

Ankara Hacı Bayram  
Veli Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi



Ankara Hacı Bayram  
Veli University  
Faculty of Law Review

---

ISSN 2651 - 4141

E-ISSN 2667 - 4068

**Cilt XXVIII, Ocak 2024, Sayı 1**

**Vol. XXVIII, January 2024, No. 1**

---

**Ankara 2024**

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

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

**Sahibi : Owner :**

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

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

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

**Editörler\* : Editors\*\*:**

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

Prof. Dr. Abdulkirim YILDIRIM Prof. Dr. Abdulkirim YILDIRIM

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

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

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

**Editör Yardımcıları: Deputy Editors:**

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

Arş. Gör. Metin GÜZEŞ\*\*\* Res. Assist. Metin GÜZEŞ\*\*\*\*

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

Arş. Gör. Nihan ÇITIR Res. Assist. Nihan ÇITIR

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

**Yayın Kurulu\* : Editorial Board\*\* :**

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

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

Doç. Dr. Abdulkirim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdulkirim YILDIRIM

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

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

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

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

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

Arş. Gör. Nihan ÇITIR Res. Assist. Nihan ÇITIR

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

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

**Yayın Sekreteri / Secretary of Publication**

Yüksel ERKAN

**ISSN-2651-4141 E-ISSN 2667-4068**

**Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN**

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

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

\*\*\* İlgili editör yardımcısı halen Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

\*\*\*\* This deputy editor currently work at Tokat Gaziosmanpaşa University Faculty of Law.

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

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

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

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

**A S O S**  
indeks



#### DANIŞMANLAR KURULU

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

## ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

### Yayın Etiği

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

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

### Şeffaflık İlkesi

Dergi işleyişi şeffaftır ve önceden belirlenen usullere tabidir.

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

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

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

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

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

### Açık Erişim İlkesi ve Telif Hakkı

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

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

### **Araştırma Etiği**

Dergi, uluslararası araştırma etiği ilkelerini benimser.

### **Yazarların Sorumluluğu**

Gönderilen makaleler derginin amaç ve kapsamına uygun olmalıdır.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Editörler ve Editör Yardımcılarının Sorumlulukları**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Hakemlerin Sorumlulukları**

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

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

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

Kör hakemlik bağlamında hakemlerin kimlik bilgileri gizli tutulur.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Yazarlar ile İlişkiler**

Editörlerin yazarlara karşı görev ve sorumlulukları aşağıdaki şekildedir:

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

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

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

### **Editörler Kurulu**

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

Editörler kurulunun oluşumunda cinsiyetlerin eşit temsili esastır.

### **Danışma Kurulu**

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

### **İntihal Kontrolü**

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



## Yazım Kuralları ve Şekil Şartları

### Genişletilmiş Özet

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

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

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

#### • Bölüm Başlıkları:

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

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

Örnek:

## **GİRİŞ**

### **I. AYNI İKAME İLKESİ**

### **II. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİNDE AYNI İKAME İLKESİ UYGULAMASI**

#### **A. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi**

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

##### **2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Başlaması**

##### **3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Eşlerin Hakları ve Sorumlulukları**

###### **a. Eşlerin hakları**

###### **b. Eşlerin borçları**

#### **B. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Malvarlığı Masaları ve Aynı İkame İlkesi Uygulaması**

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

##### **2. Eşlerin Kişisel Malları**

##### **3. Aileye Özgülenen Mallar**

###### **a. Ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenmiş mallar**

###### **b. Ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar**

###### **c. Aileye özgülenen malların yerine geçen değerler ve aynı ikame uygulaması**

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

##### **(2) Aileye özgülenen mallar kapsamında aynı ikame ilkesi uygulaması**

## **SONUÇ**

### **• Sözcük Sayısı:**

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

### **• Akademik Çalışmalarda Kullanılacak Dil:**

- Dergimize Türkçe, İngilizce ve Almanca dillerinde yazılmış akademik çalışmalar kabul edilmektedir. Ancak, Dergimizde Yayın Kurulu'nca uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmaların yayımlanması da mümkündür. Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.
- **Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler:**
- Akademik çalışmanın ana başlığının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - Times New Roman yazı karakterinde,
  - 12 punto harf boyutunda,
  - Kalın,
  - Tümü büyük harflerle,
  - 1,5 satır aralığı ile,
  - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
  - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Akademik çalışma metninden önce, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özet ve beş tane anahtar kelime eklenmelidir.
- Özet ve Anahtar Kelimelerin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - Times New Roman yazı karakterinde,
  - 12 punto harf boyutunda,
  - İtalik,
  - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
  - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
  - Özeti ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
  - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
  - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Türkçe dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özeti ve anahtar kelimelerin İngilizce tercümelemeleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - Times New Roman yazı karakterinde,
  - 12 punto harf boyutunda,
  - Kalın,
  - Tümü büyük harflerle,
  - 1,5 satır aralığı ile,
  - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
  - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özeti ve Anahtar Kelimelerin İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
  - Times New Roman yazı karakterinde,

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

- aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
- Times New Roman yazı karakterinde,
  - 12 punto harf boyutunda,
  - Kalın,
  - Tümü büyük harflerle,
  - 1,5 satır aralığı ile,
  - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
  - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- o Özetin ve Anahtar Kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümelerinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
- Times New Roman yazı karakterinde,
  - 12 punto harf boyutunda,
  - İtalik,
  - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
  - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
  - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
  - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
  - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.

• **Atıf Kuralları:**

- o Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda, dipnot olarak gösterilmelidir.

- o **Yararlanılan kaynaklara yapılan ilk atıflar, dipnotlarda aşağıdaki şekillerde gösterilmelidir.** Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir.  
**Kitaplar:**

Ad Soyad, *Kitap Adı*, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.  
Örnek: Rıza Ayhan, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, s. 89.  
**Kitap bölümleri:**

Ad Soyad, “Eser (Bölüm) Adı”, Editörün (Editörlerin) Adı Soyadı (Ed.), *Kitap Adı*, Yayınevi, Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.  
Örnek: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi”, Erol Ulusoy (Ed.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, Bilge Yayınevi, 2016, s. 143.  
**Makaleler:**

Ad Soyad, “Makale Adı”, *Dergi Adı*, Cilt (Sayı), Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.  
Örnek: Cumhur Şahin, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 19(2), 2013, s. 293.

**İnternet ortamında bulunan kaynaklar:**

Örnek: Abdülkerim Yıldırım, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının

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

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

- Bir yazarın tek eserine yapılacak atıflarda:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek: Ayhan, s. 90.

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

Örnek: Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, *Kâr Payı*, s. 100.

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

#### • Kaynakça

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

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

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

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

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

## ETHICAL PRINCIPLES AND PUBLICATION POLICY

### **Publication Ethics**

AHBVU-LFR operates in accordance with international publication ethics standards. In the publication processes, AHBVU-LFR follows the publication ethics standards published by the **Committee on Publication Ethics (COPE)**, the **Directory of Open Access Journals (DOAJ)** and the **Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA)** and the **World Association of Medical Editors (WAME)**. COPE Publication Ethics Guides, “Code of Conduct And Best Practice Guidelines For Journal Editors” and “Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing” are adopted by the journal editorial board.

### **Transparency**

The publication process of the journal is transparent and subject to predetermined procedures.

The journal is published by the AHBVU Faculty of Law. The name of the journal is Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review, and its abbreviation is AHBVU-FLR. Before the change in the Law in 2018, the journal was named as Gazi University Faculty of Law Review within the public body of Gazi University, to which the Law Faculty used to be affiliated. In this respect, the articles published under this name between 1998-2018 also belong to the Journal and can be accessed from the archive on the website.

The journal is published four times a year at the end of **January, April, July** and **October**. Authors submit their articles through **Dergipark** system. The system is always kept open for article submission. The article submission process operates through Dergipark System transparently. Writers are informed of every step of the publication process automatically.

Dergipark is a platform that provides technical support, electronic hosting and editorial workflow management system for high quality academic journals, published in Turkey under the umbrella of TÜBİTAK ULAKBİM. For detailed information about DergiPark, see <https://dergipark.org.tr/en/pub/page/about>

All the workflow of the Journal, including correspondence, are carried out through Dergipark’s highly secure and constantly updated system. Article processes, files and correspondence are archived through Dergipark.

As a rule, articles whose editorial process has been completed and accepted are published in the next issue. However, the Editorial Board may decide to publish some articles in the next issue, considering the number of articles. In this case, the authors are informed.

For acceptance rates and processing times, please see the statistics on the journal homepage.

### **Open Access Statement**

AHBVU-FLR is an open access journal. It does not charge any subscription fees for any library or reader. Except for commercial purposes, users are allowed to read, download, copy, print, search, or link to the full texts of the articles in this journal without asking prior permission from the publisher or the author.

The authors own the copyright to their work published in the journal AHBVÜ-FLR and their work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0). The Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license permits the work to be shared, copied, reproduced, and adapted in any size and format other than for commercial use, including re-editing, transforming, and building upon the original work, with proper attribution.

In addition, the issues published electronically are printed in a certain number and these are sent to the national libraries and people who contributed to the journal. Printing and distribution expenses are covered by the affiliated university.

### **Research Ethics**

The journal adopts the principles of international research ethics.

### **Author's Responsibilities**

Submitted articles must be in accordance with the purpose and scope of the journal.

It is authors' responsibility to ensure that the article is in accordance with scientific and ethical standards and rules. Plagiarism, duplication, fraud authorship/denied authorship, research/data fabrication, salami slicing/salami publication, breaching of copyrights, prevailing conflict of interest are considered unethical behaviors. The articles that do not comply with the mentioned ethical standards are rejected.

The author uploads a signed **ethical declaration form** (that is provided by the system) to the system that the article submitted is original, has not been published elsewhere, and is not under consideration for publication elsewhere.

Copyrighted material (for example, tables, figures, or large quotations) is used with appropriate permission and acknowledgement. Any work or words of other authors, contributors, or sources must be appropriately credited and referenced.

Persons who do not directly contribute to the content academically and scientifically in the creation of the study are not specified as authors. The order of names in the author list of an article must be a collective decision and it must be indicated in the **Copyright Agreement Form** (that is provided by the system). Written publication permission is obtained from the author or the person or institution that has the right to publish in translated works, and this permission document is attached to the application documents.

The individuals who do not meet the authorship criteria but contributed to the study (providing technical support, assisting writing, providing a general support, providing material or financial support) are indicated in acknowledgement / information section.

All authors disclose all issues concerning financial relationship, conflict of interest, and competing interest that may potentially influence the results of the research or scientific judgment.

In the situation of an author discovering a significant error or inaccuracy in his/her own published paper, it is the author's obligation to promptly cooperate with the Editor to provide retractions or corrections of mistakes.

Authors must have a document showing that they have the right to use the data used, the necessary permissions for the research/analysis, and that the consent of the



experimental subjects has been obtained.

Authors cannot submit more than one article at the same time. Each application can be started following the completion of the previous application.

It is not possible to offer a change the author responsibilities of a work whose evaluation process has started (such as adding an author, changing the author order, removing an author).

The author writes his/her name, ORCID number and institution information clearly, accurately on the **Journal Cover Page** that is provided by the system at the submission stage. Besides the University and Faculty/Directorate addresses; the city and country information should be also included.

### **Responsibility of the Editors and Deputy Editors**

The editor is the person who manages the entire publication and peer review process from the time the article is submitted to the journal until its publication.

Editor is responsible for the quality and performance of the journal. Editor is appointed by the Dean of the Faculty of Law for a period of three years from among university faculty members holding at least a doctorate. Editor in Chief is head of the editors.

Editor in Chief is responsible for the harmony and coordination between the editors and deputy editors and is also responsible of the overall quality of the publication. As a rule, editors deal with articles related to their area of expertise.

Editors evaluate articles regardless of the authors' ethnicity, gender, nationality, religious beliefs, and political view.

Each article has an appointed editor and deputy editor, which can also be seen by the authors on Dergipark. The distribution of duties on the subject is made according to the expertise of the editors and deputy editors, and this distribution is predetermined.

Editors evaluate submitted articles in terms of quality, content and contribution to the field and decide whether the article should be put in the publication process. At this stage, the article can be rejected without being put into the process.

Deputy Editors check whether the article files are complete and that the articles comply with the journal writing rules and allow the authors to make the necessary edits.

Deputy editors receive a plagiarism report by submitting each article to the **Turnitin plagiarism program**.

Articles that's preliminary review process has been completed are directed to the relevant editor for the appointment of the referees.

Deputy Editors communicates with authors and speed up the process by informing and reminding the editors about the necessary information.

Articles are sent for fair, double-blind peer-review by the editors. Editors do not allow any conflict of interest between authors, editors and referees. If the peer review is not completed in a reasonable time, the editors can contact the referee to request an expedite or appoint a new referee.

Editors monitor the performance of the appointed referees in terms of content, speed and style.

At the end of the peer review, editors evaluate the referee reports. The Board of Editors convenes and decides to accept the article, send it to a third referee or reject it. The

grounds of refusal and the referee reports are sent to the author.

All information regarding the articles is kept confidential until the publication.

Editor in Chief may publish an error page or make corrections, if necessary.

### **Responsibilities of the Reviewers**

Two reviewers for scientific research articles and one reviewer for translation articles are appointed by the field editors. It is essential that reviewers have no conflict of interest with the authors and/or the funders of the research.

Reviewers are determined in accordance with the subject of the study. It is essential that the reviewers have studies in the field of the article or are competent in the relevant field. The general rule is that the reviewer and the author belong to different institutions.

If the authors are academics, the reviewers are selected from academics with a higher title, if possible. (For example, if the article is written by a doctoral faculty member, it is sent to the academics with the title of associate professor or professor).

The identities of the reviewers are kept confidential.

It is essential that the reviewers respond to the invitation e-mail sent to them via Dergipark with the article abstract attached within 10 days. This period can be extended twice for 5 days if necessary. If the reviewer does not accept or reject the invitation, the editor can cancel the invitation through the system and choose another reviewer.

The reviewers who accept the invitation, can access the manuscript file and the peer review form through his/her Dergipark account.

If the reviewer does not consider himself/herself competent in the subject matter of the manuscript or is unlikely to provide a timely response, the reviewer should inform the editor and request should be canceled.

Reviewers are responsible for filling out the reviewer form truthfully with a scientific evaluation.

Articles must be reviewed by at least two reviewers. Reviewers may request minor or major revisions to the article. In this case, the author is asked to edit the article in line with the referees' opinions. In case of minor revision, the revised article is checked by the relevant deputy editor. In case of major revision, the article is resubmitted to the same reviewer, and he/she is requested to decide on the suitability of the edited version for publication.

Articles that are not considered appropriate for publication by both reviewers will not be published. If one of the reviewers deems the article inappropriate for publication, the article may be rejected by the editorial board or sent to a third reviewer, considering the comments of the other reviewer on the article. The editor decides whether the article is appropriate for publication in line with the opinions of the third referee.

Reviewers and editorial board members may not discuss manuscripts with other individuals. Reviewers keep all information about submitted manuscripts confidential. If they notice any copyright infringement and plagiarism by the author, the situation should be reported to the editor.

Reviewers are evaluated on criteria such as timeliness and performance. Unkind and

unscientific evaluations are prevented.

### **Relations with Authors**

The duties and responsibilities of the editors towards the authors are as follows:

The editors decide whether to accept or reject the articles into the publication process, considering the importance, original value, validity, clarity of expression and the aims and objectives of the journal. If the article is rejected, the author is notified of the reason.

If the article is rejected due to negative reviewer reports, the relevant reports are shared with the author via Dergipark system.

Authors can always communicate with the editors and deputy editors via the Dergipark system. They answer authors' questions and consider their comments or complaints. Correspondence on the Dergipark system is kept in the archive.

### **Editorial Board**

The editorial board, consisting of editors and deputy editors, is in constant communication and cooperation to ensure that the functioning of the publication processes proceeds in accordance with the publication principles and rules. They meet regularly and take decisions collectively on the editorial policy of the journal.

**Gender equality** is taken into account in the composition of the editorial board.

### **Advisory Board**

The advisory board, consisting of Turkish and foreign professors working in different institutions, follows the functioning of the journal and provides opinions and suggestions. They may be consulted by the editorial board regarding the academic competence of the articles according to their areas of expertise.

### **Plagiarism Policy**

At the preliminary review stage, the articles are scanned with the Turnitin plagiarism scanning program. Papers with a maximum 15% similarity rate (excluding bibliographic materials, citations and minor references of 2%) can proceed with the process. Authors are informed, if plagiarism/self-plagiarism is detected.

## **WRITING RULES**

### **Extended Summary**

In order to increase the visibility and citation rate of the articles an extended abstract of 800-1000 words should be prepared for research articles in Turkish. This rule is effective as of 2022, issue 27(1). Here, the aim, hypothesis and results of the article should be summarized comprehensively. Attention should be paid to the rules of English grammar. The extended summary must be placed after the abstract.

#### **• Font, Size, Line Spacing and Writing of Paragraphs:**

- o Articles should be written in "Microsoft Word" software.
- o The Latin alphabet should be used in the writing of articles.
- o The main text of the article should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
  - 12 pt font size,
  - Justify alignment,
  - 1.5 line spacing,
  - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
  - 1.25 paragraph indent for the first line of paragraph.
- o Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page.
  - o The footnotes should be written in accordance with the following rules:
    - In Times New Roman font,
    - 10 pt font size,
    - Justify alignment,
    - Single line spacing,
    - 0 pt paragraph spacing before and after paragraphs.
- Chapter Titles:**
- o All headings should be written in accordance with the following rules:
    - Times New Roman font,
    - 12 pt font size,
    - Left alignment (1.25 paragraph indent as the first line of paragraphs).
    - Bold,
    - The first degree headings - all uppercase;
    - The second and third degree headings - the first letter of each word is capitalized,
    - The fourth degree and other chapter headings - only the first letter of the first word is capitalized and the others lowercase.
  - o The first degree headings should be numbered in capital Roman numerals (I, II, III, IV, V etc.);
  - o The second degree headings should be numbered in capital letters (A, B, C, Ç, D etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);
  - o The third degree headings should be numbered in Arabic numerals (1, 2, 3, 4, 5 etc.);
  - o The fourth degree headings should be numbered in lowercase letters (a, b, c, ç, d etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);
  - o The fifth degree headings should be numbered in Arabic numerals [(1), (2), (3), (4), (5) etc.] in parentheses.
  - o How other headings will be numbered is optional.
  - o “CONCLUSION” and (if any) “INTRODUCTION” headings should be written in accordance with the following rules:
    - Times New Roman font,
    - 12 pt font size,

- Left alignment (1.25 paragraph indent as the first line of paragraphs),
- Bold,
- All letters are uppercase,
- These headings should not be numbered.

**Example:**

**INTRODUCTION**

**I. PRINCIPLE OF SUBSTITUTE IN KIND II. APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF THE SAME SUBSTITUTION IN THE SHARED GOODS SEPARATION REGIME**

**A. Shared Separation of Goods Regime**

**1. Generally**

**2. Commencement of Shared Property Separation Regime**

**3. Rights and Responsibilities of Spouses in the Shared Property Separation Regime**

**a. Rights of spouses**

**b. Spouses' debts**

**B. Asset Tables and the Application of the In-kind Substitution Principle in the Shared Separation of Goods Regime**

**1. Generally 2. Spouses' Personal Property 3. Family-Specific Goods**

**a. Goods dedicated to the common use and enjoyment of the family**

**b. Investments to secure the economic future of the family c. Values that replace family-specific goods and in-kind substitution practice**

**(1) Examination of the concept of "substitute values" and the application of the principle of substitution in kind in the regime of participation in acquired goods**

**(2) Application of the principle of substitution in kind within the scope of family-specific goods**

**CONCLUSION**

**• Word Count:**

- o The text of the academic papers sent to the journal should not exceed 15,000 words.
- o Abstracts and bibliography will not be included in the word limit for the text part.

**• Language to be Used in Articles:**

o Articles written in Turkish, English and German languages are accepted to our journal. However, it is also possible to publish academic studies in other foreign languages that are deemed appropriate by the Editorial Board. The Latin alphabet should be used in the writing of the articles.

**• Main Title, Abstract and Keywords:**

o The main title of the academic study should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,

- 12 pt font size,
- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,
- All uppercase, o Before the text of the article, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.

o Abstract and Keywords should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Italic,
- Justify alignment,
- Single line spacing,
- 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
- No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
- The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

o In the articles written in Turkish, after the abstract and keywords, English translation of the Main Title, summary and five keywords should be added.

o The English translation of the Main Title should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,
- All uppercase,

o The English translation of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Italic,
- Justify alignment,
- Single line spacing,
- 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,
- No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
- The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

o In addition to the English title, abstract and keywords, the author can add German title, abstract and keywords to the academic work.

o In the articles written in English, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.

o In the articles written in English, after the abstract and keywords, Turkish translation of the Main Title, summary and five keywords should be added.

o The Turkish translation of the Main Title should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,
- All uppercase,

o The Turkish translation of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Italic,
- Justify alignment,
- Single line spacing,
- 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,
- No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
- The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

o In the articles written in German or other foreign languages that will be deemed appropriate by the Editorial Board, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.

o In the articles written in German, after the abstract and keywords, Turkish and English translations of the Main Title, summary and five keywords should be added.

o The Turkish and English translations of the Main Title should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font,
- 12 pt font size,
- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,

- All uppercase,
- o The Turkish and English translations of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:
  - Times New Roman font,
  - 12 pt font size,
  - Italic,
  - Justify alignment,
  - Single line spacing,
  - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,
  - No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
  - The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

• **Citations:**

- o Sources should be cited in the footnotes.
- o When a source is cited for the first time, the reference should be written in accordance with the following rules. In cases where there is no rule in the citation procedure detailed below, the **OSCALA** (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system should be followed

Books:

Name and Surname, Book Title, Published, Publisher, Year, Referenced Page.

Example: Rıza Ayhan, Commercial Business Law, 2nd Edition, Turhan, 2007, p. 89.

Book chapters:

Name Surname, “Subject (Chapter) Name”, Editor(s) Name and Surname (Ed.), Book Title, Publisher, Year, Referenced Page.

Example: Hayrettin Çağlar, “The Debt Relationship of the Shareholder with the Company in Joint Stock Companies”, Erol Ulusoy (Ed.), Individual and Minority Shareholder Rights in Joint Stock Companies, Bilge Publishing House, 2016, p. 143.

Articles:

Name Surname, “Article Title”, Journal Name, Volume (Issue), Year, Referenced Page.

Example: Cumhuriyet Şahin, “The Scope of the Investigation on the Objection to the Decision of Postponing the Announcement of the Judgment”, Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Studies, Prof. Dr. Gift to Nur Centel, 19(2), 2013, p. 293.

Resources available on the Internet:

Example: Abdülkerim Yıldırım, “Assurance of the Tenant in the Leases of Residential and Roofed Workplaces”, AUHFD, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Access Date 15 December 2020, p. 238.

- o If the same source is cited again, the reference should be written in accordance with the following rules.

- For references to a single work of an author: Author’s Surname, Page Number.



Example: Ayhan, p. 90.

- In references to more than one work by the same author, the title of the works should be abbreviated to distinguish it from other works of the author.

Example: Ayhan, Commercial Enterprise, p. 213.

Ayhan, Dividend, p. 100.

#### • **Bibliography**

o At the end of the article, there should be a “BIBLIOGRAPHY” page listing the sources used in the article.

o “BIBLIOGRAPHY” should be on the next page after the end of the text.

o The bibliography should be listed alphabetically according to the surnames of the authors.

o The bibliography should be written in accordance with the following rules:

– Times New Roman font,

– 12 pt font size,

– Justify alignment,

– Single line spacing,

– 6 pt paragraph spacing after paragraphs,

– Hanging paragraph indent for the first line.

o In the bibliography, it is not mandatory to include the court decisions cited in the text.

o In the bibliography, the sources should be written in accordance with the following examples:

Example: Ayhan R, Commercial Business Law, 2nd Edition, Turhan, 2007.

Example: Yıldırım A, “Tenant’s Assurance in Housing and Roofed Workplace Leases”, AUHFD, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Access Date 15 December 2020, pp. 237-266.

• **The article submissions are made via DERGİPARK system.** <https://dergipark.org.tr/en/pub/ahbvuhfd>

**Academic studies submitted without being prepared in accordance with abovementioned requirements will be rejected or requested to be edited.**

• **For detailed information about submitting articles to the Journal, see Ethical Principles and Publication Policy.**

• **Author or authors’ information should be given in the “Cover” form. Since the file from the author will be directed directly to the referee, the author information should not be included in the original text of the article.**

• **In addition to the “Cover” form, the “Ethical Declaration Form” and the “Copyright Transfer Form” must be filled and uploaded to the system. Otherwise, the review process will not continue.**



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

**Cilt XXVIII Ocak 2024**

**Sayı 1**

**İÇİNDEKİLER**

**MAKALELER\***

**ÖZEL HUKUK**

- İcra Hukukunda Muhafazasına Gerek Kalmayan  
Malların Tasfiyesi (İİK m. 88/A)  
**Tolga AKKAYA / Gökçe VAROL KARAOSMANOĞLU .....3-39**
- Konkordato Dışı Geçici Mühlet:  
Borç Erteleme Mühleti Planı (İngiltere Örneği)  
**Mustafa GÖKSU.....41-72**
- Çekin Zayi Olması Durumunda Düzenleyenin İptal Davası Açma  
Hakkına Sahip Olup Olmadığına İlişkin Bir Değerlendirme  
**Muhammet Emin BİNGÖL ..... 73-100**
- Hak Düşürücü Sürelerin Dava Şartı Olarak Nitelendirilme(Me)si  
**Vildan PEKSÖZ.....101-126**
- Enerji Sektöründe Teknoloji Transferinin Hukuki Yönleri  
**Ayşe Tuğba ÖZKARSLIGİL ..... 127-152**
- Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenleme  
Yetkisi Verilmesi Çerçevesinde Noterin Hukuki  
Sorumluluğunun Niteliğine Yeniden Bakış  
**Dila OKYAR..... 153-181**
- Türk Borçlar Kanunundaki Kumar ve Bahis Hükümlerinin  
İsviçre Federal Kumar Yasası ve İsviçre Borçlar Kanunu  
Hükümleri Karşısında Değerlendirilmesi  
**Mustafa ŞAHİN .....183-231**

\* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

İşçinin Ulaşılabilir Olmama Hakkı <b>Tuğçe KAYA</b> .....	233-269
--	---------

## KAMU HUKUKU

Bitişik Bölgede Uygulanan Hukuki Rejim ve K1Y1 Devletinin Yetkilerinin Hukuki Niteliği <b>Berat Lale AKKUTAY</b> .....	273-322
--	---------

Hırsızlık Suçunun Bina Veya Eklentileri İçinde Muhafaza Altına Alınmış Olan Eşya Hakkında İşlenmesi (TCK m. 142/2-h) <b>Neslihan GÖKTÜRK</b> .....	323-348
--	---------

Türk Hukukunda Haksız Tahrikin Uygulanmasında Eşitsizlik Algısı <b>Recep KAHRAMAN</b> .....	349-392
--	---------

Siber Çatışmada Sivil Verilerin Roma Statüsü Açısından Değerlendirilmesi <b>Berkant AKKUŞ</b> .....	393-434
---	---------

Roma Hukuku Perspektifinden XV. Yüzyıl Polonya'sında Suç ve Ceza Sistemi <b>Ebru Emine OĞUZ</b> .....	435-469
---	---------

Nemo Tenetur İlkesinin Şahsi Cezasızlık Sebebi ve Tanıklıktan Çekinme Yetkisi İle Bağlantısı: Suçu Bildirmeme Suçuna İlişkin Kanun Hükmünün İptali <b>Esra BULUT</b> .....	471-507
---	---------

Uluslararası Hukuk Kapsamında Çin'in Uygur ve Diğer Türkî Müslümanlara Yönelik İnsan Hakları İhlalleri Soykırım Teşkil Eder mi? <b>Melike KELEŞ</b> .....	509-560
--	---------

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

**Vol. XXVIII      January 2024      Number 1**

**C O N T E N T S**

**ARTICLES\***

**PRIVATE LAW**

Liquidation Of Goods Not Required To Be Conserved In Enforcement Law (ART. 88/A) <b>Tolga AKKAYA/ Gökçe VAROL KARAOSMANOĞLU .....</b>	<b>3-39</b>
Temporary Respite Outside Of Concordat: Debt Respite Scheme (England Example) <b>Mustafa GÖKSU.....</b>	<b>41-72</b>
An Evaluation On Whether The Drawer Has The Right To Action For Annulment In The Event Of Loss Of A Cheque <b>Muhammet Emin BİNGÖL .....</b>	<b>73-100</b>
The Qualification Of The Prescription Period As A Condition Of Litiga <b>Vildan PEKSÖZ.....</b>	<b>101-126</b>
Legal Aspects Of Technology Transfer In The Energy Sector <b>Ayşe Tuğba ÖZKARSLIGİL .....</b>	<b>127-152</b>
Review Of The Legal Nature Of Notarial Liability Within The Framework Of Granting The Power To Draft Sale Contract Of Immovable Property <b>Dila OKYAR.....</b>	<b>153-182</b>
Evaluation Of The Gambling And Betting Provisions Of The Turkish Code Of Obligations Against The Swiss Federal Gambling Law And The Swiss Code Of Ob <b>Mustafa ŞAHİN .....</b>	<b>183-231</b>

---

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

The Employee Right To Disconnect <b>Tuğçe KAYA</b> .....	233-269
---	---------

## PUBLIC LAW

The Legal Regime And The Legal Nature Of The Jurisdiction Exercised Over The Contiguous Zone <b>Berat Lale AKKUTAY</b> .....	273-322
--	---------

Committing The Offense Of Theft In Relation To The Property That Has Been Protected Within The Building Or Its Annexes <b>Neslihan GÖKTÜRK</b> .....	323-348
--	---------

Perception Of Inequality In The Application Of Unjust Provocation In Turkish Law <b>Recep KAHRAMAN</b> .....	349-392
--	---------

The Evaluation Of Cıvılian Data In Cyber Conflict In Terms Of The Roma Statute <b>Berkant AKKUŞ</b> .....	393-434
---	---------

Crime And Punishment System Of XV-Th Century Poland From The Perspective Of Roman Law <b>Ebru Emine OĞUZ</b> .....	435-469
--	---------

Connection Of The Nemo Tenetur Principle With Personal Reason For Lifting Criminal Responsibility And Right Of Refraining From Testimony: Annulment Of The Law Regulating The Crime Of Not Reporting The Crime <b>Esra BULUT</b> .....	471-507
--	---------

Do China’s Human Rights Violations Against Uyghur And Other Turkic Muslims Constitute Genocide Under International Law? <b>Melike KELEŞ</b> .....	509-560
---	---------

**ÖZEL HUKUK >>**

BOŞ



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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

İCRA HUKUKUNDA MUHAFAZASINA GEREK KALMAYAN  
MALLARIN TASFİYESİ (İİK m. 88/A)

LIQUIDATION OF GOODS NOT REQUIRED TO BE CONSERVED IN  
ENFORCEMENT LAW (ART. 88/A)

Tolga AKKAYA\*   Gökçe VAROL KARAOSMANOĞLU\*\*  

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1348518](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1348518) 

7445 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle İcra ve İflas Kanununa 88/a maddesi ve geçiş hükmü olarak Geçici Madde 20 eklenmiştir. Maddenin getiriliş sebebi, muhafazasına gerek kalmayan malların tasfiye sürecini ayrıntılı şekilde düzenlemektir. Yeni madde hükmüyle muhafazasına gerek kalmayan malların tasfiyesi 6532 Sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu'na getirilmiş olan mülga 88/6 hükmüne göre daha ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. İİK m.88/a hükmüne göre, muhafazasına gerek kalmayan malların önce ilgisine dönmesi amaçlanmış, mal ilgilisi tarafından teslim alınmıyorsa tasfiye sürecine geçilmesi öngörülmüştür. Tasfiye sürecinde ise malın açık artırma yoluyla satışı ile malın mülkiyetinin devri yoluyla satış olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiştir. Yine tasfiye sürecinde sicile kayıtlı mallar ile sicile kayıtlı olmayan mallar arasında farklılıklar öngörülmüştür. Bu çalışmada yeni m. 88/a düzenlemesi uyarınca hukuken muhafazasına gerek kalmayan malların tasfiye şartları ve tasfiye usulü incelenmiş; ayrıca alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesini bozduğunu düşündüğümüz

\* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı/ESKİŞEHİR, e-posta: takkaya@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6821-2841,

\*\*Arş. Gör., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı/ESKİŞEHİR, e-posta: gokcevarol@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9073-9292, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1348518.

- Atif Şekli/ *Cite As*: Akkaya T/ Varol Karaosmanoğlu G, "İcra Hukukunda Muhafazasına Gerek Kalmayan Malların Tasfiyesi (İİK m. 88/A)", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s.3-39
- İntihal / *Plagiarism*: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



*hususlar tespit edilerek olması gereken hukuk bakımından öneriler ortaya konulmuştur.*

**Anahtar Kelimeler:** 7445 Sayılı Kanun, Haciz, Muhafaza, Yediemin, Tasfiye.

### **ABSTRACT**

*With the amendment made by Law No. 7445, Article 88/a, and Provisional Article 20 as a transitional provision were added to the Enforcement and Bankruptcy Law. The reason for the introduction of the related article is to regulate the liquidation process in detail for the goods that do not need to be preserved. The liquidation of the goods that do not need to be preserved under the new article is regulated in more detail when it is compared to the repealed Article 88/6, which was brought into the Enforcement and Bankruptcy Law with Law No. 6532. According to the Article 88/a of the Enforcement and Bankruptcy Law, it is aimed to return the goods that do not need to be preserved to the relevant person first. If the goods are not taken by the individual concerned, it is foreseen to proceed to the liquidation process. In the liquidation process, a dual distinction was made between the sale of the goods by auction and the sale through the transfer of ownership of the goods. Again, in the liquidation process, differences are foreseen between the registered goods and the unregistered goods. In this study, the conditions and procedures for the liquidation of goods that no longer need to be preserved under the new Article 88/a have been examined. Additionally, certain aspects that we believe disrupt the balance of interests between the creditor and debtor have been identified, and de lege ferenda recommendations have been proposed.*

**Keywords:** Law No. 7445, Seizure, Conservation, Trustee, Liquidation.

### **EXTENDED ABSTRACT**

*With the amendment made by Law No. 7445, Article 88/a was added to the Enforcement and Bankruptcy Law, and the liquidation of properties that do not need to be preserved is regulated in more detail than the repealed Article 88/6. According to the provision of Article 88/a, the aim is for the goods that do not need to be preserved to be returned to the relevant individual first, and if the goods are not received by the relevant individual, the liquidation process is envisaged. During the liquidation process; a twofold distinction has been made: the sale of goods through auction and the sale through transfer of ownership of the goods.*

*During the liquidation process, differences are foreseen between registered goods and unregistered goods. For goods registered in the registry, the liquidation procedure must first be carried out by selling the goods through auction, and when this is not possible, the liquidation procedure must be carried out ex officio by the authorized enforcement office. For goods that are not registered in the registry, an ex officio liquidation procedure will be carried out by directly transferring the ownership of the goods to the trustee or the Turkish Red Crescent, without selling through auction.*

*Liquidation by transfer of ownership of the property is stated in the law; liquidation by transferring the ownership of the goods to the trustee, liquidation by transferring the ownership of the registered goods to the Machinery and Chemical Industry Joint Stock Company, and liquidation by transferring the ownership of the goods to the Turkish Red Crescent. The debtor shall pay the trustee fee for the property that does not need to be preserved during the transfer of the property to the trustee to be delivered to the debtor. In our opinion, holding the debtor responsible for the trustee fee in any case so that the property can be delivered to the debtor, and liquidating the property by selling it against the will of the debtor in case the trustee fee is not paid within the due date, constitutes a violation of the general principles of enforcement law, balance of interests, and the right to property and freedom to seek rights guaranteed by the Constitution. Although the transfer of ownership of the goods to the trustee or the Machinery and Chemical Industry Joint Stock Company is essentially a liquidation procedure by sale, the transfer of ownership to the Turkish Red Crescent could not be described as liquidation by sale since it is free of charge. If the liquidation procedures regarding the goods that do not need to be preserved are carried out against the law, do not comply with the characteristics of the concrete case, or if the fulfillment of the right is avoided and delayed, complaints may be filed by the relevant parties.*

*If the enforcement office determines that the necessary conditions for liquidation by transfer of ownership of the property are met, it sends the file to the enforcement court. The enforcement court makes a final decision to accept or reject the request by examining the file regarding the request for transfer of property. If the enforcement court determines that the necessary conditions for the transfer of ownership of the property to the trustee are met and that the transactions are carried out by the enforcement office by the law, it decides to accept the request. otherwise, it decides to reject the request. In our opinion, the trial conducted by the enforcement court is an uncontested jurisdiction.*

*If the amount paid to the file at the end of the liquidation by Article 88/a covers the expenses incurred from the budget of the Ministry of Justice, the state will not have any receivables regarding the liquidation procedures. However, if the amount paid does not cover the expenses incurred from the Ministry's budget, the enforcement office notifies the collection office to collect the remaining expenses from the debtor by Article 6183. In our opinion, it is incomplete and problematic to hold the debtor solely responsible for the expenses incurred by the Ministry with this regulation. In terms of the applicable law, if it is understood that the creditor is inaccurate in the pursuit or if the seizure is lifted due to the negligence of the creditor and there is no need to preserve the seized property, liquidation costs paid by the Ministry by Article 88/a must be collected from the creditor by the provisions of Article 6183.*

## GİRİŞ

7445 sayılı Kanunla<sup>1</sup> düzenleme yapılmadan önce muhafazasına gerek kalmayan mallarla ilgili işlemler ve tasfiye süreci 6352 sayılı Kanunla<sup>2</sup> değiştirilen İcra ve İflâs Kanunu<sup>3</sup> (İİK) m. 88/6'da ve İİK Geçici Madde 11'de düzenlenmiştir<sup>4</sup>. 6352 sayılı Kanunun İİK'nın 88'inci maddesini değiştiren ve Geçici Madde 11'i ihdas eden 17 ve 38'inci maddeleri, 6352 sayılı Kanun Resmî Gazetede yayınlandığı tarih olan 5 Temmuz 2012 tarihinden itibaren altı ay sonra 5 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6352 sayılı Kanunun ilgili madde amacına göre, uygulamada bazı yediemin depolarının gerekli altyapı ve donanıma sahip olmadan uygunsuz fiziki ortamlarda hizmet vermesi, bu depolarda bulunan malların muhafazasında ve denetiminde büyük zorluklar yaşandığına yönelik şikâyetler bulunması, yasal bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, uygulamada denetimsiz çalışan yediemin depolarına hukukî bir altyapı hazırlanması ve bu depoların daha verimli işletilebilmesi amacıyla, hacizli malların Adalet Bakanlığına ait yediemin depolarında veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi verilen gerçek veya tüzel kişilere ait lisanslı yediemin depolarında muhafaza edilmesi hükme bağlanmıştır<sup>5</sup>.

Bu düzenlemeler uyarınca, icra dairesi, depo ve garajlarda ve yediemin olarak kendisine haczedilen malın bırakılmış olduğu üçüncü kişilerde saklanıp da hukuken artık muhafazasına gerek kalmayan malı, vereceği uygun süre içinde geri almasını ilgililere re'sen bildirmektedir. Verilen süre içinde eşya geri alınmazsa, icra müdürü icra mahkemesinin kararı ile taşınır mal satışlarına

<sup>1</sup> 05.04.2023 tarihli ve 32154 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>2</sup> 05.07.2012 tarihli ve 28344 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>3</sup> 09.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>4</sup> 6352 sayılı Kanunla İİK'da yapılan değişiklikler hakkında bkz. Hakan Pekcanitez/Evrım Erişir, "6352 Sayılı Kanunla İcra Ve İflâs Kanununda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanması", Yasa İzleme, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, <<http://yasaizleme.org.tr/6352-sayili-kanunla-icra-ve-iftlas-kanununda-yapilan-degisikliklerin-zaman-itibariyle-uygulanmasi/>>, Erişim Tarihi 29 Mayıs 2023; Cenk Akil, Üçüncü Yargı Paketinin İcra ve İflâs Kanunu'na İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 29(3), 2013, Erişim Tarihi 29 Mayıs 2023, s. 219-277; Talih Uyar/ Alper Uyar/ Cüneyt Uyar, "6352 Sayılı, 2.7.2012 Tarihli Kanunla ve 6103 Sayılı, 14.1.2011 Tarihli Kanun İle İcra Ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, Getirilen Yenilikler Ve Bu Konulara İlişkin Son İçtihatlar", <<http://baro.izmirbarosu.org.tr/IzmirBaro/pdf/yayinlar/%C4%B0CRA%20K%C4%B0TAP.pdf>>, Erişim Tarihi 06 Temmuz 2023.

<sup>5</sup> 6352 sayılı Kanun Madde Gereğçesi, <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D24/Y2/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/febecda9-a83b-4237-9b33-ea38071cf0f5.pdf>>, Erişim Tarihi 29 Mayıs 2023.

ilişkin hükümler uyarınca bunları satarak elde edilen miktardan muhafaza ve satış giderlerini ödemekteydi; artan miktar ise İİK m. 9'a göre muhafaza olunmaktaydı. Kanuna göre, bu konuda ortaya çıkan ihtilaflara bakmakla görevli mahkeme icra mahkemesi olarak düzenlenmişti.

6352 sayılı Kanun ile İİK'ya eklenen Geçici Madde 11 ise, bu kanun maddesinin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle mevcut depo ve garajlarda muhafaza edilen ancak hukuken muhafazasına gerek kalmayan mallarla ilgili tasfiyenin nasıl yapılacağını düzenlemiştir<sup>6</sup>. Bu hükme göre mevcut depo ve garajlarda muhafaza edilen ancak hukuken muhafazasına gerek kalmayan malların, anılan maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde teslim alınması için icra müdürü tarafından ilgisine re'sen bildirim yapılması; ilgisine tebligat yapılamazsa veya verilen süre içinde mal geri alınmazsa, üç ay içinde, 88 inci maddenin altıncı fıkrası hükmü uyarınca satış işlemi yapılması; satış yapılamazsa Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilecek icra müdürünün başkanlığında; kaymakamlık, belediye, ilgili yer baro başkanlığı ve ticaret odası tarafından bildirilecek birer kişinin katılımıyla oluşturulacak değer tespit komisyonu tarafından tespit edilecek değer üzerinden, yedieminin alacağına mahsup için malın mülkiyetinin yediemine devredilmesi öngörülmüştür. Eğer komisyon malın ekonomik bir değerinin kalmadığına karar verirse, malın bir tutanakla imha edilmesine imkân tanınmıştır. Satılan veya mülkiyeti devredilen malın bedelinden, muhafaza ve diğer giderler mahsup edildikten sonra, varsa artan miktarın talep halinde ilgisine ödeneceği de hükümde düzenlenmiştir. Geçici Madde 11 sadece 6352 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte mevcut depo ve garajlarda muhafaza altına alınan mallar hakkında uygulanma imkanına sahip olup 6352 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra muhafazasına gerek kalmayan mallar hakkında ise İİK m. 88/6 hükmü uygulanmıştır.

İİK'ya eklenen yeni m. 88/a ise eski İİK m. 88/6'daki ve Geçici Madde 11'deki düzenlemeyi genişleterek, yedieminde veya lisanslı yediemin depolarında muhafaza altına alınan ancak artık hukuken muhafazasına gerek kalmayan malların tasfiyesini daha ayrıntılı biçimde düzenlemiştir.

<sup>6</sup> “Öte yandan lisans alamayan mevcut depo ve garajlarda muhafaza edilen ancak hukuken muhafazasına gerek kalmayan malların tasfiye usulüne ilişkin geçiş hükmü getirilmektedir.” 6352 s. K. Madde Gerekçesi, <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D24/Y2/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/febecda9-a83b-4237-9b33-ea38071cf0f5.pdf>>, Erişim Tarihi 29 Mayıs 2023; Adalet Bakanlığı tarafından o dönemde 1 yıl içinde lisanslı yediemin depoları kurulacak, lisanslı yediemin depoları yürürlüğe girene kadar Geçici Madde 11'de öngörülen depo ve garajlarda muhafaza işlemlerine devam edilecektir. Akil, s. 272.

Eski (mülga m. 88/6) ve yeni düzenlemenin ortak noktası, icra takibinde haczin kalkması sebebiyle muhafazasına gerek kalmayan malların öncelikle ilgisine iade edilmesini, bu mümkün olmadığı takdirde ise malın açık artırma yoluyla satılmasını ve elde edilen gelire malın muhafaza ve satış giderlerinin öncelikle ödenmesini sağlamaktır. Yeni düzenlemenin eskisinden temel farkı ise malın teslim alınması ve satış ihtimallerinin gerçekleşmemesi halinde, muhafazası gerekli olmayan malın icra dairesi tarafından re'sen tasfiyesi sürecini de düzenlemesidir<sup>7</sup>. Ayrıca eski düzenlemede icra dairesinin re'sen satış yapabilmesi için icra mahkemesinden karar alması gerekli olmasına rağmen, yeni düzenlemede icra dairesi icra mahkemesine başvurmadan, muhafazası gerekli olmayan malın satışını yapabilir. Bu çalışmada yeni İİK m. 88/a düzenlemesi uyarınca hukuken muhafazasına gerek kalmayan malların tasfiye usulü incelenmiştir.

Muhafazası gerekli olmayan malların tasfiyesini düzenleyen 88/a maddesi, 7445 sayılı Kanunun Resmî Gazetede yayımlandığı 5 Nisan 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki dönemde, muhafazasına gerek kalmayan malların tasfiyesi İİK m. 88/a hükmüne göre gerçekleştirilecektir. Diğer yandan 7445 sayılı Kanun ile İİK'ya eklenen Geçici 20'nci madde uyarınca, İİK m. 88/a hükmünün yürürlüğe girdiği tarihten önce muhafaza işleminin dayanağı olan haczin kalkmış olması durumunda, muhafazası gerekli olmayan malların tasfiye usulü ise İİK Geçici Madde 20'de düzenlenmiştir. Kanun koyucu 5 Nisan 2023 tarihinden önce üzerindeki haciz kalkan malların tasfiyesini, Geçici Madde 20 ile farklı olarak düzenlemiştir. Geçici Madde 20 ile ilgili İcra ve İflâs Kanununun Geçici 20'nci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ<sup>8</sup> (Makalede Tebliğ olarak anılmıştır) çıkarılmıştır. Bu çalışmada Geçici Madde 20'de düzenlenen tasfiye usulü ayrıntılı olarak incelenmemiştir; sadece söz konusu malların tasfiyesi bakımından temel ve farklı noktalara çalışmanın sonunda işaret edilmiştir. Çalışmanın yapıldığı sırada İİK m.88/a ile ilgili bir yönetmelik henüz yürürlüğe girmemiş olsa da

<sup>7</sup> Mülga m. 88/6'ya kıyasla getirilen hükmün amacı, muhafazasına gerek kalmayan malların olabildiğince hızlı ve lüzumu halinde hurda değerine satışının sağlanmasıdır. Maddenin bir başka amacı ise yediemin elinde kalan malların, yedieminler tarafından usulsüz şekilde satışının önüne geçilmesidir. Barış Toraman/ Hakan Hasırcı "Yedinci Yargı Paketi (7445 Sayılı Kanun) ve Takip Hukuku: Tespit ve Değerlendirmeler", *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 19 (54), 2023, s. 28.

<sup>8</sup> 18.10.2023 tarihli ve 32343 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak, 31.10.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir Tebliğ m. 24).

kanaatimizce Tebliğ çıkarılacak olan yönetmelik hakkında fikir verebilecek niteliktedir. Bu nedenle çalışmanın ilgili yerlerinde Tebliğ hükümleri dikkate alınarak da değerlendirmede bulunulmuştur.

## I. İİK M. 88/A'YA GÖRE YAPILACAK TASFİYENİN ŞARTLARI

### A. Muhafaza İşleminin Dayanağı Olan Haczin Kalkmış Olması

Maddenin uygulama kapsamının belirlenmesi bakımından öncelikle haciz işlemi, haciz işleminin türleri, haczin konusu ve hacizde muhafaza tedbirleri hususlarının incelenmesi gerekir.

Haciz bir para alacağının elde edilmesi için borçluya ait mal, hak ve alacaklara hukuken el konulmasıdır<sup>9</sup>. Haczin konusu taşınır mallar, taşınmazlar ve borçluya ait diğer haklar ve alacaklar olabilir. İİK m. 88/a kapsamında tasfiyeye tabi tutulacak mallar daha ziyade taşınır mallar olup taşınmaz malların 88/a kapsamında tasfiyesi mümkün değildir.

İkinci olarak madde kapsamında tasfiyeye konu olabilecek hacizli mallar muhafaza tedbiri uygulanmış ve bu kapsamda yediemine teslim edilmiş olan mallardır. İcra ve İflas Kanunu uyarınca mallara fiilen el konulması, haciz işlemi değil haczin devamı niteliğindeki bir muhafaza tedbiridir. Ancak İİK m.88<sup>10</sup> gibi bazı hallerde, kanun mallara fiilen el konulmasını haczin tamamlanması için şart olarak öngörmüştür. İİK m.88/a “*paraları, banknotları, hamiline ait senetleri, poliçeler ve sair cirosu kabil senetler ile altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyler dışındaki taşınır malları*” konu alan bir madde hükmüdür. Zira “*haczolunan paraları, banknotları, hamiline ait senetleri, poliçeler ve sair*

<sup>9</sup> Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, Fakülteler Matbaası, 2004, s.143; Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 7. Bası, Yetkin Yayınları, 2023, s. 183; Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/ Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Bası, Yetkin Yayınları, 2022, s. 296; Mehmet Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*, Beta Yayınları, 2021, s. 169; Şanal Görgün/ Levent Börü/ Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflas Hukuku*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, 2023, s. 147; Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Meral Sungurtekin Özkan/ Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku*, 10. Bası, On İki Levha Yayınları, 2023, s. 161; Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 447; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, Adalet Yayınları, 2017, s. 345; Baki Kuru/ Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, 7.Bası, Yetkin Yayınları, 2022, s. 143; İlhan Postacıoğlu/ Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları*, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 359; İbrahim Aşık/ Yakup Oruç/ Ozan Tok/ Ömer Faruk Saçar, *İcra ve İflas Hukuku*, 2.Bası, Seçkin Yayınları, 2023, s.147; Abdürrahim Karslı, *İcra ve İflas Hukuku*, 4. Bası, Filiz Kitabevi, 2022, s. 335.

<sup>10</sup> “*Haczolunan paraları, banknotları, hamiline ait senetleri, poliçeler ve sair cirosu kabil senetler ile altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyleri icra dairesi muhafaza eder.*” (İİK m.88/1).

*cirosu kabil senetler ile altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyler dışındaki taşınır mallar masrafi peşinen alacaklıdan alınarak muhafaza altına alınır (İİK m.88/1)*”. Üzerinde haciz uygulanmış ancak muhafaza altına alınmamış mallar zaten borçlunun elinde olacağından veya siciline şerh düşülmek suretiyle haciz işlemi uygulandığından ve haczin kalkmasıyla birlikte kendiliğinden borçlu bu mallar üzerinde tasarruf edebilir hale geldiğinden, ayrıca İİK m. 88/a uyarınca işlem yapılmasına veya tasfiye süresi başlatılmasına gerek yoktur.

İİK m. 88/a'nın farklı haciz türlerinde de uygulanıp uygulanmayacağı yanıtlanması gereken sorulardan biridir. Belirtmek gerekir ki Kanun haciz türleri bakımından bir ayırım yapmamış, muhafaza işleminin dayanağı olan haczin kalkmış olmasını tasfiye sürecinin başlatılması için yeterli görmüştür. İcra ve İflas Kanununda şartları ve etkileri farklılık arz eden haciz türleri düzenlenmiştir. Bu bağlamda haciz işlemi, kesin haciz, tamamlama haczi, geçici haciz ve ihtiyati haciz olmak üzere dörde ayrılmıştır.

Bu bağlamda haciz türlerine daha yakından bakmak gerekirse, kesin haciz, ilamlı veya ilamsız icra takibinde takibin kesinleşmesi üzerine, borçlunun malları üzerine uygulanan ve alacaklıya satış talep etme yetkisi veren haciz türüdür<sup>11</sup>. Kesin haciz çeşitli nedenlerle kalkabilir. Örneğin, alacaklının süresi içinde satış talep etmemesi<sup>12</sup>, borçlu tarafından açılan menfi tespit davasının mahkeme tarafından tamamen kabul edilmesi ve hükmün kesinleşmesi, borçlunun borcunu ödemesi, şartlarının mevcut olması halinde icra takibinin iptaline karar verilmesi veya istihkak davasına konu olan bir mal bakımından haczedilen malın mülkiyetinin borçluya ait olmadığına anlaşılması halinde mal üzerindeki haciz kalkar. Haciz örnek olarak saydığımız durumlarda kanun gereği veya alacaklının ya da borçlunun talebiyle ortadan kalkabilir. Bu durumda, haczedilen ve muhafaza altına alınan malın artık yedieminde kalmasına ihtiyaç kalmaz<sup>13</sup>. Kesin haczin kalkması halinde, muhafaza altına

<sup>11</sup> Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 296; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 184; Görgün/ Börü/ Kodakoğlu, s. 147; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 161; Muşul, s. 345; Yılmaz, s. 447; Kuru/Aydın, s. 143; Karlı, s.335; Aşık/ Oruç/ Tok/ Saçar, s.152.

<sup>12</sup> “Satış isteme süresi taşınır taşınmaz ve alacak hakları için kesin hacizden itibaren bir yıldır (İİK m.106/II ve İİK m.115/VII).” “Bu süre içerisinde satış talep edilmezse hacizli mallar üzerindeki haciz düşer; fakat takip derdest kalır (İİK m.110/1).”

<sup>13</sup> “Davacı tarafından haczedilerek özel depo sahibi davalı yedieminde teslim edilen aracın üzerindeki haciz, süresinde satış istenmediğinden 16/10/2008 tarihinde düşmüş olup artık yedieminde muhafazasına gerek kalmamıştır. Davacı, aracın davalıya teslim edildiği 16/10/2007 tarihten haczin düştüğü tarihe İ.İ.K'nun 88/5. maddesi uyarınca yasal prosedürün başlatılması için geçecek makul sürenin eklenmesi ile bulunacak tarihe kadar tarifeye göre belirlenecek yedieminlik ücretinden davalıya karşı sorumludur.” Yargıtay 4. HD. E.



alınmış olan mallar hakkında İİK m. 88/a hükmüne göre tasfiye süreci işletilir.

Haciz türleri arasında sayılan ilave haciz ve tamamlama haczi nedeniyle muhafaza altına alınan mallar için de m. 88/a da belirlenen tasfiye usulü uygulanabilir. İlave haciz, hacze iştirak halinde haczedilen malların hacze iştirak eden alacaklıların alacağını karşılamayacağına anlaşılması halinde talep üzerine borçlunun alacaklara yetecek diğer mallarının haczedilmesidir<sup>14</sup>. Tamamlama haczi ise satış aşamasında satılan malların alacağı karşılamaya yetmemesi halinde borçlunun malları üzerine haciz konulmasıdır<sup>15</sup>. Hangi sebeple olursa olsun haczedilen ve muhafaza altına alınan mallar üzerindeki haciz kalkarsa, İİK m. 88/a’da belirlenen tasfiye süreci başlatılabilir.

Geçici haciz, imzaya itiraz üzerine alacaklının başvurduğu itirazın geçici kaldırılması yargılaması sonucunda geçici kaldırma kararı verilmesi durumunda alacaklının isteyebileceği haciz türüdür (İİK m 69/1)<sup>16</sup>. Borçlu, geçici kaldırma kararı üzerine yedi gün içerisinde borçtan kurtulma davası açmaz ya da açmasına rağmen davayı kaybedecek olur ise geçici haciz kesin hacze dönüşür (İİK m. 69/3). Kanaatimizce İİK m.88/a geçici haczin ortadan kalkması bakımından da uygulama alanı bulur. Örneğin, borçlunun açtığı borçtan kurtulma davası kabul edilip geçici haciz ortadan kalkarsa İİK m.88/a hükmü uygulanır.

İhtiyati haciz ise rehinle teminat altına alınmamış bir para alacağının ödenmesini güvence altına almak için Kanun’da öngörülen koşullar çerçevesinde mahkeme kararı ile borçlunun malvarlığı değerlerine el konulmasını sağlayan bir geçici hukuki korumadır<sup>17</sup>. İhtiyati haciz de özel hüküm bulunmayan hallerde, hacze ilişkin genel hükümlere göre icra edilir. Buna göre, ihtiyaten haczedilen mallar da icra dairesi tarafından muhafaza altına alınabilir ve yediemine teslim edilebilir. İhtiyati haciz borçlunun itirazı

2014/1475, K. 2014/3702, T. 50.03.2014.

<sup>14</sup> Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 186; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 297; Aşık/ Oruç/ Tok/ Saçar, s. 152; Karlı, s.409.

<sup>15</sup> Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 186; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 297; Aşık/ Oruç/ Tok/ Saçar, s.152.

<sup>16</sup> Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 185; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 296; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 161; Yılmaz, s. 900 vd.; Kuru/ Aydın, s. 144; Aşık/ Oruç/ Tok/ Saçar, s.152.

<sup>17</sup> Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 186; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 297; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 161; Yılmaz, s. 1089; Kuru/ Aydın, s. 347; Aşık/ Oruç/ Tok/ Saçar, s.152.

üzerine kaldırılabilir gibi, ihtiyati haciz kararının verilmesinden sonra, süresi içinde haczin icrasının talep edilmemesi veya icrası talep edilmiş olup da dava ve takipten önce ihtiyati haciz kararı verilmesi halinde, kanunda belirlenen süre içinde dava açılmaması veya takip başlatılmaması halinde de kendiliğinden kalkabilir. Sonuç olarak, ihtiyati haczin hukuken ortadan kalktığı hallerde de kanunun lafzı gereği, İİK m.88/a hükmü uygulama alanı bulur.

### **B. Malın Muhafaza Altına Alınmış Olması ve Yedieminde Bulunması**

İİK m. 88/a kapsamında tasfiye işlemleri yapılabilmesi için gerekli diğer şart, haczedilen malın muhafaza altına alınmış ve yedieminde teslim edilmiş olmasıdır. Diğer taşınır mallar, masrafı peşinen alacaklıdan alınarak muhafaza altına alınır.

Kanuna göre, *“haczedilen taşınır mallar, alacaklı muvafakat ederse, istenildiği zaman verilmek şartıyla, muvakkaten borçlu yedinde veya üçüncü şahıs nezdinde bırakılabilir. Alacaklı muvafakat etmediği takdirde ise mal yedieminde bırakılabilir (İİK m. 88/2)”*. Borçlu yedinde bırakılan mallar üzerinde haciz kalkarsa, İİK m. 88/a hükmü uygulanamaz. Zira haczedilen mal zaten borçlunun elinde bırakıldığından malın iade edilmesine ve tasfiye sürecini işletmeye gerek kalmaz.

Kanun koyucu bazı hallerde taşınır malların muhafaza altına alınmasını ve yediemin depolarına bırakılmasını şarta bağlamıştır<sup>18</sup>. *“Üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır mallar haczedildiğinde, üçüncü şahıs kabul ederse haczedilen mal üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılır (İİK m.88/2)”*. Üçüncü şahıs taşınır malın kendi yedinde kalmasını kabul etmezse, mal yediemin depolarına bırakılabilir. Üçüncü kişi elinde haczedilen kendisine bırakılan mallar bakımından da İİK m. 88/a’da belirtilen tasfiye usulü uygulanmaz. Zira bu mallar zaten üçüncü kişinin elinde haczedilmiş ve bırakılmış olduğundan, haczin kalkması halinde üçüncü kişide kalmaya devam eder. Buna karşılık üçüncü kişinin muvafakat etmemesi nedeniyle mal bir başka gerçek veya tüzel kişiye yediemin olarak bırakılmışsa İİK m. 89 hükmü uygulanmalıdır.

*“Ticari işletme rehni kapsamındaki taşınırlar ise ancak icra dairesince satılmalarına karar verilmesinden sonra muhafaza altına alınabilir (İİK m.88/*

<sup>18</sup> Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 314; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 177; Kuru/ Aydın, s. 151; Haluk Eruygur, *Yedieminlik*, Yetkin Yayınları, 2008, s. 144 vd.

IV)”. Buna göre, ticari işletme rehni kapsamındaki mallar, muhafaza altına alınmış ve yediemine teslim edilmiş olmak koşuluyla İİK m. 88/a kapsamında tasfiyeye tâbi olabilirler.

Kanun koyucu bazı hallerde, taşınır malın muhafaza altına alınmasını ve yediemine bırakılmasını yasaklamıştır<sup>19</sup>. “*Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası antlaşma hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yabancı devlet başkanı, parlamento başkanı, hükümet başkanı veya hükümet üyelerini taşıyan ulaşım araçları, bu kişiler Türkiye’de buldukları sürece, muhafaza altına alınamaz ve yediemine bırakılamaz (İİK m.88/3)*”.

Kanun, malların yedieminde bulunmasından söz etmiş ancak yedieminin statüsü konusunda bir ayırım yapmamıştır. Buna göre, İİK kapsamında haczedilen mal yediemin olarak kendilerine bırakılabilen gerçek ve tüzel kişilerde bulunan mallar bu hüküm kapsamına girebilir. Haczedilen mallar, Adalet Bakanlığı tarafından yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait lisanslı yediemin depolarında ve özel depo ve garajlarda muhafaza edilir (İİK m.88/5, Lisanslı Yediemin Depoları Yönetmeliği<sup>20</sup> 18/1, Lisanslı Yediemin Depoları Yönetmeliği Ücret Tarifesi m. 1). Yediemin depolarında muhafaza altına alınan mallar üç kategori esas alınarak belirlenmiştir: Motorlu taşıtlar, diğer mahcuz taşınır mallar ve hacizli olmayan taşınır mallar. (Lisanslı Yediemin Depoları Yönetmeliği Ücret Tarifesi Ek). İİK m.88/a hükmünün uygulama alanı bulması için ilk iki kategorideki mallarda, muhafaza işleminin dayanağı olan haczin kalkmış olması gerekir.

Haczedilen taşınır mallar kural olarak lisanslı yediemin depolarında muhafaza altına alınır. Bununla birlikte haczedilen taşınırlar, lisanslı yediemin depoları dışında kalan bir üçüncü kişiye de yediemin olarak bırakılabilir. Bu nedenle hacizli mal yediemin olarak kendisine bırakılan üçüncü kişilerde bulunan mallar bakımından da şartları varsa re’sen tasfiye hükümleri uygulanabilir<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 177.

<sup>20</sup> 23.08.2016 tarihli ve 29810 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>21</sup> “İİK’nın 88/6. maddesine göre; icra dairesi, depo ve garajlarda ve yediemin olarak kendisine haczedilen malın bırakılmış olduğu üçüncü kişilerde saklanıp da hukuken artık muhafazasına gerek kalmayan malı, vereceği uygun süre içinde geri almasını ilgililere re’sen bildirir.” Yargıtay 12. HD. E. 2015/34519, K. 2016/12456, T. 27.04.2016.

### C. İcra Dairesinden Gönderilen İhtara Rağmen Malın Borçlu Tarafından Teslim Alınmamış Olması

#### 1. Borçluya Tebligat Yapılarak Malın Teslim Alınması İçin 10 Günlük Kesin Süre Verilmesi

Haczedilerek muhafaza altına alınan taşınır malların İİK m. 88/a ya göre, “tasfiye edilebilmesi için icra dairesi tarafından borçluya tebliğ tarihinden itibaren 10 günlük kesin süre içerisinde yedieminlik ücretini yatırmak suretiyle malı teslim alabileceği; aksi halde malın tasfiye edileceği ihtar edilir (İİK m.88/a)”. Borçluya verilen süre tebligatla işleme başlar. İcra ve İflas Kanunu’na göre icra tebliğlerinde Tebligat Kanunu<sup>22</sup> hükümleri uygulanır (İİK m. 21 ve İİK m.57).

#### 2. Borçluya Tebligat Yapılmadan Önce Gerçekleştirilecek İşlemler

Kanunda belirlenen bazı durumlarda, icra dairesi tarafından İİK m. 88/a/2 uyarınca borçluya tebligat çıkarılmadan önce tamamlanması gereken işlemler vardır. Bu durumlardan biri, muhafaza altına alınan mal üzerinde 6183 sayılı Kanun uyarınca konulmuş haciz bulunmasıdır. “Tasfiye konusu mal üzerinde 6183 sayılı Kanun uyarınca haciz bulunması halinde, icra dairesi, borçluya tebligat çıkarmadan önce tahsil dairesine tebligat çıkararak tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde muhafaza ve/veya satış işlemlerini yapmak üzere malı teslim alması gerektiğini, aksi halde malın bu madde uyarınca tasfiye edileceğini bildirir (İİK 88/a-12)”. Tahsil dairesi tebliğden itibaren bir ay içinde hacizli malı teslim alırsa, İİK m. 88/a ya göre tasfiye mümkün olmaz. Buna karşılık bu süre içinde mal teslim alınmazsa, öncelikle malı teslim alması ihtarı borçluya tebliğ edilir ve borçlu malı teslim almazsa tasfiyeye devam edilir.

Malı teslim alması için borçluya tebligat yapılmadan önce tamamlanması gereken bir başka işlem daha bulunmaktadır. Kanuna göre, “Tasfiye konusu malın 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu kapsamında serbest dolaşımda olmaması<sup>23</sup> halinde ise icra dairesi, borçluya tebligat çıkarmadan

<sup>22</sup> 19/2/1959 tarihli ve 10139 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir

<sup>23</sup> Gümrük bölgesindeki bir mal için kanunen ödenmesi gereken tüm vergilerin ödenmesi, ticaret politikasına ilişkin önlemlerin uygulanması, eşyanın ithal edilmesi için diğer gereken tüm işlemlerin tamamlanması halinde ilgili mal serbest dolaşımda kabul edilir (4458 Sayılı Gümrük Kanunu m.3/6-a). Diğer bir deyişle serbest dolaşımda olan eşya tüm gümrük işlemleri yapılmış eşyadır. Serbest dolaşımda bulunmayan mal ise serbest dolaşımda bulunan eşya dışında kalan diğer eşyaları ifade eder (4458 Sayılı Gümrük Kanunu m.3/6-b). İİK m.88/

önce gümrük idaresine tebligat çıkararak bir ay içinde gümrük işlemlerini yapmak üzere malı teslim alması gerektiğini, aksi halde malın İİK m. 88/a uyarınca tasfiye edileceğini bildirir (İİK 88/a-13)”. Borçluya tebligat yapılmadan önce Gümrük idaresine serbest dolaşımda olmayan mallar ile ilgili gümrük işlemlerinin yapılması gerektiği bildirilir. Gümrük idaresi bu ihtar üzerine, tebliğden itibaren 1 ay içinde malı teslim almalı ve gümrük işlemlerini yapmalıdır (İİK m.88/a-13); aksi halde malın tasfiyesine İİK m. 88/a’ya göre devam edilir. Gümrük İdaresi tarafından mal belirlenen süre içinde teslim alınırsa tasfiye sona ermiş olur (Kıyasen Geçici Madde 20’nin uygulanmasına ilişkin Tebliğ m. 8/4)

Kanun aynı mal üzerinde hem 6183 sayılı Kanun uyarınca haciz olması hem de malın serbest dolaşımda olmaması halinde öncelikle hangi işlemin yapılacağını açıkça belirtmemiştir. Tebliğde ise bu konuda açık düzenleme yapılmıştır. Esasında Tebliğ m. 88/a bakımından doğrudan hüküm içermemekteyse de kıyasen İİK’nın 88/a maddesi bakımından da uygulama alanı bulabilecek niteliktedir. Tebliğe göre, tasfiye konu mal için önce gümrük idaresi belirlenen süre içinde başvuru yapmalı, bu gerçekleşmediğinde ise tahsil dairesi tarafından süresi içinde başvuru yapılmalıdır (Tebliğ m. 8-9). Tebliğ hükmü de dikkate alındığında, kanımızca öncelikle gümrük idaresine malı teslim alması için tebligat yapılmalı, gümrük idaresi tarafından mal teslim alınmazsa tahsil dairesine malı teslim alması için tebligat yapılmalıdır. Gümrük idaresi malı teslim alırsa tasfiye tamamlanmış kabul edilir, gümrük idaresi malı teslim almaz ve tebligat üzerine süresi içinde tahsil dairesi teslim alırsa yine tasfiye tamamlanmış kabul edilir (Kıyasen Tebliğ m. 8/4).

### **3. Borçluya Yedieminlik Ücretini Ödeyerek Malı Teslim Alması için İhtar Yapılması**

Hacedilen ve muhafaza altına alınan malla ilgili ortaya çıkabilecek masraflar, malın üzerinde fiili haciz uygulanmasından tasfiye başlayınca kadar olan çeşitli takip masrafları ile mal üzerindeki haczin kalkmasından tasfiye süreci sonra erinceye kadar yapılan masraflar olarak ikiye ayrılabilir. Çalışmada bu ikili ayrımı yapmamızın nedeni masraflardan kimin sorumlu olacağını açıklığa kavuşturmaya çalışmaktır, zira Kanunun düzenleme tarzı ve ifadesi tereddütlere ve karışıklığa yol açabilecek şekildedir.

*“Hacedilen malların muhafazası aşamasındaki ücretler Adalet*

---

a’da serbest dolaşımda olmayan eşya ile kastedilen henüz gümrük işlemleri tamamlanmayan eşyalardır.

*Bakanlığı tarafından düzenlenecek tarifeye belirlenir (İİK m.88/5)”.*

*“Alacaklı muhafaza talep ettiyse satış giderlerini ve muhafaza giderlerini peşin olarak öder. Alacaklıdan Bakanlığın takdir edeceği muhafaza avansı da peşin olarak tahsil edilir. Muhafaza avansı hesaplanırken malın en az üç aylık muhafaza gideri dikkate alınır (Lisanslı Yediemin Depoları Yönetmeliği Ücret Tarifesi m.5/2)”.*

*“Gümrük antrepolarında bulunan malların haczine karar verilmesi halinde icra memuru, malın yediemin olarak antrepoda bırakılmasına karar verebilir. Bu yerlere bırakılan hacizli mallar hakkında gümrük antrepolarının tabi olduğu ücret tarifesi uygulanır (Lisanslı Yediemin Deposu Yönetmeliği m.18/5)”.*

Yedieminde bulunan malların muhafaza masraflarının haciz kalkıncaya kadarki dönem için takip alacaklısı tarafından ödenmesi gerekir. *“Alacaklı haczedilen malların muhafaza, idare ve işletilmesi masraflarını istenildiği takdirde peşin olarak vermeye mecburdur (İİK m. 95)”.* Ayrıca, *“süresinde satış talep etmemesi veya satış talebini geri alıp da kanuni süresi içinde yenilememesi nedeniyle haczin kalkmasına sebebiyet veren alacaklı, o mala yönelik olarak, haczin konulması ve muhafazası gibi tüm giderlerden sorumlu olur (İİK m. 106/son)”.* Takip alacaklısı, Bakanlık tarafından belirlenen tarife göre ödenmesi gereken yediemin ücretini ödemezse, yediemin ödenmeyen muhafaza masrafları için alacaklıya karşı dava açabilir veya takip başlatabilir. Söz konusu davada görevli mahkeme genel hükümlere göre belirlendiğinden asliye hukuk mahkemesidir<sup>24</sup>.

İİK m.88/a’ya göre borçlunun ödemesi gereken yedieminlik ücreti ise haczin uygulanmasından malın borçluya devrine kadar alınan muhafaza

<sup>24</sup> *“Taraflar arasındaki akdi ilişki saklama sözleşmesine dayalı olup icra tetkik mercilerine itirazın iptali yolu ile talepte bulunulması ya da İİK 88/6 maddesi uyarınca uyumsuzluğun çözümünün istenilmesi, akdi ilişkiye dayanarak asliye hukuk mahkemesine başvurusunu engelleyecek hükümler değildir. Davacı, yargılama ve araştırması genel mahkemelere göre daha dar olan icra tetkik mercine başvuracağına her açıdan araştırma ve delil toplama hak ve yetkileri daha geniş olan asliye hukuk mahkemesine başvurarak kesin hüküm temin etme yoluna gidebilir. Kaldı ki, davacı ile davalı arasında saklama sözleşmesinden kaynaklanan davanın münhasıran tetkik mercinin görevinde olduğunu kabul etmek bir çok açıdan itirazın iptali davalarını ortadan kaldıracak nitelik taşımaktadır.”* Yargıtay 4. HD, E. 2017/1749 K. 2019/5056 T. 6.11.2019. *“Aynı Kanun’un 88/6. maddesi ise hacizli malların muhafaza tedbirlerine ilişkin olup, yediemin ücret alacağını kapsamamaktadır.”* YHGK, E. 2017/2526, K. 2022/16, T. 18.1.2022. Kararda geçen eski 88/6’nın karşılığı yeni İİK m. 88/a düzenlemesidir.

tedbirlerine ilişkin masraflardır. Kanuna göre, haczin kalkması halinde malın borçluya teslim edilebilmesi için yedieminlik ücretlerinin borçlu tarafından ödenmesi gerekir. Tebliğde de Geçici Madde 20 bakımından yedieminlik ücretinin borçlu tarafından ödeneceği açıkça belirtilmiştir (Tebliğ m. 20/2). Kanımızca bu düzenleme, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini bozabilecek niteliktedir. Zira yedieminlik ücretinden her koşulda borçlunun sorumlu tutulmaması gerekir. Örneğin, bir malın satılması alacaklı tarafından kanuni süresi içinde talep edilmediği veya talep geri alınıp da süresi içinde yenilenmediği için haciz kalkarsa, haczin kalkmasına sebep olan alacaklı o mala yönelik olarak, haczin konulması ve muhafazası için yapılan tüm giderlerden sorumlu olur (İİK m.110/son). Kanunun malın borçluya teslim edilebilmesi için yedieminlik ücretinin ödenmesi konusunda borçluyu yükümlü kılması kanaatimizce İİK m. 110 ile çelişkili bir düzenlemedir<sup>25</sup>. Buna karşılık borçlu haksızsa ve haczin kalkması borçlunun borcunu ödemesinden kaynaklanmışsa, bu durumda yedieminlik ücretinden borçlunun sorumlu tutulması gerekir. Sonuç olarak, malın borçluya teslim edilebilmesi için her halükârda yedieminlik ücretinden borçluyu sorumlu tutmak, yedieminlik ücretinin süresi içinde ödenmemesi halinde ise borçlunun iradesi dışında malı satarak tasfiye etmek icra hukukunun genel ilkelerine, menfaatler dengesine ve Anayasa ile güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına ve hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmektedir.

Borçlu süresi içinde yedieminlik ücretini öderse, mal bir tutanakla borçluya teslim edilir ve tasfiye sona erer (Kıyasen Tebliğ m. 10/4). Borçlu tarafından ödenen yedieminlik ücreti, tasfiye dairesi tarafından yediemine ödenir. Borçlu malı teslim almaz veya malı teslim almak istese dahi süresi içerisinde tarifeye göre icra dairesi tarafından hesaplanan yediemin ücretini ödemezse, icra dairesi, malın üzerinde rehin olup olmamasına göre işlem yapar. Eğer malın üzerinde rehin varsa bu durumda icra dairesi rehinli alacaklıya bildirimde bulunmalıdır.

#### **D. Rehinli Alacaklının Haklarını Kullanmamış Olması**

Borçlu 10 günlük kesin süre içinde malı teslim almaz veya yediemin ücretini yatırmazsa ve mal üzerinde rehin varsa, rehin hakkı sahibine tebligat yapılır, tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde rehinden kaynaklanan haklarını kullanabileceği ve bu durumu icra dairesine bildirmesi gerektiği ihtar edilir. Rehin hakkı sahibi bu hakkını kullanmazsa, mal icra dairesi tarafından İİK

<sup>25</sup> Aynı yönde bkz. Toraman/ Hasırcı, s. 29.

m. 88/a hükmüne göre re'sen tasfiye edilir. Rehin hakkı sahibi süresi içinde rehinden kaynaklanan haklarını kullanırsa icra dairesi tasfiyenin sonraki aşamasına geçmez. Zira rehin hakkı sahibi tarafından rehinden kaynaklanan hakkın kullanılması ve bildirilmesi üzerine tasfiye tamamlanmış olur (Kıyasen Tebliğ m. 11/2).

Madde kapsamında rehin hakkından söz edildiği için Türk Medenî Kanunu<sup>26</sup>(TMK), İİK ve diğer kanunlar kapsamında hangi teminatların rehin olarak kabul edildiği belirlenmelidir. İİK'ya göre, rehin taşınır ve taşınmaz rehnini (ipotek); taşınır rehni ise teslim bağı rehinleri, ticarî işletme rehnini, hapis hakkını, alacak ve sair haklar üzerindeki rehinleri, Türk Medenî Kanununun 940. maddesinde öngörülen rehinleri kapsar (İİK m.23). Türk Medeni Kanunu'nda "Sınırlı Ayni Haklar" başlığı altında düzenlenen taşınır rehni türleri; teslim bağı rehin, hapis hakkı, alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehindir. Ayrıca kanunda rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlarla yapılan rehin ile rehinli tahvilat da düzenlenmiştir. Taşınır rehninin konusu, parasal değere sahip, alacağa teminat teşkil eden ve paraya çevrilebilecek ferden tayin edilmiş taşınır eşya olabileceği gibi bir hak veya alacak da olabilir. Kanuna göre, bir taşınır üzerinde kural olarak teslim bağı rehin kurulabilir (TMK m.939/f.1). Teslime bağı taşınır rehni eşyanın dolaysız zilyetliğinin alacaklıya veya güvenilir bir üçüncü kişiye bırakılmasıyla oluşan rehindir<sup>27</sup>. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununda<sup>28</sup>(TİTRK) öngörülen rehin, taşınırlarda teslim şartlı rehne bir istisna tanımaktadır. Buna göre, işletmeye dahil taşınırlar alacaklıya teslim edilmeksizin de rehnedilebilir (TİTRK m.1/1)<sup>29</sup>. Yine TMK m.940/2'ye göre, sicile kayıtlı bazı motorlu taşıt, gemi,

<sup>26</sup> 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir

<sup>27</sup> Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, Barış Yayınları, 2018, s. 609; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2017, s. 661; Turhan Esener/Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2019, s. 599; Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2018, s. 1029; Cansu Mete, "Taşınır Rehni", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, 19 (3), 2017, s.1456.

<sup>28</sup> 28/10/2016 tarihli ve 29871 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>29</sup> Bahar Öcal Apaydın, "6750 Sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ayni Alacağa Teminat Teşkil Etmek Üzere Birden Çok Taşınırın Rehin Hakkına Konu Olması," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1), 2020, s. 272 vd.; TİTRK, taşınır eşya sayılamayacak pek çok değeri de bu kapsamda kabul ederek kanunun uygulama alanını artırmıştır. Damla Gürpınar: "Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehninin Teslime Bağı Taşınır Rehni Kurallarından Ayrılan Yönleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19 (1), 2017, s.123. Tuncer Kazancı'ya göre, kambiyo senetleri mücerretlik özelliği sebebiyle TİTRK'in uygulama alanı içerisinde kabul edilmemelidir. İdil Tuncer Kazancı, "Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Rehinlerde Rehinli Alacaklının



hava araçları gibi mallarda zilyetlik devredilmeksizin de rehin kurulabileceği öngörülmüştür.

İİK m.88/a'da kapsamında rehin hakkı, teslim şartlı veya teslim şartlı olmayan rehin olabilir. Örneğin, TMK m.940/2'ye göre, sicile kayıtlı motorlu taşıtlar üzerinde kurulan rehin zilyetlik devredilmeksizin de kurulabilen bir rehindir. Sicile kayıtlı mal üzerinde rehin kurulduktan ve diğer bir alacaklı malı haczettirdikten sonra, söz konusu malın muhafazasına gerek kalmaz ve borçlu malı kendisine verilen süre içinde masraflarını ödeyerek teslim almazsa, rehinli alacaklı haklarını kullanabilir.

İcra ve İflas Kanununa göre, icra dairesi, üçüncü bir şahsa rehnedilmiş olan malları da muhafaza altına alabilir. Ticari işletme rehni kapsamındaki taşınır ise icra dairesince satılmalarına karar verilmesinden sonra muhafaza altına alınabilir. Bu mallar paraya çevrilmediği takdirde geri verilir (İİK m. 88/4). Kanaatimizce İİK m.88/a hükmü şartları varsa ticari işletme rehni de uygulama alanı bulabilir. Zira ticari işletme rehni kapsamındaki taşınır icra dairesi tarafından satılmasına karar verilince muhafaza altına alınabilir. Ticari işletme rehni kapsamındaki taşınır mal üzerindeki haciz, satılmasına karar verildikten ve buna bağlı olarak muhafaza altına alındıktan sonra kalkarsa, İİK m.88/a kapsamında tasfiye edilebilir<sup>30</sup>.

İİK m.88/a'ya göre, rehinli alacaklının sahip olduğu rehin; çoğunlukla alacağa teminat teşkil eden, paraya çevrilebilen, malın alacaklıya veya güvenilir üçüncü kişiye bırakılmasıyla oluşan teslimine bağlı taşınır rehnidir. Teslime bağlı rehinde alacaklının en temel hakkı, malın paraya çevrilmesini istemek ve elde edilen meblağdan kendi alacağını karşılamaktır<sup>31</sup>. Alacaklının bu hakkı kullanabilmesi için borcun muaccel olması gereklidir. Rehinle teminat altına alınan alacağın muaccel olmaması halinde rehin hakkı sahibinin İİK madde 88/a kapsamında hakkını kullanmasının mümkün olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Kanaatimizce İİK m.88/a'da rehinli alacaklının hakkını kullanabilmesi muaccel olmayan borçlar için de geçerlidir. Zira rehinli alacaklının haklarını kullanmaması halinde mal açık artırma yoluyla satılacak,

Tatmin Edilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 (1), s. 73-86, 2019, s. 82.

<sup>30</sup> Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 177.

<sup>31</sup> Sirmen, s. 663; Ertaş, s. 610; Gökhan Antalya, *Eşya Hukuku*, Cilt I, Legal Yayıncılık, 2017, s. 95; Esener/ Güven, s. 601; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s.1030; Rona Serozan, *Taşınır Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2007, s. 349; Alacaklının bu hak haricinde mala zilyet olma, taşınır mal için yaptığı masrafları isteme hakları da vardır. Mete, s. 1461.

mal bu şekilde satılmazsa aşağıda açıklandığı üzere sırasıyla malın yediemine, Şirkete veya Kızılaya devri suretiyle tasfiye sağlanacak, malın mülkiyeti kendisine geçen kişi tüm haciz ve rehinlerden arı olarak malı devralmış olacaktır (İİK m.88/a-9); böylece rehinli alacaklı hak kaybına uğrayacaktır. Bu sebeple rehinle teminat altına alınan alacak muaccel olmasa dahi, İİK m. 88/a'daki istisnai düzenleme uyarınca, rehinli alacaklının rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabileceği kanaatindeyiz.

## II. TASFİYE USULLERİ VE TASFİYEDE İZLENECEK SIRA

İcra ve İflas Kanunu muhafazası gerekli olmayan malların tasfiye sürecini, sicile kayıtlı olan mallar ve kayıtlı olmayan mallar bakımından ayırmıştır. Sicile kayıtlı mallarda, öncelikle malın açık artırma yoluyla satılması suretiyle tasfiye prosedürünün işletilmesi, bu mümkün olmadığında ise yetkili icra dairesi tarafından re'sen tasfiye prosedürünün takip edilmesi öngörülmüştür. Sicile kayıtlı olmayan mallar bakımından ise önce açık artırma yoluyla satış yapılmaksızın doğrudan malın mülkiyetinin yediemine, Şirkete veya Kızılay'a devri suretiyle re'sen tasfiye prosedürü işletilecektir. Bu nedenle aşağıda öncelikle sicile kayıtlı malların tasfiyesi açıklanmış, daha sonra sicile kayıtlı olmayan mallarda uygulanacak hükümlere değinilmiştir.

### A. Sicile Kayıtlı Malların Tasfiyesi

Sicile kayıtlı mallar, mevzuat gereği tabi oldukları resmî sicile kaydedilmesi gerekli olan mallardır<sup>32</sup>. Bu kapsamda, sicile kayıtlı hava, deniz ve kara taşıtları ve araçları ile iş makinelerinin<sup>33</sup> tasfiyesi özel kanunlarında ve düzenlemelerinde tasfiye edilmelerine ilişkin bir hüküm olmadıkça aşağıdaki sırayla gerçekleştirilecektir.

#### 1. Malın Açık Artırmayla Satışı Yoluyla Tasfiye

Borçlu tarafından teslim alınmayan ve varsa rehinli alacaklının haklarını kullanmadığı sicile kayıtlı mal, icra dairesi tarafından re'sen elektronik

---

<sup>32</sup> Sicile kayıtlı mallarla ilgili olarak farklı mevzuat düzenlemelerinde hükümler bulunmaktadır. Örneğin, iş makineleri ile ilgili olarak İş Makinelerinin Tescili İle İlgili Esaslar (m. 4 ve 6); gemi, deniz ve iç su araçlarıyla ilgili olarak Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği (m. 2); sivil hava araçlarıyla ilgili olarak Türk Sivil Havacılık Kanunu (m. 50); insansız hava araçlarıyla ilgili olarak Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü İnsansız Hava Aracı Sistemleri Talimatı (m. 12) bulunmaktadır. Buna göre, sicile kayıtlı malların belirlenmesi için mevzuattaki özel düzenlemelerin dikkate alınması gerekir.

<sup>33</sup> 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre "Araç: Karayolunda kullanılabilen motorlu, motorsuz ve özel amaçlı taşıtlar ile iş makineleri ve lastik tekerlekli traktörlerin genel adıdır".

ortamda açık artırma yoluyla satış<sup>34</sup> hükümlerine göre satılır. İcra dairesinin açık artırma yapması için alacaklının, borçlunun veya yediemin gibi üçüncü kişilerin talepte bulunması gerekli değildir.

İcra dairesinin bu malı satabilmesi için malın daha önce satışa çıkarılmamış olması şarttır (İİK m.88/a-5). Mal daha önce satışa çıkarılmışsa, öncelikle satış işlemlerinin sonuçlanması beklenmelidir. Satış gerçekleşirse, mal zaten açık artırma suretiyle satılmış olduğundan, İİK m. 88/a kapsamında tasfiyenin sonraki aşamalarına geçilmeyecektir. Buna karşılık mal açık artırmada satılmazsa; kanımızca artık icra dairesinin açık artırma yoluyla satış şartını yerine getirmesine gerek olmaksızın derhal yediemine tebligat çıkarılarak bildirilen tutarı ödediği takdirde malın mülkiyetinin kendisine devredilmesine karar verileceğini, aksi halde müteakip fıkralara göre işlem yapılacağını ihtar etmesi gerekir.

Kanuna göre, muhafazasına gerek olmayan malların tasfiyesinde sadece elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış yolunun kullanılması emredildiğinden, malın diğer satış yöntemleriyle satışı mümkün değildir. Muhafazasına gerek kalmayan malların pazarlık yoluyla veya borçluya satış yetkisi verilmek suretiyle satılması mümkün değildir.

Malın açık artırma yoluyla satılması için alacaklı veya borçlunun veya diğer ilgililerin talepte bulunması şart değildir. İcra dairesi İİK m. 88/a hükmünün şartlarını yerine getirmişse, malın re'sen açık artırma yoluyla satışına karar verebilir, daha doğrusu karar vermek zorundadır.

Açık artırma yoluyla satış bir takip işlemi olduğundan, tatil ve talik hallerinde yapılıp yapılamayacağı sorusu gündeme gelebilir. Tatil ve talik hallerinde kural olarak icra takip işlemi yapılamaz<sup>35</sup>. Kanımızca İİK m. 88/a uyarınca yapılacak satış, borçluya tebligat yapılamaması veya tebligat yapılsa dahi borçlunun malını yedieminlik ücretini ödeyerek teslim almaması ve diğer ilgililerin (6183 s.K. hükümlerine göre alacaklı tahsil dairesi veya rehin hakkı sahibi) haklarını kullanmaması nedeniyle gecikmeksizin ve re'sen yapılan bir

<sup>34</sup> İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre, "Elektronik satış: UYAP'a entegre Elektronik Satış Portalı üzerinden İcra ve İflâs Kanunu hükümleri çerçevesinde açık artırma suretiyle yapılan satışları," ifade eder (ESY m. 3).

<sup>35</sup> Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 81; Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 69; Muşul, s. 176; Yılmaz, s. 282; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 71; Görgün/ Börü/Kodakoğlu, s. 49; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s.134; Nilüfer Boran Güneysu, "İcra Takip İşlemleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (101), 2012, s. 32 vd.

işlem olduğundan, tatil ve talik hallerinden (İİK m. 51-56) etkilenmemelidir. Buna göre, tatil gün ve saatlerinde veya talik hallerinde muhafazasına gerek kalmayan mallar açık artırma suretiyle satılabilir.

Muhafazasına gerek kalmayan malın maliki olan borçlu veya üçüncü kişi hakkında konkordato mühleti verildiği takdirde, İİK m. 88/a uyarınca bu malın icra dairesi tarafından re'sen satılıp satılmayacağı; başka bir deyişle tasfiye işlemlerinin konkordato mühletinden etkilenip etkilenmediği değerlendirilmelidir. Konkordato mühleti verilmesi, kural olarak borçlu aleyhine yürütülecek olan icra takip işlemlerini durdurur<sup>36</sup>. Borçluya konkordato mühleti verilmiş olması nedeniyle takip işlemlerinin durması, İİK m. 88/a kapsamında haczin kalkmış olması nedeniyle borçluya iade edilmesi gereken ancak tebligat yapılamadığı veya süresi içinde geri alınmadığı için açık artırmaya çıkarılan mallar hakkında uygulanmamalıdır. Zira konkordato mühleti, borçluya karşı icra veya iflâs yoluyla takip yapılmasını veya başlamış olan takiplere devam edilmesini engeller (İİK m. 294). İİK m. 88/a düzenlenen açık artırma yoluyla satışın amacı ise borçlu aleyhine takibi devam ettirmek değil; hangi borçlu veya üçüncü kişi olursa olsun, artık muhafazasına gerek kalmayan malların yedieminden veya lisanslı yediemin depolarından teslim alınmasını ve muhafaza masraflarının ödenmesini sağlamaktır. Konkordato mühleti verilen borçlunun, İİK m. 88/a uyarınca kendisine sunulan tarifeye göre belirlenen yedieminlik ücretini ödemek suretiyle, malını teslim almaması halinde, malın açık artırma yoluyla satılabilmesi mümkün olmalıdır. Eğer bu mal üzerinde rehin varsa, öncelikle rehin alacaklısına haklarını kullanması için bildirim yapılmalıdır. Rehin hakkı sahibi borçlu konkordato mühleti içinde olsa dahi rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatabilir ve takibe devam edebilir. Bu durumda, satış borçlunun kendisine verilen süre içinde malını teslim almamasından kaynaklandığı için, rehinli alacaklı tarafından malın satışının talep edilebileceği ve satış işlemlerinin yapılması gerektiği kanısındayız.

Açık artırma yoluyla satışın yapılması ve malın alıcıya teslim edilmesiyle tasfiye sona ermiş olur (Kıyasen Tebliğ m. 12/5). Malın açık artırmayla satılması halinde yedieminlik ücreti satış bedelinden ödenir (Kıyasen Tebliğ m. 18/4).

---

<sup>36</sup> Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 669; Görgün/ Börü/ Kodakoğlu, s. 628; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s.134; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 549.

## 2. Malın Mülkiyetinin Devri Yoluyla Tasfiye

Açık artırma yoluyla satış yapılamazsa, malın mülkiyetinin devri yoluyla tasfiye aşamasına geçilir (İİK m.88/a-5). Malın mülkiyetinin devri yoluyla tasfiye, Kanun tarafından öngörülen, mülkiyetin tescilden önce kazanım yollarından biridir. “*Miras, cebri icra, kamulaştırma, mahkeme kararı gibi hallerde mülkiyet tescilden önce kazanılabilir (TMK m.705)*”<sup>37</sup>. Malların mülkiyetinin yedimeine, Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketine ve Kızılay’a devri hallerinde, icra mahkemesi malın devri konusunda karar verir ve ilgili gerçek veya tüzel kişi malın mülkiyetini tescilden önce kazanır.

Malın mülkiyetinin yedimeine veya Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketi’ne devri de esasen satış yoluyla tasfiye usulü olmasına rağmen, mülkiyetin Kızılay’a devri ise bedelsiz olduğundan satış yoluyla tasfiye olarak nitelendirilemez.

### a. Malın Mülkiyetinin Yedimeine Devri Yoluyla Tasfiye

Sicile kayıtlı malın açık artırma yoluyla satış suretiyle tasfiye edilememesi halinde, icra dairesi, derhal yedimeine tebligat çıkararak tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde varsa malın son iki yıl içinde yapılan, yoksa icra dairesince takdir edilen kıymetinin yüzde kırkı üzerinden, tarifeye göre belirlenen yedimeinlik ücreti mahsup edildikten sonra bakiye tutarı ödediği takdirde malın mülkiyetinin kendisine devredilmesine karar verileceğini, aksi halde İİK m. 88/a da öngörülen diğer usullerle tasfiyeye devam edileceğini ve işlem yapılacağını ihtar eder.

Taşınır mallarda kıymet takdiri, haciz esnasında ve taşınmazlardan farklı şekilde kural olarak bir defa yapılır. Kıymet takdiri bir icra işlemi olarak şikâyete tâbidir. Kıymet takdiri ilgililere tebliğ edildikten sonra 7 günlük şikâyet süresi vardır. Bu süre içinde şikâyet yoluna başvurulmaması veya başvurulması halinde icra mahkemesinin kararıyla kıymet takdiri kesinleşir<sup>38</sup>. Kesinleştiği andan itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemez (İİK m.128/a). İlgililer iki yıl süre geçtikten sonra da kıymet takdirinin yeniden yapılmasını istemeyebilirler. İİK m.88/a’ya göre yedimeinin ödeyeceği miktar, malın son iki yıl içinde yapılan veya bu tarihten önce yapılan ancak ilgililerin kıymet takdirinin yeniden yapılmasını istemediği halde icra dairesince takdir

<sup>37</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 406 vd.; Sirmen, s. 341 vd.; Esener/ Güven, s. 246 vd.

<sup>38</sup> Nilüfer Boran Güneysu, *Kıymet Takdiri*, Yetkin Yayınları, s. 202; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 315; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 237.

edilen bedel üzerinden hesaplanır. Bu bedelin yüzde kırkıdan tarifeye göre belirlenen yedieminlik ücreti mahsup edilir. İcra dairesince belirlenen yeni değere karşı ilgililer şikâyet yoluna başvurabilirler. Şikâyet yoluna kural olarak işlem den doğrudan etkilendiğini veya zarar gördüğünü iddia eden ve bu yola başvurmakta hukuki yararı<sup>39</sup> olan alacaklı, borçlu ve yediemin başvurabilir<sup>40</sup>.

Kanuna göre; “İcra dairesi malın takdir edilen kıymetinin yüzde kırkını dikkate alarak, yedieminlik ücretini mahsup eder ve yediemin tarafından tebliğ tarihinden itibaren 10 günlük kesin süre içinde bakiye tutarın ödendiğini tespit ederse, malın mülkiyetinin yediemine devrine yönelik kararın verilmesi için dosyayı icra mahkemesine gönderir (İİK m. 88/a/6)”.

Mülkiyetin devri için dosya kendisine gönderilen icra mahkemesi, en geç on gün içinde dosya üzerinden inceleme yapar ve talebin kabulüne veya reddine karar verir. Malın mülkiyetinin yediemine devri için gerekli şartların oluştuğunu ve icra dairesi tarafından işlemlerin kanuna uygun olarak yapıldığını tespit eden icra mahkemesi, talebin kabulüne karar verir; aksi halde ise talebin reddine karar verir. Kanımızca icra mahkemesi tarafından yapılan yargılama bir çekişmesiz yargı işidir. Zira icra mahkemesi, icra dairesi tarafından re’sen yürütülen bir tasfiye sürecinde, malın mülkiyetinin devri konusunda karar verir. Bu yargılamada davacı ve davalı olarak iki taraf bulunmadığı gibi, taraflar arasında bir uyuşmazlık da yoktur. Mülkiyetin devri konusunda yediemin tarafından değil, icra dairesi tarafından talepte bulunulur. Ayrıca icra mahkemesi, devrin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini re’sen inceler.

İcra mahkemesi kesin olarak karar verdiği için, bu karara karşı kanun yoluna başvurulması mümkün değildir. İcra mahkemesinin mülkiyetin devri talebi hakkında kabul kararı vermesiyle, malın mülkiyeti yediemine geçer ve mal üzerindeki tüm haciz ve rehinler kaldırılarak devir ve teslim işlemleri gerçekleştirilir, böylece tasfiye işlemleri tamamlanmış olur. Mal üzerinde rehin bulunsa dahi, yediemin, rehinden ari olarak malın mülkiyetini kazanır. Zira daha önce rehin alacaklısına tebliğ yapılarak rehinden kaynaklanan haklarını kullanması tebliğ yoluyla kendisine ihtar edilmiş ve rehin alacaklısı bu haklarını kullanmamıştır.

<sup>39</sup> Hukuki yararın tespitine ilişkin açıklama ve örnekler için bkz. Hakan Pekcanitez/Cemil Simil, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 232 vd.

<sup>40</sup> Boran Güneysu, s. 231.

## **b. Sicile Kayıtlı Malın Mülkiyetinin Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketine Devri Suretiyle Tasfiye**

Yediemin tarafından 10 günlük kesin süre içinde başvuru yapılmaması veya başvuru yapılsa dahi takdir edilen kıymetin yüzde kırkına karşılık gelen bakiye tutarın yediemin tarafından ödenmemesi halinde, icra dairesi Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketine<sup>41</sup> tebligat çıkararak, tebliğ tarihinden itibaren 1 ay içinde, hurda bedelini ödeyeceğini bildirmesi ve bildirimde bulunduğu tarihten itibaren üç ay içinde hurda bedelini ödemesi şartıyla malın mülkiyetinin Şirkete devredilmesine karar verileceğini ihtar eder.

Söz konusu tasfiye usulü sadece sicile kayıtlı mallar bakımından uygulanabilir. Sicile kayıtlı olmayan malların Şirkete devri suretiyle tasfiye edilmesi mümkün değildir.

Sicile kayıtlı malın mülkiyetinin Şirkete devri suretiyle tasfiye edilebilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir: Sicile kayıtlı mal açık artırma yoluyla satılamamış olmalı ve malın mülkiyetinin devri yediemin tarafından kabul edilmemeli veya yediemin Kanunda belirlenen süre içinde takdir edilen kıymeti icra dairesine yatırmamış olmalıdır.

Yukarıda belirtilen ön koşullar gerçekleşmişse, icra dairesi tarafından Şirkete tebligat yapılarak malın mülkiyetinin devralınması konusunda ihtar gönderilmelidir. İhtarda, tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde, 30/6/2021 tarihli ve 7330 sayılı Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketi Hakkında Kanunun 4'üncü maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca belirlenen hurda bedelini ödeyeceğini bildirmesi ve bildirimde bulunduğu tarihten itibaren

<sup>41</sup> Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketi, sermayesi Hazine'ye ait olan ancak Hazine'nin şirketteki oy, yönetim, temsil, denetim gibi hak ve yetkilerinin Milli Savunma Bakanlığı tarafından kullanıldığı, Milli Savunma Bakanlığı ile ilişkili bir kuruluştur (7330 sayılı MKE AŞ. Hakkında Kanun m.3). Şirketin görevleri her türlü silah, mühimmat, ham madde, araç ve gereç vb. üretmek, mühendislik, tasarım, montaj, test faaliyetleri yapmak, eğitim kurumları ve özel endüstri bölgesi kurmak, mühimmat ayırmak, ayıklamak vb.'dir (7330 sayılı MKE AŞ. Hakkında Kanun m.4/1). Şirket bu faaliyetleri gerçekleştirmek amacıyla yabancı ülkeler tarafından Türkiye'de bırakılan veya kamu idareleri, KİT'ler ve sermayesinin en az yüzde ellisi kamuya ait olan bağlı ortaklıklara ait ancak ihtiyaç fazlası veya özelliğini kaybetmiş olan ya da kullanım dışı kalan çeşitli ürünleri Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından belirlenen hurda fiyatından satın alabilir (7330 sayılı MKE AŞ. Hakkında Kanun m.4/1). İİK m.88/a'da da açık artırma yoluyla satılamayan, mülkiyetin devri yediemin tarafından kabul edilmeyen taşınır malların MKE AŞ. tarafından MKE AŞ. Hakkında Kanun'da belirtilen hurda bedelinden satın alınabileceği belirtilmiştir. Ancak söz konusu düzenleme MKE AŞ. Hakkında Kanunun 4'üncü maddesiyle çelişkili olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Eleştiriler için bkz. Toraman/Hasırcı, s. 30.

üç ay içinde hurda bedelini ödemesi şartıyla malın mülkiyetinin Şirkete devredilmesine karar verileceği bildirilir.

Kanun malın Şirkete devredilebilmesi için malın hurda değerinin ödenmesi koşulunu aramıştır (7330 sayılı Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketi Hakkında Kanununun 4/4). Sicile kayıtlı malın hurda değeri, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca belirlenen birim fiyatlarına göre tespit edilir. Hurda bedelinin doğru şekilde tespit edilip edilmediği ve tutarı konusunda icra dairesi tarafından karar verilir.

Şirket, sicile kayıtlı malın mülkiyetini devralmak isterse, öncelikle tebliğden itibaren 1 ay içinde belirlenen hurda bedelini ödeyeceğini bildirmelidir; malın mülkiyetini devralmak istemezse, bu süre içinde olumsuz yanıt verebileceği gibi, söz konusu süre içinde yanıt verilmemesi malın Şirket tarafından devralınmayacağı anlamına gelir.

Şirket malın mülkiyetini devralmak isterse, hurda bedelini ödeyeceğini bildirdiği tarihten itibaren üç ay içinde bu bedeli icra dairesine ödemelidir. Kanun Şirkete hurda bedelinin ödenmesi konusunda azami üç aylık bir süre tanımıştır. Şirket bedeli daha önceki bir tarihte de ödeyebilir.

İcra dairesi, yukarıda belirtilen şartların oluştuğunu ve süresi içinde hurda bedelinin ödendiğini tespit ederse, hurdaya ayırma işlemlerini tamamlayarak, malın mülkiyetinin Şirkete devrine yönelik kararın verilmesi için dosyayı icra mahkemesine gönderir. İcra mahkemesi, bir önceki başlıkta açıklandığı üzere dosya üzerinden inceleme yaparak kesin olarak karar verir. İcra mahkemesi re'sen yapacağı inceleme sonucunda malın mülkiyetinin Şirkete devri için gerekli şartların oluştuğunu tespit ederse talebin kabulüne, aksi halde reddine karar verir. İcra mahkemesi, malın Şirkete devrine karar verirse tasfiye işlemleri sona erer.

### **c. Malın Mülkiyetinin Kızılay'a Devri Suretiyle Tasfiye**

Yukarıda açıklanan sıra ve usulle malın tasfiye edilememesi halinde, icra dairesi, malın mülkiyetinin bedelsiz olarak Türkiye Kızılay Derneği'ne devrine yönelik kararın verilmesi için dosyayı icra mahkemesine gönderir.

Malın mülkiyetinin Kızılay'a devredilmek suretiyle tasfiyesi hem sicile kayıtlı olan hem de sicile kayıtlı olmayan mallarda mümkündür. Sicile kayıtlı malın mülkiyetinin Kızılay'a devredilmesi suretiyle tasfiyesinde, sırasıyla borçluya tebligat yapılarak malın yediemin ücreti ödenerek teslim alınması için 10 günlük kesin süre verilmesi, borçlu hakkını kullanmazsa malın açık



artırma yoluyla satışa çıkarılması, mal açık artırmada satılmazsa malın takdir edilen kıymetinin yüzde kırkı dikkate alınmak suretiyle yedieminin muhafaza masrafları düşüldükten sonra bakiye tutarı süresi içinde ödeyerek malın mülkiyetini devralmamış ve Şirketin hurda bedelini ödeyerek malın mülkiyetini devralmamış olması gerekir. Bu aşamalar tamamlanmadan malın mülkiyetinin bedelsiz olarak Kızılay'a devredilmesi mümkün değildir.

İcra mahkemesi tarafından, daha önceki başlıklarda açıklandığı şekilde, dosya üzerinden inceleme yapılarak devir konusunda kesin olarak karar verilir. İcra mahkemesi, re'sen yapacağı inceleme sonucunda, malın mülkiyetinin Kızılay'a devri için gerekli şartların oluştuğunu tespit ederse talebin kabulüne, aksi halde reddine karar verir. İcra mahkemesi, malın Kızılay'a devrine karar verirse tasfiye işlemleri sona erer.

#### B. Sicile Kayıtlı Olmayan Malların Tasfiyesi

Sicile kayıtlı olmayan malların icra dairesi tarafından re'sen tasfiyesi, daha farklı bir usulle düzenlenmiştir. Sicile kayıtlı olmayan mallar için borçluya malı teslim alması için 10 günlük kesin süre verilmesine rağmen, borçlu yediemin ücretini süresi içinde ödemez veya malı teslim almazsa tasfiye aşağıda açıklanan sırayla yürütülür.

Sicile kayıtlı olmayan malın icra dairesi tarafından açık artırma yoluyla satışa çıkarılması mümkün değildir. İcra dairesi, daha önce açık artırma yoluyla satış yapmadan, doğrudan malın mülkiyetini Kanunda belirlenen kişi ve kurumlara devretmek suretiyle tasfiye prosedürünü işletir. Buna göre, borçlu icra dairesi tarafından tebliğ edilen ihtar üzerine 10 gün içinde yedieminlik ücretini ödeyerek malı teslim almazsa ve rehinli alacaklı da haklarını kullanmazsa, icra dairesi malın mülkiyetinin yedieminine devredilmesi suretiyle tasfiye sürecini başlatır. Bu konu yukarıda<sup>42</sup> incelendiğinden burada ayrıca açıklanmamıştır.

Yediemin, icra dairesi tarafından tebliğ yoluyla bildirilen 10 günlük kesin süre içinde kıymet takdiri yoluyla belirlenmiş bedelin yüzde kırkına karşılık muhafaza masrafları için gerekli tutar mahsup edildikten sonra kalan tutarı icra dairesine yatırmazsa; icra dairesi, malın mülkiyetinin bedelsiz olarak Kızılay'a devredilmesine karar verilmek üzere dosyanın icra mahkemesine gönderilmesine karar vermelidir.

<sup>42</sup> Bkz. Başlık: II/A vd.

Tasfiye sürecinde, sicile kayıtlı olmayan malların mülkiyetinin Kızılay'a devredilmesi için farklı bir sıra izlenir. Buna göre, icra dairesinin öncelikle açık artırma suretiyle satış yapması gerektiği gibi, malın mülkiyetinin önce Şirkete devredilmesi için işlem yapması da gerekli değildir. Sicile kayıtlı olmayan mal belirlenen usullere uygun olarak tasfiye edilmezse, icra dairesi malın mülkiyetinin Kızılay'a devredilmesine yönelik karar vermesi için dosyayı icra mahkemesine gönderir.

### III. GÖREVLİ VE YETKİLİ MERCİLER

İİK m. 88/a uyarınca muhafazasına gerek kalmayan malların tasfiye işlemlerini yapmakla görevli merci icra dairesidir. Tasfiye işlemlerinde takibin yapıldığı yer icra dairesi yetkilidir. Takibin yapıldığı yer ile malı haczedene ve muhafaza altına alınarak yediemine teslim edilmesine karar veren icra dairesinin farklı olması halinde dahi, tasfiye işlemleri takibin yapıldığı yer icra dairesi tarafından yürütülür. Takibin yapıldığı yer icra dairesi borçluya ait taşınırın haczi için başka bir yer icra dairesini istinabe eder, haciz ve muhafaza işlemleri istinabe olunan icra dairesi tarafından uygulanırsa, İİK m. 88/a'da düzenlenen tasfiye işlemlerini istinabe olunan icra dairesi yapamaz.

Tasfiye edilecek mallara ilişkin bilgiler, takibin yapıldığı yer icra dairesi tarafından Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminde duyurulur.

Kanun'a göre, tasfiye sürecinde icra dairesinin yanı sıra tasfiyenin tamamlanabilmesi için alınması gereken kararlar için icra mahkemesi de görevlendirilmiştir. Aşağıda ayrıntısı açıklanacak olmakla birlikte, örneğin, malın mülkiyetinin yediemine devri suretiyle tasfiyede, icra dairesinin malın mülkiyetinin yediemine devredilmesi teklifi hakkında icra mahkemesi karar verir (İİK m. 88/a-6).

İcra mahkemesi İİK m. 88/a'daki özel görevlerinin yanında tasfiye sürecinde icra dairesi tarafından yapılan işlemlere yönelik şikâyet başvuruları hakkında karar vermekle görevlidir. Örneğin, icra dairesi tasfiye sürecinde hak sahibi olanların haklarını kullanmalarına imkan tanımadan süreci yürütürse, kanuna ve hadiseye uygun olmayan işlemler yaparsa veya hakkın yerine getirilmesinden kaçınır veya sürüncemede bırakırsa (İİK m. 16) hukuki yararı bulunan ilgililer tarafından şikâyet yoluna başvurulabilir.

### IV. TASFİYE MASRAFLARI

Tasfiye masrafları, tasfiyenin başlangıcından sona ermesine kadar yapılan, teslim masrafları dâhil, tüm masrafları ifade eder. Tasfiye masrafları,

öncelikle dosyadaki avanstan, avansın bulunmaması halinde Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Tasfiye kapsamında dosyaya ödenen tutardan; sırasıyla avanstan karşılanan masraflar, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanan masraflar ve vergi, resim, harç gibi malın aynından kaynaklanan kamu alacakları ödenir (İİK m. 88/a/14-15).

Kalan tutar, İİK'nın 9'uncu maddesi uyarınca muhafaza edilir, bankalarda nemalandırılır ve talep halinde nemalarıyla birlikte hak sahiplerine ödenir. Dosyaya ödenen tutarın, Adalet Bakanlığı bütçesinden yapılan masrafi karşılayamaması halinde icra dairesi, bakiye masrafın, 6183 sayılı Kanun uyarınca borçludan tahsili için tahsil dairesine bildirimde bulunur.

Kanuna göre, dosyaya ödenen tutar Adalet Bakanlığı bütçesinden yapılan masrafi karşılanırsa, tasfiye işlemleriyle ilgili olarak Devletin bir alacağı kalmaz. Ancak ödenen tutar Bakanlığın bütçesinden yapılan masrafi karşılanmazsa, icra dairesi bakiye masrafların 6183 sK uyarınca borçludan alınması için tahsil dairesine bildirimde bulunur. Kanımızca, bu düzenleme uyarınca Bakanlığın yaptığı masrafların her halükârda borçludan talep edilmesi, daha doğrusu borçlunun sorumlu tutulması eksik ve sorunludur. İİK m. 88/a, takipte haczin kalkmış olması nedeniyle muhafazasına gerek kalmayan malların icra dairesi tarafından re'sen tasfiyesini düzenlemektedir. Haczin kalkmasının farklı sebepleri olabilir. Örneğin, haciz borçlu tarafından borcun ödenmiş olması sebebiyle kalkmışsa, Bakanlık tarafından ödenen masraflar borçludan talep edilmelidir. Ancak haciz alacaklının İİK uyarınca süresinde satış talep etmemesi nedeniyle kalkmış ve haczedilen malın muhafazasına gerek kalmamışsa, İİK m. 110 uyarınca haczin kalkmasına sebebiyet veren alacaklı o mala yönelik olarak, haczin konulması ve muhafazası gibi tüm giderlerden sorumlu olur. Bu düzenlemeye göre, sadece haciz ve muhafaza masrafları değil, malın haczedilmesi nedeniyle ortaya çıkan diğer masraflardan da alacaklının sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Kanımızca, sadece alacaklı tarafından süresinde satış talep edilmemesi halinde değil, takipte açılan menfi tespit davasının, icra takibinin iptali talebinin veya alacaklı tarafından açılan itirazın iptali davasının borçlu lehine sonuçlanması nedeniyle haciz kalkarsa, haczin kalkmasına alacaklı sebebiyet verdiği için haciz, muhafaza ve benzeri tüm giderlerden alacaklı sorumlu olmalıdır.

Kanımızca alacaklının takipte haksız olduğunun anlaşılması veya ihmali nedeniyle haciz kalkar ve haczedilen malın muhafazasına gerek kalmazsa, İİK m. 88/a uyarınca Bakanlık tarafından ödenen tasfiye masrafları da 6183 sK hükümlerine göre alacaklıdan tahsil edilmelidir. Aksi görüşün kabul edilmesi,

alacaklı ile borçlu arasında var olması gereken eşitlik ilkesine aykırı olup, menfaatler dengesini bozar. Zira bu ihtimallerde, malı üzerine iradesi ve isteği dışında haciz konulan ve haczedilen malı alacaklının talebiyle muhafaza altına alınan borçlunun kusuru bulunmamaktadır. İİK m. 88/a bu bağlamda İİK m. 110 ile çelişkili bir düzenlemedir. Alacaklının kusurundan veya ihmalden kaynaklanan bir olumsuzluğun maddi külfetinin herhangi bir kusuru olmayan borçluya yüklenmesi ve borçlunun 6183 sK kapsamında takibe maruz bırakılacak olması, Anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlüklerden eşitlik ilkesine, adil yargılanma hakkına ve mülkiyet hakkına aykırılık teşkil eder.

Takip masrafları ilk olarak dosyadaki avanstan karşılanır. İcra hukukunda takip masrafları; takip harçları, takip giderleri ve vekalet ücreti olmak üzere üçlü bir ayrımla incelenebilir. Takip harçları Harçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir; kural olarak alacaklıdan alınıp takip sonunda alacaklı haklı çıkarsa borçluya yükletilir (İİK m.59)<sup>43</sup>. Takip giderleri, devlet tarafından gerçekleştirilen bir hizmetin karşılığı olarak, hizmetten yararlanan kişilerin ödediği meblağdır. Takip harçları kural olarak alacaklı tarafından; takip giderleri ise hizmetten yararlanan kişi tarafından ödenir. Vekalet ücreti kanuni ve akdi vekalet ücreti olarak ikiye ayrılır. Akdi vekalet ücreti takip masraflarından kabul edilmez. Kanuni vekalet ücreti ise kendisini vekille temsil ettiren tarafın haklı çıkması halinde takibin diğer taraflarından talep edebileceği vekalet ücretidir. Dosyadaki avans, takip harçları ve varsa takip giderlerinden oluşur. Haczedilen malla ilgili ödenecek ücretleri, malın üzerinde fiili haciz uygulanmasından tasfiye başlayıncaya kadar olan çeşitli takip masrafları ve mal üzerinde haciz kalktıktan ve tasfiye süreci başladıktan sonraki tasfiye masrafları olarak ikiye ayırarak incelemiştik<sup>44</sup>. Dosyada avansın bulunmaması halinde tasfiye masrafları Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Tasfiye kapsamında dosyaya bir tutar ödenirse; ödenen tutardan, sırasıyla avanstan karşılanan masraflar, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanan masraflar ve vergi, resim, harç gibi malın aynından kaynaklanan kamu alacakları ödenir. Malın mülkiyetinin Kızılay'a devri halinde ise dosyaya ödenen herhangi bir bedel bulunmadığından ilgili alacaklarla ilgili bir ödeme yapılmayacaktır. Bu halde dosyaya önceden Adalet Bakanlığı bütçesinden bir ödeme yapıldıysa Adalet Bakanlığı'nın ödediği bakiye ücret karşılanamayacağından 6183 sK. uyarınca bu meblağ borçludan tahsil edilecektir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu

---

<sup>43</sup> Cezaevi harcı ve yenileme harcı bu kuralın istisnasını oluşturur. Bu iki harç alacaklıdan alınır ve hiçbir koşulda borçluya yükletilmez.

<sup>44</sup> Bknz. Başlık, I, C, 3 vd.

durum kanaatimizce eşitlik ilkesine ve menfaatler dengesine aykırıdır<sup>45</sup>.

Bu ödemelerden dosyada bir miktar para kalırsa İİK'nın 9 uncu maddesi uyarınca muhafaza edilir, bankalarda nemalandırılır ve talep halinde nemalarıyla birlikte hak sahiplerine ödenir. Maddede geçen hak sahipleri, icra dosyasına bu kapsamda ödeme yapan tüm kişilerdir.

## V. TASFİYE USULÜNE AYKIRI İŞLEMLERE KARŞI BAŞVURU YOLU

Yukarıda tasfiyenin temel aşamalarını açıkladık ve bu temel aşamalarda asli görevli organın icra dairesi olduğunu belirttik. İcra dairesinin işlemleri icra mahkemesinin denetimi altındadır. Muhafazasına gerek kalmayan mallarla ilgili tasfiye işlemleri de kanuna aykırı yapılır, somut olayın özelliklerine uygun olmaz veya hakkın yerine getirilmesinden kaçınılır ve sürüncemede bırakılırsa ilgililer tarafından şikâyet yoluna başvurulabilir. Şikâyet işlemin öğrenildiği tarihten yedi gün içinde yapılır. Bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikâyet olunabilir (İİK m. 16/1).

Şikâyet yoluna icra dairesinin işleminden hakları etkilenen ilgililer başvurabilir. Bu bağlamda alacaklı, borçlu, yediemin<sup>46</sup>, MKE A.Ş., Kızılay Derneği hukuki yararları olmak şartıyla ilgilerine göre şikâyet yoluna başvurulabilir. Örneğin, muhafazası gerekli olmayan mal kıymet takdirine ilişkin kurula uyulmadan veya Kanunda öngörülen bedelin altında veya üstünde yediemine devredilirse, bu işleme karşı yediemin, alacaklı veya borçlu şikâyet yoluna başvurabilir. Muhafazası gerekli olmayan malı alması için borçluya tebligat yapılmadan malın açık artırma yoluyla satışa çıkarılması halinde ise bu işleme karşı borçlu şikâyet yoluna başvurulabilir. Haciz kalkmamış olmasına rağmen malı teslim alması için borçluya tebliğ yapılır ve mal borçluya teslim edilirse bu kez alacaklı icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurabilir. İcra mahkemesinin şikâyet yargılamasında verdiği kararlarına karşı şartları varsa istinaf kanun yoluna başvurulabilir.

<sup>45</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlık IV.

<sup>46</sup> “Somut olayda, şikâyetçi üçüncü kişi, yediemin olarak kendisine haczedilen malın bırakılmış olduğu üçüncü kişidir. Bu durumda şikâyetçinin İİK'nun 88/6. maddesi gereğince aktif husumet ehliyeti vardır. O halde, mahkemece İİK'nun 88/6. maddesi uyarınca şikâyetin esasının incelenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, istemin aktif husumet yokluğundan reddine karar verilmesi isabetsizdir.” Yargıtay 12. HD. E. 2015/34519, K. 2016/12456, T. 27.4.2016.

Şikâyet konusu işlemler icra dairesi tarafından tasfiyeye yönelik olarak yapılan işlemlerdir. Tasfiye sürecinde icra mahkemesi tarafından yapılan işlemler ise şikâyet konusu olmaz. İcra mahkemesinin tasfiye sırasında malın devri konusundaki kararları kesin olduğundan bu karara karşı istinafa da başvurulamaz (İİK m.88/a-9).

Şikâyet süresi kural olarak 7 gündür ve şikâyete konu işlemin öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlar (İİK m.16/1). Şikâyet tasfiye işlemlerini yürüten icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesine yapılmalıdır.

## **VI. YENİ DÜZENLEMENİN YÜRÜRLÜK TARİHİNDEN ÖNCE MUHAFAZA İŞLEMİNİN DAYANAĞI OLAN HACZİN KALKMIŞ OLDUĞU DURUMLARDA TASFİYE USULÜNE İLİŞKİN GEÇİCİ MADDE 20 DÜZENLEMESİ**

Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, muhafaza işleminin dayanağı olan haciz kalkmış olup da yedieminde bulunan mallar Geçici Madde 20'ye göre tasfiye edilir. Bu hüküm Resmî Gazetede yayımlandığı 5 Nisan 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna göre, bu tarih itibarıyla muhafaza işleminin dayanağı olan haciz kalkmış ise tasfiye işlemleri Geçici Madde 20'ye göre yapılır.

Geçici Madde 20'nin yürürlüğe girdiği tarih ile bu maddeye göre tasfiye işlemlerinin başlatılacağı tarih farklıdır. Maddenin yürürlük tarihi Bakanlık ve icra daireleri tarafından yapılması gereken hazırlık işlemleri bakımından önemlidir. Düzenlemenin yapılış şekli ile yürürlük tarihi konusundaki düzenleme, maddenin uygulanmasıyla ilgili tereddütlere neden olmuştur<sup>47</sup>. Kanuna göre, Bakanlık maddenin yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları hazırlar. Yine, maddenin yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde, icra daireleri yedieminlerde bulunan malların tespiti için gerekli işlemleri yapar. Geçici Madde 20'ye göre yürütülmesi gereken tasfiye işlemleri ise usul ve esasların yürürlüğe girmesine ilişkin olarak Adalet Bakanlığının resmî internet sitesinde duyuru yapılmasından itibaren başlatılır. Buna göre, maddede öngörülen tasfiye prosedürü, en erken Geçici Madde 20'nin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yürürlüğe girdikten sonra uygulanacaktır. Geçici Madde 20'nin ilk fıkrasında ise bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, muhafaza işleminin dayanağı olan haciz kalkmış olup da yedieminde bulunan

---

<sup>47</sup> Bknz. Toraman/ Hasırcı, s. 25.

malların, takibin yapıldığı yer icra dairesince bu madde uyarınca re'sen tasfiye edileceği düzenlenmiştir. Geçici madde 20'nin uygulanmasına ilişkin Tebliğde, tebliğ hükümlerinin, 5/4/2023 tarihi itibarıyla muhafaza işleminin dayanağı olan haciz kalkmış olup da yedieminde bulunan malları kapsamakta olduğu belirtilmiş ve Kanundaki düzenleme tarzından kaynaklanan belirsizlik ortadan kaldırılmıştır.

Maddeye göre, tasfiye işlemlerinde takibin yapıldığı yer icra dairesi yetkilidir. Adalet Bakanlığı, tasfiye edilecek malların sayısını dikkate alarak takibin yapıldığı yer icra dairelerinden birini veya birkaçını ya da takibin yapıldığı yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan icra dairelerinden birini veya birkaçını tasfiye işlemlerini yürütmekle görevlendirebilir. Tasfiyeye konu mal takibin yapıldığı yer icra dairesinin yetkisi dışındaysa tasfiye işlemleri istinabe yoluyla yürütülür (Tebliğ m. 4/3). Tasfiye edilecek mallara ilişkin bilgiler, icra dairesince Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminde duyurulur.

Geçici Madde 20 uyarınca yapılacak tasfiye de sicile kayıtlı olan mallar ve sicile kayıtlı olmayan mallar bakımından farklı şekilde düzenlenmiştir. Sicile kayıtlı mallarda tasfiye sürecinde elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış yapılması gerekli olmasına rağmen, sicile kayıtlı olmayan mallar için elektronik ortamda satış yapılmadan malın mülkiyetinin yediemine devri suretiyle tasfiye yapılması mümkündür. Bu konu hakkında tasfiye sırasına uygun olarak aşağıda açıklama yapılmıştır.

Sicile kayıtlı mallar için takibin yapıldığı yer icra dairesi Kanunun elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışa ilişkin hükümleri uyarınca re'sen satışını yapar.

Maddeye göre, Geçici Madde 20'nin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar hazırlanacak ve bu usul ve esasların yürürlüğe girmesini müteakip tasfiye işlemleri yapılacaktır. Kanun usul ve esasların yürürlüğe girmesinden sonraki tasfiye işlemlerini belirli süreleri ve bu süreler içinde ilgili kurum ve kişiler tarafından yapılması gerekli işlemleri belirleyerek düzenlemiş, bu sürelerin işlem yapılmadan geçirilmesi halinde tasfiyenin bir sonraki aşamasına geçilmesini öngörmüştür. Ancak m. 88/a'daki düzenlemeden farklı olarak Kanunda ilgili kişi veya mercein hakkını kullanabilmesi için tebligat yapılması gerektiğine dair bir düzenleme yapılmamış; sadece tasfiye dairesi tarafından Bakanlığın uygun gördüğü UYAP Bilişim Sistemine entegre portallar vasıtasıyla, tasfiye edilmesine karar verilen mala ilişkin bilgilerin duyurulması öngörülmüştür (Tebliğ m. 5). Kanunda öngörülen süreler içinde

İlgili kişi ve kurumların işlem yapmaması halinde, sürecin kendiliğinden ilerlemesi şeklinde bir usûl belirlenmiştir. Kanımızca maddenin düzenlenme biçimi sorunlu olup, ilgili kişi ve kurumlara tebligat ve bildirim yapılmadan işletilmesi, hakların kullanılmasını engelleyebilecek derecede ciddi sakıncalar içermektedir. Bu sebeple tebligatla ilgili düzenlemelerin yayınlanacak usul ve esaslarda düzenlenmesi gereklidir. Ancak 18 Ekim 2023 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan Tebliğde, sürecin yürütülmesinde tebligat yapılmasına ilişkin veya duyurunun tebliğ yerine geçeceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Tasfiyeye ilişkin sürelerin, bu Tebliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren işlemeye başlar (Tebliğ m. 7/1). Tebliğ ilgili kurum ve kişilerin tasfiye işlemleri hakkında bilgilendirilmesi için tebligat yapılmasını öngörmemiş, bununla birlikte Tebliğe Ek 4’te her ilgili için başvuru tarihlerini belirleyerek bu başvuru tarihlerinde tasfiyeye ilişkin başvuruların yapılmasını aramıştır (Tebliğ m. 7/2). Sonuç olarak ilgili kişi veya merci, Tebliğ’de belirlenen tarihler sona erinceye kadar başvuru yapmadıkları ve gerekli şartları yerine getirmediği takdirde, tasfiye konu malın kendisine teslim edilmesi mümkün değildir.

Kanuna göre, “*usul ve esasların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on gün içinde gümrük idaresi, 4458 sayılı Kanun kapsamında serbest dolaşımda olmayan tasfiye konusu malı, gümrük işlemlerini yapmak üzere teslim almazsa, bu kez tahsil dairesi, üçüncü fıkradaki süreyi takip eden on gün içinde, 6183 sayılı Kanun uyarınca üzerinde haciz bulunan tasfiye konusu malı muhafaza ve/veya satış işlemlerini yapmak üzere teslim almazsa, müteakip fıkralar uyarınca mal tasfiye edilir*”. Kanuna ve Tebliğe göre, usul ve esasların yürürlüğe girdiği 31 Ekim 2023 tarihinden itibaren Kanunda belirlenen kesin süreler, başta gümrük idaresi olmak üzere, ilgili kişi ve kurumlar için işlemeye başlamıştır (Tebliğ m. 24).

Yukarıdaki süreç işletilmediği için mal tasfiye edilmez ve borçlu, bir önceki aşamadaki süreyi takip eden on gün içinde, tarifeye göre belirlenen yedieminlik ücretini ödemek suretiyle malı teslim almazsa, bu kez mal üzerinde rehin olması halinde rehin hakkı sahibi, bir önceki aşamada öngörülen süreyi takip eden on gün içinde, rehinden kaynaklanan haklarını kullanarak bu durumu icra dairesine bildirebilir. Rehin hakkı sahibi on gün içinde bu hakkını kullanmazsa, sicile kayıtlı mallar bakımından icra dairesi, bir önceki aşamadaki on günlük sürenin dolmasını müteakip gecikmeksizin malın, kanunun elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışa ilişkin hükümleri uyarınca re’sen satışını yapar.



Satış ilanları, sadece elektronik satış portalında yapılır. Malın son iki yıl içinde yapılan kıymet takdiri yoksa re'sen kıymet takdiri yapılır. İkinci arttırmada malın satılamaması halinde, yediemin, takip eden on gün içinde malın mülkiyetini almayı kabul eder ve kıymetinin yüzde otuzu üzerinden, tarifeye göre belirlenen yedieminlik ücreti mahsup edildikten sonra bakiye tutarı öderse, icra dairesi, malın mülkiyetinin yedieminine devrine yönelik kararın verilmesi için dosyayı icra mahkemesine gönderir (Geçici Madde 20/7).

Sicile kayıtlı mallarda yedieminin malın mülkiyetinin devrini kabul etmemesi halinde Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketi, takip eden bir ay içinde malın hurda bedelini ödeyeceğini bildirmesi ve bildirimde bulunduğu tarihten itibaren üç ay içinde hurda bedelini ödemesi halinde icra dairesi, hurdaya ayırma işlemlerini tamamlayarak malın mülkiyetinin Şirkete devrine yönelik kararın verilmesi için dosyayı icra mahkemesine gönderir (Geçici Madde 20/9).

Malın Şirkete devri suretiyle de tasfiye edilememesi halinde icra dairesi, malın mülkiyetinin bedelsiz olarak Türkiye Kızılay Derneği'ne devrine yönelik kararın verilmesi için dosyayı icra mahkemesine gönderir (Geçici Madde 20/10).

İcra mahkemesi, mülkiyetin devri ile ilgili olarak en geç on gün içinde dosya üzerinden inceleme yaparak talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verir. Kabul kararı ile, malın mülkiyeti ilgiliye geçer; tüm haciz ve rehinler kaldırılarak devir ve teslim işlemleri gerçekleştirilir (Geçici Madde 20/11).

Tasfiye konusu malın vergi, ceza, prim ve benzeri borçları borçluya ait olup mülkiyet ilgiliye, tüm borç ve yüklerinden âri olarak geçer. Devir ve tescil işlemleri hiçbir vergi, resim ve harç alınmaz (Geçici Madde 20/12).

Devir işlemlerine karşı yedieminlik alacağına dayanılarak hapis hakkı kullanılamaz. Yedieminlik ücretinin varlığı, mülkiyetin devri ve buna ilişkin işlemlerin yapılmasına engel teşkil etmez (Geçici Madde 20/13).

Tasfiye masrafları, öncelikle dosyadaki avanstan, avansın bulunmaması halinde Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Tasfiye kapsamında dosyaya ödenen tutardan; sırasıyla avanstan karşılanan masraflar, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanan masraflar ve vergi, resim, harç gibi malın aynından kaynaklanan kamu alacakları ödenir. Kalan tutar, İİK'nın 9'uncu

maddesi uyarınca muhafaza edilir, bankalarda nemalandırılır ve talep halinde nemalarıyla birlikte hak sahiplerine ödenir. Dosyaya ödenen tutarın, Adalet Bakanlığı bütçesinden yapılan masrafı karşılayamaması halinde icra dairesi, bakiye masrafın, 6183 sayılı Kanun uyarınca borçludan tahsili için tahsil dairesine bildirimde bulunur (Geçici Madde 15-16). Borçludan tahsil konusunda yukarıda yaptığımız açıklamalar geçici madde 20 için de geçerlidir.

## SONUÇ

7445 Sayılı Kanun değişikliğiyle İcra ve İflas Kanunu'na 88/a maddesi ile bir geçiş hükmü olarak Geçici Madde 20 eklenmiştir. Öncelikle her iki maddenin de oldukça uzun kaleme alınmış olması düzenlemenin eleştirilebilecek taraflarından biridir. Düzenleme tek bir maddeyle değil de tasfiyenin şartları, tasfiye türleri, tasfiye usulü ve tasfiye masrafları gibi farklı başlıklar altındaki maddelerle düzenlenmesi anlaşılır olması ve doğru şekilde uygulanması açısından daha isabetli olurdu.

İİK m.88/a hükmüne göre, muhafazasına gerek kalmayan malların öncelikle borçluya dönmesi, bu mümkün olmadığında ise rehinli alacaklıların haklarını kullanması amaçlanmış, daha sonra tasfiye sürecine geçilmesi öngörülmüştür. İİK m.88/a'ya göre tasfiye yapılabilmesi için yedieminde bulunan mal üzerindeki haciz kalkmış ve ilgililer m. 88/a'da belirlenen şartlara uygun olarak haklarını kullanmamış olmalıdır. İcra ve İflas Kanununda öngörülen tüm haciz türleri bu kapsamda kabul edilebilir.

İcra ve İflas Kanunu muhafazası gerekli olmayan malların tasfiye sürecini, sicile kayıtlı olan mallar ve kayıtlı olmayan mallar için farklı düzenlemiştir. Sicile kayıtlı mallarda öncelikle malın açık artırma yoluyla satılması suretiyle tasfiye prosedürünün işletilmesi, bu mümkün olmadığında ise yetkili icra dairesi tarafından re'sen tasfiye prosedürünün işletilmesi öngörülmüştür. Sicile kayıtlı olmayan mallar bakımından ise önce açık artırma yoluyla satış yapılmaksızın doğrudan malın mülkiyetinin yediemine veya Kızılay'a devri suretiyle re'sen tasfiye prosedürü işletilecektir.

Tasfiye sürecinde ise malın açık artırma yoluyla satışı ile malın mülkiyetinin devri yoluyla satış olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiştir. Malın mülkiyetinin devri yoluyla tasfiye kanunda; sırasıyla malın mülkiyetinin yediemine devri yoluyla tasfiye, sicile kayıtlı malın mülkiyetinin Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketi'ne devri suretiyle tasfiye, malın mülkiyetinin Kızılay'a devri suretiyle tasfiye olarak yer almıştır. Malın mülkiyetinin yediemine veya Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketi'ne devri de esasen satış yoluyla tasfiye usulü olmasına rağmen, mülkiyetin Kızılay'a devri ise bedelsiz olduğundan satış yoluyla tasfiye olarak nitelendirilemez.

İcra dairesi malın mülkiyetinin devri suretiyle tasfiyede gerekli şartların oluştuğunu tespit ederse dosyayı icra mahkemesine gönderir. İcra mahkemesi, mülkiyetin devri talebi hakkında dosya üzerinden inceleme yaparak talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verir. İcra mahkemesi malın mülkiyetinin yediemine devri için gerekli şartların oluştuğunu ve icra dairesi tarafından işlemlerin kanuna uygun olarak yapıldığını tespit ederse talebin kabulüne karar verir; aksi halde talebin reddine karar verir. Kanımızca icra mahkemesi tarafından yapılan yargılama bir çekişmesiz yargı işidir.

Kanuna göre, muhafazasına gerek kalmayan malın borçluya teslim edilebilmesi için borçlunun yedieminlik ücretini ödemesi gereklidir. Kanımızca malın borçluya teslim edilebilmesi için her halükârda yedieminlik ücretinden borçluyu sorumlu tutmak, yedieminlik ücretinin süresi içinde ödenmemesi halinde ise borçlunun iradesi dışında malı satarak tasfiye etmek icra hukukunun genel ilkelerine, menfaat dengesine ve Anayasa ile güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına ve hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmektedir.

Kanuna göre, m. 88/a uyarınca yapılan tasfiye sonunda dosyaya ödenen tutar Adalet Bakanlığı bütçesinden yapılan masrafı karşılırsa, tasfiye işlemleriyle ilgili olarak Devletin bir alacağı kalmaz. Ancak ödenen tutar Bakanlığın bütçesinden yapılan masrafı karşılamazsa, icra dairesi bakiye masrafların 6183 sK uyarınca borçludan alınması için tahsil dairesine bildirimde bulunur. Kanımızca bu düzenlemeyle Bakanlığın yaptığı masraflardan mutlak biçimde sadece borçlunun sorumlu tutulması eksik ve sorunludur. Olması gereken hukuk bakımından, alacaklının takipte haksız olduğu anlaşılır veya alacaklının ihmali nedeniyle haciz kalkar ve haczedilen malın muhafazasına gerek kalmazsa, İİK m. 88/a uyarınca Bakanlık tarafından ödenen tasfiye masrafları 6183 sK hükümlerine göre alacaklıdan tahsil edilmelidir.

Geçici Madde 20'nin düzenlenme biçimi, yürürlük tarihi ve uygulanmasıyla ilgili tereddütlere yol açacak niteliktedir. Bakanlık tarafından hazırlanması öngörülen usul ve esaslarda (Tebliğ) bu hususun düzenlenmesi uygun olmuştur. Geçici Madde 20'de eleştiriye açık bir başka husus ise tasfiye prosedürünün işletilmesi sürecinde ilgililere tebligat yapılmasıyla ilgili bir düzenlemenin olmayışıdır. Özellikle borçluya veya rehin hakkı sahibi gibi ilgililere tebligat yapılması öngörülmeden tasfiye sürecinin düzenlenmiş olması hak arama hürriyeti açısından sorunludur. Hazırlanan usul ve esaslarda (Tebliğ) İİK m. 88/a düzenlemesine paralel biçimde ilgililere haklarını kullanabilmeleri için tebligat yapılmasıyla ilgili düzenleme yapılmamıştır.

## KAYNAKÇA

- Akil C, Üçüncü Yargı Paketinin İcra ve İflas Kanunu'na İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 29(3), 2013, Erişim Tarihi 29 Mayıs 2023, s. 219-277.
- Antalya G, *Eşya Hukuku*, Cilt I, Legal Yayıncılık 2017.
- Arslan R /Yılmaz E/ Taşpınar Ayvaz S/ Hanağası E, *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Bası, Yetkin Yayınları, 2022.
- Aşık İ / Oruç Y/ Tok O/ Saçar Ö F, *İcra ve İflas Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayınları, 2023.
- Atalı M/ Ermenek İ / Erdoğan E, *İcra ve İflas Hukuku*, 7. Bası, Yetkin Yayınları 2023.
- Boran Güneysu N, “İcra Takip İşlemleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (101), 2012.
- Boran Güneysu N, *Kıymet Takdiri*, Yetkin Yayınları, 2020.
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku*, Barış Yayınları, 2018.
- Eruygur H, *Yedieminlik*, Yetkin Yayınları, 2008.
- Esener T/ Güven K, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2019.
- Görgün Ş/ Börü L/ Kodakoğlu M, *İcra ve İflas Hukuku*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, 2023.
- Gürpınar D, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Teslime Bağlı Taşınır Rehni Kurallarından Ayrılan Yönleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19 (1), 2017, s. 111-159.
- Karslı A, *İcra ve İflas Hukuku*, 4. Bası, Filiz Kitabevi, 2022.
- Kuru B/ Aydın B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, 7. Bası, Yetkin Yayınları, 2022.
- Mete C, “Taşınır Rehni”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, 19 (3), 2017, s. 1439-1471.
- Muşul T, *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, Adalet Yayınları, 2017.
- Oğuzman K/ Seliçi Ö/ Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2018.

- Öcal Apaydın B, “6750 Sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Aynı Alacağa Teminat Teşkil Etmek Üzere Birden Çok Taşınırın Rehin Hakkına Konu Olması” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1), 2020, s. 271-286.
- Pekcanitez H/ Simil C, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Pekcanitez H/ Atalay O/ Sungurtekin Özkan, M/ Özekes M, *İcra ve İflas Hukuku*, 10. Bası, On İki Levha Yayınları 2023.
- Pekcanitez H/ Erişir E, “6352 Sayılı Kanunla İcra Ve İflâs Kanununda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanması, Yasa İzleme, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü”, <<http://yasaizleme.org.tr/6352-sayili-kanunla-icra-ve-iflas-kanununda-yapilan-degisikliklerin-zaman-ibariyle-uygulanmasi/>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2023.
- Postacıoğlu İ/ Altay S, *İcra Hukuku Esasları*, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Serozan R, *Taşınır Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 2007.
- Sirmen L, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2017.
- Toraman B/ Hasırcı H, “Yedinci Yargı Paketi (7445 Sayılı Kanun) ve Takip Hukuku: Tespit ve Değerlendirmeler”, *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 19 (54), 2023, s. 3-52.
- Tuncer Kazancı İ, “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Rehinlerde Rehinli Alacaklının Tatmin Edilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 (1), 2019, s. 73-86.
- Uyar T/ Uyar A/ Uyar C “6352 Sayılı, 2.7.2012 Tarihli Kanunla ve 6103 Sayılı, 14.1.2011 Tarihli Kanun 2 İle İcra Ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler, Getirilen Yenilikler ve Bu Konulara İlişkin Son İçtihatlar”, <<http://baro.izmirbarosu.org.tr/IzmirBaro/pdf/yayinlar/%C4%B0CRA%20K%C4%B0TAP.pdf>>, Erişim Tarihi 06 Temmuz 2023.
- Üstündağ S, *İcra Hukukunun Esasları*, Fakülteler Matbaası, 2004.
- Yıldırım M K/ Deren Yıldırım N, *İcra ve İflas Hukuku*, Beta Yayınları 2021.
- Yılmaz E, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları 2016.



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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

KONKORDATO DIŞI GEÇİCİ MÜHLET:  
BORÇ ERTELEME MÜHLETİ PLANI (İNGİLTERE ÖRNEĞİ)

TEMPORARY RESPITE OUTSIDE OF CONCORDAT:  
DEBT RESPITE SCHEME (ENGLAND EXAMPLE)

Mustafa GÖKSU\*   

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1397026](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1397026) 

İngiltere (ve Galler) hukukunda 2021 yılından beri uygulanmakta olan borç erteleme mülleti planı, borçlarını ödemekte zorluk yaşayan borçlulara bir soluklanma imkânı sağlamayı amaçlamaktadır. Plan, standart soluklanma mülleti ve ruh sağlığı krizi moratoryumu olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Standart soluklanma mülleti, tüm bireysel borçluların yararlanabileceği bir imkandır. Tüzükte yazılı şartları taşıyan bir borçlu, yetkilendirilmiş bir borçlanma danışmanına başvurarak, plan kapsamındaki borçları bakımından 60 günlük bir moratoryum hakkından yararlanabilir. Bu müllet boyunca alacaklı borçluya karşı, alacağını talep etmeye yönelik hiçbir işlem yapamaz. Buna dava açmak ve borçluya iletişime geçmek de dahildir. Ruh sağlığı krizi moratoryumunda ise, ruh sağlığı ciddi şekilde bozulmuş olan borçluların, profesyonel tıbbi yardım aldıkları müddetçe alacaklılarından korunması söz konusu olmaktadır. Borçluya alacaklıları karşısında koruma sağlayan bu imkanlar; Türk hukukundaki benzer kurumlar olan geçici konkordato mülleti, takibin taliki ve fevkalade müllet halleri ile kıyaslanmış ve bu imkanların Türk hukukunda da uygulama alanı bulup bulamayacakları hususu tartışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Borç erteleme mülleti, geçici müllet, iflas hukuku, moratoryum,

\* **Dr. Öğr. Üyesi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** mustafa.goksu@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0003-3414-1699, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1397026.

- Atıf Şekli | **Cite As:** Göksu M, “Konkordato Dışı Geçici Müllet: Borç Erteleme Mülleti Planı (İngiltere Örneği)”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s.41-72
- İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



*borçlunun korunması.*

### **ABSTRACT**

*Debt respite scheme is a new temporary relief regulation in effect since 2021 in England and Wales. The plan aims to protect and provide respite to debtors who are not readily able to pay their debts. Plan consists of two parts: standard breathing space moratorium and mental health crisis moratorium. Standard breathing space moratorium is a relief from which any individual debtor may benefit. Provided that the conditions set in regulations are met, the debtor may apply to a debt advice provider and ask for a moratorium for 60 days for eligible debts. During this period, the creditor is prohibited from taking any action against the debtor regarding the debt; including filing an action or even corresponding with the debtor. Mental health crisis moratorium on the other hand, is a more limited instance in which an individual receiving mental health care may initiate a moratorium through a debt advice provider as long as they receive mental health care. In this article, these instances of relief are compared to their Turkish counterparts, which are stay period (moratorium) in concordat, adjournment of enforcement procedures and extraordinary respite; and it is discussed whether the essence of this scheme is applicable in Turkish law.*

**Keywords:** *Debt respite scheme, temporary respite, insolvency law, moratorium, protection of debtor.*

### **EXTENDED ABSTRACT**

*Along with the already existing plans, such as schemes of arrangement, individual and company arrangements, interim court orders, and debt relief orders; England and Wales introduced a new temporary relief to individual debtors who are not readily able to pay their debts. The Debt Respite Scheme is a new temporary relief regulation in effect since 2021 in England and Wales. The scheme consists of two distinctive yet related parts: standard breathing space moratorium and mental health crisis moratorium. The scheme is introduced with the Debt Respite Scheme (Breathing Space Moratorium and Mental Health Crisis Moratorium) (England and Wales) Regulations 2020. The regulations are roughly divided into three parts: While the first part deals with general provisions that apply to both moratoria, the second and third parts deal with the two types respectively.*

*The standard breathing space moratorium is a relief that any individual debtor may benefit from. Provided that the conditions set in regulations are met, the debtor may apply to a debt advice provider and ask for a moratorium for 60 days for eligible debts. One of the most important conditions of said application is that the debtor should not have benefited from any other insolvency-related types of relief, such as an individual voluntary agreement or debt relief order. If the moratorium is granted by the debt advice provider (from whom the debtor must have sought debt advice), during the 60-day period, the creditors of the debtor are prohibited from taking*



any action against the debtor regarding the debt, including filing an action or even corresponding with the debtor. The regulations, however, exclude some types of debt from the scheme, such as secured debt which does not amount to arrears in respect of secured debt, non-eligible business debt, and any debt which a debtor incurred by means of any fraud or fraudulent breach of trust by the debtor; therefore, the debt must be an eligible debt in the eyes of the Regulation.

The second type of moratorium provided by the Regulations is the mental health crisis moratorium. This is a more limited instance in which an individual receiving mental health care may initiate a moratorium through a debt advice provider as long as they receive mental health care. The meaning of mental health crisis is omitted in the Regulations and a referral is made to the Mental Health Act 1983 on this regard. Unlike the standard relief; due to the nature of mental health crises, a designated person may also apply for this kind of moratorium on behalf of the debtor. The debt advisor must also seek evidence from an approved mental health professional that the debtor is receiving mental health crisis treatment to grant the relief. The end result and effects of the mental health crisis moratorium are more or less the same as the standard breathing space moratorium; save for the duration. The mental health crisis moratorium is not limited to 60 days and continues until the end of the period of 30 days beginning with the day on which the debtor stops receiving mental health crisis treatment or the day of cancellation for any other reason.

The most comparable institution to the debt respite scheme in Turkish insolvency law is the stay period in the concordat procedure. The concordat procedure starts with the request of the debtor from the court. The petitioning debtor must also enclose the debt restructuring proposal. Once the court determines that all documents are presented, it grants a provisional period order. This provisional period marks the commencement of the stay (moratorium) period for the protection of the debtor. The moratorium protects the debtor from ongoing and future compulsory enforcement procedures. However, unlike the debt respite scheme of England and Wales, it doesn't protect the debtor from court cases. It must be noted that, apart from the provisions in the Code of Debt Enforcement and Bankruptcy regarding the adjournment of procedures due to the serious ailment of the debtor; no such comparable relief to the mental health crisis moratorium exists in Turkish Law. In summary, we believe that these recent types of relief are beneficial and actually adaptable to Turkish Law. Especially in times of economic uncertainty and the rise of individual debtor numbers; a simple and rapid relief from creditors may be essential for individual debtors to stay afloat.

## GİRİŞ

Birleşik Krallık'ta 2020 yılında kabul edilen ve 4 Mayıs 2021 tarihinde İngiliz ve Galler hukukunda yürürlüğe giren, tam adı "Borç Erteleme Mühleti Planı (Soluklanma Mühleti ve Ruh Sağlığı Krizi Moratoryumu) (İngiltere ve Galler) Tüzüğü 2020"<sup>1</sup> olan düzenleme ile bireysel (şirket olmayan) borçlulara, iki ayrı durumda, herhangi bir yeniden yapılandırma veya iflas prosedüründen bağımsız olarak belirli şartlar dahilinde moratoryum ilan ederek, bir koruma altına girmeleri imkânı sağlandı<sup>2</sup>. Düzenleme iki ayrı durumu öngörerek hazırlanmışsa da aslında bunlardan ikincisi olan ruh sağlığı krizi ihtimali gerçek anlamda bir istisnai durum arzietmekte; diğer durum olan (standart) soluklanma mühletinden ise düzenlemedeki şartları taşıyan ve borçlarını ödemekte zorlanan tüm bireysel borçlular yararlanabilmektedir<sup>3</sup>. İngiliz hukukundaki bu düzenlemenin İskoçya'dan esinlenerek, bireysel borçluların borçlarını, alacaklılar devreye alınmadan, doğrudan Devlet aracılığı ile yeniden yapılandırmalarını sağlayacak bir düzenlemenin ilk adımı olarak hazırlandığı belirtilmektedir<sup>4</sup>.

Tüzük son derece kapsamlı ve ayrıntılı olarak hazırlanmıştır. Düzenlemenin tamamının Türkçe'ye çevrilerek incelenmesi bu çalışmanın kapsamını aşacağı için, makalenin birinci bölümünde kurumun genel işleyişi ve düzenleme ile ilgili önemli hususlar, ikinci bölümde ise Türk hukukunda borçluya korunma imkânı sağlayan benzer kurumlar, bu düzenleme ile mukayeseli olarak incelenecek; benzer bir düzenlemenin Türk hukuku bakımından uygulanabilir olup olmadığı hususu tartışılacaktır.

<sup>1</sup> "The Debt Respite Scheme (Breathing Space Moratorium and Mental Health Crisis Moratorium) (England and Wales) Regulations 2020" <<https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2020/1311/part/2/made>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2023.

<sup>2</sup> Lorraine Conway, *Debt Respite Scheme- a breathing space for those in debt*, House of Commons Library 2021, s. 5, 6; Serena Weir / Alec Fair, "UK: Debt Respite Scheme: New Moratoria For Debtors From May 2021", *Mondaq*, 26 February 2021, <<https://www.mondaq.com/uk/financial-services/1040476/debt-respit-scheme-new-moratori-for-deb...>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2023.

<sup>3</sup> William Angas / Gina Hope / Aimee Hunter, "UK: Debt Respite Scheme Regulations 2020 – More Protection For Individual Debtors", *Mondaq*, 07 June 2021, <<https://www.mondaq.com/uk/insolvencybankruptcy/1076928/debt-respit-scheme-regulations-2020>> Erişim Tarihi 20 Ekim 2023.

<sup>4</sup> Conway, *Debt Respite*, s. 6; Weir/Fair (web).

## BİRİNCİ BÖLÜM: BORÇ ERTELEME MÜHLETİ PLANI

### I. GENEL OLARAK BORÇ ERTELEME MÜHLETİ PLANI VE ORTAK HÜKÜMLER

#### A. Borç Erteleme Planına Genel Bakış ve İngiliz Kurumundaki Diğer Benzeri Kurumlar Arasındaki Yeri

Borç erteleme planı ve bu planın kapsamındaki iki yol olan soluklanma mühleti ile ruh sağlığı krizi moratoryumu, borçluya borçlarını erteleme ve soluklanma imkânı sağlayan yegâne düzenleme değildir. İngiliz hukukunda da diğer bütün modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, aciz halindeki borçluyu koruyan bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlar İflas Kanunu<sup>5</sup> veya Şirketler Kanunu<sup>6</sup> kapsamında yer alırlar ve bu incelemenin konusunu oluşturan Tüzüğe göre daha bürokratik ve şekilci yollardır. Bu yollar ayrıca, resmi olarak iflas hukukuna tabi oldukları için, borçlunun kredi raporunu etkilemek gibi diğer bazı istenmeyen sonuçlara da neden olmaktadır.

İngiliz hukukunda iflas tasfiyesine temel alternatif olarak, yapılandırma anlaşmaları bulunmaktadır. Bunlar, Şirketler Kanununda yer alan, mahkeme temelli, karmaşık ve pahalı bir prosedür olan “schemes of arrangement<sup>7</sup>” ve İflas Kanununda yer alan ve şirketler (company voluntary agreements) ve bireysel borçlular (individual voluntary agreements) bakımından ayrı prosedürler olarak düzenlenmiş olan gönüllü anlaşma yollardır. İflas Kanununda düzenlenmiş olan, alacaklıların en azından belli bir oranda gönüllülüğü esasına dayanan ve hukukumuzdaki konkordatoya benzeyen bu gönüllü anlaşma yollarında, hazırlanan projenin alacaklılar tarafından alacak miktarı itibarıyla %75 oranında kabul edilmesi halinde bireysel yapılandırma anlaşması devreye girer ve borçlu alacaklılara karşı korunmuş olur. Bununla bağlantılı olarak ayrıca, İflas Kanununun 252’nci maddesi uyarınca, maddedeki şartların varlığı halinde mahkeme, başvuruda bulunan borçluya 14 günlük bir geçici mühlet verebilir. Mahkemenin bu süreyi uzatması da mümkündür (İflas Kanunu m. 256). Bu süre boyunca borçlu, alacaklılarına karşı koruma altına girer.

<sup>5</sup> Insolvency Act 1986 <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>> Erişim Tarihi 2 Kasım 2023.

<sup>6</sup> Companies Act 2006 <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>> Erişim Tarihi 3 Kasım 2023.

<sup>7</sup> James Terry / Tom Bannister / Emma Simmonds / Lauren Pflueger, “Restructuring and insolvency in the UK (England & Wales): Overview”, <<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/>> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023, s. 9.

Bireysel yapılandırma anlaşmasından başka, bireysel borçluların başvurabileceği diğer bir yol da İflas Kanunu çerçevesinde borçtan kurtulma mühleti (debt relief order) almaktır. Bu yol İflas Kanununun 7A bölümünde düzenlenmiştir. Buna göre bir bireysel borçlu, finansal olarak borçlarını hiçbir şekilde ödeyemeyecek durumdaysa, yani gerçek anlamda bir aciz halindeyse, bir mahkeme çalışanı sayılan ve İflas Hizmetleri Bürosuna bağlı olarak görev yapan resmi tasfiye memuruna (official receiver) başvurarak, belli şartlar dâhilinde borçtan kurtulma mühleti alabilir<sup>8</sup>. Bunun için borçlunun toplam borcunun 30 bin Pound'dan az olması, gelirinden elinde aylık en fazla 75 Pound kalması, 2 bin Pound'un altında bir mal varlığına ve otomobile sahip olması ve son altı yılda bu yola başvurmamış olması gerekmektedir<sup>9</sup>. Bu makalenin konusunu oluşturan borç erteleme mühleti planına göre daha ağır şartlara sahip, daha zahmetli ve daha bürokratik bir yol olan bu prosedür çerçevesinde borçlu, bir yıllık bir mühlet kazanmış olur. Bu mühletin borçlunun finansal durumunun değişmesi halinde kaldırılması mümkündür. Ancak bu mühletin, konumuzu oluşturan erteleme mühletinden temel farkı, borçlunun Kanunda yazılı şartlar dâhilinde, borçtan kurtulma mühletinin sonunda prosedürün kapsamına giren tüm borçlarından kurtulmasıdır (İflas Kanunu m. 252/I). Dolayısıyla borçtan kurtulma mühleti, geçici bir mühlet olmaktan öte, aynı zamanda bir borç tasfiyesi yoludur.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan borç erteleme mühleti planı ise, yukarıda bahsettiğimiz yollardan daha basit, hızlı ve ucuz bir yoldur. Bu yolun işletilebilmesi için mahkeme veya iflas memuruna ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu plan kapsamında mühlete karar verme yetkisi, borçlanma danışmanlarındadır (debt advice provider). Borçlanma danışmanları, 2000 tarihli Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanununun<sup>10</sup> 4A bölümü uyarınca yetkilendirilmiş olan kişileri ifade etmektedir. Bu kapsama yerel meclisler de girer; zira bunların da buldukları bölgede mukim olan kişilere finansal yönden danışmanlık yapma yetkileri bulunmaktadır (Tüzük m. 3).

Öğretide bu yolun pratikliği sebebiyle uygulamasının giderek arttığı ifade edilmektedir. Uygulamanın ilk yılında sicile toplam 63.864 moratoryum kaydı

<sup>8</sup> Lorraine Conway, *Debt Relief Orders*, House of Commons Library 2022, s. 9

<sup>9</sup> Conway, *Debt Relief*, s. 7.

<sup>10</sup> Financial Services and Markets Act 2000 <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/contents>> Erişim Tarihi 5 Kasım 2023.

yapılmış<sup>11</sup>; 2023'ün ikinci çeyreğinde kaydedilen 21.232 moratoryumun da 2022 yılındaki verilere kıyasla %26 oranında yüksek olduğu, resmi istatistiklere girmiştir<sup>12</sup>. Uygulamada görülen itiraza ilişkin talepler çerçevesinde ortaya çıkan bazı emsal kararlarla da prosedürün sınırları daha net şekilde çizilmeye başlanmıştır<sup>13</sup>.

## **B. Borç Erteleme Planı Kapsamına Giren Borçlar ve Moratoryumun Etkisi**

Tüzüğün 5'inci maddesinin birinci bendi ile, aynı maddenin dördüncü bendinde sınırlı şekilde yazılmış olan kapsam dışında kalan borçlar müstesna olmak üzere tüm borçlar, ilama dayanan borçlar ve amme alacakları da dahil olmak üzere, plan kapsamındadır. Bununla birlikte, kapsam dışında kalan istisnaların sayısı da oldukça fazladır. İstisnalardan önemli olarak gördüklerimiz şunlardır:

1. Dönemsel ödemeler (örneğin ipotekli konut kredisi taksitleri) hariç olmak üzere rehinli borçlar,
2. Ticari nitelikteki borçlar<sup>14</sup>,
3. Hile ve güvenin kötüye kullanılmasından doğan borçlar,
4. Mahkeme tarafından hükmolunan para cezaları ve müsadere kararları,
5. Aile hukukundan kaynaklanan (nafaka gibi) alacaklar,
6. Öğrenci kredileri,
7. Ölüm ve fiziksel zarardan kaynaklanan tazminat borçları.

<sup>11</sup> Mark Ovenell, "UK: Uptake On Debt Respite Scheme Continues To Grow", *Mondaq*, 16 February 2023, <<https://www.mondaq.com/uk/financial-services/1283704/uptake-on-debt-respite-scheme-continues-to-grow>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2023.

<sup>12</sup> <https://www.gov.uk/government/statistics/individual-insolvency-statistics-april-to-june-2023/commentary-individual-insolvency-statistics-april-to-june-2023> Erişim Tarihi 30 Ekim 2023.

<sup>13</sup> Örn. *Kaye v Lees* [2023] EWHC 152 (KB) <<https://www.ewi.org.uk/News/kaye-v-lees-2023-ewhc-152-kb-1>> Erişim Tarihi 30 Ekim 2023; *Kaye v Lees* [2023] EWHC 758 (KB) <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/2023/758.html>> Erişim Tarihi 30 Ekim 2023; *Axnoller Events Ltd v Brake & Anor* [2022] EWHC 1034 (Ch) <<https://www.casemine.com/judgement/uk/62bbe160b50db954db637489>> Erişim Tarihi 30 Ekim 2023.

<sup>14</sup> Ticari borç ile kastedilen, borçlunun KDV yükümlüsü olması veya bir ortaklık içinde bulunması ve borcun münhasıran işletme ile ilgili olmasıdır (Tüzük m. 5/6/d).

Düzenlemenin 6'ncı maddesi, moratoryum borcunun tanımını yapmıştır. Buna göre moratoryum borcu, plan kapsamında olan, moratoryum ilan eden borçlunun sorumlu olduğu, moratoryumun ilan edildiği tarihte muaccel olan ve borçlanma danışmanınca Tüzük uyarınca İflas Hizmetleri Bürosuna yapılan bilgilendirmede yer alan borçları ifade etmektedir. Bu tanım, bir sonraki maddede düzenlenmiş olan moratoryum etkisinin borç bakımından sonuç doğurup doğurmayacağını tespiti bakımından önem taşımaktadır.

Moratoryum borcu tanımına, moratoryumun ilan edildiği tarihte muaccel olan borçlar dahil edildiği için, moratoryum sırasında doğan borçlar ve bu arada muaccel hale gelen rehinli alacak ödemeleri (örneğin ipotekli konut kredisi taksitleri), moratoryum borcu olarak kabul edilmemektedir<sup>15</sup>. Bu sebeple bu borçlar bakımından moratoryumun bir etkisi olmaz. Diğer önemli bir istisna da Tüzüğün 7'nci maddesinin on üçüncü bendinde yer almaktadır: Buna göre, mahkeme tarafından mühletin başlamasından önce verilen mal ve maaş hazine ilişkin kararlar moratoryum kapsamına girmez; bunların derhal icrası mümkündür. Moratoryum borcu kefalet ile temin edilmişse, alacaklı kefile başvurabilir; zira kefil moratoryumdan etkilenmez. Ancak kefilin de kendisi bakımından moratoryuma başvurarak bu hükümlerden yararlanma hakkı bakidir<sup>16</sup>.

Moratoryumun etkisi Tüzüğün 7 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre öncelikle alacaklı, Tüzükte yazan istisnalar dışında, moratoryum borcu hakkında takibe ilişkin herhangi bir işlem yapamaz. Takibe ilişkin işlemlerin ne olduğu da aynı maddenin yedince bendinde sayılmıştır: Örneğin moratoryuma tabi alacak hakkında mahkemeye başvurmak, gıyapta hüküm başvurusu yapmak, borçlunun iflasını talep etmek, borçluyla borcun tahsili için iletişime geçmek, borçtan müştereken sorumlu olan diğer kişilere karşı takibe girişmek<sup>17</sup> gibi davranışlar yasaklanmıştır. Tüzüğün yedinci maddesine aykırılık halleri hükümsüzlük müeyyidesine bağlanmıştır (Tüzük m. 7/12).

Moratoryumun sonuçlarından olarak, alacaklı ayrıca, moratoryum

<sup>15</sup> Emma Hindon / Stephanie Dixon, "The Debt Respite Scheme and the impact on Landlords", <<https://www.ashfords.co.uk/insights/articles/the-debt-respitescheme-and-the-impact-on-landlords>> Erişim Tarihi 24 Ekim 2023.

<sup>16</sup> Weir/Fair (web).

<sup>17</sup> Simon Kerry, "UK: The Debt Respite Scheme, Interim Awards Of Costs And Debarring Orders", *Mondaq*, 15 November 2021, <<https://www.mondaq.com/uk/trials-appeals-compensation/1119586/the-debt-respitescheme-interim-awards-of-costs-and-debarring-orders>>, Erişim Tarihi 15 Ekim 2023.

borcuna mühlet süresince faiz (rehinli alacaklarda asıl alacağa işleyen faiz hariç), gecikme cezası vb. işletemez. Yine aynı maddenin üçüncü bendi ile, mahkemelerin bu sonucu doğuracak yönde karar vermeleri de yasaklanmıştır.

Mühletin diğer önemli bir etkisi de zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle ilişkindir. Moratoryum borcu kapsamına giren tüm alacaklar bakımından zamanaşımı veya hak düşürücü süreler durmaz. Ancak süre mühlet sırasında veya mühletin sona erdiği günden itibaren 8 hafta içinde sona eriyorsa, zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin, mühletin sona erdiği günden itibaren 8 haftanın sonunda dolacağı kabul edilir (Tüzük m. 8 ve 9).

Tüzüğün 10'uncu maddesinde, mühletin yürüten davalara olan etkisi düzenlenmiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, alacaklı moratoryum kapsamına giren bir alacak için dava açamaz. Alacaklı, iflas davası da dahil olmak üzere moratoryum borçları ile ilgili olarak derdest bir dava varsa, mahkemeyi yazılı olarak bilgilendirmek zorundadır<sup>18</sup>. Mahkeme bu bilgilendirme üzerine; bilgilendirme yapılmamışsa keyfiyeti başka şekilde öğrenmesi halinde öğrenmesini takiben, davanın niteliğine göre hareket eder. Buna göre, bir iflas davası veya takibe ilişkin bir prosedür söz konusuysa mahkeme yargılamayı mühlet süresince durdurur<sup>19</sup>. Bunlar dışında örneğin bir alacak davası söz konusuysa, davaya devam edilebilir. Ancak bu davalar bakımından da hükmün icrasına ilişkin olarak tebligat vs. dahil hiçbir işlem yapılamaz.

Mühletin alacaklı bakımından en önemli sonuçlarından birisi de borçlu ile iletişime geçmeme yükümlülüğüdür. Tüzüğün 11'inci maddesindeki düzenlemeye göre, alacaklı veya temsilcisinin, maddenin ikinci bendinde yazılı istisnalar dışında moratoryum borçları ile ilgili olarak borçluyla iletişim kurmaları yasaklanmıştır. Buna göre alacaklı veya temsilcisi, borçlu ile sadece, moratoryum dışında kalan borç ve yükümlülükleri ile ilgili olarak veya borçlunun talebi üzerine olmak koşuluyla moratoryum borçları ile ilgili olarak ya da Tüzüğün 10'uncu maddesindeki esaslar ile sınırlı olacak şekilde derdest bir dava hakkında görüşebilir.

Alacaklı bakımından mühletin diğer bir sonucu da alacağın temlik halinde temlik eden alacaklının, alacağı temlik alanı bilgilendirme yükümlülüğüdür.

<sup>18</sup> Angas/Hope/Hunter (web).

<sup>19</sup> Conway, *Debt Respite*, s. 21.

Zira alacağı temlik alan da eski alacaklı ile aynı yükümlülüklerle sahiptir<sup>20</sup>.

### **C. Mühlet Başvurusu, Mühletin Başlaması ve İtiraza İlişkin Genel Hükümler**

Tüzüğün 16 ila 21'inci maddeleri arasında, her iki tür mühlet türü bakımından ortak olan şekli hükümler yer almaktadır. Başvuruyu yapacak olan kişinin, ki bu borçlu veya borçlunun vekili olabilir, borçlanma danışmanına doğru bilgi vermek için gerekli ihtimamı göstermesi ve başvuru ile ilgili olarak herhangi bir bilgiyi kasıtlı olarak gizlememesi gerekir (Tüzük m. 16/1). Borçlunun dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü mühlet süresince de devam etmektedir. Borçlu mühlet süresince ekonomik şartlarında veya genel durumunda meydana gelen önemli değişiklikleri borçlanma danışmanına bildirmek, mühlete denk gelen ve mevcut bir ilişki çerçevesinde yükümlü olduğu ödemeleri yapmak ve kendi başına veya bir başkasıyla ortak şekilde toplamı 500 Poundu geçecek yeni borç almamakla yükümlüdür (Tüzük m. 16/2). Başvurunun nasıl yapılacağı ve mühletin nasıl başlayacağı hususları, standart soluklanma mühleti ve ruh sağlığı krizi moratoryumu bakımından farklı olduğu için bu husus aşağıda ilgili kısımlarda ayrı ayrı incelenecektir.

Alacaklı, borçlanma danışmanının verdiği mühlet kararının gözden geçirilmesini, Tüzüğün 17'nci maddesine göre talep edebilir. Buna göre alacaklı, ilgili borçlanma danışmanına başvurarak, moratoryumun alacaklının haklarını aşırı şekilde ihlal ettiği veya borçlunun gerekli kriterleri karşılamadığı ya da mühlete konu edilen borcun moratoryum borcu olmadığı yahut borçlunun borçlarını ödemeye yeterli malvarlığı bulunduğu gerekçeleri ile mühlet kararının yeniden gözden geçirilmesini isteyebilir. Alacaklının bu talebini, mühletin başladığı günden itibaren 20 gün içinde yapması zorunludur (Tüzük m. 17/3).

Başvuruyu alan borçlanma danışmanı, mühletin başladığı veya Tüzüğün 15'nci maddesine göre moratoryum bilgilendirmesinde yer almayan ve fakat var olduğu sonradan anlaşılıp moratoryuma sonradan dahil edilen bir borcun moratoryuma dahil edildiği tarihten itibaren 35 gün içinde mühlet kararını yeniden gözden geçirmelidir (Tüzük m. 18/1). Borçlanma danışmanı, bu hususta sınırlı bir takdir yetkisine sahip olsa da, alacaklının başvuru gerekçelerinden birinin varlığını tespit etmesi halinde, kural olarak, mühlet kararını kaldırmalıdır (Tüzük m. 18/2-3). Soluklanma mühleti durumunda

---

<sup>20</sup> Weir/Fair (web).



öngörölmüş olan ara dönem incelemesi de bu madde gereğince yapılması gereken yeniden gözden geçirme yerine geçer (Tüzük m. 18/3; 27/4).

Alacaklının, yukarıda bahsedildiği şekilde borçlanma danışmanına başvurma hakkının yanı sıra, mahkemeye başvurarak mühletin iptalini isteme hakkı da bulunmaktadır. Tüzüğün 19'uncu maddesine göre alacaklı, 17'nci maddede öngöröldüğü şekilde borçlanma danışmanına başvuru yapmış ve fakat yeniden inceleme sonunda talebi reddedilmişse, mühletin başladığı veya Tüzüğün 15'nci maddesine göre moratoryum bilgilendirmesinde yer almayan bir borcun sonradan dahil edildiği tarihten itibaren 50 gün içinde mahkemeye başvurarak, yine aynı gerekçelerle mühletin iptalini isteyebilir. Başvuruyu alan mahkeme, gerekçe veya gerekçelerin haklı olduğu kanısına varırsa mühleti, alacaklının yaptığı başvuruya konu olan borç bakımından iptal edebileceği gibi; mühlete tabi başka borç veya borçlar bakımından da iptal edebilir (Tüzük m. 19/4).

Moratoryum, mühletin sona ermesiyle veya borçlanma danışmanı tarafından kaldırılması ya da mahkeme tarafından iptal edilmesiyle yahut borçlunun ölümüyle sona erer. Borçlunun ölümü halinde moratoryum, borçlunun ölümünden sonraki gün ortadan kalkar (Tüzük m. 21).

## II. STANDART SOLUKLANMA MÜHLETİ (GENEL İHTİMAL)

### A. Genel Olarak Standart Soluklanma Mühleti ve Başvuru Koşulları

Tüzükte öngörölen iki ihtimalden ilki, tüm bireysel borçlular bakımından geçerli olan ve soluklanma mühleti olarak isimlendirilen durumdur. Buna göre genel hükümler çerçevesinde moratoryum borcu sayılabilecek olan herhangi bir borcu bulunan ve borçlarını ödemekte zorlanan bireysel borçlular, Tüzüğün "Soluklanma mühleti moratoryumu" başlığını taşıyan ikinci bölümünde yer alan 23'üncü maddesindeki koşulları taşımaları halinde, borçlanma danışmanından mühlet talep edebilirler. Bir borçlunun mühlet talep edebilmesi için, öncelikle yüz yüze veya telefon ya da elektronik iletişim araçları üzerinden borçları hakkında bir borçlanma danışmanından yardım almış olması gerekmektedir. Mühlet başvurusunun, yardım alınan danışmana yapılması zorunludur (Tüzük m. 23/2-3). Başvuruda, borçlunun adı soyadı, doğum tarihi, mutad meskeninin adresi ile borçlunun işletmesine ait bilgiler yer almak zorundadır. Borçlu bunlara ek olarak, bildiği ve ulaşabildiği kadarıyla, başvuru tarihi itibarıyla sahip olduğu borçları ve bunların alacaklıları hakkındaki bilgiler ile varsa borç ile ilgili olarak alacaklı tarafından görevlendirilen icra takip memurlarının iletişim bilgilerini de borçlanma danışmanına iletmek zorundadır (Tüzük m.

23/5).

Başvuruyu alan borçlanma danışmanı kendisine verilen bilgi ve belgeleri inceler ve borçlunun talep ettiği mühletin, borçlu ve borç bakımından Tüzüğün aradığı şartları haiz olduğuna ve borçlunun borçlarını ödeyemeyeceğine veya ödeyemeyeceğinin kuvvetle muhtemel olduğuna ve ayrıca soluklanma mühletinin hadiseye uygun olduğuna kanaat getirirse, mühlet kararını vermek zorundadır (Tüzük m. 24/2). Genel hükümler kısmında borcun niteliği bakımından düzenleme yapılmışken, borçlunun sahip olması gereken şartlar Tüzüğün ikinci bölümünde 23'üncü maddenin üçüncü fıkrasında yazılmıştır. Buna göre borçlunun;

1. Bireysel borçlu olması (borçlunun şirket olmaması),
2. Tüzük kapsamına giren bir borcu olması,
3. İngiltere veya Galler'de ikamet etmesi veya bunlardan birinde mutad meskeninin bulunması,
4. Hakkında İflas Kanunu çerçevesinde borçtan kurtulma kararı (debt relief order) verilmemiş olması,
5. Bir bireysel yeniden yapılandırma (individual voluntary arrangement) prosedürü içinde olmaması veya buna bağlı olarak hakkında geçici koruma kararı (interim order) verilmemiş olması,
6. İflas tasfiyesi devam eden bir müflis olmaması,
7. Başka bir soluklanma mühletinin içerisinde olmaması veya daha önce bu yola başvurmuşsa başvuru tarihi itibarıyla üzerinden 12 ay geçmiş olması,
8. Ruh sağlığı krizi moratoryumu içerisinde olmaması gerekir.

Tüzüğün 24'üncü maddesinin beşinci bendi, borçlanma danışmanının, borçlunun borçlarını ödeyemeyeceği veya ödeyemeyeceğinin kuvvetle muhtemel olduğu ve ayrıca soluklanma mühletinin hadiseye uygun olduğu hususlarını değerlendirirken hangi kıstasları göz önüne alması gerektiğini düzenlemektedir. Bu bent aslında kurumun bir bütün olarak amacını da ortaya koyması sebebiyle ayrıca önemlidir. Buna göre borçlanma danışmanının, mühletin, özellikle İflas Kanunu anlamında uygun yolu tespit edebilmesi ve bunu borçluya önerebilmesi ve bu yol hakkında gerekli hazırlıkların yapılması bakımından gerekli olup olmadığını mutlaka gözetmesi gerekir. Yani soluklanma mühleti, borçluya borcunu ödememesi için tanınmış bir ayrıcalık

mühletini değil; bilakis daha sonra atılacak adımların planlanması için gerekli olan bir zaman dilimini ifade etmektedir<sup>21</sup>. Nitekim 2023 yılında verilen *Kaye v. Lees* Kararında da bu husus net bir şekilde ifade edilmiş ve mahkeme; ister soluklanma mühleti olsun ister ruh sağlığı krizi moratoryumu olsun, planın merkezî ve gerçek amacının, borçluya borçlarının tamamını veya bir kısmını ödeyebilmek için gerçekçi bir plan geliştirmesine yardımcı olmak amacıyla kendisine bir süre tanınması olduğunu belirtmiştir<sup>22</sup>.

## **B. Soluklanma Mühletinin Başlaması, Süresi, Ara Dönem İncelemesi ve İptali**

Tüzükte yazılı şartları taşıyan borçlu, ilgili borçlanma danışmanına başvurarak mühlet talebinde bulunur. Şartları ve durumu inceleyen borçlanma danışmanı, borçlunun ve borcun Tüzükte yazılı şartları haiz ve mühletten gerekli olduğuna kanaat getirirse mühlet kararı verir. Borçlanma danışmanı, İflas Hizmetleri Bürosuna yapacağı bildirimde Tüzüğün 24/3 ve 24/4 maddelerindeki şartların sağlandığını teyit eder. Borçlanma danışmanı ayrıca, borçlar ile bu borçların alacaklıları hakkında borçlu tarafından verilen bilgiler ile kendisinin tespit edebildiği kapsam dahilindeki diğer borçlar hakkındaki hususları da bildirimine ekler (Tüzük m. 25).

Bildirim alınması üzerine en geç bir sonraki iş günü sonuna kadar keyfiyet, bu amaçla tutulan sicile işlenir ve soluklanma mühletinin başladığı hususu, bildirimde yazılı olan alacaklılara ve temsilcilerine iletilir (Tüzük m. 25/2).

Mühlet, moratoryumun sicile kaydedildiği günü takip eden gün başlar. Moratoryumun süresi 60 gündür ve uzatılması mümkün değildir. Mühlet sürenin sonunda veya borçlunun ölümü ya da mühletten kaldırılması veya iptali ile son bulur (Tüzük m. 26).

Mühlet kararını veren borçlanma danışmanı, mühletin başlamasını takip eden 25 ila 35'inci gün arasında resen bir ara dönem incelemesi yapmak zorundadır. Bu inceleme, Tüzüğün 17'nci maddesine göre alacaklının yapacağı itiraz üzerine yapılması gereken inceleme yerine de geçer. Borçlanma danışmanı yapacağı inceleme sonunda, borçlunun mühlet süresince ekonomik şartlarında veya genel durumunda meydana gelen önemli değişiklikleri

<sup>21</sup> Conway, *Debt Respite*, s. 13.

<sup>22</sup> *Kaye v. Lees* [2023] EWHC 758 (KB) <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/2023/758.html>> Erişim Tarihi 30 Ekim 2023.

borçlanma danışmanına bildirme; mühlete denk gelen ve mevcut bir ilişki çerçevesinde yükümlü olduğu ödemeleri yapma ve kendi başına veya bir başkasıyla ortak şekilde toplamı 500 Poundu geçecek yeni borç almama yükümlülüklerini ihlal ettiğini tespit eder veya borçlu hakkında İflas Kanunu anlamında bir yapılandırma prosedürü başlatılmış olur ya da borçlunun görüşünü alması gereken durumlarda borçluya ulaşamazsa, mühleti kısmen veya tamamen kaldırır (Tüzük m. 27/5). Bununla birlikte maddenin 6 ve 7'nci bentleri ile borçlanma danışmanına, sınırlı da olsa mühleti kaldırmamak yönünde bir takdir yetkisi tanınmıştır. Mühlet kaldırılırsa, keyfiyet derhal Büroya bildirilir. Bildirimi alan Büro, en geç takip eden iş gününün sona kadar iptali sicile işler ve mühletten etkilenmiş olan her bir alacaklı ve temsilcisine durumu bildirir (Tüzük m. 27/9). Mühletin iptali, sicile keyfiyetin işlenmesini takip eden gün hüküm doğurur. Alacaklılara yapılacak bildirimde iptalin sebebi ve iptalin hüküm doğuracağı gün de yer almak zorundadır (Tüzük m. 27/12).

### **III. RUH SAĞLIĞI KRİZİ MORATORYUMU (ÖZEL İHTİMAL)**

#### **A. Genel Olarak Ruh Sağlığı Krizi Moratoryumu ve Başvuru**

Tüzükte öngörülen ikinci mühlet olanağı ise standart soluklanma mühletine kıyasla daha özel bir durum olan ruh sağlığı krizleri hakkındadır. Bu yola başvuru ve prosedürdeki özel durumlar, Tüzüğün “Ruh sağlığı krizi moratoryumu” başlığını taşıyan üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Bu bağlamda öncelikle ruh sağlığı krizinin ne anlama geldiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Tüzük bu çerçevede bir tanım yapmaktan kaçınmış ve 1983 tarihli Ruh Sağlığı Kanununa<sup>23</sup> atıf yapmakla yetinmiştir. Tüzüğün 28'inci maddesine göre bir borçlunun ruh sağlığı krizi mühletinden yararlanabilmesi için, Ruh Sağlığı Kanununun 2 veya 4'üncü maddesi uyarınca değerlendirme veya aynı Kanunun 3'üncü maddesi uyarınca tedavi amacıyla hastanede tutuluyor olması, aynı Kanunun 135 veya 136'ncı maddeleri uyarınca polis tarafından güvenli bir yerde alıkonuluyor olması; yine aynı Kanunun 35, 36, 37, 38, 45a, 47 veya 48'inci maddeleri uyarınca hastanede tutuluyor olması veya ciddi bir ruh sağlığı problemi hakkında hastanede veya bir ruh sağlığı uzmanından tedavi görüyor olması gerekmektedir (Tüzük m. 28).

Genel soluklanma mühletinden farklı olarak, ruh sağlığı krizi moratoryumuna borçlu dışında başka kişilerin de başvurabilmesi mümkündür.

<sup>23</sup> Mental Health Act 1983 <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/20/contents>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.

Bu kişiler, Tüzüğün 29'uncu maddesinde sayılmıştır. Buna göre borçludan başka, borçlunun bakımından sorumlu olan kimse, yetkilendirilmiş ruh sağlığı uzmanı, borçlu hakkında atanmış olan bakım koordinatörü, ruh sağlığı hemşiresi, sosyal çalışma görevlisi, Ruh Sağlığı Kanununun 130A/1 ve 130E/1 maddeleri hükümlerine göre atanmış olan bağımsız ruh sağlığı danışmanı, 2005 tarihli Temyiz Kudreti Kanunu<sup>24</sup> uyarınca borçlu hakkında atanmış olan yetkilendirilmiş temyiz kudreti uzmanı veya bağımsız temyiz kudreti danışmanı, ilgililerden birinin temsilcisi, Temyiz Kudreti Kanununun AA1 tablosunun 42/5 paragrafı bağlamında uygun bir kimse de borçlu adına moratoryum talep edebilir.

Başvuruda borçlu hakkındaki bilgiler bulunmalı ve yetkilendirilmiş ruh sağlığı uzmanından, borçlunun ruh sağlığı ile ilgili olarak tedavi gördüğünü teyit eden imzalı beyan eklenmelidir (Tüzük m. 29/2). Başvurunun borçlu dışındaki bir kimse tarafından yapılıyor olması halinde, borçlunun ruh sağlığı durumuna göre onam verip veremeyeceği hususu da büyük önem taşımaktadır; bu halde Temyiz Kudreti Kanunu hükümleri uygulanır<sup>25</sup>.

Başvuruyu alan borçlanma danışmanı, mühlet talep edilen borçların Tüzük kapsamında olup olmadığını inceler ve borçlunun finansal durumu hakkında en az bir kredi referans kurumundan bilgi alır (Tüzük m. 30/1). Borçlanma danışmanı, borçlunun Tüzüğün aradığı şartları haiz olduğuna ve borçlunun borçlarını ödeyemeyeceğine veya ödeyemeyeceğinin kuvvetle muhtemel olduğuna; ruh sağlığı krizi moratoryumunun hadiseye uygun olduğuna ve yetkilendirilmiş bir ruh sağlığı uzmanının borçlunun ruh sağlığı ile ilgili olarak tedavi gördüğünü yeterli şekilde teyit eden imzalı beyan sunduğuna kanaat getirirse, mühlet kararı vermek zorundadır (Tüzük m. 30/4). Borçlunun şahsıyla ilgili şartlar, yukarıda II-A başlığında soluklanma mühleti ile ilgili olarak ifade ettiğimiz şartlarla büyük ölçüde aynıdır. Ancak o halden farklı olarak, ruh sağlığı krizi ile ilgili olarak moratoryum ilan edilebilmesi bakımından, son on iki ayda bu yoldan yararlanmamış olmak şartı bulunmamaktadır (Tüzük m. 30/2). Ruh sağlığı krizi devam ettikçe veya yinelendikçe moratoryuma başvurmak mümkündür.

<sup>24</sup> Mental Capacity Act 2005 <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/contents>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.

<sup>25</sup> Yazar Belirtilmemiş, *Debt respite scheme (breathing space): Guidance on mental health crisis breathing space*, HM Treasury 2023, s. 9-10

## **B. Moratoryumun Başlaması, Süresi, Ara Dönem İncelemesi ve İptali**

Başvurunun kabulü üzerine yapılacak işlemler de büyük ölçüde soluklanma mühleti hakkındaki hükümlerle aynıdır. Ancak burada farklı olarak, borçlu yerine uygun bir üçüncü kişinin irtibat bilgilerinin de başvuruda ve sicile yapılacak bildirimde yer alması zorunludur. Bu kişi borçlunun bakımını üstlenen bir kişi veya yakını olabilir; ancak bir bakım koordinatörü atanmış ise bu kişinin yetkili irtibat kişisi olarak seçilmesi gerekmektedir<sup>26</sup>.

Moratoryum, sicile keyfiyetin işlenmesini takip eden gün hüküm doğurmaya başlar ve borçlunun tedavisinin sona erdiği günden itibaren 30 gün sonra sona erer. Moratoryum duruma göre ayrıca, borçlanma danışmanının Tüzüğün 33'üncü maddesine göre yetkili irtibat kişisi ile görüşmesi gereken halde bu kişiye ulaşılamamışsa bu kişiye yapılan başvurudan itibaren otuz gün sonra, moratoryumun ilgili hükümlere göre iptal edilmesinin hüküm doğurmaya başladığı günde, borçlunun ölümü halinde borçlunun ölümünü takip eden günde de sona erebilir (Tüzük m. 32/2).

Ruh sağlığı krizi moratoryumu, soluklanma mühletinden farklı olarak devamlılık arzettiği için, borçlanma danışmanına ara dönemlerde tedavinin devam edip etmediğini sorgulama yetkisi ve yükümlülüğü de yüklenmiştir. Tüzüğün 33'üncü maddesine göre borçlanma danışmanı, moratoryumun başladığı günü takip eden 20 ila 30'uncu gün arasında, borçlunun yetkilendirilmiş irtibat kişisi ile bağlantıya geçip ona, borçlunun tedavi görmeye devam edip etmediğini, etmiyorsa tedavinin hangi tarihte sona erdirildiğini sorması gerekmektedir. Bu sorgulama, her bir bilgi talebini takip eden 20 ila 30'uncu günler arasında tekrarlanmalıdır.

Borçlanma danışmanı, yetkilendirilmiş ruh sağlığı uzmanının sunduğu teyit beyanının gerçeğe aykırı, yanıltıcı veya düzmece olduğuna kanaat getirir veya bizzat borçlu moratoryumun kaldırılmasını isterse ruh sağlığı krizi moratoryumunu kaldırır (Tüzük m. 34/1). Bununla birlikte, ilk hal bakımından borçlanma danışmanının moratoryumu kaldırmama yönünde sınırlı bir takdir yetkisi de bulunmaktadır (Tüzük m. 34/2-3).

---

26

## İKİNCİ BÖLÜM: BORÇ ERTELEME MÜHLETİ PLANININ TÜRK İCRA VE İFLAS HUKUKUNDA YER ALAN BENZER KURUMLAR İLE MUKAYESESİ

### I. GEÇİCİ KONKORDATO MÜHLETİ İLE MUKAYESESİ

Hukukumuzda İcra ve İflas Kanununun 285 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan konkordato, hemen hemen hiç uygulaması bulunmayan ve Kanunun 309/m vd. maddelerinde düzenlenmiş olan sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması prosedürü bir tarafa bırakılacak olursa, hukukumuzdaki modern anlamda yeniden yapılandırmaya en yakın kurumdur. İflasın ertelenmesi kurumunun 2018 yılında 7101 sayılı Kanunla ilga edilmesi üzerine güçlendirilen ve yeniden yapılandırmaya daha yaklaştırılan (yeni) konkordatonun en temel yapı taşlarından birisini, konumuzla doğrudan bağlantılı olan geçici konkordato mühleti oluşturmaktadır. İcra ve İflas Kanununun 7101 sayılı Kanunla getirilmiş olan geçici konkordato mühleti bakımından, Kanunun Hükümet gerekçesinde de Amerika Birleşik Devletleri Chapter 11'deki otomatik durdurma kurumuna atfı yapıldığı görülmektedir<sup>27</sup>.

Kanunun konuyu düzenleyen 287'nci maddesine göre, konkordato talebi üzerine mahkeme, 286'ncı maddede belirtilen belgelerin eksiksiz olarak mevcut olduğunu tespit ettiğinde derhâl geçici mühlet kararı verir. Burada aksine görüşler olmakla birlikte, öğretide genel kabul gören görüş; mahkemenin takdir yetkisinin, belgelerin sunulup sunulmadığı ile sınırlı olduğu, Kanunun aradığı belgelerin sunulmuş olduğu hallerde geçici mühlet kararı verilmesi gerektiği yönündedir<sup>28</sup>. Ancak her halükârda, geçici konkordato

<sup>27</sup> 7101 sayılı Kanunun Hükümet Gerekçesi <<https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0913.pdf>> Erişim Tarihi 14 Ekim 2023, s. 40.

<sup>28</sup> Bu konudaki tartışma ve görüşler hakkında bkz. Selçuk Öztekin / Ali Cem Budak / Müjgan Tunç Yücel / Serdar Kale / Bilgehan Yeşilova, *Yeni Konkordato Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2023, s. 277 vd.; Serhat Sarısözen, *Konkordato*, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2021, s.206 vd.; Hakan Albayrak, *İflas Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayınevi, 2020, s. 69 vd.; Mesut Köksoy, *Adi Konkordatoda Geçici Mühlet Kararının Etkileri*, Adalet Yayınevi, 2022, s. 92 vd.; İbrahim Ermenek, "Borca Batıklık Nedenine Dayalı Konkordatoda Geçici Mühletin Kaldırılması", *Adalet Dergisi*, 64, 2020, s. 513; Serpil Işık S, "Concordat Procedure as a Way to Escape Bankruptcy and the Evaluation of the Temporary Respite Decision Following the Amendment to the Law no. 7101: Current Developments and Experiences in Turkey", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 70, 2021, s. 173 vd., Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar- Ayvaz / Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2023, s. 700, Murat Atalı / İbrahim Ermenek / Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2023, s. 672, İbrahim Aşık / Yakup Oruç / Ozan Tok / Ömer Faruk Saçar, *İcra ve İflas Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 693-694, Hakan Pekantez

mühleti, Chapter 11'daki otomatik durmaya ve birinci bölümde anlattığımız borç erteleme mühletine benzer şekilde bir sonuç doğurmaktadır<sup>29</sup>. Zira tüm bu hallerde bir moratoryum başlar ve borçlunun (istisna halleri dışındaki) alacaklıları bu durumdan etkilenir.

Geçici mühlet, Kanuna göre kesin mühletin sonuçlarını doğurur (İİK m. 288). Kesin mühletin konumuz bakımından sonuçları ise Kanununun 294'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre mühlet içinde borçlu aleyhine 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez. Tasdik edilen konkordato projesi aksine hüküm içermediği takdirde kesin mühlet tarihinden itibaren rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemesi durur. Kanunun açık düzenlemesi ışığında geçici mühlet de aynı sonuçları doğuracaktır.

Geçici konkordato mühleti ve birinci bölümde incelediğimiz soluklanma mühleti moratoryumu aslında sonuç olarak çok farklı olmamakla birlikte; her iki kurumun yöneldiği şekli amaçların farklı olduğu görülmektedir. Soluklanma mühleti, borçluya borçlarının tamamını veya bir kısmını ödeyebilmek için gerçekçi bir plan geliştirmesine yardımcı olmak amacını güderken; konkordatodaki geçici mühlet, halihazırda bir ön projeyi zaten hazırlamış ve mahkemeye sunmuş olan borçlunun, hazırlık ve oylama aşamasında korunmasına yönelmektedir. Bu bağlamda geçici konkordato mühleti aslında soluklanma mühletinden çok, makalenin başında kısaca değindiğimiz gönüllü anlaşma (voluntary agreements) prosedüründeki geçici mühlet (interim order) kararları ile benzerlik göstermektedir. Bu durum aslında her iki tür mühletin verilmesi sırasında yapılacak inceleme bakımından da kendisini göstermektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere geçici konkordato mühleti

---

/ Oğuz Atalay / Meral Sungurtekin Özkan / Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, On İki Levha Yayınevi, 2019, s. 473-474; Şanal Görgün / Levent Börü / Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflas Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2022, s. 635.

<sup>29</sup> Sarısözen, s. 193 vd.; Ayrıca bkz. John D Ayer / Michael Bernstein / Jonathan Friedland, "Chapter 11- An Overview of the Automatic Stay", *ABI Journal*, 22(10), 2004; İnan Uluc / Kristi R. Sutton / Mahmut Yavasi, "Bankruptcy in Turkey: a Comparative Study of Turkey's Adjournment of Bankruptcy and the United States' Chapter 11 Reorganization", *University Of Bologna Law Review*, 3(1), 2018, s. 64-122; Çağatay Serdar Şahin, *Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları*, On İki Levha Yayınları, 2020.



düzenlemesi, Chapter 11'daki otomatik koruma sisteminden esinlenerek hazırlanmıştır. Bu sebeple Hükümet Gerekçesinde ve öğretide bu kurumun hukuki niteliği de süper geçici hukuki koruma olarak isimlendirilmiştir<sup>30</sup>. Bu bağlamda ortada hazırlanmış bir (ön) proje olduğu için mahkeme şekli bir inceleme ile yetinip<sup>31</sup> geçici mühlet kararını vermekte ve böylece borçluyu koruma altına almaktadır. Oysaki soluklanma mühleti bakımından borçlanma danışmanı, kendisine verilen bilgi ve belgeleri inceler ve borçlunun talep ettiği mühletin, borçlu ve borç bakımından Tüzüğü aradığı şartları haiz olduğuna ve borçlunun borçlarını ödeyemeyeceğine veya ödeyemeyeceğinin kuvvetle muhtemel olduğuna ve ayrıca soluklanma mühletinin hadiseye uygun olduğuna kanaat getirirse mühlet kararını verir (Tüzük m. 24/2). Bu çerçevede soluklanma mühleti için yapılan inceleme, geçici mühletten çok kesin mühlet kararı incelemesini anımsatmaktadır.

Yukarıdaki temel farklar dışında her iki kurum arasındaki ilk şekli fark, mühleti talep edebilecek kişiler bakımındandır. Geçici mühlet (konkordato) talebi, hukukumuzda her türlü borçlu ve hatta iflas talebinde bulunabilecek her bir alacaklı tarafından yapılabilir<sup>32</sup>. Oysaki soluklanma mühleti sadece bireysel borçlular tarafından yapılabilir. Borçlu şirketlerin ve alacaklıların böyle bir hak veya yetkisi bulunmamaktadır. Sadece ruh sağlığı krizi moratoryumu bakımından, durumun özelliği gerektirdiği için, borçlunun yanı sıra diğer bazı üçüncü kişiler de talepte bulunmaya yetkili kılınmıştır. Ancak bu halde de borçlunun bireysel borçlu olma zorunluğu bakidir.

İki kurum arasındaki diğer bir temel fark; mühletin davalara etkisi bakımındandır. Soluklanma mühletinde borçluya karşı dava açılması da mümkün değildir. Türk hukukunda konkordato bakımından bu yönde bir düzenleme bulunmadığı için, iflas davaları hariç olmak üzere, alacaklının borçluya karşı dava açmasının önünde bir engel bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>33</sup>.

Her iki kurum bakımından öngörülmüş olan süreler de farklıdır. Geçici konkordato mühleti, üç aydır. Mahkeme bu üç aylık süre dolmadan borçlunun veya geçici komiserin yapacağı talep üzerine geçici mühleti en fazla iki ay

<sup>30</sup> Öztekin/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova, s. 276-277.

<sup>31</sup> Bu husustaki tartışmalar hakkında bkz. 28 nolu dipnot.

<sup>32</sup> Öztekin/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova, s. 173.

<sup>33</sup> Müjgan Tunç Yücel, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 171-180

daha uzatabilir; uzatmayı borçlu talep etmişse geçici komiserin de görüşü alınır. Geçici konkordato mühletinin toplam süresi beş ayı geçemez (İİK m. 287/IV). Soluklanma mühleti ise 60 gündür ve sürenin uzatılması mümkün değildir (Tüzük m. 26). Ruh sağlığı krizi moratoryumu ise tedavi sürdüğü müddetçe, herhangi bir süre sınırlamasına tabi olmaksızın devam eder.

İki kurum arasındaki diğer önemli bir fark da mühlet kararını verecek olan merci bakımındandır. Türk hukukunda geçici konkordato mühletinin mahkeme tarafından verilmesi zorunlu iken, soluklanma mühleti hakkındaki karar, yetkilendirilmiş borçlanma danışmanları tarafından verilmektedir. Ancak elbette ki bu kararların itiraz ile mahkeme önüne taşınması mümkündür.

Yukarıdaki önemli farklılıklar dışında, her iki kurumun temelinde yatan temel amacın (saikin), en azından konumuz bakımından, aciz haline düşen borçluyu alacaklılarına karşı korumak olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, geçici konkordato mühletinin amacının borçluyu alacaklılarına karşı korumaktan ibaret olduğunu söylemek de mümkün değildir. Mühlet boyunca borçlunun davranış ve işlemleri, içinde bulunduğu sözleşmeler<sup>34</sup>, sürekli borç ilişkileri<sup>35</sup>, tasarruf yetkisini sınırlandıran haller<sup>36</sup>, vb. gibi hususlar da İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiş ve böylece alacaklıların da borçluya karşı korunması sağlanmıştır. Zira örneğin mühletin borçlu bakımından sonuçlarının düzenlendiği 297'nci madde hükmü ile borçlunun konkordato komiserinin izni ile veya izni dışında yapabileceği işlemler sınırlandırılmıştır. Bu sayede mühlet süresince borçlunun mal varlığında azalma sonucunu doğuracak durumlar önlenmeye çalışılır. Bu sonuç (ve amaç) az önce de ifade ettiğimiz üzere geçici konkordato mühletinin, halihazırda var olan bir (ön) proje ile bağlantılı olmasından kaynaklanır. Oysaki soluklanma mühleti bakımından bu sınırlamalar kural olarak söz konusu değildir. Borçlunun, geçici konkordato mühletinin aksine<sup>37</sup>, örneğin alacaklılarına ödeme yapması mümkündür ve hatta mühlet sırasında doğan veya muaccel olan borçların zaten ödenmesi de gerekmektedir. Bu bağlamda geçici konkordato mühletinin yine, soluklanma mühletinden ziyade, gönüllü anlaşma prosedüründeki geçici mühlet ile olan benzerliği göze çarpmaktadır.

<sup>34</sup> Bkz. Albayrak, s. 110 vd.

<sup>35</sup> Bkz. Bünyamin Kartal, *Konkordato Mühleti Verilmesinin Sürekli Borç İlişkilerine Etkisi*, Adalet Yayınevi, 2022, s. 86 vd.

<sup>36</sup> Bkz. Köksoy, s. 269 vd.

<sup>37</sup> Tunç Yücel s. 9.

Her iki kurum arasında kısmen de olsa amacın yanı sıra diğer bazı benzerlikler de bulunmaktadır. Örneğin her ikisinde de mühletin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle ilgili olarak ve faiz birikmesini önleyici nitelikteki etkileri düzenlenmiş; bazı alacakların kategorik olarak mühletten etkilenmediği düzenleme konusu yapılmıştır. Diğer bir benzerlik de sürecin denetlenmesi yönündendir. Borçlu geçici mühlette geçici konkordato komiserinin<sup>38</sup>, soluklanma mühletinde ise borçlanma danışmanının denetim ve gözetimi altında faaliyetlerini sürdürür. Bu iki merci, borçlunun mühlet boyunca üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini denetlemek ve gözetmek zorundadır. Ancak yine bir farklılık olarak, geçici konkordato komiserinin aksine borçlanma danışmanı, mühleti kendi başına kaldırmaya yetkilidir.

## II. İCRA TAKİBİNİN TALİKİ KURUMU İLE MUKAYESESİ

İcra ve İflas Kanununun 51 ila 56'ncı maddeleri arasında, icra takibinin taliki halleri düzenlenmiştir. Bu haller Kanunda sınırlı olarak düzenlenmiş olan ve adından da anlaşılacağı üzere icra takibinin devamını bir süre boyunca engelleyen hallerdir. Kanunun 52'nci maddesine borçlunun ailesinden birinin ölümü halinde; 53'üncü maddesinde terekenin borçlarında; 54'üncü maddede tutukluk ve hükümlülük halinde; 54/a maddesinde askerlik halinde ve nihayet 55'inci maddesinde borçlunun ağır hastalığı halinde takibin taliki öngörülmüştür. Takibin talikinden kasıt, borçluya karşı herhangi bir icra takip işlemi yapılamamasıdır<sup>39</sup>. İcra takip işlemleri, kural olarak icra organları tarafından borçluya karşı yapılan ve cebri icranın ilerlemesini sağlayan işlemlerdir<sup>40</sup>. Bir işlemin icra takip işlemi sayılabilmesi için üç şartı taşıması gerektiği kabul edilmektedir: İşlemin icra organlarınca yapılması; borçluya karşı yapılması ve işlemin, cebri icranın ilerlemesini sağlayacak nitelikte olması<sup>41</sup>. Buna göre, talikin alacaklıyı engelleyecek herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Alacaklı örneğin bir takip başlatabilir veya takiple ilgili herhangi bir işlem yapabilir<sup>42</sup>.

Talik hallerinin birinci sonucu, icra takip işlemlerinin yapılamaması iken, ikinci sonucu da takip talikleri esnasında sürelerin işleminin durmaması

<sup>38</sup> Öztek/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova, s. 290, Sarısözen, s. 204

<sup>39</sup> Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları 2016, s. 284.

<sup>40</sup> Aziz Serkan Arslan, *İcra Takip İşlemleri*, Yetkin Yayınevi 2018, s. 27; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları 2013, s. 148.

<sup>41</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 133; Görgün/Börü/Kodakoğu, s. 41.

<sup>42</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 77.

ve fakat müddetin nihayetinin bir talik gününe rastlaması halinde müddetin talikin bitiminden sonra bir gün daha uzamış sayılacağıdır (İİK m. 56).

Kanunda sınırlı sayıda düzenlenmiş olan talik hallerinden bilhassa 55'nci maddede düzenlenmiş olan borçlunun ağır hastalığı hali, konumuz bakımından önem taşımaktadır. Zira bu hüküm, birinci bölümde incelediğimiz ruh sağlığı krizi moratoryumu durumunu kısmen de olsa karşılamaktadır. Maddeye göre, takip borçlunun mümessil tayin edemeyecek derecede ağır hastalığı halinde muayyen bir zaman için icra memurluğunca talik olunabilir. Ağır hastalığın resmî belge ile ispatlanması gerekir. Görüldüğü üzere Kanun koyucu ağır hastalığın tanımını yapmaktan kaçınmış ve fakat önkoşul olarak borçlunun mümessil tayin edemeyecek derecede hasta olmasını getirmiştir. Bu hükmün diğer talik hallerinden önemli bir farkı, diğer talik hallerinin aksine, icra müdürüne takdir yetkisi verilmiş olmasıdır<sup>43</sup>. İcra müdürünün bu konudaki takdir yetkisi tamamen serbest olmayıp, öğreti ve uygulaması ile idare hukukunda var olan yetki, sebep, şekil, konu ve maksat gibi temel unsurları gözeterek karar vermesi gerektiği, ARSLAN tarafından öğretide ifade edilmiştir<sup>44</sup>. Hüküm ayrıca ağır hastalığın ispatını da gerekli kılmıştır. Buna göre, borçlunun ağır hastalığının uygun belgelerle ispatı gerekir<sup>45</sup>.

Kanunda ağır hastalık kavramı fiziksel hastalıkla sınırlandırılmamış olduğundan, borçlunun ruh sağlığı bakımından ağır hastalığı da talik hali olarak değerlendirilebilir. Zira Kanunda ifade edilen bir mümessil tayin edemeyecek durumda olmak, ruh sağlığı krizi hallerinde de söz konusu olabilir. Borçlunun bu durumunun resmi rapor ile belgelendirilmesi halinde, icra müdürünün takibi talik etmesi gerekmektedir.

Kanunda düzenlenmiş olan talik halleri kendiliğinden sonuç doğurmaz. Talik kararının icra müdürünce verilmesi gerekmektedir. Az önce ifade ettiğimiz üzere 55'inci maddedeki hal dışında icra müdürünün kanun gereği takibi talik etmesi gerekirken, 55'inci maddedeki halde takdir yetkisini kullanarak talik kararı vermesi söz konusu olur. Bu bağlamda icra müdürünün takdir yetkisinin kanuna veya hadiseye aykırı olarak kullanmış olduğu da ilgili tarafça yapılacak şikâyet başvurusuna konu olacaktır. Bu bağlamda icra mahkemesi nezdinde, icra müdürünün kararı denetlenmiş olacaktır.

<sup>43</sup> Arslan, *İcra Takip İşlemleri*, s. 175.

<sup>44</sup> Aziz Serkan Arslan, "Borçlunun Ağır Hastalığı Halinde İcra Takibinin Taliki", *Ankara Barosu Dergisi*, 77(1), 2019, s. 11.

<sup>45</sup> Arslan, *Borçlunun Ağır Hastalığı*, s. 12-15.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, özellikle ağır hastalık halinde takibin tatili ile soluklanma mühleti ve ruh sağlığı krizi moratoryumu kurumlarının mukayese edilmesi halinde, bu iki kurum arasında bazı benzerlik ve farklılıkların bulunduğu görülecektir. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, soluklanma mühletinin, tatilin taliki ile doğrudan bir benzerliği bulunmamaktadır. Zira borçlarını ödemekte zorluk çeken borçluya soluklanma imkânı sağlamak amacıyla genel (sıradan) bir talik hali İcra ve İflas Kanununda düzenlenmemiştir. Ruh sağlığı krizi moratoryumu ise doğrudan kıyasa şayandır. Zira hem talik kurumunda<sup>46</sup> hem ruh sağlığı krizi moratoryumunda, borçluya, insan onurunun korunması hakkı<sup>47</sup> bağlamında bir korunma sağlanmaktadır. Bu çerçevede aslında her iki kurumun da yöneldiği amacın büyük ölçüde benzer olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte iki kurum arasında önemli bazı farklılıklar da bulunmaktadır: Öncelikle takibin talikinin etkisi, adından da anlaşılacağı üzere, yürümekte olan bir takip hakkında herhangi bir icra takip işleminin yapılması ile sınırlıdır. Buna göre talik hali, alacaklının bir takip yapmasına veya dava açmasına engel olmadığı gibi, takip sırasında herhangi bir işlem yapmasına da engel olmaz. Yani hükmün etkisi son derece sınırlıdır. Ruh sağlığı krizi moratoryumunun etkisi ise birinci bölümde açıkladığımız üzere çok daha geniştir. Moratoryum borçlu hakkında dava açılmasına ve takip yapılmasına engel olmakta; yürüyen davaları dahi durdurmaktadır.

Hem bir farklılık hem de benzerlik olarak kabul edilebilecek bir husus da prosedürü başlatmaya yetkili merciidir. Her iki prosedürde de mahkeme kararına gerek olmamakla birlikte, prosedürü başlatacak merci farklıdır. Takibin talikinde icra dairesi yetkili kılınmışken, ruh sağlığı krizi moratoryumunun kabulü, yetkilendirilmiş borçlanma danışmanınca yapılır; yani İngiliz hukukundaki durum daha gayri resmidir. Ancak her iki kurum bakımından da mahkemeye itiraz veya şikâyet yolu ile başvurarak verilen kararın mahkeme denetime tabi tutulması mümkündür.

İki kurum arasında kısmen benzerlik kısmen farklılık arz eden diğer bir husus da mühletin doğrudan kendisidir. Hem hastalık sebebiyle takibin taliki hem de ruh sağlığı krizi moratoryumu, diğer mühletlerin aksine belirli bir süre boyunca değil, engel devam ettiği müddetçe varlığını sürdürür. Bununla

<sup>46</sup> Nilüfer Boran, *İcra Takibinin İptali ve Taliki*, Güncel Yayınevi, 2006, s. 145.

<sup>47</sup> Muhammet Özekes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi 2009, s. 109 vd.; Pınar Çiftçi, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi 2010, s. 97 vd.

birlikte, takibin talikinin etkisi engelin ortadan kalması ile sonra ererken; ruh sağlığı krizi moratoryumunun etkisi, borçlunun ruh sağlığı tedavisi görmesinin sona erdiği günden itibaren 30 gün daha devam etmektedir. İcra ve İflas Kanununda bu yönde bir hüküm olmasa da öğretilerde ağır hastalık hali sona ermiş olsa bile, kişisel çalışması ile geçimini sağlayan borçlunun, borcunu ödeyebilecek yeterli para veya malı yoksa, kendisini toparlayana kadar da takibin talikine devam edilebileceği ifade edilmiştir<sup>48</sup>. Bu bağlamda, ruh sağlığı krizi moratoryumundaki gibi önceden belirlenmiş bir ekstra sürenin, mevcut talik düzenlemesine eklenmesi uygun olabilir.

İki kurumun sürelerle olan etkisi de benzer şekilde düzenlenmiştir. Hem takip talikleri hallerinde hem de ruh sağlığı krizi moratoryumunda, süreler durmaz. Sürenin bitiminin talik veya mühlete denk gelmesi halinde sürenin uzaması söz konusu olur. Bununla birlikte ruh sağlığı krizi moratoryumunun etkisi daha geniş olduğu için, takibin talikinden farklı olarak, moratoryumun bitiminden itibaren sekiz haftalık süre de bu kapsama dahil edilmiştir.

### III. FEVKALADE MÜHLET İLE MUKAYESESİ

İcra ve İflas Kanununun, “Fevkalade hallerde mühlet ve tatil” başlığını taşıyan on beşinci babında, iki ayrı kurum düzenlenmiştir. Bunlardan ilki daha ayrıntılı bir düzenlemeye sahip olan ve konumuz bakımından önem taşıyan fevkalade mühlet, diğeri ise tek bir maddede (m. 330) düzenlenmiş olan fevkalade hallerde tatildir. Fevkalade hallerde tatil hükmü ile, salgın hastalık, umumi bir musibet veya harp halinde Cumhurbaşkanı kararıyla memleketin bir kısmında veya bazı iktisadi zümreler lehine muayyen bir müddet için icra takipleri durdurulabilmesi imkânı sağlanmıştır. Bu düzenleme geçtiğimiz yıllarda Covid-19 salgını sebebiyle uygulama alanı bulmuş ve 22.03.2020 tarihinde 2279 sayılı İcra ve İflas Takiplerinin Durdurulması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararı ile hüküm işletilmiştir<sup>49</sup>.

Konumuz bakımından önemli olan fevkalade mühlet ise, fevkalade hallerde tatilden çok farklıdır. Fevkalade mühlet, özel bir takip taliki hali olup, olağanüstü durumlarda, özellikle ekonomik buhranlarda Cumhurbaşkanı kararı

<sup>48</sup> Kuru, s. 151; Arslan, İcra Takip İşlemleri, s. 176.

<sup>49</sup> Murat Atalı / Ersin Erdoğan, “COVID-19 Salgınının İcra ve İflâs Hukuku Alanına Etkileri”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78(2), 2020, s. 398 vd.; Nesibe Kurt Konca, “2279 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ve 7226 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Koronavirüs Pandemisinin İcra ve İflâs Hukukuna Etkileri”, *Adalet Dergisi*, 64, 2020, s. 91 vd.; Atilla Gündoğan, *Covid-19 ve Mücbir Sebep Kapsamında Fevkalade Hallerde Mühlet ve Tatil*, Aristo Yayınevi 2020, s. 31 vd.

ile başvurulabilir hale getirilen ve borçluya icra mahkemesine başvurarak mühlet alma imkânı sağlayan bir düzenlemedir<sup>50</sup>. Buna göre borçlu, 317'nci maddeye göre bu yöndeki Cumhurbaşkanlığı kararının yayınlanmasından sonra, gösterilen haller sebebiyle kusuru olmaksızın taahhütlerini ifa edemeyen borçlu mühletin hitamında borçlarını tamamen tediyeye edebileceğini ahval ümit ettiriyorsa icra mahkemesinden nihayet altı ayı geçmemek üzere fevkalade bir mühlet isteyebilir (m. 318). Borçlu dilekçesine mali vaziyetini gösteren belgeleri, alacaklıların listesini ve icra mahkemesi tarafından talep olunan bütün bilgileri vermeye ve kendisinden istenebilecek evrakın hepsini göstermeye mecburdur. Borçlu iflas yoluyla takibe tabi ise dilekçesine ayrıca bilanço ve defterlerini de ekler. Dilekçenin verilmesinden sonra icra mahkemesi, Kanunun 326'ncı maddesinde öngörülen belli bir tutarın altındaki alacaklar ile Kanunun 206'ncı maddesinin birinci sırasında yazılı alacaklar hariç, tedbir yoluyla derdest takipleri durdurabilir. İcra mahkemesi, takiplerin durdurulması süresinin fevkalâde mühletten indirilip indirilmeyeceğini ve indirilecekse ne ölçüde indirileceğini de belirler. İcra mahkemesi yapacağı incelemede bütün alacaklıları da davet ederek onları dinler. Mahkeme gerektiğinde bilirkişiye de başvurabilir.

İcra mahkemesi yapacağı inceleme sonunda talebi reddedebileceği gibi borçluya talep ettiği mühleti tanyabilir. Mahkeme mühlete ek olarak borçluyu borcunu taksitle ödemeye de mecbur edebilir (m. 319). Karara karşı istinaf yolu açıktır. Bölge adliye mahkemesinin bu konuda vereceği karar ise kesindir (m. 320). Mühlet karar ile birlikte sonuç doğurmaya başlar. Mühlet en çok altı ay için verilir; fakat talep üzerine mahkemece dört ayı geçmemek üzere uzatılabilir (m. 327). Ancak bu ek sürenin de Cumhurbaşkanlığı kararında ilan edilen sürenin içine denk gelmesi gerekir<sup>51</sup>.

Düzenlemede alacaklıları koruyacak hususlar da bulunmaktadır. Buna göre mahkeme mühlet kararını vermeden önce veya verirken defter tutulmasını emreder ve alacaklıların haklarını koruma amacıyla diğer bütün tedbirleri alır. İcra mahkemesi mühlet vermekle beraber borçlunun muamelelerine nezaret etmek üzere bir komiser de tayin edebilir (m. 321).

Fevkalade mühletin alacaklılar bakımından etkisi, Kanunun 323'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, mühlet içinde borçluya karşı takip

<sup>50</sup> Ejder Yılmaz, "Olağanüstü Durumlarda Borçlulara Süre Verilmesi ve İcra Takiplerinin Durdurulması", *Makaleler*, 1. Cilt, Yetkin Yayınları 2014, s. 204-205.

<sup>51</sup> Yılmaz, *Olağanüstü Durumlarda*, s. 220

yapılabilir ve bu takiplere hacze veya depo emrine kadar devam edilebilir. Hacedilen ücretler mühlet sırasında da tahsil edilir; mühlet sırasında veya mühletten önce başlatılmış bir takip çerçevesinde aynî teminat kapsamına girdiği takdirde kiralar için de aynı kural geçerlidir. Buna karşılık, rehni paraya çevrilmesi talebi, haciz veya depo emri mühletin verilmesinden önce gerçekleşmiş olsa bile, satış yapılamaz veya iflâsa karar verilemez. Kanununun 106, 150/e, 156, 206, 278, 279 ve 280'inci maddelerinde öngörülen süreler, mühlet süresince uzatılır. Aynı kural, aynî teminatlarda, taşınmaz rehni ile temin edilmiş alacakların faizleri için de geçerlidir.

Fevkalade mühlet ile borçlunun tasarruf yetkisi sona ermez<sup>52</sup>. Ancak mühletin devamınca, alacaklıların kanuni menfaatlerine dokunacak yahut alacaklılardan bir kısmını diğerlerinin zararına olarak tercih suretiyle işlem yapılması yasaklanmıştır. İcra mahkemesi fevkalade mühleti verirken komiserin, yoksa bizzat icra mahkemesinin muvafakati olmaksızın borçlunun taşınmazlarını temlik yahut bunlar üzerinde aynı haklar tesis, rehinler ihdas, ivazsız tasarruflar icra edemeyeceğine ve fevkalade mühletten evvel doğmuş borçlara karşı ödemeler yapamayacağına ve kefalet edemeyeceğine ve ederse hükümsüz olacağına da karar verebilir.

Mühlet kararı süre sonunda kendiliğinden sona erer veya 328'nci maddedeki hallerin varlığı halinde mahkemece kaldırılabilir. Buna göre mahkeme, borçlu tayin olunan taksitleri vaktinde ödemezse veya komiserin talimatı hilafına hareket eder ve alacaklıların kanuni menfaatlerini ihlal yahut bazılarını diğerlerinin zararına olarak hareket ederse ya da alacaklılardan biri, borçlunun icra mahkemesine verdiği bilgilerin gereceğe aykırı olduğunu yahut borçlunun bütün taahhütlerini ifaya muktedir olduğunu ispat ederse alacaklılardan birinin veya komiserin talebi ile mühleti kaldırabilir.

Fevkalade mühlet düzenlemesi bir bütün olarak incelendiğinde, konkordato mühletine son derece benzediği görülmektedir<sup>53</sup>. Düzenleme salt olarak borçluyu korumaktan ziyade, borçluya çok önemli yükümlülükler yükleyerek alacaklıların korunmasını da sağlama amacını taşımaktadır. Düzenleme ile ayrıca borçluya sadece bir mühlet tanınmamakta, aynı zamanda borçlunun borcunu yerine getirmesi amacına yönelik adımlar da atılabilmektedir. Bu haliyle fevkalade mühlet aynı zamanda bir borç tasfiyesi aracı da olabilmektedir.

<sup>52</sup> Yılmaz, *Olağanüstü Durumlarda*, s. 214; Gündoğan, s. 20.

<sup>53</sup> Aynı yönde Kuru, s. 1579.



Fevkalade mühletin, konumuzu oluşturan soluklanma mühleti ve ruh sağlığı krizi moratoryumu ile kıyaslandığında, bu kurumlardan büyük ölçüde farklılık gösterdiği görülmektedir. Fevkalade mühlet hem objektif hem sübjektif Şart içerir. Sübjektif Şart çerçevesinde borçlunun borcu deyeme durumda olması aranırken; Kanunun 317'nci maddesi uyarınca ekonomik buhran veya afet gibi objektif bir Şartın da gerçekleşmiş olması gerekir. Fevkalade mühlet, alacaklılar bakımından bir yasak da getirmemektedir. Alacaklının takip yapmasına veya dava açmasına bir engel yoktur. Hatta diğer talik hallerinden farklı olarak takibe de bir ölçüde devam edilir. Fevkalade mühlet kararı konkordato mühletinde olduğu gibi mahkeme tarafından verilir. Konkordato mühletinden temel fark, burada henüz bir projenin olmamasıdır. Ancak borçlu dilerse fevkalade mühlet içinde bir konkordato projesi de sunabilir (m. 329). Son olarak süre bakımından da farklılık bulunmaktadır. Fevkalade mühlet en çok altı ay için verilir; fakat talep üzerine mahkemece dört ayı geçmemek üzere uzatılabilir. Soluklanma mühleti ise her halükârda 60 gündür; uzatılması da mümkün değildir. Buna karşılık ruh sağlığı moratoryumu ise sabit bir süreye bağlanmamıştır, tedavi süresince ve tedavinin sona ermesini takip eden 30 gün boyunca devam eder.

## SONUÇ

Yukarıda ayrı ayrı ayrı inceleyip kıyasladığımız  kurum özelinde konuyu değerlendirdiğimizde, bu çalışmanın konusunu oluşturan borç erteleme mühleti planını oluşturan standart soluklanma mühleti ve ruh sağlığı krizi moratoryumunun doğrudan bir karşılıklarının hukukumuzda bulunmadığı görülmektedir. Türk icra ve iflas hukuku kapsamında incelediğimiz geçici konkordato mühleti, takibin taliki ve fevkalade mühlet kurumlarının, borçluyu korumak bakımından, İngiliz hukukundaki düzenlemeye kıyasla yetersiz kaldıkları söylenebilir. Borçlunun geçici konkordato mühletinden yararlanabilmesi için, öncelikle bir n proje hazırlaması, Kanunda aranan diğer belgeleri sunması ve belki daha da önemlisi ciddi oranda bir masraf yapması gerekmektedir. Bu masraf, zaten ekonomik anlamda zor durumda olan borçluları daha da zor bir duruma sokmaktadır. Ayrıca borçlunun koruma talep edebilmek için bir n projeyi ve gerekli belgeleri hazırlamak zorunda olması da borçlunun o an içinde bulunduğu sosyo-ekonomik durum bakımından çok zor olabilir. Bu bağlamda soluklanma mühleti, borçlu bakımından çok daha avantajlı görülmektedir. Öncelikle borçlunun yapması gereken herhangi bir masraf veya ödemesi gereken bir harç vs. bulunmaz. Hatta Tüzük ile, borçlanma danışmanının moratoryum için bir ücret talep etmesi de yasaklanmıştır (Tüzük

m. 4). Buna ek olarak borçlunun bu aşamada sunması gereken herhangi bir ön proje vs. de bulunmamaktadır. Zaten soluklanma mühletinin amacı, borçluya danışması, düşünmesi ve kendi durumuna uygun yolu dikkatlice seçebilmesi için bir zaman sağlanmasıdır. Bu anlamda borçlu sahip olduğu 60 günü en iyi şekilde kullanmalı ve sonraki adımlarını planlamalıdır. Özetle soluklanma mühleti, geçici konkordato mühletine kıyasla borçlu bakımından çok daha avantajlı bir yoldur.

Borçluya bu şekilde bir koruma imkânı sağlanırken, elbette borcun diğer tarafı olan alacaklının da hesaba katılması gerekmektedir. Soluklanma mühletinden yararlanma borçlu için ne kadar kolaysa, bu durum alacaklının haklarına da hanel getirecektir. Ancak unutulmamalıdır ki sosyal bir hukuk devletinde, kişilerin insan onurunu korumak da Devletin görevleri arasındadır. İnsan onuru ile yaşama hakkı, kişilerin doğuştan var olan vazgeçilmez ve dokunulamaz temel haklarından bir tanesidir<sup>54</sup>. Bu hak Anayasamızın Başlangıç kısmında da açıkça ifade edilmiştir. Devlet elbette hak arama hürriyeti çerçevesinde alacaklıların haklarını korumak ve yerine getirmek zorundadır; ancak bunu yaparken borçlunun insan onuru ile yaşama hakkını da ihlal etmemelidir<sup>55</sup>. Bu bağlamda, onurlu yaşama hakkı ve hak arama hürriyeti arasındaki denge de çok iyi sağlanmalıdır. Soluklanma mühletine benzeyen bir prosedürün Türk hukukuna dahil edilmesi halinde, bunun suiistimali tehlikesi de göz ardı edilmemelidir. Öncelikle hukukumuzda borçlanma danışmanlığı benzeri bir kurum olmadığına göre, bu mühletin hangi merci tarafında verileceği de bir soru işareti doğurmaktadır. Bu merci konkordato mühletindeki gibi mahkeme mi yoksa takip taliklerinde olduğu gibi icra dairesi mi olmalıdır? Zira her iki merciin seçilmesinin de kendine göre avantajları ve dezavantajları olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, İngiliz hukukunda sürecin karar mekanizmasının borçlanma danışmanı olması da tesadüfi değildir. Bu sayede, moratoryumdan yararlanan borçlunun, bu süre içerisinde finansal danışmanlık hizmeti alması da böylece garanti altına alınmış olmaktadır. Türk hukukunda benzer bir prosedürün benimsenip yetkinin icra dairesine veya icra mahkemesine verilmesi halinde, istenen bu sonucun oluşamayacağı gözden kaçmamalıdır.

Yukarıda Türk hukukuna ait olarak incelediğimiz üç kurumdan yalnızca geçici mühlet tüm borçlular bakımından işletilebilecek bir yoldur. Tatil taliki ve

<sup>54</sup> Çiftçi, s. 98-99.

<sup>55</sup> Özkes, s. 111-112.

fevkalade mühlet yolları ise, spesifik bazı durumlar için Kanunun öngördüğü imkanlardır. Bu sebeple borçluların bu imkanlardan yararlanması çoğu zaman mümkün olmaz. Bu bağlamda borçlarını ödeyemeyecek durumda ve ciddi bir sıkıntı içerisinde olan borçlulara, soluklanma mühleti gibi bir yoldan yararlanma imkanının sınırlı da olsa sağlanması, insan onuru ile yaşama hakkı da göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce yerinde olacaktır. Bu çerçevede belki yeni bir kurum ihdas edilmesi yerine konkordato kurumunda bir değişiklik yapıp, geçici mühlet alma şartlarının yumuşatılması uygun bir ilk adım olabilir. Buna göre borçlu, henüz bir ön proje hazırlamadan da asgari bir masraf ile mahkemeye veya (icra dairesine) başvurup, kısa da olsa bir soluklanma mühletinden yararlandırılabilir.

Yine doğrudan insan onuru ile yaşama hakkı ile ilgili olan ruh sağlığı krizi moratoryumu bakımından ise, Kanunun talik hallerini düzenleyen hükümlerinde bir değişiklik yapıp, ağır hastalık halinin kapsamı genişletilebilir. Böyle bir genişletme yapılsa da yapılsa da tedavinin sona ermesini müteakip sabit veya icra müdürünün belirleyeceği bir talik süresinin sağlanması kanaatimizce son derece yerinde olacaktır. Zira ağır hastalıktan kalkan bir kimsenin derhal icra takip işlemlerine maruz bırakılması da insanlık onuru ile yaşama hakkı bakımından sorgulanması gereken bir durumdur.

## KAYNAKÇA

- Albayrak H, *İflas Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayınevi, 2020.
- Angas W / Hope G / Hunter A, “UK: Debt Respite Scheme Regulations 2020 – More Protection For Individual Debtors”, *Mondaq*, 07 June 2021, <<https://www.mondaq.com/uk/insolvencybankruptcy/1076928/debt-respite-scheme-regulations-2020>>, Erişim Tarihi 20 Ekim 2023.
- Arslan A S, “Borçlunun Ağır Hastalığı Halinde İcra Takibinin Taliki”, *Ankara Barosu Dergisi*, 77(1), 2019, s. 1-23.
- Arslan A S, *İcra Takip İşlemleri*, Yetkin Yayınevi, 2018.
- Arslan R / Yılmaz E / Taşpınar- Ayvaz S / Hanağası E, *İcra ve İflas Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2023.
- Aşık İ / Oruç Y / Tok O / Saçar Ö F, *İcra ve İflas Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Atalı M / Erdoğan E, “COVID-19 Salgınının İcra ve İflâs Hukuku Alanına Etkileri”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78(2), 2020, s. 395-416.
- Atalı M / Ermenek İ / Erdoğan E, *İcra ve İflas Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2023.
- Ayer J D / Bernstein M / Friedland J, “Chapter 11- An Overview of the Automatic Stay”, *ABI Journal*, 22(10), 2004.
- Boran N, *İcra Takibinin İptali ve Taliki*, Güncel Yayınevi, 2006.
- Conway L, *Debt Relief Orders*, House of Commons Library 2022.
- Conway L, *Debt Respite Scheme - a breathing space for those in debt*, House of Commons Library 2021.
- Çiftçi P, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi, 2010.
- Ermenek İ, “Borca Batıklık Nedenine Dayalı Konkordatoda Geçici Mühletin Kaldırılması”, *Adalet Dergisi*, 64, 2020, s. 507-530.
- Görgün Ş / Börü L / Kodakoğlu M, *İcra ve İflas Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2022.
- Gündoğan A, *Covid-19 ve Mücbir Sebepler Kapsamında Fevkalade Hallerde*

*Mühlet ve Tatil*, Aristo Yayınevi, 2020.

Hindon E / Dixon S, “The Debt Respite Scheme and the impact on Landlords”, <<https://www.ashfords.co.uk/insights/articles/the-debt-respice-scheme-and-the-impact-on-landlords>> Erişim Tarihi 24 Ekim 2023.

Işık S, “Concordat Procedure as a Way to Escape Bankruptcy and the Evaluation of the Temporary Respite Decision Following the Amendment to the Law no. 7101: Current Developments and Experiences in Turkey”, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 70, 2021, s. 147-194.

Kartal B, *Konkordato Mühleti Verilmesinin Sürekli Borç İlişkilerine Etkisi*, Adalet Yayınevi, 2022.

Kerry S, “UK: The Debt Respite Scheme, Interim Awards Of Costs And Debarring Orders”, *Mondaq*, 15 November 2021, <<https://www.mondaq.com/uk/trials-appeals-compensation/1119586/the-debt-respice-scheme-interim-awards-of-costs-and-debarring-orders>>, Erişim Tarihi 15 Ekim 2023.

Köksoy M, *Adi Konkordatoda Geçici Mühlet Kararının Etkileri*, Adalet Yayınevi, 2022.

Kurt Konca N, “2279 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ve 7226 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Koronavirüs Pandemisinin İcra ve İflâs Hukukuna Etkileri”, *Adalet Dergisi*, 64, 2020, s. 87-123.

Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2013.

Ovenell M, “UK: Uptake On Debt Respite Scheme Continues To Grow”, *Mondaq*, 16 February 2023, <<https://www.mondaq.com/uk/financial-services/1283704/uptake-on-debt-respice-scheme-continues-to-grow>>, Erişim Tarihi 15 Ekim 2023.

Özekes M, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, 2009.

Öztek S / Budak A C / Tunç Yücel M / Kale S / Yeşilova B, *Yeni Konkordato Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2023.

Pekcanitez H / Atalay O / Sungurtekin Özkan M / Özekes M, *İcra ve İflas Hukuku*, 11. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2013.

Roome J / Bannister T / Simmonds T / Pflueger T, “Restructuring and insolvency in the UK (England & Wales): Overview”, <<https://uk.practicallaw>>

thomsonreuters.com/> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

Sarısözen S, *Konkordato*, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2021.

Şahin Ç S, *Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları*, On İki Levha Yayınları, 2020.

Taşpınar Ayvaz S, *İcra-İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma*, Yetkin Yayınevi, 2005.

Tunç Yücel M, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Uluc I / Sutton K R / Yavasi M, “Bankruptcy in Turkey: a Comparative Study of Turkey’s Adjourment of Bankruptcy and the United States’ Chapter 11 Reorganization”, *University Of Bologna Law Review*, 3(1), 2018, s. 64-122.

Weir S / Fair A, “UK: Debt Respite Scheme: New Moratoria For Debtors From May 2021”, *Mondaq*, 26 February 2021, <<https://www.mondaq.com/uk/financial-services/1040476/debt-respite-scheme-new-moratori-for-deb...>>, Erişim Tarihi 15 Ekim 2023.

Yazar Belirtilmemiş, *Debt respite scheme (breathing space): Guidance on mental health crisis breathing space*, HM Treasury, 2023.

Yeşilova B, *Modern İflas Hukukunun Gereklilikleri ve Temel Haklar Çerçevesinde Susturma Hakkı / Engelleme Yasağı*, Adalet Yayınevi, 2015.

Yılmaz E, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınevi, 2016.

Yılmaz E, “Olağanüstü Durumlarda Borçlulara Süre Verilmesi ve İcra Takiplerinin Durdurulması”, *Makaleler*, 1. Cilt, Yetkin Yayınevi, 2014, s. 201-232.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

ÇEKİN ZAYİ OLMASI DURUMUNDA DÜZENLEYENİN İPTAL  
DAVASI AÇMA HAKKINA SAHİP OLMADIĞINA İLİŞKİN  
BİR DEĞERLENDİRME

AN EVALUATION ON WHETHER THE DRAWER HAS THE RIGHT TO  
ACTION FOR ANNULMENT IN THE EVENT OF LOSS OF A CHEQUE

Muhammet Emin BİNGÖL\*  

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1305198](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1305198) 

Çekin zayi olması hâlinde düzenleyen tarafından iptal davası açılıp açılmayacağına ilişkin olan bu makalede, öncelikli olarak düzenleyenin iptal davası açıp açamayacağı hususunda doktrindeki görüşlere ve Yargıtay içtihatlarına yer verilmiştir. Buna ek olarak konuya ilişkin mukayeseli hukuktaki görüşlere de değinilmiştir. Meseleye dair hem düzenleyenin iptal davası açabileceğine hem de hem düzenleyenin iptal davası açamayacağına ilişkin görüşlerin eleştiriye açık yanlarının bulunduğu değerlendirildikten sonra, konu meri mevzuat bakımından ele alınmış ve düzenleyenin iptal davası açmasına olanak veren pozitif düzenlemelerin var olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Dolayısıyla Yargıtay'ın aksi yöndeki içtihatlarının yerinde olmadığı değerlendirilmiştir. Bununla birlikte düzenleyen bakımından hukukî belirliliğin sağlanması adına TTK'nın 651. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "senet üzerindeki hak sahibi" ifadesinin, poliçeye ilişkin hükümlere uygun bir şekilde değiştirilmesi ya da poliçenin ilgili hükümlerinde düzenleyenin de iptal davası açabileceğinin açık bir şekilde düzenlenmesinin yararlı olacağı sonucuna varılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Kıymetli evrak, Çek, İptal davası, Düzenleyen, Zayi olma.

\* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/İSTANBUL, e-posta: mebingol@medipol.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7176-636X, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1305198

- Atf Şekli | **Cite As:** Bingöl M. E, "Çekin Zayi Olması Durumunda Düzenleyenin İptal Davası Açma Hakkına Sahip Olup Olmadığına İlişkin Bir Değerlendirme", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s.73-100
- İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



### **ABSTRACT**

*In this article on whether the drawer may file an action for annulment in the event of the loss of a cheque, the approaches in the doctrine and the decisions of the Court of Cassation regarding the drawer's filing of an action for annulment are primarily included. In addition, the views on the subject in comparative law are also mentioned. After evaluating that the opinions on both sides of the issue are open to criticism, the issue is analyzed in terms of the existing law, and as a result, it is concluded that there are positive regulations for the drawer to file an action for annulment under the existing law. Therefore, the Court of Cassation's jurisprudence to the contrary is considered to be inappropriate. On the other hand, in order to ensure legal certainty for the drawer, it is considered that it would be beneficial to change the expression "holder of the right on the bill" in paragraph 2 of Article 651 of the TCC in accordance with the provisions regarding the bill, or to explicitly regulate in the relevant provisions of the bill that the drawer may also file an action for annulment.*

**Keywords:** *Negotiable instruments, Cheque, Action for annulment, Drawer, Loss of cheque.*

### **EXTENDED ABSTRACT**

*This study explores whether the drawer can initiate an action for annulment when the cheque is lost while in the drawer's possession. Throughout this research, opinions from both comparative law and Turkish law have been considered, and evaluations have been conducted regarding the relevant viewpoints. It should be noted that the question of whether the drawer can bring an action for annulment is not limited to cheques.*

*Cheques can be lost in various ways. However, the concept of forfeiture is generally defined as the loss of the opportunity to present the cheque, such as theft, loss or tearing, or the difficulty/impossibility of determining the right to the cheque despite its physical existence. Therefore, the circumstances that may lead to a loss may occur while the cheque is in the hands of the bearer or the beneficiary, as well as while the cheque is still in the hands of the drawer.*

*In addition, the discussions on the right of the drawer to bring an action for cancellation and other rights are only relevant in the case of relative loss in the sense of the absolute/relative loss classification made in the doctrine. In instances of absolute loss, where the possibility of the cheque being used by someone else disappears, the drawer has the option to issue a new cheque. Therefore, in principle, the drawer has no interest in requesting the cancellation of the cheque or other remedies provided for in the TCC. Conversely, in situations where circumstances like theft or loss may lead to the cheque being used by someone else, the drawer still has interests to protect.*

*It's crucial to note that the Court of Cassation's reasoning, stating that the drawer cannot bring an action for annulment, is insufficient. Similarly, if the cheque is lost in*



*the hands of the drawer, possibilities other than the action for annulment, as set forth by the decisions of the Court of Cassation, do not protect the drawer as effectively.*

*Both the approach that the drawer can bring an action for annulment and the approach that the drawer cannot bring an action for annulment are theoretically open to criticism. In this sense, the justifications for the view that an action for annulment can be brought on the grounds that the drawer is the holder of the will that gives existence to the cheque and that the drawer can be qualified as a “right holder” are not adequate. Again, the conclusion reached by the view that an action for annulment can be brought and the method used to reach this conclusion are unclear.*

*Within the existing legal framework, the drawer should be able to bring an action for annulment. This is because Articles 757 and 759 of the TCC indirectly mention possession. In this context, the reference to Article 818 of the TCC suggests that the legislator deliberately wanted to deviate from the principles laid down in the general provisions on the policy and the check. As a result of this interpretation, paragraph 2 of Article 651 of the TCC, which is a general provision regulating another matter, does not apply to cheques, and the persons entitled to bring an action for annulment are determined in accordance with Articles 757 and 759 of the TCC. Therefore, the drawer may also file an action for annulment. Moreover, even if the above explanation is not accepted for a moment, i.e. even if it is accepted that Article 651 of the TCC is also applicable to cheques de lege lata, the relevant provision should be interpreted according to its purpose, by reading it together with the provisions on the bill of exchange, and it should be accepted that it is sufficient to be in possession of the bill of exchange in order to file an action for annulment. This is because the wording of the relevant provisions on who can bring an action for annulment is not parallel, which indicates that there is a problem of interpretation. Therefore, in this case, the regulatory authority may also bring an action for annulment. In this context, the established jurisprudence of the Court of Cassation, according to which the drawer cannot bring an action for annulment, is not appropriate. In addition, in order to ensure legal certainty for the drawer, the expression “the holder of the right on the promissory note” in paragraph 2 of Article 651 of the TCC should be amended in accordance with the provisions on the policy, or it should be clearly regulated in the relevant provisions of the draft law that the drawer may also file an action for annulment.*

*If a cheque is lost by the drawer against his consent, there is an appearance created by the drawer and therefore the cheque acquires the status of a negotiable instrument within the meaning of the TCC. Therefore, the lost cheque should be subject to cancellation under the provisions relating to negotiable instruments.*

## GİRİŞ

Çek, teknoloji ile birlikte gelişen çeşitli ödeme araçlarına rağmen uygulamada hâlâ yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Bu çerçevede çekin henüz düzenleyenin elinde iken zayi olması durumunda düzenleyenin sahip olduğu imkânlar gibi çeki ilişkin birtakım sorunlar da güncelliğini korumaya devam etmektedir. Çekin zayi olması sebebiyle hak sahiplerinin başvurabileceği yollar konusunda Türk Ticaret Kanunu (“TTK”)’nda düzenlemeler yer alsa da ilgili düzenlemelerin bazılarının uygulamada yer alan ihtiyaçları karşılamaya yetip yetmediği hususunda farklı değerlendirmeler bulunmaktadır.

Bu çalışmada da çekin düzenleyenin elinde iken zayi olması durumunda, düzenleyen tarafından iptal davası açılıp açılmayacağı hususu incelenecektir. İlgili inceleme yapılırken hem mukayeseli hukuktaki hem de Türk hukukundaki görüşlere yer verildikten sonra, ilgili görüşlere ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır. Belirtilmelidir ki düzenleyen tarafından iptal davası açılıp açılmayacağı sorunu, salt çeklerle ilgili değildir. Benzer bir durum, bono (hatta poliçe) bakımından da söz konusudur. Dolayısıyla bu çalışmada çeki düzenleyenin iptal davası açıp açamayacağına ilişkin açıklamalar, bononun düzenleyeni bakımından da geçerlidir.

## I. ÇEKİN DÜZENLEYENİN ELİNDE İKEN ZAYİ OLMASI

Çekin zayi olması farklı şekillerde ortaya çıkabilmekle birlikte, zıya kavramı çoğunlukla, senedin çalınma, kaybolma, yırtılma gibi ibrazı imkânının ortadan kalkması ya da fiziki varlığına rağmen üzerindeki hakkın saptanmasının zorlaşması/imkânsız hâle gelmesi şeklinde tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Dolayısıyla zıya sebep olabilecek hâller çek hamilin ya da lehtarın elinde iken meydana gelebileceği gibi çek henüz daha düzenleyenin elinde iken<sup>2</sup> de ortaya

<sup>1</sup> İlgili tanıma ilişkin olarak bkz. Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku III, Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, 1970, 350-351; Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. IV*, Temel Yayınları, 1990, s. 40; Hanife Öztürk (Dirikkan), *Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali*, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1990, s. 8; Fahiman Tekil, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, 1994, s. 65 vd.; Hüseyin Ülgen/ Mehmet Helvacı/ Arslan Kaya/ N. Füsün Nomer-Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 56; İsmail Kırca (Abuzer Kendigelen), *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021, Nr. 134; Mehmet Bahtiyar/ Nihat Taşdelen/ Levent Biçer/ Esra Hamamcıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Beta Basım, 2022, s. 36; Mehmet Özdamar/ Kürşat Göktürk/ Mehmet Çelebi Can/ Esra Kaşak, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 74.

<sup>2</sup> Senedin henüz düzenleyenin elinde iken kambiyo senedi vasfını haiz olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. aşa. III, C, 2, d.

çıkabilir<sup>3</sup>. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki düzenleyenin elinde iken çekin zayi olmasından bahis için, senedin çekin zorunlu şekil şartlarını ihtiva etmesi veya en azından açık (unsurları tam olmayan) senet bakımından zorunlu olan<sup>4</sup> imzayı taşıyor olması gerekmektedir. Bu yüzden henüz düzenleyenin imzasının yer almadığı ve “boş çek koçanı” olarak nitelendirilen senetlerin zayi olması durumuna ilişkin olarak herhangi bir açıklama yapılmayacaktır<sup>5</sup>.

Düzenleyenin iptal davası açabilmesine ve diğer haklarına ilişkin tartışmaların doktrinde yapılan mutlak/nispi zıya tasnifi açısından yalnızca nispi zıya hâlinde anlamlı olduğunu ifade etmek gerekmektedir<sup>6</sup>. Zira mutlak zıya olarak nitelendirilen hâlde, çekin başkası tarafından kullanılma imkânı ortadan kalkmaktadır ve düzenleyen, yeni bir çek düzenlemek imkânına sahiptir. Dolayısıyla çekin iptalini istemekte ya da diğer hukukî imkânlarla başvurmakta kural olarak herhangi bir menfaati bulunmamaktadır. Buna karşılık çalınma, kaybolma gibi hâller sonucunda çekin bir başkası tarafından kullanılmasının mümkün olduğu durumlarda düzenleyenin hâlâ korunması

<sup>3</sup> İfade etmek gerekir ki senedin lehtar yahut hamilin elindeyken zayi olması durumunda ortaya bir zarar çıkmışsa ilgili zarara kural olarak düzenleyen katlanmaz. Benzer yönde bkz. Zeynep Özbay-Özdoğru, “Çekin Zayi Olması Durumunda Düzenleyenin Hukuki İmkanları”, Abuzer Kendigelen/ Saadet Yüksel (Ed.), *Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 803, 807.

<sup>4</sup> Bir kambyo senedinin açık senet olarak kabul edilmesi için asgari olan unsur(lar) bakımından doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bir görüş belirttiğimiz üzere salt düzenleyenin imzasını yeterli bulur iken (bkz. Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, Turhan Yayınları, 1997, s. 502; Reha Poroy/ Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 170; Kendigelen (Kendigelen / Kırca), Nr. 378. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, T. 16.4.2018, E. 2016/10869, K. 2018/2782, Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2023.) diğer görüşe göre, düzenleyenin imzasına ek olarak senedin nev'ine ilişkin (çalışma bakımından “çek”) ifadenin de yer alması gerekmektedir. Bu yönde bkz. Reha Poroy, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 11. Baskı, Beta Basım, 1986, s. 139.

<sup>5</sup> Bu arada belirtmek gerekir ki Yargıtay boş çek koçanın zayi olması durumunda iptalinin talep edilemeyeceğini kabul etmektedir. (Örnek olması bakımından bkz. Yargıtay 11 HD, E 2016/10022, K 2018/2952, 24.4.2018; Yargıtay 11. HD, T. 24.4.2018, E. 2016/9861, K. 2018/3112, Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2023). Yine doktrinde bir görüşe göre, henüz senet içerisinde herhangi bir hakkın yer almaması nedeniyle boş çek koçanının iptali talep edilemez. (Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku*, 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 332, dn. 316; Ali Bozer/ Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 8. Baskı, Bankacılık Enstitüsü Yayınları 2018), s. 480; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 487). Buna karşılık boş çek koçanının da iptal davasına konu edilebileceğine ilişkin olarak bkz. ve karşı. Poroy / Tekinalp, s. 413; Caner Gürühan, *Çekin Zayi Olması ve İptali*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s. 71.

<sup>6</sup> İlgili tasnif için bkz. Öztan, s. 269; Öztürk (Dirikkan), s. 8 vd.; Naci Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Baskı, Nobel Yayıncılık, 1999, s. 56.

gereken menfaatleri bulunmaktadır<sup>7</sup>. Bu yüzden de bu çalışmada yapılan açıklamalar, çekin düzenleyenin elinde iken ve fakat bir başkası tarafından kullanılmasının mümkün olduğu durumlara özgülenmiştir. Yine yapılacak olan değerlendirmeler, özünde senedin düzenleyen tarafından henüz tedavüle çıkarılmasından önce zayi olmasına yöneliktir. Zira kural olarak senedin tedavüle çıkmasından sonra lehtar ya da hamilin elinde iken zayi olması durumunda, düzenleyenin iptal davası açamayacağı açıktır.

## II. ÇEKİN DÜZENLEYENİN ELİNDE İKEN ZAYİ OLMASI DURUMUNDA DÜZENLEYENİN SAHİP OLDUĞU HAKLAR

Çek henüz düzenleyenin elinde iken zayi olmuşsa (yukarıda ifade edildiği üzere<sup>8</sup> nispi zıya hâli), düzenleyenin birtakım haklara sahip olduğu doktrinde ifade edilmektedir<sup>9</sup>. Bu kapsamda ilk akla gelebilecek imkânın çekten cayma olduğu belirtilmektedir<sup>10</sup>. Hatta Yargıtay tarafından verilen bir kararda rızası dışında çek elinden çıkan düzenleyenin, çekten cayarak ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçebileceği ifade edilmektedir<sup>11</sup>. Bununla birlikte doktrinde haklı olarak Yargıtayın bu yaklaşımı eleştirilmiş ve çekin düzenleyenin elinden rıza dışında çıkmış olması durumunda çekten caymanın yeterli bir koruma sağlamadığı ifade edilmiştir<sup>12</sup>. Zira çekten cayma, ancak ibraz süresi geçtikten sonra etki doğurur ve çekten cayma beyanının hukukî sonuçlarını doğurması, ibraz süresi içerisinde çekin ibraz edilmemiş olmasına bağlıdır. Dolayısıyla ibraz süresi içerisinde çekin muhatap bankaya ibraz edilmiş olması hâlinde, çekten cayma imkânının senet elinden rızası dışında çıkan düzenleyen bakımından herhangi bir koruma sağladığından bahsedilemez.

Çekin rızası dışında elinden çıkması durumunda düzenleyenin sahip olabileceği bir diğer imkân olarak, düzenleyen tarafından muhatap bankaya

<sup>7</sup> Düzenleyen bakımından en büyük zarar tehlikesinin çeki ele geçirenin muhatap bankadan çek bedelini tahsil etmesi olduğu yönünde bkz. Celal Göle, *Çek Hukuku*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1989, s. 221; Özbay-Özdoğru, s. 807.

<sup>8</sup> Bkz. yuk. I. *ÇEKİN DÜZENLEYENİN ELİNDE İKEN ZAYİ OLMASI*.

<sup>9</sup> Özbay-Özdoğru, s. 808.

<sup>10</sup> Özbay-Özdoğru, s. 808.

<sup>11</sup> Yargıtay 11. HD, T. 14.2.2014, E. 2013/12591, K. 2014/2620; ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, T. 23.6.2014, E. 2014/6252 K. 2014/11909. (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 23 Ocak 2023).

<sup>12</sup> Caner Gürühan, “Çekin Zayi Olması Nedeniyle Keşidecinin İptal Davası Açma Hakkına Sahip Olup Olmadığına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 30(4), 2014, 283, 303; Özbay-Özdoğru, s. 808 vd.

yapılacak bir ihbar gösterilmektedir<sup>13</sup>. TTK'nın 812. maddesi; “[s]ahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur; meğerki, senette düzenleyen olarak gösterilen kişiye, kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun yüklenmesi mümkün olsun” şeklindedir. Doktrinde ifade edildiği üzere, ilgili maddede belirtilen sahtelik, düzenleyene isnat edilen imzanın ona veya temsilcisine ait olmaması anlamına gelir<sup>14</sup>. Zira TTK'nın 801. maddesinde muhatapın ciro zincirinde yer alan imzaların sıhhatini araştırmak yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu yüzden TTK'nın 812. maddesinde bahsedilen sahte çekten yalnızca düzenleyenin imzasının sahte olması durumunda bahsedilebilir<sup>15</sup>. Bu kapsamda çekin düzenleyenin elindeyken zayi olması durumunda, muhataba yapılacak bir ihbarın düzenleyeni koruması, yalnızca düzenleyenin imzasının eksik olduğu çekler bakımından gündeme gelebilir. Çünkü sadece bu durumda düzenleyen muhatap bankaya bildirimde bulunarak muhatap bankanın ödemeyi yapmasını engelleyebilir<sup>16</sup>. Diğer hâlde yani düzenleyenin imzasını atmış olduğu bir çekin zayi olması durumunda, yapılacak bir bildirimle muhatapın hamile ödeme yapmasının engellenmesi ise mümkün değildir. Daha önce de belirtildiği üzere bu sefer muhatapın, lehtarın ya da cirantaların imzalarının sıhhatini incelemek yükümlülüğü bulunmadığı için, şekli olarak ciro zincirinin hukuka uygun olup olmadığını inceledikten sonra senedi ibraz eden kişiye ödeme yapması gerekmektedir. Görüleceği üzere doktrinde ifade edilen bu imkânın da düzenleyene yeterli bir koruma sağladığından bahis mümkün değildir<sup>17</sup>.

Çekin düzenleyenin elinde iken zayi olması durumunda doktrinde ifade edilen son imkân menfi tespit davasıdır. Menfi tespit davası İcra İflas Kanunu (“İİK”)’nin 72. maddesinde düzenlenmiştir ve ilgili hüküm; “*b]orçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını isbat için menfi*

<sup>13</sup> Özbay-Özdoğru, s. 809. Nitekim Yargıtay 11. HD'nin, T. 14.2.2014, E. 2013/12591, K. 2014/2620 sayılı kararı; “...keşidecinin bu davayı açamayacağı, rızası hilafına elinden çıkmış ya da kaybolmuşsa TTK'nın 779. maddesine göre ibraz süresinden sonra cayma hakkını kullanarak çekten cayabileceği gibi, aynı Kanun'un 812. maddesine göre keşidecinin çek defterini iyi saklamamış olmasından doğan kusuru hariç sahte ve tahrif edilmiş çeki ödemekten doğan zarar kural olarak muhataba ait olduğundan ihbarda bulunarak muhatap tarafından bu hususta gerekli önlemlerin alınmasını isteyebileceği...” şeklindedir. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 24 Mayıs 2023.

<sup>14</sup> Kendigelen (Kendigelen / Kırcı), Nr. 739.

<sup>15</sup> Kendigelen (Kendigelen / Kırcı), Nr. 739.

<sup>16</sup> Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 303; Özbay-Özdoğru, s. 809.

<sup>17</sup> Benzer yönde bkz. Özbay-Özdoğru, s. 809.

*tesbit davası açabilir*” şeklindedir. Yargıtay, çekin düzenleyenin elinde iken zayi olması ve maddi olarak hak sahibi olmayan bir kişi tarafından muhatap bankaya ibraz edilmesi durumunda, menfi tespit davası açılabileceğini kabul etmektedir<sup>18</sup>. Tespit davasının konusunu en temelde düzenleyenin senedi ibraz eden kişiye karşı herhangi bir borcunun olmaması oluşturur. Ancak doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, menfi tespit davasının gündeme gelmesi için, çekin kimin elinde olduğunun bilinmesi veya bankaya ibrazı sonucunda ortaya çıkması gerekmektedir<sup>19</sup>. Bu yüzden düzenleyen ilgili kişinin ortaya çıkacağı süre boyunca -özellikle ileri tarihli çek bakımından-belirsizlik içinde kalabileceği gibi fazla miktarda yargılama masrafı ödemesi gündeme gelebilecek ve çekişmeli olarak görülecek yargılama da çok uzun sürebilecektir<sup>20</sup>. Bu sebeplerle ilgili yolun da düzenleyen bakımından yeterli ve etkin bir koruma sağlamadığı belirtilmektedir<sup>21</sup>. Kaldı ki menfi tespit davasının genel bir dava tipi olduğu ve kıymetli evrakın niteliğinin de dikkate alınması suretiyle özel bir başvuru yolunun öngörülmesi gerektiğine işaret edilmektedir<sup>22</sup>. Yine bunlara ek olarak ibraz sürelerinin kısalığı sebebiyle ibraz süresi içerisinde hamile karşı açılacak bir menfi tespit davasının da düzenleyeni ne kadar koruduğu belirsizdir. Zira senedi elinde bulunduran kimse, senet bedelini muhatap bankadan tahsil ettikten sonra, düzenleyenin borçlu olmadığı mahkeme kararı ile kesinleşse bile düzenleyenin tekrardan ilgili bedel için takip ya da dava yoluna başvurması gerekeceği aşikârdır. Bu gibi durumlarda da söz konusu bedelin tahsil kabiliyetinin var olup olmadığı ise her zaman büyük bir sorun teşkil etmektedir.

### III. ÇEKİN ZAYİ OLMASI SEBEBİYLE DÜZENLEYENİN İPTAL DAVASI AÇIP AÇAMAYACAĞI MESELESİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

<sup>18</sup> “...çek iptalini isteme hakkının sadece hamile ait olduğu, böyle bir iddiaya sahip kişidecinin, elinden rızası hilafına çıkan, bir başka anlatımla imzasını içeren ve fakat kaybettiği çekin bedelinin kendisinden istenmesi halinde borçlu olmadığı tespit yönünde dava açma olanağına sahip bulunduğu, ele geçirenlerce imzalanıp doldurulması sonrasında, çeki dayalı hak iddia edene karşı menfi tespit davası açılabileceği, bu sebeple boş çek yaprağına dayanarak talepte bulunmakta hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine...” Yargıtay 11. HD, T. 16.01.2018, E. 2016/6741 K. 2018/316. Yine benzer şekilde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 7.10.2015, E. 2015/9978, K. 2015/10109.; Yargıtay 11. HD, T. 14.2.2014, E. 2013/12591, K. 2014/2620 sayılı kararları (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2023).

<sup>19</sup> Gürühan, *Çekin Zayi Olması*, s. 22-23; Özbay-Özdoğru, s. 810.

<sup>20</sup> Özbay-Özdoğru, s. 810.

<sup>21</sup> Gürühan, *Çekin Zayi Olması*, s. 22-23.

<sup>22</sup> Özbay-Özdoğru, s. 810.

Düzenleyenin iptal davası açıp açamayacağı hususu doktrinde tartışılmakta ve bu anlamda her iki yönde de görüşler bulunmaktadır. Bu çalışma kapsamında ilk olarak mukayeseli hukukta benzer tartışmaların yapılıp yapılmadığına ve yapıldıysa ilgili görüşlere değinildikten sonra Türk hukukundaki görüşlere yer verilecek ve ardından söz konusu görüşlere dair değerlendirmeler yapılacaktır.

## A. MUKAYESELİ HUKUKTAKİ GÖRÜŞLER

Tespit edilebildiği kadarıyla İsviçre hukukunda düzenleyenin iptal davası açıp açamayacağı tartışmasına açık bir şekilde hiç yer verilmemiştir. Bu anlamda kimlerin iptal davası açma hakkına sahibi olacağına ilişkin açıklamalar yapılmış ve Türk hukukundan farklı olarak düzenleyenin iptal davası açıp açamayacağına ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

İsviçre hukukunda bir yazar, iptal davasının amacının senedin kaybı ile birlikte senet üzerindeki hakkın tekrardan kullanılmasının sağlanması olduğunu ve OR Art. 971 Abs. 2'nin iptal davası açma hakkını haiz kişileri belirlediğini ifade etmiştir<sup>23</sup>. Yine İsviçre hukukunda hâkim yaklaşıma göre, iptal davası açma hakkı senet üzerinde gerçekten hak sahibi olan kişilere aittir<sup>24</sup>. Ancak bu görüşü savunan yazarlara göre, sınırlı aynı hakka sahip kişiler de iptal davası açabilir<sup>25</sup>. Zira OR Art. 971 Abs. 2'de senedin maliki ya da senet üzerindeki hakkın maliki yerine “*senet üzerinde hak sahibi*” ifadesi şeklinde daha geniş bir anlama gelebilecek bir ifadenin kullanılması, bu sonuca ulaşılmaya müsaade etmektedir<sup>26</sup>. Bununla birlikte bu görüşe iştirak eden bir yazara göre, OR Art. 1074 Abs. 2'den anlaşılacağı üzere, senedin her hamili iptal davası açabilir<sup>27</sup>. Çünkü OR Art. 1074 Abs. 2'de, iptal davası açan davacının, sadece senedi elde tuttuğunu ya da senedin kaybolduğunu ispat etmesi gerekmektedir<sup>28</sup>. Yine bu görüşe göre, zilyet yardımcısı ve senet

<sup>23</sup> Lelio Vieli, *Die Rechtsfolgen des Checkverlustes nach schweizerischem und nach französischem Recht*, Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co., 1954, s. 206

<sup>24</sup> Vieli, s. 206; Robert Furter, *Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Art. 965-1186 OR*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, Art. 971, Nr. 12. İlgili hükmü yalnızca senedi kaybeden alacaklı şeklinde yorumlayan için bkz. ve karşı. Arthur Meier-Hayoz ve Hans Caspar von der Crone, *Wertpapierrecht*, 3. überarbeitete Auflage, Staempfli Verlag, 2018, Nr. 816.

<sup>25</sup> Meier-Hayoz / von der Crone, Nr. 816.

<sup>26</sup> Vieli, s. 207; BSK-Furter, Art. 971, Nr. 12.

<sup>27</sup> Vieli, s. 207.

<sup>28</sup> Vieli, s. 207. Bu görüş ayrıca Art. 1072 Abs. 1'in iptal davası açmaya hak sahibi olan kişileri belirlemeye ilişkin olmadığı, sadece ödemedi men talep etmeye yetkili olan kişileri belirle-

üzerinde borçlar hukuku anlamında bir hakka sahip kimseler, iptal davası açamaz<sup>29</sup>. Zira salt “korunmaya değer bir menfaatin” bulunması, iptal davası açma hakkının tanınması için yeterli değildir. Aksı bir durumda kimlerin iptal davası açabileceğinin belirlenemez bir hâl alacağı ve iptal davası açma hakkının kötüye kullanılmasının gündeme geleceği ifade edilmiştir<sup>30</sup>. Son olarak, iptal davası için senedi elinde bulundurmanın gerekli ve yeterli olması sebebiyle, hak sahibi olmayan bir kişinin elindeyken senedin kaybolması durumunda, bu kişinin de iptal davası açabileceği ifade edilmiştir<sup>31</sup>. Ancak bu durumda söz konusu kişinin, hak sahipliğini ortaya koyabilecek tek şey olan senedin zilyetliğini de kaybettiği için hak sahipliğini ispat etmesi çok zordur. Senedi kaybeden bu kişi, senedin zilyedi olduğunu ispat etse dahi ilan süreçleri içerisinde gerçek hak sahibinin durumu öğrenme ve kendisine karşı dava açma riskini her zaman üzerinde taşımaktadır<sup>32</sup>. Bu görüşü savunan *Vieli* tarafından her ne kadar açık bir şekilde dile getirilmemiş olsa da yazarın OR Art. 1074 Abs. 2'nin lafzına yönelik yapmış olduğu açıklamalar, ilgili yazarın da düzenleyenin iptal davası açabileceği görüşünde olabileceği şeklinde yorumlanmaya müsaittir.

İsviçre hukukunda OR Art. 1074'e ilişkin yapılan değerlendirmeler çerçevesinde ileri sürülen bir başka görüşe göre, her ne kadar OR Art. 1074'te senedi elinde bulundurmadan bahsedilse de iptal davası açma hakkını haiz kişilerin belirlenmesi açısından uygulama alanı bulacak hüküm, OR Art. 971 Abs. 2'dir<sup>33</sup>. Bu yüzden davayı açan kişinin hak sahibi olduğunu da ispat etmesi gerekmektedir<sup>34</sup>.

Poliçeye ilişkin açıklamalarda bulunan Alman hukukundaki bir görüşe göre, düzenleyenin henüz senedi tedavüle sokmadan zayi etmesi ancak nadiren söz konusu olabilir<sup>35</sup>. Bu görüşe göre, düzenleyen tarafından senedin tedavüle

---

diğini ifade etmektedir.

<sup>29</sup> *Vieli*, s. 207.

<sup>30</sup> *Vieli*, s. 207.

<sup>31</sup> *Vieli*, s. 207.

<sup>32</sup> *Vieli*, s. 207 vd. Hırsızın iptal davası açamayacağı yönünde bkz. Meier-Hayoz/von der Cro-ne, s. 816.

<sup>33</sup> Jacob Höhn, *Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Art. 965-1186 OR*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, Art 1074, Nr. 1.

<sup>34</sup> Höhn, BSK-Art 1074, Nr. 1.

<sup>35</sup> Ersnt Jacobi, *Wechsel- und Scheckrecht unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts*, Walter De Gruyter & Co., 1956, s. 160.



sokulmadan zayı edilmesi durumunda, düzenleyenin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sorumlu olabileceği bir zıya hâli söz konusu ise düzenleyenin senedin iptal edilmesinde menfaati bulunabilir<sup>36</sup>. Buna karşılık aynı görüşe göre, senedin yok olması gibi durumlarda (mutlak zıya) düzenleyen, iptal talebinde bulunamaz<sup>37</sup>. Ancak bu görüşün, düzenleyenin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sorumlu olabileceği hâllerde iptal davası açmasında menfaati bulunduğuna ilişkin değerlendirmesi dışında başka bir açıklaması olmadığı gibi ilgili yorumun pozitif dayanağı da gösterilmemiştir.

## B. TÜRK HUKUKUNDAKİ GÖRÜŞLER

### 1. Düzenleyenin İptal Davası Açamayacağı Görüşü

Yargıtay ve doktrindeki bir görüşe göre, düzenleyen, iptal davası açma hakkını haiz değildir<sup>38</sup>. Söz konusu bu görüşün temel gerekçesi, düzenleyenin hak sahibi olmaması, bunun yerine senedin borçlusuna olmasındır<sup>39</sup>. Yani en

<sup>36</sup> Jacobi, s. 160.

<sup>37</sup> Jacobi, s. 160.

<sup>38</sup> Öztan, s. 272; Öztürk (Dirikkan), s. 25; Burhanettin Esenkar, *Çekin Ziyatı Özellikle Çalınma Hali*, Adil Yayınevi, 1995, s. 71; Seza Reisoğlu, *Çek Hukuku*, 2011, s. 321; çekte düzenleyenin iptal davası açamayacağı ancak TTK'nın 757. maddesi çerçevesinde ihtiyati tedbir kararı isteyebileceği yönünde bkz. Bozer / Göle, s. 478-480; Pulaşlı, s. 486-487; Özdamar / Göktürk / Can / Kaşak, s. 75.

Yargıtayın bu yöndeki kararlarına ilişkin olarak örnek olarak bkz. Yargıtay 11. HD, T. 19.03.2014, E. 2013/17333, K. 2014/5302; 11. HD, T. 25.03.2014, E. 2013/16751, K. 2014/5757; 11. HD, T. 18.11.2013, E. 2013/6126, K. 2013/20733 sayılı kararları.

Yargıtay 11. HD, T. 30.04.2014, E. 2014/1443, K. 2014/8132 sayılı kararında; "... *davanın zayı nedeniyle çek iptal davası olduğu, Türk Ticaret Kanunu'nun 730/20. (6102 sayılı Ticaret Kanunu 818/1-s maddesi) maddesi uyarınca çeklerde de uygulanması gereken Türk Ticaret Kanunu'nun 669. ve onu izleyen maddelerine (6102 sayılı Ticaret Kanunu 757 vd maddeleri) veyerleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre çekin zayı nedeniyle iptal davası açma hakkının lehdar ve hamile tanınmış bir hak olduğu, ancak keşidecinin bu yasal hükümlere dayanarak iptal da vası açma hakkının bulunmadığı ve davacının iptal istemine konu olan çekin keşidecisi olduğu gerekçesiyle davanın reddine ...*" dair kararın onanmasına hükmetmiştir. Kararlar için bkz. Kazancı İctihat Bankası, Erişim Tarihi 24 Mayıs 2023.

<sup>39</sup> Senet üzerinde hak sahibi olmanın senedin maliki ya da senet üzerinde sınırlı aynı hakka sahip olmak anlamına geldiği yönünde bkz. Öztan, s. 271. Yazara göre, senet üzerindeki hak ile senetdeki hak prensip olarak aynı şahsa ait olmak zorunda olacağından, Kanun'da yer alan "senet üzerindeki hak sahibi" ifadesinin mülkiyet teorisine uygun yorumlanıp, yalnızca senedin maliki olarak değil senetdeki hakkın alacaklısı ya da intifa hakkı sahibi veya rehin hakkı sahibi şeklinde yorumlanması gerekmektedir. Öztan, s. 271; Tamer Bozkurt, *Kıymetli Evrakın Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 122. Hak sahibi kavramının geniş yorumlanması gerektiği ve bu anlamda vekil ya da komisyoncunun da ilgili kapsama dahil edilmesi gerektiği yönünde bkz. Karayalçın, s. 356. Yine ayrıca bkz. Ahmet Sezer, *Kıymetli Evrakın Zayı Olması ve İptal Davası*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013, s. 120. Ancak bu son yazar senedi

temelde aşağıda yer verilecek olan, TTK'nın 651. maddesinin 2. fıkrası ve 661. maddesinin 1. fıkrası<sup>40</sup> görüşe dayanak olarak gösterilmektedir<sup>41</sup>.

Belirtildiği üzere Yargıtay da uzun yıllardır düzenleyen tarafından iptal davası açılmayacağına hükmetmektedir<sup>42</sup>. Yargıtayın 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu yürürlükte iken bu kararı vermesinin en temel gerekçesi, 2009 yılında 5838 sayılı Kanun ile 6762 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırılan 711. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemenin varlığıdır<sup>43</sup>. İlgili düzenleme çerçevesinde düzenleyen, çekin kendisinin veya üçüncü bir kişinin elinden rızası olmaksızın çıkmış olduğu iddiasında ise muhataba ödememe talimatı verme yetkisine sahipti. Bu şekilde bir yetki bahşedilen düzenleyenin ayrıca iptal davası açmasına gerek bulunmadığına ilişkin genel bir kanaat bulunmaktaydı<sup>44</sup>. Yargıtay tarafından 6762 sayılı Kanun'un 711.

---

keşide edenin aynı zamanda hamil olması durumunda hamil sıfatıyla iptal davası açabileceğini ifade etmektedir.

<sup>40</sup> Hükümlerin lafzen incelenmesine yönelik olarak bkz. *Şa. III, C, 2, b.*

<sup>41</sup> Bu yönde bkz. Kırca (Kendigelen / Kırca), Nr. 141.

<sup>42</sup> Yargıtayın bu yöndeki kararlarına ilişkin olarak örnek olarak bkz. Yargıtay 11. HD, T. 2.3.1988, E. 1987/6592, K. 1988/1294 sayılı kararı; Yargıtay 11. HD, T. 18.10.2004, E. 2004/809 ve K. 2004/9910 sayılı kararı; 11. HD, T. 19.03.2014, E. 2013/17333, K. 2014/5302 sayılı kararı, 11. HD, T. 25.03.2014, E. 2013/16751, K. 2014/5757 sayılı kararı; 11. HD, T. 18.11.2013, E. 2013/6126, K. 2013/20733 sayılı kararı; 11. HD, T. 30.04.2014, E. 2014/1443, K. 2014/8132 sayılı kararı.

<sup>43</sup> Yargıtay 19. HD'nin, T. 21.2.2003, E. 2002/4495 ve K. 2003/1319 sayılı kararı; "... Keşidecinin çeki zayi etmesi halinde TTK'nun 711 /son maddesinin keşideciye tanıdığı imkan, muhatabı çeki ödemekten men etmektir. Çekin iptalini lehdar veya hamil isteyebilir..." şeklindedir.

Yine Yargıtay 11. HD'nin, T. 29.5.2006, E. 2005/5775 ve K. 2006/6299 sayılı kararı; "... TTK'nun 730/1-20. madde ve bendi yollamasıyla aynı kanunun 592'nci madde hükmü uyarınca bir çek'in kısmen doldurulmuş ya da sadece imzalanmış olması halinde, tedavüle çıkarılması mümkün ve geçerli olup, böyle bir çek için 669'uncu vd maddeleri uyarınca, iptalini isteme hakkı sadece hamile aittir. Böyle bir iddiaya sahip keşideci, aynı kanunun 711 /son madde hükmü uyarınca muhatabı çeki ödemekten men edebileceği gibi, elinden rızası hilafına çıkan, bir başka anlatımla imzasını içeren ve fakat kaybettiği çekin bedelinin kendisinden istenmesi halinde, aynı kanun'un 704'üncü madde hükmüne dayanarak borçlu olmadığının tespiti yönünde dava açma olanağına sahiptir..." şeklindedir. Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 24 Mayıs 2023.

<sup>44</sup> İfade edildiği üzere düzenleyenin tek tarafı bir irade beyanı ile kullanabildiği ödeme yasağının etkisini sürdürmesi için, düzenleyen tarafından bir iptal davasının ikâme edilip edilmemesi gerektiği hususu, eTTK'nın 711. maddesinin 3. fıkrasının yürürlükte olduğu dönemde de tartışılmıştır. İlgili tartışmalara yönelik genel çerçeve için bkz. Şafak Narbay, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı*, Beta Basım, 1996, s. 83 vd. Bu arada ilgili dönemde yapılan tartışmaya yönelik olarak düzenleyenin ilgili irade beyanının etkisini sürdürebilmesi için iptal davası ikâmesi etmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu yönde bkz. Abuzer Kendigelen, "Çekten Cayma

maddesinin 3. fıkrasında düzenleyene tanınan yetkinin varlığı gerekçesine ek olarak<sup>45</sup>, düzenleyenin iptal davası açmasında bir menfaatinin bulunmaması<sup>46</sup>, iptal kurumunun hamili korumak için öngörülmüş olması<sup>47</sup>, düzenleyenin TTK'nın 799. maddesi çerçevesinde çekten cayabilecek olması<sup>48</sup>, TTK'nın 812. maddesi çerçevesinde sahte veya tahrif edilmiş çeklerden dolayı doğan zararın muhataba ait olması<sup>49</sup> ve düzenleyenin iptal davası yerine menfi tespit davası açma imkânının bulunması<sup>50</sup> sebeplerinin düzenleyenin iptal davası açmasına engel olduğu gösterilmiştir.

## 2. Düzenleyenin İptal Davası Açabileceği Görüşü

6762 sayılı Kanun yürürlükte iken doktrinde azınlıkta kalan bir görüşü savunan yazarlar tarafından, ödeme yasağı imkânına rağmen düzenleyenin

---

ve Ödeme Yasağı (TK 711)", *Makalelerim, C. I: 1986-2001*, 2. Baskı, Arıkan Yayınları, 2006, s. 114 vd. Dolayısıyla ilgili dönemde *Kendigelen*'in düzenleyen tarafından iptal davası ikâme edilebileceği görüşünün savunulduğu ifade edilebilecektir. Bununla birlikte yazarın söz konusu görüşü ödemedem men beyanına tamamlayıcı bir imkân olarak mı yoksa ödemen men beyanından bağımsız olarak düzenleyenin her hâlde mi iptal davası açabileceği şeklinde olduğu anlaşılmamaktadır.

<sup>45</sup> Yargıtay 11. HD, T. 29.5.2006, E. 2005/5775, K. 2006/6299 sayılı kararı.

<sup>46</sup> Yargıtay 11. HD, T. 06.05.2014, E. 2014/1815, K. 2014/8503; 11. HD, T. 14.02.2014, E. 2013/12591, K. 2014/2620 sayılı kararları.

<sup>47</sup> Yargıtay 11. HD, T. 27.11.2008, E. 2007/9948, K. 2008/13478 sayılı kararı.

<sup>48</sup> Yargıtay 11. HD, T. 14.2.2014, E. 2013/12591, K. 2014/2620; Yargıtay 11. HD, T. 23.6.2014, E. 2014/6252, K. 2014/11909 sayılı kararları.

<sup>49</sup> Yargıtay 11. HD'nin, T. 14.2.2014, E. 2013/12591, K. 2014/2620 sayılı kararı; "...keşidecinin bu davayı açamayacağı, rızası hilafına elinden çıkmış ya da kaybolmuşsa TTK'nın 779. maddesine göre ibraz süresinden sonra cayma hakkını kullanarak çekten cayabileceği gibi, aynı Kanun'un 812. maddesine göre keşidecinin çek defterini iyi saklamamış olmasından doğan kusuru hariç sahte ve tahrif edilmiş çeki ödemekten doğan zarar kural olarak muhataba ait olduğundan ihbarda bulunarak muhatap tarafından bu hususta gerekli önlemlerin alınmasını isteyebileceği..." şeklindedir. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 24 Mayıs 2023.

<sup>50</sup> Yargıtay 11. HD, T. 16.01.2018, E. 2016/6741 ve K. 2018/316 sayılı kararında; "...çek iptalini isteme hakkının sadece hamile ait olduğu, böyle bir iddiaya sahip keşidecinin, elinden rızası hilafına çıkan, bir başka anlatımla imzasını içeren ve fakat kaybettiği çekin bedelinin kendisinden istenmesi halinde borçlu olmadığını tespiti yönünde dava açma olanağına sahip bulunduğu, ele geçirenlerce imzalanıp doldurulması sonrasında, çeki dayalı hak iddia edene karşı menfi tespit davası açılabilmesi, bu sebeple boş çek yapıldığına dayanarak talepte bulunmakta hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine..." dair hükmün onanmasına karar vermiştir. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 7.10.2015, E. 2015/9978, K. 2015/10109 sayılı; 11. HD T. 14.2.2014, E. 2013/12591, K. 2014/2620 sayılı kararları. Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 24 Mayıs 2023.

yine de iptal davası açabileceği ifade edilmekteydi<sup>51</sup>. Bununla birlikte ilgili imkânın ortadan kalktığı dönem ile TTK'nin yürürlüğe girdiği dönemden sonra, düzenleyenin iptal davası açabileceği/açabilmesi gerektiği doktrinde daha çok dile getirilmeye başlanmıştır<sup>52</sup>. Buna ek olarak Yargıtay'ın kısmen eski olarak nitelendirilebilecek bir kararında, düzenleyenin elinde iken zayi olan bir senet bakımından düzenleyenin de iptal davası açma hakkını haiz olduğuna hükmedilmiştir<sup>53</sup>.

Düzenleyenin iptal davası açabilmesine ilişkin görüşün en temel gerekçesi, bir üst paragrafta ifade edilen ve 6762 sayılı Kanun'da yer alan ödeme yasağı imkânının artık bulunmaması ile rızası dışında çek elinden çıkan düzenleyenin meydana gelecek hukukî sonuçlar ile baş başa bırakılmış olmasıdır<sup>54</sup>. Doktrinde bir görüşe göre<sup>55</sup>, Yargıtay'ın ödeme yasağının bulunduğu dönemlerde düzenleyenin iptal davası açma hakkının bulunmadığına hükmetmesi yerinde<sup>56</sup> iken artık bu imkânın ortadan kalkmasıyla birlikte ilgili

<sup>51</sup> Kendigelen, *Makaleler*, s. 114-117. Yine ayrıca bkz. Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 340, dn. 343.

<sup>52</sup> Bu yönde bkz. Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 303; Özbay-Özdoğru, s. 809; Ramazan Turan, *Kambiyo Senetlerinin Zayi Olması ve Hak Sahibinin Başvurabileceği Hukuki Yollar*, Adalet Yayınevi, 2020, s. 97; Bahtiyar / Taşdelen / Biçer / Hamamcıoğlu, s. 38.

<sup>53</sup> Yargıtay 11. HD, T. 08.04.2002, E. 2001/10899 K. 2002/3256, sayılı kararı; "...Dava, davacının keşidecisi ve lehdarı olduğu iki adet poliçenin zayi olması nedeniyle poliçelerin iptali istemine ilişkindir. İlke olarak T.T.K.nun 669 ve devamı maddelerine dayalı olarak açılan poliçenin zayi nedeniyle iptali davasının hasımsız ve hamil tarafından açılması gerekir. Keşidecinin böyle bir davayı açma hakkı bulunmamaktadır. Ancak, poliçeler nitelikleri itibarıyla farklılık arz etmekle iptali istenen poliçelerin incelenmesi suretiyle sonuca gidilmesi gerekmektedir. T.T.K.nun 585.maddesine göre, poliçenin bizzat keşidecinin emrine yazılı olması mümkündür. Nitekim somut olayda iptali istenen poliçelerde ayrı bir lehdar bulunmayıp, davacı keşideci kendi emrine poliçeleri keşide etmiştir. Dosyada bulunan poliçe fotokopi ve tercüme incelenildiğinde, muhatap Z. Plastik A.Ş. tarafından poliçe davadan önce kabul edilmiş olmakla, artık davacı keşidecinin bu kabul şerhi ile borçlu sıfatı ortadan kalkmış olup, tamamen alacaklı hamil, lehdar sıfatını kazanmıştır. O halde poliçeler lehdar olan davacının elinde iken zayi olmuş olduğundan T.T.K.nun 669 vd. maddelerine dayalı olarak bu davayı açmaya hakkı bulunmakla işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken..." şeklinde. Karar için bkz. [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr).

Söz konusu kararda görüleceği üzere, düzenleyenin aynı zamanda lehtar olduğu durumlarda iptal davası açılabilirliğine hükmedilmiştir. Yine karar içeriğinde, düzenleyenin kural olarak iptal davası açamayacağı da vurgulanmıştır.

<sup>54</sup> Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 302.

<sup>55</sup> Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 302.

<sup>56</sup> Bununla birlikte ilgili dönemde de düzenleyen tarafından iptal davası açılabilirliği görüşü için bkz. karşı. Kendigelen, *Makaleler*, s. 114-117. Yine ayrıca bkz. Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 340, dn. 343.

gerekçe de geçerliliğini yitirmiştir<sup>57</sup>.

Düzenleyenin iptal davası açabileceğini savunan görüşe göre, Yargıtay'ın bir üst başlıkta düzenleyenin iptal davası açamayacağına ilişkin geliştirdiği gerekçeler de yerinde değildir. Bu anlamda ilk olarak, çekten caymanın, TTK'de öngörülen şartlar bağlamında düzenleyeni korumaktan uzak olduğu belirtilmektedir<sup>58</sup>. Zira ibraz süresi içerisinde çekin ibraz edilmesi durumunda düzenleyenin çekten cayma beyanının herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacağı, ileri tarihli çeklerle birlikte uzun ibraz sürelerinin öngörüldüğü çekler bakımından da bu imkânın, düzenleyenin korunması gereken dönemin çekin rıza dışında elden çıkmasından hemen sonrası olması sebebiyle hukuken koruma sağlamayacağı dile getirilmektedir<sup>59</sup>. Yine TTK'nin 812. maddesinin de özellikle çekin düzenleyen tarafından imzalandıktan sonra rızası dışında elinden çıktığı hâllerde uygulama alanı bul(a)mayacağı ve bankanın ödeme yükümlülüğü sebebiyle düzenleyenin ilgili korumadan faydalanamayacağı mülâhaza edilmektedir<sup>60</sup>. Benzer şekilde menfi tespit davası açabilme imkânına ilişkin olarak da uzun yargılama süreleri ve masraflar, ispat sorununun varlığı ve menfi tespit davasının çeklere özgü olmaması gerekçeleriyle yeterli olmadığına işaret edilmektedir<sup>61</sup>. Son olarak bu görüşe göre, Yargıtayın iptal davasının hamili korumaya yönelik olduğuna ilişkin görüşü<sup>62</sup> de eleştiriye açıktır<sup>63</sup>. Ancak ilgili görüşü savunan bir yazar, kısmen de olsa söz konusu yaklaşımın yerinde olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, muhataptan çekin bedelini tahsil edecek kimsenin hamil olması gerekçesiyle bu yaklaşım yerindedir<sup>64</sup>. Ancak çeklerde düzenleyenin lehtar (TTK'nın 818. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin göndermesiyle TTK'nın 673. maddesi nedeniyle) ve hamil olabileceği gerçeği karşısında bu gerekçenin tartışmaya açık olduğu belirtilmektedir<sup>65</sup>. Aynı yazar, Yargıtayın "senet üzerinde hak sahibi olan kişi" ifadesini yalnızca alacaklı olarak yorumlamasını eleştirmekte ve hak sahibi

<sup>57</sup> Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 303.

<sup>58</sup> Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 303; Özbay-Özdoğru, s. 809.

<sup>59</sup> Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 303.

<sup>60</sup> Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 303; Özbay-Özdoğru, s. 809.

<sup>61</sup> Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 303-304; Özbay-Özdoğru, s. 810.

<sup>62</sup> Yargıtay 11. HD, T. 27.11.2008, E. 2007/9948, K. 2008/13478 sayılı kararı. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 24 Mayıs 2023.

<sup>63</sup> Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 304.

<sup>64</sup> Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 304.

<sup>65</sup> Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 304.

ifadesinin düzenleyeni de içine alacak şekilde geniş yorumlanması gerektiğini belirtmektedir<sup>66</sup>. Bu anlamda şeklen de olsa çeki muhatap bankaya ibraz edebilecek kişilerin ve dolayısıyla düzenleyenin de teknik olarak iptal davası açabileceği belirtilmektedir<sup>67</sup>.

Düzenleyenin iptal davası açabilmesi gerektiğini ifade eden benzer bir görüşe göre de TTK'da düzenleyenin iptal davası açamayacağı yönünde bir hükmün bulunmaması ve düzenleyenin elinden ödememe talimatı verme yetkisinin alınmasından bahisle, düzenleyenin iptal kurumuna başvurabileceğini ifade edilmektedir<sup>68</sup>.

Son olarak, bononun/poliçenin iptaline ilişkin açıklamalarında açık bir şekilde düzenleyenin hak sahibi olmamasından bahisle iptal davası açamayacağını ifade eden *Poroy/Tekinalp*<sup>69</sup>, *çeki ilişkin yapmış olduğu açıklamalarında ise, çek düzenleyenin hem hamil hem de çeki varlık kazandıran iradenin sahibi olması gerekçeleriyle iptal davası açabileceğini ileri sürmektedir*<sup>70</sup>.

## C. DEĞERLENDİRME

### 1. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Düzenleyenin iptal davası açamayacağına ilişkin görüş, en temelde TTK'nin 651. maddesinin lafzından yola çıktığı için ilgili görüşe ilişkin değerlendirmeler, ilgili hükmün lafzına ilişkin açıklamaların yer aldığı bir alt başlıkta yer almaktadır. Bununla birlikte her ne kadar ilgili yerlerde kısaca açıklamalar yapılmış olsa da Yargıtay'ın düzenleyenin iptal davası açamayacağına dair genel yaklaşımına ilişkin -hükmün lafzı dışındaki- gerekçelerin de yeterli olmadığını ifade etmek gerekir<sup>71</sup>. Senedin düzenleyenin elindeyken zayi olması durumunda Yargıtay kararlarıyla ortaya konan iptal davası dışındaki imkânların ise düzenleyeni iptal davası kadar koru(ya)madığı açıktır.

<sup>66</sup> Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 305.

<sup>67</sup> Gürühan, Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 305; çekte düzenleyenin iptal davası açabileceği yönünde ayrıca bkz. *Poroy / Tekinalp*, s. 412; düzenleyenin yalnızca hamil olduğu hâllerde iptal davası açabileceği yönünde bkz. ve karş. Sezer, s. 120.

<sup>68</sup> Özbay-Özdoğru, s. 820.

<sup>69</sup> *Poroy / Tekinalp*, s. 126.

<sup>70</sup> *Poroy / Tekinalp*, s. 412.

<sup>71</sup> İlgili açıklamalar için bkz. yuk. II ve IV, B, I.

İfade edilmelidir ki düzenleyenin iptal davası açabileceğine ilişkin görüşler de eleştiriye açıktır. Bu anlamda ilk olarak bu görüş taraftarlarından bir yazarın, hak sahibi olmadığı için bononun düzenleyeni tarafından iptal davası açılmayacağını ifade ettikten sonra, çekin düzenleyenin hamil ve çeke varlık kazandıran iradenin sahibi şeklinde nitelendirilmek suretiyle iptal davası açabileceğini ifade etmesi<sup>72</sup> açık bir çelişkidir. Zira bononun düzenleyeni de hem “hamil” (yazarın ifadesiyle) hem de bonoya varlık kazandıran iradenin sahibidir ve benzer yorumun bono bakımından da yapılması gerekmektedir. Kaldı ki bu görüşün iptal davası açılabilmesine ilişkin gerekçeleri de tartışmaya açıktır. Bu anlamda senede varlık kazandıran iradenin sahibi olmanın iptal davası açmak bakımından yeterli olacağına ya da düzenleyenin hamil olarak nitelendirilmesine ilişkin değerlendirmelerin gerekçeleri anlaşıl(a)mamaktadır. Özellikle ilk değerlendirmeye katılmak imkânının bulunmadığını da belirtmek gerekir. Zira TTK’de senet üzerindeki hak sahipliği belirlenirken bu şekilde bir kriterin öngörülmediği açıktır.

İkinci olarak, TTK’nin 651. maddesinde yer alan “*senet üzerindeki hak sahibi*” ifadesinin düzenleyeni de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasına ilişkin görüş<sup>73</sup> de kanaatimizce sorunlu/eksiktir. Zira aşağıda yapılacak hükmün lafzına ilişkin açıklamalara<sup>74</sup> ek olarak, düzenleyeni hak sahibi olarak nitelendiren bu görüş, düzenleyenin hangi hakkın sahibi olduğuna ve ilgili hakkın niteliğine ilişkin sessiz kalmaktadır. Ancak belirtilmelidir ki düzenleyen hak sahibi olarak nitelendirildikten sonra, geniş anlamda dahi olsa, düzenleyenin hangi hakkın sahibi olduğunun belirlenmiş olması gerekirdi. Kanaatimizce hükümde yer alan ifadenin menfaat sahibi olarak anlaşılması da mümkün olmamakla birlikte Türk doktrininde bu görüşü savunanlar, hak sahibi ifadesinin menfaat sahibi olarak anlaşılması gerektiğini dahi savunmamaktadır. Hatta bir yazar, hak sahibi ifadesinin şeklen de olsa çek zayı olmasaydı onu muhatap bankaya ibraz edecek kişinin iptal davası açabileceğini ve bunun kapsamına düzenleyenin de gireceğini ifade etmektedir<sup>75</sup>. Ancak bu durumda düzenleyenin hangi gerekçe ile muhatap bankadan ödeme talep edebileceği yazar tarafından ortaya konulmamıştır. Bununla birlikte yazar tarafından hak sahipliğine ilişkin olarak yapılan bir önceki tanıma düzenleyenin girmeyeceği ise açıktır.

<sup>72</sup> Bu yönde bkz. Poroy / Tekinalp, s. 126 ve 412.

<sup>73</sup> Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 305.

<sup>74</sup> İlgili açıklamalar için bkz. III, C, 2, b.

<sup>75</sup> Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 305.

Son olarak düzenleyenin iptal davası açma hakkına sahip olduğunu belirten yazarların değerlendirmelerinin metot bakımından da sorunlu olduğunu dile getirmek gerekir. Yapılan açıklamalar, soruna ilişkin olarak TTK’da bir boşluk mu olduğu yoksa meselenin bir yorum sorunu mu olduğu yönünden açık olmadığı gibi getirilen çözüm önerilerinin ve yapılan değerlendirmelerin mevcut hukuk bakımından mı olduğu yoksa olması gereken hukuka mı nispet edildiği de belirsizdir.

## 2. İptale İlişkin Hükümlerin İncelenmesi

### a. Genel Açıklamalar

Düzenleyenin iptal davası açıp açamayacağına ilişkin hem mukayeseli hukuktaki hem de Türk hukukundaki yaklaşımlara yer verildikten sonra, ilgili soruna cevap verilmesi adına ilk olarak TTK’nın ilgili hükümlerinin lafzen incelenmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere TTK’nın 818. maddesinin 1. fıkrasının (s) bendi çerçevesinde poliçenin iptaline ilişkin hükümler olan TTK’nın 757 ilâ 763. maddeleri çekler bakımından da uygulama alanı bulur. Bu yüzden sorunla alakalı olarak kıymetli evrakın iptaline ilişkin genel hükümler ile poliçenin iptaline ilişkin özel hükümlerin incelenmesi icap etmektedir.

TTK’nın 651. maddesinin 2. fıkrası; “[k]ıymetli evrakın zayi olduğu veya zıyain ortaya çıktığı anda senet üzerinde hak sahibi olan kişi, senedin iptaline karar verilmesini isteyebilir” şeklindedir. Yine 661. maddenin 1. fıkrası da “[p]ay senetleri, tahviller, intifa senetleri, münferit kuponlar hariç olmak üzere, kupon belgeleri, esas kupon belgelerinin yenilenmesine yarayan talonlar gibi hamile yazılı senetlerin iptaline hak sahibinin istemi üzerine mahkemece karar verilir” şeklindedir. İncelemeye konu olabilecek bir diğer hüküm ise TTK’nın 757. maddesinin 1. fıkrasıdır. İlgili hüküm de “[i]radesi dışında poliçe elinden çıkan kişi, ödeme veya hamilin yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesinden, muhatabın poliçeyi ödemekten menedilmesini isteyebilir” şeklindedir. Yine son olarak TTK’nın 759. maddesinin 2. fıkrası da lafzen değerlendirme yapılırken başvurulabilecek hükümlerden biri olarak mütalâa edilmektedir. Bu hüküm de “[i]ptal isteminde bulunan kişi, poliçe elinde iken zıyaa uğradığını inandırıcı bir şekilde gösteren delilleri mahkemeye sağlamak ve senedin bir suretini ibraz etmek veya senedin esas içeriği hakkında bilgi vermekle yükümlüdür” şeklindedir.

Görüleceği üzere kıymetli evraka ilişkin genel hükümlerde iptal davasını açma hakkına sahip kimse olarak “senet (kıymetli evrak) üzerindeki hak



sahibi” ifadesi kullanılmış iken; poliçeye ilişkin özel hükümlerde “iradesi dışında poliçe elinden çıkan kişi” ifadesine yer verilmektedir. Bu noktada ise iki temel sorun ortaya çıkmaktadır: İlk olarak, “senet üzerindeki hak sahibi” ifadesi ile “iradesi dışında poliçe elinden çıkan kişi” ifadeleri aynı anlama mı gelir ve ilgili ifadelerin nasıl yorumlanması gerekir? İkinci olarak, poliçe ve TTK’nın 818. maddesinin atfı sebebiyle çeklere ilişkin özel iptal hükümleri öngörüldüğüne göre, genel hüküm niteliğinde olan TTK’nın 651. maddesi ve devamı hükümleri, çek bakımından uygulama alanı bulabilir mi? Zira en temelde yukarıda da yer verildiği üzere düzenleyenin iptal davası açamayacağına ilişkin görüşün gerekçesi TTK’nın 651. maddesinin bizatihi lafzıdır<sup>76</sup>.

### b. Hükümlerin Lafzen İncelenmesi

“Senet üzerindeki hak sahibi” ile “iradesi dışında poliçe elinden çıkan kişi” ifadelerinin yorumlanmasına ilişkin yukarıda belirtilen ilk soruna yönelik olarak belirtmek gerekir ki Türk hukukunda ekseriyetle “senet üzerindeki hak sahibi” ifadesi, senedin içerdiği hak üzerindeki hak sahibi şeklinde yorumlanmakta ve iptal davası açma hakkına sahip kimseler de bu anlayış çerçevesinde tespit edilmektedir<sup>77</sup>. Hatta düzenleyenin iptal davası açabileceği yönündeki görüşleri savunan yazarlar dahi benzer şekilde yorum yapmakta; görüşlerine gerekçe oluşturabilmek adına, ifadenin düzenleyeni de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiğini ifade etmektedirler<sup>78</sup>. Bu noktada belirtmek gerekir ki ilgili ifadenin anlamının senedin içerdiği hakkın sahibi olarak belirlenmesinden sonra, herhangi bir yorum metoduyla düzenleyenin bu kapsama sokulması mümkün değildir. Zira çekte düzenleyen, senet içerisinde yer alan alacak hakkının sahibi olması mümkün olmayan ve istisnaî durumlar hariç kendisinin kimseye başvurma imkânı bulunmayan ve dolayısıyla hiçbir zaman alacak hakkına sahip ol(a)mayan nihai başvuru borçlusu konumundadır. Bu yüzden “senet üzerindeki hak sahibi” ifadesi, senedin içerdiği hakkın sahibi şeklinde yorumlandıktan sonra, düzenleyenin

<sup>76</sup> Bkz. yuk. III, B, I.

<sup>77</sup> Senet üzerinde hak sahibi olmanın senedin maliki ya da senet üzerinde sınırlı aynı hakka sahip olmak anlamına geldiği yönünde bkz. Öztan, s. 271. Hak sahibinin ilk olarak TTK’nın 646. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde tespit edilen alacaklı olduğu ve hak sahibi olmamaları sebebiyle kambiyo senetlerinde asıl borçlular ile henüz kendilerine başvurulmayan başvuru borçlularının iptal davası açamayacağı yönünde bkz. Kurca (Kendigelen / Kurca), Nr. 141. İptal davası bakımından zilyetliğin yetmeyeceği aynı zamanda senette mündemiç hakkın sahibi da olmak gerektiği yönünde bkz. Esenkar, s. 71.

<sup>78</sup> Bu yönde bkz. Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 305; Poroy / Tekinalp, s. 412.

iptal davası açabilmesinin savunulabilmesi mümkün gözükmemektedir<sup>79</sup>.

“Senet üzerindeki hak sahibi” ifadesinin senedin zilyedi<sup>80</sup> şeklinde anlaşılıp anlaşılamayacağı hususunun ise ayrıca tartışılması gerekmektedir. İlk bakışta ifadenin bu şekilde bir yoruma müsait olmadığı görülebilecektir. Zira hükümde kıymetli evrakın hak sahibi denilerek, TTK’nın 646. maddesi anlamında bir hak sahipliğinden bahsedildiği açıktır. Türk hukukunda yalnızca bir yazar meseleyi bu açıdan ele almış ve senedin fiziki varlığı üzerindeki hak sahipliği ile senetteki hakkın sahipliğinin zorunlu olarak aynı kişiye ait olacağını ifade etmiştir<sup>81</sup>. Bununla birlikte kanaatimizce, TTK’nın 651. maddesi, poliçenin iptaline ilişkin TTK’nın 757. maddesi<sup>82</sup> ile birlikte okunduğunda, “senet üzerindeki hak sahibi” ifadesinin, senedin zilyedi şeklinde anlaşılmaya da müsait olduğu açık bir şekilde anlaşılabilir<sup>83</sup>. Zira ikinci hükümde, “senedi elinde bulunduran” ifadesiyle, senet fiziken elinde olan kişiden bahsedildiği, senedin içerdiği hakkın hiç gündeme getirilmediği anlaşılmaktadır. Hatta TTK’nın 759. maddesinde yer alan “*poliçe elinde iken ziyaa uğradığını inandırıcı bir şekilde gösteren delilleri*” ifadesi de bu durumu pekiştirmektedir. Çünkü bu hükümde de senedin içerdiği hakkın sahipliğinden ziyade (TTK m. 646/II), zilyetliğin ispatlanması gerektiği açık bir şekilde belirtilmektedir. Bu yüzden TTK’nın her iki hükmü birbirleriyle paralel yorumlanmalı ve bahis konusunun senedin zilyetliği olduğu kabul edilmelidir. Nitekim mukayeseli hukukta da iptal davası açabilecek kişi çevresi belirlenirken, senetteki hakkın sahipliği yerine zilyetliği esas alan benzer bir yaklaşımın var olduğuna yukarıda yer verilmiştir<sup>84</sup>.

“Senet üzerindeki hak sahibi” ifadesinin, senedin zilyedi şeklinde anlaşılması durumunda senedi elinde bulunduran herkesin iptal davası

<sup>79</sup> Düzenleyenin sadece hamil olduğu hâllerde iptal davası açabileceği, diğer hâllerde açamayacağı yönünde bkz. ve karşı. Sezer, s. 120.

Herhangi bir sınırlama yapılmadan düzenleyenin iptal davası açabilmesi imkânını genele teşmil eden görüş için bkz. Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 303 vd.

<sup>80</sup> “Zilyetlik” kavramı, TTK’nın 757 ve 759. maddelerinde yer alan ifadelere paralel olarak “fiili hâkimiyet” anlamında kullanılmaktadır.

<sup>81</sup> Mülkiyet teorisi çerçevesinde meseleyi ele alan görüş için bkz. Öztan, s. 271.

<sup>82</sup> İlgili hükmün iptal davasını açma hakkını haiz kişilerin değil de ödeme yasağı talep edebilecek kimselerin çevresini belirlemeye ilişkin olduğu hakkında bkz. ve karşı. Vieli, s. 207.

<sup>83</sup> Hak sahipliği ifadesinin zilyetliği kapsayacak şekilde geniş yorumlanamayacağı yönünde bkz. Öztürk (Dirikkan), s. 25; Gürühan, *Keşidecinin İptal Davası*, s. 298.

<sup>84</sup> Bu hususta bkz. yuk. III. A.

açabileceği gibi doktrinde kabul edil(e)meyecek bir sonuç ortaya çıkacaktır. Ancak bir kez TTK'nın 757. maddesi çerçevesinde elinde bulundurmanın zilyetlik ile sınırlandırılması ile bu endişeler de giderilecektir. Zira doktrinde senedi elinde bulundurmasına rağmen iptal davası açamayacak kimseler genelde eşya hukuku anlamında zilyet yardımcısı olarak nitelendirilen kişilerdir<sup>85</sup>. Buna karşılık kanaatimizce, şahsi bir hak sebebiyle senedi elinde bulunduran kişi zilyet olacağı için, onun da iptal davası açabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir<sup>86</sup>.

TTK'nın 651. maddesindeki "senet üzerindeki hak sahibi" ifadesiyle TTK'nın 757. maddesindeki "iradesi dışında poliçe elinden çıkan kişi" ifadesinin senedin zilyetliği şeklinde yorumlanmasının konu bakımından önemi ise, hükümlerin lafzından yola çıkarak çekte düzenleyenin iptal davası açabilmesinin mümkün olmasıdır.

### **c. Hükümler Arasında Özel-Genel Hüküm İlişkisinin Bulunup Bulunmadığı**

Poliçe ve TTK'nın 818. maddesinin atfı sebebiyle çeklere ilişkin özel iptal hükümleri öngörüldüğü için, genel hüküm niteliğinde olan TTK'nın 651. maddesi ve devamı hükümlerinin çek bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağına ayrıca irdelenmesi gerekmektedir. Soruya olumsuz cevap verildiğinde yani, TTK'nın 651. maddesinin, TTK'nın 757. ve 759. maddelerinin varlığı sebebiyle çekte uygulanmayacağı sonucuna ulaşırsa, TTK'nın 651. ve 757. maddelerinin lafzen nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin yukarıda yapılan tartışma da gereksiz hâle gelecektir<sup>87</sup>. Zira daha önce de ifade edildiği üzere çeklerde düzenleyenin iptal davası açamayacağına ilişkin görüşün dayanağı düzenleyenin senet üzerinde hak sahibi olmamasıdır. Bununla birlikte artık söz konusu TTK'nın 651. maddesinin uygulanamayacağı, yalnızca TTK'nın 757. maddesinin uygulanacağı ve bu çerçevede zıya esnasında senedi elinde bulunduranın iptal davası açma hakkına sahip olduğu kolaylıkla söylenebilecek ve bunun nihâi sonucu olarak da çek elinde iken zayi olan düzenleyenin de iptal davası açma hakkını haiz olduğu sonucuna

<sup>85</sup> Esenkar, s. 74.

<sup>86</sup> Nitekim aynı yönde bkz. Kırca (Kendigelen / Kırca), Nr. 138. Zilyedin iptal davası açabileceği kabul edildikten sonra senedi çalan hırsızın da zilyet olması sebebiyle iptal davası açabilmesi gündeme gelebilecektir. Nitekim mukayeseli hukukta doğrudan olmasa da bu yönde olduğu anlaşılan görüş için bkz. Vieli, s. 208.

<sup>87</sup> Nitekim iptale ilişkin hükümlerin uygulanma sırasına yönelik olarak bu yönde bkz. Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, 1975, s. 47.

ulaşılacaktır. Buna karşılık soruya olumlu cevap verildiğinde ise TTK'nin 651. ve 757. maddelerinin lafzen nasıl yorumlanması gerektiği sorununa ilişkin yapılan tartışmaların yapılması ve buna ilişkin yapılan değerlendirmeye göre bir yanıt verilmesi gerekecektir.

Bilindiği üzere, özel hükmün genel hükümle çatıştığı hâllerde genel hüküm uygulanmaz (*lex specialis derogat legi generali*). Nitekim bu husus TTK'nin 652. maddesinin 2. fıkrasında da ifade edilmiştir. Hüküm; “[b]unun dışında iptal usulü ve hükümleri hakkında, kıymetli evrakın çeşitli türlerine ilişkin özel hükümler uygulanır” şeklindedir. Yine kıymetli evraka ilişkin son genel hüküm olan TTK'nin 653. maddesi de özel hükümlerin saklı olduğunu belirtmektedir. Bu çerçevede poliçe bakımından öngörülen ve özel hüküm niteliğinde olan TTK'nin 757. ve 759. maddeleri ile genel hüküm olan 651. maddesi arasında bir tenakuz oluşup oluşmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Salt lafzî bir yaklaşım benimsendiğinde, yukarıda ifade edildiği üzere aslında her iki hükümde de iptal davasını açmaya hak sahibi olan kişilerin çevresinin farklı olarak tespit edildiği görülmektedir<sup>88</sup>. Yine TTK'nin 759. maddesinde iptal davası açan kişinin ispat etmesi gereken husus düzenlenirken de bu yaklaşım sürdürülmüştür. İlgili hükümde açık bir şekilde, senedin içerdiği hakkın sahipliği yerine, senedin zayi olması esnasında elinde olduğunun ispatlanması gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla hükümler arasında bir çatışmanın varlığından bahis de mümkündür. Bu açıdan bakıldığında TTK'nin 757. ve 759. maddeleri özel hükümdür ve genel hükümlere ilişkin maddelerde de özel hükümlerin öncelikli olarak uygulanacağı hüküm altına alındığı için kambiyo senetleri bakımından TTK'nin 651. maddesinin 2. fıkrası uygulanmayacaktır<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> Sezer de kıymetli evraka ilişkin hükümlerin uygulanma sırasına ilişkin yaptığı genel açıklamalarda, açık bir şekilde TTK'da özel bir hüküm var ise ilgili hükmün öncelikli olarak uygulanması gerektiği ve poliçeye ilişkin iptal hükümlerinin özel hüküm niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Ancak yazar bu tespitine rağmen iptal davası açma hakkı sahibine ilişkin açıklamalarında, özel hüküm olarak nitelendirdiği hükümleri ayrıca incelememiştir. Bu yönde bkz. Sezer, s. 97.

<sup>89</sup> Böyle bir sonuca ulaşıldığında iptal davası açma hakkına sahip kişi çevresini belirleyen TTK'nin 651. maddesinin yalnızca kambiyo senetleri dışındaki ve ayrıca iptale ilişkin ayrık bir düzenleme bulunmayan kıymetli evraka uygulanacağı sonucuna da ulaşılması kaçınılmazdır. Dolayısıyla bu kıymetli evraklarda hak sahibi belirlenirken özel-hüküm genel hüküm çatışmasından ya da TTK'nin 757 ve 759. maddelerinde yer alan ifadelerden yola çıkarak bir sonuca ulaşılması mümkün değildir. Söz gelimi, iptaline ilişkin özel hüküm bulunmayan nama yazılı pay senedinin zayi olması durumunda TTK'nin 651. maddesi uygulama alanı bulacaktır ve ilgili senetlere TTK'nin 757. ve 759. maddeleri de uygulama alanı bulmadığından “hak sahipliği” ifadesi zorunlu olarak TTK'nin 646. maddesi çerçevesinde yorumlanacaktır. Bunun sonucunda da senetlerin düzenleyeni olan ortaklığın iptal davası açamayacağı neticesine ulaşılması da kaçınılmaz olacaktır. Nitekim bu yönde

Bu durum da iptal davası açma hakkını haiz kişilerin genişlemesi ve bu arada senet elinde iken zayi olan düzenleyenin de iptal davası açabileceği sonucunu doğurmaktadır.

#### d. Sorunun Kıymetli Evrak Teorileri Bakımından İncelenmesi

Düzenleyenin kıymetli evrakın iptaline ilişkin özel hükümler çerçevesinde iptal davası açabilmesi hususu, senet henüz düzenleyenin elinde iken bir kıymetli evrakın var olup olmadığı tartışmasını da beraberinde getirecektir. Aslında belirtmek gerekir ki yukarıda yer verilen ve düzenleyenin iptal davası açabilmesi için “hak sahibi” ifadesinin geniş yorumlanması gerektiğine ilişkin yaklaşım açısından da benzer bir tartışma bulunmaktadır. Zira kıymetli evrakın unsurlarından olan hakkın hangi hak olduğu ve bu hakkın ne zaman doğduğunun da ilgili yaklaşım bakımından önem arz ettiği açıktır. Ancak tespit edilebildiği kadarıyla bu görüşü savunan hiçbir yazar, senet düzenleyenin elinde iken zayi olduğunda, zayi olan varakanın kıymetli evrak niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin herhangi bir açıklama yapmamıştır<sup>90</sup>. Belirtmek gerekir ki “hak sahibi” ifadesinin doktrindeki görüşler çerçevesinde geniş yorumlanarak menfaat sahibi şeklinde anlaşılması ve düzenleyenin iptal davası açabilmesinin savunulması da bu tartışmayı ortadan kaldırmamakta, sadece ilgili tartışmanın boyutunu değiştirmektedir. Düzenleyenin iptal davası açabileceği kabulü sonucunda, senet düzenleyenin elinde iken zayi olduğunda, düzenleyen kıymetli evrakın iptaline ilişkin özel hükümler çerçevesinde iptal davası açabiliyorsa, henüz düzenleyen tarafından senet düzenlendiği ve nispi ziyaa uğradığı anda bir kıymetli evrakın ve aslında bunun bir unsuru olan hakkın varlığından da bahis mümkün olacaktır. Görüleceği üzere bu sonuca, düzenleyenin hak sahibi olup olmadığına ya da “hak sahibi” ifadesinin nasıl yorumlanmasına dair tartışmalardan bağımsız bir şekilde ulaşılmaktadır. Dolayısıyla düzenleyenin elinde iken senedin zayi olması durumunda düzenleyenin iptal davası açıp açamayacağına ilişkin

bkz. Kırca (Kendigelen / Kırca), Nr. 141; Ali Murat Sevi, “Pay Senetleri ve İlmühaberlerin Zayi Olması ve İptali”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 17, S. 187, 2022, 97, 103 vd.

<sup>90</sup> Bununla birlikte Yargıtay bir kararında düzenleyenin elinde iken kaybolan bir çekin imzasının bulunması şartıyla, kambiyo senedi vasfını haiz olduğunu ifade etmiştir. Karar; “...çekin kısmen doldurulmuş ya da sadece imzalanmış olması halinde dahi, tedavüle çıkarılması mümkün ve geçerli olup, belirtilen yasal düzenleme karşısında mahkemeye, imzalanmış çekin kambiyo senedi vasfını haiz olduğu düşünülerek bir karar verilmesi gerekirken...” şeklindedir. Yargıtay 11. HD, E 2016/10869 K 2018/2782, 16.4.2018 (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 25 Mayıs 2023). Ancak Yargıtay da söz konusu kararını verirken, tedavül sözleşmesinin (*Begebungsvertrag*) bulunmamasına rağmen, senedin nasıl kambiyo senedi vasfını kazandığına ilişkin bir açıklama yapılmamıştır.

değerlendirmeler yapılırken, kıymetli evraka ilişkin teoriler bakımından kısaca bir değerlendirilme yapılması gerekmektedir. Ancak belirtildiği üzere, ilgili görüşü savunan yazarların hiçbiri bu yönde bir değerlendirme yapmamıştır.

Kıymetli evrakın içerdiği hakkın ne zaman doğduğuna ilişkin literatürde üç temel teoriden bahsedilmektedir<sup>91</sup>: Kreasyon (yaratma), sözleşme ve hukukî görünüş teorisi. Türk hukukunda hukukî görünüş teorisi ile tamamlanmış sözleşme teorisinin genel olarak benimsendiği belirtilmektedir. Buna göre, kural olarak, kıymetli evrakta hakkın doğumu için tedavül sözleşmesinin (*Begebungsvertrag*)<sup>92</sup> yapılmış olması gerekir. Ancak düzenleyenin kendisine izafe edilen imzayı attıktan sonra ve henüz tedavül sözleşmesi yapılmaksızın senet elinden çıktıysa, iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından hakkın doğduğu kabul edilmektedir<sup>93</sup>. Bu açıdan bakıldığında, çek henüz düzenleyenin elinde iken zayi olduğunda da düzenleyen tarafından senet üzerindeki hakkın hukuka uygun bir şekilde yaratılmış olduğuna dair bir görünüş söz konusu olmaktadır ve buna güvenen kişiler korunmaktadır<sup>94</sup>. Dolayısıyla soruna ilişkin çözüm, senedin düzenlenmesi ile birlikte hakkın doğduğuna ilişkin yaklaşım olan kreasyon teorisine başvurulmadan da çözülebilmektedir. Yani aslında senet düzenleyenin elinden rızası dışında çıktığında, düzenleyen tarafından oluşturulan bir görünüş ve bu görünüşün korunması olgusu ile birlikte senet TTK anlamındaki kıymetli evrak hüviyetini kazanacak ve bu yüzden kıymetli evraka ilişkin hükümler çerçevesinde iptale konu olabilecektir.

#### e. Görüşümüz

Mevcut hukukî düzenlemeler çerçevesinde düzenleyen, iptal davası açabilmelidir. Zira, TTK'nın 757. ve 759. maddelerinde olmak üzere iki kez dolaylı olarak zilyetlikten bahsedilmiştir. Bu çerçevede poliçe ve TTK'nın 818. maddesinin atfı sebebiyle çekte kanun koyucunun genel hükümlerde yer verilen esastan bilinçli olarak ayrılmak istediği anlaşılmaktadır. Bu yorum sonucunda farklı bir hususu düzenleyen genel hüküm niteliğinde olan TTK'nın 651. maddesinin 2. fıkrası, çek (poliçe ve bono) bakımından uygulama alanı bulmaz ve iptal davasını açmaya yetkili kişiler, TTK'nın 757. ve 759. maddelerine göre belirlenir. Dolayısıyla düzenleyen de iptal davası

<sup>91</sup> Geniş bilgi için birçokları yerine bkz. Kırca (Kendigelen / Kırca), Nr. 169 vd.

<sup>92</sup> Tedavül sözleşmesine ilişkin olarak ayrıca bkz. Abdullah Revaha Gencer, *Kıymetli Evrakta Ciro Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 100 vd.

<sup>93</sup> Kırca (Kendigelen / Kırca), Nr. 190.

<sup>94</sup> Kırca (Kendigelen / Kırca), Nr. 177.

açabilir.

İkinci olarak, bir an için yukarıda yer verilen açıklamanın kabul edilmemesi durumunda, yani TTK'nın 651. maddesinin çek bakımından da uygulama alanı bulacağı kabul edilse dahi, mevcut hukuk bakımından ilgili hüküm, poliçeye ilişkin hükümlerle birlikte okunarak amaca göre yorumlanmalı ve iptal davasının açılabilmesi için senedin haklı zilyedi olunmasının yeterli olduğu kabul edilmelidir. Çünkü iptal davasının kim tarafından açılabileceğine ilişkin ilgili hükümlerin lafızları birbirine paralel değildir ve bu da bir yorum sorununun bulunduğunu gösterir. Dolayısıyla bu durumda da düzenleyen iptal davası açabilecektir. Bu çerçevede kanaatimizce, Yargıtayın düzenleyenin iptal davası açamayacağına yönelik yerleşik içtihatı yerinde değildir. Bunlarla beraber, düzenleyen bakımından hukukî belirliliğin sağlanabilmesi adına, TTK'nın 651. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “senet üzerindeki hak sahibi” ifadesinin, poliçeye ilişkin hükümlere uygun bir şekilde değiştirilmesi ya da poliçenin ilgili hükümlerinde düzenleyenin de iptal davası açabileceğinin açık bir şekilde düzenlenmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

## SONUÇ

Bu makalede çekin düzenleyenin elinde iken zayi olması durumunda, düzenleyen tarafından iptal davası açılıp açılmayacağı hususu incelenmiş ve yapılan tartışmalar sonucunda aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

a. Hem düzenleyenin iptal davası açabileceğine hem de düzenleyenin iptal davası açamayacağına ilişkin yaklaşımların teorik olarak eleştiriye açık yönleri bulunmaktadır. Bu anlamda iptal davası açılabileceği yönünde savunulan görüşün, düzenleyenin çeke varlık kazandıran iradenin sahibi olması ve düzenleyenin de “hak sahibi” olarak nitelendirilebileceği gerekçeleri yerinde değildir. Yine iptal davası açılabileceğini savunan görüşün ulaştığı sonucun kendisi ve sonuca ulaşılırken başvurduğu metot da belirsizdir.

b. Düzenleyenin iptal davası açamayacağına ilişkin görüşe de katılma imkânı bulunmamaktadır. TTK'nın 757. ve 759. maddelerinde iki kez dolaylı olarak zilyetlikten bahsedildiği için, poliçe ve TTK'nın 818. maddesinin atfı sebebiyle çekte, kanun koyucunun genel hüküm olan TTK'nın 651. maddesinde yer verilen esastan bilinçli olarak ayrılmak istediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla farklı bir hususu düzenleyen ve genel hüküm niteliğinde olan TTK'nın 651. maddesinin 2. fıkrası, çek (poliçe ve bono) bakımından uygulama alanı bulamaz ve özel hüküm niteliğinde olan TTK'nın 757. maddesinin çekin iptaline uygulanması sonucunda, düzenleyen de iptal davası açabilir.

c. TTK'nın 651. maddesinin çeklere de uygulanacağını kabul edilmesi durumunda dahi TTK'nın 651. maddesi, özel hükümler olan TTK'nın 757. ve 759. maddeleri ile birlikte okunarak amaca göre yorumlanmalı ve iptal davasının açılabilmesi için senedin zilyedi olunmasının yeterli olduğu kabul edilmelidir.

d. Senet düzenleyenin elinden rızası dışında çıktığında, düzenleyen tarafından oluşturulan bir görünüş ve bu görünüşün korunması olgusu ile birlikte senet, TTK anlamında kıymetli evrak hüviyetini kazanır. Bu yüzden zayi olan çek, kıymetli evraka ilişkin hükümler çerçevesinde iptale konu olabilmelidir.

e. Düzenleyen bakımından hukukî belirliliğin sağlanabilmesi adına, TTK'nın 651. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "senet üzerindeki hak sahibi" ifadesi, poliçeye ilişkin hükümlere uygun bir şekilde değiştirilmeli ya da poliçenin ilgili hükümlerinde düzenleyenin de iptal davası açabileceği açık bir şekilde düzenlenmelidir.



## KAYNAKÇA

- Bahtiyar M/ Taşdelen N/ Biçer L/ Hamamcıoğlu E, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Beta Basım, 2022.
- Bozer A/ Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 8. Baskı, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 2018.
- Bozkurt T, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Domaniç H, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. IV*, Temel Yayınları, 1990.
- Domaniç H, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, 1975.
- Esenkar B, *Çekin Ziyatı Özellikle Çalınma Hali*, Adil Yayınevi, 1995.
- Furter R, *Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Art. 965-1186 OR*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012.
- Gencer AR, *Kıymetli Evrakta Ciro Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Göle C, *Çek Hukuku*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1989.
- Gürühan C, “Çekin Zayi Olması Nedeniyle Keşidecinin İptal Davası Açma Hakkına Sahip Olup Olmadığına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 30(4), 2014, s. 283-308 (*Keşidecinin İptal Davası*).
- Gürühan C, *Çekin Zayi Olması ve İptali*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015 (*Çekin Zayi Olması*).
- Höhn J, *Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Art. 965-1186 OR*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012.
- Jacobi E, *Wechsel- und Scheckrecht unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts*, Walter De Gruyter & Co., 1956.
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku III, Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, 1970.
- Kendigelen A/ Kırca İ, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kendigelen A, “Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı (TK 711)”, *Makalelerim, C. I: 1986-2001*, 2. Baskı, Arıkan Yayınları, 2006 (*Makaleler*).
- Kendigelen A, *Çek Hukuku*, 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019 (*Çek*

*Hukuku).*

- Kınacıoğlu N, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Baskı, Nobel Yayıncılık, 1999.
- Meier-Hayoz A/ von der Crone HC, *Wertpapierrecht*, 3. überarbeitete Auflage, Staempfli Verlag, 2018.
- Narbay Ş, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasası*, Beta Basım, 1996.
- Özdamar M/ Göktürk K/ Can, M Ç/ Kaşak E, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Özbay-Özdoğru Z, “Çekin Zayi Olması Durumunda Düzenleyenin Hukuki İmkanları”, Abuzer Kendigelen / Saadet Yüksel (Ed.), *Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 803-822.
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, Turhan Yayınevi, 1997.
- Öztürk-Dirikkan H, *Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali*, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1990.
- Poroy R/ Tekinalp Ü, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, 2021.
- Poroy R, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 11. Baskı, Beta Basım, 1986.
- Pulaşlı H, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Reisoğlu S, *Çek Hukuku*, 2011.
- Sevi A M, ‘Pay Senetleri ve İlmühaberlerin Zayi Olması ve İptali’, *Terazi Hukuk Dergisi*, 17(187), 2022, s. 97-113.
- Sezer A, *Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptal Davası*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013.
- Tekil F, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Fakülteler Matbaası, 1994.
- Turan R, *Kambiyo Senetlerinin Zayi Olması ve Hak Sahibinin Başvurabileceği Hukuki Yollar*, Adalet Yayınevi, 2020.
- Ülgen H/ Helvacı M/ Kaya A/ Nomer-Ertan NF, *Kıymetli Evrak Hukuku* 12. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Vieli L, *Die Rechtsfolgen des Checkverlustes nach schweizerischem und nach französischem Recht*, Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co., 1954.

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


ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

**HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRELERİN DAVA ŞARTI OLARAK  
NİTELENDİRİLME(ME)Sİ**

**THE QUALIFICATION OF THE PRESCRIPTION PERIOD AS A  
CONDITION OF LITIGATION**

**Vildan PEKSÖZ\***  

**ÖZET**

10.34246/ahbvuhfd.1321324 

*Hak düşürücü sürelerin itiraz olduğu yönünde görüşler bulunmakla beraber dava şartı olduğu ifadelerine de rastlanmaktadır. Bu çalışmada hak düşürücü sürelerin sona ermesinin yargılamaya etkisi incelenerek bu sürelerin hukukî niteliği üzerinde durulmaktadır. Hak düşürücü süre usûlî işleme ya da icra işlemine yönelik olduğunda sürenin sona ermesi, esas hakka etki etmeksizin, o işlemi yapma hakkını/yetkisini sona erdirebilmektedir. Hak düşürücü süre esas hakka ilişkinse sürenin sona ermesiyle birlikte hak da sona erer. Hakkın sona ermesi maddî hukuka yönelik savunma sebeplerinden itiraz teşkil eder. Süreye bağlı hakta da sürenin sona ermesi, hakkı sona erdirdiğinden itiraz olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte esas hak sona ermemeyle beraber hak düşürücü sürenin sonunda hakkın dava konusu yapılması engelleniyorsa dava edilebilirlik noksanlığı ortaya çıkar. Esası incelemeye engel olan bu eksiklik, dava şartı olarak kabul edilmelidir. Dava açma süresinin usûlî olduğu bu durumlarda, kimi zaman dava edilebilirlik belirli alanlarla sınırlı olarak ortadan kalkmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** Hak Düşürücü Süre, Süreye Bağlı Hak, Dava Şartı, İtiraz, Dava Açma Süresi

\* **Dr. Öğr. Üyesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı/İSTANBUL, **e-posta:** vildan.peksoz@istanbul.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-5903-6209, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1321324

- Atıf Şekli | **Cite As:** Peköz V, “Hak Düşürücü Sürelerin Dava Şartı Olarak Nitelendirilme(me) si”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s.101-126
- İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



## **ABSTRACT**

*Although there are opinions that the prescription periods are objections, there are also statements that they are conditions of litigation. It is aimed in this study to discuss the qualification of the prescription periods in this context. If the prescription period is related to the substantive right, the right expires with the ending of the term. At this point, the foreclosure is qualified as an objection. The expiry of the term also causes the same result in a term-dependent right. On the other hand, if the prescription period relates to the term to bring a legal action, the right does not expire, just the right to bring a legal action ends. In this case, the prescription period is a condition of litigation. Sometimes the right to bring a legal action ends up limited to certain areas. When the prescription period is for a procedural or enforcement action, the expiry of the term terminates the right/authority to perform that action.*

**Keywords:** Prescription Period, Term Dependent Right, Condition of Litigation, Objection, Litigation Limitation Period

## **EXTENDED ABSTRACT**

*Time may have a terminating effect on rights. A distinction can be made between a term-dependent right and a prescription period in terms of the forfeiture effect of time. In this manner the prescription period requires the right holder to exercise the right or to take an action within the specified period. If the right holder does not exercise the right or take an action in this period, the term expires. On the other hand the term-dependent right expires when the duration terminates. The right holder can not prevent the expiry of the right by executing right or taking an action. The expiry of the term terminates the right/authority to perform that action or execute the right.*

*The qualification of the prescription period is controversial in civil procedure law. According to one view, the prescription period is an objection. There are also statements that the prescription period is a condition of litigation. The opinion about being condition of litigation is defended by the majority. It is discussed in this study whether the prescription period is an objection or a condition of litigation.*

*Sometimes the prescription period is related to the substantive law and sometimes it belongs to civil procedure law. The right expires with the ending of the period which belongs to the substantive law. The periods for the exercise of the right of preemption may be given as an example of the prescription period affecting the substantive right. In this state the foreclosure is qualified as an objection. This is because the non-existence of the right in the case constitutes an objection. The expiry of the term also causes the same result in a term-dependent right.*

*Although the substantive right continues to exist, the expiry of the prescription period may prevent this right from being subject to the litigation. At this rate the lack of litigability may arise. The lack of litigability occurs when the right of claim cannot be made the subject of the lawsuit although the right exists in the substantive law.*

*There are different views on the legal nature of litigability. According to the view supported in this study, the litigability is a condition of the litigation. Hereby the expiry of the prescription period means the lack of a condition of litigation. That's why if the lawsuit is filed after the expiry of the prescription period, the lawsuit must be dismissed procedurally.*

*The expiry of the prescription period may eliminate the litigability limited to the law of execution and bankruptcy. At this stage, the case may be referred to the judicial authorities according to the general provisions. However, the consequences foreseen in the law of execution and bankruptcy shall not arise. In other words the expiry of the term for filing a lawsuit regulated in the law of execution and bankruptcy law terminates the litigability in terms of the law of execution and bankruptcy without affecting the fundamental right or the right to sue in general. This is also lack of a condition of litigation in the cases of execution and bankruptcy law.*

*As a result, it has been concluded that it is not possible to make a general conclusion in terms of the nature of the prescription period. Namely, the effect of the expiry of the term on the proceedings should be determined according to the right or action to which the period is related. If the prescription period is related to the substantive right, the ending of the term causes an objection. Though, if the prescription period relates to civil procedure law, the ending of the term means lack of a condition of litigation.*

## GİRİŞ

Maddî hukukta hak düşürücü sürenin sona ermesiyle hak ortadan kalkar. Buna bağlı olarak dava açma hakkı da sona erer. Bazı hâllerde esas hak sona ermemekle birlikte hak düşürücü sürenin sonunda hakkın dava edilebilirliği ortadan kalkar. Dava açmaya yönelik bu süreler, medenî usûl ve icra iflâs hukukunda da düzenlenmektedir. Söz konusu sürede davanın açılmaması, bu alanlarda birtakım sonuçlar ortaya çıkarmakla beraber dava hakkını da sınırlı olarak kaldırabilir. Bu kapsamda hak düşürücü sürelerin sona ermesinin yargılamada karşılığının ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Öğretide hak düşürücü sürelerin dava şartı mı yoksa itiraz mı olduğu yönünde farklı değerlendirmeler bulunmaktadır. Bu yöndeki belirleme önemlidir. Çünkü dava şartı noksanlığı usûlden ret sebebi teşkil ederken; itiraz davanın esasına ilişkin karar verilmesine sebep olur. Bu çalışmada her iki görüş çerçevesinde hak düşürücü sürenin sona ermesiyle yargılamada verilmesi gereken kararın ne olması gerektiği tartışılmaktadır. Bu kapsamda öncelikle zamanın geçmesinin haklar üzerinde etkisine değinilmekte, ardından hak düşürücü sürelerin dava şartı ve itiraz niteliğine ayrı başlıklarda yer verilmektedir.

## I. ZAMANIN GEÇMESİNİN HAKLAR ÜZERİNDE ETKİSİ

Maddî hukuk bakımından zamanın haklar üzerinde, hakkı düşürme veya hakkın kullanılmasını engelleme şeklinde etkisi olabileceği kabul edilmektedir<sup>1</sup>. Zamanın hakkı düşürme etkisi sonucunda hak sona erer<sup>2</sup>. Bu etki bakımından süreye bağlı hak ve hak düşürücü süre ayrımı yapılabilir. Buna göre süreye bağlı hakta, süre sona erene kadar hak mevcuttur; süre sona erince hak da sona erer<sup>3</sup>. Hak sahibi, bir davranış veya beyanda bulunarak süreye bağlı hakkın sona ermesini engelleyemez<sup>4</sup>. Bu duruma örnek olarak, ana babanın çocuğun mallarından yararlanma hakkı (TMK m. 354), bir tüzel kişi yararına kurulmuş intifa hakkı (TMK m. 797)<sup>5</sup> ve alacaklının kefile on yıl içerisinde başvuru hakkı<sup>6</sup> örnek olarak verilebilir<sup>7</sup>. Hâkim sürenin sonunda hakkın sona erdiğini re'sen dikkate alır<sup>8</sup>.

Hak düşürücü sürede ise hak sahibi süresinde hakkını kullanmadığında

<sup>1</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 1419, Nr. 4049; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 19. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 625-626, Nr. 1902-1903. TMK m. 712, m. 713 ve m. 777 hükümlerinde olduğu gibi sürenin hak kazandırıcı etkisine ilişkin bkz. Oğuzman/Öz, s. 625, Nr. 1901; Eren, s. 1435, Nr. 4053.

<sup>2</sup> Karl Larenz/Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, s. 331, Nr. 52; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, 2017, s. 330, 14.188; Şakir Berki, "Hukukda Müddet Çeşitleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25 (1), 1968, s. 101; Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 27. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 226, Nr. 795; Eren, s. 1419, Nr. 4049.

<sup>3</sup> Heinrich Lehmann, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Walter de Gruyter & Co., 1949, s. 275; Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. Baskı, C. I, Filiz Kitabevi, 2008, s. 51, Nr. 11; Oğuzman/Öz, s. 625, Nr. 1902; Oğuzman/Barlas, s. 226-227, Nr. 795; Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Beta Basım, 2021, s. 477, dn. 1800; Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 31.

<sup>4</sup> Oğuzman/Barlas, s. 227, Nr. 796a.

<sup>5</sup> Kocayusufoğlu, s. 51, Nr. 11; Oğuzman/Öz, s. 625, Nr. 1902.

<sup>6</sup> Nomer, s. 477, dn. 1800. "TBK'nın 598. maddesindeki 10 yıllık süre, TBK'nın yürürlüğü girmesinden önce dolmuştur. Yasanın düzenleniş şekli ve öğretideki görüşler dikkate alındığında, 10 yıllık sürenin zamanaşımı süresi olmadığı, 10 yıllık sürenin geçmesi ile kefaletin kendiliğinden ortadan kalktığı kabul edilmelidir. Bu sürenin hak düşürücü süre mi yoksa kefaletten kaynaklanan talep hakkının, süreye bağlı bir hak mı olduğu hususu tartışmalı ise de her iki halde de sonucun değişmeyeceği..." İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2015/1139, K. 2018/483, T. 11.6.2018 (Lexpera).

<sup>7</sup> Oğuzman/Barlas, s. 226-227, Nr. 795.

<sup>8</sup> Lehmann, s. 275. Bkz. aşa., III, C, 2.

ya da yapması gereken bir işlemi yapmadığında hak sona erer<sup>9</sup>. Bu durumda süreye bağlı haktan farklı olarak, zamanın geçmesinin yanı sıra hak sahibi hareketsiz kaldığı için hakkın ortadan kalkması sonucu doğar<sup>10</sup>. Öyle ki kanun koyucu<sup>11</sup> hakkın geç kullanılmasına sona erme yaptırımını bağlamaktadır<sup>12</sup>. Diğer yandan hak, süre sona ermeden kullanıldığında hak düşürücü sürenin bir etkisi doğmaz<sup>13</sup>. Söz gelimi önalım hakkının kullanılmasına ilişkin satışın hak sahibine bildirildiği tarihten itibaren başlayan üç aylık ve her hâlde satıştan itibaren iki yıllık süreler, hak düşürücü nitelikte olup<sup>14</sup> bu süreler sona erdiğinde hak düşer (TMK m. 733, IV). Ayrıca ananın, babalık davası açması için kabul edilmiş olan bir yıllık süre (TMK m. 303)<sup>15</sup>, irade sakatlığı hâlleri için öngörülen bir yıllık süre (TBK m. 39)<sup>16</sup> hak düşürücü sürelerle örnek olarak gösterilebilir.

Zamanın geçmesinin hakka diğer etkisi, hakkın kullanılmasını engelleyen zamanaşımıdır. Borçluya süresiz kaçınma hakkı veren zamanaşımında, hak sona ermemekle beraber borçlunun savunması üzerine hakkın kullanılması engellenir<sup>17</sup>. Bu durumda sürenin sona ermesi, zamanaşımı def'i<sup>18</sup> olarak

<sup>9</sup> Koller, s. 1122, Nr. 62.03; Kocayusufpaşaoğlu, s. 51, Nr. 12; Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 1993, s. 1032; Selâhattin Sulhi Tekinay, *Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, 1992, s. 184; Oğuzman/Öz, s. 625, Nr. 1902; Oğuzman/Barlas, s. 227, Nr. 796; Nomer, s. 476-477, dn. 1800; Serkan Ayan, *Zamanaşımının Durması ve Zamanaşımının Kesilmesi*, Adalet Yayınevi, 2020, s. 25.

<sup>10</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 52-53, Nr. 12; Oğuzman/Öz, s. 625-626, Nr. 1902; Oğuzman/Barlas, s. 228, Nr. 796a. Hak düşürücü süreler ile süreye bağlı haklar arasındaki fark, ek süre imkânından faydalanma bakımından önemlidir. Şöyle ki süreye bağlı haktan ek süreden yararlanma imkânı hiçbir zaman bulunmazken; hak düşürücü süre bakımından TBK m. 158'de altmış günlük ek süreden faydalanma imkânı vardır. Bu hususta bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 52, dn. 31.

<sup>11</sup> Sözleşme ile hak düşürücü sürenin kararlaştırılabilmesine ilişkin tartışma için bkz. Erdem, s. 29-31. Hak düşürücü sürelerin kanunda düzenlendiği, sözleşmeyle de tarafların yasal sınırlar içerisinde hak düşürücü süre kararlaştırabilecekleri hususunda bkz. Larenz/Wolf, s. 331, Nr. 52.

<sup>12</sup> Jean-Marc Schaller, *Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht*, Zürich, Dike Verlag, 2010, s. 259, Nr. 642; s. 261, Nr. 646.

<sup>13</sup> Larenz/Wolf, s. 331, Nr. 52.

<sup>14</sup> Oğuzman/Barlas, s. 227, Nr. 796.

<sup>15</sup> Tekinay, s. 187.

<sup>16</sup> Oğuzman/Barlas, s. 227, Nr. 796.

<sup>17</sup> Oğuzman/Öz, s. 626, Nr. 1903; Eren, s. 1419, Nr. 4049.

<sup>18</sup> Def'i, borçlanılan edimin özel bir sebebe dayanarak yerine getirilmesinden kaçınma imkânı

ileri sürülebilir; bir hakkın kullanılması söz konusu olduğundan hâkim zamanaşımını re'sen dikkate alamaz<sup>19</sup>.

Medenî usûl ve icra iflâs hukukunda, süreye bağlı hakların örneğine rastlamak pek mümkün olmasa da bu alanlarda hak düşürücü nitelikte süreler bulunur. Medenî usûl hukukunda hak düşürücü süreler, maddî hukuktaki hakları değil; usûl işlemlerine yönelik olarak usûlî süreci etkiler<sup>20</sup>. Öyle ki sürenin sonunda yapılması gereken işlem yapılmadığında, hak veya yetki artık kullanılamaz (HMK m. 361, I: Karar süresinde temyiz edilmezse temyiz hakkının sona ermesi<sup>21</sup>, tanık listesi süresinde verilmediğinde tanık dinletme hakkından vazgeçilmesi<sup>22</sup> gibi). İcra ve iflâs hukukuna ilişkin süreler de icra ve iflâs hukukunun işleyişi için düzenlenmiş olup hakkın özünü etkilemez<sup>23</sup>. Sözgelimi hacizden itibaren bir yıl içinde (İİK m. 106, I) satış talep edilmediği takdirde mal üzerindeki haciz kalkar (İİK m. 110). Medenî usûl ve icra iflâs hukukunda, kesin sürede işlem yapılmamasının sonucunda işlemi yapma

---

veren bir haktr. Def'i tanımı için bkz. Koller, s. 19, Nr. 2.65; Lehmann, s. 68; Oğuzman/Barlas, s. 306, Nr. 1009; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2014, s. 416; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2022, s. 371; Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 1209; Nomer, s. 29, Nr. 12; Nihat Yavuz, "Hukuk Davalarında, Davalının Savunma Vasıtaları", *Adalet Dergisi*, 1975, S. 5-6, s. 639-640; Alper Tunga Küçük, *Vakaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 108; Meltem Ercan Özler, *Medeni Usul Hukukunda Maddi Hukuka İlişkin Savunma Vasıtaları*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 63.

<sup>19</sup> Lehmann, s. 74; Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2020, s. 262, Nr. 12; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1032; Oğuzman/Öz, s. 626, Nr. 1903; Oğuzman/Barlas, s. 228, Nr. 799, s. 306-307, Nr. 1010, 1012; H. Yavuz Alangoya/M. Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 8. Baskı, Beta Yayınları, 2011, s. 255; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s. 1210; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, 2022, s. 208; Nomer, s. 29, Nr. 12; s. 30, Nr. 12.2; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Turhan Kitabevi, 2021, s. 1109; Nedim Meriç, "Zamanaşımı Def'ine İlişkin Bazı Medeni Yargılama Hukuku Meseleleri", *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. I, Yetkin Yayınları, 2009, s. 679, 690; Yavuz, s. 641; Küçük s. 108.

<sup>20</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 183; Efe Direnisa, *Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşaması*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 231; Anıl Köroğlu, *Medeni Usul Hukukunda Sürelere İlişkin Esaslar*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 8.

<sup>21</sup> Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. V, 2. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, 2001, s. 5433; Baki Kuru/Burak Aydın, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. I-II, Yetkin Yayınevi, 2021, s. 1640.

<sup>22</sup> Güray Erdönmez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 467.

<sup>23</sup> Köroğlu, s. 5-6.



hakkı ortadan kalktığından, maddî hukuk anlamında bir itiraz sebebi ortaya çıkmamakla birlikte, dava açma süresi bakımından kimi zaman farklı sonuçlar ortaya çıkabilir<sup>24</sup>.

## II. HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRENİN MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA NİTELİĞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Medenî usûl hukukunda hak düşürücü sürelerin niteliğine ilişkin görüşlerin itiraz ve dava şartı olarak şekillendiği görülür. Hâkim görüş tarafından hak düşürücü sürenin geçmesiyle hakkın sona ermesine yol açan vakıanın itiraz olduğu kabul edilmektedir<sup>25</sup>. Zira hak düşürücü süre sona erdiğinde, buna bağlı sonuçlar kendiliğinden ortaya çıkar ve hakkın sona ermesi bir vakıa teşkil eder<sup>26</sup>. Şu var ki itiraz temelini oluşturan vakıalar, hukukî sonuçlarını kendiliğinden ortaya çıkardıkları<sup>27</sup>, def'ilerden farklı olarak borçlu tarafından bir hakkın kullanılması olarak ileri sürülmedikleri<sup>28</sup> için taraflar ileri sürmese de hâkim itirazları (ve hak düşürücü sürenin geçtiğini) re'sen dikkate alır<sup>29</sup>. Ancak itirazın dikkate alınması, itiraz temelindeki vakıaların mahkemeye taraflarca getirilmesi ve bu vakıaların çekişmesiz olması veya ispat edilmesi hâlinde mümkündür<sup>30</sup>. Bu anlamda dava dosyasında yer alan açıklamalardan

<sup>24</sup> Bkz. aşa. III, B, 2.

<sup>25</sup> Larenz/Wolf, s. 360, Nr. 54, s. 331, Nr. 52; Neuner, s. 282, Nr. 6, s. 263, Nr. 19; Schaller, s. 264, Nr. 654; Kuru, C. II, s. 1839; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1032; Tekinay, s. 183-184; Oğuzman/Barlas, s. 227, dn. 415; s. 305, Nr. 1007; Ejder Yılmaz, "Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler", *Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8, 2013, s. 3168; Eren, s. 1420, Nr. 4051; Nomer, s. 29, Nr. 12, s. 477, Nr. 211; Ayan, s. 21; Erdem, s. 27; Ercan Özler, s. 53-54.

<sup>26</sup> Eren, s. 1420, Nr. 4051.

<sup>27</sup> Küçük, s. 106.

<sup>28</sup> Larenz/Wolf, s. 259, Nr. 50; Eren, s. 1420, Nr. 4051; Küçük, s. 106.

<sup>29</sup> Arwed Blomeyer, *Zivilprozessrecht*, Springer Verlag, 1963, s. 281; Lehmann, s. 73; Larenz/Wolf, s. 359, Nr. 50; Neuner, s. 282, Nr. 6; Kuru, C. II, s. 1770; Kuru/Aydın, *El Kitabı*, s. 491; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1032; Tekinay, s. 185, 187; Oğuzman/Öz, s. 626, Nr. 1903; Berki, s. 102; Oğuzman/Barlas, s. 227, dn. 415; s. 305, Nr. 1008; Umar, *Şerh*, s. 417; Eren, s. 1420, Nr. 4051; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 372; Yılmaz, s. 3168; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s. 1208; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, 2022, s. 390; Nomer, s. 29, Nr. 12.2; Erdem, s. 27; Yavuz, s. 642; Küçük, s. 105; Ercan Özler, s. 136.

<sup>30</sup> Larenz/Wolf, s. 359, Nr. 50; Neuner, s. 262, Nr. 12. İtirazın ispatının taraflarca yerine getirilmesi gerektiği hususunda bkz. Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s. 1209. Dava dosyasından anlaşılabilen ve anlaşılabilen itirazların ileri sürülmesi hususunda bkz. Ercan Özler, s. 134 vd. Dava dosyasından anlaşılabilen itirazların ileri sürülmesine ilişkin farklı yöndeki görüşler ve Yargıtayın itirazların her zaman ileri sürülebileceği yönündeki görüşü için bkz. Küçük,

hak düşürücü sürenin geçtiği anlaşılırsa hâkim itirazı re'sen dikkate alarak karar verir<sup>31</sup>.

Hak düşürücü sürelerin dava şartı olduğu görüşüne göre<sup>32</sup> hak düşürücü süre geçtiğinde dava esastan incelenemeyeceğinden, hak düşürücü süreyi olumsuz dava şartı olarak kabul etmek gerekir<sup>33</sup>. Ayrıca bu durum her dava için düzenlenmediğinden özel nitelikteki dava şartı olarak değerlendirilir<sup>34</sup>. Hak düşürücü sürenin sona ermesi halinde, davalının davanın görülmesine onay vermesinin etkisi olmaksızın, hâkimin davayı reddetmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>35</sup>.

### III. DEĞERLENDİRME

#### A. Genel Olarak

Hak düşürücü sürelerin, her durumda geçerli olacak şekilde, itiraz ya da dava şartı olduğunu söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Bu çalışmada kanunlarda düzenlenen hak düşürücü sürelerden birkaçı örnek gösterilerek, hak düşürücü sürelerin dava şartı veya itiraz teşkil etmesine yönelik birtakım esaslar tespit edilmektedir. Bu tespiti yaparken dava şartı ve itiraz kavramına değinilmekte, söz konusu açıklamalarla ilişkili olarak hak düşürücü sürelerin niteliği izah edilmektedir.

#### B. Dava Şartı Bakımından Değerlendirme

##### 1. Dava Şartı Kavramı

Dava şartları (davanın mesmu/dinlenebilir olması şartları) bir davanın esastan incelenebilmesi ve dava hakkında esasa ilişkin karar verilebilmesi için varlığı (olumlu dava şartları) veya yokluğu (olumsuz dava şartları) gerekli olan hususlar olarak tanımlanabilir<sup>36</sup>. Bu şartlar, maddî hukuka ait olmayıp;

---

s. 106-107.

<sup>31</sup> Umar, *Şerh*, s. 455; Oğuzman/Barlas, s. 305-306, Nr. 1008.

<sup>32</sup> Bu görüşte bkz. Özcan Atalay, "Dava Şartı", *Ankara Barosu Dergisi*, (6), 1980, s. 686; Bulut, s. 780.

<sup>33</sup> Bulut, s. 780.

<sup>34</sup> Bulut, s. 780.

<sup>35</sup> Atalay, Ö, s. 686.

<sup>36</sup> Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, C.H. Beck Verlag, 2018, s. 558, Nr. 1-2; Blomeyer, s. 191; Ekkehard Becker Eberhard, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vor § 253, Nr. 3-4, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2020; Kuru,

tamamen usûlî nitelik taşır<sup>37</sup>. Böylece dava şartı noksanlığı hâlinde davanın usûlden reddine karar verilir (HMK m. 115, II). Bununla birlikte usûl işlemlerinin unsurları dava şartları arasında yer almaz; mesela, ihbarın, fer'i müdahalenin, duruşmaya davet edilmenin unsurları dava şartları olarak kabul edilmez<sup>38</sup>.

Maddî hukuka ilişkin kanunlarda düzenlenen dava şartlarından bahsetmek mümkün olmakla beraber<sup>39</sup>, dava şartları, maddî hukuk bakımından talebin ileri sürülebilmesi için gerekli olan unsurlar değildir<sup>40</sup>. Şöyle ki bu şartlar, tarafların dava dışındaki durumlarını etkileyici niteliğe sahip değildir; maddî hukuktaki taleplerin davada ileri sürülmesine ilişkindir<sup>41</sup>. Sözelimi ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanmak için ayıp ihbarının yapılmış olması esasa ilişkin olup dava şartı niteliğinde değildir<sup>42</sup>.

HMK m. 114'te düzenlenen hususlar, genel dava şartı olarak adlandırılır. Maddenin ikinci fıkrasında diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklı tutulmuş olup bunlar özel dava şartı olarak ifade edilir<sup>43</sup>. Özel dava şartı tespit edilirken, bunun davanın esasının incelenmesine engel teşkil edip etmediği göz önünde bulundurulmalıdır<sup>44</sup>. Bu hususun hâkim tarafından

C. III, s. 1343-1344; Kuru, *El Kitabı*, s. 379; Baki Kuru, "Dava Şartları", *Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan*, Ajans Türk Matbaası, 1964, s. 111; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, 2000, s. 280-281; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 190; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 332; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, s. 927; Isaak Meier, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Schulthess Juristische Medien, 2010, s. 247; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2021, s. 679; Atalı/Ermenek/Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 316; Budak/Karasslan, s. 169; L Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 204; Atalay,Ö, s. 686; Küçük, s. 98; Harun Bulut, *Yargıtay İçtihatları Işığında Adli Yargıda Dava Şartları*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 20-21.

<sup>37</sup> Schaller, s. 86, Nr. 202.

<sup>38</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 558, Nr. 3; Bernhard Wiczorek/Rolf A Schütze/Dorothea Assmann, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, vor § 253, s. 16, Nr. 33, 4. Auflage, Vierter Band, §§253-299a, Walter de Gruyter, 2013; Becker-Eberhard, vor § 253, Nr. 5.

<sup>39</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 322.

<sup>40</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 316; Küçük, s. 98. Maddî hukuka ilişkin dava şartlarının hak veya borcun talep edilebilirliğiyle ilgili olduğuna ilişkin bkz. Üstündağ, s. 283-286.

<sup>41</sup> Reiner Martin, *Prozessvoraussetzungen und Revision*, Heymanns Verlag, 1974, s. 40.

<sup>42</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 316.

<sup>43</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 342; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s. 927, 950; Küçük, s. 98-99.

<sup>44</sup> Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s. 950.

re'sen dikkate alınabilmesinin mümkün olması, her zaman olmasa da, onun dava şartı olduğu düşüncesini haklı kılabilmektedir<sup>45</sup>.

## 2. Dava Şartı Olarak Hak Düşürücü Süre

Kanun koyucu birçok durumda dava açılmasına yönelik süreler belirlemiştir. Örneğin TMK m. 989, I ile taşınır iradesi dışında elinden çıkan zilyetin, iyi niyetli zilyete karşı beş yıllık süre zarfında taşınır davası açması gerekir. Dava açma sürelerinin zamanasını süresi mi yoksa hak düşürücü süre mi olduğunu tespit etmek için kurumun niteliği ve süre koyan hükmün amacı dikkate alınmaktadır<sup>46</sup>. Genel olarak alacak hakkına ilişkin bir talep söz konusuysa dava açma süresinin zamanasını süresi olduğu, buna karşın yenilik doğuran hakların kullanılmasına ilişkin sürenin hak düşürücü olduğu ifade edilmektedir<sup>47</sup>. Çalışmamızda bu ayrım üzerinde durulmaksızın, dava açmaya yönelik sürelerin hak düşürücü nitelikte olduğu durumlar ele alınmaktadır<sup>48</sup>.

Sürenin maddî hukuka mı usûl hukukuna mı ait olduğunun belirlenmesi, ilgili sürenin etkili olduğu alana göre yapılır<sup>49</sup>. Şöyle ki ilgili süre etkilerini maddî hukuk alanında doğuruyorsa maddî hukuk süresi, usûl hukuku alanında doğuruyorsa usûlî süre söz konusu olmaktadır<sup>50</sup>. Sürenin sona ermesi her iki alanı da etkiliyorsa asıl etkinin hangi alanda meydana geldiğine göre belirleme yapılır<sup>51</sup>. Bu çerçevede dava açma sürelerinin maddî hukuka mı usûl hukukuna mı ait olduğu belirlenirken sürenin sona ermesinin ortaya çıkardığı etki esas alınmalıdır<sup>52</sup>. Şayet dava açma süresinin sona ermesi, maddî hukukta bir hak

---

<sup>45</sup> Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s. 950.

<sup>46</sup> Oğuzman/Öz, s. 627, Nr. 1905; Oğuzman/Barlas, s. 229, Nr. 800.

<sup>47</sup> Oğuzman/Öz, s. 627, Nr. 1905; Nomer, s. 476-477, Nr. 211.

<sup>48</sup> Dava açma sürelerinin hak düşürücü süre olduğuna ilişkin bkz. Friedrich Stein/Martin Jonas/Herbert Roth, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vor § 253, 23. Auflage, Band 3, Mohr Siebeck, 2016, s. 775, Nr. 169; Max Vollkommer, "Begründet die Dreiwochenfrist des § 3 des Kündigungsschutzgesetzes eine besondere Prozessvoraussetzung oder ist sie eine materiellrechtliche Frist? Ein Betrag zur Lehre von den Klagefristen", *AcP*, 1962/4, 161, s. 335.

<sup>49</sup> Stein/Jonas/Roth, vor § 253, s. 775, Nr. 169; Vollkommer, s. 335; Köroğlu, s. 11. Sürelerin düzenlendiği yerin, her zaman, sürelerin ait olduğu alanı belirlemede yeterli olmadığı yönünde bkz. Blomeyer, s. 105-106.

<sup>50</sup> Blomeyer, s. 105-106; Vollkommer, s. 335

<sup>51</sup> Vollkommer, s. 335

<sup>52</sup> Stein/Jonas/Roth, vor § 253, s. 775, Nr. 169; Vollkommer, s. 335-336; Köroğlu, s. 10.

kaybı ortaya çıkarıyorsa sürenin maddî hukuka ait olduğu kabul edilmelidir<sup>53</sup>. Buna karşın dava açma süresinin usûl hukukuna ilişkin olduğu hâllerde, sürenin sona ermesinin hakkın özüne etkisi olmaz.

Hakkın özü etkilenmemekle beraber, dava açma süresinin usûl hukukuna ilişkin olduğu hâllerde sürenin sona ermesi hakkın dava edilebilirliğini ortadan kaldıracaktır<sup>54</sup>. Şöyle ki dava edilebilirlik noksanlığı, maddî hukukta esas hak mevcut olmasına rağmen talep hakkının dava konusu yapılamaması halinde söz konusudur<sup>55</sup>. Bu halde hak, dava dışında elde edilebilir olmakla beraber davada ileri sürülemez<sup>56</sup>. Zira esas hakkın ve talep hakkının varlığına karşın dava hakkı bulunmamaktadır. Diğer yandan dava hakkının sona ermesi, esas hakkın sona ermesine her zaman sebep olmaz<sup>57</sup>. Öyle ki dava açma süresinin sona ermesi, esas hakkı etkilemeyecek dava hakkını kaldırarak, esas hakkın dava edilebilirliğini sona erdirebilir ve davanın esasının incelenmesine mâni teşkil edebilir. Bu hâlde esas hak mevcudiyetini korur; dava dışında talep edilebilir ancak artık dava konusu yapılamaz. Çünkü dava açma süresinin sonunda dava hakkı ortadan kalktığından hak artık dava edilebilir değildir.

Dava edilebilirlik noksanlığının dava şartı mı olduğu yoksa esasa ilişkin bir mesele mi olduğu öğretilerde tartışmalıdır<sup>58</sup>. Esas hakkın maddî hukukta

<sup>53</sup> Stein/Jonas/Roth, vor § 253, s. 775, Nr. 169; Vollkommer, s. 335-336. Ayrıca bkz. Köroğlu, s. 10.

<sup>54</sup> Stein/Jonas/Roth, vor § 253, s. 776, Nr. 169; Wiczorek/Schütze/Assmann, vor § 253, s. 27, Nr. 66; Musielak/Voit/Foerste, vor § 253, Nr. 6; Vollkommer, s. 337. Tarafların dava açma süresine ilişkin sözleşme yapabilmelerinin mümkün olduğu, sözleşmede belirlenen dava açma sürelerinin def'i olarak ileri sürülebileceği hususunda bkz. Stein/Jonas/Roth, vor § 253, s. 777, Nr. 172; Wiczorek/Schütze/Assmann, vor § 253, s. 49, Nr. 121; Wolfgang Preibisch, *Aussergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit*, Berlin, Dunckel Humboldt, 1982, s. 197.

<sup>55</sup> Stein/Jonas/Roth, s. 747, Nr. 126; Vollkommer, s. 337; H. Özden Özkaya Ferendeci, "Dava Edilebilirlik Konusuna Genel Bir Bakış", *MÜHF-HAD*, 16(1-2), s. 234.

<sup>56</sup> Stein/Jonas/Roth, s. 747, Nr. 126; Musielak/Voit/Foerste, vor § 253, Nr. 6. Bu durumda hakkın takas, kefalet, rehin konusu yapılabileceği hususunda bkz. Stein/Jonas/Roth, s. 747, Nr. 126.

<sup>57</sup> *Karş.* İlhan E Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, 1975, s. 181. *Postacıoğlu*, bu durumun örneği olarak zamanaşımını göstermektedir (Postacıoğlu, s. 181).

<sup>58</sup> Dava edilebilirliğin dava şartı olduğu yönünde bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 535, Nr. 22; Wiczorek/Schütze/Assmann, vor § 253, s. 25, Nr. 60; Musielak/Voit/Foerste, vor § 253, Nr. 6; Üstündağ, s. 281-282; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s. 950; Özkaya Ferendeci, s. 234, 239. Alman hukukunda baskın görüşün dava edilebilirliği dava şartı olarak kabul ettiği yönünde bkz. Becker-Eberhard, vor § 253, Nr. 10. Esas hakkın varlığına rağmen dava hakkı

ileri sürülmesine (talep hakkına) rağmen dava konusu yapılamaması halinde ortaya çıkan dava edilebilirlik noksanlığı, davanın esasına girmeye engel teşkil ettiği için dava şartı olarak kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz<sup>59</sup>. Buna bağlı olarak, davanın usûlî dava açma süresi içinde açılmış olmaması, dava şartı noksanlığına sebep olur<sup>60</sup>. Zira bu sürenin kaçırılması, esas hakkı etkilemez; dava edilebilirlik noksanlığı ile usûl hukukunu ilgilendirir. Hâkim

bulunmuyorsa bu durum dava şartı teşkil eder. Ancak dava hakkının, hakkın mevcut olması/doğmamış olması/ortadan kalkmış olması sebebiyle bulunmadığı savunmasının esasa ilişkin olduğu yönünde bkz. Üstündağ, s. 275-276, 281. Maddî hukuka göre dava edilmesi mümkün olmayan bir talep söz konusu olduğundan dava edilebilirlik eksikliği esastan ret sebebi olmalıdır. Bu yönde bkz. Stein/Jonas/Roth, vor § 253, s. 776, Nr. 169; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 195-196. Aynı yönde bkz. ve karşı. Kuru, *El Kitabı*, s. 384. Umar, dava açma süresinin hak düşürücü süre olmasına rağmen, bu süreye uyulmamasını öğretti ve HMK m. 114'ün dava şartı olarak kabul etmemesinin isabetli olduğunu ifade etmiştir (Umar, *Şerh*, s. 455). “*Davacının, açtığı davaya ilişkin olarak, dava hakkı olmadığı için, davanın dinlenemeyeceğini ve davanın mesmu olmadığını süre ile sınırlı olmadan ve karşı tarafın muvafakatine tabi olmaksızın ileri sürerek, yani dava şartlarının mevcut olmadığı itirazında bulunarak...*” (Necmeddin M. Berkin, *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, 1981, s. 575). Davanın mesmu olmamasının (caiz olmaması) bir dava şartı mı olduğunun tartışmalı olduğu, dava şartı olmadığı, davayı incelemek için usûlî sorunlar başlığı altında, dava şartları, davanın mesmu olması (caiz olması) ve ilk itirazlar şeklinde bir ayırım içinde mesmu olmanın ayrı bir usûlî mesele olarak değerlendirilebilmesi hususunda bkz. Muhammet Özkes, “Muaccel Olmayan Alacak için Açılan Dava Usûlü mü Esası mı İlgilendirir? Yargıtay’ın Konuyla İlgili Çok Yeni Bir İBK Üzerine Kısa Değerlendirme, <https://www.hukukihaber.net/muaccel-olmayan-alacak-icin-acilan-dava-uslu-mu-esasi-mi-ilgilendirir-yargitayin-konuyla-ilgili-cok-yeni-bir-ibk-uzerine-kisa-degerlendirme>”, Erişim Tarihi 22 Kasım 2022.

<sup>59</sup> Bununla birlikte dava şartlarının maddî hukuktaki dava hakkı bulunmamasıyla (nişanlanmadan dolayı evlenmeye zorlama davası, kumar borcuna dayanarak alacak davası açılmaması gibi) karıştırılmaması gerekir. Bu yönde bkz. Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, 1960, s. 203.

<sup>60</sup> Wiczorek/Schütze/Assmann, vor § 253, s. 27, Nr. 66; Musielak/Voit/Foerste, vor § 253, Nr. 6; Becker-Eberhard, vor § 253, Nr. 10; Vollkommer, s. 334, 356. Usûlî/maddî dava açma süresi ayırımı yapmaksızın aynı yönde bkz. Preibisch, s. 197; Becker-Eberhard, vor § 253, Nr. 10. Özel hukuka ilişkin dava açma süreleri içerisinde dava açılmasının dava şartı olduğu hususunda bkz. Isaak Meier, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Schulthess Juristische Medien, 2010, s. 230, 522. Öğretide Umar, hak veya yetkinin dava içinde ileri sürülmesinin hak düşürücü süreye bağlanması halinde, sürenin sona ermesinin hakkın özüne dokunmayabileceğini veya hakkı sona erdirebileceğini ifade etmiştir. Süreye uyulmuş olmasının medenî usûl hukuku bakımından davanın dinlenme şartı işlevine sahip olduğunu belirtmiş, TMK m. 303, TMK m. 989 ve İİK m. 284 hükümlerini bu duruma örnek göstermiştir (Bilge Umar, “Hak Düşüren Süreye Uyulup Uyulmadığı Konusunda İsbat Yükünü Taşıyan Taraf”, *İÜHFİM*, 30 (3-4), 1964, s. 902-903).

bu noksanlığı re'sen dikkate alır<sup>61</sup> ve dava usûlden reddedilir<sup>62</sup>. Süre verilerek giderilebilecek bir noksanlık olmadığından dava başka bir işlem yapılmaksızın reddedilmelidir<sup>63</sup>. Bu hususu birkaç örnek üzerinden açıklamak konunun izahını kolaylaştırabilir.

Kadastro Kanunu m. 12, III hükmünde<sup>64</sup> yer alan on yıllık süre birçok Yargıtay kararına konu olmuştur. Bu hükümle mülkiyete ilişkin talepler yönünden hak düşürücü sürenin öngörülmüş olduğu, hak düşürücü sürenin dava şartı teşkil ettiği ve yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilmesi gerektiği yönünde kararlar tesis edilmiştir<sup>65</sup>. KK m. 12, III ile düzenlenen on yıllık sürenin Türk hukukunda aynî hakların süreyle sınırlandırılmamasının istisnalarından olduğu ifade edilmiştir<sup>66</sup>. Burada aynî hak, hak arama özgürlüğü bakımından sınırlanmaktadır. Zira bu düzenlemeyle kanun koyucu, dava hakkını kısıtlamış, on yıllık sürenin sonunda dava edilebilirliği kaldırarak kadastro işleminin artık uyumsuzluk konusu olmasını engellemek istemiştir<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> Preibisch, s. 198; Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, 1978, s. 386. *Karş. Umar, Şerh*, s. 455.

<sup>62</sup> Stein/Jonas/Roth, vor § 253, s. 776, Nr. 169.

<sup>63</sup> Willisegger, BSK Art. 220, s. 1197, Nr. 32.

<sup>64</sup> KK m. 12, III: “*Bu (kadastro) tutanaklarında belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılmaz.*”

<sup>65</sup> Yargıtay 1. HD. E. 2021/4165, K. 2022/1377, T. 22.2.2022; Yargıtay 1. HD. E. 2022/7934, K. 2023/717, T. 9.2.2023; Yargıtay 5. HD., E. 2022/13748, K. 2023/756, T. 25.1.2023; Yargıtay 1. HD. E. 2021/5877, K. 2022/1375, T. 22.2.2022; Yargıtay 1. HD. E. 2021/6817, K. 2023/550, T. 26.1.2023; Yargıtay 16. HD. E. 2015/13119, K. 2016/1692, T. 23.2.2016; Erzurum BAM 2. HD. E. 2019/243, K. 2020/55, T. 24.1.2020; Diyarbakır BAM, 5. HD. E. 2020/473, K. 2020/426, T. 15.10.2020; Van BAM 2. HD. E. 2020/326, K. 2020/315, T. 16.9.2020 (Lexpera). “*On yıllık süre kamu düzenine ilişkin olup, hak düşürücü niteliktedir ve olumsuz dava koşuludur. Hak düşürücü sürenin geçmesi, işin esasının incelenmesini önler. Hak düşürücü süre tüm def’i ve itirazlardan önce göz önünde bulundurulur. Yargılama bitinceye kadar hak düşürücü sürenin geçtiği taraflarca ileri sürülebileceği gibi, görevden ötürü hakim tarafından da kendiliğinden dikkate alınır.*” Yargıtay 7. HD. E. 2021/5944, K. 2021/2205, T. 21.10.2021. Aynı yönde bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2011/2507, K. 2011/6467, T. 01.12.2011; Yargıtay 8. HD. E. 2010/2886, K. 2011/180, T. 20.01.2011. KK m. 12, III’teki sürenin maddî hukuka ilişkin dava şartı olduğu hususunda bkz. Yargıtay 16. HD., E. 2020/10554, K. 2021/2317, T. 10.3.2021 (Lexpera).

<sup>66</sup> Nomer, s. 477, Nr. 211.

<sup>67</sup> Anayasa Mahkemesi KK m. 12, III’ün Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir. “*Mülkiyet hakkının sağlıklı temellere oturtulmasını isteyen yasakoyucu, ayrıca kadastro plânlarının düzenlenmesine büyük önem vererek bunların gerçekleşmesi yolu ile kamu düzenini kurmaya ve korumaya yönelmiştir. Uygulama sonunda saptanan durumun, belli süre geçtikten sonra eski olaylara dayanılarak uyumsuzluk konusu yapılması istenilmemiş ve bunda*

TMK m. 989, I ile taşınırı iradesi dışında elinden çıkan zilyetin, iyi niyetli zilyete karşı beş yıllık süre zarfında taşınır davası açma hakkı düzenlenmiştir. Hak düşürücü süre niteliğindeki beş yılın sona ermesi, zilyetin taşınır davası açma hakkını ortadan kaldırır. Burada zilyet mülkiyet hakkına sahipse taşınır davası açma hakkını kaybetmiş olsa da istihkak davası açabilir<sup>68</sup>. Çünkü hak düşürücü sürenin sona ermesi, mülkiyet hakkını sona erdirmez. Bu durumda taşınır davasının süresinden sonra açılması hâlinde dava şartı noksanlığı söz konusu olur.

Çekişmesiz yargı işlerinde de mahkemeye başvurma süresi öngörülmuş olabilir. Örnek olarak, Türk Ticaret Kanunu m. 82, VII'ye bir tacirin saklamakla yükümlü olduğu defter ve belgeler zıyaa uğrarsa tacir, zıyayı öğrendiği tarihten itibaren otuz gün içinde kendisine bir belge verilmesini çekişmesiz yargı işi olarak mahkemeden isteyebilir. Söz konusu sürenin sona ermesi, dava (yargılama) şartındaki noksanlıktır ve talebin reddini gerektirir<sup>69</sup>.

Dava açma süresinin sona ermesiyle dava edilebilirliğin ortadan kalkması örneklerine icra ve iflâs hukukunda da rastlanmaktadır. Sözgelimi itirazın iptali davası açmak için öngörülen itirazın tebliğinden itibaren bir yıllık sürenin (İİK m. 67, I)<sup>70</sup> sona ermesiyle maddî hukuka ilişkin hak, dava edilebilir olmaya devam etmektedir. Ancak icra hukukuna özgü itirazın iptali davası açma hakkı o takip bakımından sona ermektedir. Sıra cetveline itiraz davasının cetvelin ilanından itibaren on beş gün (İİK m. 235, I)<sup>71</sup> içinde açılması veya itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün (İİK m. 69, II) içinde borçtan kurtulma davasının açılması da bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bir diğer örnek İİK m. 284'te tasarrufun iptali davası açılması için öngörülen beş yıllık süredir. Söz konusu davaların süresinde açılmaması

---

*kamu düzeni yönünden yarar görülmüştür. Bu kuralla getirilen sınırlama, mülkiyet hakkına değil, hak arama özgürlüğüne ilişkindir. Mülkiyet kavramını değiştirmeyen, yapısını daraltmayan, bağıni ortadan kaldırmayan, kullanılıp yararlanılmasını engellemeyen, ancak ona bağlı hakların kullanılma süresini düzenleyen kurallar doğrudan hakka yönelik değildir; incelenen düzenlemeyle kısıtlanan, mülkiyet hakkı değil, dava açma hakkı, başvuru hakkıdır.”* AYM, E. 1991/9, K. 1991/36, 08.10.1991 (09.05.1992 tarihli ve 21223 sayılı Resmî Gazete).

<sup>68</sup> Halûk N Nomer/Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 78, Nr. 231.

<sup>69</sup> Bursa BAM 5. HD., E. 2021/1865, K. 2021/1389, T. 19.10.2021 (Lexpera).

<sup>70</sup> Bir yıllık sürenin hak düşürücü olduğuna ilişkin bkz. Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. I-II, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013, s. 395; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, 2022, s. 149.

<sup>71</sup> Bu sürenin hak düşürücü süre olduğuna dair bkz. Muşul, s. 1649.



icra ve iflâs hukukunu etkileyecek sonuçlar ortaya çıkarır<sup>72</sup>. Böylece bu davaların hak düşürücü süre içinde açılmaması, dava edilebilirliği icra ve iflâs hukuku bakımından kaldırarak dava şartı noksanlığına sebep olur<sup>73</sup>.

Bu başlık altında, dava açma süresi usûl hukukuna ait olmakla birlikte, sürenin sona ermesinin dava edilebilirliği etkilememe ihtimaline de değinmek gerekir. Örneğin ihtiyati tedbirin uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde dava açılmazsa ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkar (HMK m. 397, I). Burada tedbir kalkmakla beraber, dava açma süresinin sona ermesi, dava hakkını sona edirmemektedir. Söz konusu olan, hak düşürücü sürede davanın açılmamasıyla, medenî usûl hukukunu etkileyen bir sonucun ortaya çıkmasıdır. Aynı şekilde karşı davanın cevap dilekçesi verme süresinden sonra açılması halinde, karşı dava hakkında ayırma kararı verilir (HMK m. 133)<sup>74</sup>. Karşı dava açma süresinin sona ermesi, karşı davanın konusunun dava edilebilir olması üzerinde etki doğurmaz.

<sup>72</sup> Sıra cetveline itiraz davasında davacı lehine karar verilirse sıra cetvelinin yeniden düzenlenmesi gerekir (Kuru, *El Kitabı*, s. 1339; Muşul, s. 1653; Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 613). Borçtan kurtulma davası süresinde açılırsa geçici kaldırma kararının sonuçlarının icrası davanın sonuna kadar ertelenir (İİK m. 68/a, VI).

<sup>73</sup> Bkz. ve karşı. Muşul, s. 386. “*İtirazın iptali davası için öngörülen söz konusu 1 yıllık hak düşürücü süre, 6100 sayılı HMK’nun 114/2 maddesi uyarınca dava şartı hükmünde olup, mahkemelerce resen gözetilir.*” Antalya BAM, 3. HD., E. 2022/822 K. 2022/773 T. 22.4.2022. Bir yıllık sürenin özel dava şartı niteliği hakkında bkz. Gaziantep BAM 11. HD., E. 2022/1447, K. 2022/1496, T. 12.10.2022 (Lexpera). İtirazın iptali davası açmak için öngörülen bir yıllık sürenin dava şartı olduğu yönünde bkz. Muşul, s. 395. “*Davacılar vekilinin İİK.235.madde ve 223/3.maddesinde belirtilen 15 günlük hak düşürücü süre içinde davayı açmadığı dosya kapsamından anlaşılmıştır.İlk derece mahkemesince...15 günlük hak düşürücü süre geçirildikten sonra dava açıldığı görüldüğünden, HMK’nun 114/2 maddesinde düzenlenen diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin noksanlık bulunduğundan, HMK’nun 115/2. maddesi gereğince davanın usulden reddine şeklinde karar verilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmadığı...*” Sakarya BAM 7. HD., E. 2022/652, K. 2023/558, T. 31.3.2023 (Lexpera). İhalenin feshi talebinin süre sonunda ileri sürülmesi hâlinde talebin usulden reddilmesi gerektiği hususunda bkz. Muşul, s. 887. Yedi günlük süreden sonra açılan borçtan kurtulma davasının reddedilmeyip bu davaya normal bir menfi tespit davası olarak devam edilebileceği hususunda bkz. Kuru, *El Kitabı*, s. 330. Şikâyet için kabul edilen yedi günlük sürenin hak düşürücü süre olduğu, yedi günlük sürenin sona ermesine rağmen icra mahkemesine başvurulması hâlinde bunun esasa girmeden usulden ret sebebi olduğu yönünde bkz. Muşul, s. 94-95. Süreye uyulmuş olmasının medenî usûl hukuku bakımından davanın dinlenme şartı işlevine sahip olduğu örneği olarak İİK m. 284 için bkz. Umar, *Hak Düşüren Süre*, s. 902-903. Tasarrufun iptali davasının iptale tâbi tasarruf işleminin yapıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde açılmaması halinde dava hakkının düştüğü ve usûlî bir kararla reddedilmesi gerektiği hususunda bkz. Muşul, s. 1832.

<sup>74</sup> Süresinden sonra karşı dava açıldığında, birleştirme şartları mevcut değilse ayırma kararı verilmesi gerektiği yönünde bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 399-400.

Özetle, hak düşürücü sürenin usûl hukukuna ait olduğu durumlarda, sürenin sona ermesi, dava açma hakkını ortadan kaldırmakla beraber maddî hukuktaki hakkın özünü etkilemez. Hak mevcut olmakla birlikte, hak düşürücü sürenin sona ermesiyle dava edilebilirlik ortadan kalktığından, artık o uyuşmazlık mahkemelerin önüne getirildiğinde dava şartı noksanlığından usûlden ret kararı verilir. Bununla birlikte sürenin sona ermesi, icra ve iflâs hukukuyla sınırlı şekilde dava edilebilirliği ortadan kaldırabilir. Bu durumda, genel hükümlere göre uyuşmazlık yargı mercilerine intikal edebilir. Ne var ki söz konusu ihtimâlde, icra ve iflâs hukukunda öngörülen sonuçlar ortaya çıkmaz. Ayrıca dava açma süresinin sona ermesi, usûl hukukuna ilişkin birtakım sonuçlara sebep olmakla beraber dava edilebilirliği ortadan kaldırmayabilir. Dava edilebilirliğin sona ermediği bu durumlarda dava şartı noksanlığından bahsedilmez.

### C. İtiraz Bakımından Değerlendirme

#### 1. İtiraz Kavramı

İtiraz, bir hakkın doğmasına engel olan ya da hakkı sona erdiren vakialardır<sup>75</sup>. Hakkın doğmasını engelleyici itirazlar, unsurlarının varlığına rağmen talebin baştan itibaren mevcut olmaması sonucunu doğurur<sup>76</sup>. Hukukî işlemdeki geçersizlik bu yöndeki itirazlardandır<sup>77</sup>. Diğer yandan hak mevcut olmasına rağmen sonradan gerçekleşen bir vakia ile ortadan kalkabilir<sup>78</sup>. Bu

---

<sup>75</sup> Koller, s. 19, Nr. 2.67; Lehmann, s. 73-74; Larenz/Wolf, s. 359, Nr. 50; Neuner, s. 262, Nr. 12; Schaller, 51, Nr. 122; Kuru, C. II, s. 1769; Tekinay, s. 183; Oğuzman/Barlas, s. 305, Nr. 1007; Üstündağ, s. 343; Umar, *Şerh*, s. 415; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 371; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, s. 1208; Tanrıver, s. 725; Atalı/Ermenek/Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, s. 390; Budak/Karaaslan, s. 207; Nomer, s. 29, Nr. 12; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 264; Yavuz, s. 639; Küçük, s. 104; Ercan Özler, s. 52-53. Hakkı sınırlandıran vakiaların da itiraz niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. Nomer, s. 29, Nr. 12.

<sup>76</sup> Larenz/Wolf, s. 359, Nr. 51. *Karş.* Umar, *Şerh*, s. 415; Küçük, s. 104.

<sup>77</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 611, Nr. 10; Larenz/Wolf, s. 359, Nr. 52; Neuner, s. 263, Nr. 15; Blomeyer, s. 280; Oğuzman/Barlas, s. 305, Nr. 1007; Üstündağ, s. 344; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 372; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, s. 1208; Nomer, s. 29, Nr. 12; Küçük, s. 104; Yavuz, s. 639; Ercan Özler, s. 52.

<sup>78</sup> Larenz/Wolf, s. 360, Nr. 54; Neuner, s. 263, Nr. 17; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 372; Umar, *Şerh*, s. 415; Küçük, s. 104.

yöndeki itirazlara ifa<sup>79</sup>, ibra<sup>80</sup>, ifa imkânsızlığı<sup>81</sup> örnek olarak gösterilebilir<sup>82</sup>.

## 2. İtiraz Olarak Hak Düşürücü Süre

Dava hakkı, kimi zaman asıl hak olmaksızın bulunsa da<sup>83</sup>, çoğunlukla asıl hakka dayanır<sup>84</sup>. Bunun sonucunda asıl hak sona erdiğinde talep hakkı ve artık o hakka ilişkin dava hakkı da ortadan kalkar<sup>85</sup>. Böylece hak düşürücü süre sonunda, asıl hak sona erdiğinde dava hakkı da mevcut olmaz<sup>86</sup>. Öyle ki dava, dava edilebilirlik noksanlığı gerekçesiyle usûlden reddedilmez; hakkın sona ermesi sebebiyle esastan reddedilir. Zira hakkın mevcut olup olmaması esası ilgilendirir<sup>87</sup>. Burada esasa dair verilen kararın dayanağı, hakkın ortadan kalkmasının itiraz teşkil etmesidir<sup>88</sup>.

Esas hakkı etkileyen hak düşürücü sürelerle eşya hukukundan örnek olarak, ön alım hakkının kullanılmasına ilişkin süreler verilebilir. Ön alım hakkının kullanılması için gereken üç ay ve iki yıllık süreler sona erdiğinde ön alım hakkı ortadan kalkmış olacağından (TMK m. 733, IV; m. 734, I), dava açma süresi maddî hukuka ait kabul edilir. Sürenin geçmesiyle esas hak sona erdiğinden bu durum, itiraz teşkil eder ve itiraz sebebiyle davanın esastan reddedilmesi gerekir<sup>89</sup>. Bu hâlde, dava açma süresinin sona ermesi dava hakkını tek başına sona erdirmeyip esas hakkı da sona erdirdiğinden

<sup>79</sup> Blomeyer, s. 280; Üstündağ, s. 344; Umar, *Şerh*, s. 415; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 264; Nomer, s. 29, Nr. 12; Küçük, s. 104. Borcun ödenmesinin hakkı sona erdiren itiraz teşkil ettiği yönünde bkz. Oğuzman/Barlas, s. 305, Nr. 1007; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 372; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, s. 1208; Yavuz, s. 639-640.

<sup>80</sup> Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, s. 1208; Küçük, s. 104; Yavuz, s. 640.

<sup>81</sup> Üstündağ, s. 344; Umar, *Şerh*, s. 415; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, s. 1208; Küçük, s. 104.

<sup>82</sup> Larenz/Wolf, s. 360, Nr. 54; Neuner, s. 263, Nr. 18; Ercan Özler, s. 53.

<sup>83</sup> Menfi tespit davasında olduğu gibi (Üstündağ, s. 268; Tanrıver, s. 497).

<sup>84</sup> Postacıoğlu, s. 180, 181; Üstündağ, s. 270; Tanrıver, s. 497.

<sup>85</sup> Postacıoğlu, s. 181.

<sup>86</sup> Tekinay, s. 187; Kılıçoğlu, s. 1108.

<sup>87</sup> Üstündağ, s. 281. Talebin maddî hukuk bakımından ileri sürülmesindeki eksikliğin (tam olmayan talepler) esasa dair olduğu, maddî hukukta talebin ileri sürülmesinde eksiklik olmakla beraber dava edilememesinin usûle ilişkin olduğu tartışması için bkz. Stein/Jonas/Roth, s. 127, Nr. 747. Bu hususta bkz. Özkaya Ferendeci, s. 234.

<sup>88</sup> Bernhard Berger/Andreas Güngerich, *Zivilprozessrecht*, Stämpfli Verlag, 2008, s. 181, Nr. 555.

<sup>89</sup> *Karş.* Wiczorek/Schütze/Assmann, vor § 253, s. 49, Nr. 120; Stein/Jonas/Roth, vor § 253, s. 776, Nr. 169; Köroğlu, s. 10.

dava şartı noksanlığından bahsedilmez. Bir diğer örnek olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesinde düzenlenen bir yıllık süre verilebilir. Her ne kadar bu sürenin dava şartı olduğu ileri sürülse de<sup>90</sup>, taraf, bu süre içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse sözleşmeyi onamış sayılır. Bu sürenin sonunda iptal hakkı sona erer. İptal hakkı sona erdiği için sözleşmeyle bağlı olmadığına ya da verdiği şeyi geri istemeye yönelik açılan dava da esas hak ortadan kalktığı için itiraz sebebiyle reddedilir<sup>91</sup>. Aile hukukundan örnek olarak, ananın doğumdan başlayarak bir yıl içinde babalık davası açması verilebilir (TMK m. 303). Bu süre sona erdikten sonra ana babalık davası açarsa davanın esastan reddi gerekir<sup>92</sup>. Zira ana, sürenin sona ermesi üzerine babanın, velayetten ve soybağından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesini artık isteyemez.

Süreye bağlı hak söz konusu olduğunda<sup>93</sup>, süre sona erince esas hak ve buna bağlı olarak dava hakkı da ortadan kalkar. Esas hakkın sona ermesi, maddî hukuka ilişkin savunma sebebi olarak itiraz teşkil eder ve dava esastan reddedilir. Dolayısıyla süreye bağlı hakta dava edilebilirlik ve dava şartı tartışması yapılmaz. Burada esas hak olmadığından dava hakkı da bulunmadığından, yine bir dava şartı noksanlığı olduğu ve davanın ön inceleme aşamasında usûlden reddedilmesi gerektiği akla gelebilir. Ancak süreye bağlı hakta dava hakkının sona ermesi, esas hakkın sona ermesi sebebiyledir; yoksa dava hakkı, haktan bağımsız olarak ortadan kalkmış değildir ve tek başına davanın reddi sebebi teşkil etmez. Böylece süreye bağlı hakkın sona erdiğinin tespiti, davanın esasına girilerek yapılır.

<sup>90</sup> “[...] Düzenlenen bir yıllık süre hak düşürücü süredir. Kanunda belirtilen 1 yıllık hak düşürücü süre, olumsuz dava koşulu ve niteliği itibarıyla kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle, bir davada hak düşürücü sürenin bulunup bulunmadığının davaya bakan hakim tarafından, tarafların istemi olmasa bile res’ en göz önünde bulundurulması zorunludur.” Samsun BAM 1. HD., E. 2022/1946, K. 2022/2421, T. 12.10.2022 (Lexpera).

<sup>91</sup> İradesi fesada uğrayan kimsenin hukuki işlem ile bağlı olmadığı, süresinde iptal hakkını kullanmazsa işleme icazet vermiş sayılacağı, süreye uyulmadığını ve bu şekilde işleme icazet verildiğini ileri süren tarafın ispat yükü taşıdığı hususunda bkz. Umar, Hak Düşüren Süre, s. 908. Bir yıllık sürenin sona ermesinin iptal hakkını ve dava hakkını ortadan kaldırdığı, hakkı sona erdiren itiraz teşkil ettiği yönünde bkz. Ercan Özler, s. 53-54.

<sup>92</sup> Babanın bir yıllık sürenin (TMK m. 289/ZGB Art. 256c) sona ermesinin ardından soybağının reddi davası açması hâlinde esastan ret kararı verilmesi gerektiği hususunda bkz. Stehli, ZGB Art. 256c, Nr. 536. TMK m. 289 hükmündeki sürenin sona ermesinin itiraz niteliği açısından bkz. Ercan Özler, s. 54. TMK m. 286, I’ın Anayasa Mahkemesi tarafından iptaline ilişkin karar için bkz. AYM, E. 2023/37, K. 2023/140, T. 26.07.2023; 20.10.2023 tarihli 32345 numaralı Resmi Gazete.

<sup>93</sup> Bkz. yuk. I.

Öte yandan zamanaşımı süresinin sona ermesi, esas hakkı ya da dava hakkını etkilemez. Şöyle ki zamanaşımı hakkın kendisini sona erdirmemekle birlikte<sup>94</sup>, zamanaşımı def'inin ileri sürülmesiyle, hakkın davayla elde edilme imkânı artık kalmamaktadır<sup>95</sup>. Asıl olarak zamanaşımı, öğretide ifade edilenin aksine<sup>96</sup> ve diğer eksik borçlardan farklı olarak<sup>97</sup>, alacaklının dava hakkını sona

<sup>94</sup> BSK OR I-Schulin/Vogt, Art. 63, s. 534, Nr. 6; Eren, s. 1420, Nr. 4051; Oğuzman/Öz, s. 21, Nr. 70; Postacıoğlu, s. 181; Nomer, s. 478, Nr. 211.3; Kudret Güven, "Eksik Borçlar, Temel Özellikleri ile Hüküm ve Sonuçları Üzerine İnceleme", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(2), 2016, s. 51; Kılıçoğlu, s. 1106.

<sup>95</sup> Eren, s. 1481, Nr. 4046; Nomer, s. 481, Nr. 211.11. Zamanaşımı def'i ile alacağın devlet organları ile talep edilmesi imkânının borçlunun iradesine bırakıldığı yönünde bkz. Ayan, s. 22, 23; Ahmet Gökhan Buz, *Eksik Borçlar*, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 132. Zamanaşımı savunmasının adli talebin esasının incelenmesine engel olduğu hususunda bkz. Meriç, s. 698-699.

<sup>96</sup> Zamanaşımına uğramış borcun eksik borç olduğu, def'i hakkının kullanılmasıyla dava hakkının/dava edilebilirliğinin ortadan kalktığı yönünde bkz. BSK OR I-Schulin/Vogt, Art. 63, s. 524, Nr. 5; Koller, s. 4, Nr. 2.02; Berki, s. 106; Tekinay/Burcuoğlu/Altop/Akman, s. 23-25; Postacıoğlu, s. 181; Eren, s. 1420, Nr. 4051; Bilge/Önen, s. 386; Kılıçoğlu, s. 1106, 1108-1109; Erdem, s. 354-355; Meliha Sermin Paksoy, *Zamanaşımından Feragat (TBK 160)*, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 38; Buz, s. 132. Zamanaşımına uğramış borç, dava ve takip konusu yapılabilir. Ancak zamanaşımı def'i ileri sürülürse dava etkisiz bırakılır (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 23-24, 29). "Kural olarak zamanaşımı ile bir hakkın özü veya dava hakkı sona erer. Zamanın geçmesiyle bir hak ortadan kalkıyorsa buna hak düşürücü süre (sükut-u hak süresi) denir. Hak düşürücü süre itiraz niteliğinde olduğundan mahkemelerce re'sen dikkate alınır. Buna karşılık bazı hallerde zamanın geçmesiyle hakkın özü ortadan kalkmadığı halde, dava edilerek elde edilmesi olanağı ortadan kalkar. Zamanla dava hakkının düşmesine ise zamanaşımı (müruru zaman) denilir. Zamanaşımı def'i niteliğindedir." İBBGK., E. 2005/1, K. 2007/1, T. 19.1.2007. Ayrıca bkz. Nomer, s. 478, Nr. 211.3, dn. 1807.

<sup>97</sup> Eksik borçlarda kural olarak talebin dava edilebilir olmadığı hususunda bkz. Palandt/Ellenberger, § 138, s. 156, Nr. 94; Jauernig/Mansel, Heinz-Peter, *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB § 241, 18. Auflage, C.H. Beck, 2021, Nr. 20-22. Bu kabulün yanında Alman hukukunda dava hakkının usüle ilişkin olmakla beraber, bunun eksik borçlarda geçerli olmadığı, eksik borçlarda esastan reddin söz konusu olduğu hususunda bkz. Musielak/Voit/Foerste, vor § 253, Nr. 6. Eksik borçlar dava ve icra edilebilir olmakla beraber borçlunun savunmasını ileri sürmesiyle alacaklının lehine bir hüküm alması engellenir. Bu yönde bkz. Peter Jäggi, *Obligationenrecht* Art. 1-17, vor Art. 1, Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1a, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1973, Nr. 74. Kumar ve bahisten doğan borçlar ile evlenme tellallığından doğan borçlara talep, dava ve cebrî icra hakkı tanınmamıştır. Bu hususta bkz. Oğuzman/Öz, s. 20, Nr. 63, 66; Güven, s. 38, 54; Buz, s. 42-43, 57, 70. Aynı yönde bkz. Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, s. 925; Gökhan Şahan, "Eksik Borçların İleri Sürülmesinin Hukuki Niteliği", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 8 (15), 2020, s. 416. Kumar ve bahis borcunun alacak hakkı ve dava hakkı vermediği hususunda bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 23-24, 29. Kumar ve bahis borcunun zamanaşımıyla aynı yönde değerlendirilerek dava hakkı vermediği görüşünde bkz. Bilge/Önen, s. 386. Ayrıca bkz. ve karş. Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 195-196.

erdirmez; alacak dava edilebilir olmaya devam eder<sup>98</sup>. Çünkü zamanaşımına uğramış alacak, hâlâ talep edilebilir niteliktedir<sup>99</sup>. Bu alacak dava konusu yapılabilmekle beraber borçlunun def'i savunmasıyla artık alacaklı lehine karar verilemez<sup>100</sup>. Öyle ki borçluya tanınan kaçınma hakkıyla hakkın elde edil(e)memesi maddî hukuk tarafından temellendirildiğinden (maddî hukuka ait savunma sebebi olarak def'i ileri sürüldüğünden) dava esastan reddedilir<sup>101</sup>.

HMK m. 137'de dava şartlarının inceleneceğine yer verilmiş, HMK m. 142'de ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra<sup>102</sup> ve tahkikate başlamadan önce hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve def'iler incelenerek karara bağlanacağı ifade edilmiştir. Kanun koyucunun ifade ettiği süreler, usûl hukukuna ilişkin süreler olmayıp maddî hukuka ilişkin sürelerdir<sup>103</sup>. Dava şartları ve hak düşürücü sürelerin ayrı ayrı düzenlenmesinden hak düşürücü sürelerin dava şartı olmadığı, itiraz olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır<sup>104</sup>. Bu hükümle aslında tahkikat aşamasında

<sup>98</sup> Wieczorek/Schütze/Assmann, vor § 253, s. 26, Nr. 61; s. 28, Nr. 71; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, s. 925. Bu yönde bkz. ve karşı. Jauernig/Mansel, BGB § 194, Nr. 4, Nr. 22; Şahan, s. 409-410.

<sup>99</sup> Kılıçoğlu, s. 1106. Zamanaşımı def'i ileri sürülmesi ile talep hakkının etkisiz hale getirildiği hususunda bkz. Kocayusufoğlu, s. 48, Nr. 8; Güven, s. 51.

<sup>100</sup> Wieczorek/Schütze/Assmann, vor § 253, s. 26, Nr. 61; s. 28, Nr. 71; Palandt/Grüneberg, Einl.v.§ 241, Nr. 12, s. 264; Oğuzman/Öz, s. 21, Nr. 70.

<sup>101</sup> Wieczorek/Schütze/Assmann, vor § 253, s. 26, Nr. 61; s. 28, Nr. 71. *Karş. Pekcanitez, Pekcanitez Usul*, s. 925; Nomer, s. 478, Nr. 211.3.

<sup>102</sup> Ön inceleme aşaması tamamlandıktan sonra usûle ilişkin olmayan süreler bakımından karar verebilmekle imkânı tanındığı hususunda bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 406. Ön inceleme aşamasının tamamlanması için hak düşürücü süre ve zamanaşımı hakkında karar verilmiş olması gerektiği hususunda bkz. Budak/Karaaslan, s. 237; Görgün/Börü/Kodakoglu, s. 278

<sup>103</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 406; Muhammet Özkes, *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 1308, 1310; Direnisa, s. 231.

<sup>104</sup> “Dava şartlarının incelenip karara bağlanacağı aşama, (dosya üzerinden karara bağlanabilenler hariç) ön inceleme duruşması olduğu halde, hak düşürücü süre ve zaman aşımının incelenip karara bağlanacağı aşama, 142. maddede de açıkça belirtildiği üzere ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra, tahkikata başlamadan öncedir. İnceleneceği aşamanın kanun koyucu tarafından bilinçli bir şekilde buraya alındığı değerlendirilmektedir. Dolarıyla hak düşürücü süre ve zaman aşımının bir dava şartı olmadığı, işin esasına ilişkin olduğu açıktır. Bu itibarla İlk derece Mahkemesince hükmün gerekçe bölümünde isabetli olarak hak düşürücü sürenin dolmuş olduğu belirtilmiş olmasına göre, davanın hak düşürücü süre yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, hüküm fıkrasında davanın zaman aşımı nedeniyle usulden reddine karar verilmiştir. Bu durumda Dairemizce, istinaf yoluna başvurmanın sıfatına göre hükmün gerekçesindeki ve hüküm fıkrasındaki “usulden reddine” ibaresi düzeltilmemiş, sadece hüküm fıkrasındaki “zamanaşımı” ibaresinin düzeltilmesi için

ele alınması gereken konular olan hak düşürücü süreler, tahkikat aşamasına geçmeden değerlendirilmektedir<sup>105</sup>. Bununla birlikte dava şartı niteliğinde olan hak düşürücü sürelerin HMK m. 137 kapsamında, esasa ilişkin hak düşürücü sürelerden önce incelenmesi mümkün olmalıdır.

## SONUÇ

Hak düşürücü süre, süreye bağlı haktan farklı olarak, belirlenen süre zarfında hak sahibinin hakkı kullanmasını ya da bir işlem yapmasını gerekli kılar. Hak düşürücü sürenin itiraz teşkil ettiğini ya da dava şartı olduğunu söylemek, hak düşürücü sürenin niteliğini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Öyle ki maddî hukuktaki esas hakkın kullanılmasının hak düşürücü süreye bağlanması hâlinde, örneğin dava açma süresi gibi, sürenin sona ermesi hakkı sona erdirebilir. Esas hak ortadan kalktığından bu durum bir itiraz teşkil eder. Buna karşılık hak maddî hukukta ileri sürülebilmeyle devam etmekle beraber, hak düşürücü sürenin sona ermesi hakkın dava konusu yapılmasını engelleyebilir ve dava edilebilirlik noksanlığı ortaya çıkabilir. Dava edilebilirlik dava şartı teşkil ettiğinden, hak düşürücü sürenin sona ermesi dava şartı eksikliği anlamına gelir.

İcra ve iflâs hukukunda düzenlenen dava açma sürelerinin sona ermesi halinde, esas hak ya da genel anlamda dava hakkı etkilenmeksizin, icra ve iflâs hukuku bakımından dava edilebilirliğin ortadan kalkması söz konusu olur. İtirazın iptali davasında, sıra cetveline itiraz davasında ve borçtan kurtulma davasında bu durumun örnekleri vardır.

Açıklanan bu sebeplerle, hak düşürücü sürelerin niteliği bakımından genelgeçer bir çıkarım yapmanın mümkün olmadığı, sürenin ilişkin olduğu hak veya işleme göre sürenin sona ermesinin yargılamaya etkisinin belirlenmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

*HMK 353/(1)-b.2 maddesi uyarınca yeniden hüküm tesis edilmiştir.*” Ankara BAM 23. HD., E. 2022/2375, K. 2023/233, T. 8.2.2023 (Lexpera).

<sup>105</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 406.

## KAYNAKÇA

- Alangoya H Y/Yıldırım M K/Deren-Yıldırım N, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 8. Baskı, Beta Yayınları, 2011.
- Ansay S, Ş, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, 1960.
- Arslan R/Yılmaz, E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2022.
- Atalay Ö, “Dava Şartı”, *Ankara Barosu Dergisi*, (6), 1980, s. 686-689.
- Atalı M/Ermenek, İ/Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, 2022.
- Atalı M/Ermenek, İ/Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, 5. Baskı,2022.
- Ayan S, *Zamanaşımının Durması ve Zamanaşımının Kesilmesi*, Adalet Yayınevi, 2020.
- Becker Eberhard E, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2020.
- Berger B/Güngerich, A, *Zivilprozessrecht*, Stämpfli Verlag, 2008.
- Berki Ş, “Hukukda Müddet Çeşitleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(1), 1968, s. 99-116.
- Berkin N M, *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, 1981.
- Bilge N/Önen E, *Medeni Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, 1978.
- Blomeyer A, *Zivilprozessrecht*, Springer Verlag, 1963.
- Budak A C/Karaaslan, V, *Medenî Usul Hukuku*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, 2022.
- Bulut, H, *Yargıtay İçtihatları Işığında Adli Yargıda Dava Şartları*, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Buz A G, *Eksik Borçlar*, Vedat Kitapçılık, 2021.
- Direnisa E, *Medenî Yargulamada Ön İnceleme Aşaması*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.



- Ercan Özler M, *Medeni Usul Hukukunda Maddi Hukuka İlişkin Savunma Vasıtaları*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Erdem M, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Erdönmez G, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- Görgün L Ş/Börü, L/Kodakoğlu, M, *Medenî Usûl Hukuku*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Güven K, “Eksik Borçlar, Temel Özellikleri ile Hüküm ve Sonuçları Üzerine İnceleme”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2(2), 2016, s. 37-72.
- Honsell H/Vogt N P, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020 (Schulin/Vogt).
- Jäggi P, *Obligationenrecht Art. 1-17, Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1a*, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1973.
- Jauernig/Mansel H P, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 18. Auflage, C.H. Beck, 2021.
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C. I, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, 2008.
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, 2017.
- Köroğlu A, *Medeni Usul Hukukunda Sürelere İlişkin Esaslar*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Turhan Kitabevi, 2021.
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 2. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, 2001.
- Kuru B/Aydın, B, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. I-II, Yetkin Yayınevi, 2021.
- Kuru B, “Dava Şartları”, *Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan*, Ajans Türk Matbaası, 1964, s. 109-147.
- Küçük A T, *Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi*, On İki Levha

Yayıncılık, 2021.

Larenz K/Wolf M, *Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997.

Lehmann H, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Walter de Gruyter&Co., 1949.

Martin R, *Prozessvoraussetzungen und Revision*, Heymanns Verlag, 1974.

Meier I, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Schulthess Juristische Medien, 2010.

Meriç N, "Zamanaşımı Def'ine İlişkin Bazı Medeni Yargılama Hukuku Meseleleri", *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. I, Yetkin Yayınları, 2009.

Musielak H J/Voit W, *Zivilprozessordnung*, 20. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2023 (Foerste).

Muşul T, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. I-II, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013.

Neuner J, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2020.

Nomer H N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Beta Basım, 2021.

Nomer H N/Ergüne S, *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Oğuzman K/Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 19. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2021.

Oğuzman K/Barlas N, *Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 27. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2021.

Özekes M, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Özekes M, "Muaccel Olmayan Alacak için Açılan Dava Usûlü mü Esası mı İlgilendirir? Yargıtay'ın Konuyla İlgili Çok Yeni Bir İBK Üzerine Kısa Değerlendirme, <<https://www.hukukihaber.net/muaccel-olmayan-alacak-icin-acilan-dava-uslu-mu-esasi-mi-iligilendirir-yargitayin-konuyla-iligili-cok-yeni-bir-ibk-uzerine-kisa-degerlendirme>>, Erişim Tarihi 22 Kasım 2022.

- Özkaya-Ferendeci H Ö, “Dava Edilebilirlik Konusuna Genel Bir Bakış”, *MÜHF-HAD*, 16(1-2), s. 233-246.
- Paksoy M S, *Zamanaşımından Feragat (TBK 160)*, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Palandt/Ellenberger J, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 79. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2020.
- Palandt/Grüneberg C, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 79. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2020.
- Pekcanitez H, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Postacıoğlu İ, E, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, 1975.
- Preibisch W, *Aussergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit*, Dunckel Humboldt, 1982.
- Rosenberg L/Schwab, K H/Gottwald, P, *Zivilprozessrecht*, C.H. Beck Verlag, 2018.
- Schaller J M, *Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht*, Dike Verlag, 2010.
- Spühler K/Tenchio L/Infanger D, *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017 (Benn, Art. 142; Willisegger, Art. 220).
- Stein F/Jonas M, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 23. Auflage, Band 3, Mohr Siebeck, 2016.
- Stehli C, *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, 2021.
- Şahan G, “Eksik Borçların İleri Sürülmesinin Hukuki Niteliği”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 8 (15), 2020, s. 401-421.
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2021.
- Tekinay S S, *Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, 1992.

- Tekinay S S/Akman S/Burcuoğlu H/Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 1993.
- Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2014 (Şerh).
- Umar B, “Hak Düşüren Süreye Uyulup Uyulmadığı Konusunda İsbat Yükünü Taşıyan Taraf”, *İÜHFİM*, 30 (3-4), 1964, s. 897-914 (Hak Düşüren Süre).
- Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, 2000.
- Vollkommer M, “Begründet die Dreiwochenfrist des § 3 des Kündigungsschutzgesetzes eine besondere Prozessvoraussetzung oder ist sie eine materiellrechtliche Frist? Ein Betrag zur Lehre von den Klagefristen”, *AcP*, 1962/4, 161, s. 332-356.
- Wieczorek B/Schütze RA/Assmann D, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 4. Auflage, Viertar Band, §§253-299a, Walter de Gruyter, 2013.
- Yavuz N, “Hukuk Davalarında, Davalının Savunma Vasıtaları”, *Adalet Dergisi*, (5-6), 1975, s. 638-650.
- Yılmaz E, “Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler”, *Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8, 2013, s. 3167-3190.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

**LEGAL ASPECTS OF TECHNOLOGY TRANSFER IN THE  
ENERGY SECTOR**  
ENERJİ SEKTÖRÜNDE TEKNOLOJİ TRANSFERİNİN HUKUKİ  
YÖNLERİ

Ayşe Tuğba ÖZKARSLIGİL\* 

**ABSTRACT**

[10.34246/ahbvuhfd.1341960](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1341960) 

*The energy sector has undergone significant changes in recent decades, marked primarily by the liberalization of markets and the formation of regulatory bodies to facilitate market competition. The sector with greater technological complexity, more rapid changes, and more centralized R&D will tend to be driven more by foreign investors that control technology to be transferred. It is agreed that access to new technologies is a crucial factor in promoting development. Within the energy sector, technology transfer pertains to the transfer of capital goods, expertise, knowledge, and the acquisition of licenses for intellectual property rights. If energy technologies are transferred successfully into developing countries, benefits will accrue for developing countries and thus the world environment. This study considers the role of government policies to promote technology transfer within the energy sector and which of such measures prove to be successful and the leading barriers to transferring technology in developing countries and concludes with several policy recommendations to overcome these barriers.*

**Keywords:** Energy Law, Technology Transfer, International Trade Law, Foreign Direct Investment, Intellectual Property Rights

\* **Dr. Öğr. Görevlisi**, Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı/BURSA, e-posta: atozkarligil@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2897-6534, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1341960.

- Atıf Şekli/ **Cite As:** Özkarslıgil A. T., “Legal Aspects Of Technology Transfer In The Energy Sector”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s.127-152
- İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



## ÖZET

*Enerji sektörü, son yıllarda, piyasaların serbestleşmesi ve piyasa rekabetini kolaylaştırmak için düzenleyici kurumların oluşumu ile belirginleşen önemli değişikliklere uğramıştır. Daha fazla yüksek teknolojiye, daha hızlı değişime ve daha merkezi Ar-Ge'ye sahip sektör; transfer edilecek teknolojiyi kontrol eden yabancı yatırımcılar tarafından yönlendirilme eğilimindedir. Yeni teknolojiye erişimin, gelişmeyi teşvik etmek için ana koşullardan biri olduğu kabul edilmektedir. Enerji sektöründe teknoloji transferi, sermaye mallarının, uzmanlığın, bilginin transferini ve fikri mülkiyet hakları için lisansların transferini kapsamaktadır. Enerji teknolojileri geliştirmekte olan ülkelere başarılı bir şekilde aktarılırsa, geliştirmekte olan ülkeler ve dolayısıyla dünya için fayda sağlayacaktır. Bu çalışma, enerji sektöründe teknoloji transferini teşvik etmek için hükümet politikalarının rolünü ve bu tür düzenlemelerden hangilerinin başarılı olduğunu ve geliştirmekte olan ülkelerde teknoloji transferinin önündeki ana engelleri ele almaktadır ve bu engellerin üstesinden gelmek için bazı politika önerileri sunmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** Enerji Hukuku, Teknoloji Transferi, Uluslararası Ticaret Hukuku, Doğrudan Yabancı Yatırım, Fikri Mülkiyet Hakları

## INTRODUCTION

The global energy landscape is undergoing a profound transformation, driven by the urgent need to address environmental concerns, increase energy efficiency, and ensure sustainable energy sources for the future. Furthermore, in recent decades, the energy sector has experienced notable transformations, primarily characterized by market liberalization and the establishment of regulatory authorities to promote competition<sup>1</sup>. The sector with greater technological complexity, more rapid changes, and more centralized Research & Development (hereinafter “R&D”) will tend to be driven more by foreign investors that control technology to be transferred<sup>2</sup>. The consensus is that access to new technologies plays a vital role in facilitating development. Data indicates that technology transfer is of utmost importance as it enables

---

<sup>1</sup> United Nations Department of Economic and Social Affairs, “High Level Dialogue on Energy, Theme Report on Energy Transition: Towards the Achievement of SDG 7 and Net-Zero Emissions”, *UN Theme Report*, 2021, <[https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021-twg\\_2-062321.pdf](https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021-twg_2-062321.pdf)>, Accessed 12 September 2023, p.1.

<sup>2</sup> United Nations Conference on Trade and Development, “Transfer of Technology UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements”, *UNCTAD/ITE/IIT/28*, 2001, <<https://unctad.org/system/files/official-document/psiteiitd28.en.pdf>>, Accessed 12 September 2023, p. 23-24.

developing countries to gain access to novel technologies that are new to them<sup>3</sup>. Technology transfer in the energy sector involves the transfer of capital goods, expertise, knowledge, and the acquisition of licenses for intellectual property rights. If energy technologies are transferred successfully into developing countries, benefits will accrue for developing countries and thus the world environment. However, developing countries often face significant barriers to accessing new technologies due to legal, economic and political barriers such as limited financial resources, inadequate infrastructure, and inadequate policies to facilities technology transfer<sup>4</sup>.

This paper considers the role of government policies to promote technology transfer within the energy sector and which of such measures prove to be successful and the leading barriers of transferring technology in developing countries. This paper concludes with several policy recommendations to overcome these barriers.

## I. GENERAL OVERVIEW OF ENERGY SECTOR IN DEVELOPING COUNTRIES

The energy sector occupies a significant position with regard to sustainable international investment. Although, many developing countries have significant potential for solar, geothermal, and wind energy they lack modern energy services. Developing countries need for sustainable, affordable, and environmentally sound energy system as their population and energy demand increase<sup>5</sup>. Such system is also important to expand and modernize developing countries' energy sector<sup>6</sup>.

In developing countries, the energy sector is usually characterized by the fossil fuels (natural gas, oil and coal), nuclear, and renewable energy. Given the harmful effects of fossil fuels, today's world more concerns clean energy and sustainable development<sup>7</sup>. Renewable energy sources are environmentally

---

<sup>3</sup> Mostafe Elsan and Mehdi Yousefichehrehghani, "Legal Aspects of Technology Transfer Through Foreign Investment in Oil and Gas Industry", *Petroleum Business Review*, (3), 2019, p. 55.

<sup>4</sup> United Nations Conference on Trade and Development, *Transfer of Technology*, p. 16-18.

<sup>5</sup> Gill Wilkin, *Technology Transfer for Renewable Energy Overcoming Barriers in Developing Countries*, London Earthscan, 2002, p. 6.

<sup>6</sup> Ambuj D. Sagar/ Hongyan H. Oliver/ Ananth P. Chikkatur, "Climate Change, Energy, and Developing Countries", *Vermont Journal Environmental Law*, (7), 2006, p. 117.

<sup>7</sup> Siddharth S. Kulkarni/ Lin Wang/ Demetrios Venetsanos, "Managing Technology Transfer Challenges in the Renewable Energy Sector within the European Union", *Wind*, 2(1), 2022,

cleaner than fossil fuels, and they are available in most parts of world<sup>8</sup>. The category of renewables comprises the main energy sources such as hydro, geothermal, wind, solar, wave, and tide<sup>9</sup>. In addition, it encompasses energy obtained from solid biofuels, bio-gasoline, biogases, other liquid biofuels, and the renewable component of municipal waste<sup>10</sup>. The emergence of a new global energy economy is being driven by faster-than-ever expansion of renewable energy, as per the reports of the International Energy Agency (hereinafter “IEA”)<sup>11</sup>. Renewables will have the fastest growth in the sector, providing almost 35% of global power demand by 2025 according to the IEA<sup>12</sup>. It is foreseen that by 2026, the global capacity of renewable electricity will increase by over 60% compared to the 2020 levels, reaching a total of more than 4800 GW, which is comparable to the current global power capacity of fossil fuels and nuclear combined<sup>13</sup>.

The priority renewable energy technology needs on a regional basis are presented in the figure below<sup>14</sup>. The priority technology needs were found to be for solar PV, biomass, hydro, and wind systems for Africa and Asia, geothermal technologies for Latin America and Caribbean, and municipal solid waste treatment technologies for Europe<sup>15</sup>.

---

p. 150-151.

<sup>8</sup> Eric Moll, “Importance of Renewable Resources of Energy”, *Home Guides SF Gates*, 2015, <<http://homeguides.sfgate.com/importancerenewable-resources-energy-79690.html>>, Accessed 12 January 2023.

<sup>9</sup> OECD, *OECD Factbook Economic, “Environmental and Social Statistics”*, *OECD Publishing*, 2015-2016, <<https://read.oecd.org/10.1787/factbook-2015-en?format=html>>, Accessed 11 September 2023, p. 106.

<sup>10</sup> OECD, p. 106.

<sup>11</sup> International Energy Agency, “Renewables 2021 Analysis and Forecasts to 2026”, *IEA*, Paris, 2021, <<https://iea.blob.core.windows.net/assets/5ae32253-7409-4f9a-a91d-1493ffb9777a/Renewables2021-Analysisandforecastto2026.pdf>>, Accessed 3 March 2023, p. 3.

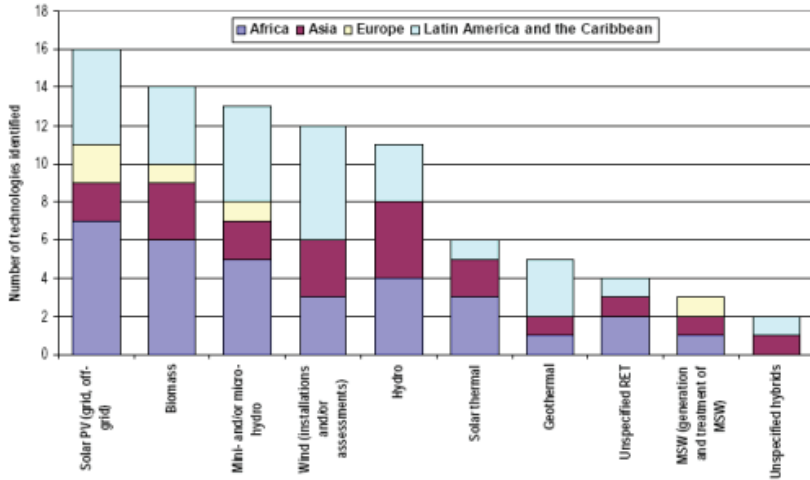
<sup>12</sup> Stefan Ellerbeck, *IEA: More Than A Third of The World’s Electricity Will Come from Renewables In 2025*, (World Economic Forum, 16 March 2023), <<https://www.weforum.org/agenda/2023/03/electricity-generation-renewables-power-iea/>>, Accessed 22 July 2023, p.1.

<sup>13</sup> International Energy Agency, p. 14.

<sup>14</sup> United Nations, Department of Economic and Social Affairs, “Climate Change: Technology Development and Technology Transfer”, *UN Background Paper*, 7-8 November 2008, <[https://www.un.org/esa/sustdev/sdissues/energy/op/beijing\\_hlccc\\_nov08/back\\_paper.pdf](https://www.un.org/esa/sustdev/sdissues/energy/op/beijing_hlccc_nov08/back_paper.pdf)>, Accessed 12 September 2023, p. 23.

<sup>15</sup> United Nations, *Climate Change*, p. 23.



Figure: Commonly identified renewable energy technology needs<sup>16</sup>.

Note: Solar PV - solar photovoltaic; MSW - municipal solid waste; RET - renewable energy technology

The table below shows that category of countries for renewable energy technology transfer. First, the groups of technology developer countries relatively have large economies, high income per capita, and high Intellectual Property Rights (hereinafter “IPRs”) protection<sup>17</sup>. Hence, they are more successful for attracting foreign flows of energy technologies. Compared to other members of this section, Argentina has a low performance in respect to private sector credit availability and protection of IPRs<sup>18</sup>. As a result of this, Argentina is classified as one of the countries that require structural changes<sup>19</sup>.

Second, the “technology implementers” category consists of with small economies, yet favorable conditions for private investment and protection of

<sup>16</sup> United Nations, *Climate Change*, p. 23.

<sup>17</sup> Ana Pueyo/ Pedro Linares, “Renewable Technology Transfer to Developing Countries: One Size Does Not Fit All”, *Institute of Development Studies IDS Working Paper*, C.V, No, 412, 2012, <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.2040-0209.2012.00412.x>>, Accessed: 1 March 2023, p. 25.

<sup>18</sup> Ana Velasco Pueyo: “Climate Change Technology Transferred to Developing Countries: Evidence Analysis and Policy Recommendations”, *Thesis Doctoral*, E.T.S. Industriales UPM 2012, p. 240.

<sup>19</sup> Pueyo / Linares, p. 17.

IPRs<sup>20</sup>. These countries are mostly located in Africa, Latin America, and the Middle East and have an upper-middle-income status. Chile, due to its relatively small economy, could also be classified as a “technology developer”<sup>21</sup>.

Third, the countries in “structural changes” need to develop their investment climate. This group of countries exhibits comparatively elevated levels of per capita income, and “fossil-fuel protection”, but low-level credit availability for private firms and IPRs protection<sup>22</sup>. Among other members of this section, Russia outdoes in the matter of “per capita income, credit availability, and protection of IPRs”<sup>23</sup>.

Finally, the group of countries in “aid recipients” category require foreign aid for facilitate successful technology transfer. These low and lower-middle income countries from Africa, Asia and Latin America, lack the necessary economic and institutional frameworks to attract private investment due to insufficient demand<sup>24</sup>. Vietnam, which could also be categorized as a “technology implementer,” performs well with regards to credit availability for foreign investors and size of its economy<sup>25</sup>.

TECHNOLOGY DEVELOPERS	TECHNOLOGY IMPLEMENTERS	STRUCTURAL CHANGES	AID RECIPIENTS
Brazil (UM) China (LM) India (LM) Mexico (UM) Turkey (UM) Malaysia (UM) South Africa (UM) Thailand (L)	Botswana (UM) El Salvador (LM) Jamaica (UM) Uruguay (UM) Costa Rica (UM) Jordan (LM) Lebanon (UM) Panama (UM) Tunisia (LM)	Algeria (UM) Russia (UM) Oman (U) Qatar (U) Saudi Arabia (U) Ecuador (LM) Egypt (LM) Iran (LM) Syria (LM) Indonesia (LM)	Bangladesh (L) Bolivia (LM) Benin (L) Cameroon (LM) Côte d’Ivoire (LM) Georgia (LM) Guatemala (LM) Honduras (LM) Kenya (L) Madagascar (L) Moldova (LM) Mozambique (L) Nepal (L) Nigeria (LM) Pakistan (LM) Paraguay (LM) Senegal (L) Tanzania (L) Uganda (L) Zambia (L)
Chile (UM)	Colombia (UM)	Argentina (UM)	Nepal (L)
Argentina (UM)	Vietnam (L)	Colombia (UM)	Nigeria (LM)
	Chile (UM)	Peru (UM)	Pakistan (LM)
	Peru (UM)		Paraguay (LM)
			Senegal (L)
			Tanzania (L)
			Uganda (L)
			Zambia (L)
			Vietnam (L)

Note: UM: Upper-middle income, LM: Lower-middle income; L: Low income

<sup>20</sup> Pueyo / Linares, p. 17.

<sup>21</sup> Pueyo / Linares, p. 17.

<sup>22</sup> Pueyo / Linares, p. 17, 26.

<sup>23</sup> Pueyo / Linares, p. 17, 26.

<sup>24</sup> Pueyo / Linares, p. 17.

<sup>25</sup> Pueyo / Linares, p. 17.

## II. MEASURES FOR PROMOTING TECHNOLOGY TRANSFER IN ENERGY SECTOR

Technology transfer is contingent upon various factors, including government policies, legal frameworks, market conditions, access to finance and information, and human resource capacities.

Governments have unquestionably a pivotal role in promoting energy technology transfer. Their involvement is particularly critical during the initial stages of research and development<sup>26</sup>. Developed countries are at the forefront of investing in energy R&D, while some of the larger developing countries also possess the resources to make significant technology investments<sup>27</sup>. In China, as a socialist country, governmental plans play an essential role. As an example, the government placed supercritical coal-fired power plants on the list of high-tech companies that need intensive R&D support by the government<sup>28</sup>. Further, in order to encourage foreign investors, the clear government policies, targets, and incentives are essential. A valuable lesson is “cogeneration from bagasse in India,” where the Indian government has established cogeneration targets, and the electricity supply industry is purchasing the power at appealing rates, making it a desirable option for sugar mill operators<sup>29</sup>.

Moreover, research shows that technology transfer in energy is more successful when the host state has technical and managerial skills<sup>30</sup>. A study states that India and China have employed distinct methods to obtain the necessary technologies in the wind energy sector such as acquisition of firms, forming strategic partnership, and leveraging national policies like incentives<sup>31</sup>. Furthermore, technology emerging economies are increasingly exporting technologies and manufacturing capacities abroad. China, for instance, is

<sup>26</sup> Susarla Ananta Rama Sastry / Ponnada Sreenu, ‘New Energy Sources and their Sustainability’ in *2012 IEEE International Conference on Engineering Education: Innovative Practices and Future Trends*, (Aicera, 2012) p. 1-15.

<sup>27</sup> Sastry / Sreenu, p. 1-15.

<sup>28</sup> Takahiro Ueno, “Technology Transfer to China to Address Climate Change Mitigation: U.S. Global Leadership: An Initiative of The Climate Policy Program at RFF, *Resources for The Future*, 9(1), 09 August 2009, <<https://media.rff.org/documents/RFF-IB-09-09.pdf>>, Accessed 1 March 2023, p. 12-13.

<sup>29</sup> Wilkin, p. 229.

<sup>30</sup> The Academy of Sciences for The Developing World Twas, *Sustainable Energy for Developing Countries*, 2008, p. 42.

<sup>31</sup> The Academy of Sciences, p. 36.

a global front-runner in renewable energy production, solar PV, and wind through Suntech, Sinovel, China Wind system and gold wind energy<sup>32</sup>.

Technology transfer usually occurs through two type of channels: (i) Commercial channels such as foreign direct investment; joint venture; licensing agreements; international subcontracting; and turnkey contracts, and (ii) non-commercial channels such as exchange of info at global symposiums, trade fairs; education and training of host state labor force<sup>33</sup>.

### A. Foreign Direct Investment (“FDI”)

The presence of a strong energy sector often serves as a precursor to attracting foreign direct investment in other sectors, as investors consider it as a factor when choosing where to direct their investments<sup>34</sup>. Given the significant investment cost and requisite skills, foreign direct investment (hereinafter “FDI”) is deemed a suitable approach for manufacturing renewable energy systems, like solar cells and PV modules<sup>35</sup>. The introduction of new energy technologies in developing countries is increasingly reliant on FDI, which entails direct investment in plant or equipment<sup>36</sup>. Numerous developing countries aspire to leverage FDI as a means of obtaining technology, management and marketing expertise, and promoting access to foreign markets for local enterprises<sup>37</sup>. Therefore, many developing countries

---

<sup>32</sup> Loren Brandt / Luhang Wang, ‘China’s Development Of Wind And Solar Power, Loren Brandt’ in Thomas G. Rawski (eds), *Policy, Regulation, And Innovation In China’s Electricity And Telecom Industries*, (Cambridge University Press 2019), p. 373-418; Xiaomei Tan / Yingzhen Zhao / Clifford Polycarp/ Jianwen Bai, “China’s Overseas Investments in the Wind and Solar Industries: Trends and Drivers”, *World Resources Institute Working Papers*, 2013, <[http://pdf.wri.org/chinas\\_overseas\\_investments\\_in\\_wind\\_and\\_solar\\_trends\\_and\\_drivers.pdf](http://pdf.wri.org/chinas_overseas_investments_in_wind_and_solar_trends_and_drivers.pdf)>, Accessed 10 July 2023, p. 1-22; Gavin Maguire ‘Column: China Widens Renewable Energy Supply Lead with Wind Power Push’ *Reuters* (1 March 2023), p.1.

<sup>33</sup> Thomas U Able, “Models of Renewable Energy Technology to Developing Countries”, *Elsevier*, 9(1), 1996, p. 1104-1107.

<sup>34</sup> Polina Knutsson / Perla Ibarlucea Flores, “Trends, Investors Types and Drivers of Renewable Energy FDI”, *OECD Working Papers on International Investment* 2022/02, < [https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/trends-investor-types-and-drivers-of-renewable-energy-fdi\\_4390289d-en](https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/trends-investor-types-and-drivers-of-renewable-energy-fdi_4390289d-en) > Accessed 17 March 2023, p. 5-6; Syed F. Mahmud / Selahattin M. Sirin, “A Review of Foreign Direct Investments in Turkish Energy Sector”, *International Journal of Energy Studies*, 3(6), 2018, p.1-16.

<sup>35</sup> Knutsson / Flores, p. 5-6.

<sup>36</sup> Wilkins, p. 73-100.

<sup>37</sup> Moses M. Ikiara, “Foreign Direct Investments (FDI), Technology Transfer, and Poverty Alleviation: African’s Hopes and Dilemma”, *ATPS Special Paper Series*, (16), 2003, <

have improved their investment environments, and intellectual property rights to attract FDI. While the efficacy of FDI remains a topic of controversial, there are several benefits for host countries with regards to their economic growth. These benefits encompass hiring of local workforce, generation of new employment opportunities leading to a reduction in unemployment rates, transfer of financial resources, transfer of technical and managerial skills<sup>38</sup>.

### B. Joint Ventures (“JVs”)

As an alternative to FDI, joint venture could be a more viable approach for facilitating technology transfer to developing countries as setting up joint ventures (hereinafter “JVs”) reduce costs significantly on account of cheaper labour and materials in developing countries<sup>39</sup>. Joint venture is described as “business association between two or more parties who agree to share the provision of equity capital, the investment risk, the control and decision-making authority, and the profits or other benefits of the operation”<sup>40</sup>.

In some cases, governments mandate foreign investors establish joint ventures with their local firms, as is the case with the Chinese government<sup>41</sup>. Nonetheless, foreign investors in China often have concerns about entering into JVs as they may be required to transfer their technology to their JV partner, or they may apprehend that their intellectual property will be outright stolen<sup>42</sup>. On the other hand, in certain instances, Chinese manufacturers are hesitant to adopt Japanese, German, or American technology in terms of crystalline silicon PV technology<sup>43</sup>.

[https://atpsnet.org/wp-content/uploads/2017/05/special\\_paper\\_series\\_16.pdf](https://atpsnet.org/wp-content/uploads/2017/05/special_paper_series_16.pdf) > Accessed 2 February 2023, p. 1.

<sup>38</sup> ResearchFDI, “16 Advantages and Disadvantages of Foreign Direct Investment”, *ResearchFDI Investment Attraction*, 11 March 2021, < <https://researchfdi.com/resources/articles/foreign-direct-investment-advantages-disadvantages/> > Accessed 24 March 2023, p. 1.

<sup>39</sup> Able, p. 1104-1107.

<sup>40</sup> G.S Namusonge, “The Rule of Development Financial Institutions in the Acquisition of Technological Capacities by Small and Medium Enterprises in Kenya”, *ATPS Working Paper Series*, 2004, < [https://atpsnet.org/wp-content/uploads/2017/05/working\\_paper\\_series\\_41.pdf](https://atpsnet.org/wp-content/uploads/2017/05/working_paper_series_41.pdf)> Accessed: 27 March 2023, p. 41, 49.

<sup>41</sup> ChinaGlobalTrade, “China’s Solar Industry and the U.S. Anti-Dumping/Anti-Subsidy Trade Case”, *Hinrich Foundation*, 2012, p. 1.

<sup>42</sup> ChinaGlobalTrade, p. 1.

<sup>43</sup> Shyam Mehta / Yasmeen Hossain, “Photovoltaic Technology Characterization Review”, *Sepa Report*, (16 September 2010), <<https://www.prweb.com/releases/solar-energy/>>

### C. Public - Private Partnerships (“PPPs”): A New Kind of Joint Venture?

In recent times, several governments have adopted innovative public private partnerships (hereinafter “PPPs”) as collaborative efforts between the public and private sectors play a significant role in driving development<sup>44</sup>. The main and more complex form of PPP transfers more risk from the public to the private partner while the basic form of PPP involves the private sector in the public structure<sup>45</sup>. One of the benefits of this approach is allowing governments and private investors to better align their incentives<sup>46</sup>. If technology transfer is a government priority, it can be directly incorporated into the agreement with the investor<sup>47</sup>. Moreover, governments are responsible for retaining sufficient expertise in the selection of PPP models that best suit their needs<sup>48</sup>.

PPPs are important to financing renewable energy projects in developing countries<sup>49</sup>. During the 1990s, the Philippines experienced an energy crisis, despite having proven potential for using geothermal power generation to expand its generating capacity<sup>50</sup>. The Global Environmental Facility (hereinafter “GEF”) approved a grant of US\$30 million to the Philippine National Oil Company (hereinafter “PNOC”) to invest in development of geothermal fields<sup>51</sup>. Following this, PNOC launched an international bidding process to develop geothermal projects, with private sector firms from the United States (such as ORMAT, Magma, California Energy and Oxbow) and Japan (Toshiba and Fuji) participating<sup>52</sup>. These private sector companies

---

Sepa-Photovoltaic/Prweb4528884.Htm>, Accessed 20 March 2023, p. 1.

<sup>44</sup> Albena Vutsova/ Olga Ignatova, “The Role of Public-Private Partnership for Effective Technology Transfer” *Applied Technologies & Innovations*, 10(3), 2014, p. 83.

<sup>45</sup> Vutsova / Ignatova, p. 85.

<sup>46</sup> The World Bank Public-Private Partnership Legal Resource Center, “Government Objectives: Benefits and Risks of PPPs”, *The World Bank*, 21 June 2022, < <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview/ppp-objectives> > Accessed 19 March 2023, p. 2.

<sup>47</sup> The World Bank, p. 2.

<sup>48</sup> The World Bank, p. 2.

<sup>49</sup> Jorge Fleta-Asín / Fernando Muñoz, “Renewable Energy Public-Private Partnerships in Developing Countries: Determinants of Private Investment”, *Sustainable Development*, 29(4), 2021, p. 653.

<sup>50</sup> Wilkin, p.101.

<sup>51</sup> Wilkin, p.101.

<sup>52</sup> Wilkin, p.101.

played a critical role in facilitating technology transfer, as well as the transfer of skills and know-how<sup>53</sup>.

Another worthy example, “In the Philippines, a Filipino subsidiary of an American wind energy development company sought to develop hybrid wind-diesel energy systems and worked closely with the Department of Energy that sought to use indigenous energy resources to improve electricity systems on remote islands, while a number of financial institutions expressed interest in increasing their renewable energy portfolios”<sup>54</sup>.

Furthermore, Canada, collaborated with the World Bank to create a fund of \$60 million aimed at supporting the dissemination of environmental technology and know-how within India’s energy sectors<sup>55</sup>. Canada intends to use the fund to facilitate the establishment of joint ventures between Indian and Canadian firms<sup>56</sup>. Canada’s recognition of India’s lucrative and expanding environmental market was a primary motivating factor in establishing the fund. According to Raymond Chan, Former Canadian Secretary of State for Asia Pacific, “[t]his fund intends to help environmental companies from Canada market their expertise in India and take advantage of the attractive business opportunities there”<sup>57</sup>.

During a meeting of the European Parliament in January 1994, member states recommended establishment of a code of conduct for technology transfer. This code is “to be based on the right of the less developed countries to sustainable development and conservation of their natural resources as having priority over patent rights”<sup>58</sup>. In 1993, the British government establishes a task force to promote transfer of environmental protection technology through business cooperation<sup>59</sup>. During 1994, the task force hosted a series

<sup>53</sup> Wilkin, p.101.

<sup>54</sup> David M. Kline / Laura Vimmerstedt/ Ron Benioff, “Clean Energy Technology Transfer: A Review Of Programs Under The Unfccc1”, *Springer*, (9), 2003, p. 29.

<sup>55</sup> Michael J. Baks, “Technology Transfer and Developing Countries”, *Geo. Int’l Envtl. L. Rev.*, 7(3), 1995, p. 905.

<sup>56</sup> Baks, p. 904-905.

<sup>57</sup> Baks, p. 905; Indo-Canadian Joint Venture Announces Ground Breaking Investment Fund In Environment, Energy-Efficiency Sectors, *Can. Newswire*, Mar. 24, 1994, Available In Lexis, Envirm Library, Curnws File. The Fund Is A Limited Partnership Model Between Sb Capital International Inc. Of Toronto And Il&Fs Venture Corporation Of Bombay.

<sup>58</sup> Baks, p. 906.

<sup>59</sup> Baks, p. 906.

environmental protection technology seminar, including one in Taiwan<sup>60</sup>.

In addition, for low-carbon technology transfer, partnerships between the private and public sectors are an essential for introducing low-carbon technology to poor countries<sup>61</sup>. In Asia, one of the most important countries to the development of Asian renewable market is China. In recent years, China has improved renewable energy development, at least in part due to climate change<sup>62</sup>. In addition, India and Japan are notable participants of this sector. The Asia Development Bank (hereinafter “ADB”) has encouraged the implementation of renewable and environmentally friendly energy projects across all tiers<sup>63</sup>.

#### **D. Licensing Agreements and Turnkey Contracts**

Licensing agreements provide private firms less risk in setting up an associate in another country. Licenses are granted for patents, technology, and trademarks<sup>64</sup>. Turnkey contracts are described as “operations which are basically sales to a host country by foreign firm of plants including equipment and technical assistance. In many circumstances, the turnkey contracts are the most practical methods way for transferring energy technologies because it is good to the first stage of industrial development, and it gives access to all supportive resources of the foreign firms”<sup>65</sup>. However, Japanese government in the early stage of development decided to minimize technology transfer through turnkey contracts, because “mastery of technology cannot be bough, it has to be learned. Thus, in case of turnkey plants, local technical personnel

---

<sup>60</sup> Baks, p. 906.

<sup>61</sup> Cath Bremner, ‘Technology Transfer to Developing Countries Is an Impossible Dream’, *The Guardian*, (9 December 2009).

<sup>62</sup> Dorothy Mei / Martin Weil / Shradhey Prased / Kasandra O’Malia / Ingrid Behrsin, ‘A Race to the Top: China’ (2023) Global Energy Monitor, < <https://globalenergymonitor.org/wp-content/uploads/2023/06/GEM-RTTT-China-2023-report-English.pdf> > Accessed 19 July 2023, p. 3.

<sup>63</sup> Mark Raymont, “Timely Boost for Renewables in China”, *J. of Energy & Natural Resources L.*, 24(1), 2015, p.122; Ram M. Shrestha, ‘Clean Energy Resources, Utilization, Investments, and Prospects in Asia’ in Bambang Susantono / Yongping Zhai / Ram M. Shrestha / Lingshui Mo (eds), *Financing Clean Energy in Developing Asia*, (Asian Development Bank, 2021), 1, p. 9-10.

<sup>64</sup> David M. Haug, “The International Transfer of Technology: Lessons That East Europe Can Learn From The Failed Third World Experience”, *Harvard J. L. & Tech.*, (5), 1992, p. 214.

<sup>65</sup> Able, p. 1104-1107.



were not involved from the initial process...”<sup>66</sup>.

### E. Research and Development (R&D) Effort

Research and development play a crucial role in order to realign technology to local requirements of the 21<sup>st</sup> century, including electronics, nuclear power, transition to low-carbon technologies and thus governments’ R&D spending in 2019 “grew by 3% to USD 30 billion”<sup>67</sup>. Although most Asian countries have high potentials for renewable energy resources, they are unable to obtain the technology due to the lack of capacity for R&D, and financial constraint. Unlike numerous developing countries, China has established a vast R&D network<sup>68</sup>. In regard to wind energy, “the case of Suzlon of India and Goldwind of China” indicated that both firms have their R&D units<sup>69</sup>. In order to getting access to technology by acquisition, they are investing heavily in R&D<sup>70</sup>.

In addition, for successful technology transfer skilled and educated workers are also important. As an example, “[t]he founder of Suntech, had been a research director of an Australian PV company, and before that, a senior research scientist at the Thin Film Solar Cells Research Group in the Centre of Excellence for Photovoltaic Engineering at the University of New South Wales in Australia. Four of the six members of the Suntech Board studied or worked in the U.S. or the UK. At Trina Solar, half of the 12-person management team have studied or worked abroad. The CEO of Yingli has studied abroad and the company’s Chief Technology Officer had worked at the Photovoltaics Centre of Excellence at the University of New South Wales. On average, 61 percent of the board members of the three largest Chinese PV

<sup>66</sup> Able, p. 1104-1107.

<sup>67</sup> International Energy Agency, “R&D and Technology Innovation”, *World Energy Investment*, 2020, <<https://www.iea.org/reports/world-energy-investment-2020/rd-and-technology-innovation> >, Accessed 10 March 2023, p. 1.

<sup>68</sup> U.S. Congress, Office Of Technology Assessment, “Energy Technology Transfer To China—A Technical Memorandum”, *OTA-TM-ISC-30 Washington, Dc: U.S. Government Printing Office*, September 1985, < <https://ota.fas.org/reports/8510.pdf>>, Accessed 12 September 2023; Albert G. Z. Hu / Gary H. Jefferson / Qian Jinchang, “R&D And Technology Transfer: Firm-Level Evidence From Chinese Industry”, *The Review Of Economics And Statistics*, 87(4), 2005, p. 780.

<sup>69</sup> K. Ravi Srinivas, “Climate Change, Technology Transfer and Intellectual Property Rights” *RIS Discussion Papers RIS-DP*, (153), 2009, <[https://Sdg.Ris.Org.In/Sites/Sdg.Ris.Org.In/Files/2021-08/Ris\\_Tfm\\_Discussionpapers2009.Pdf](https://Sdg.Ris.Org.In/Sites/Sdg.Ris.Org.In/Files/2021-08/Ris_Tfm_Discussionpapers2009.Pdf)>, Accessed 1 March 2023, p. 8.

<sup>70</sup> Srinivas, p. 8.

firms have studied or worked abroad”<sup>71</sup>.

### III. BARRIERS OF ENERGY TECHNOLOGY TRANSFER

Political, institutional, legislative, local capacity, and technical obstacles are the primary forms of barriers encountered when transferring renewable energy technologies to developing countries. However, perhaps, the main barrier is related to financing issues, such as lack of access to capital, lack of investment, and poor credit rating. In comparison to other developing countries China, Brazil, India, and Mexico have advantages in terms of their market size, large economies, and relatively high income per capita<sup>72</sup>.

As stated in the U.S. Congress’s technical memorandum, “China’s energy sector remains severely under-capitalized in spite of the fact that it receives 45 percent of industrial investment. This affects China’s ability to solve the technological needs of its energy sector through technology transfer. While the energy industry is a foreign exchange earner, reportedly only 10 percent of the foreign exchange it generates is reallocated to the energy sector for its foreign procurement uses. Thus, financing is an important constraint on energy development”<sup>73</sup>. Additionally, Nigeria, similar to many developing countries, possesses abundant renewable energy resources, but the technology and financial resources required to stimulate investment in renewable energy are not readily accessible within the country<sup>74</sup>.

Furthermore, the legal framework also plays a critical role in the success of technology transfer in the energy sector considering if a host country has weak legal institutions and regulations, then a foreign investor may have

---

<sup>71</sup> Ana Pueyo/ Pedro Linares, “Renewable Technology Transfer to Developing Countries: One Size Does Not Fit All”, *Institute Of Development Studies Ids Working Paper*, (412), 2012, <<https://Onlinelibrary.Wiley.Com/Doi/Pdf/10.1111/J.2040-0209.2012.00412.X> >, Accessed 1 March 2023, p.25.

<sup>72</sup> Ahmad Zaker, “WTO Law and Trade Policy Reform For Low-Carbon Technology Diffusion Common Concern Of Humankind, Carbon Pricing, And Export Credit Support”, *World Trade Institute Advanced Studies*, (5), 2021, p. 80; United Nations Framework Convention On Climate Change, “The Contribution Of The Clean Development Mechanism Under The Kyoto Protocol to Technology Transfer”, *UNFCCC*, 2010, <<https://cdm.unfccc.int/Reference/Reports/TTreport/TTrep10.pdf>>, Accessed 12 September 2023, p. 18,22; Wilkin, p. 122, 123.

<sup>73</sup> U.S. Congress, *Energy Technology Transfer to China*, p. 25.

<sup>74</sup> Peter Kayode Oniemola, “Integrating Renewable Energy into Nigeria’s Energy Mix Through the Law: Lesson from Germany”, *Renewable Energy Law and Policy Review*, 2(1), 2011, p. 29.

problems enforcing contracts or recovering costs through courts<sup>75</sup>. Thusly, legal framework that support innovation, intellectual property, and encourage competition can help a favorable environment for technology transfer.

Farther, in some cases, security can be a barrier. In terms of solar energy PV, their batteries and other parts could be stolen, as they are good to resale and easily transported<sup>76</sup>. The security issue “has been addressed in the Shell-ESKOM joint venture in South Africa”<sup>77</sup>. In this case, “[E]ach component of solar home system that they install (e.g., the battery, controller, PV panel etc.) is electronically coded. They are then connected to a central unit called the ‘powerhouse’, which houses the battery and controller. Each component connected to the powerhouse initialized before the system can work. After that, if at any point the components are removed, they will not work connected to any other system. Even if the whole system is stolen it will not work, as the powerhouse has an anti-tamper device which is set off if moved, after which the system has to be reset with a special code”<sup>78</sup>. Another fundamental barrier “is that the technology being transferred is not appropriate to the local context and demands or is not adapted to the local environmental”<sup>79</sup>.

#### **IV. INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (IPRs) LAW: A DRIVER OR BARRIER?**

Many developing countries have insufficient or ambiguous regulations regarding intellectual property rights (hereinafter “IPRs”); these countries often lack legal institutions that could provide support, as well as technical standards, and quality management<sup>80</sup>. Private firms fear that their technology designs may be stolen<sup>81</sup>. Although unprotected technology is not attractive to investors, too strong IPRs also could be barriers to tech transfer such as restricted access to technology and increased cost to users<sup>82</sup>. A study by UNIDO, about

<sup>75</sup> John H. Barton, “New Trends in Technology Transfer Implications for National and International Policy” *ICTDS Programme on IPRs And Sustainable Development*, (18), 2007, p. 29-30.

<sup>76</sup> Wilkin, p. 141.

<sup>77</sup> Wilkin, p. 141.

<sup>78</sup> Wilkin, p. 141.

<sup>79</sup> Wilkin, p. 122.

<sup>80</sup> Wilkin, p. 126, 127.

<sup>81</sup> Wilkin, p.126, 127.

<sup>82</sup> Wilkin, p.126, 127.

whether stronger IP protections help to increase technology transfer or not, states that “The results are far from definitive as a consequence. But while it would be premature to make strong claims on the basis of the limited evidence to date, the overall pattern of results justifies certain inferences”<sup>83</sup>. Attaining the “right balance” with IPRs is crucial to ensure that they are unambiguous and foster investment, as well as facilitate the transfer of energy technology<sup>84</sup>.

A study on technology transfer in China’s wind energy sector suggests that foreign technology providers are reluctant to share their technology with Chinese companies, mainly due to local content requirements and concerns surrounding IPRs<sup>85</sup>. Moreover, a research on the transfer of clean coal technology to China indicated that concerns over copying of technologies acts as a deterrent in the willingness to transfer technologies<sup>86</sup>. Additionally, another study examining the transfer of clean coal technology to China has revealed that insufficient protection for IPRs possess a challenge to both domestic and foreign manufacturers<sup>87</sup>.

Likewise, the success of Suntech Power Co Ltd, a Chinese company, serves as an example of a “developing country firm acquiring technology through overseas acquisition and emerging as the fourth largest producer of photovoltaic (hereinafter “PV”)<sup>88</sup>. This demonstrates that the growth of developing country firms may not always be hindered by patents. In the technology sector, economic viability is influenced by the support for renewable energy in the form of subsidies and the declining cost of generating solar power<sup>89</sup>. The competitiveness of costs depends on the price of conventional electricity.<sup>90</sup> Therefore, access to advanced technologies that can lead to a reduction in production costs is crucial for the widespread adoption of this technology<sup>91</sup>. However, IPRs can present a barrier when licensing and

---

<sup>83</sup> Srinivas, p. 8.

<sup>84</sup> Wilkin, p. 128.

<sup>85</sup> Srinivas, p. 8.

<sup>86</sup> Srinivas, p. 15.

<sup>87</sup> Srinivas, p. 15.

<sup>88</sup> Wilkin, p. 7.

<sup>89</sup> Wilkin, p. 7.

<sup>90</sup> Wilkin, p. 7.

<sup>91</sup> Wilkin, p. 7.

technology usage are limited due to restrictions imposed by the patent holder<sup>92</sup>.

According to a report, the participation of developing countries in Australian- US- and EU- supported Carbon Capture and Storage (hereinafter “CCS”) projects indicates that knowledge dissemination on CCS technology is in progress<sup>93</sup>. However, the responses from the mentioned IPPs suggest that further knowledge transfer and on-site demonstrations in developing countries might be required<sup>94</sup>. It is essential to consider providing access to low-cost IPRs for CCS technologies to facilitate their wider adaptation and implementation<sup>95</sup>.

Furthermore, empirical research on transfer of technology and IP protection indicates that there is no direct positive correlation between them. Scholar argue that robust IP protection could impede technology transfer during the initial stages<sup>96</sup>. Moreover, the experiences of developing countries in Asia and Japan illustrate weak IP protection facilitated the enhancement of local capacities, even in cases where countries had a low level of development, and stronger IPRs may only benefit technologically advance countries<sup>97</sup>.

IPRs could be a driver or barrier depending on the level of development, technology maturity, and the type of technology<sup>98</sup>. While some researchers have demonstrated that IPRs may be barriers to technology transfer in developing countries with lower incomes, where patents are registered but technologies are not implemented, they can aid middle-income emerging countries in attracting greater investment in advanced technologies<sup>99</sup>.

<sup>92</sup> Wilkin, p. 7.

<sup>93</sup> Srinivas, p. 15, 16.

<sup>94</sup> Srinivas, p.16.

<sup>95</sup> Srinivas, p.16.

<sup>96</sup> Srinivas, p.17.

<sup>97</sup> Srinivas, p.17.

<sup>98</sup> Maruf Sanni / Caleb Muyiwa Adelowo / David Ademola Ogunkanbi / Adesina Ayobami Oyewale, “Climate Change and Intellectual Property Rights in Africa: Environmental Necessity-Economic Opportunity”, *African Journal Science, Technology, Innovation and Development*, 8(5), 2016, p.1-9.

<sup>99</sup> Keith E. Maskus/ Ruth L. Okediji, ”Intellectual Property Rights And International Technology Transfer To Address Climate Change: Risk, Opportunities And Policy Options”, *ICTSD Programme On Intellectual Property Rights And Sustainable Development Series Issue Paper*, (32), 2010, < [Http://Admin.Indiaenvironmentportal.Org.In/Files/Ipr%20technology%20transfer.Pdf](http://Admin.Indiaenvironmentportal.Org.In/Files/Ipr%20technology%20transfer.Pdf) >, Accessed: 2 February 2023, p. 7.

Another study from Barton finds that “at the moment, there seems unlikely to be significant IP barriers to developing nation access to solar, biofuel and wind technologies. Further, research is needed. IP may become a more significant obstacle in accordance with the evolution of market structure. The wind sector is of particular concern”<sup>100</sup>.

## CONCLUSION

The energy sector, serving as a cornerstone for economic growth and social development, plays a pivotal role in advancing societies towards a sustainable future. The legal aspects of technology transfer in the energy sector represent a complex and multifaceted domain, intersecting various areas of law, from intellectual property rights and trade regulations to environmental and energy laws. As developing countries strive to meet their increasing energy demands, the importance of technology transfer within the energy sector cannot be overstated. Despite the increasing global demand for energy, particularly within the electricity market, developing countries encounter significant obstacles in obtaining new technologies. In order to address these challenges, various recommendations have been put forth.

First, government policies in promoting technology transfer is critical in developing countries. Governments should shift their focus from formulating requirements or incentives encouraging technology transfer to promoting a technological infrastructure that encourage the private sector to make such transfers naturally<sup>101</sup>. Host governments can urge the technology transfer by establishing legal and regulatory structures and incentives, supporting investment in R&D, information exchange, education and training, and cutting red tape. Moreover, foreign investors would benefit from governments enhancing economic and institutional circumstances, as strict technology transfer prerequisites could potentially impede the international investment climate. Furthermore, ensuring stable and foreseeable regulations, especially for extended power purchase agreements, is crucial<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> John H. Barton, “Intellectual Property and Access To Clean Energy Technologies In Developing Countries: An Analysis Of Solar Photovoltaic, Biofuel And Wind Technologies”, *ICTSD Programme On Trade And Sustainable Energy Series Issue Paper*, (2), 2007, p. 2.

<sup>101</sup> OECD Environment Directorate and International Energy Agency, “Technology Innovation, Development and Diffusion”, *OECD And IEA Information Paper COM/ENV/EPOC/IEA/SLT*, 2003, 4(5), <<https://www.Oecd.Org/Env/Cc/2956490.Pdf>>, Accessed 2 March 2023, p.17.

<sup>102</sup> Pueyo / Linares; Dalindyebo Shabalala, ‘Intellectual Property, Climate Change and Devel-

Second, in terms of IPRs and other legal issues, governments must ensure that private firms' technology is confident in national law. Weak or non-existent IPRs can discourage foreign direct investors from their technology to developing countries, as they fear that their IP will be stolen or copied without compensation. Therefore, clear IP policies that balance the interests of technology providers and recipient countries. These policies should encourage the licensing and adaptation of technologies, ensuring fair compensation for innovators while firstly facilitating technology transfer. In this respect, governments need to give confidence to potential foreign investors that the legal system works and that they can recover their costs, if there are any legal disputes occur.

Moreover, PPPs play a crucial role in funding energy initiatives in developing countries<sup>103</sup>. In terms of energy projects, PPPs can help address the financing and investment challenges faced in developing countries. Hence, PPPs can be efficient tools for financing energy projects in developing countries, particularly where traditional financing mechanism are insufficient. By leveraging the strengths of both the public and private sectors, PPPs can aid overcome the challenges of project implementation and contribute to achieving successful technology transfer.

Finally, the promotion of technology transfer in the energy sector is heavily reliant on government policies. Implementing effective policies, such as creating a stable and predictable regulatory framework and offering tax incentives for research and development, can attract private sector investment.

To sum, there is no one fit solution for successful energy technology transfer. However, learning from the past and other countries' experiences is perhaps the best way to overcome certain barriers. The success stories highlighted in this study underscore the immense potential for technology transfer to catalyze growth and improve the overall well-being of citizens in developing nations. Successful lessons can be learned from "India, with leading wind turbine manufacturers; China, with leading wind turbine and Solar PV technology manufacturers; and Malaysia, with leading biomass energy technologies"<sup>104</sup>. Hence, the crucial significance of government policies

---

opment', in Professor Peter K. Yu (eds), *The WIPO Journal: Analysis of Intellectual Property Issues*, 8(1), 2016, p.64-74.

<sup>103</sup> Wilkin, p.100.

<sup>104</sup> Pueyo/ Linares, p. 28; Brandt/ Wang; Nor Adilla Rashidi/ Chai, Yee Ho / Yusup, Suzana,

cannot be overemphasized when it comes to fostering technology transfer within the energy sector. Several successful policies can help attract private sector investments by providing a more stable and predictable regulatory environment and tax incentives for R&D and innovation. By implementing the above policy recommendations, governments can create an environment conducive to technology transfer, enhance energy infrastructure, and ultimately contribute to their economic growth and improve living standards. It is through these strategic steps that developing nations can harness the full potential of advanced technologies, ensuring a brighter, cleaner, and more sustainable energy future for all.

---

“Biomass Energy in Malaysia: Current Scenario, Policies, And Implementation Challenges”  
*Bioenergy Research*, (15), 2022, p. 1371.



## BIBLIOGRAPHY

- Able T U, “Models of Renewable Energy Technology to Developing Countries”, *Elsevier*, 9(1), 1996, p. 1104-1107.
- Baks M J, “Technology Transfer and Developing Countries”, *Geo. Int’l Envtl. L. Rev.*, 7(3), 1995, 901-912.
- Barton H J, “Intellectual Property and Access to Clean Energy Technologies in Developing Countries: An Analysis of Solar Photovoltaic, Biofuel and Wind Technologies”, *ICTSD Programme on Trade and Sustainable Energy series Issue Paper*, (2), 2007, 1-50.
- Barton H J, “New Trends in Technology Transfer Implications for National and International Policy” *ICTSDS Programme on IPRs and Sustainable Development Issue Paper*, (18), 2007, 1-38.
- Brandt L / Wang L, “China’s Development of Wind and Solar Power”, in Loren Brandt / Thomas G. Rawski (eds), *Policy, Regulation, and Innovation in China’s Electricity and Telecom Industries*, (Cambridge University Press 2019), p. 373-418.
- Bremner C, “Technology Transfer to Developing Countries is an Impossible Dream”, *The Guardian*, 9 December 2009.
- ChinaGlobalTrade, “China’s Solar Industry and the U.S. Anti-Dumping/Anti-Subsidy Trade Case”, *Hinrich Foundation*, 2012.
- Ellerbeck S, “IEA: More Than A Third of The World’s Electricity Will Come from Renewables In 2025”, *World Economic Forum*, 16 March 2023, <<https://www.weforum.org/agenda/2023/03/electricity-generation-renewables-power-iea/>>, Accessed 22 July 2023.
- Elsan M / YousefiChehrehgani M, “Legal Aspects of Technology Transfer Through Foreign Investment in Oil and Gas Industry”, *Petroleum Business Review*, (3), 2019, p. 55-65.
- Fleta-Asín J / Muñoz F, “Renewable Energy Public-Private Partnerships in Developing Countries: Determinants of Private Investment”, *Sustainable Development*, 29(4), 2021, 653-670.
- Haug M D, “The International Transfer of Technology: Lessons That East Europe Can Learn from The Failed Third World Experience”, *Harvard*

*J. L. & Tech.*, (5), 1992, 209.

Hu G Z A / Jefferson H G, / Jinchang Q, “R&D and Technology Transfer: Firm-Level Evidence From Chinese Industry”, *The Review of Economics and Statistics*, MIT Press, 87(4), 2005, p.780-786.

Ikiara M M, “Foreign Direct Investments (FDI), Technology Transfer, and Poverty Alleviation: African’s Hopes and Dilemma” *ATPS Special Paper Series*, (16), 2003, < [https://atpsnet.org/wp-content/uploads/2017/05/special\\_paper\\_series\\_16.pdf](https://atpsnet.org/wp-content/uploads/2017/05/special_paper_series_16.pdf) >, Accessed 2 February 2023, p.1-35.

Indo-Canadian Joint Venture Announces Ground Breaking Investment Fund in Environment, Energy-Efficiency Sectors, Can. NewsWire, Mar. 24, 1994, available in LEXIS, ENVIRN Library, CURNWS File.

International Energy Agency, “R&D and Technology Innovation”, World Energy Investment, 2020, <<https://www.iea.org/reports/world-energy-investment-2020/rd-and-technology-innovation>>, Accessed 10 March 2023.

International Energy Agency, Renewables 2021 Analysis and Forecasts to 2026 (IEA, Paris 2021).

Kline M D/Vimmerstedt L / Benioff R, “Clean Energy Technology Transfer: A Review of Programs Under the UNFCCC1”, *Springer*, 9(1), 2003, p.1-35.

Knutsson P / Flores I P, “Trends, Investors Types and Drivers of Renewable Energy FDI”, *OECD Working Papers on International Investment* (2022/02), < [https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/trends-investor-types-and-drivers-of-renewable-energy-fdi\\_4390289d-en](https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/trends-investor-types-and-drivers-of-renewable-energy-fdi_4390289d-en) >, Accessed 17 March 2023, p.1-21.

Kulkarni S S / Wang L / Venetsanos D, “Managing Technology Transfer Challenges in the Renewable Energy Sector within the European Union”, *Wind*, 2(1), 2022, p.150-174.

Maguire G, “Column: China Widens Renewable Energy Supply Lead with Wind Power Push”, *Reuters*, 1 March 2023.

Mahmud F S / Sirin M S, “A Review of Foreign Direct Investments in Turkish Energy Sector”, *International Journal of Energy Studies*, 3(6), 2018, p.1-16.

- Maskus E K /Okediji L R, “Intellectual Property Rights and International Technology Transfer to Address Climate Change: Risk, Opportunities and Policy Options” *ICTSD Programme on Intellectual Property Rights and Sustainable Development Series Issue Paper*, (32), 2010, p. 7 < <http://admin.indiaenvironmentportal.org.in/files/ipr%20technology%20transfer.pdf> >, Accessed 2 February 2023, p.1-62.
- Mehta S / Hossain Y, “Photovoltaic Technology Characterization Review”, *SEPA Report*, 16 September 2010, <<https://www.prweb.com/releases/solar-energy/sepa-photovoltaic/prweb4528884.htm>>, Accessed: 20 March 2023.
- Mei D / Weil M/ Prased S / O’Malia K / Behrsin I., ‘A Race to the Top: China’ (2023) *Global Energy Monitor*, < <https://globalenergymonitor.org/wp-content/uploads/2023/06/GEM-RTTT-China-2023-report-English.pdf> > Accessed 19 July 2023, p. 1-23.
- Moll Eric, Importance of Renewable Resources of Energy, Home Guides SF Gates 2015 <<http://homeguides.sfgate.com/importancerenewable-resources-energy-79690.html>>, Accessed: 12.01.2023.
- Namusonge G S, “The Rule of Development Financial Institutions in the Acquisition of Technological Capacities by Small and Medium Enterprises in Kenya”, *ATPS Working Paper Series*, 2004, p.41-49.
- OECD Environment Directorate and International Energy Agency, “Technology Innovation, Development and Diffusion”, *OECD and IEA Information Paper COM/ENV/EPOC/IEA/SLT* 2003, 4(5), <<https://www.oecd.org/env/cc/2956490.pdf> >, Accessed 2 March 2023, p.1-48.
- OECD, *OECD Fact Book Economic, Environmental and Social Statistics* (OECD Publishing, 2015-2016), p. 1-220.
- Oniemola K P, “Integrating Renewable Energy into Nigeria’s Energy Mix Through the Law: Lesson from Germany”, *Renewable Energy Law and Policy Review*, 2(1), 2011, p.29.
- Pueyo A / Linares P, “Renewable Technology Transfer to Developing Countries: One Size Does Not Fit All”, *Institute of Development Studies IDS Working Paper*, 5(412), 2012,<<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.2040-0209.2012.00412.x> >, Accessed 1 March 2023, p.1-37.

- Pueyo V A, Climate Change Technology Transferred to Developing Countries: Evidence Analysis and Policy Recommendations, Thesis Doctoral, E.T.S. Industriales UPM 2012, p.1-314.
- Rashidi A N / Chai H Y / Yusup S, “Biomass Energy in Malaysia: Current Scenario, Policies, and Implementation Challenges” *BioEnergy Research*, (15), 2022, p. 1371-1386.
- Raymont M, “Timely Boost for Renewables in China”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 24(1), 2015, p.120-123.
- ResearchFDI, 16 Advantages and Disadvantages of Foreign Direct Investment, ResearchFDI Investment Attraction, 11 March 2021, <<https://researchfdi.com/resources/articles/foreign-direct-investment-advantages-disadvantages/>>, Accessed 24 March 2023.
- Sagar D A / Oliver H H / Chikkatur P A, “Climate Change, Energy, and Developing Countries”, *Vermont Journal Environmental Law*, (7), 2006, p. 95-117.
- Sanni M and others, “Climate Change and Intellectual Property Rights in Africa: Environmental Necessity-Economic Opportunity”, *African Journal Science, Technology, Innovation and Development*, 8(5), 2016, p. 1-9.
- Sastry S/ Sreenu P, “New Energy Sources and its Sustainability” *IEEE International Conference on Engineering Education: Innovative Practices and Future Trends, AICERA*, 2012, p. 1-15.
- Shabalala D, ‘Intellectual Property, Climate Change and Development’, in Professor Peter K. Yu (eds), *The WIPO Journal: Analysis of Intellectual Property Issues*, 8(1), 2016, p. 64-74.
- Srinivas R K, “Climate Change, Technology Transfer and Intellectual Property Rights” RIS Discussion Papers RIS-DP, V.153, 2009, <[https://sdg.ris.org.in/sites/sdg.ris.org.in/files/2021-08/RIS\\_TFM\\_DiscussionPapers2009.pdf](https://sdg.ris.org.in/sites/sdg.ris.org.in/files/2021-08/RIS_TFM_DiscussionPapers2009.pdf)>, Accessed 1 March 2023.
- Shrestha M R, “Clean Energy Resources, Utilization, Investments, and Prospects in Asia” in Bambang Susantono / Yongping Zhai / Ram M. Shrestha / Lingshui Mo (eds), *Financing Clean Energy in Developing Asia*, (Asian Development Bank, 2021), 1, p. 1-372.

- Tan X/ Zhao Y / Polycarp C / Bai J, “China’s Overseas Investments in the Wind and Solar Industries: Trends and Drivers”, *World Resources Institute Working Papers*, 2013, < [http://pdf.wri.org/chinas\\_overseas\\_investments\\_in\\_wind\\_and\\_solar\\_trends\\_and\\_drivers.pdf](http://pdf.wri.org/chinas_overseas_investments_in_wind_and_solar_trends_and_drivers.pdf) >, Accessed 18 March 2023, p. 1-22.
- The Academy of Sciences for the Developing World TWAS, “Sustainable Energy for Developing Countries”, 2008.
- The World Bank Public-Private Partnership Legal Resource Center, “Government Objectives: Benefits and Risks of PPPs”, *The World Bank*, 21 June 2022, < <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview/ppp-objectives> >, Accessed 19 March 2023.
- Ueno T, Technology Transfer to China to Address Climate Change Mitigation, U.S. Global Leadership: An Initiative of the Climate Policy Program at RFF, *Resources for the Future*, 9(9), August 2009, <<https://media.rff.org/documents/RFF-IB-09-09.pdf>>, Accessed 1 March 2023.
- United Nations Conference on Trade and Development: “Transfer of Technology”, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/28, 2001.
- United Nations Department of Economic and Social Affairs: “High Level Dialogue on Energy, Theme Report on Energy Transition: Towards the Achievement of SDG 7 and Net-Zero Emissions”, 2021.
- United Nations Department of Economic and Social Affairs, Climate Change: “Technology Development and Technology Transfer”, Background Paper, 2008.
- United Nations Framework Convention on Climate Change: “The Contribution of the Clean Development Mechanism Under the Kyoto Protocol to Technology Transfer”, UNFCCC, 2010, p. 18-22.
- U.S. Congress, Office of Technology Assessment, Energy Technology Transfer to China—A Technical Memorandum, Washington, DC: U.S. Government Printing Office, September 1985.
- Vutsova A / Ignatova O, “The Role of Public-Private Partnership for Effective Technology Transfer” *Applied Technologies & Innovations*, 10(3), 2014, p. 83-90.

Wilkin G, *Technology Transfer for Renewable Energy Overcoming Barriers in Developing Countries*, London Earthscan 2002.

Zaker A, *WTO Law and Trade Policy Reform for Low-Carbon Technology Diffusion Common Concern of Humankind, Carbon Pricing, and Export Credit Support*, World Trade Institute Advanced Studies v.5, Leiden; Boston: Brill, 2021.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

**TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ DÜZENLEME YETKİSİ  
VERİLMESİ ÇERÇEVESİNDE NOTERİN HUKUKİ  
SORUMLULUĞUNUN NİTELİĞİNE YENİDEN BAKIŞ\***

REVIEW OF THE LEGAL NATURE OF NOTARIAL LIABILITY  
WITHIN THE FRAMEWORK OF GRANTING THE POWER TO DRAFT  
SALE CONTRACT OF IMMOVABLE PROPERTY

Dila OKYAR\*\*   

**ÖZET**

[-10.34246/ahbvuhfd.1355505](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1355505) 

*Antik çağlardan bu yana bir itibar ve güven kurumu olarak gelişen noterlik, günümüzde dinamizmini korumaya devam etmektedir. Avrupa Birliği'ne üye devletlerde modern eğilim, noterlerin yetkili oldukları işlem yelpazesini genişletmek yönünde olup, taşınmaz mülkiyetinin devrine ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesisine ilişkin sözleşmeleri düzenleme konusunda noterler yetkili kalmıştır. Türk Hukukunda 28.06.2022 tarihli 7413 sayılı kanun ile 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda yapılan değişiklik neticesinde noterlere de taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi tanınmıştır. Noterlere tanınan yetkilerin genişliği, yüklenen sorumluluğun ağırlığını da beraberinde getirir. Türk Hukukunda noterin noterlik işlemlerinden doğan hukukî sorumluluğu Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Noterin taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemesinden doğan sorumluluğu ise 7413 sayılı Kanun ile Noterlik Kanunu'nun 162. maddesine eklenen ikinci fıkrada*

\* Bu çalışma yazarın 3-5 Kasım 2022 tarihlerinde düzenlenen "Noterin Taşınmaz Satışından ve Diğer Noterlik İşlemlerinden Doğan Hukukî ve Cezai Sorumluluğu" başlıklı Sempozyum'da sunmuş olduğu bildiri metninin genişletilmiş halidir.

\*\* **Dr. Öğr. Üyesi**, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı/ ANKARA, **e-posta:** dila.okyar.law@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-7829-2133, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1355505.

• Atıf Şekli | **Cite As:** Okyar D, "Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenleme Yetkisi Verilmesi Çerçevesinde Noterin Hukukî Sorumluluğunun Niteliğine Yeniden Bakış", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s.153-181

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

öngörülmüştür. Bu çalışma; Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde düzenlenen noterin sorumluluğunun hukukî niteliğini, doktrindeki farklı yaklaşımlar ve özellikle sahte belgeye dayalı olarak yapılan noterlik işlemlerinden doğan zararlardan sorumluluk bakımından Yargıtay'ın geliştirdiği içtihat ışığında incelemeyi ve noterin taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemesinden sorumluluğuna ilişkin yeni NK m. 162/II hükmünü değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Çalışmada, NK m. 162/II hükmünün Anayasa'ya aykırılığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi nezdinde açılan iptal davasına ilişkin olarak olası bir iptal kararının sorumluluk hukuku bakımından sonuçları da ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Noter, Noterlik İşlemi, Taşınmaz Satış Sözleşmesi, Tapu Sicili, Kusursuz Sorumluluk

### **ABSTRACT**

The notaryship, which has developed as an institution of reputation and trust since ancient times, continues to maintain its dynamism today. The modern trend in the European Union Member States is to expand the scope of transactions that notaries are authorized and specially to grant notaries with authorization to draft sale contract of immovable property and contract for the establishment of limited real rights on immovables. In Turkish Law, with the amendment made in the Notary Act (no. 1512) by the Act no. 7413, dated 28.06.2022, notaries were also granted with the authority to draft sale contract of immovable property. The broadness of powers granted to notaries brings the strictness of legal liability. The legal liability of the notary resulting from notarial acts is specifically regulated under Article 162 of the Notary Act. The liability of the notary arising from the drafting of contracts of sale of immovable property is specifically stipulated in the second paragraph of Article 162 which was added with the Act no. 7413. This study aims to examine the legal nature of the notarial liability regulated under Article 162 of the Notary Act, in the light of both different doctrinal approaches and the jurisprudence of Turkish Court of Cassation developed with respect to liability for damages resulting from the use of fake documents in notarial acts and to evaluate the new Article 162/II regarding the notarial liability for drafting sale of contract of immovable property. This study also discusses the consequences of a possible annulment decision in terms of liability law with respect to annulment case brought before the Turkish Constitutional Court on the ground that Article 162/II is unconstitutional.

**Keywords:** Notary, Notarial Act, Sale Contract of Immovable Property, Land Registry, Strict Liability

### **EXTENDED ABSTRACT**

Notaries undertake the function of preventing the emergence of legal disputes and guiding the owner of the notarial act. In this respect, they literally act as “protective physicians” and “legal engineers” of the legal world. Notary, which has developed as an institution of reputation and trust since ancient times, continues to maintain



*its dynamism today. In notarial law, the modern trend in the European Union is to expand the range of transactions in which notaries are authorized. In almost all the member states of the European Union, which are members of the International Union of Latin Notaries, notaries are authorized to draft contracts regarding the transfer of immovable property ownership and the establishment of limited real rights on immovable property. In accordance with this modern trend, in Turkish Law, with the amendment made in the Notary Act (no. 1512) by the Act no. 7413, dated 28.06.2022, notaries were granted with the authority to draft sale contract of immovable property.*

*This study aims to examine the legal nature of the notary's liability arising from notarial acts, which is regulated as a general norm under Article 162/I of the Notary Act in the light of the different approaches of the doctrine the jurisprudence developed by the Turkish Court of Cassation, especially in terms of liability for damages arising from notarial acts carried out by using forged documents. In determining the nature of this liability in question, it is important to determine the legal status of the notary and the nature of the notarial act. The accepted approach in Turkish Law is that the notary as a profession has a unique status due to its characteristics that bring it closer to both public officials and self-employment. In terms of the legal nature of the notarial transaction, a private law relationship based on tortious liability is accepted to exist between both the owner of the notarial act and the injured party who is not party to the notarial act. Both the prevailing opinion in current doctrine and the consistent jurisprudence of the Turkish Court of Cassation interprets Article 162/I of Notary Act as an aggravated strict liability. The expansion of powers granted to notaries leads to aggravation of the legal liability.*

*The regulation that grants the notaries with the power to draft sales contracts of immovable property is open to criticism in many respects. The power granted is narrow scoped since it does not cover all transactions that aim to change the owner of the real right status on immovable property; in contrast, it is limited only with the sales contract. The power is not exclusive since the land registry officials continue to have the same power. The most important point of criticism is that the current land registry practice, which is incompatible with the two-stage system has also been transferred to the notary law. The new regulation is far from clearly determining to whom and how the registration request should be made. The wording of the provision seems to be understood as meaning that the land registry officer will comply with the notary's decision.*

*In order to hold the notary liable, first, there must exist an illegal real estate sales contract drawn up by the notary. The main examples of illegalities that may lead to the notarial liability are as follows: the sales contract is drafted based on a face power of attorney or certificate of inheritance, one of the parties to the contract lack the capacity to act or instead of the notary, the contract is drafted by the employee of the notary. The study also examines the practical relationship between the notary's legal liability arising from the draft of sales contract of immovable property and the provision regarding the state's liability for keeping the land registry regulated under*

*Article 1007 of Turkish Civil Code. Unlike Article 1007, the new Article 162/II of Notarial Act does not stipulate that the injured party must first apply to the State; on the contrary, it accepts the primary and personal responsibility of the notary.*

## GİRİŞ

İnsanoğlu, söz uçar sa yazı kalsın diye, antik çağlardan bu yana doğanın kendisine sunduğu organik malzemeleri kullanmıştır. Bu, kimi zaman bir parşömen, bazen bir palmiye yaprağı, bir fildişi ya da bir taş parçası olmuştur. Mezopotamya'nın kadim uygarlığı olan Sümerlilerin icadı olan çivi yazısı ise kil tabletler aracılığıyla günümüze ulaşmıştır. Arkeolojik bulgular, çivi yazısının ilk örnekleri gibi, noterlik kurumunun ilk izleri için de MÖ 7. yüzyıl Sümer uygarlığını işaret etmektedir. Bir Sümer tabletinde, *Burgul* adıyla bilinen noterlik kurumu hakkında şu ifadeler yer verilmiştir: “Bizim kanun ve geleneklerimize göre her sözleşme belirli kurallar içinde yazılmalıdır. Yazılı olmayan sözleşmeler için hiçbir hak ileri sürülemez ve mahkemeye de başvurulamaz (...) Kurallarımız kesindir. Kentimizde yalnız sözleşmeleri yapan kamusal bir kuruluş olarak Burgul var”<sup>1</sup>.

Hukukî uyumsuzlukların doğumunu önleme ve gerektiği ölçüde işlem sahibini yönlendirme işlevini üstlenen noterler hukuk dünyasının adeta “koruyucu hekimleri” ve “hukuk mühendisleri” dir<sup>2</sup>. Noterlere tanınan yetkilerin genişliği, yüklenen sorumluluğun ağırlığını da beraberinde getirmiştir. Türk Hukukunda noterin noterlik işlemleri nedeniyle hukukî sorumluluğu, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda<sup>3</sup> ('NK') özel olarak düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>4</sup> ('TBK') genel sorumluluk hükümleri ile yetinmeyen kanunkoyucu, Noterlik Kanunu bünyesinde ayrı ve özel bir sorumluluk normu ihdas etmiştir<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Muazzez İlmiye Çığ, *Sumerli Ludingirra-Geçmişe Dönük Bilimkurgu*, Kaynak Yayınları, 1996, s. 30.

<sup>2</sup> Süha Tanrıver, *Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler (1993-2011)*, Adalet Yayınevi, 2011, s. 84.

<sup>3</sup> RG 05.02.1972/14090.

<sup>4</sup> RG 04.02.2011/27836.

<sup>5</sup> Ömer Ulukapı, “Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(1), 2013, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26651/281267>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2023, s. 212. Kurt'a göre, NK m. 162/II hükmü olmasaydı, noterlik faaliyetinden doğan zararlardan noter, kendi fiili bakımından TBK m. 49, noterlik çalışanının fiili bakımından ise TBK m. 66 hükmü çerçevesinde sorumlu tutulabilecekti. Bkz. Leyla Müjde Kurt, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVIII, 2014, s. 92.

Antik çağlardan bu yana bir itibar ve güven kurumu<sup>6</sup> olarak gelişen noterlik, günümüzde dinamiklerini korumaya devam etmektedir. Modern eğilim, noterlerin işlem yelpazesini genişletmek yönündedir. Türkiye Noterler Birliği'nin de aralarında bulunduğu Uluslararası Latin Noterler Birliği'nin (*International Union of Latin Notaries*) üyesi olan Avrupa Birliği'ne üye devletlerin neredeyse tümünde, taşınmaz mülkiyetinin devrine ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak tesisine ilişkin sözleşmeleri düzenleme konusunda noterler yetkili kılınmıştır<sup>7</sup>. Aynı durum, Avrupa Birliği üyesi pek çok devlet için de geçerlidir<sup>8</sup>. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı tarafından 2019 yılında yayımlanan Yargı Reformu Stratejisi'nde<sup>9</sup> belirtilen 8.4 no'lu hedef, noterliklerin görev tanımlarını, yargının iş yükünü azaltacak şekilde yeniden düzenlemektir. Bunun bir yansıması olarak, Türk Hukukunda 2022 yılında 7413 sayılı kanun<sup>10</sup> ile yapılan değişiklik neticesinde, noterlere de taşınmaz satış sözleşmesi düzenleme yetkisi tanınmıştır. Noterlik Kanunu'na eklenen NK m. 61A/I hükmüne göre, “taşınmaz satış sözleşmesi noterler tarafından da yapılabilir”. Böylelikle, *Tanrıver*'in deyiimiyle, noterlerin “*kamu güvenine en ziyade mazhar bir görevli grubu*” olduğu tescil edilmiştir<sup>11</sup>. Bu yeni yetki doğrultusunda, noterlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin NK m. 162 hükmü de değiştirilmiş ve eklenen ikinci fıkra ile noterin taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemesinden doğan sorumluluğu özel olarak düzenlenmiştir. Anılan hükmün son hâli şu şekildedir: “(f.1) *Stajiyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar.*

<sup>6</sup> Hukukî güvenliği sağlamakla görevlendirilmiş olan noterlerin (NK m. 1) düzenlediği noter senetleri sahteliği sabit olana kadar geçerlidir (NK m. 82).

<sup>7</sup> Metin Uzun, Erkan Küçükgüngör/Mehmet Şirin Erdoğan/Mete Yıldız, “Taşınmaz Devrinin Noterliklerde Yapılmasının Önemi ve Faydaları”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 1, 2021, <<https://jurix.com.tr/issue/1977>> Erişim Tarihi 1 Aralık 2023, s. 31.

<sup>8</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Tanrıver*, s. 51.

<sup>9</sup> Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Stratejisi, <[https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS\\_TR.pdf](https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf)> Erişim Tarihi 30 Nisan 2023, s. 87.

<sup>10</sup> Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG 28.06.2022/31880.

<sup>11</sup> *Tanrıver*, s. 53.

(f.2) Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de sorumludur. Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi hâlinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder. Notere karşı açılacak davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür. (f.3) Noter, birinci ve ikinci fıkralar gereğince ödediği miktar için, işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajiyer veya noterlik personeline rücu edebilir”.

Bu çalışma; NK m. 162 hükmünde düzenlenen noterin noterlik işlemlerinden doğan sorumluluğunun hukukî niteliğini, doktrinadaki farklı yaklaşımlar ve özellikle sahte belge kullanılarak yapılan noterlik işlemlerinden doğan zararlardan sorumluluk bakımından Yargıtay’ın geliştirdiği içtihat ışığında incelemeyi ve noterlere taşınmaz satış yetkisi tanınmasına ilişkin yeni düzenlemenin sorumluluğun hukukî niteliğine etkisini değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

## **I. OLAN VE OLMASI GEREKEN HUKUKA ÇİSİNDAN NOTERİN HUKUKİ STATÜSÜ VE NOTERLİK İŞLEMİNİN NİTELİĞİNE İLİŞKİN FARKLI YAKLAŞIMLAR**

Noterin noterlik işlemlerinden doğan hukukî sorumluluğunun niteliğini belirlerken, birbiriyle ilişkili iki temel ölçüt değerlendirilmelidir. Bunlardan ilki noterin hukukî statüsü, diğeri ise noterlik işleminin hukukî niteliğidir.

### **A. Noterin Hukukî Statüsü**

NK m. 1’de noterliğin açıkça kamu hizmeti olduğu belirtilmiş olmasına rağmen Türk Hukukunda noterin hukukî statüsüne ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>12</sup>. Tartışmalı mesele, notere bir kamusal kimlik izafe

<sup>12</sup> 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda, avukatlığın bir kamu hizmeti ve serbest meslek olduğu açıkça ifade edilmiştir. NK’de ise noterliğin sadece kamu hizmeti niteliğinde olduğunun belirtilmesi ile yetinilmiştir. İsviçre Hukukunda federal bir noterlik kanunu bulunmamaktadır; noterlik mesleği ve noterlik hukukuna ilişkin düzenlemeler kantonal düzeydedir. Noterin hukukî statüsü de kantona göre değişiklik göstermektedir. Noterlerin hukukî statüsü bakımından benimsenen sistemler şöyledir: (1) kamu görevlisi statüsünde (*officier public*) olduğu sistem (*le notariat de fonction*), (2) serbest meslek mensubu olduğu sistem (*le notariat indépendant*) ve (3) karma sistem (*le notariat mixte*). Bkz. Pierre Tercier/ Pascal G. Favre, *Les contrats spéciaux* (4e édition, Schulthess 2009) N. 5437. Noterin serbest meslek mensubu olarak kabul edildiği kantonlarda, resmî senet düzenleme işleri bakımından kamusal bir görev icra ettiği, dolayısıyla noter ile iş sahibi arasında bir kamu hukuku ilişkisi bulunduğu kabul edilir (ibid, N. 5430). Buna rağmen, noterin düzenlediği resmî senetlerden doğan zarardan hukukî sorumluluk, Art. 61/I OR gereği haksız fiil esaslarına tâbidir. Art. 61/I OR uyarınca, federal ve kantonal düzeyde aksine bir düzenleme bulunmadıkça, kural olarak, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken neden oldukları zarardan sorumlulukları Borçlar Kanunu’nun haksız fiil genel hükümlerine tâbidir. Bkz. BGE 90 II 278, BGE 127

etmenin mümkün olup olmadığıdır. Esasında noterlik kurumunun pek çok özelliği, noterleri kamu görevlisi statüsüne oldukça yaklaştırmaktadır<sup>13</sup>. Noterlik dairesinin kuruluşu (NK m. 2,3,4), noterlerin tayini (NK m. 22), çalışma süreleri (NK m. 51), izne ayrılmaları (NK m. 57), teftişi (NK m. 122) vb. hususlar Adalet Bakanlığı'nın gözetim ve denetimi altındadır (NK m. 121). Ancak noterlik mevzuatında noterlik faaliyetinin bir kamu hizmeti olarak nitelendirilmiş olması, bu hizmeti yürüten noterlerin kamu görevlisi sıfatını haiz olmaları için yeterli değildir<sup>14</sup>. Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda, bir kimsenin kamu görevlisi olarak kabul edilebilmesi için şu iki şartı aramaktadır: Kişinin yürüttüğü hizmet bir kamu hizmeti olmalıdır ve bu görev karşılığında kendisine devlet bütçesinden ne ad isim altında olursa olsun (maaş, ücret, ödenek vb.) bir maddi meblağ tahsis edilmiş olmalıdır<sup>15</sup>.

Anayasa Mahkemesi 1979 yılında verdiği bir kararında şu değerlendirmede bulunmuştur: *“Noterlikler; 1512 sayılı Noterlik Yasasının verdiği yetkiye dayanılarak açılırlar. Noterliğin bir kamu hizmeti, noterlik dairesinin resmî daire olduğu, noterlerce yapılan işlemlerin resmi işlem sayıldığı, noterlerin atama, yükselme, sınıflara ayrılma ve denetimlerinin Adalet Bakanlığınca saptandığı, kısaca noterliğin bir statüye bağlı bulunduğu yukarıda açıklanmıştır. Bu nedenlerle noterlik, özel teşebbüs sayılamaz ve hakkında özel teşebbüslerle ilgili kurallar uygulanamaz”*<sup>16</sup>. Aynı değerlendirme, Mahkeme'nin 2018 tarihli bir başka kararında da yer almaktadır<sup>17</sup>. Mahkeme, mirasçılık belgesinden harç alınmasına ilişkin düzenlemenin iptali istemiyle açılan davaya ilişkin olarak 2012 yılında verdiği kararında ise şu ifadelere yer vermiştir: *“[...] kamu kurumu niteliğinde olan noterliklerce verilen ve kişilerin mirasçılık durumlarını belgeleyerek kişisel yararlarına hizmet eden mirasçılık belgesi verilmesi biçimindeki kamu hizmetinin harca konu edilmesi*

III 248. Ayrıca bkz. Şebnem Akipek Öcal/Hayriye Şen Doğramacı/Gözde Çağlayan Aygün, “Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(2), 2023, <<https://dergipark.org.tr/pub/andhd/issue/79215/1296966>> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2023, s. 231 vd.

<sup>13</sup> Geniş bilgi için bkz. Ü. Tuğçe Tekben, “Noterin Hukuki Statüsü ve Noterlik Kanunu'nun 162. Maddesi Uyarınca Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme”, *İzmir Barosu Dergisi*, 86(3), 2021, <<https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfsosya/noterin-hukuki202214145432429.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2023, s. 74 vd.

<sup>14</sup> Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 6. Basıya Ek Tıpkı Bası, Turhan Kitabevi, 2019, s. 848.

<sup>15</sup> YHGK, E. 1980/1714, K. 1983/803, T. 14.09.1983.

<sup>16</sup> AYM, E. 1979/5, K. 1979/29, T. 19.06.1979.

<sup>17</sup> AYM, E.2017/163, K. 2018/90, T. 06.09.2018.

*harçlara ilişkin prensiplere aykırı değildir*<sup>18</sup>.

Noterlik mesleğine ilişkin başkaca düzenlemeler ise noterleri serbest meslek mensubu statüsüne yaklaştırmaktadır<sup>19</sup>. Noterlik mesleğine ilişkin tüm bu özellikler birlikte değerlendirildiğinde, noterler “*idare hukuku bakımından yapılan sınıflandırmalara tâbi olmaksızın, kamu kesiminde görev yapan tüm görevlileri kapsayıcı, geniş anlamda bir kamu görevlisi*” olarak görülmekte<sup>20</sup> ve doktrinde çoğunluk tarafından, serbest meslek erbabı ile kamu görevlisi arasında bir yerde konumlandırılarak kendine özgü (*sui generis*) bir statüde buldukları kabul edilmektedir<sup>21</sup>.

## **B. Noterlik İşleminin Hukukî Niteliği**

Noterin noterlik işlemlerinden kaynaklanan sorumluluğunun hukukî niteliğini belirlemede ikinci ölçüt ise işlem sahibi<sup>22</sup> ile noter arasında kurulan ilişkinin hukukî niteliğidir. Bu noktada, taraflar arasındaki ilişkinin hangi hukukî zemine oturduğu belirlenmelidir. Bu ilişkinin bir özel hukuk ilişkisi mi yoksa bir kamu hukuku ilişkisi mi olduğu meselesi doktrinde tartışmalıdır.

### **1. Özel Hukuk İlişkisi Görüşü**

İşlem sahibi ile noter arasında bir özel hukuk ilişkisi bulunduğu kabul edildiği takdirde, ilk olarak tespit edilmesi gereken, borç ilişkisinin kaynağıdır. Hukuka aykırı noterlik işleminden zarar gören üçüncü kişi ile noter arasında bir haksız fiil ilişkisi bulunduğu açıktır<sup>23</sup>. Asıl tartışmalı olan,

<sup>18</sup> AYM, E. 2011/64, K. 2012/168, T. 01.11.2012.

<sup>19</sup> Noterlik dairesi resmi daire sayılmakla birlikte noterlik dairesinin her türlü gideri notere aittir (NK m. 40). 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (RG 06.01.1961/10700) m. 66 uyarınca noterler, serbest meslek erbabı olarak kabul edilmektedir. *Tanrıver*’e göre noter, kamu hizmeti gören bir serbest meslek mensubudur (Tanrıver, s. 549).

<sup>20</sup> Süleyman Çetin/Derya Ateş, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 176.

<sup>21</sup> Kurt, s. 86; Çetin /Ateş, s. 176; Tekben, s. 76; Akipek Öcal/Şen Doğramacı/Çağlayan Aygün, s. 212.

<sup>22</sup> Noterlik Kanunu’nda, noterde hukukî işlem belgelendirmeyi talep eden kişi “ilgili” kavramı ile ifade edilir. NK m. 72/I: “*Noterler, ilgilinin istemi üzerine, hukuki işlemleri belgelendirirler*”. NK m. 72/II: “*İlgili, belgelendirme isteminde bulunan kişidir*”. Ancak noterlerin yapmakla yükümlü oldukları işlemler belgelendirme ile sınırlı değildir. Bu nedenle çalışmamızda, noterde işlem yaptıran kişi için “işlem sahibi” kavramı tercih edilmiştir. Aynı gerekçe ile “iş yaptırmaya gelen kişi” ifadesinin kullanımı için bkz. Kurt, s. 73-74.

<sup>23</sup> *Oktay-Özdemir*’e göre, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi çerçevesinde, hukuka aykırı noterlik işlemi nedeniyle zarar gören üçüncü kişi, işlem sahibi ile noter arasındaki sözleşmeye dayanarak noterin sözleşmesel sorumluluğuna başvurabilir. Bkz. Saibe Oktay-

noter ile noterlik işleminin karşı tarafını oluşturan işlem sahibi arasında bir özel hukuk sözleşmesi bulunup bulunmadığı ve varsa, bu sözleşmenin türüdür. Sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından akla gelen ilk ihtimal, noter ile işlem sahibi arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasıdır (TBK m. 502 vd.). Vekâlet sözleşmesi ile vekil, vekâlet verenin menfaatine ve iradesine uygun olarak belirli bir iş görmeyi veya bir işlem yapmayı üstlenir. Noterin, işlem sahibinin menfaatine ve iradesine uygun bir iş görmesinden hareketle, ilk bakışta, taraflar arasında vekâlet temelli bir ilişkinin varlığı düşünülmektedir. Bazı yazarlar, maddi fiil vekâleti (*Tathandlungsauftrag*) kapsamında noterleri de belirtmekte<sup>24</sup>; örtülü kabul ile vekâlet sözleşmesinin kurulmasına ilişkin TBK m. 503 bakımından “iş görme konusunda resmi sığata sahip kişi” ifadesi kapsamında noteri de saymakta<sup>25</sup> ve TBK m. 502/III uyarınca vekilin ücret alacağının kanuna dayalı olmasına örnek olarak noterlik mevzuatına atıf yapmaktadır<sup>26</sup>.

TBK'nin vekâlet sözleşmesine ilişkin bazı hükümlerinin ise noter ile işlem sahibi arasındaki ilişkinin doğasına uygun düşmediği ifade edilmektedir<sup>27</sup>. Öncelikle, tarafların tamamen serbest iradesi ile kurduğu bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı; noterin, noterlik dairesine başvuran kişinin işini görmesinin zorunlu olduğu, bunun temelinin tarafların serbest iradesi ile kurduğu sözleşme değil, kamu hizmetini sunma zorunluluğu olduğu belirtilmektedir. Nitekim noter, haklı bir sebep olmaksızın, noter dairesine başvuran kişiyi reddetme yahut işlemi sona erdirmeye hakkına sahip değildir<sup>28</sup>. Hâlbuki TBK m. 512, vekâlet sözleşmesini karakterize eden yoğun güven ilişkisinin bir yansıması olarak, hem vekile hem vekâlet verene, vekâleti haklı sebep olmasa bile her zaman tek taraflı olarak sona erdirmeye hakkı tanımaktadır<sup>29</sup>. Ayrıca, TBK m.

Özdemir, “Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları”, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*, Alkim Yayınevi, 2007, s. 695-696.

<sup>24</sup> David Oser/Rolf H. Weber, “Article 394”, Corinne Widmer Lühinger/David Oser (Eds.), *Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2020, N. 9.

<sup>25</sup> Halük Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C 2*, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1982, s. 211; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017, s. 712.

<sup>26</sup> Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 795.

<sup>27</sup> Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Tekben, s. 84 vd.

<sup>28</sup> Tekben, s. 87.

<sup>29</sup> Atipik vekâlet sözleşmeleri bakımından TBK m. 512 hükmünün emredici niteliğine ilişkin

505/I uyarınca, “*Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür*”. Oysa noter, noterlik faaliyetini yürütürken işlem taraflarının isteklerini olduğu gibi yerine getirmek zorunda değildir<sup>30</sup>. Vekâlet sözleşmesine ilişkin bu hükümlerin noter ile iş sahibi arasındaki ilişkiye doğrudan uygulanması uygun düşmediğinden, bir diğer yaklaşım, noter ile işlem sahibi arasındaki ilişkiyi vekâlet unsuru içeren kendine özgü (*sui generis*) yapıda bir isimsiz sözleşme olarak nitelendirerek TBK m. 502/II hükmü gereği vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri kıyasen uygulamaktır<sup>31</sup>. Öte yandan, noterin yetkili olduğu işlemlerin çeşitliliği<sup>32</sup>, işlem sahibi ile noter arasındaki ilişkiyi tek bir sözleşme tipine hasretmeyi zorlaştırmaktadır. Bu nedenle somut olaya konu noterlik işlemine göre farklı sözleşme tipleri gündeme gelebilir<sup>33</sup>. NK m. 162 hükmü ise, lafzı itibariyle, işlem çeşitliliğine göre ayrı ayrı değerlendirme yapmaya elverişli gözükmeyen yeknesak bir düzenleme öngörür<sup>34</sup>.

Baskın görüş, noter ile işlem sahibi arasındaki ilişkiyi haksız fiilden doğan bir borç ilişkisi olarak nitelendirmektedir<sup>35, 36</sup>. Yargıtay da noter ile işlem

---

tartışma hakkında bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C II, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 121-123; Şebnem Akipek Öcal, “Vekâlet İlişkileri”, Turgut Öz (Ed.), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 707.

<sup>30</sup> Tekben, s. 91.

<sup>31</sup> TBK m. 502/II: “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörmeye sözleşmelerine de uygulanır*”. Vekâlet sözleşmesine, iş görme sözleşmeleri bakımından “torba sözleşme” (*Sammelbecken*) niteliği veren bu hüküm gereği, vekâlete ilişkin hükümler, vekâlet unsuru içeren isimsiz işgörmeye sözleşmelerine kıyasen uygulanır. Bkz. Eren, s. 706; Aydoğdu ve Kahveci, s. 791; Gümüş, s. 125; Akipek Öcal, s. 701-702.

<sup>32</sup> Noterlerin yetkili oldukları işlemler hakkında bkz. NK m. 60 vd.

<sup>33</sup> Emanet saklama işlemi bakımından saklama sözleşmesine (TBK m. 561 vd.), vekâletname düzenleme ya da tebligat işleri bakımından eser (TBK m. 470 vd.) sözleşmesine benzetilebilir. Bkz. Tekben, s. 81.

<sup>34</sup> Ulukapı, s. 216.

<sup>35</sup> Kurt, s. 90; Çetin/Ateş, s. 281; Serdar Nart, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11, 2010, s. 430; Süha Tanrıver/Mehmet Serkan Ergüne, “Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Esaslar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 72(1), 2023, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/76441/1245835>> Erişim Tarihi 1 Nisan 2023, s. 171, dn. 65; Akipek Öcal/Şen Doğramacı/Çağlayan Aygün, s. 220.

<sup>36</sup> Haksız fiil sorumluluğu niteliğindeki, tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğuna (TMK m. 1007) paralel düşünmenin uygun düşeceği hakkında bkz. Ulukapı, s. 215-216. NK m. 162 hükmünde düzenlenen sorumluluğun hukuki niteliğinin belirlenmesi, NK’da açıkça düzenlenmemiş hususlar bakımından önem arz eder (Çetin/Ateş, s. 279). Haksız fiil sorumluluğu görüşü doğrultusunda, zararın ve tazminatın belirlenmesi (TBK m. 50 vd.),



sahibi arasında bir özel hukuk ilişkisi bulunduğunu kabul etmekle birlikte, bu ilişkiyi sözleşme yerine haksız fiil zeminine oturtmaktadır<sup>37</sup>. NK m. 162 hükmünde, noterin sorumlu olacağı kişiler, “bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlar” şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu, zarar gören kişinin noterlik işleminin tarafı olup olmamasına göre bir ayırım yapmamıştır<sup>38</sup>. Bu nedenle noterin hem işlem sahibine hem de işlem tarafı olmayan üçüncü kişiye karşı haksız fiil esaslarına göre sorumlu olduğu kabul edilmektedir<sup>39</sup>.

## 2. Kamu Hukuku İlişkisi Görüşü

Noterlik mesleğinin kuralları ve noterlik işleminin özellikleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, işlem sahibi ile noterin, bir özel hukuk sözleşmesinin tarafları gibi eşit konumda olmadıkları görülür. Bu ilişki, bir başkasının menfaatine iş görme bakımından vekâlet temelli bir ilişkiye benzemekle birlikte, kamusal karakteri baskındır. Noterlik hizmetinin noterler aracılığıyla yürütülmesini sağlayan devlet, noterlik faaliyetinin aslı sahibidir<sup>40</sup>. *De lege ferenda*, noterlerin kamu görevlisine yaklaşan kendine özgü statüleri gereği, işlem sahibi ile noter arasında bir kamu hukuku ilişkisi bulunduğu ve sorumluluğun da kamu hukuku kurallarına tâbi tutulması gerektiği savunulmaktadır<sup>41</sup>. Bir yaklaşım, tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğunu öngören 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu<sup>42</sup> (‘TMK’) m. 1007 hükmüne benzeterek, noterlik işlemlerinden doğan zararlar bakımından devletin, kusursuz sorumluluk esasına dayanan aslı sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiğini savunur<sup>43</sup>. Esasında, 7413 sayılı Kanun ile NK m. 162

birlikte sorumluluk (TBK m. 61-62), zamanaşımı (TBK m. 72-73) ve geçici ödemeler (TBK m. 76) başta olmak üzere haksız fiillere ilişkin hükümler uygulanır. Bkz. Tanrıver/Ergüne, s. 171.

<sup>37</sup> YHGK, E. 2017/1518, K. 2020/139, T. 13.02.2020.

<sup>38</sup> Oktay-Özdemir, s. 693.

<sup>39</sup> Tanrıver/Ergüne, s. 171, dn. 65.

<sup>40</sup> Kurt, s. 96.

<sup>41</sup> Gümüş, s. 116; Tekben, s. 93-94. *Tandoğan*'a göre, “[...] ilişkinin niteliği tartışmalı olmakla birlikte, kamu hukuku ilişkisi olarak nitelendirmek daha kuvvetli görünmektedir”. Bkz. *Tandoğan, Özel Borç İlişkileri*, s. 191.

<sup>42</sup> RG 08.12.2001/24607.

<sup>43</sup> Noterlerin sorumluluğunun, tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğuna (TMK m. 1007) oldukça benzediği görüşü için bkz. Ulukapı, s. 215. Kanunkoyucunun noteri kamu görevlisine daha yakın bir statüde görmesi durumunda, TMK m. 1007 hükmünde olduğu gibi, devletin noterlik faaliyetinden doğan zararlardan kusursuz sorumluluk esasına dayalı

hükmüne eklenen ikinci fıkra ile, taşınmaz satış sözleşmesi ile sınırlı olarak benzer bir yaklaşım benimsenmiş ancak TMK m. 1007'den farklı olarak, zarar görenin önce Devlete başvurma zorunluluğu yerine, noterin de aslı sorumluluğu kabul edilmiştir.

## II. TÜM NOTERLİK İŞLEMLERİ BAKIMINDAN GENEL SORUMLULUK NORMATİFİNDEKİ NK M. 162/İ HÜKMÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Genel Olarak

NK m. 162/İ, tüm noterlik işlemleri bakımından uygulanan genel bir sorumluluk normudur. Emredici nitelikteki bu düzenlemenin aksinin öngörülerek noterin sorumluluğunun sınırlandırılması ya da kaldırılması mümkün değildir<sup>44</sup>. Doktrindeki baskın görüş<sup>45</sup> ve Yargıtay<sup>46</sup>, NK m. 162/İ hükmünü kusursuz sorumluluk hâli olarak nitelendirmektedir. Kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olmadığından, noterin hukukî sorumluluğunun doğması için, haksız fiilin kusur dışındaki tüm unsurları gerçekleşmiş olmalıdır. Bunlar; fiil, hukuka aykırılık, zarar ve uygun illiyet bağıdır. Noterin sorumluluğuna yol açan fiil, işin hatalı ya da eksik yapılması şeklinde icraî (olumlu) bir fiil olabileceği gibi bir işin yapılmaması şeklinde ihmâlî (olumsuz) bir fiil de olabilir. NK m. 162/İ hükmünde geçen “işlemin hatalı ya da eksik yapılması” ifadesi, ilk bakışta kusur kavramını çağırırta da, kanun koyucunun amacının noterin sorumluluğuna kusur unsurunu dâhil etmek olmadığı görüşünü paylaşıyoruz. *Hatalı* ya da *eksik* işlem, haksız fiilin kusur değil, hukuka aykırılık unsuruna ilişkindir zira noterin gerekli tüm özeni göstermesine rağmen işlemin hatalı ya da eksik olması mümkündür<sup>47</sup>.

Noterin hukukî sorumluluğuna yol açan fiil, noterin kendisine ait

---

olarak aslı sorumlu tutulması ve kusuru bulunan notere rücu edebilmesinin en uygun çözüm olduğu görüşü için bkz. Kurt, s. 97.

<sup>44</sup> Tanrıver/Ergüne, s. 170-171.

<sup>45</sup> Ulukapı, s. 217; Kurt, s. 92. NK m. 162/İ hükmüne kusursuz sorumluluk niteliğini veren, hukuka aykırı noterlik işlemi gerçekleştiren noterlik çalışanın değil noterin kusurunun aranmasıdır. Noterlik çalışanın kusuru noterin rücu hakkı bakımından önem taşır. Rücu ilişkisini düzenleyen NK m. 162/III hükmünde geçen “sebeplenen” ifadesi, “kusurlu davranışıyla sebeplenen” şeklinde okunmalıdır (Ulukapı, s. 232). *Nart*, noterin bizzat yaptığı işlemler ile noterlik çalışanın yaptığı işlemleri ayırarak, ilki bakımından noterin sorumluluğunun kusur esasına dayandığı, ikincisi bakımından ise kusura dayanmayan bir sorumluluğun kabul edildiği görüşündedir (Nart, s. 429 vd.).

<sup>46</sup> Yargıtay 3. HD. E. 2020/2022, K. 2020/5494, T. 07.10.2020.

<sup>47</sup> “‘Hatalı veya eksik yapılma’ ifadesi kusur kavramını zimni olarak dahi barındırmamaktadır. Çünkü hüküm işlemin hangi nedenle olursa olsun hatalı ve eksik olmasını sorumluluk sebebi saymaktadır” (Oktay-Özdemir, s. 699). Aksi görüş için bkz. Nart, s. 432.

olabileceği gibi, noterlik çalışanına da ait olabilir. NK m. 162/I hükmü de bu doğrultuda noterin iki farklı sebebe dayanan sorumluluğunu öngörmektedir. “*Stajyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile*” ifadesinden hareketle, bunlardan ilki noterin kendi yaptığı işlemlerden *doğrudan*, ikincisi ise noterlik faaliyetinde görev alan noterlik çalışanının işlemlerinden *dolayı* sorumluluğudur. Noterlik uygulamasında neredeyse tüm işlemler kâtipler tarafından hazırlanıp, noterin imza ve mührü ile tekemmül ettiğinden, teorik gözükken bu ayrımın pratik önemi, imza yetkisi<sup>48</sup> bulunan kâtibin noterin bizzat katılımı olmaksızın yaptığı işlemler bakımından ortaya çıkar<sup>49</sup>. Bu durumda, noterin noterlik çalışanının işleminden dolayı sorumluluğu gündeme gelir. Hükümde geçen *bile* ifadesi, kendi fiilinden kusursuz sorumlu olan noterin, noterlik çalışanının fiilinden *evleviyetle* kusursuz sorumlu tutulacağı şeklinde anlaşılır<sup>50</sup>.

Noterin noterlik çalışanlarının fiillerinden sorumluluğu bakımından NK m. 162 ile adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 66 hükmü arasındaki ilişki incelendiğinde iki hükmün dayandığı esasın farklı olduğu görülür<sup>51</sup>. Bu farklılığın nedeni, NK m. 162 hükmünde noterin sorumluluğunun özen yükümlülüğünün ihlâline bağlanmamış olmasıdır. Hâkim görüşe göre bu iki düzenleme arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi vardır<sup>52</sup>; NK m. 162 hükmü, TBK m. 66 hükmünün özel bir uygulama hâlidir<sup>53</sup>. Noter ile

<sup>48</sup> NK m. 36/I: “*Noter, kendisine yardım etmek üzere, stajının üç ayını tamamlamış bulunan stajyerine, başkâtibine veya diğer bir kâtibine imza yetkisi verebilir*”.

<sup>49</sup> Ulukapı, s. 213-214.

<sup>50</sup> Kurt, s. 93.

<sup>51</sup> İbid, s.106.

<sup>52</sup> Ulukapı, s. 221; Halûk Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku (Akîd Dışı ve Akdî Mes’uliyet)*, Ajans-Türk Matbaası, 1961, s. 132.

<sup>53</sup> Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C V/1,2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, N. 1869; Akipek Öcal/Şen Doğramacı/Çağlayan Aygün, s. 222.

NK m. 162/I hükmünde sayılan<sup>54</sup> noterlik çalışanı (stajyer<sup>55</sup>, kâtip<sup>56</sup>, kâtip adayı) arasında TBK m. 66 anlamında bağımlılık arz eden bir çalıştırma ilişkisi bulunmaktadır<sup>57</sup>. Ancak NK m. 162, TBK m. 66'dan farklı olarak notere, kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı tanımadığından<sup>58</sup>, NK m. 162/I hükmü ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu niteliğindedir<sup>59</sup>.

Noterler bakımından ağırlaştırılmış sorumluluk rejimi benimsenmesinin isabetli olup olmadığı konusunda ise farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. *Tandoğan*'a göre, “*Noterlerin böyle ağır bir mes’uliyete tâbi tutulması, onlara tevdi edilen muamelelerin yanlış yapılmasından büyük zararlar doğması tehlikesinin bulunması ve noterlerin muamelelerinin sağlamlığı hususunda iş sahiplerine teminat bahşetmenin gerekmesi mülahazasıyla haklı gösterilebilir; kaldı ki, noterlerin veya müstahdemlerinin fiillerinden doğan*

<sup>54</sup> Rücû ilişkisini düzenleyen NK m. 162/III hükmünde “stajyer veya noterlik personeli” ifadesi kullanılmıştır. “Noterlik personeli”, birinci fıkrada sayılan stajyer, kâtip ve kâtip adayı ile hizmetlileri (bekçi, temizlikçi vb.) de kapsayan daha geniş bir kavramdır. NK m. 42/I hükmüne göre, “*Noterlik dairesi personeli, noterin emri altında bulunan işe yeter sayıdaki katip ve hizmetliden meydana gelir*”. NK m. 46 uyarınca, “*Hizmetliler; katip görevinde kullanılamaz*”. NK m. 162 hükmünde düzenlenen sorumluluk, noterlik faaliyetlerinden kaynaklanan fiillerden sorumluluk ile sınırlıdır. Bu nedenle, hizmetlilerin, işlem sahibi veya üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumluluğu TBK m. 66 hükmüne tâbidir. Bkz. Ulukapı, s. 216-217; Antalya, N. 1876; Kurt, s. 97. NK m. 162 hükmünde düzenlenen sorumluluk, NK m. 197/I uyarınca, dördüncü sınıf noterliklerdeki geçici yetkili noter yardımcılarını (NK m. 32) bakımından da uygulanır.

<sup>55</sup> Stajyerliğe müracaat ve kabul işlemleri noter odası tarafından yürütüldüğünden (NK m. 9 vd.), stajyer ile noter arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır (bkz. Ulukapı, s. 233, dn. 48).

<sup>56</sup> NK m. 48: “*Katip ve hizmetlilerle noter arasındaki hizmet akdinden doğan münasebetler, bu kanunda aksine hüküm bulunmadıkça iş mevzuatına tabidir*”.

<sup>57</sup> Ulukapı, s. 216.

<sup>58</sup> TBK m. 66 hükmünün adam çalıştırana kuruluş kanıtı getirme imkânı tanımaması, adam çalıştırmanın aslında *kendi* fiilinden sorumlu tutulduğunun göstergesidir. NK m. 162 hükmü ise, noterlik çalışanlarının fiillerinden noterin sorumluluğu bakımından tam anlamıyla bir başkasının fiilinden sorumluluk hâli niteliğindedir.

<sup>59</sup> Nart, s. 449; Tanrıver/Ergüne, s. 164; Akipek Öcal/Şen Doğramacı/Çağlayan Aygün, s. 209. “*Bu sorumluluk adam çalıştırmanın sorumluluğuna benzemez. Zira adam çalıştırmanın sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirme imkânı sağlanmış iken, bu sorumlulukta kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır. Bu yönü itibarıyla ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünün ihlâlinden kaynaklanan sorumluluk olduğu sonucuna varılmaktadır*” (Yargıtay 3. HD. E. 2016/22458, K. 2018/8712, T. 19.09.2018). Geniş anlamda tehlike sorumluluğu görüşü için bkz. Kurt, s. 106.

zarardan Devletin mes'ul olmayacağı da kabul edilmektedir"<sup>60</sup>. Diğer yandan, ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu yerine kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunan bir olağan sebep sorumluluğu<sup>61</sup> ya da kusur sorumluluğu<sup>62</sup> modelinin benimsenmesi ve noterlerin meslekî sorumluluk sigortasının kapsamının genişletilerek etkinliğinin artırılması gerektiği savunulmaktadır<sup>63</sup>.

## B. Sahte Belge Kullanılan Noterlik İşlemlerine İlişkin Yargıtay İçtihadının Sorumluluğun Hukuki Niteliğine Etkisi

Sahte belgeye (sahte nüfus cüzdanı, kimlik, vekâletname, motorlu araç tescil belgesi vb.) dayalı olarak yapılan noterlik işlemlerinden doğan zarardan noterin sorumluluğu konusunda Yargıtay'ın geliştirdiği içtihadta kullandığı ölçüt, NK m. 162/I hükmündeki sorumluluk rejimi üzerinde önemli bir etki doğurmaktadır. Bu içtihadta benimsenen temel yaklaşım, sahte belgenin *aldatma (iğfal) kabiliyeti* olup olmamasına ilişkin bir değerlendirmeye dayanır. Sahte belgenin aldatma kabiliyeti varsa, üçüncü kişinin ağır kusuru gerekçesiyle noterin sorumluluğu bakımından illiyet bağının kesileceği<sup>64</sup>;

<sup>60</sup> Tandoğan, *Mes'uliyet*, s. 132.

<sup>61</sup> NK m. 162 hükmünün, TBK m. 49 ve 66 hükümlerine nazaran noterler aleyhine daha ağır bir sorumluluk öngördüğü, bunun hakkaniyete aykırı olduğu, TBK'de öngörülen kurtuluş kanıtı imkânının noterlere de tanınması gerektiği yönünde bkz. Ulukapı, s. 222.

<sup>62</sup> Kurt, s. 97.

<sup>63</sup> Tanrıver, s. 79.

<sup>64</sup> “Yargıtay uygulamasına göre; belgenin sahteliği hususundaki en önemli kıstas belgenin veya kimliğin aldatma yeteneğine (iğfal) sahip olup olmamasıdır. Yargıtay birçok kararında; aldatma (iğfal) yeteneği bulunan belgelerin kullanılmasını üçüncü kişinin ağır kusuru olarak nitelendirmiş ve noterin sorumluluğu bakımından illiyet bağını kestiğini kabul etmiştir. Zarar doğuran işlem veya eylemde aldatma (iğfal) kabiliyetine sahip bir kimlik veya belgesinin kullanılması hâlinde noterin sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmesi gerekir” (Yargıtay 3. HD. E. 2015/19525, K. 2017/5596, T. 19.04.2017); “Belgenin sahteliği hususundaki en önemli kıstas belgenin veya kimliğin aldatma yeteneğine (iğfal) sahip olup olmamasıdır. Zarar doğuran işlem veya eylemde aldatma (iğfal) kabiliyetine sahip bir kimlik veya belgesinin kullanılması hâlinde noterin sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmesi gerekir. Ancak, detaylı bir incelemeyle ortaya çıkacak sahteliğin fark edilmesi noter veya çalışanından beklenemeyecek bir durumdur. Nüfus cüzdanındaki seri ve T.C kimlik numarasının bulunmaması, numaranın on bir haneli olmaması, eksik veya fazla olması, doğum yerinin ilçe veya merkez ilçe olarak yazılmaması, soğuk damganın veya motorlu araç tescil belgesinde mühür bulunmaması, tescil belgesindeki bilgilerin kullanılan kimlik ile veya motor sicil numarası veya şasi numarasının birbirine uymaması gibi hâller ‘somut sorumluluk nedenleri’ olup, noterlerin ve çalışanlarının yapmış oldukları işlemlerde, sorumluluk sebepleri, her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir” (Yargıtay 3. HD. E. 2020/2002, K. 2020/5494, T. 07.10.2020); “Soruşturma dosyası kapsamında bulunan şüpheli K5 ‘in 16.05.2018 tarihinde vermiş olduğu ifadede sahte kimlik ile eylemi gerçekleştirdiğini dikkate alındığında mahkemece; davacı K1 adına düzenlenen

üçüncü kişinin kusuru<sup>65</sup> ya da zarar görenin kusuru<sup>66</sup> illiyet bağımlı kesecek yoğunlukta değilse, bunun tazminattan indirim sebebi (TBK m. 52/I) olarak dikkate alınacağı; aldatma kabiliyeti yoksa, noterin sorumlu tutulacağı kabul

---

sahte nüfus cüzdanının Osmaniye 5. Noterliğinin 05.04.2017 tarih ve 6384 yevmiye nolu ile satışı işlemi sırasında elde edilen fotokopisinin, gerçek nüfus kayıt bilgileri bire bir ile örtüşüp örtüşmediği, davalı noter tarafından kullanılan kişiselleştirme bilgileri arasında bir çelişkinin olup olmadığı, nüfus cüzdanı fotokopisinin üzerinde soğuk mührün mevcut olup olmadığı hususları dikkate alınarak nüfus cüzdanının aslında aldatma kabiliyetine haiz olup olmadığı hususunda bilirkişi raporu alınmadan karar verilmesi hatalı görülmüştür” (Adana BAM, E. 2019/1328, K. 2020/393, T. 03.03.2020).

<sup>65</sup> “[...] satış işlemi sırasında ibraz edilen sahte kimlik belgesi ile vekaletnamenin aldatma yeteneğinin yüksek oluşu, olayın planlı ve profesyonel bir dolandırıcılık şeklinde gerçekleştirilmesi ve davalının işlerinin yoğunluğu ve çalışma koşulları gibi nedenler, zararın doğmasında etkili olsalar bile davalının kusurunu tamamen ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Ancak şartları varsa Borçlar Kanununun 43. ve 44. maddeleri uyarınca bu hususlar indirim nedeni olarak değerlendirilebilir” (Yargıtay 3. HD. E. 2012/21349, K. 2012/26269, T. 20.12.2012).

<sup>66</sup> “[...] davalı noter tarafından sahte kimlik belgesine dayanarak yapılan satış işlemi nedeniyle özen yükümlülüğünün aksatıldığı ve noterin işlemi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının kesilmediği açıktır. Bu nedenle mahkemece, davalı noterin sorumluluğu cihetine gidilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak, araç alım-satım işi ile iştigal eden ve oto galericiliği yapan davacının, araç alım-satımı konusunda mesleki tecrübesi de dikkate alındığında, satıcı ve araç hakkında yeterli araştırma yapmaması ve kasko değeri 17.550 TL olan araç için 14.000 TL ödemesi, davacının somut olayda kendisinden beklenen özeni göstermediğini ortaya koymaktadır. Zarar görenin kendi menfaatlerini korumak için makul bir insandan beklenen davranışta bulunmayarak zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olmasına bölüşük kusur denir [...] O halde mahkemece, davacının zararın meydana gelmesinde bölüşük kusurunun olduğu gözetilerek davacının bölüşük kusuru oranında ödenen satış bedelinden indirim yapılması ve hasil olacak sonuca göre uyumsuzluğun esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir” (Yargıtay 3. HD. E. 2021/6031, K. 2021/10530, T. 21.10.2021); “Yerel mahkemece yapılacak iş, nüfus kimlik belgesinin de aldatma yeteneği olup olmadığı belirlenerek, aldatma yeteneği varsa dava reddedilmeli, aksi halde nüfus kimlik belgesindeki mühür eksikliğinin davacı tarafından da görülüp anlaşılabilmesi ve davacının bu konudaki savsamasının onun bölüşük kusurunu oluşturacağı gözönüne alınarak, belirlenecek tazminat tutarından Borçlar Yasası'nın 44. maddesi gereğince uygun bir indirim yapılmalıdır” (Yargıtay 4. HD. E. 2009/7021, K. 2010/1034, T. 09.02.2010).

edilmektedir<sup>67</sup>. Uygun illiyet bağının kesildiğini ispat külfeti ise notere aittir<sup>68</sup>.

Yargıtay'ın, sahte belgenin aldatma kabiliyeti olup olmaması meselesini illiyet bağı unsuru bağlamında değerlendiren bu içtihadı teorik zemini itibariyle isabetli gözükmemektedir. Aldatma kabiliyeti olan sahte belge kullanılan noterlik işlemi bakımından üçüncü kişinin ağır kusuru nedeniyle illiyet bağının kesilmesi değerlendirmesinde “üçüncü kişi” kavramı, noterlik işleminde sahte belge kullanan kişiyi ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Hâlbuki *Nart*'ın da isabetli olarak belirttiği üzere, “*üçüncü kimse bu belgeleri kullanarak zaten kasıtlı davranmaktadır. Bir başka deyişle zaten ağır kusurlu olarak hareket etmektedir. Bu anlamda, kullanmış olduğu kimlik veya belgenin aldatma yeteneğine sahip olup olmaması, kusurun derecelendirilmesine katkıda bulunmayacaktır*”<sup>69</sup>.

Yargıtay'ın *iğfal kabiliyeti içtihadı*, bir karşı oy yazısında başka bir açıdan

<sup>67</sup> “[...] mahkemece; davalı noterin aslı temin edilemeyen ve bu nedenle iğfal kabiliyeti bulunup bulunmadığı tespit edilemeyen davalı adına düzenlenen sahte sürücü belgesinde yukarıda belirtilen ve gerçek kimlik bilgileri ile karşılaştırılrsa idi çıplak gözle görebileceği farklılıkları gerekli dikkat ve özeni göstermemek suretiyle gözden kaçırdığı, ispat yükü üzerinde bulunan davalı noterin söz konusu sahte sürücü belgesinin iğfal kabiliyeti bulunduğunu ispat edemediği, noterlerin sorumluluğunun da kusursuz sorumluluk olduğu, bu nedenle de davalı noterin meydana gelen zarardan sorumlu olduğu kabul edilip, davacının uğradığı maddi kayıpların belirlenmesi ve belirlenecek bu maddi kaybın davalı noterden tazminine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanlıgılı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir” (Yargıtay 3. HD. E. 2016/5409, K. 2017/17396, T. 11.12.2017); “Her ne kadar satış işlemi sahte nüfus cüzdanı ve ruhsatnameye dayalı olarak yapılmışsa da, gerek satışa esas nüfus cüzdanındaki fotoğrafa göre, davalı noterde satış yapılan kimliğinin araştırılması, nüfus cüzdanındaki doğum yılına göre yaşı ile görüntüsünün karşılaştırılması ve somut olayda araç ilişik kesme belgesi ile nüfus cüzdanı arasında bu farklılık açık olduğu halde nedeninin araştırılması gerekirken satıcının gerçek kimliğini belirlemeden satışı yapması davalı noterin sorumluluğunu gerektirir. Davalı noterin bu kusurlu eylemi gözetildiğinde üçüncü kişinin eylemi nedeniyle illiyet bağının koptuğundan söz edilemez” (Yargıtay 3. HD. E. 2014/10777, K. 2014/10733, T. 01.07.2014); “Kamu hizmeti yürüten noterin, sürücü belgesindeki hatalar sebebiyle daha özenli davranıp gerekli araştırmayı yaparak sürücü belgesinin sahte olup olmadığını detaylı şekilde araştırması gerekmektedir. Davalı noterin imza farklılığını fark etmeden sahte sürücü belgesine dayanarak vekaletname düzenlemiş olması özen yükümlülüğünün kusurlu şekilde aksattığını göstermekte olup, noterin eylemi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının kesilmediği açıktır. Bu nedenle, davalı noterin ve onun adına işlem yapan diğer davalının sorumluluğu cihetine gidilmelidir” (Yargıtay 3. HD. E. 2014/10848, K. 2015/3705, T. 09.03.2015).

<sup>68</sup> Antalya, N. 1899; “Somut olayda; sahte sürücü belgesi kullanılarak düzenlenen vekaletname ile aracın satışının yapıldığı, davacının bu sebeple zarara uğradığı sabit olduğuna göre; nedensellik bağının kesildiğinin ispatı davalı notere düşmektedir” (Yargıtay 3. HD. E. 2014/10848, K. 2015/3705, T. 09.03.2015).

<sup>69</sup> Nart, s. 444-445. Farklı bir değerlendirme için bkz. Kurt, s. 102, dn.56.

şu ifadelerle eleştirilmiştir: “Noterin işlemi yaparken sahtecilik nedeniyle aldatılmasının, belgelerin iğfal kabiliyetinin olup olmamasının, zarar gören gerçek malik veya iyi niyetli alıcı yönünden hiçbir etkisi yoktur. Bu hususlar noter tarafından sahtecilik yapanlara karşı açılacak rücu davasında veya sahtecilik işleminde katkılarının olması halinde gerçek malik ve kötü niyetli alıcı yönünden ileri sürülebilir ve davaya etkisi olabilir”<sup>70</sup>.

NK m. 162 hükmü bakımından noterin kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunmamasıyla birlikte illiyet bağına kesen bir sebebin varlığını ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkündür<sup>71</sup>. Yargıtay da söz konusu içtihadında illiyet bağı unsuru çerçevesinde değerlendirme yapmakla birlikte esasında, noterin kendisinden beklenen özeni gösterip göstermediğini (belgenin sahteliğinin anlaşılmasını sağlayacak gerekli tedbirlere başvurup başvurmadığını) incelemek suretiyle, notere özensizlik isnadı yapıp yapılamayacağını değerlendirmekte ve özen unsurunu sorumluluğun kapsamına dâhil etmektedir. Kanaatimizce; Yargıtay’ın söz konusu içtihadı, NK m. 162 hükmünü -bir nebze de olsa- olağan sebep sorumluluğuna (özen sorumluluğu) yaklaştırmakla birlikte, yakın tarihli bazı içtihadlarda, özellikle teknolojik gelişmelere ve kimlik paylaşım sisteminin sunduğu olanaklara vurgu yapılarak, noterin özen yükümlülüğünün kapsamı genişletilerek sorumluluğu ağırlaştırılmaktadır<sup>72</sup>.

### **III. NOTERİN TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ DÜZENLEMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN NK M. 162/II HÜKMÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

#### **A. Yeni Düzenlemeye İlişkin Temel Eleştiriler**

Türk Hukukunda taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin

<sup>70</sup> Yargıtay 4. HD. E. 2012/815, K. 2013/453, T. 17.01.2013.

<sup>71</sup> “Noterlik Kanunu’nun 162. maddesi gereğince stajyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar. Bu madde uyarınca belirtilen sorumluluk, kusursuz sorumluluk olup sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunun ispatı yerine, zarar ile uygun nedensellik bağının kesildiğinin kanıtlanması yani nedensellik bağının kesilebilecek türden zarar görenin veya üçüncü bir kişinin ağır kusurunun ya da zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülmeyen bir halin bulunduğu ispatı gerekmektedir” (Yargıtay 11. HD. E. 2015/3330, K. 2015/7880, T. 08.06.2015).

<sup>72</sup> “Resmi işlem yapma görevini üstlenmiş ve teknolojinin gelişmesi ile kimlik paylaşım sistemi gibi kolaylıklara kavuşmuş olan noterin daha fazla bilgi ve tecrübeye sahip olması nedeni ile daha üst düzeyde dikkat ve özen görevi bulunmaktadır” (Yargıtay 3. HD. E. 2017/16305, K. 2017/16345, T. 22.11.2017).



geçerliliği resmî şekilde düzenlenme şartına bağlanmıştır (TMK m. 706/I). Ancak söz konusu hükümde sözleşmeye resmiyet kazandıracak makam belirtilmemiştir<sup>73</sup>. 2644 sayılı Tapu Kanunu ('TK')<sup>74</sup> m. 26 uyarınca taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelere ilişkin resmî senetler, tapu müdürü veya tapu görevlileri tarafından tanzim edilir. 7413 sayılı Kanun ile NK'de yapılan değişiklik neticesinde 01.01.2023 tarihinden itibaren<sup>75</sup> noterlere de taşınmaz satış sözleşmesi düzenleme yetkisi tanınmıştır. Taşınmaz satış sözleşmesi yapmak noterlerin görevleri arasına dâhil edilmiş (NK m. 60/1-b.3) ve eklenen NK m. 61A hükmünde, taşınmaz satış sözleşmesi düzenlenmesine ilişkin usûl ve esaslara yer verilmiştir.

Yeni düzenleme çeşitli açılardan eleştirilere neden olmuştur. Başlıca eleştirilerden ilki, noterlere tanınan bu yeni yetkinin dar kapsamıdır. Pek çok Avrupa Birliği ülkesinde, sadece taşınmaz satış sözleşmesi değil<sup>76</sup>, taşınmaz üzerinde aynî hak değişikliğini amaçlayan (mülkiyet hakkının nakli ya da sınırlı aynî hak tesisi) borçlandırıci işlem niteliğindeki tüm sözleşmeleri düzenleme konusunda noterler yetkili kılınmıştır. Türk Hukukunda da aynı yönde bir değişikliğin daha isabetli olacağı belirtilmektedir<sup>77</sup>. İkinci eleştiri

<sup>73</sup> İsviçre Hukukunda taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin şeklini düzenleyen Art. 647 ZGB hükmünde yer alan "resmî şekil" (*öffentlichen Beurkundung/forme authentique*), federal hukuka ilişkin bir kavramdır; sözleşmenin okunması, onaylanması ve imzalanması aşamalarında noter ile tarafların eş zamanlı hazır bulunması, resmî şekil şartının sağlanabilmesi için asgari bir gerekliliktir. Bkz. Lorenz Strebel, "Article 647", Thomas Geiser/Stephan Wolf (Eds.), *Basler Kommentar (BSK) Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB*, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2023, N. 4-6.

<sup>74</sup> RG 29.12.1934/2892.

<sup>75</sup> 6616 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile, NK m. 60/I-b.3 ve NK m. 61A hükümlerinde öngörülen tapu bilişim sisteminin kurulmasına ilişkin süre 01.07.2023 tarihine kadar uzatılmıştır. Bkz. RG 28.12.2022/32057.

<sup>76</sup> "İlk olarak noterler onlarca yıldan beri gayrimenkul (taşınmaz) satış vaadi sözleşmeleri ile asıl sözleşmeyi (kanuni tabirler ileride kurulacak sözleşmeyi) yaptıklarının farkında değillerdir [...] Çünkü önsözleşme (akit yapma vaadi) ismi ile bu yönde niteliğine kavuşmuş olsa idi taşınmaz malikinin temerrüdü halinde aynen ifade ısrarla açılacak davalarda hâkimin ileride kurulması amaçlanan sözleşmeyi kabul yolunda irade beyanında bulunmaya mahkûm eden ilamları söz konusu olacaktı. Oysa pratik düşüncelerle-ki, Yargıtay çoğu zaman olduğu tapu dairesinin kanuni talepleri reddetmesinde kurtarıcı çözümlerle- tercih edilmeyerek doğrudan TMK m.716 hükmünce 'tescili isteme (ferağ icbar)' davalarının açılması uygulamada yerleşmiş ve bu gelişme karşısında Sungurbey önderliğinde çok haklı olarak isabetle kabul edildiği üzere noterlerin aslında bu isim altında taşınmaz satış sözleşmesi yaptıklarını kabul etmek gerekeceği sonucuna varılmıştır". Bkz. Etem Sabâ Özmen, "Noterlere Taşınmaz Satış Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun", Ankara Barosu Dergisi, 4, 2022, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/72969/1208899>> Erişim Tarihi 25 Kasım 2022, s. 517.

<sup>77</sup> Özmen, s. 504, 527; Tanrıver/Ergüne, s.146; Akipek Öcal/Şen Doğramacı/Çağlayan Aygün,

noktası ise, noterlere tanınan taşınmaz satış sözleşmesi düzenleme yetkisinin niteliğine ilişkindir. Yapılan değişiklik ile noterler, taşınmaz satış sözleşmesi düzenleme konusunda münhasıran yetkili kılınmamış; tapu müdürü ve tapu müdürlüğü görevlilerinin yetkisi muhafaza edilmiştir. Hâlbuki pek çok Avrupa Birliği ülkesinde taşınmaz üzerinde aynî hak değişikliğini amaçlayan sözleşmeler bakımından noterlere tanınan yetkinin münhasır nitelikte olduğu, bunun temelinde “*taahhüt işlemlerinin icrası evresinde hukukçu kimliği taşıması hasebiyle hukuki bilgi birikimi ve deneyimi açısından tapu sicili memurlarına nazaran daha fazla donanıma sahip bulunan noterleri; tasarruf işlemlerinin icrası evresinde ise tapu müdürlüklerini yetkili kılmak düşüncesi*” olduğu ifade edilmektedir<sup>78</sup>.

Bir diğer eleştiri noktası ise, Türk-İsviçre Hukukunda aynî hakkın devren kazanılması bakımından benimsenen, Roma Hukuku kökenli iki aşamalı sistem (borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi) ile bağdaşmayan hâlihazırdaki tapu uygulamasının, NK’ye de aktarılmış olmasıdır. Medenî hukuk sistemimize uygun düşen, noterin, taşınmaz mülkiyetinin nakli sürecinde sadece resmî senedin düzenlenmesi (borçlandırıcı işlem) safhasında yer almasıdır. NK m. 61A/IV<sup>79</sup> hükmünde ise, tescil talebinin resmî senedin içeriğine dâhil edilmesi suretiyle borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi aşamaları birlikte ve iç içe kurgulanarak bu ayrımı göz ardı eden tapu uygulaması noterlik uygulamasına da yansıtılmıştır<sup>80</sup>.

Bilindiği üzere, tescil, tasarrufa konu olan taşınmaz mâlikinin yazılı beyanı üzerine yapılır (TMK m. 1013/I). Ancak tescil taleplerinin tapu müdürlüğü tarafından anında karşılanarak tescil işleminin gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Tapu müdürü, kendisine yapılan tescil taleplerini kütüğe işlemeden önce, tescile dayanak olması istenen işlemin hukuka uygun olup olmadığını incelemekle yükümlüdür<sup>81</sup>. Bu nedenle tapu sistemimizde, tescil taleplerinin

---

s. 234.

<sup>78</sup> Tanrıver/Ergüne, s. 146-147.

<sup>79</sup> NK m. 61A/IV: “*Satış sözleşmesi taraflarca imzalandığı anda noter, tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası olarak sözleşmeyi bu sisteme kaydeder. Sözleşmenin sisteme kaydından sonra tapu müdürlüğünce taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır. Satış sözleşmesi ile diğer belgeler, noter tarafından sisteme aktarılır ve fiziki olarak arşivlenir*”. Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG 11.01.2023/32070) m. 8/7: “*Taraflara, sözleşme imzalandıktan sonra tescilin tamamlanmasını müteakip, noter tarafından tapu senedi verilir*”.

<sup>80</sup> Özmen, s. 507 vd.; Tanrıver/Ergüne, s. 155.

<sup>81</sup> Nurşin Ayiter, *Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı*, Savaş Yayınları, 1977, s. 55.

önce talep sırasına göre yevmiye defterine geçirilmesi esası kabul edilmiştir<sup>82</sup>. Tapu kütüğüne tescil talepleri derhal yevmiye defterine yazılır (TMK m. 1002/I). Talep yevmiye defterine kaydedildikten sonra, aynı tarih ve yevmiye numarası ile kütüğe tescil edilir (Tapu Sicil Tüzüğü m. 27). Tescilin hukukî etkisi, talebin yevmiye defterine kayıt tarihinden itibaren başlamak üzere geriye etkili olarak doğar (TMK m. 1022/II). Mevzuata uygun olmayan talepler ise geciktirilmeden, gerekçesi, itiraz yeri ve süresi de belirtilerek reddedilir (Tapu Sicil Tüzüğü m. 26/I). NK m. 61A/IV hükmünde ise, “*Satış sözleşmesi taraflarca imzalandığı anda noter, tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası olarak sözleşmeyi bu sisteme kaydeder. Sözleşmenin sisteme kaydından sonra tapu müdürlüğünce taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır*” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Bu yeni düzenleme, tescil talebinin kime ve nasıl yapılacağını açık ve net bir şekilde belirlemekten uzaktır. Hükmün lafzında geçen “*tescili sağlanır*” ifadesi, tapu görevlisinin noterin kararına uyacağı şeklinde anlaşılmalı müsaait gözükmektedir. Böylelikle “*noter tarafından yevmiye numarası alınması adeta tescil talebi yerine geçmiş ve ilgilinin tapu müdürlüğüne gitme zorunluluğu kaldırılmıştır. Bu durumda da asıl tasarruf işlemi olan tescil talebinin akıbeti tartışmalı hâle gelmiştir*”<sup>83</sup>. Kanaatimizce, yukarıda anılan mevzuat hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, noter tarafından düzenlenen bir taşınmaz satış sözleşmesine dayanan tescil talepleri bakımından tapu müdürlüğünün araştırma yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmelidir<sup>84</sup>.

### B. NK m. 162/I ile NK m. 162/II Arasındaki İlişki

Noterlik işleminin türü bakımından ayırım yapmaksızın, hukuka aykırı tüm noterlik işlemleri nedeniyle noterin hukukî sorumluluğunu öngören NK m. 162/I hükmüne rağmen, noterin hukuka aykırı olarak taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemesinden sorumluluğu hükme eklenen ikinci fıkrada özel olarak öngörülmüştür. NK m. 162/II uyarınca, “*Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de sorumludur. Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi hâlinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder*”. Bu hükme göre noterin sorumluluğuna başvurulabilmesi için öncelikle noter tarafından düzenlenmiş hukuka aykırı bir taşınmaz satış sözleşmesi bulunmalıdır. Taşınmaz satış sözleşmesinin, NK m. 61A/V

<sup>82</sup> İbid, s. 43.

<sup>83</sup> Akipek Öcal/Şen Doğramacı/Çağlayan Aygün, s. 237.

<sup>84</sup> Tanrıver/Ergüne, s. 159.

uyarınca noter tarafından bizzat yapılması gerekirken noterlik çalışanları tarafından düzenlenmesi, sahte vekâletname ya da mirasçılık belgesine dayalı olarak yapılması, sözleşme taraflarından birinin fiil ehliyetinin bulunmaması noterin sorumluluğuna yol açabilecek hukuka aykırılık hâllerine örnektir<sup>85</sup>. İkinci olarak, taşınmaz satış sözleşmesinin hukuka aykırı olarak düzenlenmesi nedeniyle bir zarar meydana gelmiş olmalıdır. Hukuka aykırı olarak düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesine dayalı olarak tapu siciline tescilin yapılmış olduğu durumlarda, bu yolsuz tescilin düzeltilmesi imkânı bulunduğu sürece mülkiyet hakkının kaybindan doğan bir zarar meydana gelmez<sup>86</sup>. Son olarak, hukuka aykırı olarak düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesi ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.

NK m. 162/II hükmünün Anayasa'ya aykırılığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi nezdinde açılan ve bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibariyle derdest olan bir iptal davası bulunmaktadır. Vurgulamak gerekir ki, NK m. 162/I hükmü, tüm noterlik işlemlerinden doğan zararlar bakımından noterin hukukî sorumluluğunu düzenlediğinden, NK m. 162/II hükmüne ilişkin olası bir iptal kararı, noterlerin taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemesinden doğan zararlardan şahsî sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Kanaatimizce olası bir iptal kararı, noter tarafından hukuka aykırı olarak düzenlenen bir taşınmaz sözleşmesi nedeniyle devletin sorumluluğunu da ortadan kaldırmayacaktır. Zira NK m. 162/II hükmünün iptal edilmesi, aşağıda inceleneceği üzere, noter tarafından hukuka aykırı olarak düzenlenen bir taşınmaz satış sözleşmesine dayanılarak yapılan bir yolsuz tescil nedeniyle meydana gelen zarardan Devletin TMK m. 1007 uyarınca sorumluluğunun doğmasına engel değildir.

### **C. NK m. 162/II ile TMK m.1007 Arasındaki İlişki**

NK m. 162/II hükmünün birinci cümlesinde yer alan “*noterler de sorumludur*” ifadesindeki “*de*” bağlacı ikinci cümle ile birlikte okunduğunda (“*Buzararın Devlet tarafından ödenmesi hâlinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder*”), noter ile birlikte devletin sorumluluğunun öngörüldüğü anlaşılmaktadır. NK m. 162/II hükmüne ilişkin değişiklik gerekçesi burada öngörülen devletin sorumluluğunun hukukî dayanağının TMK m. 1007 hükmü olduğunu göstermektedir. Hükmün değişiklik gerekçesi şöyledir:

<sup>85</sup> Tanrıver/Ergüne, s. 166-167.

<sup>86</sup> Sicilin düzeltilmesi davası neticesinde yolsuz tescil düzeltilirse, gerçek mâlik, yargılama giderleri ile yolsuz tescil süresince yoksun kaldığı ürünler için noter ve devletin sorumluluğuna başvurabilir. Bkz. Tanrıver/Ergüne, s. 170.

“Tapu sicilinin tutulması nedeniyle sorumluluk 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre tapu sicilinin tutulmasından doğan tüm zararlardan devlet sorumlu olup Devletin, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Maddeye eklenen ikinci fıkrayla, noterlerde düzenlenen taşınmaz satış sözleşmeleri sebebiyle doğacak zarardan dolayı sorumluluk hükmü açık bir şekilde düzenlenmektedir. Buna göre bu tür zararlar bakımından Devletin asli sorumluluğu muhafaza edilmekte ancak noterlerin de birinci fıkrada yer alan esaslar uyarınca kişisel olarak sorumlu olduğu açıkça hükme bağlanmaktadır. Zarara uğrayanın, zararının tazmini için Devlete veya notere karşı dava açması mümkündür. Devlete karşı açılan dava sonunda zarar Devlet tarafından ödenmiş ve bu zarar noter tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesinden kaynaklanmış ise Devlet, bu sözleşmeyi düzenleyen notere rücu edecektir”.

Tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından doğan zararlardan devletin sorumluluğunu düzenleyen TMK m. 1007 hükmü<sup>87</sup> ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu niteliğindedir<sup>88</sup>. Tapu memurunun kusuru sorumluluğun bir şartı olmadığı gibi, Devletin de kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır<sup>89</sup>. Tapu sicilinin tutulması bir kamu hizmeti olup, TMK m. 1007 uyarınca Devlete karşı açılan dava kamu hukuku karakterlidir. Buna rağmen, söz konusu sorumluluk özel hukuka ilişkin bir kanunda düzenlendiğinden, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel hükümlerin (TBK m. 49 vd.) uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>90</sup>.

TMK m. 1007 hükmünde benimsenen sorumluluk rejimi, Devletin aslı (birincil) sorumluluğunu öngörür<sup>91</sup>. Zarar gören, kural olarak, tapu sicilinin tutulmasında kusuru bulunan kamu görevlisine karşı doğrudan dava açamaz; öncelikle Devletin sorumluluğuna başvurması zorunludur. Bu zorunluluğun

<sup>87</sup> TMK m. 1007: “(f.1) Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur: (f.2) Devlet, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder”.

<sup>88</sup> Halûk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2022, N. 324; Jürg Schmid/Ruth Arnet, “Article 955 ZGB”, Thomas Geiser/Stephan Wolf (Eds.), *Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB*, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2023, N.1; Aron Pfammatter, “Article 955”, Jolanta Kren Kostkiewicz/ Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Eds.), *ZGB Kommentar*, 4. Auflage, Orell Füssli, 2021, N. 1.

<sup>89</sup> Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 198.

<sup>90</sup> Ayşe Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 137.

<sup>91</sup> İbid, s. 130; Pfammatter, N. 1.

anayasal temelini, T.C. Anayasası m. 40/III<sup>92</sup> ve 129/V<sup>93</sup> hükümleri oluşturur<sup>94</sup>. Noterlik hizmeti bir kamu hizmeti olmasına rağmen noterler Anayasa m. 129/V anlamında “memur ve diğer kamu görevlisi” statüsünde değildir. Bu nedenle, Anayasa m. 129/V hükmünde memur ve diğer kamu görevlileri bakımından getirilmiş olan bu ayrıcalığın noterlere teşmil edilmesi hukuken olanaklı gözükmemektedir<sup>95</sup>. *De lege lata*, hukuka aykırı taşınmaz satış sözleşmesinden doğan zararlar bakımından önce Devlete başvurma zorunluluğunun bir hukukî dayanağı bulunmamaktadır.

NK m. 162/II hükmü ile getirilen yeni düzenleme de, TMK m. 1007’den farklı olarak, zarar görenin önce Devlete başvurma zorunluluğunu öngörmemekte, bilakis noterin de aslî ve şahsî sorumluluğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla burada TBK m. 61 uyarınca birden fazla kişinin aynı zarardan farklı sorumluluk sebeplerine dayanan müteselsil sorumluluğu söz konusudur<sup>96</sup>. NK m. 162/II hükmünün lafzı ve madde gerekçesi değerlendirildiğinde, taşınmaz satış sözleşmesinin noter tarafından hukuka aykırı düzenlenmesinden zarar gören kişi, tazminat davasını hem devlete hem notere karşı birlikte açabileceği gibi sadece birine karşı da yöneltebilir. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, noter tarafından düzenlenen hukuka aykırı taşınmaz sözleşmesi nedeniyle Devletin de sorumluluğuna başvurulabilmesi için bu hukuka aykırı taşınmaz satış sözleşmesine dayanılarak tapu siciline yolsuz tescil yapılmış olmalıdır<sup>97</sup>.

<sup>92</sup> Anayasa m. 40/III: “Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır”.

<sup>93</sup> Anayasa m. 129/V: “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir”.

<sup>94</sup> Nomer/Ergüne, N. 328. Söz konusu hükümler, memurların, görevsel kusurları çerçevesinde, fiil ve işlemlerinden doğan zararlardan dolayı üçüncü kişiler karşısında doğrudan doğruya sorumlu tutulmalarını engelleyerek, TMK m. 1007 hükmündeki kuralı genelleştirmektedir (Sirmen, s. 143).

<sup>95</sup> Tanrıver/Ergüne, s. 173.

<sup>96</sup> Aynı yönde bkz. Tanrıver/Ergüne, s. 173.

<sup>97</sup> Tanrıver/Ergüne, s. 167. Akipek Öcal/Şen Doğramacı/Çağlayan Aygün, s. 205. TMK m. 1007 uyarınca Devletin sorumluluğunun doğabilmesi için meydana gelen zararın tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından kaynaklanması gerekir. Bkz. Akçaal, s. 198. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran resmî senedin düzenlenmesi, sicil tutma kapsamına giren bir faaliyet değildir. Ancak hukuka aykırı bir borçlandırıcı işleme dayanarak tapuya tescil yapılması durumunda, bu yolsuz tescil nedeniyle meydana gelen zarardan Devlet TMK m. 1007’ye göre sorumlu olur. Bkz. Sirmen, s. 132.

NK m. 162/II hükmü, “*tazminat davasının önce Devlete karşı açılmasını emreden bir düzenleme olmayıp, Devletin tazminat ödemesi ihtimalinde, noterin rücu sorumluluğunu vurgulamaktadır*”<sup>98</sup>. Ancak TMK m. 1007 ile NK 162/II hükmü arasında rücu bakımından önemli bir farklılık göze çarpar. TMK m. 1007/I uyarınca Devletin sorumluluğunun doğması için tapu memurunun kusuru sorumluluğun bir şartı olmamakla birlikte, TMK m. 1007/II uyarınca Devlet ancak kusuru bulunan görevliye rücu etme imkânına sahiptir. Oysa aynı taşınmaz satış sözleşmesini noterin düzenlemiş olması durumunda, noterin kusursuz sorumluluğu söz konusu olur. Tapu memuru kusuru oranında sorumlu tutulurken, noterin sorumluluğu NK gereğince kusursuz sorumluluktur. Yapılan işlem aynı olduğu hâlde rücu bakımından benimsenen sorumluluk rejiminin farklı olması, yeni düzenlemeye ilişkin bir diğer eleştiri noktasıdır<sup>99</sup>.

## SONUÇ

Türk Hukukunda noterin hukukî statüsü ve bununla bağlantılı olarak, noterlik işleminin hukukî niteliği doktrinde tartışmalıdır. Hâkim görüş ve Yargıtay, noter ile hem işlem sahibi hem de işlem sahibi olmayan üçüncü kişi arasındaki ilişkiyi özel hukuk zeminine oturtarak haksız fiilden doğan bir borç ilişkisi olarak nitelendirmektedir. *De lege ferenda*, noterlik mesleğinin kuralları ve noterlik işleminin özellikleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde; işlem sahibi ile noterin bir özel hukuk sözleşmesinin tarafları gibi eşit konumda olmadığı, bir başkasının menfaatine iş görme bakımından vekâlet temelli bir ilişkiye benzemekle birlikte, noterlerin kamu görevlisine yaklaşan kendine özgü statüleri gereği, kamusal karakteri baskın bir kamu hukuku ilişkisinin varlığını kabul etmenin daha uygun düşeceği görülmektedir.

Noterlik Kanunu m. 162 hükmü, noterin noterlik işlemlerinden doğan hukukî sorumluluğunu özel olarak düzenlemektedir. Noterin kusurunun aranmadığı, ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu niteliğindeki bu sorumluluk normu çerçevesinde notere kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmamıştır. Sahte belge kullanılan noterlik işlemleri nedeniyle noterin hukukî sorumluluğu konusunda Yargıtay’ın geliştirdiği *işfal kabiliyeti içtihadı* esasında notere özensizlik isnadı yapılıp yapılamayacağı değerlendirmesi üzerine kuruludur. Bu içtihat, NK m. 162 hükmünü bir nebze de olsa olağan sebep sorumluluğuna yaklaştırmakla birlikte, yakın tarihli bazı

<sup>98</sup> Tanrıver/Ergüne, s. 173.

<sup>99</sup> Akipek Öcal/Şen Doğramacı/Çağlayan Aygün, s. 218.

içtihatlarda özellikle teknolojik gelişmelere ve kimlik paylaşım sisteminin sunduğu olanaklara vurgu yapılarak, noterin özen yükümlülüğünün kapsamı genişletilerek sorumluluğu ağırlaştırılmıştır. Ayrıca sahte belgenin iğfal kabiliyeti bakımından illiyet bağı unsuru bağlamında yapılan değerlendirmenin isabetli bir teorik zemin olmadığı görülmektedir.

7413 sayılı kanun ile NK'de yapılan değişiklik neticesinde taşınmaz satış sözleşmesi düzenleme konusunda noterler de yetkili kılınmıştır. Yapılan bu değişiklik, noterlere tanınan yetkinin kapsamının sadece taşınmaz satış sözleşmesi ile sınırlandırılmış olması ve Türk-İsviçre hukukunda aynı hakkın devren kazanılması bakımından benimsenen, Roma Hukuku kökenli iki aşamalı sistem (borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi) ile bağdaşmaması bakımından haklı eleştirilere neden olmuştur.

Noterlere tanınan bu yeni yetki doğrultusunda, noterlerin hukukî sorumluluğunu düzenleyen NK m. 162 hükmüne ikinci bir fıkra eklenerek, noterin taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemesinden doğan hukukî sorumluluğu özel olarak düzenlenmiştir. Noterin düzenlediği taşınmaz satış sözleşmesi de dâhil olmak üzere tüm noterlik işlemlerinden dolayı noterin hukukî sorumluluğu NK m. 162/I hükmünün uygulama alanına dâhildir. NK m. 162/II hükmünün, noterin hukukî sorumluluğuna bakımından NK m. 162/I hükmünden farklılaşan bir yanı görülmemektedir. Bu nedenle söz konusu hükme ilişkin olası bir iptal kararı, noter tarafından hukuka aykırı olarak düzenlenen bir taşınmaz sözleşmesi nedeniyle devletin sorumluluğunu da ortadan kaldırmayacaktır. Zira NK m. 162/II hükmü iptal edilse bile, noter tarafından hukuka aykırı olarak düzenlenen bir taşınmaz satış sözleşmesine dayanılarak yapılan bir yolsuz tescil nedeniyle meydana gelen zarardan Devletin TMK m. 1007 uyarınca sorumluluğu devam edecektir. Dolayısıyla NK m. 162/II hükmü sadece noter ile birlikte Devletin sorumluluğunu vurgulaması ve Devlet ile noter arasındaki rüçû ilişkisini vurgulaması bakımından önem taşır. Kaldı ki rüçûya ilişkin bu düzenleme olmasa da zaten TBK m. 61 uyarınca birden fazla kişinin (Devletin TMK m. 1007 uyarınca, noterin NK m. 162/I uyarınca) aynı zarardan farklı sorumluluk sebeplerine dayanan müteselsil sorumluluğu gündeme gelecek ve müteselsil sorumlular arasındaki rüçû ilişkisi de TBK m. 62 hükmüne tâbi olacaktır. Tüm bu bilgiler ışığında, NK m. 162/II hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından olası iptali hâlinde, sorumluluk düzeninde bir değişiklik olmayacağı kanaatindeyiz.



## KAYNAKÇA

- Akcaal M, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Akipek Öcal Ş/Şen Doğramacı H/Çağlayan Aygün G, “Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi*, 9(2), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd/issue/79215/1296966>> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2023, s. 203-224.
- Akipek Öcal Ş, “Vekâlet İlişkileri”, Turgut Öz (Ed.), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C V/1,2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Atay E E, *İdare Hukuku*, 6. Basıya Ek Tıpkı Bası, Turhan Kitabevi, 2019.
- Aydoğdu M/Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- Ayiter N, *Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı*, Savaş Yayınları, 1977.
- Çetin S/Ateş D, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Çığ M İ, *Sumerli Ludingirra-Geçmişe Dönük Bilimkurgu*, Kaynak Yayınları, 1996.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017.
- Gümüş M A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C II, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Kurt L M, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi*, XVIII, 2014, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48103/608283>, Erişim Tarihi 18 Mart 2023, s. 85-118.
- Nart S, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi*, 11, 2010, s. 425-452.
- Nomer H N ve Ergüne M S, *Eşya Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Oktay-Özdemir S, “Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları”, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*, Alkım Yayınevi, 2007, s. 693-714.

- Oser D/Weber R H, “Article 394”, Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Eds.), *Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2020.
- Özmen E S, “Noterlere Taşınmaz Satış Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun”, *Ankara Barosu Dergisi*, 4, 2022, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/72969/1208899>> Erişim Tarihi 25 Kasım 2022, s. 502-540.
- Pfammatter A, “Article 955”, Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Eds.), *ZGB Kommentar*, 4. Auflage, Orell Füssli, 2021.
- Schmid J/Arnet R, “Article 955 ZGB”, Thomas Geiser/Stephan Wolf (Eds.), *Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB*, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2023.
- Sirmen A L, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019.
- Strebel L, “Article 647”, Thomas Geiser/Stephan Wolf (Eds.), *Basler Kommentar (BSK) Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB*, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2023.
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C 2*, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1982.
- Tandoğan H, *Türk Mes’uliyet Hukuku (Akîd Dışı ve Akdî Mes’uliyet)*, Ajans-Türk Matbaası, 1961.
- Tanrıver S, *Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler (1993-2011)*, Adalet Yayınevi, 2011.
- Tanrıver S/Ergüne M S, “Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Esaslar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 72(1), 2023, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/76441/1245835>> Erişim Tarihi 1 Nisan 2023, s. 143-182.
- Tekben Ü T, “Noterin Hukuki Statüsü ve Noterlik Kanunu’nun 162. Maddesi Uyarınca Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme”, *İzmir Barosu Dergisi*, 86(3), 2021, <<https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/noterinhukuki202214145432429.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2023, s. 69-150.
- Tercier P/Favre P G, *Les contrats spéciaux*, 4<sup>e</sup> édition, Schulthess, 2009.

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Stratejisi, <[https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS\\_TR.pdf](https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf)>, Erişim Tarihi 30 Nisan 2023.

Ulukapı Ö, “Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(1), 2013, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26651/281267>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2023, s. 209-241.

Uzun M/Küçükgüngör E/Erdoğan M Ş/Yıldız M, “Taşınmaz Devrinin Noterliklerde Yapılmasının Önemi ve Faydaları”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 1, 2021, <<https://jurix.com.tr/issue/1977>> Erişim Tarihi 1 Aralık 2023, s. 9-34.



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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

TÜRK BORÇLAR KANUNUNDAKİ KUMAR VE BAHİS  
HÜKÜMLERİNİN İSVİÇRE FEDERAL KUMAR YASASI VE  
İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİ KARŞISINDA  
DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE GAMBLING AND BETTING PROVISIONS  
OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS AGAINST THE  
SWISS FEDERAL GAMBLING LAW AND THE SWISS CODE OF  
OBLIGATIONS

Mustafa ŞAHİN\* 

[-10.34246/ahbvuhfd.1423762](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1423762) 

ÖZET

*Türk Borçlar Kanunu'na kaynak teşkil eden hükümler İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alınmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan kumar ve bahse ilişkin hükümler neredeyse aynen Türk Borçlar Kanunu'na aktarılmıştır. Ancak İsviçre hukukunda kumar ve kumarhaneleri düzenleyen ve izin veren hükümler yer almaktadır. Halbuki özellikle Türk kamu hukukunda kumara ilişkin neredeyse bütün faaliyetler yasaklanmıştır. İsviçre hukuk sisteminde yakın zamanda İsviçre Federal Kumar Yasası kabul edilmiş ve İsviçre Borçlar Kanunu'na 515a hükmü de eklenmiştir. Türk kamu hukukunda böylesine emredici hukuk kuralları ile yasaklayıcı hükümler yer alırken Türk Borçlar Kanunu, kumar ve bahisten doğan borçları eksik borç olarak kabul etmekte hatta bazı maddelerinde kumar oynanmasına ilişkin eksiklikleri, hilelerin sonuçlarını dahi düzenlemektedir. Bu çalışmanın içeriğinde diğer sebepler de detaylıca anlatılmıştır. Bunun sonucunda Türk pozitif hukukunda yer alan "olan hükümler" belirtildikten sonra "olması gereken" hukuki çözümler sunulmuştur.*

\* **Dr. Öğr. Üyesi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** mustafa.sahin@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-6496-0439 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1423762.

- Atıf Şekli/ **Cite As:** Şahin M, "Türk Borçlar Kanunundaki Kumar ve Bahis Hükümlerinin İsviçre Federal Kumar Yasası ve İsviçre Borçlar Kanunu Hükümleri Karşısında Değerlendirilmesi", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s. 183-231
- İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



**Anahtar Kelimeler:** Kumar ve bahis, Eksik borç, Şans oyunları, İsviçre Federal Kumar Yasası, Kumarhane.

### **ABSTRACT**

*The provisions that constitute the source of the Turkish Code of Obligations are taken from the Swiss Code of Obligations. The provisions on gambling and betting in the Swiss Code of Obligations have been transferred almost exactly to the Turkish Code of Obligations. However, Swiss law contains provisions regulating and permitting gambling and casinos. However, almost all activities related to gambling are prohibited, especially in Turkish public law. In the Swiss legal system, the Swiss Federal Gambling Act was recently adopted and the provision 515a was added to the Swiss Code of Obligations. While such mandatory legal rules and prohibitive provisions are included in Turkish public law, the Turkish Code of Obligations recognizes the debts arising from gambling and betting as incomplete debts and even regulates the consequences of deficiencies and tricks related to gambling in some articles. Other reasons are also explained in detail in the content of this study. As a result, after stating the “de lege lata” in Turkish positive law, legal solutions that “de lege ferenda” are presented.*

**Keywords:** Gambling and betting, Obligatio naturalis imperfect obligation, Chance games, Swiss Federal Gambling Act, Casinos.

### **EXTENDED ABSTRACT**

*Under the Turkish Code of Obligations, “Gambling and Betting” debts are regulated as “non-suitable and non-prosecutable”. In this respect, gambling and betting debts are determined as “incomplete debts – obligatio naturalis” in the sense of Turkish law of obligations. According to Article 27 of the Turkish Code of Obligations: “Contracts that are contrary to the mandatory provisions of the law, morality, public order, personal rights or whose subject matter is impossible are absolutely null and void”.*

*The main source of the Turkish Code of Obligations is the Swiss Code of Obligations. The Swiss Code of Obligations contains almost the same provisions. However, Turkish and Swiss law does not only consist of the Code of Obligations. This is where the main point of our study differs. Because, although gambling and betting debts are defined as incomplete debts in the Turkish Code of Obligations, “gambling (casinos)” is considered as “crime” and prohibited in the Turkish Criminal Code. However, according to the Turkish Misdemeanor Law, “gambling” is prohibited and sanctioned as a “misdemeanor”. Many other provisions also contain prohibitive provisions on gambling and betting. First of all, the Turkish Code of Obligations itself, in Article 27, recognizes contracts that are contrary to “mandatory provisions” and “morality” as “null and void”. Gambling provisions prohibited by “mandatory provisions” in Turkish public law directly affect Turkish private law. For this reason, with this article, it has been criticized that an act prohibited in public law is defined as “incomplete debt” in the Turkish Code of Obligations.*

*Although there are different opinions, it can be said that gambling is generally “immoral” according to the Turkish social structure and the provisions of the legislation. Immoral contracts are also “null and void” according to Article 27 of the Turkish Code of Obligations. In the content of the Turkish study, this contradiction in Turkish law is expressed with many other reasons and it is stated that legal regulations should be made to eliminate these contradictions.*

*In contrast, Swiss law does not criminalize “gambling”. In fact, casinos are legally regulated and protected under Swiss law. Furthermore, in Swiss law, casinos are regulated in detail by a special law, the Swiss Federal Gambling Act. One of the most important details of this law is that a large part of the revenues to be obtained as a result of the regulation of casinos will be transferred directly back to the public in accordance with the provisions of the social state principle. In addition to these regulations in Swiss public law, unlike Turkish law, an “additional provision” has been added to the Swiss Code of Obligations. By adding Article 515a to the Swiss Code of Obligations, casinos are also regulated under private law, thus ensuring “harmonization” between different branches of law.*

*As can be seen, when Turkish law is compared with Swiss law, the contradiction in Turkish law will be clearly seen. Within the Swiss legal system, there is a harmonization and updating with all branches of law. On the other hand, despite the provisions regarding gambling, which is considered a “crime” in Turkish criminal law, similar situations are accepted as “incomplete debt” in the Turkish Code of Obligations. It is normal to have the same provision in Swiss law. Because in Swiss law, there is no prohibitive provision in the Criminal Law regarding gambling.*

*For this reason, this article is not an analysis of the provisions of the existing Turkish Code of Obligations regarding gambling and betting, but rather a criticism of these provisions. In other words, in this respect, this study criticizes the “de lege lata / law as it is” and discusses the “de lege ferenda / law that should be”. For this reason, it is suggested to the legislator to “harmonize” the legal system rather than a suggestion to allow or disallow gambling. Following this recommendation, if the legislator regulates gambling and casinos and makes the necessary legal arrangements, the contradictions within the Turkish legal system will be eliminated. On the other hand, if there is a decision to keep the current prohibitive regulations, we believe that the provisions regarding gambling and betting in the Turkish Code of Obligations and related legislation should be amended and subjected to the sanction of “final nullity”. Since there are few articles written critically on this subject in Turkish law, of course, we have not been able to address every issue, but only the issues that we think should be discussed with the main headings and we have tried to provide direct access to the relevant sources instead of general sources.*

## GİRİŞ

Türk hukukunda –özellikle kamu hukukunda- kumar ve kumarla bağlantılı fiillere izin verilmemiş hatta filin türüne göre ceza veya kabahat olarak emredici hukuk kuralları ile yasaklayıcı hükümlerle yaptırımlara bağlanmıştır. Buna karşın aynı hukuk sistemi içerisinde ceza hukukundan tamamen farklı bir biçimde, emredici ve yasaklayıcı bu hükümlere rağmen, Türk Borçlar Kanunu’nda, kumar ve bahisten doğan “eksik” bile olsa bir borcun “varlığı kabul edilmektedir”<sup>1</sup>. Mevaz İsviçre Hukuku’nda Türk hukukuna yansımamış ciddi değişiklikler her alanda devam etmektedir<sup>2</sup>. İnceleme konumuzu oluşturan kumar ve bahse ilişkin düzenlemelerde de güncel değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler esasında hukuk sistemi disiplinler arası uyum ile devam etmektedir. İsviçre hukukunda kumar ve bahis oyunları –yasal çerçevelerde- yasak değildir. Kanunlarla bir borcun doğmasına izin verilmiş hukuk sistemi içerisinde elbette kumar ve bahisten doğan borçlara ilişkin özel hukuk hükümlerinin bulunması da gayet olağandır ancak Türk hukukunda bu bağ olmadığı gibi emredici hukuk kuralları ile yasaklanmasına karşın çalışmamızda inceleneceği üzere Türk Borçlar Kanunu’nda kumar ve bahisten doğan borçlar düzenlenmektedir.

Bu çalışmada TBK’da yer alan mevcut bir hükmün (olan hukuk) yaptırımı eleştirilmiş olup konuya ilişkin öneriler (olması gereken) hükümler belirtilmiştir. Kamu hukukunda emredici hukuk kuralları ile yasaklanmış farklı nitelikteki faaliyetler için özel hukukta varlığı kabul edilen bir borcun varlığı eleştirilmiş, disiplinler arası bu çelişkiye dikkat çekilmek istenmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki ilgili hükümlerin Türk Borçlar Kanunu’na aynen alınarak hatta İsviçre Hukuku’nda bu çelişkiyi giderici hükümlerin alınmayarak sadece Türk hukuk sistemiyle örtüşmeyen hükümlerin alınmış olması eleştirilmiş<sup>3</sup>; kumar ve bahis oyunlarının dünyadaki gelişimi, İsviçre hukuk sistemindeki ilgili hükümler ile Türk hukuk sistemi içerisinde yer alan hükümler çerçevesinde incelenmiştir.

<sup>1</sup> “... Aşlında bu tür borç ilişkisinde de taraflar arasında bir borç doğmuştur. Ancak, bu borçlara karşı dava ve takip hakkı bulunmadığı için bunlar, “eksik borç” olarak nitelendirilmektedir”: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 9. Bası, 2021, s. 815.

<sup>2</sup> İsviçre’de, medeni hukuk alanında yapılan güncel değişiklikler hakkında geniş bilgi için bkzn. Kudret Güven, *İsviçre Medeni Kanunu’ndaki Son Gelişmeler, Açıklamalı Yorumlu Karşılaştırmalı*, Savaş Yayınevi, 1. Bası, 2023.

<sup>3</sup> Özlem Tüzüner, “Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Ferenda Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 107, s. 267, 268.



Günümüz dünyasında özellikle dijital dünyadaki gelişmeler sonrası kumar alışkanlığının gençler arasında yaygınlaşması ve toplumda rahatsızlıklara bağlı olarak hukuk sisteminde de sıkıntılar doğabileceği riski görüldüğü için bu çalışmanın yapılmasına karar verilmiştir. Nitekim, Alman Medeni Kanunu (BGB)<sup>4</sup> bu açıdan İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak dijital platformlardaki gelişmelere uygun olarak gerekli düzenlemeleri yapmıştır. BGB art. 327/VI/4 bendinde, kumar ve dijital platformların ilişkisi maddede düzenlenen alt başlık hükümlerinin “*Parasal bir pay gerektiren ve alıcının bireysel talebi üzerine elektronik veya diğer iletişim teknolojileri kullanılarak sunulan kumar hizmetlerine ilişkin sözleşmeler*”<sup>5</sup>e uygulanmayacağını düzenlemektedir. Günümüzde birçok dijital platformda anlık oyun tarzı ama hukuk açısından kumar niteliği taşıyan faaliyetler yapılmakta en tanınmış alışveriş siteleri dahi düzenli olarak az miktar verilmesine karşılık çok miktar karşılık alınabileceği vaad edilerek tüketici sistem içerisine çekilmeye çalışılmaktadır. Sosyal medyada tanınmış isimlerin paylaşımları doğrudan ve dolaylı olarak kişiler arasındaki ilişkiye yansımakta dolayısıyla hukukun bu konularda artık tedbir almasını zorunlu hale getirmektedir.

Çevrimiçi kumarın yakın zamanda ne kadar yoğunlaştığını devlet eliyle tespit etmek mümkündür elbet ama basit bir inceleme ile konuyla ilgili olmayan herkes dahi bunu farkedebilir. Örneğin, “*sanal kumar bağımlılığı*” başlığı için açılan “*eksizozluk*” sitesindeki girişler (entry) bu durumun ispatının tipik örneğidir. Nitekim söz konusu sitede bu başlık altında yapılan taramada ilk kaydın 2022 yılında girildiği ardından birkaç kayıt daha girildiği görülmektedir. Fakat yarım sayfa dahi olmayan girişler bir anda Aralık 2023 tarihinde artmaya başlamış ve ay ortalarına kadar 44 sayfaya ulaşmıştır (Çalışmanın basımı aşamasında okuyucuların takip etmesi halinde kaç sayfaya ulaşacağı da meçhuldür)<sup>6</sup>.

Kumar ve kumarhaneler (özellikle çevrimiçi-online) ile ilgili ciddi tedbirler alınmaz ise yakın zaman içerisinde hem ciddi toplumsal sorunlar hem

<sup>4</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

<sup>5</sup> BGB art. 327/VI/4: “*Verträge über Glücksspieldienstleistungen, die einen geldwerten Einsatz erfordern und unter Zuhilfenahme elektronischer oder anderer Kommunikationstechnologien auf individuellen Abruf eines Empfängers erbracht werden*”

<sup>6</sup> Sanal kumar bağımlılığı ile ilgili gençlerin çok sık kullandığı bir sitede, kısa zamanda ortaya çıkan onlarca sayfa artışı için bkz. <<https://eksizozluk1999.com/sanal-kumar-bagimlilik--7444077>>, Erişim Tarihi 18 Aralık 2023.

de ciddi hukuki sorunlar ortaya çıkacaktır<sup>7, 8</sup>. Günümüzde gençlerin günlük harçlıklarını dahi bu sitelerde kumar ve bahis yöntemlerini kullanarak bu yolda kişisel mali kayıplara yol açtığı bilinmekte ve resmi kayıtlara geçmese de hemen hemen gençlerin tamamı bu sürecin işleyişi hakkında temel bilgilere sahiptir.

Kumarhane ve çevrimiçi kumar düzenlemelerinin yasaklanması maalesef uygulamada birebir karşılığını bulmamaktadır. Kesin çözüm olunmadığı sürece de sadece bireysel kayıplar değil ülke çapında yüksek miktarda para akışının yurtdışına gittiği kamu gücü kullanılarak yakında yapılacak çalışmalarla tespit edilecektir. Bu durum ülkenin ciddi anlamda vergi kaybına da yol açmaktadır. Elbette bu çalışma ile kumarhanelerin açılması veya çevrimiçi kumara izin verilmesi önerilmemektedir ancak bu tespitler ışığında gerek kamu hukukunda gerekse özel hukukta gerekli çözümlerin üretilmesinin gerekliliği savunulmaktadır<sup>9</sup>.

Hukukun sujesi kişilerin kumar bağımlılığı ile çoğu zaman tek başına mücadele edebilmesi mümkün olmadığı için birey, aile, toplum ve devlet eğer birlikte hareket ederse sorun büyümeyecek ve zamanla çözülebilecektir. Devletin buradaki rolü ise sadece din, sağlık ve eğitim gibi yollarla çözüm aramak değil hukuk dilini de halka anlatmaktır. Nitekim Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin "*Ailenin korunması*" başlıklı 23. Maddesinin 1. fıkrasına göre: "*Aile toplumun doğal ve esaslı bir birimidir ve aile toplum ve Devlet tarafından korunma hakkına sahiptir*"<sup>10</sup>.

Türk hukuk sisteminde bu çelişkili yapının nedeninin ekonomik saiklerden

<sup>7</sup> Çevrimiçi kumar bağımlılığın artacağına ilişkin öngörü ve tedbirler hakkında ayrıca bkz. <<https://www.yesilay.org.tr/tr/makaleler/pandemi-sonrasinda-toplumlari-bekleyen-tehlike-cevrim-ici-kumar-bagimliliği>>, Erişim Tarihi 18 Aralık 2023.

<sup>8</sup> Yargıtay kararlarında yaptığımız "kumar ve bahis" taramalarında çalışma konumuzun maalesef yoğun bir biçimde taraflarca boşanma nedenleri arasında sayıldığı görülmüştür.

<sup>9</sup> Alan Emond / Agnes Nairn / Sharon Collard / Linda Hollen, "Gambling by Young Adults in the UK During COVID-19 Lockdown", *Journal of Gambling Studies* vol. 38,1 (2022): 1-13. İngiltere'de özellikle salgın döneminde alkol, kumar ve özellikle çevrimiçi kumar alışkanlığının belirgin bir biçimde artmaya başladığı tespitini yapan araştırma makalesi ile paylaşmıştır. Kaynak: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8126430/>, Erişim Tarihi: 19 Aralık 2023.

<sup>10</sup> Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (Bu sözleşmenin, Türkiye bakımından 23.12.2003 tarihinde yürürlüğe gireceği, TURKUNO DT'nin 23.10.2003 tarih ve 25167 sayılı e-yazısı bildirilmiştir): <<https://proxy.hacibayram.edu.tr:2671/mevzuat/uluslararası-atlasmalar/medeni-ve-siyasi-haklara-iliskin-uluslararası-sozlesme-1>>, Erişim Tarihi 14 Aralık 2023.

ziyade genel ahlak kaynaklı olduğu söylenebilir<sup>11</sup>. Sadece komşu ülkeler değil Avrupa devletleri açısından da durum bu şekildedir. İsviçre hukuk sistemi açısından kumar suç olmadığı gibi özel bir yasayla düzenlenmekte, OR’de ise buna ilişkin Türk Borçlar Hukukunda yer almayan ek hüküm eklenmiş ve bütün bunlara uygun olarak –ve haliyle- eksik borç olarak hatta izin verilen hallerde tam bir borç olarak düzenlenmiştir<sup>12</sup>.

Türk hukuku açısından bakıldığında ise kumar, TCK anlamında, Kabahatler Kanunu anlamında, Kat Mülkiyeti Kanunu anlamında, doktrinde, ahlak kuralları vs. gibi daha birçok kaynakta tasvip edilmemiş, suç sayılmış, kabahat sayılmış, ahlaka aykırı olarak değerlendirilmiş olmasına karşın TBK (çalışmamız açısından) kumar ve bahisten doğan borçları, kesin hükümsüz olarak değil eksik borç olarak kabul etmiştir<sup>13</sup>.

Bu çalışmamızda temel hukuk kaynaklarında incelenmiş “*kumar ve bahis*”e ilişkin genel açıklamalardan mümkün olduğunca kaçınılarak monografik çalışmalar değerlendirilmiş; bu çalışma ile tartışılmak istenen konunun özüne ilişkin detaylar, tartışmalar değerlendirilmiştir. Bu sebeple esas itibarıyla bu çalışma, “*kumar ve bahis*” konusunun anlatılmasından ziyade mümkün oldukça eleştirel bakış açısıyla ve buna yönelik kaynaklara değinilerek değerlendirilmeye çalışılmıştır.

## I. KAVRAMSAL DEĞERLENDİRMELER

Çalışmamızın esasını teşkil etmesi bakımından kavramların, Türk Borçlar Kanunu hükümleri esas alınarak temel tanımlamasını yapmak, kavramların anlaşılması ve Türk hukuk sistemi içerisinde doğru yerleştirilmesi açısından önem taşımaktadır. Konuya ilişkin çalışmalar incelendiğinde çoğunlukla “*Kumar ve Bahis*” kavramları tanımlanmış olsa da gerek TBK gerek ZGB – OR gerekse BGB anlamında dört farklı kavramın değerlendirilmesi

<sup>11</sup> Duygu Hatipoğlu Aydın, “Hukuk – Ahlak İlişkisi Bağlamında Türk Hukukunda Kumar”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29(2), 2021, s. 1477.

<sup>12</sup> Türk hukuku açısından ise, “Devlet tarafından bazı özel kanunlarla izin verilen kumar ve bahisler ise eksik değil tam borç niteliğindedir. Milli Piyango İdaresi tarafından düzenlenen piyango çekilişleri; at yarışları; futbol karşılaşmaları ile ilgili müşterek bahisler özel kanunlarla izin verilmiş bahisler olup, kazanan kişinin tüm hakları eksiksiz korunmaktadır”: Gökhan Şahan, “Eksik Borçların İleri Sürülmesinin Hukuki Niteliği”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 8(15), 2020, s. 406; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş)*, Beta Yayıncılık, 10. Bası, 2012, s. 718; Tüzüner, s. 267.

<sup>13</sup> Yavuz, s. 719.

gerekmektedir. Bunlar, “Kumar”, “Bahis”, “Piyango” ve -TBK’daki tanımlama ile- “Diğer Şans Oyunları” kavramlarıdır.

## A. Genel Olarak

Türk hukukunda bu alanda yazılmış çalışmalarda yaptığımız incelemeler sonrası varılabileceğini düşündüğümüz tespite göre, TBK m. 606’da ayrı bir başlık olmasına karşın, “Piyango ve Diğer Şans Oyunları” kavramları tartışılmamış olsa da TBK’daki düzenleme başlıklarından birisinin de bu kavramlar olduğunu belirtmekte yarar vardır. Nitekim her iki kavram da TBK’da, sadece m. 606’da düzenlenmiş ve başkaca hiçbir maddede hüküm olarak da kavram olarak da yer almamaktadır. TBK’daki bu düzenleme yanında kavramların mehaz Kanun OR ve Alman Hukuku BGB’de gerek Almanca gerekse resmi metin halinde İngilizce karşılıkları da birbirinden farklılıklar göstermekte ve yeknesaklık oluşmadığını da belirtmek gerekir<sup>14</sup>.

## B. Kumar, Bahis, Piyango ve Diğer Şans Oyunları Kavramları

### 1. Kumar Kavramı

Kavramlar tanımlanırken, öncelikle o kavramın lafzından hareket etmek, kavram ve kurumların çok daha iyi anlaşılmasına sebebiyet verecektir. IŞIKTAÇ, bununla ilgili olarak “... yasa koyucu anlatmak istediğini kelime ve cümlelerle ifade etmiştir. Bu bakımdan da yasa tarafından kullanılmış kavramların kelime anlamları üzerinde düşünmeksizin yoruma başlanamaz”<sup>15</sup> demektedir<sup>16</sup>. Bu bakış açısı temel alındığında bir konu hakkında çalışma yapılırken öncelikle o konu içerisinde geçen kavramların ilk olarak sözlük anlamını paylaşmak gerekir. Çünkü, sözcükler, doğuş noktaları açısından bu kavramların hangi amaçla ortaya konduğunu ve neleri kapsadığı hakkında çalışma sahibine temel bilgileri vermektedir. Bu sebeple Kumar, Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde, Arapça kökenli olduğu belirtildikten sonra şu şekilde tanımlanmaktadır: “Ortaya para koyarak oynanan talih oyunu”dur<sup>17</sup>.

Türk Borçlar Kanunu’nun “Kumar ve Bahis” başlıklı 16. bölümünde

<sup>14</sup> Kumar ve bahis kavramları incelendikten sonra bahsedilen detay aşağıda ayrıca incelenecektir.

<sup>15</sup> Yasemin Işıktaç / Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi 2023*, Filiz Kitabevi, 9. Bası, 2023, s. 194.

<sup>16</sup> “Hukuk da normatif bir yapı olarak kendi varlığını dil içinde bulur. Bu nedenle dil-hukuk bağlantısı üzerinde dururken içeriksel bağlantının ayrı bir önemi vardır” diyerek kavram ve kurumları tanımlarken dilin önemini vurgulamaktadır: Işıktaç / Metin, s. 55, 56.

<sup>17</sup> <<https://sozluk.gov.tr>>, (Türk Dil Kurumu), Erişim Tarihi 17 Aralık 2023.

tanımlanmadığı gibi TBK'nın diğer hükümlerinde de kumar ve bahis kavramlarının tanımlanmadığı görülmektedir<sup>18</sup>. TBK, 604'üncü madde ile doğrudan kumar ve bahis borçlarının özelliklerini belirterek başlamıştır.

Kumar, TCK m. 228/VI'da “*Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlar*” olarak tanımlanmıştır<sup>19</sup>.

Bir sözleşme olarak kumarı tanımlayan Eren, “*Birden fazla kişinin eğlenmek, kazanç sağlamak yahut fikri veya bedeni ustalıklarını geliştirmek amacıyla, az veya çok ustalığa ya da talihe bağlı birbirine zıt şartlar altında karşılıklı olarak aralarında kazanacak olana bir edim taahhüt ettikleri bir sözleşme*” olarak nitelendirmektedir<sup>20</sup>. Bu yönüyle bakıldığında hukuk alanında kumar ve bahis, tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı sözleşme niteliğindedir<sup>21</sup>.

Kumar kavramı, ülke kanunlarına göre farklılık gösterdiği ve her ülke hukuku açısından ortaya konulan riskin ve bu risk sonrası elde edilebilecek ve kaybedilebilecek değerlerin çeşitliliği sebebiyle gerek ulusal anlamda olduğu kadar uluslararası karşılaştırmalı hukuk anlamında farklı tanımlanabilmektedir<sup>22</sup>. Güncel değerlendirmeler sonrasında gelişmiş birçok devlet hukukunda mevcut haliyle, herhangi bir oyun veya faaliyetin “*kumar*” sayılabilmesi için üç unsurun: “*Ödül (prize)*”, “*şans (chance)*” ve “*bedel (consideration)*” varlığının arandığı görünmektedir<sup>23</sup>. Buna karşın bu unsurların da artık gelişen teknoloji ve kumar seçenekleri karşısında yetersiz kaldığı ve yeni çözüm önerilerinin gerektiği savunulmaktadır<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Neslihan Çukadar, “*Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar*”, Yüksek Lisans Tezi, 2013, s. 77; Özlem Karlı, *Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanıması (Mücerret Borç İkrarı) BK. Mad. 17*, Doktora Tezi, İstanbul, 2007, s. 136; Işık Önay, *Türk Borçlar Hukukunda Yenileme (Tecdit, Novatio)*, 2014, s. 86; Yavuz, s. 717.

<sup>19</sup> Hatipoğlu Aydın, s. 1480.

<sup>20</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 24. Bası, 2019, s. 93; aynı tanımlama için ayrıca bkz. Eren, *Özel*, s. 812.

<sup>21</sup> Eren, *Özel*, s. 811.

<sup>22</sup> Berna Akçalı Gür, “Structural Comparative Analysis of the Legal Definition of Gambling”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), s. 76 ayrıca AB ve ABD hukukunda detaylı değerlendirme, farklı tanım ve düzenlemeler için bkz. adı geçen makale.

<sup>23</sup> David Kinnaird, “Reconsidering The Legal Definition Of Gambling: A Resuscitation Of The Gambling Instinct Test”, *Virginia Law Review*, 109(4), 2023, s. 966.

<sup>24</sup> Kinnaird, s. 989.

## 2. Bahis Kavramı

Bahis kavramı, Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde, Arapça kökenli olduğu belirtilerek şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Görüşünde veya iddiasında haklı çıkacak tarafa bir şey verilmesini kabul eden sözlü anlaşma*”dır<sup>25</sup>. Bahis, kumardan farklı olarak sözleşmenin taraflarından her birisi kendi iddiasının haklılığını savunmakta ve bu konudaki ısrarının doğru çıkması halinde bir ödül olarak karşı tarafın kendisine edimde bulunmasını ister iken yanlış çıkması halinde karşı tarafın haklı çıkan iddiasına karşılık bir edimde bulunmayı vaad etmektedir. Nitekim Schönenberger'in tanımını kullanarak bahis kavramını tanımlayan Eren, bahsin, kumarın bir alt türü olduğunu belirterek, benzer bir tanımlamayı tercih ederek: “... *tarafların karşılıklı ve birbirine zıt iddialarını pekiştirmek (takviye etmek) için yaptıkları öyle bir sözleşme anlaşılır ki, bununla taraflardan her biri, kendi iddiasının yanlış çıkması hali için diğerine bir edim vaad eder*” demektedir<sup>26, 27</sup>.

Bu açıdan bakıldığında bahiste, kumarda olduğundan farklı olarak tarafların iddialarının haklılığını ispat duygusu ön planda iken, kumarda ise rastlantısal bir sonuç adına kimi zaman eğlenmek ama nihai olarak talih ve tesadüfe bağlı olarak emek veya çaba sarfetmeksizin bir miktar para kazanmak yatmaktadır<sup>28</sup>. Kumar ve bahisten doğan borçlar bu sebeple doktrinde tasnif edilirken, gerçekleşmesi talih ve tesadüfe bağlı borç ve alacaklar arasına yerleştirilmektedir<sup>29</sup>. Ancak özellikle bahse ilişkin hükümlerin doktrinde ayrı ve detaylıca incelenmemesinin sebebinin uygulamada sonuçları açısından bir fark olmadığından kaynaklandığı sonucuna ulaşılabılır<sup>30</sup>.

## 3. Piyango Kavramı

Piyango kavramı, Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde, İtalyanca kökenli olduğu belirtilerek şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Düzenleyenlerce bastırılmış*

<sup>25</sup> <<https://sozluk.gov.tr/>>, (Türk Dil Kurumu), Erişim Tarihi 17 Aralık 2023.

<sup>26</sup> Schönenberger – Jaggi -ZK, OR Art. 513, N. 3 (Eren, *Özel*, s. 812, dn 6'dan naklen). Keza aynı tanım için ayrıca bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Eren, *Genel*), 24. Bası, Yetkin Yayınları, 2019, s. 93.

<sup>27</sup> Benzer tanımlar için bkz. Karlı, s. 136; Yavuz, s. 717, 718.

<sup>28</sup> Hatipoğlu Aydın, s. 1480; Yavuz, s. 717; Eren, *Özel*, s. 812.

<sup>29</sup> Arif Barış Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2016, s. 407; Erol Cansel / Çağlar Özel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, 2017, s. 35; Yavuz, s. 717; Eren, *Özel*, N. 73 ve ayrıca s. 812; Tüzüner, s. 251.

<sup>30</sup> Önay, s. 87; Necip Bilge, “Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 3(1), 1958, s. 7; Hatipoğlu Aydın, s. 1480.

numaralı kâğıtları satın alanlar içinden, kazananların kura ile belirlendiği talih oyunu”dur<sup>31</sup>. Piyango kavramı, TBK’da ilk ve sadece m. 606’da kullanılmıştır. “Piyango ve Diğer Şans Oyunları” başlıklı maddeye göre: “Düzenlenmesine kanun veya yetkili makamlarca izin verilmiş olmadıkça, piyango ve diğer şans oyunlarından doğan alacaklar hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz (I). İzin verilmemiş olan durumlarda, piyango ve diğer şans oyunları için de kumara ilişkin hükümler uygulanır (II). Yabancı ülkelerde kendi kurallarına uygun olarak düzenlenen piyango ve diğer şans oyunları, Türkiye’de yetkili makamlarca bunlara ait biletlerin satılmasına izin verilmiş olmadıkça, yasal korumadan yararlanamazlar (III)”<sup>32</sup>. Hükümde bu başlık altındaki yaptırımın düzenlenmesi olumsuz cümle biçiminde yapılmıştır. Olumlu cümle haline getirilirse, maddede belirtilen şartları taşıyan piyango ve diğer şans oyunlarından doğan alacaklar için dava ve takip yapılabileceğidir. Bu hüküm, söz konusu alacakları tam bir alacak – borç ilişkisine sokmaktadır.

Piyango ve diğer şans oyunlarına ilişkin tanımlamaların yer aldığı Milli Piyango Hakkında Kanun Hükmünde Kararname<sup>33</sup>’nin birçok hükmü 2.7.2018 ve 703/80 md. hükmü KHK ile ilga edilmiştir. İlgayı takiben 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin<sup>34</sup> yirmibirinci bölümü, Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü’nü düzenlemektedir<sup>35</sup>.

#### 4. Diğer Şans Oyunları Kavramı

Bu başlık altında incelenecek son kavram TBK’da ilk ve sadece m. 606’da kullanılmış olan -piyango kavramı gibi-, “diğer şans oyunları” kavramıdır. Şans oyunu kavramı, Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde, şu şekilde tanımlanmaktadır: “Önceden ödeme yapıp daha sonra şansa dayalı olarak

<sup>31</sup> <<https://sozluk.gov.tr/>>, (Türk Dil Kurumu), Erişim Tarihi 17 Aralık 2023.

<sup>32</sup> Yavuz, s. 718, 720.

<sup>33</sup> Milli Piyango Hakkında Kanun Hükmünde Kararname: Tarih: 4.4.1988, No: 320; R.G. Tarihi: 6.6.1988, No: 19834.

<sup>34</sup> Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Sayı: 4, Yayımlandığı R.G. Tarih ve Sayısı: 15.7.2018, 30479.

<sup>35</sup> Söz konusu Kararname’nin 283 ve sonrası maddelerde düzenlenen hükümlerden m. 284’ün başlığı “Tanımlar” şeklindedir. Maddenin h bendinde piyango şu şekilde tanımlanmaktadır: “h) Piyango: Bastırılmış numaralı biletlerin satılarak, adet ve tutarları önceden belirlenmiş ikramiyeleri kazanacak numaraların belirli günde çekilecek kura ile saptanması esasına dayanan şans oyununu” ifade eder.

*para kazanılan piyango, loto, spor toto, atyarışı gibi oyunlar; talih oyunu*”dur<sup>36</sup>. 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin m. 284’ün maddesinin i bendinde “i) Şans oyunları: Karşılığı nakit olmak üzere oynatılan piyango, sayısal oyunlar, hemenkazan ve benzeri oyunları”; talih oyunları ise “j) Talih oyunları: Beceri veya şansa dayanan fiş, jeton veya para ile oyun araç ve gereçleriyle bir kasaya karşı veya oyun makinalarında oynanan oyunları” şeklinde tanımlanmaktadır.

Bu kavramı diğer kavramlardan en farklı kılan yönü -görebildiğimiz kadarıyla ilk defa bu çalışmada incelenmiş olduğu üzere- gerek ZGB – OR gerek BGB’de kavram yerine kullanılan hem Almanca hem İngilizce karşılıklarının hiçbirisinin birbiriyle aynı olmamasıdır. Yani bu kavramın ZGB – OR ve BGB’deki Almanca kelimeleri birbirinden farklı olduğu gibi İngilizce karşılıkları da söz konusu metinlerde birbirinden farklı kullanılmaktadır. Nitekim, ZGB – OR’de kavramın Almanca Karşılığı “*Ausspielgeschäfte*” iken<sup>37</sup> BGB’de karşılığı “*Ausspielvertrag*”tir<sup>38</sup>. Benzer şekilde İngilizce karşılıkları da birbirleriyle farklı bir biçimde ZGB – OR’de “*Prize Draws*” iken<sup>39</sup> BGB’de “*Gaming Contracts*”tır<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> <<https://sozluk.gov.tr/>>, (Türk Dil Kurumu), Erişim Tarihi 17 Aralık 2023.

<sup>37</sup> “*Lotterie- und Ausspielgeschäfte*” başlığı altında Art. 515: “*Aus Lotterie- oder Ausspielgeschäften entsteht nur dann eine Forderung, wenn die Unternehmung von der zuständigen Behörde bewilligt worden ist (I). Fehlt diese Bewilligung, so wird eine solche Forderung wie eine Spielforderung behandelt (II). Für auswärts gestattete Lotterien oder Ausspielverträge wird in der Schweiz ein Rechtsschutz nur gewährt, wenn die zuständige schweizerische Behörde den Vertrieb der Lose bewilligt hat (III)*”. <[https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317\\_321\\_377/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de)>, Erişim Tarihi 8 Ekim 2023.

<sup>38</sup> “*Lotterie- und Ausspielvertrag*” başlığı altında § 763: “*Ein Lotterievertrag oder ein Ausspielvertrag ist verbindlich, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist. Anderenfalls finden die Vorschriften des § 762 Anwendung.*” <[https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_763.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_763.html)>, Erişim Tarihi 8 Ekim 2023.

<sup>39</sup> “*Lotteries and prize draws*” başlığı altında Art. 515: “*Lotteries and prize draws give rise to a claim only where they have been approved by the competent authority (I). In the absence of such approval, the claim is treated as a gambling claim (II). Lotteries or draws authorised abroad do not enjoy legal protection in Switzerland unless the competent Swiss authority has authorised the sale of tickets (III)*”. <[https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317\\_321\\_377/en](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/en)>, Erişim Tarihi 8 Ekim 2023.

<sup>40</sup> “*Lottery contracts and gaming contracts*” başlığı altında, Section 763: “*A lottery contract or a gaming contract is binding if the lottery or the gaming has state approval. In all other cases, the provisions of section 762 apply.*” <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p4045](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p4045)>, Erişim Tarihi 8 Ekim 2023.



## II. KUMAR VE BAHİS BORÇLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk ve kaynak İsviçre hukuku açısından bakıldığında farklı başlıklar altında değerlendirmeler yapılmış olsa da kumar ve bahisten doğan borçlar, farklı özel hukukun temel mevzuat hükümlerinden doğan atıflar da birlikte değerlendirildiğinde TBK'nın kumar ve bahse ilişkin hükümlerine tabi olmaktadır.

Öngörülen talih ve tesadüfün gerçekleşmesi açısından farklılıklar barındırıyor olsa da kumar ve bahisten doğan borçlar, hukuki sonuçları açısından aynı yaptırıma tabi tutulmaktadır<sup>41</sup>. Çalışmamızda değerlendirildiği üzere Türk hukukundaki farklı hukuk dalları, kumar ve bahse bağlanan hukuki yaptırımın somut ilişkiye de uygulanmasını istediği hukuki ilişkiler için doğrudan TBK'nın “*Kumar ve Bahis*” başlığıyla düzenlenen 16. Bölümüne atıfta bulunmakla yetinmektedir.

### A. Genel Olarak

Tarihin farklı dönemlerinde kumar, insanlık ile birlikte, hukukun farklı dallarını etkileyecek bir biçimde hayatın içinde süregelmiştir<sup>42</sup>. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere kumarın hukuk sistemlerinde kabulü ve reddi noktasında çoğu zaman din kurallarının topluma ve “*olan hukuk*”a etkisi görülmektedir. Nitekim kimilerine göre kumar kişinin kendisi ile ilgili bir tercihi olduğu için toplumun müdahalesi dahi kabul edilmemektedir.

### B. Tarihçe

Roma hukukunda günümüz hukuk sistemine benzer ve farklı yönleri barındırır bir biçimde eksik borca ilişkin düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Roma Hukukunda, “*obligatio naturalis (tabii borç)*” olarak tanımlanan eksik borç farklı ve detaylı hükümler barındırmaktadır<sup>43</sup>. Klasik dönem sonrası Iustinianus döneminde farklı *obligatio naturalis* (tabii borç, eksik borç) halleri

<sup>41</sup> Eren, *Özel*, s. 812.

<sup>42</sup> Feyza Şahin Kurnaz, “I. Dünya Savaşı Sonrası Kumarın Yaygınlaşması ve Osmanlı Devleti'nin Aldığı Tedbirler”, *Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, (41), 2019, s. 407; Hatipoğlu Aydın, s. 1478, 1481.

<sup>43</sup> Roma Hukukunda *Obligatio Naturalis* (Tabii Borç) hakkında monografik çalışma için ayrıca bkz. Baha Yiğit Sayın, *Roma Hukukundan Günümüze Obligatio Naturalis (Tabii Borç)*, Doktora Tezi, İstanbul, 2009; Ayrıca bkz. Erdem Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2019, s. 475.

düzenlenmiştir<sup>44</sup>. Bunlardan tipik olarak zamanaşımına uğramış borçlar günümüzde de hala eksik borç niteliğini korumaktadır<sup>45</sup>.

İslam dininin yoğun etkisinin görüldüğü Osmanlı İmparatorluğu döneminde kumarın yasak olduğuna dair kaynaklara sıkça rastlanılmaktadır. İnsanlık tarihiyle ortak geçmişe sahip olduğu belirtilen kumar, bu yasaklamalara rağmen Osmanlı'da özellikle 19. yüzyılda, savaflara, ekonomik krizlere, siyasi krizlere rağmen neredeyse imparatorlukta bir “*salgına*” dönüşmüştü. Kumarın yaygınlaşmasını önlemek amacıyla cezai hükümler getirilerek, gerekli tedbirlerin alınmasına ilişkin yazışma örneklerine rastlanmaktadır<sup>46</sup>.

Cumhuriyet dönemi ile birlikte 1926 tarihli Ceza Kanunu'nda kumar bir suç olarak düzenlenmiş ve öncelikle Türk Tayyare Cemiyeti'ne piyango tekeli verilmiş ise de 1939'da Milli Piyango İdaresi kurulmuş ve 2019 yılında özelleştirilene kadar piyango ve diğer şans oyunları devlet tekelinde kontrol edilmiştir<sup>47</sup>. Ancak özellikle 12 Eylül 1980 ihtilalinin ardından, 1982 tarihinden itibaren kumarhanelerin serbest olmaya başladığı bir süreç yaşanmıştır.

Turizmi Teşvik Kanunu<sup>48</sup>'nin ilk halinde, “*Alkollü İçki Satışı ve Talih Oyunları*” başlıklı 19. maddesine göre: “*Bakanlık, belgeli turizm işletmesinin tamamlayıcı bir bölümü olmak kaydı ile talih oyunları oynatabilecek mahalleri tespit ve buraları işletecek kişilere izin vermek yetkisine sahiptir*” hükmü yer almaktaydı<sup>49</sup>. Ancak, 7 Ağustos 1997 Tarih ve 4302 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesi ile hem madde başlığı değişmiş<sup>50</sup> hem de izinler kaldırılmış<sup>51</sup> ve uygulamada

<sup>44</sup> “*Hukuk tarihi bakımından, kumar ile tabii borç (obligatio naturalis) arasında hiçbir bağlantı bulunmamaktadır*”: Tüzüner, s. 264.

<sup>45</sup> Sayın, s. 177.

<sup>46</sup> Şahin Kurnaz, s. 407, 408. Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinde özellikle I. Dünya savaşı yıllarında yaşanan kumar olaylarına ilişkin bkz. Agm, s. 408 – 420; Hatipoğlu Aydın, s. 1481.

<sup>47</sup> Özelleştirme sonrası ihaleye tek firma katıldığı için mevcut durumu “*Devlet tekelinden sonra şirket tekelinde piyango faaliyeti devam etmektedir*” şeklinde belirten ifade için bkz: Hatipoğlu Aydın, s. 1482.

<sup>48</sup> 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu: R.G. Tarih/Sayı: 16.03.1982/2634; Yürürlük Tarihi: 16.03.1982.

<sup>49</sup> Hatipoğlu Aydın, s. 1492.

<sup>50</sup> “*Alkollü İçki Satışı ve Talih Oyunları*” başlığından “*Talih Oyunları*” çıkarılarak sadece “*Alkollü İçki Satışı*” olarak değiştirilmiştir.

<sup>51</sup> “*Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Turizm Bakanlığı tarafından izin verilmiş bulunan talih oyunları işletmelerinin izinleri, bu Kanunun Resmi Gazetede yayımlanmasını*

“kumarhane” olarak bilinen talih oyunları işletmeleri, söz konusu tarihten günümüze kadar bir daha açılmamak üzere kapatılmıştır<sup>52</sup>. Mevcut haliyle 19. maddenin III. Fıkrası şu şekildedir: “Turizm işletmelerine bağlı ya da müstakil olarak talih oyunları oynatılabilecek mahallerin açılması yasaktır. Diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır”

Her ne kadar bu çalışmada önceki Borçlar Kanunu (EBK) hükümlerine yeri gelmedikçe konunun genişlememesi adına değinilmeyecek ise de genel olarak belirtmek gerekirse, EBK m. 504 e göre kumar ve bahisten doğan haklar için alacak hakkı doğurmaz denilmekteydi. Bu hükme dayanarak kimi yazarlar kumar ve bahisten hiç borç doğmayacağı görüşünü de savunmaktadır<sup>53</sup>. Kumar ve bahisten doğan alacağın takas edilmesi de söz konusu değildir<sup>54</sup>.

### C. Hukukun Dalları Açısından Kumar ve Bahsin İncelenmesi

Çalışmamızın sınırını her ne kadar TBK ile çizmeye çalışmış olsak da Türk hukukunda bu konuyla ilgili çalışma yapmamış olanları şaşırtacak sayıda mevzuat düzenlemesi olduğu farkedilecektir. Elbette bu çalışmada bütün bu hükümleri ele almak mümkün olmadığından sadece mevcut temel düzenlemeler ışığında kumar ve bahisten doğan borçların varlığı değerlendirilmeye ve öneriler sunulmaya çalışılmıştır. Bunun haricinde mevzuatımız incelendiğinde farklı nitelikteki normlarda kumar ve bahse ilişkin hükümlerin geçtiği görülmektedir. Kumar hakkında yapılan hukuki düzenlemelerin temelleri bu çalışmada da inceleneceği üzere farklı temellere dayanmakta ve farklı dönemlerde farklı siyasi iradeler konuya ilişkin farklı yaptırımlar öngörmüştür<sup>55</sup>, <sup>56</sup>.

*izleyen günden başlayarak 6 ay sonra herhangi bir bildirim gerek olmaksızın kendiliğinden hükümsüz olur. Bu tarihten sonra bu işletmelerin faaliyetlerine hiçbir şekilde izin verilmez”*

<sup>52</sup> Dönemin Hürriyet gazetesi o gece için “Tek kollu canavar bu gece duracak” başlığını kullanmıştır. Habere göre bu kararla birlikte 20.000 kişi işsiz kalacaktır. <<https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/tek-kollu-canavar-bu-gece-duracak-39005909>>, Erişim Tarihi: 10 Ekim 2023.

<sup>53</sup> Karlı, s. 136 ve dn. 68’deki görüşler.

<sup>54</sup> Benzer şekilde Bilge, s. 12.

<sup>55</sup> “Aslında yasa koyucu bir yere kadar, gelir getirici bir faaliyet olarak, dolayısıyla ekonomik gerekçelerle kumarı kabul etmektedir. Kumarhanelerin kapatılması, kumar oynamanın kabahat, kumar oynatmanın suç olarak düzenlenmesiyle ve kumar hakkındaki diğer hukuksal düzenlemeler; yasa koyucunun beklediği sosyal, ekonomik ve ahlaki faydanın karşılanıp karşılanmadığı belirsizdir” yönündeki kanaat için bkz. Hatipoğlu Aydın, s. 1495.

<sup>56</sup> Farklı dönemlerde farklı ekonomik veya siyasi sebeplerle kumar, bahis ve şans oyunlarında düzenleme yapılabilmektedir. Nitekim, 2023 yılı içerisinde uzun yıllardır sabit olan birçok

Türk Borçlar Kanunu, TCK, Ceza Muhakemesi Kanunu, Kabahatler Kanunu, İcra İflas Kanunu, Kat Mülkiyeti Kanunu, Turizmi Teşvik Kanunu, Noterlik Kanunu, Vergi Mevzuatı, Dernekler Yönetmeliği, Milli Piyango Mevzuatı, Süper Star, Süper Loto, Spor Toto, İddaa, At Yarışları Mevzuatı, Şans Topu, Kazı Kazan vs gibi 100'ü aşkın farklı alanlarda farklı normatif yapıda kumar, bahis, piyango ve diğer şans oyunlarını düzenleyen hükümler yer almaktadır<sup>57</sup>. Bu çalışmamızda elbette bu hükümlerin tamamının incelenmesi imkansız olduğu için çalışma çerçevesinde kalmak kaydıyla ilgili ve temel hükümlere değinilmiştir.

### 1. Kamu Hukuku Açısından Değerlendirme

Türk hukuku açısından bakıldığında, emredici hükümlerin kaynakları kamu hukuku ve özel hukuk kaynaklı olmak üzere ikili bir ayrım ile incelemek mümkündür. Bu ayrımlardan birisi de özel hukuk ve kamu hukuku kaynaklı emredici hükümlerdir. Bir fiilin kanunun emredici hükümlerine aykırılık (hukuka aykırılık) olarak değerlendirilebilmesi için buna ilişkin hükümler özel hukuk kaynaklı olabileceği gibi kamu hukuku kaynaklı da hukuka aykırılık (kanunun emredici hükümlerine aykırılık) söz konusu olabilmektedir. Her ne kadar kanunun emredici hükümlerine aykırılık TBK m. 27 hükmü gereğince özel hukukun bir başlığı gibi değerlendiriliyor olsa da kamu hukuku kaynaklı emredici hukuk kurallarına aykırılık da söz konusudur. Hatta, TBK'nın bilhassa genel hükümler bölümünde emredici hükümlerin azınlıkta olduğu buna karşın özel hükümler bölümünde ise emredici hükümlerin daha fazla bulunduğu görülmektedir<sup>58</sup>.

Özel hukuk ve kamu hukuku karşılaştırıldığında aslen kamu hukuku kaynaklı emredici hükümlerin daha fazla olduğu görülecektir. Hatta tüm

---

kalem vergi artırılır iken, Cumhurbaşkanlığı Kararı ile (27.12.2023 Tarih, 8003 Sayılı) 1 Ocak 2024 yılından itibaren geçerli olacak şekilde şans oyunlarından alınan vergiler düşürülmüştür (spor müsabakalarına dayalı müşterek bahislerde yüzde 10'dan yüzde 5'e, at yarışlarında yüzde 14'ten yüzde 7'ye, diğer şans oyunlarında yüzde 20'den yüzde 10'a): <<https://www.ntv.com.tr/ntvpara/sans-oyunlarından-alınan-vergiler-dusuruldu,e1F1Pe9TzkiZDIFsAedSqA#>>, Erişim Tarihi 28 Aralık 2023.

<sup>57</sup> Kumar, bahis, piyango ve diğer şans oyunlarındaki mevzuatın işlendiği eserde, 112 ayrı mevzuat hükmü ayrı başlık halinde incelenmiştir. Elbette bu çalışmamız açısından bunların tek tek sayılması sayfalarca yer kaplayacağı için bu esere dipnot verilecek yeri geldikçe ise ilgili mevzuattan faydalanılacaktır. Sadece Türk hukukunun incelendiği birçok hukuk disiplininin yer aldığı, 758 sayfadan oluşan; başlıkların dahi eserde 5 sayfa yer aldığı çalışma için bkz. Erkin Eren, *Türk Kumar, Bahis ve Şans Oyunları Mevzuatı*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022. Ayrıca örnekler için bkz. Tüzüner, s. 248, 249.

<sup>58</sup> Emredici hükümlerin kaynakları hakkında detaylı inceleme için bkz. Kaşak, s. 260 vd.

kamu hukuku kurallarının emredici nitelikte olduğunu savunan görüş yanında tarafların kamu hukuku kaynaklı emredici hükümlerden kimi zaman ayrılabilceğini savunan görüşler de bulunmaktadır<sup>59</sup>. Bu açıdan bakıldığında, emredici nitelikteki kamu hukuku hükümlerinin ihlal edilmesi TBK m. 27/I hükmünde belirtilen kanunun emredici hükümlerine aykırılık da teşkil edecektir<sup>60</sup>. Nitekim “*Kesin Hükümsüzlük*” başlıklı TBK m. 27/I hükmüne göre: “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”.

Emredici hukuk kuralları açısından kumar ve bahis incelenirken, emredici hukuk kurallarının hukuk sistemine yerleştirilmesini haklı kılan genellikle üç temel kritere değinilmektedir. Bunlar, “*Kamu Düzeni*” kriteri, “*Genel Ahlak ve Adap Kriteri*”, “*Zayıfları Koruma Kriteri*”<sup>61</sup>. Kumar ve bahis bu açılardan bakıldığında da neredeyse her başlık için emredici hukuk kuralları ile engellenmeye açık olarak kabul edilebilecektir<sup>62</sup>.

#### a. Anayasa hukuku hükümleri

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın, “*Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti*” başlıklı 58. maddesi hükmü uyarınca:

*“Devlet, istiklal ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müsbet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetiştirme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır.*

*Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır*”<sup>63, 64</sup>.

Anayasa hükümleri incelendiğinde sözleşme hürriyeti açıkça belirtilmektedir. Elbette özellikle TBK m. 26 hükmü de bunu açıkça

<sup>59</sup> Kaşak dn. 563 ve 564.

<sup>60</sup> Kaşak, s. 277.

<sup>61</sup> Işıktaç / Metin, s. 160 – 162.

<sup>62</sup> “... haksız veya ahlaka adaba aykırı bir gayeye ulaşmak üzere edimde bulunan kimse himayeye layık değildir”: Tüzener, s. 252.

<sup>63</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, R.G. Tarih: 9.11.1982, R.G. Sayı: 17863 (Mükerrer).

<sup>64</sup> Tüzener, s. 247.

destekleyen hükümlerle konunun önemini bir bakıma perçinlemiştir. TBK m. 26'nın hemen ardından TBK m. 27 ile sınırsız bir sözleşme özgürlüğü yerine bazı konularda getirilen sınırlamalar belirlenmiştir<sup>65</sup>.

Anayasa hukuku anlamında, özellikle dikkat edilmesi gereken ve çalışmamız açısından önem arzeden, birinci fıkra haricinde diğer önemli nokta ise maddenin ikinci fıkrasındaki hükümdür. Hükme göre Devletin ekonomiye müdahalesi noktasında milli ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlar da dikkate alınmalıdır. Kumar ve bahis konusunda verilecek siyasi kararlar noktasında İsviçre Hukukundaki gelişmeler konusunda bahsedildiği üzere Devlet sadece ekonomik gerekçeleri değil elbette aynı zamanda sosyal amaçlara uygun gerekli tedbirleri de almalıdır.

### **b. Ceza hukukunda kumar ve bahis**

Kumar, Türk hukuku açısından da karşılaştırmalı hukuk anlamında da farklı hukuk disiplinleri içerisinde incelenmiş, özellikle hem ceza hem de özel hukuk<sup>66</sup> ve özellikle çalışmamızın temel konusu borçlar hukuku hükümleri altında düzenlemelere tabi olmuştur. Çalışmamızın temel bağlantı noktalarından birisi olması dolayısıyla kamu hukukunun bir alt dalı olan ceza hukukunda kumar ve bahse ilişkin hükümleri aşağıda "*Türk Ceza Hukuku Anlamında Değerlendirme*" ana başlığı altında inceleyeceğimiz için burada tekrardan kaçınmak sebebiyle değinilmeyecektir.

### **c. Vergi hukuku anlamında değerlendirme**

Kumar ve Bahis konusunda neredeyse en açık hükümler Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) yer almakta ve Kanun Koyucu, gelirin kaynağını sorgulamaksızın vergi alacağını net bir biçimde dile getirmektedir<sup>67</sup>. "*Vergi Ehliyeti*" başlıklı 9. maddenin ikinci fıkrasına göre:

*"Vergiyi doğuran olayın kanunlarla yasak edilmiş bulunması mükellefiyeti ve vergi sorumluluğunu kaldırmaz"* (VUK m. 9/II).

Hükümde görüleceği üzere VUK, vergiyi doğuran olayın kaynağını tartışmamakta, vergi alınabilecek bir durum söz konusu ise bu olayın kanunlarla yasak edilip edilmediğine bakmaksızın vergi mükellefiyeti ve

<sup>65</sup> Kaşak, s. 1.

<sup>66</sup> Hatipoğlu Aydın, s. 1477.

<sup>67</sup> Muhammet Duru, "Kanunlarla Yasaklanmış İşlerin Vergilendirilmesi ve Kazanç Müsaderesi", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 5(2), 2020, s. 197.

vergi sorumluluğunun devam ettiğini belirtmektedir<sup>68</sup>.

Bu açıdan bakıldığında özellikle Kabahatler Kanunu'nun 33 ve 34 hükmünün uygulanmasının gereği olarak<sup>69</sup>, kumardan elde edilen gelire el konulmasına ve mülkiyetinin kamuya mal edilmesine karar verilebilir<sup>70</sup>. Danıştay, verdiği bir kararda, veraset ve intikale kumar başlığı altında konu olan bir dosyada, mükellefiyete karar vermiştir<sup>71, 72</sup>.

#### d. Diğer düzenlemeler

Çalışmamızın, “*Hukukun Dalları Açısından Kumar Ve Bahsin İncelenmesi*” başlığı altında da belirttiğimiz üzere Türk hukukunda bu alanda gerek kamu hukuk gerekse özel hukuk başlığı altında, 100'ün üzerinde mevzuat bulunmaktadır. Konumuzun sınırlandırılması adına diğer düzenlemelerin detaylarına inilmeyecek ancak yeri geldiğinde ilgili hükümlere atıf yapmakla yetinilecektir.

## 2. Özel Hukuk Açısından Değerlendirme

### a. Sosyal düzen kuralları ve Türk Medeni Kanunu açısından değerlendirme

Kumar ve bahse ilişkin hükümlerin Türk özel hukukunda eksik borç olarak nitelenmesine karşın ceza hukuku anlamında “suç” ve Kabahatler Kanunu anlamında “*kabahat*” teşkil ediyor olmasının temellerinde topluma yön veren toplumsal düzen kurallarının etkisinin önemli rol oynadığını düşündüğümüz için konunun bu açıdan da ana başlıklarıyla değerlendirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Çünkü sosyal düzen kuralları hukuk kuralları gibi toplumsal davranışları düzenleyerek sosyal

<sup>68</sup> Vergi hukukunda bu yöndeki düzenlemenin, hukuk ve ahlak kuralları açısından detaylı değerlendirilmesi, eleştiriler ve monografik çalışma için bkz. Duru, agm.

<sup>69</sup> Suç ve Kabahat ayrımında kumar örneği için bkz. Altan Rençber, *Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 30.

<sup>70</sup> Duru, s. 211 ve 221.

<sup>71</sup> Danıştay Kararı - 7. D., E. 1998/96 K. 1999/1502, T. 15.4.1999: <https://proxy.hacibayram.edu.tr:2671/ictihat/danistay/7-daire-e-1998-96-k-1999-1502-t-15-4-1999>. Erişim Tarihi: 11.11.2023.

<sup>72</sup> Konunun özel hukuk esasından uzaklaşmaması adına “vergi hukuku” bağlamında temel sayılabilecek bu bilgilere yer verilmekle yetinilmiştir.

düzene yön veren kurallardır<sup>73</sup>, <sup>74</sup>.

### (1) Din kuralları

Toplumlara yön veren ve toplumsal düzen kuralları arasında yer alan etki alanı bakımından belki de en geniş alana sahip olan kurallardan birisi de din kurallarıdır. Toplumsal kuralların oluşmasında, hukuk kuralları niteliğine bürünmüş birçok kuralın temellerinde din kurallarının bulunduğu tartışmasız olarak görülmektedir<sup>75</sup>. Kumar kavramı da din kuralları açısından topluma yön vermesi dolayısıyla yasaklanmış fiiller arasında yer almasına karşın tarih içerisinde her dönem varlığını devam ettirmiştir<sup>76</sup>.

Kumar, İslam anlayışı açısından bakıldığında, kavram olarak Kur'an'da, "Meysir"<sup>77</sup> olarak geçmekte<sup>78</sup> ve özellikle Maide Suresi'nin 90. Ayetinde açıkça, şarap, tapınmak için dikili taşlar, fal okları ile birlikte dile getirilerek bunların birer şeytan işi ve pislik olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple dini anlamda kendisine yön vermek isteyen bir kimsenin din kuralları açısından kumardan uzak durması gerektiği "kurtuluş" için bir şart olarak belirtilmiştir<sup>79</sup>. Elbette hukuk düzenleri oluşturulurken, din kuralları ne ölçüde hukuk kuralları niteliğine bürünecektir buna karar verecek olan kurucu ve/veya siyasi iktidardır.

### (2) Ahlak kuralları

Türk Borçlar Kanunu'nun farklı hükümlerinde ahlak kurallarına ilişkin düzenlemeler ve ahlak kurallarına aykırılık halleri için yaptırım türleri

<sup>73</sup> Hatipoğlu Aydın, s. 1482; Tüzüner, s. 261, 262.

<sup>74</sup> Herhangi bir emek harcanması söz konusu olmaksızın kazanç sağlama amacıyla oynanan kumar ve bahsin, TBK'da talih ve tesadüfe bağlı diğer tam borç doğuran hallerden farklı olarak eksik borç doğurmasının temelini "... bu ilişkiler korumaya layık görülmediği halde..." ifadesi için bkz. Yavuz, s. 717. Ayrıca bkz. Tüzüner, s. 251.

<sup>75</sup> Tüzüner, s. 261.

<sup>76</sup> Hatipoğlu Aydın, s. 1481.

<sup>77</sup> İslam Hukuku açısından Kumar değerlendirmesi hakkında monografik inceleme için ayrıca bkz. Necdet Ünal, "Kur'an'da Meysir Kavramı Ve Günümüzdeki Bazı Kumar Türlerinin Bu Çerçeve Değerlendirilmesi", *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, 10(1), s. 248.

<sup>78</sup> Muhatara (Bahis) için bkz. Ünal, s. 249.

<sup>79</sup> "Her türlü kumar, bahis oyunları, şans oyunları, piyango, içinde bahis olan her şey, bir mal kazanmaya yönelik olarak oynanan her türlü tesadüfi kazanç, bir mal ortaya koyarak oynanan yani kaybedenin bir bedel ödeyeceği tavla ve satranç gibi oyunlar, meysir kapsamına girmektedir". Ünal, s. 53, 54. Ayrıca a.g.m.'de, 57 - 64 nolu dipnotlar ve arasında, kumarın haram olduğuna dair İslam hukukunda temel kaynak kabul edilen kaynaklar sıralanmıştır.



hüküm altına alınmıştır. Çalışmamızın esası açısından önem arz ediyor olması dolayısıyla bu konu, aşağıda “*Türk Borçlar Kanunu Anlamında Değerlendirme*” ana başlığı altında detaylı olarak incelenmiştir.

## **b. Türk ticaret hukuku bağlamında değerlendirme**

Türk Borçlar Kanunu m. 605 hükmü her ne kadar TBK hükmü niteliğinde olsa da içeriğinde yer alan kıymetli evraka ilişkin hükümler dolaylı olarak Türk ticaret hukuku hükümlerini de etkilemektedir.

### **(1) Genel Olarak**

Buna göre, kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adi borç veya kambiyo senedine dayanılarak –üçüncü kişiye devredilmiş olsa bile- dava açılmayacağı ve takip edilemeyeceği hükmünü düzenlemektedir<sup>80</sup>. TBK m. 18’e göre: “*Borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanınması geçerlidir*”<sup>81</sup>. Elbette mücerret borç ikrarından (soyut/sebebi gösterilmeyen borç tanınmasından) ibaret bir bono, borcun sebebini içermediği için borçlunun senette belirtilen miktarı alacaklıya ifası asıl olandır<sup>82</sup>. Bu sebeple, soyut borç tanınması şeklinde belirlenmiş bir bonodaki borcun, kumar veya bahis borcundan kaynaklandığı ispat edilmediği sürece esas ilkeye tabi olacak ve borçlu tarafından ödenmesi gerekecek ve aslında bir nevi kanuna karşı hile kullanılarak eksik borç niteliğindeki bir borca tam borç niteliği kazandırılmak istenebilecektir<sup>83</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 201 uyarınca, “*Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ... tanıkla ispat olunamaz*” amir hükmü karşısında iddianın ispatı da ancak senetle olabilir<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Yavuz, s. 720.

<sup>81</sup> “... geçerli bir borcun doğumu bakımından sübjektif hukuki sebebin varlığı şart değildir. Buradan çıkarılacak sonuç, hukuk sistemimizin borçlandırıcı işlemler bakımından sebepten soyutluğu kabul etmiş olmasıdır. Ancak sübjektif causa'nın yokluğu, sona ermesi veya gerçekleşmemesi borcun devamını engeller; sebepsiz zenginleşme meydana gelir”: Ege Türel: “Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Sebep ve Sinallagma İlişkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, 23(3), s. 384; Bilge, s. 12.

<sup>82</sup> Monografik çalışma için bkz. Özlem Karlı, *Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması (Mücerret Borç İkrarı BK. Mad. 17, Doktora Tezi*, 2007.

<sup>83</sup> Bilge, s. 12.

<sup>84</sup> “Somut olayda davacı dava konusu senedin düzenlenme nedeninin kumar borcu olduğunu iddia ettiğine göre bu iddiasını belirtilen ilkeler çerçevesinde yazılı delille kanıtlaması gerektiği...” Yargıtay 19. HD., E. 2013/16647 K. 2013/19725 T. 11.12.2013,

## (2) Sigorta hukuku ve tontin

Türk Hukuk sistemi içerisinde bazen farklı hukuki işlemlerin, sonuçları açısından TBK’da düzenlenen kumar ve bahse ilişkin hükümlere tabi olduğu belirtilmektedir. Bunun tipik örneği Türk Ticaret Kanunu<sup>85</sup> (TTK) m. 1401/II’dir<sup>86</sup>. Buna göre: “*Ruhsatsız bir şirket ile onun bu durumunu bilerek yapılan sigorta sözleşmeleri hakkında Türk Borçlar Kanununun 604 ve 605 inci maddeleri uygulanır. Türkiye’de yerleşik olmayan sigorta şirketleriyle kurulan sigorta sözleşmelerinde bu hüküm uygulanmaz*” (TTK m. 1401/II) hükmü yer almaktadır. Hükümden de anlaşılacağı üzere, bir şirketin ruhsatsız olduğu bilinerek yapılan sigorta sözleşmelerinin kaderi TBK’daki kumar ve bahse ilişkin hükümlere tabidir<sup>87</sup>.

Türk Ticaret Kanunu’nun, 1488. maddesi, uygulamada neredeyse hiç bilinmeyen, hukuki niteliği itibariyle talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler grubu içerisinde değerlendirilebilecek olan “*Tontin*”i düzenlemektedir. Tontinde amaç, sermayenin belirli kişiler veya grupta kalmasıdır. Tontine dahil olan kişiler öldükçe hayatta kalanlar ekonomik anlamda güçlenmekte ve rekabet fırsatı daha da artmaktadır. Özellikle Türk toplumundaki manevi yapıdan ziyade batı toplumlarında görülen materyalist ve kapitalist bakış açısı sonucu ortaya çıkmış tontin kurumu TTK’ya da işlenmiştir. Madde başlığı “*tontin*” olan hükme göre: “*Birden çok kişi tarafından verilen katkı payları ile oluşturulan varlıkların, belirli bir tarihte hayatta kalanlar ve ölenin önceden belirlemiş olması hâlinde, lehtarlar arasında paylaşılması ilkesi uyarınca tontinler kurulabilir*” (TTK m. 1488).

Madde gerekçesine bakıldığında: “*6762 sayılı Kanunun 1333 üncü maddesinde batıl sayılan tontinler Avrupa Topluluğunun 76/580 ve 79/267 sayılı Direktiflerine paralel olarak geçerli kabul edilmiştir. Bu yönerge daha sonra 2002 yılında 2002/83 sayılı Yönerge ile kaldırılmışsa da yeni yönerge tontinlerin geçerliliğine dair değişiklik yapmamıştır. Tontinleri yeniden düzenleyen yönergenin Tasarıya yansıtılması olanağı yoktur. Yönerge bir idarî tasarrufla Türk hukukuna getirilmelidir*” ifadesinin yer aldığı görülmektedir.

<<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/19-hukuk-dairesi-e-2013-16647-k-2013-19725-t-11-12-2013>>, Erişim Tarihi 13 Ekim 2023.

<sup>85</sup> 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Kabul Tarihi: 13.01.2011; RG. Tarih: 14.02.2011, RG. Sayı: 27846.

<sup>86</sup> Yavuz, s. 719; Tüzüner, s. 265.

<sup>87</sup> Madde gerekçesi incelendiğinde, hükmün neden TBK’ya atıfta bulunduğu ilişkin hiçbir açıklamama yer almamaktadır. Bknz.: <https://proxy.hacibayram.edu.tr:2671/mevzuat/gerekciler/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri/1>, Erişim Tarihi 30 Kasım 2023.

### III. TÜRK CEZA HUKUKU ANLAMINDA DEĞERLENDİRME

Türk Ceza Kanunu'nda, 2 ayrı maddede (m. 228 ve m. 297'de) düzenlenmiştir. 228'de ilk 5 fıkroda, farklı haller için yaptırımlar düzenlenmiş; ve çalışmamız açısından önemi, kumarın kanun seviyesinde tanımının yapılmış olmasıdır. “*Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama*” başlıklı madde 228. Maddesinin tamamı kumara ilişkin hükümleri düzenlemektedir: “*Kumar oynanması için yer ve imkan sağlayan kişi... cezalandırılır*”<sup>88</sup>. Maddenin sonraki fıkralarında ise suçun farklı şekillerde işlenmesi düzenlenmektedir.

Türk Ceza Kanunu m. 228/VI, kumarı tanımlayan yasal bir hüküm olması dolayısıyla önem arz etmektedir<sup>89</sup>. Buna göre: “*Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır*” (TCK m. 228/VI)<sup>90</sup>. Türk Ceza Kanunu'nun, “*İnfaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak*” başlıklı Madde 297'nin ikinci fıkrasının d bendine göre “*d) Kumar oynanmasına olanak sağlayan eşya ve malzemeyi, ... .. ceza infaz kurumuna veya tutukevine sokan, buralarda bulunduran veya kullanan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”.

Yargıtay kararlarına yansımış ve “*çay parası karşılığı*” oyun oynandığı savunmalarına rağmen mevcut durumun gereklerine göre; “*sigara - bira parasına*”<sup>91</sup> oynanan oyunları kumar kabul ettiği birçok kararının var olduğu düşünüldüğünde<sup>92</sup> TCK m. 297'nin kumara ilişkin hükümlerinin ceza infaz kurumlarında sağlıklı bir şekilde nasıl uygulanabileceğinin takdiri aslında tartışmaya açık bir durumdur.

<sup>88</sup> Elbette uygulamada bu suçu işleyen kimselerin suçtan kurtulmak için suç teşkil etmeyen farklı savunmalara başvurduğu en basit yapılacak birkaç karar soruşturmasında dahi rastlanacaktır. Nitekim: “*kendisinin bahis oynadığına ilişkin savunmasının suçtan kurtulmaya yönelik olduğu, sanığın hem kendisinin kumar ve bahis oynadığı hem de...*” yönündeki karar için bkz. Yargıtay 8. CD., E. 2021/18703, K. 2023/7850, T. 24.10.2023.

<sup>89</sup> Hatipoğlu Aydın, s. 1480.

<sup>90</sup> “*... sözlük anlamına benzer şekilde tanımlama*” için bkz.: Beşir Babayiğit, “Kumar Oynama ve Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Fiilleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (34), 2018, s. 284, 285.

<sup>91</sup> Hakan Karakehya, “Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), 2013, s. 701.

<sup>92</sup> Konuya ilişkin çok sayıda karar için bkz. <<https://proxy.hacibayram.edu.tr:2671/ictihat/Arama?SearchQuery=%C3%A7ay%20paras%C4%B1%20kumar>>, Erişim Tarihi 8 Aralık 2023.

Kabahatler Kanunu'nun, “*Kumar*” başlıklı 34. maddesine göre ise: “(1) *Kumar oynayan kişiye, bin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, kumardan elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir. (2) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına ve elkoymaya kolluk görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülkî amir karar verir*”.

Her ne kadar TCK'nın mevcut haliyle kumar oynatmak “suç”; Kabahatler Kanunu anlamında “*kabahat*” olarak değerlendiriliyor, farklı cezai ve idari cezai yaptırımlar öngörülüyor olsa da<sup>93</sup> aslen kumar ve bahse ilişkin suç ve kabahat kabul edilen fiillerinin devlet kontrolünde yapılmasına kimi hallerde izin verildiği de görülmektedir<sup>94</sup>. Ancak bu izin verilen haller İsviçre Hukuku'nda olduğu kadar kumarhaneler ve kumarın yasal statü ile korunması aşamasında<sup>95</sup> değildir. Elbette hangi hallerin kumar sayılacağı hangisinin sayılmayacağına takdiri Kanun Koyucu'nun takdirine kalmış durumdadır.

Kumara ilişkin TCK'da, Kabahatler Kanunu'nda ve diğer birçok mevzuat hükmünde yasaklar vardır. Özellikle borçlar hukukuna ilişkin hükümlerini, Türk hukukuna uyarladığımız İsviçre hukukunda kumar suç olmadığı gibi gerek özel sektör gerek devlet eliyle kumarın oynatılmasını düzenleyen düzenlemeler vardır<sup>96</sup>. Bununla birlikte –ileride detaylı olarak inceleneceği üzere- özel yasa olan İsviçre Federal Kumar Yasası vardır<sup>97</sup>. Benzer şekilde İsviçre hukukunda, OR art. 515'in ardından, art. 515a hükmü eklenerek

<sup>93</sup> 765 Sayılı TCK'da kumar oynatmak (m. 567) ve uzun bir süre kumar oynamak da (m. 568) suç olarak düzenlenmişti.

<sup>94</sup> “*Kumarın tam anlamıyla yasak olmadığına bir başka göstergesi de yasal kumar oyunlarıdır. Halihazırda, kumarla ilgili yasal düzenlemelere göre, kumar oynatma suç, kumar oynama kabahattir ve çeşitli yaptırımlarla karşılanmaktadır. Ama devletin tekelinde olan (at yarışı gibi) ya da yeni özelleştirilen (milli piyango vb şans oyunları), imtiyaz yoluyla izin verilen (spor bahisleri) şans ve talihe bağlı kazanç getiren, yasakoyucunun tanımıyla kumar faaliyetleri de mevcuttur ve ‘aslında kumar bir noktaya kadar yasaldır’...*” ifadesi için bkz. Hatipoğlu Aydın, s. 1494.

<sup>95</sup> Tüzüner, s. 268.

<sup>96</sup> “*İsviçre Ceza Kanunu'nda, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK. m. 228) aksine kumar oynatmak diye bir suç yoktur. Dolayısıyla İsviçre'de, kumar borcuna yakıştırılan eksik borç mülahazası, İsviçre hukuk sisteminde, iç ahengi bozmamaktadır. İsviçre'de kumarın eksik borç olarak düzenlenmesi isabetlidir*”: Tüzüner, s. 267.

<sup>97</sup> Birleşik Krallık, Kumar Kanunu'na ilişkin açıklamalar ve konuya ilişkin ceza hukuku değerlendirmeleri için ayrıca bkz. Cumhur Şahin / Ali Şahin Kılıç: “Legal Matters Related To Criminal Theory In The Context Of Criminal Liability Of Betting And Games Of Chance”, *Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu - Tebliğler*, Editörler: İzzet Özgenç / Cumhur Şahin / Faruk Turhan, 1. Bası, 2020, s. 1656.

çalışmamızda Türk hukuku açısından eleştirdiğimiz çelişkili yapı İsviçre borçlar hukukuna eklemeler yapılarak, bu yönden de İsviçre Federal Kumar Yasası'na uyumlu hale getirilmiştir. Türk hukukunda ayrı bir kumar yasası olmadığı gibi kumara izin veren Turizmi Teşvik Kanunu'ndaki hükümler de yürürlükten kaldırılmıştır. Bu sebeple kanun koyucunun hiçbir yasal düzenleme yapmayı tercih ederek “*sessiz kalması*” durumu da yoktur. Çünkü mevcut haliyle Türk hukukunda yasaklara rağmen, bu yasakların olmadığı, serbestinin olduğu, özel kumar yasalarının olduğu ülke İsviçre'nin Borçlar Hukuku hükümleri TBK'ya diğer hükümlerle birlikte alınmıştır<sup>98</sup>.

Uluslararası alanda da kumar ile ilgili de ciddi takipler yapılmaktadır. Çünkü kumar aynı zamanda gerek ulusal gerekse uluslararası bağlantılar sayesinde farklı şekillerde para aklama yöntemleri arasında belirtilmektedir<sup>99</sup>.

Kumar, ceza hukuku ve ahlak ilişkisi de ayrıca doktrinde tartışılmıştır<sup>100</sup>. “*Kanun koyucu, kumarın bu zararlarının önüne geçebilmek ve genel ahlaki koruyabilmek için 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 34'te kumar oynama fiiline kabahat olarak yer vermiş; kumar oynanması için yer ve imkân sağlamanın yarattığı tehlikenin daha fazla haksızlık içermesi sebebiyle ise bu fiilleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 228'de suç olarak düzenlemiştir*”<sup>101</sup> denilerek her iki yasaklayıcı hükümlerin temel gerekçeleri belirtilmiştir. Özellikle ahlak kurallarının hukuka dayatma yapmaması gerektiği noktasında birleşen bu görüşlerin temelinde örnek olarak Türk ceza hukukunda düzenleme

<sup>98</sup> Türk Borçlar Kanunu ve TCK hükümleri açısından kumar ve bahis konusundaki disiplinler arası çelişkiyi daha iyi anlatabilmek adına örneğimizi evlilik hukukundan vermek belki daha doğru olacaktır. Örneğin Türk Ceza Kanunu'na göre emredici hükümlerle, 14 yaşındaki bir çocukla cinsel ilişkiye girmenin –rıza ile olsa dahi- suç ve ceza ile yaptırma bağlanmış olmasına karşın aynı kişiyle yapılacak evlilik için TMK, “*böyle bir evlilik yapılamaz ama her ne şekilde yapılmışsa butlan iddiasıyla dava açılmaz*” hükmünün yer alması gibidir. TCK'daki açık yasaklayıcı hükme karşılık TBK'da dolaylı olarak serbesti tanıyan hükmün varlığını tartışmamak nasıl kendi içerisinde çelişkili ise ceza hukuku ile TBK'daki kumar hükümleri de benzer şekilde değerlendirilmelidir. Bu örnek kendi içerisinde ne kadar çelişkili ise aslında TCK ve TBK hükümleri açısından kumar ve bahse ilişkin hükümler için de -tekrar belirtelim- “*mevcut düzenlemeler ışığında*” kanaatimizce bu çelişkinin işbu çalışma ile dile getirilmesi ve çözüm bulunması önerilmektedir.

<sup>99</sup> Ingo Fiedler, “Online Gambling as a Game Changer to Money Laundering?” *SSRN Electronic Journal*. 10.2139/ssrn.2261266, 2013, s. 82.

<sup>100</sup> “*Buna karşın kumar oynamanın hukuka aykırı bir fiil sayılarak kabahat şeklinde düzenlenmesini yerinde bulmadığımızı belirtmek isteriz. Nitekim birey, başkalarına doğrudan bir zarar vermeksizin kendi hayatına ve tercihlerine ilişkin olarak yaşamını yönlendirebilir*” şeklindeki görüş ve detayları için ayrıca bkz. Karakehya, s. 703.

<sup>101</sup> Babayigit, s. 284.

alanı bulmuş olan kumar Kabahatler Kanunu'ndaki kumar oynamaya ilişkin hükümler gösterilmektedir. Ayrı ve monografik bir çalışma niteliğinde olduğu için bu tartışmaların detaylarına girilmemiş konu TBK anlamında sonuçlandırılmaya çalışılmıştır<sup>102</sup>.

#### IV. İSVİÇRE HUKUKUNDA DÜZENLEMELER

İsviçre'de kumar ve bahisle ilgili düzenlemelerin halk tarafından kabul edilmesi sürecinde ciddi fikir ayrılıkları oluştuğu için elektronik referanduma gidilmiş ve farklı kantonlarda farklılıklar göstermesine karşın<sup>103</sup> genel olarak %72,9 gibi yüksek bir oranda çoğunluğun kabul etmesi üzerine bugün İsviçre'de kumar ve bahse ilişkin hükümler ayrı ve özel bir kanun olarak 1 Ocak 2019 tarihinden itibaren<sup>104</sup> yürürlüğe girmiştir<sup>105</sup>.

##### A. Genel Olarak

Türk borçlar hukuku sisteminin temellerini İsviçre hukuk sistemi oluşturduğu için bu çalışma açısından İsviçre'deki düzenlemeler önem arz etmektedir. Türk borçlar hukukunda olduğu gibi İsviçre hukuk sisteminde de tamamlayıcı hukuk kuralları yanında emredici hukuk kurallarıyla da desteklenmiş bir yapı bulunmaktadır. Bu yapı, İsviçre'de hem ülke genelini etkileyecek şekilde, federal hem de her bir kanton açısından farklılık gösterebilecek bir biçimde, kantonal kamu hukuku kaynaklarında emredici hukuk kuralları niteliği taşıyan hükümler bulunmaktadır<sup>106</sup>.

##### B. İsviçre Borçlar Kanunu art. 515a Hükmü

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 21. bölüm başlığı TBK hükümlerine mehz teşkil edecek şekilde "*Kumar ve Bahis*<sup>107</sup>" olarak düzenlenmiş ve 513.

<sup>102</sup> Kumar, ahlak kuralları, ceza hukuku değerlendirmeleri için bkzn. Hatipoğlu Aydın, s. 1487 ve devamı.

<sup>103</sup> İsviçre'deki elektronik referandumda katılım oranı çok düşük olmasına karşın (%34,52), katılanların büyük çoğunluğu (%72,9'u) "*evet*" oyu kullanmıştır. Federal Kumar Yasası (Bundesgesetz über Geldspiele [Federal Act on Gambling/Gambling Act], kısaca BGS). Sonuçlar için bkzn. <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20180610/det619.html>>, Erişim Tarihi 17 Kasım 2023.

<sup>104</sup> Bundesgesetz über Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS), Karar Tarihi: 29 Eylül 2017, Referandum Tarihi: 10 Haziran 2018, Yürürlük Tarihi: 1 Ocak 2019). Federal Kumar Yasası için bkzn. <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2018/795/de>> Erişim Tarihi 6 Ekim 2023.

<sup>105</sup> İsviçre Federal Kumar Yasası ve Kantonlarda kabul edilme oranları hakkında bilgi için ayrıca bkzn. <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20180610/Geldspielgesetz.html>> Erişim Tarihi 12 Kasım 2023.

<sup>106</sup> Kaşak, s. 276.

<sup>107</sup> Einundzwanzigster Titel: "*Spiel und Wette*"

maddeden itibaren TBK'daki hükümlere benzer hükümler düzenlenmiştir<sup>108</sup>. 513, 514 ve 515. maddeler ise fıkra sayıları ve içeriklerine kadar TBK hükümleriyle aynı olan OR'nin ilgili maddelerinin ardından çalışmamız açısından önem arzeden 515a madde hükmü yer almaktadır<sup>109</sup>. Madde başlığı “Kumarhanelerde Kumar Oynamak, Kumarhanelerden Kredi Almak” olarak düzenlenen<sup>110</sup> hükümde: “Kumarhanelerde kumar oynamak, kumarhanenin yetkili makam tarafından yetkilendirilmiş olması şartıyla, dava edilebilir taleplere yol açar”<sup>111</sup>. Görüleceği üzere OR, burada açıkça genel hükmü art. 513'ten (dava ve takip edilemezlik ilkesinden) ayrılarak, yetkili makamlarca onaylanmış olmak kaydıyla kumarhanelerde oynanan kumarlardan tam borç doğacağını belirtmektedir. Halbuki daha önce de belirttiğimiz üzere Türk hukuku açısından “.. kumar ve bahis borçlusunu, ilke olarak tam bir borç altına girmedeği gibi, alacaklısı da tam bir alacak hakkı kazanmaz”<sup>112</sup>.”

Çalışmamız açısından bu düzenlemenin önemi şurada yatmaktadır, zaten İsviçre ceza hukuku açısından suç olmayan kumar hükümleri aşağıda anılan özel kanunla desteklenmiş ve hemen ardından OR'ye ilgili hükümler işlenerek disiplinler arası uyum sağlanmıştır.

### C. İsviçre Federal Kumar Yasası

Kumar ve bahis incelemesi sürecinde İsviçre hukuk sistemi ile ilgili bilgi paylaşımı da yapılan çalışmaların neredeyse çoğunda, İsviçre Federal Kumar Yasası hakkında bilgi olmadığı görülecektir. Bu sebeple çalışmamız sadece

<sup>108</sup> İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili maddeleri, TBK hükümleri ile aynı yönde olduğu ve çalışmamızın eleştirel boyutu ile ilgili olmadığı için ve tekrara yol açmamak adına ayrıca incelenmemiştir.

<sup>109</sup> Tüzüner de haklı olarak bu eklemeyi ve Türk ve İsviçre hukuk sistemlerindeki farklılıkları dile getirmiş ve şu detayları çalışmasına eklemiştir: “Türk Borçlar Kanunu'nun 591'inci maddesinin 4'üncü fıkrası, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 502'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına; 604- 606 hükümleri ise, 513-515 hükümlerine tekabül etmektedir (TBK. m. 591/4, 604-606; İBK. m 502/4, 513-515). İki kanun arasındaki fark, kumarhaneler (les maisons de jeu) hakkındaki hükümde ortaya çıkmaktadır (İBK. m. 515/a). 1 Nisan 2000 tarihinden itibaren yürürlükte olan 515/a hükmüne göre, “Yetkili makam tarafından izinli olan bir kumarhanenin içinde döndüğü sürece, kumarhane içinde oynanan kumarlar (şans oyunları; les jeux de hasard) alacak hakkı bahşeder (donnent droit de créance)”. Görüldüğü üzere, artık bu hükümde, kumar borcu, alışılmış niteliğini terk etmekte; eksik borç şeklinde değil; tam borç olarak düzenlenmektedir”: Tüzüner, s. 267.

<sup>110</sup> Almanca metni ile “Spiel in Spielbanken, Darlehen von Spielbanken”

<sup>111</sup> “Aus Glücksspielen in Spielbanken entstehen klagbare Forderungen, sofern die Spielbank von der zuständigen Behörde genehmigt wurde” OR art. 515a.

<sup>112</sup> Karlı, s. 136; Eren, Özel, s. 815.

İsviçre hukukunu incelemek olmadığı için her ne kadar bizler de konunun detaylarına inmeyecek olsak da sonuç kısmında ulaşacağımız neticeyi etkiliyor olması dolayısıyla bu başlık ve OR art. 515a hükümlerinin en azından ana başlıklarıyla bilgilendirilmesi, ardından gerekli değerlendirmelerin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Henüz yeni tarihli sayılabilecek 2019 yürürlük tarihli İsviçre Federal Kumar Yasası (Bundesgesetz über Geldspiele, BGS)<sup>113</sup> incelendiğinde yasanın sadece mali sebeplerle kabul edilmediği, sosyal yönü ile de toplumun değişimini tamamen yasaklamak yerine olumluya çevirebilecek hedefler taşıyarak hazırlandığı, ilgili hükümlerin incelenmesinden anlaşılacaktır (BGS Art. 1/I). Özellikle kara para aklamanın önüne geçilmesine<sup>114</sup>, oyuncularını aşırı kumar etkisinden korumaya<sup>115</sup>, küçüklerin korunmasına<sup>116,117</sup>, kumar sektöründeki bazı kişilerin eğitim ve ileri eğitimine<sup>118</sup> yön verilmesi amacıyla ayrı çalışmaların konusu olabilecek birçok hüküm barındırdığı gibi elde edilen kazancın kullanılmasında kazanç kaynağı ile kullanılacak alanlar farklı noktalardan belirlenerek sosyal devlet ilkesi de perçinlenmek istenmiştir. Bu noktada belki de en belirgin düzenleme, elde edilecek gelirlerin tamamen şeffaf bir biçimde “*hayır*” amaçlı ve “... yaşlılık, ölüm ve sakatlık sigortası...” için kullanılacağını hüküm altına alan düzenlemelerdir<sup>119</sup>.

İsviçre Federal Kumar yasasının özellikle 2. maddesinin neredeyse tamamı kumara ilişkin hükümlerin yasalaşmasının sosyal amaçlı olduğunu

<sup>113</sup> Bundesgesetz über Geldspiele, 29.09.2017, Yürürlük: 01.01.2019. Almanca tam metin için bkz.: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2018/795/de>, Erişim Tarihi 12 Kasım 2023.

<sup>114</sup> BGS Artikel (Madde, Art. Olarak kısaltılacaktır). 67-70.

<sup>115</sup> Kumar bağımlılığının önüne geçilmesi adına alınacak tedbirler detaylı bir biçimde BGS Art. 71 vd. hükümlerde düzenleme altına alınmıştır. Bu noktada özellikle, büyük kumar oyunlarında küçüklerin korunması hedeflenmiş, kumarhaneler ve çevrimiçi kumar oyunlarında küçüklerin korunması esas alınmıştır. Kantonların yaş sınırının farklı olabileceği kabul edilmekle birlikte 16 yaş altı ve üzeri olmak üzere temel yaş esası belirlenmiştir bkz. BGS Art. 72/I ve II

<sup>116</sup> BGS Art. 72.

<sup>117</sup> Bölüm 6 ve Bölüm 7 arasında BGS’de 14 madde halinde oyuncuları kumarın olumsuz etkilerinden korumak adına hükümler düzenlenmiş, sonraki 7. Bölümde de kısıtlamaya ilişkin hükümler düzenlenmiştir (Bknz. BGS Art. 86 vd).

<sup>118</sup> BGS Art. 83.

<sup>119</sup> Nitekim BGS Art. 2/I/C bendinde “*hayır*” amaçlı, D bendinde ise “... yaşlılık, ölüm ve sakatlık sigortası” için kullanılacağı belirtilmektedir.



çok açık bir biçimde hissettirmektedir<sup>120</sup>. Kanun'un amacı "Amaç (Zweck)" başlığıyla belirtilmiştir<sup>121</sup>.

İsviçre Ceza Kanunu'nda<sup>122</sup> -çalışmamız kapsamında incelenen kumar, bahis, piyango ve diğer şans oyunlarına ilişkin kavramlar- TCK'dan farklı olarak hiçbir suç fiiline esas teşkil etmemektedir<sup>123</sup>. Bu çalışmamızın neredeyse özünü teşkil edecek başlıklardan birisi de burada düğülenmektedir. Şöyle ki Türk Ceza Kanunu'nda "suç", Kabahatler Kanunu'nda "kabahat" olarak belirlenmiş kumarla ilgili hükümler var iken TBK'da bunlara ilişkin düzenlemelerin nihayetinde eksik borç olarak dahi kabul ediliyor olması<sup>124</sup> hukuk düzeni içerisindeki çelişkinin açık bir göstergesidir. Şöyle ki İsviçre hukukunda bu borçların eksik borç olarak düzenlenmiş olması, İsviçre ceza hukukunda bu fiillerin suç olmaması dolayısıyla anlaşılabilir bir durumdur. Ancak, Türk hukuku açısından bakıldığında emredici hukuk kuralları ve ceza hukuku normları ile yasaklanmış bir fiilden eksik de olsa bir borcun doğmuyor olması gerekir<sup>125</sup>.

<sup>120</sup> BGS Art. 2 Zweck:

*"Dieses Gesetz bezweckt, dass:*

*a.die Bevölkerung angemessen vor den Gefahren geschützt wird, die von den Geldspielen ausgehen;*

*b.Geldspiele sicher und auf transparente Weise durchgeführt werden;*

*c.die Reingewinne aus den Grossspielen, ausgenommen die Reingewinne aus den Geschicklichkeitsspielen, und die Reingewinne eines bestimmten Teils der Kleinspiele vollumfänglich und in transparenter Weise für gemeinnützige Zwecke verwendet werden;*

*d.ein Teil der Bruttospielerträge der Spielbanken zugunsten der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung verwendet wird"*, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2018/795/de>. Erişim Tarihi: 30 Ekim 2023.

<sup>121</sup> Türkçe çevirisi şu şekilde belirtilebilir: "Bu yasanın amacı şunlardır:

*a. Kumarın yol açtığı tehlikelerden toplumun yeterince korunması;*

*b. Kumarın güvenli ve şeffaf bir şekilde oynanması ;*

*c. Beceri oyunlarından elde edilen net kazançlar hariç, büyük oyunlardan elde edilen net kazançlar ile küçük oyunların belirli bir kısmından elde edilen net kazançlar, tamamen ve şeffaf bir şekilde hayır amaçlı olarak kullanılması;*

*d. Kumarhanelerin brüt oyun gelirinin bir kısmının yaşlılık, ölüm ve sakatlık sigortası için kullanılması"*

<sup>122</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch, 21 Aralık 1937 Karar, 1 Ocak 1942 yürürlük tarihli İsviçre Ceza Kanunu.

<sup>123</sup> İsviçre Ceza Kanunu'nda düzenlemeler hakkında bknz. <[https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757\\_781\\_799/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/de)>, Erişim Tarihi: 30 Ekim 2023.

<sup>124</sup> Yavuz, s. 719.

<sup>125</sup> Benzer yönde bknz. Tüzüner, s. 267 ve 268'deki değerlendirmeler.

Bu başlık altında son olarak Türk Borçlar Kanunu m. 606/III hükmüne değinmek gerekir. Buna göre: “*Yabancı ülkelerde kendi kurallarına uygun olarak düzenlenen piyango ve diğer şans oyunları, Türkiye’de yetkili makamlarca bunlara ait biletlerin satılmasına izin verilmiş olmadıkça, yasal korumadan yararlanamazlar*”. Şu halde özellikle İsviçre Hukukunun Türk hukukuna uyarlanması açısından düşünüldüğünde, İsviçre hukukunda ayrı bir Federal Kumar Yasası ile korunan piyango ve diğer şans oyunları, Türk hukuku açısından yabancı ülkelerin kendi kurallarına uygun olarak düzenlenmiş olsalar dahi Türk makamlarınca izin verilmedikçe yasal korumadan yararlanamayacakları açıktır. TBK’da her ne kadar kumar ve bahis için benzer ve açık bir hüküm bulunmasa da aynı hükümlerin geçerli olduğu kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz.

Kumar ve kumarhanelere ilişkin neredeyse en ince detayına kadar düzenlemelerin yapıldığı; ayrı bir makale değil kitap olarak dahi incelenmesi gereken ve 146 maddeden oluşan BGS ile ilgili temel olarak bunlara değinmekle yetineceğiz. Çalışmamız açısından önemini yani İsviçre’de kumar ve kumarhanelerin bağımsız bir mevzuatla düzenlendiğini, buna ilişkin bırakın yasaklayıcı hükümlerin varlığını tam tersine izin veren hükümlerin yer aldığı ve İsviçre hukuk sisteminin bu temel üzerine oluşturulduğunu belirttik. Türk hukukunda böylesine izin verici düzenlemeler olmamasına karşın TBK hükmü ile eksik borç niteliğinin ve diğer eleştirdiğimiz hükümlerin çeliştiğini bir kez daha vurgulayarak diğer başlıklara geçeceğiz.

## **V. TÜRK BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNİN İSVİÇRE HUKUKU VE TÜRK CEZA HUKUKU NORMLARI KARŞISINDA DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÖNERİLER**

### **A. Genel Olarak**

Kumar ve bahisten doğan borçlar, TBK’da düzenlenmiş olan sözleşmelerin farklı ayrımları düşünüldüğünde talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler başlığı altında incelenmektedir<sup>126, 127</sup>. Her ne kadar TBK böylesine bir ayırım yapmamış olsa da farklı nitelikteki sözleşmeler edim kriterlerine göre doktrinde farklı ayrımlara tabi tutulmaktadır<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> Eren, *Özel*, s. 22.

<sup>127</sup> Kumar ve bahsin, talihe bağlı sözleşmeler tasnifine tabi tutulmasını eleştiren görüşler için bkz. Tüzüner, s. 266.

<sup>128</sup> Sözleşmelerin farklı kriterlere göre ayırımı için ayrıca bkz. Eren, *Özel*, s. 21.

## B. Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları Açısından Değerlendirme

Her ne kadar gerek TBK gerekse OR'de içerik özgürlüğü hükme bağlanmış haliyle<sup>129</sup> sözleşme özgürlüğü kavramı<sup>130</sup>, tarafların kendi hukuk alanları içerisinde özgürce hukuki ilişkiye girmelerini ifade eden bu özgürlük ile herşeyden önce tarafların sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü yanında kiminle ve hangi esaslarda sözleşme yapacağına ancak tarafların karar vereceği kabul edilmektedir<sup>131</sup>. Kural olarak tarafların karşılıklı irade açıklamaları (öneri, kabul) ile kurulan iki taraflı hukuki işlemlerin (sözleşmelerin) geçerli olabilmesi için kimi zaman geçerlilik şartları da gerekmektedir. Ehliyet, şekil, irade uyumsuzlukları gibi başlıklar yanında elbette sözleşme özgürlüğünün temel sınırlarını TBK m. 27 hükmü de çizmektedir<sup>132</sup>.

Özellikle “*kanunun emredici hükümlerine aykırılık*<sup>133</sup>”, sözleşme özgürlüğüne getirilmiş en önemli sınırlamalardan birisidir<sup>134</sup>. Bu noktada çalışma konumuz ile önem arzeden başlık burada çakışmaktadır. Çünkü TBK m. 27 hükmüne tabi bir sözleşmenin yaptırımını “*kesin hükümsüzlük*”<sup>135</sup> niteliğini taşımaktadır<sup>136</sup>,<sup>137</sup>. Halbuki kumar ve bahisten doğan borçlar adından da anlaşılacağı üzere “*borç*” olarak mevcut hukuk sistemimiz tarafından

<sup>129</sup> Kaşak, s. 55.

<sup>130</sup> Max Fischer, *Der Begriff der Vertragsfreiheit*, Aarau 1952, s. 45; Wolfgang Wendrich, *Disharmonie zwischen den Nichtigkeiten des Vertrags nach Art. 20 OR und Art. 26 des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland*, Zürich 1990, s. 5 ve karşılaştırınız Karl Oftinger, *Die Vertragsfreiheit, Juristengenerationen und ihr zeitgeist*, Zürich 1991, s. 291 (Kaşak, dn. 192'den alıntı ile)

<sup>131</sup> Eren, *Özel*, s. 18.

<sup>132</sup> Derya Ateş / Gülin Süleymanlar, “Sözleşmelerde Amaç Ve Genel Ahlaka Aykırılık Değerlendirmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (4), 2022, s. 1620.

<sup>133</sup> 6098 Sayılı TBK öncesi EBK hükümlerinde geçen “*gayri muhik*” (*hukuka aykırılık*) kavramı ve TBK’da kullanılan “*kanunun emredici hükümleri*” nin detaylı incelemesi bkz. Kaşak, s. 87 – 95. Nitekim TBK’nın farklı hükümlerinde halen “*hukuka aykırılık*” kavramı kullanılmaktadır.

<sup>134</sup> Kaşak, s. 2.

<sup>135</sup> İhsan Erdoğan, *Hukuka Giriş*, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 43.

<sup>136</sup> Kesin hükümsüzlük, kanunun emredici hükümlerine aykırılığın farklı sonuçları olsa da, bilinen en temel yaptırımıdır. Çalışmanın kapsamı açısından bu konunun detaylarına inilmeyecektir ancak konuyla ilgili monografik çalışmadaki başlık ve detaylar için ayrıca bkz. Kaşak, s. 367 – 460.

<sup>137</sup> “*Eksik borç olarak düzenlenmesi bakımından kumarın, toptan yasaklanması ya da ahlak ve adaba aykırılığı sebebiyle batıl sayılması gereken bir olgu olarak görülmediği belirtilmektedir*” yönündeki görüş için bkz. : Hatipoğlu Sayın, s. 1491.

kabul edilmekte ancak “*eksik borç*” olduğu<sup>138</sup> belirtilmektedir<sup>139</sup>. Eğer değerlendirmeler sonrası emredici kamu hukuku kurallarıyla yasaklanmış olan kumar oynama ve oynatma fiilleri, özel hukuk anlamında da TBK m. 27 hükmüne dahil olduğu kabul edilirse bu çalışmamızda ulaşılmak istenen sonuca ulaşılarak kumar ve bahisten doğan borçların, yeni düzenlemeler yapılmadığı sürece, “*mevcut mevzuat çerçevesinde*” kesin olarak hükümsüz olması gerektiği savunulabilecektir<sup>140</sup>.

### **C. Ahlak Kurallarına Aykırılığa Bağlanan Sonuçlar Bakımından Değerlendirme**

Toplumsal düzen kuralları arasında yer alan ahlak kuralları belki de bu alanda en çok monografik çalışmaya konu olmuş kurallardır. Toplum ve bireye yön vermesi bakımından farklı çalışmalarda ahlak kuralları değerlendirilmiştir. Bu çalışmada ise ahlak kuralları sadece konumuz bağlamında değerlendirilecektir. Eren, kumar ve bahisten doğan borçların niteliğini açıklarken “*Kanun koyucu, kumar ve bahisten doğan borçların varlığını hoş karşılamadığı için, borcun bu niteliği bir itiraz sebebi olup, bunu borçlu ileri sürebileceği gibi, hakim de dosyadaki bilgilerden gördüğü takdirde re’sen gözönüne almak zorundadır*”<sup>141</sup> <sup>142</sup>. Nitekim doktrinde kumar ve bahis oyunları ile ilgi olarak “... malvarlıklarının ekonomik yönden makul olmayan ve yararsız şekilde el değiştirmesi sonucunu getirmekte ve kazanan

<sup>138</sup> YHGK., E. 2010/6 K. 2010/36 T. 27.01.2010:

<<https://proxy.hacibayram.edu.tr:2671/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2010-19-6-k-2010-36-t-27-01-2010>>. Erişim Tarihi: 14 Aralık 2023. Yargıtay bu kararında kumar ve bahse ilişkin birçok konuda açıklama ve kabullerde bulunmuştur.

<sup>139</sup> İpek Yücer, “Yenileme (Tecdüt)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(1), 2007, s. 240; Bilge, s. 11; Karlı, s. 59 ve 128; Tüzüner, s. 250.

<sup>140</sup> Benzer yönde görüş için bkzn. Tüzüner, s. 261: “*Kumar ve bahisten doğan borcun, eksik borç yerine, hükümsüz olarak nitelendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Sorunun çözümü, kumar ve bahsin, ahlâka, kamu düzenine ve/veya emredici hukuk kurallarına aykırı olup olmadığı noktasında gizlidir. Eğer kumarın, ahlâka, kamu düzenine ve/veya emredici hukuk kuralına aykırı olduğu sonucuna ulaşılabılırsa, de lege ferenda kumar ve bahisten doğan borçların eksik borç olarak düzenlenmesinin yerinde olmadığı; eksik borç düzenlenmesinin kaldırılması gerektiği; yeni düzenlemede, idarî izinle işleyen piyangolar haricinde, kumar ve bahis borcunun, Türk Borçlar Kanunu’nun 27’inci maddesinin emrine uygun olarak hükümsüz sayılması gerektiği iddia edilebilir*”.

<sup>141</sup> Ateş / Süleymanlar, s. 1644; Eren, Özel, N. 2782; Karlı, s. 137; Şahan, s. 405.

<sup>142</sup> Claire Huguenin, *Obligationenrecht Allbemeiner und Besonderer Teil*, Zürich / Basel / Genf 2007, N. 3621; Tercier / Favre / Kamerzin, *Les Contrats Speciaux*, ed. 4, Geneve / Zurich / Bale, 2009, N. 7241; (Eren, Özel, s. 817, dn. 20 atfı ile); Karlı, s. 138.

oyuncu da ahlaken açıklaması güç bir menfaat elde etmektedir<sup>143</sup> ifadesi kullanılmaktadır.

Ateş, “... Kumar ve bahisle ilgili BK m.605 hükmü ile kanun koyucu temel ilişkideki bozukluğun soyut alacağa da geçmesini kabul etmiştir. Zira hüküm gereği, hâkim soyut borç ikrarıyla ilgili alacağın kumar ya da bahis borcundan doğduğunu gördüğünde bunu re’sen göz önünde bulundurmamak zorundadır. O halde bu düzenleme, daha ağır bir nitelik taşıyan “genel ahlaka aykırı borçlar” yönünden de evleviyetle (a fortiori) uygulanmalıdır. Bu nedenle eğer temel ilişki genel ahlâka aykırı ise, soyut alacak da batıldır” demektedir<sup>144</sup>.

Karlı, “Kumar ve bahis, kişiler arasında ekonomik açıdan olağan kabul edilemeyecek derecede malvarlığı değerlerinin kayıplarını doğurduğu, kaybeden taraf için mutsuz ve kazanan taraf için özellikle ahlaki açıdan onaylanamayacak kazanç sağladığı için kanun tarafından hukuki himayeden yoksun bırakılmıştır” ifadesini kullanmaktadır<sup>145</sup>.

Kumar ve bahis borçlarının devlet tarafından hüküm altına alınmış olmasını doktrinde yapılan genelevlere ilişkin düzenleme tartışması ile birlikte değerlendirmek, çalışmamızda yaptığımız eleştirimizin daha net anlaşılmasına sebebiyet verebilecektir<sup>146</sup>.

<sup>143</sup> Von Tuhr / Siegart, *Obligationenrecht* § 2 VII (Cansel / Özel dn. 175 atfi ile); Cansel / Özel, s. 89.

<sup>144</sup> Ateş / Süleymanlar, s. 1644; “Genel Ahlak” ve “Toplumsal Ahlak” kavramlarının özellikle hukuk felsefesi açısından içeriği hakkında monografik çalışma için ayrıca bkz. Hatipoğlu Aydın, 1482 vd ve 1494.

<sup>145</sup> Karlı, s. 135, 136; benzer şekilde bkz. Önay, s. 86.

<sup>146</sup> “Tarafların dolaylı amaçları bu yönde olmak kaydıyla, yetkili organlardan gerekli izinler alınmadan genelev olarak işletilmek üzere yapılan satım ya da kira sözleşmeleri de geçersiz olmalıdır. Bu konuda doktrinde de çok tartışılan Yargıtay’ın 1948 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında “genelev olarak kullanılmak üzere taşınmaz kiralınması yönündeki sözleşmelerin, hükümetten bu yönde bir izin alınmışsa geçerli aksi halde genel ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz olacağı” ifade edilmektedir. Doktrinde kimi yazarlar tarafından savunulan bu karar genel olarak eleştiri bulmuştur. Bizce de genelev işletilmesi, devletin izin ve denetimi altında yapılırsa dahi; bu izin ortaya çıkan faaliyetin genel ahlâka aykırı niteliğini ortadan kaldıramaz. Çünkü toplumumuzdaki kamusal vicdan yönünden genelev faaliyetleri her zaman genel ahlâka aykırı bir yön içerirler. Devlet tarafından verilen bu izin olsa olsa kamusal yetkilerin kontrolünü sağlamak amacına dayanabilir yoksa izinle bir davranışın artık kamusal vicdandaki rahatsızlığı ortadan kaldıracacağı düşünülemez. Sonuç olarak toplumda ortaya çıkan bir davranış ya genel ahlâka aykırıdır ya da değildir! Devlet genelevlere ilişkin yasal düzenlemeleri yaparken, genel sağlığı korumak, toplumda fuhuşu sınırlamak ve kontrol altında tutmak istemektedir. Bu anlamda bizce de yasal düzenlemelerin

Bizatihi Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) dahi bu konuda “ahlak ve adaba aykırı” tanımını kullanmaktadır. Nitekim KMK m. 25 / III / c bendine göre: “*Kendi bağımsız bölümünü randevu evi veya kumarhane veya benzeri yer olarak kullanmak suretiyle ahlak ve adaba aykırı harekette bulunması*” halinde bu yapılan Kanun’daki tanımlama ile “çekilmezlik” kabul edilmekte ve her halde bu durumda çekilmezliğin olduğu belirtilmektedir. Görüldüğü üzere Kanun Koyucu, bizatihi kendisi “*kumarhane veya benzeri yer*”i, “*randevu evi*” ile aynı başlık altında değerlendirmektedir. Burada çalışmamız açısından dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli nokta ise yerlerin kullanılması “*ahlak ve adaba aykırı hareket*” olarak değerlendirilmektedir. Buna karşın Önay, “*...Kumar ve bahis borçlarında olduğu gibi, bu ihtimalde de diğer eksik borçlardan farklı bir sonuca varılmasının sebebi, bu alacakların TBK 27 anlamında ahlaka aykırı olmasa da, ahlaki değerleri zedeler nitelikte olmasıdır. Kanun koyucu bu sebeple, bu alacakların dava edilebilirliğini emredici düzenlemelerle bertaraf etmiştir*” demektedir.

Toplumlarda hangi davranışların ahlak kurallarına aykırılık teşkil ettiği her topluma, toplumdaki fertlere<sup>147</sup> göre ve o topluma yön veren siyasi iradeye göre elbette değişkenlik gösterecektir. Bunun tipik örneği bir ülkede silahlanma temel hak ve hürriyetler arasında değerlendirilirken bir başka ülkede silahlanma ciddi cezai yaptırımlara bağlanmış olabilir. Benzer şekilde, kumar ilişkileri kimi toplumda hayatın olağan akışı olarak görülebilirken kimi toplumda sert tepkilere yol açabilir. Türk pozitif hukuku anlamında bakıldığında daha önce de belirttiğimiz üzere görülen o ki mevcut TBK hükümleri hariç kumar ilişkisini tasvip etmemekte, yasaklamaktadır. TBK ise bu noktada, kumar ve bahis sözleşmelerini geçersiz ya da hukuka aykırı olarak değerlendirmemiş ve -eksik de olsa- bu sözleşmelerden borç doğmasına imkan sağlamıştır<sup>148</sup>.

Kumarın ahlak kurallarına aykırı olup olmadığını Türk hukuku açısından değerlendirmek elbette subjektif bir değerlendirme olmamalıdır. Aksi halde bir hakim için kumar oynamak/oyunmak ahlak kurallarına aykırılık teşkil

---

*varlığı davranışın genel ahlaka aykırılığını ortadan kaldırmak yönünde bir ispat aracı gibi değerlendirilemez. Nitekim Yargıtay da daha ileri tarihli kararlarında, isabetli olarak bu hususa değinmiş ancak yeni bir İçtihadı Birleştirme Kararına konu yapılmamıştır*” doktrinde söz konusu tartışmalar ve kaynakça için ayrıca bkz Ateş / Süleymanlar, s. 1637 – 1639. Nitekim paragrafın devamında da belirtildiği üzere, Kat Mülkiyet Kanunu bizatihi kendisi de randevu evi ve kumarhane ve benzeri yerleri aynı kategoriye sokmuştur.

<sup>147</sup> “*Kumar, esasen bireysel ahlak alanında sayılabilecek bir olgudur*” görüşü için bkz. Hatipoğlu Aydın, s. 1479.

<sup>148</sup> Özbilen, s. 407.

etmez iken bir başka hakimın kanaati tam aksi yönde olabilir. Bu sebeple, hakimın esas alması gereken ahlak kuralları, toplumun benimsediği bir biçimde genel ahlak kuralları olmalıdır. Elbette ahlak kuralları öncesinde ve TBK m. 27 genel hükmü bağlamında bir ilişkiye pozitif hukuk sistemi özel bir hüküm belirlemiş ise o hükmün öncelikle uygulanması gerekir<sup>149</sup>. Hatta, hukuk felsefesi anlamında doktrinde ahlak kurallarının hukuk kurallarını etkilemesi ile “dayatma” yapması tartışılmıştır<sup>150</sup>. Ahlak kurallarına aykırı olan herşey hukuk kurallarına da aykırı olması kabul edilirse her ahlak kuralı bir hukuk kuralına dönüşecek ve ahlak kuralları ile hukuk kuralları tek bir kural niteliği kazanacaktır. Ancak, çalışmamız açısından değerlendirildiğinde zaten hukuk sistemimizdeki bu çelişkinin giderilmesine yönelik “*olması gereken hukuk*” önerileri dile getirilmiş ve bu çalışmayla Türk hukuk sistemi içerisindeki bu çelişkinin -ahlak kurallarıyla da desteklenerek- giderilmesi amaçlanmıştır<sup>151</sup>.

#### D. Kumar ve Bahis Borçlarının Eksik Borç Niteliği

Türk Borçlar Kanunu, m. 604/I hükmü açıkça, “*Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz*” demektedir<sup>152</sup>. Bu açık hüküm karşısında doktrinde de kumar ve bahis ilişkisi sonrası ortaya çıkan borcun “*eksik borç*” niteliğinde olduğu doktrinde neredeyse tartışmasız olarak kabul edilmektedir<sup>153, 154</sup>. Öylesine ki eksik borçlara örnek verilirken

<sup>149</sup> Ateş / Süleymanlar, s. 1646, 1647.

<sup>150</sup> Hatipoğlu Aydın, s. 1483 ve 1484.

<sup>151</sup> Ahlaka aykırılığın hukuk kurallarına dayatma yapmasını, Kabahatler Kanunu’ndaki düzenleme ile anlatım ve aslında bir bakıma bu çalışma açısından bir bakıma karşı görüş için bkz. Hatipoğlu Aydın, s. 1484: “*Hukukun ahlaka aykırılığı cezalandırılması, ‘ahlakın hukuki dayatımı’ şeklinde formüle edilir. Ahlak alanındaki değerlerin hukuka dayatımı üç şekilde gerçekleşebilir. İlk olarak, insanların hukukun emrettiğini ya da yasakladığını yapmaları ya da yapmaktan kaçınmaları, hukuki cezalandırma tehdidi ile sağlanır. İkincisi, hukuku ihlal etmiş olanların cezalandırılmasıdır. Ayrıca, hukuka itaatsizliği imkansız kılan ya da güç koşullara bağlayan ve böylece onu cezalandırmak yerine önleyen tedbirlerin alınması yoluyla hukuki güç kullanımı gerçekleşebilir. Kabahatler Kanunundaki kumar düzenlemesi ve ‘yasadışı bahis’ fiiline uygulanan yaptırımlarda, kumar bağlamında belirli bir ahlaki anlayışın hukuka dayatılmasından söz edilebilir*”.

<sup>152</sup> Önay, s. 86.

<sup>153</sup> Konuyla ilgili yazılmış neredeyse bütün kaynaklarda kumar ve bahisten doğan borçların eksik borç niteliği belirtilmiş olmakla birlikte burada sadece bazılarına atıf yapmakla yetineceğiz bkz. Eren, Özel, s. 811; Bilge Öztan, *Medeni Hukuk’un Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, 41. Bası, s. 28; Tüzüner, s. 254, Önay, s. 86.

<sup>154</sup> Yenileme (tecdit) suretiyle kumar ve bahisten doğan eksik borçların tam bir borç haline getirilemeyeceği için bkz. Bilge, s. 12; ayrıca bkz. Önay, Yenileme. İpek de, bu borçların yenilemeyeceğini belirtmekte ardından “...*Kumar ve bahisten doğan borçların*

ilk ve tipik olarak kumar ve bahis borçları belirtilmekte ve kumar ve bahisten doğan borçlar eksik borç ayrımının alt başlığında ise “doğuştan eksik borçlar” olarak nitelendirilmektedir<sup>155, 156</sup>.

Eksik borcun (tabii borcun)<sup>157</sup> en temel özelliklerinden birisi, hukuk sistemi içerisinde borcun varlığı inkar edilmemekle birlikte, alacaklıya bu borcu dava ve takip etme hakkı vermez. “Dava ve takip etme hakkı vermemesi” de her bir eksik borç türüne göre alt ihtimallere inildiğinde, usul hukuku anlamında da farklılık katmaktadır. Şöyle ki özellikle eksik borcun niteliğinin mahkeme önünde ileri sürülmesinin bir “itiraz” mı yoksa “def’i” mi olmasına göre sadece konunun esası açısından değil usul hukuku anlamında farklılıklar da ortaya çıkmaktadır<sup>158</sup>. Örneğin, zamanaşımına uğramış bir borç da eksik borç olarak kabul edilmekte ve doktrinde zamanaşımına uğramış bir borcun “dava ve takip edilemez” denilmekte<sup>159</sup> ise de bu “zamanaşımına uğramış eksik borç”, bir def’i niteliğinde olduğu için aslında dava ve takip edilmesi halinde bu dava ve takipten “sonuç alınamayabileceği” belirtilmek istenmektedir<sup>160</sup>. Çünkü zamanaşımına uğramış bir borç, sadece dava ve takip edildiğinde ancak karşı tarafın “zamanaşımı def’ini ileri sürmesi halinde” dava ve takip edilemez niteliğe dönüşecektir. Buna karşın, zamanaşımı def’ini ileri sürme hakkına sahip olan karşı tarafın bu def’iyi -farklı sebeplerle- usul hukukunda belirlenen süre ve esaslar dahilinde ileri sürmemesi halinde “dava ve takip edilemez” denilen zamanaşımına uğramış borçlar artık “dava ve takip

---

yenilenebileceği iddia edilse de, bu durumda ortaya çıkan borcun yine eksik bir borç niteliğinde olacağı kuşkusuzdur” demektedir, bkz. İpek, s. 240.

<sup>155</sup> Cansel / Özel, s. 89; Öztan, s. 28; İhsan Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gazi Kitabevi, 2. Bası, 2013, s. 19; Çukadar, s. 78, 79; Şahan, s. 404.

<sup>156</sup> Kumar ve bahisten doğan borçları “doğuştan, geçici, sonradan borçlar”, “dar anlamda tabii borçlar” ve “eksik borç benzeri borçlar” olarak ayıran görüşler için bkz. Tüzüner, s. 250, 251.

<sup>157</sup> Şahan, s. 402

<sup>158</sup> Çukadar, kumar ve bahisten doğan itirazdan bahsederken istisnai yapısını dile getirmiş ve “...Bununla birlikte, itirazların alacağın ve dolayısıyla talebin tüm işlevlerini ortadan kaldırdığı yönündeki genel kuralın iki istisnası söz konusudur: Bunlar; hakkı engelleyici itiraz kategorisinde bulunan ve alacağı ortadan kaldırmayıp sadece talebin kabul ettirilebilirliğini engelleyen kumar ve bahis itirazı ve ‘etkisizleşme itirazı’dır” demektedir: Çukadar, s. 35 ve özellikle 77 vd; Şahan, s. 411 vd.; Kaşak, s. 475.

<sup>159</sup> Kudret Güven, *Türk Hukukunun Genel Esasları (Hukuk Başlangıcı)*, Savaş Yayınevi, 2021, s. 123; Erdoğan, *Borçlar*, s. 19; Şahan, s. 409, 410.

<sup>160</sup> Merve Yılmaz, *Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi Sona Ermesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 20.



*edilebilir*” hale gelecektir<sup>161</sup>.

Eksik borcun bir türü olarak kumar ve bahis borçları<sup>162</sup> için de “*dava ve takip edilemez*”lik ilkesi temel ilke olarak belirlenmiştir<sup>163</sup>. Nitekim TBK m. 604’ün madde başlığı “*Alacağın dava ve takip edilememesi*” iken madde içeriğinde ifade “*dava açılmaz ve takip yapılamaz*” şeklindedir<sup>164</sup>. Buna karşın, az önce belirttiğimiz eksik borcun bir başka örneği olan zamanaşımına uğramış bir borcun dava ve takip edilememesinden farklılık göstermektedir<sup>165</sup>. Şöyle ki, kumar ve bahisten doğan eksik borç TBK m. 604 hükmünün emredici nitelikte olması ve tarafların aksini kararlaştıramıyor olması dolayısıyla<sup>166</sup> eksik borç niteliğindeki zamanaşımına uğramış bir borçtan farklı olarak, def’i niteliğinde olmayıp<sup>167</sup>, “*itiraz*<sup>168</sup>” niteliğindedir<sup>169</sup>, <sup>170</sup>.

Buna karşın BİLGE, “... *bu itibarla işbu muamelelerden doğan bir alacağın mahkemede veya icrada takibi sırasında borçlu kumar veya bahis def’ini ileri sürerek takipten kurtulabileceği gibi...*” diyerek, bir borcun kumar veya bahis kaynaklı olduğunun mahkeme önünde ileri sürülmesini “*def’i*” kavramını tercih ederek değerlendirmiştir. Ancak BİLGE, cümlesine “... *hakim*

<sup>161</sup> Erdoğan, *Borçlar*, s. 26; Kaşak, s. 475.

<sup>162</sup> Her ne kadar bu çalışmada kumar ve bahis borçları incelenirken eksik borç yapısı ve ahlak kurallarıyla ilişkisi ayrı başlıklar altında incelenmişse de “*Kumar ve bahisten doğan borçların eksik borç olarak nitelendirilmesi yine kumara ilişkin ahlaki yaklaşımla ilgilidir*” şeklindeki görüş için bkz. Hatipoğlu Aydın, s. 1491.

<sup>163</sup> Cansel / Özel, s. 89.

<sup>164</sup> Madde içeriğindeki ifadenin daha doğru olduğu yönünde görüş için bkz. Cansel / Özel, s. 89.

<sup>165</sup> Koruması zayıflamış borç ile eksik borç arasındaki fark için bkz. Şahan, s. 403.

<sup>166</sup> Eren, *Özel*, N. 2779, s. 816.

<sup>167</sup> Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararda “*Kumar ve bahis borcunun eksikliği savunması bir def’i değil, bir itiraz oluşturur*” demektedir: YHGK., E. 2015/932 K. 2017/315 T. 22.2.2017

<sup>168</sup> Kaşak, s. 475; Cansel / Özel, s. 90.

<sup>169</sup> Konuyla ilgili olarak Eren, “... *kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz demekte ise de, bundan anlaşılması, gereken alacak hakkı değil, talep (dava) hakkıdır. Bunun nedeni, kanun koyucunun kazancı kınamak, israftı ve kişilerin ekonomik mahvına sebep olabilecek hareketleri önlemektir*” demiş ve dn. 6’daki yazarlara atıfta bulunmuştur; benzer tanımlama için ayrıca bkz. Şahan, s. 404; Eren, *Genel*, s. 93. Cansel / Özel ise “... *kumar ve bahis bir alacak hakkı vermekte; fakat bu alacak dava edilemeyen eksik bir borç oluşturmaktadır*” demektedir: Cansel / Özel, s. 89; Kaşak, s. 475; Yavuz, s. 719; Tüzüner, s. 251.

<sup>170</sup> Bu borçların varlığını, “*kanun tasvip etmediği için*” itiraz olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Eren, *Genel*, s. 93.

*de bu ciheti re'sen nazara almakla mükelleftir*" diyerek devam etmektedir<sup>171</sup>. Burada BİLGE, hakimın re'sen göze alması gereken bir def'i nitelemesi mi kastetmiştir yoksa def'i ve itiraz arasındaki farka dikkat etmesizin def'i kavramını söz gelimi mi tercih etmiştir tartışmaya açık bir konudur.

Bu sebeple hakim önüne gelen bir dosyada borcun kaynağının kumar ve bahis olduğunu tespit etmesi halinde ilgili hükümleri re'sen uygulamakla yükümlü olduğu gibi<sup>172</sup> borçlu da bu durumu her an ileri sürebilir<sup>173</sup>. Bilindiği üzere def'i olarak kabul edilmesi halinde ise hakim bu durumu kendiliğinden göze alamayacaktır<sup>174</sup>.

Ancak her ne kadar bu borcun niteliği itiraz olarak değerlendirilse de ödemenin gerçekleşmesi halinde yapılan ödeme "*geri alınamaz*" olması (TBK m. 605/II/1). Söz konusu fıkrada geçen birinci cümle gereğince, kumar ve bahis borçları zamanaşımına uğramış borçlar ile benzerlik göstermektedir. Nitekim hükme göre: "*Kumar ve bahis borcu için isteyerek yapılan ödemeler geri alınamaz*"<sup>175</sup>. Taraflar arasında bir borç ilişkisi bulunduğu için borçlunun isteyerek ödemiş olduğu borcu ödemesinin sebebi zenginleşme veya bağışlama niteliğinde olmadığı gibi<sup>176</sup> bu ödeme geçerlidir<sup>177, 178</sup>.

Doktrinde gerek BGB gerek OR hükümleri gerekse EBK ve TBK hükümleri, madde başlıkları ve içerikleri incelendiğinde kumar ve bahisten

<sup>171</sup> Bilge, s. 11.

<sup>172</sup> Hatta Yargıtay, HGK kararında borcun borçlu tarafından kumar ve bahis borcu olduğunun ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmemiştir: "*... Kumar ve bahis borcunun eksikliği savunması bir def'i değil, bir itiraz oluşturur. Varlığı yargıç tarafından görevinden ötürü dikkate alınır. Böyle bir savunmayı ortaya atmak da hakkın kötüye kullanılması sayılmaz*": YHGK., E. 2010/6 K. 2010/36 T. 27.01.2010 (Lexpera). Benzer şekilde Bilge de "*... böyle olunca da kumar veya bahis def'i'nde bulunmak borçlu için hüsnüniyet kaidelerine aykırı düşmez ve hakkın kötüye kullanılması vasfını iktisap etmez*" demektedir: Bilge, s. 11; Kaşak, s. 475; Yavuz, s. 719.

<sup>173</sup> Erdoğan, *Borçlar*, s. 25; Eren, *Özel*, s. 811, Eren, *Genel*, s. 92, 93; Cansel / Özel, s. 90.

<sup>174</sup> Erdem Kaşak, *Taşınmaz Satışında Ayıp ve Eksik İfa*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2023, s. 170.

<sup>175</sup> Şahan, s. 405; Yavuz, s. 719.

<sup>176</sup> Tercier / Favre / Kamerzin, N. 7291; Huguenin, N. 3622 (Eren, *Özel*, s. 815, dn. 16 atfı)

<sup>177</sup> Bilge, s. 13; Eren, *Genel*, s. 93; Cansel / Özel, n. 205, s. 90.

<sup>178</sup> "*... böyle bir borç borçlu tarafından istenerek ifa edilirse, bu ifa geçerlidir. Çünkü eksik de olsa, taraflar arasında bir borç mevcut ve borçlu bu bilinç içinde borcunu ödemektedir. Gerçekten de borç, borçlu tarafından, kumar ve bahis borcu olduğu bilinerek ifa edildiği takdirde, bu ifa sebepsiz zenginleşme oluşturmaz, bu nedenle de bunun geri verilmesi istenemez*": Eren, *Özel*, s. 815; Bilge, s. 13; Karlı, s. 137.

bir alacak hakkının doğup doğmadığı ayrıca tartışılmaktadır. Çünkü gerek BGB'deki düzenlemelerin OR'ye göre farklı olması gerekse EBK m. 504 hükmündeki “*bir alacak hakkı tevhit etmez*” şeklindeki ifade zamanla değişerek, TBK'da, madde başlığı ile madde içeriğinin dahi farklı tanımlamalar içermesi haliyle bu tartışmaları haklı kılmaktadır<sup>179</sup>. Nitekim mevcut haliyle TBK m. 604'ün madde başlığı “*Alacağın dava ve takip edilememesi*” iken madde içeriğinde “... *dava açılmaz ve takip yapılamaz*” ifadeleri tercih edilmiştir<sup>180</sup>.

Kumar ve bahisten doğan alacak hakkı karşı tarafın kendisinden olan alacak hakkı ile takas edilemeyeceği gibi eksik borç niteliğindeki kumar ve bahisten doğan borçların yenilenmesi mümkün değildir. Bu borcu tam bir borç niteliğine dönüştürebilmek amacıyla yapılacak borcun tanınması da bu borcun eksik borç niteliğini sona erdirmez<sup>181</sup>.

### E. Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Hükümler

Her ne kadar çalışmamızda daha önce kısmen değinilmiş ve eleştirel boyut haricindeki hükümleri değerlendirmeksizin “olan hukuk” açısından ana başlıklarıyla dahi olsa TBK'daki düzenlemeleri eleştirel hükümleriyle birlikte kısaca belirtmek isteriz.

#### 1. Kefalet Sözleşmesinin İlgili Hükümü

Türk borçlar hukukunda kumar ve bahse ilişkin madde anlamında ilk hüküm, kefalet sözleşmesinde def'ilerin düzenlendiği m. 591/IV'te kaleme alınmıştır<sup>182</sup>. Buna göre “*Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil,*

<sup>179</sup> Konuya ilişkin olarak, özellikle esas ve usul hukuku anlamında tartışmalar için ayrıca bknz. Çukadar, s. 77 vd.

<sup>180</sup> Yargıtay verdiği HGK kararında “...*Öğretide baskın olan görüşe göre, kumar ve bahis sözleşmeleri geçerlidir; bunlardan borç doğar. Fakat bu borçlara dayanarak borçluyu borcunu ifa etmek üzere zorlama imkanı yoktur. Bu borç, dava hakkından yoksun, eksik (tabii) bir borçtur*” ifadelerini yargı kararına aktarmıştır: YHGK., E. 2010/6 K. 2010/36 T. 27.01.2010.

<sup>181</sup> Cansel / Özel, s. 89; Eren, Özel, N. 2777 ve 2782.

<sup>182</sup> Bahsi geçen fıkra borçlar hukuku mevzuatına TBK ile girmiştir. Nitekim madde gerekçesine bakıldığında: “*Maddenin son fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu fıkra, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 502 nci maddesinin son fıkrasında olduğu gibi, kumar veya bahisten doğan bir borca kefalet hâlinde, kefilin, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebileceği öngörülmüştür.*

*Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 502 nci maddesi göz önünde tutulmuştur*” denilerek söz konusu hükmün yeni bir düzenleme olduğu belirtilmektedir. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekciler/turk-borclar-kanunu-madde-gerekceleri/1>  
Erişim Tarihi: 11 Kasım 2023.

*borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir*"<sup>183</sup>. Bu hüküm, kumar ve bahisten doğan borca bağlanan yaptırım, bu borca kefil olan kimsenin de borç sahibinin sahip olduğu def'ilere sahip olduğu belirtilmektedir<sup>184</sup>. Kanun burada açık bir biçimde borcun kaynağının kumar ve bahisten doğmuş olduğunun kefil tarafından bilinmesi açısından bir fark olmadığını belirtmektedir<sup>185</sup>.

Bu hüküm karşısında genel eleştirimize uygun olarak elbette söz konusu hükmün de Türk hukukunda kumar ve bahis hükümleri düzenlenmediği sürece varlığını hukuk disiplinleri arasında uyumsuzluk dolayısıyla kabul etmek mümkün değildir<sup>186</sup>.

## 2. Kumar ve Bahis Bölümünde Düzenlenmiş Hükümler

Bölüm anlamında kumar ve bahis ilk olarak 16. Bölümde, "*Kumar ve Bahis*" ana başlığı ve "*Alacağın dava ve takip edilememesi*"

Türk Borçlar Kanunu'nun "*Alacağın dava ve takip edilememesi*" başlıklı 604. maddesine göre "*Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz*"<sup>187, 188</sup>. TBK m. 604 hükmü iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Bu hüküm öncelikle taraflar arasında kumar ve bahse

<sup>183</sup> Caner Taşatan, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği ve Sona Ermesi Bakımından Asıl Borç", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(2), 2021, s. 353; Tüzüner, s. 247.

<sup>184</sup> Kumar ve bahis borçlarını değerlendirirken Bilge, "... bu sebeple, asıl borçlunun haiz olduğu kumar ve bahis def'ini kefil veya rehin maliki de ileri sürmek hakkını haiz olur" demektedir: Bilge, s. 12.

<sup>185</sup> Kefalet sözleşmesinde kumar ve bahis borcuna kefalet bölümünün incelendiği kitabının ilgili yerinde Eren, sadece fıkra hükmünü belirtmekle yetinmiş ve bu konuda görüşünü belirtmemiştir. Bknz. Eren, *Özel*, s. 800, m. 2716.

<sup>186</sup> Nitekim madde gerekçesi kaynak olarak İsviçre Borçlar Kanunu'na atıf yapmakta ve "*Maddenin son fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu fıkrada, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 502 nci maddesinin son fıkrasında olduğu gibi, kumar veya bahisten doğan bir borca kefalet hâlinde, kefilin, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebileceği öngörülmüştür*" demektedir. <<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-borclar-kanunu-madde-gerekceleri/1>>, Erişim Tarihi: 11 Kasım 2023.

<sup>187</sup> Bilge, s. 11; Tüzüner, s. 247.

<sup>188</sup> Kumar, bahis veya benzer işlemlerden doğan borcun eksik borç özelliği ve dava edilememesini Özbilen, "... borçluyu kumar ve bahisten doğan borcunu ifaya zorlama imkanını alacaklının elinden almak suretiyle kumar ve bahisten doğan borçları eksik borç niteliğine büründürmüştür" demekte; Bilge ise eksik borç niteliğinin temellerini kamu düzeni ile ilişkilendirmiştir: Bilge, s. 11.

konu bir borcun doğması halinde genel hükmü düzenlemekte ve kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmayacağı ve takip yapılamayacağı ilk fıkrada düzenlenmektedir. Maddenin ikinci fıkrası ise özellikle bir kişiye verilen avans ve ödünç paralar, bu paraların kumar ve bahis amacıyla verildiği bilinmek şartıyla talep edilmesine ilişkin hükümler de birinci fıkrada belirlenen temel ilkeye tabidir<sup>189, 190</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 604/II'ye göre, “*Kumar veya bahis için bilerek verilen avanslar ve ödünç paralar ile kumar ve bahis niteliğinde oldukları takdirde, borsada işlem gören malların<sup>191</sup>, yabancı paraların ve kıymetli evrakın fiyat farkı esaslı üzerine yapılan vadeli satışlar hakkında da aynı hüküm uygulanır*”. Şu halde ikinci fıkra hükmü uyarınca, söz konusu haller için dava açılmaz ve takip yapılamayacaktır<sup>192, 193</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun, “*Borç senedi verme ve isteyerek ödeme*” başlıklı m. 605'e göre: “*Kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adi borç veya kambiyo senedi üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile, hiçbir kimse bunlara dayanarak dava açamaz ve takip yapamaz<sup>194</sup>. Kıymetli evrakın iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı haklar saklıdır*”.

Basit (adi) borç senedi veya kambiyo senedi verilmesi ve isteyerek ödeme konusu bu alanda neredeyse en çok Yargıtay kararı bulunan başlıklardan birisidir<sup>195</sup>. Çünkü bir borcun kumar ve bahis borcundan doğduğu ispatlanırsa,

<sup>189</sup> Yavuz, s. 718; Eren, *Özel*, s. 813; Cansel / Özel, n. 206; Karlı, s. 138; Şahan, s. 405.

<sup>190</sup> Benzer şekilde, borsada işlem gören malların, yabancı paraların ve kıymetli evrakın fiyat farkı esaslı üzerine yapılan vadeli satışlar hakkında da aynı hüküm uygulanacağı hükmünün devamında belirtilmektedir. Yavuz, s. 718.

<sup>191</sup> Türev araç sözleşmelerinde kumar ve bahse ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. A. Dilşad Keskin, “Hukuki Açından Finansal Türev Araç Kavramı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 24(4), 2008, s. 140, 141.

<sup>192</sup> Bilge, s. 8, 9; Tüzüner, s. 247, 248.

<sup>193</sup> Maddenin gerekçesinde de: “*Maddenin birinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun 504 üncü maddesinin birinci cümlesinde “Kumar ve bahis, bir alacak hakkı tevhit etmez” denildiği hâlde, Tasarının 604 üncü maddesinin birinci fıkrasında “Kumar ve bahisten doğacak alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz” denilmek suretiyle, bunun eksik borç niteliği açıkça ortaya konulmuştur*” denilerek TBK'daki değişikliğin sebebi belirtilmiştir. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-borclar-kanunu-madde-gerekceleri/1>, Erişim Tarihi: 11 Kasım 2023.

<sup>194</sup> Cansel / Özel, s. 89, 90; Bilge, s. 12.

<sup>195</sup> Konuyla ilgili Yargıtay'ın birçok kararı bulunmaktadır. Biz burada sadece birkaç tanesine atıf yapmakla yetineceğiz:

TBK'nın kumar ve bahse ilişkin hükümlerine tabi olmakta ve bir anda tam borç olma vasfı sona ermekte ve eksik borç niteliğine dönüşmektedir. Elbette uygulamada TBK'da kumar ve bahse ilişkin söz konusu eksik borç niteliğine ilişkin hükümlerinin bu sebeple suistimale açık olduğu da ayrıca bir eleştiri konusudur.

Türk Borçlar Kanunu'nda çalışmamız açısından belki de en çelişkili hükümlerden birisi de m. 605'in ikinci fıkrasının ikinci cümlesidir. Bu hüküm artık neredeyse alenen TCK ile tam tersine hükümler barındırmakta, oynanılan kumarın *“usulüne göre yürütülmemesi”*nden ve kumar oynuna *“hile karıştırılması”*<sup>196</sup> gibi durumlara ilişkin hüküm sevketmekte ve TBK anlamında bir yaptırım öngörmektedir. Nitekim hüküm şu şekildedir: *“Ancak, kumar veya bahsin usulüne göre yürütülmesi beklenmedik olayla veya diğer tarafın fiiliyle engellenmişse ya da diğer taraf kumar veya bahse hile karıştırmışsa, isteyerek yapılan ödeme geri alınabilir”*<sup>197, 198</sup>. Söz konusu hüküm objektif bir bakış açısıyla incelendiğinde TBK'nın artık alenen kumar oynanmasına ilişkin detayları verdiği farkedilecektir. Kumar oynamanın suç olmadığı bir ülke borçlar kanununun mehzaz kanun olarak Türk hukukunda kabul edilmesinin ortaya çıkardığı belki de en tipik hükümlerden birisidir. Doktrinde her ne kadar bu hüküm söz konusu tartışmalara dahil edilmemişse de kanaatimizce çalışmamızın eleştirel özüne sunulabilecek en güzel örneklerden birisidir.

*“Piyango ve şans oyunları”* başlığını taşıyan TBK m. 606 hükmünün birinci fıkrasında *“Düzenlenmesine kanun veya yetkili makamlarca izin verilmiş olmadıkça, piyango ve diğer şans oyunlarından doğan alacaklar hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz”* derken kanun koyucu olumsuz bir cümle tercih ederek, izin verilmemiş piyango ve diğer şans oyunlarından doğan alacaklar hakkında dava açılmayacağı ve takip yapılamayacağını<sup>199</sup> düzenleme altına almıştır (TBK m. 606/I)<sup>200</sup>. Bu hükmün karşıt kanıtından

Yargıtay 13. HD., E. 1998/6023 K. 1998/7127 T. 28.09.1998;

Yargıtay 11. HD., E. 1985/4210 K. 1985/4420 T. 10.07.1985.

<sup>196</sup> Eren, *Özel*, s. 815, 816; Yavuz, s. 719.

<sup>197</sup> Karlı, s. 137; Bilge, s. 13.

<sup>198</sup> Madde gerekçesine bakıldığında, usuli betimlemeler hariç madde hükmünün neden bu şekilde düzenlendiğinin esasına ilişkin hiçbir açıklama olmadığı görülmektedir.

<sup>199</sup> Eren, *Genel*, s. 93; Bilge, s. 14; Eren, *Özel*, s. 814; Tüzüner, s. 248.

<sup>200</sup> *“Düzenlenmesine kanun veya yetkili makamlarca izin verilmiş olmadıkça, piyango ve diğer şans oyunlarından doğan alacaklar hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz”*. Yavuz, s.

izin verilmiş olmak kaydıyla<sup>201</sup> piyango ve şans oyunlarından doğan alacaklar hakkında dava açılabilceği ve takip yapılabileceği<sup>202</sup> sonucuna ulaşılmaktadır<sup>203</sup>.

Maddenin ikinci fıkrası aslında bir bakıma ilk fıkranın tekrarı niteliğinde olup eğer piyango ve diğer şans oyunları izinsiz olarak oynatılmış ise bu durumda kumara ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Elbette burada yapılan düzenleme özel hukuk anlamında bir düzenleme olup kamu hukukunda izinsiz piyango ve diğer şans oyunları hakkında yer alan düzenlemeler ayrıca değerlendirilmelidir. Şu halde piyango ve diğer şans oyunlarının izin dahilinde oynanması ve oynatılması Türk özel hukuku anlamında düzenlenmiştir ve bu şartlar dahilinde ortaya çıkacak borç ve alacakların diğer borç ve alaklardan bir farkı bulunmayıp taraflara takip ve dava yetkisi vermekte iken izinsiz piyango ve şans oyunlarında kumar hükümleri uygulanacağından asıl olarak tarafların dava ve takip yetkisine sahip olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir (TBK m. 606/II)<sup>204</sup>.

Maddenin son fıkrasında yabancı ülkelerde, kendi hukuklarına uygun olarak düzenlenen piyango ve diğer şans oyunlarının ikinci fıkra hükmünden yararlanabilmesi için bu piyango ve diğer şans oyunlarının Türkiye’de yetkili makamlarca bunlara ait biletlerin satılmasına izin verilmiş olması şartı aranmış aksi halde bu oyunların yasal korumadan yararlanamayacakları düzenlenmiştir (TBK m. 606/III)<sup>205</sup>.

Türk hukuk mevzuatı gerek kamu hukuku gerekse özel hukuk birlikte değerlendirildiğinde yasalarla izin verilmiş olması halinde piyango ve diğer şans oyunlarının oynanabileceği kabul edilmiş ve buna uygun olarak

---

719.

<sup>201</sup> Dava yolu ile dava ve takip hakkı, istisna olarak özel kanunlarla kabul edilmiş olup bunlara örnek olarak Milli Piyango, Spor Toto, Loto ve at yarışları gibi bazı durumlardır. Eren, *Genel*, s. 93, 94; Eren, *Özel*, s. 814.

<sup>202</sup> Bilge, s. 14; Cansel / Özel, n. 207.

<sup>203</sup> Bu çalışmada, Türk hukuk sisteminde izin verilmiş olan piyango ve şans oyunlarına; ilgili kurumlar ve bunlara ilişkin uygulanacak hükümlerin çeşitliliği dolayısıyla, çalışmanın esasından çıkılmaması adına değinilmeyecektir.

<sup>204</sup> “İzin verilmemiş olan durumlarda, piyango ve diğer şans oyunları için de kumara ilişkin hükümler uygulanır”.

<sup>205</sup> Tüzüner, s. 248. “Yabancı ülkelerde kendi kurallarına uygun olarak düzenlenen piyango ve diğer şans oyunları, Türkiye’de yetkili makamlarca bunlara ait biletlerin satılmasına izin verilmiş olmadıkça, yasal korumadan yararlanamazlar”.

mevzuatımızda birçok düzenleme yer almaktadır. Bu sebeple piyango veya şans oyunlarından doğan borçların izin verilmiş piyango ve diğer şans oyunları ile izin verilmemiş piyango ve diğer şans oyunları şeklinde bir tasnife tabi tutulması ve bunlara farklı yaptırımlar uygulanması hukuk sistematığı açısından çelişecek bir nitelikte değildir.

## SONUÇ

Kumar oynamanın yasak olmadığı, kumarhanelerin kurulabildiği ülkelerde, kumar borçları eksik borç olarak tanımlanmış ve yerinde bir tanımlamadır. Çünkü bu tür yerlerde zaten resmi kumarhanelerde oynanan kumar ve bahis oyunları tam borç doğurmaktadır. Resmi olmayan yerlerde oynanırsa o taktirde bu kumar ve bahislerden doğan borçlar, yasal statüyü korumak ve yasal kumara yönlendirmek amacıyla haliyle eksik borç olarak kabul edilmiştir. Buna karşın Türkiye’de kumarhaneler yasak (suç) olmasına, kumar oynamanın idari ceza gerektirmesine rağmen gayiresmi yerlerde oynanan kumarlar bir önce bahsettiğimiz ülkelerle aynı statüye sokulmuş ve yine de eksik borç<sup>206</sup>sayılmıştır.

Türk Borçlar Kanunu açısından bakıldığında, 27. maddesine göre: *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür”*.

<sup>206</sup> Çalışmamızın özgünlüğüne olumsuz etki edebilir düşüncesi ile okumasını en sona bıraktığımız eserlerden birisinde “akıl yolu bir” ifadesi bu kadar örtüşebilirdi. Makalemiz genel hatlarıyla tamamlanmış ve söz konusu makale okumamızın ardından birkaç başlık hariç neredeyse birebir aynı yönde kanaate ulaştığımızı görmek bizi hakikaten şaşırtmıştır. Umarız doktrin ve kanun koyucu da bu kanaate varır ve gerek çalışmamızda gerekse adı geçen makalede sunulan fikirler ve öneriler ışığında gerekli düzenlemeler yapılır. Tüzüner, s. 267 ve 268’de, çalışmamızın esasını teşkil eden görüşle aynı yönde kanaat olması dolayısıyla aynen paylaşılması gerektiğini düşünmekteyiz: *“Mukayeseli huktan bir hüküm alırken, yalnızca bir hukuk dalıyla sınırlı olarak denetim yapılmamalıdır. İsviçre Hukuku’nda, kumarın, kural olarak eksik borç; yetkili kumarhanede oynanması durumunda tam borç olarak düzenlenmesinin sebebi; bu ülkede kumarla ilgili hiçbir suç bulunmamasıdır. İsviçre Ceza Kanunu’nda, Türk Ceza Kanunu’nun (TCK. m. 228) aksine kumar oynatmak diye bir suç yoktur. Dolayısıyla İsviçre’de, kumar borcuna yakıştırılan eksik borç mülahazası, oranın hukuk sisteminde, iç ahengi bozmamak- tadır. İsviçre’de kumarın eksik borç olarak düzenlenmesi isabellidir; çünkü orada, kumarla ilgili hiçbir suç bulunmamaktadır. Daha doğrusu, İsviçre’de eksik borç kavramının kumarı kapsayacak şekilde genişletilmesi, zaten idareden izin alarak kumarhane açılabilmesinden kaynaklanmaktadır. Oysa Türkiye’de kumarhane açmak yasaktır; kumar oynatmak da suç teşkil etmektedir. Bu noktada, İsviçre Borçlar Kanunu’ndan 515/a hükmü elenerek Türk Borçlar Kanunu’na tıpa tıpa alınan 591/4, 513-515 hükümlerinin, Türk hukuk düzenine bütünsel bakış açısıyla ters düştüğü ortaya konulmuştur. Aynen iktibas edilen bu hükümlerin Türk hukuk düzenine uygun düşmesi için, İsviçre’de olduğu gibi Türkiye’de de, kumarhane açılmasının idareden alınacak basit bir izne bağlanmış olması gerekirdi. Oysa ülkemiz bu konudaki tercihini olumsuz yönde kullanmıştır”*.



Türk Borçlar Kanunu'nun 81. maddesine göre: *“Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, açılan davada hâkim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir”*. Olağan hallerde kesin hükümsüz olan bir hal sonrası yapılan edimin geri istenmesi sebepsiz zenginleşme veya istihkak davası şeklinde gerçekleşmektedir. Buna karşın hukuka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey kanun koyucu tarafından istenemez hale getirilmektedir<sup>207</sup>. Hatta öylesine ki hakimin istenilen şeyin devlete mal edilmesine karar vermesi mümkündür. Türk Borçlar Kanunu m. 176'ya göre koşulun dahi hukuka aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlük olarak kabul edilmiştir. Buna göre: *“Bir koşul, hukuka veya ahlaka aykırı bir yapma veya yapmama filini sağlamak amacıyla konulmuşsa, bu koşula bağlı hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür”*.

Temel özelliklerini sıralamaya çalıştığımız, kumar ve bahisten doğan borçlar hakkında nihai ulaşmak istediğimiz sonuç, daha önce de belirtildiği üzere hukuk sisteminde uyumun sağlanmasıdır. Çünkü kanaatimize göre bu sonuca varabilmemizi sağlayan –metin içerisinde sunulan diğer haklı gerekçeler bir yana bırakıldığında- üç temel sebep vardır, bunları kısaca ana başlıklarıyla toparlayıp sonuca ulaşıp, çalışmamızı bitireceğiz.

Bunlardan ilki, kumar ve bahsi yasaklayıcı, kamu hukuku kaynaklı, tartışmaya kapalı, özel hukuku etkileyen nitelikte emredici hukuk kurallarının varlığıdır. Böylesine kurallar var iken TBK'nın bunların aksi sonucunu doğuracak düzenlemelere sahip olması çelişki sayılmalıdır.

İkinci temel sebep ise, emredici hukuk kurallarına aykırılıkta olduğu gibi TBK'da “kesin hükümsüzlük” yaptırımına tabi bir başka kriter “ahlak kurallarına aykırılık”tır. Bu başlık, kişisel kanaatlere göre değişkenlik gösterebilmektedir. Ancak metin içerisinde de belirtildiği üzere “ahlak kurallarına aykırılık”ın değerlendirmesini “subjektif” değil “objektif” olarak yapamaz isek neredeyse birçok konuda sonuç alınamayacaktır. Bu sebeple elbette bizim belirteceğimiz kanaat de bu sebeple bir noktadan sonra subjektif olacaktır ama yüzü aşkın mevzuat hükmünde kınanan kumar ve bahis konusunun mevcut haliyle ahlaka aykırı olduğunu kabul etmeli ve bu sebeple de hiç olmazsa eksik borç olarak kabul edilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Kumar ve bahis konusunda disiplinlerarası çelişkiye ilişkin sunabileceğimiz son başlık, kaynak hukuk sistemimiz ile benzer hükümler taşımayan mevzu kamu hukuku (özellikle ceza hukuku temelli) hükümlerimizdir. Bu noktada İsviçre hukuk sistemi ile tam bir kopukluk

<sup>207</sup> Eren, *Genel*, s. 1012, 1013; Bilge, s. 13.

bulunmaktadır. Mevzu hukukumuzda göre, resmi olarak kumarhane açmak, kumar oynatmak sonucuna varacak fiiller suç sayılmakta iken gayriresmi olarak oynanan kumar ve bahis sonrası ortaya çıkan borç, eksik borç sayılmakta; metin içerisinde belirttiğimiz üzere hatta 605/II/c. 2 hükmünde kumarın yürütülmesi, hile yapılması, beklenmedik haller oluşması vs gibi hakikaten çelişkili, tartışmaya açık hükümler düzenlenmiştir.

Uygulamada çoğu kişi özellikle gayriresmi oynanan çevrimiçi ve yüz yüze kumarların önüne geçmenin neredeyse imkansız olduğunu<sup>208</sup> bu sebeple Türk kaynaklarının yurtdışına gittiğini bu sebeple kamu eliyle takip edilecek şekilde kumar oynanmasına izin verilmesi gerektiğini savunmakta iken özellikle dini temelli düşünceler ışığında bakıldığında devletin kumarı resmi olarak kabul etmesinin toplumda henüz kabul görmeyebileceği düşünülebilir. Lakin mevcut haliyle ülkemizde dine aykırı olmasına rağmen devletin birçok kalemde (alkol satışı, bahis oyunları vd.) resmi düzenlemeler yaptığı aşikardır.

Bu sebeple bu çalışmada kastımız özellikle ekonomik sebeplerle kumar ve bahis hükümlerinin pozitif hukukumuzda getirilmesini savunanlarla aynı görüşte olduğumuz sonucuna ulaşılmamalıdır. Naçizane önerimiz, hukukumuzdaki çelişkinin giderilmesidir. Çalışmamız ve doktrinde yer alan konuya ilişkin diğer çalışmaların incelenmesi neticesi, bu konuda karar verecek olan siyasi organlar ve yasa koyucudur. Eğer kanun koyucunun iradesi kumar ve kumarhanelerin hukukumuzda uyarlanması şeklinde olacak ise mehz İsviçre hukuk düzenlemelerinin de beraberinde getirilmesi hatta gerekirse BGB hükümlerinden de faydalanarak İsviçre ve Türk hukukunda yer almayan güncel düzenlemeler de eklenerek bir kodifikasyon yapılması gerekir. Buna karşın, kanun koyucunun iradesi kumar ve kumarhanelerin hukukumuzda kabul edilmemesi şeklinde ise en kısa zamanda TBK ve ilgili mevzuatta yer alan çelişkili hükümler düzenlenmeli, kaldırılması gerekenler kaldırılmalı ve gerekli düzenlemeler yapılmalıdır. Bu çalışmamızın nihai amacı farklı özgün düşüncelere vesile olabilmek ve bilgi birikimi olduğu için bu birikimin oluşmasına destek verebilmektir. Bu sebeple konuya ilişkin her başlığın detaylı incelemesine elbette inilememiştir. Çalışmamız sonrasında bu veya bağlantılı başka alanlarda yapılacak özgün araştırma makaleleri ile Türk hukuk sistemimiz daha da zenginleşecektir.

---

<sup>208</sup> Çevrimiçi kumar bağımlılığının artmasını engelleme adına uygulanabilecek yöntem önerilerinden birisi de çevrimiçi kumar oynamanın hızının ve kolaylığının azaltılması olabileceği görüşü için bkz. Philip W.S. Newall: “Reduce the speed and ease of online gambling in order to prevent harm”, *Addiction*, 118, 2023, 204-205.

## KAYNAKÇA

- Akçalı Gür B, “Structural Comparative Analysis of the Legal Definition of Gambling”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 2015, s. 76 – 94.
- Ateş D / Süleymanlar G, “Sözleşmelerde Amaç Ve Genel Ahlaka Aykırılık Değerlendirmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (4), 2022, s. 1619 – 1652.
- Babayiğit B, “Kumar Oynama ve Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Fiilleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (34), 2018, s. 283 – 315.
- Bilge N, “Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 3(1), 1958, s. 7 – 15.
- Cansel E / Özel Ç, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, 2017.
- Çukadar N, *Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar*, Yüksek Lisans Tezi, 2013.
- Duru M, “Kanunlarla Yasaklanmış İşlerin Vergilendirilmesi ve Kazanç Müsaderesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 5(2), 2020, s. 197 – 228.
- Emond A / Nairn A / Collard S / Hollen L, “Gambling by Young Adults in the UK During COVID-19 Lockdown”, *Journal of gambling studies*, 38(1), 2022, s. 1-13.
- Eren E, *Türk Kumar, Bahis ve Şans Oyunları Mevzuatı*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Eren, Özel), 9. Bası, Yetkin Yayınları, 2021.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Eren, Genel), 24. Bası, Yetkin Yayınları, 2019.
- Erdogan İ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Erdogan, Borçlar), Gazi Kitabevi, 2. Bası, 2013 (Borçlar).
- Erdoğan İ, *Hukuka Giriş*, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Fiedler I, “Online Gambling as a Game Changer to Money Laundering?” *SSRN Electronic Journal*, 10.2139/ssrn.2261266, 2013, s. 79 – 95.
- Fischer M, *Der Begriff der Vertragsfreiheit*, Aarau 1952.
- Güven K, *İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Son Gelişmeler, Açıklamalı Yorumlu*

*Karşılaştırmalı, Savaş* Yayınevi, 1. Bası, 2023.

Güven K, *Türk Hukukunun Genel Esasları (Hukuk Başlangıcı)*, Savaş Yayınevi, 2021.

Hatipoğlu Aydın D, “Hukuk – Ahlak İlişkisi Bağlamında Türk Hukukunda Kumar”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29(2), 2021, s. 1477 – 1499.

Huguenin C, *Obligationenrecht Allbemeiner und Besonderer Teil*, 2007.

Işıқтаç Y / Metin S, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, 9. Bası, 2023.

Karakehya H, “Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), 2013, s. 699 – 713.

Karlı Ö, *Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanıması (Mücerret Borç İkrarı BK. Mad. 17)*, Doktora Tezi, 2007.

Kaşak E, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2019.

Kaşak E, *Taşınmaz Satışında Ayıp ve Eksik İfa*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2023.

Keskin A D, “Hukuki Açından Finansal Türev Araç Kavramı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 24(4), 2008.

Kinnaird D H, “Reconsidering The Legal Definition Of Gambling: A Resuscitation Of The Gambling Instinct Test”, *Virginia Law Review*, 109(4), 2023, s. 963-1008.

Newall P W.S., “Reduce the speed and ease of online gambling in order to prevent harm”, *Addiction*, 118, s. 204-205.

Oftinger K, *Die Vertragsfreiheit, Juristengenerationen und ihr zeitgeist*, 1991, s. 289-306.

Önay I, *Türk Borçlar Hukukunda Yenileme (Tecdit, Novatio)*, 2014.

Özbilen A B, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2016.

Öztan B, *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, 41. Bası, 2016.

Rençber A, *Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri*, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

- Schönenberger / Jaggi-ZK, *OR, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht Art. 1 – 17*, 3. Aufl, 1973.
- Şahan G, “Eksik Borçların İleri Sürülmesinin Hukuki Niteliği”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 8(15), 2020, s. 401 – 421.
- Şahin C / Kılıç, A Ş, “Legal Matters Related To Criminal Theory In The Context Of Criminal Liability Of Betting And Games Of Chance”, *Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu - Tebliğler*, Editörler: Özgenç, İzzet / Şahin, Cumhuriyet / Turhan, Faruk, 1. Bası, 2020.
- Şahin Kurnaz F, “I. Dünya Savaşı Sonrası Kumarın Yaygınlaşması ve Osmanlı Devleti’nin Aldığı Tedbirler”, *Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, (41), 2019, s. 405 – 426.
- Taşatan C, “Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği ve Sona Ermesi Bakımından Asıl Borç”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(2), 2021, s. 341 – 369.
- Tercier / Favre / Kamberz, *Les Contrats Speciaux*, 4. Edition, 2009.
- Türel E, “Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Sebep ve Sinallagma İlişkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, 23(3), s. 365 – 393.
- Tüzüner Ö, “Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Ferenda Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (107), s. 245 – 272.
- Ünal N, “Kur’an’da Meysir Kavramı Ve Günümüzdeki Bazı Kumar Türlerinin Bu Çerçeve Değerlendirilmesi”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, 10(1), 2010, s. 247-265.
- Yavuz C, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş)*, 10. Bası, Beta Yayıncılık, 2012.
- Yılmaz M, *Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Yücer İ, “Yenileme (Tecdit)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(1), 2007, s. 233 – 260.
- Wendrich W, *Disharmonie zwischen den Nichtigkeiten des Vertrags nach Art. 20 OR und Art. 26 des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland*, 1990.



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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

İŞÇİNİN ULAŞILABİLİR OLMAMA HAKKI

THE EMPLOYEE RIGHT TO DISCONNECT

Tuğçe KAYA\* 

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1314881](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1314881) 

Teknolojik gelişmelerin etkisiyle değişime uğrayan ve dijitalleşen çalışma hayatında işçi, teknolojik iletişim araçları vasıtasıyla iş ile ilgili konular bakımından sürekli ulaşılabilir hale gelmiştir. İşçinin çalışma saatleri ile dinlenme saatleri iç içe geçmiş, özel hayatı ile çalışma hayatı arasındaki sınırlar giderek belirsizleşmeye başlamıştır. İşçinin karşı karşıya kaldığı bu olumsuzluklar karşısında başta Fransa ve Almanya olmak üzere bazı ülkeler, işçiye ulaşılabilir olmama hakkı olarak ifade edilen yeni bir hak tanınması yoluna gitmiş ve işçinin çalışma saatleri dışında işi ile bağlantısının kesilmesini öngörmüştür. Bu ülkelerin ardından ulaşılabilir olmama hakkını tartışmaya başlayan ve yasal zemine kavuşturan ülkelerin sayısı giderek artmış, Avrupa Birliği de bu hakkın tanınmasının gerekliliğini önemle vurgulamıştır. Türk hukukunda ise ulaşılabilir olmama hakkının tanınması bakımından henüz bir girişimde bulunulmamış, mevcut düzenlemeler çerçevesinde bu hakkın varlığından bahsedilip bahsedilmeyeceğinin tartışılmasıyla yetinilmiştir. Bu çalışmada; ulaşılabilir olmama hakkına duyulan gereksinimden yola çıkılarak bu hak bakımından mevcut uluslararası düzenlemeler ortaya konulmuş, bu çerçevede hakkın Türk hukukundaki durumu ele alınarak birtakım çözüm önerileri sunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Ulaşılabilir Olmama Hakkı, Sürekli Ulaşılabilirlik, Uzaktan Çalışma, Çalışma Saatleri, Gözetme Borcu

\* Av., Doktora Öğrencisi, İstanbul Barosu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı/İSTANBUL, e-posta: av.tugcekaya12@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8081-6445, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1314881.

- Atıf Şekli/ *Cite As*: Kaya T, "İşçinin Ulaşılabilir Olmama Hakkı", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s.233-269
- İntihal / *Plagiarism*: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



## **ABSTRACT**

*Recently as the working life has evolved and digitalized with the effects of technological developments, employees have faced with the problem of being constantly contactable in terms of work-related issues via technological communication tools. The working hours and free times of employees have started to intertwine and the boundaries between the employee's private life and working life have started to blur with one another. In the face of these negativities faced by employees, some countries, especially France and Germany, sought to grant a new right, which is the right to disconnect, and accept that employees be disengage from work outside of after hours. After these countries, the number of countries that started to discuss the right to disconnect and recognized it gradually increased, and the European Union emphasized the necessity of recognizing this right. In Turkish law, however, no attempt has been made to recognize the right to disconnect, and it has been contented with discussing whether the existence of this right can be mentioned within the framework of current regulations. Therefore, in this article; based on the need of the right to disconnect, existing international regulations regarding this right will be put forward, and within this framework, some suggestions will be presented by considering the situation of the right to disconnect in Turkish law.*

**Keywords:** *Right to Disconnect, Constantly Contactable, Remote Work, Working Hours, Employer's Duty of Care*

## **EXTENDED ABSTRACT**

*The increasing integration of portable technological communication tools, such as smartphones and laptops, to the working life has arose the expectation that employees would become contactable on work-related issues even out of working hours. This expectation has prevented employees from spending their free times properly, blurred the boundaries between work and private life, and even caused psychological and physical disorders. The right to disconnect, a relatively new development, aims to eliminate these effects of using technological communication tools to employees. This right guarantees that employees will be prevented from being reachable on work-related issues out of working hours and therefore, protecting their psychological and physical health by drawing the line between their work and private life.*

*The first country where the right to disconnect was argued and emerged as a legal right was France. Since the early 2000s, some cases regarding employees being contactable with work-related issues out of working hours have discussed in the Supreme Court, and the Court has emphasized the right to disconnect of employees. Subsequently, the right started to gain significance to the companies, and many companies began to adopt practices such as banning the use of these tools at certain time intervals in order to prevent the negativities that employees may encounter due to the use of technological communication tools. The right to disconnect became the subject of collective bargaining agreements and labor contracts, and was finally*



legally guaranteed as a right in the French Labor Code in 2017. In Germany, although the right to disconnect is not clearly recognized legally, the problem of employees always being contactable, which is at the center of this right, has been taken into account in the laws regarding the regulation of working hours and occupational safety, and rather than being recognized only as a right, the implementation of this right has been placed on employers as a responsibility. The idea of understanding that the right to disconnect is a right that should be implemented by taking into account factors such as the size of the company, organization, types of activities, private lives and age of employees was practiced, and therefore it would not be appropriate to draw its boundaries by law. Indeed, it has been observed that many employers voluntarily accept the responsibility of granting their employees the right to disconnect, without the need for any legal regulations or sanctions.

Developments in France and Germany regarding the right to disconnect was legally guaranteed to other countries such as Italy, Spain, Belgium, Ireland, South Korea, Argentina, the United States, Canada, the Philippines, and Portugal. Due to this the rapid adoption of remote working especially as of 2019 when the Covid-19 epidemic began to take effect, the problem of “always being contactable” faced by employees was also taken into account by the European Union. The European Parliament published a report on the right to disconnect in 2021, and the report focused on the measures that should be taken by employers and the effective mechanisms that should be adopted by member states to ensure that employees can exercise their right to disconnect. In addition, a call was made to the European Commission to enact a law recognizing the right to disconnect.

Although there are comprehensive regulations in Turkish law regulating the working and free times of employees, the right to disconnect wasn't been enacted with. The right to disconnect was, unfortunately was referred to quite rarely in Turkish law when compared with countries, especially the ones mentioned above, and neither an attempt or a practice was referred to approach this right as a legal requirement through out Turkey. Developments regarding the right to disconnect in Turkish law was limited due to the issue of whether this right could be rightfully referable subject within the framework of current regulations. As an example, within the framework of legal regulations regarding employees can be assumed contactable during free times and the work done by employees who work out of working hours can be considered overtime have been argued. In addition, it was discussed whether the employer's duty of care gives employees the right to disconnect and whether there are legal remedies that employees can apply in case this right is violated. Nevertheless, the reflections of the developments regarding the right to disconnect in the Turkish law was quite limited. In this article, one of the main approaches was to present suggestions in terms of recognizing the right to disconnect in Turkish law.

## GİRİŞ

Teknoloji alanındaki gelişmeler, hayatın her alanını olduğu gibi çalışma hayatını da kolaylaştırmıştır. İşin yürütümünde kullanılan araçlar gelişmiş, işçinin işveren ve diğer işçilerle iletişimi hızlanmış, bilgi daha kısa sürede elde edilebilir hale gelmiştir. Teknolojinin sunduğu imkanlar sayesinde dezavantajlı grupların çalışma hayatına katılma oranı artmış, işçinin işyeri dışında çalışmasını mümkün hale getiren yeni çalışma biçimleri benimsenmiştir. Çalışma saatleri esnekleşmiş ve işçiler iş görme borcunu yerine getirecekleri zaman ve alan hakkında söz sahibi olmaya başladıklarından işveren ile aralarındaki bağımlılık ilişkisi de zayıflamıştır.

Çalışma hayatında teknolojinin sunduğu imkanların etkisiyle sağlanan kolaylıklar hızlı bir biçimde benimsenmiştir. Ancak bu imkanların, sunduğu kolaylıklar kadar özellikle işçiler bakımından birtakım olumsuz sonuçları da beraberinde getirdiği görülmüştür. İşin yürütümünü kolaylaştıran araçlar bir zaman sonra işverenin denetleme ve takip etme araçlarına dönüşmüş, işçinin bilgileri iş sözleşmesinin tarafı olmayan kişilerce bilinir hale gelmiş, esnek çalışma saatleri işçinin çalışma süreleri ile dinlenme süreleri arasındaki sınırları belirsiz hale getirmiş ve işçinin özel hayatı ile çalışma hayatı iç içe geçmiştir.

Teknolojik gelişmelerin işçi bakımından doğurduğu olumsuz sonuçlardan biri de, yakın bir zamanda görünür hale gelen “işçinin sürekli ulaşılabilirliği” olmuştur. Cep telefonu ve laptop gibi taşınabilir ve anlık iletişimi mümkün kılan araçların kullanımı; işverenler, müşteriler ve iş arkadaşları nezdinde işçinin iş ile ilgili bildirim ve taleplere her an açık olduğu gibi bir izlenim yaratmıştır. Artık işçi, çalışma sürelerinin sona ermesi itibariyle işi ile bağlantısını kesmemekte ve kendisine ulaşılmasa dahi, her an bir bildirim gelebileceği endişesi duymaktadır. Dolayısıyla dinlenme sürelerini verimli biçimde kullanamamakta, özel hayatına ayırması gereken zamanı kısaltmakta ve işe bağlı stresi artmaktadır. İşte ulaşılabilir olmama hakkı, işçinin sürekli ulaşılabilirliği sorununa bir çözüm olarak ileri sürülmüştür.

Ulaşılabilir olmama hakkının tarihsel gelişimine bakıldığında, öncü ülkelerin Fransa ve Almanya olduğu görülmektedir. Bu ülkelerdeki gelişmelerin etkisiyle birlikte düzenlemelere konu edilmeye başlanan bu hak, kısa bir süre içerisinde birçok ülkede tartışılmaya başlanmıştır. Bu hakkın tanınması yönündeki ihtiyacın görünür hale gelmesi ise; uzaktan çalışma biçiminin benimsenmesi ve özellikle Covid-19 pandemisi döneminde

oldukça yaygınlaşması ile olmuştur. Son olarak Avrupa Birliği, ulaşılabilir olmama hakkını Birlik düzeyinde tanıyan bir düzenleme yapılması çağrısında bulunmuştur. Türkiye ise, işçiye ulaşılabilir olmama hakkının tanınması hususunda henüz bir girişimde bulunmamıştır.

Bu çalışmada, ulaşılabilir olmama hakkının kabul edilmesinde rol oynayan hususlar ele alınmış ve Fransa ve Almanya'daki gelişmelerden yola çıkılarak hakka ilişkin mevcut düzenlemeler üzerinde durulmuştur. Böylece, mevcut düzenlemeler çerçevesinde hakkın içeriğinin ortaya konulması amaçlanmış ve işçiye ulaşılabilir olmama hakkının tanınmasında henüz bir adım atılmamış olan Türk hukukunda, mevcut düzenlemeler kapsamında işçiye ulaşılabilir olmamasının mümkün olup olmayacağı değerlendirilmiştir.

## I. ULAŞILABİLİR OLMAMA HAKKINA DUYULAN İHTİYAÇ

Çalışma hayatı, hızlı dijitalleşme süreci ve bilgi-iletişim teknolojilerindeki gelişmeler ile birlikte, “ilk endüstriyel devrimden bu yana işgücü piyasasındaki en radikal değişim” olarak tanımlanan ve “dördüncü endüstriyel devrim” olarak adlandırılan bir dönüşüm sürecine girmiştir<sup>1</sup>. Çalışma olgusu, işçi-işveren ilişkisi, iş araçları, çalışma saatleri ve çalışma biçimleri yeniden şekillenmeye başlamıştır. Telefon ve bilgisayar gibi teknolojik iletişim araçları sayesinde günün belirli saatleri arasında çalışmayı esas alan klasik çalışma anlayışından uzaklaşmış; işçinin bireysel çalışma düzenini çoğu zaman özgürce dizayn edebildiği, işyeri sınırları ve sabit zaman aralığı dışına taşan yeni bir çalışma anlayışı benimsenmiştir<sup>2</sup>. Yine teknolojik iletişim araçları sayesinde işe ilişkin bilgi transferi ve iletişim hızlanmış, işin görülmesinde zaman bakımından kolaylık kazanılmıştır. Fakat bu gelişmeler ilk etapta her ne kadar işçinin yararına olmuşsa da, kısa bir süre sonra teknolojinin sunduğu imkanların aynı zamanda işçinin haklarına müdahale aracı olduğu da görülmüştür. İşveren, teknolojik iletişim araçlarını işçiyi gözetleme ve denetleme aracı olarak kullanmaya başlamış; bu gözetim ve denetim işyerinin sınırlarını aşarak işçinin özel hayatına kadar genişlemiştir. İşçi teknolojik iletişim araçları vasıtasıyla “sürekli ulaşılabilir” hale gelmiş ve bu durum, işverenler ve müşterilerin işçiye istedikleri an ulaşabilecekleri gibi yanlış bir

<sup>1</sup> Marc de Vos, “Work 4.0 and the future of labour law”, 22 Temmuz 2018, <<https://ssrn.com/abstract=3217834>> Erişim Tarihi 10 Mart 2023, s. 1.

<sup>2</sup> Clarence W. Von Bergen / Martin Bressler, “Work, Non-Work Boundaries and the Right to Disconnect”, *Journal of Applied Business and Economics*, 21(2), 2019, <<https://rticlegateway.com/index.php/JABE/article/view/1454>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2023, s. 51.

izlenime yol açmıştır<sup>3</sup>. Bugün işçi, her an işe ilişkin bir bildirim alabileceği endişesiyle cep telefonuna bağımlı hale gelmiştir.

İşçinin sürekli ulaşılabilirliği, esasen “yeni” teknolojik iletişim araçlarının kullanımının bir ürünüdür. Sabit telefonların ve masaüstü bilgisayarların kullanıldığı dönemde de işçi ulaşılabilir; ancak bu ulaşılabilirlik, işçi sözü konusu sabit araçların bulunduğu yerde aralıksız bulunamayacağından sürekli değildir<sup>4</sup>. Kaldı ki, bu araçlar birden fazla kişinin ortak kullanımına açıktır ve iletişim kurulması istenen kişiye doğrudan ulaşılabilmesi pek mümkün değildir. Dolayısıyla, işçiyi sürekli ulaşılabilir hale getiren araçlar; her an ve her yere taşınabilmesi mümkün olan, internet bağlantısının da desteğiyle anlık ve hızlı iletişimi sağlayabilen akıllı telefon, laptop, tablet gibi yeni teknolojik iletişim araçlarıdır.

Teknolojik iletişim araçlarının kullanımı, işçinin sürekli ulaşılabilirliğine yol açan nedenleri ifade eden bir üst kavram olarak değerlendirilmelidir. Esasen, işçinin sürekli ulaşılabilir hale gelmesine neden olan etkenler oldukça kapsamlıdır. Küreselleşmenin etkisiyle işçilerin farklı ülkelerde bulunması ve bu nedenle iletişimin çalışma saatleri dışında gerçekleştirilmek zorunda olması, müşteri beklentilerinin değişmesiyle birlikte işçilerden 7/24 hizmet alma durumunun yaygınlaşması, çalışma hayatının hızlanması ve görevlerin karmaşıklaşması, işçinin sürekli ulaşılabilirliğini gerektiren çağrı üzerine çalışma gibi yeni çalışma biçimlerinin benimsenmesi bunlardan bazılarıdır.

Sürekli ulaşılabilirlik kavramı; işçinin çalışma saatleri dışında “iş ile ilgili hususlar” bakımından müsait olması durumunu ve kendisine telefon görüşmeleri, mailler, kısa mesajlar, anlık mesajlaşma imkanı tanıyan uygulamalar ve Facebook vb. gibi sosyal ağlar aracılığıyla ulaşılabilmesi imkanını ifade eder<sup>5</sup>. Başka bir ifadeyle; işçinin iş için ulaşılabilirlik

---

<sup>3</sup> Facundo Martin Chiuffo, “The “Right to Disconnect” or “How to Pull the Plug on Work””, *4th Labour Law Research Network Conference*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2019, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3422283](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3422283)>, Erişim Tarihi 10 Mart 2023, s. 2; Ufuk Aydın / Merve Kutlu, “The Right to Disconnect: Lessons from Europe and Turkish Labour Law”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8 (2), 2020, <<https://jurix.com.tr/article/22081>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2023, s. 262.

<sup>4</sup> Filiz Yurtseven, “Ausgewählte Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der ständigen Erreichbarkeit von Arbeitnehmern durch ihren Arbeitgeber”, *Universität Osnabrück, Dissertation*, 2020, <<https://osnadoes.ub.uni-osnabrueck.de/handle/urn:nbn:de:gbv:700-202011193759>>, Erişim Tarihi 12 Mart 2023, s. 3.

<sup>5</sup> Hannes Strobel, “Auswirkungen von ständiger Erreichbarkeit und Präventionsmöglichkeiten”, *iga.Report* 23, 2016, <<https://aok-bv.de/imperia/md/aokbv/verbraucher/gesundheitsstipps/>

durumunun çalışma hayatı alanının ötesine geçerek hayatın diğer alanlarına da yayılması anlamına gelir<sup>6</sup>. Ancak, bununla kastedilen işçinin “her yerde ve her zaman” ulaşılabilir olması değil, işçinin iş ile ilgili meselelere ilişkin ulaşılabilirliğin belirli sınırların ötesine geçmesidir<sup>7</sup>. Bu nedenle, sürekli ulaşılabilirlik kavramı yerine “genişletilmiş erişilebilirlik” kavramının da tercih edildiği görülmektedir.

İşçiye sürekli biçimde ulaşma; genel olarak işveren, iş arkadaşları ve nadiren de olsa müşteriler tarafından gerçekleştirilir ve işçinin bu duruma izin vermesinin altında yatan sebebin, işveren beklentilerini sağlamak ile çalışma arkadaşları ve müşterilere karşı sorumluluk duygusu olduğu kabul edilir<sup>8</sup>. İşçi, işine olan bağlılığı veya boş zamanını iş yükünü hafifletme isteği gibi sebeplerle, sürekli ulaşılabilirliği kendisi de tercih edebilir.

Sürekli ulaşılabilirlik kavramı; işçiye ulaşılması sonucunu değil, ulaşılabilir ihtimalini yani bir durumu ifade etmektedir<sup>9</sup>. Başka bir ifadeyle, işçinin sürekli ulaşılabilir olması ile kastedilen düzenli biçimde işle ilgili aramalar veya bildirimler alması ve bunlara cevap vermek zorunda olması ya da kendisinde bir iş görülmesinin talebi üzerine bunu yerine getirmek durumunda kalması değildir. Sürekli ulaşılabilirlikte işçi iş ile ilgili ani bir arama veya bildirim alabileceği gibi, kendisinden kapsamlı bir işin görülmesi de beklenebilir. Bununla birlikte, işçi o an gerçekleştirilmesi zorunlu olmayan ileri tarihli bir görev hakkında dahi bilgilendirilebilir. Burada söz konusu husus, işçinin dinlenme süresi içinde herhangi bir şekilde ve anlık da olsa çalışma hayatı ile temasa geçmesidir. Hatta, kendisine iş ile ilgili bir durum için her an ulaşılacağı yönünde tedirginlik yaşamaması ve bu nedenle çalışma hayatı ile bağlantısını tam anlamıyla kesmemesidir.

iga-report\_23\_teil1.pdf>, Erişim Tarihi 12 Mart 2023, s. 8; Schuchart, Uta. “Ständige Erreichbarkeit – Arbeitszeit Light vs. Recht Auf Unerreichbarkeit.” *Arbeit Und Recht*, 64 (8/9), 2016, <<https://www.jstor.org/stable/i24912716>>, Erişim Tarihi 13 Mart 2023, s. 342.

<sup>6</sup> Barbara Pangert/Nina Pauls/Heinz Schüpbach, “Die Auswirkungen arbeitsbezogener erweiterter Erreichbarkeit auf Life-Domain-Balance und Gesundheit”, baua: Bericht, *Druck & Verlag Kettler GmbH*, Dortmund/Berlin/Dresden, 2016, <<https://www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Berichte/Gd76.html>>, Erişim Tarihi 13 Mart 2023, s. 9.

<sup>7</sup> Strobel, s. 8; Pangert/Pauls/Schüpbach, s. 8.

<sup>8</sup> Strobel, s. 9

<sup>9</sup> Gülsevil Alpagut, “Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimi Ulaşılabilirlik”, Ender Demir / Beste Gemicci Filiz, *Prof. Dr. Turhan Esener III. Uluslararası İş Hukuku Kongresi*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 328.

Belirtmek gerekir ki; sürekli ulaşılabilirlik, teknolojik iletişim araçlarının kullanımına dayalı çalışma biçimlerine özgü değildir<sup>10</sup>. Önemli olan, işçinin çalışma saatleri dışında iş ile ilgili meseleler bakımından ulaşılabilir olma durumudur. Bununla birlikte, işverenin iş görme borcunu işyeri dışında gerçekleştiren işçilerle daha sık iletişim kurmak isteyeceği ve bu durumun tipik çalışma biçimlerine göre daha haklı görülebileceği açıktır. Bu bağlamda; sürekli ulaşılabilirlik hususunun ilk olarak, çalışma hayatındaki dijitalleşmenin ilk adımı olan “tele çalışma” biçiminin gelişimi ile gündeme geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Gerçekten, sürekli ulaşılabilirlik kavramı, tele çalışmanın ve bir üst kavram olarak ele alınan uzaktan çalışma biçiminin yaygınlaşması ve son birkaç yıl içinde Covid-19 pandemisinin etkisiyle tartışılmaya başlamış ve oldukça görünür hale gelmiştir.

Sürekli ulaşılabilirlik kavramı, esas itibariyle işveren bakımından olduğu gibi işçi bakımından da olumlu bir durum gibi algılanabilir. Telefon görüşmesi veya mail ile işçi, işyerine gitmesine gerek kalmaksızın işi ile ilgili bir bilgiyi edinebilir veya bir görevi ifa edebilir. İş ile bağlantısı işyeri ve çalışma saatleri dışında da devam ettiğinden kendini yapması gereken işlere baskı ve stres altında kalmadan odaklayabilir. İşverenin taleplerini karşılamaya her an hazır durumda bulunarak kendini ispatlayabilir. Ancak günümüz teknolojisinde, işçiler bakımından sürekli ulaşılabilirliğin olumlu taraflarından çok hukuken çözüm üretilmesi gereken bir sorun olduğu görülmektedir.

Gerçekten, işçinin yeni teknolojik iletişim araçları ile sürekli olarak ulaşılabilir hale gelmesi birçok olumsuz sonucu beraberinde getirmiştir. İşveren veya iş arkadaşından her an bir iletişim talebi gelebileceği ve bir gelişmeyi kaçırmama endişesiyle işçi, sık aralıklarla telefonunu veya bilgisayarını kontrol eder hale gelmiş ve bu alarmda bulunma durumu işe bağlı gelişen stresle sonuçlanmıştır<sup>11</sup>. Hatta bu durum stresin ötesine geçmiş ve “fiziksel ve psikolojik zarar” üst kavramı altında değerlendirilen birden fazla sağlık sorununu beraberinde getirmiştir<sup>12</sup>. İşçiye çalışma saatleri dışında gelen bir arama veya mail ile iş verilmesi sonucunda işçi, işverenin talebini karşılamak

---

<sup>10</sup> Alpagut, s. 324-326.

<sup>11</sup> Deniz Ugan Çatalkaya, “Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence ‘Ulaşılabilir Olmama Hakkı’”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74(2), 2016, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/29863/322633>>, Erişim Tarihi 17 Mart 2023, s. 745; Ständige Erreichbarkeit – Tipps für den Umgang, Aok, 19 Ağustos 2020, <<https://www.aok.de/pk/magazin/wohlbefinden/gesund-im-job/staendige-erreichbarkeit-tipps-fuer-den-umgang/>>, Erişim Tarihi 17 Mart 2023.

<sup>12</sup> Strobel, s. 10.

amacıyla çaba gösterdiğinden uyku problemleri yaşamaya ve gereği gibi dinlenememeye başlamış; dinlenme sürelerinin etkili şekilde kullanılamaması ise; işçinin direncinin düşmesi nedeniyle daha sık hasta olmasına ve depresyon gibi ciddi psikolojik rahatsızlıklarla karşı karşıya kalmasına sebep olmuştur<sup>13</sup>.

Sürekli ulaşılabilirliğin bir diğer olumsuz sonucu, dinlenme sürelerinin anlamını kaybetmesiyle birlikte çalışma hayatı ile özel hayat arasındaki sınırların belirsizleşmesi olmuştur<sup>14</sup>. İşçi; kendisine, ailesine ve sosyal çevresine ayırması gereken zaman dilimi içinde işi ile daima bağlantı halinde kaldığı için özel hayat alanı çalışma hayatı içerisinde kaybolmaya başlamıştır.

Ulaşılabilir olmama hakkı; sürekli ulaşılabilirliğin yol açtığı bu olumsuz sonuçları önlemek, işçinin çalışma ve özel hayatı arasındaki dengeyi korumak ve işçinin işi ile bağlantısını nasıl kesebileceği hususunun kapsamını minimum şekilde belirlemek amacıyla kabul edilmiştir<sup>15</sup>.

## II. ULAŞILABİLİR OLMAMA HAKKINA YÖNELİK DÜZENLEMELER

### A. Fransa, Almanya ve Diğer Ülkelerdeki Düzenlemeler

Fransa, işçilerin işyeri ile bağlantısını kesmemesi ve sürekli ulaşılabilirliği sorununu ele alan ilk ülke olmuş; ulaşılabilir olmama hakkı yine ilk olarak Fransız hukukunda kabul edilmiştir. Fransız Yargıtayı'nın 2001 tarihli bir kararı ile işçilerden eve iş götürmelerinin beklenemeyeceği belirtilmiş, bu karar doğrultusunda ulaşılabilir olmama kavramı tartışılmaya başlanmış ve Mahkeme, teknolojik gelişmeler doğrultusunda konuya ilişkin güncel kararlar vermeye devam etmiştir<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Pangert / Pauls / Schüpbach, s. 16; Strobel, s. 10.

<sup>14</sup> Ugan Çatalkaya, s. 745; Bergen/Bressler, s. 53-54; Alpagut, s. 326.

<sup>15</sup> Loic Lerouge/Francisco Trujillo Pons, "Contribution to the study on the 'right to disconnect' from work. Are France and ; Spain examples for other countries and EU law?", *European Labour Law Journal*, 13(3), 2022, <<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/20319525221105102>>, Erişim Tarihi 17 Mart 2023, s. 452. Gaye Baycık / Sevil Doğan / Dilek Dulay Yangın/Oğuzhan Yay, "COVİD 19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespitler ve Öneriler", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 3(70), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ct/issue/71784/1155067>>, Erişim Tarihi 17 Mart 2023, s. 1706; Alpagut, s. 334.

<sup>16</sup> Clarence Woodrow Von Bergen / Martin Bressler/Trevor L. Proctor, "On the Grid 24/7/365 and the Right to Disconnect", *Employee Relations Law Journal*, 45(2), 2019, <[https://www.researchgate.net/publication/335058028\\_On\\_the\\_Grid\\_247365\\_and\\_the\\_Right\\_to\\_Disconnect](https://www.researchgate.net/publication/335058028_On_the_Grid_247365_and_the_Right_to_Disconnect)>, Erişim Tarihi 17 Mart 2023, s. 6. 2001 tarihli karar için bkz.: Labor Chamber of the Cour de Cassation, October 2, 2001 No.99-42.727, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

Ulaşılabilir olmamanın teknolojik iletişim araçları çerçevesinde ele alınması, 2004 yılında Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda işçinin çalışma saatleri dışında ulaşılabilir olmasının beklenemeyeceği yönündeki kararı ile olmuştur. İlgili kararda; ara dinlenmesi süresi içerisinde işvereninden gelen aramaya cevap vermeyen ambulans şoförünün ulaşılabilir olmama hakkından bahsedilmiş ve işverence yapılan fesih haksız bulunmuştur<sup>17</sup>. 2009 tarihli bir başka kararda ise, işçinin çalışma süreleri dışında işi ile aşırı bağlantısının işyerinde psikolojik taciz olarak değerlendirilebileceği ortaya konmuştur<sup>18</sup>.

Mahkemenin 2000'li yıllarda verdiği kararlar, sürekli ulaşılabilirliğin ileride bir hak olarak kabul edilmesinin yanı sıra, konunun şirketler düzeyinde ele alınmasına da öncülük etmiştir. 2009 ve 2013 yılları arasında Canon ve Sodexo başta olmak üzere birçok şirket, “working days without e-mail” olarak adlandırdıkları bir uygulama benimsemiş ve işçilerin iş görme borcunu yerine getirdikleri dijital araçların kullanımına bağlı olarak yakalanabilecekleri hastalıklar ile tükenmişliğin önüne geçmeyi amaçlamışlardır<sup>19</sup>. Bu gibi uygulamalar giderek daha fazla şirketin dikkatini çekmeye başlamış; işçilerin çalışma saatleri dışında iş ile bağlantısının kesilerek dinlenme sürelerinin etkinliğinin artırılması ve çalışma hayatı ile özel hayat arasındaki sınırların korunması amacıyla, toplu iş sözleşmelerine yeni hükümler eklenmesi gibi bir dizi tedbire başvurulmuştur<sup>20</sup>. Fakat Yargıtay, işçilerin çalışma süresini sınırlandıran bazı toplu iş sözleşmesi hükümlerini reddetmiş ve ardından sosyal ortaklar, çalışanların korunmasını amaçlayan bazı değişiklikleri müzakere etmeye başlamıştır<sup>21</sup>.

Müzakereler sonucunda birtakım anlaşmalar imzalanmış ve teknolojik

juri/id/JURITEXT000007046319/, Erişim Tarihi 17 Mart 2023.

<sup>17</sup> Yiğitcan Çankaya, “İş İlişkisinde İşçinin Özel Yaşamının Gizliliği”, *Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 231; Ugan Çatalkaya, s. 746. İlgili karar için bkz.: Labor Chamber of the Cour de Cassation, February 17, 2004 n°01-45.889, <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007473856/>>, Erişim Tarihi 17 Mart 2023.

<sup>18</sup> Lerouge/Pons, s. 456.

<sup>19</sup> Matteo Avogaro, “Right to Disconnect: French and Italian Proposals For a Global Issue”, *Law Journal of Social and Labor Relations*, 4(3), 2018, <<https://publicacoes.udf.edu.br/index.php/reacoes-sociais-trabalhista/article/view/164>>, Erişim Tarihi 18 Mart 2023, s. 113.

<sup>20</sup> Chiuffo, s. 3.

<sup>21</sup> Frédéric Turlan, “France: A legal right to switch off from work, Eurofound”, 2014. <<https://www.eurofound.europa.eu/tr/publications/article/2014/france-a-legal-right-to-switch-off-from-work>>, Erişim Tarihi 20 Mart 2023.



iletişim araçlarının işçiler bakımından olumsuz sonuçlarına değinilmiştir. 2012 tarihinde iki işveren sendikası tarafından imzalanan anlaşmada, yöneticilerin ve serbest çalışanların da çalışma hayatı ile özel hayatı arasındaki ayrımın korunması gerektiğine dikkat çekilmiş ve bu kişilerin teknolojik iletişim araçlarını kullanmamaya karar verebilecekleri ifade edilmiştir. 2013 tarihli “Ulusal Meslekler Arası Sözleşme” ile çalışma hayatındaki kalitenin geliştirilmesi ve mesleki eşitliğin sağlanması hususlarına odaklanılmış; teknolojik iletişim araçlarının işçiler bakımından getirdiği olumsuz sonuçlar vurgulanarak çalışma hayatı ile özel hayat dengesinin sağlanması gerektiği, bu yönde gerekli tedbirlerin alınması ve işçilere ulaşılabilir olmama hakkının tanınması gerektiği belirtilmiştir<sup>22</sup>. 2014 tarihli başka bir anlaşmada ise; iki çalışma günü arasındaki asgari 11 saatlik dinlenme süresi içerisinde işçinin “uzaktan iletişim araçlarını kapatma zorunluluğu” olduğu ve işverenin de işçinin bağlantısını kesmesini sağlamak zorunda olduğu kabul edilerek bir adım öteye geçilmiştir<sup>23</sup>.

Sektörel düzeyde anlaşmaların yapıldığı tarihlerde, şirketler düzeyinde de birtakım uygulamalara başvurulmaya devam edilmiştir. Çalışanların ve yönetimin çalışma saatleri dışında e-mail göndermeme taahhüdünde bulunmaları yönünde alınan tedbirler ardından, en radikal çözümü sigorta şirketi Reunica benimsemiş ve belirli dinlenme süreleri içerisinde mail göndermenin mümkün olmadığı bir sistem oluşturmuş; dolayısıyla, özel hayatının korunması amacıyla işçinin kendi inisiyatifiyle olsa dahi çalışma saatleri dışında ulaşılabilir olması engellenmiştir<sup>24</sup>.

Fransa’da mahkeme kararları ile başlayan, sektörel ve şirket düzeyindeki uygulamalarla devam eden bu süreç, ulaşılabilir olmamanın yasal olarak tanınması bakımından Çalışma Bakanlığı’na harekete geçirmiş; çalışma hayatındaki dijitalleşmenin de dikkate alındığı bir iş hukuku reformu yaratılması amacıyla iş hukukundaki çeşitli hususlara ilişkin bir dizi rapor düzenlenmesi talep edilmiştir<sup>25</sup>. En ilgili rapor olarak görülen, Bruno Meetling tarafından hazırlanan raporda; dijitalleşmenin çalışma hayatındaki ve işçiler üzerindeki etkileri incelenmiş, gelecekte hangi koşullarda dijital gelişime en iyi biçimde uyum sağlanabileceği üzerinde durulmuş ve özellikle ulaşılabilir

<sup>22</sup> Turlan, France: A legal right to switch off from work; *Alpagut*, s. 335.

<sup>23</sup> Turlan, France: A legal right to switch off from work

<sup>24</sup> Turlan, France: A legal right to switch off from work.

<sup>25</sup> Chiuffo, s. 4; Avogaro, s. 114.

olmama hakkı merkeze alınmıştır<sup>26</sup>. Bu rapor, ulaşılabilir olmamanın bir hak olarak kabul edilmesindeki süreçte son adım olmuş ve 2017 yılında Fransız İş Kanunu'nun L2242-8 hükmü ile ulaşılabilir olmama, bir hak olarak açıkça düzenlenmiştir.

İlgili hüküm, ulaşılabilir olmama hakkını tanımlamamakta ve bu hakkın işçiye tanınmasında izlenecek prosedürü düzenlemekle yetinmektedir. Hükme göre; en az 50 işçinin çalıştığı şirketlerde, “kadın ve erkekler arasında mesleki eşitlik ve işyerinde yaşam kalitesi” hakkında yapılan yıllık müzakereler kapsamında işçilerin teknolojik iletişim araçları ile ulaşılabilirliği de değerlendirilecektir. İşçinin dinlenme süreleri, tatilleri ve özel hayatı gözetilerek ulaşılabilir olmama hakkını tam anlamıyla kullanmasına yönelik prosedürler ile şirketin teknolojik iletişim araçlarının kullanımına ilişkin getireceği düzenlemeler müzakerelerin kapsamına dahildir. Müzakereler sonucunda bir anlaşma yapılamaması halinde işveren, ulaşılabilir olmama hakkının kullanılmasına ilişkin prosedürlerin yer aldığı bir düzenleme oluşturmak durumunda kalacaktır.

Hakkın içeriğine değinmek yerine uygulanacak usule yönelen hükümden birkaç farklı sonuca ulaşmak mümkündür. Bunlardan ilki; işçiye ulaşılabilir olmama hakkının tanınmasında aşamalı bir süreç öngörülmesidir. İşveren, ilk olarak müzakere yapma yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğe uyulmamasının yaptırımı bir yıl hapis cezası ve bir miktar para cezası olarak öngörülmektedir.<sup>27</sup> Eğer müzakerelerde anlaşmaya varılamazsa, o halde hakkın kullanılmasına ilişkin hususları işveren, kendi hazırlayacağı bir düzenleme ile ortaya koyacaktır. İşveren, bu ikinci aşamada her ne kadar işçi sendikalarına danışacaksa da, son sözün kendisine verilmiş olduğu kabul edilmekte; dolayısıyla, işverenin müzakereler sırasında işçiler karşısında taviz vermeyeceği ve böylece müzakerelerin etkinliğinin azalacağı haklı olarak ileri sürülmektedir<sup>28</sup>.

Bir diğer sonuç; ulaşılabilir olmama hakkına ilişkin yalnızca genel bir çerçeve çizilmiş olmasıdır. Hakkın tanımını yapılmadığı gibi, işçilerin ulaşılabilir olmamasının sağlanmasında ne gibi uygulamalara başvurulabileceği de ortaya konulmamış ve ayrıca işverenin işçiye ulaşılabilir olmama hakkını ihlal etmesi halinde ne gibi bir yaptırımla karşılaşacağı da ele alınmamıştır.

---

<sup>26</sup> Chiuffo, s. 4; Avogaro, s. 114.

<sup>27</sup> Alpagut, s. 336.

<sup>28</sup> Aydın / Kutlu, s. 266.

Hüküm ile ulaşılabilir olmama hakkının detaylandırılmaması ve içeriğe ilişkin bir esneklik tanınması; “teknolojik iletişim araçlarının her bir işçi tarafından kullanımı farklı olabileceği gibi, her işçi bu kullanımdan farklı şekilde etkilenebilecektir” görüşüne dayandırılmakta ve bu nedenle detayların iç düzene bırakılması gerektiği belirtilmektedir<sup>29</sup>.

İşveren, yaptığı düzenlemelerde; işçilerden dijital araçların kullanımının beklendiği saat aralığının belirtilmesi, belirli bir saatten sonra maillere girilmemesi için bloke uygulanması ya da mutlaka cevap verilmesi beklenen iletişim hallerinde konunun aciliyetini ve önemini belirten ibareler kullanılması zorunluluğu gibi uygulamalar kararlaştırabilecektir<sup>30</sup>. Fakat inisiyatifin işverene bırakılması halinde, işverenin yasaya uygun davranıp davranmadığının denetimine ve hakkın ihlal edilmesi halinde işçinin dava açıp açamayacağına veya idari bir mekanizmayı harekete geçirip geçiremeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaması bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir<sup>31</sup>. Ancak her halde, ulaşılabilir olmama hakkı dinlenme süreleri ile ilgili borçlar kapsamında kabul edildiğinden, işçinin korunması borcu kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu ve hakkın ihlalinin maddi veya manevi tazminat talebini doğurabileceği söylenebilir. Gerçekten, Yargıtay’ın 2018 yılında Rentokil Initial isimli şirketin bir işçisinin ulaşılabilir olmama hakkına saygı göstermemesi sebebiyle para cezasına çarptırılması yönündeki konuya ilişkin ilk kararı; işçinin hak ihlali halinde dava açabileceğini ve tazminat talebinde bulunabileceğini göstermektedir<sup>32</sup>. Karara konu olayda yönetici pozisyonunda çalışan davacı; şirket tarafından acil durum çağrılarını yönetebilmeleri için yöneticileri görevlendiren bir sistem kurulduğunu, kendilerinden telefonlarının her zaman açık olmasının beklendiğini, ancak

<sup>29</sup> Luc Pansu, “Evaluation of ‘Right to Disconnect’ Legislation and Its Impact on Employee’s Productivity”, *International Journal of Management and Applied Research*, 5(3), 2018, <[https://www.researchgate.net/publication/328564339\\_Evaluation\\_of\\_’Right\\_to\\_Disconnect’\\_Legislation\\_and\\_Its\\_Impact\\_on\\_Employee’s\\_Productivity](https://www.researchgate.net/publication/328564339_Evaluation_of_’Right_to_Disconnect’_Legislation_and_Its_Impact_on_Employee’s_Productivity)>, Erişim Tarihi 22 Mart 2023, s. 101; Bergen / Bressler / Proctor, s. 7.

<sup>30</sup> Pansu, s. 101; Alpogut, s. 336; Avogaro, s. 116.

<sup>31</sup> Paul M. Secunda, “The Employee Right to Disconnect”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 9(1), 2019, <<https://scholarship.law.nd.edu/ndjicil/vol9/iss1/3/>>, Erişim Tarihi 22 Mart 2023, s. 28; Pansu, s. 101.

<sup>32</sup> Daniel Ornstein / Erika C. Collins / Jordan Glassberg, More Countries Consider Implementing a “Right to Disconnect”, *International Labour and Employment Law*, 2019, <<https://www.internationalaborlaw.com/2019/01/29/more-countries-consider-implementing-a-right-to-disconnect/#page=1>>, Erişim Tarihi 5 Ekim 2023.

bunun karşılığında fazla çalışma ücreti ödenmediğini beyan etmiştir<sup>33</sup>. Şirket ise, davacının böyle bir pozisyonda bulunmadığını ve bu nedenle kendisine fazla çalışma ücreti ödenmemesi gerektiğini iddia etmiştir<sup>34</sup>. Mahkeme; davacının gerçekten de kendisinden her an ulaşılabilirlik beklenen “nöbetçi” konumunda olduğunu kabul etmiş ve şirketin, davacının ulaşılabilir olmama hakkına saygı duymaması sebebiyle fazla çalışma sürelerine ilişkin tazminat ödemek zorunda olduğuna karar vermiştir<sup>35</sup>.

Ulaşılabilir olmama hakkı söz konusu olduğunda, Fransa kadar Almanya’da da dikkat çeken gelişmeler olduğu görülmektedir. Alman hukukunda, sürekli ulaşılabilirliğin teknolojik iletişim araçlarının kullanımına bağlı olarak yeni bir kavram olarak gündeme gelmesinin yanı sıra, çalışma ve dinlenme sürelerinin ayrılmasına ilişkin sorunlar bakımından tele çalışma ve saha hizmetleri alanlarında ortaya çıkmış eski bir kavram olduğu da ifade edilmektedir<sup>36</sup>. Gerçekten, çalışma sürelerinin düzenlenmesine ilişkin Çalışma Süreleri Kanunu (Arbeitszeitsgesetz) ve İş Güvenliği Kanunu (Arbeitsschutzgesetz) gibi yasal düzenlemelerde sürekli ulaşılabilirliğin de dikkate alındığı görülmekte; ulaşılabilir olmama hakkı her ne kadar yasal olarak tanınmasa da, işverenlerin bu düzenlemeler ile gözetme ve organizasyon yükümlülükleri çerçevesinde bu hakkı uygulama sorumluluğu altında oldukları kabul edilmektedir<sup>37</sup>. Almanya’da ulaşılabilir olmama hakkı, işverenlerin bu sorumluluklarını dikkate almaları ve işçilerin çalışma sürelerini gözetme eğilimleri doğrultusunda benimsedikleri uygulamalar çerçevesinde hayata geçirilmektedir.

Alman hukukunda ulaşılabilir olmama hakkına ilişkin genel bir yasal düzenlemeden bilinçli olarak kaçınıldığı söylenebilir. Yapılan bazı anketlerden hareketle, işçinin sürekli ulaşılabilirlik sorununun çözümüne yönelik tek bir stratejinin mümkün olmadığı ve genel kuralların oluşturulamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bu doğrultuda her bir şirketin; şirketin büyüklüğü, organizasyon, faaliyet türleri, çalışanların özel hayatı ve yaşı gibi faktörleri dikkate alarak harekete geçmesi gerekecektir<sup>38</sup>. Almanya’daki birden çok stratejiyi içinde

---

<sup>33</sup> Bergen / Bressler / Proctor, s. 7; Bergen/Bressler, s. 57-58.

<sup>34</sup> Bergen / Bressler / Proctor, s. 7; Bergen/Bressler, s. 58.

<sup>35</sup> Bergen / Bressler / Proctor, s. 7; Bergen / Bressler, s. 57; Aydın / Kutlu, s. 267.

<sup>36</sup> Schuchart, s. 341.

<sup>37</sup> Schuchart, s. 343.

<sup>38</sup> Strobel, s. 21.

barındıran mevcut durum, yetersiz olarak da görülmekte ve Alman hukukunda işçilerin tatil sürelerinde ulaşılabilir olmayacakları yönündeki düzenlemenin geliştirilerek tüm dinlenme sürelerini kapsar hale getirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>39</sup>. 2014 yılında Çalışma Bakanı Nahles, işçinin sürekli ulaşılabilirliğinin yarattığı sağlık sorunlarının önüne geçilmesi ve stresle mücadele edilmesi amacıyla bir düzenleme yapılacağını ifade etmişse de<sup>40</sup>; bu yönde bir adım atılmamış, 2016 yılında hazırlanan bir kılavuz ile toplu iş sözleşmelerinin sürekli ulaşılabilirlik sorununun çözümü bakımından en etkili yol olduğu ifade edilerek hakkın uygulanması yine işverenlere bırakılmıştır.<sup>41</sup>

Birçok Alman işverenin, işçilerine ulaşılabilir olmama hakkı tanımaları sorumluluğunu herhangi bir yasal düzenlemeye veya yaptırıma ihtiyaç duyulmaksızın kendi istekleriyle benimsedikleri görülmektedir. Özellikle BMW, Volkswagen, Telekom ve Daimler gibi büyük firmaların uygulamaları oldukça dikkat çekici olmuştur<sup>42</sup>. BMW, işçinin çalışma saatleri dışında ulaşılabilir olduğu süreleri işveren ile kararlaştırabileceğini kabul etmiş ve işçinin ulaşılabilirliği dahilinde ulaşılabilir olmamasını güçlendirmeye çalışmıştır. 2010 yılında Telekom isimli firma; herhangi bir teknik önlem alınmamasına rağmen, günlük dinlenme sürelerinde kendilerine gelen mailleri okuyamayabilecekleri yönünde işçilerine tavsiyede bulunmuştur. Teknik bir önleme başvuran Volkswagen ise, 2011 yılında “E-Mail-Pause” olarak adlandırdığı bir uygulama başlatmış ve e-mail sistemini, çalışma süresinin bitiminden yarım saat sonra başlayıp işbaşı yapılmasından yarım saat öncesine kadar geçecek sürede hiçbir işçinin akıllı telefonlarına mail gönderilemeyecek şekilde yapılandırmıştır. Ancak bu düzenleme, yalnızca

<sup>39</sup> Keith Stuart, “German Minister Calls for Anti-Stress Law Ban on Emails Out of Office Hours”, GUARDIAN, 24 Ağustos 2014, <<https://www.theguardian.com/technology/2014/aug/29/germany-antistress-law-ban-on-emails-out-of-office-hours>>, Erişim Tarihi 24 Mart 2023.

<sup>40</sup> Eine Anti-Stress-Verordnung ist mein Ziel, Interview mit Andrea Nahles, Rheinische Post Dienstag, 26 Ağustos 2014, <<https://www.bundesregierung.de/breg-de/bundeskanzler/-eine-anti-stress-verordnung-ist-mein-ziel--634380>>, Erişim Tarihi 24 Mart 2023.

<sup>41</sup> Tina Weber, “Right to disconnect: Legal provisions and case examples”, Eurofound, 2020, <<https://euagenda.eu/upload/publications/untitled-300936-ea.pdf>>, Erişim Tarihi 24 Mart 2023, s. 6.

<sup>42</sup> Matthias Kaufmann, “Deutsche Konzerne kämpfen gegen den Handy-Wahn”, Spiegel Online, 17 Şubat 2014, <<https://www.spiegel.de/karriere/erreichbar-nach-dienstschluss-massnahmen-der-konzerne-a-954029.html>>, Erişim Tarihi 24 Mart 2023; Natalie Maier, “Erweiterte berufsbezogene Erreichbarkeit: Lösungsvorschläge zum Gesundheits- und Persönlichkeitsschutz”, Springer Vieweg, 2019, <<https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-658-23470-6>>, Erişim Tarihi 24 Mart 2023, s. 28.

toplu iş sözleşmesinden yararlanan ve bir şirket telefonuna sahip olan işçileri etkilemiştir. Benzer bir uygulamaya başvuran Daimler, işçinin çalışma süreleri dışında gönderilen maillerin silinmesi ve gönderenin bu zaman diliminde çalışan başka bir işçiye mail atabilmesini düzenlemiştir. Henkel gibi bazı firmalar ise, herhangi bir önlem almak yerine, işçinin boş zamanında mailleri okumak zorunda olmadığı yönünde kurallar getirmiştir. Firmaların bu uygulamalarından etkilenen Çalışma Bakanlığı, başka işverenleri de teşvik etme amacıyla birtakım uygulamalara yönelmiş; dinlenme süreleri içinde acil durumlar dışında personelle iletişim kurulması yasaklanmış ve iletişim talebine yanıt vermeyen çalışanlara idari yaptırım uygulanmasını engelleyen kurallar kabul etmiştir<sup>43</sup>.

Fransa ve Almanya'nın öncülük ettiği sürekli ulaşılabilirlik sorunu, dünya çapında birçok ülkeyi etkilemiştir<sup>44</sup>. İtalya'da işçinin sürekli ulaşılabilirliği hususunda 2016 yılında başlayan tartışmalar, 2017'de "akıllı çalışmaya" yönelik çıkarılan kanunda işçinin ulaşılabilir olmamasına ilişkin düzenlemelere de yer verilmesiyle sonuçlanmıştır. 81/2017 sayılı Kanun'un 19.maddesine göre; işçi ile işveren arasında yazılı olarak yapılacak "akıllı çalışma" sözleşmesinin, işçinin dinlenme sürelerini ve ayrıca işçinin ulaşılabilir olmama hakkını güvence altına almak için tarafların alacağı önlemleri de içermesi gerekecektir<sup>45</sup>.

İspanya'da ise, kişisel verilerin korunması ve dijital hakların güvence altına alınması amacıyla 2018 yılında çıkarılan kanunda; uzaktan ve evden çalışma biçimlerinde işçinin ulaşılabilir olmama hakkına sahip olduğu açıkça vurgulanmış, bu hakkın uygulanması şirket veya sektör düzeyinde yapılacak toplu pazarlıklar veya şirket ile işçi temsilcileri ile yapılacak ikili anlaşmalara bağlanmıştır<sup>46</sup>. Ulaşılabilir olmama hakkına ilişkin İspanya'daki düzenlemenin; çalışan işçi sayısının ve işçinin çalışma biçiminin önem taşımaması nedeniyle, Fransa ve İtalya'daki düzenlemelerden daha geniş

---

<sup>43</sup> Jeevan Vasagar, "Out of Hours Working Banned by German Labour Ministry", TELEGRAPH, 30 Eylül 2013, <<https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/germany/10276815/Out-of-hours-working-banned-by-German-labour-ministry.html>>, Erişim Tarihi 24 Mart 2023.

<sup>44</sup> Fransa ve Almanya'da sürekli ulaşılabilirlik sorununa ilişkin benimsenen politikalara ilişkin karşılaştırmalı bir eleştiri için bkz.: Secunda, s. 30 vd.

<sup>45</sup> Avogaro, s. 121; Weber, s. 1.

<sup>46</sup> Weber, s. 3; Aydın / Kutlu, s. 269.

kapsamlı bir düzenleme olduğu değerlendirilmektedir<sup>47</sup>.

Belçika, 2018 tarihinde kabul ettiği düzenlemede; işveren ile işçinin aralarında bir anlaşma yapma yükümlülüğünün olduğunu ve bu anlaşmanın işçinin dinlenme süresi içinde rahatsız edilmemesi gereken zaman aralıklarına ya da belirli saatlere saygı duyması gerektiğini belirtmiş, çalışma hayatı ile bağlantının kesilmesi hakkında katı bir anlayış benimsememiştir<sup>48</sup>.

Ulaşılabilir olmama hakkı yakın bir zamana kadar İrlanda'nın gündeminde bulunmamasına rağmen, çalışma sürelerinin düzenlenmesine ilişkin 1997 tarihli Kanun'da işçilerin haftalık çalışma saatlerinin en fazla 48 saat olduğunu ve işverenlerin işçilerin dinlenme sürelerine saygı duyması gerektiğini düzenleyen hükümlerin yer alması; işverenlerin uzaktan çalışanlardan dinlenme süreleri içerisinde maillere veya aramalara cevap vermelerini bekleyemeyecekleri yönünde de yorumlanmış ve yasanın diğer ülke düzenlemeleriyle uyumlu olduğu kabul edilmiştir<sup>49</sup>. Bir iş mahkemesi tarafından 2018 yılında verilen bir kararda, çalışma saatleri dışında ve bir kısmı gece yarısında gönderilen maillere cevap vermesinin beklendiğini iddia eden yönetici konumundaki çalışana 7500 Euro tazminat ödenmesine hükmedilmesi bu yorumu desteklemiştir<sup>50</sup>. Fakat, uzaktan çalışmanın ortaya çıkardığı sorunlara çözüm sunabilmek amacıyla, 2021 yılında İşverenler ve Çalışanlar için Bağlantıyı Kesme Hakkına İlişkin Uygulama Kuralları'nın yürürlüğe konmuş ve ulaşılabilir olmama hakkı, İrlanda'da zımni bir hak olmaktan çıkarılarak ilk kez yasal olarak tanınmıştır<sup>51</sup>. Ulaşılabilir olmama hakkının; işçinin çalışma saatleri dışında rutin olarak iş yapmama hakkı, çalışma saatleri dışında işle ilgili konulara katılmayı reddettiği için cezalandırılmama hakkı ve başka bir kişinin ulaşılabilir olmama hakkına saygı gösterme görevi olmak üzere üç ana unsurdan oluştuğu belirtilmiştir<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Aydın / Kutlu, s. 269.

<sup>48</sup> Bergen / Bressler, s. 59; Weber, s. 3.

<sup>49</sup> Workplace Relations Commission, Code Of Practice For Employers And Employees On The Right To Disconnect, <[https://www.workplacerelations.ie/en/what\\_you\\_should\\_know/codes\\_practice/code-of-practice-for-employers-and-employees-on-the-right-to-disconnect.pdf](https://www.workplacerelations.ie/en/what_you_should_know/codes_practice/code-of-practice-for-employers-and-employees-on-the-right-to-disconnect.pdf)>. Erişim Tarihi 5 Ekim 2023, s.5.

<sup>50</sup> Bergen / Bressler / Proctor, s. 10.

<sup>51</sup> Right to Disconnect - What does it mean for Employers?, McCann FitzGerald LLP, 10 Haziran 2021, <<https://www.mccannfitzgerald.com/knowledge/employment/right-to-disconnect-what-does-it-mean-for-employers>>, Erişim Tarihi 5 Ekim 2023.

<sup>52</sup> Code Of Practice For Employers And Employees On The Right To Disconnect, s.4

Ulaşılabilir olmama hakkı Avrupa ülkeleri dışında Güney Kore, Arjantin, Amerika, Kanada, Filipinler gibi farklı ülkelerde de tartışılmış ve düzenlemelere konu edilmiştir<sup>53</sup>. Bu hakkı tanıyan son ülke ise, 2021 yılında getirilen düzenleme ile Portekiz olmuştur. 83/2021 sayılı Kanun ile işverenlere, çalışma süreleri dışında işçiler ile iletişim kurmaktan kaçınma yükümlülüğü getirilmiştir. İlgili kanun, her ne kadar İş Kanunu'nda uzaktan çalışmaya ilişkin hükümleri değiştirir nitelikte olsa da; işverenin söz konusu yükümlülüğünün işverene ekonomik bağımlılığı olan tüm işçileri kapsadığı kabul edilmektedir<sup>54</sup>.

### B. Avrupa Birliği

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin çalışma hayatına etkileri, uzun süredir Avrupa Birliği'nin gündeminde olmuş; uzaktan çalışma gibi yeni çalışma biçimlerinin ortaya çıkması, yeni iş alanlarının yaratılması, kadınların ve yaşlıların çalışma hayatında daha fazla yer bulabilmeleri gibi gelişmeler takip edilmiştir. Ancak 2019 yılından itibaren, Covid-19 pandemisinin de etkisiyle, uzaktan çalışmanın oldukça yaygınlaşması; Birlik'in ilgisini teknolojinin uzaktan çalışanlar üzerindeki olumsuz etkilerine ve bu etkiler karşısında çalışanlara sağlanabilecek korumaya çevirmiştir.

Gerçekten, Covid-19 pandemisi ile birlikte uzaktan çalışma biçiminin klasik çalışmanın yerini alacak kadar yaygınlaştığı görülmüştür. Uzaktan çalışmanın 2008-2021 yılları arasındaki gelişimini gösteren bir araştırmaya göre; 2008 yılında çalışanların %8'i, çoğu zaman veya bazen uzaktan çalıştıklarını ifade etmişler, bu oran 2019 yılında pandemiden hemen önce %11'e ulaşmıştır. Pandeminin ardından uzaktan çalışanları oranı birden %19'a çıkmış, 2021 yılında ise bu oranın (2027 yılında ulaşılması beklenen) %22'ye çıktığı görülmüş ve uzaktan çalışmanın artık bazen yapılan bir çalışma biçimi olmadığı da ifade edilmiştir<sup>55</sup>.

Uzaktan çalışmanın, pandeminin yayılmasının önüne geçilmesi ve

<sup>53</sup> Chiuffo, s. 16 vd; Bergen/Bressler, s. 58 vd.

<sup>54</sup> Mariana Pinto Ramos, "The right to disconnect – or as Portugal calls it – the duty of absence of contact", *Global Workplace Law&Policy*, 09 Mart 2022, <<http://global-workplace-law-and-policy.kluwerlawonline.com/2022/03/09/the-right-to-disconnect-or-as-portugal-calls-it-the-duty-of-absence-of-contact/?output=pdf>>, Erişim Tarihi 26 Mart 2023.

<sup>55</sup> Eurofound, "The rise in telework: Impact on working conditions and regulations", Luxembourg, 2022, <<https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2022/the-rise-in-telework-impact-on-working-conditions-and-regulations>>, Erişim Tarihi 26 Mart 2023, s. 7-8.



çalışanların sağlığının korunması bakımından sağladığı avantaj göz ardı edilemez. Ancak uzaktan çalışanların oranının artışı, bu çalışma biçiminin çalışanlar için tamamen olumlu bir yenilik olmadığını da göstermiştir. Pandemi döneminde uzaktan çalışmaya başlayan birçok işçi; işyerinde çalıştıkları dönemde çalışma sürelerinin daha kısa olduğunu ve sözleşmelerde belirlenen sabit sürelerin dışına çıkmadığını, uzaktan çalışma ile birlikte çalışma sürelerinin esneklediğini ve belirsizleştiğini, uzaktan çalışmanın iş organizasyonu bakımından kısmen özerklik sağlamasına rağmen meşguliyetlerini ve ulaşılabilirliklerini arttırdığını belirtmiştir<sup>56</sup>.

Avrupa Parlamentosu, uzaktan çalışmanın işçiler üzerindeki olumsuz etkilerinin ve özellikle sürekli ulaşılabilirlik sorununun pandemi döneminde oldukça görünür hale gelmesinin sonucunda, 21 Ocak 2021 tarihinde Genel Kurul toplantısında ulaşılabilir olmama hakkına ilişkin bir rapor kabul etmiştir<sup>57</sup>. Raporda; dinlenme sürelerinin teknolojik iletişim araçları vasıtasıyla kesilmesinin ve çalışma saatlerinin uzatılmasının ücretsiz fazla mesai riskini artırabileceği hususu ile işçinin dinlenme süreleri, iş-yaşam dengesi, sağlığı üzerinde olumsuz etkiler yaratabileceğine dikkat çekilmiştir<sup>58</sup>. Parlamento; işçilerin dinlenme sürelerinde herhangi bir sonuca bağlanmaksızın iş ile bağlantılarını kesmelerini mümkün kılan ve uzaktan çalışma için minimum standartları belirten bir yasa çıkarılması için Komisyon'a çağrıda bulunmuş<sup>59</sup>, ayrıca işverenlerce alınması beklenen önlemleri de sıralamıştır. İşverenler, işçilerden dinlenme sürelerinde ulaşılabilir olmamalarını talep etmemeli; başka işçiler de bu sürelerde çalışma arkadaşlarıyla iletişime geçmekten kaçınmalıdır<sup>60</sup>. Üye devletler, ulaşılabilir olmama hakkını kullanan işçilerin karşılaşılabileceği olumsuz sonuçları ortadan kaldıran ve işçilerin hakka ilişkin şikayet ve ihlal iddiaları karşısında gerçekten işleyecek mekanizmalar benimsemelidir<sup>61</sup>. Ayrıca, uzaktan gerçekleştirilecek eğitim ve öğrenim faaliyetleri iş faaliyeti olarak kabul edilmeli ve fazla mesai ya da dinlenme

<sup>56</sup> The rise in telework: Impact on working conditions and regulations, s. 23 vd.

<sup>57</sup> Parliament wants to ensure the right to disconnect from work European Parliament, <<https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20210121STO96103/parliament-wants-to-ensure-the-right-to-disconnect-from-work>>, Erişim Tarihi 27 Mart 2023; Rapor metni için bkz.: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_EN.pdf). Erişim Tarihi 27 Mart 2023.

<sup>58</sup> European Parliament, The Right To Disconnect, s. 5-6.

<sup>59</sup> European Parliament, The Right To Disconnect, s. 7.

<sup>60</sup> European Parliament, The Right To Disconnect, s. 8.

<sup>61</sup> European Parliament, The Right To Disconnect, s. 9.

sürelerinde yeterli ücret alınmadan gerçekleştirilmemelidir<sup>62</sup>.

Avrupa Parlamentosu'nun ilgili raporu, ulaşılabilir olmama hakkının üye devletlerde tanınması ve mevcut mevzuatların yakınlaştırılması bakımından önemli bir adımdır. Bununla birlikte, üye ülkelerin işçilere ulaşılabilir olmama hakkını tanıması bakımından çıkarılması planlanan yasa, mevcut tek yasal dayanak değildir. Birlik'in çalışma sürelerinin düzenlenmesine ilişkin 2003/88/EC7 sayılı Direktif'i ve 89/391/EEC8 sayılı Direktif'in işverenin işçiyi gözetme yükümlülüğüne ilişkin 5.maddesinin iç hukuka aktarılmasıyla, çalışanların çalışma süreleri dışında ulaşılabilir olmasının önüne geçilmesi zaten mümkün kılınmıştır<sup>63</sup>. ABAD'ın da, bu direktiflerdeki düzenlemelerden hareketle, işçinin evde geçirdiği sürede işveren çağrılarına yanıt verdiği sürelerin çalışma süresi olarak kabul edileceği yönünde verdiği ve dolayısıyla işçinin ulaşılabilir olmama hakkının tanınması bakımından önemli bir adım olarak değerlendirilebilecek kararları mevcuttur<sup>64</sup>. Ancak; üye devletlerden birçoğunun yakın bir tarihe kadar bu yönde bir girişimde bulunmamış olmaları, mevcut girişimlerin de kaynağını direktiflerdeki hükümlerden almamaları ve güncel gelişmeler karşısında anılan direktiflerin hükümlerinin zaten yeterli olmayacağı sebebiyle, bir yasa çıkarılması talebi haklı görülmektedir.

### III. TÜRK HUKUKUNDA ULAŞILABİLİR OLMAMA HAKKI

#### A. Yasal Düzenleme Eksikliği

İşçinin çalışma sürelerinin belirlenmesi ve dinlenme hakkının güvence altına alınması gerekliliği, Türk hukukunda da gözetilmiş ve hem Anayasa ile hem de iş hukuku mevzuatında bu yönde düzenlemelere yer verilmiştir. Aynı şekilde, yeni bir çalışma biçimi olarak uzaktan çalışma ve uzaktan çalışmanın işçi bakımından getirdiği olumsuz sonuçlar da dikkate alınmış; bu çalışma biçimine 2016 yılında İş Kanunu'nda yer verilmesinin ardından, usul ve esasların belirlenmesi amacıyla Uzaktan Çalışma Yönetmeliği<sup>65</sup> çıkarılmıştır. Ancak, işçinin ulaşılabilirliği sorunu henüz dikkate alınmamış ve işçiye açıkça ulaşılabilir olmama hakkı tanıyan herhangi bir yasal düzenleme yapılmamıştır.

Türkiye'de, Fransa ve Almanya'da olduğu gibi, işçilere ulaşılabilir olmama hakkı tanıyan herhangi bir işveren uygulaması örneğine de rastlanmamaktadır.

---

<sup>62</sup> European Parliament, The Right To Disconnect, s. 9.

<sup>63</sup> Lerouge / Pons, s. 452.

<sup>64</sup> Lerouge / Pons, s. 453.

<sup>65</sup> RG, 10.03.2021, 31419.

Ulaşılabilir olmama hakkı, Avrupa Birliği'ndeki yakın tarihli gelişmenin ve Covid-19 pandemisinin ardından gündeme gelmeye başlamış; bu hakkın Türk hukukunda da tanınması gerekliliği vurgulanarak mevcut düzenlemeler kapsamında işçilere bir güvence sağlanıp sağlanamayacağına odaklanılmıştır.

Gerçekten, Türk hukukunda işçinin ulaşılabilir olmama hakkını tanıyan yasal bir düzenleme bulunmasa da, işçinin sürekli ulaşılabilirliği sorununu işçiyi koruyan mevcut düzenlemeler kapsamında ele almak mümkündür. Türk hukukunda eksik olan husus, işçinin sürekli ulaşılabilirliğini bir durum olarak ele alan ve ulaşılamamayı bir hak olarak tanıyan düzenlemenin eksikliğidir. Bununla birlikte, özellikle çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin düzenlemeler ile işverenin işçiyi gözetme borcundan yola çıkıldığında, işçinin çalışma saatleri dışında ulaşılmasının birtakım sonuçlara bağlandığı görülecek ve Türk hukukunda da işçiden sürekli ulaşılabilir olmasının beklenemeyeceği sonucuna ulaşılabilecektir. Bu bağlamda, Türk hukukunda işçinin sürekli ulaşılabilirliği sorununu çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin düzenlemeler ile işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında değerlendirmek yerinde olacaktır.

## **B. Çalışma ve Dinlenme Süreleri Çerçevesinde Sürekli Ulaşılabilirlik Sorunu**

Teknolojik iletişim araçlarının çalışma hayatına entegre edilmesinin bir sonucu da, işyeri içerisindeki iletişimin sağlanmasında da bu araçlardan yararlanılmasıdır. İşveren; yönetim hakkı çerçevesinde işin yürütülmesinde kullanılacak araçları seçme yetkisine de sahip olduğundan, iletişimin teknolojik iletişim araçları vasıtasıyla gerçekleştirileceğini kararlaştırabileceği gibi, bunların kullanımını da denetleyebilecektir<sup>66</sup>. Benzer şekilde, işe ilişkin iletişimin de bu araçlar üzerinden gerçekleştirileceğini öngörebilecektir. Burada önem teşkil eden husus, teknolojik iletişim araçlarından yararlanılırken işçinin kişilik haklarının gözetilmesi olacaktır.

İşçi, çalışma saatleri içerisinde işveren tarafından gelen iletişim taleplerine cevap vermekle yükümlüdür. Bu husus, işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinden ve işçinin işverenin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğünden doğmaktadır. İşçi, çalışma saatleri içerisinde kendisine teknolojik iletişim araçlarıyla ulaşılmasının özel hayatına müdahale teşkil ettiği veya maddi ve manevi olumsuz etkilediği gibi iddialarda bulunamayacak; dolayısıyla çalışma süreleri içerisinde işçinin sürekli ulaşılabilirliği bir sorun olarak değil,

<sup>66</sup> Ugan Çatalkaya, s. 744.

gereklilik olarak karşımıza çıkacaktır.

İşçinin teknolojik iletişim araçları vasıtasıyla ulaşılabilirliği, bu ulaşılabilirliğin çalışma saatleri dışında ve dinlenme süreleri içerisinde gerçekleşmesi halinde bir sorun haline bürünmektedir. Bu noktada; işçinin çalışma saatleri haricinde teknolojik iletişim araçları vasıtasıyla gelen iletişim taleplerine cevap vermek zorunda olup olmadığı, gerçekleşen iletişimin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağı, işçiye çalışma saatleri dışında iş ile ilgili bir konuda ulaşılması halinde dinlenme süresinin kesilip kesilmeyeceği, işçinin bir arama veya mail yoluyla kendisine verilen görevi yerine getirmesi halinde bunun fazla çalışma olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği gibi hususlar önem taşımaktadır.

İşçinin ulaşılabilir olmama hakkını açıkça güvence altına alan bir düzenleme Türk hukukunda yer almadığından, işverenin yönetim hakkını kullandığını düşünerek çalışma saatleri dışında işçiye ulaşması mümkün olacaktır. İşçi ise, her ne kadar çalışma süreleri dışında iş görme borcu altında olmasa da, iletişim talebine yanıt vermemesi halinde işini kaybetmekle dahi karşı karşıya kalabileceğinden işverenden gelen aramalara veya maillere dönüş yapmak durumunda kalacaktır. Bu durumda, işçiye çalışma süreleri dışında ulaşılmasının hangi sonuçlara bağlanabileceğini değerlendirmek gerekir.

İşçiye çalışma saatleri haricinde ulaşılması, ileri tarihli bir görevin bildirilmesi şeklinde anlık bir iletişim olabileceği gibi; işçiye bir işin derhal yapılmasına ilişkin bir emir veya talimat verilmesi şeklinde de gerçekleşebilecektir. Her halükarda, işçinin işi ile kurduğu kısa veya uzun süreli bu bağlantının çalışma süresi olarak sayılıp sayılmayacağını yorumlamak gerekir. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği<sup>67</sup> m.3 ile çalışma süresi, “işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre” olarak tanımlanmaktadır. Öğretide ise çalışma süresinin, “işçinin kendini işverenin emrine hazır tutmak zorunda olduğu süre” olduğu kabul edilmektedir<sup>68</sup>. Bununla birlikte; İş Kanunu m.66’da sayılan bazı süreler de çalışma süresi olarak sayıldığından, çalışma süresinin “üstlenilen işte fiilen çalışılan ve çalışılmış sayılan süreler” şeklindeki tanımı da ileri sürülmektedir<sup>69</sup>. Bu bağlamda, işçinin çalışma saatleri dışında gelen bir iletişim talebi ile bir iş görmek üzere görevlendirilmesi

---

<sup>67</sup> RG, 06.04.2004, 25425.

<sup>68</sup> Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, 26.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 139; Kadir Arıcı, *Türk İş Hukuku - I - Ferdi İş İlişkileri Hukuku*, 1.Baskı, Gazi Kitabevi, 2022, s. 170.

<sup>69</sup> Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, 14.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 372-373.

halinde bu sürenin bir çalışma süresi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak işçiye bir görev verilmediği, başka bir ifadeyle kendisine yalnızca işle ilgili bir bildirimde bulunulduğu hallerde bu sürenin çalışma süresi olarak değerlendirilmesi yerinde olmayacaktır. Öğretide de; çalışma süreleri dışında işçiyle iletişime geçilmesinin çalışma sürelerinden sayılabilmesi için, iletişimin çalışma süresine etkisinin bulunması gerektiği belirtilmekte ve süreklilik arz eden bir iş görme durumunun varlığı aranmaktadır<sup>70</sup>. Ayrıca, yapılan çalışmanın ispatı halinde işçiye fazla çalışma ücreti ödenmesi ve işçinin yapılan çalışmaya rıza göstermesinin gerektiği de vurgulanmaktadır<sup>71</sup>. Çalışmanın hafta tatiline denk gelmesi halinde ise, hafta tatiline ilişkin zamlı ücretin ödenmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>72</sup>. Kanaatimizce, işçiye “kesintisiz” biçimde kullandırılması gereken dinlenme süresinin kesintiye uğradığı ve bu nedenle işçinin bu süreden istediği verimi alamaması da gözetilmelidir. İşçiye fazla çalışma ücreti verilmesi yanında, çalışarak geçirdiği sürenin dinlenme süresine tekrar eklenmesiyle dinlenme süresi eski haline getirilmeli veya Alman hukukunda olduğu gibi işin görülmesinden sonra dinlenme süresi en baştan başlatılmalıdır<sup>73</sup>.

Önemle belirtmek gerekir ki; işveren işçiye çalışma saatleri dışında ulaştığında ve ardından işçinin bir işi yerine getirmesi halinde, iş görmenin işveren talimatı üzerine mi yoksa işçinin kendi tercihi ile mi gerçekleştirildiği hususu önem taşımaktadır. İşçi daha sonraki bir zaman diliminde yapması gereken işleri, iş yükünü hafifletmek gibi nedenlerle boş zamanında yaptığı takdirde; fazla çalışmadan bahsedilemeyecek ve bu çalışma sürekli ulaşılabilirliğe dayandırılmayacaktır<sup>74</sup>. Ancak işverenin talimatta bulunup bulunmadığının tespiti zor olduğundan; işveren tarafından işçinin boş zamanında iş görmemesi yönünde bir talimat verilmesi, olası bir uyumsuzlukta işverenin yararına olacaktır.

<sup>70</sup> Baycık / Doğan / Yangın / Yay, s. 1708.

<sup>71</sup> Alpagut, s. 334.

<sup>72</sup> Sevil Doğan, “Dijitalleşmenin Çalışma Yaşamına Etkisi: İşçinin Ulaşılmama Hakkı”, Kübra Doğan Yenisey / Seda Ergüneş Emrağ, *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar-IV*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, 109-144, s. 136.

<sup>73</sup> Alman Çalışma Süreleri Kanunu'nun 5.maddesine göre, günlük dinlenme süresi en az 11 saat olmalı ve işçi bu süreyi kesintisiz biçimde kullanmalıdır. Bu nedenle, dinlenme süresinin devamı süresince gerçekleşen her bir kesintiden sonra 11 saatlik sürenin tekrar başlayacağı kabul edilmektedir. Bkz.: Hinrich Vogelsang, “Pausen und Ruhezeiten”, *Arbeitsrechts-Handbuch von Günter Schaub*, C.H. Beck, 2021, Rn. 4.

<sup>74</sup> Doğan, Ulaşılmama Hakkı, s. 129-130.

Kısa süreli iletişimlerde, bir fiili çalışmanın varlığının kabul edilmemesi sebebiyle ücretlendirmenin mümkün görülmediği, ancak işçinin özel hayatına ve dinlenme sürelerine müdahale edilmiş olduğundan bu sorunun işverenin gözetme borcu çerçevesinde ele alınması gerektiği belirtilmektedir<sup>75</sup>. Bu görüşe katılmak, ancak kısa süreli iletişimden ne anlaşılması gerektiğinin somut biçimde belirtilmesi halinde mümkün olacaktır. Örneğin; bir sonraki iş günü yapılması gereken işi bildiren mail veya toplantı saatini bildiren bir kısa mesajın okunması ve bunlara onay verildiği anlamına gelen bir dönüş yapılması kısa süreli iletişim olarak kabul edilebilir. Ancak, kısa süreli iletişim ile birlikte işçiden birkaç dakika sürecek bir işin görülmesinin istenmesi halinde fiili bir çalışmanın olmadığını yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir<sup>76</sup>. Zaman bakımından ne kadar sürecek olursa olsun, ortada bir iş görme fiili mevcuttur ve yapılan çalışmanın ücretini karşılamamak emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil edecektir<sup>77</sup>. Ayrıca, işçinin iş görme ediminin konusunu normalde de çok kısa süren bir eylem oluşturuyorsa, o işin çalışma saatleri dışında da görülmesi istendiğinde kısa süreli iletişim olarak kabul edilmesi yerinde olmayacaktır.

Belirtildiği üzere, işçi telefon ile aranarak veya kendisine mail gönderilerek bir iş yapmak üzere görevlendirildiğinde, bu çalışma fazla çalışma olarak nitelendirileceğinden, bu işin görülmesine ilişkin rızası aranmalıdır. İş Kanunu'nun 41.maddesi, fazla çalışma için işçinin onayının şart olduğunu açıkça düzenlemektedir. Fakat, işçinin beklemediği bir anda iş ile bağlantısının tekrar kurulması ve kendisine bir iş verilmesi halinde işçinin vereceği rızaya şüpheyle yaklaşılması gerekir. İş sözleşmesi ile birlikte taraflar arasında kurulan ilişki, işçinin işverene bağımlı olması ve dolayısıyla ilişkinin zayıf konumunu oluşturması nedeniyle diğer borç ilişkilerinden ayrıldığından ve işçi geçimini işverenden alacağı ücret ile sürdürdüğünden; bununla birlikte, işçinin dinlenme sürelerinin kesintiye uğratılarak iş görmek durumunda bırakılmasını hoş karşılaması beklenemeyeceğinden işçinin bilinçli ve serbest bir irade ile rıza gösterdiğini kabul etmek mümkün değildir<sup>78</sup>.

İşçinin çalışma sürelerindeki artış bakımından rızasının aranması gereken bir husus da, işverenin yönetim hakkı kapsamında tek taraflı olarak sürekli

---

<sup>75</sup> Alpagut, s. 334.

<sup>76</sup> Bu yönde görüş için bkz.: Baycık / Doğan / Yangın / Yay, s. 1708.

<sup>77</sup> Bu yönde görüş için bkz.: Alpagut, s. 331.

<sup>78</sup> Ugan Çatalakaya, s. 747; Aydın / Kutlu, s. 275.

ulaşılabilirliği kararlaştırması ve işçiye çalışma saatleri dışında iş görme borcu yüklemesi halinde olacaktır. Bu halde, çalışma sürelerinin artması çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olarak değerlendirilebilecek ve sürekli ulaşılabilirlik için işçinin İş Kanunu m.22 çerçevesinde rızasının aranması gerekecektir<sup>79</sup>. Bu halde, işçinin değişikliğe rıza göstermesine rağmen sürekli ulaşılabilir olmaması fesih için haklı neden teşkil edecektir<sup>80</sup>. Ancak böyle bir değişiklik yapılmadığı ve işçinin sürekli ulaşılabilirliğe rıza göstermediği diğer tüm hallerde, işçinin dinlenme süreleri içerisinde ulaşılabilir olmaması bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan işverence yapılan feshin haklı bir nedene dayanmadığı kabul edilmelidir<sup>81</sup>.

### C. İşverenin Gözetme Borcu Çerçevesinde Sürekli Ulaşılabilirlik Sorunu

İş Kanunu m.8 ve TBK m.393 uyarınca işçi, iş görme borcunu işverene bağımlı olarak yerine getirir<sup>82</sup>. Bu bağımlılık, iş sözleşmesini iş görme borcu doğuran diğer sözleşmelerden ayıran belirleyici unsur olup “kişisel” bir bağımlılıktır ve işçinin iş görme borcunu yerine getirirken işverenin emir ve talimatlarına göre hareket etmesini, onun iş organizasyonuna tabi olmasını ifade eder<sup>83</sup>. Dolayısıyla, bağımlılık unsuru taraflar arasında hiyerarşik bir ilişkiyi beraberinde getirir ve bu unsur, işverenin yönetim hakkı ile işçinin emir ve talimatlara uyma borcu şeklinde somutlaşır<sup>84</sup>.

İşverenin yönetim hakkı, sözleşmenin varlığından ve bağımlılık

<sup>79</sup> Doğan, Ulaşılama Hakkı, s. 131.

<sup>80</sup> Doğan, Ulaşılama Hakkı, s. 138.

<sup>81</sup> Doğan, Ulaşılama Hakkı, s. 137.

<sup>82</sup> İşçinin işverene bağımlılığı, kendileri hakkında açıkça bir hüküm bulunmayan diğer kanunlar kapsamındaki iş sözleşmeleri de dahil olmak üzere tüm iş sözleşmeleri için geçerlidir. Akyiğit, s. 102.

<sup>83</sup> Sümer, s. 38; K. Ahmet Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, 1.Baskı, Legal Yayıncılık, 2006, s. 81-82; İbrahim Aydın, “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi”, *TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 19(6), 2005, <<https://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1348753913.pdf>>, Erişim Tarihi 2 Nisan 2023, s. 22-23.

<sup>84</sup> Ali Güzel, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, *Prof.Dr.Kemal Oğuzman’a Armağan*, 1997, s. 106; Sevil Doğan, “İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi*, 2016, s. 121; Sevgi Dursun Ateş, *İşverenin Yönetim Hakkı*, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 30. Yargıtay’ın bu yönde kararları için bkz.:Yargıtay 9. HD. E. 2020/8783, K. 2021/4012, T. 16.02.2021; Yargıtay 9. HD., E. 2008/5973, K. 2009/24884, T. 01.10.2009.

unsurundan doğmasının yanı sıra, sözleşmenin devamı için oldukça gereklidir. İş sözleşmesinde iş görme ediminin kapsamını ve iş ilişkisinde uyulacak kuralları tüm detaylarıyla belirlemek mümkün olmadığından, boşluk olan alanlar işverenin yönetim hakkını kullanması ile doldurulur<sup>85</sup>. İşçinin iş görme borcunu yerine getirmesi, işyerinde uyulması gereken davranışlara uygun biçimde hareket etmesi ve işyerinin belirli bir düzen içinde gereği gibi işleyebilmesi; yönetim hakkı çerçevesinde verilen emir ve talimatlar ile sağlanır<sup>86</sup>. Böylece iş sözleşmesinin devamı sırasında ortaya çıkan gereklilikler de karşılanmış olur ve sözleşme ile gerçekleştirilmesi istenen amaca ulaşılması kolaylaşır.

Bağımlılık unsuru, beraberinde işverenin yönetim hakkını getirdiği gibi işverene yüklenen bir gözetim borcunu da getirir. Bilindiği üzere, işçinin işverene kişisel bağımlılığı ve iş görme ediminin kişisel bir edim olması sebebiyle sözleşme süresince işçinin kişilik değerleri ön plandadır. İşçinin bazı kişilik değerleri, her ne kadar sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmak istense de; bağımlılık unsurunun bir sonucu olarak hangi kişilik değerlerinin işverenin yönetim hakkı kapsamında olmadığını tespit etmek oldukça zorlaşmakta ve bu nedenle işveren talimatları ile işçinin kişilik hakları ihlale açık hale gelmektedir<sup>87</sup>. Bu doğrultuda, işçinin aynı zamanda bir “kişi” olduğu da dikkate alınarak kapsamlı bir güvence sağlanması gerekmektedir. Bu noktada, bağımlılık unsurunun bir diğer sonucu ve yönetim hakkının sınırlarından biri olarak işverenin işçiyi gözetme borcu gündeme gelir. İşverenin gözetme borcu, işçinin yönetim hakkının sınırlarından birini oluşturur<sup>88</sup>.

Gözetme borcu; işverenin işçiye iş ilişkisi içerisinde yardımcı olması, onun çıkarlarının zedelenmesine sebebiyet verecek davranışlardan kaçınması, gördüğü iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara karşı önlemler alması olarak ifade edilir<sup>89</sup>. TBK m.417/1’de de, “*İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni*

<sup>85</sup> Sevimli, s. 82; Dursun Ateş, s. 33-34.

<sup>86</sup> Ugan Çatalkaya, s. 734; Güzel, s. 107; Dursun Ateş, s. 32-33.

<sup>87</sup> Emine Tuncay Kaplan, “İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 52(1), 1997, <<https://dergipark.org.tr/pub/ausbf/issue/3109/43029>>, Erişim Tarihi 4 Nisan 2023, s. 372; Ugan Çatalkaya, s. 735-736.

<sup>88</sup> Ugan Çatalkaya, s. 735.

<sup>89</sup> Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 21.Baskı, Beta Yayıncılık, 2021, s. 412; Sümer, s. 89; Sevimli, s. 89.



*sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.”* ifadesi ile bu borç düzenlenmektedir.

İşçinin kişiliğinin korunması; işçinin yaşamının, ruhsal ve bedensel bütünlüğünün, mal varlığının, sağlığının, şeref ve onurunun, saygınlığının, ahlaki değerlerinin ve özel hayatının korunmasını içerir<sup>90</sup>. İşveren, gözetme borcu gereği, işçinin kişiliğine ve haklı menfaatlerine aykırılık teşkil edecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır<sup>91</sup>. Bu davranışlara, teknolojik imkanların işçinin kişilik haklarını ihlal edecek biçimde kullanılması ve kullandırılması da dahildir.<sup>92</sup> Bu bağlamda; işçinin sağlığı üzerinde olumsuz etkilere yol açan ve özel hayatına müdahale teşkil eden sürekli ulaşılabilirlik durumunun önüne geçilmesi, kuşkusuz işverenin gözetme borcunun bir gereğidir<sup>93</sup>. İşveren; teknolojik imkanları çalışma saatleri dışında iş ile ilgili konularla iletişime geçmek için kullanamayacağı gibi, işveren vekilinin veya diğer işçilerin de böyle bir girişimde bulunmasını da engellemekle yükümlüdür<sup>94</sup>.

Görüldüğü üzere Türk hukukunda, işverenin gözetme borcunun kapsamına işçinin ulaşılabilir olmama hakkı da dahildir. Dolayısıyla, çalışma saatleri dışında işçiyle iletişime geçilerek dinlenme sürelerinin kesintiye uğratılması ve işçinin özel yaşam alanına müdahale edilmesi halinde gözetme borcuna aykırılığın varlığı ve işçinin kişilik haklarının ihlali halinde başvurabileceği yollara başvurma imkanının olduğu kabul edilmelidir. İşçiye çalışma saatleri dışında iş ile ilgili meselelere ilişkin olarak ulaşılması, henüz Türk mahkemelerinde bir karara konu olmuş değildir. Bu bakımdan, olası bir uyuşmazlıkta özel hayata müdahalenin nasıl tespit edilmesi ve ne gibi ölçütlerin aranması gerektiği belirsizdir. Fakat müdahaleyi haklı kılan bir sebebin bulunup bulunmadığı, gelen iletişim talebinin işe ilişkin bir hususla ilgili olup olmadığı, işçiden gelen maile veya mesaja dönüş yapmasının ya da bir iş görmesinin beklenip beklenmediği gibi hususların dikkate alınması

<sup>90</sup> Süzek, s. 412-413; Akyiğit, s. 209-211; Emine Tuncay Kaplan, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, *Kamu- İş Hukuku Dergisi*, 7(2), 2003, <<https://www.tuhis.org.tr/pdf/7211.pdf>>, Erişim Tarihi 6 Nisan 2023, s. 2; Yargıtay 22. HD., E. 2012/11485, K. 2013/1396, T. 31.01.2013.

<sup>91</sup> Kaplan, Koruma ve Gözetme Borcu, s. 3

<sup>92</sup> Aydın, s. 35.

<sup>93</sup> Ugan Çatalkaya, s. 745; Süzek, s. 413-414; Alpagut, s. 334; Çankaya, s. 232.

<sup>94</sup> Ugan Çatalkaya, s. 745.

yerinde olacaktır.

İşçinin sürekli ulaşılabilirliği ve özel hayata müdahale ilişkisinde, bir hukuka uygunluk nedeni olarak işçinin rızası üzerinde özellikle durmak gerekir. TMK m.24/2; kişilik hakları saldırıya uğrayanın rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması nedenleriyle kişilik haklarına yapılan saldırının hukuka uygun hale geldiğini açıkça düzenlemiştir. Bu doğrultuda; işçinin sürekli ulaşılabilir olmasına vereceği rızanın, işveren tarafından özel hayatına gerçekleştirilen müdahaleyi haklı kıldığı sonucuna ulaşılabacaktır.

Kişilik haklarına yapılan saldırıyı haklı kılan rıza; hukuka ve ahlaka uygun olan, hak sahibinin hangi hususta rıza gösterdiği konusunda önceden bilgilendirildiği ve aydınlatıldığı, müdahalenin gerçekleşmesinden önce alınan rızadır<sup>95</sup>. İşçinin sürekli ulaşılabilirliğe bu şartlar altında vereceği ve özgür iradesine dayanan rızanın, işçinin işveren karşısındaki konumunu dikkate alan özel bir düzenleme olmadığından, işveren tarafından özel hayatına gerçekleştirilen müdahaleyi haklı kılacağı açıktır<sup>96</sup>. Bununla birlikte, işveren karşısında zayıf konumda olan ve işini kaybetme riskiyle karşı karşıya kalan işçinin vereceği rızanın hukuka uygunluğuna yine de şüpheyle yaklaşmak gerekir. Gerçekten de, sözleşmede işçinin sürekli ulaşılabilir olacağının kararlaştırılması karşısında işçinin ekonomik kaygılarıyla hareket edeceği ve ulaşılabilirliği kabul etmek zorunda kalacağı açıktır.

İşçinin sürekli ulaşılabilir olmasının sözleşme ile kararlaştırılması bakımından rızanın geçerliliğini, işçiden telefonunu sürekli açık tutması gibi bir durumun mu beklendiği yoksa iletişim talebi ile verilecek iş görme talimatının uyulmasının mı beklendiği yönünde bir ayırım yaparak detaylandırmak yerinde olacaktır. Bilindiği üzere, işçinin iş görme borcunu yerine getireceği süre kanundaki emredici kurallar çerçevesinde belirlenen süreler ile sınırlıdır. Sözleşme ile işçinin sürekli olarak ulaşılabilir olacağının beklenmesi ile birlikte bir iş görme talimatına uyulmasının da kararlaştırılması halinde; çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin emredici hukuk kurallarının yalnızca işvereni değil, işçiyi de bağladığı dikkate alınmalı ve işçinin rızasının iş görme borcunu çalışma saatleri dışına doğru genişleten bir hükme vereceği rızaya emredici hukuk kurallarına aykırı olacağı nedeniyle geçerlilik tanınmayacağı

---

<sup>95</sup> Zafer Zeytin / Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku*, 6.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 93.

<sup>96</sup> Sevimli, s. 108.

kabul edilmelidir<sup>97</sup>. İşçiden sürekli ulaşılabilirlik kapsamında bir iş görme ediminin gerçekleştirilmesinin beklenmediği, yalnızca telefonunu sürekli açık tutması gibi bir duruma ilişkin kararlaştırmalarda ise; kısa süreli iletişimler çalışma sürelerden sayılmayacağından, rızanın çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin emredici hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu kabul etmek mümkün olmayacaktır. Bu gibi hallerde, işçinin çalışma saatleri dışında ulaşılabilirliğini doğrudan yasaklayan bir hükmün de bulunmadığı dikkate alındığında, işçinin vereceği rızanın geçerli görülebilme ihtimalinin daha fazla olacağı açıktır.

İşçinin rızası bakımından söz konusu şüphe, işçiye işveren tarafından bir akıllı telefon tahsis edilmesi ve bu telefon ile sürekli ulaşılabilirliğinin beklenmesi halinde de söz konusu olmalıdır. Akıllı telefonun tahsisine ve işçinin bu telefon üzerinden sürekli ulaşılabilir kalacağına ilişkin sözleşmede yer alan kararlaştırmalar bakımından da yukarıdaki açıklamalar geçerli olacaktır<sup>98</sup>. Sözleşmede böyle bir kararlaştırma bulunmaması ve işçiye akıllı telefon tahsis edilmesi halinde de, işçinin sürekli ulaşılabilirliğe rıza gösterdiği ve bu yönde bir yükümlülüğü üstlendiği kabul edilmemeli ve somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılmalıdır<sup>99</sup>. Bu hususta son olarak belirtmek gerekir ki; işyerinde sürekli ulaşılabilirliğin herkes tarafından uyulan bir genel uygulama niteliğinde olması halinde işçinin de rızasının bulunduğu doğrudan kabul etmek de mümkün olmayacaktır<sup>100</sup>.

#### **D. Ulaşılabilir Olmama Hakkının Tanınması Bakımından Çözüm Önerileri**

Türk hukukundaki çeşitli hususlara ilişkin mevcut düzenlemeler çerçevesinde işçiye sürekli ulaşılabilirlik sorunu karşısında kısmi bir ulaşılabilir olmama hakkı yaratılabileceği görülmektedir. Bununla birlikte, hakkı tanıyan özel bir düzenlemenin olmaması sebebiyle işçilerin sürekli ulaşılabilirlik ve bundan kaynaklanan olumsuz sonuçlar karşısında tam anlamıyla korunduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, ulaşılabilir olmama hakkına ilişkin Türk iş hukukundaki eksikliğin giderilmesi amacıyla başvurulabilecek birkaç yola değinmek gerekir.

<sup>97</sup> Alpagut, s. 327-328.

<sup>98</sup> Alpagut, s. 327-328.

<sup>99</sup> Alpagut, s. 327-328.

<sup>100</sup> Ugan Çatalkaya, s. 750.

İşçilere sürekli ulaşılabilir olmama hakkını sağlayabilecek en etkili yol; yakın zamanda birçok ülkenin yaptığı gibi ve Avrupa Birliği'nin çağrısını da dikkate alarak, iş hukuku mevzuatında yapılacak bir değişiklik ile bu hakkın doğrudan yasal olarak tanınması olacaktır. Sürekli ulaşılabilirlik kavramının tanımını, işçiden ulaşılabilir olmasının beklendiği süre sınırını, çalışma saatleri haricinde işçi ile iletişimi haklı kılan hukuka uygunluk nedenlerini ve haksız bir iletişim halinde başvurulacak mekanizmayı açıkça belirten bir düzenlemeye duyulan ihtiyaç açıktır.

İşverenin işçiden sürekli olarak ulaşılabilir olmasını beklemesi ve bu yolla kendisine dinlenme süreleri içerisinde iş gördürmesi halinde, bu durumun işçi bakımından haklı fesih sebebi olarak kabul edildiğinin İş Kanunu'nun ilgili maddelerine eklenmesi de yerinde olacaktır. Aynı şekilde, işçinin dinlenme süreleri içerisinde ulaşılabilir olmamasının işveren tarafından fesih için haklı bir neden teşkil etmediği de belirtilmelidir.

İşçinin sürekli ulaşılabilirliğe geçerli bir rızasının bulunduğu hallerde, gördürülecek iş karşılığında işçiye yaptığı fazla çalışmanın karşılığının ödeneceği yönünde açık bir düzenleme yapılmalıdır. Zira, dinlenme süreleri içerisinde işçiye iş gördürülmesi birçok çalışma biçiminde iş görme borcunun bir uzantısı olarak görülmekte ve işçi yaptığı işin karşılığını alamamaktadır. Özellikle klasik çalışma anlayışı çerçevesinde iş görme borcunu işyerinde getiren işçi, mesai bitiminden sonra iş görme edimini teknolojik iletişim araçları üzerinden yerine getirmeye devam etmekte ve sözleşmede her ne kadar düzenlenmemiş olsa da; uzaktan çalışma ile iç içe geçmiş bir klasik çalışma biçimi ortaya çıkmaktadır.

İşçinin dinlenme süreleri içerisinde teknolojik iletişim araçları vasıtasıyla rahatsız edilmesinin ve ayrıca ona bir işin de gördürülmesinin işçinin ruhsal ve bedensel sağlığı üzerindeki olumsuz etkileri dikkate alınarak, iş sağlığı ve güvenliğini sağlama kapsamında işverene; işçinin ulaşılabilir olmasını önleyecek tedbirler alma yükümlülüğü açıkça düzenlenmelidir. İşveren, işçinin çalışma arkadaşları ve müşteriler tarafından da dinlenme süreleri içerisinde ulaşılabilir olmaması yönünde düzenlemeler kabul etmeli veya Fransa ve Almanya'da olduğu gibi, işçi ile dinlenme sürelerinde kurulabilecek iletişimi engelleyen çeşitli uygulamalara başvurmalıdır.

Sürekli ulaşılabilirlik sorununun özellikle uzaktan çalışan işçiler bakımından ortaya çıktığı dikkate alınarak, uzaktan çalışmaya ilişkin kanun hükümlerinde değişiklik yapılmalı veya Uzaktan Çalışma Yönetmeliği'ne bu

yönde bir madde eklenmelidir. Örneğin; Uzaktan Çalışma Yönetmeliği'nin iletişim yöntemini ve zaman aralığını tarafların belirleyeceği yönündeki düzenlemeyi içeren 10.maddesine, taraflar arasındaki iletişimin işçinin çalışma sürelerini aşacak şekilde kararlaştırılmayacağı yönünde bir düzenleme eklenmesi mümkündür.

Son olarak; işverenler, işçilerin dinlenme hakkına ve özel hayatına saygı duyulması yönünde bilinçlendirilmelidir. Ulaşılabilir olmamanın bir hak olarak kabul edilmesi, henüz bu yönde bir tartışma dahi mevcut olmadığından, uzun bir süre alabileceğinden; işverenler işçilerin sürekli ulaşılabilirliğini engelleyen uygulamaları benimsemeye yönlendirilmelidir. Fransa ve Almanya'da olduğu gibi, işverenlerin ulaşılabilir olmama hakkını işçilere bizzat tanıyabilecekleri dikkate alınmalı ve işverenler bu yönde teşvik edilmelidir.

## SONUÇ

Ulaşılabilir olmama hakkı; işçinin çalışma süreleri dışındaki zaman diliminde akıllı telefon, laptop gibi yeni teknolojik iletişim araçları vasıtasıyla sürekli ulaşılabilir konuma gelmesi ve bu durumun kendisini ruhsal ve bedensel açıdan olumsuz etkilemesi, özel hayatını çalışma hayatı içerisinde yok etmeye başlaması nedeniyle geliştirilmiş bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. İşçinin dinlenme hakkını, kişilik hakları çerçevesinde özel hayatını ve emeğinin sömürülmesini koruyan bu hak, kısa bir süre içerisinde birçok ülkenin düzenlemesine dahil edilmiştir.

İşçiye teknolojik gelişmeler karşısında büyük bir koruma sağlayan ulaşılabilir olmama hakkının temeli, Fransa'da konuya ilişkin verilen mahkeme kararlarına ve Fransa ile birlikte Almanya'da da işverenlerce başvurulmuş sürekli ulaşılabilirliği önleyen uygulamalara dayanmaktadır. Bu ülkelerdeki gelişmeleri takip eden birçok farklı ülke de, yakın zamanlarda işçinin ulaşılabilir olmaması yönünde bir hakkı tanıyarak mevzuatlarına dahil etmiştir. Avrupa Birliği de; uzaktan çalışmanın Covid-19 döneminde yaygınlaşmasıyla birlikte Birlik düzeyinde görünür hale gelen sürekli ulaşılabilirlik sorununu dikkate alarak, ulaşılabilir olmama hakkının tanınması ve üye ülkelerin gerekli adımları atması yönünde çağrıda bulunmuştur.

Türk hukuku, işçinin sürekli ulaşılabilirlik sorunu karşısında henüz bir adım atmış değildir. Bu yönde bir hak mevzuatta yer almadığı gibi, hakkın kabulüne ilişkin herhangi bir girişimde de bulunulmuş değildir. Öğretinin de bu hususu yeterince ele almadığı ve işçinin ulaşılabilir olmama hakkını ele alan çalışmaların oldukça az olduğu görülmektedir. Bu çalışmalarda da,

işçinin ulaşılabilir olmama hakkının işçiyi koruyan mevcut düzenlemeler çerçevesinde söz konusu olup olmadığının tartışıldığı ve hakkın ayrıca tanınması gerektiğinin üzerinde yeterince durulmadığı görülmektedir. Ancak bunların hiçbirini, Türk hukukunun işçiyi sürekli ulaşılabilirlik sorunu ile başa bıraktığı olarak yorumlanamayacaktır.

İş hukuku mevzuatında yer alan ve işçinin çalışma sürelerini sınırlandıran, dinlenme hakkını güvence altına alan, kişilik hakları kapsamında özel hayatını koruyan hukuk kuralları çerçevesinde, işçinin işverence sürekli ulaşılabilir olarak görülmesi ve kendisine dinlenme süreleri içerisinde iş gördürülmesi sonuçsuz kalmamaktadır. Her ne kadar işçiyi dinlenme süreleri içerisinde ulaşılmasını tamamen yasaklayan ve yaptırıma bağlayan hükümler olmasa da; işçiyi ulaşılarak kendisine bir iş gördürüldüğü takdirde işçinin, işverenden belirli maddi taleplerde bulunması veya özel hayatının ihlal edildiği gerekçesiyle kişilik haklarının ihlali halinde işletilebilecek mekanizmalara başvurabilmesi ya da sözleşmeyi feshedebilmesi mümkündür. Yine de, mevcut düzenlemelerin işçiyi ulaşılabilir olmama hakkının sağlanması yönünde yeterli olmadığını belirtmek gerekir.

İşçinin ulaşılabilir olmama hakkını açıkça tanıyan, ulaşılabilirliğin sınırlarını belirleyen, çalışma saatleri dışında işçiyi ulaşmayı haklı kılacak hukuka uygunluk nedenlerini sınırlı biçimde ele alan, hakkın ihlali halinde başvurulabilecek hukuki yolu ve uygulanacak yaptırımları gösteren bir düzenlemenin iş hukuku mevzuatına dahil edilmesi şarttır. Ayrıca, işçilere çalışma arkadaşları ve müşteriler tarafından ulaşılmasını engelleyen bir işveren yükümlülüğünün de tanınması gerekmektedir.

**KAYNAKÇA**

- Akyiğit E, *İş Hukuku*, 14.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Alpagut G, “Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimi Ulaşılabilirlik”, Ender Demir/Beste Gemici Filiz (Ed.), *Prof. Dr. Turhan Esener III. Uluslararası İş Hukuku Kongresi*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 317-340.
- Arıcı K, *Türk İş Hukuku- I Ferdi İş İlişkileri Hukuku*, 1.Baskı, Gazi Kitabevi, 2022.
- Avogaro M, “Right to Disconnect: French and Italian Proposals For a Global Issue”, *Law Journal of Social an Labor Relations*, 4(3), 2018, <<https://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/article/view/164>>, Erişim Tarihi 18 Mart 2023, s. 110-129.
- Aydın U / Kutlu M, “The Right to Disconnect: Lessons From Europe and Turkish Labour Law”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(2), 2020, <<https://jurix.com.tr/article/22081>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2023, s. 261-280.
- Aydınlı İ, “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi”, *TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 19(6), 2005, <<https://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1348753913.pdf>>, Erişim Tarihi 2 Nisan 2023, s. 21-42.
- Baycık G / Doğan S / Dulat Yangın D / Yay O, “COVID 19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespitler ve Öneriler”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 3(70), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ct/issue/71784/1155067>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2023, s. 1683-1728.
- Von Bergen CW, Bressler M, “Work, Non-Work Boundaries and the Right to Disconnect”, *Journal of Applied Business and Economics*, 21(2), 2019, <<https://articlegateway.com/index.php/JABE/article/view/1454>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2023, s. 51-69.
- Bressler M / Proctor T.L. / Von Bergen C.W, “On the Grid 24/7/365 and the Right to Disconnect”, *Employee Relations Law Journal I*, 45(2), 2019, <[https://www.researchgate.net/publication/335058028\\_On\\_the\\_Grid\\_247365\\_and\\_the\\_Right\\_to\\_Disconnect](https://www.researchgate.net/publication/335058028_On_the_Grid_247365_and_the_Right_to_Disconnect)>, Erişim Tarihi 18 Mart 2023, s. 3-20.

- Chiuffo F.M., “The “Right to Disconnect” or “How to Pull the Plug on Work””, *4th Labour Law Research Network Conference*, Pontificia Universidad Católica de Valparaiso, 2019, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3422283](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3422283)>, Erişim Tarihi 10 Mart 2023.
- Çankaya Y, İş İlişkisinde İşçinin Özel Yaşamının Gizliliği, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Ugan Çatalkaya D, “Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence Ulaşılabilir Olmama Hakkı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74(2), 2016, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/29863/322633>>, Erişim Tarihi 17 Mart 2023, s. 734-755.
- Doğan S, “Dijitalleşmenin Çalışma Yaşamına Etkisi: İşçinin Ulaşılmamama Hakkı”, Kübra Doğan Yenisey/Seda Ergüneş Emrağ (Ed.), *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar IV*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 109-144.
- Doğan S, İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2016.
- Dursun Ateş S, *İşverenin Yönetim Hakkı*, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Eurofound: The rise in telework: Impact on working conditions and regulations, Luxembourg, 2022, <<https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2022/the-rise-in-telework-impact-on-working-conditions-and-regulations>>, Erişim Tarihi 26 Mart 2023.
- Güzel A, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, *Prof.Dr.Kemal Oğuzman’a Armağan*, 1997, s. 83-126.
- Kaufmann M, Deutsche Konzerne kämpfen gegen den Handy-Wahn, Spiegel Online, 17 Şubat 2017, <<https://www.spiegel.de/karriere/erreichbar-nach-dienstschluss-massnahmen-der-konzerne-a-954029.html>>, Erişim Tarihi 20 Mar 2023.
- Lerouge L / Pons F.T., “Contribution to the study on the ‘right to disconnect’ from work. Are France and Spain examples for other countries and EU law?”, *European Labour Law Journal*, 13(3), 2022, <<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/20319525221105102>>, Erişim Tarihi 17 Mart 2023, s. 450-465.
- Maier N, *Erweiterte berufsbezogene Erreichbarkeit: Lösungsvorschläge*



*zum Gesundheits- und Persönlichkeitsschutz*, Springer Vieweg, 2019, <<https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-658-23470-6>>, Erişim Tarihi 20 Mart 2023.

McCann FitzGerald LLP, Right to Disconnect - What does it mean for Employers?, 10 Haziran 2021, <https://www.mccannfitzgerald.com/knowledge/employment/right-to-disconnect-what-does-it-mean-for-employers> Erişim Tarihi 5 Ekim 2023.

Ornstein D/ Collins E. C. / Glassberg J, More Countries Consider Implementing a “Right to Disconnect”, *International Labour and Employment Law*, 2019, <https://www.internationallaborlaw.com/2019/01/29/more-countries-consider-implementing-a-right-to-disconnect/#page=1> Erişim Tarihi 5 Ekim 2023.

Pangert B / Pauls N / Schüpbach H, *Die Auswirkungen arbeitsbezogener erweiterter Erreichbarkeit auf Life-Domain-Balance und Gesundheit, baua: Bericht*, Druck & Verlag Kettler GmbH, 2016, <<https://www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Berichte/Gd76.html>>, Erişim Tarihi 13 Mart 2023.

Pansu L, “Evaluation of ‘Right to Disconnect’ Legislation and Its Impact on Employee’s Productivity”, *International Journal of Management and Applied Research*, 5(3), 2018, <[https://www.researchgate.net/publication/328564339\\_Evaluation\\_of\\_'Right\\_to\\_Disconnect'\\_Legislation\\_and\\_Its\\_Impact\\_on\\_Employee's\\_Productivity](https://www.researchgate.net/publication/328564339_Evaluation_of_'Right_to_Disconnect'_Legislation_and_Its_Impact_on_Employee's_Productivity)>, Erişim Tarihi 22 Mart 2023, s. 99-119.

Ramos M.P, “The right to disconnect – or as Portugal calls it – the duty of absence of contact”, *Global Workplace Law&Policy*, 09 Mart 2022, <<http://global-workplace-law-and-policy.kluwerlawonline.com/2022/03/09/the-right-to-disconnect-or-as-portugal-calls-it-the-duty-of-absence-of-contact/?output=pdf>>, Erişim Tarihi 26 Mart 2023.

Rheinische Post: Andrea Nahles, “Eine Anti-Stress-Verordnung ist mein Ziel”, 26 Ağustos 2014, <<https://www.bundesregierung.de/breg-de/bundeskanzler/-eine-anti-stress-verordnung-ist-mein-ziel--634380>>, Erişim Tarihi 24 Mart 2023.

Schuchart U, “Ständige Erreichbarkeit - Arbeitszeit Light vs. Recht auf Unerreichbarkeit”, *Arbeit und Recht*, 64 (8/9), 2016, <<https://www.jstor.org/stable/i24912716>>, Erişim Tarihi 13 Mart 2023, s. 341-343.

- Secunda, P. M., The Employee Right to Disconnect, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 9(1), 2019, <<https://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol9/iss1/3/>>, Erişim Tarihi 22 Mart 2023.
- Sevimli K. A, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2006.
- Strobel H, Auswirkungen von ständiger Erreichbarkeit und Präventionsmöglichkeiten, iga.Report, 2016, <[https://aok-bv.de/imperia/md/aokbv/verbraucher/gesundheitstipps/iga-report\\_23\\_teill.pdf](https://aok-bv.de/imperia/md/aokbv/verbraucher/gesundheitstipps/iga-report_23_teill.pdf)>, Erişim Tarihi 12 Mart 2023.
- Stuart K, German Minister Calss for Anti-Stress Law Ban on Emails Out of Office Hours, *GUARDIAN*, 24 Ağustos 2014. <<https://www.theguardian.com/technology/2014/aug/29/germany-antistress-law-ban-on-emails-out-of-office-hours>>, Erişim Tarihi 24 Mart 2023.
- Sümer H. H., *İş Hukuku*, 26.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Süzek S, *İş Hukuku*, 21.Baskı, Beta Yayıncılık, 2021.
- Tuncay Kaplan E, “İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 52(1), 1997, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3109/43029>>, Erişim Tarihi 4 Nisan 2023, s. 367-386.
- Tuncay Kaplan E, İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı, *Kamu-İş*, 7(2), 2003, <<https://www.tuhis.org.tr/pdf/7211.pdf>>, Erişim Tarihi 6 Nisan 2023, s. 2-16.
- Turlan F.F, A legal right to switch off from work, Eurofound, 2014, <<https://www.eurofound.europa.eu/tr/publications/article/2014/france-a-legal-right-to-switch-off-from-work>>, Erişim Tarihi 20 Mart 2023.
- Vasagar J, Out of Hours Working Banned by German Labour Ministry, *TELEGRAPH*, 30 Eylül 2013, <<https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/germany/10276815/Out-of-hours-working-banned-by-German-labour-ministry.html>>, Erişim Tarihi 20 Mart 2023.
- Vogelsang H, “Pausen und Ruhezeiten”, *Arbeitsrechts-Handbuch von Günter Schaub*, C.H. Beck, 2021.
- Vos, Marc de: Work 4.0 and the future of labour law, 22 Temmuz 2018,

<<https://ssrn.com/abstract=3217834>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2023.

Weber T, Right to disconnect: Legal provisions and case examples, Eurofound, 2020. <<https://euagenda.eu/upload/publications/untitled-300936-ea.pdf>>, Erişim Tarihi 18 Mart 2023.

Workplace Relations Commission, Code Of Practice For Employers And Employees On The Right To Disconnect, <[https://www.workplacerelations.ie/en/what\\_you\\_should\\_know/codes\\_practice/code-of-practice-for-employers-and-employees-on-the-right-to-disconnect.pdf](https://www.workplacerelations.ie/en/what_you_should_know/codes_practice/code-of-practice-for-employers-and-employees-on-the-right-to-disconnect.pdf)>, Erişim Tarihi 5 Ekim 2023.

Yurtseven F, Ausgewählte Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der ständigen Erreichbarkeit von Arbeitnehmern durch ihren Arbeitgeber, Weil am Rhein 2020. <<https://osnadocs.ub.uni-osnabrueck.de/handle/urn:nbn:de:gbv:700-202011193759>>, Erişim Tarihi 12 Mart 2023.

Zeytin Z / Ergün Ö, *Türk Medeni Hukuku*, 6.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.



**KAMU HUKUKU >>**

BOŞ

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

**BİTİŞİK BÖLGEDE UYGULANAN HUKUKİ REJİM VE KIYI  
DEVLETİNİN YETKİLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ**  
THE LEGAL REGIME AND THE LEGAL NATURE OF THE  
JURISDICTION EXERCISED OVER THE CONTIGUOUS ZONE

Berat Lale AKKUTAY\* 

**ÖZET**

[-10.34246/ahbvuhfd.1399882](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1399882) 

*Geleneksel anlamda bitişik bölge kıyı devletinin, karasularına bitişik ancak açık denizlerin parçası olarak kabul edilen bir deniz alanında, kara ülkesi ve karasularındaki gümrük, maliye, göç ve sağlığa ilişkin hukuk kurallarının ihlallerini önleme ve cezalandırma hususunda uygulama yetkileri kullandığı bir deniz alanı olarak kabul edilmiştir. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) ve Su Altı Kültürel Mirasın Korunmasına İlişkin UNESCO Sözleşmesi'nin kabul edilmesinin ardından ise yalnızca su kütlesinde kullanılabilen uygulama yetkilerine kültürel mirasın korunması bakımından deniz yatağı ve toprak altı da dahil edilmiş ve bu alanlarda uygulama yetkilerinin yanında düzenleme yetkilerinin kullanılabilmesinin önü açılmıştır. Bu makalede bitişik bölgenin ve bu bölgede kullanılan yetkilerin hukuki niteliği, arkeolojik bitişik bölge kavramı da dikkate alınarak çok taraflı sözleşmeler, bölgesel andlaşmalar ve devlet uygulamaları çerçevesinde incelenmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası deniz hukuku, Bitişik bölge, Arkeolojik bitişik bölge, Su altı kültürel miras, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi.

**ABSTRACT**

*Traditionally contiguous is defined as a marine space adjacent to the territorial waters and a part of the high seas in which the coastal state may exercise enforcement*

\* **Doç. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı /ANKARA, **e-posta:** berat.akkutay@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-9538-2077, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1399882.

- Atıf Şekli | **Cite As:** Akkutay B. L., "Bitişik Bölgede Uygulanan Hukuki Rejim ve Kıyı Devletinin Yetkilerinin Hukuki Niteliği", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s.273-322
- İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



*jurisdiction to prevent and punish infringement of its customs, fiscal, immigration, and sanitary laws and regulations within its territory and territorial sea. Following the adoption of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) and the UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage the scope of jurisdiction is extended to seabed and subsoil concerning the protection of cultural heritage and in these areas, the way has been paved for the application of legislative jurisdiction as well as enforcement jurisdiction. This article analyzes the legal status of the contiguous zone and the legal nature of the jurisdiction exercised in this zone within the framework of multilateral conventions, regional treaties and state practice taking into account the concept of archaeological contiguous zone.*

**Keywords:** *International law of the sea, Contiguous zone, Archaeological contiguous zone, Underwater cultural heritage, UNCLOS.*

### **EXTENDED ABSTRACT**

*This article aims to define, analyze, and evaluate the legal nature of the contiguous zone and the archaeological contiguous zone. Traditionally contiguous zone is a marine space beyond the territorial sea under which the coastal state has limited enforcement powers concerning the prevention or punishment of the breach of its laws and regulations on the customs, fiscal, immigration, and sanitary in its territory or territorial waters.*

*The early claims of states concerning contiguous zone began in England in the 18th century to prevent smuggling activities and have been developing since then both in national practice and international conventions. According to Article 24 of the Geneva Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, the coastal state may extend this maritime zone to twelve miles from the baselines. On the other hand, the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) has extended the twelve-mile limit to twenty four miles in Article 33.*

*Articles 24 and 33 created the same rule concerning the legal regime and the nature of rights of the coastal states in the contiguous zone. The spatial scope of the contiguous zone is water column adjacent to the territorial waters and the material scope of the jurisdiction of the coastal states is to exercise the control necessary to prevent or punish the infringement of its customs, fiscal, immigration, or sanitary laws and regulations within its territory or territorial sea. The recent state practice indicates that most of the contiguous zone claims have been following these principles.*

*While the legal concept of the contiguous zone has been established in international law in a traditional sense there has been a striking development after the adoption of Article 303/2 of the UNCLOS. The Article states that in order to control traffic in archaeological and historical objects, the coastal state may apply Article 33, presuming that their removal from the seabed in its contiguous zone without its approval would result in an infringement within its territory or territorial sea of the*



laws and regulations referred to in that article. Although the complicated wording of Article 303/2 it is obvious that the spatial scope of the contiguous zone is expanded after the adoption of the UNCLOS.

Another crucial development on the issue is the adoption of the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage in 2001. (2001 UNESCO Convention) Article 8 of the Convention states that “.....in accordance with Article 303, paragraph 2, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, States Parties may regulate and authorize activities directed at underwater cultural heritage within their contiguous zone.” While Article 303/2 only refers to the enforcement powers of the coastal states in the contiguous zone Article 8 adds legislative powers to the enforcement powers. Thus a total reading of both articles leads to a new state practice with respect to the contiguous zone.

Regional arrangements such as the European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage, Protocol concerning Specially Protected Areas and Biological Diversity in the Mediterranean accepted under the Barcelona Convention and Protocol to the Convention for the Protection and Development of the Marine Environment of the Wider Caribbean Region Concerning Specially Protected Areas and Wildlife have also articles regulating the legislative powers of the coastal states in marine protected areas including underwater cultural heritage.

The state practice with respect to the archaeological contiguous zone and the legal regime exercised by the coastal states are also important to determine the approach to the related articles of the aforementioned conventions as well as the formation of international customary law. Unilateral state practice may be found in domestic legislation, decisions of governments, and judiciary bodies. Amongst them the legislation on the maritime zones and cultural heritage sets guiding rules. It must also be remembered that several states claim archaeological contiguous zone and exercise legislative powers in this maritime area. Although the customary international law status of archaeological contiguous zone is debatable there seems to be a tendency in the practice of states towards the inclusion of the legislative powers with respect to the cultural heritage in the seabed and subsoil even over the areas contiguous zone is not declared.

## GİRİŞ

Uluslararası kamu hukukunun en eski ve en dinamik dallarından biri olan uluslararası deniz hukukuna<sup>1</sup> hakim olan açık denizlerin serbestisi ve egemenlik ilkeleri doğrultusunda, denizler çeşitli bölgelere ayrılmıştır. Devletin

<sup>1</sup> Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, Third Edition, Cambridge University Press, 2019, s. 3.

ülkesi olarak kabul edilen deniz alanları ile kıyı devletlerine belirli egemen hakların bahşedildiği deniz alanları ancak bu iki ilkenin uzlaştırılabilmesi ile idare edilebilir. Uluslararası deniz hukukuna hakim olan uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ile andlaşma hükümleri de esas itibariyle bu iki ilkenin uzlaştırılması çabaları sonucu ortaya çıkan hukuk kurallarıdır.

İçsular, karasuları ve takımda suları devletin deniz ülkesini oluştururken söz konusu deniz kuşaklarının ötesinde kıyı devletinin belirli egemen haklara sahip olduğu uluslararası deniz alanları bulunur. Günümüz uluslararası hukuk düzenlemeleri ve uygulaması çerçevesinde söz konusu deniz alanları bitişik bölge, balıkçılık bölgesi, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgedir.

Devletin belirli egemen haklara sahip olduğu deniz alanlarından bitişik bölge, geleneksel anlamıyla kıyı devletinin karasularının ötesinde korunmasını istediği birtakım menfaatlerle ilgili sınırlı uygulama yetkileri kullandığı bir deniz alanıdır.<sup>2</sup> Bununla birlikte Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) ve daha sonra Su Altı Kültürel Mirasın Korunmasına İlişkin UNESCO Sözleşmesi'nin kabul edilmesiyle birlikte kıyı devletinin bitişik bölgedeki yetkilerinin dönüşüm geçirdiği ve uygulama yetkileri yanında düzenleme yetkisinin de mevcudiyeti tartışılmaya başlanmıştır.

Bu çalışmada bitişik bölgede uygulanan hukuki rejim ve kıyı devletinin bu alanda kullandığı yetkilerin niteliği Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi öncesi ve sonrası dönem olarak incelenmiş, arkeolojik bitişik bölge kavramının ortaya çıkması ve su altı kültürel mirasın korunmasına ilişkin düzenlemelerin kabul edilmesiyle birlikte hukuki niteliği değişen bitişik bölge kavramı ve bu doğrultuda gelişen devlet uygulamaları ayrıca değerlendirilmiştir.

## **I. KARASULARI VE BİTİŞİK BÖLGE SÖZLEŞMESİ ÖNCESİ DÖNEM**

Bitişik bölge kavramı kıyı devletlerinin genellikle gümrük ve maliye konusundaki yasal düzenlemelerine ilişkin yetkilerini kullanabilmek ve bazı durumlarda da güvenliklerini koruyabilmek için karasularının ötesinde kalan açık deniz alanlarına dair ortak iddialarıyla ortaya çıkan ve gelişen bir kavramdır.<sup>3</sup> Bitişik bölgeye dair ilk iddialar XVIII. ve XIX. yüzyıllarda

<sup>2</sup> Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt*, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1968, s. 419.

<sup>3</sup> Hugo Caminos, "Contiguous Zone", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*,

İngiltere’de *Hovering Act* adı verilen yasalarda yer alır. Söz konusu düzenlemeler esas olarak deniz yoluyla kaçakçılığı önleme ve gümrük ve maliyeye ilişkin hukuk kurallarının ihlallerinin cezalandırılmasıyla ilgilidir.<sup>4</sup> Zira İngiltere’ye kaçak mal sokmak isteyen gemiler, normal yollarla limanlara ulaşmak yerine kıyılarda dolaşarak veya demirleyerek bunun için en uygun anı kolluyordu.<sup>5</sup> İngiltere’nin söz konusu uygulamalarına benzer şekilde ABD de 1800’lü yıllardan itibaren bu konuda çeşitli yasal düzenlemeler kabul etmiş, XIX. Yüzyılın sonları ve XX. Yüzyılın başlarında da pek çok devlet kabul ettiği hukuki düzenlemelerle özellikle güvenlik ve gümrük kontrolü amaçlarıyla karasularının ötesindeki deniz alanlarında bir takım iddialarda bulunmuştur.<sup>6</sup> Bitişik bölge iddialarının ortaya çıktığı dönemlerde kıyı devleti, kaçakçılıkla mücadele amacıyla açık denizlere doğru mümkün olduğunca geniş bir alanda yetkiler kullanabiliyordu zira bu dönemlerde karasularının genişliği meselesi belirsizdi.<sup>7</sup> Dolayısıyla bu tarihlerde tam anlamıyla bir bitişik bölge kavramı ortaya çıkmamış, ilgili alan devletin gümrük ve güvenlik konusunda yetkiler kullanabildiği genişletilmiş karasuları biçiminde kabul edilmiştir.<sup>8</sup> Karasuları sınırlarının 3 mil olarak uygulanması hususunun Anglo Amerikan hukukuna da girmesiyle birlikte *Hovering* düzenlemelerinin söz konusu sınırların ötesinde uygulanmasıyla ilgili şüpheler oluşmaya başlamıştır. XIX. Yüzyılda hem Anglo Amerikan hem de kıta Avrupalı bazı uluslararası hukukçular karasularındaki yetki ile gümrük ve güvenliğe ilişkin yetkilerin kullanıldığı deniz alanlarının birbirinden ayrı alanlar olduğu fikrini ortaya atmıştır.<sup>9</sup> Bununla birlikte devletlere karasularının ötesinde bir takım idari yetkilerin tanınmasının hukuki zemini hususunda farklı görüşler ileri

2011, www.mpepil.com, Erişim Tarihi 01 Nisan 2012, para. 2.

<sup>4</sup> Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, 2. Kitap*, 12. Baskı, Turhan, 2021, s. 359; Caminos, para. 3.

<sup>5</sup> Mehmet Gönlübol, *Barış Zamanında Sahil Sularının (Karasuları ve Bitişik Bölge) Hukuki Statüsü*, Ajans Türk Matbaası, 1959, s. 181.

<sup>6</sup> Bitişik bölge kavramının tarihsel gelişimine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Charles Chrozat, “Devletler Hukukunda Bitişik Mıntika Mefhumu”, İstanbul Hukuk Fakültesi Profesörleri ve Doçentleri Tarafından, *Devletler Hususi Hukuku Ordinaryüs Profösörü Muammer Raşit Seviş’e Armağan*, İsmail Akgün Matbaası, 1956, s.533-562; A.V. Lowe, “Development of the Concept of the Contiguous Zone”, *British Yearbook of International Law*, 52(1), 1982, s. 109-169; D.P. O’Connell, *The International Law of the Sea, Volume II*, I.A. Shearer (Ed.), Clarendon Press, 1984, s. 1034-1045; Gönlübol, s. 179-200.

<sup>7</sup> O’Connell, s. 1035.

<sup>8</sup> Meray, s. 419.

<sup>9</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. O’Connell, s. 1043-1044

sürülmüştür. Bazı yazarlar karasularının ötesindeki bu alanın mevcudiyetine dair hukuki gerekçelerini kıyı devletinin idari yetkilerinden ziyade meşru müdafaa hakkına dayandırmış, bazıları kıyı devletinin söz konusu alandaki yetkilerinin iç hukuk düzenlemelerinden kaynaklandığını ve yabancı devletler ve gemilerin bu düzenlemelere uygun hareket etmek zorunda olmadığını ifade etmiş; bazı yazarlar yabancı devletlerin, kıyı devletlerinin bu alanlardaki yetkilerine uygun hareket ederek bu konuda uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının oluştuğunu belirtmiş ve bazıları da kıyı devletinin bu alanlardaki yetkilerinin ancak uluslararası anlaşmalarla söz konusu olabileceğini iddia etmiştir.<sup>10</sup>

Esasında bitişik bölge kavramı, XIX. Yüzyılda yaygın olarak uygulanan üç millik karasuları sınırının kıyı devletinin münhasıran yetki sahibi olduğu azami genişlik olması ve İngiltere, ABD ve Fransa'nın bu alanların ötesindeki gümrük kontrollerinin hukuken açıklanabilmesi zarureti nedeniyle ortaya çıkmış zamanla diğer devletlerin uygulamaları da bu yönde gelişmiştir.<sup>11</sup> Oppenheim, kıyı devletlerinin yetkilerinin ulusal hukuk kuralları doğrultusunda açık denizlere doğru uzanmakta olduğunu ve bir asırdan fazla bir zamandır diğer devletlerin itirazıyla karşılaşmayan bir uygulamanın meydana gelmesi suretiyle karasuları dışında kalan alanlarda devletlere sağlık ve maliye konularında yetkiler veren bir devletler hukuku kuralının oluştuğunu belirtir.<sup>12</sup>

Uluslararası hukukta bitişik bölge ayrı bir müessese olarak 1920'li yıllardaki kodifikasyon çalışmalarında kabul edilmiştir. Uluslararası Hukuk Derneğinin 1924 yılındaki taslak metninde ilk kez bitişik bölge (*zone contiguë*) terimi kullanılmış<sup>13</sup>, kıyı devletinin sağlık ve gümrük konularındaki düzenlemelerine ilişkin üç milin ötesindeki deniz alanlarındaki denetleme yetkisi kabul edilmiş<sup>14</sup>; Amerikan Uluslararası Hukuk Enstitüsü, devletin yetkisine dair hazırladığı taslak metinde herhangi bir mesafe kriteri öngörmeden sağlık ve gümrüğe ilişkin düzenlemelerin uygulanabilmesi ve

<sup>10</sup> Bitişik bölge kavramının hukuki zeminine ilişkin doktrindeki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Chrozat, s. 535-537; O'Connell, s. 1045; Lowe, s.140-141.

<sup>11</sup> Bitişik bölgeye ilişkin erken dönem devlet uygulamalarına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Lowe, s. 111-140 ve 147-164; O'Connell, s. 1045-1052; Caminos, para. 6-7.

<sup>12</sup> L. Oppenheim, *International Law: A Treatise, Vol I*, edited by H. Lauterpacht, 7th Edition, Longmans Green and Co., 1948, s. 449'dan aktaran Chrozat, s. 537.

<sup>13</sup> O'Connell, s. 1053, dn. 150.

<sup>14</sup> O'Connell, s. 1053.

güvenlik gerekçesiyle karasularına ilave bir deniz alanı öngörmüş<sup>15</sup>; Alman Uluslararası Hukuk Derneği üç milin ötesinde üç millik bir idari bölgede (*verwaltungszone*) gümrük ve seyrüsefer denetimi için kolluk kuvvetleri oluşturulabileceğini belirtmiştir.<sup>16</sup> Uluslararası Hukuk Enstitüsü ise 1928 yılında Stockholm’de kabul ettiği karasuları hakkındaki taslak metinde, kıyı devletinin karasularına bitişik ilave bir bölgede tarafsızlık, gümrük, sağlık ve balıkçılık konusunda güvenliğini sağlayacak gerekli önlemleri alabileceğini belirtilmiştir.<sup>17</sup> Harvard Hukuk Fakültesi tarafından yürütülen araştırma çerçevesinde hazırlanan karasularına ilişkin taslak metinde ise kıyı devleti, karasularına bitişik açık deniz alanlarında gümrük, seyrüsefer, sağlık ve zabıtaya ilişkin hukuk kurallarının uygulanabilmesi için gerekli önlemleri alabilir.<sup>18</sup>

La Haye Kodifikasyon Konferansı’nda karasularının genişliği meselesi ele alınırken kıyı devletinin, kara ülkesi ya da karasularında gümrük ve sağlık konularındaki hukuki düzenlemelerinin ihlali ve yabancı gemilerin kıyı devletinin güvenliğine müdahalesini engellemek amacıyla karasularına bitişik olarak açık denizlerde belirli bir mesafeye kadar kıyıdan itibaren 12 millik bir denetleme alanının kabul edilmesi meselesi tartışılmıştır. Konferans’ta karasularının genişliği meselesinin çözülememesine bağlı olarak bitişik bölge konusunda da bir sonuca varılamamıştır.<sup>19</sup>

Devletlerin bitişik bölgeye ilişkin ilk uygulamalarında, doktrinde bu dönemde ortaya çıkan görüşlerde ve uluslararası kodifikasyon çalışmalarında bitişik bölge kavramı konusunda herhangi bir uzlaşımın sağlanamamasının temelinde karasuları ve dolayısıyla bitişik bölge genişliğinin belirsizliğinin yanında kıyı devletinin bu bölgede hangi konularda yetkili olduğuna dair belirsizlik de yatar. Nitekim erken dönem bitişik bölge uygulamalarında dikkat çeken önemli bir husus gümrük, sağlık, göç, balıkçılık ya da güvenlik

<sup>15</sup> American Institute for International Law, Project No. 12, Jurisdiction, Article 12. Metin için bkz. *American Journal of International Law Special Supplement*, 20, s. 324.

<sup>16</sup> O’Connell, s. 1053.

<sup>17</sup> Chrozat, s. 539; Caminos, para. 11.

<sup>18</sup> Draft Conventions and Comments on Territorial Waters Prepared by the Research in International Law of the Harvard School, Article 20. Metin için bkz. *American Journal of International Law Special Supplement*, 23, 1929, s. 245.

<sup>19</sup> *League of Nations Acts of the Conference for the Codification of International Law, The Hague*, 13 March-12 April 1930, Vol. I, Plenary Meetings, LoN Doc. C.351.M.145.1930.V, s. 123-126; s. 134-137.

gibi konularda ayrı bölgelerin ihdas edilmiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle bitişik bölge, karasularından farklı biçimde, kullanılacak yetkinin konusuna göre bölünmüştür. Farklı ulusal hukuk düzenlemeleri çerçevesinde örneğin, Türkiye'nin gümrük konusunda 4 millik, güvenlik ve balıkçılık konusunda ise 3'er millik uygulamaları olmuş; İtalya'nın ise aynı hususlarda sırasıyla 12, 10 ve 7 millik uygulamaları söz konusu olmuştur.<sup>20</sup>

## II. KARASULARI VE BİTİŞİK BÖLGE SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE BİTİŞİK BÖLGE

Uluslararası deniz hukukunu düzenleyen 1958 Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri'nin taslakları Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından hazırlanmıştır. Bitişik bölge nihai olarak Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin (KBBS) 24. maddesinde düzenlenmiş olsa da UHK'nın hazırlık aşamasında açık denizlere dair taslak metnin önce 4. daha sonra ise 66. maddelerinde düzenlenmiştir. O dönemdeki anlayış çerçevesinde bu yaklaşım doğrudur zira Komisyon tarafından da ifade edildiği üzere bitişik bölge, karasularına bitişik bir açık deniz kuşağıdır ve kıyı devletinin bu bölgedeki denetleme yetkileri, bu yetkilerin tatbik edildiği deniz alanının hukuki statüsünü değiştirmez.<sup>21</sup>

Bazı yazarlar bitişik bölgenin, Açık Denizler Sözleşmesi yerine KBBS'de düzenlenmiş olmasını, bu alanın asıl fonksiyonuna dair görüşün altını çizdiğini zira bitişik bölgenin kıyı devletinin hak ve yetkilerinin korunduğu ve hukuki düzenlemelerinin uygulandığı karasularına ilave bir deniz alanı olduğunu belirtir.<sup>22</sup> Oysa bitişik bölgenin KBBS'de yer almasını "usuli bir kaza" olarak değerlendirenler de mevcuttur.<sup>23</sup> Konferans tutanakları incelendiğinde söz konusu tespitin haklılığı ortaya çıkar. Zira Hindistan delegesi, açık denizlere ilişkin maddeler üzerinde çalışan İkinci Komite'nin tüm maddeleri onayladığını ancak karasuları ve bitişik bölge üzerine çalışan Birinci Komite'de hala üzerinde uzlaşamayan hükümler olduğunu ifade etmiş bu nedenle

<sup>20</sup> 1958 Cenevre Sözleşmeleri'nden önceki bölünmüş bitişik bölge uygulamalarına ilişkin bkz. Gönülbol, s. 209-225.

<sup>21</sup> *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, Vol. II, Commentary to Article 66, s. 294, para. 1. (*Yearbook of International Law Commission*, ILC *Yearbook* olarak kısaltılacaktır.) Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan raporlar ve ilgili belgeler için bkz. <https://legal.un.org/ilc/>, Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.

<sup>22</sup> Donald R. Rothwell; Tim Stephens, *The International Law of the Sea*, Second Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2016, s. 81.

<sup>23</sup> O'Connell, s. 1056.

Birinci ve İkinci Komite'nin ilgi alanına giren hususların ayrı sözleşmelerde düzenlenmesi önerisini sunmuştur.<sup>24</sup> Bu öneri Birinci Komite tarafından kabul edilmekle ve İngiltere delegesi Sir Gerald Fitzmurice ayrı sözleşmeler fikrine karşı olmamakla birlikte bitişik bölgeyi düzenleyen 66. maddenin açık denizleri düzenleyen bir sözleşmede yer alması gerektiğini aksi halde bitişik bölgenin bir tür genişletilmiş karasuları biçiminde anlaşılabilirliğini nitekim söz konusu maddenin UHK taslaklarında da açık denizlere uygulanacak rejime ilişkin kısımda yer aldığını, bu nedenle 66. maddenin, Birinci Komite tarafından sonuçlandırılacak andlaşmaya eklenmesi hususunun oylanmasını teklif etmiş ancak bu teklif kabul edilmemiştir.<sup>25</sup> Sonuç olarak pratik nedenlerden dolayı komitelerin ilgilendiği meselelerin ayrı andlaşmalarda düzenlenmesine dair Hindistan önerisi kabul edilmiş<sup>26</sup> ve ABD'nin 24 Nisan 1958 tarihli önerisi<sup>27</sup> ile nihai biçimini alan bitişik bölgeye dair hüküm,<sup>28</sup> bir parçasını oluşturduğu açık denizlerden, sözleşme sistematığı çerçevesinde koparılmış ve karasuları ile ilişkilendirilerek<sup>29</sup> KBBS'nin 24. maddesindeki yerini almıştır.<sup>30</sup> Bu bakımdan 24. maddede yer alan “açık denizin karasularına bitişik bir bölgesinde kıyı devleti...” ifadesi dikkat çekicidir.

Bitişik bölgede kıyı devletinin yetki sahibi olduğu konular UHK çalışmaları ve Konferans görüşmelerinde çeşitli kereler tadil edilmiştir. Söz

<sup>24</sup> Official Records of the United Nations Conference on the Law of The Sea, Vol. II, Summary Record of the 20th Plenary Meeting, 27 April 1958, India, s. 69, para. 54. Birinci Deniz Hukuku Konferansı'na ilişkin belgeler için bkz. [https://legal.un.org/diplomaticconferences/1958\\_los/](https://legal.un.org/diplomaticconferences/1958_los/), Erişim Tarihi 10 Ekim 2023 (Birinci Deniz Hukuku Konferansı UNCLOS I biçiminde kısaltılacaktır.)

<sup>25</sup> UNCLOS I, Vol. II, Summary Record of the 20th Plenary Meeting, 27 April 1958, UK, s. 69, para. 61, 64; s. 70, para. 75.

<sup>26</sup> UNCLOS I, Vol. II, Summary Record of the 20th Plenary Meeting, 27 April 1958, s. 70, para. 76.

<sup>27</sup> UNCLOS I, Vol. II (Plenary Meetings), DOCUMENT A/CONF.13/L.31 United States of America: proposal, 24 April 1958, s. 126.

<sup>28</sup> ABD'nin önerisi 60 kabul, 0 red ve 13 çekimser oyla kabul edilmiştir. Bkz. UNCLOS I, Vol. II, Summary Records of the 14th Plenary Meeting, 25 April 1958, s. 40, para 64.

<sup>29</sup> O'Connell, s. 1056.

<sup>30</sup> *Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone*, Geneva, 29 April 1958, United Nations Treaty Series, Vol. 516, No. 7477, p. 205. United Nations Treaty Series (Birleşmiş Milletler Andlaşmalar Serisi) için bkz. <https://treaties.un.org/> (Erişim Tarihi: 10.10.2023) Bununla birlikte UHK'da bitişik bölgenin sınırlarının belirlenebilmesi için karasularının genişliğinin de tespit edilmesi gerektiğini dolayısıyla bitişik bölgenin açık denizler rejimine dair taslak maddeler yerine karasuları ile bağlantılı olarak ele alınmasına dair görüşler de mevcuttur. Bu konuda bkz. *ILC Yearbook*, 1954, Vol. I, 210th Meeting, s. 166, François, para. 30; Amado, para. 35; *ILC Yearbook*, 1953, Vol. II, s. 220, para. 106.

konusu değişikliklerin temel nedeni bitişik bölge konusundaki yetkilerin konu bakımından genişletilmesine dair iddialarla kıyı devletinin bu bölgedeki yetkilerinin hukuki niteliğine ilişkindir. Hukuki nitelik bakımından kuramsal ayırım çok kesindir. Kıyı devleti karasularında, egemenliğinden kaynaklanan tüm inhisari hak ve yetkileri kullanabilirken bitişik bölgede sınırlı ve spesifik denetim yetkileri mevcuttur. Ancak yetkilerin hukuki niteliğine dair bu kuramsal ayırım, kıyı devletinin her iki deniz alanında ilgili yetkileri kullanması usulü bakımından herhangi bir fark içermez. Şöyle ki karasularında kaçakçılığın önlenmesi yetkisi devlet egemenliğinden kaynaklanırken bitişik bölgede bu yetki uluslararası hukuktan kaynaklanır ancak kıyı devleti bitişik bölge ya da karasuları olması fark etmeksizin kaçakçılıkla mücadele yetkisini aynı biçimde kullanır ve failer aynı müeyyidelere tabidir. Başka bir ifadeyle bu yetki karasularında tam bitişik bölgede ise kısmi uygulanan bir yetki değildir.<sup>31</sup>

II. Dünya Savaşı'nın ardından devlet uygulamalarında, karasularının ötesindeki deniz alanlarında balıkçılık yetkisi iddiaları ortaya çıkmıştır. UHK'nın, 1958 Cenevre Sözleşmeleri'nin hazırlık safhasındaki ilk toplantılarında balıkçılığın korunması ve bitişik bölge kavramlarını birbirine bağlansa da<sup>32</sup> 1951 tarihli taslağın 4. maddesinde kıyı devletine, bitişik bölgede gümrük, maliye ve sağlık hususlarında denetleme yetkileri verilmiş,<sup>33</sup> Komisyon'un 11 Haziran 1956 tarihli toplantısında bitişik bölgeye dair taslak maddeye yabancı balıkların avlanması konusunda makul bir mesafe getirilmesine dair öneri<sup>34</sup> ise destek bulamamıştır.<sup>35</sup> Komisyon'un nihai taslak metninde kıyı devletine bitişik bölgede münhasır balıkçılık hakları verilmesi hususunda devletler arasında bir uzlaşma bulunmadığı ifade edilmiştir.<sup>36</sup> Komisyon'da, bitişik bölgede canlı kaynakların muhafazası açısından kıyı devletinin gerekli önlemleri alma yetkisinin eklenmesine dair öneriler de kabul edilmemiştir. Zira bitişik bölge açık denizlerin bir parçasıdır ve halihazırda 66. maddenin de yer aldığı açık denizlerde uygulanan rejime ilişkin taslak maddelerde ilgili düzenlemeler mevcuttur. Dolayısıyla bitişik

<sup>31</sup> Bu konuda bkz. *ILC Yearbook*, 1956 Vol. I, 349th Meeting, Padillo-Nervo, s. 76-77, para. 8-9.

<sup>32</sup> Chrozat, s. 548.

<sup>33</sup> *ILC Yearbook*, 1951, Vol II, s. 144. Balıkçılık konusundaki açıklama için bkz. para. 4.

<sup>34</sup> *ILC Yearbook*, 1956, Vol. I, 364th Meeting, s. 183, para. 3.

<sup>35</sup> *ILC Yearbook*, 1956, Vol. I, 364th Meeting, s. 183-185, para. 3-29.

<sup>36</sup> *ILC Yearbook*, 1956, Vol. II, Commentary to Article 66, s. 295, para. 5.



bölgeye ilişkin hükme, canlı kaynakların korunmasına dair ilaveler yapılması andlaşma taslağında ve buna bağlı olarak andlaşmada tekrarlara neden olacağı gerekçesiyle kabul edilmemiştir.<sup>37</sup> 1958 yılında gerçekleştirilen Birinci Deniz Hukuku Konferansı'nda bu konunun, canlı kaynakların idaresine ilişkin gereklilikler dikkate alınarak ayrıca ele alınmasına karar verilmiştir.<sup>38</sup>

Komisyon'un 1953 yılındaki 210. toplantısında KBBS'nin 24. madde taslağı ana hatları ile ortaya çıkmıştır. Bu kez göç meselesi de taslağa eklenmiştir.<sup>39</sup> Ancak 1956'daki nihai taslakta kıyı devletinin göç konusundaki denetleme yetkileri metinden çıkarılmıştır. Komisyon'a göre göç yalnızca ülkeye göçü (*immigration*) değil aynı zamanda ülke dışı göçü de (*emigration*) kapsamına almaktadır ancak kıyı devletinin söz konusu yetkisi kara ülkesinde uygulanabilir ve kıyı devletlerinin menfaatleri bakımından bitişik bölgede bu yetkileri kullanmasını gerektiren özel haklara ihtiyaç bulunmamaktadır.<sup>40</sup> Söz konusu gerekçe, bitişik bölgede kıyı devletinin göçe ilişkin denetleme yetkilerini kullanmasının gerekli olmadığı iddiasını açıklamaktan uzaktır. Bununla birlikte bu gerekçenin alt yapısının esasen İngiltere'nin nihai taslak maddelerden hemen önceki itirazından kaynaklandığı sonucuna varmak çok da makul olmayan bir çıkarım değildir. Zira İngiltere, söz konusu madde bakımından göçün kapsamında hem ülkeye hem de ülke dışına göçün yer almasından dolayı kıyı devletine, örneğin siyasi mültecilerin ülkeden ayrılmasını önleme yetkisinin de verileceğini belirtmiştir.<sup>41</sup> Nihai taslaktaki değişikliğe rağmen Birinci Deniz Hukuku Konferansı'nın 21 Nisan 1958 tarihli 58. Toplantısında, Seylan'ın önerisi doğrultusunda, "göç" ifadesinin 66. maddeye eklenmesi kabul edilmiştir.<sup>42</sup>

Komisyon toplantılarında bitişik bölgede kıyı devletinin yetkilerinin genişletilmesine dair bir diğer öneri de güvenlik konusunun metne ilave edilmesi olmuş<sup>43</sup> gerekçe olarak da 1930 La Haye Konferansı'nda hazırlanan taslaklarda bu ifadenin yer alması gösterilmiş ayrıca bitişik bölgedeki

<sup>37</sup> *ILC Yearbook*, 1956, Vol. II, Commentary to Article 66, s. 295, para. 6.

<sup>38</sup> Caminos, para. 8.

<sup>39</sup> *ILC Yearbook*, 1953, Vol I, 210th Meeting, s. 169, para. 67.

<sup>40</sup> *ILC Yearbook* 1956 Vol. II, Commentary to Article 66, s. 295, para. 7.

<sup>41</sup> *ILC Yearbook* 1956, Vol. II, A/CN.4/99/Add. 1, s. 88.

<sup>42</sup> UNCLOS I, Vol. III, 58th Meeting, 21 April 1958, s. 182, para. 21.

<sup>43</sup> Polonya'nın bu konudaki önerisi için bkz. UNCLOS I, Vol. III, DOCUMENT A/CONF.13/C.1/L.78 Poland: proposal, 29 March 1958, s. 232.

güvenlik meselesinin, bireysel güvenlikten müşterek güvenliğe kaydığı ifade edilmiştir.<sup>44</sup> Bu öneri güvenlik teriminin anlamının müphem olması ve ucu açık uygulamalara neden olacağı gerekçesiyle kabul edilmemiş, güvenlikten kastedilen meşru müdafaa hakkı ise bu hakkın zaten açık denizlerde bile söz konusu olan, devlet egemenliğine mündemiç bir hak olduğunu dolayısıyla hükme ilavesine gerek olmaması nedeniyle eleştirilmiştir.<sup>45</sup> Komisyon'un nihai taslak metninde aynı gerekçelerle ve meşru müdafaa hakkı bakımından uluslararası hukukun genel ilkeleri ve BM Şartı'na atıfta bulunularak güvenlik ifadesinin 66. madde hükmünde bulunmama gerekçesi izah edilmiştir.<sup>46</sup>

UHK'nın KBBS ile sonuçlanan taslaklarında bitişik bölgeye dair maddede yer alan önleme yetkisine ilave edilen bir diğer husus da cezalandırma yetkisidir. Buna göre kıyı devleti, kara ülkesi ve karasularında, gümrük, maliye göç ve sağlık konularındaki düzenlemelerinin ihlalini cezalandırmak için gerekli olan denetimleri uygulayabilir.<sup>47</sup> İngiltere söz konusu ifadenin taslaktan çıkarılmasını istemiştir zira kıyı devletinin bitişik bölgede önleyici denetim yetkilerinden başka yetkileri kabul edilemez.<sup>48</sup> İngiltere'nin bu itirazı, bitişik bölgenin UHK görüşmelerinde açık denizlerin bir parçası olarak kabul edilmesi ve devletin münhasır egemenliği altında değil denetleme yetkilerinin bulunduğu bir alan olması nedeniyle cezai yargı yetkisinin meseleye dahil edilmesinin, söz konusu deniz alanının niteliğine en azından o dönem bakımından uygun olmadığı anlayışından kaynaklanır. Bununla birlikte söz konusu itiraz kabul edilmemiş, cezalandırma yetkisi KBBS'de yerini almıştır.

Komisyon ilk taslaklarından itibaren bitişik bölgenin sınırları hususunda 12 millik bir genişlik öngörmüştür. Bununla birlikte sahillerden itibaren 12 mil ifadesi, karasularının ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren 12 mil biçiminde yeniden düzenlenmiştir. Komisyon'un bu düzenlemesi yerindedir zira sahillerden itibaren ifadesi tam bir kesinlik içermezken, esas hatlardan itibaren bir mesafe kriterinin getirilmesi başlangıç noktası bakımından daha objektif bir ölçüt ortaya koymuştur.<sup>49</sup> Bununla birlikte devletlere azami 12 millik bitişik bölge ilan etme yetkisi, karasularına dair mesafenin henüz

<sup>44</sup> *ILC Yearbook*, 1956, Vol. 1, 349th Meeting, Garcia-Amador, s. 78, para. 29.

<sup>45</sup> *ILC Yearbook*, 1956, Vol. I, 349th Meeting, Fitzmaurice, s. 79, para. 38.

<sup>46</sup> *ILC Yearbook*, 1956, Vol. II, Commentary to Article 66, s. 295, para. 4.

<sup>47</sup> *ILC Yearbook*, 1953, Vol I, 210th Meeting, s. 169, para. 67.

<sup>48</sup> *ILC Yearbook* 1956, Vol. II, A/CN.4/99/Add. 1, s. 88.

<sup>49</sup> *ILC Yearbook*, 1956 Vol. II, Commentary to Article 66, s. 295, para. 10.

belirlenmemesi nedeniyle eleştirilmiştir. Zira bitişik bölgenin sınırlarının belirlenebilmesi öncelikle karasularının genişliğinin kesinleştirilmesine bağlıdır.<sup>50</sup> Bitişik bölgenin esas hatlardan itibaren 12 mille sınırlandırılması, karasularının 12 milin altında olduğunun zımnen kabulü anlamına gelmektedir. Komisyon nihai taslak metninde, karasularının genişliğine dair bir uzlaşımın oluşturulamadığını yine de bitişik bölgenin 12 milden daha geniş olamayacağını, çok geniş karasuları iddialarında bulunan devletlerin bu konuda daha mütevazı uygulamaları olan devletler dikkate alındığında bitişik bölgeye ihtiyaçları olmadığını ifade etmiştir.<sup>51</sup> Bu bakımdan UHK'nın bitişik bölgeyi 12 mille sınırlandırarak karasularının azami genişliğini de fiilen sınırladığı ve karasularına dair çok geniş uygulamaları hukuk kuralına dönüştürmek istemediği sonucu ortaya çıkmaktadır.

UHK bitişik bölgeye dair yorumunda, taslak maddelere hakim olan ilkelerin devletlerin genel uygulamalarına dayandığını, uluslararası hukukta, bir devletin karasularına bitişik olan bir deniz alanında belirli bir takım konular bakımından koruyucu, önleyici ya da cezalandırıcı yetkilerini kullanmasını yasaklayan bir kural olmadığını, devletlerin bu tür sınırlı yetkiye dayalı uygulamalarına diğer devletlerce itiraz edilmediğini belirtmiştir.<sup>52</sup> Komisyon'un bu tespiti dikkate alındığında, 1930 La Haye Kodifikasyon Konferansı dönemine dek olan süreçten farklı olarak uluslararası hukukta bitişik bölge hem uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının hem de KBBS'de yer alması nedeniyle ahdi hukukun bir parçasını oluşturur. Dolayısıyla 1958 öncesi dönemde hukuki mesnedi ve kesinliği hususunda tartışmalar bulunan bitişik bölgenin genel uluslararası hukuktaki mevcudiyeti kesinlik kazanmıştır.

Daha önce ifade edildiği üzere, UHK'nın nihai taslak maddede açık deniz rejimine dair kısımda 66. maddenin 1/a fıkrasına, Birinci Deniz Hukuku Konferansı'nda Seylan tarafından yapılan öneriyle göç ifadesi eklenmiş, UHK taslağında yer almayan ve yine söz konusu devletin önerisiyle, karşılıklı ve/veya yanyana komşu kıyıdaş devletlerarasında bitişik bölgenin sınırlandırılması hususu 3. fıkra olarak önerilmiş<sup>53</sup> ve söz konusu ilavelerle

<sup>50</sup> *ILC Yearbook*, 1953, Vol. I, 210th Meeting, s. 165-169. Özellikle bkz. Cordova, para. 25; Spiropoulos, para. 59; ALFARO, para. 60.

<sup>51</sup> *ILC Yearbook*, 1956 Vol. II, Commentary to Article 66, s. 295, para. 9.

<sup>52</sup> *ILC Yearbook*, 1953, Vol. II, s. 220, para. 106; *ILC Yearbook*, 1956 Vol. II, Commentary to Article 66, s. 294, para. 1.

<sup>53</sup> Official Records of the United Nations Conference on the Law of The Sea, Volume II: Plenary Meetings, DOCUMENT A/CONF.13/L.31 United States of America: proposal, 24 April

birlikte bitişik bölgeye dair hüküm 1958 Cenevre Kararları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 24. maddesindeki nihai biçimini almıştır.

### **III. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER DENİZ HUKUKU SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE BİTİŞİK BÖLGE**

Bitişik bölge, Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı neticesinde kabul edilen Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin<sup>54</sup> (BMDHS) 33. maddesinde düzenlenir. Madde KBBS'nin 24. maddesinden türetilmekle birlikte aşağıda inceleneceği üzere her iki madde arasında bir takım farklar mevcuttur.

Konferans görüşmeleri sırasında İkinci Komite'nin ilgi alanında olan bitişik bölgeye dair ilk tartışmalar 1974 yılındaki ikinci dönemde yapılmıştır. Komite'nin 9. toplantısındaki tartışmalar esas olarak Deniz Yatağı Komitesi'nin 1973 tarihli raporundaki taslağa dayanır. KBBS'nin 24. maddesinden farklı olarak ilgili taslakta açık deniz ifadesi ile sınırlandırmaya ilişkin 3. fıkra yer almamaktadır. Ayrıca bitişik bölgenin genişliği tartışılmak üzere boş bırakılmıştır.<sup>55</sup> Söz konusu toplantıda bitişik bölgeye dair tartışmalar esas olarak yeni deniz hukuku anlayışı çerçevesinde ortaya çıkan münhasır ekonomik bölge (MEB) kavramı ve 12 millik kararları genişliğine dair temayül nedeniyle bitişik bölge kavramına ihtiyaç olup olmaması temelinde yapılmıştır.<sup>56</sup>

Komite görüşmelerinde, MEB'in kabulü ile birlikte bitişik bölgenin gereksiz olduğu, her iki kavramın da aynı sosyo-ekonomik temele ve aynı

---

1958, s. 126; Official Records of the United Nations Conference on the Law of The Sea, Volume II, Summary records of the 14th Plenary Meeting, 25 April 1958, s. 40, para. 64. ABD'nin 66. maddenin 3. fıkrasına dair önerisi, daha önce Yugoslavya tarafından verilen öneriye dayanır. Bkz. Official Records of the United Nations Conference on the Law of The Sea, Volume III (First Committee (Territorial Sea and Contiguous Zone)), DOCUMENT A/CONF.13/C.1/L.54, Yugoslavia: proposal, 26 March 1958, s. 226.

<sup>54</sup> *United Nations Convention on the Law of the Sea*, Montego Bay, 10 December 1982, United Nations Treaty Series, Vol.1833, No. 31363, p. 397.

<sup>55</sup> Official Records, 28th Session Supplement No. 21 (A/ 9021), General Assembly, Report of the Committee on the Peaceful Uses of the Sea-Bed and the Ocean Floor Beyond the Limits of National Jurisdiction, Vol. IV, United Nations, New York, 1973, s. 47. Metin için bkz. <<https://digitallibrary.un.org/record/725193>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.

<sup>56</sup> Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Vol. II, A/CONF.62/C.2/SR.9 Summary records of meetings of the Second Committee 9th meeting, 19 July 1974, s. 121. (Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı, UNCLOS III biçiminde kısaltılacaktır.) Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı'na ilişkin belgeler için bkz. <[https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973\\_los/](https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/)> Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.

amaca dayandığı gibi görüşler ileri sürülmüştür.<sup>57</sup> Ancak Komite üyelerinin önemli bir kısmının da ifade ettiği gibi MEB karasularının ötesindeki bir alanda doğal kaynakların araştırılması, kullanılması ya da işletilmesiyle ilgiliyen bitişik bölgede belirli konularda kıyı devletine denetleme yetkileri verilmektedir.<sup>58</sup> Bazı devletler de bitişik bölge kavramını desteklemekte birlikte bu bölgeye ilişkin farklı genişlik önerileri sunmuştur. Örneğin yukarıda sözü edilen taslaktaki boşluğu Hindistan 30 mil olarak doldurmayı önermiş<sup>59</sup>, Mısır halihazırda 6 millik bir bitişik bölge uyguladığını ifade etmiştir.<sup>60</sup>

Bitişik bölgeye dair tartışmalar Komite'nin 31. toplantısında da devam etmiş, sonuç olarak kıyı devletinin bitişik bölgede sahip olduğu yetkilerin MEB'deki haklardan farklı olduğu belirtilerek yeni oluşturulan sözleşmede de bitişik bölgenin varlığını devam ettirmesinde bir sakınca görülmemiştir.<sup>61</sup> Bununla birlikte bitişik bölgenin genişliği hakkında farklı görüşler ortaya atılmıştır. Doğu Avrupa'da yer alan sosyalist devletlerin KBBS'nin 24. maddesini tekrar eden önerisi karşısında<sup>62</sup> aynı grupta yer alan Doğu Almanya, kıyı devletinin 12 millik karasuları uygulaması halinde bitişik bölgeye ihtiyaç olmadığını, bitişik bölgenin 12 mil altında karasuları için söz konusu olduğunu aksi durumun seyrüsefer serbestisi ve uluslararası ulaşımı etkileyeceğini ifade etmiştir.<sup>63</sup> Aynı toplantıda Honduras 18 millik, Bahreyn ise karasularının ötesinde 12 millik bir genişliği savunmuştur.<sup>64</sup>

İkinci Komite'de, içerisinde daha ziyade Arap devletlerinin bulunduğu 14 devletin önerisi dikkat çekicidir. Bu öneride bitişik bölge, MEB'in içinde

<sup>57</sup> UNCLOS III, 9th meeting, Vol. II., 1974, s.122, United Republic of Cameroon, para. 16; Lebanon, para. 22.

<sup>58</sup> UNCLOS III, 9th meeting, Vol. II, s. 121-122, India para. 3; Indonesia, para. 4; Iraq para. 11; Kuwait para. 21; Nigeria para. 23; Spain para. 24.

<sup>59</sup> UNCLOS III, 9th meeting, Vol. II, 1974, s. 121, India para. 3.

<sup>60</sup> UNCLOS III, 9th meeting, Vol. II, 1974, s. 121, Egypt, para. 8.

<sup>61</sup> Satya N. Nandan; Shabtai Rosenne, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary, Volume II*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, 1993, s. 270.

<sup>62</sup> UNCLOS III, Vol. III, DOCUMENT A/CONF.62/C.2/L.27, 29 July 1974, Byelorussian Soviet Socialist Republic, Bulgaria, Czechoslovakia, German Democratic Republic, Hungary, Mongolia, Poland and Union of Soviet Socialist Republics: Draft article on the contiguous zone, s. 205.

<sup>63</sup> UNCLOS III, Vol. II, A/CONF.62/C.2/SR.31, Summary records of meetings of the Second Committee 31st Meeting, 7 August 1974, s. 234 German Democratic Republic, para. 34.

<sup>64</sup> UNCLOS III, Vol. II, A/CONF.62/C.2/SR.31, Summary records of meetings of the Second Committee 31st Meeting, 7 August 1974, s. 234-235, Honduras para. 40; Bahrain, para. 46.

düşünülmüş ve kıyı devletine karasularının ötesindeki MEB’de belirli bir genişliğe kadar (öneride genişlik kısmı boş bırakılmıştır) gümrük, maliye, sağlık ve göç konularında denetleme yetkileri öngörülmüştür.<sup>65</sup>

İkinci Komite’nin çalışmalarında ortaya çıkarılan taslağın 48, 49 ve 50. maddelerinde, bitişik bölge meselesi sırasıyla genişlik, sınırlandırma ve kıyı devletinin bölgedeki yetkileri bağlamında ele alınmıştır.<sup>66</sup> 48. maddeye ilişkin iki alternatifin ilkinde genişlik esas hatlardan itibaren 12 mil olarak öngörülürken, diğer alternatif karasuları genişliğini 12 mil olarak kabul ederek bitişik bölge için 12 milin üzerinde bir genişlik öngörmüş ancak mesafe belirtilmemiştir.<sup>67</sup> Yan yana ve karşılıklı komşu kıyıdaş devletler arasında bitişik bölgenin sınırlandırılmasına dair taslak 49. maddede, KBBS’nin 24/3. maddesi tekrar edilmiştir.<sup>68</sup> Kıyı devletinin yetkilerine dair taslak 50. maddenin ilk alternatifinde 24/1. madde hükmü aynı biçimde kaleme alınmış; ikinci alternatifte ise bitişik bölge MEB içinde ele alınmıştır. Her iki alternatifte de kıyı devletinin ilgili bölgedeki yetkileri gümrük, maliye, sağlık ve göçe ilişkindir.<sup>69</sup> Konferans’ın 1975 yılında hazırlanan metninde yer alan bitişik bölgeye dair taslak 33. madde<sup>70</sup> çok küçük değişikliklerle BMDHS’nin 33. maddesi olarak kabul edilmiştir.

BMDHS’nin 33. maddesi ile KBBS’nin 24. maddesi arasındaki en önemli fark, 24. maddenin ilk fıkrasında yer alan “açık denizlerdeki bir bölge” ifadesinin 33. madde hükmünde bulunmamasıdır. UHK taslaklarında karasularındaki hakların genişletilmesinden duyulan endişe nedeniyle önemle üzerinde durulan bitişik bölgenin açık denizlerin bir parçası olduğuna dair ilkesel kural, MEB kavramının ve buna ilişkin kuralların yeniden düzenlenen

<sup>65</sup> UNCLOS III, Vol. III, DOCUMENT A/CONF.62/C.2/L.78 Egypt, Honduras, India, Iran, Kuwait, Liberia, Libyan Arab Republic, Mexico, Morocco, Oman, Qatar, Saudi Arabia, United Arab Emirates and Yemen: Draft article on the economic and contiguous zone, 23 August, 1974, s. 239.

<sup>66</sup> UNCLOS III, Vol. III, A/CONF.62/L. 8/Rev.1, Annex II, Appendix I, 17 October 1974, s. 115.

<sup>67</sup> UNCLOS III, Vol. III, A/CONF.62/L. 8/Rev.1, Annex II, Appendix I, 17 October 1974, s. 115, Provision 48, Formula A, Formula B.

<sup>68</sup> UNCLOS III, Vol. III, A/CONF.62/L. 8/Rev.1, Annex II, Appendix I, 17 October 1974, s. 115 Provision 49.

<sup>69</sup> UNCLOS III, Vol. III, A/CONF.62/L. 8/Rev.1, Annex II, Appendix I, 17 October 1974, s. 115 Provision 50.

<sup>70</sup> UNCLOS III, Vol. IV, A/CONF.62/WP.8/PartII, Informal single negotiating text, part II, s. 157.

uluslararası deniz hukukunda kabul görmesi nedeniyle BMDHS’de yer alamamıştır. Zira Konferans’ta, MEB’deki su tabakasının hukuki statüsü meselesi, Sözleşme’nin herhangi bir hükmünde açık denizlerin tanımına dair bir ifade bulunmaması temelinde tartışılmıştır.<sup>71</sup> MEB ve bitişik bölgeyi aynı anda uygulayan devletler bakımından söz konusu yaklaşım kabul edilebilir zira MEB su tabakasında canlı ve cansız doğal kaynaklar üzerinde hak ve yetkiler vermesi nedeniyle açık deniz rejiminden ayrılır. Bitişik bölge, karasularına bitişik olduğundan ve MEB de esas hatlardan itibaren ölçüldüğünden MEB içinde kalan bir bitişik bölgenin açık denizlerin bir parçasını oluşturduğunu ifade etmek tartışmaya açık olabilir. Bununla birlikte MEB ilan etmeyen devletler bakımından bitişik bölgenin açık deniz rejimine tabi olduğunu ve bu bölgedeki su tabakasında kıyı devletine sınırlı denetim yetkileri verildiği hususunun unutulmaması gerekir.

KBBS’nin 24. maddesi ile BMDHS’nin 33. maddesi arasındaki bir diğer önemli fark, 33. maddede, 24/3. maddede düzenlenen sınırlandırmaya ilişkin hükmün yer almamasıdır. Söz konusu fıkranın 33. maddede bulunmamasını, bitişik bölge, MEB sınırları içinde kalacağından, bir sınırlandırma meselesi ortaya çıktığında bunun MEB’in sınırlandırılmasına dair hükümler uyarınca çözüleceği biçiminde yorumlayan yazarlar mevcuttur.<sup>72</sup> Bu yorum, kıyı devletinin MEB iddialarında bulunmayıp yalnızca bitişik bölge ilan etmesi durumunda sınırlandırma meselesinin ne şekilde çözüleceğini açıklamaktan uzaktır. Yan yana ve karşılıklı komşu kıyıdaş devletler arasında bitişik bölgenin sınırlandırılmasının gerekli olmadığı zira söz konusu deniz alanında kıyı devletine su tabakasında verilen yetkilerin doğal kaynaklar üzerinde belirli egemen hakları kapsamadığını dolayısıyla iki veya daha fazla devletin bitişik bölge alanları çakışsa dahi iki devletin aynı alanda gümrük, maliye, sağlık ve göç konusunda denetleme yetkilerini kullanabileceği belirten görüşler de mevcuttur.<sup>73</sup> Ancak söz konusu yaklaşım eleştiriye muhtaçtır. Bitişik bölgede denetim yetkisi, aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, yalnızca açık denizlerden karasularına girmek amacıyla hareket eden gemiler için değil bir devletin içsularından ya da karasularından çıkan gemiler için de söz konusudur. Bu bakımdan bitişik bölgeleri çakışan iki devletten herhangi birinin gemi ya da içindekiler üzerinde denetim yetkisi uygulayabileceğini

<sup>71</sup> Nandan; Rosenne, s. 273.

<sup>72</sup> R. R. Churchill; A. V. Lowe, *The Law of the Sea*, Third Edition, Juris Publishing, Manchester University Press, 1999, s. 136.

<sup>73</sup> Nandan; Rosenne, s. 273-274.

iddia etmek uluslararası hukukun temel ilke ve kurallarına aykırılık teşkil eder. Zira ihlalleri gerçekleştiren yabancı gemiler üzerindeki denetim yetkisi, bitişik bölgeleri çakışan devletlerden herhangi birine değil, kara ülkesinde ya da karasularında, gümrük, maliye sağlık ya da göçe ilişkin kural ve düzenlemeleri ihlal edilen devlete aittir. Nitekim Yugoslavya, BMDHS'yi onaylarken bitişik bölgenin sınırlandırılması meselesinin KBBS'nin 24/3. maddesinde kodifiye edilen uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına tabi olduğunu beyan etmiştir.<sup>74</sup> Söz konusu hükmün örf ve adet hukukunun bir parçası olup olmadığına dair tartışmalar bir yana, andlaşmalar hukuku çerçevesinde, en azından KBSS'ye taraf devletler bakımından, BMDHS'nin diğer uluslararası andlaşmalarla ilişkisini düzenleyen 311. maddesinin 1. ve 2. fıkraları<sup>75</sup> kapsamında uygulanırılığını devam ettirdiği açıktır.<sup>76</sup>

Her iki madde arasındaki bir diğer önemli fark ise 24/2. maddede esas hatlardan itibaren en fazla 12 mil olarak kabul edilen bitişik bölgenin 33/2. madde ile azami 24 mil olabilmesi hususudur. 24. ve 33. maddeler arasındaki bu fark şaşırtıcı değildir zira 1958 Cenevre Sözleşmeleri'nin hazırlık aşamasında karasuları genişliği ile ilgili genel uygulamalar 12 milin altında iken Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı'nda 12 millik bir temayül oluşmuş ve BMDHS'Nin 3. maddesinde kıyı devletlerinin karasularını azami 12 mile kadar tespit edebileceği belirtilmiştir. Deniz hukukundaki gelişmelere paralel olarak bitişik bölgenin esas hatlardan itibaren 24 mile kadar uzatılabileceği kabul edilmiştir. Bu durumu bir 12+12 mil olarak düşünmemek gerekir zira devletlerin karasuları genişliği ve ihtiyaçları doğrultusunda bitişik bölgenin genişliği değişiklik arz edebilir. Buradaki temel nokta bitişik bölgenin

<sup>74</sup> Sırbistan'ın beyanı için bkz. <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXI6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=en#4](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=en#4)>, Erişim Tarihi 16 Ekim 2023. Sırbistan andlaşmaya halef olurken söz konusu deklarasyonu teyit etmiştir. Bkz. Serbia ve 4 numaralı not.

<sup>75</sup> Madde 311: “Diğer Uluslararası Sözleşme ve Andlaşmalarla İlişkiler: 1. İşbu Sözleşme, Taraf Devletler arasında, deniz hukuku hakkında 29 Nisan 1958 Cenevre Sözleşmeleri yerine geçecektir. 2. İşbu Sözleşme, kendisine aykırı olmayan ve diğer Taraf Devletlerin Sözleşme dolayısıyla elde ettikleri haklardan yararlanmalarına ve Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmelerine halel getirmeyen diğer andlaşmalardan doğan hak ve yükümlülüklerini herhangi bir şekilde değiştirmeyecektir.” Çeviri için Bkz. Aydoğan Özman, *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*, İstanbul Deniz Ticaret Odası, Yayın No:5, Temel Matbaası, İstanbul, 1984.

<sup>76</sup> 1958 Cenevre Sözleşmeleri ile BMDHS arasındaki ilişkiyi düzenleyen 311. maddenin yorumuna ilişkin bkz. Myron Nordquist; Shabtai Rosenne and Louis B. Sohn eds., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary, Volume V*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, s. 242, 243.



esas hatlardan itibaren azami 24 millik bir mesafeye dek uzanabilmesidir. BMDHS'nin kabulünden önce ve sonra bitişik bölgenin genişliği hususunda farklı uygulamalar olmakla birlikte son yıllardaki devlet uygulamaları BMDHS'nin 33. maddesine uygun biçimde karasularının ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren en fazla 24 mildir.<sup>77</sup>

#### IV. BİTİŞİK BÖLGEDE UYGULANAN HUKUKİ REJİM

Geleneksel anlamda bitişik bölge karasularına bitişik bir deniz alanında, kıyı devletine yalnızca su tabakası üzerinde belirli konularda denetim yetkileri verir. Kıyı devletinin, bitişik bölge uygulamasına ilaveten bir MEB ilanı yoksa bu bölgedeki su tabakası, avlanma serbestisi seyrüsefer serbestisi ve deniz altı kablo boru döşeme serbestisi bakımından açık deniz rejimine tabidir. Başka bir ifadeyle tüm devletlerin bu bölgede sayılan hak ve yetkileri devam eder. MEB ilanı söz konusu olmasa da kıta sahanlığının *ipso facto* ve *ab initio* bir hak olması nedeniyle kıyı devletinin bitişik bölgenin altındaki deniz yatağı ve toprak altındaki canlı ve cansız doğal kaynaklar üzerinde egemen hakları varlığını devam ettirir. Kıyı devletinin hem bitişik bölge hem de MEB uygulamaları söz konusu olursa bitişik bölgenin statüsü MEB uygulaması nedeniyle değişmez. Ancak BMDHS uyarınca bitişik bölge, esas hatlardan itibaren en fazla 24, MEB ise 200 mil mesafeye kadar uzatılabileceğinden bitişik bölge MEB içinde kalacaktır. Kıyı devletinin bitişik bölgeyi içine alan alanlarda su tabakası, deniz yatağı ve toprak altındaki canlı ve cansız doğal kaynaklar üzerindeki egemenliği, bitişik bölge için tanınan yetkilerden değil

<sup>77</sup> Ekim 2023 itibariyle bitişik bölge iddiasında bulunan devlet sayısı 109 olup bu devletlerin büyük çoğunluğu esas hatlardan itibaren 24 millik bitişik bölge iddia etmekte, çok az bir kısmı ise 24 milin altında bitişik bölge uygulamaktadır. Bitişik bölge uygulamaları için bkz. Ashley Roach, *Excessive Maritime Claims*, Fourth Edition, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2021, Table 6, s. 145; Roach, s. 145 dn. 10: [https://brill.figshare.com/articles/online\\_resource/Tables\\_and\\_Appendices\\_in\\_Material\\_Supplementary\\_to\\_Excessive\\_Maritime\\_Claims\\_Fourth\\_Edition/12931364](https://brill.figshare.com/articles/online_resource/Tables_and_Appendices_in_Material_Supplementary_to_Excessive_Maritime_Claims_Fourth_Edition/12931364) Erişim Tarihi 16 Ekim 2023. Belirtilen tabloda yer almayan uygulamalar için bkz. Myanmar, Territorial Sea and Maritime Zones Law, 17 July 2017, Article 17, *Law of the Sea Bulletin*, No. 99, s. 30; Palestine, Declaration of the State of Palestine regarding the Maritime Boundaries of the State of Palestine in accordance with the United Nations Convention of the Law of the Sea, 24 September 2019, *Law of the Sea Bulletin* No. 101, s. 46; Micronesia, Federated States of Micronesia Maritime Boundaries Contiguous Zone, *Law of the Sea Bulletin*, No. 102, s. 18; Togo, Act No. 2016-007 Concerning Maritime Areas under National Jurisdiction, Article 3, *Law of the Sea Bulletin*, No. 104, s. 14; Maritime Zones Act 2018 of 23 February 2018, Cook Islands, Article 17, *Law of the Sea Bulletin*, No. 105, s. 17; Decree No. 2021-253 Establishing the Coordinates for the Nautical Chart of Benin, 19 May 2021, Article 12-14, *Law of the Sea Bulletin*, No. 107, s. 14. *Law of the Sea Bulletin* için bkz. <[https://www.un.org/depts/los/doalos\\_publications/los\\_bult.htm](https://www.un.org/depts/los/doalos_publications/los_bult.htm)> Erişim Tarihi 16 Ekim 2023.

MEB için tanınan haklardan kaynaklanır. Kıyı devletinin arkeolojik bitişik bölge ilan etmesi durumunda ise diğer deniz alanlarının bu durumdan ne şekilde etkileneceği aşağıda arkeolojik bitişik bölge kavramı incelenirken ayrıca ele alınacaktır.

Bitişik bölgede kıyı devletinin yetkileri bakımından dikkat çekilmesi gereken en önemli husus kıyı devletinin bu bölgeyle ilgili hukuki düzenlemeler (*legislative*) yapma yetkisine sahip olmamasıdır. Kıyı devletinin bitişik bölgedeki yetkisi uygulama (*icrai/enforcement*) yetkisidir. Bu yetki ise denetleme biçiminde tezahür eder. Bölgedeki denetleme yetkisi ikiye ayrılır. Bunlardan ilki önleme yetkisidir. Buna göre kıyı devleti, kara ülkesi ve karasularında, gümrük, maliye, sağlık ve göçle ilgili yasa ve düzenlemelerinin ihlalinin önlemek amacıyla bitişik bölgede gerekli denetimleri yapar. Diğerisi ise cezalandırma yetkisidir. Buna göre kıyı devletinin, kara ülkesi ya da karasularında gümrük, maliye, göç ya da sağlıkla ilgili yasa ve düzenlemeleri ihlal edilirse bu ihlalleri cezalandırmak amacıyla bitişik bölgede gerekli denetimleri yapabilir. İlgili maddelerde açıkça içsular ifadesi yer almamakla söz konusu ifadenin madde metnine kasten ilave edilmediği iddia edilemez. Zira içsular, kara ülkesi ve karasuları gibi münhasıran kıyı devletinin egemenliği altındadır ve “kara ülkesi ve karasuları”nın kapsamında yer alır.<sup>78</sup>

1958 Cenevre Sözleşmesi'nin 24. ve BMDHS 33. maddeleri, kıyı devletinin sayılan dört konudaki kural ve düzenlemelerinin yer itibarıyla uygulama alanını, karasuları dışındaki bir deniz alanına uzatılmasına imkan tanımaz. Devletin gümrük, maliye, göç ve sağlık konularındaki mevzuatını uygulama alanının sınırı, karasularının dış sınırına başka bir ifadeyle ülke sınırlarına kadar uzanır. 24. ve 33. maddelerin kıyı devletine tanıdığı yetki önleme ve cezalandırma amacının gerçekleştirilebilmesi için gerekli denetimlerin yapılabilmesi yetkisidir.<sup>79</sup> Bu denetim, ihlallerin karasularında ya da kara ülkesinde gerçekleşmesini engellemek ya da kara ülkesi ya da karasularında meydana gelmiş ihlallerin cezalandırılabilmesi amacıyla uygulanabilir.<sup>80</sup>

Kıyı devletinin cezalandırma yetkisini henüz karasuları ve içsulara girmemiş gemiler bakımından kullanabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla 33/2. maddede sözü edilen cezalandırmayla ilgili denetim yetkisi karasuları

<sup>78</sup> Tanaka, s.147.

<sup>79</sup> Sevin Toluner, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi*, Beta, 1996, s.193.

<sup>80</sup> Toluner, s. 193.

ve içsulara girdikten sonra bitişik bölgeye çıkan gemiler için söz konusudur. İzleme hakkını düzenleyen 111. maddenin 1,6,7 ve 8. fıkraları ile 33. maddenin 2. fıkrası bir arada değerlendirildiğinde, kara ülkesi ya da karasularında gümrük, maliye, göç ve sağlıkla ilgili mevzuatının ihlali halinde, kıyı devletinin cezalandırma yetkisine yönelik denetim yetkileri, gemiyi bitişik bölgedeyken durdurma, tutuklama ve limanlarına çekme biçiminde gerçekleşir.<sup>81</sup>

KBSS'nin 24/1. ve BMDHS'nin 33/1. maddelerine göre kıyı devletinin önleme konusundaki denetim yetkilerinin, bitişik bölgeden karasularına ve/veya içsulara girmeye çalışan gemiler bakımından uygulanabileceği açıktır. Zira henüz kıyı devletinin karasuları ve içsularına girmemiş dolayısıyla herhangi bir ihlalde bulunmamış bir gemiyle ilgili cezalandırma konusundaki denetim yetkilerinin kullanılabilmesi mümkün değildir. Ancak kıyı devletinin henüz karasularına girmemiş dolayısıyla sayılan dört hususta herhangi bir ihlalde bulunmamış ancak ihlalde bulunması muhtemel gemilerle ilgili ne tür önlemler alabileceğini izah etmek zordur.<sup>82</sup> Bitişik bölgede bulunan bu gemiler üzerinde uygulanacak yetkiler, denetim, soruşturma ve arama yetkileri olabileceği gibi söz konusu gemilere, devletin ülkesine girdikten sonra ihlal etmeleri muhtemel olan mevzuata ilişkin uyarılar yapılabilir.<sup>83</sup>

Örneğin alkol ve tütün yüklü bir gemi, taşıdığı mallar gümrüğe tabi tutulmadan A Devletinin limanlarından ayrılarak A'nın karasularını kat edip bitişik bölgesine çıktığında, A Devleti yasaları uyarınca A Devleti'nin kara ülkesi ve karasularında kaçakçılık suçu işlediği gerekçesiyle bitişik bölgede durdurulabilir, tutuklanabilir, A Devleti'nin limanlarına çekilerek içindeki mallara el konabilir ve failleri yargılanabilir. Başka bir ifadeyle A Devletinin ilgili mevzuatı bitişik bölgede değil ülke sınırları içinde uygulanabilir. Bu nedenle tütün ve alkol kaçakçılığı yapacağından şüphelenilen bir geminin henüz karasularına ve limanlara girmeden, yalnızca bitişik bölgede bulunması kıyı devletine bu gemiyi limanlarına çekip içindekileri yargılama hakkı vermez zira ihlal gerçekleşmemiştir. Bununla birlikte kıyı devletinin önleme ve cezalandırma amacıyla kullanacağı denetim yetkilerinin kapsamını ve uygulama esas ve usullerini uluslararası hukuk kurallarına uygun biçimde hüküm altına almasının önünde de bir engel bulunmamaktadır.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Tanaka, s. 147.

<sup>82</sup> Toluner, s. 193.

<sup>83</sup> Caminos, para. 14.

<sup>84</sup> Örneğin Guyana'nın ilgili yasasındagümrük, maliye, göç ve sağlığa ilişkin denetim ve ce-

Sözleşme'nin 33/2. maddesi kapsamındaki denetim yetkileri, UHK toplantılarında ve Birinci Deniz Hukuku Konferansı'nda tartışma konusu olmuştur. Söz konusu tartışmaların temelinde kıyı devletinin ülkesinde (kara ülkesi ve karasuları) uyguladığı yasa ve düzenlemeleri bitişik bölgesinde de uygulayabilmesinin mümkün olup olmaması bulunur.<sup>85</sup> Konferans görüşmelerinde, Polonya, KKBS'nin 24/1(a) maddesinde yer alan "kara ülkesinde ya da karasularında" ifadesinin çıkarılmasına dair bir öneri vermiş,<sup>86</sup> bu şekilde bitişik bölgede meydana gelen ihlallere karşı da gemi henüz karasuları ya da kara ülkesinde herhangi bir ihlalde bulunmadan kıyı devletinin harekete geçme imkanını saklı tutmak istemiştir.<sup>87</sup> Söz konusu öneri Konferans genel kurulunda kabul edilmemiştir. Gerçekten de bitişik bölgede kıyı devletine, yalnızca denetim yetkileri değil aynı zamanda düzenleme yetkileri verilmesi, bitişik bölgeyi, gümrük, maliye, göç ve sağlık konularında ulusal hukuk kurallarının uygulanabildiği, sayılan dört husus bakımından karasularının genişletilmiş bir parçası dolayısıyla devletin ülkesel egemen haklarını kullandığı bir alan haline getirir. Bu durum açık denizlerin serbestisi, özellikle seyrişer serbestisi hususunda sorunlar yaratır.

Kıyı devletlerinin, KKBS sonrası dönemde genellikle ahdi yükümlülükler çerçevesinde bitişik bölge uygulamaları olsa da<sup>88</sup> sözleşme hükümleri dışında devlet uygulamaları da söz konusu olmuştur. Bu durum kullanılan yetkilerin kapsamı başka bir ifadeyle bitişik bölgede denetim yetkileri yanında düzenleme yetkileri kullanılması, su tabakası yanında hava sahasını da içermesi ya da sözleşmelerde sayılan amaçlara ilaveten özellikle güvenlik konusunda bitişik

---

zalandırma yetkilerinin uygulanabilmesi için bitişik bölgeye dair düzenleme yapabileceği belirtilmektedir. Başka bir ifadeyle uygulama yetkilerinin kullanılabilmesi için hukuki düzenlemeler yapılabilmektedir. Guyana Maritime Zones Act 2010 – Act no. 18 of 2010, 18 September 2010, Article 19/6, *Law of the Sea Bulletin* No. 74 s. 45.

<sup>85</sup> *ILC Yearbook*, 1956, Vol. I, 348th Meeting, François, s. 73, para. 49; Garcia-Amador, s. 73, para. 52, 53; *ILC Yearbook*, 1956, Vol. I, 349th Meeting, Zourek, s. 76, para. 3; Padilla-Nervo, s. 76-77, para. 8, 9; Fitzmaurice, s. 77 para.18; Garcia-Amador, s. 78, para. 27; Pal, s. 79, para. 35.

<sup>86</sup> UNCLOS I, Vol. III, DOCUMENT A/CONF.13/C.1/L.78, Poland: proposal Article 66, 29 March 1958, s. 232.

<sup>87</sup> *Official Records of the United Nations Conference on the Law of The Sea*, Vol. III, Fifty-Eight Meeting, 21 April 1958, s. 181, para. 13.

<sup>88</sup> Bu konuda bkz. Table of claims to maritime jurisdiction (as at 15 July 2011), <<https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/claims.htm>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2021.

bölge iddialarının devamı biçiminde ortaya çıkmıştır.<sup>89</sup>

Örneğin Hindistan'ın deniz yetki alanlarına dair 1976 tarihli düzenlemesinin 5/5. maddesinde ilgili yasa ve düzenlemelerini, bitişik bölgesi, karasularının bir parçasıymış gibi uygulayacağı hüküm altına alınmış;<sup>90</sup> benzer kurallar Pakistan ve Sri Lanka'nın aynı yıl çıkardığı yasalarda da öngörülmüştür.<sup>91</sup> Yakın tarihli uygulamalar bakımından Filistin'in 2019 yılındaki deniz yetki alanlarına dair deklarasyonu dikkat çekicidir. Buna göre Filistin'in, bitişik bölgesinde, uluslararası hukuk ve Filistin ulusal hukukuna dair ihlalleri önleme ve cezalandırma yetkisinin bulunduğu ifade edilmiş, bu ihlallerin hangi konularla sınırlandırıldığına dair herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir.<sup>92</sup> Kiribati Cumhuriyeti'nin 2011 yılında kabul ettiği deniz alanlarına dair yasada ise bitişik bölgede ve onun üzerindeki hava sahasında gümrük, maliye, göç ve sağlık hususundaki düzenlemelerinin ihlalini önleme yetkisi düzenlenmiştir.<sup>93</sup> Marshall Adaları'nın deniz yetki alanlarına ilişkin yasasında ise önlemek ya da cezalandırmak için denetim yetkisi ifadesi kullanılmamış, doğrudan ilgili yasa ve düzenlemelerinin ihlalini önleme ve cezalandırma hakkından bahsedilmiş ve cezalandırma yetkisi bakımından ilgili mevzuatının bitişik bölgeye uzandığı belirtilmiştir.<sup>94</sup>

<sup>89</sup> Churchill; Lowe, s. 138;

<sup>90</sup> India, *The Territorial Waters, Continental Shelf, Exclusive Economic Zone and other Maritime Zones Act*, 1976, Act No. 80 of 28 May 1976, metin için bkz. <[https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/IND\\_1976\\_Act.pdf](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/IND_1976_Act.pdf)>, Erişim Tarihi 16 Ekim 2023.

<sup>91</sup> Pakistan, *Territorial Waters and Maritime Zones Act, 1976* (of 22 December 1976), Article 4/3(b), metin için bkz. <[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/PAK\\_1976\\_Act.pdf](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/PAK_1976_Act.pdf)>

Erişim Tarihi 16 Ekim 2023; Sri Lanka: *Maritime Zones Law No. 22 of 1 September 1976*, Section 4/2, <[https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/LKA\\_1976\\_Law.pdf](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/LKA_1976_Law.pdf)> Erişim Tarihi 16 Ekim 2023.

<sup>92</sup> Declaration of the State of Palestine regarding the Maritime Boundaries of the State of Palestine in accordance with the United Nations Convention of the Law of the Sea, 24 September 2019, The Contiguous Zone of Palestine. Metin için bkz. *Law of the Sea Bulletin*, No. 101, s. 46.

<sup>93</sup> An Act to Make Provisions in respect of the Internal Waters, the Archipelagic Waters, the Contiguous Zone, the Territorial Sea, the Exclusive Economic Zone, and the Continental Shelf of Kiribati and for Connected Purposes, Article 8. Metin için bkz. <[https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/KIR\\_2011\\_Act.pdf](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/KIR_2011_Act.pdf)>, Erişim Tarihi 16 Ekim 2023.

<sup>94</sup> Republic of the Marshall Islands Maritime Zones Declaration Act, 2016, part 8, para. 115. Metin için bkz. *United States Department of State Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs, Limits in the Seas, No. 145: Republic of the Marshall*

Bazı kıyı devletlerinin, bitişik bölge uygulamalarında, gümrük, maliye, sağlık ve göçün yanında özellikle güvenlik konusundaki yasa ve düzenlemelerinin ihlali bakımından denetim ve cezalandırma yetkilerine dair yasalar kabul ettikleri görülür.<sup>95</sup> Bununla birlikte kirliliğin,<sup>96</sup> çevre ve seyrüsefere ilişkin ihlallerin<sup>97</sup> ve ticarete ve izinsiz yayınlara ilişkin mevzuatın ihlalinin önlenmesi gibi düzenlemelerin yanısıra<sup>98</sup> herhangi bir ayrıma gidilmeksizin tüm uluslararası ve ulusal hukuk ihlallerinin önlenmesi<sup>99</sup> biçiminde uygulamalar da mevcuttur.

İhlallerin bitişik bölgede gerçekleşmesi halinde kıyı devletinin ilgili mevzuatını bu bölgeye uzatması önemli itirazlarla karşılaşmamaktadır<sup>100</sup>. Tanaka'ya göre bu durumun temel nedeni özellikle uyuşturucu madde kaçakçılığının önlenmesine dair düzenlemelerin bitişik bölgede uygulanabilmesinin önem kazanmış olmasıdır.<sup>101</sup> Ancak bitişik bölgede kullanılacak yetkilerin kapsamının konu bakımından genişletilmesi hususunda protestolar söz konusu olmaktadır.<sup>102</sup> Başka bir ifadeyle kıyı devletinin bitişik

---

*Islands: Archipelagic and other Maritime Claims and Boundaries*, Annex I, s. 14. (Bundan sonra *Limits in the Seas* biçiminde kısaltılacaktır.) *Limits in the Seas* için bkz. <<https://www.state.gov/limits-in-the-seas/>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2023. Aynı yöndeki uygulamalar için ayrıca bkz. *Maritime Areas Act, 1982, Act No. 18 of 17 August 1982, Article 5/3*. Metin için bkz. *Limits in the Seas*, No. 133, *Antigua and Barbuda*, Annex I, s.7; *Law on the Territorial Sea and the Contiguous Zone Promulgated on January 21, 1998, Article 14, Limits in the Seas*, No. 127, *Taiwan's Maritime Claims*, Annex I, s. 23; Tuvalu, *Maritime Zones Act 2012, Article 14/b, Law of the Sea Bulletin*, No. 83, s.20.

<sup>95</sup> Roach, s. 146. Bitişik bölgede kullanılacak yetkilere güvenlik konusunu dahil eden 18 adet devlet bulunur. Bkz. Roach, Table 8, s. 149. İlgili eserde yer almayan Guyana için bkz. *Guyana Maritime Zones Act 2010 – Act no. 18 of 2010, Article 19/3*, bkz. *Law of the Sea Bulletin*, No. 74, s.32; Myanmar için bkz. *Myanmar, Territorial Sea and Maritime Zones Law, 17 July 2017, Article 18/a, Law of the Sea Bulletin*, No. 99, s. 30.

<sup>96</sup> Decrees, Article 7/(b), *Limits in the Seas*, No. 51: Straight Baselines, Haiti, s.6.

<sup>97</sup> Cuba, Legislative Decree No. 158, Contiguous Zone, 12 April 1995, Article 3 (a), bkz. *Law of the Sea Bulletin*, No. 54, s. 27. The Statute of Maritime Delimitation of the Kingdom of Saudi Arabia of 13 December 2012, Article Eleven/2(a), *Law of the Sea Bulletin*, No. 79, s. 17.

<sup>98</sup> *Law on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, 1998, Article 15, Limits in the Seas*, No. 127, *Taiwan's Maritime Claims*, s. 23.

<sup>99</sup> Declaration of the State of Palestine regarding the Maritime Boundaries of the State of Palestine in accordance with the United Nations Convention of the Law of the Sea, 24 September 2019, *Law of the Sea Bulletin*, No. 101, s. 46.

<sup>100</sup> Churchill; Lowe, s. 138.

<sup>101</sup> Tanaka, s. 149.

<sup>102</sup> Güvenlik konusunun bitişik bölgede kullanılacak yetkilerine ilave eden devletlere dair ABD

bölge uygulamalarını karasularında kullandığı yetkilere yaklaştırması ve düzenleme yetkileri kullanması uygulamada kabul görürken söz konusu yetkilerin kapsamını konu bakımından genişletmesi itirazlara konu olmaktadır.

Kıyı devletinin bitişik bölgedeki yetkilerine ilişkin dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus, BMDHS'nin 60. maddesine ilişkindir. MEB ve bitişik bölgede kıyı devletinin yetkileri farklı olmakla birlikte, söz konusu madde uyarınca kıyı devletinin MEB'de suni adalar, tesisler ve yapılar inşa etme ve bunların kullanılmasını ve işletilmesini düzenleme hakkı vardır. İlgili maddenin 2. fıkrasında kıyı devletinin söz konusu yapılar üzerinde gümrük, maliye, sağlık, göç ve güvenlik konularındaki yasa ve düzenlemelerinden kaynaklananlar da dahil münhasır hakları bulunduğu ifade edilmiştir. Kıyı devletinin aynı anda bitişik bölge ve MEB uygulaması olması halinde, karasularının dış sınırından itibaren 12 millik bir alanda inşa etmiş olduğu bir yapıda, bitişik bölgedeki yetkilerinin kapsamı, konu bakımından güvenliği, yetkinin türü bakımından düzenleme yetkisini kapsayacak biçimde genişleyecektir. Bu durumda bitişik bölgedeki su tabakasında dört konuda ve sınırlı denetim yetkileri kullanabilen kıyı devleti, MEB'in bitişik bölgeyi içine alan kısmında bulunan yapılarda güvenlik konusundakiler de dahil ulusal mevzuatını uygulayabilecektir. Kıyı devletinin söz konusu hakları elbette MEB'den kaynaklanmaktadır ancak 33. ve 60/2. madde hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, aynı anda mevcut olan bitişik bölge ve MEB uygulamaları bakımından girift bir düzenleme tespit edilmektedir. MEB kavramının uluslararası deniz hukukuna girmesi, kıyı devletlerinin, bitişik bölgeyi, hukuki niteliği bakımından karasuları ve MEB arasında bir deniz alanı olarak değerlendirmelerine neden olmuş, söz konusu bölgeye ilişkin belirli konularda düzenlemeler yapmalarını ve uygulamalarını bu yönde geliştirmelerini kolaylaştırmıştır.

Bitişik bölgenin ilan yoluyla kullanılabilmesi meselesi tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre bitişik bölgenin ilanı gerekirken<sup>103</sup> bazı yazarlar BMDHS'nin 16. maddesini gerekçe göstererek bitişik bölge bakımından böyle bir hüküm bulunmadığından ilanın zorunlu olmadığını belirtir.<sup>104</sup> Sözleşme'nin 16. maddesinde kıyı devletinin karasuları sınırları hususundaki ilan yükümlülüğü düzenlenirken, benzer ifadeler MEB ve kıta sahanlığına ilişkin olarak 75.

protestoları için bkz. Roach, Table 8, s. 149.

<sup>103</sup> Pazarıcı, s. 359; Sarah Dromgoole, *Underwater Cultural Heritage and International Law*, Cambridge University Press, 2013, s. 253.

<sup>104</sup> Nandan; Rosenne, s. 274; Tanaka, s.146.

ve 84. maddelerde de yer alır. Bununla birlikte karasuları kıyı devletinin ülkesel yetkisi altında, kıta sahanlığı ve MEB ise kıyı devletinin canlı ve cansız kaynaklar üzerinde belirli egemen haklara sahip olduğu alanlardır. Bitişik bölge bakımından söz konusu sınırların ilanına gerek olmadığını iddia eden görüşün temelinde bitişik bölgede kıyı devletinin, yalnızca sınırlı denetim yetkileri olması, ilgili yasa ve düzenlemelerini bu alanda uygulayamadığından ilana da gerek olmadığı ve ulusal düzenlemeleri çerçevesinde bitişik bölge ihdasında bulunarak bu bölgedeki yetkilerini kullanabilmesi gerektiği düşüncesi olabilir. Ancak ilgili maddelerde sınırların ilanına dair yükümlülükler düzenlenmektedir ve BMDHS’de bitişik bölgenin sınırlandırılmasıyla ilgili bir düzenleme mevcut değildir. Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise 303/2. madde uyarınca kıyı devletinin arkeolojik bitişik bölge uygulamasının olmasıdır. Bu durumda kıyı devletinin deniz yatağı ve toprak altında belirli konularda düzenleme yetkisini kullanabileceğine yönelik tartışmalar mevcuttur. Tüm bu nedenlere dayanarak kıyı devletlerinin 33. ve/veya 303/2. madde uyarınca bitişik bölge uygulamaları varsa bunun ilanının gerekli olduğunu belirtilmelidir.

## V. ARKEOLOJİK BİTİŞİK BÖLGE

1958 Cenevre Sözleşmeleri’nde denizlerdeki kültürel mirasa dair bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte Kıta Sahanlığı Sözleşmesi’nin (KSS) hazırlık safhasında, tarihi gemi batıklarının statüsü meselesi gündeme gelmiş ancak bu konu Sözleşme’de düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Sözleşme’nin 2/1. maddesi uyarınca deniz yatağında bulunan tarihi kalıntıların doğal kaynak statüsünde değerlendirilerek kıyı devletinin bunlar üzerinde egemen yetkileri olduğu biçiminde yorumlar yapılsa da “doğal kaynak” teriminin ne lafzi ne de tarihsel yorumu buna müsaade etmektedir. Zira aynı maddenin 4. fıkrasında doğal kaynaklar, deniz yatağı ve toprak altında bulunan canlı ve cansız doğal kaynaklardır ki bunlar madde metnine göre mineraller ve diğer cansız doğal kaynaklar ile ve deniz yatağı ve toprak altıyla sürekli temas haline bulunan sedanter türlerdir. UHK, 1958 KSS’nin 2/1. maddesine karşılık gelen taslak 68. madde şerhlerinde ise batık gemilerin ve yüklerinin doğal kaynaklar arasında sayılmayacağını ifade etmiş,<sup>105</sup> söz konusu görüş Birinci Deniz Hukuku Konferansı’nda da tekrar edilmiştir.<sup>106</sup> Çok taraflı andlaşmalar kapsamında

<sup>105</sup> *ILC Yearbook*, 1956, Vol. II, Commentary to Article 68, s. 298, para. 5.

<sup>106</sup> UNCLOS I, Vol. VI, A/CONF.13/C.4/SR.16-20, 20 th meeting, s. 51, India, para. 11. Hindistan delegesi Jhirad doğal kaynaklar ifadesinin kapsamında bir zamanlar canlı doğal kaynakların bir parçasını oluşturan objelerin de deniz kabukları gibi, yer aldığı ifade etmiştir. Bkz.



kıyı devletlerinin ülkesel yetkileri dışında kalan deniz alanlarında bulunan kültürel mirasa ilişkin yetkileri, esas olarak BMDHS ve Su Altı Kültürel Mirasın Korunmasına Dair UNESCO Sözleşmesi'nde düzenlenmiştir. Aşağıda kıyı devletlerinin, bitişik bölgenin altındaki deniz yatağı ve toprak altında yer alan su altı kültürel miras konusundaki yetkileri bağlamında, bitişik bölgedeki yetkilerinin kapsamında meydana gelen değişiklikler ele alınacaktır.

### A. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Arkeolojik Bitişik Bölge

KSS'den farklı olarak BMDHS'de denizdeki arkeolojik ve tarihi nitelikteki objelerin korunması hususunu düzenleyen iki ayrı madde vardır. Sözleşme'nin 149. maddesinde uluslararası deniz yatağı ve altındaki, Sözleşme'de yer alan özel ismi ile Bölge'deki, "arkeolojik ve tarihi nitelikteki objelerin" korunması düzenlenirken 303. maddede genel olarak devletlerin denizde ortaya çıkarılan "arkeolojik ve tarihi objeleri" koruma ve bu amaçla işbirliği yükümlülüğü düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 149. maddesinde açıkça Bölge'deki tarihi eserler kapsama alınmakla ve içsular ve karasularında bu konuda münhasıran yetkili kıyı devleti olmakla birlikte, 303. maddenin Bölge ve karasuları dışında kalan, başka bir ifadeyle devletin belirli egemen haklara sahip olduğu deniz alanlarına yönelik bir düzenleme olduğunu iddia etmek güçtür. Zira 303. madde devletlere, su altındaki arkeolojik ve tarihi eserlerin korunmasına yönelik genel yükümlülükler getirmekle birlikte MEB, kıta sahanlığı ve açık denizlerin statüsünü değiştirmemekte ve bunların korunmasına yönelik tek taraflı tedbirler alma yetkisi vermemektedir.<sup>107</sup> Yukarıda açıklandığı üzere BMDHS'nin 33. maddesinde, 24. maddeye kıyasla bitişik bölge kavramında bir takım değişiklikler öngörülmekle birlikte bu konudaki en önemli yenilik Sözleşme'nin 303/2. maddesidir. Esasında 303/2. maddede "arkeolojik bitişik bölge" kavramı yer almaz ancak kıyı devletine bitişik bölgedeki tarihi eser ve arkeolojik objelerin korunmasına yönelik bazı haklar verilmesi nedeniyle bu kavram ortaya çıkmıştır.<sup>108</sup> Bununla birlikte kıyı devletinin, karasularına bitişik olan bu *de facto* arkeolojik bitişik bölgedeki<sup>109</sup>

UNCLOS I, Vol. VI, A/CONF.13/C.4/SR.16-20, 20 th meeting, s.51, India, para. 12.

<sup>107</sup> Marcus Rau, "The UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage and the International Law of the Sea", 6 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2002, s. 400-401; Lucius Cafilisch, "Submarine Antiquities and the International Law of the Sea", *Netherlands Yearbook of International Law*, 13, 1982, s. 20.

<sup>108</sup> Pazarıcı, s. 360.

<sup>109</sup> Anastasia Strati, "Protection of the Underwater Cultural Heritage: From the Shortcomings of

yetkilerinin kapsamı tartışmaya açıktır.<sup>110</sup>

Daha önce de ifade edildiği gibi 33. madde çerçevesinde bitişik bölge yalnızca su tabakasını kapsarken 303/2. maddede öngörülen arkeolojik bitişik bölge, arkeolojik ve tarihi objelerin deniz yatağı ve/veya toprak altında bulunması nedeniyle mekansal olarak geleneksel bitişik bölge kavramını genişletmiştir. Bazı yazarlara göre göre 303/2. madde 33. maddeye atıf vermek suretiyle 24 millik bir arkeolojik bitişik bölge yaratmakta ve burada bulunan arkeolojik ve tarihi objeler bakımından kıyı devletine uygulama yetkileri yanında düzenleme yetkileri de verilmektedir.<sup>111</sup>

Bununla birlikte 303/2. maddenin lafzı ve ilgili hükme ilişkin hazırlık aşaması yukarıdaki yorumun aksine işaret etmektedir. Zira 303/2. maddenin lafzından, kıyı devletinin izni olmaksızın bitişik bölgesindeki deniz yatağı ve toprak altından arkeolojik ve tarihi eserlerin çıkartılmasını söz konusu fiillerin kara ülkesi ya da karasularında gerçekleştirilmiş olduğunu farz etme hakkı tanınmıştır.<sup>112</sup> Kıyı devleti böylelikle söz konusu ihlallere ilişkin kara ülkesi ve veya karasularında uyguladığı hukuki düzenlemeleri bitişik bölgede uygulamak üzere 33. maddedeki denetim yetkilerini kullanabilir. Başka bir ifadeyle kıyı devletinin bu bölgedeki ihlallerin cezalandırılmasına ilişkin denetim yetkileri yani uygulama yetkileri devam ederken bizatihi bu bölgeye ilişkin hukuki düzenlemeler yapma yetkisi bulunmamaktadır. Söz konusu hükmün temelinde, büyük denizci devletlerin, doğal kaynaklarla ilgili olanlar haricinde, kıyı devletlerinin karasuları ve içsularındaki bir takım yetkilerini, MEB ve kıta sahanlığına uzatmasını engelleme çabası yatar.<sup>113</sup> Nitekim ABD, Hollanda ve İngiltere, kıyı devletlerinin bitişik bölgeyle ilgili hukuki düzenlemeler yapma yetkisine ısrarla karşı çıkmıştır.<sup>114</sup>

O halde 303/2. madde çerçevesinde kıyı devletine, arkeolojik obje ve

---

the UN Convention on the Law of the Sea to the Comprimeses of the UNESCO Convention”, in Anastasia Strati, Maria Gavouneli and Nikolaos Skourtos (Eds.), *Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea Time Before and Time After*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 29.

<sup>110</sup> Rau, s. 399.

<sup>111</sup> Caffisch, s. 20; Strati, s. 29. Bu konudaki görüşlere ilişkin bir değerlendirme için ayrıca bkz. Dromgoole, *Underwater Cultural Heritage*, s. 251-252.

<sup>112</sup> Bernard H. Oxman, “The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The Ninth Session (1980)” *American Journal of International Law*, 75(2) 1981, s. 241.

<sup>113</sup> Oxman, “Third United Nations Conference”, s. 240.

<sup>114</sup> Caffisch, s. 20.

tarihi eserlerin bitişik bölgeden çıkarılması konusunda hukuki düzenlemeler yapma yetkisi verilmemiş, yalnızca bunların çıkarılmasına dair rızasının koşullarını belirleme hakkı verilmiştir. Belirtilen iki durumun sonuçları bakımından şöyle bir fark vardır: İlkinde kıyı devletinin rızası olmaksızın söz konusu obje ve eserlerin bitişik bölgedeki deniz yatağından çıkarılması, kıyı devletinin ilgili düzenlemelerinin ihlalini oluşturacağından yasa dışıdır; ikinci yoruma göre ise kıyı devletinin rızası olmaksızın gerçekleştirilen söz konusu fiil nedeniyle kıyı devleti 33. maddedeki denetim yetkilerini kullanabilir.<sup>115</sup>

Yukarıdaki açıklamalar ışığında BMDHS'nin 303/2. maddesinde, 33. maddenin uygulama alanı yalnızca bitişik bölgedeki deniz yatağı ve toprak altından çıkarılacak arkeolojik ve tarihi objeler bakımından genişletilmiş ve 33. maddede yer alan uygulama yetkilerini, düzenleme yetkisine çevirecek bir hüküm öngörülmemiştir.<sup>116</sup> Bu bakımdan BMDHS'nin 303/2. maddesine çerçevesinde arkeolojik bitişik bölge kavramının geleneksel anlamda bitişik bölge kavramını esaslı biçimde değiştirdiğini iddia etmek mümkün görünmemektedir.

### **B. Su Altı Kültürel Mirasın Korunmasına İlişkin UNESCO Sözleşmesi (2001 UNESCO Sözleşmesi) ve Arkeolojik Bitişik Bölge**

2001 yılında UNESCO Genel Konferansı'nda kabul edilen Su Altı Kültürel Mirasın Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (2001 UNESCO Sözleşmesi)<sup>117</sup> 8. maddesi uyarınca, kıyı devletleri, Sözleşme'nin 9. ve 10. maddelerine hâle getirmeksizin ve BMDHS'nin 303/2. maddesine uygun olarak, bitişik bölgelerindeki su altı kültürel mirasa yönelik faaliyetlere ilişkin düzenlemeler yapabilir ve bu faaliyetlere izin verebilir. Söz konusu madde hükmü kıyı devletinin bitişik bölgedeki kültürel mirasa ilişkin yetkilerini başka bir ifadeyle 303/2. madde hükmünü açıklığa kavuşturamamıştır. Bu nedenle söz konusu maddeler arasındaki ilişki ve bu ilişkiden kaynaklanan durum belirli açılardan yoruma muhtaçtır.

Öncelikle her iki sözleşme arasındaki terminoloji farkına dikkat çekmek gerekir. BMDHS'nin 303. maddesinde “arkeolojik ve tarihi nitelikte obje”

<sup>115</sup> W. Graf Vitzthum/S. Talmon, *Alles fliests Kulturschutz und innere Gewasser im Neuen See-recht*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. s. 33 vd., aktaran Rau, 2002, s. 399-400, dn. 46.

<sup>116</sup> B.H. Oxman, “Marine Archaeology and the International Law of the Sea”, *Columbia– VLA Journal of Law and the Arts*, 12(3), 1987, s.363-364; Rau, s. 399.

<sup>117</sup> *Convention on the Underwater Cultural Heritage*, Paris, 2 November 2001, United Nations Treaty Series, Vol. 2562, No. 45694, p. 3.

terimi kullanılırken 2001 UNESCO Sözleşmesi'nin 8. maddesinde “su altı kültürel miras” terimi tercih edilmiştir. Bu çalışmanın konusu olmaması itibarıyla kültür malı ve kültürel miras kavramlarının tanımları ve bunlar arasındaki ilişki ve farklar<sup>118</sup> üzerinde durulmayacaktır ancak su altı kültürel mirasın en azından 2001 UNESCO Sözleşmesi bakımından kapsamı çalışma bakımından önemlidir. Sözleşme'nin 1/a maddesi uyarınca su altı kültürel miras en az 100 yıldır kısmen ya da tamamen, belirli aralıklarla ya da daimi olarak su altında bulunan kültürel, tarihi ya da arkeolojik nitelikteki insan mevcudiyetine dair her türlü kalıntıdır. Bu tanım çerçevesinde su altı kültürel mirasın kapsamı çok açık olmamakla birlikte zaman içinde devletlerin uygulama ve yorumlarıyla belirli bir kesinliğe ulaşacaktır. Sözleşme'de esas olarak koruma altına alınan kalıntıların arkeolojik ve tarihi değeri haiz olanlar olduğu konusunda bir şüphe yoktur<sup>119</sup> ancak BMDHS arkeolojik ve tarihi nitelikte objelere vurgu yaparken<sup>120</sup> 2001 UNESCO Sözleşmesi'nde kültürel mirasa ilişkin kalıntılar arkeolojik ve doğal çevreleri ile birlikte kapsama alınmıştır.<sup>121</sup> O halde 2001 UNESCO Sözleşmesi, kıyı devletlerinin bitişik bölgedeki yetkilerini, koruma altına alınan kalıntı ve alanlar bakımından genişletmiştir.

Sözleşme'nin 8. maddesinde kıyı devletine, “su altı kültürel mirasa yönelik faaliyetler” bakımından düzenleme ve uygulama yetkileri verilmiştir. Sözleşme'de kullanılan terimlerin tanımlandığı 1. maddede söz konusu faaliyetler, asıl amacı su altı kültürel miras olan ve doğrudan ya da dolaylı biçimde bunları fiziksel olarak bozan ya da başka türlü zarar veren her türlü faaliyettir. Ancak maddenin kendisi tarafından atf verilen BMDHS'nin

<sup>118</sup> Bu konuda bkz. Craig Forrest, “Defining ‘Underwater Cultural Heritage’, *The International Journal of Nautical Archeology*”, 31(1), 2002, s. 3-11. Hukuki açıdan kültür mallarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Serap Akipek, *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Kültür Malları*, Turhan, 1999.

<sup>119</sup> Forrest, s.10.

<sup>120</sup> Ricardo J. Elia, “US Protection of Underwater Cultural Heritage beyond the Territorial Sea: Problems and Prospects”, *The International Journal of Nautical Archeology*, 29(1), 2000, s. 44. BMDHS'nin 149. ve 303. maddelerinde yer alan “arkeolojik ve tarihi nitelikte obje” kavramının kapsamı hakkındaki tartışmalara ilişkin ayrıca bkz. Anthony Clark Arend, “Archaeological and Historical Objects: The International Legal Implications of UNCLOS III”, *Virginia Journal of International Law*, 22(4), 1982, s. 779; Oxman, “Marine Archaeology”, s. 364-365.

<sup>121</sup> Roberta Garabello, “The Negotiating History of the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage” in Roberta Garabello and Tullio Scovazzi (Eds.), *The Protection of Underwater Cultural Heritage Before and After the 2001 UNESCO Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, s. 103-104. Ayrıca bkz. Forrest, s. 6.

303/2. maddesinde ise arkeolojik obje ve tarihi eserlerin deniz yatağından “çıkarılması” ifadesi kullanılmıştır. Bu bakımdan 303/2. madde kapsamında faaliyet yalnızca bunların çıkarılmasıyken 8. madde bakımından faaliyet çıkarmayı da kapsayacak şekilde çok daha genişir<sup>122</sup> zira söz konusu objelerin doğal çevreleri de kapsama dahil edilmiştir.

2001 UNESCO Sözleşmesi’nin 8. maddesi ile BMDHS’nin 303/2. maddesinin çeliştiği bir diğer husus kıyı devletinin bitişik bölgedeki yetkilerine ilişkindir. 303/2. maddenin lafzı çerçevesinde kıyı devletinin bitişik bölgede düzenleme yapma yetkisi yoktur, düzenleme yetkisini kullanabilmesinin nedeni arkeolojik ve tarihi objeler bakımından bu bölgenin devletin kara ülkesi ya da karasuları gibi farz edilmesidir. Öte yandan 303/2. maddeye uygun olma koşulu ile uygulanabilecek olan 8. maddeye göre, kıyı devletleri bitişik bölgede kültürel mirasa yönelik faaliyetler hakkında hukuki düzenlemeler yapabilir.<sup>123</sup> Bu durumda ortaya iki farklı sonuç çıkmaktadır: 1) 2001 UNESCO Sözleşmesi’nin 8. maddesi, BMDHS’nin 303/2. maddesini bitişik bölgede kıyı devletine düzenleme yetkileri verildiği biçiminde genişletici biçimde yorumlanmaktadır. 2) 8. maddede, 303/2. maddeye uygunluktan söz edildiğine göre 8. madde uyarınca kullanılan yetkiler, bu faaliyetler kıyı devletinin kara ülkesi ve karasularında gerçekleştirilmiş gibi ele alınmakta ve 303/2. madde daraltıcı biçimde yorumlanmaktadır.

2001 UNESCO Sözleşmesi’nin kıyı devletine bitişik bölgedeki faaliyetlere dair hukuki düzenleme yapma yetkisi öngörmesi meselesiyle ilgili bağlantı kurulan diğer maddeler ise yine aynı Sözleşme’nin MEB ve kıta sahanlığındaki su altı kültürel mirasın korunmasına yönelik hükümler ihtiva eden 9. ve 10. maddeleridir. Buna göre 8. madde, 9. ve 10. maddeler ihlal edilmemek şartıyla, ilan edildiyse, kıyı devletine, bitişik bölgede düzenleme yapma yetkisi vermektedir.<sup>124</sup> 8. maddedeki bu ifade önemlidir. Esasında bitişik bölgedeki deniz yatağı ve toprak altı kıta sahanlığının bir parçasıdır ancak 8. maddede su altı kültürel miras bakımından kıyı devletine 24 millik bir alandaki deniz yatağı ve toprak altında doğal kaynak niteliği taşımayan bir takım kalıntılar bakımından kapsamı tartışmalı olmakla birlikte düzenleme

<sup>122</sup> Mariano J. Aznar, “The Contiguous Zone as an Archaeological Maritime Zone”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, 29(1), 2014, s.10.

<sup>123</sup> Aznar, s. 10-11.

<sup>124</sup> Rau, s. 413; Aznar, s. 8-9.

yetkileri verilmiştir.<sup>125</sup> Ancak hem BMDHS'nin 303. maddesi hem de 2001 UNESCO Sözleşmesi'nin 8., 9. ve 10. maddeleri bir arada ele alındığında eğer bir bitişik bölge ilan ya da uygulaması bulunmuyorsa kıyı devletinin kıta sahanlığında bulunan kültürel miras üzerindeki yetkileri sınırlıdır. 303. madde bu alanlarda tüm taraf devletlere koruma yükümlülükleri getirirken, 9. ve 10. maddelerde taraf devletlere su altı kültürel mirasa yönelik faaliyetlere ilişkin bilgilendirme ve koruma yükümlülükleri getirilmiş,<sup>126</sup> 10. maddede bu yükümlülükleri koordine etmek üzere koordinatör devlet statüsü yaratılmıştır ki kıyı devleti de bu statüde olabilir.<sup>127</sup> Ancak koordinatör devlet, kıyı devleti de olsa ilgili maddeler uyarınca koordine yetkisini kullanırken kendi menfaatleri çerçevesinde değil tüm taraf devletler adına hareket eder ve söz konusu devletin kültürel mirası korumak üzere önlem alma yetkisi, bu devlete, BMDHS de dahil olmak üzere uluslararası hukuka uygun olmayan herhangi bir öncelikli hak ya da yetki verildiği biçiminde değerlendirilemez.<sup>128</sup> Bununla birlikte koordinatör devlet statüsünden bağımsız olarak MEB ya da kıta sahanlığında, su altı kültürel miras bulunan kıyı devletleri, bu alanlardaki egemen hak ve yetkilerine dair ihlalleri önleyebilmek için, bunlara yönelik faaliyetleri yasaklayabilir.<sup>129</sup> Bir örnekle açıklamak gerekirse bir devletin kıta sahanlığından arkeolojik objeler ya da tarihi eserler çıkarmak isteyen yabancı bir geminin bu faaliyeti hakkında kıyı devletinin yasak koyma ya da izin verme biçiminde bir yetkisi vardır. İzin şartı, bitişik bölge ilanı olmasa dahi kıyı devletinin kıta sahanlığındaki su altı kültürel mirasa yönelik faaliyetler hususunda düzenleme yetkisi olabileceğini akla getirmektedir. Ancak 8. madde, 10. maddeye ayrıca atıf vererek bu maddeyi bitişik bölgedeki yetkiler bakımından ayrı tutmuştur. Bu durumda bitişik bölge ilanı olmadıkça kıyı devletlerinin kıta sahanlığındaki kültürel mirasa dair yetkileri de sınırlı olacaktır. Sonuç olarak 8. maddenin lafzından yani yetkinin BMDHS'nin 303/2. madde ile uyumlu olması şartı ifadesinden, geleneksel bitişik bölge anlayışından bir sapma olmadığı sonucu çıkar. Zira BMDHS'nin 303/2. maddesi de 33. maddeye atıfta bulunur. 8. maddede, kıta sahanlığı ve MEB'deki kültürel mirasa ilişkin 9. ve 10. maddelere verilen atıf da bu görüşü desteklemektedir zira kıyı devletinin, bitişik bölgede düzenleme yapma yetkisi olsaydı, 24

<sup>125</sup> Rau, s.413.

<sup>126</sup> Söz konusu yükümlülüklerle dair ayrıntılı bilgi için bkz. Rau, s. 413-420.

<sup>127</sup> 2001 UNESCO Sözleşmesi, madde 10/3.

<sup>128</sup> 2001 UNESCO Sözleşmesi, madde 10/6.

<sup>129</sup> 2001 UNESCO Sözleşmesi, madde 10/2.

millik alan bakımından kıta sahanlığı ve MEB'e ilişkin hükümlere de ihtiyaç kalmazdı.<sup>130</sup> Bununla birlikte 10. maddeye yapılan atıf, kıyı devletinin bitişik bölge ilan etmemesi halinde söz konusu maddenin uygulama alanı bulacağı ve 8. maddenin kıyı devletine kapsamlı düzenleme yetkileri verdiği biçiminde de yorumlanabilir.<sup>131</sup>

UNESCO, sıkça sorulan sorular başlığı altında BMDHS ile 2001 UNESCO Sözleşmesi'nin ilişkisi hakkında, Sözleşme'nin, BMDHS hükümleri ya da genel olarak uluslararası hukuk kurallarını değiştirme ya da tadil etme gibi bir amaç gütmeyeceğini, bu durumun Sözleşme'nin 3. maddesinde ifade edildiğini,<sup>132</sup> 2001 UNESCO Sözleşmesi'ne taraf olabilmek için BMDHS'ye taraf olma koşulunun bulunmadığını belirtmiştir.<sup>133</sup> UNESCO ayrıca Sözleşme'nin, BMDHS'deki deniz alanlarına ilişkin tanımları değiştirmediği ve taraf devletlere bu Sözleşme ile yeni egemenlik hakları ya da yetkileri tevdi edilmediğini ifade etmiştir.<sup>134</sup> Bu durumda 2001 UNESCO Sözleşmesi, BMDHS hükümlerine ve uluslararası hukuk kurallarına ki burada esas olarak deniz hukukuna ilişkin diğer andlaşmalar ve örf ve adet hukuku kuralları kast edilmektedir, uygun biçimde yorumlanmalıdır. Bununla birlikte uluslararası andlaşmaların yorumlanması bakımından devletlerin sonraki uygulamaları da önem arz eder.<sup>135</sup> Bu bakımdan kıyı devletlerinin kültürel mirasa ilişkin bitişik bölge uygulamaları hem BMDHS hem de 2001 UNESCO Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerinin nasıl yorumlandığı ve uygulama yoluyla değiştirilip değiştirilmediği hususunda yol gösterici olmaktadır.

### C. Arkeolojik Bitişik Bölge Konusunda Devlet Uygulamaları

Kıyı devletlerinin bitişik bölge uygulamaları, bir yandan andlaşma hükümlerinin taraf devletlerce nasıl yorumlandığını göstermeleri bakımından

<sup>130</sup> Rau, s. 412.

<sup>131</sup> Rau, s. 413, dn. 107.

<sup>132</sup> <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/underwater-cultural-heritage/frequently-asked-questions/>>, Erişim Tarihi 25 Mart 2022. Bu konuda ayrıca bkz. Roach, s. 668.

<sup>133</sup> <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/underwater-cultural-heritage/frequently-asked-questions/>>Erişim Tarihi 25 Mart 2022.

<sup>134</sup> <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/underwater-cultural-heritage/frequently-asked-questions/> Erişim Tarihi 25 Mart 2022; Bu konuda ayrıca bkz. <<https://www.unesco.org/en/node/79954>>, Erişim Tarihi 21 Ekim 2023.

<sup>135</sup> 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, md. 31/3-b. Metin için bkz. *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Vienna, 23 May 1969, United Nations Treaty Series, Vol. 1155, No. 18232, p. 331.

diğer yandan anlaşmalarla ilgili ya da onlardan bağımsız olarak örf ve adet hukuku kurallarının oluşumunu etkilemeleri açısından önem arz eder. Aşağıda devletlerin çok taraflı uluslararası anlaşmalardan BMDHS ve 2001 UNESCO Sözleşmesi'ne ve bunların dışında çeşitli bölgesel anlaşmalara taraf olurken ileri sürdükleri beyanlar ve iç hukuk düzenlemeleri bağlamında bitişik bölge uygulamaları incelenmiştir.

## **1. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Arkeolojik Bitişik Bölge Uygulamaları**

BMDHS'ye taraf olan devletlerden pek azı 303. madde çerçevesinde denizlerdeki arkeolojik ve tarihi objelere atıf vermiştir.<sup>136</sup> Bu devletlerden Bangladeş, Cabo Verde, Malezya ve Portekiz, Sözleşme'ye taraf olurken, benzer ifadelerle 303. maddeye halel getirmeksizin yetkileri veya egemenlik alanlarındaki arkeolojik ve tarihi nitelikteki herhangi bir objenin kendilerinin izni ve rızası olmaksızın çıkarılamayacağını beyan etmişlerdir.<sup>137</sup> Hollanda ise denizde bulunan arkeolojik ve tarihi objeler üzerindeki yetkisinin 149. ve 303. maddelerle sınırlı olduğunu belirtmiştir.<sup>138</sup> Söz konusu ifadeler 303/2. madde hükmüne uygundur.<sup>139</sup>

## **2. 2001 UNESCO Sözleşmesi Çerçevesinde Arkeolojik Bitişik Bölge Uygulamaları**

2001 UNESCO Sözleşmesi'nin kabul edilmesi sürecinde 8. maddede öngörülen uygulama yetkilerine ilaveten düzenleme yetkilerinin de bulunması meselesi Türkiye hariç,<sup>140</sup> itirazla karşılaşmamıştır. Danimarka ve Japonya

<sup>136</sup> Aznar, s.13

<sup>137</sup> Bkz. Status of UNCLOS, <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en)> Erişim Tarihi 21 Ekim 2023.

<sup>138</sup> Bkz. Status of UNCLOS, <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en)> Erişim Tarihi 21 Ekim 2023. Söz konusu beyanlarla ilgili olarak ayrıca bkz. Roach, s. 150.

<sup>139</sup> Ancak “yetki veya egemenlik” terimleriyle kastedilen ülkesel egemenlik veya belirli egemen hakların kullanıldığı deniz alanlarıysa bunların içinde kıta sahanlığı ve MEB de olduğundan, BMDHS'nin VI. Bölümü uyarınca bu alanlardaki arkeolojik ve tarihi objelerin çıkarılması bakımından izin ve rıza koşullarının, kıta sahanlığını delici ve kıta sahanlığına zarar verici faaliyetler kapsamında ele almak gerekir. Bu tür herhangi bir faaliyet yoksa içsular, karasuları ve bitişik bölge dışında kalan deniz alanları bakımından 303/1. madde kapsamında yalnızca işbirliği ve koruma yükümlünün bulunduğu dikkat çekmektedir.

<sup>140</sup> Türkiye'nin 2001 UNESCO Sözleşmesi'ne taraf olmamasının temelinde Yunanistan ve Türkiye arasında Ege Denizi'nden kaynaklanan deniz alanları sınırlandırılması sorunları yatar.



hükümün zaten BMDHS'nin 303/2. maddesine uygun olduğunu ifade ederken İsveç, kıyı devletlerinin bitişik bölgedeki yetkilerinin açıklığa kavuştuğunu belirtmiştir. ABD, İngiltere, Hollanda, Norveç ve Rusya yetkilerin genişlemesine ilişkin itirazlarını bitişik bölge değil kıta sahanlığı ve MEB temelinde özellikle koordinatör devlet statüsü bakımından yapmıştır.<sup>141</sup>

2001 UNESCO Sözleşmesi'ne şu an için 71 devlet taraftır. Sözleşme'nin 29. maddesi haricinde çekince yasağı bulunmaktadır. Dolayısıyla taraf devletler 8. maddeyi olduğu biçimiyle kabul ederek Sözleşme'ye taraf olmuşlardır. Bununla birlikte 8. maddede BMDHS'nin 303/2. maddeye yapılan atıf, taraf devletlerin 8. maddeye bakışını 303/2. maddeyi dar ya da geniş yorumlamalarına göre değiştirebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki önemli denizci devletler<sup>142</sup> ve su altı kültürel miras bakımından zenginliğe sahip

Türkiye, dar denizlerde komşu kıyıdaş devletler bakımından bitişik bölgenin altındaki deniz yatağı ve toprak altında yer alan kültürel mirasa ilişkin kıyı devletlerine haklar verilmesi hususunda bir devletin kıta sahanlığı üzerinde bir başka devletin bitişik bölge ilan etmek suretiyle bu tür yararlanmalara girmesini kıyı devletinin yetkilerinin sınırlandırılması bağlamında ele almıştır. Türkiye'nin 8. maddeye ilişkin itirazları hakkında bkz. Garabello, s. 137. Türk Heyeti'nin, Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı'nın kapanış oturumundaki açıklamasında, kıyı devletinin haklarının bitişik bölgede sınırlandırılmış olduğu ve egemenlik anlamına gelmediği dolayısıyla açık denizlerdeki hakları etkilemediği ifade edilmiştir. Third United Nations Conference on the Law of the Sea 1973-1982, Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982, Document:- A/CONF.62/SR.189 189th Plenary meeting, 189th Meeting, 8 December 1982, Statements by Delegations, Mr Kırca (Turkey), s. 77. Metin için bkz. <[https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_17/a\\_conf62\\_sr189.pdf](https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_17/a_conf62_sr189.pdf)>, Erişim Tarihi 21 Ekim 2023. Türkiye, Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı'nda kıta sahanlığında yer alan kültürel miras üzerinde, belirli koşulları sağlamak kaydıyla kıyı devletin yetkisi olduğuna dair İtalya, Tunus, Portekiz, Yunanistan, Yugoslavya, Malta ve Cabo Verde tarafından sunulan öneriyi desteklemiş, söz konusu öneri reddedilse de uygulamasını bu yönde sürdürmüştür. Bkz. Çağatay Erciyes, "Turkey and the UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage-Legal Aspects", in Hakan Karan, XXX Ademuni Odeke and Kübra Var Türk (Eds.), *The Legal Regime of Underwater Cultural Heritage and Marine Scientific Research*, Yetkin, Ankara, 2020, s. 166-167. Anılan devletler tarafından verilen öneri için bkz. Tullio Scovazzi, "A Contradictory and Counterproductive Regime" in Roberta Garabello and Tullio Scovazzi (Eds.), *The Protection of Underwater Cultural Heritage Before and After the 2001 UNESCO Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2003, s. 8. Türkiye, 1998 ve 1999'da, 2001 UNESCO Sözleşmesi'nin hazırlık aşamasındaki toplantılarda, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları gereğince deniz yatağı ya da toprak altında bulunan arkeolojik objelerin kıta sahanlığı kavramı ile ilişkili olduğunu ve Türkiye'nin uygulamasının da bu yönde olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Erciyes, s. 164, 166-168. Türkiye içsular, karasuları ve kıta sahanlığında su altı kültürel mirasa ilişkin yetkiler kullanmaktadır ancak kıta sahanlığında kullandığı bu yetkiyi genel olarak deniz bilimsel araştırmalarına ilişkin izin yetkisi bağlamında uygulamaktadır. Bkz. Erciyes, s. 172.

<sup>141</sup> Aznar, s. 14-15.

<sup>142</sup> 2001 UNESCO Sözleşmesi'ne Taraf Devletler için bkz. <[https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002802198d9&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002802198d9&clang=_en)> Erişim Tarihi 25 Eylül 2023.

Yunanistan ve Türkiye gibi devletlerin 2001 UNESCO Sözleşmesi'ne taraf olmaması, Sözleşme hükümlerinin dolayısıyla 8. maddenin örf ve adet hukuku kuralına dönüşmesi önünde önemli bir engel teşkil etmektedir.

### **3. Bölgesel Andlaşmalar Çerçevesinde Arkeolojik Bitişik Bölge Uygulamaları**

Bazı bölgesel andlaşmalarda su altı kültürel miras hususunda kıyı devletlerine bitişik bölgede düzenleme yetkisi verilmiştir. Bu andlaşmalardan ilki 1992'de kabul edilen Arkeolojik Mirasın Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'dir.<sup>143</sup> Sözleşme'nin 1. maddesi diğer maddelerle birlikte ele alındığında Avrupa'nın ortak hafızasının kaynağını oluşturan ve taraf devletlerin yetkisi altında bulunan arkeolojik mirasın düzenleme ve uygulama yetkileri yoluyla korunması amaçlandığı anlaşılmaktadır. Sözleşme şerhinde, devletlerin yetkisi altında bulunan alan meselesi ele alınmış ve söz konusu alanların her bir devletin uygulaması çerçevesinde şekilleneceği ve bu alanın karasuları, bitişik bölge, kıta sahanlığı MEB ya da kültürel koruma bölgesini kapsayabileceği belirtilmiştir.<sup>144</sup> Bu noktadan hareketle bitişik bölge uygulaması olan bir kıyı devleti bu bölgedeki arkeolojik miras hususunda uygulama yetkileri yanında düzenleme yetkileri de kullanabilir.

Akdeniz'in Deniz Ortamı ve Kıyı Bölgesi'nin Korunması Hakkında Sözleşme'nin (Barselona Sözleşmesi)<sup>145</sup> uygulanmasını göstermek üzere kabul edilen andlaşmalardan Özel Koruma Alanları ve Biyolojik Çeşitliliğe İlişkin Protokol uyarınca taraflar kültürel önemi haiz alanlar için ülkesel yetkileri altında bulunan ya da belirli egemen haklara sahip olduğu deniz alanlarında özel koruma bölgeleri ihdas edilebilir ve bu alanlarda düzenleme yetkisi kullanabilirler.<sup>146</sup>

<sup>143</sup> European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage (revised) , 19 January 1992. Metin için bkz. *European Treaty Series* No. 143 (Valletta Convention) Avrupa Konseyi Andlaşmalar Serisi için bkz. <<https://www.coe.int/en/web/conventions/home>> Erişim Tarihi 23 Ekim 2023.

<sup>144</sup> Explanatory Report to the European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage, Revised, s.3. Metin için bkz. <<https://rm.coe.int/16800cb5e0>> Erişim Tarihi 23 Ekim 2023.

<sup>145</sup> Convention for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean, 10 June 1995. Akdeniz'in Deniz Ortamı ve Kıyı Bölgesi'nin Korunması Hakkında Sözleşme (Barselona Sözleşmesi) ve ilgili Protokoller için bkz. <<https://www.unep.org/unepmap/who-we-are/barcelona-convention-and-protocol>> Erişim Tarihi 23 Ekim 2023.

<sup>146</sup> Protocol concerning Specially Protected Areas and Biological Diversity in the Mediterranean

Karayip Bölgesinin Deniz Çevresinin Korunması ve Geliştirilmesi Hakkındaki Sözleşme (Cartagena Sözleşmesi)<sup>147</sup> çerçevesinde kabul edilen Özel Koruma Alanları ve Yaban Hayatı Protokolü (SPAW)<sup>148</sup> uyarınca taraf devletler, ülkesel egemenlikleri altında bulunan ya da egemen hak ve yetkileri kullandıkları alanlardaki arkeolojik ve kültürel değerleri korumak için koruma alanları ihdas edebilir ve ulusal ve uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak çeşitli önlemler alabilir.<sup>149</sup> Protokol'ün özellikle 4 ve 5/2-i maddeleri dikkate alındığında kıyı devletleri su altı kültürel mirası korumak amacıyla bitişik bölgelerinde düzenleme yetkileri kullanabilir.

Yukarıda sözü edilen bölgesel anlaşmaların hükümleri dikkate alındığında BMDHS'nin 303/2. maddesi genişletici biçimde yorumlanmış, su altı kültürel miras bakımından kıyı devletlerine bitişik bölgede düzenleme yetkileri verilmiş, söz konusu hükümler diğer devletlerin itirazı ile karşılaşmamıştır.<sup>150</sup>

#### 4. Deniz Alanlarına İlişkin İç Hukuk Kuralları Çerçevesinde Arkeolojik Bitişik Bölge Uygulamaları

Deniz alanlarına ilişkin iç hukuk kuralları, kıyı devletlerinin bitişik bölgedeki su altı kültürel miras hususunda düzenleme yetkileri kullanıp kullanmadıklarını göstermesi açısından önemlidir. Tunus, 2004 tarihli bir kararnameyle, 24 millik bir bitişik bölge ihdas etmiş ve bu bölgede BMDHS'nin 33. ve 303. maddeleri çerçevesinde denetleme yetkileri kullanacağını belirtmiştir.<sup>151</sup> Mozambik, 1996 tarihli bir yasayla, uluslararası hukuka uygun biçimde deniz alanlarındaki arkeolojik objelerin korunmasına ilişkin düzenlemeler kabul etme yetkisinin olduğunu ifade etmiştir.<sup>152</sup>

an,10 June 1995, Articles: 4/d, 5/1, 6, 7.

<sup>147</sup> Convention for the Protection and Development of the Marine Environment in the Wider Caribbean Region, 24 March 1983, Metin için bkz. <<https://www.unep.org/cep/who-we-are/cartagena-convention>> Erişim Tarihi 23 Ekim 2023.

<sup>148</sup> Protocol to the Convention for the Protection and Development of the Marine Environment of the Wider Caribbean Region Concerning Specially Protected Areas and Wildlife (SPAW Protocol), 18 January 1990, . Metin için bkz. <<https://www.unep.org/cep/resources/policy-and-strategy/spaw-protocol-text>>, Erişim Tarihi 23 Ekim 2023.

<sup>149</sup> SPAW Protocol, Articles: 4/1; 4/2(d); 5/1.

<sup>150</sup> Aznar, s. 21.

<sup>151</sup> Presidential Decree No. 04-344,6 November 2004, Establishing a Zone Contiguous to the Territorial Sea, Article 2. Metin için bkz. *Law of the Sea Bulletin*, No. 57, s. 116.

<sup>152</sup> Aznar, s. 23.

Norveç'in, 2003 yılında kabul ettiği bir yasada arkeolojik ve tarihi nitelikteki objelerin karasularından çıkarılmasına dair düzenlemelerin, bitişik bölgede de uygulanacağı öngörülmüştür.<sup>153</sup> ABD bitişik bölgesinin genişletilmesi hakkındaki 1999 tarihli bir deklarasyonda, bu bölgedeki geleneksel uygulama yetkilerini vurgulamış ayrıca söz konusu genişlemenin bölgedeki kültürel mirasın çıkarılmasının önlenmesi hususunda da önemli bir adım olduğunu ifade etmiştir.<sup>154</sup> Güney Kıbrıs Rum Yönetimi 2004 tarihli bir yasayla BMDHS'nin 303/2. maddesini tekrar eden bir düzenleme getirerek, bitişik bölgesinden arkeolojik ve tarihi nitelikteki objelerin izinsiz olarak çıkarılmasının, kara ülkesi ve karasularında bu konuya ilişkin hukuk kurallarının ihlali anlamına geldiğini ifade etmiştir.<sup>155</sup> Buna karşılık yasanın devam eden maddelerinde bitişik bölgede bulunan arkeolojik ve tarihi objelerin kaçakçılığını engellemek ve bunların çıkarılmasına ilişkin lisansların verilmesi hususlarında düzenleme yetkilerinden söz edilmiştir.<sup>156</sup> Küba'nın bitişik bölgeye dair yasasının 4. maddesinde bu bölgede bulunan tüm su altı kültürel mirasın mülkiyetinin Küba'ya ait olduğu ifade edilmiş, 3. maddede ise bunlara ilişkin yasal düzenlemelerin ihlali halinde Küba'nın önleme ve cezalandırma yetkilerinden bahsedilmiş ancak ihlal edilen düzenlemelerin kara ülkesi ya da karasularına ilişkin düzenlemeler mi yoksa bitişik bölgeye ilişkin düzenlemeler mi olduğu hususunda bir ayrıma gidilmemiştir.<sup>157</sup> Vanuatu'nun deniz alanlarına ilişkin yasasında ise MEB alanlarında yer alan arkeolojik objelerin çıkarılması hususunda Vanuatu'nun yetkili olduğu belirtilmiştir.<sup>158</sup> Güney Afrika 1994 tarihli bir yasada esas hatlardan itibaren 24 millik bir alanda hem bitişik bölge hem de deniz kültürel alanı olmak üzere iki ayrı deniz alanı kabul etmiş ve arkeolojik bitişik bölge olarak da adlandırılabilir deniz kültürel alanında

<sup>153</sup> Act of 27 June 2003, No. 57 relating to Norway's Territorial Waters and Contiguous Zone, Article 4. Metin için bkz. *Law of the Sea Bulletin*, No. 54, 2004, s. 97.

<sup>154</sup> Contiguous Zone of the United States, Proclamation by the President of the United States of America, 2 September 1999. Bkz. <<https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/USA.htm>> Erişim Tarihi 23 Ekim 2023.

<sup>155</sup> A Law to Provide for the Proclamation of the Contiguous Zone by the Republic of Cyprus, Article 4/c. Bkz. <[https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/cyp\\_2004\\_cz\\_proclamation.pdf](https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/cyp_2004_cz_proclamation.pdf)>, Erişim Tarihi 23 Ekim 2023.

<sup>156</sup> A Law to Provide for the Proclamation of the Contiguous Zone by the Republic of Cyprus, Article 5/2(b).

<sup>157</sup> Cuba, Legislative Decree No. 158, Contiguous Zone, 12 April 1995, Article 3 (a) and Article 4. Metin için bkz. *Law of the Sea Bulletin*, No. 54, s. 27.

<sup>158</sup> Vanuatu, Maritime Zones Act No. 6 of 2010, 18 June 2010, Article 10(2)(b). Metin için bkz. *Law of the Sea Bulletin*, No. 73, s.14.

bulunan arkeolojik ve tarihi nitelikteki objeler bakımından karasularında sahip olduğu tüm hak ve yetkilere sahip olduğunu ifade etmiştir.<sup>159</sup> Morityus da deniz alanlarına ilişkin düzenlemesinde benzer şekilde bir deniz kültürel alanı ihdas etmiş ve bu düzenlemede Morityus'un bitişik bölgesiyle çakışık vaziyette olan deniz kültürel alanında yer alan su altı kültürel mirasa ilişkin tüm faaliyetler hakkında düzenlemeler yapma ve bunlara izin verme yetkisi olduğu ifade edilmiştir.<sup>160</sup> Dominik Cumhuriyeti'nin deniz alanlarına dair yasasında MEB'de bulunan tarihi gemi batıklarından çıkarılan hazinelerin ulusal kültürel mirasın bir parçasını oluşturduğu ifadesi yer alır.<sup>161</sup> Cabo Verde'nin deniz alanlarını sınırlandıran hukuki düzenlemesinde bitişik bölge ve MEB dahil olmak üzere tüm deniz alanlarındaki arkeolojik ve tarihi objelerin yerinin tespiti, keşif ve çıkarılması faaliyetlerinin ancak yetkili ulusal makamların izni ile mümkün olduğu ifade edilmiştir.<sup>162</sup> Guyana'nın 2010 tarihli yasasında, karasuları ve bitişik bölgeyi kapsayan bir deniz kültürel alanı ilan edilebileceği, kendisinin bu alanda egemen hak ve münhasır yetkileri bulunduğu dolayısıyla burada bulunan arkeolojik ve tarihi nitelikteki objeler üzerinde içsuları ve karasularında sahip olduğu hak ve yetkilere sahip olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu yasa uyarınca su altı kültürel mirasla ilgili faaliyetler Guyana'nın ilgili otoritelerinin iznine tabidir ve 2001 UNESCO Sözleşmesi'nin 8. maddesine uygun olarak bu bölgedeki faaliyetler konusunda düzenleme yetkileri mevcuttur.<sup>163</sup> Bu durumda Guyana, 2001 UNESCO Sözleşmesi'nin 8. maddesini dolayısıyla bu maddenin atıf verdiği BMDHS'nin 303/2. maddesini geniş yorumlayarak su altı kültürel miras bakımından kıyı devletinin bitişik bölgede düzenleme yetkileri olduğunu kabul etmiştir. Surinam, 2017 tarihli deniz alanlarına dair bir yasayla bitişik bölge ihdas etmiş ve BMDHS 303/2. maddeye uygun biçimde, bu bölgedeki arkeolojik ve tarihi nitelikteki objelerin izinsiz olarak çıkarılmasını yasaklamıştır.<sup>164</sup>

<sup>159</sup> South Africa, Maritime Zones Act, No. 15 of 1994, Article 5, Article 6. Metin için bkz. *Law of the Sea Bulletin*, No. 32, s. 75.

<sup>160</sup> Mauritius, Maritime Zone Act 2005 Act No. 2 of 2005, Article 25. Metin için bkz. *Law of the Sea Bulletin*, No. 62, s. 52.

<sup>161</sup> Dominican Republic Act 66-07, 22 May 2007, Article 16. Metin için bkz. *Law of the Sea Bulletin*, No. 65, s. 18.

<sup>162</sup> Cape Verde, Law No. 60/IV/92, Delimiting the Maritime Areas of the Republic of Cape Verde, Article 28. Metin için bkz. *Law of the Sea Bulletin*, No. 26, s. 24.

<sup>163</sup> Guyana, Maritime Zones Act 2010 – Act no. 18 of 2010, Articles 42-44. Metin için bkz. *Law of the Sea Bulletin* No. 74, s. 32.

<sup>164</sup> Suriname Maritime Zones Act Act regulating the Maritime Zones of the Republic of Suriname and amending the Offshore Fisheries Act 1980 and the Mining Decree, 7 April 2017,

## 5. Kültürel Mirasa İlişkin İç Hukuk Kuralları Çerçevesinde Arkeolojik Bitişik Bölge Uygulamaları

Devletlerin genel olarak kültürel miras ya da özel olarak su altı kültürel miras konusundaki iç hukuk kuralları da kıyı devletlerinin bitişik bölgede düzenleme yetkileri kullanmalarına ilişkin uygulamalarını göstermesi bakımından yol göstericidir. Çeşitli devletler özellikle izin ve koruma bağlamında bitişik bölgede düzenleme yetkileri kullanmaktadır.

Hollanda, kültürel mirasla ilgili yasasında, su altı kültürel mirasın bitişik bölgeden izinsiz olarak araştırılması ve çıkarılması yasaklamıştır.<sup>165</sup> Belçika'nın, 2001 UNESCO Sözleşmesi'nin uygulanmasına dair kabul ettiği 2021 tarihli yasada ise Kral'ın su altı kültürel mirasın korunması amacıyla çeşitli düzenlemeler yapabileceği öngörülmüş ve bunların Belçika'nın deniz alanlarından çıkarılması izne tabi tutulmuştur.<sup>166</sup> Güney Afrika, ulusal mirasa ilişkin düzenlemesinin 35/1. maddesi uyarınca bitişik bölgeyi kapsayan deniz kültürel alanında bulunan tarihi gemi batıklarının korunması yetkisini devletin ilgili makamlarına bırakmıştır.<sup>167</sup> Vietnam'ın ilgili yasasında MEB ve kıta sahanlığında bulunan kültürel mirasın halkın tamamına ait olduğu belirtilmiş ayrıca arkeolojik keşif ve kazıların kültür bakanlığının izniyle mümkün olduğu ifade edilmiştir.<sup>168</sup> Avustralya, 2018 yılında su altı kültürel mirasa hakkında son derece kapsamlı hükümler ihtiva eden bir yasa kabul etmiştir. Söz konusu yasanın 7 ve 11. maddeleri ile 2 ve 3. kısmında yer alan kurallar bir arada değerlendirildiğinde Avustralya'nın bitişik bölgede yer alan su altı kültürel miras hakkında düzenleme yapma yetkisi, özellikle koruma alanları ve izin prosedürleri bağlamında, düzenlenmiştir.<sup>169</sup> Çin'in

---

Article 8/3. Metin için bkz. *Law of the Sea Bulletin*, No. 97, s. 50.

<sup>165</sup> Heritage Act 2016, Section 1.2; Section 5.1. metin için bkz. <<https://english.cultureelerfgoed.nl/publications/publications/2016/01/01/heritage-act-2016>>, Erişim Tarihi 25 Ekim 2023.

<sup>166</sup> Loi relative à la mise en oeuvre de la Convention de l'UNESCO du 2 novembre 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique et la protection d'épaves de valeur, 23 Avril 2021, Article, 4, Article 6 ve Article 12. Metin için bkz. <[https://etaamb.openjustice.be/fr/loi-du-23-avril-2021\\_n2021041529.html](https://etaamb.openjustice.be/fr/loi-du-23-avril-2021_n2021041529.html)>, Erişim Tarihi 25 Ekim 2023.

<sup>167</sup> National Heritage Resources Act No 25 of 1999. Metin için bkz. <<https://www.gov.za/documents/national-heritage-resources-act>>, Erişim Tarihi 25 Ekim 2023.

<sup>168</sup> Law No. 28/2001/QH10, Cultural Heritage, 29 June 2001, Article 6 ve Article 38. Metin için bkz. <<https://vanbanphapluat.co/law-no-28-2001-qh10-of-june-29-2001-on-cultural-heritage>>, Erişim Tarihi 23 Ekim 2023.

<sup>169</sup> Australian Government, Underwater Cultural Heritage Act, 2018, Part 1, Division 1, Section 7; Division 2, Section 11; Part 2 ve Part 3. Metin için bkz. <<https://www.legislation.gov.au/>>

1989 tarihli yasasında ise işçular ve karasuları yanında, Çin'in yetkisi altında bulunan tüm deniz alanlarında kültürel mirasın araştırılması, çıkarılması, korunması, incelenmesi, başka bir ifadeyle bunların idaresine ilişkin tüm hususlarda ve söz konusu yasanın uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin yapılması hususunda Çin makamları yetkili kılınmıştır.<sup>170</sup> ABD'nin su altı kültürel miras hususunda bitişik bölge ve MEB'i kapsayacak şekilde çeşitli düzenlemeleri mevcuttur. Örneğin deniz koruma alanlarına dair yasası çerçevesinde MEB dahil ABD'nin yetkisi altındaki çeşitli deniz alanlarında, su altı kültürel mirası da kapsayan deniz koruma alanları ilan etme yetkisi bulunurken,<sup>171</sup> batık askeri hava araçlarına ilişkin düzenlemesinde ise yabancı dahi olsa batık gemiler ve hava araçları ve bunlarla bağlantılı kültürel mirası bitişik bölgede koruma yetkisine sahiptir.<sup>172</sup> Kanada, deniz koruma alanlarını düzenleyen yasasının 12. maddesi uyarınca bu alanlardaki kültürel mirasın korunması hususunda düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Anılan yasanın 2/3. maddesine göre MEB'de oluşturulan deniz koruma alanlarında, Kanada'nın egemen yetkileri uluslararası hukukla uyumlu olacak biçimde ele alınmıştır.<sup>173</sup>

Details/C2018A00085>, Erişim Tarihi 26 Ekim 2023.

<sup>170</sup> Regulations of the People's Republic of China Concerning the Administration of the Protection of Underwater Cultural Relics, 20 October 1989, Article: 2/1; Article 2/2; Article 4-9 ve Article 12. Metin için bkz. <[https://zh.unesco.org/sites/default/files/china\\_regadmunderwaterclt\\_entof](https://zh.unesco.org/sites/default/files/china_regadmunderwaterclt_entof)>, Erişim Tarihi 26 Ekim 2023.

<sup>171</sup> 16 USC 1432/ 3. Metin için bkz. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2022-title16/pdf/USCODE-2022-title16-chap32-sec1432.pdf> (Erişim Tarihi: 14.11. 2023); 16 USC 1433/a (2). Metin için bkz. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2022-title16/pdf/USCODE-2022-title16-chap32-sec1433.pdf> Erişim Tarihi 14 Kasım 2023. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ole Varmer, *Underwater Cultural Heirtage Law Study*, US Department of the Interior Bureau of Ocean Energy Management Headquarters, 2014, s. 34, Metin için bkz. <<https://espis.boem.gov/final%20reports/5341.pdf>> , Erişim Tarihi 26 Ekim 2023; Aznar, s. 28, dn. 11

<sup>172</sup> Ole Varmer, "Closing the Gaps in the Law Protecting Underwater Cultural Heritage on the Outer Continental Shelf", *Stanford Environmental Law Journal*, 33(2), 2014, s. 276; Ayrıca bkz. Ole Varmer, "The Duty to Protect Underwater Cultural Heritage and to Cooperate for that Purpose under Law and Policy", in Hakan Karan, XXX Ademuni Odeke and Kübra Var Türk eds., *The Legal Regime of Underwater Cultural Heritage and Marine Scientific Research*, Yetkin, 2020, s. 115. ABD'nin karasularının ötesindeki su altı kültürel mirasın korunmasına ilişkin uygulamaları için ayrıca bkz. Ricardo J. Elia, "US Protection of Underwater Cultural Heritage beyond the Territorial Sea: Problems and Prospects", *The International Journal of Nautical Archaeology*, 29(1), 2000, s. 43-56.

<sup>173</sup> Canada National Marine Conservation Areas Act, SC 2002, c 18, Article 3. Söz konusu madde Kanada'nın bir diğer düzenlemesi olan Oceans Act atfı vermekte ve ilgili düzenlemenin 14. maddesinde, Kanada'nın MEB'deki egemen yetkileri canlı ve cansız doğal kaynaklara ilişkin olarak BMDHS ve genel uluslararası hukuka uygun biçimde düzenlenmiştir. Bkz. Oceans Act S.C. 1996, c. 31 Assented to 1996-12-18. Metin için bkz. <<https://laws-lois.just>

İrlanda'nın ulusal anıtlara dair düzenlemesinde karasularının ötesindeki deniz yatağı ve toprak altındaki kültürel mirasa ilişkin koruma ve izin prosedürleri düzenlenmektedir.<sup>174</sup> Bermuda'nın su altı kültürel mirasla ilgili yasasında bitişik bölgedeki kültürel mirasın aidiyeti hususunda hükümler bulunmakta ayrıca izinsiz olarak su altı kültürel mirasa ilişkin faaliyette bulunan kişiler hakkında para ve hapis cezaları öngörülmektedir.<sup>175</sup> İspanya'nın 1985 yılında kabul ettiği yasanın 40/1. maddesinde, karasuları ya da kıta sahanlığında, deniz yatağı ya da toprak altında bulunan ve çıkarılıp çıkarılmaması fark etmeksizin tarihi nitelikteki tüm malların İspanyol tarihi mirası olduğu ifade edilmiş, izinler ve cezai sorumluluk hususunda çeşitli hükümlere yer verilmiştir.<sup>176</sup>

İtalya, Libya, Danimarka, Norveç, Yunanistan, İsrail ve Tayland ise doğrudan doğruya kültürel miras ya da deniz alanlarıyla ilgili olmayan farklı konulardaki bir takım iç hukuk kuralları çerçevesinde bitişik bölgenin de ötesinde MEB ve kıta sahanlığındaki kültürel mirasa ilişkin düzenleme yetkileri kullanmaktadır. Ancak söz konusu yetkiler doğal kaynaklarla özellikle hidrokarbon kaynaklarıyla ilgili hakların korunması amacıyla kullanılmaktadır.<sup>177</sup>

## SONUÇ

Uluslararası deniz hukukunun yerleşik bir kuralı haline gelen geleneksel anlamda bitişik bölgede kıyı devleti, kara ülkesi, içsular ve karasularında gümrük, maliye, göç ve sağlık konusundaki hukuk kurallarının ihlallerini önlemek ve cezalandırmak amacıyla ve yalnızca su tabakasında uygulama yetkileri kullanır. Günümüz devlet uygulamalarında bitişik bölge, esas hatlardan itibaren 24 deniz miline kadar uzanmakta ya da bu mesafenin altında

---

tice.gc.ca/eng/acts/o-2.4/page-1.html#h-382995>, Erişim Tarihi 26 Ekim 2023.

<sup>174</sup> National Monuments (Amendment) Act, 1987, Section 3. Metin için bkz. <<https://www.irishstatutebook.ie/eli/1987/act/17/enacted/en/print#sec3>>, Erişim Tarihi 26 Ekim 2023.

<sup>175</sup> Bermuda Historic Wrecks Act 2001, Part II, Part III. Metin için bkz. <<http://www.bermudalaws.bm/laws/Consolidated%20Laws/Historic%20Wrecks%20Act%202001.pdf>>, Erişim Tarihi 26 Ekim 2023.

<sup>176</sup> Law 16/1985 dated 25 June, on the Spanish Historical Heritage, Article 5, Article 26, Article 42, Article 75-76. Metin için bkz. <[https://en.unesco.org/sites/default/files/spa\\_law\\_16\\_1985\\_engtof.pdf](https://en.unesco.org/sites/default/files/spa_law_16_1985_engtof.pdf)>, Erişim Tarihi 26 Ekim 2023. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mariana J. Aznar-Gomez, "Chapter 13: Spain" in Sarah Dromgoole (Ed.), *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: National Perspectives in Light of the UNESCO Convention on 2001*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s.277-278.

<sup>177</sup> Bkz. Aznar, s. 29-30.



kalmaktadır.<sup>178</sup>

Bitişik bölge kavramı ile ilişkili temel mesele BMDHS'nin kabul edilmesiyle birlikte Sözleşme'nin 303/2. madde hükmü çerçevesinde ortaya çıkan farklı yorum ve devlet uygulamalarıdır. 303/2. madde, deniz yatağı ve toprak altını da kapsayacak biçimde bitişik bölgeyi genişletmiştir. İlgili düzenleme Sözleşme sistematigi içinde “genel hükümler” başlığını taşıyan XVI. Bölümün “denizde bulunan arkeolojik ve tarihi objeler” başlığı altında yer alır. Hükmün bitişik bölgeye ilişkin kısımda değil de burada düzenlenmiş olması su altı kültürel mirasın korunması bakımından BMDHS’de ayrı bir rejim yaratıldığını akla getirebilir. Ancak BMDHS’nin 303/2. maddesinin 33. maddeye, 2001 UNESCO Sözleşmesi’nin 8. maddesinin 303/2. maddeye atıf vermesi nedeniyle kıyı devletleri bu alandaki faaliyetlerin karasularında ya da kara ülkesinde gerçekleştirildiği varsayımından hareketle düzenleme yetkileri kullanabilecektir. Dolayısıyla her iki uluslararası sözleşmenin lafzı çerçevesinde kıyı devletine arkeolojik bitişik bölgede düzenleme yetkileri verildiği sonucu çıkarılamaz.

Bununla birlikte andlaşma hükümlerinin yorumu bakımından sonraki uygulamalar da önemlidir. Dolayısıyla 2001 UNESCO Sözleşmesi’nin 8. maddesi, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 31/3-b maddesi çerçevesinde, 303/2. maddenin “sonraki uygulama”sı olarak ele alınabilir. Nitekim BMDHS’nin hazırlık aşamasında kültürel mirasa yönelik kaçakçılık faaliyetleri daha çok sığ alanlarda gerçekleştirilirken sonraki yıllarda teknolojik gelişmelere bağlı olarak karasularının ötesindeki deniz yatağı ve toprak altı da bu anlamda tehdit edilmeye başlamıştır.<sup>179</sup> Bu nedenle 8. madde, 303/2. maddeyi genişletici biçimde yorumlayan sonraki bir uygulama olarak da değerlendirilebilir.<sup>180</sup>

Çalışmada yer verilen devlet uygulamaları çerçevesinde bitişik bölge kavramının hukuki niteliğinin ve bu bölgeye uygulanan rejimin tamamen değiştiği iddia edilemez zira ilgili andlaşmaların tarafı olmayan devletler bakımından örf ve adet hukuku niteliğini haiz olan bitişik bölge, geleneksel anlamda bitişik bölgedir. Bununla birlikte, BMDHS ve 2001 UNESCO

<sup>178</sup> Bkz. supra dn. 77.

<sup>179</sup> Sarah Dromgoole, “Revisiting the Relationship between Marine Scientific Research and the Underwater Cultural Heritage”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, 25(1), 2010, s. 47.

<sup>180</sup> Rau, s. 445

Sözleşmesi'nin tarafı olan ya da olmayan çeşitli kıyı devletlerinin bitişik bölgelerinde, bitişik bölge ilanı yoksa MEB ve/veya kıta sahanlıklarında, özellikle su altı kültürel mirasın korunması ve buna ilişkin faaliyetlere izin verilmesi hususunda düzenleme yetkileri kullandıkları görülmektedir. Mevcut devlet uygulamalarından yola çıkılarak kültürel mirasın korunması konusunda kıyı devletlerinin düzenleme yapma yetkisine dair bir örf ve adet hukuku kuralı olduğu biçiminde genel bir sonuca varılamamakla birlikte bu yönde gelişen bir uygulamanın varlığı da yadsınmaz.<sup>181</sup> Söz konusu tartışmalar bir yana kıyı devletlerinin 303/2. madde ya da 8. maddeyi kısıtlayıcı biçimde uygulayabilmeleri başka bir ifadeyle kültürel mirasa ilişkin ihlallerin kara ülkesinde ya da karasularında gerçekleştirildiği varsayımıyla hareket edebilmeleri için dahi bu konudaki hukuk kurallarının bitişik bölgede nasıl uygulanacağını gösteren hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Deniz alanlarının çeşitlenmesi ve söz konusu alanlarda özellikle kıyı devletine verilen yetkilerin çoğalmasıyla birlikte bu düzenlemelere duyulan ihtiyaç da artmıştır.

MEB kavramının ortaya çıkmasıyla birlikte bitişik bölgenin öneminin azaldığına dair görüşler mevcut olsa da esasen her iki kavramın hukuki niteliği ve bu alanlara uygulanan hukuki rejim birbirinden farklıdır. MEB ilanı otomatik olarak bitişik bölgeye ilişkin hak ve yetkiler doğurmaz. Bitişik bölge günümüzde, kültürel mirasın korunması yanında, yasa dışı göç, uyuşturucu ve psikotropik madde kaçakçılığı ve salgın hastalıklar gibi konular bakımından önemini korumaktadır. Bununla birlikte bitişik bölgeye ilişkin en önemli gelişme kültürel miras bakımından deniz yatağı ve toprak altınının da kapsama alınmasıdır. BMDHS ve 2001 UNESCO Sözleşmesi'nin kabulünden sonra kıyı devletleri, bitişik bölgedeki yetkilerini hem mekansal, hem konu hem de yetkinin türü bakımından genişletme eğilimindedir. Söz konusu uygulama bitişik bölge ilanı olmayan devletler bakımından MEB ve kıta sahanlığında da gerçekleştirilmeye başlanmıştır ki KSS ve BMDHS'ye göre her iki deniz alanında da kıyı devletinin deniz yatağı ve toprak altındaki hak ve yetkileri doğal kaynaklarla sınırlıdır. Oysa pek çok devlet karasularının ötesindeki bu deniz alanlarında düzenleme yetkileri kullanmaktadır.

Söz konusu uygulamaların zaman içerisinde uluslararası örf ve adet hukuku kuralına dönüşme ihtimali bulunması nedeniyle bu konudaki gelişmelerin özellikle hem su altı kültürel miras bakımından zengin hem

<sup>181</sup> Dromgoole, *Underwater Cultural Heritage*, s. 255.

de deniz yetki alanlarına dair bir takım uyuşmazlıkları bulunan devletler tarafından yakından takip edilmesi gerekir. Örf ve adet hukuku kurallarının oluşumu hususundaki önemi nedeniyle örfi uluslararası hukuk bakımından ve tarafı bulunduğu takdirde ahdi yükümlülükler çerçevesinde bağlayıcı olacağından yalnızca doğrudan deniz hukuku ya da kültürel mirasa ilişkin anlaşmalara değil bunların dışında kalan ancak bu konuda hükümler ihtiva eden anlaşmaların hazırlık aşaması ve bunlara taraf olunma süreçlerinde ihtiyatlı olunması, sonradan ortaya çıkabilecek uluslararası uyuşmazlıkları engellemek bakımından büyük önem arz etmektedir.

## KAYNAKÇA

- Akipek S, *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Kültür Malları*, Turhan, 1999.
- American Institute for International Law, Project No. 12, Jurisdiction için bkz. *American Journal of International Law Special Supplement*, 20, 1926, s. 323-325.
- Arend A, “Archaeological and Historical Objects: The International Legal Implications of UNCLOS III”, *Virginia Journal of International Law*, 22(4), 1982, s. 777-804.
- Avrupa Konseyi Andlaşmalar Serisi için bkz. <<https://www.coe.int/en/web/conventions/home>> Erişim Tarihi 23 Ekim 2023
- Aznar M, “The Contiguous Zone as an Archaeological Maritime Zone”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, 29(1), 2014, s. 1-51.
- Aznar-Gomez M, “Chapter 13, Spain” in Sarah Dromgoole (Ed.), *The Protection of the Underwater Cultural Heritage: National Perspectives in Light of the UNESCO Convention 2001*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 271-295.
- Barselona Sözleşmesi ve ilgili Protokoller için bkz. <<https://www.unep.org/unepmap/who-we-are/barcelona-convention-and-protocol>> Erişim Tarihi 23 Ekim 2023.
- Birinci Deniz Hukuku Konferansı’na ilişkin belgeler için bkz. <[https://legal.un.org/diplomaticconferences/1958\\_los/](https://legal.un.org/diplomaticconferences/1958_los/)> Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.
- Birleşmiş Milletler Andlaşmalar Serisi için bkz. <<https://treaties.un.org/>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.
- Cafilich L, “Submarine Antiquities and the International Law of the Sea”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 13, 1982, s. 3-32.
- Caminos H, “Contiguous Zone”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, <[www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)>, Erişim Tarihi 01 Nisan 2012.
- Cartagena Sözleşmesi için bkz. <<https://www.unep.org/cep/who-we-are/cartagena-convention>> Erişim Tarihi 23 Ekim 2023

- Chrozat C, “Devletler Hukukunda Bitişik Mıntika Mefhumu”, İstanbul Hukuk Fakültesi Profesörleri ve Doçentleri Tarafından, *Devletler Hususi Hukuku Ordinaryüs Profösörü Muammer Raşit Seviğ’e Armağan*, İsmail Akgün Matbaası, 1956, s.533-562.
- Churchill R; Lowe V, *The Law of the Sea*, Third Edition, Juris Publishing, Manchester University Press, 1999.
- Draft Conventions and Comments on Territorial Waters Prepared by the Research in International Law of the Harward School için bkz. *American Journal of Internaitonal Law Special Supplement*, 23, 1929, s. 243-380.
- Dromgoole S, “Revisiting the Relationship between Marine Scientific Research and the Underwater Cultural Heritage”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, 25(1), 2010, s. 33-62.
- Dromgoole S, *Underwater Cultural Heritage and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- Elia, R, “US Protection of Underwater Cultural Heritage beyond the Territorial Sea: Problems and Prospects”, *The International Journal of Nautical Archaeology*, 29(1), 2000, s. 43-56.
- Erciyes Ç, “Turkey and the UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage-Legal Aspects”, in Hakan Karan, XXX Ademuni Odeke and Kübra Var Türk (Eds.), *The Legal Regime of Underwater Cultural Heritage and Marine Scientific Research*, Yetkin, 2020, s. 161-173.
- Forrest C, “Defining ‘Underwater Cultural Heritage’, *The International Journal of Nautical Archeology*”, 31(1), 2002, s. 3-11.
- Garabello R, “The Negotiating History of the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage” in Roberta Garabello;Tullio Scovazzi (Eds.) , *The Protection of Underwater Cultural Heritage Before and After the 2001 UNESCO Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2003, s. 89-192.
- Gönlübol M, *Bariş Zamanında Sahil Sularının (Karasuları ve Bitişik Bölge) Hukuki Statüsü*, Ajans Türk Matbaası, 1959.
- La Haye Kodifikasyon Konferansı’na ilişkin belgeler için bkz. *Leauge of*

*Nations Acts of the Conference for the Codification of International Law, The Hague*, 13 march-12 April 1930, Vol. I, Plenary Meetings, LoN Doc. C.351.M.145.1930.V.

*Law of the Sea Bulletin* için bkz. <[https://www.un.org/depts/los/doalos\\_publications/los\\_bult.htm](https://www.un.org/depts/los/doalos_publications/los_bult.htm)> Erişim Tarihi 16 Ekim 2023.

*Limits in the Seas* için bkz. <<https://www.state.gov/limits-in-the-seas/>> Erişim Tarihi 16 Ekim 2023.

Lowe V, “Development of the Concept of the Contiguous Zone”, *British Yearbook of International Law*, 52(1), 1982, s. 109-169.

Meray S, *Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt*, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1968.

Nandan S; Rosenne S, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary, Volume II*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1993.

Nordquist M; Rosenne S; Sohn L (Eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary, Volume V*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989.

O’Connell D, *The International Law of the Sea, Volume II*, Shearer I.A. (Ed.), Clarendon Press, 1984.

Official Records, 28th Session Supplement No. 21 (A/ 9021), General Assembly, Report of the Committee on the Peaceful Uses of the Sea-Bed and the Ocean Floor Beyond the Limits of National Jurisdiction, Vol. IV, United Nations, New York, 1973 için bkz. <<https://digitallibrary.un.org/record/725193>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.

Oppenheim L, *International Law: A Treatise, Vol I*, Lauterpacht H (Ed.), 7th Edition, Longmans Green and Co., 1948.

Oxman, B, “Marine Archaeology and the International Law of the Sea”, *Columbia–VLA Journal of Law and the Arts*, 12(3), 1987, s. 353-372.

Oxman, B, “The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The Ninth Session (1980)” *American Journal of International Law*, 75(2), 1981, s. 211-256.

- Özman A, *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*, İstanbul Deniz Ticaret Odası, Yayın No:5, Temel Matbaası, 1984.
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri, 2. Kitap*, 12. Baskı, Turhan, 2021.
- Rau M, “The UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage and the International Law of the Sea”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 6, 2002, s. 387-472.
- Roach A, *Excessive Maritime Claims*, Fourth Edition, Brill Nijhoff, 2021.
- Rothwell D; Stephens T, *The International Law of the Sea*, Second Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2016.
- SPAW Protocol için bkz. <<https://www.unep.org/cep/resources/policy-and-strategy/spaw-protocol-text>> Erişim Tarihi 23 Ekim 2023.
- Strati A, “Protection of the Underwater Cultural Heritage: From the Shortcomings of the UN Convention on the Law of the Sea to the Comprimises of the UNESCO Convention”, in Anastasia Strati, Maria Gavouneli and Nikolaos Skourtos (Eds.), *Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea Time Before and Time After*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 21-62.
- Tanaka Y, *The International Law of the Sea*, Third Edition, Cambridge University Press, 2019.
- Toluner S, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi*, Beta, 1996.
- Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan raporlar ve taslak metinler için bkz. <<https://legal.un.org/ilc/>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.
- UNESCO’ya ilişkin andlaşma ve belgeler için bkz. <<http://www.unesco.org>> Erişim Tarihi 25 Mart 2022.
- Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı’na ilişkin belgeler için bkz. <[https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973\\_los/](https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/)> Erişim Tarihi 10 Ekim 2023.
- Varmer O, “Closing the Gaps in the Law Protecting Underwater Cultural Heritage on the Outer Continental Shelf”, *Stanford Environmental Law Journal*, 33(2), 2014, s. 241-286.
- Varmer O, “The Duty to Protect Underwater Cultural Heritage and to

Cooperate for that Purpose under Law and Policy”, in Hakan Karan, XXX Ademuni Odeke and Kübra Var Türk (Eds.), *The Legal Regime of Underwater Cultural Heritage and Marine Scientific Research*, Yetkin, 2020, s. 77-117.

Varmer O, *Underwater Cultural Heirtage Law Study*, US Department of the Interior Bureau of Ocean Energy Management Headquarters, 2014, s. 34, Metin için bkz. <<https://epis.boem.gov/final%20reports/5341.pdf>>,Erişim Tarihi 26 Ekim 2023.

Vitzhum W, Talmon S, *Alles fliests Kulturschutz und innere Gewasser im Neuen Seerecht*, Nomos Verlagsgesselschaft, 1998.



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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

**HIRSIZLIK SUÇUNUN BİNA VEYA EKLENTİLERİ İÇİNDE  
MUHAFAZA ALTINA ALINMIŞ OLAN EŞYA HAKKINDA  
İŞLENMESİ (TCK m. 142/2-h)**

COMMITTING THE OFFENSE OF THEFT IN RELATION TO THE  
PROPERTY THAT HAS BEEN PROTECTED WITHIN THE BUILDING  
OR ITS ANNEXES

Neslihan GÖKTÜRK\*  

**ÖZET**

[-10.34246/ahbvuhfd.1416946](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1416946) 

TCK'nın 142/2-h hükmünde hırsızlık suçunun “bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında” işlenmesi nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Fakat Yargıtay içtihatları tetkik edildiğinde, söz konusu yasal düzenlemenin ve uygulamasının sorunlu olduğu görülmektedir. Çalışmada, tespit edilen iki sorun incelenmiştir. Bunlardan ilki, eşyanın bina içinde muhafaza altına alınmasından ne anlaşılması gerektiği; ikincisi ise, binanın konut veya işyeri vasfını taşıması halinde suçun icrasının ne zaman başladığı ve 142/4 hükmüyle de bağlantılı olarak suçlar arasındaki içtima ilişkisidir.

**Anahtar Kelimeler:** Hırsızlık, Doğrudan doğruya icraya başlama, Konut dokunulmazlığını ihlal, Mala zarar verme, Suçların içtiması

**ABSTRACT**

Article 142/2-h of the Turkish Penal Code regulates the offense of theft committed “in relation to the property that has been protected within the building or its annexes” as a qualified element. However, when the Court of Cassation cases are examined, it

\* **Doç. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** neslihangokturk@gmail.com, **ORCID:** 0000-0003-4937-4452, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1416946

- Atıf Şekli/ **Cite As:** Göktürk N, “Hırsızlık Suçunun Bina veya Eklentileri İçinde Muhafaza Altına Alınmış Olan Eşya Hakkında İşlenmesi (TCK m. 142/2-h)”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s.323-348
- İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



*is seen that the said legal regulation and its implementation are problematic. In the study, two identified problems has been examined. The first of these is what should be understood by taking the property thats protected in the building; the second is when the commencing to execution starts if the building qualifies as a residence or workplace, and the relationship of concurrence between the crimes committed in connection with Article 142/4.*

**Key Words:** *Theft, Directly commencing to execution, Violation of the immunity of residence, Damage to property, Concurrence of crimes.*

### **EXTENDED ABSTRACT**

*Article 141 of the TPC No. 5237 defines the basic form of the offense of theft and Articles 142 and 143 regulate the qualified elements that require an increase in the penalty. When the decisions of the Court of Cassation are examined, it can be said that the basic form of the theft (141) has almost no application area due to the inclusion of many qualified elements with the casuistic method; in addition, due to the intersection of some of the qualified elements, it can be said that more than one qualified element (142/1-a, c; 142/2-d, g, h) finds application area together at the same time, among which especially Article 142/2-h stands out. Article 142/2-h of the TPC regulates the commission of the offense of theft “in relation to the property that has been protected within the building or its annexes” as a qualified element. However, there are problems regarding this legal regulation and its implementation. In terms of the integrity of the study, limited examination will be made with the two problems identified.*

*The first problem is what should be understood by the property thats protected in the building. The Court of Cassation has a precedent that if the goods are found inside the building -even if it is a building that everyone can enter-, the provision 142/2-h should be applied without making any evaluation as to whether the goods are kept separately or not. However, this practice is not in line with the purpose of the regulation of the qualified element in question; the issue of whether the goods are protected or not needs to be evaluated separately. One of the main problems to be addressed in this study is what should be the criterion that constitutes the basis for this evaluation.*

*The second problem is when the commencing to execution starts if the building qualifies as a residence or workplace, and the relationship of concurrence between the crimes committed in connection with Article 142/4. Under the abrogated Article 491/3-b.4 of the TPC No. 765, theft committed “by entering a building or its outbuildings enclosed by a wall during the daytime” and under Article 492/1-b.1, theft committed “in a building or in a residence or its outbuildings at night” were regulated as qualified forms of the crime. In the doctrine, it was accepted that this was a compound offense arrangement; the perpetrator would only be held responsible for the qualified form of theft and would not be held criminally responsible for the offense of violation of the immunity of residence. The practice of the Court of Cassation was also in the direction of holding the perpetrator responsible only for the qualified form of theft if the building*

*entered has the characteristics of a residence or workplace. However, in the TPC No. 5237, unlike the abrogated TPC No. 765 (491/3-b.4; 492/1-b.1; 493/1-b.1), the use of the phrase “by entering” was specifically avoided; in the wording of the provision 142/2-h (abrogated 142/1-b), not the entry into the building, but only the place where the goods were found was taken into consideration in terms of the qualified case; In addition, the crime of damage to property was excluded as a qualified case. With the entry into force of the TPC No. 5237, with the influence of the doctrine and practice during the abrogated TPC No. 765, opinions were put forward that the provision 142/2-h (abrogated 142/1-b) was a compound offense arrangement and there were discussions on the application of the rule of real cumulation. As a result of these discussions in the doctrine and practice, Article 6 of Law No. 5560 dated 06.12.2006 added a fourth paragraph to Article 142. However, the current regulation of the law is problematic. The problem becomes more evident especially in the example of the perpetrator being caught while breaking the lock of the door; this example brings the discussion of the moment at which the execution of the theft begins, as well as the injustice that arises in the determination of the penalty due to the application of the rule of real cumulation makes it necessary to discuss the issue in the context of the prohibition of double assessment, the principle of fault and the principle of exhaustion of the injustice. This discussion is the other subject of this study.*

## GİRİŞ

5237 sayılı TCK'nın 141. maddesinde hırsızlık suçunun temel şekli tanımlanmış 142. ve 143. maddelerinde ise cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli unsurlar düzenlenmiştir<sup>1</sup>. Yargıtay kararları tetkik edildiğinde, kazuistik yöntemle çok sayıda nitelikli unsura yer verilmesine bağlı olarak hırsızlık suçunun temel şeklinin (141) uygulama alanının neredeyse hiç bulunmadığı; ayrıca nitelikli unsurların bir kısmının kesişmesi sebebiyle birden fazla nitelikli unsurun (142/1-a, c; 142/2-d, g, h) aynı anda birlikte uygulama alanı bulduğu, bunlar arasından özellikle 142/2-h hükmünün öne çıktığı söylenebilir. TCK'nın 142/2-h hükmünde hırsızlık suçunun “bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında” işlenmesi nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Fakat söz konusu yasal düzenleme ve uygulamasına ilişkin sorunlar bulunmaktadır. Çalışmanın bütünlüğü bakımından tespit edilen iki sorunla sınırlı inceleme yapılacaktır.

*Birinci sorun, eşyanın bina içinde muhafaza altına alınmasından ne anlaşılması gerektiğidir. Yargıtay, eşyanın bina içinde bulunması halinde,*

<sup>1</sup> Nitelikli unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yağız Yavuz, *Suçun Nitelikli Unsurları*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

-herkesin girebileceği bir bina olsa dahi- ayrıca muhafaza altına alınıp alınmadığı hususunda herhangi bir değerlendirme yapmaksızın 142/2-h hükmünün uygulanması gerektiği yönünde içtihadta bulunmaktadır. Örneğin, dinlenme tesisinin tuvaletinde kapının arkasında unutulmuş eşyanın çalındığı olayda, ilk derece mahkemesi, hırsızlık suçunun temel şekli (141/1) mahkumiyet kararı vermiş; Yargıtay 6. Ceza Dairesi ise, 142/2-h hükmünün uygulanması gerektiğinden bahisle kararı bozmuştur<sup>2</sup>. Bu uygulama, söz konusu nitelikli unsurun düzenleniş gayesi ile uyumlu olmayıp; eşyanın muhafaza altına alınıp alınmadığı hususunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. İşte bu değerlendirmeye dayanak teşkil eden kriterin ne olması gerektiği çalışmada ele alınacak temel sorunlardan biridir.

*İkinci sorun* ise, binanın konut veya işyeri vasfını taşıması halinde suçun icrasının ne zaman başladığı ve 142/4 hükmüyle de bağlantılı olarak suçlar arasındaki içtima ilişkisidir. Mülga 765 sayılı TCK'nın 491/3-b.4 hükmünde hırsızlığın "*gündüzün bir bina içinde veya duvarla çevrilen müştemilatına girilerek*" işlenmesi; 492/1-b.1 hükmünde "*geceleyin bir bina içinde yahut süknaya mahsus bir yerde veya müştemilatında*" işlenmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş idi. Doktrinde, bunun *bileşik suç* düzenlemesi olduğu; failin sadece hırsızlık suçunun nitelikli halinden sorumlu tutulacağı, ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı ceza sorumluluğu cihetine gidilmeyeceği kabul edilmekte idi. Yargıtay uygulaması da girilen binanın konut veya işyeri vasfını taşıması halinde failin sadece hırsızlık suçunun nitelikli halinden sorumlu tutulması yönünde idi. Fakat 5237 sayılı TCK'da, mülga 765 sayılı TCK'dan (491/3-b.4; 492/1-b.1; 493/1-b.1) farklı olarak özellikle "*girmek suretiyle*" ibaresinin kullanılmasından kaçınılmış; 142/2-h (mülga 142/1-b) hükmünün lafzında binaya girilmesi değil münhasıran eşyanın bulunduğu yer nitelikli hal açısından dikkate alınmış; ayrıca mala zarar verme suçu nitelikli hal olmaktan çıkarılmıştır. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, mülga 765 sayılı TCK dönemindeki doktrin ve uygulamanın da etkisiyle 142/2-h (mülga 142/1-b)<sup>3</sup> hükmünün bileşik suç

<sup>2</sup> Yargıtay 6. CD, 07.06.2022, E. 2021/12048, K. 2022/8604.

<sup>3</sup> 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 62. maddesiyle TCK'nın 142. maddesinin birinci fıkrasının b bendi yürürlükten kaldırılmış ve ikinci fıkraya h bendi olarak *aynen* eklenmiş; ikinci fıkradaki *üç yıldan yedi yıla* kadar olan hapis cezası miktarı *beş yıldan on yıla* kadar hapis cezası olarak değiştirilmiştir (RG: 28.06.2014 / 29044). TCK'nın 142. maddesinin birinci fıkrasının mülga b bendi şu şekilde idi: "*Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlemek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında*" Görüldüğü üzere, söz konusu nitelikli unsurun içeriğinde herhangi bir değişiklik yapılmamış, sadece madde metnindeki yeri değişmiş ve buna bağlı olarak

düzenlemesi olduğu yönünde görüşler ileri sürülmüş; gerçek içtima kuralının uygulanması noktasında tartışmalar yaşanmıştır. İşte doktrin ve uygulamada yaşanan bu tartışmalar neticesinde, 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle, 142. maddeye dördüncü fıkra eklenmiştir. Bununla birlikte, kanunun mevcut düzenlemesi sorunludur. Sorun, özellikle failin kapı kilidini kırarken yakalanması örneğinde daha belirgin hale gelmekte; bu örnek hırsızlık suçunun icrasının hangi anda başladığı tartışmasını beraberinde getirdiği gibi, gerçek içtima kuralının uygulanmasına bağlı olarak cezanın belirlenmesinde oryaya çıkan adaletsizlik konunun *mükerrer değerlendirme yasağı*, *kusur ilkesi* ve *haksızlık muhtevasının tüketilmesi ilkesi* bağlamında tartışılmasını gerekli kılmaktadır. İşte bu tartışma, çalışmanın diğer konusudur.

## I. EŞYANIN BİNA İÇİNDE MUHAFAZA ALTINA ALINMASI

### 1. Genel Açıklama

TCK'nın 142/2-h hükmünde hırsızlık suçunun "*bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında*" işlenmesi nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Yapının bina vasfını taşıması için<sup>4</sup>, *izinle girilmesi* zorunlu bir unsur değildir<sup>5</sup>. Market, restoran, sinema, alışveriş

---

karşılığında öngörülen hapis cezasının miktarı da artmıştır. Yapılan değişikliğin, söz konusu nitelikli unsur karşılığında öngörülen ceza miktarının artırılmasını sağlama amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

<sup>4</sup> Bina kavramı, TCK'da düzenlenen başka suç tanımlarında da kullanılmaktadır. Örneğin TCK'nın 184/1 hükmüne göre, *yapı ruhsatıyesisi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapma ve yaptırma*, imar kirliliğine neden olma suçunu oluşturmaktadır. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun "*Tanımlar*" başlıklı 5. maddesinde "bina" ve "yapı" kavramları ayrı ayrı tanımlanmıştır. *Yapı* "*karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yer altı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir.*" *Bina* ise "*kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılarıdır.*" Tanıma göre, inşa edilen her yapı bina vasfında değildir. Örneğin bina yapımına yönelik olsa da henüz inşaat halinde olan yerler bina vasfını taşımaz. Dolayısıyla, inşaata girilerek hırsızlık yapılması halinde 142/2-h hükmü uygulanmaz.

Yargıtay CGK, 05.03.2020, E. 2017/485, K. 2020/156 "sanığın yapımı henüz tamamlanmamış, kapı ve pencereleri takılmamış, başkaları tarafından buraya girilmesine izin verilmediğini gösterecek şekilde tel, çit, duvar gibi engellerle de dış dünyadan ayrılmamış, bu nedenle bina vasfında bulunmayan inşaat alanına girerek kullanımları gereği duvara döşenmiş hâldeki elektrik kablolarını çalması şeklinde gerçekleşen eyleminin TCK'nın 142/1-e maddesinde yazılı bulunan suçu oluşturduğu kabul edilmelidir."; Aynı yönde bkz. Yargıtay 6. CD, 20.06.2022, E. 2021/13161, K. 2022/9400.

<sup>5</sup> Aksi görüş için bkz. Hasan Tahsin Gökcan / Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Cilt 4, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 5179.

merkezi, havalimanı, otopark gibi herkesin girebileceği yerler 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesine göre *bina* vasfını taşımaktadır. Yargıtay uygulaması da, söz konusu yerlerin bina vasfını taşıdığı yönündedir<sup>6</sup>. Fakat Yargıtay uygulaması bakımından tartışılması gereken asıl mesele, bina içinde bulunmasına rağmen eşyanın muhafaza altına alınıp alınmadığıdır. Yargıtay, eşyanın bina içinde bulunması halinde, ayrıca muhafaza altına alınıp alınmadığı hususunda herhangi bir değerlendirme yapmaksızın 142/2-h hükmünün uygulanması gerektiği yönünde içtihatla bulunmaktadır. Başka bir deyişle, eşyanın münhasıran bina içinde bulunması, 142/2-h hükmünün uygulanması için yeterli olup; eşyanın binada ayrıca belirli bir yere gizlenmek veya kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınması gerekli değildir<sup>7</sup>.

Kanaatimizce 142/2-h hükmünün uygulanabilmesi için, eşyanın bina içinde bulunduğunun tespit edilmesi tek başına yeterli değildir; muhafaza altına alınıp alınmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

## 2. Kriter Tespiti

TCK'nın 142/2-h hükmünün uygulanması bakımından eşyanın bina içinde muhafaza altına alınıp alınmadığı hususunda belirleyici kriter, kanaatimizce failin *binaya girme yetkisi veya izninin* bulunup bulunmadığıdır. Esasen eşyanın muhafaza altına alınıp alınmadığı, failin binaya girme yetkisi veya izninin bulunup bulunmadığına bağlanan bir sonuçtur. Madde metninde geçen "*muhafaza altına alınmış olma*" ibaresiyle, bina veya eklentisine girme yetkisi veya izni bulunmayan kimsenin fail olabileceğine vurgu yapıldığı düşüncesindeyiz. Bu nedenle, tespit edilmesi gereken husus, failin binaya girme yetkisi veya izninin bulunup bulunmadığıdır.

Binaya girme yetkisi veya izni bulunmayan kimse bakımından, eşyanın bina içinde bulunması aynı zamanda muhafaza altına alındığı anlamına gelir. Çünkü, eşyanın maliki ya da zilyedi onu bina içine koymakla binaya girme yetkisi veya izni bulunmayan üçüncü kişilere karşı muhafaza altına almaktadır. Eşya bina içinde muhafaza altına alınmış olduğu için, ayrıca binada belirli bir yere gizlenmesi veya kilitlenmesi gerekli değildir. Eşyanın bina içinde

<sup>6</sup> Yargıtay 6. CD, 07.06.2022, E. 2021/12048, K. 2022/8604; Yargıtay 2. CD, 30.01.2022, E. 2020/26403, K. 2022/878; Yargıtay 6. CD, 22.03.2021, E. 2020/7458, K. 2021/5615.

<sup>7</sup> Yargıtay 6. CD, 13.06.2022, E. 2021/12540, K. 2022/8957; Yargıtay 6. CD, 07.06.2022, E. 2021/12048, K. 2022/8604; Yargıtay 2. CD, 30.01.2022, E. 2020/26403, K. 2022/878; Yargıtay 6. CD, 22.03.2021, E. 2020/7458, K. 2021/5615; Yargıtay 17. CD, 26.02.2020, E. 2020/53, K. 2020/2864; Yargıtay 17. CD, 26.02.2020, E. 2020/1670, K. 2020/2861.

bulunması yeterli olup, açıkta görünür vaziyette bırakılması halinde de 142/2-h hükmü uygulanmalıdır<sup>8</sup>. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesinde "bina" kavramının tanımında yer alan "eşyaların korunmasına yarayan yapı" ifadesi de bunu teyit edici mahiyettedir. Fakat kişinin genel olarak binaya girme yetkisi veya izninin bulunması, ona her zaman sınırsız bir yetki vermez. Dolayısıyla binaya girme yetkisi veya izninin sınırlarının araştırılması gerekir. Bu hususta kesin bir kriter belirlemek mümkün olmayıp; binanın kullanılma amacı, eşyanın niteliği, eşyanın bulunduğu yer ve bu yerin bina içindeki konumu ve özelliği, fail ile mağdur arasındaki ilişki vs. göz önüne alınmak suretiyle her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmalı; failin kendisine verilen yetki veya iznin sınırlarını aşarak gerçekleştirdiği davranışla mağdurun alanına etkide bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.

Market, restoran, sinema, alışveriş merkezi, havalimanı, otopark gibi herkesin girebileceği yerler 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesine göre bina vasfını taşımasına rağmen; bu yerlerde bulunan eşya bakımından 142/2-h hükmü uygulanmaz. Örneğin yemek için gidilen restoranda failin masa üzerinde duran çantayı ya da sandalyede olan paltoyu alması halinde; suç konusu eşya her ne kadar bina içinde bulunsun da, binanın herkesin girebileceği bir yer olması sebebiyle muhafaza altına alındığından söz edilemez. Benzer şekilde, market reyonunda bulunan ürünlerin alınması halinde, market herkesin girebileceği bir bina olduğu için açıkta bulunan ürünlerin muhafaza altına alındığı söylenemez. Herkesin girebileceği binada bulunan eşya bakımından 142/2-h hükmünün uygulanabilmesi için, kişinin eşyanın bulunduğu bölüme girme yetkisi veya izni bulunmadığı yönündeki iradenin ortaya konmuş olması gerekir. Başka bir ifadeyle, binaya herkes girebilmekle beraber bina içinde herkesin girmesine veya yararlanmasına özgülenmeyen alanlar varsa bu yöndeki iradenin üçüncü kişilere karşı anlaşılabilir şekilde ortaya konması koşuluyla 142/2-h hükmü uygulanabilir. Örneğin, eşyanın bulunduğu bölümün kilitlenmesi veya "personel harici giremez" şeklinde bir yazının asılması suretiyle isteyen herkesin bu alana giremeyeceği yönündeki irade ortaya konmuş ise, bu alana girme yetkisi veya izni bulunmayan kişilere karşı

<sup>8</sup> Aksi görüş için bkz. Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 671, Yazarlara göre bina veya eklenti içinde olan eşyanın mutlaka kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınması zorunlu olmasa da; özel bir korumadan yararlanıyor olması gerekir. Bina veya eklenti içinde olmakla birlikte açıkta veya ortalıkta bırakılan bir eşyanın alınması halinde, 142/2-h hükmü uygulanmaz; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023, s. 708.

eşya muhafaza altına alınmıştır. Yine, herkesin girebileceği bina bakımından, sayet binaya giriş-çıkış saatleri belirli ise, belirlenen saatler haricinde binaya girme yetkisi veya izni bulunmayan kişilere karşı bu yerde bulunan eşyanın muhafaza altına alındığı kabul edilmelidir.

Herkesin girebileceği binalarda -örneğin alışveriş merkezi gibi- kişilerin eşyalarını geçici olarak bırakabilecekleri kilitli dolaplar varsa, eşyanın kilitli olan dolaptan alınması halinde, bina içinde muhafaza altına alınmış eşya değil; herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınmış eşya söz konusu olduğu için 142/2-h hükmü ancak bu yolla uygulanabilir. Bu örnekte, bina içinde muhafaza altına alınmış eşyadan söz edilemeyeceği kanaatindeyiz. Çünkü, eşyası alınan mağdur, herkesin girebileceği bina olması sebebiyle kilitli dolabın bulunduğu alan bakımından izin verme, bu alana girebilecek kişileri belirleme hakkına sahip değildir. Dolayısıyla, bu eşyanın örneğin sokakta kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınan araçtan bir farkı yoktur.

### **3. Kriterin Örnek Olaylara Uygulanması**

Yukarıda belirlenen kriter çerçevesinde, Yargıtay kararlarına konu olan aşağıdaki olaylar değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşılmaktadır.

Olay 1: Fail, cami penceresinden elini uzatarak mağdurun namaz kılarken pencere kenarına bıraktığı çantayı almıştır. İlk derece mahkemesi, hırsızlık suçunun kime ait olursa olsun ibadete ayrılmış yerde bulunan eşya hakkında işlendiği gerekçesiyle 142/1-a hükmünü uygulayarak mahkumiyet kararı vermiştir. Yargıtay 17. Ceza Dairesi ise, caminin aynı zamanda bina vasfını taşıdığı, somut olayda 142/1-a ve 142/2-h'de düzenlenen nitelikli unsurların birlikte gerçekleştiği ve failin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olan 142/2-h hükmü uygulanarak cezalandırılması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir<sup>9</sup>. Bu olayda 142/2-h hükmünün uygulanma olanağı yoktur. Çünkü eşya bina içinde fakat herkesin girebileceği bir alanda bulunmaktadır, muhafaza altına alınmış değildir.

Olay 2: Fail, camideki müezzin odasının penceresinin kenarındaki pimleri tornavidayla sökerek pencereyi yerinden çıkarmış ve içeri girmiş, odada bulunan parayı çalmıştır. İlk derece mahkemesi, hırsızlık suçunun 142/1-a hükmünde düzenlenen nitelikli halinden mahkumiyet kararı vermiştir.

<sup>9</sup> Yargıtay 17. CD, 26.02.2020, E. 2020/53, K. 2020/2864; Yargıtay 17. CD, 26.02.2020, E. 2020/1670, K. 2020/2861.



Yargıtay 2. Ceza Dairesi ise, caminin aynı zamanda bina vasfını taşıdığı, somut olayda 142/1-a ve 142/2-h’de düzenlenen nitelikli unsurların birlikte gerçekleştiği ve failin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olan 142/2-h hükmü uygulanarak cezalandırılması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir<sup>10</sup>. Cami, herkesin girebileceği bir bina olmakla beraber müezzin odası herkesin yararlanmasına sunulmuş bir alan değildir. Somut olayın gerçekleşme şekli de bunu ortaya koymaktadır. Müezzin odasında bulunan eşya, faile karşı muhafaza altına alınmıştır; eşyanın ayrıca belirli bir yere gizlenmesi ya da kilitlenmesi gerekli değildir. Somut olayda, 142/2-h hükmü uygulanabilir.

Olay 3: Fail, camiye girmiş ve müezzin odasında bulunan mikrofonu almıştır. İlk derece mahkemesi, hırsızlık suçunun 142/1-a hükmünde düzenlenen nitelikli halinden mahkumiyet kararı vermiştir. Yargıtay 2. Ceza Dairesi ise, caminin aynı zamanda bina vasfını taşıdığı, somut olayda 142/1-a ve 142/2-h’de düzenlenen nitelikli unsurların birlikte gerçekleştiği ve failin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olan 142/2-h hükmü uygulanarak cezalandırılması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir<sup>11</sup>. Cami, herkesin girebileceği bir bina olmakla beraber müezzin odası herkesin yararlanmasına sunulmuş bir alan değildir. Mikrofonun bulunduğu odanın camiye giren herkesin yararlanmasına açık bir alan olmadığı yönündeki irade, “müezzin odası” veya “personel harici giremez” şeklindeki bir yazıyla ya da kilitlenmek suretiyle ortaya konulmuş ise 142/2-h hükmü uygulanabilir. Eşyanın, müezzin odasında ayrıca belirli bir yere gizlenmesi ya da kilitlenmesi gerekli değildir. Olay 2’den farklı olarak eşyanın bulunduğu kısım bakımından bu alana girilmemesi yönündeki iradenin aranmasının sebebi, caminin herkesin girebileceği bir bina olması ve failin somut olayda önceden binaya serbestçe girmesidir. Olay 2’de ise, fail, camiye girmeden müezzin odasının penceresinin kenarındaki pimleri tornavidayla sökerek pencereyi yerinden çıkarmak suretiyle içeri girmiştir<sup>12</sup>. Karardan açıkça anlaşılacakla birlikte, suç konusu eşyanın bulunduğu kısma giriş şeklinden bu kısmın herkesin yararlanmasına sunulan bir alan olmadığını ve failin bunu bildiği sonucuna varılmaktadır. Konu, esasen *suçun manevi unsuru (tipikliğin sübjektif unsuru)* ile bağlantılıdır;

<sup>10</sup> Yargıtay 2. CD, 12.01.2023, E. 2021/7619, K. 2023/108.

<sup>11</sup> Yargıtay 2. CD, 19.01.2023, E. 2022/7355, K. 2023/211.

<sup>12</sup> Olay 3’te camiye girilmesi, caminin herkesin girebileceği bir bina olması sebebiyle icra hareketi olmayıp hazırlık hareketidir. Failin, hırsızlık amacıyla müezzin odasına girmesiyle suçun icrasının başladığı kabul edilmelidir. Olay 2’de ise, pencere kenarındaki pimlerin sökülmesiyle suçun icrasına başlamıştır.

suçun nitelikli unsurları da kast kapsamındadır. Fail, suç konusu eşyanın bina içinde muhafaza altına alındığını; başka bir deyişle üçüncü kişilere karşı koruma altına alındığını bilmelidir. Dolayısıyla, *herkesin girebileceği binalar bakımından*, bina içinde herkesin girmesine veya yararlanmasına özgülenmeyen alanlar varsa bu yöndeki iradenin üçüncü kişilere karşı anlaşılabilir şekilde ortaya konması gerekmektedir. Şayet eşyanın bulunduğu alanın, herkesin girmesine veya yararlanmasına açık olmadığı yönündeki irade üçüncü kişilere karşı ayırt edilebilecek şekilde açıklanmamışsa, artık eşyanın bina içinde muhafaza altına alındığından söz edilemez. Bu belirleme, somut olayın koşullarında objektif bakış açısıyla yapılmalıdır. Objektif bakış açısıyla yapılan belirlemede, eşyanın bulunduğu alanın, herkesin girmesine veya yararlanmasına açık olmadığı yönündeki iradenin üçüncü kişilere karşı ayırt edilebilecek şekilde açıklanmadığı sonucuna varılıyorsa, eşya üçüncü kişilere karşı bina içinde muhafaza altında değildir. Bu husus ise, tipikliğin (nitelikli unsur bakımından) objektif unsuru kapsamında değerlendirilmelidir. Nitelikli hal açısından tipikliğin objektif unsuru gerçekleşmeden, tipikliğin sübjektif unsuru olan *kast* bakımından değerlendirme yapılamaz.

Olayın gerçekleştiği zaman dilimi anlaşılacakla beraber, gece yarısı caminin kapısının kilitlenmiş olma ihtimalinde, artık binaya girme izni bulunmadığı için eşyanın bina içindeki konumun bir önemi bulunmamaktadır; 142/2-h doğrudan uygulanır.

Olay 4: Fail, camiye girmiş ve ses sisteminin kilitli bulunduğu bölümün kapı kilidini kırarak ses sistemini almıştır. İlk derece mahkemesi, hırsızlık suçunun 142/1-a hükmünde düzenlenen nitelikli halinden ve mala zarar verme suçundan (152/1-a) mahkûmiyet kararı vermiştir. Yargıtay 2. Ceza Dairesi ise, caminin aynı zamanda bina vasfını taşıdığı, somut olayda 142/1-a ve 142/2-h’de düzenlenen nitelikli unsurların birlikte gerçekleştiği ve failin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olan 142/2-h hükmü uygulanarak cezalandırılması gerektiği; ayrıca ses sisteminin camide bulunduğu bölümün kapı kilidinin kırılmasının mala zarar verme suçunun nitelikli halini değil (152/1-a), 153. maddede düzenlenen ibadethanelere zarar verme suçunu oluşturduğu gerekçesiyle bozma kararı vermiştir<sup>13</sup>. Cami, herkesin girebileceği bir bina olmakla beraber ses sisteminin kilitli olduğu kısım herkesin yararlanmasına sunulmuş bir alan değildir. Nitekim ses sisteminin bulunduğu kısmın kapısı kilitlenmek suretiyle, herkesin yararlanmasına açık olmadığı yönündeki irade ortaya konmuştur. Bu alanda bulunan eşya, faile karşı muhafaza altına

<sup>13</sup> Yargıtay 2. CD, 12.11.2020, E. 2020/2474, K. 2020/12799; Aynı yönde bkz. Yargıtay 6. CD, 20.10.2021, E. 2021/1662, K. 2021/15942.

alınmıştır ve 142/2-h hükmü uygulanabilir.

**Olay 5:** Fail, camiye girerek mağdurun üzerindeki ceketin cebinden cüzdanı çekip almıştır. İlk derece mahkemesi, hırsızlık suçunun temel şeklinden (141/1) mahkûmiyet kararı vermiş; Yargıtay 6. Ceza Dairesi ise, somut olayda hem 142/2-b hem de 142/2-h'deki nitelikli unsurların gerçekleştiğinden bahisle bozma kararı vermiştir<sup>14</sup>. Cami herkesin girebileceği bir binadır ve somut olayda eşya mağdurun üzerinde olup bina içinde muhafaza altına alındığından söz edilemeyeceği için 142/2-h hükmü uygulanamaz.

**Olay 6:** Fail, mağdurun dinlenme tesisinin tuvaletinde kapının arkasına astığı, fakat çıkarken unuttuğu eşyayı almıştır. İlk derece mahkemesi, hırsızlık suçunun temel şeklinden (141/1) mahkûmiyet kararı vermiş; Yargıtay 6. Ceza Dairesi ise, 142/2-h hükmünün uygulanması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir<sup>15</sup>. Dinlenme tesisi, herkesin girebileceği bir binadır; eşyanın, unutulduğu yerde muhafaza altına alındığından söz edilemeyeceği için 142/2-h hükmün uygulanamaz. Olayda, hırsızlık suçunun temel şekli oluşmuştur (141/1).

**Olay 7:** Fail, Antalya Havalimanı B Kapısında X-ray cihazlarının olduğu yerde bulunan plastik kutudan mağdurun kol saatini almıştır. İlk derece mahkemesi, hırsızlık suçunun 142/1-c hükmünde düzenlenen nitelikli halinden mahkûmiyet kararı vermiştir. Yargıtay 2. Ceza Dairesi ise, havalimanının aynı zamanda bina vasfını taşıdığı ve 142/2-h hükmünün uygulanması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir<sup>16</sup>. Havalimanı, herkesin girebileceği bir binadır; X-ray cihazının bulunduğu alanda plastik kutu içindeki kol saatinin muhafaza altına alındığından söz edilemeyeceği için 142/2-h hükmün uygulanamaz. Olayda, sadece 142/1-c hükmü uygulanabilir.

## II. BİNANIN, KONUT YADA İŞYERİ VEYA EKLENTİSİ VASFİNİ TAŞIMASI

### 1. Genel Açıklama

TCK'nın 142/2-h hükmünde düzenlenen nitelikli halin uygulanabilmesi için, bina veya eklentisine girilmesi gerekli değildir. Örneğin binaya dışarıdan

<sup>14</sup> Yargıtay 6. CD, 05.10.2021, E. 2021/1379, K. 2021/14858.

<sup>15</sup> Yargıtay 6. CD, 07.06.2022, E. 2021/12048, K. 2022/8604.

<sup>16</sup> Yargıtay 2. CD, 30.01.2022, E. 2020/26403, K. 2022/878; Aynı yönde bkz. Yargıtay 6. CD, 22.03.2021, E. 2020/7458, K. 2021/5615, Şehirlerarası otobüs terminalinde işlenen hırsızlık olayında yerel mahkeme 142/1-c hükmünden dolayı mahkûmiyet kararı verirken; Yargıtay 6. Ceza Dairesi otobüs terminalinin aynı zamanda bina niteliğini taşıdığı ve 142/2-h hükmünün uygulanması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir.

el uzatmak veya bir alet kullanmak suretiyle eşyanın çekip alınması halinde, bu nitelikli halin uygulanması mümkündür<sup>17</sup>. Binaya girilmesi ve binanın aynı zamanda konut ya da işyeri veya eklentisi vasfını taşıması halinde, ayrıca konut veya işyeri dokunulmazlığını ihlal suçu da oluşacaktır (*gerçek içtima*)<sup>18</sup>. Eşyanın bulunduğu yer konut ya da işyeri veya eklentisi vasfını taşımakla beraber; 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesine göre *bina* vasfını taşııyorsa, örneğin çadıra girilerek bir eşya alınmışsa 142/2-h hükmü uygulanmaz. Bu durumda, fail hırsızlık suçunun temel şekliinden ve konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı sorumlu tutulmalıdır.

TCK'nın 142/4 hükmünde yer alan “*Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz.*” şeklindeki düzenleme, hırsızlık amacıyla işlenen konut dokunulmazlığını ihlal ve mala zarar verme suçları bakımından şikâyet koşulunu bertaraf eden bir düzenleme olsa da<sup>19</sup>; esas itibarıyla 142/2-h (mülga 142/1-b) hükmünün bileşik suç düzenlemesi olup olmadığı hususunda doktrin ve uygulamada yaşanan tartışmaya son vermek amacıyla getirilmiştir. Amaç, 142/2-h hükmünün bir bileşik suç düzenlemesi olmadığını ve hırsızlık suçunun konut dokunulmazlığı ihlal edilmek suretiyle işlenmesi halinde failin, gerçek içtima kuralı uygulanarak ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı da cezalandırılacağına açıklığı kavuşturulmasıdır<sup>20</sup>. Çünkü

<sup>17</sup> Yargıtay 13. CD, 11.12.2012, E. 2011/23387, K. 2012/26712 “Sanığın, müştekinin ikametinin açık penceresinden uzanarak pencere önündeki dikiş makinasının üzerinde bulunan pantolonunu alması şeklindeki olayda sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 142/1-b maddesine uyduğu gözetilmeden aynı Yasanın 141/1 maddesinden uygulama yapılması karşı temyiz bulunmadığından, bozma nedeni yapılmamıştır.”

<sup>18</sup> Girilen bina, konut ya da işyeri veya eklentisi vasfını taşııyorsa, konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşmaz. Yargıtay 13. CD, 22.02.2018, E. 2016/13476, K. 2018/2612 “suçun işlendiği binanın konut olarak kullanılmadığı depo olarak kullanıldığı; konut dokunulmazlığının ihlali suçunun hürriyete karşı işlenen suçlar bölümünde yer alması, deponun bina niteliğinde olmasına karşın, dosya kapsamına göre, konut ya da işyeri anlamındaki bir binanın eklentisi ya da müştemilatında yer almadığının anlaşıldığı, sadece depo olarak kullanılan bina niteliğindeki yerlere rıza hilafına girilse dahi konut veya işyeri dokunulmazlığının ihlali suçunun oluşmayacağı gözetilmeden”

<sup>19</sup> Mala zarar verme ve konut dokunulmazlığını ihlal suçları bakımından şikâyetin bulunmadığı gerekçesiyle soruşturma evresinde kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi ya da kovuşturma evresinde düşme kararı verilmesi söz konusu değildir (Yargıtay 6. CD, 30.06.2022, E. 2021/14382, K. 2022/10334; Yargıtay 6. CD, 30.06.2022, E. 2021/14539, K. 2022/10376).

<sup>20</sup> Yargıtay CGK, 14.03.2017, E. 2016/260, K. 2017/135 “İlk bakışta bu düzenlemenin “kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır” kuralının istisnası olduğu, yani

mülga 765 sayılı TCK'nın 491/3-b.4 hükmünde hırsızlığın “*gündüzün bir bina içinde veya duvarla çevrilen müştemilatına girilerek*” işlenmesi; 492/1-b.1 hükmünde “*geceleyin bir bina içinde yahut süknaya mahsus bir yerde veya müştemilatında*” işlenmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş idi. Doktrinde, bunun *bileşik suç* düzenlemesi olduğu; failin sadece hırsızlık suçunun nitelikli halinden sorumlu tutulacağı, ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı ceza sorumluluğu cihetine gidilmeyeceği kabul edilmekte idi<sup>21</sup>. Yargıtay uygulaması da, girilen binanın konut veya işyeri vasfını taşıması halinde failin sadece hırsızlık suçunun nitelikli halinden sorumlu tutulması yönünde idi<sup>22</sup>. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, mülga 765 sayılı TCK dönemindeki doktrin ve uygulamanın da etkisiyle 142/2-h (mülga 142/1-b) hükmünün *bileşik suç* düzenlemesi olduğu yönünde görüşler

*bileşik suç* tanımına uyduğu söylenebilir ise de, kanun koyucu bu madde ile hırsızlık suçunun “bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya” hakkında işlenmiş olmasını nitelikli hal olarak düzenlemiş, bina veya eklentiye girmeyi suçun oluşumu açısından unsur olarak aramamıştır. Buna göre, hırsızlık suçunun bu nitelikli halinin, “bina veya eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış eşya” hakkında, bina ya da eklentilerine girilerek işlenmesi mümkün bulunduğu gibi, bina veyahut eklentiye girilmeden de işlenebilmesi mümkün olup, her iki durumda da anılan maddenin uygulanması gerekecektir. Bir başka ifadeyle, maddedeki düzenleme ile bina veya eklentilerine girilip girilmemesi değil, çalınan eşyanın bina veya eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış olması nitelikli hal açısından önemsenmiştir. Kanun koyucu bu suç tipini *bileşik suç* olarak hüküm altına almak isteseydi, maddeyi 765 sayılı Kanunda olduğu gibi “bina veya eklentilerine girilmek suretiyle işlenirse” şeklinde düzenlerdi. Bu nedenle hırsızlık suçunun bu nitelikli halinin işlenmesi sırasında bina veya işyerine ya da eklentilerine girilmesi halinde hırsızlık suçunun yanında ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçu da oluşmakta, buna bağlı olarak failin bu suçtan da cezalandırılması gerekmektedir. // Diğer taraftan kanun koyucu hırsızlık suçunun bina veya eklentilerine ya da işyerine girilerek işlenmesi halinde hırsızlık suçunun yanında ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçunun da oluşacağına dair iradesini pekiştirecek şekilde 5560 sayılı Kanunun 6. maddesiyle TCK'nun 142. maddesine; “hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz” biçimindeki dördüncü fıkrayı ilave etmiştir. Eklenen fıkranın gerekçesinde de “kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza kuralı gereği, hırsızlık suçunu işlemek için başkasının konutuna girilmesi veya malvarlığına zarar verilmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmetmek gerekir” denilmek suretiyle, kanun koyucunun amacının, hırsızlık suçunun işlenmesi sırasında gerçekleştirilen diğer suçların da ayrıca cezalandırılması olduğu açıkça ortaya konulmuştur.”

<sup>21</sup> Bkz. Zeki Hafizoğulları / Muharrem Özen, “Hırsızlık”, *Gazi ÜHFD*, 12(1-2), 2008, s. 783; M. Emin Artuk / Ahmet Gökçen/ M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 580; Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 668; Koca / Üzülmöz, s. 709.

<sup>22</sup> Yargıtay 6. CD, 03.11.2003, E. 2002/19169, K. 2003/8020; Yargıtay 6. CD, 3.11.2003, E. 2002/17273, K. 2003/7962.

ileri sürülmüş<sup>23</sup>; gerçek içtima kuralının uygulanması noktasında tartışmalar yaşanmıştır. İşte doktrin ve uygulamada yaşanan bu tartışmalar neticesinde, 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle, 142. maddeye dördüncü fıkra eklenmiştir<sup>24\*25</sup>. Bu düzenleme, görünürde muhakeme hukuku alanında şikayet ve uzlaşmaya ilişkin sorunların çözümüne yönelik olsa da; esasen suçların içtimaı alanında yaşanan söz konusu tartışmaya son vermek amacıyla yapılmıştır<sup>26</sup>.

Belirtilmesi gerekir ki, 142/4 hükmü, gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiği hususunu sadece teyit eden bir düzenlemedir. Söz konusu düzenlemeye Kanun'da yer verilmeseydi dahi, yine gerçek içtima kuralının uygulanması gerekecek idi<sup>27</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun

<sup>23</sup> Doktrinde bir görüş mülga 142/1-b hükmünün uygulandığı hallerde *bileşik suç* söz konusu olduğu için ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı failin ceza sorumluluğuna gidilemeyeceği yönünde idi. Bu yöndeki görüş için bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 689; Metin Feyzioglu / Devrim Güngör, "Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali: TCK md. 142-4", *AÜHFD*, 56(1), 2007, s. 140.

<sup>24</sup> Gereke şu şekildedir: "Kaç tane fül varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza" kuralı gereğince, hırsızlık suçunu işlemek için başkasının konutuna girilmesi veya mal varlığına zarar verilmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmetmek gerekir. Ancak, her iki suçun temel şekli, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suç olduğu için; örneğin konut dokunulmazlığını işlemek suretiyle hırsızlık suçunun işlenmesi halinde, konut dokunulmazlığının temel şekli uzlaşma kapsamına girmekte ve fakat, hırsızlık suçu uzlaşma kapsamı dışında kalmakta ve bu durumlarda, uygulamada, hırsızlık suçundan dolayı soruşturmanın bekletilmesi veya ayrı yürütülmesi gibi sorunlarla karşılaşmaktadır. Belirtilen sakıncanın ortadan kaldırılması amacıyla 5237 sayılı Kanununun 142 nci maddesine fıkra eklenmesini öngören önerge kabul edilmiş ve Teklife, 6 ncı madde olarak eklenmiş ve diğer madde numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir." (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 1255, s. 18-19)

<sup>25</sup> TCK'nın 142/4 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açılmış ise de, Anayasa Mahkemesi hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır (AYM, 24.03.2010, E. 2008/14, K. 2010/51 – RG: 22.06.2010 / 27619)

<sup>26</sup> TCK'nın 142/4 hükmüne rağmen 142/2-h'deki düzenlemenin *bileşik suç* olduğu yönündeki görüş için bkz. Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 670, Yazarlara göre madde metninde bulunan "bina veya eklentileri" ifadesi sebebiyle söz konusu düzenleme *bileşik suç* niteliğini taşımaktadır. Bina, konut vasfını taşıyorsa açıkça konut ibaresine yer verilmiş olmasa da hüküm *bileşik suç* olarak nitelendirilebilir. Çünkü bileşik suçtan söz edilebilmesi için, nitelikli unsur olan suçun hükümde açıkça gösterilmesi gerekli değildir; suç tipinin ne olduğunun anlaşılması yeterli olup, "bina veya eklentileri içinde" ibaresi konut dokunulmazlığını ihlal suçu olarak anlaşılabilir mahiyettedir.; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 585.

<sup>27</sup> Aksi yönde bkz. Feyzioglu / Güngör, s. 142; Tezcan / Erdem / Önok, s. 689, Yazarlar 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 142. maddeye eklenen dördüncü fıkradan önce gerçek içtima kuralının uygulanması yönündeki Yargıtay içtihadının yanlış olduğunu, Yargıtay'ın yanlış olan içtihadının kanun hükmü haline getirilmesinin yerinde

14.03.2017 tarihli ve E. 2016/260, K. 2017/135 sayılı kararındaki şu açıklama bunu izah etmektedir: “İlk bakışta bu düzenlemenin “kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır” kuralının istisnası olduğu, yani **bileşik suç** tanımına uyduğu söylenebilir ise de, kanun koyucu bu madde ile hırsızlık suçunun “bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya” hakkında işlenmiş olmasını nitelikli hal olarak düzenlemiş, bina veya eklentiye girmeyi suçun oluşumu açısından unsur olarak aramamıştır. Buna göre, hırsızlık suçunun bu nitelikli halinin, “bina veya eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış eşya” hakkında, bina ya da eklentilerine girilerek işlenmesi mümkün bulunduğu gibi, bina veyahut eklentiye girilmeden de işlenebilmesi mümkün olup, her iki durumda da anılan maddenin uygulanması gerekecektir. Bir başka ifadeyle, **maddedeki düzenleme ile bina veya eklentilerine girilip girilmemesi değil, çalınan eşyanın bina veya eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış olması nitelikli hal açısından önemsenmiştir. Kanun koyucu bu suç tipini bileşik suç olarak hüküm altına almak isteseydi, maddeyi 765 sayılı Kanunda olduğu gibi “bina veya eklentilerine girilmek suretiyle işlenirse” şeklinde düzenlerdi. Bu nedenle hırsızlık suçunun bu nitelikli halinin işlenmesi sırasında bina veya işyerine ya da eklentilerine girilmesi halinde hırsızlık suçunun yanında ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçu da oluşmakta, buna bağlı olarak failin bu suçtan da cezalandırılması gerekmektedir. // Diğer taraftan kanun koyucu hırsızlık suçunun bina veya eklentilerine ya da işyerine girilerek işlenmesi halinde hırsızlık suçunun yanında ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçunun da oluşacağına dair **iradesini pekiştirecek şekilde** 5560 sayılı Kanunun 6. maddesiyle TCK’nun 142. maddesine; “hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz” biçimindeki dördüncü fıkrayı ilave etmiştir.”**

Konut dokunulmazlığını ihlal suçu ve mala zarar verme suçu ile korunmak istenen hukuki menfaat, ayrıca mülga 765 sayılı TCK’dan (491/3-b.4; 492/1-b.1; 493/1-b.1) farklı olarak özellikle “girmek suretiyle” ibaresinin kullanılmasından kaçınılması ve mala zarar verme suçunun artık açıkça unsur olarak düzenlenmemesi<sup>28</sup> göstermektedir ki; kanun koyucunun iradesi konut

olmadığını ifade etmektedirler.

<sup>28</sup> Mülga 765 sayılı TCK m. 493/1-b. 1 “Hırsızlığı işlemek veya çalınmış malı başka yere kaldırmak için duvar, kapı, pencere, demir parmaklık, kasa ve sandık gibi şahısları veya malları muhafaza için sağlam maddelerle ve muhkem surette yapılmış şeyleri yıkmak, devirmek, kırmak, delmek veya mahvetmek veyahut suni vasıtalarla veya şahsi çeviklik

dokunulmazlığını ihlal ve mala zarar verme suçlarından dolayı faile ayrıca ceza verilmesi (gerçek içtima kuralının uygulanması) gerektiği yönündedir. Çünkü, 142/2-h (mülga 142/1-b) hükmü *lafzi olarak* yorumlandığında münhasıran *eşyanın bulunduğu yer* nitelikli hal açısından dikkate alınmıştır. Şayet girilen bina ayrıca konut veya işyeri ya da eklentisi vasfını taşıyorsa, ilaveten kişinin huzur ve güvenlik içinde yaşama hakkının ihlal edildiği kabul edilmiştir. Yine, binaya girilmesi ya da eşyanın alınması sırasında başka eşyalara zarar verilmesi halinde mülkiyet veya zilyetlik hakkının da ihlal edildiği yönünde bir kabul söz konusudur. Yukarıda belirtildiği üzere, sonradan eklenen 142/4 hükmü, suçların içtimaina ilişkin tartışmaya son vermek ve “*kanun koyucunun iradesini pekiştirmek*” amacıyla getirilen bir düzenlemedir. Bu itibarla, 5560 sayılı Kanunla 142. maddeye eklenen dördüncü fıkradan önceki dönemde Yargıtay uygulaması yanlış değildir<sup>29</sup>. Yargıtay, baştan itibaren kanun koyucunun iradesi doğrultusunda içtihatla bulunmuştur. Bu noktada eleştirilmesi gereken Yargıtay uygulaması değil, 5237 sayılı TCK’nın düzenlemesidir. Kanunun düzenlemesi yanlış olduğu için, Yargıtay kararları da eleştiriye açık hale gelmektedir. Halbuki Yargıtay, kanunun yanlış olan düzenlemesi doğrultusunda karar vermektedir.

Sorun özellikle, failin kapı kilidini kırarken yakalanması örneğinde daha belirgin hale gelmekte; bu örnek aynı zamanda hırsızlık suçunun

---

*sayesinde bertaraf edilebilen maniaları kaldırarak veya aşarak hane ve sair yerlere girmek suretiyle işlenirse”*

<sup>29</sup> Yargıtay 6. CD, 19.12.2006, E. 2005/3824, K. 2006/14301; Yargıtay 6. CD, 19.12.2006, E. 2006/7782, K. 2006/14332; Yargıtay 6. CD, 13.12.2006, E. 2005/2882, K. 2006/13826; Yargıtay 6. CD, 13.12.2006, E. 2005/3859, K. 2006/13828; Yargıtay 6. CD, 12.12.2006, E. 2006/5504, K. 2006/13520; Yargıtay 6. CD, 07.12.2006, E. 2006/742, K. 2006/13039; Yargıtay 6. CD, 07.12.2006, E. 2006/6704, K. 2006/13220; Yargıtay 6. CD, 30.11.2006, E. 2006/3594, K. 2006/12513; Yargıtay 6. CD, 27.11.2006, E. 2004/4791, K. 2006/12140; Yargıtay 6. CD, 09.11.2006, E. 2006/1933, K.2006/11063 “5237 sayılı TCY’nın 141 ve 142. maddelerinde tanımlanan hırsızlık suçu ile 765 sayılı TCY’nın 493/1. maddesinde yer alan suçun öğelerinin farklı olduğu, somut olayda hükümlünün eyleminin, 142/1-b maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunun yanında aynı Yasanın 116/1-4. maddesine uyan geceleyin konut dokunulmazlığını bozma ve 151/1. maddesine uyan mala zarar verme suçlarını da oluşturduğu halde, bu suçlarla ilgili bir uygulama yapılmaması,”



icrasının hangi anda başladığı tartışmasını<sup>30</sup> da beraberinde getirmektedir<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Yargıtay CGK'nın 22.05.2012 tarihli ve E. 2011/340, K. 2012/209 sayılı kararında iki üyenin kullandığı karşı oy gerekçesi söz konusu tartışmayı yansıtmaktadır: “Somut olayda sanık, işyerinin kepengine (darabasına) ait iki asma kilidi kırmış, diğerlerini kıramadan yakalanmıştır. // Hırsızlık suçunun icra hareketi “almak” olduğundan ve sanık tarafından henüz taşınır bir malı almaya yönelik bir harekette bulunulmadığından olayda suçta teşebbüs yoktur. Teşebbüs için önce kepenk kırılıp açılacak, (mala zarar verme) peşinden konuta girilecek (konut dokunulmazlığını bozma), bu suçların gerçekleşmesinden sonra almaya yönelik icra hareketinde bulunulacak ve aldığı taşınır malı engel nedenlerle aldığı hakimiyetine geçiremeyecektir. // Sanığın, hırsızlık suçuyla bağlantılı hareketlerde bulunduğu anlaşılacaktır. Hırsızlık düşüncesi yeterli olmayıp düşünceden dolayı suçta kalkışmadan ceza verilemez. Sanık, hırsızlık fiilinden her an vazgeçebilir. Kilitleri açtıktan, hatta içeri girip etrafa baktıktan sonra hiçbir şey almaksızın dışarı çıkabilir. Bu durumlarda gönüllü vazgeçme söz konusu olup o ana kadar olan eylemlerinin suç oluşturmada halinde o suçlardan yani sadece mala zarar verme ve konut dokunulmazlığını bozma suçundan sorumlu tutulacaktır. Olayda sanığın; hırsızlık suçuna ilişkin yakınlık gösteren ve bağlantılı bulunan hareketleri bulunmadığından, birleşik suç olmayıp konutta hırsızlık suçu için işlenmesi zorunlu olan konut dokunulmazlığını bozma suçu henüz işlenmediğinden hırsızlık suçuna teşebbüsten söz edilemez. Hırsızlık suçunun icra hareketi olan eve girerek veya camdan malın alınmasına yönelik bir davranışta bulunulmadığı gözetilmeden, konut dokunulmazlığını bozmaya teşebbüs suçunun oluştuğu da kabul edilmeden, mala zarar verme fiilinden sonra işlenmesi gereken suç atlanarak ilk suç ile en son gerçekleşecek olan hırsızlık suçuna teşebbüsün kabulü 5237 sayılı Yasada düzenlenen konut dahilinde hırsızlık suçunun bünyesine, düzenleniş biçimine “suçun oluşması için gereken “almak” unsuruna” ve teşebbüsün “icra hareketlerine başlama” koşuluna aykırıdır. 765 sayılı Yasa döneminde, suçun birleşik suç olarak düzenlenmesi nedeniyle hırsızlık suçuna teşebbüs oluştuğu halde, 5237 sayılı Yasadaki düzenleme gözetildiğinde hırsızlık suçuna teşebbüs gerçekleşmemiştir. Bu nedenlerle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.”

Doktrinde Yargıtay CGK'nın 22.05.2012 tarihli ve E. 2011/340, K. 2012/209 sayılı kararı eleştirilmiş ve hırsızlık suçunun icrasının henüz başlamadığı yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Bu yöndeki görüş için bkz. Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 564, dn. 965, Özgenç'e göre, olaydaki tüm hareketler hırsızlık amacıyla icra edilmiş iseler de hırsızlık suçu bakımından hazırlık hareketi niteliğinde olup, hırsızlık suçunun icrasına başlanmamıştır. Hırsızlık suçunun icrasına başlandığı kabul edilse bile, farklı nev'iden fikri içtima hükmü (44) uygulanarak fail sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı sorumlu tutulmalıdır.; Mahmut Koca, “Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi”, *CHKD*, 3 (2), 2015, s. 103-118, s. 107,108 “*karara konu olayda failin hırsızlık kastının varlığı belirlenmiş olsa bile, işlediği fiili hırsızlık suçunun kanuni tanımına göre doğrudan icraya başlama olarak kabul etmek güç gözükmemektedir. Zira sanığın kepengin kilitlerini kesmesi, dükkan içindeki taşınır malın alınması bakımından henüz belirleyici değildir ve almaya uzak hareketlerdir. Olayda tamamlanmış mala zarar verme ve teşebbüs aşamasında kalmış konut dokunulmazlığını ihlal suçu olmak üzere iki suç vardır. Bu suçlar ve kabul edildiği şekilde hırsızlığa teşebbüs suçları tek fiille işlendiği için, farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre (TCK m. 44) failerin sorumluluğunun belirlenmesi isabetli olurdu.*”

<sup>31</sup> 5237 sayılı TCK'nın 142/2-h ve 142/4 hükümleri, iştirak kurallarının uygulanması bakımından da sorun yaratmaktadır. Yargıtay, hırsızlık fiilinin icrası sırasında dışarda gözçülük yapan suç ortağının, ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı ceza sorumluluğuna gidilemeyeceği yönünde içtihatla bulunmuştur.

Teşebbüse ilişkin tartışmanın sebebi ise, kanunun yanlış olan düzenlemesinin cezalandırma bakımından ortaya çıkardığı adaletsizliği bertaraf etme çabasıdır. Verilen örnek bağlamında öncelikle hırsızlık suçunun icrasının hangi anda başladığı meselesinin açıklığa kavuşturulması, ardından suçlar arasındaki içtima ilişkisinin ele alınması gerekmektedir.

## 2. Hırsızlık Suçunun İcrasının Hangi Anda Başladığı Sorunu

Suçun konusu, norm tarafından *mekan* itibarıyla özel olarak koruma altına alınmışsa, bu alana girmeye yönelik davranış, suçla korunan hukuki menfaati doğrudan ihlal edici mahiyettedir ve icraya başlama olarak kabul edilmelidir. Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan taşınır eşya bina içindeyse, mekan itibarıyla koruma altında olup; eşyanın alınması amacıyla kapı kilidinin veya camın kırılması gibi binaya girmeye yönelik hareket, suçla korunan hukuki menfaati ihlal ettiği için “alma” şeklindeki tipik fiilin icrası başlamıştır<sup>32</sup>.

Yargıtay 6. CD, 17.04.2008, E. 2008/1604, K. 2008/9010 “Sanık M.’nin işyeri dışında sokakta park halindeki araç içerisinde yakalandığı, tüm aşamalarda da işyeri içerisine girmediyini savunması ve işyerinin içerisine girdiğine ilişkin de kanıt bulunmaması karşısında; // 5237 sayılı TCY’nın 142/1-b maddesinde belirtilen, kilitlenmek suretiyle bina ve eklentilerinde muhafaza altına alınan eşyanın çalınması için, işyeri veya konuta girilmesi eyleminin hırsızlık suçundan ayrı ve bağımsız bir suç oluşturduğu, anılan maddedeki suçun işlenmesi için bina veya eklentisine girilmesinin zorunlu olmadığı, bu nedenle hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla bina veya eklentisine girilmesi eyleminin hırsızlık suçunun içinde eriyen unsur olarak kabul edilemeyeceği, hırsızlık suçlarında her bir sanığın işlemiş olduğu eylemden sorumlu olacağı gözetilmeden, sanığın işyerine girmeyip dışarıda gözcü olarak beklediği kabul edildiği halde, ayrıca işyeri dokunulmazlığını bozmak suçundan da cezalandırılması, // ...Bozmayı gerektirmiş”

Kanaatimizce bu karar hatalıdır. Dışarda gözcülük yapmak suretiyle hırsızlık suçunun icrası üzerinde müşterek hakimiyet tesis eden suç ortağı, konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı da müşterek fail sıfatıyla (37/1) sorumlu tutulmalıdır.

<sup>32</sup> 5237 sayılı TCK’da objektif teori esas alınarak “doğrudan doğruya icraya başlama” kriteri öngörülmüş; bu kriter madde gerekçesinde “işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır” şeklinde izah edilmiştir. Doğrudan icraya başlama kriteri, tipik hareketin yapılması ile sınırlı olmayıp, tipik hareket öncesinde gerçekleştirilen bazı davranışlar da icra başlangıcı olarak değerlendirilebilir. Fail, gerçekleştirdiği davranışla mağdurun alanına etkide bulunmuş ve bu davranışla tipik hareket arasında zaman ve mekan bakımından yakın bir ilişki varsa fiilin icrasının başladığı kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, failin hareketi, normu ihlal eden tipik hareket ile doğal bir bütünlük içinde olmalı, *tipik hareketle zaman ve mekan bakımından dar bir bağlantı içinde olmalı (enge räumliche und zeitliche Beziehung)* ve *mağdurun alanına veya tipikliğin alanına etki (Einwirkung auf die Opfer- bzw. Tatbestandssphäre)* niteliğini taşımalıdır (Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Walter de Gruyter, 1991, Abs. 25, kn. 66-69; Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. II, Verlag C. H. Beck, 2003, § 29, kn. 139-144).

Alman Ceza Kanunu’nda teşebbüse ilişkin olarak benimsenen “doğrudan doğruya icraya

Belirtilmesi gerekir ki, binaya girmeye yönelik hareketin, hırsızlık suçu bakımından icra hareketi olup olmadığı, suçun manevi unsurundan (tipikliğin subjektif unsuru) bağımsız olarak belirlenemez. Bu nedenle, ilk olarak tespit edilmesi gereken husus, failin hırsızlık kastıyla hareket edip etmediğidir<sup>33</sup>. Binaya girmeye yönelik hareket, tek başına değerlendirildiğinde hırsızlık suçu bakımından tipik fiil olmasa da; hırsızlık amacıyla binaya girilmesine yönelik hareket, *teşebbüs haksızlığı* çerçevesinde değerlendirilmelidir<sup>34</sup>.

Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda, tekstil mağazasını soymak isteyen fail, bir alet yardımıyla kepengi açtığı sırada bekçinin gelmesi üzerine kaçmıştır. Federal Mahkeme, kepengin açılmasının *tipik fiilin zorunlu bir parçası olduğunu ve suçla korunan hukuki menfaati doğrudan tehlikeye soktuğunu* kabul etmiştir<sup>35</sup>. Yargıtay da, failin,

*başlama*” ölçütünün (StGB § 22) somut olaya uygulanması bakımından Alman doktrininde geliştirilen *parça hareket teorisi* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Çataklı, “Cezaya Değer Haksızlığın Formel Tespitinde Parça Hareket Teorisi (Teil-/Zwischenaktstheorie) ve Hukukumuz Bakımından Uygulanabilirliği”, *TAAD*, 55, 2023, s. 23-72.

<sup>33</sup> Yargıtay CGK, 29.03.2016, E. 2014/729, K. 2016/151 “suça teşebbüsle ilgili bir değerlendirme yapılabilmesi, failin hangi suçu işlemeyi kastettiğinin belirlenmesini gerektirir ki buna subjektif unsur denir. Failin davranışı ile bir suçu işlemeye teşebbüs edip etmediğini, eğer etmişse hangi suça teşebbüs ettiğini tespit edebilmek için öncelikle kastın varlığının belirlenmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, tıpkı tamamlanmış suçta olduğu gibi, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda da, işlenmek istenen suç tipindeki tüm unsurlar fail tarafından bilinmelidir.”

<sup>34</sup> Zafer İçer, *Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri İle İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayırılması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 125.

<sup>35</sup> BGHSt 22, 380 (bkz. Roxin, AT/II, § 29, kn. 124).

Alman Ceza Kanunu'nda hırsızlık suçunun *konuta girilerek* (StGB § 244 Abs. 1, Abs. 4) işlenmesi cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Yine, *bina ve bu kapsamda işyerine girilerek* (StGB § 243 Abs. 1) işlenmesi, suçun temel şekline ilişkin *cezanın belirlenmesinde* göz önünde bulundurulacak haller arasında sayılmıştır. StGB § 22'de ise, “*doğrudan doğruya icraya başlama*” ölçütünün yanı sıra teşebbüsün subjektif unsuru olarak “*failin fiile ilişkin tasavvuruna göre (nach seiner Vorstellung von der Tat)*” ibaresine yer verilmiştir.

5237 sayılı TCK'da, hırsızlık suçunun binaya girilerek işlenmesi nitelikli unsur olarak düzenlenmediği gibi; teşebbüse ilişkin 35. maddede münhasıran objektif ölçüt benimsenmiştir. İşte bu düzenleme farklılığından yola çıkılarak, kapı kilidinin veya kepengin kırılmasının “alma”ya uzak hareket olduğu, alma hareketiyle araya giren ve yapılması gereken başkaca hareketler bulunduğu, suç konusu eşyaya yönelik “*alma*” hareketi olmadıkça fiilin icrasının başlamadığı söylenemez. Çünkü 3194 sayılı İmar Kanunu'na göre binanın özgülediği amaçlardan biri de *eşyanın muhafazasıdır* ve TCK'nın 142/2-h hükmünde hırsızlık suçunun “*bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında*” işlenmesi nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Söz konusu nitelikli unsurun uygulanması için binaya girilmesinin şart olmaması, binaya girmeye yönelik hareketin icra başlangıcı olmadığı şeklinde yorumlanamaz. Suçun konusunu oluşturan eşya mekan itibarıyla “*bina içinde*”

hırsızlık amacıyla kapı kilidi veya camı kırarak içeriye girmeye çalıştığı sırada kaçtığı veya yakalandığı olaylarda, hırsızlık suçunun icrasının başladığı yönünde karar vermektedir<sup>36,37</sup>.

muhafaza altına alınmışsa, binaya girmeye yönelik hareket suçla korunan hukuki menfaati doğrudan ihlal edici mahiyettedir ve icraya başlama olarak kabul edilmelidir. Bunun için, binaya girilmesinin nitelikli unsur olarak düzenlenmesi zorunlu değildir.

Diğer taraftan, failin, demir parmaklığın olduğu açık pencereden eliyle içeriye doğru bir çubuk uzatması icra başlangıcı olarak kabul edilirken, kapı kilidini veya kepengi kırmasının icra hareketi olarak kabul edilmemesi çelişkilidir. TCK'nın 142/2-h hükmünde mekan itibarıyla eşyanın bulunduğu yerin özelliği dikkate alınmış ise de; eşyanın bulunduğu alana bir müdahale söz konusu olmaksızın "alma" şeklindeki tipik fiilin gerçekleşmesi mümkün olmadığı için binaya girmeye yönelik hareket tipik fiilin zorunlu bir parçasıdır ve icra başlangıcı olarak kabul edilmelidir. Failin hareketi, "alma" şeklindeki tipik hareketle zaman ve mekan bakımından dar bir bağlantı içindedir (*enge räumliche und zeitliche Beziehung*) ve mağdurun alanına veya tipikliğin alanına etki (*Einwirkung auf die Opfer- bzw. Tatbestandssphäre*) niteliğini taşımaktadır.

İçinde muhafaza edilen parayı almaya yönelik olarak kasa kilidinin kırılmasıyla, içinde muhafaza edilen eşyayı almaya yönelik olarak binanın kapı kilidinin kırılması arasında "icra hareketi" olması noktasında bir fark yoktur. Arada konut dokunulmazlığını ihlal şeklinde bağımsız suç tipinin bulunması, kapı kilidini kırmayı "alma"ya uzak hareket haline getirmez. Kapı kilidinin kırılması, "alma" şeklindeki tipik fiile uzak bir hareket değildir; tipik fiille zaman ve mekan bakımından dar bir bağlantı içinde olup mağdurun alanına etkiye bulunmuştur. Böylece, suçun konusu bakımından tehlike artık uzak olmayıp gerçekleşmiştir.

<sup>36</sup> Yargıtay CGK, 29.03.2016, E. 2014/729, K. 2016/151 "Olay tarihinde sanığın mağdurun lokantasının mutfak camını kırarak içeriye girmeye çalıştığı sırada, sesleri duyarak gelen polisleri fark ederek kaçtığı, olay yerinden alınan parmak izlerinden kendisine ulaştığı sabit bulunan olayda, kanunun benimsediği objektif teori esas alındığında, mağdura ait lokantanın mutfak kapı camını kıran, ancak polislerin olay yerine gelmeleri üzerine içeriye girmeden kaçan sanığın, mağdurun taşınır malını koruduğu egemenlik ve tasarruf alanına müdahale ederek, hırsızlık ve işyeri dokunulmazlığının ihlali suçlarının kanuni tanımında belirtilen elverişli hareketlere başladığı, ancak polislerin gelmesi üzerine içeriye girmeden ve hırsızlık suçunu tamamlamadan kaçtığı, bu durumda polisleri görüp kaçtığı ana kadarki eylemin, kişi hürriyetini koruyan işyeri dokunulmazlığının ihlali ile mülkiyet ve zilyetlik hakkını koruma altına alan nitelikli hırsızlık suçunun kanuni tanımında öngörülen neticeyi meydana getirmeye elverişli olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, eyleminin; mala zarar verme suçunun yanında, nitelikli hırsızlık ve işyeri dokunulmazlığının ihlali suçlarına teşebbüsü de oluşturacağı kabulünde zorunluluk bulunmaktadır."; Aynı yönde bkz. Yargıtay CGK, 02.07.2014, E. 2013/507, K. 2014/340; Yargıtay CGK, 22.05.2012, E. 2011/340, K. 2012/209.

<sup>37</sup> Buna karşılık, kapı ya da pencerenin açılmaya çalışıldığına ilişkin bir tespit yoksa, örneğin fail kapalı olan pencereden içeri bakıyorsa, hırsızlık suçunun icrası henüz başlamış değildir (Yargıtay 22. CD, 2.2.2016, E. 2015/9558, K. 2016/1263). Yine, bina içindeki eşyanın alınması amacıyla binanın eklentisine girilmesi (örneğin bahçe, balkon vs.) eşya özel olarak bu yerde muhafaza altına alınmadığı için icra başlangıcı olarak kabul edilmemelidir. Burada, mağdurun himaye alanına bir müdahale söz konusu ise de; henüz eşyanın muhafaza altına alındığı binaya girmeye yönelik bir hareket bulunmadığı için, tipik hareketle mekan bakımından yakınlık içinde olduğu söylenemez (Yargıtay 2. CD, 12.1.2016, E. 2014/2964,

### 3. Suçlar Arasındaki İçtima İlişkisi

Failin kapı kilidini kırarken yakalanması halinde, gerçekleştirilen hareket mala zarar verme suçunun tamamlanan şeklini oluşturduğu gibi; aynı zamanda konut dokunulmazlığını ihlal ve hırsızlık suçunun icra hareketidir. Yargıtay, bu durumda gerçek içtima kuralı uygulanmak suretiyle failin mala zarar verme suçu, konut dokunulmazlığını ihlal suçu ve hırsızlık suçunun nitelikli halinden ayrı ayrı sorumlu tutulması gerektiği yönünde içtihatla bulunmaktadır<sup>38</sup>.

Failin, gerçek içtima kuralı uygulanmak suretiyle mala zarar verme, konut dokunulmazlığını ihlal ve hırsızlık suçlarından dolayı ayrı ayrı cezalandırılması aynı fiilin mükerrer değerlendirilmesi anlamını taşımaktadır. Bu nedenle, bu üç hukuki menfaatin aynı normla koruma altına alınması; konut dokunulmazlığını ihlal ve mala zarar verme suçunun hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Çünkü eşyanın muhafaza altına alındığı bina konut vasfında ise -bireyin huzur ve güvenlik içinde yaşaması bağlamında konut dokunulmazlığının ihlalinin suç olarak tanımlandığı göz önüne alındığında- konuta girilmesi haksızlığın yoğunluğunu artırıcı etkiyi haizdir. Aynı şekilde, fiilin icrası sırasında binaya ya da binada bulunan başka eşyaya zarar verilmesi de<sup>39</sup>, haksızlığın yoğunluğunu arttırmaktadır.

Binanın özgülendiği amaçlardan birinin de eşyanın muhafazası olduğu dikkate alındığında, eşyanın alınmasına yönelik olarak binaya girilmesi; binanın aynı zamanda konut veya işyeri vasfını taşıması; binaya girilmesi veya eşyanın alınması sırasında binaya ya da binadaki diğer eşyalara zarar verilmesi muhtemeldir ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Dolayısıyla, 142. maddede hırsızlık suçunun konut veya işyerine girilerek

K. 2016/254). Binada bulunma, her zaman icra hareketinin başladığı anlamına gelmeyebilir. Örneğin, bir sitenin içinde bulunan apartmana girilmesi, fakat henüz bir konutun kapısını açma hareketi söz konusu olmaksızın failin apartman içinde yakalanması halinde, apartmana girilmesi hırsızlık suçu bakımından icra hareketi olarak değerlendirilemez (Yargıtay 6. CD, 14.06.2022, E. 2021/13322, K. 2022/9162). Çünkü apartman bina vasfını taşısa da, eşyanın muhafaza altına alındığı konuta girmeye yönelik bir hareket bulunmadıkça icraya başlandıktan söz edilemez; apartmana girilmesi tipik hareketle mekan bakımından yakınlık içinde değildir.

<sup>38</sup> Yargıtay CGK, 29.03.2016, E. 2014/729, K. 2016/151; Yargıtay CGK, 02.07.2014, E. 2013/507, K. 2014/340; Yargıtay CGK, 22.05.2012, E. 2011/340, K. 2012/209.

<sup>39</sup> Hırsızlığa konu olan eşyanın alınması sırasında veya suçun tamamlanmasından sonra bu eşyaya zarar verilmesi halinde, ayrıca mala zarar verme suçundan dolayı failin ceza sorumluluğuna gidilmez (Yargıtay 2. CD, 15.02.2023, E. 2022/15829, K. 2023/577).

işlenmesinin<sup>40</sup> ve fiilin icrası sırasında mala zarar verilmesinin nitelikli unsur olarak düzenlenmemesi eksiklidir ve mülga 765 sayılı TCK düzenlemesi ve uygulaması ile mukayese edildiğinde eleştiriyeye açıktır.

Failin, hırsızlık amacıyla kapı kilidini veya camı kırarak içeri girmeye çalıştığı sırada yakalanması halinde; fiilin tek ve aynı olduğu gerekçesiyle farklı nev’iden fikri içtima ilişkili hüküm (44) uygulanamaz<sup>41</sup>. Çünkü her üç suç tipi fiil unsuru bakımından birbiriyle mukayese edildiğinde, fiil aynı değildir. Farklı nev’iden fikri içtima ilişkili hükmün uygulanabilmesi için, suçların icra hareketlerinin (fiil unsurunun) tamamen örtüşmesi; tam ayniyet göstermesi gerekmektedir. Suç tiplerinin icra hareketlerinin kısmen kesişmesi (kısmi ayniyet) fikri içtima için yeterli değildir. Ayniyetin belirlenmesinde ölçü, suçun yasal tanımında yer alan fiil unsurudur. Fikri içtima için, sadece somut olayda icra edilen hareketin değil; aynı zamanda suçların fiil unsurunun da tamamen örtüşmesi aranmalıdır. Verilen örnekte, kapı kilidinin veya camın kırılması mala zarar verme, konut dokunulmazlığını ihlal ve hırsızlık suçlarının icra hareketini oluştursa dahi; sadece bunun tespit edilmesi tek başına yeterli olmayıp, bu üç suç bakımından fiil unsurunun tamamen örtüşmesi aranmalıdır. Kapı kilidinin veya camın kırılması, söz konusu suçların fiil unsuru bağlamında değerlendirmeye tabi tutulduğunda ancak kısmi ayniyetten bahsedilebilir. Başka bir deyişle, somut olayda kapı kilidinin veya camın kırılması her üç suç bakımından icra hareketi niteliğini taşımakta ve örtüşmekte ise de; bu örtüşme tek başına fiilin ayniyeti için yeterli olmayıp, bunun tespitinden başka ayrıca suçun yasal tanımındaki fiilin de tamamen örtüşmesi gerekmektedir.

<sup>40</sup> Nitekim İngiliz Ceza hukukunda, Hırsızlık Suçu Kanunu’nda (The Theft Act 1968) konutta hırsızlık (burglary) bağımsız bir suç tipidir. Yine, ABD Model Ceza Kanunu’nda konutta hırsızlık bağımsız suç tipi olarak düzenlenmiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Emrah Bozbayındır, “İngiliz Ceza Hukukunda Hırsızlık ve Yağma Suçları”, *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan Takdim Töreni Vesilesiyle Düzenlenen Türk Ceza Hukuku Reformunun 17. Yılında Mukayeseli Hukuk Bağlamında Hırsızlık ve Yağma Suçları Uygulamasının Değerlendirilmesi Paneli*, Editör: Prof. Dr. Ahmet Gökçen, Adalet Yayınevi, 2023, s. 215.

Alman Ceza Kanunu’nda hırsızlık suçunun *konuta girilerek* (StGB § 244 Abs. 1, Abs. 4) işlenmesi cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Hırsızlık suçunun *bina ve bu kapsamda işyerine girilerek* (StGB § 243 Abs. 1) işlenmesi ise, suçun temel şekline ilişkin *cezanın belirlenmesinde* göz önünde bulundurulacak haller arasında sayılmıştır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Selman Dursun, “Alman Hukukunda Hırsızlık Suçuna Genel Bir Bakış”, *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan Takdim Töreni Vesilesiyle Düzenlenen Türk Ceza Hukuku Reformunun 17. Yılında Mukayeseli Hukuk Bağlamında Hırsızlık ve Yağma Suçları Uygulamasının Değerlendirilmesi Paneli*, Editör: Prof. Dr. Ahmet Gökçen, Adalet Yayınevi, 2023, s. 105-107.

<sup>41</sup> Aksi görüş için bkz. Özgenç, s. 564, dn. 965; Koca, s. 107-108.

Failin, hırsızlık amacıyla kapı kilidini veya camı kırarak içeri girmeye çalıştığı sırada yakalanması halinde hırsızlık suçu bakımından fiilin icrası başlamakta ve fakat henüz “alma” hareketi gerçekleşmediği için fiilin icrası yarıda kalmaktadır. Yine, konut dokunulmazlığını ihlal suçu bakımından fail henüz içeri girmediği için fiilin icrası yarıda kalmaktadır. Suça teşebbüs bağlamında fiilin icrasının yarıda kaldığı durumda, o ana kadar gerçekleşen hareketler tamamen örtüşse de; suçların fiil unsuru bakımından tamamen bir örtüşme (tam ayniyet) söz konusu olmadığı için farklı nev’iden fikri içtima ilişkisi hüküm (44) uygulanmamalıdır. Belirtilen tüm suçların tamamlanması halinde gerçek içtima kuralı uygulanırken, bir kısmının teşebbüs aşamasında kalması halinde farklı nev’iden fikri içtima hükmünün (44) uygulanması çelişki arz eder<sup>42</sup>. TCK’nın 142/4 hükmünün varlığı da dikkate alındığında, içtima ilişkisinin değerlendirilmesinde artık suçun tamamlanması ya da teşebbüs aşamasında kalması arasında bir fark gözetmek de mümkün değildir. Dolayısıyla, 142/4 hükmünün ancak tüm suçların tamamlanmış olması durumunda uygulanabileceği şeklinde bir sonuca varılamaz.

Açıklanan nedenle, TCK’nın 142/4 hükmündeki düzenlemeye kanunda yer verilmemiş olsaydı dahi fikri içtima değil, yine gerçek içtima kuralının uygulanması gerekir idi. Fakat böyle bir durumda, failin teşebbüs aşamasında kalan nitelikli hırsızlık suçundan, konut dokunulmazlığını ihlal suçundan ve mala zarar verme suçundan dolayı gerçek içtima kuralı uygulanmak suretiyle ayrı ayrı sorumlu tutulması, somut olayda gerçekleştirilen aynı hareketin üç kez cezalandırmada değerlendirilmesi; yani *mükerrer değerlendirme yasağının (Doppelverwertungsverbot)* ihlali anlamını taşımaktadır.

Cezanın belirlenmesinde geçerli temel ilkelerden biri olan mükerrer değerlendirme yasağı, aynı hususun cezanın belirlenmesinde ikinci bir defa dikkate alınmaması esasına dayanır. Mükerrer değerlendirme yasağının özündeki düşünce, aynı hususun cezanın belirlenmesinde birden fazla

<sup>42</sup> Farklı nev’iden fikri içtima ilişkisi hükmünün uygulanması (44) bakımından fiilin tam ayniyetini değil, kısmi ayniyetini savunan görüş benimse dahi; söz konusu çelişki varlığını muhafaza eder. İster fiilin tam ayniyeti ister kısmi ayniyeti görüşü benimsensin, TCK’nın 142/4 hükmünün varlığı karşısında gerçek içtima kuralı uygulanmak zorundadır. Kısmi ayniyeti savunan görüş bakımından, TCK’nın 142/4 hükmü mevcut olduğu sürece içtima ilişkisinin değerlendirilmesinde suçun tamamlanması ya da teşebbüs aşamasında kalması arasında bir fark gözetmek mümkün değildir. Dolayısıyla, içtima ilişkisine giren suçların (konut dokunulmazlığını ihlal-mala zarar verme-hırsızlık) tamamlanması halinde 142/4 hükmü uyarınca gerçek içtima kuralının uygulanması; suçların bir kısmının teşebbüs aşamasında kalması halinde farklı nev’iden fikri içtima ilişkisi hükmünün uygulanması yoluna gidilemez.

defa dikkate alınmasını önlemek suretiyle failin kusurunu aşan şekilde cezalandırılmasını önlemektir. Mükerrer değerlendirme yasağının ihlaline bağlı olarak, *kusur ilkesi* ihlal edildiği gibi; *haksızlık muhtevasının tüketilmesi* (*Ausschöpfungsgebot*) *ilkesi* de ihlal edilmektedir. Çünkü failin, kapı kilidinin veya camın kırılması biçimindeki hareketinin sebebiyet verdiği bütün suç tiplerinden ayrı ayrı cezalandırılması, belirlenen toplam cezanın, fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevasını aşması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Fail, kusurunu ve fiilin ifade ettiği haksızlığı aşan ölçüde cezalandırılmaz (*Übermaßverbot = Überschreitungsverbot*)<sup>43</sup>.

Konut dokunulmazlığının ihlali ve mala zarar verme suçunun, hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmesi esasen *mükerrer değerlendirme yasağı*, *kusur ilkesi* ve *haksızlık muhtevasının tüketilmesi ilkesinin* bir gereğidir. Hırsızlık suçu bakımından kazuistik bir yöntemle pek çok nitelikli hale yer verilmişken; belirtilen ilkelerin ihlaline yol açar şekilde bileşik suç düzenlemesi yapılmaması bir tarafa, gerçek içtima kuralının uygulanacağının öngörülmesi hatalı bir yaklaşımdır.

Ceza muhakemesi açısından ise, failin hırsızlık amacıyla kapı kilidini veya camı kırarak içeri girmeye çalıştığı sırada yakalanması halinde *fiil* *tektir*. Ceza muhakemesi hukuku anlamındaki tek fiilin, aynı anda üç ayrı davaya konu olması “*ne bis in idem*” ilkesinin de ihlalidir<sup>44</sup>. Bu itibarla, ceza muhakemesi anlamındaki olayın bütünlüğü içindeki suç tiplerinin birbiriyle ilişkisi gözetilmek suretiyle *bileşik suç* düzenlemesi yapılması gerekmektedir.

<sup>43</sup> Michael Hettinger, *Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbedingten Umständen*, Duncker&Humblot., 1982, s. 71 vd.

<sup>44</sup> Ersan Şen, “Hırsızlık Suçları”, *Ankara Barosu Dergisi*, (3), 2012, s. 343 “Bir taraftan kapalı mahalde hırsızlık fiilinin işlenmesini nitelikli hal sayan kanun koyucu, diğer taraftan konut ve işyeri dokunulmazlıklarının ihlalini dikkate almak suretiyle “*non bis in idem*” ilkesini ihlal edecek kurala yer vermiştir.”



**KAYNAKÇA**

- Artuk M E / Gökçen A / Alşahin M E / Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Bozbayındır A E , “İngiliz Ceza Hukukunda Hırsızlık ve Yağma Suçları”, *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan Takdim Töreni Vesilesiyle Düzenlenen Türk Ceza Hukuku Reformunun 17. Yılında Mukayeseli Hukuk Bağlamında Hırsızlık ve Yağma Suçları Uygulamasının Değerlendirilmesi Paneli*, Editör: Prof. Dr. Ahmet Gökçen, Adalet Yayınevi, 2023, s. 201-219.
- Çataklı H, “Cezaya Değer Haksızlığın Formel Tespitinde Parça Hareket Teorisi (Teil /Zwischenaktstheorie) ve Hukukumuz Bakımından Uygulanabilirliği”, *TAAD*, 55(14), 2023, s. 23-72.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Dursun S, “Alman Hukukunda Hırsızlık Suçuna Genel Bir Bakış”, *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan Takdim Töreni Vesilesiyle Düzenlenen Türk Ceza Hukuku Reformunun 17. Yılında Mukayeseli Hukuk Bağlamında Hırsızlık ve Yağma Suçları Uygulamasının Değerlendirilmesi Paneli*, Editör: Prof. Dr. Ahmet Gökçen, Adalet Yayınevi, 2023, s. 97-108.
- Feyzioğlu M / Güngör D, “Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali: TCK md. 142-4”, *AÜHFD*, 56(1), 2007, s. 139-143.
- Gökcan H T / Artuç M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 4, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Hafizoğulları Z / Özen M, “Hırsızlık”, *Gazi ÜHFD*, 12(1-2), 2008, s. 773-796.
- Hettinger M, *Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbidenden Umständen*, Duncker&Humblot, 1982.
- İçer Z, *Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri İle İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Jakobs G, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Walter de Gruyter, 1991.
- Koca M / Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023.

Koca M, “Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi”, *CHKD*, 3(2), 2015, s. 103-118.

Özbek V Ö / Doğan K / Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II*, Verlag C. H. Beck, 2003.

Şen E, “Hırsızlık Suçları”, *Ankara Barosu Dergisi*, (3), 2012, s. 319-357.

Tezcan D / Erdem M R / Önok M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Yavuz Y, *Suçun Nitelikli Unsurları*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

TÜRK HUKUKUNDA HAKSIZ TAHRİKİN UYGULANMASINDA  
EŞİTSİZLİK ALGISI\*

PERCEPTION OF INEQUALITY IN THE APPLICATION OF UNJUST  
PROVOCATION IN TURKISH LAW

Recep KAHRAMAN\*\* 

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1274317](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1274317) 

*Türk Ceza Kanunu'nda haksız tahrik, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenmiştir. Haksız fiilin neden olduğu hiddet veya şiddetli elem, kusur yeteneğini etkilemekte ve davranışlarını kontrol etme yeteneği zayıflayan fail de mağdura karşı suç işlemektedir. Kadına karşı işlenen özellikle kasten öldürme suçlarının hemen hemen tamamında, suçun haksız tahrikin etkisiyle işlendiği savunması ileri sürülmekte; haksız tahrikin unsurlarının hatalı değerlendirilmesiyle birlikte de erkek fail lehine ayrımcılık yapıldığına dair bir algı oluşmaktadır. Hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek hangi davranışların haksız fiil olarak kabul edileceği, haksız fiilin sonucunda ortaya çıkması gereken hiddet veya şiddetli elemine ne olduğu; haksız fiil ve hiddet veya şiddetli elemine somut olayda belirlenmesi için hangi ölçüt ya da ölçütlerin dikkate alınması gerektiği; haksız fiil ile tepki arasında açık orantısızlık mevcut olduğunda haksız tahrik kurumunun hangi ölçüde ceza sorumluluğunu etkileyeceği gibi hususlara dair yorum farklılıkları, erkek fail lehine hukuki açıdan tatmin edici olmayan kararların verilebilmesine neden olabilmektedir. Bu durum, haksız tahrik kurumunun erkeklik indirimi olarak algılanmasına ve böylece kadına yönelik işlenen suçlarda ceza hukukunun etkinliğinin azalmasına neden olmaktadır.*

\* Bu makale, 12. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali'nde (Eşitiz) (18-24 Kasım 2022), çevrimiçi sunulan özet tebliğin, genişletilerek ve gözden geçirilerek makale haline dönüştürülmüş halidir.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Hukuk Anabilim Dalı/ANKARA, e-posta: recepkehrman@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0991-9692, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1274317.

- Atıf Şekli/ *Cite As*: Kahraman R, "Türk Hukukunda Haksız Tahrikin Uygulanmasında Eşitsizlik Algısı", AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 28(1), 2024, s.349-392
- İntihal / *Plagiarism*: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



**Anahtar Kelimeler:** Kusur, Kusuru azaltan haller, Haksız tahrik, Hiddet veya şiddetli elem, Eşitsizlik.

### ABSTRACT

*In the Turkish Penal Code, unjust provocation is regulated as a reason that reduces criminal responsibility. The rage or severe pain arising from the tort affects the offender's ability to culpa. The offender, whose ability to control her behavior is weakened, also reacts to against the victim. It is argued that in almost all of the committed against women, especially wilful murder, is committed with the effect of unjust provocation. With the erroneous evaluation of the elements of unjust provocation, there is a perception that discrimination is made in favor of the male offender. What acts that may cause rage or severe pain will be considered tort; what rage or severe pain should have resulted from the tort; what criteria should be taken into account in order to determine the tort and rage or severe pain in the concrete case; When there is a clear disproportion between the tort and the reaction, the differences in interpretation on the extent to which the unjust provocation institution will affect the criminal responsibility may lead to legally unsatisfactory decisions in favor of the male offender. This situation causes the institution of unjust provocation to be perceived as a reduction in masculinity, thus reducing the effectiveness of the criminal law in crimes against women.*

**Keywords:** Culpa, The Causes that reduce culpa, Unjust provocation, Rage or Severe Pain, Inequality.

### EXTENDED ABSTRACT

*In criminal law, it is not considered excusable for an individual to commit a crime by being unable to control his/her behaviour. However, the main reason for the importance attached to unjust provocation by the legal order is the following: in certain situations, the ability to control is lost or the ability to control is reduced.*

*Unjust provocation is regulated in article 29 of the Turkish Penal Code Numbered 5237. According to the regulation, the penalty of the person who commits an offence under the influence of rage or severe pain caused by an unjust act is reduced. According to the principle of fault, criminal liability is reduced in the event of committing an offence under the influence of rage or severe pain. Unjust provocation is a state of depression in the psychology of the offender. The basis for the reduction of the criminal responsibility of the offender for the crime of reaction as a result of being provoked by an unlawful behaviour is the idea of fairness.*

*In practice, there is a perception that unjust provocation is discriminated in terms of gender. The main reason for this situation is not that the offender is discriminated against because he is a man, but that some of the elements of unjust provocation are incorrectly evaluated. It should be determined why the discrimination in favour of*

*the male offender arises and which elements of unjust provocation are incorrectly evaluated.*

*In cases of intentional homicide against women, erroneous assessments may be made regarding the existence of the elements of unjust provocation in the concrete case. This leads to the idea that the offender is protected and that the institution of provocation is actually an institution of masculinity. Gender-cultural based defences may be attributed to a certain gender stereotype due to psychological, sociological or cultural reasons. From this point of view, the institution of unjust provocation is perceived as a male-based defence argument in the society, and this situation may also affect the judicial authority. For example, the defence of unjust provocation made by the husband in the case of the murder of his wife may be successful due to the gender stereotypes applied to the provocative behaviour of the wife, rather than the husband's reaction to it.*

*The most important problem in the application of unjust provocation is the determination of the nature of the victim's behaviour which is the cause of unjust provocation. The scope of the unjust act, which is one of the elements of unjust provocation, is determined in practice rather than in legal regulations. With the ambiguous, very broad and arbitrary interpretation of the concept of unjust act, the institution of unjust provocation may essentially be tried to be applied as a discretionary discount. In order to make an objective assessment in determining the nature of the unjust act that causes rage or severe pain, it is necessary to determine the scope within the framework of the rules of law. Behaviours of the victim that are in conflict with customs and traditions, moral rules or similar social value judgements should not be accepted as unjust act.*

*The judicial authority should evaluate the unjust act rationally and in accordance with the legal order in the context of the concrete event. In practice, the behaviour is accepted as a unjust act without evaluating the behaviour on an individual basis, and it is argued that this determination is objective and therefore consistent. Although this is an acceptable approach, it should be considered as an erroneous practice to put forward a standard unjust provocation result on the grounds that the determined unjust act will have the same effect on every person. Instead, in continuation of the approach that every act is a unjust act for everyone, the thesis that every unjust act causes the same rage or severe pain in everyone should be abandoned.*

*Accepting behaviours that are not capable of affecting the ability of fault as unjust provocation is not in accordance with the purpose of regulating unjust provocation in the penal code. For this reason, the unjust act must be capable of causing rage or severe pain. In order for a causal link to be established between the unjust act of the victim and the reaction of the offender, the unjust act must be capable of causing rage or severe pain.*

*If the unlawful behaviour causing rage or severe pain cannot be proved conclusively,*

*the principle of the accused's benefiting from suspicion should not be applied. Especially in cases where the statement of the male offender is not supported by other concrete evidence, it should not be accepted that the victim committed the act subject to provocation.*

### GİRİŞ

Modern ceza hukuku anlayışına göre failin sorumluluğunun belirlenmesinde, suçun işlenmesine neden olan her türlü etken dikkate alınmaktadır.<sup>1</sup> Mağdurun davranışı karşısında, failin makul hareket etmesini önleyen hiddet veya şiddetli elem de haksız tahrik başlığı altında sorumluluğun tespitinde önem taşımaktadır.<sup>2</sup>

Ceza hukukunda kural olan kişinin her durumda kendisini kontrol edebilmesi, suç işlemekten sakınmasıdır. Bireyin davranışlarını kontrol edemeyerek suç işlemesi hali bu nedenle mazur görülmemektedir.<sup>3</sup> Haksız tahrike hukuk düzeni tarafından önem atfedilmesinin temel nedeni de belli durumlarda failin kontrol yeteneğini kaybetmesi veya kontrol yeteneğinin azalmasıdır.<sup>4</sup>

Haksız tahrikte faile ayrıcalık tanınmasının nedeninin, ceza hukuku açısından makul gerekçelendirilebilir olmasının yanında, uygulamada cinsiyet açısından ayrıcalığın gerçekleştirildiğine dair bir algı bulunmaktadır.<sup>5</sup> Bu durumun esas nedeni, failin erkek olduğu için ayrımcılığa tabi tutulması olmayıp, haksız tahrik kurumunun bazı unsurlarının hatalı değerlendirilmesidir.<sup>6</sup> Çalışmada, erkek failer lehine ayrımcılığın neden ortaya çıktığına, haksız tahrikin hangi unsurlarında hatalı değerlendirmeler yapıldığına dair tespitlerimizi yaptıktan sonra, mevzuat ya da uygulamadan kaynaklanan sorunların neler olduğunu ve çözüm önerilerimizi ortaya koymayı amaçlamaktayız. Çalışmada ilgili konularda Türk, Alman ve İtalyan

<sup>1</sup> Ferrando Mantovani, *Diritto Penale Parte generale*, 11. Baskı, Cedam, 2020, s. 452.

<sup>2</sup> Timur Demirbaş, *Haksız tahrik*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s. 38.

<sup>3</sup> Luigi Delpino/Rocco Pezzano, *Manuale di Diritto penale Parte generale*, 33. Baskı, Simone, 2023, s. 295.

<sup>4</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 466.

<sup>5</sup> Aya Gruber, "A Provocative Defense", *California Law Review*, (103) 2015, s. 297.

<sup>6</sup> Devrim Aydın, "Haksız Tahrik Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar", *Terazi Hukuk Dergisi*, (15) 2020, s. 239.

yargı kararları da karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

## I. KUSURU AZALTAN BİR SEBEP OLARAK HAKSIZ TAHRİK

Evrensel bir ceza hukuku kurumu olan haksız tahrik, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29'uncu maddesinde yer almaktadır. Düzenlemeye göre haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında suç işleyen kimsenin cezası indirilmektedir. Haksız tahrikin ceza sorumluluğunu azaltan bir hal olarak dikkate alınabilmesi için objektif (haksız fiil) ve subjektif (hiddet veya şiddetli elem) koşulların birlikte bulunması ve failin subjektif koşulun etkisi altında tepki suçunu işlemesi gerekmektedir.

Çalışmada, Türk yargı kararlarıyla birlikte karşılaştırmalı olarak İtalyan ve Alman yargı kararlarına da yer verildiği için İtalyan ve Alman hukukunda haksız tahrik kurumunun açıklanmasının yararlı olacağını düşünmekteyiz.

Haksız tahrik, Türk Ceza Kanunu'na benzer şekilde İtalyan Ceza Kanunu'nun genel hafifletici haller başlığı altında 62'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yer almaktadır. Düzenlemeye göre haksız fiilin neden olduğu hiddetin etkisi altında suç işlenmesi halinde ceza sorumluluğu azaltılmaktadır.<sup>7</sup> Kanuni düzenlemede haksız tahrikin üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar; bir başkasının neden olduğu haksız fiil, failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini azaltan hiddet hali ve haksız fiil ile buna karşı gösterilen tepki arasındaki psikolojik nedensellik bağıdır.<sup>8</sup> Başkasının haksız fiilinin faildeki karşılığının, önlenemez bir duygusal dürtünün tetiklediği psikolojik bir durumdan kaynaklanan öfke hali olması aranmaktadır.<sup>9</sup> Herhangi bir heyecan hali, duygusal açıdan failde etkileri olabilecek bir ruhsal durum olarak kabul edilebilirse de failin kusurunun azalmasının nedeni olarak öfke hali aranmaktadır. Bunun nedeni olarak da failin kendisini kontrol edebilmesinin diğer heyecan türlerinde mümkün olduğu ancak öfke halinde psikolojik olarak failden bunu yerine getirmesinin beklenemeyeceği gösterilmektedir.<sup>10</sup> Ceza kanununda yer alan düzenlemeye göre failin hiddet duyarak tepki vermesinin nedeni, doğrudan doğruya başkasının fiili olmalıdır. Bu durum, haksız fiil ile tepki arasındaki uygun nedensellik bağına karşılıkta. Haksız fiil dışında,

<sup>7</sup> Haksız tahrik, İtalyan Ceza Kanunu'nun 599'uncu maddesinde, şerefe karşı suçlar bakımından cezayı ortadan kaldıran özel bir hal olarak da düzenlenmiştir.

<sup>8</sup> Mantovani, s. 453.

<sup>9</sup> Delpino/Pezzano, s. 296.

<sup>10</sup> Giovanni Fiandaca/Enzo Musco, *Diritto penale Parte generale*, 8. Baskı, Zanichelli, 2019, s. 467.

içsel veya dışsal nedenlerden kaynaklanan hiddetin sonucu olarak gösterilen tepki, mazeret olarak kabul edilmemektedir.<sup>11</sup> Türk ve İtalyan hukukunun aksine Alman hukukunda haksız tahrik, tüm suçlar için uygulanabilen genel bir hüküm olarak düzenlenmemiştir. Alman Ceza Kanunu'nun 213'üncü maddesinde yer alan basit öldürme suçu<sup>12</sup> ile 199'uncu maddesinde yer alan hakaret suçunda uygulanmaktadır. 213'üncü maddede yer alan düzenlemeye göre kendisine veya aile üyesine yönelik kötü muamele ya da ağır hakarete bağlı olarak oluşan öfke ile kasten öldürme suçunun derhal işlenmesi halinde ceza sorumluluğu azaltılmaktadır.<sup>13</sup> Düzenleme, sadece 212'nci maddede yer alan kasten öldürme suçu için uygulanmakta olup 211'inci maddeyi (nitelikli öldürme) kapsamamaktadır. Kötü muamele ya da ağır hakaret dolayısıyla oluşan öfkeye bağlı olarak failin isnat, algılama yeteneği bu durumdan etkilenmemekte, sadece irade yeteneği ve dolayısıyla kusuru zayıflamaktadır.<sup>14</sup> Failin, mağdur tarafından haksız şekilde tahrik edilerek öfke durumuna

<sup>11</sup> Mantovani, s. 453.

<sup>12</sup> Alman Ceza Kanunu'nun 213'üncü maddesinin başlık ve metin kısmında açıkça yer almasa da düzenleme esasen tahrik altında öldürme suçunu oluşturmaktadır. Albin Eser, "Renaissance des § 213 StGB: Der "minder schwere Fall des Totschlags" im Lichte der Rechtsprechung", in: *FS Middendorff*, 1986, s. 69.

<sup>13</sup> Rolf Schmidt, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 21. Baskı, Verlag, 2019, s. 18. Alman hukukunda haksız tahrik kurumunun daha iyi anlaşılması için azaltılmış kusur yeteneği başlığı altında 21'inci maddede yer alan esaslı şuur bozukluğunun da açıklanması gerekmektedir. Alman hukukunda öfke, bir heyecan türü olarak 213'üncü maddede yer alan kasten öldürme suçundan dolayı ceza sorumluluğunu azaltılmaktadır. Öfke hali aynı zamanda "azaltılmış kusur yeteneği" başlıklı 21'inci maddede yer alan esaslı şuur bozukluğunun nedeni olarak da kabul edilebilmektedir. Bu halde bir heyecan türü olarak öfkenin, Alman Ceza Kanunu'nun 213'üncü maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için söz konusu öfke hali, esaslı bir şuur bozukluğu düzeyine ulaşmamalıdır. Aksi halde öfke hali dolayısıyla kasten öldürme suçunda, 213'üncü madde yerine 21'nci madde hükmü uygulanmaktadır. (Karl Lackner/Kristian Kühn, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 29. Baskı, CH. Beck, 2018, s. 1175). Esaslı şuur bozukluğu, fiilin haksızlığını anlama veya hareket etme yeteneğinin önemli derecede azalmasına neden olduğunda, 21'nci madde gereğince ceza sorumluluğu azaltılmaktadır. Bir şuur bozukluğu, dış dünyanın farkındalığının bulanıklaşmasını içeren bilinçli olma yeteneğinin bozulmasıdır. Esaslı olma hali ise patolojik olmayıp, zihinsel bozukluğa karşılık gelen bir yoğunluğa ulaşılmasıdır. Aşırı yorgunluk, uyku sarhoşluğu veya hipnoz gibi patolojik açıdan bir bozukluk oluşturmayan, bilinçteki değişiklikleri veya daralmayı temsil eden görünüm-ler, esaslı şuur bozuklukları olarak kabul edilmektedir. (Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 67. Baskı, CH. Beck, 2020, s. 196). Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre her ne kadar esaslı şuur bozukluğunda patolojik bir durumun varlığı gerekli olmasa da genel olarak bilinç bulanıklığına veya daralmasına neden olan etkenlerin, patolojik bir yoğunluk düzeyinde olması aranmaktadır. Öfke halinde ise genel olarak bir tür psikolojik durum bozukluğu kabul edilebilmesine karşın patolojik bir yoğunluğun bulunmaması nedeniyle 21'nci madde hükümlerinin uygulanması tercih edilmemektedir. BGH, 13.12.1989 -3 StR 370/89.

<sup>14</sup> Lackner/Kühn, s. 1172.



sürüklenmesi ve failin bu ruhsal durumun etkisi altında kalarak kasten öldürme suçunu işleminde kusurunun azaldığı açıktır; işte bu gerçeği göz önüne alan kanun koyucu, öfke halinde failin daha hafif cezalandırılmasını kabul etmektedir.<sup>15</sup> 213'üncü maddede tahrikin konusu olarak kendisine veya yakınlarına yönelik haksızlık teşkil eden iki hal düzenlenmiştir. Bunlardan ilki kötü muamele, diğeri ise ağır hakarettir. Kötü muamele, fiziksel ya da zihinsel olarak mağdurun yaralanması hali; ağır hakaret ise özünde mağdurun onuruna yönelik saldırıyı içermektedir.<sup>16</sup> Kötü muamele ya da ağır hakarete bağlı olarak oluşan öfke sebebiyle suçun aniden, derhal işlenmesi aranmaktadır.<sup>17</sup>

Haksız fiilin, hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek etkileri her durumda karşılaşılabilecek heyecan türevleri olduğundan ceza hukuku bu etkilerin normalliğine kayıtsız kalmamaktadır.<sup>18</sup> Yargıtay'a göre de haksız fiilin etkisiyle suç işleyen kişi ile haklı nedeni olmadığı halde suç işleyen kişiyi ayırmak, cezalandırmada adalet duygusuna hizmet etmektedir.<sup>19</sup>

Haksız tahrik, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle hareket ederek suçun işlenmesi hali olup sadece kusuru azaltmaktadır.<sup>20</sup> Fail, içinde bulunduğu ruh halinden dolayı davranışına hakim

<sup>15</sup> Schmidt, s. 19.

<sup>16</sup> Fischer, s. 1513.

<sup>17</sup> Kanun metninde, failin tahrik nedeniyle öfkeye kapılmış ve bu nedenle fiili derhal işlemeye sürüklenmiş olması yer alsaydı da burada, suçun "spontane bir eylem" olup olmadığı belirleyici değildir. Tahrikin yarattığı öfkenin mevcut ve suçun işlenmesine neden olup olmadığı (psikolojik bağlam) çok daha önemlidir. Schmidt, s. 20.

<sup>18</sup> Klaus Bernsmann, "Affekt und Opferverhalten", *NSTZ*, (4), 1989, s. 160; Hiddet veya şiddetli elem gibi insani duygular, anlık da olsa belli bir düşünceye odaklanılmasına neden olmaktadır. (Lackner/Kühl, s. 1173). Klasik ceza hukukunun fiili esas alan yaklaşımının yerine, deney ve gözlemin kullanılarak suçluluğun azaltılmasını hedefleyen pozitivist yaklaşımda, suçtan çok suçlu incelenmektedir. Deney ve gözlem yöntemleriyle gelişen psikoloji ve sosyolojinin insana dair yaptığı çalışmaların çıktıları, ceza hukukuna aktarılmakta ve bireyin suç işleminin nedenleri bu paradigma sayesinde araştırılmaya başlanmaktadır. Bu yaklaşımda faili çevreleyen psikolojik ve sosyolojik etkenler dışlanmadığından, haksız tahrikin psikolojik esası olan hiddet, elem gibi kavramlar da bu kuramsal çerçeveden kaynaklanmaktadır. Amanda Clough, "Loss of Self-Control as a defence: The Key to Replacing Provocation", *The Journal of Criminal Law*, (74), 2010, s. 119.

<sup>19</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 16.05.2017 tarih, 2016/14-1123 Esas, 2017/270 Karar.

<sup>20</sup> Özgenç, s. 466; Haksız tahrik, başka bir kişinin haksız fiiliyle ortaya çıkan öfkenin temsil ettiği duygusal durumu ön plana çıkararak, cezalandırmanın hafifletilmesini haklı çıkaracak şekilde kusurun yoğunluğunu azaltmaktadır. (Mantovani, s. 452). İtalyan Yargıtayı'na göre haksız tahrik indirimi sosyal, moral ve psikolojik temellidir. Ortalama bir insanın gerçekte ne olduğu, ne yapacağı, nasıl davranacağı veya nasıl tepki vereceği tahmin edilebilmesine karşın haksız tahrikte kusurun azaltılmasının nedeni, ortalama bir insandan sahip olduğundan

olamamakta, davranışı faile hâkim olmaktadır.<sup>21</sup> Federal Yüksek Mahkeme’ye göre haksız fiilden dolayı ortaya çıkan heyecan hali, faili tepki vermeye zorlamaktadır.<sup>22</sup> Bu özelliği dolayısıyla haksız tahrik suç teorisinde, haksızlık yerine kusurluluk kapsamında ele alınmaktadır.<sup>23</sup> Haksız tahrikin etkisi altında olan failin tepkisinin haksızlık içeriği bu durumdan etkilenmemekte<sup>24</sup> ama ceza sorumluluğu etkilenmektedir.<sup>25</sup>

fazlasının beklenemeyeceği düşüncesidir. Failin ceza sorumluluğunun azaltılmasının meşru kabul edilmesinin nedenlerinden birisi de kamuoyunun tepki suçunu işleyen faile göstermiş olduğu hoşgördür. Failin normal insan gibi cezalandırılması, adalet duygusunu tatmin etmediğinden toplum vicdanında kabul görmemektedir. Cassazione, 08.04.2008, n. 16790.

<sup>21</sup> Kayhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Baskı, Beta Yayınevi, 2016, s. 482.

<sup>22</sup> Bkz. “Somut olayda mağdurun kendisine hakaret etmesi ve yaralamasına bağlı olarak ortaya çıkan öfke içerikli heyecan hali, kesintiye uğramayan bir duygu dalgası olarak etkisini sürdürdüğünden, faili tepki vermeye zorlamaktadır.” (BGH, 16.04.2007 – 5 StR 134/07). Haksızlığa uğramak, kişinin adalet duygusuna zarar vererek, psikolojisini bozmakta ve bu ruhsal durum kişiyi belli süre etkisi altına alabilmektedir. Kendisine karşı haksızlık yapıldığı düşüncesi, bazı kişilerde intikam alma duygusunu oluşturabileceği gibi bu haksızlığı, karşı bir tepki ile telafi edebileceği, iradeyi etkisi altında bırakan içsel bir dürtüye de neden olabilmektedir. Mitchell Berman/Ian Farrell, “Provocation Manslaughter as Partial Justification and Partial Excuse”, *William and Mary Law Review*, (52), 2011, s. 1051.

<sup>23</sup> Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, Beta Yayınevi, 2020, s. 442. Suç teorisinde haksızlık, failin davranışının norma uygun olması diğer bir deyişle suç teşkil etmesidir. Haksızlık, failin özelliklerinin dışında değerlendirildiği için haksız tahrikin etkisi altındaki failin davranışı da suç olarak kabul edilmektedir. Bu halde haksız tahrik suça, haksızlığa etki etmemektedir. (Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s. 527). Kasıtlı ya da taksirli gerçekleştirilen davranışlar birer haksızlık olarak değerlendirilirken, haksızlığın faile yüklenebilmesi hali ise kusurluluk olarak ifade edilmektedir. Davranışın haksızlık teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi, failin özellikleri dikkate alınmaksızın yapılmaktadır. Haksızlığın belirlenmesinden sonra ceza sorumluluğunun belirlenmesinde ise failin dikkate alınması gerekir ki bu durum kusurluluk incelemesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, cezalandırılacaksa hangi oranda cezalandırılacağı kusurluluk incelemesinin ardından somutlaştırılmaktadır. Özgenç, s. 402.

<sup>24</sup> Mantovani, s. 452. Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta haksız tahrik suça etki eden bir neden olmayıp sadece failin ceza sorumluluğunu azaltmaktadır. İngiliz hukukunda ise “kontrol kaybı” olarak ifade edilen haksız tahrik, suç tipinin değişmesine bağlı olarak ceza sorumluluğunu etkilememektedir. Şöyle ki somut olayda “kontrol kaybı” var olduğunda fail, kasten öldürmenin nitelikli halinden (murder) değil kasten öldürmenin basit halinden (manslaughter) sorumlu olmaktadır. (Coroners and Justice Act md. 54) Clough, s. 122.

<sup>25</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 587. Kusur sorumluluğunda bulunması gereken kusur yeteneği, algılama ve irade yeteneği olarak ifade edilebilmektedir. Algılama yeteneği, failin davranışının haksız olduğunun farkında olması iken irade yeteneği ise davranışlarını kontrol edebilme kudretidir. Haksız tahrik, kusurun algılama yeteneği üzerinde etkili olmayıp doğrudan “irade” (isteme) unsurunu etkileyen bir faktördür. (Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur*, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 367). Aynı görüş doğrultusunda Yargıtay’a göre

Haksız tahrikte, haksız fiile muhatap olan failin içinde bulunduğu psikolojik durum öne çıkmaktadır.<sup>26</sup> Şöyle ki haksız fiilden dolayı failin iradesi zayıfladığından, suç işleme isteği daha kolay oluşmaktadır.<sup>27</sup> Hiddet veya şiddetli elemin etkisinden kaynaklı olarak failin, suçu işlememe, kendisini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmaktadır.<sup>28</sup> Bu zayıf irade ile ceza normunun kendisine sunmuş olduğu alternatif davranış modeline uymayarak mağdura tepki vermektedir.<sup>29</sup>

## II. YARGITAY KARARLARINDA HAKSIZ TAHRİKİN UYGULANMASINDA EŞİTSİZLİK ALGISI

Kişilerin güven içinde yaşadığı, adalete yönelmiş olan bir toplumda, hukuk kurallarının uygulanmasında eşitsizlik asla kabul edilemez. Eşitlikçi bir karaktere sahip olan modern ceza kanununun uygulanmasında da cinsiyet ayrımı yapılamaz ve kimseye ayrıcalık tanınmaz.<sup>30</sup>

haksız tahrikte failin iradesi kendi kontrolünde olmamaktadır. “Fail, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeden, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısı üzerinde meydana getirdiği karışıklığın neticesi olarak bir suç işlemeye yönelmektedir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19.06.2018 tarih, 2015/4-1152 Esas, 2018/301 Karar.

<sup>26</sup> Fiandaca/Musco, s. 466.

<sup>27</sup> Behiye Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi - Haksız Tahrik”, *DEÜHFD*, Özel Sayı (15) 2013, s. 1311.

<sup>28</sup> Roni Rosenberg, “Human Dignity and the Doctrine of Provocation: A New Approach”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* (34) 2020, s. 289. Tahrik nedeniyle oluşan öfke, uygun seçimler yapma yeteneğini baltalar ve faili, yasal ve ahlaki açıdan uygun bir şekilde tepki verme konusunda daha az yetenekli hale getirir. Bu nedenle öfkeden etkilenen kişi, daha sakin duygusal durumundaki bir kişiye göre öz kontrolünü sağlama konusunda yeterli beceriye sahip olamamaktadır. Berman/Farrell, s. 1047.

<sup>29</sup> Clough, s. 121. Haksız tahrikin hukuki esasını açıklayan teoriler, mağdur ve fail kaynaklı olmasına göre objektif ve subjektif teoriler olmak üzere ayrılmaktadır. Objektif teoriye göre suçun oluşmasında failin davranışının yanında mağdurun haksız fiili de etkili olmuştur. Bu nedenle mağdur da fail gibi kusurludur ve failin cezasında indirim yapılmalıdır. Subjektif teoriye göre haksız fiilden dolayı etkilenen ve tepki veren kişinin psikolojik durumu esas alınmalıdır. Buna göre haksız fiile muhatap olan kişinin davranışını yönlendirme yeteneği, iradesi zayıfladığından suç işleme kararını daha kolay verebilmektedir. Bu nedenle cezası indirilmelidir. (Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 412). Haksız tahrikte, haksız fiile bağlı olarak ortaya çıkan hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle tepki suçu işlenmektedir. Objektif teori sadece mağdurun fiilini, subjektif teori ise salt failin psikolojisini dikkate alan bir yaklaşım içerdiğinden, her iki teoride tek başına haksız tahrikin hukuki niteliğini belirlemede yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle mağdurun haksız fiili ile failin psikolojisinin birlikte ele alındığı karma teori daha tutarlıdır.

<sup>30</sup> Antonella Merli, *Violenza di Genere e Femminicidio*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, s. 17.

Kusuru azaltan bir ceza hukuku kurumu olarak haksız tahrik, kadına karşı işlenen suçlara izin veren cinsiyetçi bir mazeret nedeni olarak değerlendirilmektedir.<sup>31</sup> Kadına karşı işlenen kasten öldürme suçlarında ciddi artış olması, bu konunun günümüz toplumunda benzeri görülmemiş bir alaka düzeyine sahip olduğunu ve bir sosyal sorun haline geldiğini ortaya koymaktadır.<sup>32</sup> Bu suçların önlenmesinde bir eksikliğin veya etkisizliğin olduğu rahatlıkla görülebildiğinden, kadının korunması için ceza hukuku etkin şekilde araç olmalı ve failin sorumluluğu doğru şekilde tayin edilmelidir.<sup>33</sup>

Kadına yönelik kasten öldürme vakıalarında, haksız tahrikin unsurlarının somut olaydaki mevcudiyeti konusunda yapılan hatalı değerlendirme, failin korunduğu ve tahrik kurumunun aslında erkeklik indirimi olduğu düşüncesinin oluşmasına neden olmaktadır.<sup>34</sup> Benzer içeriklere haiz farklı davalarda fail, haksız tahrikin kendi lehine değerlendirileceğinden emin olarak, haksız fiil kurgusunu iyi aktarmak suretiyle yargılama makamını etkileyebilmektedir. Bu halde görülmektedir ki haksız tahrikten yararlanma konusunda profesyonel fail kavramı oluşmaya başlamaktadır.<sup>35</sup> Sonuçta, kadının herhangi bir davranışı

<sup>31</sup> Gruber, s. 276.

<sup>32</sup> Ursula Schneider, “Genderaspekte in Straf- und Strafprozessrecht”, *Gender & Crime: Geschlechteraspekte in Kriminologie und Strafrechtswissenschaft*, *Nomos*, 2022, s. 14.

<sup>33</sup> Ozan Ercan Taşkın, *Kadın Cinayeti Suçu*, Onikilevha Yayınevi, 2022, s. 51.

<sup>34</sup> Merli, s. 25. Kadına karşı işlenen kasten öldürme suçu ve toplumsal cinsiyet ilişkisi, bu suçları adli birer olay olmanın ötesine taşımaktadır. Sadece kadın olmaları yani belli bir kimliği taşıdıkları, ataerkil yapının kurumsal ve kültürel kodlarına uymadığı için bu suçların işlendiği anlayışı oluşmaktadır. Söz konusu cinsiyet kodlarının mahkeme kararına yansması nedeniyle esasen adi bir vakıa, kadın davası olarak adlandırılabilir. Ursula Schneider, s. 14.

<sup>35</sup> Christoph Leander Roth, “Die Auslegung der Mordmerkmale Heimtücke und Niedrige Beweggründe in Den Sog. Ehrenmord-Fällen”, Krisztina Karsai (Hrsg.) *Strafrechtlicher Lebensschutz in Ungarn und Deutschland. Szeged: Polay Elemer Alapítvány*, 2008, s. 146. Kadın ve erkek tarafından işlenen kasten öldürme suçları incelendiğinde, öfkeye bağlı olarak kontrolden çıkmış fail figürü çoğunlukla erkek profilinde kendisine yer bulmaktadır. Haksız tahrikin etkisi altında suçun işlenmesi, failin kısmen de olsa haklı olduğu fikrine dayanmasına karşın kadına karşı işlenen suçlarda failin davranışı neredeyse meşru kabul edilebilmektedir. Hatalı uygulama nedeniyle toplum nezdinde haksız tahrik, ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olmaktan öte hukuka uygunluk nedeni gibi algılanmaya başlamaktadır. Bu durumun sonucu olan cezasızlık algısına bağlı olarak da hedef suçların işlenmesinin engellenmesi mümkün olmamaktadır. (Gruber, s. 299). Kadına karşı suçu işleyen belirli bir erkek profili olduğunda örneğin boşanmış erkeklerin çoğunlukla bu suçu işlediği kabul edildiğinde, bu durumun engellenebilmesi mümkün olabilmektedir. Profilin genele yayılması halinde ise içinde yaşadığımız toplumda kadın cinsinin korunabilmesi amacıyla ceza hukuku etkin şekilde uygulanabilmelidir. Haksız tahrik hükümlerinin hatalı uygulanması ise ceza hukukunu etkisizleştirmekte, kadına karşı işlenen suçların işlenme ihtimalini artırmaktadır.

erkeklerde hiddet ya da eleme neden olabilir tabusu yerleşmeye başlamakta ve haksız tahrikin ceza kanunundan tamamen çıkartılması önerilmektedir.

Mülga 765 sayılı Kanun döneminde haksız tahrikin koşulları kültürel – ahlaki düzlemde değerlendirilebilmekteydi. Haksız tahrikin oldukça kötü bir uygulamasının olduğu mülga Kanun dönemi yargı kararlarında, kadının ahlaka, toplumsal değer hükümlerine veya örf âdete aykırı davranışı, bir hukuk kuralının ihlali olmasa da haksız tahrikin nedeni olarak kabul edilmekteydi. Resmi bir evlilik bulunmasa da birlikte yaşadığı kadını eşi olarak görmesi ve içinde yaşanılan toplumun da buna destek ve kıymet vermesi dolayısıyla, kadının bir başka erkekle duygusal manada yakınlaşması<sup>36</sup>; İşyerinde ve çevresinde “boyunca kızı var” şeklinde sözlerle ahlaki yaşantısı hakkında söylentiler çıkan kadının, iffet ve sadakatiyle bağdaşmaz tutum ve davranışlar içerisinde olarak kocasıyla geçimsiz olması, sürekli tartışması, erkeklerle gezip, muhabbet etmesi<sup>37</sup>; Evli bir kadının başkasıyla ilişkisinin olmasının, eş dışında kalan akrabalar bakımından hukuki olmasa da toplumsal değerlere aykırılık oluşturması<sup>38</sup>; Reşit bir kadının cinsel ilişki yaşayıp hamile kalmasının, ağabey bakımından ahlaka aykırılık oluşturması<sup>39</sup>; Evlilik kurumunu ciddiye almayıp, başına buyruk bir yaşam özlemi içinde olan ve bu özlemini kendisini çok seven kırk günlük eşiyile paylaşan sanığın hal ve hareketleri<sup>40</sup>; Evli bir kadının başka erkeklerle muhabbet ederken görülmesi ve onların arabasına binerek gezmesi, eve geç gelmesi, eşi ile sürekli geçimsiz olması ve cinsel ilişkiden kaçınmasının örf ve adet ile ahlaka aykırı kadın davranışı olarak kabul edilmesi<sup>41</sup>; Reşit olan birisi evlenmek için ailesinin rızasını almak zorunda olmasa da toplumda mevcut olan aile reisi rolü, önemli bir değer içermekle birlikte, bu geleneklere uyulması da aile reisinin beklediği olağan bir davranış olup, bu durumun ihlali olarak reşit olan kızın, evlenmek

---

Yeteri kadar cezalandırılmama olgusu, cezalandırmanın genel ve özel önleme amacına zarar vermektedir. Tahrik hükümlerinin erkek fail lehine uygulandığına dair bir algının yerleşmeye başlamasının sonucu olarak da potansiyel fail olan kişiler, bu suçlardan dolayı yeteri kadar cezalandırılmayacaklarına dair bir güvene sahip olmaktadır.

<sup>36</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 07.08.1985 tarih, 1-494/438 Esas ve Karar.

<sup>37</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 13.05.1985 tarih, 608/268 Esas ve Karar.

<sup>38</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.02.1979 tarih, 484/58 Esas ve Karar.

<sup>39</sup> Bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 13.06.1978 tarih, 2204/2557 Esas ve Karar.

<sup>40</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 30.09.1991 tarih, 1-220/246 Esas ve Karar.

<sup>41</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.11.1990 tarih, 1-252/273 Esas ve Karar.

amacıyla başkasıyla birlikte kaçması<sup>42</sup> örneklerinde, haksız tahrik nedeniyle failin ceza sorumluluğu azaltılmıştır.

5237 sayılı Kanun ile birlikte kadına karşı işlenen suçlarda haksız tahrikin kötü uygulamasının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Bu amacın gerçekleşip gerçekleşmediğini anlamak için 5237 sayılı Kanun dönemine ait eşitsizlik algısına neden olabilecek kararların tamamı aşağıda görüleceği üzere çalışmada incelenmiştir.

Cinsiyet-kültürel temelli savunmalar, psikolojik, sosyolojik veya kültürel sebeplerden ötürü belli bir cinsiyet kalıbına yakıştırılabilmektedir. Örneğin erkekler hırpalanmış eş sendromunu kullanmış olsalar da bu genellikle kadın cinsine yakıştırıldığından, erkek fail lehine etkili bir savunma aracı olmamaktadır. Haksız tahrik kurumu da bu açıdan bakıldığında toplumda erkek temelli bir savunma argümanıymış gibi algılanmakla birlikte bu durum yargılama makamını da etkileyebilmektedir.<sup>43</sup> Örneğin kocanın kadını öldürmesi halinde yapmış olduğu haksız tahrik savunması, genellikle kocanın buna tepkisinden çok, kadının kışkırtıcı davranışına uygulanan toplumsal cinsiyet klişeleri nedeniyle başarılı olabilmektedir.

Yargıtay, haksız tahrik kurumunun psikolojik koşulunda, “Türk erkeği” özelinde oldukça ilginç bir değerlendirme yapmaktadır. Mahkeme’ye göre dava konusu olayda *“Fail, olay sırasında o denli öfkelenmiş ya da birtakım düşünce veya kanaatlere kapılmıştır ki bir anda gözünü kan büriyerek öldürmekten kaçınmamıştır. Nişanlı olan çiftlerin kafede yemek yerken birbirleriyle tartıştıkları, nişanlının “erkek olması nedeniyle” sinirlendiği, gerildiği açıkça ortadadır. Kendisine güvenen hangi Türk erkeği olursa olsun erkekliğine edilen sözün altında kalmak istemez. İnsanların özellikle bu tür suçları işlemelerinde ulusal, töresel ve ahlaki ön yargıların ve alışkanlıkların büyük rolü vardır. Değer yargıları itibarıyla Türk erkeğinin karakteristik yapısı, kolay kolay bu sözü kendisine sindiremez. Bu durumun böyle olduğu, Türk erkeğinin bazı ifadeleri sindiremediği binlerce dosya vardır ve Türk erkeğinin*

<sup>42</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 09.07.1973 tarih, 1/324-537 Esas ve Karar.

<sup>43</sup> Gruber, s. 295. Haksız tahrik gibi ceza sorumluluğunu etkileyen kurumlardan kadın faillerin yararlanabilmesinin oldukça zor olmasının nedeni, kadının davranışının kapasitesinin farkına varılmaması ve haksız tahrik gibi kurumların unsurlarının tamamen erkek davranışına göre inşa edilmiş olmasıdır. Alexandra Molitorisova/Burke Ciarán, “The Istanbul Convention’s Evidentiary Requirements in the light of Laws on Self-Defence and Mitigating Criminal Responsibility”, *University of Miami International & Comparative Law Review*, 28(2), 2021, s. 221.

*bu durumu hakim ve savcılar tarafından da pekala bilinmektedir.”<sup>44</sup> Kararda görüldüğü üzere Mahkeme, erkeğin psikolojik açıdan bir analizini yapmakta; kültürel olarak farklılıklar olsa da cinsiyet ayrımı açısından toplumsal ön kabulün, bir norm gibi kararlarda etkili olabildiği görülebilmektedir. Mahkeme kararında erkeklik performansı denilen, toplumun erkek cinsine yakıştırdığı model, erkek cinsinden beklenen bir durum olup, gerçekleştirildiğinde normal kabul edilmekte, aslında saldırganlık ve şiddet içeren davranış makul karşılanmaktadır. Kararda, erkek cinsinin davranışına hak verilmekte ve hatta empati kurulmasında son derece başarılı olduğu anlaşılmaktadır. Şiddete başvurma konusundaki yetkilendirmenin Türk erkeğine, “Ahlaki, ulusal, töresel ve bölgesel alışkanlıkların ve ön yargıların” verildiğinin belirtildiği yukarıda yer alan kararda, “Değer yargıları itibarıyla Türk erkeğinin karakteristik yapısı, kolay kolay bu sözü kendisine sindiremez.” şeklinde ifade kullanılmak suretiyle, erkeğin kadına yönelik şiddete başvurmaktan geri durmasının beklenemeyeceği ifade edilmektedir.*

Başka bir Yargıtay kararında haksız tahrik indirimi yapılmamasına karşın somut olayda “tasarlamının” bulunmadığına dair gerekçe, cinsiyet kavramı ön plana çıkartılmış gibi hazırlanmıştır. Mahkeme’ye göre “*Sanık, maktulden ayrılmayı aklından geçirmemekte, aksine bir an önce evlenmeyi arzulamaktadır. Maktul ise sanıkla evlenmeyi istememekte ve bu düşüncesini sanığa her fırsatta hissettirmektedir. Sanık da maktule duyduğu hiddetle yanına tedbiren bıçak almış ve gizlemek için sağ bileğine bağlamıştır. Sanık, maktul ile konuşmasının olumlu geçmesi hâlinde bıçağı kullanmayı düşünmemektedir. Maktulün kendisinden ayrılma konusunda ısrarcı olması üzerine kapıldığı hiddet duygusunun etkisiyle maktule vurduğu birden fazla defa bıçak darbesi ile ölümüne sebep olmuştur. Sanık, isteğinin kabul edilmemesinden kaynaklanan duygusal çöküntü ve hiddetin etkisi altındadır. Soğukkanlı düşünmesini engelleyecek şekilde hiddetine engel olamamıştır.”<sup>45</sup> Kararda, erkek cinsiyetinin lehine olabilecek her ayrıntı Mahkeme’nin kendi yorumuyla öne çıkartılmakta ve kararda cinsiyetçi bir dil kullanılmaktadır. Türk erkeği özelinde verilen kararda, Türk erkeği kavramının samimi şekilde sahiplenildiği vurgulanmaktadır.*

Aşağıda yer alan Yargıtay kararında evli olan kadının eşini aldatmasının fail koca, çocuklar ve aile üyeleri üzerindeki etkisi yine cinsiyetçi-kültürel

<sup>44</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 28.06.2011 tarih, 2011/1-114 Esas, 2011/150 Karar.

<sup>45</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 28.09.2021 tarih, 2018/1-274 Esas, 2021/424 Karar.

bir dil kullanılmak suretiyle değerlendirilmektedir. Mahkeme'ye göre evli ve çocuklu bir kadının kocasını aldatması ve bunun çevreden duyulması fail koca için ölçülemez travma etkisi doğurmaktadır. Evli kadının kocasını aldatması, toplumun bilinen değer yargılarına göre akrabaların tüm yaşamında hissedilmekte ve hissettirilmektedir. Toplumun değer yargılarına göre çocukların ileriye dönük sosyal çevrelerinin oluşmasında, iş bulmalarında ve evlenmelerinde, annenin aldatmasının olumsuz etkilerinin olacağı kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle Mahkeme'ye göre sanık koca için aldatılmaktan daha vahim hangi vaka olabilirdi diye değerlendirmek ve empati yapmak gerekir.<sup>46</sup> Karara konu edilen olayda, sadakatsizlik olarak değerlendirilen bir haksız fiile karşı koca tepki göstererek karısını öldürmüştür. Kadının davranışının haksız fiil olarak kabulünün gerekçesi ise abartılı olmakla birlikte, bu durum koca lehine ceza sorumluluğunu azaltan bir hal olmanın ötesine taşınarak, kocanın davranışı tamamen meşrulaştırılmaya çabalıyor gibi hissedilmektedir.

Hakaret, bir haksız fiil olup haksız tahrik nedeni olarak kabul edilebilmektedir. İç hukuk kültürü ise hakareti tanımlarken kadına karşı gerçekleştirilen davranış ile erkeğe yönelik davranışı aynı ölçüde değerlendirmemektedir. Kadının, basit, hukuken haksız sayılmayacak hareketleri kolayca haksız tahrike konu edilebilmektedir.<sup>47</sup> Yargıtay'a göre kadının erkeğe yönelik olarak "*Sen nasıl bir erkeksin sen de hiç gurur yok mu*"<sup>48</sup>; "*Erkek ol biraz*"<sup>49</sup>; "*Sen adam mısın*"<sup>50</sup> şeklindeki sözleri, eleştiri ve sitem sınırlarını aşarak kocanın saygınlığına, şerefine ve onuruna zarar verebilecek nitelikte haksız fiil olarak kabul edilmelidir. Erkeğin kadına yönelik olarak "*Nasıl bir kadınsın öle, yeter artık kadınlığını bil*" sözü ise haksız tahrikin kapsamında değerlendirilmemiş olup kadının saygınlığına, şerefine ve onuruna zarar verebilecek nitelikte olmayan kaba, nezaketsiz bir davranış tarzı olarak kabul edilmektedir.<sup>51</sup>

Cinsiyet ayrımcılığı yapılmak suretiyle haksız tahrikin uygulandığı kararlarda, cezaların şahsileştirilmesi amacı ötelenerek, erkek fail lehine

<sup>46</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.02.2014 tarih, 2013/1-665 Esas, 2014/66 Karar.

<sup>47</sup> Türkan Yalçın, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Savaş Yayınevi, 2019, s. 232.

<sup>48</sup> Bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 30.03.2015 tarih, 2014/34747 Esas, 2015/11228 Karar.

<sup>49</sup> Bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 04.12.2012 tarih, 2011/15602 Esas, 2012/47398 Karar.

<sup>50</sup> Bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 28.04.2015 tarih, 2014/3299 Esas, 2015/2704 Karar.

<sup>51</sup> Bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 04.11.2014 tarih, 2014/5879 Esas, 2014/31687 Karar.



uygulanan haksız tahrik indirimi gelenekçi, ahlakçı ve cinsiyetçi olmasının yanı sıra kadına karşı şiddeti bir sarmal haline getirmek suretiyle toplumsal kötüyü de beslemektedir.<sup>52</sup> Yukarıda yer alan kararlarda görüldüğü üzere cinsiyetlendirilmemiş bir indirim sebebi olmasına karşın haksız tahrikin, yargı kararlarına kötü yansıtıldığının kabulü gerekir. Kurumun, uygulayıcılar elindeki sonucu ise eşitlik ilkesinin ihlaline neden olabilecek niteliktedir. Yargı kararlarına bakılarak haksız tahrik indiriminin, kurumun düzenlendiği normun lafzındaki eşitlikçi görünümü ile örtüşüp örtüşmediğinin değerlendirilmesi ve bunun sonucu olarak da uygulamada eşitlik ilkesinin zedelendiği anlayışının ortadan kaldırılması gerekir.

### III. HAKSIZ TAHRİKİN UYGULANMASINDA EŞİTSİZLİK ALGISININ NEDENLERİ

#### A. Davranışın Haksızlığı Ölçütünün Belirsizliği

Haksız tahrik, mağdurun, suçun işlenmesine neden olduğu bir ceza hukuku kurumu olup failin tepkisinden ziyade haksız fiil özelinde oluşturulduğundan, tahrik kurumunun en önemli unsuru kuşkusuz ki mağdurun gerçekleştirdiği haksız fiildir.<sup>53</sup> Haksız fiilin nitelendirilmesinde hata yapılması halinde zincirleme şekilde somut olaydaki değerlendirmenin tamamı hukuka aykırı olacaktır. Bu nedenle haksız tahrikin uygulanmasında eşitsizlik algısına sebep olan en önemli sorun, mağdur davranışının haksız fiil olup olmadığının belirlenmesidir.<sup>54</sup>

Haksız tahrik kurumunun düzenlendiği 5237 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesinde, tahrikin sebebi olarak gösterilen mağdur davranışının "haksız fiil"

<sup>52</sup> Merli, s. 27.

<sup>53</sup> Mantovani, s.453. Kanun koyucu, haksız tahrikte tepkinin kaynağı olan ve failin tepkisinden kronolojik olarak önce gerçekleşen olaylara önem atfetmektedir. (Delpino/Pezzano, s. 296). İtalyan Ceza Kanunu'nun 62'nci maddesinde "başkasının haksız fiili", Avusturya Ceza Kanunu'nun 115'inci maddesinde "başkasının haksız davranışı", Alman Ceza Kanunu'nun 213'üncü maddesinde "başkasının kötü muamelesi veya ağır hakareti" düzenlemelerinde görüldüğü üzere tahrike neden olan davranışın haksızlık niteliği evrensel olarak da kabul edilebilmektedir.

<sup>54</sup> Fiandaca/Musco, s. 467. Yaşanan sorun; haksızlık değerlendirmesi yapılırken, yargılama makamının toplumdaki beklentiden, genel anlayıştan; toplumsal cinsiyet bakış tarzından uzaklaşmamasından ve erkek egemen sistemin kadın cinsini belli bir konuma sabitlemesinden kaynaklanmaktadır. (Yalçın, s. 234). İstanbul Sözleşmesi (Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi), yargılama sürecinde Devlet'e ikincil mağduriyet oluşmamasını sağlama yükümlülüğü getirerek, haksız fiilin belirlenmesinde cinsiyetçi ayrımcılık vakalarında sıklıkla karşılaşılan bu çok ciddi sorunu ortadan kaldırma amacını içermektedir. Molitorisova/Burke, s. 215.

olması gerektiği ifade edilmesine karşın haksız fiilin ne olduğu açıklanmamış; davranışın haksız fiil olup olmadığının belirlenmesi yargılama makamının takdir yetkisine bırakılmıştır.<sup>55</sup>

Haksız tahrike neden olan fiilin haksızlığının ne olduğu hususu öğretide ve yargı kararlarında tartışılmaktadır. Mağdur davranışının haksız fiil olup olmadığının belirlenmesinde hangi esaslara uyulacağı konusu, öğretide farklı görüşlerle izah edilmeye çalışılmaktadır. İlk görüşe göre hangi hallerin haksız tahrike neden olduğu normda sınırlandırılmadığından, haksız fiilin tespitinde toplumsal değer yargıları da dahil olmak üzere tüm hukuk kurallarıyla birlikte örf ve adet kuralları da göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>56</sup> Diğer görüşe göre haksız fiilin tespitinde objektif değerlendirme ölçütü uygulanmalı ve sadece hukuk kuralları kapsamında bir değerlendirme yapılmalıdır.<sup>57</sup>

Haksız tahrikin düzenlendiği 5237 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesinin gerekçesinde; “*bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmemesine*” yer verilmek suretiyle, haksız fiilin hukuk normları özelinde şekillendirilmesi gerektiği niyeti açıkça ifade edilmektedir.

Tahrike neden olan davranışın “haksız” olarak nitelendirilmesinin sebebi hukuk düzenini koruma amacını taşımaktadır. Bu nedenle haksız fiil, hukuka aykırı fiil olarak kabul edilmelidir.<sup>58</sup> Hukuka aykırılık, bir hukuk normuna aykırılık, hukuk düzeniyle çatışma halinin olmasıdır. Fiilin haksızlığının belirleyicisi hukuk düzeni olup, hukukla çatışmayan bazı değer yargılarının ihlali haksız fiil olarak değerlendirilemez. Hukukun değer verdiği, anlam

<sup>55</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 362.

<sup>56</sup> İçel, s. 484. Çağdaş olan örf ve adet kurallarının haksız fiilin değerlendirilmesinde ölçüt olabileceğine dair görüş için bkz. (Rezan, Epözdemir, *Haksız Tahrik*, Adalet Yayınevi, 2021, s. 199). Haksız fiilin kapsamını biraz daha genişleten bir başka görüşe göre medeni şekilde bir arada yaşayabilmeyi içeren ahlaki ve sosyal normlarla çatışma hali de haksız tahrikin nedeni olabilmektedir. Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019, s. 286.

<sup>57</sup> Demirbaş, s. 81. Mantovani, s. 453. Schmidt, s. 19. Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt III*, Adalet Yayınevi, 2021, s. 834. Fischer, s. 1513. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 413. Akbulut, s. 530. Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 399. Centel/Zafer/Çakmut, s. 445. Fiandaca/Musco, s. 467. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 593. Ersan Şen/Mehmet Can Şenyurt, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Sebep Olarak Haksız Tahrik”, *Ceza Hukuku Dergisi*, (22), 2013, s. 9. Kazancı, s. 1332. Burcu Demren Dönmez, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, *İÜHF*, 71(1), 2013, s. 280.

<sup>58</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 445.

yüklediği ve sonuç bağladığı davranışların haksız fiil olarak kabulü gerekir. Toplumun veya kişinin değer yargıları, sosyal kurallar, gelenekler, örf ve adetler hukuk kurallarıyla örtüşmeyebilir. Bu nedenle hukuk kurallarının kapsamadığı değerler haksız fiil içinde kabul edilmemelidir.<sup>59</sup>

Haksız davranışın kapsamının hukuk kurallarının dışına çıkartılarak genişletilmesiyle birlikte kadın, ceza hukuku araçlarıyla korunamamakta; gelenek, görenek, ahlak, toplumsal kurallar gibi kalıpların arkasına saklanılmak suretiyle aslında cezalandırılmaktadır.<sup>60</sup>

Hukuk kurallarıyla düzenlenmemiş davranışların haksız fiil olarak kabulü halinde, haksız fiil kavramı sınırı olmayacak şekilde genişletilmiş olmaktadır. Bu durum gerçekte bir hak kullanımı olan kadın davranışlarının, doğrudan tahrik nedeni olarak kabul edilebilmesine neden olabilmektedir. Mağdur kadının yaşamı, söylemi, tercihi, giyimi veya görüşü, hukuka aykırı şekilde fail lehine değerlendiriliyor gibi bir algı oluşabilmektedir.<sup>61</sup>

İtalyan Yargıtayı'na göre suç ve kabahatler ile özel hukuka tabi olan herhangi bir hakkın ihlali gibi davranışlara hukuken sonuç bağlanabildiği için bu davranışların haksız fiil olarak kabul edilebilmesi mümkündür. Duruma, failin algılama biçimine ve bölgeye göre değişebilen ahlaki, kültürel ve sosyal kuralların nesnellüğünün yetersizliği nedeniyle haksız fiil olarak kabul edilmemesi gerekir.<sup>62</sup> Benzer şekilde Federal Yüksek Mahkeme'ye göre haksız tahrikin nedeni olan kötü muamele ya da ağır hakaret, nesnel olarak herkes

<sup>59</sup> Helmut Schneider, "Überlegungen zur restriktiven Auslegung von § 213 StGB", *NSfZ*, 2001, s. 456.

<sup>60</sup> Roth, s. 151. Haksız tahrike neden olabilecek fiilin kapsamının geniş tutulmaması, haksız tahrikin konuluş amacına da uygundur. Aksi halde hukuka aykırı hareket etmeyen mağdura karşı işlenen suçlarda haksız tahrik kurumunun işletilmesi söz konusu olur ki bu durum ceza hukuku açısından önemli bir çelişki olarak kabul edilirdi. (Şen/Şenyurt, s. 9). İstanbul Sözleşmesi'nin 42'nci maddesinde kültürel, dini, toplumsal, geleneksel kural ve adetlere uygun davranılmamış olması şiddet için gerekçe oluşturamaz düzenlemesiyle birlikte, hukuk kuralları dışındaki bir ihlalin haksız fiil sayılmayacağı açıkça ifade edilmektedir. Bu nedenle örf ve âdetin, toplumsal değerlerin kadını korumadığı, erkeğin haksızlığını cesaretlendirerek artırdığı açıkça ortada durmakta iken bu kavramların haksız tahrik kurumuyla birlikte ne öğretide ne de yargı kararlarında kesinlikle yer almaması gerekir. Molitorisova/Burke, s. 215.

<sup>61</sup> Taşkın, s. 363.

<sup>62</sup> Bkz. "Sanık, aynı evde birlikte yaşadığı partnerinin bir başkasıyla evlenmesini kabullenmeyerek, partnerini öldürmüştür. Faslı olan sanık, mahremiyeti birlikte paylaştığı partnerinin, kendi ahlaki değerine göre artık eşi olduğunu, kendi kültüründe başkasıyla evlenmenin mahremiyete ihanet olup affedilemez olarak değerlendirildiğini, bu nedenle suçu haksız tahrik altında işlediğini ileri sürmesine karşın mahkeme, mağdur tarafından bir haksızlığın gerçekleştirilmediğine karar vermiştir." Cassazione, 27.11.2014, n. 49569.

tarafından kabul edilebilecek bir haksızlığı ihtiva etmelidir. Haksızlığın, failin ruhsal durumu, kişisel veya toplumsal değerlerden arındırılmış olması beklenmektedir.<sup>63</sup>

Haksız fiil, failin öznel bakış açısından değil, nesnel değerlendirme altında tüm ilgili koşullar temelinde tahrik edici olarak değerlendirilmelidir.<sup>64</sup> Örf ve adet, gelenek, ahlak gibi değerlerin dikkate alınmasıyla birlikte, haksız tahrikte objektif bir uygulama pratiği elde edilememektedir.<sup>65</sup> Sosyal eğilim, ahlak, örf ve adet gibi değer hükümleri zaman içerisinde değişebilmekte; kişiler de bunlara aykırı davranışlara zaman içerisinde farklı tepkiler verebilmektedir.<sup>66</sup> Bu nedenle salt örf ve adet, ahlak veya toplumsal değer hükümleriyle uyumlu olmayan davranışların haksız fiil olarak kabul edilmemesi gerekir.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> Bkz. “Sanık ve kişilik bozukluğu olan mağdur kadın, duygusal birliktelik yaşamaktadırlar. Agresif ve şiddet yanlısı olmayan sanık, çevresine olduğu gibi mağdura karşı da elinden geldiği kadar uyumlu olmaya çalışmaktadır. Çiftin arasında yaşanan tartışmalarda dahi dengersiz hareketleri bulunan mağdura karşı sanık, şiddet uygulamamıştır. Sanık ile duygusal birlikteliği olan ve aynı evde yaşayan mağdur, bu ilişkinin devamı sürecinde birden fazla erkekle daha ilişki yaşamıştır. Mağdurun başkalarıyla ilişkisini öğrenen sanık, mağduru sürekli uyarmış ama mağdur, bıçak ve copla sanığı her defasında tehdit etmiştir. Olay günü, yine dengersiz davranışları olan mağdur, başka erkeklerle ilişkisinden bahsetmiş, yumruk ve tekme ile sanığa saldırmıştır. Mağdur kapıyı kilitlediği için sanık evden kaçamamıştır. Bunun üzerine daha da öfkelenen mağdur, sanığa bıçak savurmuş, süpürge sopası ve anten kablosu ile sanığa vurmuştur. Son ana kadar tepki vermeyen sanık, mağdurun elindeki kabloyu kopartarak almış ve kablo ile mağduru boğarak öldürmüştür.” Mahkeme’ye göre olay günü dahil ilişkinin en başından itibaren mağdurun hukuka aykırı davranışları, sanığı tahrik edici fiziksel ve zihinsel şiddet içeren kötü muamele örneğidir. BGH, 21.12.2010 - 3 StR 454/10.

<sup>64</sup> Fischer, s. 1513.

<sup>65</sup> Dönmez, s. 280; Haksız tahrik konusunun çalışıldığı monografilerde genellikle şöyle bir ifade bulunmaktadır: “Örf ve adete, toplumsal değerlere aykırı olan davranışların haksız sayılması için bir hukuk kuralına da aykırı olması gerekir” ya da “bir hukuk kuralı olması koşuluyla örf ve adete, toplumsal değerlere aykırı olan davranışlar da haksız fiil olarak kabul edilebilir.” Ataerkil toplumda anılan kuralların erkeğin davranışını çoğunlukla kabul edilebilir gördüğü, kadının davranışının ise reddedildiği gerçeği bulunmaktadır. Örf ve adetin, toplumsal değerlerin erkek egemenliğini öne aldığı gerçeğini kabul ettiğimizde, hukuk kuralı haline gelmiş olmasına karşın haksız fiili “bir hukuk kuralına aykırılıktır” şeklinde ifade etmekle yetinmeyerek ifadenin önüne, arkasına veya ortasına örf ve adet, toplumsal değerler gibi eklemeler yapılmasının haksız fiil kavramının sadece “hukuk kuralına aykırılıktır” şeklinde anlaşılmasına katkı sağlamadığı görülebilmektedir.

<sup>66</sup> Mantovani, s. 453.

<sup>67</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 445. Bölgeye, kişiye veya zamana göre mahiyeti değişebilen subjektif veya toplumsal değer yargılarının haksız fiil olarak kabulü isabetli olmamaktadır. Değişken kavramların haksız fiil olarak kabulü, haksız tahrik kurumunu kapsamı belirsiz olacak şekilde genişletmektedir. Bu durum haksız tahrik kurumunun var olma amacı ile hukuk sisteminin bütünlüğüne zarar verebilecektir. (Şen/Şenyurt, s. 9). Faillerin suç işleme tarzları değişkenlik göstermese de o suçu işleme sebepleri oldukça dinamik olup sürekli değişkenlik

5237 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesinin gerekçesinde; haksız tahrik kurumunun uygulanmasında hata yapılmaması, özellikle namus ve töre saikiyle işlenen kasten öldürme suçlarında haksız tahrikin dikkate alınmaması için Mülga Kanun'da yer alan "*haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit elem*" ifadesinin, "*haksız bir fiilin sebep olduğu hiddet veya şiddetli elem*" olarak değiştirildiği ifade edilmektedir. Mülga Kanun'da yer alan gazap ifadesinin yerine hiddet kavramının seçilmesinin kavramın psikolojik esası bakımından her hangi bir anlam farklılığı bulunmamaktadır. Fakat değişiklikte haksız tahrik yerine haksız fiil ifadesinin tercih edilmesi, failin subjektif halini etkileyen faktörler konusunda somutlaştırma ve doğal olarak daraltma amacının bulunduğunu göstermektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde örneklerine de yer verildiği üzere Mülga Kanun dönemi yargı kararlarında, haksız tahrike neden olan mağdur davranışı geniş yorumlamaktaydı. Örf ve âdet, ahlak, toplumsal değer hükümleriyle uyumlu olmayan davranışlar da haksız tahrikin nedeni olarak dikkate almaktaydı. 5237 sayılı Kanun döneminde ise kapsam daraltılarak, haksız tahrikin nedeni olan davranışın hukuka aykırı olmasının gerekliliğine dair bir anlayış şekillenmektedir.<sup>68</sup>

5237 sayılı Kanun'un anlayışının değişmesine karşın hiddet veya şiddetli elemin nedeni olan mağdur davranışının ne olduğu, mağdur davranışı belirlenmiş olsa da bu durumun hiddet veya şiddetli eleme neden olup olmadığı yine yargılama makamının bakış açısıyla şekillenebilmektedir. Subjektif değerlendirmenin sonucu olarak benzer başka davalarda yorum değişebilmekte, haksız tahrik indirimi baştan bilinen ve beklenen bir karar olarak algılanmaktadır. Aşağıda yer alan kararlarda da görüleceği üzere haksız fiil kavramı, oluşmaya başlayan "haksız fiilin kapsamının hukuk kurallarıyla belirlenmesi" anlayışının dışında yorumlanmaya devam etmektedir.

Yargıtay kararına konu edilen olayda annesinin başkasıyla duygusal ilişki yaşadığından şüphelenen on yedi yaşındaki erkek çocuk, annesi ile evin salonunda oturan erkeği öldürmüştür. Mahkeme'ye göre bir annenin, gündüz bir erkekle evinde konuşması kabul edilebilir bir davranış değildir. Olayda cinsel ilişki yaşandığına dair bir delil bulunmamasına karşın erkek çocuğun, cinsel ilişki yaşandığına dair şüphe duyması doğal olduğundan,

---

gösterebilmektedir. Özellikle toplumsal modernliğe ulaşılmasıyla birlikte örf ve âdet, ahlak veya toplumsal değer hükümleri de suç işlenmesinin bir nedeni olmaktan uzaklaşmaktadır.

<sup>68</sup> Bkz. Yargıtay. 1. Ceza Dairesi, 27.04.2010 tarih, 2009/6525 Esas, 2010/3023 Karar.

haksız tahrikin uygulanmasında herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.<sup>69</sup> Kararda görüldüğü üzere sadakatsizlik ihtimalinin mevcudiyeti, kendisine karşı hukuken haksız fiil oluşturmayan kişi açısından dahi haksız tahrik olarak kabul edilmektedir. Örf ve adet ile ahlak kuralları ön plana çıkartılarak haksız fiilin kapsamı ve haksız tahrik kurumunun koruma alanı erkek fail lehine genişletilmektedir. Bir başka olayda, erkek arkadaşı ile duygusal birliktelik ve cinsel ilişki yaşayan kadının öldürülmesinde, sanıkların vermiş olduğu tepkinin haksız tahrik sayılamayacağına gerekçesi olarak “*sanıkların kadın ile akrabalık bağının bulunmaması*” gösterilmektedir.<sup>70</sup> Kararda her ne kadar haksız tahrik indirimi uygulanmamış olsa da cinsel ilişki yaşayan kadının konumu, davranışı, kadının kocasının yerine akrabalar açısından haksız tahrik nedeni olabilir şeklinde bir değerlendirme yapılmaktadır. Aynı görüş doğrultusunda karar verilen başka bir olayda, maktul ile duygusal birlikteliği olan evli erkek, sosyal paylaşım sitesi üzerinden bir başka erkek ile görüştüğü gerekçesiyle benzin dolu şişeyi maktulün üzerine dökmüş ve yakarak öldürmüştür. Ceza dairesi, canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme suçunun oluştuğuna karar vermiştir.<sup>71</sup> Kararda her ne kadar haksız tahrik dikkate alınmamış olsa da hatalı kararların verilmesini önlemek ve hukukta istikrarlı kararlarının verilmesini sağlamak amacıyla görevli bulunan Başsavcılık makamı, haksız tahrikin uygulanmaması kararına itiraz etmektedir. Başsavcılık, sanığın fiili aniden gerçekleştirdiğini, bu durumun sebebinin ise kadının yazışmaları olduğunu, canavarca hisle hareket etmediğini, sadece tahrikin sonucu olarak kadını yaktığını ileri sürmektedir. Kararda görüldüğü

<sup>69</sup> Bkz. “Maktul ile sanığın annesi arasındaki ilişkinin cinsel ilişki boyutuna ulaştığına dair delil bulunmamakta ise de maktulün, evliliği devam eden, eşi ve çocuklarıyla birlikte yaşayan bir bayanın evine gündüzleyin gelmesi, sanığın daha önce maktulü birkaç kez evlerinin önünde görmesi nedeniyle annesiyle maktul arasında ilişki olduğundan şüphelenmesi ve olay günü de maktulü ailece birlikte yaşadıkları evin içinde annesinin yanında görmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, haksız tahrikin ulaştığı boyuta göre tahrik indiriminin adil ve yerinde olduğunun kabulü gerekmektedir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.05.2014 tarih, 2013/1-528 Esas, 2014/269 Karar). Benzer başka kararlarda da aynı anlayışın devam ettirildiği görülmektedir. “Evli olan kadın, gece vakti kendi evinde bir başka erkekle buluşması nedeniyle babası tarafından öldürülmüştür.” (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 06.05.2019 tarih, 2019/1240 Esas, 2019/2549 Karar). “Boşanmış olan kadın, bir başka erkekle cinsel birliktelik yaşadığı için babası ve erkek kardeşleri tarafından öldürülmüştür.” (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 25.04.2008 tarih, 2007/8437 Esas, 2008/3340 Karar). Mahkeme’ye göre bu iki olayda kültürel yapı, toplum yapısı ve toplum tepkisi gözetildiğinde, kadının davranışı haksız fiil olarak nitelendirilmeli; maktulün sebep olduğu ve haksız tahrike neden olan davranışların faile etkisi dikkate alındığında, haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır.

<sup>70</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.11.2011 tarih, 2011/1-123 Esas, 2011/229 Karar.

<sup>71</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 05.03.2019 tarih, 2017/1-905 Esas, 2019/146 Karar.

üzere Başsavcılık, somut olayda haksız tahrikin mevcut olduğu konusunda ısrar etmektedir. Sosyal paylaşım sitesindeki yazışmalar yüzünden Başsavcılık tarafından tahrik tezinin ortaya atılması kadın aleyhine oldukça önemli bir anlayış sorununa işaret etmektedir.

5237 sayılı Kanun döneminde oluşan beklentinin aksine, kadın davranışının haksız fiil olup olmadığı değerlendirilirken kararlarda, sosyal, toplumsal ve kişisel değerler dikkate alınmaya devam etmektedir. Hatta bazı kararlarda, erkeğin haksız tahrikten yararlanabilmesi için haksız fiilin mevcut olup olmadığının belirlenmesine yönelik aşırı çabanın bulunduğu da görülmektedir. Karara konu edilen bir olayda evli bir kadın ile ilişki yaşadığına dair dedikodular olan erkek, koca tarafından öldürülmüştür. Kararda, dedikoduların bulunup bulunmadığının araştırılması istenmektedir.<sup>72</sup> Erkek profilinin benimsenmesinin sonucu olarak verilen kararda, dikkat edilirse dedikoduların gerçek bir duruma işaret edip etmediği vs. değil sadece dedikoduların bulunup bulunmadığının araştırılması istenmektedir. Olayda bir kadın öldürülmemiş olsa da aynı saikle kadının öldürülmesi olayında da muhtemelen benzer gerekçe kullanılacaktır. Bu hal göstermektedir ki kadın hakkında dedikoduların mevcudiyeti, koca nazarında hiddet veya şiddetli elemnin yeterli nedeni olarak değerlendirilebilmektedir.

Uygulamadaki örnekler açısından özellikle haksız tahrikin neden uygulandığına dair gerekçe ve gerekçede kullanılan dil, kurumun ceza sorumluluğunu neden etkilediğini açıklamaktan uzaktır.<sup>73</sup> Örneğin kadının sadakatsizliği halinde, bu durumun bir namus sorunu olarak ifade edilmesi, cinsiyetçi bir dilin tercih edildiğini göstermektedir.<sup>74</sup> Oysa namus kavramının

<sup>72</sup> Bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 13.11.2018 tarih, 2018/4014 Esas, 2018/4649 Karar.

<sup>73</sup> Roth, s. 138.

<sup>74</sup> Yargıtay'a göre toplumun ortak vicdanında kabul gören bir namus anlayışı, hukuki korumadan yoksun bırakılmamalı ve namus saikiyle işlenen suçlarda haksız tahrik hükümleri uygulanabilmelidir. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.05.2010 tarih, 2010/1-56 Esas, 2010/111 Karar). Karşılaştırma için bkz. İtalyan Yargıtayı. İtalyan Yargıtayı'na göre namus, kınanması ve dışlanması gereken öfkeli bir erkek üstünlük duygusunun dışı vurumu olup bu tutku hali erkek lehine kesinlikle değerlendirilmemelidir. Karara konu edilen olayda, "*Sanık koca, karısının kendisini aldattığına dair aile içinde çıkan ve gerçek olmayan yakıştırmalardan dolayı, yoğun kıskançlık duygusuyla çocuğun gözünü önünde sopayla vurarak karısını öldürmüştür. Sanık, savunmasında ailesinin namusunu temizlediğini ifade etmektedir.*" Mahkeme'ye göre namus kavramı, toplumda artık kazanılmış olan ve Anayasal düzeyde tanınan ve korunan, yaşama saygı, kişinin onuru, cinsiyete dayalı ayrımcılık olmaksızın tüm vatandaşların eşitliği, evlilik üzerine kurulu doğal bir toplum olarak aile içinde eşlerin ahlaki ve yasal eşitliği gibi değerlerle açıkça çelişmektedir. Bu nedenle, kocanın, karısının sözde duygusal ilişkisi nedeniyle rencide olduğu iddia edilen onurunu korumak için işlediği ve yanlış anlaşılması

kullanılmasıyla birlikte kadın, esasen hukuk kurallarının koruması altından çıkartılmaktadır.<sup>75</sup> Bu noktada hukukileştirmek istenilmeyen namus kavramı ile bütünleşen ve erkek egemen bir yapıyı yansıtan ifadelerin de haksız tahrikin gerekçesinde baskın olması, toplumsal eşitlik temeline aykırı düşmektedir.<sup>76</sup>

Türk hukukunda evlilikte sadakatsizliğin haksız fiil olarak değerlendirilmesinde herhangi bir duraksama bulunmamaktadır. Sadakatsizliğe sebep olan eş davranışının haksız tahrike neden olup olmayacağını belirlenmesinde ise Türk yargısına nazaran, İtalyan ve Alman yargı kararlarında kadın lehine daha katı bir anlayışın bulunduğu ve kadının korunduğu kabul edilebilmektedir. Sadakatsizlik İtalyan hukukunda haksız fiil kabul edilmesine karşın her sadakatsizlik hali haksız tahrik olarak kabul edilmemektedir. Konuyla ilgili olarak İtalyan Yargıtay'ı son derece önemli bir karar vermiştir. Mahkeme'ye göre kadının sadakatsizliği, kendisine karşı hâlihazırda sürmekte olan bir kötü muameleden kaynaklanmakta, kocanın sert ve tehditkar muhalefeti göz önüne alındığında, kadının boşanabilmesi pek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle sanığın durumu, tamamen kendine özgü bir ortamda ortaya çıkmış, haksız tahrikin özünü karakterize eden başkasının haksız davranışı işlenen suça neden olmamıştır. Kocanın zorba davranışının göz ardı edilmesi halinde adaletin tesis edilebilmesi mümkün olmadığından, kötü niyetli olan koca bu nedenle haksız tahrik kurumundan yararlandırılmamalıdır.<sup>77</sup> Benzer şekilde Federal Yüksek Mahkeme'ye göre sadakatsizlik haksız fiil kabul edilmesine karşın, sadece sadakatsizlik haksız tahrik nedeni olacak şekilde eşe karşı ağır hakaret olarak kabul edilmemekte, sadakatsizlikle birleşen kadının kocasına yönelik aşağılayıcı, onur kırıcı ifadeleri tahrik olarak kabul edilmektedir.<sup>78</sup> Özellikle cinsel başarısızlık suçlaması, bir başka erkeğin cinsel performansına yönelik karşılaştırma

---

bir erkeklik gururu tarafından dikte edilen kasten öldürme suçu, ortak etik vicdan tarafından bir tutku durumunun ve öfkeli bir erkek üstünlüğü duygusunun tezahürüdür. Cassazione, 10.10.2007, n. 37352.

<sup>75</sup> Roth, s. 145.

<sup>76</sup> Merli, s. 27. Namus, birtakım sınırlamalar ve kısıtlamalar bütünü olup, kadın cinsini kontrol etmek gayesiyle, erkek egemen toplum tarafından oluşturulmuştur. Molitorisova/Burke, s. 251.

<sup>77</sup> Bkz. "Sanık koca, eşine ve çocuklarına karşı hiç ilgi göstermeyerek eşine karşı sürekli şiddet uygulamaktadır. Mağdur kadın, sanık kocaya bir başka adama ilgi duyduğunu ve onunla birlikte olduğunu söylediğinde ise sanık, bıçakla ölümcül olacak şekilde kadını yaralamıştır." Cassazione, 03.01.2020, n. 4373.

<sup>78</sup> Fischer, s. 1514.



aşağılayıcı şekilde ağır hakaret sayılmaktadır. Kendisini aşağılanmış ve değersizleştirilmiş hissedenden sanığın psikolojisinde hatırı sayılır bir öfke uyandıran hukuka aykırılığa itibar edilmektedir. Maktulün beyanı, özellikle sanığın cinsel performansı ile ilgili olarak ciddi bir hakaret oluşturmaktadır.<sup>79</sup>

### B. Davranışın Haksızlığının Kanıtlanamaması

Haksız tahrike neden olduğu ileri sürülen haksız fiilin gerçekleştiği ispat edilmelidir. Özellikle tanık bulunmayan vakıalarda failin, tahrik edildiğine dair savunmasında haksız fiil kurgusu yaptığı, delilleri uydurduğu görülebilmektedir. Kadının kendisine yönelik haksız fiilini ileri süren failin bu iddiası çoğu zaman kanıtlanamasa da – hatalı olarak - şüpheden sanık yararlanır ilkesi doğrultusunda haksız fiilin varlığı dikkate alınabilmektedir.

Tahrike neden olan davranışın, failin beyanı dışında bir başka delille desteklenmediği bir vakıada Yargıtay, “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi gereğince haksız tahrikin mevcut olduğuna karar vermektedir. Karara konu edilen olayda sanık, 23.00 sıralarında eve gelmiş, zile basmış ancak uyuyan eşi 30-40 dakika sonra kapıyı açmıştır. Mahkeme’ye göre “*Her ne kadar eş uyuyakaldığı için zil sesini duymadığını beyan etmiş ise de sanık ile eş arasında geçimsizlik bulunmaktadır. Bu nedenle eşin, sanığı isteyerek kapıda bekletme ihtimali bulunmakta ve sanık lehine yorumla haksız tahrik indirimi yapılmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.*”<sup>80</sup> Kararda görüldüğü üzere varsayıma dayalı olarak hareket edilmiş ve belirsizlik sanık lehine yorumlanarak, haksız tahrik indirimi uygulanmıştır.

Uygulamada, kocanın, eşine yönelik genellikle sadakatsizlik suçlaması bulunmaktadır.<sup>81</sup> Bu durumda yargılama makamı, koca tarafından verilen ifadeyi eleştirel bir şekilde incelemeli, somut delillerle desteklenmeyen ifadeyi

<sup>79</sup> Karara konu edilen olayda Mahkeme, kendisinden 17 yaş küçük olan kadının kocasına yönelik olarak, seni artık gördüğüm için gözlerim acıyor, aşırı derecede beni rahatsız ediyorsun, artık erkek bile değilsin çok yaşlandın, yatakta senden daha iyi bir erkek buldum, şimdi yine geliyor ifadesini, kadının uzun süre gülümsemesi ve daha sonra şiddetli şekilde kahkaha atmasını, kocanın cinsel performansının yetersiz olduğunu söylemesini, ağır hakaret kabul ederek haksız tahrik indirimini uygun görmektedir. BGH, 22.04.2004 - 4 StR 48/04.

<sup>80</sup> Bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 01.10.2013 tarih, 2012/28544 Esas, 2013/33263 Karar.

<sup>81</sup> Erkek fail, savunmasını ikna edici kılmak için sadakatsizlik, hakaret gibi klişeler kullansa da bunlar genellikle somut olayla ilgisiz olup gerçeklere dayanan bir temeli bulunmamaktadır. Erkek failin biyolojik ve kültürel temelli savunması, toplumsal cinsiyet klişelerinin tezahürleri olarak görülmelidir. Toplumsal cinsiyet klişeleştirmesi, ceza adaleti sisteminin toplumsal cinsiyet tarafsızlığı hedefini bastırır. Bu nedenle kadının kendisine yönelik davranışının haksız fiil olduğuna dair erkeğin beyanı, varsayıma değil somut delile dayalı olmalıdır.

koca lehine değerlendirmemelidir.<sup>82</sup> Mağdur kadının haksız fiilinin mevcut olduğuna dair sadece failin beyanının bulunduğu durumda, taraf beyanı yeterli görülmemeli mutlaka somut delil ile ispatlanmalıdır. Somut olayda sadece mağdurun söz ve davranışlarının dava dosyasına konulması ve akabinde elverişlilik denetimi yapılmadan ne surette haksız tahrike neden olduğunun inandırıcı gerekçelerle açıklanmadan tahrik indiriminin uygulanması, hukuka aykırı kabul edilmelidir. Tepki suçunun işlenmesinin öncesinde veya sırasında, haksız tahrike neden olduğu ileri sürülen mağdur davranışının ne olduğu denetime olanak sağlayacak şekilde açıklanmalıdır.

Ceza muhakemesi hukukunda kararın gerekçesinde sanık beyanlarına yer verilmesinde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamasına karşın beyanların değerlendirilerek gerekçenin oluşturulması beklenmektedir. Erkek lehine haksız tahrik indiriminin uygulandığı Yargıtay kararında ise tahrik indiriminden yararlanabilme çabası ve telaşıyla verilen sanık ifadesinin, haksız tahrikin gerekçesinde bire bir nasıl da yer aldığı; soyut beyanın bir değerlendirme yapılmaksızın olduğu gibi gerekçede kabul edildiği görülmektedir.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Fischer, s. 1515. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre tahrikin sebebi olarak iddia olunan kötü muamele veya ağır hakaretin somut olayda gerçekleştiğinin kanıtlanamaması, tepki veren lehine yorumlanmamalıdır. *"Sanık, aralarında hem ticari hem de duygusal ilişki olan mağdurun kendisi yerine başkalarını finansal olarak desteklenmesinden dolayı mağdura oldukça kızgın olup ayrılmışlardır. İlişkileri bitmesine karşın sanık, mağdurun, başka bir erkekle duygusal ilişki yaşadığından kıyvetli şekilde şüphelenmekteydi. Kadının evine gitti ve bağırarak başka bir erkekle ilişki yaşayıp yaşamadığını sordu. Mağdur kadının inkar etmesi üzerine sanık, mağdur kadını bıçaklamış ve öfkesini kontrol edemeyerek metal bir iple mağduru boğarak öldürmüştür."* Mahkeme'ye göre sanık, kasten öldürme suçunu, mağdurun kötü muamelesi dolayısıyla kapıldığı öfke nedeniyle işlediğini ifade etmiştir. Sanığın beyanına göre kendisini aldatıp aldatmadığını mağdura sorduğunda, mağdur bağırarak inkar etmiş, duyduğu soruya sinirlenerek olayda kullanılan bıçağı sanığa savurmuş, sanık da bu bıçağı mağdur kadının elinden alarak onu öldürmüştür. Somut olayda sanığın savunması, herhangi bir yara izinin bulunmaması ve sanığın önceki davranışları nedeniyle tutarlı görülmemiş, haksız tahrik altında kasten öldürme suçunu işlediği iddiası ispatlanamadığı için reddedilmiştir. BGH, 16.01.2019, 4 StR 580/18.

<sup>83</sup> Bkz. *"Maktulün kendisinden para istediğini, mali durumunun müsait olmaması nedeniyle eşine para veremeyeceğini ifade ettiğini, bunun üzerine maktulün sinirlenerek kendisine hitaben "sen erkek değilsin, orospuluk mu yapayım da para kazanayım dediğini", bunun üzerine yatak odasına gittiğini, uyumak üzere iken maktulün gelip üzerinde bulunan yorganı ve battaniyeyi kaldırıp kalk ulan orospu çocuğu, son akşam benimle birlikte olacak gücün bile kalmamış diye üzerine saldırdığını, yüzünü, kulaklarını tırmaladığını ve erkeksen erkekliğini göster, yoksa mahalleden sana da kendime de erkek çağıracağım dediğini, kendisine para vermemesi durumunda başka erkeklerle beraber olacağını söylemesi üzerine nasıl istiyorsan öyle yap diyerek tekrar yatak odasına döndüğünü, bir süre uyuduktan sonra maktulün bağırma sesiyle uyandığını, maktulün kendisine saldırdığını, erkekliğini göreceğim, yarın da bana para vereceksin dediğini, bunun üzerine maktulü korkutmak için dolaptan silahını aldığını, silahı masaya koyması üzerine maktulün beni bununla mı korkutacaksın, o silahı*

Somut olayda haksız tahrikin uygulanmasının hukuki denetimimin yapılabilmesi için haksız tahrikin neden uygulandığının, fiilin ne olduğunun, hiddet veya şiddetli eleme ne şekilde sebep olduğunun gerekçeli olarak açıklanması gerekir. Bu nedenle ilk derece mahkemesi, haksız fiilin tespitinde takdir yetkisini kullanırken fiilin niteliğini, elverişliliğini, faile etkisini değerlendirmek suretiyle adalet ve hakkaniyet ilkelerini gözetmelidir.

### C. Nedensellik Bağının Kurulamaması

Haksız tahrikin kurucu bir unsuru olarak, mağdurun haksız davranışı ile hiddet veya şiddetli elem olarak ifade edilen failin psikolojisi arasında ve failin psikolojisi ile de tepki suçu arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir.<sup>84</sup>

Haksız tahrikin, ceza sorumluluğunu etkileyen bir hal olarak kabulü için mağdurun haksız davranışı, fail tarafından gerçekleştirilen tepki suçunun doğrudan sebebi olmalı<sup>85</sup>, haksız fiil olmasaydı tepki suçu da işlenmeyecekti düşüncesi oluşmalıdır.<sup>86</sup> Bu nedenle haksız tahrikte, mağdurun haksız davranışı ile failin tepkisi arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.<sup>87</sup>

İtalyan Yargıtayı'na göre başkasının haksız davranışı ile öfke hali arasında, zayıf olmayan psikolojik nedensellik ilişkisi kurulabilmelidir.<sup>88</sup>

*senin kışına sokarım, erkeklik ne öğrenirsin diyerek hakaretlerine devam ettiğini, silahın şarjörünü çıkardığını, bu şekilde tartışmaya devam ederken maktulün korkması ve susması için silahı doğrulttuğunu, farkında olmadan tetiğe bastığını ve istemediği halde silahın patladığını ve maktulün başından vurulduğunu ifade eden sanığın kasten öldürme suçunu haksız tahrik altında işlediğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.”* Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26.03.2013 tarih, 2012/1-1573 Esas, 2013/104 Karar.

<sup>84</sup> Mantovani, s. 454.

<sup>85</sup> Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, 14. Baskı, Der Yayınevi, 2019, s. 616.

<sup>86</sup> Fischer, s. 1515.

<sup>87</sup> Özgenç, s. 469. Haksız fiile bağlı olarak hiddet veya elemin etkisi altındaki kişi, kendisine haksızlık yapıldığına inanmakta, içindeki duyguyu bastırmak amacıyla kendisini suç işlemeye motive etmektedir. (Berman/Farrell, s. 1104). Haksız tahrikte, haksız fiilden kaynaklanan saldırgan dürtüyü engelleyemeyen fail, suç işleyerek başkasının haksız davranışına tepki vermektedir. Bu kusursuz psikik nedensellik bağı, tahrik edilen öznenin bir başkasının haksız davranışını algılamış olduğunu ve bu bastırılmaz dürtüyü tetikleyen de tam olarak bu adaletsizlik algısı olduğunu göstermektedir. Aksi takdirde, tahrikin altında yatan adaletsizlik algısının yokluğunda, hafifletici nedenin uygulanma olasılığı kabul edilirse, genellikle orantısız tepki verme eğiliminde olan kişiler için daha hafif bir yaptırım uygulanmasının öntü açılmış olmaktadır. Fiandaca/Musco, s. 467.

<sup>88</sup> Bkz. “*On yılı aşkın süredir sanık birlikte yaşayan kadın, kendisini uzun süredir sistematik*

Aynı görüş doğrultusunda Federal Yüksek Mahkeme'ye göre hiddetin ceza hukukunun konusunu oluşturabilmesi için mutlaka mağdurdan kaynaklanan bir haksız davranışın bu heyecan haline sebep olması aranmaktadır.<sup>89</sup>

Haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan hiddet veya şiddetli eleme bağlı olarak failin iradesinin zayıflaması kabul edilmekle birlikte, bu zayıf iradenin failin davranışına etkisi incelenmelidir.<sup>90</sup> İrade zayıflığının, failin kendisini kontrol edebilme yeteneğinde önemli ölçüde kayıp olarak ortaya çıkması gerekir.<sup>91</sup> Bu

*olarak fiziksel ve manevi istismara maruz bırakan ve evinin geçimini sağlamak için kendisini fahişe olarak çalışmaya zorlayan sanıktan ayrılmaya karar vermiştir. Mağdur, eski kocasının yanında geçici olarak barınmaya başlamıştır. Sanık, mağdurun yaşadığı eve giderek, kapıyı açmaması halinde kapıyı kırmakla tehdit ettikten sonra, hem şiddet eylemleri yoluyla hem de mağdurun bunu yapmaması halinde yaşamı açısından ciddi sonuçlar doğuracağı tehdidinde bulunarak mağduru kendisiyle birlikte dönmeye ikna etmeye çalışmıştır. Mağdurun kesin karşı çıkışının ardından sanık, oradan ayrılır gibi yaparak ve gerçekte, kendisinin mali olarak gördüğü mağdur kadının reddetmesine tahammül edemeyerek, mağdurun yaşadığı eve hileli bir şekilde girmeye karar vermiştir. Binanın arka tarafındaki araba yolu kapısından tırmanarak avluya girmiş ve daireye girmek için en uygun anı beklerken kendisini engellemeye çalışan mağduru bıçaklayarak öldürmüştür.”* Mahkeme, mağdurun davranışıyla sanığın heyecanı arasında, psikolojik nedensellik bağının bulunmadığını gerekçe göstererek haksız tahrik iddiasını reddetmiştir. Cassazione, 26.04.2016, n. 17121.

<sup>89</sup> Bkz. “Sanık, kendisinden 21 yaş büyük olan mağdur ile tanışmış ve onunla romantik bir ilişkiye başlamıştır. Başlangıçta çok uyumlu bir ilişkinin ardından, duygusal zayıflığa bağlı olarak mağdur ihmal edilmiş hissetmiş, defalarca sanığa sitem etmiş ve her seferinde boynuna bir bıçak dayayarak intihar etmekle tehdit etmiştir. Mağdur, kendi canına kıyma niyetinde değildi, sadece sanığı baskı altına almaya çalışıyordu. Yaşanan hararetli bir tartışmanın ardından mağdur, sanığa ilk kez tokat atmış, sanık da buna tokat atarak ve onu dairesinden kovarak karşılık vermiştir. Sanık, annesiyle birlikte seyahate çıktığında sebepsiz yere kıskançlık duyan mağdur, sanığı “WhatsApp” mesajları aracılığıyla, ilişkilerinin bu durumda olmasından sanığı suçlayarak adeta “bombardımana” tutmuştur. Sanık büyük bir duygusal baskı altındaydı. Olay akşamı sanık ve mağdur, sanığın dairesindeydiler ve ilişkileri oldukça gergindi. Mağdur, sanığın akıllı telefon aracılığıyla başkalarıyla sosyalleştiği izlenimini edinmiş ve kıskançlığı daha da artmıştır. Mağdur, ani bir şekilde ve tek kelime etmeden sanığın yüzüne sert bir tokat atmış, onu tekmelemeye çalışmıştır ve sanık da mağdura tokat atarak onu yine dairesinden kovmuştur. Sanık, başlangıçta mutfakta kalarak mağdurun evden gitmesini beklemiştir. Daireyi terk etmesi için defalarca yaptığı ricalara uymadığı için mağdura duyduğu öfke daha da artmıştır. Mutfaktaki plastik bir kutudan 32,5 cm uzunluğunda bir mutfak bıçağı almış ve öfkeyle dairesinden gitmeyen mağdura saplayarak onu öldürmüştür.” Mahkeme, mağdurun, sanığa karşı daha önceki davranışlarının, olay anında öfkenin oluşmasında değerlendirilemeyeceğini ve olay akşamı mağdurun sanığa tokat atması ile de sanığın mağdura tepki vermesi arasında nedensellik bağının kurulamayacağını, çünkü karşılığında zaten mağdura kendisinin tokat vurduğunu; mağdurun öldürülmesinin nedeninin, sanığın kendi ruhsal zayıflığından kaynaklanan içgüdüsel öfke hali olduğunu ve dolayısıyla tahrik hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığına karar vermiştir. BGH, 19.09.2017 - 1 StR 436/17.

<sup>90</sup> Mantovani, s. 454.

<sup>91</sup> Delpino/Pezzano, s. 296.

nedenle mağdur davranışının haksız olmasının yanında hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek elverişliliğinin de mevcut olması gerekir.<sup>92</sup>

Hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek nitelikte olmayan, bu bakımdan nedensellik değeri taşımayan hukuka aykırı davranış da bir kimseyi öfkelenendirilebilir. Bu halde failin psikolojik durumunun nedenini, mağdurdan kaynaklanan ve elverişliliği bulunmayan haksız fiilde değil, failin karakterinde aramak daha doğru olur.<sup>93</sup> Bu gibi hallerde, tepki suçuna neden olduğu iddia olunan haksız davranış, hiddet ve şiddetli elemin nedeni olmayıp öfkeli, esasen saldırgan karakterli failin bu özelliğinin dışı vurumu olarak

<sup>92</sup> Helmut Schneider, s. 455. İtalyan Yargıtayı'na göre kurum için "tahrik" kavramının kullanılmasının özel bir anlamı vardır; haksız tahrikte fail kışkırtılmaktadır. Bu kışkırtmanın da faili harekete geçirebilecek düzeyi, yoğunluğu ve niteliği olmalıdır. Mahkeme'ye göre haksız tahrikin subjektif bir unsuru olan öfke durumu, normal engellemelerle kontrol altına alınmayan saldırgan dürtüler üreten bir duyguyla ya da kontrolü kaybetmeye neden olacak bir duygusal çalkantıyla bütünüleşir. Bu nedenle, genel bir duygu olan öfkeye neden olabilecek sıradan kışkırtma hali, failin kontrolünü kaybetmesinin kaynağı olamayacağından, haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır. (Cassazione, 16.01.2019, n. 1946/19). Alman hukukunda failin haksız tahrik hükümlerinden yararlanabilmesinin zorlaştırılmasına dair bir anlayış bulunmaktadır. Bu durum hem mevzuatta hem de yargı kararlarında yer almaktadır. Alman Ceza Kanunu'nda kasten öldürmenin basit halinin düzenlendiği 213'üncü maddede, her haksız fiilin tahrik indirimine neden olmayabileceği, ağır hakaret gibi failin kontrolünü kaybetmesine neden olabilecek davranışların ceza sorumluluğu açısından belirleyici olduğu açıkça düzenlenmiştir. (Lackner/Kühl, s. 1173). Yargı kararlarında da kötü muamele ve ağır hakaretin elverişliliği bakımından, "bardağı taşıran son damla" seviyesine ulaşması aranmaktadır. (Eser, s. 70). Federal Yüksek Mahkeme'ye göre her kötü muamele ya da hakaret tahrik nedeni olarak kabul edilmemeli, davranış tahrik etmeye elverişli olmalıdır. Karara konu edilen olayda; *"Uzunca bir süre tartışmaların süregeldiği evlilik birliği içinde, çiftler arasında tartışmaların çoğaldığı bir anda, kadın kocasına tekme atar ve boynunu tutarak onu çekmeye çalışır. Atmış olduğu tekmeden dolayı kadının birkaç ayak parmağı kırılır. O güne kadar yaşanan benzer durumlarda, karısını iterek bu müdahaleleri kolayca savuşturur koca, olay günü bunu deneme gereği duymaz, karısının boynunu kırarak onu öldürür."* Mahkeme'ye göre mağdur davranışının basitliği, insan yaşamının yok edilmesini de aynı hafiflikte değerlendirmeye ve öldürme suçuyla korunan hukuki menfaatin yüksek önceliğinin ötelenmesine neden olmamalıdır. Bu nedenle kasten öldürme suçunun, kötü muameleyle karşı "anlaşılabilir bir tepki" olduğunun kanıtlanması gerektiğinden, failin fiziksel veya zihinsel bütünlüğünde meydana gelen küçük müdahaleler, genellikle, kötü muamele kapsamında olmayıp mazur görülmemektedir. (BGH. 26.02.2015 - 1 StR 574/14). Bir başka kararda Mahkeme, sürekli alkol kullandığını ve iş konusunda beceriksiz olduğunu söyleyen kız arkadaşın bıçaklanarak öldürülmesi vakasında, kötü muamele veya ağır hakaretin elverişliliği bulunmadığından bahisle, tahrikin uygulanmamasına karar vermiştir. BGH, 21.12.2020 - 1 StR 445/20.

<sup>93</sup> Mantovani, s. 454. Haksız tahrik altında failin cezasının azaltılmasının nedeni, mağdurdan da tepki suçunda müşterek sorumluluğunun mevcut olmasıdır. Bu nedenle hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek haksız fiilin elverişliliği açısından katı bir anlayışın bulunması ve mağdurdan gerçek anlamda bir provokatör olarak adlandırılması gerekir. Berman/Farrell, s. 1100-1101.

kabul edilmelidir.<sup>94</sup>

İtalyan Yargıtayı'na göre öfke hali, zaman içinde de sürebilen, kontrol edilemeyen saldırgan dürtülerin ortaya çıkmasıyla karakterize edilen duygusal bir değişikliktir. Bu duygusal değişim hissi, kin veya nefrete dönüşse bile her halükarda tepkiye neden olan olayla bağlantılı kalmalıdır.<sup>95</sup> Mahkeme'ye göre mağdurun haksız fiilinin, failde ruhsal dalgalanmaya sebep olup olmadığının anlaşılabilmesi için tepkinin gösterildiği andaki failin subjektif durumu dikkatle incelenmelidir. Bu nedenle her somut olayda, olayın özelliği, fiilin işleniş biçimi, fail ve mağdurun olaydaki konumları, hal ve hareketleri dikkate alınmalıdır.<sup>96</sup> Failin genel olarak ruhsal durumunun, vermiş olduğu tepkinin esas nedeni olup olmadığını anlamak için de failin kişiliği ve yaşam döngüsü, fail ile mağdur arasındaki özel ilişki de incelenmelidir.<sup>97</sup>

İtalyan Yargıtayı'na göre tahrikten ziyade hırs, bencillik, tahakküm gibi nedenlerle işlenen suçlarda, erkek fail lehine mazeret nedeni olabilecek kararların verilmesinden kaçınılmalıdır. Kadının hukuka uygun davranışı, özgürlüğünün bir parçası olarak kabul edilmeli ve evli dahi olsa koca lehine haksız tahrik olarak değerlendirilmemelidir.<sup>98</sup> Özellikle boşanma isteğini

<sup>94</sup> Bernsmann, s. 160. Haksız tahrikte failin karakteri, kişisel özellikleri ayrı tutulmak suretiyle haksız fiilin olağandışılığından dolayı fail suç işlemektedir. (Delpino/Pezzano, s. 296). Ortalama bir insanın hiddet veya şiddetli elem duymasına neden olmayabilecek davranışlar, failin kişisel birtakım özel durumlarından dolayı hiddet veya elem duymasına neden olabilir. Fail, ruhsal yapısı gereği aşırı duygusal, alıngan veya sinirli olabilmektedir. Bu halde failin vermiş olduğu tepki de hiddet veya şiddetli elemden dolayı değil failin ruhsal durumundan kaynaklanmaktadır. Zeynel T. Kangal, "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", *EÜHFD* 14 (3-4) 2010, s. 46.

<sup>95</sup> Bkz. Cassazione, 14.04.2015, n. 24391.

<sup>96</sup> Bkz. Cassazione, 29.05.2018, n. 26057.

<sup>97</sup> Schmidt, s. 18.

<sup>98</sup> Bkz. "Sanık koca Caio ile mağdur karısı arasında, evliliğin ilk yıllarında herhangi bir şiddet bulunmamaktadır. Ancak ilerleyen zamanlarda sanık, karısının iş ve sosyal hayatını aşırı şekilde kısıtlamaya çalışmış ve buna karşı gelen karısına karşı yoğun fiziksel şiddet uygulamıştır. Mağdur kadına duyduğu kıskançlık dolayısıyla öfkelenen koca, sahip olmanın heyecanını, kaybetmenin korkusunu bir arada yaşamaya dayanamayarak mağduru öldürmüştür." Mahkeme'ye göre kıskançlık dolayısıyla suç işlenmesi, saldırgan davranışını kesinlikle haklı göstermemeli ve dolayısıyla ceza hukuku araçlarının şiddetin meşrulaştırılmasında kullanılmasına izin verilmemelidir. (Cassazione, 21.02.2023, n. 22374). Aynı görüş doğrultusunda Federal Yüksek Mahkeme'ye göre somut olayda gerçekten öfke, üzüntü bulunmasıyla birlikte fail, öç alma, nefret duyma ya da duygusal çöküntü nedeniyle de hareket ederek tepki suçunu işlemiş olabilmektedir. Karara konu edilen olayda, "74 yaşındaki sanık, kendisinden oldukça genç olan bir kadınla evlidir. Evlenmelerinden kısa bir süre sonra genç kadın ayrılma niyetinin kocasına bildirir. Sebepini soran kocaya yaşlı olmasını gerekçe gösterir. Duygu-

kocasına açıkladıktan sonraki süreçte kadının öldürüldüğü vakialarda sanık, yoğun şekilde haksız tahrikin etkisi altında suçu işlediğine dair savunma yapmaktadır. Ayrılık veya boşanma sürecinde bu durumu kabullenemeyen erkeğin partnerine karşı suç işlemesi kötü muamele ya da ağır hakaret olarak kabul edilmemektedir.<sup>99</sup> Aynı görüş doğrultusunda Federal Yüksek Mahkeme'ye göre ayrılma sürecinde bu durumu kabullenemeyen kocanın suç işlemesinde, haksız tahrikin mevcut olup olmadığının çok iyi incelenmesi gerekir. Ayrılık sürecinde zihni bulanık olan çoğunlukla erkek fail olup kadına karşı genellikle bilinçli bir iradeyle suç işlemektedir. Kıskançlık, hayal kırıklığı, büyük çaresizlik, narsistik ve aynı zamanda duygusal olarak sözde yıkım olarak değerlendirilen kaybetme korkusu, genellikle haksız tahrik savunmasıyla gizlenmeye çalışılmaktadır.<sup>100</sup>

*sal çöküntü yaşayan koca, bu durumun ruhsal ağırlığını kaldıramaz ve ayrılma niyetini her fırsatta ifade eden karısını öldürmeye karar verir. Kararını uygulamak için ortak konutlarının kiler merdivenlerinde karısına saldırır ve başına bir cisimle vurarak düşmesine ve merdivenlerden yuvarlanmasına neden olur. Sanık daha sonra yaklaşık 2,8 kilogram ağırlığında bir yangın söndürme tüpü alır ve yerde yatan karısının kafasına öldürmek amacıyla en az beş kere vurur. Bu çoklu ve büyük şiddetli darbeler sonucunda karısı ölür.”* Mahkeme'ye göre kasten öldürme suçunun işlenmesine neden olan haksız fiilin mevcut ruhsal duruma ilave olarak bardağı taşıran son damla olup olmadığının anlaşılması gerekir. Haksız davranış mevcut ruhsal duruma neden olabilecek failin diğer duygularının içinde kaybolmamalı, diğer tüm sebeplerin önünde, mağdura tepki verilmesinde öne geçen bir rolü bulunmalıdır. Aksi halde kasten öldürmenin hafifletici unsuru olarak dikkate alınmamalıdır. Somut olayda da mağdurun doğrudan neden olmadığı sanığın ruhsal durumundan kaynaklanan bir öldürme vakıası söz konusu olup, ceza sorumluluğu azaltılmamalıdır. BGH, 10.01.2018 - 2 StR 150/15.

<sup>99</sup> Fischer, s. 1514.

<sup>100</sup> Bkz. “Maktul kadın, kocasıyla yaşadığı şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanma kararı almış ve müşterek kızlarını yanına alarak evini ayırmıştır. Kocası bu durumu kabullenmemiş, her fırsatta karısının karşısına çıkarak onu yoğun şekilde rahatsız etmiştir. Karısı, boşanma kararı verilene kadar yanına yaklaşmamasını kocasına söylemiş ve kocası da bu durumu kabul etmesine rağmen yine gizlice karısının yaşadığı evin karşısında onu takip etmeye devam etmiştir. Maktul ve müşterek kızlarının yaşadığı eve, maktulün iş arkadaşı yemeğe gitmiş ve o gece orada kalmıştır. Ertesi gün sanık, yanına bıçak alarak eşinin evden ayrılıp arabasına binmesini beklemiş, maktul arabaya binince sanık da aniden aynı arabaya binmiş ve aralarında yine tartışma yaşanmıştır. Sanığın tekrar karşısına çıkmasına sinirlenen maktul sanığa bağırmıştır. Mağdur kadının, hayatımdan çık git, sen beni hak etmiyorsun! Dün yanımda gördüğün iş arkadaşım senden bin kat daha iyi, demesi üzerine sanık önce maktulü defalarca yumruklamış, daha sonra da bıçaklayarak öldürmüştür.” Mahkeme'ye göre sanığın, eşinin kendisiyle görüşme yasağını dikkate almayarak onu tekrar ziyaret etmesi ve böylece durumun ağırlaşmasına katkıda bulunması nedeniyle sanık kusurludur. Sanık, karısının söylediği şeylerden dolayı tahrike kapılarak onu öldürmedi, aksine yanına bıçak alarak en başından olası bir yüzleşmeye hazırды, konuşma istediği gibi gitmezse onu öldürmek için kararlıydı. Bu durumda, haksız davranış ile öldürme eylemi arasındaki gerekli “motivasyonel psikolojik bağlantı” eksiktir. Maktulün, sanığın yarattığı ve zorlamaya çalıştığı bu duruma kızması, sanığa bağırması, hakaret etmesi büyük ölçüde sanığın insafsız davranışından kaynaklan-

5237 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesinde, haksız fiilin hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek elverişlilikte olması açıkça düzenlenmemiştir. Maddenin gerekçesinde ise haksız fiilin, hiddet veya şiddetli elemin nedeni olarak kabul edilebilecek elverişlilikte olması gerektiği, fail üzerinde böyle bir etkisi olmayan haksız fiiller bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Gerekçe doğru yorumlandığında görülmektedir ki hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek ağırlıkta haksız fiil mevcut olmasına karşın faildeki etkisine göre haksız tahrik indirim miktarı değişebilmektedir. Failde etkisi olmayacak düzeyde haksız fiilin varlığı halinde ise haksız tahrik yargılama makamı tarafından dikkate alınmayacaktır. Uygulamada ise elverişli olmayan haksız fiil hallerinde dahi haksız tahrik indirimi yapılmaktadır. Bu durum kanuni düzenleme ve gerekçe ile örtüşmemektedir.

### D. Failin Psikolojisinin Belirlenememesi

Haksız tahrikin suçu değil kusurluluğu etkilemesi, failin ve psikolojisinin odağa alınmasını gerektirdiğinden<sup>101</sup>, failin tepkisinin maddi olarak mevcut olması yeterli olmamakta tepkinin mutlaka hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında verilmesi gerekmektedir.<sup>102</sup>

Her haksız fiilde kişide hiddet veya şiddetli elem duygusunun oluşacağına dair bir kabul bulunmamaktadır. Haksız fiile bakılarak failin psikolojik değerlendirmesi yapılmamalıdır.<sup>103</sup> Her bireyin ruhsal durumu birbirinden farklılık gösterebileceği için failin psikolojisinin her somut olayda ayrıca

---

maktadır ve anlaşılır bir durum teşkil etmektedir. Bu nedenle maktulün davranışı, sanığın kusuru olmaksızın gerçekleşmiş olabilecek bir tahrik gibi görünmemektedir. Bu nedenle sanığın suçu, tahrikin etkisi altında işlediği kabul edilemez. BGH, 3 StR 425/11 – 01.03.2012.

<sup>101</sup> Lackner/Kühl, s. 1174. Haksız tahrikten dolayı failin psikolojisinin etkilenmesi, doğal insani bir özellik olup Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenleme de bu özellik kapsamında şekillendirilmiştir. (Dönmez, s. 272). Haksız tahrikin düzenlendiği 29'uncu maddenin gerekçesinde yer aldığı üzere hiddet ve şiddetli elemin neden olduğu psikolojik halin failde etkisi dikkate alınmak suretiyle düzenleme yapılmıştır. Düzenlemede, haksız fiilin failde neden olabileceği psikolojik haller özellikle vurgulanmaktadır. Bu hallerin vurgulanmasının ana nedeni, haksız tahrikin neden mazeret nedeni olduğunu ayrıntılı şekilde izah etme gayretidir.

<sup>102</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 415. Haksız tahrikte psikolojik unsurun (heyecan) ceza normunda ifade ediliş biçimi ülkeler arasında farklılık gösterebilmektedir. Türk hukukunda, hiddet veya şiddetli elem; İngiliz hukukunda kızgınlık (Coroners and Justice Act md. 54); İtalyan hukukunda hiddet (İtalyan Ceza Kanunu md. 62); Alman hukukunda ise öfke (Alman Ceza Kanunu md. 213) halinde haksız tahrik indirimi uygulanabilmektedir.

<sup>103</sup> Schmidt, s. 18.



incelenmesi gerekir.<sup>104</sup>

Yargı kararlarında genel olarak failin psikolojisinden ziyade haksız tahrike neden olan mağdurun hareketinin haksızlığına itibar edilmekte olup hiddet veya şiddetli elem koşulu ise sadece öğreti bazında değerlendirilmekte, olay açısından mevcut olup olmadığı incelenmemektedir. Oysa haksız fiilin varlığı, hiddet veya şiddetli elemin de olduğu yönünde karine teşkil etmemeli, hiddet veya şiddetli elemin somut olayda mevcut olduğu ayrıca kanıtlanmalıdır.<sup>105</sup>

Mağdur davranışının failde hiddet veya şiddetli eleme neden olup olmadığının nasıl belirleneceği önemlidir. Hiddet veya şiddetli elemin failin iradesini etkileyebilecek yoğunlukta olup olmadığının değerlendirilmesinde makul, ortalama bir insanın verebileceği tepki ölçütü olarak dikkate alınmalıdır.<sup>106</sup> Failin sosyal çevresi, tahammül sınırı, ruhsal yapısının özellikleri olabilecek alingan, soğukkanlı, aşırı sinirli, sakin, saldırgan, kolay heyecanlanabilen psikolojik yapısı gibi hususların tepkinin ölçülmesinde dikkate alınması yerinde olmamaktadır.<sup>107</sup>

Hiddet veya şiddetli elemin objektif olarak değerlendirebilmesi amacıyla İngiliz hukukunda “makul davranış testi” uygulanmaktadır. Şöyle ki fail ile yaşı ve cinsiyeti benzer, ortalama hoşgörü ve kendisini kontrol edebilme yetisi olan bir başka kişi dahi failin içinde bulunduğu hal ve şartlarda kendisinden beklenen hoşgörü ve kontrol yetisini kullanamayıp tepki gösterdiğinde haksız tahrikin mevcut olduğu kabul edilebilmektedir.<sup>108</sup> İtalyan hukukunda ise somut olayda failin kusurlu olup olmadığının değerlendirilmesinde, davranışlarını ne ölçüde kontrol edebildiği, başka türlü hareket edebilme imkanının olup

<sup>104</sup> Merli, s. 26.

<sup>105</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 596. Hiddet veya şiddetli elem durumunun değerlendirilmesine katkısı olacak failin psikolojik durumuna ilişkin varsa tanık beyanları, psikolojik durumu gösterir rapor, faildeki fiziksel bulgular gibi deliller de toplamalıdır. Epözdemir, s. 229.

<sup>106</sup> Dönmezer/Erman, s. 616. Gökcan/Artuç, s. 836. Schmidt, s. 19. Hakeri, s. 401. Koca/Üzülmez, s. 364. Helmut Schneider, s. 456.

<sup>107</sup> Akbulut, s. 533.

<sup>108</sup> Berman/Farrell, s. 1051. Makul davranış testinde bir kişinin öfkeli olmayı seçip seçmemesi, ilgili koşullar altında sıradan veya makul bir kişinin öfkeli olup olmayacağına göre belirlenir. Sıradan bir insan öfkelenmiş olsaydı, yani makul bir provokasyon varsa o zaman fail öfkeden sorumlu değilmiş gibi davranılır ve cezası azaltılır. Fakat eğer sıradan bir insan öfkelenmeseydi, o zaman failin gönüllü olarak öfkelendiği kabul edilir ve ceza sorumluluğu etkilenmez. Rosenberg, s. 302.

olmadığına bakılmaktadır. Kusur değerlendirmesinde “ortalama davranış kabiliyeti” ölçütü dikkate alınmaktadır. Failin yerine bir başka kişi konularak, bu başka kişinin somut olayda davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olup olmayacağı ve ne ölçüde sahip olacağı değerlendirilerek failin kusuru somut olay açısından belirlenebilmektedir.<sup>109</sup>

Makul, ortalama bir insanda oluşabilecek hiddet ya da şiddetli elemin elverişliliğinin belirlenmesinde, mağdurun haksız davranışının niteliği ve ağırlığı dikkate alınmalıdır.<sup>110</sup> Mağdurun haksız davranışının, failin kontrol kaybı yaşamasında kuvvetli bir etki alanı bulunmaktadır; bu nedenle haksız fiil ile failin psikolojisi birlikte incelenmelidir. Mağdurun haksız davranışı dikkate alınmaksızın hiddet ya da şiddetli elemin yoğunluğunun belirlenmeye çalışılması halinde, fail özelinde bir yargıya varılmış olur ki bu halde hatalı şekilde failin kişisel özellikleri değerlendirilmeye dahil edilmiş olmaktadır.<sup>111</sup>

#### IV. HAKSIZ TAHİRİKİN GENEL HÜKÜM OLMASININ EŞİTSİZLİK ALGISINA ETKİSİ

5237 sayılı Kanun’un genel hükümler kısmında 29’uncu maddede düzenlenen haksız tahrik kurumu, genel bir hüküm olup koşullar olduğu takdirde sınırlama yapılmaksızın tüm suçlar bakımından uygulanabilmektedir.<sup>112</sup>

<sup>109</sup> Mantovani, s. 454.

<sup>110</sup> Eser, s. 69.

<sup>111</sup> Helmut Schneider, s. 458. Failin sadece ruhsal yapısından kaynaklı bir haksız tahrik değerlendirmesi son derece sakıncalıdır. Ceza hukuku failin ruhsal yapısını mazur görmemekte, haksız fiilin etkisiyle oluşan hiddet veya şiddetli eleme önem atfetmektedir. Bu nedenle hiddet veya şiddetli elemin tespitinde, failden ziyade haksız fiil özelinde bir değerlendirmenin daha makul olabileceği kabul edilmelidir. Berman/Farrell, s. 1050.

<sup>112</sup> Haksız tahrike dair karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler tek düze olmayıp her ülkenin farklı bir anlayışı kabul ettiği görülmektedir. Bazı ülke ceza kanunlarında haksız tahrik, ceza sorumluluğunu azaltan genel bir neden olarak düzenlenmesinin yanında ayrıca bazı suç tiplerinde de özel olarak düzenlenmiştir. Bazılarında ise genel hüküm olarak düzenlenmemiş sadece belli suç tipleri açısından dikkate alınmıştır. Haksız tahrik, İtalyan Ceza Kanunu’nun genel hafifletici haller başlığı altında 62’nci maddenin 2’nci fıkrasında yer almaktadır. Haksız tahrike dair genel düzenlemenin yanında 599’uncu maddede şerefe karşı suçlarda da haksız tahrik cezasızlık nedeni olarak düzenlenmiştir. Avusturya Ceza Kanunu’nun 34’ncü maddesinin 8’inci fıkrasına göre mazur görülebilir şiddetli bir ruhsal karışıklığa bağlı olarak suça sürüklenen failin cezası indirilmektedir. Kanun’un 76’ncı (kasten öldürme) ve 115’inci maddelerinde (sövme, tehdit veya kötü davranmak), failin kabul edilebilir etkili bir psikolojik karmaşanın etkisiyle suç işlemesi halinde ceza sorumluluğu azaltılmaktadır. İsviçre Ceza Kanunu’nun genel hükümler kısmında, haksız fiilin neden olduğu heyecan ya da ruhsal bunalım hali ceza sorumluluğu azaltılmaktadır. Kanun’un 48’nci (hakaret) ve 113’üncü (kasten öldürme) maddelerine göre haksız fiilin, heyecana neden olması, failin öfkelenmesi ve ke-dere sürüklenmesi, kendisini derinden etkileyen bu iki durumun sonucunda da ani tepki ver-

Kadına karşı işlenen kasten öldürme suçundaki artış nedeniyle ceza hukukunun caydırıcı etkisinin gösterilebilmesi için 12.05.2022 tarihli 7406 sayılı Kanun'la birlikte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 82'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (f) bendinde, kasten öldürme suçunun kadına karşı işlenmesi hali nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. İlgili yasal düzenlemeyle aynı doğrultuda olacak şekilde, ceza kanununda kadın lehine pozitif ayrımcılığın yapılması ve kadına karşı işlenen suçlardan özellikle nitelikli öldürme suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmamasına yönelik bir cezalandırma politikası kabul edilebilmeli şeklinde bir beklenti oluşmaya başlamaktadır.

Haksız tahrikin genel hükümlerde yer almasının sonucu olarak kadına karşı işlenen suçlarda kurumun ceza adaletinin sağlanmasına hizmet etmediği, tahrik kurumunun tatminkar uygulanmamasının sonucu olarak her faile ve her suç tipine uygulanabilecek genel bir düzenleme olmaktan çıkartılması gerektiği savunulmaktadır.<sup>113</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 82'nci maddesinin gerekçesinde ve yargı kararlarında töre veya kan gütmeye saikiyle kasten öldürme suçunun işlenmesi halinde haksız tahrikin uygulanmayacağı ifade edilmektedir.<sup>114</sup> Bu durum bir cezalandırma politikası olarak değerlendirilse de töre ve kan gütmeye saikinde haksız tahrikin reddinin ana sebebi bu kavramların unsurlarının somut olayda örtüşmeyecek olmasından ileri gelmektedir. Hukuk kurallarının düzenlemediği davranışların haksız tahrike neden olmayacağı düşüncesi ile kan gütmeye ve töre saikinde hiddet veya şiddetli elemin bulunmaması düşüncesi makul hukuki gerekçeler olarak değerlendirilebilmektedir. Kan gütmeye ve töre saiki örnek gösterilmek suretiyle kadına karşı işlenen kasten öldürme suçunda yer alan diğer nitelikli hallerde de haksız tahrikin uygulanmamasına

---

mesi halinde ceza sorumluluğu azaltılmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nda haksız tahrike dair genel hükümlerde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Haksız tahrik, özel hükümlerde basit öldürme ve hakaret suçunda dikkate alınmaktadır. İngiliz hukukunda, ceza hukuku genel hükümler ile ceza muhakemesi hukukuna dair 2009 yılında "Coroners and Justice Bill" kabul edilmiştir. Coroners and Justice Act ile birlikte haksız tahrik kurumu için azaltılmış sorumluluk hali kavramı kullanılmaktadır. Kanun'un 54'üncü maddesine göre "kontrol kaybı" tahrik anlamında kullanılmıştır. İngiliz hukukunda "kontrol kaybı" sadece kasten öldürme suçunda savunma aracı olarak kabul edilmekte, diğer suçlarda ise tahrik, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilmektedir.

<sup>113</sup>Meraklı, s. 416.

<sup>114</sup>Töre saikinde haksız tahrikin uygulanmayacağına dair karar için bkz. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.05.2010 tarih, 2010/1-56 Esas, 2011/11 Karar). Kan gütmeye saikinde haksız tahrikin uygulanmayacağına dair karar için bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2007/180 Esas, 2007/6618 Karar.

dair beklentinin oluşmasının temel sebebi ise özellikle haksız davranışın belirlenmesi konusunda hata yapılması veya hata yapılmamasına karşın gerekçenin tatmin edici olmamasıdır.

Cezalandırma politikası olarak kabul edilebilmekle birlikte haksız tahrikin genel hükümler yerine sadece özel hükümlerde düzenlenmesi, kurumun hukuki ve psikolojik esasıyla bağdaşmamaktadır. Psikolojik açıdan haksız tahrikin etkisi altında failin, herhangi bir suçu işleyebilmesi olağan karşılanmalı ve sınırlandırma yoluna gidilmemelidir. Failin subjektif halinin ön plana çıkartılarak cezalandırmanın tercih edildiği bir sistemde, belli suçlar yönünden bu subjektif halin dikkate alınması diğer suçlar açısından alınmaması hukuki açıdan da izah edilememektedir.

Haksız tahrikin uygulanması noktasında, fail ve mağdur arasındaki münasebet kanun koyucu tarafından dikkate alınmadığından sadece kadınların ön plana çıkartılması yerinde değildir. Tahrike neden olabilecek haksız fiil kadın partner veya diğer aile fertleri tarafından da gerçekleştirilebilmektedir. Bu haliyle haksız davranışın sonucunda failin, hiddet veya şiddetli elem duyacağı kişiler konusunda psikolojik olarak kendisini sınırlandırılabilmesi rasyonel değildir.

Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümler kısmında düzenlenen haksız tahrik, sınırlandırma olmaksızın koşulları olduğu takdirde her suç için uygulanabilmektedir. Kanun koyucu haksız tahrik tahriki genel hükümler kısmında düzenleyerek failin psikolojisinin her suçta dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu açıdan bakıldığında genel norm niteliğinde olan haksız tahrik düzenlenmesinin, her somut vakıda ayrıca dikkate alınması normun amacına uygun olmaktadır.<sup>115</sup>

Haksız tahrikin belli suçlar açısından uygulanabilmesine yönelik bir sınırlandırma subjektif cezalandırma anlayışına da uygun düşmemektedir. Subjektif cezalandırma anlayışına kanun koyucunun iradesiyle sınırlandırma getirilmesi halinde, bu durum engizisyon dönemi cezalandırma anlayışını ortaya koyan sadece davranışa ve neticeye bakılan, kusurluluğu öteleyen anlayışın tekrar canlandırılması amacına hizmet etmektedir. Sınırlandırma yerine, her somut vakıanın özellikleri kendi içinde değerlendirilerek, haksız tahrikin koşullarının oluşup oluşmadığı dikkatlice belirlenmelidir.

---

<sup>115</sup> Dönmez, s. 273

## V. TEPKİNİN AŞIRILIĞININ EŞİTSİZLİK ALGISINA ETKİSİ

Haksız fiil ile tepki suçu arasında orantının gerekli olmasının, kadına karşı işlenen suçlarda haksız tahrik kurumunun suiistimal edilmesini önleyeceği ileri sürülmektedirler. Özellikle kadının yakılmasında, bileklerinin veya boğazının kesilmesi örneklerinde, failin vermiş olduğu tepkinin aşırılığı normal karşılanıyor gibi bir algı oluşmakta ve dolayısıyla mağduru kadın olan vakılarda bu orantısızlığın kabullenilmesi reddedilmektedir. Çözüm olarak da haksız davranış ile tepki suçu arasında açık orantısızlık halinde, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması önerilmektedir.<sup>116</sup>

Öğretilde, orantının varlığını haksız tahrikin unsuru olarak kabul eden görüşe göre haksız fiile karşı makul bir tepki kabul edilebilirken, tepki suçunun aşırılık içermesi halinde haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır.<sup>117</sup> Tahrik kurumunun düzenlendiği kanun metinlerinde orantılılık kavramına atıfta bulunulmamasına rağmen, orantılılık yine de tahrik kavramının doğasında var olarak düşünülmesi ve uygulamada dikkate alınmalıdır. Aksi takdirde, failin suç işleme dürtüsünü kontrol etmedeki temel yetersizliğinin sonucu olan tepkisi meşru kabul edilmektedir. Böyle bir durumda suçun faili, tam tersi bir durumu öngören hafifletici nedenlerin uygulanmasıyla tamamen uyumsuz olan daha büyük bir sosyal tehlikelilik gösterecektir.<sup>118</sup>

Haksız tahrikte failin ruhsal durumu ile haksız fiil arasındaki nedensellik bağı bir ölçüye kadar orantısızlığa izin verebilirken, açık ve ağır bir orantısızlık ise haksız tahrik kurumunda açıklanamamaktadır.<sup>119</sup> Bu durumda orantının gerekliliği, haksız fiil ile tepki suçu arasındaki nedensellik bağına dayandırabilmektedir.<sup>120</sup> Şöyle ki tepki suçu, haksız fiilden ileri geldiğine ve böyle bir durum etki-tepki açısından belli bir oranı gerektirdiğine göre

<sup>116</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 448.

<sup>117</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 416.

<sup>118</sup> Fiandaca/Musco, s. 467.

<sup>119</sup> Dönmezer/Erman, s. 620. Mantovani, s. 454. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 416. Hakeri, s. 401. İçel, s. 486. Fiandaca/Musco, s.467. Centel/Zafer/Çakmut, s. 448. Delpino/Pezzano, s. 297. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 598. Kazancı, s. 1337. Meraklı, s. 417.

<sup>120</sup> Mantovani, s. 454. Haksız tahrikte nedensellik bağı, haksız fiil ile tepki suçu arasındaki yalnızca neden sonuç ilişkisi şeklinde soyut olarak değerlendirilemez. Fiil ile tepki arasında uygun nedenselliği oluşturan bir bağ bulunmakta ve bu bağ orantılılığı da ortaya çıkartmaktadır. Somut olayda orantılılık bulunmadığında, uygun bağın da bulunmadığı kabul edilir. Böylece, failin psikolojisi ile tepki suçu arasındaki bağlantı da dışlanmış olmaktadır. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 598.

tepki suçu, daha ağır olduğunda tepkinin haksız fiilden kaynaklandığı kabul edilemez. Bu halde haksız fiil, orantısız tepkiye sadece bahane edilmiş olmaktadır.<sup>121</sup> Mağdurun haksız fiili ile tepki suçu arasında açık orantısızlık halinde nedensellik bağının dışlanması nedeni, tepki suçuna failin kişisel duygularının eklenmiş olmasının sonucunda bir duygu patlamasının gerçekleşmiş olmasıdır. Bu nedenle haksız fiil ile tepki suçu arasındaki makul orantı, bir yeterlilik ölçütü olarak, suçlunun ruh halini ve niyetini değerlendirmek için yararlı bir parametredir.<sup>122</sup>

Alman hukukunda tahrik indiriminin kötü muamele veya ağır hakaret kaynaklı olarak öldürme suçu için düzenlendiği göz önüne alındığında, haksız davranış ile tepki suçu arasında bir orantının aranması mümkün olmamaktadır. Ancak öğretilerde, haksız davranış ile tepki suçu arasında olmasa da failin psikolojisi ile işlenen suç arasında bir orantının olması gerektiği yönünde bir ön kabul bulunmaktadır. Buna göre haksız davranışın faille etkisi ile tepki arasında, failin tepki suçunu işlemesiyle birlikte dışa vurduğu duygusunun anlaşılabilirliği anlamında belirli bir orantı bulunmalıdır.<sup>123</sup>

Alman öğretisinde yer alan görüşe benzer şekilde Yargıtay haksız fiil ile verilen tepki arasında bir orantının varlığını aramasa da haksız fiilin etkisi ile tepki arasında bir dengenin gözetilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Haksız tahrikte tepki suçunun işlenmesinin amacı, failin duyduğu hiddet veya şiddetli elemi bastırmak yok etmek olduğuna göre hissedilen hiddet veya şiddetli elem ile verilen tepki de buna uygun olmalıdır. Hiddet veya şiddetli elemi bastırmak dışında farklı bir duyguyla tepki suçunun işlenmesi halinde ise haksız tahrik uygulanmamalıdır. Mağdurun haksız fiili karşısında, hiddet veya şiddetli

<sup>121</sup> İçel, s. 487. Açık bir orantısızlık halinde haksız tahrikin reddi, tahrik edilen tarafından işlenen fiil ile tahrik eden tarafından işlenen fiil arasında doğrudan türevsel bir ilişki bulunmamasıyla açıklanabilecektir. Çünkü birincinin tepkisinin aşırılığı, kendi içinde, tepkinin kaynağının, nedeninin gerçekte başka bir yerde bulunması gerektiğini göstermektedir. (Fiandaca/Musco, s. 467). Haksız tahrikte tepkinin orantılı olmasının gerekliliğini, suçla korunan hukuki yarara dayandıran görüş de bulunmaktadır. Şöyle ki mütevazı düzeyde zararlı bir davranış karşısında, hiyerarşik açıdan risk altında olandan çok daha üstün bir hukuki yararı feda ederek tepki veren bir kişi korunmamalıdır. Bu durum, tahrik edilen fail tarafından işlenen suçun ciddiyetinin, tahrik edenin maruz kaldığı suçun ciddiyetinin ötesine geçmediğinin somut olarak doğrulanmasının önemini ortaya koymaktadır. Mantovani, s. 454.

<sup>122</sup> Kazancı, s. 1337. Aşırı orantısızlığın hiddet veya şiddetli elemden kaynaklanmadığı, failin ruhsal durumunun eklenmesiyle oluşacağına dair öğretilerde yer alan görüş eleştirilmektedir. Tepkinin aşırı orantısız olması halinde dahi haksız tahrikin hemen reddi yerinde olmayıp, bu halde tahrik fiili ile hiddet veya şiddetli elem arasında bir nedensellik ilişkisi mi yoksa basit bir rastlantı mı söz konusu olduğu hususu dikkate alınmalıdır. Toroslu/Toroslu, s. 287.

<sup>123</sup> Lackner/Kühl, s. 1174. Fischer, s. 1515. Schmidt, s. 19.

eleme kapılan failin buna tepki vermesi kabul edilebilir olmasına karşın, tepki olsun diye örneğin cinsel saldırı suçunu işlemesi halinde, duyduğu hiddet veya şiddetli elem ile cinsel saldırı arasında orantı bulunmamaktadır.<sup>124</sup>

İtalyan Yargıtayı'na göre mağdurun haksız davranışı ile failin tepkisi arasında eşit bir orantı bulunması gerekli olmasa da tepki suçu, mağdurun haksız davranışının elverişliliğiyle örtüşmelidir. Haksız fiil ile tepki arasındaki ciddi boyuttaki orantısızlık hali, haksız fiil ile failin buna tepkisi arasındaki nedenselliği kesebilmektedir. Aşırı orantısızlık halinde, failin ruh halinin öfke dışında duygu ve psikolojik haller barındırdığı kabul edilmelidir.<sup>125</sup>

Hiddet veya şiddetli eleme elverişli olabilecek hukuka aykırılık halinde, failin verdiği tepkinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Elverişli haksız fiil ile tepki suçu arasında illiyet bağı kurulabildiği sürece tepkiye bakılmaksızın haksız tahrik hükümleri uygulanmalıdır.<sup>126</sup> Haksız fiil ile tepki suçu arasında orantının gerekli olduğunun savunulmasına neden olan vakıalarda görülmektedir ki haksız tahrike neden olduğu ileri sürülen davranış zaten ya haksız fiil değildir ya da haksız tahrike neden olabilecek elverişliliğe sahip değildir.<sup>127</sup> Diğer bir deyişle, haksız tahrikte uygulamadan kaynaklanan yegâne sorun orantısızlık olmayıp haksız fiilin objektif olarak hiddet veya şiddetli eleme neden olup olmayacağının belirlenmesidir. Bu halde tepkinin orantılı olmadığını savunmak yerine, zaten olayda mağdurun haksız fiilinin hiç olmadığını ya da haksız fiilin elverişli olmamasına bağlı olarak haksız tahrikin uygulanmaması gerektiğini savunmak daha tutarlı olacaktır.

Haksız tahrik kurumunda mağdur ve failin fiili arasında denge kurulması gibi bir amaç olmayıp, sadece failin psikolojik durumuna hukuki değer atfetmek suretiyle cezasında indirim yapılmasına olanak sağlanmaktadır.<sup>128</sup>

<sup>124</sup> Bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi. 17.05.2021 tarih, 2021/6129 Esas, 2021/8058 Karar. Benzer görüş için ayrıca bkz. Kangal, s. 50.

<sup>125</sup> Bkz. Cassazione, 08.07.2021, n. 30770. Mahkeme'ye göre tahrik olarak adlandırılan hafifletici sebep, esasen gerçek bir orantılılık şartı gerektirmemekte ancak yine de haksız fiilin ciddiyet derecesi ile ilgili olarak tahrik edilen tarafın tepkisinin uygunluğu arasında bir ilişki olmalıdır. Bu nedenle, öfke durumu ile suçun işlenmesi arasındaki nedensel bağın varlığının teyidi olarak anlaşılan, ilgili iki öznenin davranışları arasında bir uygunluk yerinde olacaktır. İki tür davranış arasında önemli bir orantısızlık olması halinde, failin tepkisinin tahrik edici eylemin yarattığı öfke halinden değil, intikam veya baskı gibi başka duygulardan kaynaklandığı sonucuna varılabilmektedir. Mantovani, s. 454.

<sup>126</sup> Özgenç, s. 472.

<sup>127</sup> Akbulut, s. 534.

<sup>128</sup> Demirbaş, s. 89.

Mağdurun haksız davranışının failin tepkisine katkı yaptığı durumda, hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındayken verilen tepki bakımından, failin subjektif halinin daha etkili olacağı öngörülebilir.<sup>129</sup> Saldırının bertaraf edilmesi amacı bulunduğu failden dengeli davranması beklenmeliyken, hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında bulunan failden kontrollü olması beklenmemelidir ki zaten böyle bir beklenti olmadığından cezası ortadan kalkmamakta sadece azaltılmaktadır.<sup>130</sup>

Haksız fiilin etkisiyle özdenetimini kaybetmiş olan failin makul, orantılı davranmaya zorlanması failin psikolojisine önem verilmediği şeklinde yorumlanmalıdır.<sup>131</sup> Tahrike neden olan davranış belirlenebilir olmasına karşın verilebilecek tepkinin önceden hesap edilmesi, hangi suçun nasıl işleneceğinin önceden belirlenmesi ve failin psikolojisinin tahmin edilebilmesi mümkün olmamaktadır. Haksız tahrikin düzenlendiği 5237 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesinin gerekçesinde de; "*Haksız tahrikin ana koşulu, yapılan haksız hareketin fail üzerinde bir hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi ve suçun işlendiği anda failin bu durumda bu etki altında bulunması olduğundan, madde söz konusu psikolojik halleri belirtecek biçimde kaleme alınmıştır.*" İfadesi, orantılılığın aranmayacağı kanıtı olarak kabul edilmelidir. Fail psikolojisine önem atfedilen bir durumda, failin kendisini makul düzeyde tutması beklenmemelidir.

### SONUÇ

Haksız fiil kaynaklı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlenmesi halinde ceza sorumluluğunun azaltılması, kusur ilkesinin doğasında mevcut olan zorunlu bir sonuçtur. Haksız tahrik, failin psikolojisinde oluşan bir buhran halidir. Hukuka aykırı bir davranışla kışkırtılmanın sonucunda işlenen tepki suçu nedeniyle failin ceza sorumluluğunun azaltılmasının temelinde "*hakkaniyet*" düşüncesi yer almaktadır.

Ceza hukukunun caydırıcı etkisinin tam olarak gösterilebilmesi için ceza sorumluluğuna etki eden nedenlerin uygulanması konusunda hata yapılmamalıdır.

Haksız tahrik kurumunun uygulanması noktasında en önemli sorun, haksız tahrikin nedeni olan mağdur davranışının niteliğinin belirlenmesidir.

<sup>129</sup> Bernsmann, s. 166.

<sup>130</sup> Eser, s. 71.

<sup>131</sup> Clough, s. 120.



Haksız tahrikin unsurlarından olan haksız fiilin kapsamı, kanuni düzenlemeden ziyade uygulamada belirlenmektedir. Haksız fiil kavramının muğlak, çok geniş ve keyfi yorumlanmasıyla birlikte, haksız tahrik kurumu esasen takdiri indirim nedeni olarak uygulanmaya çalışılabilmektedir. Hiddet veya şiddetli eleme neden olan haksız fiilin niteliğinin belirlenmesinde objektif bir değerlendirme yapılabilmesi, kapsamın hukuk kuralları çerçevesinde belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Örf ve adet, ahlak kuralları veya benzer toplumsal değer yargılarıyla çatışma halinde olan mağdur davranışları, bölgeye, zamana göre değişebildiğinden, bunların haksız fiil olarak kabulü eşitlik ilkesine aykırıdır.

Haksız tahrikin nedeni olan mağdurun davranışı “haksız fiil” olarak normda yer aldığı anda, bir hukuk kuralına aykırılıkla birlikte örf ve adet, toplumsal değer gibi hususlara aykırılık halleri de haksız fiil olarak değerlendirilebilmektedir. 5237 sayılı Kanun’un 29’uncu maddesinin gerekçesinde de yer aldığı üzere haksız fiil, “hukuka aykırı fiil” olarak diğer bir ifadeyle bir hukuk kuralına aykırılık olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle 29’uncu maddede yer alan ifadenin haksız fiil yerine açıkça “hukuka aykırı fiil” şeklinde düzenlenmesi, kavramın anlaşılabilir olmasına katkı sağlayabilecektir.

Yargılama makamı, haksız fiili, somut olay bağlamında rasyonel ve hukuk düzenine uygun şekilde değerlendirmelidir. Uygulamada gerçekleşen davranışlar kişi özelinde değerlendirilmeksizin, davranış haksız fiil olarak kabul edilmekte ve bu belirlemenin objektif olmasından dolayı da tutarlı olduğu tezi savunulmaktadır. Bu kabul edilebilir bir yaklaşım olmasına karşın belirlenen haksız fiilin, her kişide aynı etkiyi doğuracağından bahisle standart bir haksız tahrik sonucunun ortaya konulması, hatalı bir uygulama olarak değerlendirilmelidir. Bunun yerine her fiil herkes için haksız fiildir yaklaşımının devamında, her haksız fiil herkes de aynı hiddet veya şiddetli eleme neden olur tezi terkedilmelidir. Hiddet veya şiddetli elemin her somut olayda faildeki etkisi ve ağırlığı ile fiil ile tepki suçu arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığı ayrıca incelenmelidir.

Haksız tahrikte failin kusur yeteneğinin azalmasına hukuki sonuç bağlanmakta ve ceza sorumluluğu azaltılmaktadır. Kusur yeteneğini etkilemeye elverişli olmayan davranışların haksız tahrik olarak kabulü, haksız tahrikin ceza kanununda düzenlenme amacına uygun olmamaktadır. 5237 sayılı Kanun’un 29’uncu maddesinin gerekçesinde, dolaylı olarak haksız fiilin hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek elverişliliğe sahip olması da aranmaktadır. Mağdurun haksız fiili ile failin tepkisi arasında

nedensellik bağının kurulabilmesi için haksız fiil, hiddet veya şiddetli eleme neden olabilecek elverişliliği içermelidir. Bu durum Alman Ceza Kanunu'nun 213'üncü maddesinde yer alan düzenlemeyle de benzer anlayışa sahip olmaktadır. Düzenlemeye göre mağdurun her kötü muamelesi veya hakareti, hukuk aykırı kabul edilmesine karşın haksız tahrik kapsamında değerlendirilmemektedir.

Haksız tahrikte failin kişisel özellikleri mazeret olarak kabul edilmemektedir. Somut olayda mağdurun herhangi bir davranışının bulunmadığı ya da haksız bir davranışı bulunmakla birlikte tahrik etmeye elverişli niteliğe sahip olmadığında, failin ruhsal yapısına bağlı olarak hiddet veya şiddetli elem duygusunu taşıması halinde bu durum haksız tahrikten yararlanmasına engel olmalıdır.

Hiddet veya şiddetli eleme neden olan hukuka aykırı davranış kesin olarak kanıtlanamazsa, gerçekleştiği varsayılsa dahi bu halde şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanmamalı, özellikle sanık beyanının başkaca somut delille desteklenmediği hallerde, mağdurun tahrik konusu fiili gerçekleştirdiği kabul edilmemelidir.

Haksız tahrikte, haksız fiile bağlı olarak hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında suç işlenmektedir. Mağdurun haksız fiili ile hiddet veya şiddetli elem olarak ifade edilen failin psikolojisi, failin psikolojisi ile tepki suçu arasında nedensellik bağı kurulabildiği sürece tepki suçunun daha ağır nitelikte olması haksız tahrikin uygulanmasına engel olmamalıdır. Haksız fiilin veya failin özelliği gereği tepki suçu değişiklik gösterebilir. Haksız fiil sonucunda bu duruma tepki olarak suç işleyen failin davranışının ne olacağı önceden belirlenebilir olmaktan uzak olduğu için fail davranışının ceza normu ile kısıtlanması, haksız tahrik kurumunun hukuki ve psikolojik esası ile örtüşmemektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda haksız tahrik kurumu, genel bir kural olarak her suç ve her fail yönünden uygulanabilmektedir. Yargılama makamı, önüne gelen somut olayı, mevcut delillerin ışığında usul kaidelerine uymak kaydıyla serbestçe değerlendirebildiği için haksız tahrikte suç ve fail daraltmasına gidilmemiştir. Haksız tahrik kurumunun belli suçlarda uygulanması, özellikle kadma karşı işlenen kasten öldürme suçunda haksız tahrik kurumunun uygulanmaması gerektiği yönünde bir beklenti bulunmaktadır. Bu beklentinin karşılanabilmesi için haksız tahrik kurumunun belli suçlarla sınırlandırılmasının yerine, somut olaydaki koşullarının doğru

değerlendirilmesi suretiyle ceza normuna uygun kararların verilmesi yeterli olacaktır.

Kadına karşı işlenen kasten öldürme suçunda, haksız tahrikin tüm koşulları bulunsa dahi tahrikin neden uygulandığına dair gerekçe tatmin edici olmalıdır. Somut olayda haksız tahrik hükmünün uygulanmasının gerekçesinde kullanılan ifadeler, işlenen tepki suçunun ağırlığını azaltıcı nitelikte olmamalı, tahrik kurumunun fiilin haksızlığını etkilemediği sadece ceza sorumluluğunu etkilediği özellikle gerekçede yer almalıdır.

## KAYNAKÇA

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016.
- Artuk ME/Gökçen A/Alşahin ME/Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Aydın D, “Haksız Tahrik Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, (15), 2020, s. 236-247.
- Berman M/Farrell I, “Provocation Manslaughter as Partial Justification and Partial Excuse”, *William and Mary Law Review* (52) 2011, s. 1027-1109.
- Bernsmann K, “Affekt und Opferverhalten”, *NSTZ*, (4), 1989, s. 160-166.
- Centel N/Zafer H/Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, Beta Yayınevi, 2020.
- Clough A, “Loss of Self-Conrtol as a defence: The Key to Replacing Provocation”, *The Journal of Criminal Law*, (74), 2010, s. 118-126.
- Delpino L/Pezzano R, *Manuale di Diritto penale Parte generale*, 33. Baskı, Simone, 2023.
- Demirbaş T, *Haksız tahrik*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Dönmez BD, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, *İÜHFİM*, 71 (1) 2013, s. 267-294.
- Dönmezer S/Erman S, *Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II*, 14. Baskı, Der Yayınevi, 2019.
- Epözdemir R, *Haksız Tahrik*, Adalet Yayınevi, 2021.
- Eser A, “Renaissance des § 213 StGB: Der “minder scchwere Fall des Totschlags” im Lichte der Rechtsprechung”, in: *FS Middendorff*, 1986, s. 65-79.
- Fiandaca G/Musco E, *Diritto penale Parte generale*, 8. Baskı, Zanichelli, 2019.
- Fischer T, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 67. Baskı, CH. Beck, 2020.
- Gökcan HT/Artuç M, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt III*, Adalet Yayınevi, 2021.

- Gruber A, “A Provocative Defense”, *California Law Review*, (103), 2015, s. 273-334.
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Baskı, Beta Yayınevi, 2016.
- Kangal ZT, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, *EÜHFD*, 14 (3-4), 2010, s. 19-66.
- Kazancı BE, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi - Haksız Tahrik”, *DEÜHFD*, Özel Sayı, (15), 2013, s. 1309-1358.
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Lackner K/Kühl K, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 29. Baskı, CH. Beck, 2018.
- Meraklı S, *Ceza Hukukunda Kusur*, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Merli A, *Violenza di Genere e Femminicidio*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.
- Molitorisova A/Burke C, “The Istanbul Convention’s Evidentiary Requirements in the light of Laws on Self-Defence and Mitigating Criminal Responsibility”, *University of Miami International & Comparative Law Review*, 28 (2), 2021, s. 209-266.
- Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale Parte generale*, 11. Baskı, Cedam, 2020.
- Özbek VÖ/Doğan K/Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Roth CL, “Die Auslegung der Mordmerkmale Heimtücke und Niedrige Beweggründe in Den Sog. Ehrenmord-Fällen”, Krisztina Karsai (Hrsg.) *Strafrechtlicher Lebensschutz in Ungarn und Deutschland. Szeged: Polay Elemer Alapítvány*, 2008, s. 137-157.
- Rosenberg R, “Human Dignity and the Doctrine of Provocation: A New Approach”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, (34), 2020, s. 281-306.

Schmidt R, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 21. Baskı, Verlag, 2019.

Schneider H, “Überlegungen zur restriktiven Auslegung von § 213 StGB”, *NStZ*, 2001, s. 455-460.

Schneider U, “Genderaspekte in Straf- und Strafprozessrecht”, *Gender & Crime: Geschlechteraspekte in Kriminologie und Strafrechtswissenschaft*, *Nomos*, 2022, s. 11-31.

Şen E/Şenyurt MC, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Sebep Olarak Haksız Tahrik”, *Ceza Hukuku Dergisi*, (22), 2013, s. 7-17.

Taşkın OE, *Kadın Cinayeti Suçu*, Onikilevha Yayınevi, 2022.

Toroslu N/Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019.

Yalçın T, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Savaş Yayınevi, 2019.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

SİBER ÇATIŞMADA SİVİL VERİLERİN ROMA STATÜSÜ  
AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

THE EVALUATION OF CIVILIAN DATA IN CYBER CONFLICT IN  
TERMS OF THE ROMA STATUTE

Berkant AKKUŞ\* 

ÖZET

-10.34246/ahbvuhfd.1327670 

Saldırı ve savunma amaçlı siber yeteneklerin gelişmesiyle birlikte siber operasyonlar artan bir şekilde savaş aracı ve yöntemi olarak kullanılmaya başlamıştır. Bu gerekçeyle sivillerin, sivil altyapının, sivil verilerin oluşacak siber zararlardan korunması zorunludur. Bu makalenin ana araştırma sorusu, silahlı çatışma esnasında verilere yönelik gerçekleştirilen siber operasyonların Roma Statüsü doğrultusunda savaş suçu olarak kabulünün mümkün olup olmadığını tespit edebilmektir. Bilgisayar verilerinin statüsü tartışmalıdır. Siber çatışmalarda verilere yönelik gerçekleştirilen saldırılar somut nesnelere de etkilemektedir. Bu makalede, Roma Statüsü kapsamında bilgisayar verileri nesne veyahut mal olarak kabul edilebilir mi sorusunu netleştirmek amacıyla doktrinlerdeki tartışmalar ve farklı hukuk sistemlerindeki mahkeme kararları değerlendirilmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi doğrultusunda Roma Statüsü'nün yeniden yorumlanması gerekmektedir. Günümüzde teknolojiye yaşanan gelişmeler yeni savaş metotlarını ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle, Roma Statüsü'nün bu değişime uygun bir yanıt sağlayıp sağlamadığının değerlendirilmesi neticesinde, vahamet eşiği dikkate alınarak yalnızca ciddi sonuçları olan siber operasyonlar soruşturma konusu olmalıdır.

\* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Genel Hukuku Anabilim Dalı/İSTANBUL, e-posta: berkantakus91@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6652-2512, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1327670.

- Atıf Şekli | *Cite As*: Akkuş B, “Siber Çatışmada Sivil Verilerin Roma Statüsü Açısından Değerlendirilmesi”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s.393-434
- İntihal / *Plagiarism*: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



**Anahtar Kelimeler:** Siber saldırı, Sivil veri, Roma Statüsü, Savaş suçları, Uluslararası Ceza Hukuku

### **ABSTRACT**

*With the development of offensive and defensive cyber capabilities, cyber operations are increasingly being used as a means and method of warfare. For this reason, it is crucial to protect civilians, civilian infrastructure, and civilian data from cyber damage. The main research question of this article is to determine whether cyber operations against data during armed conflict can be considered as war crimes in line with the Rome Statute. The status of computer data is controversial. Attacks on data in cyber conflicts also affect tangible objects. This article will focus on the debates in the doctrine in order to clarify the question of whether computer data can be considered as object or property under the Rome Statute. At the same time, court decisions will be analyzed. The Rome Statute needs to be reinterpreted in line with the principle of legality in crime and punishment. Today, developments in technology have led to new methods of warfare. Therefore, it will be evaluated whether the Rome Statute provides an appropriate response to this change.*

**Keywords:** Cyber attack, Civil data, Rome Statute, War crimes, International Criminal Law

### **EXTENDED ABSTRACT**

*This article explores the intricate relationship between cyber operations targeting civilian data and the provisions outlined in the Rome Statute regarding war crimes against protected objects and property. As cyber warfare becomes increasingly prevalent in modern conflicts, the study aims to scrutinize the legal implications of such operations within the context of international humanitarian law. The research commences with an in-depth analysis of the evolving landscape of cyber warfare and its impact on civilians. It emphasizes the distinctive nature of attacks on data, considering them as virtual, yet critical, components of the infrastructure. The study investigates how well the existing legal framework, specifically the Rome Statute, accommodates the nuances of cyber operations against civilian data.*

*The legality of cyber operations during armed conflict and whether they could amount to a war crime under the Statute of the International Criminal Court (ICC) is a complex and evolving area of international law. The Rome Statute of the International Criminal Court outlines specific war crimes in its text, such as intentionally directing attacks against civilians, using prohibited weapons, or attacking civilian objects. However, the Rome Statute was adopted in 1998, before the widespread use and understanding of cyber operations in the context of armed conflict.*

*There is ongoing debate among legal scholars and practitioners regarding the classification of cyber operations during armed conflict and whether they fall under existing definitions of war crimes. Some argue that certain cyber operations, such as those causing significant harm to civilians or civilian infrastructure, could potentially be considered war crimes under existing legal frameworks. Others contend that the*



*traditional definitions of war crimes may not adequately capture the unique aspects of cyber operations. The applicability of international humanitarian law (IHL) principles, such as distinction, proportionality, and necessity, to cyber operations is also a subject of discussion. States are expected to adhere to these principles during armed conflicts to minimize harm to civilians and civilian objects.*

*Central to the analysis is the interpretation of “protected objects and property” as defined in the Rome Statute. The article delves into whether this definition adequately captures the multifaceted nature of civilian data and if it effectively addresses the unique challenges posed by cyber operations. This includes considerations of the intangible nature of data, potential long-term consequences, and the difficulties in attribution. The study likely explores relevant case studies or incidents where cyber operations against civilian data could be interpreted as violations of the Rome Statute. This examination helps to illustrate the practical challenges of applying traditional legal frameworks to the rapidly evolving landscape of cyber warfare.*

*The Rome Statute, which established the International Criminal Court (ICC), primarily focuses on war crimes, crimes against humanity, and genocide. Its language primarily addresses physical harm, destruction, or mistreatment of individuals rather than abstract entities such as data. However, legal interpretations and discussions around the applicability of the Rome Statute to cyber operations have evolved. Civilian data, being an intangible and non-physical entity, doesn't fit neatly into traditional conceptions of “object or property” as understood in the context of the Rome Statute. The Statute, in its provisions on war crimes, typically refers to tangible objects and property, such as buildings, infrastructure, or cultural heritage.*

*The challenge arises in adapting existing international legal frameworks to the unique aspects of cyber warfare, including attacks on data. While the Rome Statute might not explicitly address the protection of data, legal scholars and policymakers are engaged in discussions about whether the principles of the Statute can be interpreted or amended to encompass these emerging challenges. Some argue that attacks on civilian data can have severe consequences, equivalent to traditional attacks on property, and should be considered within the scope of international humanitarian law. Others believe that a more nuanced approach, possibly involving the development of new legal instruments specifically tailored for cyberspace, may be necessary. In summary, the direct application of the Rome Statute to civilian data is debatable due to its original intent and language. However, there is ongoing discourse within the legal community about the need for updated frameworks to address the unique challenges posed by cyber operations in the modern world.*

*In conclusion, the article synthesizes its findings and possibly proposes recommendations for enhancing the Rome Statute to better address the legal complexities arising from cyber operations against civilian data. This could involve suggesting amendments to the existing legal framework, advocating for the development of new international agreements, or promoting increased global cooperation to address the challenges posed by cyber warfare in the 21st century.*

## GİRİŞ

Siber operasyonlar devletler ve devlet dışı silahlı aktörler tarafından silahlı çatışmalarda artan bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Bu doğrultuda siber operasyonlar Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) kuruluş belgesi Roma Statüsü'nün nasıl yorumlanması gerektiği konusunda yeni sorular ortaya çıkarmaktadır. Bu makale, silahlı çatışma sırasında verilere yönelik siber operasyonların bir savaş suçu teşkil edip etmeyeceğini değerlendirerek bu konuyu inceleyecektir. Makalenin araştırma konusu doğrultusunda uluslararası insancıl hukukun yorumlanması kritik öneme sahiptir. Bu hukuk sistemine yönelinmesinin nedeni uluslararası insancıl hukuktan doğan ihlallerin UCM Statüsü'nün savaş suçlarına ilişkin 8. Maddesinde, uluslararası ceza hukukuna dahil edilmesidir.

Sivil verilere yönelik siber operasyonlarda uluslararası insancıl hukukun uygulanabilirliği tartışmalıdır. Literatürde verilerin uluslararası insancıl hukukun hedef alma kuralları kapsamında bir nesne olarak değerlendirilmesinin gerekliliği tartışılmıştır. *Siber Savaşa Uygulanacak Hukuk Hakkında Tallinn Rehberi 2.0*'da<sup>1</sup> uzmanların çoğu verinin fiziki varlığı bulunmayan, soyut bir kavram olması dolayısıyla uluslararası insancıl hukuk tarafından bağımsız olarak korunan bir nesne olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir. Diğer yaklaşım ise nesnenin tanımının veriyi de içerecek şekilde daha geniş yorumlanmasını savunmaktadır.<sup>2</sup> Buna ek olarak, verilere yönelik siber operasyonlar, verilerin mal olarak sınıflandırılmasının kabul edilmesi ve bu temelde korunması durumunda uluslararası insancıl hukuk kapsamına girebilir. Ancak UCM Statüsü'nün 8. Maddesinin doğrudan fiziksel zararın olmadığı durumlarda sivil verilere yönelik siber operasyonları düzenleme kapsamı, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin verileri hangi sınıfa dahil ederek, geliştireceği yorum yaklaşımına bağlı olacaktır.

Verilerin Roma Statüsü'ndeki nesne veyahut mal kategorilerinden hangisine dahil edilmesinin uygun olduğu bu makalede inceleme konusu yapılacaktır. Bu makalenin ilk bölümü, bilgisayar verileri kavramından ne anlaşılması gerektiğini inceleyerek, geleneksel nesne ve mal kavramlarını yeniden yorumlayıp, verilerin hangi kategoriye dahil edilmesinin uygun olduğunu araştırmaktadır. İkinci bölüm ise bilgisayar verilerine karşı veya

---

<sup>1</sup> Michael Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, 2. Bası, Cambridge University Press, 2017, s. 437.

<sup>2</sup> Schmitt, *Tallinn Manual*, s. 438.

bilgisayar verileri aracılığıyla gerçekleştirilen farklı siber operasyon türlerine odaklanacaktır. Üçüncü bölüm, doğrudan kinetik etkileri bulunan ve nedensel olarak daha uzak, ölçülmesi zor etkileri olan siber operasyonlara dikkat çekmektedir.

Üçüncü bölüm, sivil bilgisayar verilerine yönelik gerçekleştirilen siber operasyonların hangi durumlarda UCM Statüsü kapsamında savaş suçu teşkil edebileceğini analiz etmektedir ve makalenin özünü oluşturmaktadır. Literatürdeki farklı görüşler değerlendirildikten sonra verilerin, nesne ve mal olarak nitelendirilen donanım, kablo ve bilgisayar çiplerinden oluşan ağların ve sistemlerin ayrılmaz bir parçası olarak anlaşılması gerektiği görüşü bu makalede savunulmaktadır. Yalnızca soyut olan veriler ile bilgisayar verilerini barındıran ve işlevlerini yerine getirmek için bunlara bağımlı olan somut, fiziksel sistemler arasında kesin bir ayrıma gitmek mümkün değildir. Verinin bağımsız bir nesne veya mal türü olarak ele alınmasının mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Savaş suçunun kanıtlanabilmesi için, bilgisayar verileri ile korunan nesnelere veya mallara yönelik ölçülebilir bir sonuç arasında illiyet bağının kurulması gereklidir.

Makaledeki tartışmaların UCM Statüsünün yorumlanmasına yönelik daha geniş neticelerinin olup olmadığının sorgulanması dördüncü bölümde incelenmektedir. UCM Statüsünün hukuki düzenlemelerin gelişmediği yeni savaş biçimlerine ayak uydurup uyduramayacağı, aynı zamanda kanunilik ilkesine de saygı gösterip gösteremeyeceğinin tartışılması gereklidir. Dördüncü bölümde ayrıca, sadece bilgisayar verilerinin yok edilmesiyle sonuçlanan ve başka hiçbir etkisi olmayan siber operasyonlar hakkında bir davanın UCM nezdinde kabul edilebilirlik için gereken vahamet eşliğini geçip geçemeyeceği de değerlendirilmektedir. Makale, Mahkemenin siber operasyonları incelerken izleyeceği yol ve karşılaşacağı zorluklar üzerine düşünülerek sonlandırılmaktadır.

## I. BİLGİSAYAR VERİSİ VE TANIM SORUNU

Bu bölümde veri kavramının anlamı üzerinde durularak, hukuki metinlerde veriye yapılan atıflar incelenecektir. Veri kelime anlamı itibariyle bilgi olarak tanımlanmaktadır. Türk Dil Kurumu veriyi “olgu, kavram veya komutların, iletişim, yorum ve işlem için elverişli biçimli gösterimi” olarak belirtmektedir.<sup>3</sup> Dijital haldeki bilgi, teknik olmayan bağlamda veridir. Oxford

<sup>3</sup> Türk Dil Kurumu, “Türk Dil Kurumu Sözlükleri”, <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 12 Temmuz 2023.

Sözlüğü veriyi toplu olarak değerlendirilen, bilimsel çalışma ile elde edilen ve referans, analiz veya hesaplama için kullanılan çoğunlukla sayısal bilgi öğeleri olarak tanımlar. Bilgi işlemle ilgili olarak ise veri, bir bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılan ve toplu olarak ele alınan nicelikler, karakterler veya sembollerdir.<sup>4</sup> Verilerin hayatımızın neredeyse tüm yönleri için önemi göz önüne alındığında, uluslararası örgütlerin, devletlerin ve mahkemelerin tam olarak verinin tanımı ve nasıl düzenlenmesi gerektiği konularını tartışmaları dikkate değerdir.

Bu makale, elektronik veya dijital yollarla kaydedilen ve bir insan veya makine tarafından algılanabilir olup olmadığına bakılmaksızın geri alınabilen herhangi bir bilgi olarak bilgisayar verilerine odaklanmaktadır.<sup>5</sup> Bu tür verilerin toplanıp toplanmayacağı ve nasıl toplanacağı konularının mevcut hukuk sistemlerinin kapsamında incelenmesi problemlidir. Jennifer Daskal, bilgisayar verilerinin hareketliliği, bölünebilirliği, konumdan bağımsızlığı, iç içe geçmesi ve üçüncü taraf kontrolü nedeniyle siber uzayı yarattığını ve egemenlik kavramını değiştirdiğini savunmaktadır. Bu değişim özellikle egemen devletlerin yetki alanları temelindedir. Bilgisayar verilerinin egemen devletlerin yargılamada yetki sınırlarını nasıl değiştirdiğini göstermek amacı araştırma yapmaya değerdir.<sup>6</sup>

Bilgisayar verileri hareketli ve bölünebilirdir. Hızı ve öngörülemezliği dolayısıyla bilgisayar verileri, hem bir yerden bir yere geçişin ne anlama geldiğini hem de dijital mallarımızı depolamanın ne anlama geldiğini yeniden yorumlamayı gerektirmektedir.<sup>7</sup> E-postalar aynı şehirdeki bir kişiye gönderilebilmektedir. Aynı zamanda e-postalar başka bir ülkedeki kablolar ve sunucular üzerinden seyahat edebilmektedirler. Bulutta depolanan verilerin özelliklerini incelediğimizde; kullanıcının haberi olmadan hareket ettirilip kopyalanabildikleri, bölünebildikleri ve birden fazla yerde depolanabildikleri sonucuna ulaşılmaktadır. Klasik anlamda belgeler de birden fazla kopya halinde bulundurulabilir ve farklı yerlerde saklanabilir ancak dijital çağda depolama anlayışında yaşanan değişimle beraber, verilerin kopyalanması ve taşınması hızlanmış, çok uluslu olan dünyanın farklı bölgelerinde bulunan

---

<sup>4</sup> Oxford Dictionaries, *Oxford English Dictionary*, Oxford University Press, 2019, s. 803.

<sup>5</sup> Jeffrey Ritter/Anna Mayer, "Regulating Data as Property: A New Construct for Moving Forward", *Duke Law and Technology Review*, 16(1), 2017, s. 224.

<sup>6</sup> Jennifer Daskal, "The Un-Territoriality of Data", *Yale Law Journal*, 125(2), 2015, s. 365.

<sup>7</sup> Daskal, s. 368.

depolama imkanları artmıştır. Veriye erişilen konum ile verinin kendisi arasında Daskal'ın konumdan bağımsızlık olarak adlandırdığı bir kopukluk ortaya çıkmaktadır.<sup>8</sup> Kullanıcının verilerin nerede tutulduğunu bilmesi veya önemsemesi gerekmemektedir. Bu durum aynı zamanda verilerin konumunun bilinmesinin, veri kullanıcısının konumu hakkında bir bilgiyi ortaya çıkarmayacağı anlamına da gelmektedir.

Nesne ve mal ifadelerinin genellikle somut varlıklara atıfta bulunduğu anlaşıldığından, bu ifadelerin bilgisayar verilerini kapsayıp kapsamadığını belirlemek amacıyla, verilerin de somut olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilgisayar verileri depolanmalarına ve erişilmelerine olanak tanıyan bilgisayar donanımı içinde gömülüdür. Verilere farklı cihaz formatlarında erişmek mümkündür. Özellikle bir bilgisayar donanımı ancak görevlerini tamamlamak için kullandığı veriler sayesinde işlevseldir. Bu açıdan bakıldığında, veriler fiziksel bir nesnenin parçası olarak düşünülebilir. Verilerin nasıl depolandığına bağlı olarak değişim göstermekle beraber, veriler bir optik diskteki boyalarda, bir mikroçip üzerindeki anahtarların konumunda bulunabilir, manyetik bantlarda tutulabilir veya bir optik kablo aracılığıyla yoğunlaştırılmış atımlı ışık darbeleri yoluyla gönderilebilir. Bu örnek durumların her birinde veri fiziksel bir nesnenin içindedir. Verilerin bir fiziksel depolama biçiminden diğerine taşınabilmesi mümkündür. Ancak verileri değiştirmek, kopyalamak veya silmek için mutlaka donanım ile fiziksel etkileşim gerekmektedir. Bilgisayar verisi kavramında bilgi ve donanımın iç içe geçmesi, hukuki düzenlemelerin kapsamını belirlemeyi özellikle önemli kılmaktadır.

Veri hukuki açıdan tanımlanırken hem bilgiye hem de bu bilgiye erişim ve kullanım sağlayan sisteme atıfta bulunmaktadır. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi veri kavramını iki ana eksende değerlendirmektedir. İlk olarak, veri bilgisayar sisteminin işlevlerini yerine getirmesine sağlayan bir programdır. İkinci olarak, bilgisayar sisteminde işlenmeye uygun bir biçime getirilmiş bilgilerin veya kavramların temsilini ifade etmektedir.<sup>9</sup> Bilgisayar sistemleri ise Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi tarafından, yazılım yardımıyla verilerin otomatik olarak işlenmesini gerçekleştiren cihaz veya birbirine bağlı ya da birbiriyle ilgili cihazlar grubu olarak tanımlanmıştır.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Daskal, s. 369.

<sup>9</sup> Madde 1(b), Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi (23 Kasım 2001, ETS No 185).

<sup>10</sup> Madde 1(a), Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi.

Bu tanım, verileri bir bilgisayar tarafından doğrudan işlenebilen elektronik formdaki bir bilgi biçimi olarak tanımlayan Uluslararası Standartlar Teşkilatı'nın çalışmasına dayanmaktadır.<sup>11</sup> Benzer şekilde, *Tallinn Rehberi 2.0* da veriyi, bayt cinsinden ölçülen bilgiyi iletmek için bir bilgisayar tarafından işlenebilen veya üretilebilen temel unsur olarak tanımlamaktadır.<sup>12</sup>

Verilere ilişkin hukuki düzenlemelerin bazıları daha geniş kapsamlıdır ve yalnızca bilgiye odaklanan, teknolojik olarak tarafsız bir veri tanımını benimsemektedirler. Örneğin, Avrupa Birliği'nin Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR), kişisel verileri “kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin herhangi bir bilgi” olarak tanımlamaktadır.<sup>13</sup> Avrupa Birliği'nin Genel Veri Koruma Tüzüğü veri tanımını, hem yalnızca internet nedeniyle var olan konum verilerini, IP adreslerini, çerez kimliklerini e-posta adreslerini içermektedir hem de siber alana özgü olmayan bilgiler olan kişilerin adları ve adreslerini de kapsamına almaktadır.<sup>14</sup>

Bilgi olarak değerlendirilen verinin, saklandığı veya erişildiği bilgisayar donanımından ayrı bir varlık olarak ele alınması mümkün olacaktır. Verinin nerede depolandığı, verilere kimlerin erişim hakkının bulunduğu, verilerin kime ait olduğu konularında belirsizlik bulunduğu; bulutta depolanan veriler, verileri donanımdan ayırmanın neden faydalı olabileceğine iyi bir örnek teşkil edecektir. Örneğin, devletlere ve özel kuruluşlara ait verilerin çoğu Amazon Bulut Bilişim Hizmetleri (Amazon Web Services) gibi şirketler tarafından depolanır. Bu şirketler verilerin depolandığı donanımın bakımını yapar. Aynı zamanda donanımın da sahibidir ancak verilerin kendisine sahip değildirler. Amazon Bulut Bilişim Hizmetleri sunucusuna karşı düzenlenen ve sivil verilere ulaşmayı ya da yok etmeyi başaran bir siber saldırı, verilerin depolanmasını ve geri alınmasını destekleyen fiziksel altyapıyı sağlam bırakabilme potansiyeline sahiptir.

Roma Statüsü'nde ve uluslararası insancıl hukuk belgelerinde bilgisayar verilerine ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. Uluslararası insancıl hukuk

---

<sup>11</sup> Avrupa Konseyi, “Explanatory Report to the Convention on Cybercrime”, European Treaty Series - No. 185, 2001, <<https://rm.coe.int/16800cce5b>>, Erişim Tarihi 12 Temmuz 2023, s. 25.

<sup>12</sup> Schmitt, *Tallinn Manual*, s. 564.

<sup>13</sup> Madde. 4, Regulation (EU) 2016/679 (General Data Protection Regulation).

<sup>14</sup> Avrupa Komisyonu, “What is Personal Data?”, <[https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en)> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2023.

açısından bilgisayar verilerinin fiziksel nesne veya mal olarak yorumlanması gerektiği konusu tartışmalara açıktır. Uluslararası ceza hukuku ve uluslararası insancıl hukukun yeni teknolojilere doğru bir şekilde uygulanabilmesi için, UCM'nin veriler ile verilerin kullanımına imkân veren fiziksel sistemler arasındaki ilişkiyi belirlemesi gerekmektedir. Özellikle verilerin saldırıya uğraması, imha edilmesi, el konulması veya ele geçirilmesi kavramlarının Mahkeme tarafından nasıl yorumlanacağını anlamak önem taşımaktadır.

## II. SİLAHLI ÇATIŞMA ESNASINDA VERİLERE YÖNELİK SİBER OPERASYONLAR

Gerçekleşen siber operasyonları tespit etmek ve siber operasyonların hükümetler, şirketler ve bireyler üzerindeki etkisi hakkında bilgi edinmek zordur. Siber operasyonların bir kısmı, kinetik etkiler üreten geleneksel askeri operasyonlarla doğrudan benzerlik gösteren sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, solucan bir yazılım olan Stuxnet virüsü İran'ın nükleer tesisindeki santrifüjlerini hedef alarak, nükleer tesisin çalışmasını yöneten kontrol sistemini dijital olarak manipüle ederek yok etmiştir.<sup>15</sup> Santrifüjlerde fiziksel hasar olduğundan, operasyon yöntemi yeni olarak nitelendirilse de meydana gelen sonucun yeni olmadığı açıktır. Fiziksel hasarın doğrudan siber operasyondan kaynaklandığı durumdan farklı olarak, eğer bir sistemin işleyişi siber operasyonlarla bozulursa da siber saldırılar zararın ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir. Bu konuyu detaylandırmak açısından örneğin, Mayıs 2020 tarihinde İsrail tarafından gerçekleştirilen siber operasyonun sonucu olarak, İran'a ait bir limanın birkaç gün boyunca işlevselliğinin kaybettiği ve taşımacılık sektöründe önemli gecikmelerin meydana geldiği bildirilmiştir. İsrail tarafından gerçekleştirilen siber operasyonun, İran tarafından İsrail su dağıtım tesisinin komuta ve kontrol sistemlerine karşı gerçekleştirilen başarısız siber operasyona misilleme olarak yapıldığı iddia edilmektedir.<sup>16</sup> Siber operasyonların bir kısmı da gözlemlenebilir ancak ölçülmesi zor zararlara yol açmaktadır. Özellikle şirketlerin veya bireylerin devletin kritik hizmetlerine veya kişisel verilere sınırlı bir süre için erişememesi bu konuda en önemli örneklerdir. Bu konuda güncel bir olay olarak, Şubat 2020 tarihinde pek çok ülke Rusya'yı, Gürcistan'a karşı gerçekleştirilen ve neticesinde özel sektöre, devlete ve medya sektörüne ait binlerce web sitesinin çevrimdışı

<sup>15</sup> Samuli Haataja, *Cyber Attacks and International Law on the Use of Force The Turn to Information Ethics*, Routledge, 2018, s. 145.

<sup>16</sup> Sarah Chen, "Conventional Retaliation and Cyber Attacks", *The Cyber Defense Review*, 8(1), 2023, s. 77.

hale getirilmesiyle sonuçlanan bir siber operasyonun yürütücüsü olmakla suçlamıştır.<sup>17</sup>

Tüm siber operasyonlar gibi, yukarıda açıklanan örnek olaylar da veriler aracılığıyla veya verilere karşı yapılan siber operasyonları temsil etmektedirler. Siber operasyonlarda bilgisayar ağları, sistemlerin kontrol verilerini ve yazılımlarını manipüle ederek düzgün çalışmalarını engellemek için kullanılmaktadırlar. Bununla birlikte, bu makalede belirtilen siber operasyon örnekleri verinin kendisine yönelik saldırılar değildir. Daha geniş anlamda siber operasyonların sisteme yönelik saldırılar olarak kabulü uygun olacaktır. Stuxnet operasyonu santrifüjlere siber yollarla yapılan kinetik bir saldırı olarak görülebilir. Stuxnet siber operasyonu neticesinde İran'a ait limanda işlemlerin kesintiye uğraması, fiziksel sonuçları nedeniyle limana yönelik bir saldırı olarak anlaşılabilir. Gürcistan siber altyapısına yönelik saldırı ise işlettikleri sistemler dolayısıyla özel sektöre ve devlet kurumlarına yönelik bir saldırı olarak görülebilir.

Uluslararası insancıl hukuk literatüründe bazı yazarlar tarafından siber operasyonlar silahlı çatışma bağlamında değerlendirilirken muhafazakâr bir yaklaşım tercih edilmektedir. Bu doğrultuda, siber operasyonlarda sistem üzerinde ölçülebilir bir kinetik etki gerekliliği arandığından<sup>18</sup>, bu kriteri sadece Stuxnet örneği sağlamaktadır. Ancak bu yaklaşımı tercih etmek, uluslararası insancıl hukukun sivillere ve sivillerin bilgisayar ağlarını kullanımına koruma sağlamadığını göstermektedir ve çağdaş silahlı çatışmaların gerekliliklerini reddetmektedir.

Uluslararası insancıl hukuk silahlı çatışmalarda geçerli olan tek hukuk sistemi olmasa da, savaş suçlarını oluşturan kriterler karşıladığında, bireysel cezai sorumluluk gerektiren düşmanca eylemlerin ve ihlallerin idaresini düzenleyen hukuk sistemidir. Siber operasyonların sebebiyet verebileceği potansiyel insani zararlar korumadaki bu boşluğu önemli hale getirmektedir.<sup>19</sup> Veri, dijital dünyanın temel bir bileşenidir, aynı zamanda birçok toplumda yaşamın temel taşıdır ve çoğu sivil yaşamın işleyişi için kilit

---

<sup>17</sup> Jonathan Lancelot, "Cyber-diplomacy: Cyberwarfare and the Rules of Engagement", *Journal of Cyber Security Technology*, 4(4), 2020, s. 249.

<sup>18</sup> Schmitt, *Tallinn Manual*, s. 415.

<sup>19</sup> International Committee of the Red Cross, "International Humanitarian Law and Cyber Operations during Armed Conflicts: ICRC Position Paper", *International Review of the Red Cross*, 102(913), 2020, s. 484.



öneme sahiptir.<sup>20</sup> Yaşanan güven neticesinde bilgi ve iletişim teknolojileri toplumun her katmanına sızmıştır. Bu doğrultuda gerçek dünyadaki hedefler bozulmaktadır, değişime uğramaktadırlar ve meydana gelebilecek zararlara karşı savunmasızlıkları artmaktadır.<sup>21</sup> Siber operasyonlar tüm endüstrileri kapsayabilir. Özellikle altyapılar, telekomünikasyon, ulaşım, hükümet ve finans sistemleri, kritik sivil altyapı üzerinde siber operasyonlar yıkıcı etkilere sahip olabilmektedir. Sağlık sektörü, elektrik, su dağıtım sistemleri dahil olmak üzere bazı alanlar özellikle savunmasızdır.<sup>22</sup> Örneğin, Şubat 2021 tarihinde bilgisayar korsanları, Florida'nın Oldsmar kasabasına hizmet veren su arıtma tesisini yöneten yazılım programına başarıyla uzaktan erişim sağlamıştır. Bilgisayar korsanları sudaki sodyum hidroksit miktarını tehlikeli seviyelere çıkarmaya çalışmışlardır, ancak saldırı şans eseri değişiklikler yürürlüğe girmeden önce tespit edilip sonlandırılmıştır.<sup>23</sup>

### A. Verilere Yönelik Siber Operasyonlar Ne Zaman Roma Statüsü Kapsamında Savaş Suçu Oluşturur?

İnternetin yaygınlaşması ile beraber Roma Statüsü'nde yer alan birçok suç çevrimiçi olarak işlenebilmektedir. Örneğin, soykırımı teşvik suçu sosyal medya aracılığıyla işlenebilir.<sup>24</sup> Özellikle verilere yönelik siber operasyonlar bazı durumlarda Roma Statüsü'nde tanımlandığı üzere savaş suçu anlamına gelebilir. Nesne kelimesi suç tanımının bir parçası olarak birkaç kez Roma Statüsü'nde geçmektedir.<sup>25</sup> Veriler nesne kategorisi altında yorumlanabilir

<sup>20</sup> Laurent Gisel/Tilman Rodenhauser/Knut Dormann, "Twenty Years on: International Humanitarian Law and the Protection of Civilians against the Effects of Cyber Operations during Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, 102(913), 2020, s. 317.

<sup>21</sup> Eitan Diamond, "Applying International Humanitarian Law to Cyber Warfare", *Law and National Security*, 67(1), 2014, s. 67.

<sup>22</sup> Samuli Haataja, "Cyber Operations against Critical Infrastructure under Norms of Responsible State Behaviour and International Law", *International Journal of Law and Information Technology*, 30(4), 2022, s. 426.

<sup>23</sup> Frances Robles, "Hackers Target Florida's Town Water Supply, Raising Level of Harmful Chemical", *The New York Times*, 2021, <<https://www.nytimes.com/2021/02/08/us/oldsmar-florida-water-supply-hack.html>>, Erişim Tarihi 09 Temmuz 2023.

<sup>24</sup> Neema Hakim, "How Social Media Companies Could Be Complicit in Incitement to Genocide", *Chicago Journal of International Law*, 21(1), 2020, s. 83.

<sup>25</sup> Roma Statüsü Madde 8(2)(b)(ii): "Askeri olmayan, yani askeri maksatlı olmayan sivil hedeflere karşı kasten saldırı düzenlenmesi." Roma Statüsü Madde 8(2)(b)(iv): "Tahmin edilen somut ve doğrudan askeri avantajlara kıyasla, aşırı olacak şekilde, sivillerin yaralanmasına veya ölmesine veya sivil nesnelere zarar görmesine yol açacağı ve geniş çapta, uzun vadeli ve ağır bir biçimde doğal çevreye zarar vereceğinin bilincinde olarak

veya veri bir nesnenin içine gömülü olarak düşünülebilir. Netice itibariyle veriye yönelik bir işlem aynı zamanda nesneye yönelik bir işlemdir. Roma Statüsü'nde çeşitli savaş suçu hükümleri mallara atıfta bulunmaktadır.<sup>26</sup> Veri ya da içine gömülü olduğu sistem mal olarak nitelendirilebilir.

Doğru bir analiz için Roma Statüsü hükümlerinin yanı sıra savaş suçlarına karşılık gelen uluslararası insancıl hukuk hükümlerinde yer alan nesne ve mal tanımları incelenmelidir. Bu iki ifade arasındaki ilişki net değildir. Roma Statüsü Madde 8(2)(b)(ii)'de yer alan askeri hedef olmayan nesnelere ifadesi tüm sivil malları kapsıyor olabilir veya daha dar bir materyal kapsamı koruyor olabilir. Ancak, nesne ve mal tanımlarını irdelemeden önce, uluslararası insancıl hukuk ve savaş suçlarının amaçları açısından öneme sahip olan saldırı kavramının, yani hem hücum hem de savunma niteliğine sahip, düşmana karşı yöneltilen şiddet eylemlerinin neleri kapsadığına dair bazı tartışmalar olduğunu belirtmek gerekmektedir.<sup>27</sup> Şiddet eylemlerinin tam olarak ne olduğu ve saldırı niteliği taşıyan siber operasyonların saldırı niteliğine sahip olmayan siber operasyonlardan nasıl ayırt edilebileceği belirsizdir.<sup>28</sup> Ayrıca, uluslararası insancıl hukuk açısından saldırılar silahlı çatışma bağlamında gerçekleştiğinden, saldırıların gerçekleşmesi için düşmanca eylemlerin ne zaman ve nerede gerçekleşmesi gerektiği ve saldırıların belirli bir amaç doğrultusunda yapılmasının gerekip gerekmediği konusunda da tartışmalar bulunmaktadır.<sup>29</sup>

Siber saldırılarda saldırı kavramı konusunda devam eden tartışmaların tam bir analizi bu makalenin kapsamı dışında olmakla birlikte, ortaya konulan argümanlar dikkate değerdir. Eğer veri fiziksel nesnelere gömülü ve onların

---

saldırı başlatılması.” *Rome Statute of the International Criminal Court* (entered into force 1 July 2002) 37 ILM 1002 (1998); 2187 UNTS 90.

<sup>26</sup> Roma Statüsü Madde 8(2)(a)(iv): “Askeri gereklilik olmadan, yasadışı ve keyfi olarak malların yaygın yok edilmesi veya sahiplenilmesi.” Roma Statüsü Madde 8(2)(b)(xiii): “Savaşa dair ihtiyaçlar zorunlu olarak gerektirmedikçe, düşman mallarının imha edilmesi veya bu mallara el konulması.” *Rome Statute of the International Criminal Court* (entered into force 1 July 2002) 37 ILM 1002 (1998); 2187 UNTS 90.

<sup>27</sup> Yunus Emre Gül, “War Crimes and Individual Criminal Responsibility Arising out of Cyber Operations”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(2), 2020, s. 1067.

<sup>28</sup> Michael Schmitt, “Wired Warfare 3.0: Protecting the Civilian Population during Cyber Operations”, *International Review of the Red Cross*, 101(910), 2019, s. 339.

<sup>29</sup> Mike Newton, “A Radical Reimagining of the Concept of Attack”, *Articles of War*, 2020, <<https://lieber.westpoint.edu/radicalreimagining-attack-ntaganda/>>, Erişim Tarihi 09 Temmuz 2023.

bir parçası olarak görülürse; verilerin imhası, silinmesi, el konulması aynı zamanda fiziksel nesnenin bir kısmının imhası, silinmesi, el konulması anlamına gelecektir. Bu doğrultuda, somut nesnelere doğrudan fiziksel zarar vermekle sonuçlanan ve verilere yönelik saldırı anlamına gelmekte olan siber operasyonlar uluslararası insancıl hukuka tabi olmalıdır.<sup>30</sup> Ancak doğrudan somut sonuçları olmadığında, siber operasyonları saldırı olarak sınıflandırmak sorunludur. Sorunu netleştirmek gerekirse; bir bilgisayar sisteminin bozulmasına veya doğrudan fiziksel sonuçlara yol açmayan bilgilere erişimin geçici veya kalıcı olarak kaybedilmesine neden olan siber operasyonların bir nesneye saldırmak veya bir malı imha etmek, el koymak veya ele geçirmek olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirlenmesi önemlidir. Makalenin bir sonraki bölümünde bu sorular yanıtlanmaya çalışılacaktır.

### B. Veriler Nesne Olarak Kabul Edilebilir mi?

Temel sorun verilerin nesne olarak nitelendirilip uluslararası insancıl hukuk ve Roma Statüsü'ndeki savaş suçları açısından koruma altına alınmasının gerekliliğidir. Akademik tartışmaların yanı sıra, devletlerin verilerin nasıl kategorize edilmesi gerektiğine ilişkin kamuoyu yorumları sınırlı ve tutarsızdır. Yalnızca fiziksel bir sivil nesneye kinetik zarar veren siber operasyonlar suç için gerekli maddi unsurları karşılayabilir. Bu yaklaşım, sadece sistemin işleyişini bozan ancak daha sonra eski haline geri döndürülebilir operasyonları hariç tutmaktadır. Bu durumda, ilgili nesne veri değil, fiziksel olarak zarar gören somut ögedir. Daha farklı bir yaklaşımla, veriler fiziksel bilgisayar sistemlerinin içine gömülü ve bu sistemlerin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilebilir. Böylelikle verilere yapılan ve sistemin işlevselliğini azaltan bir saldırı, bu sisteme yapılmış bir saldırı olarak değerlendirilebilir. Ayrıca verinin kendisi yok edilebilecek ya da kullanımı engellenerek saldırılabilecek bir nesne olarak da değerlendirilebilir. Bütün olasılıklar bu bölümde değerlendirilecektir.

Savaş suçları, askeri hedef olmayan nesnelere olarak tanımlanan sivil nesnelere korumayı amaçlamaktadır. Roma Statüsü ve suçun unsurları bu kavramların anlamlarına açıklık getirmemektedir. Uluslararası insancıl hukuk açısından özel bir anlama sahip olan sivil hedef ve askeri hedef kavramlarını incelemek için uluslararası insancıl hukuk andlaşma ve örf ve âdet hukukuna atıfta bulunmak gerekmektedir.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Schmitt, *Tallinn Manual*, s. 417.

<sup>31</sup> Knut Dormann, "Article 8 Para 2: Meaning of War Crimes", Kai Ambos (Ed.), *Rome Statute*

Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol I'in 52. Maddesi, örf ve âdet hukuku olarak kabul edilmektedir.<sup>32</sup> 52. Madde saldırıların askeri hedeflerle sınırlı olması gerektiğini öngörmektedir.<sup>33</sup> Bugüne kadar gerçekleştirilen tartışmaların ana eksenini, nesnelerin somut olmasının gerekip gerekmediği üzerinedir.<sup>34</sup> Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Cenevre Sözleşmelerine ilişkin şerhi internetin yaygınlaşmasından önce hazırlanmıştır. Bu yüzden nesnelerin maddi ve somut şeylerle sınırlı olduğunu öne sürmektedir.<sup>35</sup> Şerh analog bir savaş fikri doğrultusunda oluşturulduğundan, bilgisayar kavramı sadece iki noktada ve nispeten önemsiz bir şekilde belirtilmiştir. Şerhin yazarları, silahlı çatışma durumunda uygulanabilecek tüm uluslararası hukuk hükümlerinin bir bilgisayarın hafızasında saklanması o zamanlar için yeni bir olasılık olduğunu vurgulamaktadırlar. Şerhin yazarları, Ek Protokol I Ek I kapsamında kimlik kartları için gereklilikleri tartışırken, bilgisayar bilimindeki mevcut gelişmeler ışığında elektronik bir kimlik kartının üretilebilme olasılığını reddetmektedirler.<sup>36</sup> *Siber Savaşa Uygulanacak Uluslararası Hukuk Hakkında Tallinn Rehberi 2.0* ise askeri hedeflerin ve dolayısıyla nesnelerin bilgisayarları, bilgisayar ağlarını ve siber altyapıyı içerebileceği, ancak bilgisayar verilerinin kendisini içermeyeceği sonucuna ulaşmıştır.<sup>37</sup>

Devletlerin verilerin statüsünün belirlenmesi problemine ilişkin görüşleri tutarsızdır. İsrail, somut varlığın bulunması gerekliliği şartı olduğu

---

*of the International Criminal Court: A Commentary*, Nomos, 2016, s. 355.

<sup>32</sup> Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 3. Bası, Cambridge University Press, 2016, s. 105.

<sup>33</sup> Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol I'in 52. Madde metni: "Saldırıları sadece askeri hedeflerle sınırlı olacaktır. Mallar söz konusu olduğunda askeri hedefler, doğaları, konumları, amaçları ya da kullanımları gereği askeri eylemlere etkin bir katkıda bulunan ve tamamen ya da kısmen yok edilmesi, ele geçirilmesi ya da etkisiz hale getirilmesi durumunda, mevcut koşullar altında, kesin bir askeri avantaj sağlayan objelerle sınırlıdır." *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts* (adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978) 1125 UNTS 3.

<sup>34</sup> International Law Association Study Group on the Conduct of Hostilities in the 21st Century, "The Conduct of Hostilities and International Humanitarian Law: Challenges of 21st Century Warfare", *International Law Studies*, 93(1), 2017, s. 338.

<sup>35</sup> Yves Sandoz/Christophe Swinarski/Bruno Zimmerman, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, 1987.

<sup>36</sup> Kubo Macak, "Military Objectives 2.0: The Case for Interpreting Computer Data as Objects under International Humanitarian Law", *Israel Law Review*, 48(1), 2015, s. 67.

<sup>37</sup> *Tallinn Rehberi 2.0*, Kural 38.

gerekçesiyle verileri nesne kategorisinin dışında tutmaktadır.<sup>38</sup> Fransa ise dijital bağımlılığın artması dolayısıyla verileri nesne tanımından hariç tutmanın uluslararası insancıl hukukun amacına ve hedefine aykırı olacağını belirtmektedir. Sivil veriler maddi olmamasına rağmen uluslararası insancıl hukuk kapsamında korunan bir nesne olduğunun kabulü gerekmektedir.<sup>39</sup> Benzer bir yaklaşımla Norveç askeri talimatnamesi de verilerin bir nesne olarak sınıflandırılabilceğini kabul etmektedir. Askeri veriler gibi hukuka uygun hedefler olduğu sürece, Norveç askeri talimatnamesi verilere doğrudan saldırı yapılabileceğini kabul etmektedir.<sup>40</sup>

Diğer devletlerin yaklaşımlarında ise belirsizlik ortaya çıkmaktadır. Danimarka askeri talimatnamesi, uluslararası insancıl hukuk kapsamında verileri nesne olarak nitelendirmemektedir. Ancak istisnai olarak veriler zarar görür veya silinir ise siviller üzerinde fiziksel bir nesneye verilen zararla aynı etkiye sahip olacaktır. Bu kapsamda, Danimarka Silahlı Kuvvetleri yeri doldurulamaz veriler üzerinde meydana gelen hasarı tali hasar olarak kabul etmektedir.<sup>41</sup> Peru ve Şili devletleri askeri bir amaç taşımadığı sürece verilerin korunması gerekliliğine vurgu yapmaktadır.<sup>42</sup> Guyana ise siber operasyonların etkilerine odaklanmaktadır. Bu doğrultuda verilerin silinmesi, gizlenmesi ve bozulmasının kapsamlı sonuçlar ortaya çıkarabileceğine dikkat çekmektedir.<sup>43</sup> Avustralya devleti verilerin uluslararası insancıl hukuk tarafından korunması gerektiği görüşünü dışlamamakla birlikte, somut etkilerin oluşması şartını öne sürmektedir. Uluslararası insancıl hukuk kapsamında siber operasyon, kinetik bir saldırı ile aynı eşiğe ulaşır ise somut etki ortaya çıkmaktadır. Somut etki var ise silahlı çatışma sırasında saldırıları düzenleyen kurallar siber operasyona da

<sup>38</sup> Roy Schondorf, "Israel's Perspective on Key Legal and Practical Issues Concerning the Application of International Law to Cyber Operations", *International Law Studies*, 97(1), 2021, s. 401.

<sup>39</sup> Jean Drian, *Stratégie Internationale de la France Pour le Numérique*, Ministre de l'Europe et des Affaires Etrangères, 2017.

<sup>40</sup> Norwegian Chief of Defence, *Manual on the Law of Armed Conflict*, Department of Security Policy at The Norwegian Ministry of Defence, 2013, s. 210.

<sup>41</sup> Peter Bartram/Jes Knudsen, *Military Manual on International Law Relevant to Danish Armed Forces in International Operations*, Danish Ministry of Defence, 2016.

<sup>42</sup> Gisel/Rodenhauser/Dorrmann, s. 320

<sup>43</sup> Organisation of American States, *Improving Transparency: International Law and State Cyber Operations, Fifth Report, Presented by Professor Duncan B. Hollis ('Hollis Report')*, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 615/20 rev.1, 7 Ağustos 2020, para. 36.

uygulanacaktır.<sup>44</sup> İran devleti siber operasyonların, mallara veya kişilere maddi zarar verdiği durumlarda kuvvet kullanma teşkil edeceğini belirtmektedir.<sup>45</sup> ABD Dışişleri Bakanlığı Hukuk Danışmanı siber operasyon bir saldırı teşkil ettiği sürece, verilerin uluslararası insancıl hukukun amaç ve hedefleri doğrultusunda nesne olarak kabul edilmesi gerektiğini öne sürmektedir.<sup>46</sup>

Çek Cumhuriyeti verilerin uluslararası insancıl hukuk tarafından korunan nesnelere arasında yer alıp almadığı tartışmasında görüş bildirmemektedir. Sadece uluslararası hukukun siber operasyonlara uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Çek Cumhuriyeti siber operasyonun ulusal güvenlik, ekonomi, kamu sağlığı, çevre üzerinde önemli bir etkiye sahip altyapılara zarar vermesi, bozması durumunda veya siber operasyonun hükümet işlevlerinin yerine getirilmesi için gerekli olan veri ya da hizmetlere müdahale etmesi sonucunda işlevlerin yerine getirilmesini önemli ölçüde engellenmesi halinde bir devletin egemenliğinin ihlal edileceğini belirtmektedir.<sup>47</sup> Bankacılık sistemine yapılan saldırı ile emekli maaşlarının ödenmesinde önemli ölçüde gecikmelere sebebiyet veren bir siber operasyon bu konuda dikkate değer bir örnektir. Bu örnek açısından operasyondan etkilenen verilerin uluslararası insancıl hukuk kapsamında korunan bir nesne kabul edilip edilmeyeceği net değildir. Yeni Zelanda da veriler konusunda görüşünü belirtmemekle birlikte, uluslararası hukukun maddi olmayan, sanal bileşenleri de kapsayacak şekilde siber uzaydaki tüm devlet faaliyetleri için geçerli olduğunu belirtmektedir.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> Commonwealth of Australia, *Australia's International Cyber Engagement Strategy*, Department of Foreign Affairs and Trade, 2017.

<sup>45</sup> The General Staff of the Iranian Armed Forces, "Declaration of General Staff of the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran Regarding International Law Applicable to the Cyberspace", 2020, <<https://nournews.ir/En/News/53144/General-Staff-of-Iranian-Armed-Forces-Warns-of-Tough-Reaction-to-Any-Cyber-Threat>>, Erişim Tarihi 10 Temmuz 2023.

<sup>46</sup> Brian Egan, "International Law, and Stability in Cyberspace", *The Berkeley Journal of International Law*, 35(1), 2017, s. 173.

<sup>47</sup> Richard Kadlcak, "Statement by Richard Kadlcak at the 2nd Substantive Session of the Open-ended Working Group on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security of the First Committee of the General Assembly of the United Nations", 2020, <[https://www.nukib.cz/download/publications\\_en/CZ%20Statement%20-%20OEWG%20-%20International%20Law%2011.02.2020.pdf](https://www.nukib.cz/download/publications_en/CZ%20Statement%20-%20OEWG%20-%20International%20Law%2011.02.2020.pdf)>, Erişim Tarihi 12 Temmuz 2023.

<sup>48</sup> New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade, *The Application of International Law to State Activity in Cyberspace*, Department of the Prime Minister and Cabinet, 2020.

Estonya,<sup>49</sup> Finlandiya,<sup>50</sup> Hollanda<sup>51</sup> ve Birleşik Krallık<sup>52</sup> uluslararası insancıl hukuk sisteminin veriler için koruma sağladığı tartışmasında taraf belirtmeden sadece uluslararası hukukun siber operasyonlar için uygulanması gerekliliğini belirtmektedirler.

Uluslararası Kızılhaç Komitesi sivil verilerin sivil nesnelere kapsamında değerlendirilmesinin gerekli olup olmadığı sorununun henüz çözülmemiş olduğunu kabul etmektedir ve daha geniş yorum metodunu tercih etmektedir. Uluslararası Kızılhaç Komitesi uluslararası insancıl hukukun amaç ve hedeflerini doğrultusunda, siber operasyonlar eğer devlet hizmetlerini ve özel sektörün faaliyetlerini durdurmaya amaçlıyorsa ve sivillerin zarar görme riski reddedilemezse; bu durumda, verilerin nesne kategorisine dahil olması gerektiği görüşündedir.<sup>53</sup>

Doktrindeki veriye ilişkin görüşleri incelediğimizde, Schmitt veriyi nesne kategorisinin dışında tutan daha dar yorumu tercih etmektedir. Psikolojik harekât metodu olarak verilerin yok edilmesi veya değiştirilmesi kabul edilebilirse de, Schmitt, verileri bir nesne olarak değerlendirmenin aşırı genişletici bir yorum metodu olduğunu açıklamaktadır. Ordular günümüzde düşman olarak kabul edilen hükümetlere ya da politikalarına verilen halk desteğini en aza indirmek için bilgi hareketleri yürütmektedirler. Siber araçlarla yürütülmekte olan bilgi hareketleri neticesinde sivil medyanın faaliyetleri dijital yıkıma, değişime uğratılmaktadır. Bilgi hareketleri verilerin yok edilmesi ve değiştirilmesini de içermektedir.<sup>54</sup>

Nesne kelimesi anlam bakımından genel ve geniş bir kategoriye ifade etmektedir ve yeni nesne biçimlerini içerecek şekilde değişime uğrayabilir. Macak, günümüz koşulları ışığında yorumlandığında, özellikle uzun bir

<sup>49</sup> Kersti Kaljulaid, *President of the Republic at the Opening of CyCon 2019*, Estonian Ministry for Foreign Affairs, 2019.

<sup>50</sup> Marja Lehto, *International Law and Cyberspace: Finland's National Positions*, Finnish Ministry for Foreign Affairs, 2020.

<sup>51</sup> Dutch Minister of Foreign Affairs, *Letter for the Parliament on the International Legal Order in Cyberspace — Appendix: International Law in Cyberspace*, Minister of Foreign Affairs to the President of the House of Representatives on the International Legal Order in Cyberspace, 2019.

<sup>52</sup> Jeremy Wright, *Cyber and International Law in the 21st Century*, Attorney General's Office, 2018.

<sup>53</sup> International Committee of the Red Cross, *Cyber Operations during Armed Conflicts*, s. 8.

<sup>54</sup> Schmitt, *Wired Warfare*, s. 342.

süre önce akdedilmiş bir andlaşma olan Cenevre Sözleşmeleri'nin somutluk gerektirmediğini savunmaktadır.<sup>55</sup> Farklı dillerde verinin nasıl yorumlandığı açısından, Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol I'in Fransızca ve İspanyolca metinleri incelendiğinde nesne için gerçek dünyada fiziksel varlığı olan, nesnelere sınırlı olmayan ve dolayısıyla somutluk gerektirmeyen bir kelime olan *bien* kullanılmaktadır.<sup>56</sup> Nesne kelimesi Türk Dil Kurumu tarafından belli bir ağırlığı ve hacmi, rengi olan her türlü cansız varlık, şey, obje olarak tanımlanmaktadır ve somutluk gerektirmektedir.<sup>57</sup> Veriler imha edilebilir, ele geçirilebilir veya el konulabilir. Aslında, veriler toplumun moral düzeyi gibi soyut kavramlardan çok köprüler gibi somut nesnelere benzemektedir. Moral düzeyi saldırılardan etkilenebilir fakat varlığı ya da kapsamı nesnel olarak belirlenemeyen öznel bir kategoridir. Öte yandan bir köprü zarar görmeden mevcudiyetini sürdürebilir, hasara uğrayabilir, tamamen yok edilebilir. Köprü'nün varlığı ve durumu öznel bir değerlendirmeye bağlı değildir. Teleolojik yorum metodundan hareketle, verilerin nesne kapsamında değerlendirilmesi sivillere daha iyi koruma sağlayacaktır ve uluslararası insancıl hukukun amaç ve hedeflerini daha iyi yansıtmaya potansiyeline sahip olacaktır.<sup>58</sup> Sivil nesnelere dar tanımının tercih edilmesi, uluslararası insancıl hukuk kapsamında önemli bir koruma boşluğunu ortaya çıkaracaktır. Dar tanımın tercih edilmesi durumunda; siber operatörlerin, orantısız saldırılarda bulunmadıklarından emin olmak için yapmaları gereken hesaplamalarda sivil verilerin imhasını göz ardı etmeleri gerekecektir.<sup>59</sup> *Siber Savaşa Uygulanacak Hukuk Hakkında Tallinn Rehberi 2.0*'da azınlık bir görüşü temsil eden uzman grubu, çoğunluğun pozisyonunun kapsayıcı olduğunu belirtmektedir. Sosyal güvenlik verileri, vergi kayıtları ve banka hesapları gibi temel sivil veri kümelerinin silinmesi potansiyel olarak silahlı çatışma hukukunun düzenleyici kapsamı dışında kalacaktır. Bu durumda, sivil halkın düşmanca eylemlerin etkilerinden genel olarak korunması gerekliliği ilkesine aykırı bir

---

<sup>55</sup> Macak, s. 71.

<sup>56</sup> Harrison Dinness, "The Nature of Objects: Targeting Networks and the Challenge of Defining Cyber Military Objectives", *Israel Law Review*, 48(1), 2015, s. 43.

<sup>57</sup> Türk Dil Kurumu, "Türk Dil Kurumu Sözlükleri", <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 12 Temmuz 2023.

<sup>58</sup> Laurent Gisel/Tilman Rodenhauer, "Cyber Operations and International Humanitarian Law: Five Key Points", 2019, *Humanitarian Law & Policy*, <<https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2019/11/28/cyber-operations-ihl-five-key-points/>>, Erişim Tarihi 12 Temmuz 2023.

<sup>59</sup> Jonathan Horowitz, "Cyber Operations under International Humanitarian Law: Perspectives from the ICRC", *ASIL Insights*, 24(11), 2020, s. 2.



durum ortaya çıkacaktır.<sup>60</sup>

Verilerin nesne kategorisinden çıkarılması durumunda, fiziksel eşdeğerleri uluslararası insancıl hukuk tarafından sıkı bir şekilde korunan birçok hedef, saldırının etkileri siber uzayda kaldığı sürece meşru bir hedef olarak kabul edilebilecektir.<sup>61</sup> Siber operasyonlar sivil ağları, sistemleri ve altyapıyı hedef almak için tercih edilen bir saldırı metodu olduğundan, verilerin nesne kategorisinin dışında tutulmasının sonuçları önem kazanmaktadır.<sup>62</sup> Verilerin yok edilmesi sistemin işleyişine müdahale etmemektedir. Aynı zamanda sistemin fiziksel olarak yeniden inşası gerekli değildir. Ancak bu durumlarda bile zararlı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Silahlı çatışma hukukundaki hedefleme kurallarının amaçları doğrultusunda, nesnenin maddi bir varlığa sahip olmasının zaruryeti tekrar değerlendirilmelidir.<sup>63</sup>

Verilere yönelik tüm siber operasyonlar bir nesneye saldırı anlamına gelmeyecektir. Gerekli zarar yoğunluğunu belirli nesne türlerinin zarar görmeye uygunluğu doğrultusunda ayırmak gerekmektedir. Bu nedenle, tüm veriler zarar görmeye uygun olsa da, verilere yapılan her müdahale yeterli yoğunlukta zarar anlamına gelmeyecektir. Verilerin kötüye kullanılması veya suistimal edilmesi zarar oluşturmayabilirken, verilerin silinmesi veya değiştirilmesi zararın oluşmasına sebebiyet verecektir. Zararın vahamet eşliğini aşır aşmadığını değerlendirmek zorluklar içermektedir. Verileri tamamen yok etmek yerine, veri bütünlüğünü ortadan kaldırmak ya da parçalara ayırmak taktiksel açıdan daha mantıklı olabilir. Ayrıca veriler kalıcı olarak silinmeyebilir ve bazı durumlarda sabit sürücüden kurtarılabilir. Veriler zarar eşğine ulaşmayacak düzeyde müdahalelere açıktır. Bu durumda, verilerin zarar görmeyeceği anlamına ulaşmak doğru değildir. Veriler tahribata açıktır ve bu tahribat nesnel olarak doğrulanabilir.<sup>64</sup>

Harrison Dinniss nesne tanımını dar bir şekilde yorumlamaktadır. Dinniss verilerin niteliklerine göre ikili bir ayırma gitmektedir. İçerik düzeyindeki verilerin kapsamına araştırma makalelerinin metni, tıbbi veri tabanları,

<sup>60</sup> Schmitt, *Tallinn Manual*, s. 437.

<sup>61</sup> Macak, s. 78.

<sup>62</sup> Cordula Droegge, "Get off My Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law, and the Protection of Civilians", *International Review of the Red Cross*, 94(886), 2012, s. 561.

<sup>63</sup> Rain Liivoja/Tim McCormack, "Law in the Virtual Battlespace: The Tallinn Manual and the Jus in Bello", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 15(1), 2012, s. 53.

<sup>64</sup> Macak, s. 74.

kütüphane katalogları ve benzerleri girmektedir. Koruma sağlanması gereken veriler ise uluslararası insancıl hukuk açısından özel koruyucu hükümlere sahip olan sağlık kayıtları ve kültürel varlıklar olacaktır.<sup>65</sup> Operasyonel düzeydeki veriler ise program verileridir, yani donanım işlevselliğini ve ihtiyaç duyduğumuz görevleri yerine getirme yeteneğini veren veri türleridir. Bu ikili ayrıma gidilmesinin nedeni verilere verilen zararın farklı türlerde olmasıdır. Operasyonel düzeydeki verilerin veya kodların imha edilmesi durumunda sistem işlevselliğini tamamen kaybetmektedir. İçerik düzeyindeki verilerin imha edilmesi durumunda ise bozuk veya eksik verilerle de olsa sistem sağlam kalacaktır.<sup>66</sup>

Siber operasyonlarda verilerin hedef alınması ile ilgili çok az devlet uygulaması olduğu açıktır. Devletlerin düşük seviyeli siber operasyonlar yürütmesi olasılığında, içerik düzeyindeki verilerin kaybı, sistemin işlevinin durmasıyla sonuçlanan operasyonel düzeydeki verilere ilişkin işlemlerden farklı şekilde ele alınmalıdır. Bu nedenlerle iki veri türünü ayrı ayrı ele almak doğru bir yaklaşım olacaktır.

Verilerin hedef alındığı siber saldırıların nesnelere yönelik saldırı olarak nitelendirilebilmesi için zarar temelli yaklaşımların varlığına rağmen, amaç ve hedefe uygunluk gibi oldukça genel bir iddianın ötesinde hukuki bir gerekçe bulamamaktadır. Verilerin nesne kategorisine dahil edilmesini destekleyen bir devlet uygulaması ve *opinio juris* eksikliği olduğu kabul edilmelidir.<sup>67</sup> Bu durum değişene kadar, *Siber Savaşa Uygulanacak Hukuk Hakkında Tallinn Rehberi 2.0*'da kabul edilen yaklaşımın esas alınması doğru olacaktır.

### C. Siber Saldırı Altındaki Nesneyi Nitelendirmenin Önemi

Savaş suçlarının meydana gelebilmesi için nesnelere yönelik bir saldırının bulunması gerekmektedir. Bu gerekçeyle, hangi nesnenin saldırı altında olduğunu belirlemek önem kazanmaktadır. Veri saldırı altında bulunan ilgili nesne değilse, verilerin statüsü hukukun nasıl uygulanacağı konusunda belirleyici olmayacaktır. Literatürde farklı yaklaşımlar bulunmasının nedeni, saldırı altında bulunan nesnenin nasıl tespit edileceğine dair farklı yorumlardan kaynaklanmaktadır.

Veriler sistemlere, nesnelere gömülü olarak bulunabileceğinden

---

<sup>65</sup> Dinniss, s. 41.

<sup>66</sup> Dinniss, s. 42.

<sup>67</sup> Schmitt, *Wired Warfare*, s. 342.

verinin soyut bir nesne olarak kabulü her zaman doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Soyutlama riski, verilerin neden bir nesne olarak düşünülmesi ya da düşünülmemesi gerektiğini gösteren olasılıkların oluşturulmasının ana nedenidir. Silah kayıtları ve hava trafik kontrol bilgileri gibi önemli askeri veriler, askeri nesne olarak sınıflandırılabilir.

Sivil hastane verileri tartışılması gereken bir diğer önemli noktadır. Sivil hastane verileri gizlice silinir ya da değiştirilirse, hastaların yaşamları ve sağlıkları tehlike altında olacaktır. Sivil hastane verileri askeri hedef kriterine uymamaktadır. Sivil hastane verilerinin hedef alınarak yok edilmesi sivil nesnelere olan verilerin bütünlüğünü bozacaktır. Sivil hastane verilerine yönelik bir saldırı, sivil nüfus olarak hastanede bulunan hastaların güvenliğini de etkileme potansiyeline sahiptir.

Hastane verilerinin siber saldırılarda hedef alınması hastalara yönelik potansiyel öngörülebilir zararın varlığı nedeniyle, verilerin hedeflenmesinden bağımsız olarak hastaneye yönelik bir saldırı olarak da kabul edilebilir.<sup>68</sup>

Hastane verilerine yönelik siber operasyonlar, tıbbi tesis ve hizmetlerin uluslararası insancıl hukuk kapsamında özel olarak korunması ve bu tür operasyonların hastalar üzerinde yaratabileceği dijital olmayan etkiler nedeniyle hukuka aykırı olacaktır. Savaşan taraflar, tıbbi tesislere ve personele her zaman saygı göstermeli ve korumalıdır.<sup>69</sup> Savaşan tarafların sivil nüfusun hayatta kalması için vazgeçilmez olan nesnelere koruma yükümlülüğü de bulunmaktadır.<sup>70</sup> Bu yükümlülükler saldırı anlamına gelen operasyonlardan daha fazlasını kapsamaktadır. Tıbbi personele ve tesislere herhangi bir şekilde zarar vermek yasaktır. Bu kapsamda, tıbbi malzemelerin geçmesi engellenmemelidir veya bakım altındaki yaralı ve hastalara tedavi vermeye devam etme olasılığı engellenerek tıbbi personelin çalışmalarına müdahale

<sup>68</sup> Michael Schmitt, "The Notion of Objects during Cyber Operations: A Riposte in Defence of Interpretive and Applicative Precision", *Israel Law Review*, 48(1), 2015, s. 81-109.

<sup>69</sup> Jean Henckaerts/Louise Beck, *Customary International Humanitarian Law Vol I*, Cambridge University Press, 2005, Kural 25, 28, 29.

<sup>70</sup> Art. 19 Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 12 August 1949 (GC I); Art. 12 Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 12 August 1949 (GC II); Art. 18 Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949 (GC IV); Art. 12 AP I; Art. 11 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (AP II), 8 June 1977.

edilmemelidir.<sup>71</sup> Uluslararası Hukuk Derneği verilerin nesne olarak korunması gerekliliği konusunda fikir birliğine ulaşamamıştır. Tıbbi birimler, kültürel varlıklar, su sistemleri gibi belirli nesne kategorilerinin kendilerine ait verileri de kapsayacak şekilde yorumlanması gerekmektedir. Bu kapsamda yer alan verilerin silinmesine, zarar görmesine, manipüle edilmesine veya gizlice müdahale edilmesine yönelik işlemlerin yasak olması gerekliliği konusunda fikir birliğine ulaşılmıştır.<sup>72</sup>

Verileri depo eden sistemleri fiziksel zarara uğratan siber operasyonlar ile verileri depolayan sisteme zarar vermeyen ancak ikinci dereceden maddi veya fiziksel etkilere neden olan siber operasyonlar farklı değerlendirilmelidir. Siber operasyon ile doğrudan fiziksel bir zararın oluşmadığı zarar kavramı arasındaki boşluk, hastane örneklerinde açık olduğu üzere hala mevcuttur. Siber operasyonlar neticesinde hastane sistemlerinde yer alan bilgiye erişimin engellenmesi, tedavi sürecinde doktor ve hemşirelerin doğru kararlar almasını zorlaştıracaktır. Aynı zamanda hastanedeki hasta akışı için hayati öneme sahip yönetim sistemleri kesintiye uğrayacağından hastalarda fiziksel zarar ortaya çıkabilecektir. Eylül 2020’de Almanya’da bir hasta, en yakın hastanenin fidye yazılımı saldırısıyla mücadele etmesi gerekçesiyle kendisini kabul edememesi ve tedavisinin bir saat gecikmesi sonucunda hayatını kaybetmiştir. Alman savcılar bilgisayar korsanlarını taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan soruşturmuşlardır. Ancak hastanın tıbbi teşhisinin ciddiyeti doğrultusunda, hastanın yaşamının sona ereceğinin anlaşılması üzerine dava düşürülmüştür.<sup>73</sup> Fidye yazılımlarının doğrudan bir ölüme neden olması yakın gelecekte mümkün olabilir.

Devlete ait bilgisayar sistemlerine yönelik bir siber saldırı neticesinde sosyal yardımların ödenmesi engellenebilir. Böylelikle potansiyel olarak yoksulluk ve intihar oranlarının artmasına sebebiyet verilebilir. Adalet Bakanlığı’na ait sistem üzerinden gerçekleştirilen siber operasyonlar ile hapisanelerin, mahkemelerin ve polisin yönetiminde kilit rol oynayan adalet sistemi ağları kullanılamaz hale getirilebilir. Bu doğrultuda, insanların daha uzun süre hapisanelerde tutulmasına sebebiyet verilebilir ve polisin suça müdahale etmesi engellenebilir. Bu örneklerdeki siber saldırılar sonucunda

---

<sup>71</sup> Sandoz/Swinarski/Zimmerman, para. 517.

<sup>72</sup> ILA Study Group, s. 340.

<sup>73</sup> William Banks, “Cyber Attribution and State Responsibility”, *International Law Studies*, 97(1), 2021, s. 1049.

meydana gelen zararlar, ölçülebilen ve hayatın akışına zarar verme potansiyeline sahip somut, gerçek sonuçlardır.

Siber operasyon ile ortaya çıkardığı etki arasındaki nedensellik bağı karmaşıktır ancak öngörülemez değildir. Siber operasyonlar kritik bilgilere erişimi engelleyerek sistemlerin çökmesine ve sivillerin zarar görmesine neden olmaktadır. Bu özelliklere sahip siber operasyonları, verilere yönelik bir saldırı olarak kavramsallaştırılmak yerine, verilerin içinde bulunduğu sisteme veya altyapıya yönelik bir saldırı olarak kabul etmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Saldırıya uğrayan verilerin bilgisayar kodu, elektromanyetik darbe, saklanmasına ve erişilmesine izin veren donanım ve bu verileri kullanıma sokan sistem olarak kabulü yerine yalnızca bilgi olarak kavramsallaştırmak yanlış yorumlamalara sebebiyet verebilir.

Veri her zaman fiziksel bir varlığı olan bir sistemin içine gömülü olarak bulunmaktadır. Analoji yoluyla bir klasör dolabındaki kâğıt dosyalar uluslararası insancıl hukuk sistemi açısından incelendiğinde, kâğıtlardaki bilgileri kâğıtların kendisinden ayrı bir varlık olarak değerlendirmek doğru olmayacaktır.<sup>74</sup> Klasör dolabı, içerisindeki çatışma planları dolayısıyla askeri bir hedef olarak kabul edilir ise hedef alınabilir. Bu durumda, saldırıyı yapmanın gerekçesi olarak askeri bir hedef olarak sınıflandırılan klasör dolabı, içerisindeki kâğıt dosyalar dolayısıyla değil içerdiği bilgi nedeniyle askeri hedef olacaktır. Aynı örnek farklı bir olasılıkla incelendiğinde; eğer bilgiler tamamen sosyal güvenlik sistemi ile ilgili olsaydı, klasör dolabı askeri bir hedef olmayacaktır ve saldırıdan korunacaktır.

Verilere yönelik veya veriler aracılığıyla yapılan saldırılarla ilişkili olarak ortaya çıkan zararların, uluslararası insancıl hukuk sistemine tabi olması için somut sonuçlarla nedensellik bağının varlığını ortaya çıkarmak zor olacaktır. Zararlı sonuçlar için bir vahamet eşiği belirlenmesi ve zararlı sonuçların makul ölçüde öngörülebilir olanlarla sınırlandırılması mantıklı olacaktır. Daha basit ve koruyucu olan seçenek, verileri saldırıya uğrayabilecek fiziksel bir sistemin parçası olarak kabul etmek olacaktır. Gerçek hayat örneklerinde saldırıyla ilgili nesne veri değildir, verinin içine gömülü olduğu sistemler ve altyapı siber saldırıların hedefidir.

Genellikle verilere karşı gerçekleştirilen siber operasyonlar saldırı

<sup>74</sup> International Committee of the Red Cross, Challenges Report, s. 21.

eşiğini aşacak kadar ciddi ve makul ölçüde öngörülebilir sonuçlara yol açmayan operasyonlar olacaktır, ancak bazı siber operasyonlar bu eşiği karşılayabilecektir. Eğer Uluslararası Ceza Mahkemesi geniş anlamda bir hukuki yorum yaklaşımını benimseyecek olursa, sivillere daha fazla koruma sağlanmış olacaktır. Böylelikle uluslararası ceza hukuku ve uluslararası insancıl hukukun gelişimi teşvik edilecektir. Uluslararası Ceza Mahkemesi dar yorumu tercih ederse, bilgisayar verileri savaş suçları açısından nesnenin bir parçası olarak kabul edilmeyecektir. Devletlerin yaklaşımlarında ve akademik literatürde bu konuda bir fikir birliği bulunmamaktadır.<sup>75</sup>

### III. İMHA EDİLMEME, EL KONULMAYA VEYA ELE GEÇİRİLMEME ELVERİŞLİ MAL OLARAK BİLGİSAYAR VERİLERİ

Köklerini Cenevre Sözleşmelerinde ve 1907 Lahey Düzenlemelerinde<sup>76</sup> bulan malın imha edilmesi, el konulması veya ele geçirilmesine atıfta bulunan savaş suçları, sivil verilere yönelik siber operasyonlarda cezai hesap verebilirlik için başka bir yol sunmaktadır.<sup>77</sup> Veri ya da içinde bulunduğu sistem mal olarak kabul edilebilir. Malların verileri içerip içermediği Roma Statüsü, Cenevre Sözleşmeleri veya Lahey Düzenlemeleri'nin hazırlanması sırasında dikkate alınmamıştır. Ek Protokol I kapsamında, saldırılara ilişkin kuralların zamansal sınırları hakkında bazı tartışmalar olsa da,<sup>78</sup> uluslararası insancıl hukuk sisteminde malların temel korumasının kapsamı, saldırı anlamına gelmeyen davranışlara uygulandığı için daha geniş olarak kabul edilmektedir.<sup>79</sup>

#### A. Mal Kavramını Anlamlandırmak

Mal kelimesinin anlamı “bir kimsenin, bir tüzel kişinin mülkiyeti altında bulunan, taşınır veya taşınmaz varlıkların bütünüdür”.<sup>80</sup> Savaş suçlarını

---

<sup>75</sup> ILA Study Group, s. 339.

<sup>76</sup> Madde. 50 GC I; Madde. 51 GC II; Madde. 147 GC IV; Madde 23(g) Regulation Concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907.

<sup>77</sup> Roma Statüsü Madde 8(2)(a)(iv), 8(2)(b)(xiii), 8(2)(e)(xii).

<sup>78</sup> Eian Katz/Milena Sterio/Jonathan Worboys, “Attacks against Hospitals and Cultural Property: Broad in Time, Broad in Substance”, *Articles of War*, 2020, <<https://lieber.westpoint.edu/attacks-against-hospitals-cultural-property-broad/>>, Erişim Tarihi 09 Temmuz 2023.

<sup>79</sup> ILA Study Group, s. 347.

<sup>80</sup> Türk Dil Kurumu, “Türk Dil Kurumu Sözlükleri”, <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 12

tanımlayan hükümler mal kavramının anlamını sınırlandırmadığından, mal sahip olunabilecek her şeyi kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır.<sup>81</sup> Bu yaklaşım benimsenirse, mal kavramı verileri de kapsayacak şekilde tanımlanabilir. Savaş suçları tanımlayan düzenlemelerin lafzi yorumu doğrultusunda, veriler imha edilebilir ve verilere el konulabilir. Araziye el koyma ile ilgili olarak ortaya çıkan sorun, malın devir işlemleri gibi resmi edinimlerin gerçekleşmesinin gerekip gerektirmediğidir. Fiili, *de facto* el koymanın yeterli olduğunun kabulü ile birlikte, malı fiilen kontrol eden, yöneten ve başka şekillerde kullananların kimliğine odaklanılması gerektiği yönündeki daha geniş görüş tercih edilmelidir.<sup>82</sup> Diğer mal türlerine kıyasla karşılaştırması zor olsa da, bu mantık verilere uygulanabilir.

Mal kavramı, uluslararası insancıl hukuk dışındaki hukuki sistemlerde de önemli bir rol oynamaktadır. Uluslararası ve yerel politika yapıcılar ve mahkemeler, çeşitli yaklaşımlar benimseyerek verilerin malı koruyan hukuki sistemlere dahil edilip edilmemesi gerektiğini sorgulamışlardır. Konuya ilişkin farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu yaklaşımlar, sorunun uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukuku kapsamında çözülmesi için model olarak kullanılabilir. Farklı hukuk sistemlerinden kararlar bu amaçla değerlendirilecektir.

Uluslararası mahkemelerin bilgisayar verilerinin mal olarak nitelendirilmesine ilişkin içtihadı sınırlıdır. *Bazı Belge ve Verilere El Konulması ve Alikonulmasına İlişkin Sorular (Timor-Leste v Avustralya)* davasında Timor-Leste, hangi kuralların uygulanacağını belirlemek amacıyla verilerin taşınır mal olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Uluslararası Adalet Divanı verilerin mal statüsüne ilişkin bir karar vermemiş olsa da, bu görüşü açıkça reddetmemiştir.<sup>83</sup>

Yerel mahkemeler, verilerin taşınır ve taşınmaz malları düzenleyen mevcut rejimlere dahil edilip edilmeyeceğini değerlendirmiştir. Örneğin, Mayıs 2020’de İtalyan Yargıtay’ı verilerin taşınır mal olarak değerlendirilebileceğine

---

Temmuz 2023.

<sup>81</sup> Simon McKenzie, *Disputed Territories and International Criminal Law: Israeli Settlements and the International Criminal Court*, Routledge, 2019, s. 119.

<sup>82</sup> *Prosecutor v. Zdravko Mucic aka “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo aka “Zenga”, Zejnib Delalic (Trial Judgement)*, IT-96-21-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 16 November 1998 § 590.

<sup>83</sup> *Questions Relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v Australia) (Provisional Measures)*, ICJ Reports (2014), §§ 24-26.

karar vermiştir. Kararın gerekçesi verilerin fiziksel olarak alıkonulabilir, sahip olunabilir, el konulabilir ve kendi yapısal özelliklerini koruyarak bir dijital destekten diğerine aktarılabilir olmasıdır.<sup>84</sup>

ABD Mahkemeleri elektronik belge ve verileri mal olarak değerlendirmektedir. New York Temyiz Mahkemesi, bir kişinin başka bir kişinin malını alıp sahibinin haklarına aykırı bir şekilde kullanması olarak tanımlanabilecek dönüştürme haksız fiilinin amaçları doğrultusunda, bilgisayardaki bir belgenin dosya dolabındaki bir belgeyle aynı değere sahip olduğuna, çünkü değerinin fiziksel biçiminde değil içerdiği bilgide yattığına karar vermiştir.<sup>85</sup>

*Kremen v. Cohen* davasında ABD Dokuzuncu Daire Temyiz Mahkemesi, bir internet alan adının haksız fiil hukuku tarafından korunan soyut veyahut maddi olmayan mal olarak sınıflandırılabilmesine karar vermiştir.<sup>86</sup> Bu durumda, bir şirketin dosya odasını yakmak dönüştürme haksız fiili kabul edilebilecektir. Şirketin ana bilgisayarını hacklemek ve verilerini silmek ise dönüştürme haksız fiili olarak kabul edilmeyecektir. *Integrated Direct Marketing LLC v. May* davasında Arkansas Yüksek Mahkemesi bu davalara atıfta bulunarak, kâğıt belgelerin dönüştürme haksız fiil olarak kabulünün mümkün olup elektronik ortamda saklanan benzerlerine izin verilmemesinin makul bir dayanağı olmadığına karar vermiştir.<sup>87</sup> Diğer ABD Mahkemeleri, haksız fiil kavramını bu şekilde geniş yorumlamak konusunda isteksiz davranmaktadır,<sup>88</sup> bu konu akademik araştırmaların odak noktası olmaya devam etmektedir.<sup>89</sup>

Anglo Sakson hukukunu uygulayan mahkemeler genellikle *National Provincial Bank Ltd v. Ainsworth* davasında geliştirilen mal tanımını kararlarında esas almaktadır. Bu doğrultuda; mal ayırt edilebilir, tanımlanabilir, üçüncü şahıslar tarafından belirlenebilir, doğası gereği üçüncü şahıslar

---

<sup>84</sup> Italian Supreme Court of Cassation, Second Criminal Chamber, with the Judgment No. 11959 of April 10, 2020.

<sup>85</sup> *Thyoff v Nationwide Mutual Insurance Co* 8 NY 3d 283, at 292.

<sup>86</sup> *Kremen v. Cohen*, 337 F.3d 1024 (9th Cir.2003).

<sup>87</sup> *Integrated Direct Marketing, LLC v. May*, 495 S.W.3d 73, 2016 Ark. 281 (2016).

<sup>88</sup> *Epic Systems Corp. v. Tata Consultancy Services Ltd.*, 2016 WL 4033276 at § 27 (W.D. Wisc. July 26, 2016).

<sup>89</sup> Joao Marinotti, “Tangibility as Technology”, *Georgia State University Law Review*, 37(1), 2021, s. 53.



tarafından üstlenilebilir ve bir dereceye kadar kalıcılık veya istikrara sahip olmalıdır.<sup>90</sup> Bu tanım doğrultusunda, veriler bilgi niteliğinde olduklarından mal olarak tanımlanamayacaktır.

2014 yılında İngiliz Temyiz Mahkemesi, bilgisayar veri tabanının mal statüsünü ayrıntılı olarak incelemiştir. İngiliz Temyiz Mahkemesi veri tabanının depolandığı fiziksel ortam ile bilginin kendisi arasında bir ayırım yapmıştır. Veri tabanının depolandığı fiziksel ortam mal olarak tanımlanmıştır. Bilginin kendisi ise mal olarak tanımlanmamıştır.<sup>91</sup>

Yeni Zelanda mahkemeleri ise tam tersi bir yaklaşım benimsemiştir.<sup>92</sup> *R v. Cox* davasında Temyiz Mahkemesi, verilerin geçici olsa bile fiziksel varlığa sahip olduğu gerekçesiyle kısa mesajın bir nesne olmadığını reddetmiştir.<sup>93</sup> *Dixon v. R* davasında, veriler maddi olmasa da, 1961 tarihli Yeni Zelanda Suçlar Yasası kapsamında mal olarak kabul edilebileceklerine karar verilmiştir.<sup>94</sup> *Henderson v. Walker* davasında Yüksek Mahkeme, verilerin şifre koruması ve bilgisayar, depolama ortamı üzerinde fiziksel kontrol yoluyla hariç tutulabilip, dışlanabileceğini vurgulamıştır. Veriler aynı zamanda erişilemez hale getirmek için silinebilir veya değiştirilebilir yani tüketilebilir. Bu doğrultuda verilerin mal olarak tanımlanabileceğine karar verilmiştir.<sup>95</sup>

Japon Ekonomi, Ticaret ve Sanayi Bakanlığı, somut olmaması nedeniyle verilerin Japon Medeni Kanunu kapsamında mülkiyet haklarına tabi olamayacağını belirtmiştir.<sup>96</sup> *Siber Savaşa Uygulanacak Hukuk Hakkında Tallinn Rehberi 2.0*'ın yorumunda belirtildiği üzere, somut materyalden ziyade bilgi ile ilgili olan ve yaygın olarak tanınan bir mülkiyet şekli olarak fikri mülkiyet bulunmaktadır.<sup>97</sup> Bu mülkiyet veriden oluşur ve sahip olunmasına, ticaretinin yapılmasına, edinilmesine ve çalınmasına izin veren bir rejim vardır. Çalınmasını ve kötüye kullanılmasını hayal etmekte hiçbir zorluk yoktur ve eğer bilginin başka bir kaydı yoksa, bilginin depolandığı yerin yok

<sup>90</sup> *National Provincial Bank Ltd v Ainsworth* [1965] AC 1175, § 1248.

<sup>91</sup> *Denlay v Federal Commissioner of Taxation* (2011) 193 FCR 412, § 72.

<sup>92</sup> *Ruscoe v Cryptopia Limited (in liquidation)* [2020] NZHC 728, § 95.

<sup>93</sup> *R v Cox* (2004) 21 CRNZ 1, § 49.

<sup>94</sup> *Dixon v The Queen* [2015] NZSC 147, § 50.

<sup>95</sup> Sarah Green/John Randall, *The Tort of Conversion*, Hart Publishing, 2009, s. 118.

<sup>96</sup> Japanese Ministry of Economy, Trade and Industry, *Contract Guidelines on Utilization of AI and Data*, IP Policy Office, Economic and Industrial Policy Bureau, 2018, s. 23.

<sup>97</sup> Schmitt, *Tallinn Manual*, s. 535.

edilmesi onun ortadan kaldırılmasına yol açacaktır.<sup>98</sup>

Türk hukuk öğretisi açısından, bilişim sistemlerinde yer alan verilerin alınması ya da başka bir yere nakledilmesi hırsızlık suçunu oluşturmamaktadır.<sup>99</sup> Veriler menkul mal kapsamında değildir. Verilerin taşınır mal statüsü bulunmamaktadır, bu gerekçeyle suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında Türk Ceza Kanunu'nda kanun koyucu tarafından suç olarak tanımlanan fiiller için cezai sorumluluk oluşacaktır. Verilerin izinsiz bir şekilde ele geçirilmesi hırsızlık suçunun unsurları ile benzerlikler taşısa dahi, hırsızlık suçunun maddi unsurlarında taşınır mal ve ekonomik değer taşıyan enerji üzerindeki kullanım hakkının izinsiz bir şekilde sona erdirilmesi öngörülmüştür. Veriler bu nitelikleri taşımadıklarından kapsam dışında kalacaklardır. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hiçbir maddede veri taşınır bir mal olarak belirtilmemiştir. Verilerin içeriği konusunda bir ayrıma gitmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Bilgisayarda bulunana verilerin, programların, bilgilerin hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilebilmesi için belirli niteliklere haiz olması gerekmektedir. Bu nitelikler taşınır mal olma ve iktisadi bir nitelik taşımaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.11.2009 tarihinde oy çokluğu ile verdiği 2009/11-193 E. ve 2009/268 K. sayılı kararı da bu görüşü benimsemektedir; "... failin eylemdeki kastı, katılanın banka hesabında bulunan taşınır nitelikteki parayı bilişim sistemini kullanmak suretiyle kendi hesabına geçirmeye katılanın rızasına aykırı olarak malvarlığında azalmaya neden olmaya, başka bir anlatımla mevcut veriyi başka bir yere göndermekten ziyade, bu verinin temsil ettiği parayı alıp mal edinmeye yöneliktir. Kaldı ki sanığın, katılanın internet bankacılığında bulunan parasına ulaşmak için bilişim sistemlerini araç olarak kullanmaktan başka alternatifi de yoktur. Dolayısıyla olayımızda, 5237 sayılı TCK m.142/2-e'de düzenlenen bilişim sistemini kullanmak suretiyle hırsızlık suçunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Sanığın eyleminin TCK m.142/2-e de düzenlenen nitelikli hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi karşısında, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme, değiştirme veya başka yere gönderme fiillerini suç olarak düzenleyen 244. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca uygulama yapma olanağı da bulunmamaktadır".<sup>100</sup> Netice itibarıyla, farklı hukuk sistemlerinden tespit edilen kararlar ışığında verilerin statüsü konusunda fikir birliği bulunmamaktadır.

---

<sup>98</sup> Mark Lemley, "Property, Intellectual Property, and Free Riding", *Texas Law Review*, 83(4), 2005, s. 1031.

<sup>99</sup> Ersan Şen, "Hırsızlık Suçları", *Ankara Barosu Dergisi*, 3(1), 2012, s. 325.

<sup>100</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2009/11-193, K. 2009/268, T. 17.11.2009.

## B. Verilerin İmha Edilmesi, El Konulması veya Ele Geçirilmesinin Hukuka Aykırı Olduğu Durumları Değerlendirmenin Yarattığı Zorlukların İncelenmesi

Uluslararası Ceza Mahkemesi ve literatür verilerin mal olarak sınıflandırılmasını kabul etse bile, verilerin imha edilmesinin, el konulmasının veya ele geçirilmesinin uluslararası insancıl hukuk ve buna bağlı olarak Roma Statüsü açısından hukuka aykırı olup olmayacağı sorusu varlığını sürdürmektedir.<sup>101</sup>

Uluslararası insancıl hukukta kuralın kökenlerine odaklanılırsa; 23(g) Maddesi ile 1899 ve 1907 tarihli Lahey Düzenlemeleri, savaşan tarafların, savaşın gerekleri gerektirmedikçe düşmanın mallarını imha etmesini veya ele geçirmesini yasaklamıştır.<sup>102</sup> Cenevre Sözleşmeleri belirli korunan mallar için farklı standartlar ortaya koymaktadır.<sup>103</sup> Sivil hastaneler ve işgal altındaki topraklardaki özel mallar için farklı standartların varlığı bu konudaki net bir örnektir. İşgal sırasında sivil ve devlet mallarına yönelik koruma ise daha kapsayıcıdır. Dördüncü Cenevre Sözleşmesinin 53. Maddesi şunu öngörmektedir:

“Ferden veya müştereken hususî şahıslara, devlete veya amme topluluklarına, içtimai teşekküllere veya kooperatiflere ait menkul ve gayrimenkul malların imhası, askerî harekât bu imhayı kat’i olarak zaruri kıldığı haller müstesna, yasaktır.”

Verilerin Ek Protokol I’ın 52. Maddesi doğrultusunda bir nesne olarak sınıflandırılmadan, verilerin uluslararası insancıl hukuk kapsamında korunan mal olarak kabul edilebilmesinin bir temeli olup olmadığı değerlendirilmelidir.

İkinci Dünya Savaşı sonrası içtihatlarda maddi olmayan varlıkları da içeren mülkiyete yönelik kararlar bulunmaktadır.<sup>104</sup> Örneğin *Krupp* ve *IG Farben* davalarında, mülkiyet gayri maddi hisse paylarından ve kurumsal mülkiyet haklarından oluşmasına rağmen sanıklar mülkiyet suçlarından suçlu bulunmuştur.<sup>105</sup>

<sup>101</sup> McKenzie, s. 143.

<sup>102</sup> Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulation Concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907.

<sup>103</sup> Dormann, s. 339.

<sup>104</sup> Dinniss, s. 47.

<sup>105</sup> *The IG Farben and Krupp Trials*, United States Military Tribunal, 14 August 1947–29 July

Ancak daha yakın bir tarihte, Uluslararası Ceza Mahkemesi Ön Yargılama Dairesi, *Katanga* ve *Chui* davasında sivil mülklerin Ek Protokol I Madde 52(2)'de öngörülen askeri hedef tanımı kapsamında bulunmayan nesnelere oluşturduğunu açıklayarak, mal tanımını nesne tanımıyla açıkça ilişkilendirerek daha dar bir yaklaşım benimsemiştir.<sup>106</sup> Bu yaklaşım, dar kapsamlı olsa da farklı suçlarda mal ve nesnelere anlamı arasında tutarlılık sağlama avantajına sahiptir.

Verilerin mal olarak statüsü *Tallinn Rehberi 2.0*'da değerlendirilmiştir. *Tallinn Rehberi 2.0*'ın 149. kuralı, işgal sırasında malların ele geçirilmesini ve el konulmasını kapsamaktadır. *Tallinn Rehberi 2.0* 38. kuraldaki nesne kavramında olduğu gibi, bu kural da bilgisayar donanımı ile üzerinde bulunan veriler arasında bir ayrıma gitmektedir.<sup>107</sup> *Tallinn Rehberi 2.0* devletin taşınır mallarının kapsamını bilgisayarlar, bilgisayar sistemleri, bilgi işlem ve bellek cihazları olarak belirtmektedir. *Tallinn Rehberi 2.0* şerhinde, veriler mal olarak nitelendirilmese dahi işgalci gücün devlet verilerini askeri operasyonları için kullanması önünde engel olmadığı açıklanmaktadır.<sup>108</sup>

Kontrol altına alma kavramı genellikle malları müsadere etmeyi veya mallara fiziksel olarak el koymayı kapsamaktadır. Yeni ortaya çıkan sanal el koyma veya müsadere etme kavramı ise işgalci gücün malları kendi amaçları doğrultusunda kullanabilmesini ve malın gerçek sahibinin kullanımına izin verilmemesini kapsamaktadır.<sup>109</sup> Dolayısıyla bu bulgular verinin kendisinden ziyade sadece bilgisayar donanımının kullanımı için geçerli olacaktır. Bu görüş evrensel olarak kabul görmese de nesnelere ilgili kurallara benzer şekilde, azınlık görüşü verilerin mal olarak nitelendirilebileceğini savunmaktadır.<sup>110</sup>

Problemi farklı bir açıdan incelemek amacıyla belirli veri türlerini korunan mal kapsamında kabul etmenin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Kültürel varlıkların korunmasına ilişkin tartışma açısından, bazı durumlarda verilerin yok edilmesinin kültürel varlıkların yok edilmesi anlamına

---

1948 and 17 November 1947–30 June 1948, in Law Reports of the Trials of War Criminals, Vol. X (1949) at 46, 164.

<sup>106</sup> Decision on Confirmation of Charges, *Katanga and Chui* (ICC-01/04-01/07-717), Pre-Trial Chamber I, 30 September 2008, §§ 312-313.

<sup>107</sup> Schmitt, *Tallinn Manual*, s. 549.

<sup>108</sup> Schmitt, *Tallinn Manual*, s. 550.

<sup>109</sup> Schmitt, *Tallinn Manual*, s. 551.

<sup>110</sup> Schmitt, *Tallinn Manual*, s. 550.

gelebileceği fikri daha geniş kabul görmektedir.<sup>111</sup> *Tallinn Rehberi 2.0*'ın kültür varlıklarıyla ilgili 142. kuralının yorumunda, uzmanların maddi olmayan öğelerin mal olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini değerlendirdikleri açıktır. Cenevre Sözleşmeleri Ek Protokol I 53. Maddede nesnelere yapılan atfın, veriler hariç kültürel varlıkların somut olması gerektiği anlamına geldiği şeklinde bir yorumda bulunulabilir. Ancak fikri mülkiyet hukuku kapsamında malın her zaman somut olmadığı açıktır. Tamamen bilgisayar ortamında oluşturulan ve depolanan nesnelere yalnızca dijital biçimde varlıklarını sürdürmektedir. Bu konuda uygun örnekler; müzik notaları, dijital filmler, e-devlete ilişkin belgeler ve bilimsel veriler olarak sıralanabilir. Kopyalarını oluşturmak amacıyla kullanılacak fiziksel bir varlığı bulunan nesnelere belirli kopyaları da kültür varlığı olarak nitelendirilebilir.<sup>112</sup>

Kültür varlıklarının tüm dijital tezahürlerinin koruma hakkına sahip olduğunu savunmak doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Korumanın kapsamı sınırlandırılmalıdır. Bu durumda sadece orijinalin erişilemez olduğu, yok edildiği ya da yapılabilecek dijital kopya sayısının sınırlı olduğu durumlar için koruma söz konusudur.<sup>113</sup> Kültür varlıklarının korunması orijinal sanat eserinin değerine, yeri doldurulamazlığına göre değerlendirilmelidir. Orijinal eserin aslına uygun kopyalarını üretmenin zorluğu, harcanan zaman ve masraflara bağlı olarak koruma sağlanmalıdır. Bu doğrultuda, çok sayıda ve yüksek kaliteli reproduksiyonların yapılabildiği durumlarda koruma geçerli olmayacaktır.<sup>114</sup>

*Tallinn Rehberi 2.0* şerhi, sadece verilerin değiştirilmesi, zarar verilmesi, silinmesi veya imha edilmesinin yanı sıra örneğin soykırım işlenmesine yardımcı olmak için dijitalleştirilmiş tarihi arşivlerin kullanılması gibi askeri amaçlarla verinin kullanılmasının da hukuka aykırı olacağını belirtmektedir.<sup>115</sup> Bu doğrultuda, örneğin erişim için kullanılan elektronik cihazların işleyişini etkilemek yani sadece erişimi geçici olarak engellemek veya bozmak, kültür varlıklarının korunması kapsamı dışında kalmaktadır. Normatif açıdan bakıldığında, dijital kültür varlıklarına yönelik bu yaklaşımın, verileri tamamen koruma dışında bırakmaya tercih edilebileceği açıktır. Bu yaklaşım temelde

<sup>111</sup> Liivoja, McCormack, s. 53.

<sup>112</sup> Schmitt, *Tallinn Manual*, s. 535.

<sup>113</sup> Schmitt, *Tallinn Manual*, s. 536.

<sup>114</sup> Schmitt, *Tallinn Manual*, s. 535.

<sup>115</sup> Schmitt, *Tallinn Manual*, s. 536.

vahamet eşiği yaklaşımının benimsenmesinden ibarettir. Verilere koruma sağlanması verinin mal olarak nitelendirilmesi nedeniyle sağlanmaz aksine verinin yok edilmesinin sonuçları ile doğrudan bağlantı kurulmaktadır.<sup>116</sup>

Verinin kendisinin bir mal biçimi olduğu konusunda güçlü bir mutabakat bulunmamaktadır. Temel uluslararası insancıl hukuk belgelerinde açık bir yönlendirmesinin olmaması ve devletlerin mal kavramına farklı yaklaşımlarının bulunması nedeniyle, tüm veriler mal olarak kabul edilmelidir şeklindeki en korumacı yorum temelsiz kalmaktadır. Veri mal olarak kabul edilmese de, veriler mal olarak sınıflandırılabilen bilgisayar ağ ve sistemleri altyapısının içine gömülüdürler. Böylelikle verinin altyapının bir parçası olduğu anlaşılabilir.

#### IV. ANDLAŞMA VE TEAMÜL HUKUKUNDAKİ DEĞİŞİM ROMA STATÜSÜ'NE DAHİL EDİLMELİ MİDİR?

Uluslararası insancıl hukuk hükümlerinde ve savaş suçlarının tanımında kullanılan nesnelere ve mallar ifadelerinin sivil verileri kapsayabileceği görüşü reddedilmemektedir. Ancak Roma Statüsü'nü yorumlama aşamasında ilerici bir yaklaşımı benimsemek tartışmalara meydan verebilir. İlerici bir yorum yönteminin kullanılmasında yaşanabilecek temel zorluk; devletler, ordular ve uluslararası mahkemeler tarafından bu yaklaşımı benimseyen yeterli uygulama bulunmamasıdır.<sup>117</sup> Günümüz teknolojik gelişmeleri ışığında, uluslararası insancıl hukuk açısından bilgisayar ağlarındaki verilerin statüsünün önemi ortaya çıkmıştır. Özellikle yeni teknolojileri hukuki açıdan değerlendirirken, devlet uygulamalarını *opinio juris* olarak arayan bir yaklaşımın benimsenmesi kısıtlayıcı olacaktır. Macak, *lex lata* ve *lex ferenda* arasındaki yakın ilişkiye dikkat çekerek, bir yorum lehine devlet uygulamasının bulunmamasının, alternatif bir yorumun otomatik olarak geçerli olması gerektiği anlamına gelmediğini savunmaktadır.<sup>118</sup> Yaşanan hızlı teknolojik değişimler, herhangi bir devlet uygulamasının veya *opinio juris*'in yetişemeyeceği yeni kavram ve kategorilerin oluşturulmasını gerekli kılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında ilgili andlaşma hükümlerinin kapsamını anlamak için uzlaşmış yorumlama yöntemleri kullanılabilir<sup>119</sup>, ancak bu yaklaşımın tehlikeli bir uygulama

---

<sup>116</sup> Dinniss, s. 47.

<sup>117</sup> Schmitt, *Wired Warfare*, s. 343.

<sup>118</sup> Macak, s. 60.

<sup>119</sup> Droege, s. 578

olabileceği konusunda uyarılar da bulunmaktadır.<sup>120</sup>

Son zamanlarda savaş suçları bağlamında nesne veya mal olarak nitelendirilebilecek olan verilere yönelik geniş yorumun desteklenmesi zorlaşmıştır. Bu konuda görüşlerini açıklayan devletler tüm verilerin sivil nesnelere veya mallara uygulanan koruma rejimine dahil edilmesini desteklememiştir. Nihayetinde yorum farklılığı henüz çözüme kavuşmuş değildir. Bu çerçevede, Uluslararası Ceza Mahkemesi ilgili savaş suçları hükümlerinde yer alan nesnelere ve mal ifadelerinin kapsamlı bir yorumunu benimseyerek hukuki tartışmayı farklı bir yöne doğru ilerletmeli midir? Bu soru, Roma Statüsü'nün kanunilik ilkesine verdiği önem dikkate alındığında özellikle hassastır. Roma Statüsü için geçerli olan yorumlama kuralları, uluslararası insancıl hukuk andlaşmaları dahil olmak üzere genel uluslararası hukukta geçerli olan yorum kurallarından farklıdır. Roma Statüsü Madde 22(2) uyarınca Statü'nün daha kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanması gerekebilir:

“Bir suçun tarifi, dar anlamda yorumlanır ve bu tarif kıyas yoluyla genişletilemez. Suç tarifinin belirsiz olması halinde; bu tarif, soruşturulan, yargılanan veya mahkûm edilen şahıs lehine yorumlanır.”<sup>121</sup>

Roma Statüsü Madde 22(2)'nin amacı, hangi davranışın suç olduğunu önceden tahmin etmelerine izin vererek, failer için yasanın erişilebilirliğini ve öngörülebilirliğini koruyarak kanunilik ilkesini Roma Statüsü'ne yerleştirmektir.<sup>122</sup>

Yargıcın takdir yetkisi kanunun kesin olması, belirsiz bölgelerin ortadan kaldırılması neticesinde davaların büyük çoğunluğunda sınırlandırılmalıdır.<sup>123</sup> Daryorum, mahkemelerin bir suçun sınırlarını yorumlamasını ve netleştirmesini engellememelidir. Ancak yargıçların hukuk yaratma yetkisi hukuki boşluk durumlarında içtihat yoluyla ve sınırlı olmalıdır.<sup>124</sup> Roma Statüsü metni

<sup>120</sup> Tim McCormack, “International Humanitarian Law and the Targeting of Data”, *International Law Studies*, 94(1), 2018, s. 240.

<sup>121</sup> *Rome Statute of the International Criminal Court*, opened for signature 17 July 1998, 2187 UNTS 90 (entered into force 1 July 2002) ('Rome Statute').

<sup>122</sup> Daniel Peat, *Comparative Reasoning in International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2019, s. 201.

<sup>123</sup> Leila Sadat/Jarrold Jolly, “Seven Canons of ICC Treaty Interpretation: Making Sense of Article 25's Rorschach Blot”, *Leiden Journal of International Law*, 27(3), 2014, s. 768.

<sup>124</sup> Leena Grover, *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2015, s. 400.

olası anlamları tek bir anlamla sınırlandırmaz. Yorum kurallarının yaptığı tek şey anlam sınırlarının belirlenmesine yardımcı olmak ve nerede bittiğini göstermektir. Hiçbir yorumlama metodu mümkün olan tek seçim ya da gerçek anlam olmayacaktır. Ancak doğası gereği taraflı veya siyasi olacaktır.<sup>125</sup>

Uluslararası insancıl hukukta verinin bir nesne veya mal olarak statüsüne ilişkin tartışma daha dar bir bakış açısının hâkim olduğunu göstermektedir. Verilerin veya daha doğrusu bilginin tek başına bir nesne veya mal olarak yorumlanabileceğine ilişkin en geniş görüş, suçların makul yorumlarının kabul edilebilir sınırları içinde olması muhtemel değildir. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin geniş yorum metodunu seçmesi halinde, daha fazla devlet verinin kendisinin bir nesne veya mal olarak kabul edilmesi gerektiği görüşünü destekleyen bir devlet uygulaması ve *opinio juris* oluşturmaya istekli olmadıkça, mahkemenin güvenilirliğinin zedelenme riski ortaya çıkacaktır. Ancak dar yorum metodu tercih edilir ise özellikle internetin günlük yaşamın her alanını etkilediği göz önünde bulundurulduğunda, Roma Statüsü'nün bilgisayar verilerine karşı ve bilgisayar verileri aracılığıyla gerçekleştirilen siber operasyonlarla sivil sistemlere ve altyapıya verilen zarara tamamen cevap vermemesi bir eksiklik olacaktır.

Tercih edilmesi gereken yaklaşım, bilgisayar verilerinin uluslararası insancıl hukuk tarafından korunabilen nesnelere ve/veya malların bir parçası olduğunun kabul edilmesidir. Bu yaklaşım, savaş suçlarının amaçları doğrultusunda açık bir şekilde nesne ve mal olarak tanımlanabilen fiziksel sistemler içindeki verilerin gömülü olma durumunu daha doğru bir şekilde yansıtmaktadır. Yeni suç tanımları oluşturmak yerine mevcut suç tanımlarını yorumlayarak ve uygulayarak Roma Statüsü'nün değerlendirilmesi, nesne ve mal kategorilerini yalnızca maddi olmayan bilgilere genişletmeyi amaçlamadığı için kanunilik ilkesine saygı göstermektedir.<sup>126</sup> Verilere ilişkin doğru bakış açısını kullanan Mahkeme, siber operasyonların gerçek dünyadaki etkilerini hukuken dışlamamış olur. Örneğin, doğrudan ve geri döndürülemez fiziksel sonuçları olmayan ancak bilgisayar sistemlerinin artık olması gerektiği gibi çalışmamasına neden olabilecek siber operasyonların, nesnelere yönelik saldırılar olarak değerlendirilmesi doğru yaklaşım olacaktır. Geniş yorum metodunun kullanılması halinde verilerin dünyada fiziksel bir varlığı olan sistemlere, altyapılara ve donanımlara gömülü olduğunun kabulü

---

<sup>125</sup> Mehmet Dalar, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne Yönelik Eleştirilerin Değerlendirilmesi", *Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 17(2), 2017, s.155.

<sup>126</sup> Grover, s. 202.



gerekecektir. Örneğin, bankacılık altyapısına yönelik bir siber operasyon sivillerin ve işletmelerin uzun bir süre boyunca finansal işlem yapmasını engelleyerek tedarik zincirlerinin çökmesine sebebiyet verebilir. Siber operasyonların doğrudan etkilerinin bilgisayar verilerinin geri yüklenmesi veya bilgisayara erişimin yeniden sağlanması anlamında geri döndürülebilir olduğu durumlarda bile sistemler üzerinde oluşacak ikincil zararlar, hukuk tarafından tanınması gereken kalıcı izler bırakacaktır. Önerilen yaklaşım doğrultusunda; bilgisayar verileri sivil bankacılık sisteminin ayrılmaz bir parçası olarak ele alınacak ve bu verilere erişim sağlayan bilgisayarlar, verilerin depolandığı sunucular ve bunları birbirine bağlayan ağlar da fiziksel bir biçime sahip olacaktır. Bankacılık altyapısının tüm bu fiziksel bileşenleri, nesne ve mal olarak sınıflandırılabilir. Geniş yorum metoduyla bilgisayar verilerinin gerçek dünyadaki rolü daha net bir şekilde açıklandığında, uluslararası hukukun işleyişi sanıklar için öngörülebilir hale gelecektir; aynı zamanda kanunilik ilkesine saygılı bir şekilde suç açıklığa kavuşturulacaktır. Kuşkusuz, dar ya da geniş yorum metodundan hangisinin seçileceği problemi, kesin bir çözüme kavuşturulması mümkün olmayan bir yargı sorunudur.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, verilerin tek başına bir nesne ya da mal olarak nitelendirildiği geniş yorum ile bu makalede önerilen, verilerin nesne ya da malın bir parçası olarak kabul edildiği dar yorum arasındaki farkın belirleyici olacağı bir davayla hiçbir zaman karşılaşmayabilir. Siber uzayın dışında hiçbir etki yaratmayan ya da çok az etki meydana getiren bir siber operasyon, Roma Statüsü Madde 17(1)(d)'de belirtilen kabul edilebilirlik değerlendirmesi için öngörülen vahamet eşiğini karşılamayacaktır. *Lubanga* davasında, Ön Yargılama Dairesi I'in belirttiği üzere vahamet eşiğinin karşılanması için davranış sistematik ya da büyük ölçekli olmalıdır. Aynı zamanda uluslararası toplumda meydana gelen sosyal alarmın da dikkate alınması gerekmektedir.<sup>127</sup> Ön Yargılama Dairesi II, Kenya'da yaşananlarla ilgili kararında, suçun boyutu, niteliği ve işleme araçlarının suçun mağdurlar üzerindeki etkisi ile beraber dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>128</sup> Somut bir örnek vermek gerekirse, *MV Mavi Marmara* olayına ilişkin kararında Savcı, gemide bulunan beş yüz yolcudan sadece on kişinin öldürülmesinin

<sup>127</sup> Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58, *Situation in the Democratic Republic of the Congo* (ICC-01/04-520-Anx2), Pre-Trial Chamber I, 10 February 2006, § 46.

<sup>128</sup> Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, *Situation in the Republic of Kenya* (ICC-01/09-19-Corr), Pre-Trial Chamber II, 31 March 2010, § 62.

ve elli beş kişinin yaralanmasının yetersiz olduğuna karar vermiştir.<sup>129</sup> Bu örnekler doğrultusunda, somut sonuçlar yaratmayan, sadece siber operasyon etrafında şekillenen davalar kabul edilebilirlik açısından vahamet eşiğini sağlamaktan uzaktır.

## SONUÇ

Uluslararası insancıl hukuk ve Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Statüsü'ndeki ilgili savaş suçu hükümleri doğrultusunda, sivil veriler, korunan nesnelere ve malların bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Mahkemenin bu suçları incelemesi durumunda, ilgili siber operasyondan kaynaklanan doğrudan kinetik hasarın kanıtlanmasına gerek olmadığı en iyi yorum olacaktır. Bunun yerine, verilere karşı veya veriler aracılığıyla gerçekleştirilen siber operasyonun makul olarak öngörülebilir bir sonucu olması koşuluyla, etkilenen sivil sistem veya altyapı bozulduğu veya başka bir şekilde işlevselliğini kaybettiği sürece ilgili suçların işlendiği şekilde bir yoruma başvurulmalıdır. Veriler her zaman, bu makalede tartışılan uluslararası hukuk kuralları tarafından kesin olarak korunan somut, fiziksel sistemlere gömülüdür. Daha dar bir yorum, çok çeşitli siber operasyonlara karşı sivillerin korunması açısından boşluğa yol açacaktır.

Bunun yerine önerilen yorum, en kısıtlayıcı yorum olmamakla birlikte UCM Statüsü'nün yorum kurallarıyla uyumludur. Önerilen yorum, her siber operasyonun Mahkeme önünde potansiyel olarak kovuşturulmasına engel olmaktadır. Roma Statüsü Madde 17(1)(d)'de yer alan vahamet eşiği, yalnızca yeterince ciddi sonuçları olan siber operasyonların soruşturma ve potansiyel kovuşturma konusu olacağı anlamına gelmektedir. Bu tür bir vahamet eşiğinin siber operasyonlara uygulanmasında, özellikle sorumluların tespit edilmesinde zorluklar yaşanacağı açıktır. Netice itibarıyla siber operasyonların Mahkemenin yetki alanına girecek kadar ciddi olabilmesi için UCM Statüsü'ndeki nesne ve mal kelimeleri bu yoruma izin verecek şekilde değerlendirilmelidir.

---

<sup>129</sup> Article 53(1) Report, *Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia*, ICC Office of the Prosecutor, 6 November 2014, § 138.

## KAYNAKÇA

- Article 53(1) Report, *Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia*, ICC Office of the Prosecutor, 6 November 2014.
- Avrupa Komisyonu, “What is Personal Data?”, <[https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en)> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2023.
- Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi (23 Kasım 2001, ETS No 185).
- Avrupa Konseyi, “Explanatory Report to the Convention on Cybercrime”, European Treaty Series - No. 185, 2001, <<https://rm.coe.int/16800cce5b>>, Erişim Tarihi 12 Temmuz 2023.
- Banks W, “Cyber Attribution and State Responsibility”, *International Law Studies*, 97(1), 2021, s. 1039-1072.
- Bartram P/Knudsen J, *Military Manual on International Law Relevant to Danish Armed Forces in International Operations*, Danish Ministry of Defence, 2016.
- Chen S, “Conventional Retaliation and Cyber Attacks”, *The Cyber Defense Review*, 8(1), 2023, s. 67-86.
- Commonwealth of Australia, *Australia’s International Cyber Engagement Strategy*, Department of Foreign Affairs and Trade, 2017.
- Dalar M, “Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne Yönelik Eleştirilerin Değerlendirilmesi”, *Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 17(2), 2017, s.153-165.
- Daskal J, “The Un-Territoriality of Data”, *Yale Law Journal*, 125(2), 2015, s. 326-398.
- Decision on Confirmation of Charges, Katanga and Chui (ICC-01/04-01/07-717), Pre-Trial Chamber I, 30 September 2008.
- Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, Article 58, *Situation in the Democratic Republic of the Congo* (ICC-01/04-520-Anx2), Pre-Trial Chamber I, 10 February 2006.
- Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, *Situation in the Republic of Kenya* (ICC-01/09-19-Corr), Pre-Trial Chamber II, 31 March 2010.

*Denlay v Federal Commissioner of Taxation* (2011) 193 FCR 412.

Diamond E, “Applying International Humanitarian Law to Cyber Warfare”, *Law and National Security*, 67(1), 2014, s. 67-84.

Dinniss H, “The Nature of Objects: Targeting Networks and the Challenge of Defining Cyber Military Objectives”, *Israel Law Review*, 48(1), 2015, s. 39-54.

Dinstein Y, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 3. Bası, Cambridge University Press, 2016.

*Dixon v The Queen* [2015] NZSC 147.

Dorrmann K, “Article 8 Para 2: Meaning of War Crimes”, Kai Ambos (Ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Nomos, 2016, s. 296-580.

Drian J, *Stratégie Internationale de la France Pour le Numérique*, Ministre de l’Europe et des Affaires Etrangères, 2017.

Droege C, “Get off My Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law, and the Protection of Civilians”, *International Review of the Red Cross*, 94(886), 2012, s. 533-578.

Dutch Minister of Foreign Affairs, *Letter for the Parliament on the International Legal Order in Cyberspace — Appendix: International Law in Cyberspace*, Minister of Foreign Affairs to the President of the House of Representatives on the International Legal Order in Cyberspace, 2019.

Egan B, “International Law, and Stability in Cyberspace”, *The Berkeley Journal of International Law*, 35(1), 2017, s. 168-180.

*Epic Systems Corp. v. Tata Consultancy Services Ltd.*, 2016 WL 4033276 at § 27 (W.D. Wisc. July 26, 2016).

Gisel L/Rodenhauser T, “Cyber Operations and International Humanitarian Law: Five Key Points”, 2019, *Humanitarian Law & Policy*, <<https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2019/11/28/cyber-operations-ihl-five-key-points/>>, Erişim Tarihi 12 Temmuz 2023.

Gisel L/Rodenhauser T/Dorrmann K, “Twenty Years on: International Humanitarian Law and the Protection of Civilians against the Effects of Cyber Operations during Armed Conflict”, *International Review of the*

- Red Cross*, 102(913), 2020, s. 287-334.
- Green S/Randall J, *The Tort of Conversion*, Hart Publishing, 2009.
- Grover L, *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2015.
- Gül Y, “War Crimes and Individual Criminal Responsibility Arising out of Cyber Operations”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(2), 2020, s. 1063-1078.
- Haataja S, “Cyber Operations against Critical Infrastructure under Norms of Responsible State Behaviour and International Law”, *International Journal of Law and Information Technology*, 30(4), 2022, s. 423–443.
- Haataja S, *Cyber Attacks and International Law on the Use of Force The Turn to Information Ethics*, Routledge, 2018.
- Hakim N, “How Social Media Companies Could Be Complicit in Incitement to Genocide”, *Chicago Journal of International Law*, 21(1), 2020, s. 81-117.
- Henckaerts J/Beck L, *Customary International Humanitarian Law Vol I*, Cambridge University Press, 2005.
- Horowitz J, “Cyber Operations under International Humanitarian Law: Perspectives from the ICRC”, *ASIL Insights*, 24(11), 2020, s. 1-5.
- Integrated Direct Marketing, LLC v. May*, 495 S.W.3d 73, 2016 Ark. 281 (2016).
- International Committee of the Red Cross, “International Humanitarian Law and Cyber Operations during Armed Conflicts: ICRC Position Paper”, *International Review of the Red Cross*, 102(913), 2020, s. 481-492.
- International Law Association Study Group on the Conduct of Hostilities in the 21st Century, “The Conduct of Hostilities and International Humanitarian Law: Challenges of 21st Century Warfare”, *International Law Studies*, 93(1), 2017, s. 323-388.
- Kadlcak R, “Statement by Richard Kadlcak at the 2nd Substantive Session of the Open-ended Working Group on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security of the First Committee of the General Assembly of the United Nations”, 2020, <[https://www.nukib.cz/download/publications\\_en/](https://www.nukib.cz/download/publications_en/)

CZ%20Statement%20-%20OEWG%20-%20International%20Law%2011.02.2020.pdf>, Erişim Tarihi 12 Temmuz 2023.

Kaljulaid K, *President of the Republic at the Opening of CyCon 2019*, Estonian Ministry for Foreign Affairs, 2019.

Katz E/Sterio M/Worboys J, “Attacks against Hospitals and Cultural Property: Broad in Time, Broad in Substance”, *Articles of War*, 2020, <<https://lieber.westpoint.edu/attacks-against-hospitals-cultural-property-broad/>>, Erişim Tarihi 09 Temmuz 2023.

*Kremen v. Cohen*, 337 F.3d 1024 (9th Cir.2003).

Kubo Macak, “Military Objectives 2.0: The Case for Interpreting Computer Data as Objects under International Humanitarian Law”, *Israel Law Review*, 48(1), 2015, s. 55-80.

Lancelot J, “Cyber-diplomacy: Cyberwarfare and the Rules of Engagement”, *Journal of Cyber Security Technology*, 4(4), 2020, s. 240-254.

Lehto M, *International Law and Cyberspace: Finland's National Positions*, Finnish Ministry for Foreign Affairs, 2020.

Lemley M, “Property, Intellectual Property, and Free Riding”, *Texas Law Review*, 83(4), 2005, s. 1031-1076.

Liivoja R/McCormack T, “Law in the Virtual Battlespace: The Tallinn Manual and the Jus in Bello”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 15(1), 2012, s. 45-58.

Marinotti J, “Tangibility as Technology”, *Georgia State University Law Review*, 37(1), 2021, s. 2-68.

McCormack T, “International Humanitarian Law and the Targeting of Data”, *International Law Studies*, 94(1), 2018, s. 221-240.

McKenzie S, *Disputed Territories and International Criminal Law: Israeli Settlements and the International Criminal Court*, Routledge, 2019.

*National Provincial Bank Ltd v Ainsworth* [1965] AC 1175.

New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade, *The Application of International Law to State Activity in Cyberspace*, Department of the Prime Minister and Cabinet, 2020.

Newton M, “A Radical Reimagining of the Concept of Attack”, *Articles of*

*War*, 2020, <<https://lieber.westpoint.edu/radicalreimagining-attack-taganda/>>, Erişim Tarihi 09 Temmuz 2023.

Norwegian Chief of Defence, *Manual on the Law of Armed Conflict*, Department of Security Policy at The Norwegian Ministry of Defence, 2013.

Organisation of American States, *Improving Transparency: International Law and State Cyber Operations, Fifth Report, Presented by Professor Duncan B. Hollis ('Hollis Report')*, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 615/20 rev.1, 7 Ağustos 2020.

Oxford Dictionaries, *Oxford English Dictionary*, Oxford University Press, 2019.

Peat D, *Comparative Reasoning in International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2019.

*Prosecutor v. Zdravko Mucic aka "Pavo", Hazim Delic, Esad Landzo aka "Zenga", Zejnil Delalic (Trial Judgement)*, IT-96-21-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 16 November 1998.

*Questions Relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v Australia) (Provisional Measures)*, ICJ Reports (2014).

*R v Cox* (2004) 21 CRNZ 1.

Regulation (EU) 2016/679 (General Data Protection Regulation)

Ritter J/Mayer A, "Regulating Data as Property: A New Construct for Moving Forward", *Duke Law and Technology Review*, 16(1), 2017, s. 220-277.

Robles F, "Hackers Target Florida's Town Water Supply, Raising Level of Harmful Chemical", *The New York Times*, 2021, <<https://www.nytimes.com/2021/02/08/us/oldsmar-florida-water-supply-hack.html>>, Erişim Tarihi 09 Temmuz 2023.

*Ruscoe v Cryptopia Limited (in liquidation)* [2020] NZHC 728.

Sadat L/Jolly J, "Seven Canons of ICC Treaty Interpretation: Making Sense of Article 25's Rorschach Blot", *Leiden Journal of International Law*, 27(3), 2014, s. 755-788.

Sandoz Y/Swinarski C/Zimmerman B, *Commentary on the Additional*

*Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, 1987.

Schmitt M, “The Notion of Objects during Cyber Operations: A Riposte in Defence of Interpretive and Applicative Precision”, *Israel Law Review*, 48(1), 2015, s. 81-109.

Schmitt M, “Wired Warfare 3.0: Protecting the Civilian Population during Cyber Operations”, *International Review of the Red Cross*, 101(910), 2019, s. 333-355.

Schmitt M, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, 2. Bası, Cambridge University Press, 2017.

Schondorf R, “Israel’s Perspective on Key Legal and Practical Issues Concerning the Application of International Law to Cyber Operations”, *International Law Studies*, 97(1), 2021, s. 396-406.

Şen E, “Hırsızlık Suçları”, *Ankara Barosu Dergisi*, 3(1), 2012, s. 321-357.

The General Staff of the Iranian Armed Forces, “Declaration of General Staff of the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran Regarding International Law Applicable to the Cyberspace”, 2020, <<https://nournews.ir/En/News/53144/General-Staff-of-Iranian-Armed-Forces-Warns-of-Tough-Reaction-to-Any-Cyber-Threat>>, Erişim Tarihi 10 Temmuz 2023.

*The IG Farben and Krupp Trials*, United States Military Tribunal, 14 August 1947–29 July 1948 and 17 November 1947–30 June 1948, in *Law Reports of the Trials of War Criminals*, Vol. X (1949).

*Thyroff v Nationwide Mutual Insurance Co* 8 NY 3d 283, at 292.

Türk Dil Kurumu, “Türk Dil Kurumu Sözlükleri”, <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 12 Temmuz 2023.

Wright J, *Cyber and International Law in the 21st Century*, Attorney General’s Office, 2018.



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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

ROMA HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN XV. YÜZYIL  
POLONYA'SINDA SUÇ VE CEZA SİSTEMİ

CRIME AND PUNISHMENT SYSTEM OF XV-TH CENTURY POLAND  
FROM THE PERSPECTIVE OF ROMAN LAW

Ebru Emine OĞUZ\*  

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1336689](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1336689) 

*Roma Hukuku, Polonya'da Geç Orta Çağ döneminin suç ve ceza sistemi üzerinde önemli ölçüde etkili olmuştur. Dolayısıyla suçlar tıpkı Roma Hukuku'nda olduğu gibi iki kategoride ele alınmış; hırsızlık, dolandırıcılık ve cinayet ağır suçlar olarak kabul edilirken; küçük hırsızlıklar, ufak yaralamalar veya hakaretler daha hafif suçlar şeklinde değerlendirilmiştir. Suçlarla mücadele kapsamında ise suç işleyen kişileri yargulamak ve suçlulara uygun cezaları vermekle mahkemeler; genellikle de kraliyet mahkemeleri sorumlu kılınmıştır. Verilen cezaların insanlık dışı veya aşırı olmaması ilkesinin geçerli olduğu Polonya'da uygulanan para, hapis, sürgün ya da çeşitli fiziksel cezaların yanı sıra suçluların toplum hizmeti yapmaları veya malvarlıklarına el konulması da yaygın ceza şekilleri arasında yer almaktadır. Bununla birlikte, suçluların hakları da korunmuştur. Suçlulara masumiyet karinesine dayalı olarak savunma hakkı verilmiş ve mahkemelerde adil yargılama yapılması şart koşulmuştur. Roma Hukuku'nun etkisiyle gelişmiş olan Geç Orta Çağ Polonya suç ve ceza sistemi, adaletin sağlanması amacıyla düzenlenmiş olsa da, dönemin hem sosyal hem de siyasî koşullarının, ceza sistemi ve uygulamaları üzerinde etkili olduğunu belirtmek gerekmektedir. Ağırlıklı olarak yabancı kaynaklar kullanılarak hazırlanan bu çalışmamızda, Roma Hukuku açısından XV. yüzyıl Polonya Krallığı'nın suç ve ceza sistemi ele alınmıştır.*

\* Dr., e-posta: ouzebru2000@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1653-3325, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1336689.

- Atıf Şekli | **Cite As:** Oğuz E. E., "Roma Hukuku Perspektifinden XV. Yüzyıl Polonya'sında Suç ve Ceza Sistemi", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s.435-469
- İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



**Anahtar Kelimeler:** Geç Orta Çağ, Roma Hukuku, Polonya, Magdeburg Yasası, Suç, Ceza

### **ABSTRACT**

*Roman Law had a significant influence on the criminal justice system of Late Medieval Poland. Therefore, crimes were handled in two categories, just like in Roman Law; while theft, fraud, and murder were considered as serious crimes; petty thefts, minor injuries or insults were considered as lesser offences. In the fight against crime, courts, often royal courts, were made responsible for judging offenders and handing out appropriate punishments. In addition to fines, imprisonment, exile or various physical punishments applied in Poland, where the principle of not being inhuman or excessive in punishment was valid, the criminals' performing community service or confiscating their assets were among the common forms of punishment. However, the rights of criminals were also protected. Criminals were granted the right of defence based on the presumption of innocence and fair trials in courts were stipulated. Although the Late Medieval Polish crime and punishment system, which developed under the influence of Roman Law, was designed to ensure justice, it should be noted that both the social and political conditions of the period were influential on the punishment system and its practices. In this study, which was mainly prepared by using foreign sources, the crime and punishment system of the XVth-century Polish Kingdom is discussed in terms of Roman Law.*

**Keywords:** Late Middle Ages, Roman Law, Poland, Magdeburg Law, Crime, Punishment

### **EXTENDED ABSTRACT**

*From the perspective of Roman law, the criminal justice system of XVth-century Poland shows both similarities and differences. This was primarily due to Poland's not being an independent kingdom and a centralized government structure during that period. As a result, the applicable legal systems had undergone changes depending on different regions and communities. During the Middle Ages, Poland, like many other European legal systems, was influenced by Roman Law. This influence had manifested itself in various aspects of governance and law. In particular, many principles and laws of ancient Roman law were integrated into Poland's legal system. Roman Law contained certain principles regarding crime and punishment. Largely influenced by this legal system, Poland had also adopted basic principles such as fair trials for offenders, evidence-based decision-making, and proportional punishment. In this respect, there were similarities between the two legal systems.*

*However, as mentioned, Poland was not yet a unified state, which led some social and regional differences. This means that the influence of Roman law could vary due to geographical and cultural distinctions. The emerging inequalities were not solely due to geographical and cultural reasons. In the XVth-century, Poland had a strong*

*feudal system that led to differences in crime and punishment practices in different strata of society. The feudal lords had the authority to impose their own penalties on their lands, which also empowered them to decide on the punishments for those under their protection. Therefore, the implementation of crime and punishment measures in Poland was affected both by the influence of Roman law and the existence of a robust feudal system which led to different practices among different segments of society. Since the feudal lords had the power to enforce their own penal provisions on their own lands, they had the power to punish those under their patronage. To summarize briefly, lords had the right to establish their own justice in XVth-century Poland.*

*With regard to criminal sanctions, in both Roman and XVth-century Poland, penalties could vary depending on the seriousness of the crime and the status of the offender. Crimes such as murder and theft led to the death penalty or corporal punishment, while fines and exile were also used as alternative penalties.*

*The differences between the two legal systems were influenced by geographical, cultural, and societal factors, but religion played the most significant role in this regard. During the Middle Ages, religion had a considerable impact on various aspects of life, including law. In Poland, which was predominantly influenced by Western Christianity, Catholic norms had a profound effect on the penal system. The Church played an effective role in determining crimes and punishments, sometimes even facilitated the implementation of punishments through religious ceremonies.*

*Furthermore the legal structure, particularly in the early XIVth-century, was significantly affected by the extensive expansion and reorganization of both rural and urban settlements that had continued for two centuries, as well as the consequences of German expansionism in Poland. The Magdeburg Law, recognized in Poland during the Late Middle Ages, played an important role in this context. Different versions of this law were implemented in accordance with regional needs and one of these versions was known as Weichbild. In Weichbild, practical considerations led to certain changes being made rather than creating an entirely new law to meet the needs of society of the Polish Kingdom. As a result, various aspects of life in the kingdom were affected ranging from urban administration to the establishment of justice, from criminal law to inheritance regulations and from property transfers to legal obligations.*

*In conclusion, it can be said that the crime and punishment system in XVth-century Poland was quite complex and diverse. Although Roman law had some influence on the fundamental principles of Polish law, the political, social, and religious factors of the period also played a crucial role in shaping this system.*

## **GİRİŞ**

Roma İmparatorluğu'na ait bir hukuk sistemi olan Roma Hukuku, günümüz Batı Avrupa'sında uygulanan hukuk sistemlerinin temelini teşkil

etmektedir. Roma'nın kuruluşu (M. Ö. 753) ile uygulanmaya başlayan bu hukuk sistemi, Doğu Roma İmparatorluğu'nun 1453 yılındaki yıkılışına kadar pek çok açıdan değişime uğrayarak, Roma-Yunan Hukuku, Roma-Bizans ya da Bizans Hukuku adını almıştır.<sup>1</sup> Hatta temel siyasî, kültürel ve sosyal kurumları Roma'dan birer miras olan Bizanslıların, imparatorluklarının çöküşüne dek kendilerini 'Romalılar'; imparator ve prenslerini ise 'Roma imparatorları' şeklinde adlandırmaları, Roma Hukuku'nun Bizans hukuk sisteminin temelini teşkil ettiğini açıkça ortaya koymaktadır.<sup>2</sup> Adaleti sağlamak ve kendilerini koruyamayanları korumak üzere hukuku kullanmanın yollarını bulmak için uzun süre devam eden mücadele, Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılışının (479) ardından daha da kritik bir hale gelmiştir. Böylece Erken Orta Çağ dönemi boyunca birleşik hukuk sistemi uygulayan merkezî otoritenin çökmesi neticesinde, keyfî davranışları ve suiistimali önlemek için zorunlu olarak başka hukuk sistemleri ve adli prosedürler ortaya çıkmıştır.<sup>3</sup> Zayıfı güçlüye karşı korumak için tasarlanan bu düzenlemeler genellikle akrabalık ve aile hakları; mülkiyet hakları; kadın hakları; kişisel yaralanmalarda tazminat ve kamuya açık yargılama hakkı (Aleniyet İlkesi) gibi hususları içermektedir.<sup>4</sup> Geç Orta Çağ döneminde Roma Hukuku, tıpkı Avrupa ülkelerinde olduğu üzere Polonya'da da üniversitelerin açılmasıyla birlikte etkisini göstermeye başlamıştır. Roma Hukuku, her ne kadar merkezî otoriteyi güçlendirme eğiliminde olsa da, Polonya Krallığı'nın hükümdarları tarafından, anlaşmazlıkları çözme doğrultusunda benimsenerek, hukukun tüm alanlarına yansımıştır. Söz konusu alanlardan biri de ceza hukuku olmuştur. Polonya Krallığı, Geç Orta Çağ döneminde Roma Hukuku etkisiyle benimsemiş olduğu birçok prensibi, adaletin yerine getirilmesi amacıyla suç ve ceza sistemi üzerinde uygulamıştır. Ancak dönemin sosyal ve siyasal koşullarının, ceza sistemi ve uygulamaları üzerinde etkili olduğunu da belirtmek gerekmektedir. Konuya ilişkin yerli ve

---

<sup>1</sup> Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, 2020, s. 1.

<sup>2</sup> Srdan Šarkić, 'The Influence of Byzantine Law in East Central Europe' in Šary, P. Lectures on East Central European Legal History, Miskolc, Central European Academic Publishing, 2022, s. 41.

<sup>3</sup> Bunlar Kanon Hukuku, post-Roma Vulgar Hukuku, Frank Hukuku, İskandinav Hukuku, Anglo-Sakson Müşterek Hukuku, Erken Norman Hukuku, Feodal Hukuk, Vizigot Kanunları, Cermen Hukuku ve ayrıca Volksrecht olarak bilinen çeşitli yerel hukuk sistemlerinden gelen yasalar olmuştur P. J. Geary, *Before France and Germany*, Oxford University Press, 1988, s. 95.

<sup>4</sup> P. G. Lauren, "The Foundations of Justice and Human Rights in Early Texts and Thought", Dinah Shelton (Ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013, s. 17.

yabancı kaynakların içinde özellikle Maciej Mikula'ya ait olan 'Municipal Magdeburg Law (*Ius municipale Magdeburgense*) in Late Medieval Poland' adlı eserin temel alındığı makalemizde Roma Hukuku perspektifinden XV. yüzyılda Polonya'daki suç ve ceza sistemi değerlendirilmeye çalışılmıştır.

## I. ROMA HUKUKU'NDA SUÇ ve CEZA SİSTEMİ

Roma dönemindeki mahkemelerde hukuk, tıpkı bizim 'medeni' ve 'ceza' şeklinde ayırdığımız gibi 'özel' ve 'kamusal' olarak ikiye ayrılmaktadır. Hem özel hukuk hem de kamu hukukunda suç ve ceza arasındaki ilişki eski Romalılar tarafından doğal bir durum şeklinde nitelendirilmekte; suçun olduğu yerde cezanın da varlığı kabul edilmektedir. Roma hukuk anlayışına göre ceza kaçınılmazdır ve suç işleyen (*maleficium*) hiç kimse bu sorumluluktan kaçamamaktadır.<sup>5</sup> Roma Hukuku'nda hırsızlık, saldırı ve cinayet de dâhil olmak üzere bazı temel suçlar özel kategoride yer almakta; ancak daha ziyade siyasî içerikli ve toplumu bir bütün olarak etkileyen meseleler (örneğin seçim rüşveti veya görevi kötüye kullanma vb.) ise kamu suçları kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>6</sup>

Roma Hukuku'na göre vatana ihanet, düşmanla iş birliği, devletin önde gelenlerine suikast gibi suçlar topluma zarar vermeleri sebebiyle *delicta publica*<sup>7</sup> (kamu suçları) ya da *crimia* kapsamına dâhil edilmekte ve suçlular devlet adına cezalandırılmaktadır. Söz konusu cezalar arasında ise sürgün, para cezası ve idam yer almaktadır. Burada bahsi geçen para cezası, işlenen kamu suçlarından ötürü verilmekte ve mağdura değil, devlet hazinesine

<sup>5</sup> Krzysztof Amielanćzyk, "Purposes and Function of Public Punishment in Roman Law in the Perspective of Justinian's Codification", 4 (80) *Studis Prawiczyne*, 2019, s. 21.

<sup>6</sup> A. M. Riggsby, *Roman Law and the Legal World of the Romans*, Cambridge University Press, 2010, s. 195.

<sup>7</sup> Kamunun menfaatini gözeten ve kamuya ilişkin hukuk 'kamu hukuku'; bireylerin menfaatlerini gözeten ve onları koruyan hukuk ise 'özel hukuk' şeklinde ifade edilmektedir (Aydın Aybay, Rona Aybay, *Hukuka Giriş*, Genişletmiş 8. Baskı (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 394 2012) 129). İlişkilerin tarafları açısından değerlendirilecek olursa taraflardan birinin devlet olduğu hallerde uygulanan hukuk 'kamu hukuku'; tarafların bireylerden oluşması durumunda uygulanan hukuk 'özel hukuk'tur Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* 10. Baskı (Ekin Yayınları, 2013, s. 65-68. Egemenlik ve hâkimiyet teorisine göre kamu hukukunda devletin iradesi esastır. Devlet, egemen yetkileri doğrultusunda bireyleri cezalandırabilmekte, mallarını zorla kamulaştırabilmekte ve vergi almaktadır. Özel hukuk münasebetlerinde ise bireyin iradesi temel unsurdur. Bireyin istek ve iradesi dışında hukukî ilişkilerin kurulması, şekillenmesi mümkün olmamaktadır. Bu açıklamalara bağlı olarak Roma Hukuku açısından değerlendirildiğinde Roma Devleti ile ilgili olan hukuk 'kamu hukuku'; bireylerin menfaatlerine ilişkin hukuk 'özel hukuk' şeklinde kabul edilmektedir Aybay, Aybay, s. 129-132.

ödenmektedir.<sup>8</sup> *Furtum* (hırsızlık), *rapina* (gasp), *damnum iniuria datum* (mala zarar verme), *iniuria* (kişiliğe tecavüz), *dolus* (hile), *aliento in fraudem creditorum* (alacaklılardan mal kaçırma) gibi suçlar '*delicta privata*' (özel suçlar) şeklinde adlandırılmakta; bu tarz fiillerden kaynaklanan para cezaları *actione poenalis* ile sadece failden talep edilmektedir. Ödenen bu bedelin, kamu suçu karşılığında ödenen '*poenæ*'dan<sup>10</sup> farkı ise devlete değil, mağdur ya da mirasçılara ödenmesidir.<sup>11</sup>

'Ceza' anlamına gelmekte olan ve ilk olarak On İki Levha Kanunları'nda, özel suçlara karşılık ödenen 'diyet' manasında kullanılan Latince '*poenæ*' kelimesi<sup>12</sup>, Roma Hukuku kapsamında farklı hukukî kavramlara karşılık gelmektedir. Eski Hukuk Dönemi'nde maddî tazminat ve ceza arasında bir fark olmadığından, Roma Hukuku kaynaklarında ceza şartı, '*poenæ*', yani 'ceza' şeklinde geçmektedir.<sup>13</sup> Roma Hukuku'nda tıpkı günümüzde olduğu üzere kişilerin hukukî münasebetlerinden doğan borçlarını teminat altına alma yollarından biri de cezaî şarttır. Cezaî şart, akdedilen bir sözleşmenin yerine

<sup>8</sup> Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, Yeni Medenî Kanuna Göre Uyarlanmış 13. Basım, Turhan Kitabevi 2008, s. 248.

<sup>9</sup> Roma Hukukunda yer alan haksız fiiller (*delicta*) ve özel suçların (*delicta privata*) kamunun değil, yalnızca şahısların yararına aykırı olması sebebiyle cezalandırılmaları da devlet yerine, kişilere bırakılmıştır. Bu durumda, haksızlığa uğrayan kişi 'şahsi öç'e başvurmaktadır. Ancak mağdurun karşı taraftan güçsüz olması, bir kez daha zarar görmesini muhtemel kıldığından 'kısas usulü' uygulamaya konulmuştur. Söz konusu uygulama bazı sakıncalarından ötürü mağdurun zararının para ile karşılanmasına, yani 'ihtiyarî diyet usulüne dönüştürülmüştür. Başlarda tarafların anlaşmalarına tabi olmayan bu usul, 'zorunlu diyet' haline gelmiştir (Çelebican (n 1) 248). Bahsedilen para cezaları ise ceza davası niteliğindeki *actio poenalis* ve buna ek olarak *actio reipersecutoria* (tazminat davası) vasıtasıyla talep edilmiştir. Özel suçların karşılığında ödenmesi şart koşulan diyet (para cezası), ilk olarak On İki Levha Kanunları'nda yer almıştır. Suçun tipine bağlı olarak cezası sürgün edilme ya da malların müsaderesi olan söz konusu özel suçlar kapsamında öldürme (*homicium*), zina (*adulterium*), tecavüz (*raptus mullerium*), adam kaçırma, çocuk düşürme, özgür Romalıların Roma Devleti dâhil inde köle olarak satılmalarını (*plagium*) da bulunmaktadır (Halide Gökçe Türkoğlu, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza*, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 61-89).

<sup>10</sup> *Poenæ*: Geniş anlamıyla hukukî açıdan hem söz konusu olan cezayı hem de borcunu yerine getirmeyen borçludan talep edilen bir miktar para cezasını ifade eden kavramdır Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, Fakülter Matbaası, 1983, s. 159.

<sup>11</sup> Bülent Tahiroğlu, "Roma Hukukunda Suçların Genel Nitelikleri ve Modern Türk Hukukuna Etkileri, Türk- İtalyan Karşılaştırmalı Ceza Hukuku I, Türk ve Roma Hukukunun Genel Sorunları", Prof. Dr. Yener Ünver (Ed.), 2014, s. 34.

<sup>12</sup> Paul Koschaker; Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, D. E. Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları 1993, s. 26.

<sup>13</sup> Wilhelm Sjörger, *Ueber die Römische Conventionalstrafe und die Strafklauseln der Fränkischen Urkunden*, Carl Heymanns, Verlag, 1896, s. 5.

getirilmemesi durumunda alacaklıya ödenmesi kararlaştırılan bir miktar paraya karşılık gelen cezayı ifade etmektedir. Ancak bu anlaşma esas borcu ortadan kaldırmadığından, alacaklı söz konusu bedeli almaktan vazgeçerek asıl borç konusunun yerine getirilmesi talebinde bulunabilmektedir. Kısaca ifade edecek olursak tanımlamalara göre cezaî şart, borçlunun borcunu hiç ya da belirlenen sürede ifa etmemesi halinde ödemesi gereken edim ve bu edimin kararlaştırıldığı hukukî muameledir.<sup>14</sup> Ayrıca cezaî şart zarara uğrayan kimseyi, zararını ispat yükünden de kurtarmaktadır.<sup>15</sup>

Roma Hukuku'na göre borçlu olan kimsenin bir davranışa aykırı davranması durumunda bir miktar para ödeme taahhüdünde bulunması anlamındaki cezaî şart, o dönemlerde iki farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan biri Türk Hukuku'nda da olduğu gibi yapma ya da yapmama şeklindeki bir davranışın, hiç veya kararlaştırıldığı gibi gerçekleşmemesi durumunda belirli miktar para ödeneceğinin taahhüt edilmesidir. Burada sözü edilen gerçek cezaî şarttır. Ancak Roma Hukuku'nda gerçek olmayan veya bağımsız ceza şartı olarak nitelendirilen bir diğer unsur daha mevcuttur. Önceden borçlanılmamış bir yapma ya da yapmama eyleminin ortaya çıkmasını sağlayan bu cezaî şart türünde, taraflar arasında şarta bağlı ve yalnızca cezaî şart edimine yönelik bir borç mevzu bahis olmaktadır. Buna karşılık gerçek cezaî şartta ise ana borç ve ona bağlı ceza şartından kaynaklanan borç olmak üzere iki borç bulunmaktadır.<sup>16</sup>

Roma Hukuku'nda da ceza (*poenæ*), ana borca *stipulatio*<sup>17</sup> vasıtasıyla ilave edilirse, *stipulatio poena* meydana gelmektedir. Dolayısıyla *stipulatio poenæ* cezaî şartın taahhüt edilmesini ifade etmektedir. *Stipulatio poena* ile kararlaştırılan cezaî şart edimi de '*poenæ*'yi teşkil etmektedir.<sup>18</sup> O halde '*stipulatio poenæ*' ile, ödenmemesi durumunda ceza koşulunun taahhüt

<sup>14</sup> Nilgün Dinçer Araz, "Roma Hukukunda Ceza Koşulu (*Stipulatio Poenæ*)", Ankara Üniversitesi SBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2018, s. 8.

<sup>15</sup> Sevgi Kayak, "Roma Hukukunda Cezaî Şart", *İÜHFMC. LXIV*, 1, 2006, s. 237.

<sup>16</sup> Bülent Erdoğan/ Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukuku Pratik Çalışmaları-Meseleleri*, Ekin Yayınevi, 2014, s. 244.

<sup>17</sup> *Stipulatio*: Roma'nın ilk dönemlerinden itibaren görülen çok önemli bir hukukî işlemdir. Zira Roma'da taraflar arasındaki her hukukî münasebetten borç ortaya çıkmamaktadır. Bir borcun doğmasını sağlamak için *stipulationun* kullanılması gerekmektedir. Bu sebeple *stipulatio* hem bir akit türü hem bir borç kaynağı hem de bir şekil şartı rollerine sahiptir Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 240.

<sup>18</sup> Rolf Knütel, *Stipulatio Poenæ*, Studien zur Römischen Vertragsstrafe, Böhlau, Verlag, 1976, s. 6.

edilmesi, yani cezaî şartın kararlaştırılması belirtilmektedir. Justinianus'un *Institutiones*'inde cezaî şart '*poenæ*' ve '*clausula*' kemeleriyle ifade edilmektedir. Roma Hukuku'nda cezaî şarta karşılık gelen ortak bir kavram olmayıp, kullanılan tüm kavramlar ise cezaî şartın sadece bir özelliğini yansıtmaktadır.<sup>19</sup> *Poenæ* kelimesi (ceza şartı) ayrıca özel (*delicta privata*) ve kamu suçlarının (*delicta publica*) müeyyidesine, miras bırakanın nihaî isteği şeklinde vasiyetine eklediği yüklemelere ve Roma Usul Hukuku'ndaki birtakım yaptırımlara karşılık olarak da kullanılmaktadır.<sup>20</sup>

### A. Roma Hukuku'ndaki Bazı Ceza Türleri

Roma tarihinin oldukça geç dönemlerine kadar müstakil ceza mahkemeleri mevcut değildir ve söz konusu mahkemelerin ilki M. Ö. 149 yılında teşkil edilmiştir. M. Ö. 2. yüzyılın ortalarından itibaren meclis önünde gerçekleştirilen yargılamalar, alıştığımız türden yargılamalara benzeyen bir prosedür ile değiştirilmeye başlamıştır. Her suçun yargılanması için, aralarında küçük usul farklılıkları olan ayrı birer mahkeme kurulmuştur. Bölge savcısı, başsavcı veya başka herhangi bir devlet görevlisi bulunmamaktadır. Soruşturma sistemi ise seçim rüşveti, cinayet, isyan, sahtecilik, kamu malı hırsızlığı ve vatana ihanet suçlarını yargılamak amacıyla oluşturulmuştur. Bu noktada cezalarla ilgili bir hususun belirtilmesi gerekmektedir. Zira suçların birçoğu 'ölüm' cezasını kapsamaktadır. Ancak teorik olarak infazı istenen ölüm cezası, pratikte Roma vatandaşlarına nadiren uygulanmış veya hiç uygulanmamıştır.<sup>21</sup> İdam cezası, Prenslük Dönemi'nde Cumhuriyet Dönemi'ne göre çok daha sık yerine getirilmiş olup; birçok türü sürgün cezasına dönüştürülmüştür. Ağır cezaların ise caydırıcı (önleyici) fakat aynı zamanda da misilleme niteliğine sahip oldukları anlaşılmaktadır.<sup>22</sup>

Roma Hukuku'ndaki çoğu ceza çeşidi, bu hukukun en eski kaynağı olan On İki Levha Kanunları'nda açıkça belirtilmektedir. Söz konusu ceza türleri arasında su ve ateş kullanımının yasaklanması; suçlunun, toplumdun dışlanması (*aeque et ignis interdictio*) yanı sıra Roma vatandaşının ayrıcalıklarından mahrum bırakılması (*exsilium*) yer almaktadır. Bu ceza aslında vatana ihanet suçu kapsamında olup, toplumdun dışlanma ya da sürgün edilme anlamına gelmekte ve ölüm cezasından sonra en ağır ikinci

<sup>19</sup> Kayak, s. 238.

<sup>20</sup> Umur, s. 159.

<sup>21</sup> Umur, s. 196-198.

<sup>22</sup> Amielńczyk, s. 29.



suçu teşkil etmektedir. Bahsedilen cezanın dışında Roma Hukuku'nda ölüm cezası/idam cezasına karşılık olarak özgürlükten yoksun bırakma ve para cezaları mevcuttur.<sup>23</sup> Kafa kesmek, kılıçla yaralamak, asmak, denizde veya nehirde boğmak Klasik Çağ'da idam cezasını infaz etmenin olağan yolları olmuştur<sup>24</sup>. Ölüm cezasının diğer özel türleri arasında ise çarpmıha germek, yakmak, suçluları sirklerdeki vahşi hayvanların önüne atmak (*bestiis obici*), diri diri gömmek ve uçurumdan itmek de bulunmaktadır. Cezalar kapsamında zehir içmek, küvette damarlarını kesmek gibi evlerde uygulanan ilginç yöntemlerin beraberinde, ölüm cezasını genellikle mülkün müsadere edilmesi izlemektedir.<sup>25</sup>

Az evvel de belirtildiği üzere özgürlükten yoksun bırakmak Romalılar tarafından da bir cezalandırma şekli olarak kullanılmış, fakat diğer uluslara göre çok daha az ölçüde tercih edilmiştir. Bunun dışında Roma Hukuku'nda farklı ceza türleri de mevcuttur.<sup>26</sup> Özel ceza türleri arasında devlet düşmanlarının siyasî nedenlerle ölüme mahkûm edilmeleri veya sürgüne gönderilmelerini ima eden sözde yasaklamalar (*proscriptiones*), para cezaları (*poena pecuniariae*) ve malların tamamına el konulması gibi cezalar yer almaktadır. Roma imparatorları tarafından uygulanan mülke el koyma cezaları daha ziyade siyasî muhaliflerle başa çıkmak amacıyla kullanmıştır.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Amielńczyk, s. 5.

<sup>24</sup> Yulia Pershina, "The System of Punishments in the Ancient Rome", *Modern European Researchers 1*, 2017, s. 81.

<sup>25</sup> M. N. Puridnikov, *The Roman Law: Textbook*, Moscow Publishing House, Yurayt 2201, s. 302.

<sup>26</sup> Filip Mirić, "System Punishment in Roman Law", *Ius Romanum, Societas pro Ihre Romano Article, January*, 2017, s. 5.

<sup>27</sup> *Ambitus*: Bu seçim rüşveti anlamını taşımaktadır. Oyları doğrudan satın almak en başından beri yasa dışı sayılmaktadır, ancak zamanla bu suçta seçimlere ilişkin diğer yanlış uygulama biçimleri de dâhil edilmiştir. Bunlar arasında halka açık oyunlara bilet vermek (veya en başta onları koymak), ziyafetlerde koltuk ayırmak, oyları paylaşmak için diğer adaylarla anlaşmalar yapmak, aşırı bir çevre toplamak yer almaktadır. Bahsi geçen suçta karşılık uygulanan en acil ceza, seçimden diskalifiye ve bir on yıl daha görev almaktan men edilmektir. *Repetundæ*: Bu suç bazen taşra tebaasında "gasp" olarak tanımlanmaktadır (Latince terim "kurtarma" anlamına gelir ve suçun kendisinden ziyade mahkemenin adıdır). Suçun orijinal kapsamı, bir eyalet valisinin birinden hediye, rüşvet, "koruma" parası adı altında belirli bir miktardan fazla para almasıdır. *Homicide*: İlk zamanlarda, cinayet yalnızca birkaç koşul altında ceza gerektiren bir suç gibi görünmektedir. Bu kapsamda ise zehir kullanmak, yakın bir akrabayı öldürmek ve organize suçla bir şekilde bağlantısı olmak yer almaktadır. *Vis*: Bu suçun Latince adı basitçe "kuvvet" veya "şiddet" anlamına gelmekte, ancak suçun kapsamı çok daha dar görünmektedir. *Vis* için kovuşturmalar herhangi bir şiddet kullanımından (mesela bir meyhane kavgası veya gasp) değil, yalnızca "devlete karşı" olanlardan kaynaklanmaktadır.

Hüküm giymiş suçlular, isimleri şehrin çeşitli yerlerinde kamuoyuna duyurulacak şekilde idam edilmiş; tüm yurttaşlara ise onları öldürme ve bunun karşılığında belirli bir ödül alma hakkı sunulmuştur. Bu kapsamda özgür yurttaşlara para, kölelere ise özgürlükleri verilmiştir. Suçlulara para vermek veya herhangi bir yardımda bulunmak da yasaklanmış, ancak zamanla bu tür cezalardan vazgeçilmiştir<sup>28</sup> Ayrıca On İki Levha Kanunları (*Leges duodecim tabularum*)'na göre aile büyüklerinin öldürülmesi, ihanet ve büyü kamu suçları arasında yer alırken; ileri gelen kimseleri ya da kraliyet ailesini aşağılama suçunun (*crimen lasae maiestatis*) vatana ihanetin bir türü olarak addedilmesi özellikle ilgi çekicidir. Bu suç, başlangıçta Roma halkını korumak için öngörülmüş olsa da daha sonraları yalnızca hükümdarları koruma ve siyasî muhalifleri ortadan kaldırma aracı olarak kullanılmıştır.<sup>29</sup> Bir kimseyi gladyatör olmaya mahkûm etme cezası da kamu düzeni ve aile barışı nedeniyle kaldırılmış; köleler ve azat edilmiş kişiler için lanetleme (*damnatio ad bestias*) cezası ise korunmuştur.<sup>30</sup>

Kısaca ifade edecek olursak, imparatorluk döneminin Roma Ceza Hukuku genellikle cezaların ciddiyeti ile karakterize edilmektedir. Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki imparatorluğun Hristiyanlığa geçmesi hukukî açıdan büyük bir öneme sahip olsa da, bu durum ceza hukukundan daha ziyade medenî hukuk alanında gerçekleşmiştir. Ancak din hususu dinî suçlara ilişkin etkili olurken, adını Hristiyan İmparator Justinian'den<sup>31</sup> aldığı

---

Yani şiddetin siyasî sonuçları olacak şekilde açık bir siyasî amacı ya da böyle bir ölçekte (bir saldırıdan çok bir isyan) olmalıdır. *Falsum*: Suçlama, bozuk para kalpazanlığı ve vasiyetnamede sahtecilik suçlarını içermektedir. Cezaî yatırımının bir hayli ağır olmasına karşın kişileri resmî para birimi olarak kullanılmayan metallerle madeni para basmaktan hiçbir şey alıkoymamıştır. Zira bu suçun cezası ise idamdır. *Peculatus*: Sıradan hırsızlıklar hassas konular arasında yer alırken, devlete ait mülkün çalınması bu suç kategorisine girmektedir. Bu mülkün meşru mülkiyetine sahip olan bir kişi (en azından başlangıçta) bu suçla suçlanamamakta, ancak başka suçlamalardan sorumlu olabilmektedir. Cezası ise sürgün ve iadenin bir kombinasyonuydu (iade hususunda ise çalınan miktarın hesaplanması için ayrı bir duruşma gerektirmektedir) Riggsby, s. 199-202.

<sup>28</sup> Mirić, s. 6.

<sup>29</sup> Mirić, s. 2-4.

<sup>30</sup> Amielańczyk, s. 32.

<sup>31</sup> Doğu Roma İmparatorluğu'nu 527-565 yılları arasında yöneten Justinian, tüm Roma Hukuku'nun Justinian derlemesi olarak adlandırılan ve daha sonra 'Corpus iuri civilis' şeklinde isimlendirilen çok parçalı bir eserde derlenmesini temin etmiştir. Justinian'ın Corpus Iuris Civilis'i dört bölümden müteşekkildir: uygulanan hukuk hakkında genel bilgiler veren Institutiones, Digesta, Codex ve Justinian'ın 534-565 yıllarında çıkardığı yasa ve emirnameleri kapsayan Novellæ'dir. Bunlar arasında ön plana çıkanlar Digest ve Codex olmuştur. Konu bakımından da Codex ile Digest arasında büyük bir fark bulunmaktadır.

iddia edilen ceza kanununun temel çerçevesi, Hristiyanlık öncesi gelenek tarafından şekillendirilmiştir.<sup>32</sup> Justinian, uygulanan ceza türleri ile ilgili olarak Callistratus'un<sup>33</sup> ceza kanununa önemli değişiklikler getirmemiştir. Bununla birlikte dikkâte değer tek şey, Justinian'ın ceza kanunları arasında çarımha gerilme cezasının olmamasıdır. Daha önce de belirtildiği gibi Hristiyanlar için sembolik önemi nedeniyle bu cezayı ilk yasaklayanın Büyük Constantine olması muhtemeldir. Justinian de bu yasağı sürdürmüştür, ancak onun döneminde söz konusu ceza yerine, aynı derecede acımasız olan çatal biçimli bir direğe asılma cezasının (*in furcam tollere*) uygulandığı unutulmamalıdır.<sup>34</sup>

Avrupa medenî hukukunun yanı sıra ceza hukukunun da temelini teşkil eden Roma hukuk sistemi, Geç Orta Çağ döneminde başta İtalya olmak üzere kurulan üniversiteler aracılığıyla tüm kıtaya yayılmaya başlamıştır. Bu kapsamda yer alan ülkeler arasında Polonya da bulunmaktadır. Polonya kentleri gelişmiş savunma yapıları, ticaret yolları ve göçlerin bir sonucu olarak yavaş yavaş topraklarını genişletmiş ve nüfuslarını artırmıştır. Ancak bu büyümeyle birlikte bazı sorun ve gereksinimler ortaya çıkmış; kontrolü, dolayısıyla da adaleti sağlama doğrultusunda bazı yasal uygulama ve düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur.<sup>35</sup> Ülkede, XII. yüzyıldan itibaren ortaya çıkan Alman yayılmacılığının<sup>36</sup> (*Drang nach Osten*) bir neticesi olan Magdeburg Yasası (Cermen Kanunları)'nın, hukukun hemen hemen her alanında etkili olduğunu söylemek mümkündür.

---

533 yılında yayımlanan Digest veya Pandekt (yasanın tamamı anlamına gelmektedir) temel içtihat ilkelerini ve bölümlerini içermektedir, ancak ezici bir çoğunlukla özel hukuktan müteşekkildir. Kesin olarak söylemek gerekirse, Digest, II. ve IV. yüzyıllar arasındaki dönemin hukukçularının ifadelerinden farklı uzunluklardaki parçalar ve alıntılardan oluşan bir koleksiyondur W. Ullmann, *The Sources of History: Studies in the Uses of Historical Evidence Law and Politics in the Middle Ages, An Introduction to the Sources of Medieval Political Ideas*, Cambridge University Press 2008, s. 60.

<sup>32</sup> Amielañczyk, s. 22.

<sup>33</sup> Callistratus: Milâttan sonra ikinci yüzyılın sonları ile üçüncü yüzyılın başlarında yaşamış olan Romalı hukukçudur. Justinian in Digest'inde yer alan bazı bölümler dışında hiçbir eseri günümüze ulaşmamıştır (Aglaiia Mc Clintock, *The Spirit of Polish History*, Encyclopedia of Ancient History, 2019, s. 1.

<sup>34</sup> Amielañczyk, s. 29.

<sup>35</sup> Katarzyna Wójcik, "*The Exercise of Criminal Justice in Medieval Towns: A Comparison of English and Polish Jurisdiction*", A Thesis for the Degree of Doctor of Philosophy in Law, The University of Exeter, 2019, s. 89.

<sup>36</sup> Drang nach Osten: Kökeni VII. Yüzyıla kadar uzanan, Almanya'nın özellikle Elbe ve Odra ırmakları arasındaki bölgeye yönelik olarak gerçekleştirdikleri yayılmacı politikasıdır. Kelime anlamı olarak ise doğruya doğru hareket manasını taşımaktadır. Vojta Benes, *The Vanguard of the 'Drang nach Osten'*, Czechoslovak National Council of America, 1943, s. 3.

## II. ORTA ÇAĞ POLONYA'SINDA HUKUK

Avrupa hukukunun temelini teşkil eden Roma Hukuku, toplumun Hristiyanlaşmasıyla birlikte farklılaşmış; söz konusu durum, başta medenî hukuk ve ceza hukuku olmak üzere hukukun tüm alanlarına yansımıştır. Buna bağlı olarak Polonya Hukuku'nun gelişimi, özellikle Hristiyanlığın kabulü neticesinde Avrupa'ya yayılarak, değişime uğrayan Roma Hukuku'nun yanı sıra Kanon Hukuku, Cermen Hukuku (Magdeburg<sup>37</sup> Yasası) ve genel olarak medenî hukuk dünyasının hukuk sistemlerine ilham veren diğer tüm kaynaklardan etkilenmiştir. Ancak bu hususta Polonyalı devlet adamları ve hukukçuların da yaratıcı roller üstlendiklerini söylemek mümkündür.<sup>38</sup>

Genel olarak Latin Hristiyan âleminin tipik örneklerinde olduğu gibi Polonya Krallığı'nın da hukuk düzeni birden fazla yargı bölgesinden oluşmakta ve bunun bir sonucu olarak da farklı hukuk sistemleri bir arada yer almaktadır. Özellikle XIV. yüzyılın başlarındaki hukukî yapı, iki yüz yıldır sürmekte olan kırsal ve kentsel yerleşimlerin büyük ölçüde genişlemesi ve yeniden düzenlenmesinden önemli ölçüde etkilenmiştir. XII. ve XIII. yüzyıllarda Polonya'da gerçekleşen bölgesel parçalanma esnasında Elbe ile Odra nehirleri arasında Alman lortları tarafından öncülük edilen sistematik bir sömürgecilik süreci başlatılmıştır.<sup>39</sup> Bu sömürge sistemi neticesinde yeni yerleşimler meydana gelmiş, oluşan bu yerleşimlerin lort ve sakinlerinin ilişkileri ise Alman yasalarına göre düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra Polonya'daki göçmenler için de kendilerine ait yargı yetkilerine sahip oldukları bir hukukî düzen teşkil edilmiş; bu amaçla Wielkopolska ve Małopolska için biri yüz, diğeri elli maddeden oluşan, birbirinden her açıdan farklı iki ayrı yasa hazırlanmıştır.

<sup>37</sup> Magdeburg, Almanya'nın sınır bölgesinde yer almakta olup; Slav yerleşimcilerin ikâmet ettikleri bir ticaret merkezidir. Kentin ticaret merkezi oluşu nedeniyle bu kapsamda geleneksel hukuk normları oldukça erken dönemde gelişmiştir. Başpiskopos Wichmann (1152-1192) tarafından 1188'de kente, mahkeme süreç ve uygulamalarını kolaylaştıran birtakım ayrıcalıklar tanınmıştır. XIII. yüzyılın başlarında Wichmann imtiyazları Złotyja kentinin hukukî temelini teşkil etmesi maksadıyla Ślask Prensi I. Henryk (1202-1238) tarafından kopyalanmıştır. Devam eden süreçte Spandau (1232), Prenzlau (1235), Szczecin (1237) gibi çok sayıda kentte Magdeburg Yasası yürürlüğe konulmuştur. Bu yasa Ślask, Polonya ve Töton yönetimindeki kentlerin yanı sıra Baltık ülkeleri, Belarus, Ukrayna, Bohemya, Moravya, Slovakya ve Macaristan'a kadar geniş bir alanda yayılım göstermiştir Heiner Lück, "Aspects of the Transfer of the Saxon-Magdeburg Law to Central and Eastern Europe", *Rechts Geschichte*, 2014, 81-83).

<sup>38</sup> Rudolf B. Schleswiger, "Polish Law Throughout the Ages", 57 (5), *Cornell Law Review*, Article 7, 1972, 851

<sup>39</sup> *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa* in Waław Uruszak, Kazimierz Baran; Maciej Mikula (Ed.), Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego 4, 2011, s. 23.

Ancak söz konusu yasalar bölgeler arasında farklılık, dolayısıyla da bazı sorunlara sebebiyet vermiştir. Yasalardaki sıkıntılar ise ancak iki yüz yıl sonra gerçekleşen birleşmenin sonrasında ortadan kaldırılabilmiştir.<sup>40</sup>

Kraków Üniversitesi'ni kuran Kral III. Kazimierz'in (1333-1370) hukukî konulara ilgisi; hukuk eğitimini, devleti güçlendirici ve yönetim sistemini düzenleyici bir unsur olarak değerlendirmesi, üniversitede bir hukuk kürsüsünün teşkil edilmesine yol açmıştır.<sup>41</sup> Hatta Papa V. Urban'a yazmış olduğu mektubunda hukuk fakültesine özellikle vurgu yapmış; bu amaçla beş adet medenî kanun, üç adet de kilise hukuku kürsüsü kurma arzusunu dile getirmiştir. Kralın bu istekleri, 1370'lerde üniversitede yaşanan ekonomik sorunlara karşın kısmen de olsa yerine getirilmiştir. 1400 yılından itibaren Jagielloń Hanedanlığı ile birlikte yeniden yapılandırılan üniversitede hukuk fakültesi tekrar ön plana çıkarken<sup>42</sup>, çok sayıda başarılı hukukçu yetiştirilmiştir.<sup>43</sup>

Hukukî yapıyı iyileştirme girişiminde bulunan Kral III. Kazimierz, 1336 yılında Sandomierz'de teşkil edilen ve sınırlı yetkilere sahip şato mahkemesine benzer bir üst mahkemenin kurulmasını sağlamıştır. Kanunlar hazırlatarak, her ne kadar farklı geleneklere sahip olsalar da, krallığın dört bir yanı için hiçbir ayırım yapılmaksızın aynı yasaların çıkarılarak, ortak noktaların bulunmasını temin etmiştir.<sup>44</sup> Yapılan çalışmalar durumu düzeltilmiş ancak kraliyet otoritesinin kalesi konumundaki Małopolska, Alman Hukuku yargı alanında var olan daha yüksek mahkemenin boşluğunu dolduramamıştır. Şunu da belirtmek gerekir ki bu doğrultuda kurulan mahkemeler yetkin olabilseler de, hukukî açıdan tam anlamıyla donanımlı kişilerden oluştuklarına dair hiçbir garantileri olmaması sebebiyle yerel kararlar nitelikleri yönünden farklılıklar sergileyebilmiştir.

XV. yüzyıl boyunca hukukî gelişmeler ülkedeki mevcut koşullar doğrultusunda şekillenmiş olup; 1430 yılında bireyler için çıkartılan '*neminem*

<sup>40</sup> Jean W. Sedlar, *East Central Europe in the Middle Ages, 1000-1500*, University of Washington Press, 1994, s. 331.

<sup>41</sup> *Krakowskie Studia z Historii*, s. 24.

<sup>42</sup> Paul W. Knoll, '*A Pearl of Powerful Learning*' in William J. Courtenay; Jürgen Miethke; Frank Rexroth; Jacques Berger (Ed.), *The University of Cracow in Fifteenth-century, Educational and Society*, 2016, s. 415.

<sup>43</sup> Ullmann, s. 111.

<sup>44</sup> Sedlar, s. 330.

*captivabimus, nisi jure victum*’, yani hiçbir soylunun suçüstü yakalanmadıkça tutuklanamayacağı hakkına paralel olarak siyasî haklarda da bazı değişimler ortaya çıkmıştır. Kral IV. Kazimierz Jagiellończyk (1447-1492) 1454 yılında Nieszawa İmtiyazları’nı<sup>45</sup> hazırlamıştır. Bahsi geçen imtiyazlar kapsamında soylular yasama hakkına sahip olurken; kralın ise bölge meclislerindeki soyluların onayı olmaksızın savaşa karar verme yetkisi elinden alınmıştır. Bu suretle daha da belirginleşen halka danışılması gerektiği ilkesi, Polonya devlet teşkilâtının ve gelecekteki parlamenter sistemin temel taşı olmuştur.<sup>46</sup>

Parlamento mevzuatı, ticaret ve ceza hukuku ile ilgili belirli düzenlemeler içermesine rağmen, çoğunlukla malî konular ve askerlik hizmetleriyle ilgilidir. Ayrıca kasaba sahipleri de yasa yapma haklarını ellerinde tutmakta; bahsedilen bu kimseler adına çıkarılan yasalar, kasabanın ekonomik hayatına ilişkin olup; nadiren de olsa mevcut medenî ve ceza kanununun bazı hükümlerine dair değişiklikleri içermektedir. Şehir konseyleri esas olarak ticareti ve loncaların işleyişini düzenlemek adına kendi yasalarını çıkarmış; yazılı hukukun yanı sıra örf ve âdet hukuku, kent mahkemelerinin günlük uygulamalarında önemli rol oynamayı sürdürmüştür.<sup>47</sup>

### A. Magdeburg Yasası

Orta ve Modern Çağ medeniyet tarihi, pek çok yönden Kutsal Roma İmparatorluğu ve Avrupa’daki feodal devlet kent ve kasabalarıyla yakından ilişkilidir. Avrupa hukukuna<sup>48</sup> yansıyan söz konusu ilişkiler kapsamında

<sup>45</sup> Nieszawa İmtiyazları (1454): Polonya Soylular Cumhuriyeti’nin oluşumu Nieszawa İmtiyazları ile başlamaktadır. Söz konusu imtiyazlar, soylu sınıfına mensup yurttaş-askerler tarafından Magna Carta ile özdeşleştirmiştir. Iwo Cyprian Pogonowski, *The First Democracy in Modern Europe*, Hippocrene Books, Inc., 2010, s. 25. Bu imtiyazların en önemli maddelerinden biri de ordu ve vergilerin yalnızca Polonya’nın on sekiz palatinliğine ait sejmiklerin yani bölgesel meclislerin onayları doğrultusunda kral tarafından ile arttırılabilecek olmasıdır. Adam Zamoyski, *The Polish Way, A Thousand-Year History of the Poles and Their Culture*, John Murray Publishers Ltd., 1987, s. 52.

<sup>46</sup> Antoni Chołoniewski, *The Spiritus of Polish History*, The Polish Book Imprinting Co. Inc., 1918, s. 11-12.

<sup>47</sup> Maciej Mikula, *Municipal Magdeburg Law (Ius municipale Magdeburgense) in Late Medieval Poland*, Brill, 2020, s. 4-5.

<sup>48</sup> Roma Hukuku XII. yüzyıldaki Rönesans dönemiyle birlikte Batı Avrupa’ya yayılarak, XIX. yüzyılda başlayan kanunlaştırma faaliyetlerine kadar sürmüştür. Söz konusu dönemde ortak hukuk (*ius commune*) olarak değerlendirilen Roma Hukuku, Justinianus’a ait olan *Corpus iuris civilis*’in önemli bölümünü teşkil eden ve Digest’in (31 Aralık 533) Yunan dilindeki karşılığından yola çıkılarak ‘Pandekt Hukuku’ şeklinde anılmıştır Eşref Küçük, “XII. Yüzyıl Rönesans ve Yeniden Doğan Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka Pandekt Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, s. 113-116. 800 yılında Karl Wielki’nin

Sachsenspiegel<sup>49</sup> (Saxon Mirror) ve ilk defa Magdeburg’da ortaya çıkan kent hukukları da etkilenmiştir.<sup>50</sup> Magdeburg Yasası’nı hazırlayanlar, Mahkemeler Anayasası’nın (Rechtsbuch von der Gerichtsverfassung) maddelerinden birinde bu yasanın Babil kökenli olduğu ve Kutsal Roma İmparatoru tarafından Magdeburg tüccarlarından gelen bir rica üzerine eski haline getirildiği belirtmektedirler. Ayrıca bahsedilen bu anayasada Magdeburg Yasası’nın, imparatorluğun kuzeydoğu çevresine, yani Bohemya Krallığı ve Polonya’da yayılmış olup; burada model olarak kabul edildiğine atıfta bulunmaktadır.<sup>51</sup> Ülkenin Doğu Almanya’daki yeni şehir yasının en dinamik merkezi olan Magdeburg’a yakınlığı göz önüne alındığında, Alman yasınının (*ius Theutonicum*) seçilmesinin gayet doğal olduğu anlaşılmaktadır.<sup>52</sup>

Alman örf ve âdet normları ile Roma Hukuku’nun sentezi neticesinde şekillenen Alman kent hukuku (Magdeburg Yasası) zaman içerisinde diğer Avrupa ülkelerine de yayılmıştır.<sup>53</sup> Magdeburg Yasası ve Sachsenspiegel’in Polonya’ya ulaşması Şlaşk aracılığıyla gerçekleşirken; Şlaşk Dukalığı, Magdeburg Yasası’nın Doğu Avrupa’ya ulaştırılmasında da önemli role sahip olmuştur. Böylece Złotoryja (1211), Wrocław (1241), Środa Śląska (1235), Głogów (1263)’un yanı sıra çok sayıda kent Magdeburg Yasası’nı kabul

---

taç giymesiyle Batı Avrupa’da husule gelen Batı Roma İmparatorluğunu canlandırma fikri, 919’da krallığın Saksonya sülâlesine intikal etmesinin ardından da geçerliliğini korumuştur. Bu sülâleden I. Otto (962) ve II. Otto’nun (982) Kutsal Roma-Germen İmparatoru unvanıyla tahta çıkmaları, onların eski Roma imparatorlarının birer halefi oldukları fikrine isnat etmektedir. Dolayısıyla imparatorluğa manevî temel teşkil eden Germenlik, Hristiyanlık ve Roma kültürü olguları neticesinde, kültürün bir parçası durumundaki, yukarıda sözü edilen Roma hukuku (Pandekt Hukuku) ortak hukuk şeklinde kabul edilmiştir Ebru Emine Oğuz, 14.ve 15. Yüzyıllarda Polonya Krallığı (Siyasi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Yönden), Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Tarih Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2022, s. 216.

<sup>49</sup> Sachsenspiegel: Bir Orta Çağ yasaı olan Sachsenspiegel, Alman Kanunu üzerinde süregelen etkiye sahiptir. Geç Orta Çağ’da Merkezî Doğu Avrupa’ya yayılan ve başlarda sözlü hukuka dayanan Magdeburg Yasası ise (*ius Magdeburgense*) I. Otto (936-973) ve haleflerinin hükümdarlığındaki bir dizi ayrıcalıktır Lück, s. 79. XIII. yüzyılda yazılı hale getirilmiştir Krakowskie Studia z Historii, s. 22. Her iki yasa da hukukî açıdan yalnızca Orta, Doğu ve Kuzey Almanya’yı değil, hemen hemen Doğu Avrupa ülkelerinin büyük bir kısmını önemli ölçüde etkilemiştir Lück, s. 80.

<sup>50</sup> Lück, s. 79

<sup>51</sup> Mikuła, s. 1.

<sup>52</sup> Mikuła, s. 3.

<sup>53</sup> D. N. Viktorivna, “The Difference between Historical and Legal Terms Magdeburg and German Law”, *Modern Approaches to the Introduction of Science into Practice 30-31 March X. Scientific and Practical Conference*, San Francisco, 2020, s. 405.

etmiştir.<sup>54</sup> Magdeburg Yasası'na göre yapılandırılan Poznań kenti, 1253'te Wielkopolska'daki Magdeburg Yasası Yüksek Mahkemesi'nin mekânı haline dönüşmüştür. 1257 yılında ise bu kez Kraków, Magdeburg Yasası'na göre resmî olarak yeniden yapılandırılmış ve bu durum, yasanın Wielkopolska'nın ardından doğu yönünden Kızıl Rus'a<sup>55</sup> doğru ilerlemesiyle neticelenmiştir. 1356 yılında Kral III. Kazimierz, Małopolska bölgesinde yer alan Magdeburg Yasası'na tabi kent ve kasabaların ihtiyaçlarını karşılamak üzere Kraków'daki Wawel Şatosu'nda bir yüksek mahkeme kurulmasını sağlamıştır.<sup>56</sup> Ancak araştırmacı Mikuła'ya göre Kazimierz'in bu mahkemenin teşkil edilmesini istemekteki asıl amacı yardımdan ziyade, Magdeburg'a olan bağımlılığı zayıflatmaya çalışmaktır.<sup>57</sup>

Magdeburg Yasası'nın özünde Magdeburg Bench içtihadı bulunmaktadır. Magdeburg Bench, Alman yasalarına göre kurulmuş küçük kent ve kasabaların zor durumlarda yasanın açıklanması, yorumlanması için başvurduğu bağımsız bir mahkemedir. Lehçe'de bu mahkemenin kararları genellikle '*ortyle*'<sup>58</sup> olarak ifade edilmekte olup; bu uygulama Polonya'nın bazı bölgelerinde XVI. yüzyılın ilk yarısına kadar devam etmiştir.<sup>59</sup> Almanya'nın doğu sınırındaki küçük şehirlerde güç sahibi olan bölge lordları tarafından, otoritelerini olumsuz yönde etkilememesi sebebiyle kısa sürede benimsenen Magdeburg Yasası, Polonya'da ise lordların küçük kasabalar üzerindeki yargı yetkilerine aykırı olsa da, kraliyetin menfaatlerini büyük ölçüde desteklediği için kabul edilmiştir. Polonya'nın Rusya'dan ele geçirdiği bazı Rus kentlerinde de buna benzer sebeplerden ötürü yasanın kullanımı sürdürülmüştür. Latince ve Aşağı

<sup>54</sup> Lück, s. 2.

<sup>55</sup> Kızıl Rus' (Rutenya): San ve Dinyester ırmaklarının üst bölümündeki havzada, Kiev Rus'un ise güneybatısında bulunan tarihi bölgedir. Slav dilinde 'kırmızı' anlamına gelen 'czerwien' den türetilmiştir (George J. Lerski, *Historical Dictionary of Poland (966-1945)*, Piotr Wróbel & Richard J. Kozicki (ed.), Greenwood Publishing Group, 1996, s. 499). XI. yüzyıldan itibaren Halicz (Halych) Prenslüğü'ne dâhil olan Kızıl Rus', XIV. yüzyılda Kral III. Kazimierz tarafından ele geçirilerek Polonya Krallığı'nın bir parçası haline gelmiştir. Norman Davies, *God's Playground, A History of Poland, The Origins to 1795 Vol. 1*, Columbia University Press, 2005, s. 28.

<sup>56</sup> Lück, s. 83.

<sup>57</sup> Mikuła, s. 6.

<sup>58</sup> Ortyle: Eski Polonya'da başta Magdeburg, Chełmno, Toruń, Wrocław, Kraków ve Poznań olmak üzere büyük şehirlerin mahkemeleri tarafından küçük şehirlerin mahkemelerine karmaşık davalara ilişkin verilen hukukî danışmanlıktır <<https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/ortyle;3952020.html>>, Erişim Tarihi 14.02.2023.

<sup>59</sup> Mikuła, s. 6.



bölge Almancası şeklinde el yazması versiyonları bulunan yasanın Lehçe'ye tercüme edilmesi ise kısa sürede yaygınlaşmasına olanak sağlamıştır.<sup>60</sup>

Yeni yerleşimcilerin getirdiği Magdeburg Yasası hukukun hemen hemen her alanındaki sorunlara çözüm getirmiş gibi görünmektedir. Magdeburg Yasası'nın Merkezî Doğu Avrupa'da başarılı bir şekilde yayılım göstermesi şu üç temel özelliğinden kaynaklanmaktadır:

1-Kişinin, vergilerini ödediği sürece başka bir yere taşınma hakkı da dâhil olmak üzere şahsi özgürlüğünün garantisi;

2-Kasabalıların kendi arsaları üzerindeki kalıtsal hakları da dâhil olmak üzere, tarafların yani mal sahibi ve sakinlerinin yükümlülüklerine ilişkin ayrıntılı, yazılı bir yasanın varlığı;

3-Mal sahibinin, feodal haklarını önce adli yetkilere sahip bir sulh hâkimi ve jüri üyelerine; ardından tamamen kendi kendini yöneten bir organ olan Belediye Meclisi'ne devrettiği bir mahkeme sisteminin mevcudiyeti.

Bu maddeler Alman yasasının (*ius Teutonicum*) özünü oluşturmaktadır. Fakat XIII. yüzyılın tarihsel çerçevesinde söz konusu ilkelerin Magdeburg Yasası uyarınca kurulan kasabalarda medenî hukuk ve ceza hukuku hükümlerine dâhil edilmesi, adli prosedür açısından hayli uzun zaman almıştır.<sup>61</sup>

Geç Orta Çağ döneminde Polonya'da, Magdeburg Yasası'nın bölgesel ihtiyaçlar doğrultusunda düzenlenmiş olan farklı versiyonları bulunmaktadır. Bunlar arasında öne çıkan Chełmno Yasası, Polonya'nın kuzeyinde yaygındır. Bu yasanın ayırt edici bir özelliği çeşitli güncellemelerin yanı sıra değişiklikleri harmanlama ve kanunlaştırma çabası olmuştur. Magdeburg Yasası'nın modernize edilmiş hali olan Środa Yasası ise Güney Polonya'da kullanılmaktadır.<sup>62</sup> Yukarıda da bahsedildiği üzere XIII. yüzyılın sonundan itibaren değişime uğrayarak, Polonya'nın güneyine Śląsk'a (Silesia) doğru yayılmaya başlayan Magdeburg Yasası, bu sebeple Śląsk-Małopolska versiyonu adını almıştır. *Ius municipale Magdeburgense*, *Liber primus iuris municipalis*, *Magdeburger Weichbild* ve *das Sächsisches Weichbildrecht* olarak da bilinen bu yasanın Latince tercümesi Polonya kent ve kasabalarında

<sup>60</sup> John A. Armstrong, *Nations Before Nationalism*, The University of North Carolina Press, 1982, s. 17.

<sup>61</sup> Mikula, s. 3.

<sup>62</sup> Mikula, s. 5.

benimsenen Sakson-Magdeburg Yasası'nın kaynaklarından biri haline gelmiştir.<sup>63</sup>

## B. Magdeburg Weichbild

Sakson Yasası'nda atıfta bulunulan 'Weichbild', esas olarak Magdeburg Yasası'nı ifade etmektedir. 'Weichbild' kelimesi zaman içerisinde hukuk dilinde farklı anlamlara sahip olmuştur. Bu kavram, Westphalia bölgesinde kiraya göre oluşturulan veya değiştirilen kırsal yerleşim yerlerine atıfta bulunmakta olup; 1200'lerden sonra ise söz konusu kanunun uygulandığı kent ve kasabalar şeklinde genişletilmiştir. Dolayısıyla sadece hukukun kaynağının içerik ve biçimini değil, aynı zamanda geçerli olduğu coğrafi kapsamı da tanımlar hale gelmiştir.<sup>64</sup>

Magdeburg Weichbild, Polonya'da kapsamlı bir monografik çalışma konusu olmamış belki de tek büyük Orta Çağ hukuk metnidir. Polonya dışındaki araştırmalarda da Weichbild metinlerine fazla ilgi gösterilmemiş; söz konusu alandaki önemli çalışmalar ise XIX. yüzyıla ait olup, tüm değerine rağmen birçok yönden eskimiş ve önemini yitirmiş durumdadır. Weichbild, 'Mahkeme Sistemi Üzerine İncelemeler' ve 'Magdeburg Adli Hukuku'nun birleştirilmesiyle oluşturulmuştur. Sakson-Magdeburg Yasası koleksiyonlarında, Weichbild'e genellikle *liber primus* adı verilmekte ve gurur kaynağı olarak anılmaktadır. Aslına bakılacak olursa bu bir sürpriz değildir. Zira Weichbild, kentsel kurumlar ve yetkileri; kent mahkemelerinin yapısı; adli prosedürler, ticaret, ceza ve medenî hukukun uygulama noktaları ile ilgili bir dizi düzenlemeyi içermektedir.<sup>65</sup> Bu koleksiyon, esas olarak Almanya'da kullanılan temel versiyon olan 'Vulgate'<sup>66</sup> ve Polonya-Litvanya'da kullanılan

---

<sup>63</sup> Viktorivna, s. 405.

<sup>64</sup> Viktorivna, s. 406.

<sup>65</sup> Mikuła, s. 7-8.

<sup>66</sup> Vulgate: Neredeyse bin yıl boyunca Batı (Latin) Hristiyanlığının İncil'i olmuştur. VIII. yüzyılın ortalarından itibaren Batı Avrupa'ya yayılmaya başlamıştır C. P. Hallihan, "The Latin Vulgate'i", *Quarterly Review* 579, 2007, s. 11-12. Ahd-i Atik ve Ahd-i Cedid'in Papalığın yetkilendirdiği Aziz Jerome tarafından Latince'ye gerçekleştirilen tercümesine verilen addır Ömer Faruk Harman, "Kitab-ı Mukaddes", *T. D. V. İslâm Ansiklopedisi* 26, 2002, s. 76.

‘Konrad z Opola (Conrad of Opole)’<sup>67</sup> olmak üzere iki şekilde bilinmektedir.<sup>68</sup>

Magdeburg Weichbild’e olan talep yalnızca Kraków gibi büyük şehirlerde değil, aynı zamanda Przemyśl gibi orta ölçekli kasabalarda, hatta Wielkopolska’daki Słupca veya Pleszew gibi küçük kasabalarda da ortaya çıkmıştır. XIV. yüzyılın başlarında ülkenin yeniden birleşmesinden sonra Polonya’da kullanılan Sakson-Magdeburg Yasası’nın karakteristik özelliği ise Latince metnin tercih edilmesi olmuştur.<sup>69</sup>

Weichbild’in hüküm ve ifadelerinde, Polonya Krallığı toplumunun ihtiyaçları doğrultusunda yeni bir kanun üretmekten ziyade, pratik kaygılar nedeniyle bazı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Hem yerel ihtiyaçların hem de genel bir tarihsel değişim eğiliminin belirtisi olan bu değişikliklerin kapsamı olağanüstü geniştir. Söz konusu kapsamda kent yönetiminden, adaletin sağlanmasına; ceza hukukundan, veraset düzenine; mülkiyetin devrinden, hukukî yükümlülöklere kadar hayatın neredeyse tüm alanları etkilenmiştir. Bu değişiklikler:

- Terminolojik değişiklikler;
- Hukukî terimlerin açıklamaları;
- Belirsizliklerin ortadan kaldırılması;
- Yerel yasal uygulamaları dikkâte alan değişiklik ve ilâveler;
- Sakson-Magdeburg Yasası’nın diğer kaynaklarından aktarılan ek yönetmelikler;
- Düzenlemelerin kanunla uyumunu sağlamaya yönelik değişiklikler;
- Bazı eski hükümlerin, uygulaması daha kolay olanlar ile değiştirilmesi ve çağdaştırılması;

<sup>67</sup> Konrad z Opola, Polonya’da hukukun daha da geliştirilmesi üzerinde önemli bir etkiye sahip olan Magdeburg Weichbild’i düzenlemiştir. Böylelikle XIV. yüzyılın ortalarından itibaren diğer eklemelerle birleştiğinde, Polonya’da yazılı Magdeburg Yasası’nın temeli haline gelmiştir. Conrad of Opole, başlangıçta Wrocław’la ve sonrasında güçlü bir şekilde Kraków ile ilişkilendirilmiş; bu iki şehir için hukuk düzenlemesi yapmıştır. Kraków için Sakson-Magdeburg Yasası’nın Latince (Weichbild hariç) ve Almanca tercümelerini gerçekleştirmiştir Józef Koredczuk, “Konrad z Opola i jego dzieło”, XVI/4 (1), *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne*, Uniwersytet Opolski, s. 33.

<sup>68</sup> Mikuła, s. 224.

<sup>69</sup> Mikuła, s. 227.

-Yazım hatalarından kaynaklanan değişiklik ve ihmallerin giderilmesi şeklindedir.

Benzer eğilimin delillerin sunumu, suç ortaklığı ve yemin edilmesine dair bazı düzenlemeler kapsamında ceza hukukunda da söz konusu olduğu görülmektedir.<sup>70</sup>

Magdeburg Yasası, Alman orijinli olmayan Doğu Avrupa krallıklarına yayılmış ve bu bölgeler üzerinde büyük bir etki yaratmıştır. Bunun başlıca nedeni ise yasanın, ortaya çıktığı Alman kasabalarının geleneklerine bağlı olarak kasaba ile kırsal alan arasına çizdiği keskin çizgidir. Ancak Slav ve Macar köylerinin büyük bir bölümünde uygulanan yerel örf ve âdet kanunları oldukça farklı olup, bu kanunlar onların komşu kasabalardan belirgin bir şekilde ayrılmasına yol açmıştır. Daha sonraları ise söz konusu köylerin bir kısmı tarafından Magdeburg Yasası tanınmış; fakat bu durum, efendilerinin feodal haklarını pekiştirmesi sebebiyle köyler için pek de bir ayrıcalık teşkil etmemiştir. Neticede Małopolska ve Halicz'te yaklaşık 650 kasaba ve köy resmî şekilde Alman Yasası'na göre kurulurken, bu sayı Wielkopolska'da yaklaşık 150 olmuştur.<sup>71</sup> Yasanın Polonya'da, özellikle de XIII. yüzyıldan itibaren kabul görmeye başlayarak, yaygınlaşması ceza hukuku ve uygulanmasına da yansımıştır.

### III. POLONYA'DA SUÇ ve CEZA UYGULAMALARI

Antik çağlardan beri adaletin işlevinin yanı sıra önemi, tekdüze bir hukuk ve düzen devletinin yaratılarak, geliştirilmesinde öncelik haline gelmiştir. Bununla birlikte XII. yüzyıl civarında suç ve cezaya olan yaklaşımlar değişime uğramıştır. Adaletteki değişim muhalif çerçeveden, sorgulayıcı bir çerçeveye doğru gerçekleşmiştir. Daha önceki dönemlerde suçların karşılığında uygulanan cezalar tamamen dinî içerikli olup, Orta Çağ'a gelindiğinde ise mahkemeler tarafından kanıtların gözden geçirilerek, hüküm verilmesi şekline dönüşmüştür. Ayrıca buna bağlı olarak söz konusu zaman diliminde yeni bir ceza kanunu ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda ağır suçlar artık para cezası, yani kefalet ödenerek telafî edilmemeye başlamıştır. Ağır suçlar da dâhil olmak üzere uygulanan ceza seçenekleri arasında hapis cezası, para cezası, şahsın mülküne el konulması, kırbaçlama, el veya uzuvların kesilmesinin yanı sıra asılarak, yakılarak ölüm cezası gibi çeşitli bedensel yaptırımlar da yer

---

<sup>70</sup> Mikula, s. 238.

<sup>71</sup> Lück, s. 8.

almaktadır.<sup>72</sup>

Günümüzdekine benzer şekilde Orta Çağ toplumlarında da uygulanan cezaların temel amacı caydırıcı unsurlar taşımasının yanı sıra cinayet vb. ağır suçların cezaî karşılığını sağlaması olmuştur. Eski dönemlerde ülkelerin birçoğunda yazılı kanunlar bulunurken, bazılarında ise sözlü kanun geleneği devam ettirilmiş ve uygulanması hususu yöneticilere bırakılmıştır. Cezaların hukukî temele dayandırılarak, emsalleri doğrultusunda tatbik edilmesi anlamına gelen bu uygulama, verilen cezaların yoruma açık ve sübjektif olmasına yol açmıştır ki bunun neticesinde kanunların güçlülere yana olabileme ihtimali ortaya çıkmıştır. Tüm bu sebeplerden dolayı Orta Çağ döneminde birçok ülkede kanunlar yazılı hale dönüştürülmeye çalışılmış ve hangi suçlara, ne tür cezaların verileceği belirlenmiştir. Bu doğrultuda Polonya’da teşkil edilen ‘Sejm’<sup>73</sup>(meclis) in hukukî manada görevi yalnızca kanun çıkarmak değil, anlaşmazlıkların içeriğini belirlemek ve son aşama olarak da varlıklı zümre için temyiz uygulamasını yürürlüğe koymak olmuştur.<sup>74</sup>

Orta Çağ’da ceza uygulamaları, ceza hukuku ve yasal prosedürler doğrultusunda gelişmiştir. Şehirlerin XIV. yüzyıla ait mahkeme kayıtlarına göre, işlenen suçlar karşılığında uygulanan cezaların suçun türüne, suçlunun sosyal konumuna ve yasal düzenlemelere bağlı olduğu anlaşılmaktadır<sup>75</sup>. Wrocław ve Kraków gibi XIV. yüzyıl Polonya şehirlerindeki yerel suçların birçoğu kent mahkemelerinde ele alınmıştır. Bu mahkemelerin kararları Alman yasalarına dayanmaktadır. Söz konusu kanunların uygulanması ise şehir ve kasabaların kendi geliştirmekte olan özerkliklerine uyacak şekilde değiştirilmiştir. Ancak XIV. yüzyıl Polonya yasal düzenlemeleri ile Alman hukukundaki düzenlemeler arasında bazı farklılıklar mevcuttur ve Polonya’daki

<sup>72</sup> Susan Tarlow/ Emma Battell Lowman, *Harnessing the Power of the Criminal Corpse*, Palgrave Macmillan, 2018, s. 33.

<sup>73</sup> Sejm: Üst sınıf (kral ve konseyi) ve alt sınıf olmak üzere iki bölümden oluşan Polonya Parlamentosu’dur. Parlamento yılda iki kez toplanarak, kararlar almakta; savaş, barış, vergilendirme uygulamaları, asillerin silah altına alınması gibi konularda görüşmeler yapmaktadır. Bu sayede güç kazanan soylular tahıl ambarlarını, çiftliklerini genişleterek; karşılıksız iş gücünden yararlanarak ve hububat ihracatı yaparak ekonomik gelirlerini arttırmışlardır. Söz konusu süreçler ise ‘Soylular Cumhuriyeti’nin temellerini atmaktadır Patrick M. Dabrowski, *Poland, The First Thousand Years*, Northern Illinois University Press, 2014, s. 80.

<sup>74</sup> *Encyclopedia of Society and Culture in the Medieval World*, Pam J. Crabtree (Ed.), An Imprint of Info Base Publishing 2008, s. 264

<sup>75</sup> Wójcik, s. 10.

düzenlemelerin bir kısmı Alman yasalarına göre uygulandığından, her iki sistemi de analiz etmek gerekmektedir. Her iki ülke ceza hukukundaki farklı uygulamaların önemli bir örneği ise Kraków'dur. 1333'te Polonya Krallığı zor bir siyasi durumun içerisindeydi. Yerel dukların özerklik özlemlerinin yanı sıra Bohemya, Macaristan ve Kutsal Roma İmparatorluğu ile silahlı çatışmalar, ülkenin yalnızca belirli bölgelerinin Polonya kraliyet güçleri ve henüz kral olan III. Kazimierz'in (1333-1370) yönetimi altında kalması anlamına gelmektedir. Bu bölgeler arasında Małopolska (Küçük Polonya), Wielkopolska (Büyük Polonya) ve Kraków da bulunmaktadır. Söz konusu bölgelerin kuruluş belgelerine göre buralarda, bazı istisnalar dışında, Alman Hukuku'na öncelik verilmektedir. Örneğin Polonyalı bir şahıs, kasabasının vatandaşı olmayan bir kişiyi suçladığında, davanın Polonya mahkemelerinde görülmesi gerekmiştir. Kundakçılık gibi ağır bir suç söz konusu olduğunda ise Wiślica Yasası<sup>76</sup>, sanığın Alman düzeni altındaki bir Polonya kasabasından olması halinde, bu yargı yetkisinin dışında bırakılması ve Polonya yasalarına göre yargılanması gerektiğini belirlemiştir.<sup>77</sup> Aynı şey tecavüz suçlamaları için de geçerli kılınmıştır.<sup>78</sup>

Kral III. Kazimierz 1359 yılında almış olduğu karar ile dinî çevreden olmayan kimselerin borç ve diğer medenî hukuk davalarının kilise mahkemelerinde görülmesi yasaklarken, inanç ve aşar vergisi meseleleri bu kapsam dışında bırakılmıştır.<sup>79</sup> Polonya Krallığı'nın XIV. yüzyılda Litvanya ile birleşmesinin ardından Kral Jagiełło (1386-1434) farklı bir yaklaşım sergileyerek kraliyet ve kent mahkemelerini kilisenin hizmetine

<sup>76</sup> Wiślica Yasası (1347): Piskoposlar, soylular, hâkimler ve kale muhafızlarından müteşekkil Wiślica Meclisi'nde kalıcı ve zorunlu olması gerektiğine karar verilen bir yasa hazırlanmıştır. Medenî hakların zarar gördüğü ve özel mülkiyet hakkına saygı gösterilmediği bir feodalizm çağında bu kanunlar büyük değer kazanmıştır. Kanunları hazırlamak amacıyla toplanan meclis ise daha sonra ülkede düzenli olarak toplanmaya başlamıştır Angelo S. Rappoport, *Of Poland from Ancient Times to the Insurrection of 1864; Together with a Brief Account of Its Political Life, Language and Literature*, Simpkin, Marshall, Hamilton, Kent & Co. Ltd., 1915, s. 32. Yasa, biri Piotrków'da (Wielkopolska), diğeri ise Wiślica'da (Małopolska) yasalaştırılan olmak üzere iki bölümden meydana gelmektedir M. A. Morfill, *The Story of the Nations*, Poland, G. P. Putnam's Sons, New York, 1893, s. 42. Ayrıca söz konusu yasa kapsamında özellikle Yahudilere ticarî hayata yönelik bazı ayrıcalıklar tanınmıştır *The Foreign Quarterly Review XXVII*, Black and Armstrong, 1841, s. 247-248.

<sup>77</sup> Wójcik, s. 92.

<sup>78</sup> K. Bąkowski, *Sądownictwo Karne w Krakowie w XIV wieku*, Drukarnia Czas, 1901, s. 10.

<sup>79</sup> Sedlar, s. 328.

vermiştir.<sup>80</sup> Söz konusu süreçte kent meclisleri ise bölgesel mahkeme statü ve fonksiyonlarını korumayı sürdürmüşlerdir. 1454 Nieszawa İmtiyazları'na göre kraliyet mahkemelerinin soylular üzerindeki otoritesinin iptali edilmesi ve kraliyet resmî görevlilerinin kundakçılık, saldırı, hırsızlık, tecavüz gibi davalarda söz haklarının sınırlı olması, Kral IV. Kazimierz Jagiellończyk (1440-1492) tarafından eski kent meclisinin öneminin artırılmasına sebebiyet vermiştir.<sup>81</sup>

Alman düzeni altındaki Polonya kasabalarının, esasen kasabanın siyasi durumuna ve yasal yetkilerin çoğunluğunun belirli yerel yetkililerin ellerinde toplanmasına bağlı olarak suçları, seçilmiş mahkemelere aktarma konusundaki modelleri farklıdır. Bu doğrultuda Wrocław ve Kraków'daki XIV. ve XV. yüzyıl kent meclisi üyeleri, geniş cezaî yargı yetkisine sahip ve çeşitli suç türlerini yargılamaktan sorumlu olmuşlardır.<sup>82</sup> Ancak bahsedilen yasal düzenleme ve yaptırımların büyük bir bölümü daha ziyade sıradan halk için geçerli olup; soylu kesim için bazı farklılıklar gösterebilmektedir. Zira XIV. yüzyılda Polonya'daki soylulara ait mülklerin, kraliyet ve kent mahkemelerinde gerçekleştirilen yargılamalarda dokunulmazlık özellikleri mevcuttur. Hatta kraliyet görevlileri tarafından bu mülklere asla müdahalede bulunulamamaktadır. Soylu kesim 'tepkisizlik' olarak bilinen, sıradan halk veya şövalyelerin şikâyetlerine kayıtsız kalabilme özgürlüğüne sahiptir. Soylulara tanınan imtiyazlar bunlarla da sınırlı değildir. Soylular, işlemiş oldukları suç vatana ihanet kadar ağır olsa dahi yargılanmaları yapılmadan tutuklanamamakta; suçüstü yakalanmadıkları sürece mahkeme kararı çıkıncaya kadar tutuksuz yargılanmakta, hatta kınanamamaktadırlar. Ayrıca soylular kanun kaçaklarını himaye edebilmelerinin yanı sıra köylülerine istedikleri şekilde davranabilme hakkına da sahiptirler. Ancak söz konusu durum 1496 ve 1501 yıllarında çıkarılan kanunlar doğrultusunda yeniden düzenlenerek, köylü kesimi efendilerinin insafına terk eden şato ve kasaba mahkemeleri kaldırılmıştır.<sup>83</sup>

Polonya'da bir iş yeri satın alabilmek ve kiralayabilmek soyluluk statüsü gerektirmekte olup; utanç verici davranış sergileyen ya da onur kaybına uğrayanlar bu haktan mahrum bırakılmaktadırlar. O dönem sıklıkla uygulanan

<sup>80</sup> Sedlar, s. 312.

<sup>81</sup> Sedlar, s. 319.

<sup>82</sup> Wójcik, s. 95.

<sup>83</sup> Sedlar, s. 320.

cezalardan biri de sürgün cezasıdır. Bu ceza, şahısların topraklarını terk etmeleri ve mallarına el konulmasıyla neticelenmektedir.<sup>84</sup> Özellikle XIV. ve XV. yüzyıllarda Polonya'da bulunan yoğun Yahudi nüfusu da kanunlar hususunda göz ardı edilmemiştir. Bu konu her ne kadar fazlasıyla detaylı olsa da, kısaca ifade edecek olursak Yahudilerin tefecilik yapmalarına izin verilmiş; bu hususa ilişkin davalar ise dinî olmayan mahkemelerde görülmüştür. Kilise kanunları doğrultusunda kilise mahkemesi tarafından tefecilik faaliyetleri yasaklanan Hristiyan halkın davalarıyla da prensipte Anayasa Mahkemesi ilgilenmiştir.<sup>85</sup>

Polonya'da XIV. ve XV. yüzyıllarda çeşitli kanunlarla sınırlandırılmak suretiyle kişilere intikam alma hakkı tanınmıştır. Örneğin Mazowsze'de cinayet suçu nedeniyle yalnızca söz konusu duruma maruz kalan şahsa, olaya müteakip altı hafta içerisinde talebini hükümete resmî şekilde iletmesi koşuluyla intikam alabilme hakkı sağlanmaktadır. Talebin neticesinde ceza, mahkeme kayıtlarına geçmiş olup; suçlu ise bir görevli aracılığıyla adının kent pazarı meydanında üç defa duyurulması suretiyle mahkemeye çıkarılmaktadır. Görülen davanın sonucunda mahkeme tarafından para cezası veya göze göz vb. asla bitmeyen kan davası usulü bir uzlaşma şekli olarak sunulmaktadır.<sup>86</sup> Ayrıca bazı fiziksel ceza yöntemleri de bulunmaktadır. Bu kapsamda el ve kulakların kesilmesi ise sıkça karşılaşılan ceza türleri arasında yer almaktadır. Aslına bakılacak olursa uzuvların kesilmesi vasıtasıyla sakat bırakma, gözlere mil çekilmesi gibi ceza yöntemleri ölüm cezasına nazaran daha insancıl cezalar şeklinde kabul edilmiş olup; özellikle kraliyete karşı baş kaldıranlara bu tip cezalar uygulanmıştır. Faili belirlenemeyen bir cesedin varlığı karşısında tüm bölge halkı zanlı durumuna düştüğünden dolayı her bölge halkının kendi bölgelerinde işlenmiş olan bütün suçları takip etmeleri gerekli görülmüştür. Ancak III. Kazimierz'in Małopolska için çıkardığı kanuna göre aile reislerinin, evlat ya da akrabalarının işledikleri suçlara dair beyanat verme zorunlulukları olmayıp; buna karşılık olarak akrabalarının da böyle bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Köylü ve çiftçiler tarafından işlenen suçlardan ise üzerinde çalıştıkları toprakların sahibi olan lordlar sorumlu tutulmaktadır.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> Sedlar, s. 321-322.

<sup>85</sup> *Central and Eastern Europe in the Middle Ages, A Cultural History* Piotr Górecki; Nancy van Deusen (Ed.), Tauris Academics, 2009, s. 89.

<sup>86</sup> Sedlar, s. 322.

<sup>87</sup> Sedlar, s. 324-325.



Kraków, Poznań, Sieradz, Sandomierz gibi kentler ile ülkenin orta ve güneydoğu kesiminde uygulamakta olan yasal düzenleme suçlulara fiziksel cezadan çok, malî cezalar vermesi bakımından Wiślica Yasası'na (1347) nazaran daha hoşgörülü sayılabilmektedir. Roma Hukuku'nda olduğu üzere Polonya Hukuku'nda da suçlar arasında hafif ve ağır şeklinde bir ayırım mevcuttur. Buna bağlı olarak cinayet, kundakçılık, hırsızlık, hainlik (bir soyguncu çetesi tarafından işlenen şiddet) ve yaralamalı saldırı gibi suçlar ağır olarak değerlendirilmekte; hafif suçlar arasında ise hakaret, yaralamadan saldırı ve izinsiz ağaç kesme gibi suçlar yer almaktadır. En ağır suçlar, başlangıçta kralın mahkemesinde dinlenerek, belirlenmekte; alt mahkemeler ise kralın atanmış kraliyet görevlileri olan kale muhafızları gibi kimseler tarafından yönetilmekte ve kralın doğrudan sorumluluğu olmayan ceza davalarında karar vermektedir. Alt mahkemelerde ise kralın doğrudan sorumluluğu olmayan ceza davaları görülmesine rağmen, bu mahkemeler kralın yaptığı atamalarla yönetilmektedir. XIV. yüzyıl Almanya ve Polonya düzenlemelerine göre ceza hukukunun uygulanmasındaki büyük farklılıkların, yerel yetkililere suçla başa çıkmaları için tanınan yasal yetkilerin kapsamına, suç türünün sınıflandırılmasına ve suçların ciddiyetine bağlı olduğu sonucuna varılabilmektedir.<sup>88</sup>

Genel olarak cinayet, tecavüz, yol soygunu ve ev hırsızlığı gibi ağır suçlar ölümle cezalandırılmaktadır. Ancak bu kuralın bir istisnası mevcuttur. Karşılıklı kavgalar sebebiyle meydana gelen yaralamalarda kılıç kullanan tarafın ceza olarak sadece eli kesilirken, hançer (*cultellus*) kullanan ise hançerin silah şeklinde addedilmesi yüzünden ölüm cezasına çarptırılmaktadır.<sup>89</sup> Farklı türdeki saldırı, soygun, hırsızlık veya cinayet vakaları neticesinde uygulanacak cezalar hususunda belirleyici olarak kabul edilen silahlar kapsamında genellikle kurbanı etkisiz hale getirmek için kullanılan kılıç ve hançer dışında başka keskin aletler de yer almaktadır.<sup>90</sup>

Kavgaların yanı sıra hırsızlıkların cezası, çalınan eşyaların değerine ve vakaların gece ya da gündüz gerçekleşmesine göre değişime uğramaktadır.<sup>91</sup> Şayet bahsi geçen hırsızlık suçu gündüz işlenmiş ve çalınan nesnenin

<sup>88</sup> Wójcik, s. 94.

<sup>89</sup> Wójcik, s. 93.

<sup>90</sup> J. G. Bellamy, *The Criminal Trial in Later Medieval England : Felony Before the Courts from Edward I to the Sixteenth-Century*, University of Toronto Press, 1998, s. 72.

<sup>91</sup> Mikuła, s. 34.

değeri üç şilin altında olması durumunda bu, hafifletici bir sebep şeklinde addedilmekte, suç ise küçük suçlar kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>92</sup> Böyle durumlarda suçluyu asmak yerine, 'deri ve saç' (*ad cutem et crines*) cezası uygulanmakta olup; kişiler kırbaçlanmak ya da saçları kesilmek suretiyle cezalandırılmaktadır.<sup>93</sup> Suçlunun işlediği suç karşılığında bir af (yani ölüm veya sağ elinin kesilmesi cezasının affedilmesi) satın alması mümkün olsa da, tüm hakları ve mal varlığını kaybetmektedir.<sup>94</sup> Ayrıca komşularını soymaktan ve yağmalamaktan suçlu olan kasabalı, kendi evinden olmakta; bir kadının tecavüze uğradığı ev ise yıkılmaktadır. Bu doğrultuda Weichbild hem mahkeme içinde hem de dışında cereyan eden anlaşmazlıkların dostane bir şekilde çözülmesini sağlamıştır. Uzlaşma, hâkim ve jüri üyeleri veya mahkeme dışı anlaşmanın (*metseptimus*) tanıkları tarafından yemin ettirilmek suretiyle tasdik edilebilmektedir. Uzlaşma anlaşmasının ihlâli durumunda sakatlama, ölüm gibi suçlar, bu suçlar karşılığında ödenecek bedellerle cezalandırılmakta olup; bir ihtilafın, çözüldükten sonra tekrar mahkeme önüne getirilmesi yasaklanmaktadır. Bir uzlaşma anlaşması yapılmış olmasına rağmen şikâyetle bulunulacak ise mahkeme suç işleyen tarafın para cezası ödemesine karar vermektedir.<sup>95</sup>

Alman yasalarının geçerli olduğu Polonya kentlerindeki cezaî uygulamalara ilişkin bilgilere genellikle suç listeleri ve mahkeme kararları vasıtasıyla ulaşılabilmektedir. Kraków'da yasal hüküm ve cezalar 1360-1422 tarihli yerel yasaklar ve şikâyetler listesinde belirlenmiştir. Örneğin 1360-1374 yılları arasında Kraków mahkemesinde yılda yaklaşık 25 adet karar veren 356 ceza davası görülmüştür. Çocuk öldürme, kasten yaralama, kalpazanlık, tecavüz ve birinin ölümüne neden olacak şekilde yaralama gibi

<sup>92</sup> Irina Meltzer, *A Social History of Disability in the Middle Ages, Cultural Consideration of Physical Impairment*, Routledge 2013, 228.

<sup>93</sup> *Encyclopaedia Americana, A Popular Dictionary of Arts, Sciences, History, Politics and Biography* 6, Lea & Blamchard 1847, s. 137.

<sup>94</sup> Orta Çağ'da, işlenen suçlar için bazı durumlarda af satın alma kavramı mevcuttur. Affin, genellikle hükümdarlar veya diğer otoriteler tarafından bahşedilmesinin yanı sıra maddî olarak da elde edilebilmektedir. Bu ödemeler, pişmanlık gösterme, bağışlanma talebi veya yöneten otoriteye bağlılık gösterme şeklinde değerlendirilebilmekte olup; affın bedeli, işlenen suçun ciddiyetine ve bahşeden otoritenin takdirine istinaden değişebilmektedir. Orta Çağ boyunca söz konusu affın koşulları farklı bölgeler ve zaman dilimlerinde farklılık göstermiştir. Affedilme genellikle siyasi veya sosyal etkiye bağlıdır ve herkesin bu ayrıcalığa eşit erişimi mümkün olmamaktadır. Ayrıca bazı suçlar, özellikle ağır ya da devlete karşı işlenenler affa uygun bulunmamaktadır Tarlow; Lowman, s. 32-33.

<sup>95</sup> Mikuła, s. 16.

suçlar için yerel mahkeme tarafından verilen genel cezalar kent haklarından yoksun bırakma ve sürgün (*proscripto-prohibitio a civitate*) şeklindedir. Örneğin 1377 yılında 10'u cinayet ve 20'si yaralama olmak üzere kaydedilen 30 suçtaki ortak ceza, men etme yani yasaklamalardan ibarettir. Ayrıca 1388'de 8'i cinayet, 7'si yaralama olmak üzere mahkemelere intikal eden 20 ceza davasının on beşinde kent haklarından yoksun bırakma ve sürgün cezası uygulanmıştır.<sup>96</sup> Ceza listesi, XV. yüzyıl Polonya kent ve kasabalarında görülen mahkemelerin, suçluların yalnızca küçük bir yüzdesinin serbest bırakılmasıyla neticelendiğini; bununla birlikte sakatlama ve ölüm cezalarının düzenli olarak işleme konulduğunu ortaya koymaktadır.<sup>97</sup> 1449-1499 dönemine ait Wrocław'daki yerel suç kayıtlarına göre mahkemelere ulaşan davalar neticesinde verilen 211 ölüm cezasının 168'i idam edilerek, 11'i işkence edilerek, 6'sı yakılarak, 20'si boğularak, 6'sı ise başı kesilerek yerine getirilmiştir. 1456-1525 yıllarında gerçekleşen 454 vakada idam cezası verilmiş; bunların 251'i asılmış, 103'ünün başı kesilmiş, 25'i işkence görmüş, 2'si dört parçaya ayrılmış, 39'u yakılmış, 31'i boğulmuş, 3'ü diri diri gömülmüş ve 70'i daha sonra serbest bırakılmıştır. Buna ek olarak yalnızca 1456'da Wrocław'da 14 suçlu ölüm cezasına çarptırılmıştır. Bahsedilen sayıdan ise 10'u asılmış, 1'i işkence görmüş, 2'si boğulmuştur; ancak aralarındaki bir kişinin ne tür idam cezasına çarptırıldığına dair ayrıntı mevcut değildir. Yine bu kayıtlara göre 1449-1499 yılları arasında 211 suçlunun soygun ve adam öldürme suçundan hüküm giydiği; 1456-1525 yıllarından itibaren bu sayının, yani bu tür suçlardan (cinayet, hırsızlık, soygun, bebek öldürme vb.) hüküm giyenlerin sayısının toplamda 454'e ulaştığı bilinmektedir.<sup>98</sup> Bu belgelerdeki yerel yasal uygulamalar, Magdeburg Yasası'na dayanmakta ve genellikle suç işleyenlerin ağır şekilde cezalandırılmalarıyla karakterize edilmektedir.<sup>99</sup>

Weichbild'deki suç eylemleri listesi çok uzun değildir. Sadece cinayet (zehirleme de dâhildir), yaralama, tecavüz, sokakta alenen saldırı, hırsızlık ve hakaret suçlarını kapsamaktadır. Weichbild'de genellikle suç ve ceza sorunları hiçbir zaman ceza muhakemesi sorunlarından ayrı bir şekilde ele alınmamıştır. Yasa, çok sayıda kopyalama işlemi sırasında metinsel varyantların ortaya çıkmasını pratik olarak kaçınılmaz kılan hükümlerden oluşmaktadır.

<sup>96</sup> Wójcik, s. 234.

<sup>97</sup> Wójcik, s. 244.

<sup>98</sup> D. Wojtucki, "Publiczne Miejsca Straceń na Dolnym Śląsku od XV do XIX Wieku", *Fundacja Zamek Chudów*, 2009, s. 470-471.

<sup>99</sup> Wójcik, s. 93.

Weichbild'e göre cezaî sorumluluk ve cezanın ağırlığı, gerçekleştirilen eylemin koşullarına bağlıdır. Ayrıca yapılan düzenlemeler tarafların davranışlarına istinaden yargılama seçimine izin vermektedir. “Bunu kim başlattı?” sorusunun sorulması, güçlü bir davacının nasıl engellenebileceğine örnek teşkil etmektedir. Zira Weichbild'in Sandomierz ve Kraków versiyonlarının 37. maddesine göre, bir arbedeye dâhil olan tarafların dava açılması karşısında uygulanan prosedürde farklılıklar ortaya çıkmaktadır<sup>100</sup>. Yasanın Sandomierz versiyonuna göre taraflardan biri aldığı yaralardan dolayı ölecek olursa, akrabası diğer tarafa cinayetten dava açabilmektedir. Sanık daha sonra kavgayı kendisinin başlatmadığını iddia ederek suçlamayı çürütebilmekte ve altı tanığın (*compurgator-metseptimus*: bir sanığın karakter veya davranışına yemin etmek suretiyle kefil olan kişi) yeminiyle kendini temize çıkarabilmektedir. Buna alternatif olarak merhumun akrabası işkenceyle sorgulama talep ederse sanığın bunu kabul ederek, meydan okumaktan başka seçeneği kalmamakta; gücünü yitirmesi durumunda da hayatını kaybetmektedir. Genel kurallar yasanın tüm versiyonları için müşterek olsa dahi Kraków versiyonu bunları bazı özel düzenlemeler vasıtasıyla tamamlamaktadır. Sadece Weichbild, yemin eden şahısların çağırılmasına ilâveten kesin bir ispat aracı olarak, ölen kişinin akrabasının sanığın işkence ile sorgulanması talebine izin vermektedir. Kanun, sanık için kaybedilen düellonun ölüm cezasına eşdeğer olduğu konusunda ısrar eden Kraków versiyonunu da benimsemektedir. Sanığa yemin edecek kimseleri toplaması için tanınan süreye ilişkin hüküm de değişime uğramakta olup; Sandomierz versiyonu bu işlemin yalnızca altı hafta içinde gerçekleşmesi gerektiğini şart koşmaktadır. Ayrıca söz konusu versiyonun 12. maddesi bir yaralama vakasında suçlanan kişilerin sayısının, yaralananların sayısını geçmemesi gerektiği koşulunu ihtiva etmektedir. Şayet davacı çok sayıda kişiye karşı suçlamada bulunursa bu sınırın üzerinde olanlar altı tanığın yemini ile kendilerini temize çıkarabilmektedirler.<sup>101</sup>

Bir suçun işlenmesi ile resmî suçlama arasında geçen süre, yani delil sunmada öncelik hakkı da oldukça büyük bir önem taşımaktadır. Bilhassa yasanın 10. maddesine göre, davacının davayı ertesi güne ertelemesi, sanığa suçlamadan aklanma doğrultusunda altı adet tanık gösterme hakkını sağlamaktadır. Hem Kraków versiyonu hem de Weichbild, bu rolü oynayanın hâkim olduğunu iddia ederek, ne davacının ne de davalının yasal işlemlerden sorumlu olmadığı konusunda ısrar etmektedir. Bu hükmün, yemin etmeye

---

<sup>100</sup> Mikula, s. 165.

<sup>101</sup> Mikula, s. 166.

gerek olmayan alacakların tahsili davasıyla (mahkeme takvimi ve resmî olarak belirlenen yerler dışında) özet olarak ilgilenmesine izin veren hükümde yer alması dikkat çekicidir.<sup>102</sup>

Weichbild yemin, işkence ile sorgu ve soruşturma gibi kanıt türlerini benimsemektedir. Çünkü yasa tanık ifadesinin sorgulanmasını (*pro falso*) mümkün kılmaktadır. Ayrıca 53. madde durumu öğrenmek ve mahkemeye rapor vermek üzere üç şahsın, yaralı kişinin yanına gönderilmesini öngörmektedir. Elde edilecek sonucun ise yalnızca bir ceza mahkemesinde değil, mahkemenin dikkatine delil sunmada öncelik hakkına bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Ancak fail suçüstü yakalandığında ve deliller hazır olduğunda, bu koşulun daha fazla müzakere edilmesine gerek yoktur. Kanundaki değişiklikler, 37. maddeye, yani arbedede ölümcül yaralanma durumlarında cezanın süresine ilişkindir. Bununla birlikte Weichbild, altı haftalık süre sınırını davalının yemin edeceği, birbirini izleyen iki haftalık dönemlerden birini seçmesine izin veren bir maddeyle değiştirerek, Kraków versiyonunu izlemektedir. Bu, süre sınırının resmî tatilde sona ermesi durumunda hâkime yargılamayı erteleme hakkı veren bir kuralla daha da değiştirilmiştir.<sup>103</sup>

Yargılama kapsamında yasada konuşma güçlüğü çeken kimseler de unutulmamıştır. Ek olarak, kekeme bir kişinin yemin usulünün ikinci kez gözden geçirmesine izin veren bir değişiklikte resmî prosedürün katılığı yumuşatılmıştır. Weichbild'de Kraków versiyonu örneğinden esinlenen önemli bir değişiklik de kişilerin tanıklıktan çekilme olasılıklarıyla ilgilidir. Hâkimden izin alınmaması ve söz verildiği gibi yemin edilmemesi, sekiz zloti ile cezalandırılmakta ve bu, her bir uygunsuzluk durumu için ayrı ayrı ödenmektedir. Söz konusu dönemde Polonya'da yaşayan yoğun Yahudi nüfusu da göz ardı edilmemiş; ettikleri yeminler bazı değişikliklere tabi tutulmuştur. Bu değişiklikler yemin töreninin detayları, yemin edenin kıyafeti, jesti ve edilen yeminin üslubu ile ilgili hususlardan müteşekkildir. Yahudiler kendi yasaları olan *iuramentum Judaeorum* oluştururken ise Magdeburg Yasası'nın Kraków ve Sandomierz versiyonlarının metinlerinden yararlanmışlardır.<sup>104</sup>

<sup>102</sup> Mikula, s. 167.

<sup>103</sup> Mikula, s. 168.

<sup>104</sup> Mikula, s. 169.

## SONUÇ

Eski dönemlerde çoğu ülkede kanunlar yazılı hale getirilmelerine karşın, bazı ülkeler bu hususta sözlü geleneklerini sürdürerek, kanunların uygulanmasını yöneticilerinin inisiyatiflerine bırakmışlardır. Bunun anlamı ise cezaların, emsalleri doğrultusunda tatbik edilmesi olmuştur. Ancak kimi toplumlarda kanunların yazılı olmayışı, verilen cezaların yoruma açık ve tek taraflı olmasına sebebiyet vermiş; dolayısıyla kanunların güçlülerden yana olma ihtimali ortaya çıkmıştır. Adaletin sağlanması hususunda haksızlıklara yol açabilen bu durumun giderilmesi maksadıyla Orta Çağ'da dünyanın pek çok yerinde kanunlar yazılı hale getirilmeye gayret edilerek, hangi suçlara, hangi cezaların verilmesi gerektiği belirlenmiştir. Tıpkı günümüzde olduğu üzere Orta Çağ toplumlarında da cezaların öncelikli amacı, daima caydırıcı unsurlar taşıması ve cinayet gibi ağır suçların ceza karşılıklarını sağlaması olmuştur.

Roma İmparatorluğu'nun hukuk sistemi olan ve Avrupa hukukunun temelini teşkil eden Roma Hukuku, Geç Orta Çağ döneminde başta İtalya olmak üzere kurulan üniversiteler aracılığıyla tüm kıtaya yayılmaya başlamıştır. Bu durumdan etkilenen ülkeler arasında Polonya da bulunmaktadır. Zira Polonya kentleri, gelişmiş savunma yapıları, ticaret yolları ve yaşanan göçlerin sonucu olarak yavaş yavaş topraklarını genişletmek suretiyle nüfuslarını artırmaya başlamışlardır. Ancak söz konusu büyümeyle birlikte bazı sorun ve gereksinimler ortaya çıkmış; kontrolü, dolayısıyla da adaleti sağlamak amacıyla birtakım hukukî uygulama ve düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Özellikle XIV. yüzyılın başlarındaki hukukî yapı, iki yüz yıldır sürmekte olan kırsal ve kentsel yerleşimlerin büyük ölçüde genişlemesi ve yeniden düzenlenmesinin yanı sıra yine aynı süreçte yaşanan Alman yayılcılığının bir neticesi olarak Polonya'da tanınan Magdeburg Yasası'ndan önemli ölçüde etkilenmiştir. Polonya'da Geç Orta Çağ döneminde benimsenen bu yasanın bölgesel ihtiyaçlar doğrultusunda düzenlenmiş farklı versiyonları mevcuttur. Bunlardan biri de Weichbild'dir. Weichbild'in hüküm ve ifadelerinde, Polonya Krallığı toplumunun gereksinimlerini karşılayabilmek için yeni bir kanun üretmekten ziyade, pratik kaygılar nedeniyle bazı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu kapsamda ise kent yönetiminden, adaletin sağlanmasına; ceza hukukundan, veraset düzenine; mülkiyetin devrinden, hukukî yükümlülükler kadar hayatın neredeyse tüm alanları etkilenmiştir.

Orta Çağ Polonya'sının hukuk sistemi Roma Hukuku'nun yanı sıra yerel gelenekler ve uygulamaların bir araya gelmesinden oluşmaktadır. Söz konusu

sistem, dönemin hükümdar ve bölgesel yöneticilerinin emir ve yasalarına dayanmakta olup; ceza uygulamaları ise hükümdarın iradesi doğrultusunda değişebilmektedir. Bu dönemde cezaların amacı caydırıcılık ve suçluların cezalandırılmaları suretiyle toplum düzenini temin etmek olmuştur. Verilecek cezaların kapsamı suçun ciddiyeti, dolayısıyla mağdurlara ve topluma olan etkisine bağlı olarak belirlenmektedir. Roma Hukuku her ne kadar Polonya hukuk sisteminin temelini teşkil ediyor olsa da, cezaların uygulanması noktasında Polonya Krallığı ile Roma İmparatorluğu arasında birtakım farklılıklar mevcuttur. Bu konuda özellikle idam cezaları ön plana çıkmaktadır. Cinayet, tecavüz, yol soygunu ve ev hırsızlığı gibi ağır suçlar karşılığında genellikle ölüm cezasına hükmedilse de, bu ceza Roma vatandaşlarına nadiren uygulanmaktadır. Ancak Roma'da pek fazla infaz edilmeyen idam cezalarının, Polonya'da sıklıkla ve değişik şekillerde uygulandığı anlaşılmaktadır. Aslına bakılacak olursa Roma'ya nispeten daha katı ve acımasız olarak nitelendirilebilecek Polonya hukuk sisteminin buradaki amacının, cezaların caydırıcılığından yola çıkılarak, suçların tekrarını en aza indirmek olması mümkündür. Ayrıca Orta Çağ Polonya'sında ceza hukukunun dinî otoritelerle de yakından ilişkili olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Kilise, suç işleyen kişilerin yargılanma ve cezalandırılma süreçlerinde etkin bir rol oynamakta; bazı durumlarda dinî törenler veya tövbe gibi ceza yöntemlerini teşvik ederken, ağır suçlar için ölüm cezası verilmesini desteklemektedir. Neticede Roma Hukuku kökenli Orta Çağ Polonya ceza hukukunun, yerel uygulamalar ve dinî otoritelerin etkisiyle şekillendiği sonucuna varılmaktadır. Türü ve miktarı, suçun ciddiyetine ve toplumsal etkisine bağlı olarak değişmekte olan cezaların uygulanması hususunda ise Polonya Krallığı hükümdarlarının yetkileri ve kilisenin etkisi belirleyici olmuştur.

## KAYNAKÇA

- Amielańczyk K, “Purposes and Functions of Public Punishment in Roman Law in the Perspective of Justinian’s Codification”, *Studia Prawicze* Kul 4 (80), 2019, s. 21-37.
- Araz N D, “Roma Hukukunda Ceza Koşulu (*Stipulatio Poenae*)”, Ankara Üniversitesi SBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2018.
- Armstrong J A, *Nations Before Nationalism*, The University of North Carolina Press, 1982.
- Aybay A; Aybay R, *Hukuka Giriş*, Genişletmiş 8. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 394, 2012.
- Bąkowski K, *Sądownictwo Karne w Krakowie w XIV wieku* [Criminal Justice in Kraków in the Fourteenth Century], Drukarnia Czas, 1901.
- Bellamy J G, *The Criminal Trial in Later Medieval England: Felony Before the Courts from Edward I to the Sixteenth Century*, University of Toronto Press, 1998.
- Benes V, *The Vanguard of the ‘Drang nach Osten’*, Czechoslovak National Council of America, 1943.
- Central and Eastern Europe in the Middle Ages, A Cultural History* Piotr Górecki; Nancy van Deusen (Ed.) Tauris Academic Studies, 2009.
- Chołoniewski A, *The Spirit of Polish History*, The Polish Book Imprinting Co. Inc., 1918.
- Mc Clintock A, “Callistratus”, *Encyclopedia of Ancient History*, 2019, s. 1-2.
- Çelebican K Ö, *Roma Hukuku*, Yeni Medenî Kanuna Göre Uyarlanmış 13. Basım, Turhan Kitabevi, 2008.
- Çelebican K Ö, *Roma Hukuku*, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, 2020.
- Dabrowski P M, *Poland, The First Thousand Years*, Northern Illinois University Press, De Kalb, 2014.
- Davies N, *God’s Playground, A History of Poland, The Origins to 1795 Vol. 1*, Columbia University Press, 2005.
- Encyclopedia of Society and Culture in the Medieval World* Pam J. Crabtree (Ed.), An Imprint of Infobase Publishing, 2008.
- Encyclopaedia Americana, A Popular Dictionary of Arts, Sciences, Literature*,



*History, Politics and Biography, Vol. 6, Lea & Blachard 1847.*

Erdoğan B/ Tahiroğlu B, *Roma Hukuku Pratik Çalışmaları-Meseleleri*, Ekin Yayınevi, 2014.

*The Foreign Quarterly Review, Vol. XXVII, Black; Armstrong, 1841.*

Geary J, *Before France and Germany*, Oxford University Press, 1988.

Gözler K, *Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Ekin Yayınları, 2013.

Hallihan C P, “The Latin Vulgate”, *Quarterly Review* 579, 2007, s. 8-15.

Harman Ö F, “Kitab-ı Mukaddes”, *T. D. V. İslâm Ansiklopedisi* 26, 2002, s. 75-76.

Kayak S, “Roma Hukukunda Cezaî Şart”, *İÜHFİM, C. LXIV, S. 1*, 2006, s. 237-258.

Knoll P W, ‘A Pearl of Powerful Learning’ in William J. Courtenay, Jürgen Miethke, Frank Rexroth and Jacques Berger (Ed.), *The University of Cracow in Fifteenth-century, Educational and Society*, Brill, 2016.

Knütel R, *Stipulatio Poenae*, Studien zur Römischen Vertragsstrafe, Böhlau, 1976, s. 27-65.

Koredczuk J, “Konrad z Opola i jego dzieło”, XVI/ 4 (1) *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne*, Uniwersytet Opolski, 2018, s. 29-38.

Koschaker P; Ayiter K, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993.

*Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa* pod redakcją Wacława Uruszaka, Doroty Malce, Kazimierza Barana, Macieja Mikuły 4, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2011.

Küçük E, “XII. Yüzyıl Rönesansı ve ‘Yeniden Doğan’ Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, s. 111-122.

Lauren P G, “The Foundations of Justice and Human Rights in Early Texts and Thought”, Dinah Shelton (Ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013.

Lerski G J, *Historical Dictionary of Poland (966-1945)* Piotr Wróbel & Richard J. Kozicki (Ed.), Greenwood Publishing Group, 1996.

- Lück H, "Aspects of the Transfer of the Saxon-Magdeburg Law to Central and Eastern Europe", *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*, 2014, s. 79-84.
- Meltzer I A, *Social History of Disability in the Middle Ages, Cultural Consideration of Physical Impairment*, Routledge, 2013.
- Mikuła M, *Municipal Magdeburg Law (Ius municipale Magdeburgense) in Late Medieval Poland*, Brill, 2020.
- Mirić F, "System Punishment in Roman Law", *Iumanum, Societas pro Iure Romano Article*, January, 2017, s. 1-9.
- Morfill M A, *The Story of the Nations, Poland*, G. P. Putnam's Sons, 1893.
- Oğuz E E, *14. ve 15. Yüzyıllarda Polonya Krallığı (Siyasî, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Yönden)*, Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Tarih Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2022.
- Pershina Y, "The System of Punishments in the Ancient Rome", *Modern European Researches*, 2017, s 78-86.
- Pogonowski I C, *The First Democracy in Modern Europe*, Hippocrene Books, Inc., 2010.
- Prudnikov M N, *The Roman Law: Textbook*, Moscow Publishing House, Yurayt, 2010.
- Rappoport A S, *Of Poland from Ancient Times to the Insurrection of 1864; Together with a Brief Account of Its Political Life, Language and Literature*, Simpkin, Marshall, Hamilton, Kent & Co. Ltd., 1915.
- Riggsby A M, *Roman Law and the Legal World of the Romans*, Cambridge University Press, New York, 2010.
- Šarkić S v *The Influence of Byzantine Law in East Central Europe* in Šary, P. Lectures on East Central European Legal History, Miskolc, Central European Academic Publishing, 2022.
- Schleswiger R B, "Polish Law Throughout the Ages", *Cornell Law Review* 57 (5) *May Article* 7, 1972, s. 850-854.
- Sedlar J W, *East Central Europe in the Middle Ages, 1000-1500*, University of Washington Press, 1994.
- Sjörgen W, *Ueber die Römische Conventionalstrafe und die Strafklausen der*

*fränkischen Urkunden*, Carl Heymanns, 1896.

Tahiroğlu B, “Roma Hukukunda Suçların Genel Nitelikleri ve Modern Türk Hukukuna Etkileri, Türk- İtalyan Karşılaştırmalı Ceza Hukuku I, Türk ve Roma Hukukunun Genel Sorunları”, Prof. Dr. Yener Ünver (ed.), 2014, s 25-42.

Tarlow S/ Lowman E B, *Harnessing the Power of the Criminal Corpse*, Palgrave Macmillan, 2018.

Türkoğlu H G, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza*, Seçkin Yayıncılık, 2014.

Ullmann W, *The Sources of History: Studies in the Uses of Historical Evidence, Law and Politics in the Middle Ages, An Introduction to the Sources of Medieval Political Ideas* G R. Elton (Ed.), Cambridge University Press, 1975.

Umur Z, *Roma Hukuku Lügatı*, Fakülteler Matbaası, 1983.

Viktorivna D N, “The Difference between Historical and Legal Terms Magdeburg and German Law”, *Modern Approaches to the Introduction of Science into Practice 30-31 March X. Scientific and Practical Conference*, San Francisco, 2020, s. 405-415.

Wojtucki D, “Publiczne Miejsca Straceń na Dolnym Śląsku od XV do XIX Wieku” [The Public Places of Executions in Lower Silesia from the Fifteenth to Nineteenth Century], *Fundacja Zamek Chudów*, 2009, s. 470-471.

Wójcik K, “*The Exercise of Criminal Justice in Medieval Towns: A Comparison of English and Polish Jurisdiction*”, A Thesis for the Degree of Doctor of Philosophy in Law The University of Exeter, 2019.

Zamoyski A, *The Polish Way, A Thousand-Year History of the Poles and Their Culture*, John Murray Publishers Ltd., 1987.

<<https://www.encyklopedia.pwn.pl/haslo/ortyle;3952020.html>>, Erişim Tarihi 14 Şubat 2023.



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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

**NEMO TENETUR İLKESİNİN ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEBİ VE  
TANIKLIKTAN ÇEKİNME YETKİSİ İLE BAĞLANTISI: SUÇU  
BİLDİRMEME SUÇUNA İLİŞKİN KANUN HÜKMÜNÜN İPTALİ**

CONNECTION OF THE NEMO TENETUR PRINCIPLE WITH  
PERSONAL REASON FOR LIFTING CRIMINAL RESPONSIBILITY  
AND RIGHT OF REFRAINING FROM TESTIMONY: ANNULMENT  
OF THE LAW REGULATING THE CRIME OF NOT REPORTING THE  
CRIME

Esra BULUT\*  

**ÖZET**

[-10.34246/ahbvuhfd.1304430](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1304430) 

*Adliyeye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebepleri, tanığın şüpheli veya sanık ile akrabalık bağı nedeniyle tanıklıktan çekinmesi ve soruşturma veya kovuşturma konusu suçla irtibatlı tanığa yemin verilmemesi düzenlemelerinin amaçları ayındır. Amaç, nemo tenetur ilkesinin hayata geçirilerek insan onurunun korunmasıdır. Anayasa Mahkemesi, suçu bildirmeme suçunda nemo tenetur ilkesinin gereği olarak öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmasını engelleyen bir düzenleme bulunmadığından kanun hükmünü iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucunun yapması gerekirken yapmadığı bir düzenleme nedeniyle yani mutlak yasama ihmali halinde iptal yetkisinin olup olmadığı tartışmalıdır. Bu iptal üzerine yasama organı suçu bildirmeme suçuna ilişkin tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yaparak şahsi cezasızlık sebebi düzenlemesi eklemiştir. Böylece Türk Ceza Kanunu'nda ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenme amacı aynı olan bu iki kuruma bir*

\* **Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** esra.bulut@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-5059-3778, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1304430.

- Atıf Şekli/ **Cite As:** Bulut E, "Nemo Tenetur İlkesinin Şahsi Cezasızlık Sebebi ve Tanıklıktan Çekinme Yetkisi İle Bağlantısı: Suçu Bildirmeme Suçuna İlişkin Kanun Hükmünün İptali", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s.471-507
- İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



*bağlantı noktası sağlanmıştır. Kanun değişikliği olmasaydı da ilkenin uyuşmazlığa doğrudan uygulanabilirliği ya da diğer adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinin suçu bildirmeme suçuna kıyas yapılarak uygulanabilirliği diğer sorunlardır. Bu sorunlardan ilki, ilkenin yansımalarının hukuka uygunluk sebebi, kusurluluğu etkileyen hal ve şahsi cezasızlık sebebi kabullerine göre incelenmiştir. Bu incelemenin sonuçlarından birinde Türkiye'nin Avrupa tipi anayasa yargısına sahip olması belirleyici olmuştur. Suçu bildirmeme suçunda tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapılmasıyla bu suç ile diğer adliye karşı suçlar arasında şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabileceklerin kapsamında bir eşitsizlik doğmuştur. Bu eşitsizliğin çözümü için adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinde ortak bir hüküm olarak tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapıp yapılamayacağı değerlendirilmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** Nemo tenetur ilkesi, Şahsi cezasızlık sebebi, Tanıklıktan çekinme, Suçu bildirmeme suçu, Yemin verilmeyen tanıklar.

### **ABSTRACT**

*The purpose of personal reasons for lifting criminal responsibility for offences against the judicial bodies or court, refraining from testimony because of his relationship with the suspect or the accused and witnesses who are exempt from taking an oath in connection with the crime that is the subject of investigation or prosecution are the same. The aim is to protect human dignity by implementing the principle of nemo tenetur. The Constitutional Court annulled the provision of law in the crime of not reporting the crime, as there is no regulation preventing the punishment of the relatives of the principal of the antecedent crime as a requirement of the nemo tenetur principle. Thereupon, the legislator added a personal reason for lifting criminal responsibility for this crime. In this regulation, the legislator referred to the people who have the right to refraining from testimony and established a connection point to this right and personal reason for lifting criminal responsibility, which have the same purpose of regulation in the Turkish Penal Code and the Criminal Procedure Code. The Constitutional Court annulled the crime of not reporting the crime due to a regulation that the legislator did not make, when he should have done it. It is debatable whether the Constitutional Court has the power of annulment in case of absolute legislative omission. Even if the law was not amended, the direct applicability of the nemo tenetur principle or , by analogy the applicability of personal reasons for lifting criminal responsibility for offences against the judicial bodies or court to the crime of not reporting the crime are other problems. First problem has been examined according to the assumptions that the reflections of the principle are justification, factors affecting capacity of acting with fault and the personal reason for lifting criminal responsibility. In one of the results of this examination, the fact that Turkey has a European type constitutional judiciary has been decisive. An inequality has arisen by the reference made to those who can benefit from personal reason for lifting criminal responsibility for the crime of not reporting the crime. Because this reference*

is applied for the first time. This inequality is that the different scope of those who can benefit from personal reason for lifting criminal responsibility in the crime of not reporting the crime and in the other offences against the judicial bodies or court. In order to solve this inequality, it has been evaluated whether reference can be made to individuals who have the right of refraining from testimony as a common provision in the personal reason for lifting criminal responsibility related to offences against the judicial bodies or court.

**Keywords:** *Principle of nemo tenetur, Personal reason for lifting criminal responsibility, Refraining from testimony, Crime of not reporting the crime, Witnesses who are exempt from taking an oath.*

### **EXTENDED ABSTRACT**

*The process regarding the annulment of the crime of not reporting the crime is as follows: When a mother knows that her sons child molestation to her daughter but fails to report it, a civil lawsuit is filed against the mother for not reporting the crime. The public prosecutor argues that the law is unconstitutional since there is no reason to prevent the punishment of the relatives in the crime of not reporting the crime. The court, which finds the allegation serious, applies to concrete norm control. The Constitutional Court finds the article of law that regulates the crime of not reporting the crime contrary to the principle of nemo tenetur and annulments it.*

*The Constitutional Court actually annulled the article of law due to a regulation that the legislator did not make when he should have done it, that is, due to absolute legislative omission. It is debatable whether the Constitutional Court has the authority to annul an article of law in case of absolute legislative omission.*

*The annulment of the article of law, which includes the crime of not reporting the crime, and the fact that the cause of personal reason for lifting criminal responsibility is included in a different scope from the other offences against the judicial bodies or court, brought different questions and discussions to the agenda.*

*The direct applicability of the nemo tenetur principle, which is guaranteed by the 5th paragraph of Article 38 of the Constitution, to the concrete case is controversial. This discussion should be examined under three sub-headings. Because in the doctrine, the reflections of the principle are the reason for compliance with the are justification, factors affecting capacity of acting with fault and personal reason for lifting criminal responsibility. The provisions regulated in the general provisions of the Turkish Penal Code can be applied to the types of crimes on the basis of. The principle of nemo tenetur; on the other hand, cannot be applied to the concrete case when the use of the right as the right to remain silent is accepted as the reason for compliance with the law and the situation affecting the defectiveness as moral coercion. Because it is not clear from the use of the right and the regulations of coercion who falls within the scope of the term "close" in the Constitution. If the reflection of the principle*

*is accepted as a personal reason for lifting criminal responsibility, there is a need for a legal regulation since these reasons are exceptional. In this case, the law is unconstitutional since there is no personal reason for lifting criminal responsibility in the crime of not reporting the crime. Turkey has the european model of constitutional review. Countries with european model of constitutional review cannot apply the Constitutional provision by ignoring the law according to the lex superior principle, in case the law is unconstitutional. In such countries, the task of resolving the unconstitutionality of the law is not for every court; only to the Constitutional Court.*

*It is another question whether the personal reasons for lifting criminal responsibility for offences against the judicial bodies or court can be applied by analogy to the crime of not reporting the crime. In our opinion, it is not possible to fill this gap with analogy because personal reasons for lifting criminal responsibility are exceptional regulations. Since this analogy may cause different practices of judges, the principle of legal security is damaged.*

*In the crime of not reporting the crime, the legislator has adopted a method different from the regulations on personal reason for lifting criminal responsibility for other offences against the judicial bodies or court and referred to individuals who have the right of refraining from testimony. With this reference, those who can benefit from personal reason for lifting criminal responsibility for the crime of not reporting the crime and other offences against the judicial bodies or court differ in terms of scope. This inequality can be eliminated by a common personal reason for lifting criminal responsibility regulation can be added in offences against the judicial bodies or court, as in crimes against property. In this joint regulation, it will not be sufficient to refer only to those the individuals who have the right of refraining from testimony. Because while accomplices participating in the crime of destruction, concealing or altering evidence (Turkish Penal Code Article 281) within the scope of personal reason for lifting criminal responsibility, these people are not counted among those the individuals who have the right of refraining from testimony, but among the witnesses who are exempt from taking an oath. For this reason, if a joint verdict is desired, reference should be made to persons the individuals who have the right of refraining from testimony and witnesses who are exempt from taking an oath.*

*Whether people who have somehow participated in the commission of the crime can be considered among those the individuals who have the right of refraining from testimony is another matter of debate. Even counting accomplices among the witnesses who are exempt from taking an oath (Turkish Criminal Procedure Code Article 50, paragraph 3) is criticized in the doctrine. It is argued that this regulation should not be understood as accepting accomplices as witnesses, but as applying the provisions regarding witnesses during their hearing. Witnesses and accomplices are also mentioned separately in the Turkish Criminal Procedure Code (Article 200, 211). Therefore, accomplices cannot be included in those the individuals who have the right of refraining from testimony. In addition, individuals who have the right of*



*refraining from testimony when applying for some measures of protection of evidence are exempted. Since accomplices cannot be exempted from applying for measures of protection of evidence, accomplices cannot be among those the individuals who have the right of refraining from testimony.*

## GİRİŞ

Kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ve bu yolda delil gösteremeyeceğini ifade eden nemo tenetur ilkesi, Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrası ile güvence altına alınmıştır. Bu ilkenin maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda yansımaları bulunmaktadır. İlkenin Türk Ceza Kanunu'ndaki yansımalarından biri adliye karşı suçlardan bazıları bakımından yer verilen şahsi cezasızlık sebepleridir. Anılan ilkenin Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki yansımalarından biri, şüpheli veya sanık ile yakınlığı bulunan kimselerin tanıklıktan çekinebilmesidir. Bir diğeri, soruşturma veya kovuşturma konusu suçla bağlantılı kişilere yemin verilmemesidir.

Anayasa Mahkemesi, suçu bildirmeme suçunun failinin öncül suçun failinin yakınları olması halinde cezalandırmayı önleyen bir hüküm içermemesi (nemo tenetur ilkesine aykırılık) nedeniyle kanuni düzenlemeyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucunun yasama ihmali gösterdiği durumlarda iptal yetkisinin olup olmadığı tartışmalıdır. Bu iptal üzerine kanun koyucu ilgili suça öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmasını önleyen şahsi cezasızlık sebebi eklemiştir. Diğer adliye karşı suçlara yönelik şahsi cezasızlık sebeplerinde bu sebeplerden yararlanabilecekler tek tek sayılmaktadır. Ancak suçu bildirmeme suçunda bu kişiler Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükme atf yapılarak belirlenmiştir.

Bu çalışmada öncelikle, yasama organının nemo tenetur ilkesi gereği suçu bildirmeme suçunda öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmasını önleyen kanuni bir düzenleme yapmayarak yasama ihmali gösterdiği durumda Anayasa Mahkemesi'nin iptal yetkisinin olup olmadığı tartışılmıştır. İkinci olarak, Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrasının varlığına rağmen suçu bildirmeme suçuna şahsi cezasızlık sebebi eklenmesinin gerekli olup olmadığı incelenmiştir. Diğer adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinin suçu bildirmeme suçuna uygulanabilirliği de değerlendirilmiştir.

Suçu bildirmeme suçunda şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanabilecek kişiler, diğer adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek kişilerden kapsam olarak farklıdır. Adliye karşı suçların her birinde şahsi cezasızlık sebebine aynı amaç için yer verilmiş olmasına rağmen bu sebeplerden yararlanabilecek kişilerin farklı olması bir eşitsizliktir. Bu nedenle çalışmanın bir diğer tartışma konusu, adliye karşı suçlarda şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanabileceklerin ortak bir hüküm olarak tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapılarak belirlenip belirlenemeyeceğidir. Ayrıca bu atfın kapsamının yetersiz kalması halinde düzenlenme amacı yine nemo tenetur ilkesi temelli olan suçla irtibatı nedeniyle yemin verilmeyen tanıklara atıf yapıp yapılamayacağı da incelenmiştir.

Çalışmanın son tartışması ise suçla irtibatı nedeniyle yemin verilmeyen tanıkların tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında dahil edilip edilemeyeceğidir.

## **I. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KARARI VE KANUN DEĞİŞİKLİĞİ**

Adliye karşı suçlar arasında yer alan suçun bildirmeme suçunun ilk halinde öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmasını önleyen bir düzenleme yer almamaktaydı. Somut norm denetimi ile Anayasa Mahkemesi'nin incelemesine konu olan kanun maddesi nemo tenetur ilkesine aykırı görülerek iptal edilmiştir. Kanun koyucu bu aykırılık üzerine öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmasını önleyen kanun değişikliğini gerçekleştirmiştir. Bu değişiklikte göze çarpan husus, kimlerin cezalandırılmayacağına diğer adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinde olduğu gibi tek tek sayılması usulüyle değil; tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapılmasıyla belirlenmesidir.

Kanun değişikliğinden önceki Türk Ceza Kanunu'nun "Suçu bildirmeme" başlıklı 278. maddesi şu şekildedir:

*"İşlenmekte olan bir suçta yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

*İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçta yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır."*

*Mağdurun on beş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürsüz olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak*

*durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.”*

Maddenin ilk iki fıkrasında suçun temel şeklinin seçimlik hareketleri, üçüncü fıkrasında mağdura bağlı olarak daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali yer almaktadır. Öncül suçun failinin yakınlarının suçu bildirmemeleri halinde cezalandırılmalarını önleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

Madde metnini Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşıyan süreçte mağdureye kardeşleri tarafından cinsel istismar edildiği iddiasında bulunulmuştur. Mağdurenin ve sanıkların annesi hakkında da suçu bildirmeme suçunu işlediği iddiasıyla kamu davası açılmıştır<sup>1</sup>. Bunun üzerine Cumhuriyet savcısı, Türk Ceza Kanunu'nun 278. maddesinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasında bulunmuştu. İddiyayı ciddi bulan mahkeme, kanun hükmünün iptali için somut norm denetimine başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi başvuruyu Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında yer alan nemo tenetur ilkesi çerçevesinde incelemiştir. Mahkeme, suçu bildirmeme suçunun fail veya failleriyle öncül suçu işleyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumunun cezasızlık açısından ayrık tutulmamasını nemo tenetur ilkesine, dolayısıyla Anayasa'ya aykırı görmüştür ve kanun maddesini iptal etmiştir<sup>2</sup>.

Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde “*bu suçun fail veya failleriyle anılan suçu bildirmeyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumu cezasızlık açısından ayrık tutulmamıştır.*” ifadesini kullanmıştır. Yani mahkeme kanun koyucunun yapması gerekirken yapmadığı bir düzenleme nedeniyle kanun maddesini iptal etmiştir. Türk anayasa hukukunda yasama ihmali (yasama eksikliği, olumsuz yasama işlemi)<sup>3</sup> halinde ne karar verileceği

<sup>1</sup> Özgenç'e göre bu durumda annenin fiili suçu bildirmeme suçu bakımından değil, cinsel istismar suçuna ihmali davranışla iştirak etmesi yönünden değerlendirilmelidir. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 636, dn. 1151; İzzet Özgenç, “Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (1), 2020, s. 271.

<sup>2</sup> AYM, 2010/52 E. , 2011/113 K. , 30/06/2011 T. , R. G. Tarih-Sayı: 15.10.2011-28085.

<sup>3</sup> Kavram için bkz. Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 812; Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları, 1997, s. 46.

gösterilmemektedir<sup>4</sup>.

Yasama ihmali, mutlak (gerçek) ihmal ve nispi (gerçek olmayan) ihmal olarak ayrılmaktadır. Mutlak ihmal, kanun koyucunun anayasa ile kendisine yüklenen düzenleme yapması gereken bir konuda tamamen hareketsiz kalmasıdır<sup>5</sup>. Mutlak ihmallerin soyut ya da somut norm denetimi ile Anayasa Mahkemesi'ne taşınamayacağı kabul edilmektedir. Zira bu denetimler, “çıkartılmış norm” ve “uygulanacak norm” lara yöneliktir<sup>6</sup>. Nispi (gerçek olmayan) ihmalde ise kanun koyucu bir yasa çıkarmıştır, ancak bu yasa anayasaya aykırıdır<sup>7</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre, Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucunun yapmadığı düzenlemeleri iptal etme yetkisi bulunmamaktadır. Zira iptal kararı verilecek mevcut bir düzenleme söz konusu değildir<sup>8</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin yapması gereken, kuralın Anayasa'ya aykırı olduğunu saptamak, çağrı ya da uyarı niteliğinde bir karar vermektir<sup>9</sup>.

Nemo tenetur ilkesinin gereği olarak suç u bildirmeme suçunda öncül suçun failinin yakınlarını cezalandırmayı önleyici bir hükmün bulunmaması, kanun koyucunun tamamen hareketsiz kalması nedeniyle mutlak yasama ihmali dır. Anayasa Mahkemesi, mutlak yasama ihmalinin ilişkin olduğu kanun maddesini iptal etmiştir. Kanaatimizce de mutlak yasama ihmali gösterilen bu maddenin somut norm denetimi ile iptali isabetli olmamıştır. Zira Anayasa Mahkemesi esasında Anayasaya aykırı olmayan ilk üç fıkrayı iptal etmiştir. Nitekim kanun değişikliğinden sonra da bu üç fıkra aynı kalmıştır.

<sup>4</sup> Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 305; Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler için bkz. Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 298-302; Tolga Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013, s. 438. Aliefendioğlu, yasama ihmalinin anayasal denetime bağlı kılınması gerektiğini savunmaktadır. Aliefendioğlu, “Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler”, *Mülkiye Dergisi*, 24 (224), 2000, s. 136.

<sup>5</sup> Şirin, s. 443.

<sup>6</sup> Şirin, s. 447-448; Bireysel başvurunun ise “ihmal” nedeniyle aykırılıkları da kapsamasından dolayı (Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 45, f. 2) yasama ihmali nedeniyle bireysel başvuruda bulunulabileceği kabul edilmektedir. Şirin, s. 448.

<sup>7</sup> Şirin, s. 450.

<sup>8</sup> Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 46.

<sup>9</sup> Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 306.

02.07.2012 tarihli 6352 s. Kanun'un 91. maddesi ile suçu bildirmeme suçu yeniden düzenlenmiştir ve kanun değişikliği ile Türk Ceza Kanunu'nun 278. maddesinin ilk üç fıkrası değişmemekle birlikte maddeye dördüncü fıkra eklenmiştir. Eklenen ilgili fıkra şu şekildedir: *“Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.”*

Kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesine uygun bir şekilde öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmasını önleyici bir hüküm eklemiştir. Ancak diğer adliyeye karşı suçlarda kimlerin cezalandırılmayacağı “üstsoy, altsoy, eş ve kardeş” olarak sayılırken suçu bildirmeme suçunda “tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler” şeklinde belirlenmiştir. Çalışmanın ilerleyen kısmında bu iki grubun kapsamının farklı olması değerlendirilmiştir.

6352 s. Kanun'un Hükümet Tasarısında düzenlemenin gerekçesine ilişkin şu açıklamalara yer verilmiştir:

*“Anayasa Mahkemesi 30/6/2011 tarihli ve E. 2010/52, K. 2011/113 sayılı Kararıyla; Anayasanın 38 inci maddesinde yer verilen “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” hükmü karşısında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 278 inci maddesinde tanımlanan suçu bildirmeme suçu ile ilgili olarak, söz konusu Kanunda “yakın akrabalık durumu”nu dikkate alan şahsi cezasızlık sebebine yer verilmediği gerekçesiyle, söz konusu madde hükmünün bütünüyle iptaline ve bu iptalin ortaya çıkaracağı sakınca göz önünde bulundurularak, iptal kararının Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.*

*Madde, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı doğrultusunda yeniden düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesi de göz önünde bulundurulmak suretiyle, ilk üç fıkrası aynen muhafaza edilerek maddeye yeni bir fıkra eklenmiş ve bu suç bakımından da şahsi cezasızlık sebebinin varlığına yer verilmiştir. Bununla birlikte, maddenin birinci fıkrasındaki işlenmekte olan suçlar bağlamında bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi dolayısıyla ceza sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için, kişinin suçu önleme yükümlülüğünün bulunmaması gerekmektedir. Suçu önleme yükümlülüğünün bulunduğu hallerde, bildirim yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla değil, işlenmesi önlenmeyen suça iştirakten ya da suçun ihmali davranışla işlenmiş olmasından dolayı ceza sorumluluğu cihetine*

*gidilmesi gündeme gelebilecektir”<sup>10</sup>.*

Hükümet Tasarısında şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek kişiler, “üstsoy, altsoy, eş, kardeş” olarak düzenlenmiş iken TBMM Adalet Komisyonunda “tanıklıktan çekinebilecek kişiler” olarak değiştirilmiş ve bu haliyle kanunlaşmıştır. Tasarıdaki değişiklik gerekçesi olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:

*“Tasarının 72’nci maddesinde, Anayasa Mahkemesinin 30.6.2011 tarihli ve Esas 2010/52, Karar 2011/113 sayılı iptal kararının gereği olarak 5237 sayılı Kanunun 278 inci maddesinde tanımlanan suçu bildirmeme suçu bakımından madde metninde ayrı bir fıkra olarak **şahsi cezasızlık sebebi** hükmüne yer verilmesi öngörülmüştür. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun tanıklıktan çekinmenin düzenlendiği **45 inci madde içeriğiyle paralellik kurulmasını sağlamak amacıyla**, söz konusu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek olan kişilerin fıkra metninde sayılması yerine, söz konusu 45 inci madde hükmüne içerik olarak yollama yapılması ile yetinilmiştir. Bu bağlamda işaret etmek gerekir ki, her ne kadar Türk Ceza Kanununun 279 ve 280 inci maddelerinde benzer içerikte bir hükme yer verilmemiş ise de, Ceza Muhakemesi Kanununun 46’nci maddesi hükmü karşısında, meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından da belirli ilişkilerle sınırlı olarak suçu bildirme yükümlülüğü söz konusu değildir ve bildirimde bulunmamak sebebiyle Türk Ceza Kanununun 279 ve 280’inci maddelerinde tanımlanan suçlar oluşmayacaktır. Ceza Muhakemesi Kanununun bu düzenlemesi karşısında, Türk Ceza Kanununun 279 ve 280’inci maddelerinde tanımlanan suçlar bağlamında bu yönde bir hükme yer verilmemiş olması bir eksiklik oluşturmamaktadır. Madde, çerçeve 90’inci madde olarak Komisyonumuzca kabul edilmiştir”<sup>11</sup>.*

TBMM Adalet Komisyonu raporunda Türk Ceza Kanunu’ndaki suçu bildirmeme suçuna ilişkin şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek kişilerin Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenen tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapılarak belirlenmesinin amacının iki kanun hükmü arasında paralellik kurulması olduğu belirtilmektedir. Komisyonun bu görüşünden hareketle adliye karşı suçlarda ortak bir hüküm niteliğinde tanıklıktan çekinebilecek kişilerin cezalandırılmayacağı yönünde bir düzenleme yapıp

<sup>10</sup> TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 278, s. 27-28.

<sup>11</sup> TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 278, s. 81.

yapılamayacağı da çalışmamızın ilerleyen aşamalarında incelenmektedir.

## II. NEMO TENETUR İLKESİNİN SUÇU BİLDİRMEME SUÇUNA DOĞRUDAN UYGULANABİLİRLİĞİ TARTIŞMASI

Nemo tenetur ilkesi, Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrasıyla korunmaktadır: “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” Anayasal bir ilke olan nemo tenetur ilkesi, kanun değişikliği ile suç bildirmeme suçunda şahsi cezasızlık sebebi olarak yer almıştır. Ancak ilke doktrinde hukuka uygunluk nedeni ve kusurluluğu etkileyen hal olarak da kabul edilmektedir. Bu kanun değişikliği olmasaydı da Anayasal düzenlemesi olan nemo tenetur ilkesi suç bildirmeme suçuna uygulanabilir miydi ve böyle bir kanun değişikliğine gerek var mıydı soruları akla gelmektedir. Bu soruları ilkenin doktrinindeki her bir kabulüne yönelik olarak ayrı ayrı cevaplandırmak gerekmektedir.

### A. Nemo Tenetur İlkesinin Susma Hakkı Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kabul Edilmesi

Nemo tenetur ilkesi, bir görüşe göre bir hak olarak kabul edilmekte ve bu hakkın kullanılması, hukuka uygunluk nedeni sayılmaktadır<sup>12</sup>. İtişgen’e göre nemo tenetur ilkesinin anayasanın kişinin hak ve ödevleri kısmında düzenlenmesi, Yargıtayın suç bildirmeme suçundan dolayı beraat kararı verilmesi gerektiğine yönelik kararı ve Anayasa Mahkemesinin Vergi Usul Kanunu’nun m. 359/a-2 hükmüne ilişkin bir kararında<sup>13</sup> ilkeyi susma hakkı olarak nitelenmesi nedenlerinden dolayı ilke susma hakkı hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir. Yazar bu ilkenin bir hukuka uygunluk nedeni olmasından dolayı suç bildirmeme suçunda yapılan kanun değişikliğini gereksiz bulmaktadır. Zira kişinin yakınları hukuka uygunluk nedeninin varlığından dolayı zaten cezalandırılmamaktadır<sup>14</sup>. Hafizoğulları ve Acar da nemo tenetur ilkesini suç bildirmeme suçunda hukuka aykırılık başlığı altında incelemiş ve Anayasal hükmün varlığına rağmen ilkenin kanun maddesinde tekrar edilmesini fazlalık bulmuşlardır<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Rezzan İtişgen, *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı*, 1. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, 2013, s. 99.

<sup>13</sup> AYM, E. 2004/31, K. 2007/11, 31.1.2007 T. , R. G. Tarih-Sayı : 18.05.2007-26526.

<sup>14</sup> İtişgen, s. 99.

<sup>15</sup> Zeki Hafizoğulları/Bülent Hayri Acar, “Suçu Bildirmeme Suçları”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1), 2016, s.194.

Doktrinde karşı görüşte olanlar, Anayasa’da düzenlenen nemo tenetur ilkesinin maddi ceza hukukuna ilişkin bir içeriğe sahip olmadığını ve hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadırlar<sup>16</sup>. Ayrıca, Anayasa’daki “yakın” ifadesinden kimlerin kastedildiği tam olarak anlaşılmadığından her hâkimin farklı bir uygulamaya sebebiyet verebileceği tehlikesi belirtilmektedir<sup>17</sup>.

İlkenin susma hakkı olarak hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni (TCK m. 26, f. 1) olarak kabul edilmesi halinde, ilgili suç tipinde ayrıca yer alması aranmaz. Zira genel hükümler kısmında yer alan hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni, uygun düştüğü ölçüde özel hükümler kısmındaki suç tipleri bakımından uygulanabilir. Ancak kanaatimizce de “yakın” ifadesine kimlerin dahil olacağı bir belirsizlik yarattığından ilke hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilse de kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

## **B. Nemo Tenetur İlkesinin Kusurluluğu Etkileyen Bir Hal Olarak Kabul Edilmesi**

Kusurluluğu etkileyen nedenler Türk Ceza Kanunu’nda sınırlı bir şekilde sayılmakla birlikte<sup>18</sup> doktrinde zorunluluk halinin geniş yorumlanması gerektiğini savunanlar da vardır<sup>19</sup>.

Nemo tenetur ilkesinin kusurlulukla bağlantılı olduğu yönünde görüş belirten yazarlar, kişinin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaktan kaçınması halinde bir suç sebebiyet vermesini manevi cebir olarak kabul etmiştir ve *istenemezlik ilkesi* çerçevesinde kusurluluğu etkileyen bir hal olan Türk Ceza Kanunu’nun 28. maddesi<sup>20</sup> çerçevesinde ele almışlardır<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Yener Ünver, *TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 368; Hamide Zafer, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280)”, *İÜHFİM*, 71 (1), 2013, s. 1346.

<sup>17</sup> Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 368.

<sup>18</sup> Ancak belirtelim ki TCK’nın özel hükümler kısmında 92. ve 147. maddelerinde de zorunluluk haline rastlanmaktadır.

<sup>19</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 494.

<sup>20</sup> TCK m. 28’e göre: “Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.”

<sup>21</sup> Zeki Hafızoğulları, “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (3), 2008, s. 368-369; Mehmet Fa-



Hafizoğulları, istenemezlik ilkesinin genel hükümler kısmında Türk Ceza Kanununun 28. maddesinde; özel hükümler kısmında ise Kanun'un 283. maddenin 3. fıkrası, 284. maddenin 4. fıkrası, yalan tanıklık ve suç bildirmeme suçları açısından geçerli bir hüküm olduğunu savunmaktadır<sup>22</sup>.

Nemo tenetur ilkesinin kusurluluğu etkileyen bir hal olarak kabulü halinde kusurluluğu etkileyen hallerin Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümler kısmında düzenlenmiş olup özel hükümlerdeki suç tiplerine uygulandığı göz önünde bulundurulduğunda suç bildirmeme suçuna da uygulanabileceği sonucuna ulaşılır. Nitekim yazar da kanun değişikliğinden önce ilgili görüşleri ileri sürmüş olmasına rağmen istenemezlik ilkesine örnek olarak hekimin yakınının işlediği suç öğrenmesi halinde ondan bu suç bildirmenin beklenemeyeceğini vermiştir<sup>23</sup>.

İlkenin kusurluluğu etkileyen bir hal olarak kabulünde de hukuka uygunluk nedeni olarak kabulünde ortaya çıkan sorun gündeme gelmektedir. Kimlerin öncül suçun failinin suçunu bildirmeyerek iradesinin etkilendiği, dolayısıyla ilkeden kimlerin yararlanacağı belirsizdir. Bu belirsizlik de hakimlerin farklı uygulamalarına sebebiyet vereceğinden hukuki güvenlik ilkesi sarsılır. Bu nedenle ilke kusurluluğu etkileyen hal olarak kabul edildiğinde de kanaatimizce kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

### C. Nemo Tenetur İlkesinin Şahsi Cezasızlık Sebebi Olarak Kabul Edilmesi

Suç bildirmeme suçuna ilişkin kanuni düzenlemenin gerekçesinde, Hükümet Tasarısı ve TBMM Adalet Komisyonu raporunda nemo tenetur ilkesinin Türk Ceza Kanunu'ndaki yansıması şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiştir. Şahsi cezasızlık sebepleri, failin suç yoluna girdiği andan itibaren kendisinde mevcut olan belirli özellikleri, kişisel yakınlıkları veya vasfı dolayısıyla kanun koyucunun izlediği suç politikası nedeniyle ceza verilmesini önleyen şahsa bağlı sebeplerdir<sup>24</sup>.

ruk Koçak, "Bir Ceza Yargılamasına Eleştirel Bakış: Yalan Tanıklık Suçu İncelemesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1), 2019, s. 224-226.

<sup>22</sup> Hafizoğulları, s. 368-369.

<sup>23</sup> Hafizoğulları, s. 369.

<sup>24</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 744; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 378; Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım I (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı)*, Yener Ünver (Ed.), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014, s. 411-412; Esra Bulut, *Şahsi Cezasızlık Sebepleri*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Kural olarak haksızlık teşkil eden fiili kusurlu bir şekilde işleyen fail cezalandırılır<sup>25</sup>. Bu nedenle failin cezalandırılmasını önleyen ya da cezasında indirim neden olan kişisel sebepler (gönüllü vazgeçme, kusurluluğu kaldıran veya azaltan haller, etkin pişmanlık, şahsi cezasızlık sebepleri, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler) kanunda açıkça gösterilmektedir. Nitekim adliye karşı suçlar bölümünde yer verilen şahsi cezasızlık sebepleri de ilgili suçun düzenlendiği kanun maddelerinde gösterilmektedir.

Suçu bildirmeme suçuna ilişkin kanun maddesinin değiştirilmeden önceki halinde öncül suç işleyen kişinin yakınlarının cezalandırılmayacağı yönünde bir düzenleme mevcut değildi. Bu nedenle bir yakını lehine de olsa suç bildirmeme suçunu işleyen kişinin cezalandırılması yönündeki esas kuraldan ayrılmak mümkün değildir.

Bu noktada çözümlenmesi gereken hukuki sorun, haksızlık teşkil eden fiili işlemiş kusurlu failin cezalandırılmasını önleyen bir sebep yer almamasına rağmen mahkemelerin bu boşluğu görmezden gelerek Anayasal hüküm olan nemo tenetur ilkesinin varlığına dayanarak faile ceza vermeme imkanlarının olup olmadığıdır. Bunu bir boşluk olarak nitelendirmemizin nedeni, diğer adliye karşı suçlarda şahsi cezasızlık sebebine yer verilmesidir. Şahsi cezasızlık sebebinin bazı suçlara özgülenip suç bildirmeme suçunda böyle bir sebep olmaması, ortaya bir boşluk çıkarmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre, Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasının varlığı nedeniyle failin cezalandırılmaması gerekir, ayrıca bir şahsi cezasızlık sebebi düzenlemesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Hüküm doğrudan uygulanabilir niteliktedir<sup>26</sup>.

Bu hükmün varlığına rağmen şahsi cezasızlık sebebi düzenlemesinin eklenmesi gerektiğini savunanlar da mevcuttur<sup>27</sup>. Ünver'e göre mevcut pozitif norm, hukuksal değer ile çeliştiğinde madde içeriğinin kanun koyucunun iradesine göre yorumlanması hatalı olur. Yazar bu durumda pozitif normda değişikliğe giderek veya onu ilga ederek çözüme ulaşmanın gerektiğini belirtmektedir<sup>28</sup>.

---

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021, s. 4.

<sup>25</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 457; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 312.

<sup>26</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 637, dn. 1151. Özgenç'e göre mahkeme Anayasa m. 38, f. 5 hükmüne dayanarak öncül suçun failinin yakını hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verebilir; Mustafa Ruhan Erdem, "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)", *TBB Dergisi*, (80), 2009, s. 109.

<sup>27</sup> İsa Döner, "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)", *AÜEHFD*, 9 (3-4), 2005, s. 87.

<sup>28</sup> Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, 1. Baskı, Seçkin

Yargıtay, kanun değişikliği öncesi bir kararında, “*Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçundan, Anayasanın 38/5. maddesinin hükmü karşısında, kamu görevlisinin kendisinin işlediği suçu ihbar sorumluluğunun olmadığı*” na karar vermiştir<sup>29</sup>.

Kanaatimizce mahkemelerin Anayasaya aykırı kanun hükmü yerine anayasal hükmü uygulayıp uygulayamayacakları hukuki sorununun çözümünde göz önünde bulundurulması gereken, Türkiye’nin Avrupa tipi anayasa yargısına sahip olmasıdır<sup>30</sup>. Avrupa tipi anayasa yargısının olduğu bir ülkede, Anayasa ile diğer kanunlar arasında çatışmanın olması durumunda mahkemeler kanun hükmünü ihmal ederek doğrudan anayasal hükmü uygulayamazlar<sup>31</sup>. Zira bu tip ülkelerde, kanun maddesinin anayasaya aykırılığını çözüme görevi her mahkemeye değil, bu konuda kurulmuş özel mahkemeye (Anayasa Mahkemesine) verilmiştir.

Türkiye’de bir kanun hükmünün Anayasaya aykırı olup olmadığını çözüme görevinde karar verme yetkisi Anayasa Mahkemesine ait olduğundan<sup>32</sup> diğer mahkemeler bu aykırılığı *lex superior* ilkesine göre çözümleyemez<sup>33</sup>.

Yayıncılık, 2003, s. 87.

<sup>29</sup> YCGK, 16.06.2009 T., 2008/178 E., 2009/159 K.

<sup>30</sup> Ümit Güveyi, “Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (3), 2012, s. 149.

<sup>31</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II*, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021, s. 841.

<sup>32</sup> Türkiye’de Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası ile kurulmuştur. Bu tarihten önce 1924 Anayasasının yürürlükte olduğu zamanda kanunun Anayasaya aykırı olması halinde mahkemelerin Anayasal hükmü uygulaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Turhan Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakebesi*, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınevi, 1951. Akt. Ergun Özbudun, “Türkiye’de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri”, *Liberal Düşünce Dergisi*, (68), 2012, s. 5-6.

<sup>33</sup> Amerikan tipi anayasa yargısına sahip olan ülkelerde *lex superior derogat legi inferiori* ilkesi geçerlidir. İlke, üst kanunun alt kanunu ilga etmesidir. *Lex superior* ilkesi, yerel mahkemenin kanun ile Anayasa arasında çelişki görmesi halinde Anayasayı uygulayabilmesine imkân tanır. Zira Amerikan tipi anayasa yargısında her bir mahkeme anayasallık denetimi yapabilir. Yargıç kanunu iptal edemese de Anayasa ile kanun arasında çatışma gördüğü uyumsuzluk bakımından kanunu uygulamayı ihmal ederek Anayasal hükmü uygulayabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, “*Yorum İlkeleri*”, *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, (Hazırlayan: Ozan Ergül), Türkiye Barolar Birliği, 29-30 Eylül 2012, s. 97; Yahya Berkol Güleç, *Lex Superior İlkesi: Hukuki Geçerliliği ve Uygulaması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 39; İlke, Hamilton tarafından şu şekilde savunulmuştur: “...*anayasa kanuna tercih edilmeliydi, halkın niyeti (iradesi) temsilcilerinin niyetine (iradesine)...*” Akt. Kemal Gözler, *Anayasa Hukuku*, s. 314, dn. 264; Yavuz

Mahkemenin yapması gereken, Anayasa'nın 152. maddesi<sup>34</sup> ile kendisine tanınmış itiraz (somut norm) denetimine başvurmadır<sup>35</sup>.

Sonuç olarak nemo tenetur ilkesinin yansımalarının şahsi cezasızlık sebebi olarak kabulü halinde, Türkiye Avrupa tipi anayasa yargısına sahip olduğundan mahkemeler suçu bildirmeme suçunda öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmasını önleyen bir hüküm bulunmamasına rağmen doğrudan Anayasal hükmü uygulayamaz. Mahkemelerin bu durumda yapması gereken, somut norm denetimine başvurmadır. Nitekim suçu bildirmeme suçuna ilişkin kanun değişikliği de somut norm denetimi ile gerçekleşmiştir.

#### **D. Nemo Tenetur İlkesinin Hukuki Niteliği Hakkındaki Kanaatimiz**

Nemo tenetur ilkesinin amacı, kişiyi kendisi ve yakınları aleyhine suçlayıcı beyanda bulunmaktan ve delil göstermeye zorlamaktan korumaktır. Oysa ilke hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinde iştirak halinde işlenmiş bir fiil mevcutsa fiilin haksızlığı ortadan kalkacağından öncül suçun failiyle arasında yakınlık bulunmayan suç ortağı da cezalandırılmayacaktır. Bu sonuç, nemo tenetur ilkesiyle bağdaşmayacağından ilkenin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kişinin yakınlarının işlediği suçu bildirmesini beklemek, iradeyi zorlayıcı ve insan tabiatına aykırı bir beklentidir. Bu nedenle kusur üzerinde etkili bir durumdur<sup>36</sup>. Ancak bu durum kişi suçu işlemeye başladığı anda kendisinde mevcut olan bazı özelliklerden kaynaklanmakta ve yalnızca yakınlarına gerçekleştirildiğinde cezalandırılmayı önlemektedir. Bu nedenle ilkenin kusurluluğu etkileyen bir hal olarak da kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

---

Selim Değerli, *Anayasa Yargısında Ön-Denetim ve Türk Anayasa Yargısı*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019, s. 38; Yavuz Atar, "Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m. 11)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), 1989, s. 204.

<sup>34</sup> "Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" başlıklı Anayasa'nın 152. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: "*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*"

<sup>35</sup> Atar, s. 204.

<sup>36</sup> Selihhan Göktürk, "Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (1), 2016, s. 389. Yazar açıklamalarını yalan tanıklık suçuna yönelik yapmıştır, ancak kanaatimizce suçu bildirmeme suçuna da uyarlanabilmektedir.

Suçu bildirmeme suçunu işleyen failin cezalandırılmasını önleyici neden olan öncül suçun faili ile arasındaki yakınlık ilişki fail henüz suç işlemeye başlamadan önce mevcuttur. Failin şahsından kaynaklanan bu cezalandırılmama nedeni kanaatimizce şahsi cezasızlık sebebidir.

### III. ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ HÜKÜMLERİNİN SUÇU BİLDİRMEME SUÇUNA KIYASEN UYGULANMA İHTİMALİ

Nemo tenetur ilkesi şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edildiğinde, kanun değişikliği öncesinde suç bildirmeme suçuna ilişkin şahsi cezasızlık sebebi mevcut değilken diğer adliye karşı suçlarda yer verilen şahsi cezasızlık sebeplerinin bu suça uygulanmasının mümkün olup olmadığı, bu uygulamanın kıyas yasağına bir aykırılık teşkil edip etmeyeceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Esasında bu başlıkta da böyle bir kanun değişikliğine gerek var mıydı sorusu incelenecek olup bu sefer Anayasal hükmün uygulanabilirliği değil, diğer adliye karşı suçlardaki şahsi cezasızlık sebeplerinin uygulanabilirliği değerlendirilmektedir.

Kanun koyucu, diğer adliye karşı suçlara ilişkin olarak kişinin kendisini ve yakınlarını suçlamayı önlemek amacıyla bu suçları işlemeleri halinde cezalandırılmalarının önüne geçen şahsi cezasızlık sebebine yer vermişken suç bildirmeme suçunda böyle bir düzenlemeye yer vermemiştir. Diğer adliye karşı suçlar için yer verilen şahsi cezasızlık sebeplerinin, suç bildirmeme suçuna uygulanabileceği şeklinde bir anlam madde metninden veya gerekçeden çıkmamaktadır. Nitekim suç bildirmeme suçuna ilişkin böyle bir atf da yapılmamıştır. Buna karşılık kanun değişikliği ile suç bildirmeme suçuna şahsi cezasızlık sebebi eklendikten sonra kamu görevlilerinin suç bildirmemesi ve sağlık mesleği mensuplarının suç bildirmemesi halinde bu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecekleri suç bildirmeme suçunun gerekçesinde yer almaktadır. Yani Türk Ceza Kanununun 279 ve 280. maddelerinde tanımlanan suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebebinin varlığı, 278. maddenin gerekçesinde bu maddelere yapılan atıfla sağlanmaktadır.

Örneğin, “Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” bölümüne ilişkin TCK’nın 137. maddesinde ortak bir nitelikli hal hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, bölümde yer alan her bir suça uygulanabilir niteliktedir. Ancak adliye karşı suçlardaki şahsi cezasızlık sebebi o suçun yer aldığı kanun maddesine özgüdür. Bu nedenle, kanun koyucunun birkaç adliye karşı suça örnekleme olarak şahsi cezasızlık sebebine yer verdiği, diğer adliye karşı suçlara ilişkin de bu sebeplerden yararlanabileceği sonucuna kanun

sistematiğinden ulaşılamamaktadır.

Kanun koyucunun suçu bildirmeme suçunda öncül suçun failinin yakınlarını cezalandırmayı önleyici hüküm koymamasının bilinçli olup olmadığı<sup>37</sup>, madde metni, gerekçesi ya da hükümet tasarısından anlaşılabilir. Bu boşluğun bilinçli olmadığı sonucuna varılsa bile diğer adliye karşı suçlarda yer verilen şahsi cezasızlık sebeplerinin ortak hüküm olmaması ve suçu bildirmeme suçuna atıf yapmaması nedeniyle sorun, kanun sistematiği ile çözülemez. Bu durumda bu boşluk kıyas yapılarak doldurulabilir mi sorusuna cevap bulmamız gerekmektedir.

Kıyas, kanun boşluğu olan bir durumda benzer bir düzenlemeyi uygulayarak boşluğu doldurma faaliyetidir<sup>38</sup>. İstisnai hükümler hariç olmak üzere ceza hukuku dışındaki hukuk dallarında kıyas serbesttir. Ceza hukukunda ise suçta ve cezada kanunilik, belirlilik ve hukuk güvenliği ilkeleri gereği kıyas yasaktır<sup>39</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrasında<sup>40</sup> düzenlenen kıyas yasağı, kapsamı bakımından doktrinde tartışmalara yol açmıştır.

Bir görüşe göre, kıyas yasağının kapsamı suçların tanımlandığı kanunlar ile sınırlıdır, suç teorisinin genel kuralları bu yasağın kapsamına dahil değildir<sup>41</sup>. Şahsi cezasızlık sebepleri, maddi ceza hukukuna ilişkin bir kurum olmasına karşılık taksirle işlenen suçlara özgü hali dışında TCK'nın 2. Kitabında, özel hükümler kısmında yer almaktadır. Bu görüşün kabulü halinde adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebepleri, *suç ve ceza içeren hükümlerden* olduğundan kıyas yapılamaz.

Diğer bir görüş, kıyas yasağının genel önleme amacına da hizmet ettiğine

<sup>37</sup> Kanun koyucunun ihmali nedeniyle normun yer almaması halinde ortaya çıkan boşluk, bilinçsiz boşluktur. Abdullah Batuhan Baytaç, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 317.

<sup>38</sup> İsmail Kayar/İlhan Üzülmüş, *Hukukun Temel Kavramları*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 308.

<sup>39</sup> Berrin Akbulut, *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 49; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 57.

<sup>40</sup> TCK m. 2, f. 3 hükmü şu şekildedir: “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*”

<sup>41</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 134; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 57.

ve Türk Ceza Kanununun 61. maddesinin 10. fıkrasına<sup>42</sup> dikkat çekerek kıyasın lehe veya aleyhe, maddi ceza hukuku veya suç ve ceza içeren kanunlar fark etmeksizin yasak olduğunu savunmaktadır<sup>43</sup>. Bu görüş ceza hukukunda kıyası hiçbir şekilde kabul etmediğinden benimsenmesi halinde şahsi cezasızlık sebeplerinde de kıyas yapılamayacaktır.

Başka bir görüş, kıyas yasağının amacını göz önünde bulundurarak maddi ceza hukuku kurallarında lehe kıyasın mümkün olduğunu ve belirlilik ilkesinin terk edilebileceğini savunmaktadır<sup>44</sup>. Maddi ceza hukuku kurallarında kıyasın lehe olması halinde mümkün olduğunu savunan görüş benimsendiğinde sebeplerin failin lehine olduğunda şüphe olmadığından bu durumda kıyas mümkün olacaktır.

765 s. TCK döneminde savunulan bir görüşe göre, adliyeye karşı şahsi cezasızlık sebebi içeren suçlara nazaran cezası daha hafif olan suçu bildirmeme suçunda da failin sayılan yakınlardan olması halinde cezalandırılmaması gerekmektedir<sup>45</sup>. Diğer bir görüş ise bu durumda kıyas yasağının delineceğini belirtmiştir<sup>46</sup>.

Yorum kurallarında ve kıyasta önemli olan, uygulayıcının değişse bile sonucun aynı kalmasıdır<sup>47</sup>. Bir hâkim diğer adliyeye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebebinin suçu bildirmeme suçuna da uygulanabileceği sonucuna varırken başka bir hâkim örneğin bu suç ile maddi gerçeğe ulaşma amacının diğer suçlara göre daha üstün olduğu sonucuna varıp şahsi cezasızlık sebebinin uygulamazsa hukuk güvenliği sarsılır. Zira kişiler davranışlarını önceden bilinen ve genel olan kurallara göre yönlendirememiş olur<sup>48</sup>. Kuralın anlamının hâkimden hâkime göre değişmesi, insanın insana itaat etmesi ve keyfiliğe neden olarak hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eder<sup>49</sup>.

<sup>42</sup> TCK m. 61, f. 10: “*Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.*”

<sup>43</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 66.

<sup>44</sup> Akbulut, s. 48.

<sup>45</sup> Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Cilt: 2*, Seçkin Yayıncılık, 1993, s. 1365.

<sup>46</sup> Döner, s. 86-87.

<sup>47</sup> Gözler, *Yorum İlkeleri*, s. 25.

<sup>48</sup> Gözler, *Yorum İlkeleri*, s. 19.

<sup>49</sup> Gözler, *Yorum İlkeleri*, s. 19.

“*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*” (kanun istediği zaman söyler; istemediği zaman ise susar) ilkesi, kanun koyucunun bir kaideye istisna getirmek istediğinde susmayacağını, hakimin ise herhangi bir ihtiyacı öne sürerek bir istisna oluşturamayacağını ifade eder<sup>50</sup>. İstisnayı yalnızca genel kuralı koyan makamın oluşturma yetkisi olduğundan yargı organının yorum/kıyas yoluyla istisna oluşturma yetkisi bulunmamaktadır<sup>51</sup>.

Haksızlık teşkil eden fiili işleyen kusurlu failin cezalandırılması esas olduğundan şahsi cezasızlık sebepleri istisnai nitelikte düzenlemelerdir. Ceza hukuku dışındaki, kıyasın serbest olduğu hukuk dallarında bile istisnai hükümlerde kıyas yasaktır. Ceza hükmü içeren kanun maddesini oluşturma yetkisi yasama organına ait olduğundan cezalandırmayı önleyen ve istisnai düzenleme olan şahsi cezasızlık sebebini ekleme yetkisi de yalnızca yasama organına aittir. Bu nedenle kanaatimizce yargı organı diğer adliyeye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerini suçta bildirmeme suçuna kıyasen uygulayamaz.

#### **IV. ADLİYEYE KARŞI SUÇLARA İLİŞKİN ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİNDE ORTAK HÜKÜM OLARAK TANIKLIKTAN ÇEKİNEBİLECEK KİŞİLERE ATIF YAPILABİLİR Mİ?**

Kanun koyucu suçta bildirmeme suçunda diğer adliyeye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebepleri düzenlemelerinden farklı bir yöntem izleyerek tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapmıştır. Bu atfın gerekçesinin ise Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenen tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümle bir paralellik kurmak olduğu belirtilmiştir. Bu başlıkta diğer adliyeye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinde de bu paralelliğin kurularak malvarlığına karşı suçlarda olduğu gibi ortak hüküm niteliğinde (TCK m. 167, f. 1) tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapıp yapılamayacağı tartışılmıştır. Bunun için öncelikle tanıklıktan çekinme yetkisi ve yemin verilmemesi hükümlerinin düzenlenme amacı ve kapsamı ile adliyeye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinin düzenlenme amacı ve kapsamı incelenmiştir.

##### **A. Tanıklıktan Çekinme Yetkisi ve Yemin Verilmemesine İlişkin Hükümlerin Düzenlenme Amacı**

Ceza muhakemesinde ispat sistemlerine ilişkin değişik sistemler benimsenmiştir<sup>52</sup> ve günümüz ceza muhakemesi hukukunda “vicdani delil

<sup>50</sup> Gözler, *Yorum İlkeleri*, s. 56.

<sup>51</sup> Gözler, *Yorum İlkeleri*, s. 54.

<sup>52</sup> Ceza muhakemesinin amacı ile ispat sistemleri arasında yakın bir ilişki mevcuttur. İlk sistem olan suçlunun cezalandırılması amacıyla, kanuni delil sistemi hâkimdir. İkinci sistem olan



sistemi” kabul edilmektedir. Anayasa’nın 138.<sup>53</sup> ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 217. maddesinde<sup>54</sup> yer verilen vicdani delil sistemi, hâkimin her olayı her türlü delille serbestçe değerlendirebileceği anlamına gelmektedir. Bu serbestlik, keyfilik anlamına gelmemekte; herhangi bir delilin hâkimi bağlamayacağını ifade etmektedir<sup>55</sup>.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeği araştırma amacı çerçevesinde olayı aydınlatma yükümlülüğü sınırsız değildir. Bu amaç, hukuk devleti ilkesini, adil yargılanma hakkını ve insan onurunu ihlal etmesi halinde delil elde etme ve değerlendirme yasakları ile sınırlandırılmıştır<sup>56</sup>. Ceza muhakemesi sistemimizde her şeyin delil olabilmesinin ön koşulu, delillerin hukuka uygun olarak elde edilmiş olmasıdır (Anayasa m. 38, f. 6; CMK m. 206, f. 2, bent a; CMK m. 217, f. 2).

Tanık beyanı delilin hukuka uygun bir şekilde elde edildiğinden ve değerlendirildiğinden bahsedebilmek için hâkimin tanıklıktan çekinme yetkisi olan,<sup>57</sup> yemin vermeyebilecek olan ve cevap vermekten çekinme imkânı olan tanıklara bu imkân ve yetkilerini hatırlatması gerekmektedir. Ayrıca çekinme

---

sanığın korunması amacıyla, masumiyet (suçsuzluk) karinesi hâkimdir. Üçüncü sistem olan maddi gerçeğin araştırılması amacıyla, vicdani delil sistemi hâkimdir. Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 79-82.

<sup>53</sup> Anayasa m. 138, f. 1’e göre: “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.”

<sup>54</sup> CMK m. 217, f. 1’e göre: “Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.”

<sup>55</sup> Yenisey / Nuhoğlu, s. 86; Doğan Gedik, “Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 21 (Özel S.), 2019, s. 920.

<sup>56</sup> Yenisey / Nuhoğlu, s. 82; Claus Roxin, (çeviren: Yener Ünver), “İspat Hukukunun Esasları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (8), 2005, s. 272; Gedik, s. 924.

<sup>57</sup> Tanık ceza muhakemesinde bir süje olarak kabul edilmemektedir. Bkz. Cumhuriyet Şahin, “Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6 (2), 2002. Ceza muhakemesine katılan bir kişinin stajeliğinden bahsedebilmek için, kendine özgü bir statüye sahip olması, muhakeme süresince yalnız başına işlemler yürütüp talepte bulunabilmesi ve bu faaliyetleriyle muhakemeyi hareket halinde tutması gerekmektedir. Bkz. Hakan Karakehya/Murat Arabacı, “Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), 2016, s. 2060. Tanığın bir süje olmadığı konusunda doktrinde bir uzlaşma olmakla birlikte tanıklıktan çekinmenin bir hak mı, yetki mi yoksa imkân mı olduğu konusu tartışmalıdır. Biz çalışmamızda tanığın bir süje olmaması nedeniyle tanıklıktan çekinmenin haktan ziyade tanığın kamu görevlisi olarak kabul edilmesi nedeniyle tanıklıktan çekinmede “imkân” ve “yetki” kavramlarını kullandık.

imkanını sonradan kullanan tanık beyanını delil olarak kullanılmamalıdır (CMK m. 210, f. 2).

Hâkim maddi gerçeği araştırma pahasına bile çekinme yetkisine sahip olmasına rağmen bu yetkisi hatırlatılmadan alınan tanık beyanını (CMK m. 50, f. 3), sonradan çekinme yetkisini kullanmasına rağmen tanığın önceden verdiği beyanları (CMK m. 210, f. 2), cevap vermekten çekinme imkânı bildirilmeden alınan tanık beyanını (CMK m. 48), yeminden çekinme yetkisi olmasına rağmen bu yetkisi hatırlatılmadan yemin verilerek alınan tanık beyanını (CMK m. 50) delil olarak değerlendiremez.

Ceza muhakemesinin temel ilkelerinden olan nemo tenetur ilkesi, kişiden aktif bir davranışla muhakeme işlemlerine katılmasının beklenmemesidir<sup>58</sup>. İlkenin kişiden katılmasını beklemediği muhakeme işlemleri kişinin kendisi ile ilgili olabileceği gibi yakınları ile de ilgili olabilir. Bu nedenle ilk akla gelen şüpheli ve sanığın ilkedен yararlanabileceği olsa da tanık da bu ilkedен yararlanabilmektedir. Zira şüpheli/sanık, tanığın bir yakını olabilir. Şüpheli veya sanık ile yakınlığı bulunan kişiyi tanıklık yapmaya zorlamak, insan onurunu ve aile içi ilişkileri koruyan<sup>59</sup> nemo tenetur ilkesine aykırıdır. Tanıklıktan çekinme yetkisi, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması ile insan onurunun korunması amaçları arasında denge sağlayan enstrümanlardan biridir.

## **B. Tanıklıktan Çekinebilecek Kişilerin Kapsamı**

Uyuşmazlık konusu olayın tarafı olmayan, duyu organları aracılığıyla kendisi hakkında yürütülmeyen bir muhakemede öğrendiklerini aktaran kişiye tanık denir<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Yenisey / Nuhoğlu, s. 85.

<sup>59</sup> Nemo tenetur ilkesinin çeşitli temellendirmeleri olmakla birlikte tanıklıktan çekinme, insan onuru ve aile içi ilişkileri korumaya yöneliktir. Bu temellendirmeler için bkz. İtişgen, s. 55-67. Aile içi ilişkileri koruduğunu savunan görüş için bkz. Tugay Aydeniz, *Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanı Delili*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 40. Koca ve Üzülmöz, bu kişilerin gerçeği söyleme ihtimalleri zayıf olduğundan muhakemeye yarar sağlamaktan ziyade zarar vereceklerini ifade etmiştir. Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 1091.

<sup>60</sup> Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 416; Yener Ünver/Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt)*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 498; Muhammed Demirel, “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Muhakemeye Katılan Söjelerin Tanık Olup Olamayacakları Sorunu”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8 (1), 2022, s. 4.

Türk ceza hukuku doktrininde tanığın uyuşmazlık konusunun tarafı olmaması gerektiği kabul edilmekte ise de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tanığı sanığa isnat edilen fiil hakkında bilgi veren kişi olarak tanımlamaktadır. AİHM'in bu tanımına göre, suç ortaklarının tanık olmasının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 6, f. 3, bent d<sup>61</sup> kapsamında tanık olarak dinlenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır<sup>62</sup>. Anayasa Mahkemesi de AİHM'nin tanığa verdiği özerk anlamı benimsemekte ve tanığı geniş yorumlamaktadır<sup>63</sup>.

Tanıklık, bir kamu görevidir ve kural olarak zorunludur<sup>64</sup>. Ancak tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlerle (CMK m. 43, m. 45-48) bu zorunluluğa istisnalar getirilmiştir. Tanıklık yapmak kural, çekinmek istisnadır. Ceza muhakemesi hukukunda kıyas serbest olmakla birlikte istisnai hükümlerde ve kişi özgürlüğünü sınırlaması halinde kıyas yasaktır<sup>65</sup>. Tanıklıktan çekinebilecek kişiler de sınırlı bir şekilde sayıldığından istisnai hüküm niteliğindedir ve kıyas yoluyla genişletilemez.

Tanıklıktan çekinmeye ilişkin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve Basın Kanunu'nda<sup>66</sup> hükümler bulunmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanununun 46. maddesinde, meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle edinilen bilgiler; 47. maddesinde ise devlet sırrı niteliğindeki bilgiler nedeniyle tanıklıktan çekinme yükümlülüğü<sup>67</sup> getirilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanununun 43. maddesinde, tanıklık yapma konusunda cumhurbaşkanına takdir yetkisi verilmektedir; cumhurbaşkanı hiçbir gerekçe göstermeksizin tanıklıktan çekinebilir.

<sup>61</sup> Savunmaya tanınan haklardan biri olan tanık sorgulama hakkı ilgili bentte şu şekilde yer almaktadır: “İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek”

<sup>62</sup> Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*, 1. Baskı, Savaş Kitabevi, 2008, s. 121.

<sup>63</sup> “Anayasa Mahkemesi birçok kararında tanık kavramını özerk olarak yorumlamış ve tanığın sanığa isnat edilen fiil hakkında bilgi veren herhangi bir kişi olabileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda suçun iştirak eden, olayın mağduru, şikâyetçi (müşteki), devletin görevlendirdiği gizli olmayan/gizli soruşturmacı da tanık olabilir.” (AYM, Selçuk Demir, B. No: 2014/9783, 22/1/2015, § 35.; AYM, Orhan Güler, B. No: 2019/30221, 28/12/2021, § 34.)

<sup>64</sup> Şahin / Göktürk, s. 419.

<sup>65</sup> Şahin / Göktürk, s. 43, 44.

<sup>66</sup> Basın Kanunu m.12'ye göre: “Sürelî yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz.”

<sup>67</sup> Şahin / Göktürk, s. 419.

Nemo tenetur ilkesiyle bağlantılı olan tanıklıktan çekinme yetkisi ise Ceza Muhakemesi Kanununun 45. maddesinde düzenlenmektedir. Maddeye göre; şüpheli veya sanığın nişanlısı, önceki veya şimdiki eşi, kan veya kayın hısımlığından üst soyu ve alt soyu, üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanlar tanıklıktan çekinebilirler.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 48. maddesinin başlığı "Kendisi veya yakınları aleyhine tanıklıktan çekinme" şeklinde olsa da ilgili hükümde kişi mutlak bir şekilde tanıklıktan çekinemez. Bu nedenle bu maddeye dahil olan kişiler tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında değildir. Bu tanıklar ancak sorulara cevap vermekten çekinebilirler.

### C. Yemin Verilmeyen Tanıklar

Tanığın yalan söylemesini önlemeye yönelik alınan tedbirlerden biri, tanığa dinlenmeden önce yemin verilmesidir. Ceza davalarında tanığın yemin etmesi, hukuk davalarının aksine<sup>68</sup> bir delil çeşidi değil; tanık beyanının doğru olmasını hedefleyen bir tedbirdir.<sup>69</sup>

Tanıklara dinlenmeden önce yemin verilmesi kural olsa da (CMK m. 54) Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 50. maddesinde yemin verilmeden dinlenecek tanıklar sayılmaktadır. Buna göre;

- Dinlenme sırasında on beş yaşını doldurmamış olanlar,
- Ayırt etme gücüne sahip olmamaları nedeniyle yeminin niteliği ve önemini kavrayamayanlar,
- Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar yeminsiz dinlenir.

Kanun koyucu hâkime yeminsiz dinleme hususunda bir takdir yetkisi tanınamakta; sayılan kişilerin yeminsiz dinlenmesini zorunlu tutmaktadır<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> HMK'nın 225 ila 239. maddeleri arasında düzenlenen yemin bir delil türüdür.

<sup>69</sup> Faruk Turhan, "Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (4), 2020, s. 361.

<sup>70</sup> Mağdurun dinlenmesinde de tanıklığa ilişkin hükümler uygulanmakta ise de mağdur da yeminsiz dinlenmektedir (CMK m. 236, f. 1).

Şüpheli veya sanıkla yakınlığı dolayısıyla tanıklıktan çekinebilecek kişiler tanıklıktan çekinme imkanlarını kullanmadıklarında bu kişilere yemin verme konusunda hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır. Hâkim yemin verse bile tanık, yeminden çekinebilir (CMK m. 51).

Ceza Muhakemesi Kanununda suç ortakları nemo tenetur ilkesi temelli olarak yemin verilmeyen tanıklardan sayılmaktadır: “*Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar*” (CMK m. 50, f. 1, c bendi).

İlgili düzenleme doktrinde oldukça eleştirilmektedir. Bu eleştiriler, düzenlemenin muhakeme konusu suça bir şekilde iştirak etmiş kişiyi aynı zamanda tanık olarak kabul etmesi ve bu dinlemenin yeminsiz gerçekleştirilmesinin nemo tenetur ilkesine tam olarak hizmet etmediği noktalarında toplanmaktadır<sup>71</sup>.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun mevcut düzenlemeleri itibariyle eleştirilerin yoğunlaştığı sorunun kısmi çözümü 48. maddede bulunmaktadır<sup>72</sup>. Zira ilgili madde, tanığa kendisinin ve kanunda gösterilen yakınlarının ceza kovuşturmasına<sup>73</sup> uğratabilecek nitelikteki sorulara cevap vermeme imkânı tanımaktadır.

Şahin ve Göktürk’e göre, tanığın uyuşmazlık konusu olayın tarafı olmaması gerektiğinden suç ortaklarının konumu tanıklıktan çok sanıklığa yakındır<sup>74</sup>. Yazarlara göre suç ortaklarının açıklamalarının kanunda tanık açıklaması

<sup>71</sup> Şahin / Göktürk, s. 422; Turhan, *Tanıklara Yemin Verilmesi*, s. 366; Ünver ve Hakeri, s. 504-505; Erdinç Avşar, “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Tartışılması ve Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (154), 2021, s. 54; Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 504.

<sup>72</sup> Şahin ve Göktürk, s. 422, 423; Turhan, *Tanıklara Yemin Verilmesi*, s. 365. Muhakeme konusu suça iştirak etme şüphesi altında bulunan veya bu konuda suçlu bulunan kişilerin birbirlerinin leh veya aleyhine tanıklık yapmalarının kabul edilmemesi yönündeki görüş için bkz. Ünver / Hakeri, s. 500.

<sup>73</sup> Anayasa’da suçlayıcı beyan ifadesi yer alırken CMK’da ceza kovuşturmasına uğrama şeklinde ifade edilmesi, Anayasal hükmün daraltılması sonucunu doğurduğundan eleştirilmektedir. Hükmün soruşturmayı da içine alır şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. İtişgen, s. 88; Faruk Turhan, “Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı – Kapsamı, Koşulları ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme”, *SÜHFD*, 28 (3), 2020, s. 1397; Aydeniz, s. 49. Hükümden yalnızca ceza kovuşturmasının anlaşılması gerektiği şeklindeki karşı görüş için bkz. Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık*, 1. Baskı, 1996, s. 216.

<sup>74</sup> Şahin / Göktürk, s. 527.

kapsamında olması ya da AİHS'nin tanığa özerk bir anlam yüklemesi, suç ortaklarının ceza muhakemesi statüsünü tanık yapmamaktadır<sup>75</sup>. Nitekim suç ortaklarına yemin verilmemesi ve kanunda tanıkların yanında suç ortakları da sayılarak tanığın ve sanığın farklı nitelikte oldukları ortaya konulmaktadır (CMK m. 200, 211)<sup>76</sup>.

#### **D. Adliye Karşı Suçlara İlişkin Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Düzenlenme Amacı**

Adliye karşı suçlardan bazıları için öngörülen şahsi cezasızlık sebepleri ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin düzenlenme amacı nemo tenetur ilkesi temellidir<sup>77</sup>. Kişinin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması insan onurunu zedeleyici olduğundan kanun koyucu izlediği suç ve ceza politikası gereği şahsi cezasızlık sebeplerine yer vermiştir.

Adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinin insan onurunun yanında aile içi ilişkileri de koruma temelli olduğu savunulmaktadır<sup>78</sup>.

#### **E. Adliye Karşı Suçlar Bölümünde Yer Alan Şahsi Cezasızlık Sebeplerinden Yararlanabilecek Kişilerin Kapsamı**

Adliye karşı suçlar bölümünde şahsi cezasızlık sebeplerinin düzenlenme amacı aynı olmasına rağmen cezasızlık sebebinden istifade edebilecek kişiler farklılık göstermektedir. Farklı suç tiplerine göre şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek kişiler şu şekildedir:

-Suç üstlenme, yalan tanıklık, tutuklu hükümlü veya suç delillerini bildirmeme ve kaçmaya imkân sağlama suçlarında; üstsoy, altsoy, eş ve kardeş.

-Suçu bildirmeme suçunda; tanıklıktan çekinebilecek kişiler.

-Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda; öncül suç işleyen veya işlenişine iştirak eden kişiler.

-Suçluyu kayırma suçunda; üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı.

<sup>75</sup> Şahin / Göktürk, s. 526-527, dn. 839.

<sup>76</sup> Şahin / Göktürk, s. 52, dn. 839; Turhan, *Tanıklara Yemin Verilmesi*, s. 367.

<sup>77</sup> Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 204, s. 282, s. 407, s. 515, s. 567, s. 577, s. 582.

<sup>78</sup> Christian Schroeder/Feridun Yenisey/Wolfgang Peukert, *Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi*, 1. Baskı, 1999, s. 155

Doktrinde bir görüş, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda öncül suçun failinin yakınlarının da nemo tenetur ilkesi gereği cezalandırılmamalarının gerektiğini savunmaktadır<sup>79</sup>. Başka bir görüş ise kanun koyucunun bu tercihi bilinçli olarak yaptığını, bu suç yönünden maddi gerçeğe ulaşma amacını üstün tuttuğunu savunmaktadır<sup>80</sup>.

### **F. Adliyeye Karşı Suçlara İlişkin Şahsi Cezasızlık Sebeplerinde Tanıklıktan Çekinebilecek Kişilere Atıf Yapılması Konusunda Değerlendirme**

Adliyeye karşı suçlarda korunan hukuksal değer, esas olarak adil yargılanmahakkıdır<sup>81</sup>. Adliyeye karşı suçlarda aynı hukuksal değer korunmasına ve bu suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerine aynı amaç uğruna (nemo tenetur ilkesi) yer verilmesine rağmen sebeplerden yararlanabilecek kişilerin kapsamının farklı olması, bir eşitsizliktir. Aynı hukuksal değer korunduğu bu suç tiplerinden biri yönünden maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacı diğerlerine göre daha üstün tutularak insan onurunu korumaya hizmet eden nemo tenetur ilkesi görmezden gelinmemelidir. Bu nedenle adliyeye karşı suçlarda şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanabilecek kişiler özdeş hale getirilmelidir.

Suçu bildirmeme suçunun faili öncül suçun faili ile arasında üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ile evlatlık bağı bulunanlar şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecekken; aynı yakınlık derecesindeki kişiler suç üstlenme, yalan tanıklık, tutuklu hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçunda ilk üç fıkra da sayılan suçlar, kaçmaya imkân sağlama ve suçluyu kayırma suçlarını işlediklerinde şahsi cezasızlık sebebinin kapsamı dışında kalmaktadır.

<sup>79</sup> Ünver, *Adliyeye Karşı Suçlar*, s. 504; Vesile Sonay Evik, “Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (137), 2016, s. 12.; Yüce Esmeray, Anayasa Mahkemesi’nin suç bildirmeme suçuna ilişkin kanun hükmünü nemo tenetur ilkesinin gerektirdiği bir düzenleme bulunmaması nedeniyle iptaline ve kanun koyucunun yeni düzenlemesine dikkat çekerek suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçuna ilişkin şahsi cezasızlık sebebinden suç bildirmeme suçunda olduğu gibi öncül suçun failinin yakınlarının da yararlanması gerektiğini belirtmiştir. Tuğçe Gupse Yüce Esmeray, *Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu ile Belge İbraz Etmeme Suçları Arasındaki İlişki*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023, s. 84.

<sup>80</sup> Seçkin Koçer, *Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2011, s. 91.

<sup>81</sup> Ünver, *Adliyeye Karşı Suçlar*, s. 49.

Kanun koyucunun suçu bildirmeme suçunda diğer şahsi cezasızlık sebebi içeren adliye karşı suçlara göre cezasızlıktan yararlanabilecek kişilerin kapsamını bilinçli olarak mı daha geniş tuttuğu anlaşılamamaktadır. TBMM Adalet Komisyonu raporundan tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapılmasının nedeninin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen tanıklıktan çekinmeye ilişkin hüküm ile paralellik kurulmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Ancak yalnızca bir suça ilişkin şahsi cezasızlık sebebi düzenlenmesinde bu paralelliğin sağlanması, diğer suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanabilecek kişilerin kapsamının daha dar kalmasına neden olmuştur.

Suçu bildirmeme suçuna ilişkin şahsi cezasızlık sebebi düzenlemesi ile diğer adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebebi düzenlemeleri aynı amaç uğruna var olmalarına rağmen aralarında kapsam yönünden bir eşitsizlik bulunmaktadır. Suçu bildirmeme suçu dışında kalan adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebepleri, Anayasanın eşitlik ilkesine (Anayasa m. 10) aykırı olduğu gerekçesiyle somut norm denetimi ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelebilir. Anayasa Mahkemesi bu durumda suçu bildirmeme suçuna ilişkin şahsi cezasızlık sebebi düzenlemesini ya da diğer şahsi cezasızlık sebepleri yer alan düzenlemeleri eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal edebilir.

Kanun koyucu bu iptal karşısında tanıklıktan çekinebilecek kişilerin şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabileceği düzenlemesine yer veren suçu bildirmeme suçunda diğer şahsi cezasızlık sebeplerinde olduğu gibi “üstsoy, altsoy, eş ve kardeş” ile sınırlayarak kanun değişikliğine gidebilir ya da bu şekilde sınırlandırılmış şahsi cezasızlık sebepleri hükümlerini tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yaparak genişletebilir.

Adliye karşı suçlara malvarlığına karşı işlenen suçlarda olduğu gibi (TCK m. 167, f. 1) ortak bir hüküm getirilmesi düşünülebilir. Bu ortak hükümde suçu bildirmeme suçunda olduğu gibi tanıklıktan çekinebilecek kişilere atıf yapmak yeterli olmayacaktır. Zira örneğin suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda şahsi cezasızlık sebebinden öncül suç işleyen veya işlenişine iştirak eden kişiler yararlanabilmektedir (TCK m. 281, f. 1). Suç ortakları ise tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında değil; yemin verilmeyen tanıklar (CMK m. 50) ve şartları oluştuğunda cevap vermekten çekinme hakkına sahip tanıklar (CMK m. 48) arasında sayılmaktadır. Tanıklıktan mutlak çekinme, şüpheli veya sanığın yakınlarına tanınmış olup suç ortaklarına ve suçla bağlantılı kişilere tanınmamıştır. Bu nedenle ortak bir hüküm düzenlenmek istenirse tanıklıktan çekinebilecek kişilerin yanında



ayrıca suçla irtibatı nedeniyle yemin verilmeyen tanıklara da atıf yapmak gerekecektir.

Bu noktada suç ortaklarının tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında sayılmalarının mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Suç ortakları uyumsuzluk konusu olayın tarafı konumunda olduklarından tanık olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında sayılmamalıdır. Tanıklıktan çekinebilecek kişileri, suç ortaklarını da içine alır biçimde genişletmek isabetli olmayacaktır. Suç ortaklarının yemin verilmeyen tanıklar arasında sayılmaları da doktrinde eleştirilmektedir ve bu düzenlemeden suç ortaklarının tanık olarak kabul edilmesinin anlaşılmasında gerektiği belirtilmektedir<sup>82</sup>.

Suç ortaklarının tanıklıktan çekinebilecek kişiler olarak kabul edilemeyişinin bir diğer nedeni, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki koruma tedbirlerine yönelik düzenlemelerdir. Elkoyma tedbirinde şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektup ve belgeler, bu kimselerin nezdinde buldukça elkoyma yasağı kapsamındadır (CMK m. 126). Tanıklıktan çekinebilecek kişilerin soruşturulan veya kovuşturulan suça yönelik suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme fiillerini işledikleri şüphesi halinde ise mektup ve belgeler elkoyma yasağı kapsamında olmayacaktır<sup>83</sup>. Elkonulacak eşyayı vermekten kaçınan zilyedin tanıklıktan çekinebilecek kişilerden olması halinde disiplin hapsi uygulanmaz (CMK m. 124, f. 2). Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinde şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile arasındaki iletişimi kayıt yasağına tabi tutulmuştur (CMK m. 135, f. 3). Tanıklıktan çekinebilecek kişinin aynı suçu işleme şüphesi altında olması durumunda ise iletişimi kaydedilebilir<sup>84</sup>. Modern koruma tedbirleri arasında sayılan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında da tanıklıktan çekinebilecek kişilere bu işlemlerden kaçınma hakkı tanınmaktadır (CMK m. 76, f. 4).

Suç ortakları tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında sayılıysa söz konusu mektup ve belgelere elkonulamaz, şüpheli veya sanık ile aralarındaki iletişim kayda alınamaz ve beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemleri uygulanamazdı.

<sup>82</sup> Şahin / Göktürk, s. 526-527.

<sup>83</sup> Şahin / Göktürk, s. 352.

<sup>84</sup> Şahin / Göktürk, s. 384.

## SONUÇ

Çalışmamızda araştırdığımız sorunlar ve ulaştığımız sonuçlar şu şekildedir:

1. Birinci sorun, Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucunun suçu bildirmeme suçuna ilişkin nemo tenetur ilkesinin gerektirdiği bir düzenleme yapmayarak yasama ihmali gösterdiği durumda iptal yetkisinin olup olmadığıdır.

Suçu bildirmeme suçuna ilişkin kanun hükmü, nemo tenetur ilkesinin gerektirdiği cezalandırılmayı önleyici bir neden içermediğinden somut norm denetimiyle Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi kanuni düzenlemeyi üç fıkrasıyla birlikte tamamen iptal etmiştir. Bunun üzerine kanun koyucu yeni düzenlemede iptal edilen ilk üç fıkrayı aynı tutmuş, dördüncü fıkra olarak nemo tenetur ilkesinin gerektirdiği şahsi cezasızlık sebebine yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi, yasama organının yapması gerekirken yapmadığı bir düzenleme nedeniyle kanun hükmünü iptal etmiştir. Konuya ilişkin hüküm bulunmadığından mutlak yasama ihmali söz konusudur. Kanun koyucunun yasama ihmali gösterdiğinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal yetkisinin olup olmadığı tartışmalıdır. Ortaya çıkan tabloda mahkeme esasında Anayasaya aykırı olmayan hükümleri iptal etmiştir. Nitekim yeni düzenlemede de iptal edilen hükümler değişiklik olmadan varlığını korumaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin mutlak yasama ihmalinde iptal kararı yerine uyarı ya da çağrı niteliğinde bir karar vermesi gerektiği kanaatindeyiz.

2. İkinci sorun, suçu bildirmeme suçunda öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmasını önleyen kanuni bir düzenleme bulunmamasına rağmen Anayasal nemo tenetur ilkesinin uyuşmazlığa doğrudan uygulanarak faile ceza vermektan imtina edilip edilemeyeceğidir.

Bu soruna yönelik sonuca ulaşırken öncelikle nemo tenetur ilkesinin ceza hukukundaki farklı kabulleri göz önünde bulundurulmuştur. İlke hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni veya kusurluluğu etkileyen bir hal olan manevi cebir olarak kabul edildiği takdirde ayrıca bir düzenlemeye ihtiyaç olmadan özel hükümlere ilişkin suç tiplerine uygulanabileceği düşünülebilse de kanaatimizce sonuç böyle değildir. Zira Anayasada ilkenin düzenlendiği maddede yer alan "yakın" ifadesinden kimleri kapsadığı anlaşılmamaktadır. Hakkın kullanılması ve cebirde de bu nedenlerden kimlerin yararlanabileceği belirli değildir. Böyle bir belirsizlik de hukuki güvenlik ilkesini sarsar. Bu nedenle ilkenin hukuka uygunluk nedeni ve kusurluluğu etkileyen bir hal

olarak kabulünde kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

İlkenin yansımalarının şahsi cezasızlık sebebi olarak kabulü halinde kanunun Anayasaya aykırılığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira Anayasa öncül suçun failinin yakınlarının cezalandırılmaması gerektiğini emretmekte, ancak suç bildirmeme suçuna ilişkin bir şahsi cezasızlık sebebi bulunmamaktadır. Türkiye, Avrupa tipi anayasa yargısına sahip olduğundan kanunun Anayasaya aykırılığı söz konusu olduğunda mahkemeler kanunu görmezden gelerek Anayasal hükmü doğrudan uygulayamazlar. İlkenin şahsi cezasızlık sebebi olarak kabulünde de kanuni bir düzenleme olması gerekmektedir.

İlkenin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi, fiilin haksızlık içeriğini ortadan kaldıracığından iştirak halinde işlenmiş bir suçta öncül suçun failiyle yakınlığı olmayan kişilerin de cezalandırılmasını engeller. Bu sonucun nemo tenetur ilkesinin amacıyla bağdaşmayacağı kanaatindeyiz. Zira ilke, kişinin kendisinin ve yakınlarının cezalandırılmamasını engelleme amacına yöneliktir. İlkenin kusurluluğu etkileyen bir hal olarak da kabul edilmemesi kanaatindeyiz. Her ne kadar kişiden yakınının işlediği bir suç bildirmemesini beklemek, iradesini zorlayıcı bir durum olsa da failin cezalandırılmama nedeni, suç yoluna girmeden önce öncül suçun faili ile arasındaki kişisel yakınlıktan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle failin cezalandırılmamasının kaynağının şahsi cezasızlık sebebi olduğu kanaatindeyiz.

**3. Üçüncü sorun, adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinin suç bildirmeme suçuna uygulanıp uygulanamayacağı, bu durumda kıyas yasağının ihlal edilip edilmeyeceğidir.**

Adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinin her biri düzenlendiği suç tipine özgüdür ve kanun maddesinden veya gerekçesinden suç bildirmeme suçuna uygulanabileceğine yönelik bir anlam çıkmamakta, kanun sistematığından de böyle bir sonuca ulaşılammamaktadır. Kanun değişikliği öncesinde doktrinde bu konu kıyas yasağı bağlamında tartışılmıştır. Kıyas yasağı; hukuk devleti, şeffaflık, öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerini korumak için getirilmiş bir yasaktır. Bu ilkelerin amacı ise makul bir insanın kanun maddesinden çıkaracağı anlamın anlaşılmasına ve kanunu uygulayacak hakimlerin aynı sonuca ulaşmasına yöneliktir. Diğer adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebeplerinin suç bildirmeme suçuna da uygulanabileceği makul bir insanın kanun maddesinden çıkaracağı bir sonuç olmamakla birlikte hakimlerin uygulamaları arasında farklılık da olabilir. Bu farklılık kıyas yasağının koruduğu ilkelere aykırılık teşkil eder. Bu nedenle

suçu bildirmeme suçunun kanun değişikliği öncesi döneminde diğer adliye karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebebinin suç bildirmeme suçuna uygulanmasının kıyas yasağına aykırılık oluşturacağı kanaatindeyiz.

4. Dördüncü sorun, şahsi cezasızlık sebebine yer verilen adliye karşı suçlarda bu sebeplerden yararlanabilecek kişilerin kapsamının aynı olmaması nedeniyle ortak hüküm olarak tanıklıktan çekinebilecek kişilere atfı yapılabilmemesidir.

Suç bildirmeme suçunda şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanabilecek kişilerin kapsamı yeni bir yöntem ile tanıklıktan çekinebilecek kişilere atfı yapılarak belirlenmiştir. Diğer adliye karşı suçlarda şahsi cezasızlık sebeplerinden faydalanabilecek kişiler “üstsoy, altsoy, eş ve kardeş” şeklinde sayılmışken suç bildirmeme suçunda ilgili atıfla üçüncü derece dahil kan ve ikinci derece dahil kayın hısımları da bu kapsamda olmaktadır. Böylece suç bildirmeme suçunda şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanabilecek kişiler, diğer adliye karşı suçlara yönelik yer verilen şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanabilecek kişilerin kapsamına göre çok daha geniş olmuştur.

Tanıklıktan çekinebilecek kişiler, adliye karşı suçlara ilişkin yer verilen şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanabilecek kişilerin hepsini kapsamamaktadır. Böyle bir atfı halinde bazı gruplar kapsam dışında kalacaktır. Örneğin suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda, kişinin işlenişine iştirak ettiği suçun delillerini gizleyen kişi şahsi cezasızlık sebebinden yararlanarak cezalandırılmamaktadır. Ancak suça iştirak eden kişi, tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında değil; yemin verilmeyen tanıklar arasında sayılmaktadır. Bu nedenle adliye karşı suçlara ilişkin malvarlığına karşı işlenen suçlarda olduğu gibi genel bir düzenleme yapılacaksa suç ortaklarını da kapsamaması için tanıklıktan çekinebilecek kişilerin yanı sıra suçla irtibatı nedeniyle yemin verilmeyen tanıklara da atfı yapılmalıdır. Bu şekilde bir atfı, eşitlik ilkesi açısından da gereklidir. Zira adliye karşı suçların korudukları hukuki değerlerin aynı olmasına rağmen şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek kişilerin kapsamı farklıdır. Ortak hüküm düzenlenmeyecekse de şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek kişilerin kapsamının her bir suç tipi yönünden eşitlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

5. Beşinci sorun, tanıklıktan çekinebilecek kişilerin kapsamını suç ortaklarını da içine alacak şekilde genişletmenin isabetli olup olmadığıdır.

Suç ortakları kanunda yemin verilmeyen tanıklar arasında sayılmaktadır (CMK m. 50, f. 1, c bendi). Doktrinde ise suça bir şekilde iştirak etmiş

kişilerin tanıklar arasında sayılması eleştirilmektedir. İlgili düzenlemenin suç ortaklarının tanık olarak kabul edilmesi şeklinde değil, suç ortaklarının dinlenmelerinde tanıklara ilişkin hükümlerin uygulanması şeklinde anlaşılması gerektiği savunulmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 200 ve 211. maddelerinde suç ortakları ve tanıkların ayrı ayrı sayılması da düzenlemeyi eleştirenlerin savlarını destekler niteliktedir. Kanaatimizce de suça bir şekilde katılmış bir kişinin tanık olarak kabul edilmesi isabetli değildir. Bu nedenle suç ortakları yemin verilmeyen tanıklar arasında sayılmalı ve tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında kabul edilmemelidir. Nitekim koruma tedbirlerinin bir kısmında tanıklıktan çekinebilecek kişilere istisna tanınarak bu tedbirlere başvurmayı engelleyen düzenlemeler bulunmaktadır. Oysaki suç ortakları bu istisna kapsamında olmamalıdır.

## KAYNAKÇA

- Akbulut B, *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Aliefendioğlu Y, “Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler” *Mülkiye Dergisi*, 24 (224), 2000, s. 115-136.
- Aliefendioğlu Y, *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları, 1997.
- Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Atar Y, “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m.11)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), 1989, s. 181-209.
- Aydeniz T, *Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanı Delili*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- Baytaz A B, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Bulut E, *Şahsi Cezasızlık Sebepleri*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Değerli Y S, *Anayasa Yargısında Ön- Denetim ve Türk Anayasa Yargısı*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2019.
- Demirel M, “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Muhakemeye Katılan Søjelerin Tanık Olup Olamayacakları Sorunu”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8 (1), 2022, s. 1-35.
- Döner İ, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.278)”, *AÜEHFD*, 9 (3-4), 2005, s. 63-94.
- Erdem M R, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.278)”, *TBB Dergisi*, S.80, 2009, s. 105- 120.
- Erem F, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler Cilt: 2*, Seçkin Yayıncılık, 1993.
- Evik V S, “Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değişirme Suçu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (137), 2016, s. 7-29.

- Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık*, 1. Baskı, US-A Yayıncılık, 1996.
- Feyzioğlu T, *Kanunların Anayasaya uygunluğunun Kazai Murakabesi*, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınevi, 1951.
- Gedik D, “Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 21 (Özel S.), 2019, s. 913-963.
- Göktürk N, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m.272)” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (1), 2016, s. 347-409.
- Gözler K, “Yorum İlkeleri”, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, (Hazırlayan: Ozan Ergül), *Türkiye Barolar Birliği*, Ankara, 2012, s. 15-119.
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II*, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021.
- Güleç Y B, *Lex Superior İlkesi: Hukuki Geçerliliği ve Uygulaması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Güveyi Ü, “Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (3), 2012, s. 137-162.
- Hafizoğulları Z/Acar B H, “Suçu Bildirmeme Suçları”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1), 2016, s. 179-199.
- Hafizoğulları Z, “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (3), 2008, s. 337-370.
- Heinrich B, *Ceza Hukuku Genel Kısım I (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı)*, Yener Ünver (Ed.), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014.
- İtişgen R, *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı*, 1. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, 2013.
- Karakehya H, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*, 1. Baskı, Savaş Kitabevi, 2008.

- Karakehya H/Arabacı M, “Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), 2016, s. 2059-2081.
- Kayar İ/Üzülmez İ, *Hukukun Temel Kavramları*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Koçak M F, “Bir Ceza Yargılamasına Eleştirel Bakış: Yalan Tanıklık Suçu İncelemesi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1), 2019, s. 196-231.
- Koçer S, *Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2011.
- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, *Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özbudun E, “Türkiye’de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri”, *Liberal Düşünce Dergisi*, (68), 2012, s. 5-18.
- Özgenç İ, “Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (1), 2020, s. 257-283.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Roxin C, (çeviren: Yener Ünver), “İspat Hukukunun Esasları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2 (8), 2005, s. 265-289.
- Schroeder C/Yenisey F/Peukert W, *Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi*, “İstanbul Barosu Yayınları”, 1. Baskı, 1999.
- Şahin C, “Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi”,



*Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6 (2), 2002.

Şahin C/Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.

Şirin T, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013.

Turhan F, “Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı – Kapsamı, Koşulları ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme”, *SÜHFD*, 28 (3), 2020, s. 1383-1427.

Turhan F, “Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24 (4), 2020, s. 359-410.

Ünver Y, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2003.

Ünver Y, *TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar; İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Ünver Y/Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt)*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.

Yenisey F/Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Yüce Esmeray T G, *Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu ile Belge İbraz Etmeme Suçları Arasındaki İlişki*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023.

Zafer H, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280)”, *İÜHF*, 71 (1), 2013, s. 1327-1352.



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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068  
Cilt / Volume XXVIII Ocak / January 2024 Sayı / No. 1

ULUSLARARASI HUKUK KAPSAMINDA ÇİN'İN UYGUR VE  
DİĞER TÜRKİ MÜSLÜMANLARA YÖNELİK İNSAN HAKLARI  
İHLALLERİ SOYKIRIM TEŞKİL EDER Mİ?

DO CHINA'S HUMAN RIGHTS VIOLATIONS AGAINST UYGHUR  
AND OTHER TURKIC MUSLIMS CONSTITUTE GENOCIDE UNDER  
INTERNATIONAL LAW?

Melike KELEŞ\*   

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1253888](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1253888) 

*Bu çalışmada, uluslararası hukuk kapsamında Çin'in Uygur ve diğer Türkî Müslümanlara yönelik insan hakları ihlallerinin soykırım teşkil edip etmediğine dair bir inceleme yapılmıştır. Çalışma dört başlık altında incelenmiştir. Buna göre, Çin'in Uygur ve diğer Türkî Müslümanlara yönelik insan hakları ihlallerine bakışına değinilmiş; bu ihlallerin neler olduğu ele alınmış; insanlığa karşı suçlar, soykırım ve kültürel soykırım meseleleri çeşitli yönleriyle ortaya konmuş; son olarak, Çin'in Uygur ve diğer Türkî Müslümanlara yönelik insan hakları ihlallerinin soykırım teşkil edip etmediği sorusuna cevap verilmeye çalışılmıştır. Çalışma, doküman analizi yapılarak elde edilen veriler ışığında hazırlanmıştır. Uygur ve diğer Türkî Müslümanlara yönelik devam etmekte olan ve git gide farklı bir boyut kazanmaya başladığı izlenimi uyandıran söz konusu insan hakları ihlallerinin incelenmesinin gerekliliği, bu çalışmanın yapılmasına zemin hazırlamıştır.*

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Hukuk, Çin'in insan hakları ihlalleri, Uygurlar, Türkî Müslümanlar, Soykırım.

\* **Yüksek Lisans Öğrencisi,** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı/İSTANBUL, **e-posta:** melikakeles@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-2176-0020, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1253888.

- Atıf Şekli | **Cite As:** Keleş M, "Uluslararası Hukuk Kapsamında Çin'in Uygur ve Diğer Türkî Müslümanlara Yönelik İnsan Hakları İhlalleri Soykırım Teşkil Eder Mi?", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(1), 2024, s.509-560
- İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



### **ABSTRACT**

*This study examines whether China's human rights violations against Uyghur and other Turkic Muslims constitute genocide under international law. The study is considered under four headings. First, China's view of human rights violations against Uyghur and other Turkic Muslims is addressed. Second, the violations in question are discussed. Third, the issues of crimes against humanity, genocide and cultural genocide have been presented in various aspects. Finally, the question of whether China's human rights violations against Uyghur and other Turkic Muslims constitute genocide has been tried to be answered. The study was prepared in light of the data obtained through document analysis. The necessity of examining the ongoing human rights violations against Uyghurs and other Turkic Muslims, which seems to be gaining a different dimension, has laid the groundwork for this study.*

**Keywords:** *International Law, China's human rights violations, Uyghurs, Turkic Muslims, Genocide.*

### **EXTENDED ABSTRACT**

*The Chinese Communist Party (CCP) regime, which argues that China's understanding of human rights is different from the Western understanding of human rights, that it is unfair to judge China's human rights record according to Western values, and that economic development and protecting national sovereignty are essential and prioritized than human rights, has many human rights violations against Uyghurs and other Turkic Muslims. These human rights violations, which have been ongoing since the early years of the CCP regime, have gained a different dimension since 2014 within the scope of China's "Strike Hard Campaign Against Violent Terrorism". China's human rights violations against Uyghurs and other Turkic Muslims, which are considered to have acquired a different dimension, have been and continue to be the subject of extensive analyses within the international law literature. The main concern here is: what category do human rights violations against Uyghurs and other Turkic Muslims fall into, and what steps can be taken within the framework of international law? Do China's human rights violations against Uyghur and other Turkic Muslims constitute a crime against humanity, or else genocide? There are different views in the literature on the character of these human rights violations. In the realm of international law, this issue is generally considered as a 'crime against humanity.' But, in recent years, there has been a growing tendency to analyze the issue within the framework of genocide, and these continuing human rights violations are considered as genocide or cultural genocide. The human rights violations against Uyghurs and other Turkic Muslims have been characterized in the literature in three different categories: a) Crimes against humanity; b) Genocide; c) Cultural genocide. There is no consensus among scholars on the character of the human rights violations in question. This article examines China's human rights violations against Uyghur and other Turkic Muslims in light of international law, and tackles the question of whether these violations constitute genocide. The methodological approach adopted*

*in this article is case study and it was prepared using data obtained through content analysis. Human rights violations are addressed under eight headings: mass arbitrary detention and arrest; torture; enforced disappearance; mass surveillance; eradication of culture; forced labor; rape in custody, forced sterilization and forced birth control; forced return, exile and forced population transfer. The existing evidences are first evaluated in the context of crimes against humanity, and then the question of whether China's human rights violations against Uyghur and other Turkic Muslims constitute genocide is addressed. As a result of the evaluation, it is concluded that China's human rights violations against Uyghurs and other Turkic Muslims constitute both cultural genocide and crimes against humanity. According to the 1948 Genocide Convention, the 'mens rea' requirement for a crime to be deemed as genocide is not fulfilled in this case. The key point here is intent. In the case of the Uyghur and other Turkic Muslims, it is challenging to assert that the targeted ethnic and religious group was attempted to be destroyed in whole or in part. Nevertheless, China's opaque policies and actions prevent us from knowing exactly what is being done in the region. Our ability to ascertain China's intent to physically exterminate Uyghurs and other Turkic Muslims, in whole or in part, is constrained both by the vagueness of the indication of intent and by opaque actions and policies. There is one point on which a consensus can be reached within the scope of international law, and that is that 'Cultural Genocide' is being committed against Uyghurs and other Turkic Muslims. The controversial nature of the requirement of genocidal intent is the basis for disagreement in the literature. In addition, the existence of acts constituting cultural genocide in this case is self-evident. However, the concept of cultural genocide also lacks a legal basis. In any case, a UN General Assembly resolution -which can only be passed by the General Assembly, since the resolution of the Security Council would naturally be vetoed by China- will be required. Either a regulation will be made regarding the character of the 'mens rea' requirement; or the extent of the concept of genocide will be expanded. Building consensus on the nature of human rights violations against Uyghur and other Turkic Muslims could contribute to action at the United Nations.*

## GİRİŞ

Sincan Uygur Özerk Bölgesi, Çin'in kuzey batısında yer alır ve 1,664,900 km<sup>2</sup> alanla Çin'in eyalet düzeyindeki en büyük bölgesi konumundadır. Çin'in en fazla uluslararası sınıra<sup>1</sup> sahip bölgesi olmasının yanı sıra, ayrıca İpek Yolu üzerinde yer aldığından çok büyük bir stratejik öneme sahiptir. Bölgede 40'tan fazla etnik grup yaşamaktadır.<sup>2</sup> Çin'in 2020'deki yedinci ulusal nüfus sayımına

<sup>1</sup> Moğolistan, Kazakistan, Rusya, Kırgızistan, Tacikistan, Afganistan, Hindistan ve Pakistan.

<sup>2</sup> Encyclopedia Britannica, "Xinjiang", <<https://www.britannica.com/place/Xinjiang>> Erişim Tarihi 1 Aralık 2022.

göre; 25,85 milyon nüfusa sahip Sincan'da, toplam etnik azınlık sayısı 14.9 milyon iken -bu etnik azınlıklar arasında Türkî Müslümanlar (Uygur, Kazak, Kırgız, Tacik, Özbek...) çoğunluğu oluşturmaktadır-, Han Çinlileri sayısı 10.9 milyondur. Etnik azınlıklar arasında en büyük çoğunluk ise, 11.6 milyon ile Uygurlara aittir.<sup>3</sup> Dolayısıyla günümüzde Sincan bölgesindeki en büyük nüfus çoğunluğunu Uygurlar ve Han Çinlileri oluşturmaktadır. Uygur ve diğer Türkî azınlıklar, Hanlardan farklı bir etniğe sahip olmalarının yanı sıra, dil ve din bakımından da Hanlardan farklıdır; kendi dillerini konuşurlar ve Müslümandırlar. Bununla birlikte bölgedeki Müslümanların ekseriyeti Türkî olsa da, Müslüman olup Türkî olmayanlar da bulunmaktadır; Huiler, Müslüman olmalarının yanı sıra etnik olarak Han Çinlisidirler.

Sincan<sup>4</sup>, 18.yüzyılda Qing Hanedanı (1644-1911) tarafından ilhak edilerek Çin topraklarına katılmıştır. 19.yüzyıl boyunca Sincan'da Türkî Müslümanlar tarafından başlatılan birkaç isyan olmuşsa da, Çin birlikleri tarafından bastırılmıştır. Qing Hanedanı yıkıldıktan sonra ise, Sincan, Çin Cumhuriyeti'nin (ROC) bir parçası olarak kalmıştır.<sup>5</sup> Sincanlılar, 1931 yılına kadar, Çinli derebeylerinden Yang Zengshing ve Jin Shuren'in siyasi kontrolü altında yaşamış ve derebeylerin aldığı siyasi tedbirlerle, Moğollar gibi Qing Hanedanı yıkılır yıkılmaz bağımsızlık elde etme hareketi başlatamamışlardır. 1931'de ise tekrar ayaklanma olmuş ve bu silahlı hareket tüm Doğu Türkistan'a yayılmıştır. Ancak Uygur, Kazak, Kırgız, Özbek gibi Türk halkları ile Döngenler arasında ihtilaf çıkması, bu bağımsızlık hareketinin başarısız olmasındaki nedenlerden birisi olmuştur. Çünkü Döngenler, her ne kadar bu devrimi isteler de niyetleri bağımsız bir ulus devlet kurmak değil; Milliyetçi Kuomintang (KMT) yönetimine bağlı kalmaktı.<sup>6</sup> Bu süreç zarfında Türkiye, Hindistan, Mısır ve Rusya gibi ülkelerde okuyup Avrupa tarzı eğitim gördükten sonra Doğu Türkistan'a dönen Uygur milliyetçilerinin olduğunu

<sup>3</sup> The State Council Information Office of the People's Republic of China, "Xinjiang Population Dynamics and Data", <<http://www.scio.gov.cn/zfbps/32832/Document/1713594/1713594.htm>> Erişim Tarihi 1 Aralık 2022.

<sup>4</sup> "Qing hanedanı, eyalete Çince'de 'Yeni Sınırlar' anlamına gelen 'Sincan' adını vermiştir. Ancak Sir Aurel Stain ve Sven Hedin gibi birçok batılı kâşifler bölgeyi 'Çin Türkistanı' veya Doğu Türkistan olarak adlandırmıştır." (Roy Anthony Rogers, "Human Rights in Xinjiang 1978-2007: Internationalisation of the Uyghur Dilemma and China's Reaction", The Journal of International Studies, 2020, s.3.)

<sup>5</sup> Rogers, s.2.

<sup>6</sup> Nabijun Tursun, "1933 ve 1944 Yıllarında Kurulan Doğu Türkistan Cumhuriyetleri Hakkındaki Kaynaklar ve Bu Kaynakların Değeri", Uluslararası Uygur Araştırmaları Dergisi, 16, 2020, s.234.

da eklemek gerekir.<sup>7</sup> Sonuç olarak gelinen noktada, 1933 yılında “Doğu Türkistan Türk İslam Cumhuriyeti”<sup>8</sup> (TIRET) ve 1944 yılında da “Doğu Türkistan Cumhuriyeti (ETR)” kurulmuştur. 1949’a gelindiğinde ise, Çin Komünist Partisi (ÇKP), Sincan’ın kontrolünü KMT’den almış ve 1955’te Sincan’ın özerk bir bölge olacağını ilan etmiştir.<sup>9</sup> O zamandan beri de bölge, Sincan Uygur Özerk Bölgesi olarak bilinmektedir.

Bu çalışma, Çin’in Uygur ve diğer Türkî Müslümanlara yönelik insan hakları ihlallerini uluslararası hukuk çerçevesinde ele alarak, mezkûr insan hakları ihlallerinin soykırım olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusuna bir cevap niteliği taşımaktadır. Uluslararası hukuk literatüründe bu mesele, genellikle ‘İnsanlığa karşı bir suç (*Crime against humanity*)’ olarak değerlendirildiğinden, çalışmada öncelikle ‘İnsanlığa karşı suçlar’ konusuna değinilmektedir. Ancak son zamanlarda bu konu, literatürde artan bir şekilde soykırım (*genocide*) bağlamında analiz edilmekte ve söz konusu devam etmekte olan insan hakları ihlalleri soykırım ya da kültürel soykırım (*cultural genocide*) olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla insanlığa karşı suçlar konusuna değinildikten sonra, çalışmaya konu olan soru ele alınarak ‘soykırım’ ve özellikle daha yoğun bir şekilde ‘kültürel soykırım’ konuları üzerinde durulmuştur. Literatürde bu konuya yönelik artan ilgi ve dikkat, böyle bir çalışmanın yapılmasına değer atfetmiştir. Çalışmada benimsenen metodolojik yaklaşım vaka çalışması olup; çalışma, içerik analizi yapılarak elde edilen veriler ışığında hazırlanmıştır.

## I. ÇİN’İN UYGUR VE DİĞER TÜRKİ MÜSLÜMANLARA YÖNELİK İNSAN HAKLARI İHLALLERİNE BAKIŞI

Çin’in Uygurlara yönelik insan hakları ihlallerine etki eden faktörler üç maddede sıralanabilir: Çin’in insan haklarına yaklaşımı, ekonomik kalkınma ve ulusal güvenlik endişesi. Çin’in insan haklarına bakışını analiz edebilmek adına, Deng Xiaoping’in fikirleri dikkate değerdir. Ona göre,

<sup>7</sup> Tursun, s.234.

<sup>8</sup> “I. Doğu Türkistan Cumhuriyeti, 20. yüzyılda Uygur ve diğer Türkî halklarının bağımsızlık ilan etme ve modern bir ulus devlet kurma konusundaki ilk başarılı girişimiydi. Dikkat çekmek gerekir ki, Doğu Türkistan Cumhuriyeti, Doğu Türkistan’da yaşayan Uygur ve diğer Türkî halklarının önderlik ettiği bir bağımsızlık hareketinin ürünüydü; hükümeti ve nüfusu ile Kazaklar, Özbekler, Kırgızlar ve diğer Türkî azınlıkları içeren bir Türkî karaktere sahipti.” (East Turkistan Government in Exile, “The First East Turkistan Republic”, <<https://east-turkistan.net/first-east-turkistan-republic-1933-1934/>> Erişim Tarihi 3 Aralık 2022.)

<sup>9</sup> Ancak buradaki maksadın, kuruluşunun daha ilk yıllarında ülkede bir iç destek kazanmak ve Han olmayan halkları yatıştırmak olduğu söylenebilir.

“Çin'in insan hakları anlayışı Batı'daki insan hakları anlayışından farklıdır. Dolayısıyla Çin'in insan hakları sicilini, Çin değerleriyle bağdaşmadığını düşündüğü Batılı değerlere göre yargılamanın adil olmadığını ifade eder. Ulusal egemenliği korumanın insan haklarından daha önemli olduğunu savunur.”<sup>10</sup> Devletin birincil görevinin ekonomisini geliştirmek olduğundan hareketle, ‘kalkınmanın mutlak bir ilke olduğu’ kanaatindedir. Bunun nedeni, ancak ekonomi geliştirilerek, kapsamlı bir insan hakları garantisi için gerekli maddi temelin atılabileceğidir.<sup>11</sup> Ekonominin iyi olmadığı, insanların geçim sıkıntısıyla mücadele ettiği bir ortamda insan haklarından bahsetmek tuhaf karşılanmaktadır. Xiaoping'e göre: “Ulusal egemenlik aslında insan haklarından çok daha önemlidir; ancak Yediler Grubu genellikle Üçüncü Dünya'nın yoksul, zayıf ülkelerinin egemenliğini ihlal eder. İnsan hakları, özgürlük ve demokrasiden söz etmeleri, yalnızca güçlü, zengin, hegemonya peşinde koşan ve güç siyaseti yürüten ülkelerin çıkarlarını korumaya yöneliktir.”<sup>12</sup> “Sincan örneğinde de, eyaletin istikrarı, insan haklarından ödün verecek ölçüde ekonomik kalkınmasını sağlamak için çok önemlidir.”<sup>13</sup> Sonuç olarak Deng Xiaoping'in yönetiminden bu yana Çin, her zaman ekonomik kalkınmanın insan hakları normlarının yerini aldığını savunmuştur. Ulusal güvenlik konusuna gelirse, Çin, Xiaoping döneminden itibaren azınlıklara belirli haklar vermiş olsa da, Sincan'daki herhangi bir ayrılıkçı girişimi hoş karşılamamakta ve ulusal çıkarların korunması adına kararlı adımlar atmaktadır. 2002 yılından beri ise, eylemlerine meşru bir çerçeve kazandırmak amacıyla, “Teröre karşı savaş” mottosunu kullandığı görülmektedir. Sonuç olarak, ÇKP rejiminin, insan haklarına bakışı Batı'dan oldukça farklıdır. Çin'in demografik yapısı düşünüldüğünde, ekonominin Çin için bir beka meselesi olduğunu söylemek mümkündür. Çin'in Türkî Müslümanlara yönelik muameleleri; ideoloji, ekonomi ve güvenlik hususunda duyulan tehditler çerçevesinde şekillenmektedir.

<sup>10</sup> Ann E. Kent, “Between Freedom and Subsistence: China and Human Rights”, Oxford University Press, 1994, s.75.

<sup>11</sup> Zhu Majie, “Deng Xiaoping's Human Rights Theory”, Cultural Impact on International Relations, 2002, s.79-89.

<sup>12</sup> Ann E. Kent, “Between Freedom and Subsistence: China and Human Rights”, Oxford University Press, 1994, s.75

<sup>13</sup> Kent, s.75.



## II. ÇİN'İN UYGUR VE DİĞER TÜRKİ MÜSLÜMANLARA YÖNELİK İNSAN HAKLARI İHLALLERİ

Günümüzde Çin'in Uygur ve diğer Türkî Müslümanlara yönelik pek çok insan hakları ihlalleri bulunmaktadır. ÇKP'nin daha ilk yıllarından itibaren devam etmekte olan söz konusu ihlaller, Çin'in “Şiddetli Terörizme Karşı Sert Saldırı Kampanyası” (*Strike Hard Campaign Against Violent Terrorism*) kapsamında 2014 yılından bu yana farklı bir boyut kazanmıştır. Bu ihlaller şu 8 maddede sıralanabilir:

### A. Toplu Keyfi Gözaltı Ve Tutuklama

Uygur ve diğer Türkî Müslümanların toplu olarak keyfi gözaltına alınmaları ve tutuklanmalarının en az 2016'dan beri devam ettiği belgelenmiştir.<sup>14</sup> O zamandan beri gözaltına alınanların sayısı bilinmemekle beraber sözde ‘siyasi eğitim’ kamplarında (*Vocational education and training centers*) bir milyondan fazla insanın alıkonulduğu tahmin edilmektedir.<sup>15</sup> “Birçok Türkî Müslüman, aile üyelerinin yarısından fazlasının siyasi eğitim kamplarında, yargılama öncesi gözaltı merkezlerinde veya hapishanelerde tutulduğunu bildirmiştir.”<sup>16</sup> Siyasi eğitim kamplarında tutulanların çoğu hiçbir zaman herhangi bir suçla itham edilmemekte ve yasal süreç haklarına saygı gösterilmemektedir. Çinli yetkililer, yerel yetkililere, tutukluların akrabalarına sevdiklerinin suçlu olmadığını, bunun yerine “sağlıksız düşüncelerle enfekte olduklarından” kendi iyilikleri için tutulduklarını kabul etmelerini

<sup>14</sup> Human Rights Watch, “China: Free Xinjiang ‘Political Education’ Detainees”, <<https://www.hrw.org/news/2017/09/10/china-free-xinjiang-political-education-detainees>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>15</sup> Adrian Zenz, “New Evidence for China’s Political Re-Education Campaign in Xinjiang”, China Brief, 2018, <<https://jamestown.org/program/evidence-for-chinas-political-re-education-campaign-in-xinjiang>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. ; Chinese Human Rights Defenders, “China: Massive Numbers of Uyghurs and Other Ethnic Minorities Forced into Re-education Programs”, 2018, <<https://www.nchrd.org/2018/08/china-massive-numbers-of-uyghurs-other-ethnic-minorities-forced-into-re-education-programs>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. ; Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), “Concluding observations on the combined fourteenth to seventeenth periodic reports of China (including Hong Kong, China and Macao, China)”, CERD/C/CHN/CO/14-17, 2018, <<https://www.ohchr.org/en/documents/concluding-observations/cerdcchnco14-17-concluding-observations-combined-fourteenth>> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

<sup>16</sup> Human Rights Watch, “Break Their Lineage, Break Their Roots”, Stanford Law School, 2021, <[https://www.hrw.org/report/2021/04/19/break-their-lineage-break-their-roots/chinas-crimes-against-humanity-targeting#\\_ftn53](https://www.hrw.org/report/2021/04/19/break-their-lineage-break-their-roots/chinas-crimes-against-humanity-targeting#_ftn53)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022, s.13.

söylemektedir.<sup>17</sup> Ancak 2020'de 'Uygur İnsan Hakları Projesi' tarafından sızdırılan 'Karakaş' belgesinde; 26 hassas ülkeden<sup>18</sup> herhangi birine seyahat, yurtiçinde herhangi bir seyahat veya temas, yetkililerin bilgisi dışında hacca gitme, pasaport başvurusunda bulunma, yurtdışındaki biriyle iletişim kurma, telefonda yanlışlıkla bir uluslararası web sitesine tıklama, oruç tutma, dua etme veya dini etkinliklere ve törenlere katılma, dini eğitim alma, 'yoğun dinsel atmosfere' sahip bir aileye sahip olma, başörtüsü takma, başörtülü bir eşe sahip olma, sakal bırakma gibi her türlü dini öğeyi çağrıştıran söylem ve davranış ile birlikte devletin doğum kontrol politikalarını ihlal etme gibi nedenlerle Uygurların gözetimine alındıkları ve tutuklandıkları ortaya çıkarılmıştır.<sup>19</sup>

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (OHCHR-BMİHYK), 31 Ağustos 2022'de, Sincan Uygur Özerk Bölgesi'ndeki olaylar hakkında doğrudan ve ilk elden bilgi sahibi olan 40 kişi (24 kadın ve 16 erkek; 23 Uygur, 16 etnik Kazak, 1 etnik Kırgız) ile yaptığı derinlemesine görüşmelere dayanan ve konuyla ilgili mevcut kaynakların da -kamuya açık resmi belgeler, uydu görüntüleri, mahkeme kararları, bu konudaki akademik çalışmalar ve diğer kurumlar tarafından sunulan materyaller vs.-değerlendirildiği bir rapor yayınlamıştır.<sup>20</sup> Buna göre; görüşülen kişilerden 26'sı 2016 yılından bu yana Sincan'daki çeşitli kamplarda alıkonulduklarını veya çalıştıklarını belirtmiştir.<sup>21</sup> Görüşülen kişilerden 2017-2019 yılları arasında alıkonulanların çoğunluğunun, söz konusu kamplara sevk edilmeden önce bir polis karakolunda tutuldukları, kendilerine kampa gitmek zorunda olduklarının söylendiği ve kendilerine alternatif bir seçenek sunulmadığı,

<sup>17</sup> Austin Ramzy, Chris Buckley, "Absolutely No Mercy": Leaked Files Expose How China Organized Mass Detentions of Muslims," New York Times, 2019, <<https://www.nytimes.com/interactive/2019/11/16/world/asia/china-xinjiang-documents.html>> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

<sup>18</sup> Afganistan, Cezayir, Azerbaycan, Mısır, Endonezya, İran, Irak, Kazakistan, Kenya, Kırgızistan, Libya, Malezya, Nijerya, Pakistan, Rusya, Suudi Arabistan, Somali, Güney Sudan, Suriye, Tacikistan, Tayland, Türkiye, Türkmenistan, Birleşik Arap Emirlikleri, Özbekistan, Yemen. Business Insider, 2018, <<https://www.businessinsider.com/china-gives-these-excuses-to-imprison-uyghur-ethnic-minority-2018-9>> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

<sup>19</sup> Uyghur Human Rights Project, "Ideological Transformation", 2020, <[https://docs.uhrp.org/pdf/UHRP\\_QaraqashDocument.pdf](https://docs.uhrp.org/pdf/UHRP_QaraqashDocument.pdf)> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023, s.10-17.

<sup>20</sup> United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "Assessment of human rights concerns in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region, People's Republic of China", 2022, Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

<sup>21</sup> United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, 2022, s.2.

kampa gönderilmeden önce veya orada buldukları süre boyunca herhangi bir noktada bir avukata erişemedikleri, bazılarının kampa yerleştirilmeden önce polis karakollarında uzun sorgulamalara tabi tutuldukları ifade edilmektedir.<sup>22</sup> Sonuç olarak, raporda; daha önce uluslararası gazeteciler, araştırmacılar, sivil toplum kuruluşları, düşünce kuruluşları ve medya kuruluşları tarafından ortaya konan bulgular teyit edilmiştir. Uygur ve diğer Türkî Müslümanlar, bölge genelindeki kamplarda kitlesel olarak alıkonulmakta ve hapsedilmekte<sup>23</sup>; bu eylemlerin gerekçesi olarak da sözde ‘terörizm, dini aşırılık ve bölücülük’ ifadeleri ileri sürülmektedir.

Mevcut argümanlar değerlendirilecek olursa; Çin’in mevzu bahis keyfi gözaltı ve tutuklama eylemleri, hem İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’nin (1948) 9.Maddesi’ni<sup>24</sup> hem de Kişisel ve Siyasî Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin (1966) 9 ve 10. Maddelerini<sup>25</sup> ihlal etmektedir. Ayrıca Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü’ne (1998) göre insanlığa karşı bir suç teşkil edebilir.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, 2022, s.13.

<sup>23</sup> Bkz. Tahir Hamut Izgil, “If I left, I’d have to go without a word’: how I escaped China’s mass arrests”, The Guardian, 2023, <<https://www.theguardian.com/world/2023/aug/01/my-escape-from-chinas-mass-arrests-uyghurs-xinjiang-reeducation-camps>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2023. ; Willem Marx, Olivia Sumrie, “Uighurs accuse China of mass detention, torture in landmark complaint”, NBC News, 2020, <<https://www.nbcnews.com/news/world/uyghurs-accuse-china-mass-detention-torture-landmark-complaint-n1239493>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. ; Reuters, “Tracking China’s Muslim Gulag”, 2018, <<https://www.reuters.com/investigates/special-report/muslims-camps-china/>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. ; Chinese Human Rights Defenders, “China: Massive Numbers of Uyghurs & Other Ethnic Minorities Forced into Re-education Programs”, 2018, <<https://www.nchr.org/2018/08/china-massive-numbers-of-uyghurs-other-ethnic-minorities-forced-into-re-education-programs/>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. ; Austin Ramzy, Chris Buckley, “Absolutely No Mercy’: Leaked Files Expose How China Organized Mass Detentions of Muslims”, The New York Times, 2019, <<https://www.nytimes.com/interactive/2019/11/16/world/asia/china-xinjiang-documents.html>> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

<sup>24</sup> “Hiç kimse keyfi olarak tutuklanamaz, alıkonulamaz veya sürülemez.” <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>25</sup> “Herkes, kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse keyfi olarak gözaltına alınmaz veya tutulamaz. Hiç kimse hukukun öngördüğü sebepler ve usuller dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Gözaltına alınan bir kimse, gözaltına alınma sebepleri hakkında gözaltına alındığı sırada ve kendisine isnat edilen suçlar konusunda derhal bilgilendirilir...”

<[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm\\_05.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>26</sup> 7.madde, “(e) Uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal ederek, hapsedme veya fiziksel

## B. İşkence

Sincan'da 2018 yılından bu yana, gözaltında veya serbest bırakıldıktan kısa bir süre sonra, çok sayıda ölüm vakası rapor edilmiştir.<sup>27</sup> 'Sincan Mağdurları Veri Tabanı' (*The Xinjiang Victims Database*), Sincan'ın çeşitli yerlerinde, çoğu gözaltındayken ve bazıları da maruz kaldıkları yaralanmalardan kaynaklanan komplikasyonlar nedeniyle serbest bırakıldıktan sonra olmak üzere 177 tutuklunun öldüğünü belirtmiştir.<sup>28</sup> Özgür Asya Radyosu da (*Radio Free Asia*) 2018 yılında Aksu vilayetindeki sadece bir kampta 150 olmak üzere diğer kamplarda da 4 kişinin öldüğünü bildirmiştir.<sup>29</sup> İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün (*Human Rights Watch*) 2018 tarihli bir raporunda; Sincan'da polis gözaltı tesisi personelinin tutukluları dövdüğü, onları tavanlara ve duvarlara astığı, zorla uykusuz bıraktığı ve uzun süre zincire vurduğu belgelenmiştir.<sup>30</sup> Bu sözde siyasi eğitim kamplarında ve polis gözaltı merkezlerinde alıkonulmuş olan eski tutuklular, 'fiziksel ve psikolojik cezalar uygulandığını, ağır gözaltı koşullarına karşı özellikle savunmasız olan kişilere kötü muamele yapıldığını, tıbbi bakım sağlanmadığını, intihar girişimlerinde bulunulduğunu ve bazılarının polis sorgulamaları sırasında "kaplan sandalyeler"<sup>31</sup> olarak bilinen metal

---

özgürlükten başka biçimlerde mahrum etme", <[http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459\\_1.pdf](http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf), <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>27</sup> Human Rights Watch, "Break Their Lineage, Break Their Roots", Stanford Law School, 2021, s.19-21. / Xinjiang Victims Database, <<https://shahit.biz/eng/#home>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>28</sup> "177 kişiden 124'ü gözaltında ölmüştür; bu sayının 101'i Uygur, 20'si Kazak ve 1'er tanesi Han, Tatar ve Uygur-Kazak'tır. Rakamlar veri tabanının filtre işlevi kullanılarak oluşturulmuştur." (Human Rights Watch, 2021, s.19. / Xinjiang Victims Database, <<https://shahit.biz/eng/#filter>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. )

<sup>29</sup> "At Least 150 Detainees Have Died in One Xinjiang Internment Camp: Police Officer," Radio Free Asia, 2019, <<https://www.rfa.org/english/news/uyghur/deaths-10292019181322.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.; "Uyghur Father of Two Dies After Falling Ill in Xinjiang Re-Education Camp," Radio Free Asia, 2018, <<https://www.rfa.org/english/news/uyghur/father-04122018153525.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. ; "Uyghur Man Buried Amid Strict Security After Latest Xinjiang Reeducation Camp Death," Radio Free Asia, 2018, <<https://www.rfa.org/english/news/uyghur/gulja-burial-06082018164250.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. ; "Uyghur Teenager Dies in Custody at Political Re-Education Camp," Radio Free Asia, 2018, <<https://www.rfa.org/english/news/uyghur/teenager-03142018154926.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. ; "Elderly Uyghur Woman Dies in Detention in Xinjiang 'Political Re-Education Camp,'" Radio Free Asia, 2018, <<https://www.rfa.org/english/news/uyghur/woman-05242018164854.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>30</sup> Human Rights Watch, 2021, s.19-21.

<sup>31</sup> Bkz. Human Rights Watch, "Tiger Chairs and Cell Bosses", <<https://www.hrw.org/>

sandalyelere bağlandığını söylemişlerdir.<sup>32</sup> Örneğin; eski Uygur tutuklulardan ‘Mihrigül Tursun’ üç ay süren gözaltı süresince dokuz kişinin ölümüne tanık olduğunu, Türk dillerinde herhangi bir ifadenin cezalandırıldığını, çırılçıplak soyulduğunu, zorla tıbbi muayeneden geçirildiğini, sorgulanırken elektroşok uygulanıp dövüldüğünü, el ve ayak bileklerinden zincirlenmiş onlarca kadının tuvalet ihtiyaçlarının beklendiği aynı 420 metrekarelik yer altı hücrelerine konulduğunu ve hücrenin havalandırma için tavanda sadece küçük bir deliğe sahip olduğunu ve aynı zamanda tutukluların ÇKP ve Şi Cinping’i selamlayan şarkılar söylemeye zorlandığını dile getirerek söz konusu işkencelerin boyutunu ortaya koymuştur.<sup>33</sup> Sonuç olarak, hem OHCHR hem İnsan Hakları İzleme Örgütü ve diğer kuruluşlar, sözde siyasi eğitim kamplarında ve/veya polis gözaltı tesislerinde yetkililer tarafından gözaltında tutulanlara işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleler yapıldığını doğrulamıştır.<sup>34</sup>

Çin’in söz konusu işkence eylemleri, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 5. Maddesi’ne<sup>35</sup> aykırı ve yasa dışıdır. Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 7. Maddesi’ni<sup>36</sup> ve İşkenceye Ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı Veya Onur Kırıcı Muamele Veya Cezaya Karşı Sözleşme’nin (1984) 2. Maddesi’ni<sup>37</sup> ihlal etmektedir. Bununla birlikte, Uluslararası Ceza

report/2015/05/13/tiger-chairs-and-cell-bosses/police-torture-criminal-suspects-china> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>32</sup> Human Rights Watch, “Eradicating Ideological Viruses”, 2018, s. 41-42. <<https://www.hrw.org/report/2018/09/10/eradicating-ideological-viruses/chinas-campaign-repression-against-xinjiangs>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>33</sup> Human Rights Watch, 2021, s.19-21. / Harry Cockburn, “Muslim woman describes torture and beatings in China detention camp: ‘I begged them to kill me’,” The Independent, 2018, <<https://www.independent.co.uk/news/world/asia/uighur-muslim-china-mihri-gul-tursun-torture-reeducation-camps-a8656396.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>34</sup> Bkz. OHCHR, “Assessment of human rights concerns in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region, People’s Republic of China”, 2022, Erişim Tarihi 2 Ekim 2023, s.21-25.

<sup>35</sup> “Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz.” <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>36</sup> “Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.” <[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm\\_05.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>37</sup> “Her bir taraf devlet kendi egemenliği altındaki ülkelerde işkence fiillerinin işlenmesini önlemek için etkili yasal, idari, yargısal veya diğer tedbirleri alır. Her ne olursa olsun, savaş durumu, savaş tehdidi, iç siyasi huzursuzluk veya diğer olağanüstü hal gibi her hangi bir

Mahkemesi Roma Statüsü'nün 7.Maddesi'ne<sup>38</sup> göre, insanlığa karşı bir suç teşkil edebilir.

### C. Zoraki Kayıp

Pek çok vakada akrabalar, alıkonulan aile üyelerinin nerede ve ne durumda olduğu hakkında hiçbir haber alamamaktadırlar. Ancak bazı vakalarda yakınlar “aile üyeleri resmi bir cezaevine nakledildiklerinde, eğer nakledilirlerse,”<sup>39</sup> bilgi sahibi olabilmektedirler. Zoraki kayıp vakaları OHCHR'nin 2022 tarihli raporunda da doğrulanmıştır. Bu rapora göre; bazı vakalarda, kişiler, aile üyelerinin nerede oldukları, merkezlere sevk edilme nedenleri veya ne kadar süreyle tutulacakları konusunda bilgilendirilmemektedir.<sup>40</sup> “İlk elden anlatılanlar, ailelerin bilgilendirilmesinin bir politika meselesi olarak değil, daha ziyade aile üyelerinin nerede olduklarına dair ısrarlı bilgi alma girişimlerinin ardından geçici olarak yapıldığını göstermektedir.”<sup>41</sup> Görüşülen kişilerden bazıları aile üyelerinin bir kampa veya başka bir gözaltı merkezine götürüldüğünü biliyor veya bundan şüpheleniyor gibi görünse de, çoğu durumdan emin değildi ve yetkililerle nerede olduklarını tam olarak öğrenme girişimlerine rağmen akıbetleri bilinmiyordu. Aynı şekilde, eski tutuklular da kamplarda kaldıkları süre boyunca aileleriyle hiç temas kurmadıklarını ve ailelerinin nerede olduklarını bilmediklerini söylediler. Yaklaşımındaki farklılıklar açık olmamakla birlikte, bazı tutukluların gözetim ve denetim altında ara sıra aile ziyaretleri veya telefon görüşmeleri yapmalarına izin verilmiştir.<sup>42</sup>

Zoraki kayıp vakalarıyla ilgili bilgi eksikliği, bireylerin Çinli

---

İstisnai durum, işkenceyi haklı göstermek için ileri sürülemez. Bir amirin veya bir kamu makamının verdiği bir emir, işkenceyi haklı göstermek için ileri sürülemez.” <[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093751bm\\_10.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093751bm_10.pdf)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>38</sup> “İşkence, yasal yaptırımlardan kaynaklanan, kaza eseri ya da yaptırımın doğasından kaynaklanan acı ve ıstırap hariç olmak üzere, gözaltında bulunan veya sanığın gözetiminde bulunan bir kişinin, fiziksel ya da ussal olarak şiddetli acı veya ıstırap çekmesini bilerek sağlama anlamına gelir.”

<[http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459\\_1.pdf](http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf),<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>39</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 21-22.

<sup>40</sup> OHCHR, “Assessment of human rights concerns in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region, People's Republic of China”, 2022, s.40-41. Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

<sup>41</sup> OHCHR, 2022, s. 40,41.

<sup>42</sup> OHCHR, 2022, s. 41,42.

yetkililerden devlet tarafından gözaltına alınanların hala hayatta ve iyi olduklarına dair kanıt talep ettiği '#MeTooUyghur' (#MenmuUyghur) sosyal medya kampanyasının ortaya çıkmasına yol açmıştır.<sup>43</sup> Sincan Uyгур Özerk Bölgesi'nde sevdiklerinin nerede olduğunu öğrenmek isteyen sürgündeki aile üyelerinin kullandığı bir platform olan Sincan Mağdurları Veri Tabanında yüzlerce "kayıp kişi" olduğu ileri sürülen kayıtlar bulunmaktadır. 9 Nisan 2021 tarihinde Pekin'de düzenlenen bir basın toplantısında yetkililer, Sincan Mağdurları Veri Tabanında yer alan 12.050 kişiden 10.708'inin varlığını teyit ettiklerini kabul etmiştir. 1.342 hesabın 'sahte' bireylere ait olduğu; 10.708 kişiden 6.962'sinin 'normal bir hayat sürdüğü', 3.244'ünün terör eylemleri ve diğer cezai suçlardan hüküm giydiği ve ceza aldığı, 238'inin 'hastalık ve diğer nedenlerden' öldüğü ve 264'ünün yurtdışında yaşadığı bildirilmiştir. Ancak yetkililer bu kişilerin isimlerini ya da hapis cezasına çarptırılanların hangi mahkeme kararıyla mahkûm edildiklerini açıklamamışlardır.<sup>44</sup>

OHCHR tarafından, yakınlarının yerlerini bulma umuduyla 'Sincan Mağdurları Veri Tabanı' ve diğer sitelerde paylaşımda bulunan aile üyeleriyle yapılan onlarca röportaj, açıklama istemek için Sincan Uyгур Özerk Bölgesi'ndeki yerel yetkililerle iletişime geçmeye çalışan aile üyelerinin kaydettiği ses kayıtları vs. pek çok kaynak incelenerek bu konudaki bulgular ortaya konmuştur. Bu bulgular neticesinde Uyгур ve diğer Türkî Müslümanlara yönelik zoraki kayıp suçları teyit edilmiştir.

Söz konusu zoraki kayıpeylemleri, "Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin (2010) 1.Maddesi'ni<sup>45</sup> ihlal etmektedir. Bununla birlikte, Uluslararası Ceza Mahkemesi Tüzüğü'nün 7.Maddesi'ne<sup>46</sup> göre insanlığa karşı bir suç teşkil edebilir.

<sup>43</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 21-22.

<sup>44</sup> OHCHR, 2022, s. 41.

<sup>45</sup> "Hiç kimse zorla kaybedilmeye maruz bırakılamaz. Fiili savaş durumu, savaş tehdidi, ülke içinde siyasal istikrarsızlık veya başka herhangi bir kamusal acil durum dâhil olmak üzere, hangi istisnai koşullar söz konusu olursa olsun, bunlar zorla kaybedilme olayları için gerekçe olarak ileri sürülemez." <<https://tihv.org.tr/wp-content/uploads/2020/04/bm-butun-kisilerin-zorla-kaybedilmeden-korunmasına-dair-uluslararasi-sozlesme.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>46</sup> "i)Zoraki kayıplar, bir devlet veya siyasi bir örgüt tarafından ya da onların yetkisi, desteği ve bilgisi dâhilinde, kişilerin gözaltına alınması, tutuklanması veya kaçırılmasını takiben, bu kişilerin uzunca bir süre, kanun korumasından uzak tutulması amacıyla, nerede oldukları ve akıbetleri hakkında bilgi vermeyi reddetme ve bu kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları bilgisini inkâr anlamına gelir."

<[http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459\\_1.pdf](http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf),<https://www.icc-cpi.int/>

#### D. Kitlesele Gözetim

Çin her ne kadar ülke genelinde kitlesele bir gözetim uygulasa da, Sincan'daki Türkî Müslümanlara yönelik daha saldırgan bir politika izlemektedir.<sup>47</sup> Hükümet, insanları birbirleri hakkında bilgi vermeye teşvik etmekte ve Türkî Müslümanları izlemek için hükümet yetkililerini görevlendirmektedir.<sup>48</sup> Örneğin, “on hane, bir birim” politikası kapsamında, on haneden oluşan gruplar birbirlerini izlemekten sorumlu tutulmakta ve herhangi bir hane tarafından yapılan ihlaller için toplu cezalandırmayla karşı karşıya kalınmaktadır. Yüz binlerce hükümet kadrosu ağırlıklı olarak kırsal bölgede konuşlanarak düzenli olarak insanları ziyaret etmekte ve düzenli olarak Sincan sakinlerinin evlerinde kalmaktadırlar.<sup>49</sup> Sincan'da yüz binlerce hükümet kadrosunun köylere yerleştirildiği, insanları düzenli olarak ziyaret edip gözetlediği ve siyasi propagandaya maruz bıraktığı ‘fanghuiju’ ekiplerinin konuşlandırılması, ‘Sert Saldırı Kampanyasının’ en önemli özelliklerinden biri olarak kabul edilmektedir.<sup>50</sup>

Kitlesele gözetim, yüksek teknolojik araçlarla desteklenerek Türkî Müslümanların biyometrik verileri kapsamlı olarak ve zorla toplanmaktadır. 12-65 yaş arasındaki tüm Sincan sakinlerinden DNA örnekleri, parmak izleri, iris taramaları ve kan türleri kayıt altına alınmaktadır.<sup>51</sup> Bu gözetim biçimlerine ek olarak, eski tutuklular ve yakınları, düşüncelerinin “istikrarlı” olup olmadığı; “hatalarını fark edip edemedikleri” ve “samimi bir pişmanlık tutumuna” sahip olup olmadıkları gibi ölçütlere göre ruh hallerini ve davranışlarını düzenli olarak değerlendiren ve kaydeden yerel yetkililer tarafından sık sık izlenmektedir. Bazıları yerel kadrolardan günlük ziyaretler almakta ve her sabah imza atmak ve akşamları yoklamaya katılmak zorunda kalmaktadır.<sup>52</sup> Bununla birlikte, OHCHR'nin 2022 tarihli raporunda da Uygur ve diğer Türkî

---

sites/default/files/RS-Eng.pdf> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>47</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 22.

<sup>48</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 22-25. / “Timeline of Chen Quanguo’s Uyghur Region Policy”, Radio Free Asia, <<https://www.rfa.org/english/news/special/uyghur-oppression/>> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

<sup>49</sup> Human Rights Watch, 2021, s.22-25.

<sup>50</sup> Human Rights Watch, 2021, s.23.

<sup>51</sup> Human Rights Watch, 2021, s.22-25.

<sup>52</sup> Uyghur Human Rights Project, “Ideological Transformation,” s.13. <[https://docs.uhrp.org/pdf/UHRP\\_QaraqashDocument.pdf](https://docs.uhrp.org/pdf/UHRP_QaraqashDocument.pdf)> ; Bkz. “Mass Surveillance in China”, Human Rights Watch, <<https://www.hrw.org/tag/mass-surveillance-china>> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.



Müslümanlara yönelik kitlesel gözetim faaliyetleri teyit edilmektedir.<sup>53</sup>

Çin'in söz konusu kitlesel gözetim faaliyetleri, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 12.Maddesi'ni<sup>54</sup> ve Kişisel ve Siyasî Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 17.Maddesi'ni<sup>55</sup> ihlal etmektedir.

### E. Kültürü Yok Etme

Çin'in yeniden eğitim kampları siyasetinin asıl amacı, Türkî Müslümanların din dâhil olmak üzere kültürüne dair her şeyi yok etmektir.<sup>56</sup> Birden fazla hükümet platformu, kampların amacının “beyinleri yıkamak” ve “kalpleri temizlemek” olduğunu belirtmektedir.<sup>57</sup> Tutuklular Çince öğrenmeye zorlanmakta ve başka bir dil konuşmaları yasaklanmaktadır.<sup>58</sup> Her türlü dini uygulama yasaklanmakta ve tutuklular olağan dini eylemleri yerine getirdikleri için cezalandırılmaktadır. Kampların dışında, Uygur ve diğer Türkî Müslümanlar, Han Çin kültürüne zorla asimile edilmeye ve kültürlerinin içi boşaltılmaya çalışılmaktadır.<sup>59</sup> Sincan'daki Türkî Müslümanların düzenli olarak Çin bayrağı çekme törenlerine, siyasi beyin yıkama toplantılarına ve bazen de Çince dil kurslarına katılmaları gerekmekte; devlet televizyon programlarını izlemeyi veya devlet radyo programlarını dinlemeyi reddedenlere cezalar

<sup>53</sup> OHCHR, “Assessment of human rights concerns in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region, People’s Republic of China”, 2022, s. 30-32.

<sup>54</sup> “Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır.” <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>55</sup> “Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.” <[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm\\_05.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>56</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 25.

<sup>57</sup> Adrian Zenz, “Wash Brains, Cleanse Hearts: Evidence from Chinese Government Documents about the Nature and Extent of Xinjiang’s Extrajudicial Internment Campaign”, *Journal of Political Risk*, 7(11), 2019, <<https://www.jpolrisk.com/wash-brains-cleanse-hearts/>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>58</sup> Human Rights Watch, 2021, s.25-31. / Peter Stubbley, “Uighur Muslims forbidden to pray or grow beards in China’s ‘re-education’ camps, former detainee reveals”, *The Independent*, 2019, <<https://www.independent.co.uk/news/world/asia/china-ughur-muslim-education-camps-forbidden-beards-pray-pork-xinjiang-a8835861.html>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2022.

<sup>59</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 27.

verilmektedir. Uygurca ve Kazakça dil öğretim materyallerinin kullanımı yasaklanmaktadır. Ayrıca Müslümanların defin geleneklerine aykırı olarak Sincan sakinlerinin ölü yakma işlemlerini gerçekleştirmek için krematoryum veya gömme yönetim merkezleri kurulmaktadır. Camilere zarar verilmekte ve yıkılmaktadır. Uydu görüntüleri ışığında, Sincan'daki yaklaşık 16.000 caminin, çoğunlukla hükümetin 2017'den bu yana devam eden politikalarının bir sonucu olarak, yıkıldığı veya hasar gördüğünün tahmin edildiği ileri sürülmektedir.<sup>60</sup> Geriye kalan camilerin birçoğunda ise, tepelerindeki hilallerin kaldırılması ya da duvarlarına 'aşırılıklardan arındırma' veya 'etnik birlik' ile ilgili devlet politikalarının çerçevesinde kopyalarının asılması gibi başka şekillerde uygulamalarda bulunulmuştur.<sup>61</sup> Bununla birlikte, Türkî Müslümanlar ile Han Çinlileri arasındaki evlilikler giderek daha fazla teşvik edilmekte ve karma ailelerin çocukları için ayrıcalıklar tanınmaktadır.<sup>62</sup>

OHCHR'nin 2022 tarihli raporu da bu konuda mevcut ileri sürülen verileri doğrulamaktadır. Buna göre; dini faaliyetler 'devlet kurumlarında, milli eğitim okullarında, kamu kurumlarında ve diğer yerlerde' kesinlikle yasaktır. Çocukların dini faaliyetlere katılmalarına izin verilmemektedir. Ancak hükümet, "Çin toplumuna daha iyi adapte olan ve Çin'in ekonomik ve sosyal kalkınmasında olumlu bir rol oynayabilecek bir "Çin özellikleri taşıyan İslam" biçimini savunduğunu belirtmiştir." Raporda, "*Strike Hard*" kampanyasının bölgedeki dini ve kültürel faaliyetlere yönelik yasal düzenlemelerin genişletilmesine yol açtığı; dini aşırıcılığın kapsamının geniş bir şekilde tanımlandığı; "başörtüsü takma, 'anormal' sakal bırakma, Ramazan ayında restoranları kapatma, 'geçerli bir sebep olmaksızın' ilçeler arası dini faaliyetlere katılma, kutsal kitap öğretme ve vaaz vermek için sosyal medyayı ve interneti kullanma ve bir kişinin çocuğuna Müslüman ismi vermesi" gibi genel dini pratiklerin bile 'dini aşırıcılık' olarak kabul edildiği vurgulanmıştır. Bununla birlikte, uydu görüntülerinin analizinin, birçok dini mekânın kaldırıldığını veya minarelerin kaldırılması gibi karakteristik tanımlayıcı özelliklerinin değiştirildiğini gösterdiği belirtilerek, daha önce birçok araştırmacı tarafından ortaya konan bulgular teyit edilmiştir. Hükümetin ise dini mekânların yok edildiği veya tahrip edildiği iddialarını sürekli olarak reddettiğine; bunun yerine camilerin bakımsız olduğunun ve güvenlik

<sup>60</sup> Nathan Ruser, vd., "Cultural Erasure", Australian Strategic Policy Institute, 2020, <<https://www.aspi.org.au/report/cultural-erasure>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>61</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 29,30.

<sup>62</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 25-31.

nedeniyle yeniden inşa edildiğinin ileri sürüldüğüne dikkat çekilmiştir.

Söz konusu eylemler, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 18 ve 19. maddelerini<sup>63</sup>, Kişisel ve Siyasî Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 18,19 ve 27. maddelerini<sup>64</sup> ve Ulusal ya da Etnik, Dinsel ve Dinsel Azınlıklara Mensup Kişilerin Hakları Bildirgesi'nin (1992) 1,2,3,4. Maddelerini<sup>65</sup> ihlal etmektedir. Bununla birlikte, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün 7.Maddesi'ne<sup>66</sup> göre, insanlığa karşı bir suç teşkil edebilir.

## F. Zorla Çalıştırma

Çin'in "atıl işgücü transfer programları (Idle labor transfer programs)" kapsamında Uygur ve diğer Türkî Müslümanları zorunlu çalışmaya tabi tuttuklarına dair çok sayıda güvenilir rapor bulunmaktadır.<sup>67</sup> Bu işgücü transfer programları "Strike Hard" kampanyasından önce, 2006 yılında başlamış ve 2014 yılındaki *Kunming* tren istasyonu saldırısının<sup>68</sup> ardından ise düşüşe geçmiştir. Ancak programlar, Çin hükümetinin ülke çapındaki

<sup>63</sup> "Her şahsın, fikir, vicdan ve din hürriyetine hakkı vardır; bu hak, din veya kanaat değiştirmek hürriyeti, dinini veya kanaatini tek başına veya topluca, açık olarak veya özel surette, öğretim, tatbikat, ibadet ve ayinlerle izhar etmek hürriyetini içerir.", "Her ferдин fikir ve fikirlerini açıklamak hürriyetine hakkı vardır. Bu hak fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, memleket sınırları mevzubahis olmaksızın malumat ve fikirleri her vasıta ile aramak, elde etmek veya yaymak hakkını içerir." <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>64</sup> "Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir...", "Herkesin, bir müdahale ile karşılaşmaksızın fikirlere sahip olma hakkı vardır...", "Etnik, dinsel veya dilsel azınlıkların bulunduğu bir devlette, böyle bir azınlığa mensup bulunan kişiler grubun diğer üyeleri ile birlikte toplu olarak kendi kültürel haklarını kullanma, kendi dinlerinin gereği ibadeti etme ve uygulama veya kendi dillerini kullanma hakları engellenmez." <[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm\\_05.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>65</sup> "Devletler, kendi ülkeleri üzerindeki azınlıkların varlığını ve ulusal veya etnik, dinsel veya dilsel kimliklerini korur ve bu kimlikleri geliştirmeleri için gerekli şartların oluşmasını teşvik eder..." <<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019102843azinlik.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>66</sup> "(g)Zulüm, bir grubun veya topluluğun, kimliğinden dolayı, uluslararası hukuka aykırı olarak, temel haklardan ağır bir şekilde mahrum bırakılması anlamına gelir." <[http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459\\_1.pdf](http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf),<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>67</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 34.

<sup>68</sup> "Çin hükümeti saldırıdan Sincan'ın batı bölgesinden gelen aşırı İslamcılarını sorumlu tuttu." (Bkz. BBC News, "Four sentenced in China over Kunming station attack", 2014, <<https://www.bbc.com/news/world-asia-china-29170238>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.)

“yoksulluğu azaltma” çabalarının bir parçası olarak 2017 ve 2018 yıllarında yeniden canlandırılmıştır.<sup>69</sup> Bu program kapsamında etnik azınlıklar, Sincan’da ve Çin’in başka yerlerindeki fabrikalar da dâhil olmak üzere çeşitli işlere yerleştirilmektedir.<sup>70</sup> Kanıtlar, tutukluların Sincan’daki siyasi eğitim kamplarından serbest bırakıldıktan sonra zorla çalıştırılmak üzere gönderildiklerine işaret etmektedir. Uydu görüntüleri de yakın zamanda kamplara bağlı ya da yakınlarında, tutukluların düşük maliyetli ya da ücretsiz işgücü sağladığı iddia edilen yeni fabrikaların ortaya çıktığını göstermektedir.<sup>71</sup> “Yayınlanan resmi planlar, programın etnik azınlıkları nasıl disiplinli, vatansever, Çince konuşan endüstriyel bir işgücüne dönüştüreceğini ayrıntılarıyla anlatmaktadır.”<sup>72</sup> 2018 yılı itibarıyla Çin hükümeti, pamuk ve tekstil endüstrisinde yoksul aile üyeleri, mahkûmların ve tutukluların mücadele eden akrabaları ve siyasi eğitim kampı tutukluları dâhil olmak üzere 450.000 yeni Türkî Müslüman işçinin istihdam edildiğini belgelemiştir.<sup>73</sup>

Birkaç örnek vermek gerekirse; 2017 tarihli bir devlet televizyonu haberinde, yetkililerin genç bir kadına, evinden uzakta olmak istememesine rağmen bu tür programlara katılması için nasıl baskı yaptığı gösterilmiştir.<sup>74</sup> Nankai Üniversitesi’nin bu programlarla ilgili sızdırılan bir araştırmasında da, “bazı [ihraç edilen] işçilerin ayrılmak istemedikleri ve ciddi şekilde evlerini özledikleri” anlatılmaktadır.<sup>75</sup> Shanxi eyaleti gibi Çin’in diğer bölgelerinde de organize işgücü transfer programları mevcuttur; ancak bu işçiler Sincan’dan gelenlerle aynı zorlayıcı koşullara maruz kalmıyor gibi görünmektedir.<sup>76</sup>

OHCHR’nin raporuna göre ise; “istihdam programları, Sincan da dâhil

<sup>69</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 34.

<sup>70</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 34-35.

<sup>71</sup> Chris Buckley / Austin Ramzy, “China’s Detention Camps for Muslims Turn to Forced Labor”, New York Times, 2018, <<https://www.nytimes.com/2018/12/16/world/asia/xinjiang-china-forced-labor-camps-uighurs.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>72</sup> Bernhard Zand / Adrian Zenz, “The Equivalent of Cultural Genocide”, Spiegel Online, 2019, <<https://www.spiegel.de/international/world/chinese-oppression-of-the-uighurs-like-cultural-genocide-a-1298171.html>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2022.

<sup>73</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 34-35.

<sup>74</sup> John Sudworth, “If the others go I’ll go’: Inside China’s scheme to transfer Uighurs into work”, BBC News, 2021, <<https://www.bbc.com/news/world-asia-china-56250915>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2022.

<sup>75</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 35.

<sup>76</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 35.

olmak üzere, Çin'in yoksulluğu azaltma programlarının önemli bir bileşeni olmuştur.<sup>77</sup> Hükümetin 2020 tarihli “Sincan’da İstihdam ve İşçi Hakları” başlıklı *white paper* belgelerine göre, 2014’ten 2019’a kadar Sincan’da istihdam edilen toplam kişi sayısı 11,35 milyondan 13,3 milyona yükselerek yüzde 17,2’lik bir artış göstermiştir. Ancak bu programların odak noktası, geleneksel kalkınma göstergelerinin gerisinde kalmış olan güney Sincan olmuştur.<sup>78</sup> Raporda, “hükümetin yoksullukla mücadele programlarını ‘dini aşırıcılığın’ önlenmesi ve bununla mücadele edilmesiyle yakından ilişkilendirdiği”; “teröristlerin, ayrılıkçıların ve aşırılıkçıların, halkı, Çince dilini konuşma ve yazmayı öğrenme noktasında bir direniş göstermeye, modern bilimi reddetmeye ve mesleki becerilerini, ekonomik koşullarını ve kendi yaşamlarını iyileştirme becerilerini geliştirmeyi reddetmeye teşvik ettiklerini” ve bunun sonucunda insanların uzun vadeli yoksulluğa düştüğünü belirterek, Sincan’daki ‘dini aşırılıkçılık’ ile yoksulluk arasında bir bağın algılanmasına işaret ettiği belirtilmiştir.<sup>79</sup> Bununla birlikte, “siyasi eğitim kamplarına yerleştirilmeler bağlamında zorla çalıştırma iddialarıyla ilgili olarak, öncelikle hükümetin *white paper* dokümanlarının ve diğer kamuoyu açıklamalarının söz konusu kamplar ile istihdam programları arasında açık bir bağlantı olduğunu gösterdiği” belirtilmektedir. Örneğin, “Sincan’da Mesleki Eğitim ve Öğretim” konulu 2019 tarihli *white paper* dokümanlarında “eğitim ve öğretim merkezlerinde eğitimlerini tamamlayan kursiyerlerin birçoğunun fabrikalarda veya işletmelerde iş bulmaya devam ettiği” belirtilmektedir. Raporda, ayrıca, hükümetin bu tür istihdam programlarının gönüllü iş sözleşmelerine dayandığını belirttiği ancak bu programların kamplarla ve aşırıcılıkla mücadele misyonu ile yakın bağlantısının şüphe uyandırdığı; dolayısıyla bu tür programların ne ölçüde gönüllü kabul edilebileceği sorgulanmıştır.<sup>80</sup> Sonuçta bu kamplarda sözde ‘eğitim’ yoluyla zorla alıkonulan insanlar söz konusudur. “Sistemdeki bireyler sürekli bir ‘ceza tehdidi’ altındadır. Örneğin, kamplardaki tutuklular OHCHR’ye ‘mezuniyet sürecinin’ bir parçası olarak kamp tesislerinde çalışmak zorunda olduklarını ve tesislerde daha uzun süre tutulma korkusuyla bunu reddetme imkânlarının bulunmadığını söylemişlerdir.”<sup>81</sup> Sonuç olarak; raporda, “sözde eğitim sistemiyle bağlantılı

<sup>77</sup> OHCHR, 2022, s. 36.

<sup>78</sup> OHCHR, 2022, s. 36,37.

<sup>79</sup> OHCHR, 2022, s. 37.

<sup>80</sup> OHCHR, 2022, s. 37.

<sup>81</sup> OHCHR, 2022, s. 37,38.

olanlar da dâhil olmak üzere, işgücü ve istihdam programlarının doğası veya etkisi bakımından ayrımcı olduğu; zorlama unsurları içerdiği ve hükümet tarafından şeffaf bir şekilde açıklığa kavuşturulması gerektiği yönünde göstergeler bulunduğu” vurgulanmaktadır.

Söz konusu eylemler, Zorla Çalıştırmanın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin (1957) 1.Madde'sini<sup>82</sup> ihlal etmektedir.

### **G. Gözaltında Tecavüz, Zorla Kısırlaştırma ve Zorunlu Doğum Kontrol**

Gözaltında bulunan Türkî Müslüman kadınlara yönelik cinsel şiddete ilişkin raporlar bulunmaktadır. Mağdurlardan biri olan Tursunay Ziawudun, 2018 yılında dokuz ay boyunca bir kampta tutulduğunu, maskeli erkeklerin kendisine üç kez toplu tecavüz ettiğini, aynı erkeklerin cinsel organına elektroşok uyguladığını ve kamp yetkililerinin kadınları tecavüze uğraması için her gece hücreye kapattıklarını açıklamıştır.<sup>83</sup> Buna ek olarak, eski tutuklu ve kamp öğretmenlerinden bazıları, mahkûmların tecavüze uğradığına tanık olduklarını ya da bunu duyduklarını söylemişlerdir.<sup>84</sup> Uygur kökenli bir siyasi eğitim kampı öğretmeni olan Qulbinur Sedik, polis memurlarının kendisine elektrikli coplar da dâhil olmak üzere kadınlara tecavüz edildiğini söylediğini belirtmiştir.<sup>85</sup> Sincan'daki ihlalleri belgeleyen Kazakistan'ın önde gelen insan hakları avukatlarından Aina Shormanbayeva, mağdurlardan birinin kendisine siyasi eğitim kampında iki kez toplu tecavüze uğradığını söylediğini aktarmıştır.<sup>86</sup> Diğerleri ise kasık kıllarının çekilmesi gibi cinsel aşağılanma

<sup>82</sup> “...cebri veya mecburi çalıştırmayı menetmeyi ve, siyasi bir cebir veya eğitim tedbiri olarak veya muayyen siyasi fikirlere sahip olan veya bu fikirleri beyan eden şahıslara veya kurulu siyasi, iktisadi veya içtimai nizama karşı ideolojik bakımdan muhalefetlerini izhar eden kimselere bir ceza olarak, iktisadi gelişme gayesiyle el emeğini seferber etme ve el emeğinden faydalanma metodu olarak, çalışma disiplini olarak, grevlere iştirak etmiş olmayı tecziye tedbiri olarak, ırki, içtimai, milli veya dini bir tefrik vasıtası olarak, hiçbir şekilde cebri veya mecburi çalıştırmaya başvurmamayı taahhüt eder.” <[https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377271/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377271/lang--tr/index.htm)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>83</sup> Matthew Hill/David Campanale/Joel Gunter, “Their goal is to destroy everyone: Uighur camp detainees allege systematic rape”, BBC News, 2021, <<https://www.bbc.com/news/world-asia-china-55794071>> Erişim Tarihi 13 Aralık 2022.

<sup>84</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 36.

<sup>85</sup> Ruth Ingram, “Confessions of a Xinjiang Camp Teacher,” The Diplomat, 2020, <<https://thediplomat.com/2020/08/confessions-of-a-xinjiang-camp-teacher/>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2022.

<sup>86</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 36.

hikâyelerini anlatmışlardır.<sup>87</sup> Bununla birlikte, İnsan Hakları İzleme Örgütü, bu tür suiistimallerin gizli doğası ve hayatta kalanların maruz kalabileceği damgalama nedeniyle, Sincan'daki Türkî Müslüman kadınlara karşı ne ölçüde cinsel şiddet uygulandığının tespit edilemeyeceğini belirtmektedir.<sup>88</sup>

Gözaltında cinsel şiddet vakalarının yanı sıra, Uygur ve diğer Türkî Müslümanlara yönelik 'zorla kısırlaştırma' veya 'zorunlu doğum kontrol' uygulamaları da söz konusudur. 2010 yılından başlayarak, Sincan'da Türkî Müslüman nüfus oranlarında önemli bir artış görülmüş; Çinli yetkililer, bu artışı 'aşırı', 'ulusal güvenliğe tehdit' ve 'dini aşırılık ve bölücülük' için bir katalizör olarak nitelendirmiştir.<sup>89</sup> Mayıs 2015 tarihli bir hükümet yayınında "dini aşırılığın yeniden evliliklere ve yasadışı fazladan doğumlara yol açtığı" belirtilmiştir.<sup>90</sup> Yine 2015 yılında Hotan bölge sekreteri tarafından yapılan bir aile planlaması toplantısında, "aşırılıktan arındırmanın, dinin aile planlaması üzerindeki etkisini ve müdahalesini ortadan kaldırmak için bir fırsat olduğu" ileri sürülmüş ve bu görüş Sincan *white paper* belgelerinde de yinelenmiştir.<sup>91</sup> Her ne kadar Çin'de ırk gözetmeksizin onlarca yıldır devam eden tek çocuk politikası 2016 yılında esnetilmiş ve çift başına iki çocuk olarak değiştirilmişse de, *Strike Hard* kampanyası kapsamında Sincan'da bu konuda hiçbir esnetilme olmadığına; aksine politikanın daha da sertleştirildiğine dair göstergeler bulunmaktadır.<sup>92</sup> Bazı vakalardan örnekler vermek gerekirse; dört çocuk annesi ve eski bir tutuklu olan Rakhima Senbay, kendisine zorla rahim içi doğum kontrol cihazı (RİA) takıldığını söylemiştir.<sup>93</sup> Gulzir Mogdyn,

<sup>87</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 36. / Bkz. Amie Ferris-Rotman, "Abortions, IUDs and Sexual humiliation: Muslim women who fled China for Kazakhstan recount ordeals," Washington Post, 2019, <[https://www.washingtonpost.com/world/asia\\_pacific/abortions-iuds-and-sexual-humiliation-muslim-women-who-fled-china-for-kazakhstan-recount-ordeals/2019/10/04/551c2658-cfd2-11e9-a620-0a91656d7db6\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/abortions-iuds-and-sexual-humiliation-muslim-women-who-fled-china-for-kazakhstan-recount-ordeals/2019/10/04/551c2658-cfd2-11e9-a620-0a91656d7db6_story.html)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>88</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 36-39.

<sup>89</sup> Adrian Zenz, "Sterilizations, IUDs, and Mandatory Birth Control: The CCP's Campaign to Suppress Uyghur Birthrates in Xinjiang", The Jamestown Foundation, 2020, <<https://jamestown.org/wp-content/uploads/2020/06/Zenz-Sterilizations-IUDs-and-Mandatory-Birth-Control-FINAL-27June.pdf>> Erişim Tarihi 13 Aralık 2022.

<sup>90</sup> Zenz, 2020, s. 8.

<sup>91</sup> Human Rights Watch, 2021, s.37,38. / Zenz, 2020, s. 7,8.

<sup>92</sup> Human Rights Watch, 2021, s.39. / Zenz, 2020, s. 15,16.

<sup>93</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 36, 37. / Amie Ferris-Rotman, "Abortions, IUDs and sexual humiliation: Muslim women who fled China for Kazakhstan recount ordeals", Washington Post, 2019, <[https://www.washingtonpost.com/world/asia\\_pacific/abortions-iuds-and-sexual-humiliation-muslim-women-who-fled-china-for-kazakhstan-recount-ordeals/2019/10/04/551c2658-cfd2-11e9-a620-0a91656d7db6\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/abortions-iuds-and-sexual-humiliation-muslim-women-who-fled-china-for-kazakhstan-recount-ordeals/2019/10/04/551c2658-cfd2-11e9-a620-0a91656d7db6_story.html)>

Zumrat Dawut ve adı açıklanmayan bir Kazak kadın (davası Kazak hakları savunucusu Aiman Umarova tarafından savunulmaktadır) Sincan'dayken zorla kürtaja maruz kaldıklarını söylemişlerdir.<sup>94</sup> Qaraqash Belgesinde listelenen gözaltı nedenleri arasında doğum politikalarının ihlali -çok fazla çocuk sahibi olmak- en yaygın olanıdır ve sızdırılan belgede bildirilen 409 gözaltının 115'i oluşturmaktadır.<sup>95</sup> Bununla birlikte, Çin, keyfi olarak alıkonulan Uygurların çocuklarını yetimhanelere veya yatılı okullara yerleştirme uygulamasını da zorunlu kılmıştır. Çocuklarını kaybetme tehdidi, Uygur kadınlarını çaresiz bırakarak, Çin hükümetinin isteklerine ve cezalarına boyun eğmelerine neden olmaktadır.<sup>96</sup>

İnsan Hakları İzleme Örgütü'ne göre, “kadınların doğurganlığını kontrol etmeye yönelik bu zorlayıcı tedbirlerin ‘Strike Hard’ kampanyasının bir parçası olarak ne kadar kapsamlı bir şekilde uygulandığı açık değildir.”<sup>97</sup> OHCHR'nin 2022 tarihli raporuna göre ise, çeşitli hükümet belgelerinin, Sincan'daki Türkî Müslümanlar arasındaki doğum sıklığı ile ‘dini aşırılıkçılık’ arasında açık bir bağlantı olduğu ve bunun Sincan'ın ‘terörle mücadele’ ve ‘dini aşırılıkçılık’ karşıtı çerçevesi kapsamında cezalandırıcı tepkiler ortaya çıkardığı teyit edilmiştir.<sup>98</sup> Raporda, bu politikaların Uygur ve diğer ağırlıklı olarak Müslüman azınlıklara yönelik ayrımcı bir şekilde uygulanmasına ilişkin endişeleri daha da artıran geniş kapsamlı bir dini “aşırıcılık” kavramıyla bağlantılı olduğunun görüldüğü ifade edilmiştir. “2017 yılından bu yana aile planlaması politikalarının zorlayıcı bir şekilde uygulanması yoluyla üreme

ius-and-sexual-humiliation-muslim-women-who-fled-china-for-kazakhstan-recount-ordeals/2019/10/04/551c2658-cfd2-11e9-a620-0a91656d7db6\_story.html> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>94</sup> Amie Ferris-Rotman/Aigerim Toleukhan/Emily Rauhala/Anna Fifield, “China accused of genocide over forced abortions of Uighur Muslim women as escapees reveal widespread sexual torture”, The Independent, 2019, < <https://www.independent.co.uk/news/world/asia/china-uighur-muslim-women-abortions-sexual-abuse-genocide-a9144721.html> > Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. /Emily Rauhala/Anna Fifield, “She survived a Chinese internment camp and made it to Virginia. Will the U.S. let her stay?”, The Washington Post, 2019, <<https://www.washingtonpost.com/world/2019/11/17/she-survived-chinese-internment-camp-made-it-virginia-will-us-let-her-stay/>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2022.

<sup>95</sup> Uyghur Human Rights Project, “Ideological Transformation”, 2020, s. 9.

<sup>96</sup> Zenz, 2020.

<sup>97</sup> Human Rights Watch, 2021, s.37. / Maya Wang, “Ending the One-Child Policy Does Not Equal Reproductive Freedom in China,” Human Rights Watch, 2015, <<https://www.hrw.org/news/2015/10/29/dispatches-ending-one-child-policy-does-not-equal-reproductive-freedom-china>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2022.

<sup>98</sup> OHCHR, 2022, s. 34,35.



haklarının ihlal edildiğine dair inandırıcı göstergeler bulunmaktadır.”<sup>99</sup> Ancak hükümetin şeffaf olmayan politikaları nedeniyle ortaya çıkan veri eksiklikleri sorunu, üreme hakları ihlallerinin tam kapsamına dair sonuç çıkarmayı zorlaştırmaktadır.<sup>100</sup>

Söz konusu eylemler, İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinin 5.Maddesine<sup>101</sup> aykırıdır. Bununla birlikte, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü’nün 7.Maddesi’ne<sup>102</sup> göre insanlığa karşı işlenmiş bir suç teşkil edebilir.

## H. Zorunlu Geri Dönüş, Sürgün ve Zorla Nüfus Nakli

Yurt dışındaki Türkî Müslüman sığınmacıların izleri sürülmekte ve onların gözaltılara geri dönmesi için baskı ve şantaj yapılmaktadır.<sup>103</sup> Buna yönelik, diğer ülkelerden kişiler hakkında bilgi talep edilmektedir. Diğer ülkelerle yapılan iş birliği çerçevesinde, yurt dışındaki Türkî Müslümanlar, uluslararası hukukun izin verdiği gerekçeler olmaksızın, birçok ülke tarafından sınır dışı edilerek Çin’e geri gönderilmektedir.<sup>104</sup> Birçok vakada,

<sup>99</sup> OHCHR, 2022, s. 35,36.

<sup>100</sup> OHCHR, 2022, s. 36.

<sup>101</sup>“Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz.” <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>102</sup> “g)Irza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekilleri.”

<[http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459\\_1.pdf](http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf),<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>103</sup>

<sup>104</sup> Asim Kashgarian, “Exiled Uyghurs Fear China’s Reach”, VOA News, 2022, <<https://www.voanews.com/a/exiled-uyghurs-fear-china-s-reach/6575667.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. ; Jomana Karadsheh / Gul Tuysuz, “Uyghurs are being deported from Muslim countries, raising concerns about China’s growing reach”, CNN, 2021, < <https://edition.cnn.com/2021/06/08/middleeast/uyghur-arab-muslim-china-disappearances-cmd-intl/index.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. ; Helen Davidson, “Chinese agents operating abroad to get Uyghurs deported, ICC told”, The Guardian, 2021, <<https://www.theguardian.com/world/2021/nov/11/chinese-agents-operating-abroad-to-get-uyghurs-deported-icc-told>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. ; Aakash Hassan, “Uighur siblings in India jail since 2013 face deportation threat”, Al Jazeera, 2023, < <https://www.aljazeera.com/news/2023/6/6/uighur-siblings-in-india-jail-since-2013-face-deportation-threat>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. ; Uyghur Human Rights Project, “New Report Finds Arab States have Deported or Detained 292 Uyghurs at China’s Bidding”, 2022, <<https://uhrp.org/statement/new-report-finds-arab-states-have-deported-or-detained-292-uyghurs-at-chinas-bidding/>> Erişim Tarihi 6 Eki 2023.

geri dönenlere ne olduğunu öğrenmek mümkün olmamaktadır.<sup>105</sup> 2017 yılında Çin hükümeti, yurtdışında yaşayan Türkî Müslüman öğrencileri 'bölücülük' ve 'dini aşırıcılık' ile suçlayarak geri dönmelerini talep etmiştir. Bu talebin ardından, Çinli yetkililerin bu öğrencilerin aile üyelerini Çin'e dönmeye zorlamak için gözaltına aldıklarına dair haberler çıkmıştır. Çin hükümeti ayrıca yurtdışındaki Türkî Müslümanların geri dönüşü konusunda işbirliği yapmaları için diğer hükümetlere baskı yapmaktadır.<sup>106</sup> Örneğin, 2017 yılında Mısırlı yetkililer Mısır'da yaşayan en az 62 Türkî Müslümanı gözaltı gerekçelerini bildirmeden tutuklamış; avukatlara erişimlerini ve aileleriyle temaslarını engellemiş; en az 12 Türkî Müslümanı ise Çin'e giden bir uçağa bindirmiştir. Bu tutuklama ve sınır dışı etme vakaları, Mısır İçişleri Bakanı Magdy Abd al-Ghaffar ile Çin Kamu Güvenliği Bakan Yardımcısı Chen Zhimin arasında gerçekleşen ve Chen'in Çin hükümetinin "aşırılık yanlısı örgütler" hakkında bilgi alışverişinde bulunmaya istekli olduğunu vurguladığı bir toplantının ardından gerçekleşmiştir.<sup>107</sup>

Zorla geri döndürme vakalarının yanı sıra, birçok Türkî Müslüman, zorlayıcı eylemler yoluyla -Çin'deki iş gücü transfer programları kapsamında evinden uzak bir yere nakledilerek zorla çalıştırılma- başka yerlere zorla nakledilmiştir.<sup>108</sup> "Toplu gözaltılar ve eski tutukluların evlerinden uzak işlere yerleştirilmesinden kaynaklanan ayrılıklara ek olarak, Türkî Müslümanların hareketleri üzerindeki kısıtlamaların artması sonucunda birçok aile de

<sup>105</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 33,34.

<sup>106</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 33,34. / Human Rights Watch, "Egypt: Don't Deport Uyghurs to China", 2017, <<https://www.hrw.org/news/2017/07/07/egypt-dont-deport-uyghurs-china>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. ; Matt Rivers/Max Foster/James Griffiths, "Disturbing video shows hundreds of blindfolded prisoners in Xinjiang," CNN, 2019, <<https://edition.cnn.com/2019/10/06/asia/china-xinjiang-video-intl-hnk/index.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. ; Joëlle Garrus, "No place to hide: exiled Chinese Uighur Muslims feel state's long reach," Hong Kong Free Press, 2018, <<https://www.hongkongfp.com/2018/08/19/no-place-hide-exiled-chinese-uyghur-muslims-feel-states-long-reach/>> Erişim Tarihi 6 Ekim 2023.

<sup>107</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 33,34.

<sup>108</sup> Bkz. Jomana Karadsheh / Gul Tuysuz, "Uyghurs are being deported from Muslim countries, raising concerns about China's growing reach", CNN, 2021, <<https://edition.cnn.com/2021/06/08/middleeast/uyghur-arab-muslim-china-disappearances-cmd-intl/index.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. ; Asim Kashgarian, "Exiled Uyghurs Fear China's Reach", VOA News, 2022, <<https://www.voanews.com/a/exiled-uyghurs-fear-china-s-reach/6575667.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

birbirinden ayrılmıştır.”<sup>109</sup> “Pasaport kontrollerinin ve sınır geçişlerinin sıkılaştırılması, Sincan’da mahsur kalan bazı çocukların yurt dışına giden ebeveynlerinin yanına gidememesine neden olmuştur.”<sup>110</sup> Hükümet yurt dışındakilerle teması cezalandırdığı için birçok Türkî Müslüman, küçük çocukları da dâhil olmak üzere, akrabalarıyla kimi vakalarda aylarca kimi vakalarda yıllarca iletişim kuramadıklarını bildirmiştir.<sup>111</sup> OHCHR’nin 2022 tarihli raporunda ise; Çin’in Türkî Müslümanlara yönelik ‘korkutma, tehdit ve misilleme’ faaliyetlerine yer verilmiş; hükümetin mağdurları ve onların yurtdışında yaşayan akrabalarını Sincan’da yaşadıklarını anlattıkları için açıkça eleştirmeye devam ettiği ve kamuoyuna açıklanan hikâyeleri itibarsızlaştırdığı belirtilmektedir. “Gözdağı ve tehditler eski tutuklular tarafından da dile getirilmiş, bazıları serbest bırakılmadan önce kamplardaki deneyimleri hakkında konuşmayacaklarına dair bir belge imzalamaya zorlanmıştır.”

Söz konusu eylemler, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’nin 9 ve 13.Maddelerini<sup>112</sup> ve Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 12.Maddesi’ni<sup>113</sup> ihlal etmektedir. Bununla birlikte Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü’nün 7.Maddesi’ne<sup>114</sup> göre insanlığa karşı işlenmiş bir suç teşkil edebilir.

### III. İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR

‘İnsanlığa karşı suçlar’ (*Crimes against humanity*) kavramı, uluslararası teamül hukuku kapsamında gelişim göstermiştir. Kavramın kökeni, ‘Nürnberg

<sup>109</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 31.

<sup>110</sup> Human Rights Watch, “Eradicating Ideological Viruses”,s. 5, 83-86.

<sup>111</sup> Human Rights Watch, 2021, s. 31.

<sup>112</sup>“Hiç kimse keyfi olarak tutuklanamaz, alıkonulanamaz veya sürülemez.”, “Herkes herhangi bir devletin sınırları dâhilinde serbestçe dolaşma ve yerleşme hakkına haizdir...”

<<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>113</sup>“Bir devletin ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan bir kimse, o ülke sınırları içinde seyahat etme özgürlüğüne ve yerleşeceği yeri seçme hakkına sahiptir...”

<[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm\\_05.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>114</sup> “d)Nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli”, uluslararası hukukta izin verilen gerekçeler olmaksızın, belli bir yerde, hukuka uygun olarak ikamet eden insanların sürülmesi ya da başka zorlayıcı fiillerle zorla yer değiştirilmeleri anlamına gelir.” <[http://www.ceidizleme.org/ekutuphanesim/dosya/459\\_1.pdf](http://www.ceidizleme.org/ekutuphanesim/dosya/459_1.pdf),<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

İlkeleri'ne<sup>115</sup> (*Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal – Nürnberg Principles*) kadar uzanmaktadır. Uluslararası Askerî Ceza Mahkemesi'nin<sup>116</sup> (*International Military Tribunal*) bir mirası olan ilkeler ile 'barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar' uluslararası hukuk kapsamında ilk kez tanımlanmıştır. İkelere büyük önem atfedilmiş<sup>117</sup> ve BM Genel Kurulu'nun 11 Aralık 1946 tarihli 95(I) sayılı kararı<sup>118</sup> ile de onaylanmıştır. Ancak 1998 Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Roma Statüsü'nün 'insanlığa karşı suçlara' ilişkin ilkeleri, bu konudaki en son ve en kapsamlı belge olduğu için, genel kabul görmekte ve esas alınmaktadır. Bununla birlikte, insanlığa karşı suçlara ilişkin henüz bir sözleşme bulunmadığını da belirtmek gerekir. Çin'in Uygur ve diğer Türkî Müslümanlara yönelik insan hakları ihlallerinin literatürde çoğunlukla 'insanlığa karşı suçlar' bağlamında değerlendirildiği söylenebilir. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin 2022 tarihli raporunda, söz konusu ihlallerin 'insanlığa karşı suç teşkil edebileceği' ifade edilmiştir.<sup>119</sup> İnsan Hakları İzleme Örgütü ise konuyla ilgili olarak "ihlallerin insanlığa karşı suç teşkil ettiği" sonucuna ulaşmıştır. Literatürde bu konudaki değerlendirmelerin

<sup>115</sup> United Nations, "Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal", 1950,

<[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/7\\_1\\_1950.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022. (Bkz. 6. İlke'nin (c) maddesi ile insanlığa karşı suçlar; "herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenen cinayet, imha, köleleştirme, sürgün ve diğer insanlık dışı eylemler veya siyasi, ırksal veya dini nedenlerle yapılan zulümler; bu tür eylemlerin veya bu tür zulümlerin barışa karşı işlenen herhangi bir suçun veya herhangi bir savaş suçunun icrası veya bununla bağlantılı olarak gerçekleştirilmesi" şeklinde tanımlanmıştır.)

<sup>116</sup> Almanya'nın Bavyera eyaletine bağlı "Nürnberg" şehrinde kurulduğu için "Nürnberg Mahkemesi" olarak da bilinmektedir. Tarihteki ilk uluslararası savaş suçları mahkemesi olarak kabul gördüğünden önemli bir yere sahiptir. (Bkz. The National World War II Museum, "The Nuremberg Trial and its Legacy", <<https://www.nationalww2museum.org/war/articles/the-nuremberg-trial-and-its-legacy#:~:text=The%20first%20international%20war%20crimes,Nazi%20accountable%20for%20their%20crimes.&text=Top%20Image%3A%20Nazi%20defendants%20at,Military%20Tribunal%20in%20November%201945.>>> Erişim Tarihi 5 Ekim 2023.)

<sup>117</sup> Bkz. "Barışın çıkarları ve insanlığı gelecekteki savaşlara karşı korumak için, Nürnberg duruşmalarında kullanılan ilkelerin mümkün olan en kısa sürede uluslararası hukukun kalıcı bir parçası haline getirilmesinin belirleyici bir öneme sahip olacaktır." (United Nations Secretary-General, "Supplementary Report on the Work of the Organization (A/65/Add.1)", 24 Ekim 1946, <[https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_95-I/ga\\_95-I\\_ph\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_ph_e.pdf)> Erişim Tarihi 5 Ekim 2023.)

<sup>118</sup> United Nations General Assembly Resolution 95(I), "Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Chapter of the Nürnberg Tribunal", 11 Aralık 1946, <[https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_95-I/ga\\_95-I\\_ph\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_ph_e.pdf)> Erişim Tarihi 5 Ekim 2023.

<sup>119</sup> OHCHR, 2022, s. 43,44.

çoğunluğunu insanlığa karşı suçlar oluşturduğundan bu çalışmada böyle bir bölüme yer verilmesi önemli görülmüştür. Bu bölümde söz konusu ihlallerin insanlığa karşı suç teşkil edebileceği ibaresi kısaca açıklanacak ve bir sonraki bölümde ise söz konusu ihlallerin soykırım teşkil edip edemeyeceği sorusuna cevap verilmeye çalışılacaktır.

Roma Statüsü'ne göre, insanlığa karşı suç sayılabilecek 11 eylem bulunmaktadır: “(a) öldürme; (b) toplu yok etme; (c) köleleştirme; (d) nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli; (e) uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal ederek, hapsedme veya fiziksel özgürlükten başka biçimlerde mahrum etme; (f) işkence; (g) ırza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekilleri; (h) paragraf 3'te tanımlandığı şekliyle, her hangi bir tanımlanabilir grup veya topluluğa karşı, bu paragrafta atıf yapılan her hangi bir eylemle veya Mahkemenin yetki alanındaki her hangi bir suçla bağlantılı olarak siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı zulüm; (i) zoraki kayıplar; (j) ırk ayrımcılığı (*apartheid*) suçu; (k) kasıtlı olarak ciddi ıstıraplara ya da bedensel veya zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi hasara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler.”<sup>120</sup> Ancak bu eylemlerin insanlığa karşı suç sayılabilmesi için şu 4 şartı sağlaması gerekmektedir: 1)Herhangi bir sivil nüfusa yönelik olmalıdır. Soykırımdaki gibi belirli bir grubu hedef alması; belirli bir ulusal, etnik, ırksal veya dini gruba karşı işlenmesi gerekmez. Bir sivil nüfus olması yeterlidir. 2) Yaygın ve sistematik olmalıdır. Suçların kurban sayısına bağlı olarak büyük ölçekli bir şiddet içermesi veya geniş bir coğrafi alana yayılması (yaygın) ya da yönetsel (sistematik) bir şiddet türünün bulunması gerekir. Tesadüfi veya bireysel şiddet eylemleri bu kapsama girmez. 3) Bilgi dâhilinde işlenmelidir. Yani devlet veya örgüt söz konusu eylemlerden haberdardır. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, “insanlığa karşı suçlar genellikle devlet politikalarının bir parçası olarak işlense de devlet dışı silahlı gruplar veya paramiliter güçler tarafından da işlenebilir.”<sup>121</sup> 4) Devlet veya örgüt politikası uyarınca veya bu politikayı ilerletmek için yapılmalıdır. Ayrıca planın veya politikanın açıkça resmi olarak benimsenmesine gerek yoktur.<sup>122</sup>

<sup>120</sup>Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, 1998, <<https://www.un.org/en/genocideprevention/crimes-against-humanity.shtml>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>121</sup>Trial International, “Crimes Against Humanity”, <<https://trialinternational.org/topics-post/crimes-against-humanity/>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>122</sup>Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, 1998, <<https://www.un.org/en/genocideprevention/crimes-against-humanity.shtml>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Sincan'daki Türkî Müslümanlara yönelik insan hakları ihlallerinin, insanlığa karşı suç sayılabilmesi için gereken şartları karşıladığı görülmektedir. Sincan bölgesinde yaşayan Türkî Müslümanlar sivil nüfusu oluşturmaktadır. Sincan bölgesindeki yeniden eğitim kampları ve mevcut politikalardan hareketle Türkî Müslümanların yaygın ve sistematik bir şekilde alıkonularak hapsedilmesi ve saldırılara maruz kalması, “yaygın ve sistematik olma” gerekliliğini karşılamaktadır. Söz konusu suçlar hükümet yetkililerinin bilgisi dâhilinde işlenmektedir. Sızdırılan raporlar bunu göstermektedir. Son olarak, devlet bu suçları aktif olarak desteklemekte ve teşvik etmektedir. Zaten sızdırılan raporlar ve kurbanların ifadelerine bakılırsa, söz konusu suçlar bizzat hükümet yetkililerinin bir politikasıdır. Bununla birlikte Roma Statüsü'nde yer alan köleleştirme maddesini hangi eylemin karşıladığı konusunda soru işaretleri oluşabilir; yeniden eğitim kamplarında keyfi olarak gözaltına alınan ve alıkonulan Türkî Müslümanların zorla çalıştırılması ve salıverilen tutukluların da düşük ücretle veya sıfır ücretle çalıştıkları fabrikalara zorla transfer edilmeleri köleleştirme anlamına gelebilir.<sup>123124</sup> Ancak “Çin, Sincan'daki tüm insan hakları ihlalleri iddialarını reddetmektedir. Çin Dışişleri Bakanlığı sözcüsü, Sincan polis dosyalarına yanıt olarak BBC'ye, belgelerin “Çin'i karalamaya çalışan Çin karşıtı seslerin son örneği” olduğunu, Sincan'ın istikrar ve refah içinde yaşadığını ve sakinlerinin mutlu, doyumlu hayatlar yaşadıklarını dile getirdi. Çin, Sincan'daki baskının, terörü önlemek ve İslamcı aşırılığın kökünü kazımak için gerekli olduğunu ve kampların mahkûmları teröre karşı mücadelede yeniden eğitmek için etkili bir araç olduğunu söylemektedir.”<sup>125</sup>

#### IV. ÇİN'İN UYGUR VE DİĞER TÜRKİ MÜSLÜMANLARA YÖNELİK İNSAN HAKLARI İHLALLERİ SOYKIRIM TEŞKİL EDER Mİ?

Bu soruya cevap verebilmemiz için öncelikle soykırımı tanımlamamız gerekir. Soykırım kelimesi, ilk kez Polonyalı avukat Raphaël Lemkin tarafından 1944 yılında “*Axis Rule in Occupied Europe*” adlı kitabında kullanılmıştır. Kavram, Yunanca ırk veya kabile anlamına gelen “*genos*” ön ekinden ve öldürme anlamına gelen Latince “*cide*” son ekinden oluşmaktadır.

<sup>123</sup>Human Rights Watch, 2021, s. 40-48.

<sup>124</sup> “Köleleştirme, mülkiyet hakkına bağlı yetkilerin herhangi birinin veya tümünün, bir kişi üzerinde kullanılması anlamına gelir...” <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>125</sup>BBC News, “Who are the Uyghurs and why is China being accused of genocide?”, 2022, <<https://www.bbc.com/news/world-asia-china-22278037>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2022.

Lemkin, bu terimi, hem Holokost sırasında Yahudi halkının sistematik olarak öldürülmesine yönelik Nazi politikalarına hem de tarihteki belirli insan gruplarının yok edilmesini amaçlayan eylemlerin önceki örneklerine bir yanıt olarak geliştirmiştir.<sup>126</sup> Uluslararası hukuka göre, soykırım, ilk kez 1946 yılında BM Genel Kurulu kararıyla bir suç olarak kabul edilmiştir. 1948 yılında imzalanan “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme”<sup>127</sup> ile de yasal olarak tanınmıştır. Bunun dışında, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Roma Statüsü’nde de soykırımdan bahsedilir. Ayrıca Gregory H. Stanton’ın<sup>128</sup> soykırım aşamalarını doktriner bir şekilde sınıflandırdığı çalışması da alana önemli katkılar sunmuştur.

1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’ne göre; soykırım oluşturan eylemler: a) Gruba mensup olanların öldürülmesi; b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi; c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak, yaşam şartlarını kasten değiştirmek; d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak; e) Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmektir.<sup>129</sup> Ancak söz konusu eylemlerin bir soykırım suçu olarak nitelendirilebilmesi için şu iki şartın bulunması gerekir: “*Mens rea*” ve “*Actus reus*”. *Mens rea*, suç işleme niyeti/kasıt anlamına gelir. Yani belirli bir grubu yok etmeye yönelik bir niyetin var olmasıdır ve suçun manevi unsurudur. *Actus reus* ise, maddi suç unsuru anlamına gelir. Yani grubun üyelerine karşı yukarıdaki suç teşkil eden eylemlerin işlenmesidir. Özetle, bir grubu yok etmeye yönelik önce bir niyet ve bunu destekleyen bir eylem olması gerekir. Dolayısıyla yukarıdaki suç teşkil eden eylemler; eğer ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenirse, soykırım olarak nitelendirilebilirler. Ancak burada bir failin soykırıma yönelik niyetini açıkça belirtmesi pek olası değildir. Dolayısıyla niyetin gerçekten

<sup>126</sup>United Nations Office on Genocide Prevention and the Responsibility to Protect, “Genocide”, <<https://www.un.org/en/genocideprevention/genocide.shtml#:~:text=To%20constitute%20genocide%2C%20there%20must,to%20simply%20disperse%20a%20group.>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

<sup>127</sup><[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm\\_11.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm_11.pdf), [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1\\_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf)> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.

<sup>128</sup> ‘Soykırım Çalışmaları ve Önleme’ alanında profesördür. Soykırım alanındaki çalışmalarıyla tanınır. Aynı zamanda ‘Soykırım İzleme Örgütü’nün de (Genocide Watch) kurucusudur.

<sup>129</sup> <[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm\\_11.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm_11.pdf)> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.

ne olduğunu anlamak kolay olmamaktadır. Ancak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin '*Al Bashir*'<sup>130</sup> davasındaki içtihatları niyet-eylem çıkmazında önemli bir vakadır. Buna göre; *mens rea* şartı için açık bir soykırım niyetine dair kanıt gerekli değildir.<sup>131</sup> Ayrıca Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (ICTY) '*Tolimir*'<sup>132</sup> davasındaki kararları da buna örnek verilebilir. Karara göre; tüm delillerin bir arada ele alınarak bir çıkarım yapılması ve yapılan çıkarımın da delillere ilişkin tek makul sonuç olması gerektiğidir.<sup>133</sup> Stanton ise, soykırımı yeni bir yorum getirir. Soykırım sürecini aşamalandırır ve 10 maddede sıralar; 1.Sınıflandırma; 2.Simgeleştirme; 3.Ayrımcılık; 4.Canavarlaştırma; 5.Örgütlenme; 6.Kutuplaşma; 7.Hazırlık; 8.Zulüm; 9.İmha; 10.İnkâr.<sup>134</sup> Dolayısıyla soykırımı tanımlamak için birden fazla kaynak bulunmaktadır.

Uygur ve diğer Türkî Müslümanlara yönelik insan hakları ihlallerinin soykırım teşkil edip etmeme sorusuna gelirsek, karşımıza birkaç sorun çıkmaktadır. Öncelikle 1948 Soykırım Sözleşmesi'ne göre bir suçun soykırım teşkil edebilmesi için gereken *mens rea* şartına burada sahip değiliz. Ancak daha önce bahsedilen *Al Bashir* ve *Tolimir* davalarında, açık bir niyete gerek olmadığı, tüm deliller ve eylemler birlikte değerlendirilerek bir çıkarım yapılabileceği anlaşılmıştır. Dolayısıyla ÇKP'nin bu etnik ve dini grubu yok etmeye yönelik niyeti, örnek davalardan yola çıkılarak; söz konusu delil ve eylemlerden bir çıkarım yaparak bulunabilir. Diğer bir şart olan maddi suç unsuruna gelirsek, öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, soykırımın tanımından da anlaşılacağı -ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya

<sup>130</sup> Ömer Hasan Ahmed el-Beşir, eski Sudan devlet başkanıdır. Al Bashir, 2009'da Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından Darfur'daki iç savaşta soykırım suçu, insanlığa karşı suç ve savaş suçu işlemekle itham edilmiştir. <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/AlBashirEng.pdf>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.

<sup>131</sup> Bkz. Cornell Law School, "Genocide", < <https://www.law.cornell.edu/wex/genocide>> Erişim Tarihi 6 Ekim 2023.

<sup>132</sup> Zdravko Tolimir, eski bir Sırp generaldir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY) tarafından, Bosna iç savaşında Boşnaklara yönelik soykırım suçu, insanlığa karşı suç ve savaş suçu işlemekle yargılanıp 2012 yılında ömür boyu hapis cezasına çarptırılmıştır. < <https://www.icty.org/en/case/tolimir>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.

<sup>133</sup> Vincent Lefebvre, "Accountability for Uyghur Cultural Genocide under International Law: Call for an Overhaul of the International Treaties Framing the Crime of Genocide", Grow, 2022, <<https://www.growthinktank.org/en/accountability-for-uyghur-cultural-genocide-under-international-law-call-for-an-overhaul-of-the-international-treaties-framing-the-crime-of-genocide/>> Erişim Tarihi 25 Aralık 2022.

<sup>134</sup> Gregory H. Stanton, "Ten Stages of Genocide", 2012, <<http://genocidewatch.net/wp-content/uploads/2012/06/The-Ten-Stages-of-Genocide-handout.pdf>>Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.



tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen eylemler- üzere mutlaka grup üyelerini öldürmeyi gerektirmeyeceğidir. (b)-(e) eylemlerinden herhangi biri eşit geçerlilikte soykırım kapsamına girebilir. Özetle, zihinsel bir unsur olarak niyete ve fiziksel bir unsur olarak, hedef grubu fiziki olarak kısmen veya bütünüyle ortadan kaldırmak amacıyla yapılan belirli eylemlere ihtiyaç vardır. Buradaki kilit nokta ise, niyettir. Uygur ve diğer Türkî Müslümanlar konusunda söz konusu etnik ve dini grubun kısmen veya bütünüyle yok edilmek üzere öldürülmeye çalışıldığını söyleyemeyiz. Yeniden eğitim kamplarındaki ve gözaltılardaki sınırlı ölümleri bu kapsama alamayız. Ancak elbette Çin'in şeffaf olmayan politikaları ve eylemleri, bölgede tam olarak neler yapıldığını bilmemizi de engellemektedir. (a) maddesi dışındaki diğer maddelerde ise, söz konusu ihlaller soykırım kapsamına girebilir. Yeniden eğitim kamplarıyla birlikte gözaltı ve tutuklamalardaki söz konusu işkenceler, 'grubun mensuplarına yönelik ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi' maddesini karşılamaktadır. Yine bir milyondan fazla insanın yeniden eğitim kamplarındaki yaşam koşulları, maruz kaldıkları davranışlar ve meydana gelen ölümler, 'grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak, yaşam şartlarını kasten değiştirmek' maddesini karşılamaktadır. Zorla kısırlaştırma ve zorunlu doğum kontrol uygulamaları, 'grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak' maddesini karşılamaktadır. Türkî Müslümanların çocuklarının ailelerinden alınarak Han Çinlisi ailelere verilmesi, 'gruba mensup çocukları zorla başka bir gruba nakletmek' maddesini karşılamaktadır. Sonuç olarak, her ne kadar bu konuda örnek davalar olsa da, bu davada soykırım niyetinin eylem ve diğer tüm delillerden yola çıkılarak bulunabilmesi noktasında, kesin bir yargıda bulunmak zordur. Çin'in Uygur ve diğer Türkî Müslümanları fiziki olarak kısmen veya bütünüyle yok etme amacını tespit etmemiz, hem niyet göstergesinin müphemliğinden hem de şeffaf olmayan eylem ve politikardan kısıtlanmaktadır. Ancak burada uluslararası hukuk kapsamında fikir birliğine varılabilecek bir nokta vardır ki; o da Uygur ve diğer Türkî Müslümanlara yönelik 'Kültürel Soykırım' yapıldığıdır. Söz konusu eylem ve politikalara bir 'kültürel soykırım' denilerek, yeni bir BM Genel Kurul'u kararı ile -Güvenlik Konseyi'nin bu kararı alması, doğal olarak Çin tarafından veto edileceği için ancak Genel Kurul kararı alınabilir- kavramın soykırım kapsamına girdiği kararı alınırsa, bu davadaki çıkmaz çözülebilir gibi görünmektedir.

Kültürel soykırım kavramının tanımı, ilk kez Raphael Lemkin tarafından yapılmıştır. Lemkin, 1943 yılındaki "*Axis Rule in Occupied Europe*" adlı kitabında soykırım kavramını "siyasi, sosyal, kültürel, ekonomik, biyolojik,

fiziksel, dini ve ahlakî nitelikte” olarak tanımlamıştır.<sup>135</sup> “Lemkin, fiziksel bütünlüğe yönelik saldırının ötesine geçen ve hedef grubun kimliğinin özelliklerini yok etmeyi, yerel dili öğrenme ve uygulama yasağı ve dini uygulama yasağı gibi günlük yaşamı düzenlemeyi amaçlayan tüm şiddet türlerini kapsayan bir soykırım anlayışı sunar. Ona göre, ‘soykırımın özü, bir grubun kültürüne yönelik sistematik bir saldırıdır’, aksi olamaz. Çoğul olan kültür, farklılık yaratır ve soykırımı oluşturan vahşetler tam da bu kimlik tekilliğine karşı yöneltilir.”<sup>136</sup> Lemkin, Almanların soykırım tekniklerini ‘siyasi, kültürel, ekonomik, sosyal, fiziksel, biyolojik, dini ve ahlaki soykırım’ olarak sekiz alana ayırmıştır. Kültürel başlığı altında Lemkin, kültürel soykırımın bir parçası olarak gördüğü çeşitli eylemleri sıralamıştır. Nazilerin Nasyonal Sosyalizm ilkelerine riayet eden öğretileri zorunlu kılarak meslek okulları kurması; Polonya’da Polonyalı gençlerin bağımsız ulusal Polonya düşüncesi geliştirebileceği endişesiyle liberal sanat çalışmalarına katılmalarının yasaklanması ve bunun yerine Alman endüstrilerine vasıflı birer işçi olmaları için ticaret okullarına gönderilmeleri, bu eylemlere örnek olarak verilebilir. Hâsılı, Naziler her türlü kültürel faaliyet üzerinde katı denetime sahip olmuştur.<sup>137</sup> Buradan hareketle, Uygur ve diğer Türkî Müslümanlara yönelik, dini ibadetlerin ve dini eğitimin yasaklanması; başörtüsü takmanın ve sakal bırakmanın yasaklanması; Türkî Müslüman ailelerden çocuklarının zorla alınıp Han ailelere verilmesi; Çince dışında bir dil konuşmanın ve yazmanın yasaklanması; Çince dil kurslarına katılımın zorunlu kılınması; toplumun defin geleneklerinin değiştirilmeye çalışılarak krematoryumların kurulması; camilere zarar verilmesi ve yıkılması; eski tutuklulara 1.000’den fazla Çince karakter öğrenmedikçe ve Çince konuşmadıkça kampları terk etmelerine izin verilmeyeceğinin söylenmesi<sup>138</sup>; tutukluların, kendilerine öz eleştirinin yanı sıra, kültürel ve dini uygulamaları nedeniyle hem arkadaşlarını hem de ailelerini eleştirmeye zorlanması; devlet propagandasını çok iyi uygulayan veya akranlarını özellikle sert bir şekilde eleştirenlerin daha rahat

<sup>135</sup> Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, 1944, s. 79.

<sup>136</sup> Thomas Johansson, “Cultural Genocide in International Law”, Örebro Universitet, 2019, s. 7.

<sup>137</sup> Johansson, s.8.

<sup>138</sup> Human Rights Watch, “Eradicating Ideological Viruses”, 2018,

<[https://www.hrw.org/sites/default/files/report\\_pdf/china0918\\_web.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/china0918_web.pdf)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022, s. 39.

koşullara nakledilmekle ödüllendirilmesi<sup>139</sup>; Türkî Müslümanlar ile Hanların evliliğinin teşvik edilerek imtiyazlar sunulmasıyla birlikte bunun için şartların da oluşturulması -pek çok genç Türkî Müslüman gencin gözaltına alınması ve geriye parti kadrolarında olan ve görece siyasi ve sosyoekonomik güce sahip olan Han gençlerinin kalarak uygun bir ortamın oluşturulması- gibi pek çok kültürel soykırım kapsamına giren eylem bulunmaktadır.

Nazilerin Yahudilere yönelik soykırım eylemleri, BM'nin bu konuda bir karar almasında itici güç olmuş; BM Genel Kurulu, 1946 tarihli 96 sayılı kararı<sup>140</sup> çıkartmıştır. Genel Sekreter, ilk taslağı hazırlama görevini sekreterliğin insan hakları birimine vermiştir. Birim konuyu üç uzmana; Henri Donnedieu de Vabres, Vespasian V. Pella ve Raphael Lemkin'e danışmıştır. Söz konusu hazırlanan taslakta eylemler üç kategoriye ayrılmıştır: Fiziksel soykırım, biyolojik soykırım, ve kültürel soykırım. Yani Lemkin'in daha önce sekiz kategoriye ayırdığı soykırım kavramının kapsamı üçe indirilmiştir. Buna göre, kültürel soykırım grubun belirli özelliklerini şu eylemlerle yok etme olarak tanımlanmıştır:

“(a) Çocukların zorla başka bir insan grubuna nakledilmesi; (b) Bir grubun kültürünü temsil eden bireylerin zorla ve sistematik olarak sürgüne gönderilmesi; (c) Ulusal dilin özel ilişkilerde dahi kullanılmasının yasaklanması; (d) Ulusal dilde basılan kitapların veya dini eserlerin sistematik olarak imha edilmesi veya yeni yayınların yasaklanması; (e) Tarihi veya dini anıtların sistematik olarak imha edilmesi veya yabancı kullanımlara yönlendirilmesi, belgelerin ve tarihi, sanatsal veya dini değeri olan ve dini ibadette kullanılan nesnelere imhası veya dağıtılması.”<sup>141</sup>

<sup>139</sup>Gerry Shih, “China’s mass indoctrination camps evoke Cultural Revolution”, AP News, 2018, <<https://apnews.com/article/kazakhstan-ap-top-news-international-news-china-china-clamps-down-6e151296fb194f85ba69a8babd972e4b>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.

<sup>140</sup>“Genocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of individual human beings; such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups, and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations.”

<<https://www.refworld.org/docid/3b00f09753.html>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.

<sup>141</sup>Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: The Secretariat (1947) and Ad Hoc Committee (1948) Drafts, <<http://www.preventgenocide.org/law/convention/drafts/>> Erişim Tarihi 25 Aralık 2022.

Ancak belirtmek gerekir ki, taslağın daha hazırlık sürecinde kültürel soykırım kavramı sorgulanmaya başlanmıştır. Hem Pella hem de Donnedieu de Vabres, kültürel soykırımın soykırım kavramının gereksiz bir uzantısını temsil ettiğini; bu tür bir korumanın azınlık koruması kapsamına girmesi ve soykırım terimi kapsamında olmaması gerektiğini savunmuştur. Ancak Lemkin, kavramın önemi üzerinde ısrar etmiştir. Sonrasında ise, Genel Sekreter, BM Genel Kurulu'nun kararına bağlı olarak, kültürel soykırım kavramını dâhil etmeye karar vermiştir. Ancak daha sonra Çin, Fransa, Lübnan, Polonya, SSCB, ABD ve Venezuela'dan oluşan ikinci bir taslak komitesi kurulmuştur. Ortaya çıkarılan taslak, bu kez kültürel soykırım yine dâhil edilmiş olmakla birlikte, daha az detaylandırılmış ve kapsamı daraltılmıştır.<sup>142</sup> Buna göre,

“Bu sözleşmede soykırım aynı zamanda, ulusal, ırksal veya dini bir grubun dilini, dinini veya kültürünü, üyelerinin ulusal veya ırksal kökenleri veya dini inançları temelinde yok etmek amacıyla işlenen herhangi bir kasıtlı eylem anlamına gelir: 1) Günlük ilişkilerde veya okullarda grubun dilinin kullanılmasının veya grubun dilinde yayınların basılmasının ve dağıtılmasının yasaklanması; 2. Grubun kütüphanelerini, müzelerini, okullarını, tarihi eserlerini, ibadet yerlerini veya diğer kültürel kurumlarını ve nesnelerini yok etmek veya kullanılmasını engellemek.”<sup>143</sup>

Ancak bu taslak konusunda da bir fikir birliğine varılamamıştır. Devletler arasında kültürel soykırım maddesinin kaldırılmasını ve kapsamın sadece fiziksel ve biyolojik soykırımla sınırlandırılması gerektiğini belirtenlerin yanı sıra, aksini savunanlar da olmuştur. Örneğin, Pakistan, kültürel ve fiziksel soykırımın bölünmez olduğunu ve birini suç kabul edip diğerini etmemenin mantığa aykırı olduğunu savunmuştur. Ancak Pakistan'ın iddiaları birçok devletten sert eleştiriler almıştır. Bu eleştirilerin hedefindeki nokta, fiziksel ve kültürel soykırımın aynı şey olmadığı olmuştur. Bu fikir, ‘hem gaz odalarındaki toplu katliamları hem de kütüphanelerin kapatılmasını aynı sözleşmeye dâhil etmenin mantıksızlık ve orantısızlık göstereceğini’ belirten Danimarka

<sup>142</sup> Johansson, s. 6-7.

<sup>143</sup> “In this Convention genocide also means any deliberate act committed with the intent to destroy the language, religion, or culture of a national, racial or religious group on grounds of the national or racial origin or the religious beliefs of its members such as: 1. Prohibiting the use of language of the group in daily intercourse or in schools, or the printing and circulation of publications in the language of the group; 2. Destroying or preventing the use of libraries, museums, schools, historical monuments, places of worship or other cultural institutions and objects of the group.”, <<http://www.preventgenocide.org/law/convention/drafts/>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022.

delegasyonu tarafından açıkça belirtilmiştir. İran da benzer görüşlere sahip olarak fiziksel ve kültürel soykırımın aynı düzeye yerleştirilmemesi gerektiğini savunmuştur. Ayrıca ABD, ‘bir kültürün yok edilmesinin, daha iyi bilinen soykırım kavramıyla, yani üyelerin fiziksel olarak yok edilmesiyle hiçbir ilgisi olmadığını’ ifade ederek pozisyonunu belli etmiştir. Sonuç olarak, mevcut fikir ayrılıkları neticesinde oylamaya gidilmiş ve BM Genel Kurulu 25’e karşı 16 oyla, kültürel soykırımla ilgili III. Madde sözleşmeden çıkarılmıştır.<sup>144</sup> Sonrasında ise, 1948 yılında taslağın son şekli olarak, ‘Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’ imzalanmıştır. Kültürel soykırımın ilk kez tanınma fırsatı bu şekilde yitirilmiştir.

Uygur ve diğer Türkî Müslümanlara yönelik insan hakları ihlallerinin niteliğinin ne olduğu konusunda çeşitli fikirler bulunmaktadır. Çin’in Uygurlara yönelik insan hakları ihlallerinin ‘soykırım’ teşkil ettiğini düşünenlerden biri olan Lefebvre’ye göre; Uygur halkını kısmen veya tamamen yok etmeye yönelik bireysel, toplu veya devlet kastının olup olmadığının tespit edilmesi, bunun bir soykırım ya da insanlığa karşı suç oluşturup oluşturmadığına karar vermek için gereklidir. Ancak bunun tespit edilmesi güçtür. Çünkü Çin’in politikaları ve eylemleri şeffaf değildir. Bununla birlikte yetkililer Uygurlara yönelik politikalarını yoksulluk ve İslami ayrılıkçılıkla mücadele temelinde gerekçelendirerek kendilerine yönelik iddiaları reddetmektedir. Bu konuda açık niyet beyanları neredeyse hiç bulunmamakla birlikte, mağdurların ifadeleri, STK’lardan ve araştırma enstitülerinden alınan raporlar, sızan Çinli resmi belgeler yoluyla elde edilen veya aktarılan önemli miktarda kanıt, Çinli yetkililerin Müslüman azınlığa karşı soykırım niyetine işaret etmektedir. Özellikle, sızan resmi belgeler, iddia edilen soykırım eylemlerinin Çin’in dikkatlice planlanmış eylemlerinin sonucu olduğunu ve suçun ÇKP’nin en tepesine kadar uzandığını ortaya koymaktadır. ICTY’nin *Tolimir* davasına göre de, böyle bir planın varlığı ilgili kişilere karşı soykırım yapma niyetini açıkça göstermektedir.<sup>145</sup> Lefebvre, argümanlarına ek olarak, 2014’ten bu yana 900.000 ile 1.8 milyon Uygur’un kamplarda keyfi olarak tutulduğunu, Uygurların yavaş yavaş baskın Han kültürüne asimile edildiklerini ve tüm bu şiddet eylemlerinin topluluğun kültürünün ve mirasının yok edilmesine yönelik bir ‘kültürel soykırım’ olduğunu dile getirmektedir. Ancak elbette Çin rejiminin politikalarının şeffaf olmaması sebebiyle de, bu şiddetin yaşam tarzlarına yönelik saldırının ötesine geçip geçmediğinin tespitinin

<sup>144</sup> Johansson, s. 7-9.

<sup>145</sup> Johansson, s. 5.

ve bu saldırıların sistematik olup olmadığının bilinmesinin zor olduğunu sözlerine eklemektedir. Ancak soykırım suçu bir sonuç suçu değil, bir kast suçudur. Dolayısıyla 'Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin amacı da zaten, devam etmekte olan veya gerçekleştirilmek üzere olan herhangi bir imha planının tehdidi altındaki nüfuslara önceden koruma sağlamaktır.<sup>146</sup> Störig ise, Stanton'ın soykırım aşamalarını baz alarak İnşacılık teorisi eşliğinde konuyu analiz etmekte ve her ne kadar soykırımın 10 aşamasından 9.aşamaya (imha) henüz geçilmese de, diğer bütün aşamaların yaşandığı ve sonuç olarak Uygurların bir soykırım kurbanı olduğu sonucuna varmaktadır. Ona göre, olayların soykırımın 10 aşamasına göre tarihsel süreç araştırması, soykırımın gerçekten de ölçülebilir sayıda can kaybının ötesinde bir süreç olduğunu göstermiştir. Kayıplarla soykırımı ölçmek sorun teşkil eder. Çünkü ancak geri dönüşü olmayan bir hasar (soykırım) meydana geldiğinde uluslararası müdahaleyi harekete geçirir. Bununla birlikte, Uygurlara yönelik soykırım süreci Sincan'daki terör saldırılarından sonra, 2009 yılında başlamıştır ve 2017'ye kadar yavaş yavaş gelişmiş ve süreç 2017 yılında artık Çin hükümeti için gizli bir soykırım niyetine dönüşmüştür. Bir başka nokta olarak, soykırım uluslararası bir meseledir. Uluslararası sosyal, siyasi ve ekonomik faktörler, soykırımın veya etnik çatışmanın üretilmesine katkı sağlamaktadır. Bu faktörler; Uygurlara yönelik zulmün meşrulaştırıldığı küresel 'teröre karşı savaşı', Müslümanları 'halk şeytanı' veya 'uluslararası düşman' olarak etiketleyerek Batı medyasını etkileyen 'küresel islamofobiyi' içermektedir. Çin medyası da Batı medyasından etkilenmekte ve söz konusu haberler Çince'ye çevrilerek kamuoyunun bilgisine sunulmaktadır. Dolayısıyla uluslararası medya ve ayrıca güçlü liderler tarafından kullanılan dil, Çin'deki Uygurların ve Müslümanların sınıflandırılmasına ve canavarlaştırılmasına etki etmektedir.<sup>147</sup> Stern ise, gözaltı merkezlerinde Uygurların, yasaları ve komünist parti sözlerini tekrarlamadıklarında siyasi beyin yıkamaya ve işkenceye maruz kaldıklarını; çocukların gelenek ve kültürel kimliğinin aktarımını durdurarak ebeveynlerinden zorla uzaklaştırıldığını; Çin'in bu tür eylemlerle Uygurların geleneklerini, değerlerini ve dilini sistematik olarak yok ettiğini ve bu nedenle BM'nin, Uygurlara yönelik muameleyi kültürel soykırım olarak resmen tanıması ve kültürel soykırım faillerini cezai olarak sorumlu tutmak için yeni bir mahkeme oluşturması gerektiğini belirtmektedir.<sup>148</sup>

<sup>146</sup> Johansson, s. 5.

<sup>147</sup> Henrietta Störig, "The Uyghurs of China: A Genocide in the Making", Malmö University, 2020, s. 33-34.

<sup>148</sup> Julia Stern, "Genocide in China: Uighur Re-education Camps and International Response",

Lefebvre ve Störig'in Çin'in Uygur ve diğer Türkî Müslümanlara yönelik insan hakları ihlallerini soykırım olarak değerlendiren çalışmalarının odak noktaları farklılık göstermektedir. Lefebvre'nin argümanlarının işaret ettiği kilit nokta, Çin'in şeffaf olmayan politikalarından dolayı, asıl niyetin ne olduğunun öğrenilmesinin mümkün olmadığıdır. Bu konuda ısrarla *mens rea* şartının aranmasının, "bir suçlunun ben suçluyum (dolayısıyla cezamı hak ediyorum)" demesini beklemek gibi nafil bir durum ortaya çıkarttığını söylemek gerekir. Çin kendisine yöneltilen suçlamaları kabul etmek bir yana dursun; söz konusu politikalarını 'yoksulluk' ve 'dini aşırıcılıkla' mücadele ile ilişkilendirmektedir. Lefebvre'nin, Çin'in 'dini aşırıcılık' söylemine karşılık, 'İslamî ayrılıkçılık' ifadesini kullanması da, konunun güvenlik boyutuna dikkat çekmektedir. Literatürde söz konusu ihlalleri soykırım olarak kabul eden çalışmaların genellikle ortak bir paydada bulunduğu söylenebilir. Mağdurların ifadeleri ve Çin'e ait sızan resmi belgeler gibi pek çok kanıtın aranan *mens rea* şartını sağladığı savunulmaktadır. Mevcut verilerin aranan soykırım niyetine işaret ettiği dile getirilmektedir. Bununla birlikte, söz konusu ihlallerin değerlendirilmesi noktasında kimi çalışmaların Stanton'ın soykırım aşamalarını, kimi çalışmaların da Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü ilkelerini temel alması, literatürde bir fikir birliği sağlanması noktasında mevcut atmosferin daha da muğlaklaşmasına neden olduğu söylenebilir. Bu durum her ne kadar literatürdeki zenginliğin bir göstergesi olsa da, bir karmaşıklığa sebep olduğu izlenimini de uyandırmaktadır. Störig'in çalışması buna bir örnektir. Störig, söz konusu ihlalleri Stanton'ın çalışmasını temel alarak değerlendirmiş ve soykırımın ölçülebilir maddi kayıp unsurlarının ötesinde bir niteliğe sahip olduğunu vurgulamıştır. Störig'in Lefebvre'den farklı olarak odaklandığı nokta ise, tarihsel süreç ile birlikte uluslararası sosyal, siyasi ve ekonomik faktörlerdir. Sincan'daki terör saldırılarından sonra soykırım sürecinin başladığını savunmaktadır. Soykırımın maddi kayıp unsurlarının ötesinde bir niteliğe sahip olduğuna dikkat çekmektedir. Ancak Stern'in çalışması gibi söz konusu ihlalleri kültürel soykırım olarak değerlendiren birçok çalışma da bulunmaktadır. Soykırım niyeti şartının aranmasının tartışmalı doğasının literatürde fikir ayrılıklarının temelini oluşturması gerçeğinden kaçış mümkün görünmektedir. Söz konusu ihlallerde kültürel soykırım teşkil eden eylemlerin varlığı barizdir. Ancak kültürel soykırım kavramının da yasal bir dayanaktan yoksun olması gerçeğinden bir kaçış söz konusu değildir. Her halükarda bir BM Genel Kurulu kararına ihtiyaç

---

Immigration and Human Rights Law Review, 3(1), 2021, s. 33.

duyulacaktır. Ya mens rea şartının aranma niteliğine yönelik bir düzenleme yapılacaktır; ya da soykırım kavramının kapsamı genişletilecektir.

Sonuç bölümüne geçmeden önce bir noktaya açıklık getirilmesi gerekmektedir. Literatürde Uygur ve Türkî Müslümanlara yönelik soykırım iddiaları 'Uygurlar' başlığı altında işlenmektedir. Dolayısıyla burada sanki Uygurlar özelinde, sadece Uygurlara yönelik etnik olarak bir soykırım olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Oysa Sincan bölgesinde sadece Uygurlara yönelik değil, diğer tüm Türkî Müslümanlara yönelik insan hakları ihlalleri söz konusudur. Literatürdeki bu yaklaşımın nedenleri şu şekilde açıklanabilir: Öncelikle en büyük Türkî Müslüman nüfusunu Uygurlar oluşturmaktadır. Diğer Türkî Müslümanların sayısının neredeyse Uygurların onda birini teşkil ettiği söylenebilir. Dolayısıyla burada Uygurlar denirken, Uygurlar ekseriyeti oluşturduğundan, diğer tüm Türkî Müslümanlar da kapsama alınarak ifade edilmektedir. İkincisi, ÇKP Sincan bölgesine özerklik verdiğinde bölgeyi resmi olarak Sincan Uygur Özerk Bölgesi olarak adlandırmıştır. Bunun nedeni hem Uygurların çoğunlukta olması hem de diğer Türkî Müslümanlardan ziyade (Kazak, Kırgız, Tacik, Özbek...) Uygurların Sincan'ın bir yerlisi olarak görüldüklerinden de olabilir. Sonuç olarak bölgenin isminin resmi olarak Uygurlara nispet edilmesi hem de Uygurların bölgedeki diğer tüm etnisitelerden –Han Çinlileri dâhil- sayıca fazla olması, belli başlı nedenlerden sayılabilir. Sonuç olarak literatürde tüm Türkî Müslümanlara yönelik soykırım iddiaları 'Uygurlar' başlığı altından ziyade, 'Türkî Müslümanlar' başlığı altında işlenirse, bu şekilde uyandırılan çelişkili algı da ortadan kalkar. Aksi halde Uygurlara yönelik özel bir muamelenin olduğu düşünülebilir.

## SONUÇ

Uygur ve diğer Türkî Müslümanlara yönelik mevcut insan hakları ihlalleri literatürde üç farklı şekilde nitelendirilmiştir: a) İnsanlığa karşı bir suç teşkil eder; b) Bir soykırım teşkil eder; c) Kültürel soykırım teşkil eder. Buradan da anlaşılacağı üzere, mevzu bahis eylemlerin niteliği konusunda literatürde bir fikir birliği yoktur. İşbu çalışmada ise, söz konusu ihlallerin hem kültürel bir 'soykırım', hem de insanlığa karşı bir suç teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca bu davada kültürel 'soykırım' bağlamında kesin bir yargıda bulunabilirken ve bir fikir birliğine varılabilirken, 'insanlığa karşı suç' teşkil etmesi noktasında itirazların olduğunu da belirtmek gerekir. Özellikle "yaygın ve sistematik olma" şartı aranırken kimileri bu inisiyatifi alıp çeşitli eylem ve delillerden bir çıkarım yaparak insanlığa karşı suç teşkil ettiği kanaatine varabilirken, kimileri bu inisiyatifi almamakta ve mevcut



eylemlerden zorlama bir şekilde bu şartı bulmaya çalışmanın da uluslararası hukuka uygun bir davranış olmayacağını düşünmektedirler. Dolayısıyla insanlığa karşı suç noktasında davanın niteliğine temkinli yaklaşmaktadırlar. Bu çalışmada ise, bu inisiyatif alınarak mevcut eylem ve delillerden söz konusu ihlallerin insanlığa karşı suç teşkil ettiği çıkarımına ulaşılmıştır. Ancak soykırım konusunda mens rea şartının bulunmasına yönelik inisiyatif alınarak mevcut eylem ve delillerden soykırım çıkarımına ulaşılması cüretkar bir davranış olacaktır. Çünkü uluslararası hukuk bağlamında mevcut deliller bu çıkarımın yapılabilmesi için yetersiz görünmektedir. Soykırım ağır bir ithamdır ve bu itham için gereken delillerin kuşkuya yer vermemesi gerekir. İnsanlığa karşı suçlarda, soykırımdan farklı olarak, zulüm eylemi hariç, mens rea şartının varlığının kanıtlanması gerekmez.<sup>149</sup> Bununla birlikte, insanlığa karşı suçlarda sivil nüfusa yönelik –Türkî Müslümanlar- çok sayıda kişi yaygın veya sistematik olarak hedef alınırken, soykırımda hedef grubun kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması amacıyla gerçekleştirilen eylemler söz konusudur. Yani insanlığa karşı suçlarda odak noktası bireyler iken, soykırımda toplumdur. Örnek olarak, iki yaklaşımdaki öldürme eylemini ele alalım; insanlığa karşı suçlarda çok sayıda kişinin öldürülme şartı aranırken, soykırımda tüm nüfusu kısmen veya tamamen öldürme şartı aranır. Dolayısıyla söz konusu eylemleri uluslararası hukuk perspektifinden soykırım olarak nitelemek güç iken, insanlığa karşı suç olarak nitelemek soykırıma nazaran daha kabul edilebilir bir yaklaşımdır. Kültürel soykırım konusuna gelirse, uluslararası hukuk bağlamında söz konusu ihlalleri kültürel soykırım olarak nitelemek noktasında hiçbir pürüz olmadığını ve hatta bir fikir birliğinin olduğunu söylemek mümkündür. Her ne kadar kültürel soykırım kavramı günümüzde hukuki zeminden yoksun olsa da, geçmişte böyle bir girişimin olması ve ilerleme kaydedilmesi dikkate değerdir. Sonuç olarak, uluslararası hukuk perspektifinden Uygur ve diğer Türkî Müslümanlara yönelik insan hakları ihlalleri, hem kültürel bir soykırım hem de insanlığa karşı bir suç teşkil etmektedir.

<sup>149</sup>United Nations Office on Genocide Prevention and the Responsibility to Protect, “Crimes against humanity”, <<https://www.un.org/en/genocideprevention/crimes-against-humanity.shtml#:~:text=In%20contrast%20with%20genocide%2C%20crimes,of%20its%20affiliation%20or%20identity.>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

## KAYNAKÇA

- Al Jazeera, “Uighur siblings in India jail since 2013 face deportation threat”, 2023, <<https://www.aljazeera.com/news/2023/6/6/uighur-siblings-in-india-jail-since-2013-face-deportation-threat>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- AFP, “Inside China’s Internment Camps: Tear gas, Tasers and Textbooks”, 2018, <<https://www.afp.com/en/inside-chinas-internment-camps-tear-gas-tasers-and-textbooks>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- AP News, “China’s mass indoctrination camps evoke Cultural Revolution”, 2018, <<https://apnews.com/article/kazakhstan-ap-top-news-international-news-china-china-clamps-down-6e151296fb194f85ba69a8babd972e4b>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.
- Arya S, “Xinjiang: China’s Fourth Frontier”, CLAWS Journal, 2010.
- Athallah M R, “Violation of the Convention Againsts Torture in the Xinjiang Education Camp”, Universitas Muhammadiyah Yogyakarta Jalan Ringroad Barat, 2022.
- Bachman J, Cultural Genocide: Law, Politics, and Global Manifestations, Routledge, 2019.
- BBC News, “Four sentenced in China over Kunming station attack”, 2014, <<https://www.bbc.com/news/world-asia-china-29170238>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- BBC News, “If the others go I’ll go’: Inside China’s scheme to transfer Uighurs into work”, 2021, <<https://www.bbc.com/news/world-asia-china-56250915>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- BBC News, “Their goal is to destroy everyone: Uighur camp detainees allege systematic rape”, 2021, <<https://www.bbc.com/news/world-asia-china-55794071>> Erişim Tarihi 13 Aralık 2022.
- BBC News, “Who are the Uyghurs and why is China being accused of genocide?”, 2022, <<https://www.bbc.com/news/world-asia-china-22278037>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2022. Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- BBC News, “Uyghur imams targeted in China’s Xinjiang crackdown”, 2022, <<https://www.bbc.com/news/world-asia-china-56986057>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

- BBC News, “The cost of speaking up against China”, 2021, <<https://www.bbc.com/news/world-asia-china-56563449>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- BBC News, “China has created a dystopian hellscape in Xinjiang, Amnesty report says”, 2021, <<https://www.bbc.com/news/world-asia-china-57386625>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Berlie J A, *Islam in China: Hui and Uyghurs Between Modernization and Sinicization*, White Lotus Press, 2004.
- Bilsky L/Klagsbrun R, “The Return of Cultural Genocide?”, *European Journal of International Law*, 29(2), 2018, s.373–396.
- Blair P, “China’s Threat to Human Rights Through the Cold Genocide of the Falun Gong and Uyghur Populations”, The Florida State University, 2021.
- Business Insider, “From growing a beard to complaining about porn: Here are the flimsy excuses China uses to throw Uighur Muslims into prison camps”, 2018, <<https://www.businessinsider.com/china-gives-these-excuses-to-imprison-uighur-ethnic-minority-2018-9>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Bütün Kişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance), 2010, <<https://tihv.org.tr/wp-content/uploads/2020/04/bm-butun-kisilerin-zorla-kaybedilmeden-korunmasına-dair-uluslararası-sozlesme.pdf>, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced> > Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Byler D, “Uyghur Human Rights Violations in Northwest China”, University of Washington, 2018.
- Chinese Human Rights Defenders, “China: Massive Numbers of Uyghurs and Other Ethnic Minorities Forced into Re-education Programs”, 2018, <<https://www.nchrd.org/2018/08/china-massive-numbers-of-uyghurs-other-ethnic-minorities-forced-into-re-education-programs>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Chou B K P, “The Change of Chinas’s Rule in Xinjiang Since the Early 1980s”, *Chinese Law & Government*, 2012.
- Clarke M, “China’s War on Terror in Xinjiang: Human Security and the Causes

of Violent Uyghur Separatism”, *Terrorism and Political Violence*, 20(2), 2008, s.271-301.

Clarke M, *Xinjiang and China's Rise in Central Asia: A History*, 1st Edition, Routledge, 2011.

Clarke M, “Widening the net: China's anti-terror laws and human rights in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region”, *The International Journal of Human Rights*, 2010.

CNN, “Disturbing video shows hundreds of blindfolded prisoners in Xinjiang”, 2019, <<https://edition.cnn.com/2019/10/06/asia/china-xinjiang-video-intl-hnk/index.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

CNN, “Uyghurs are being deported from Muslim countries, raising concerns about China's growing reach”, 2021, <<https://edition.cnn.com/2021/06/08/middleeast/uyghur-arab-muslim-china-disappearances-cmd-intl/index.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, “Concluding observations on the combined fourteenth to seventeenth periodic reports of China (including Hong Kong, China and Macao, China)”, CERD/C/CHN/CO/14-17, 2018, <<https://www.ohchr.org/en/documents/concluding-observations/cerdchnco14-17-concluding-observations-combined-fourteenth>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Cornell Law School, “Genocide”, < <https://www.law.cornell.edu/wex/genocide>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Council on Foreign Relations, “China's Repression of Uyghurs in Xinjiang”, <<https://www.cfr.org/backgrounder/china-xinjiang-uyghurs-muslims-repression-genocide-human-rights>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.

Duguri U S/Salleh M A/Hassan I, “The Xinjiang Uyghur Autonomous Region's Historical Background and Uyghur Human Rights Situation”, *Isagoge*, 1(6), 2021.

Encyclopedia Britannica, “Xinjiang”, <<https://www.britannica.com/place/Xinjiang>> Erişim Tarihi 1 Aralık 2022.

Financial Times, “Uighur children fall victim to China anti-terror drive”, 2018, <<https://www.ft.com/content/f0d3223a-7f4d-11e8-bc55-50daf11b720d>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Finnegan C, “The Uyghur Minority in China: A Case Study of Cultural Genocide, Minority Rights and the Insufficiency of the International

Legal Framework in Preventing State-Imposed Extinction”, *Laws*, 9(1), 2020.

Genocide Watch, “Genocide Emergency Alert”, <<https://www.genocidewatch.com/single-post/genocide-emergency-alert-for-xinjiang-china>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2022.

Gurtov M, “US-China Relations and Human Rights: The Xinjiang Case”, *Johns Hopkins University Press*, 45(1), 2021.

Holder R, “On the interrelatedness of human rights, culture and religion: considering the significance of cultural rights in protecting the religious identity of China’s Uyghur minority”, *The International Journal of Human Rights*, 2020.

Hong Kong Free Press, “No place to hide: exiled Chinese Uighur Muslims feel state’s long reach”, 2018, <<https://www.hongkongfp.com/2018/08/19/no-place-hide-exiled-chinese-uighur-muslims-feel-states-long-reach/>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Human Rights Watch, “Break Their Lineage, Break Their Roots”, 2021, <<https://www.hrw.org/report/2021/04/19/break-their-lineage-break-their-roots/chinas-crimes-against-humanity-targeting>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Human Rights Watch, “China: Free Xinjiang ‘Political Education’ Detainees”, 2017, <<https://www.hrw.org/news/2017/09/10/china-free-xinjiang-political-education-detainees>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Human Rights Watch, “Ending the One-Child Policy Does Not Equal Reproductive Freedom in China”, 2015, <<https://www.hrw.org/news/2015/10/29/dispatches-ending-one-child-policy-does-not-equal-reproductive-freedom-china>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2022.

Human Rights Watch, “Eradicating Ideological Viruses”, 2018, <<https://www.hrw.org/report/2018/09/10/eradicating-ideological-viruses/chinas-campaign-repression-against-xinjiangs>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Human Rights Watch, “Egypt: Don’t Deport Uyghurs to China”, 2017, <<https://www.hrw.org/news/2017/07/07/egypt-dont-deport-uyghurs-china>>

Human Rights Watch, “World Report 2022”, <<https://www.hrw.org/world-report/2022>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Human Rights Watch, “Tiger Chairs and Cell Bosses”, <<https://www.hrw.org/>

report/2015/05/13/tiger-chairs-and-cell-bosses/police-torture-criminal-suspects-china> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Human Rights Watch, “Mass Surveillance in China”, <<https://www.hrw.org/tag/mass-surveillance-china>> Erişim Tarihi 2 Ekim 2023.

International Criminal Court, “Al Bashir Case”, <<https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “Zdrovko Tolimir Case”, <[https://www.icty.org/x/cases/tolimir/cis/en/cis\\_tolimir\\_en.pdf](https://www.icty.org/x/cases/tolimir/cis/en/cis_tolimir_en.pdf)> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.

Ismira A/Tennang A A, “Xinjšang Human Right Violation and Radicalism Issues: A Development Inequality Framing”, Jurnal Hubungan Internasional, 2(1), 2019.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (Universal Declaration of Human Rights), 1948, <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf>, <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

İşkenceye Ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı Veya Onur Kırıcı Muamele Veya Cezaya Karşı Sözleşme (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 1984, <[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093751bm\\_10.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093751bm_10.pdf), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Just Security, “Genocide against the Uyghurs: Legal Grounds for the United States’ Bipartisan Genocide Determination”, <<https://www.justsecurity.org/74388/genocide-against-the-uyghurs-legal-grounds-for-the-united-states-bipartisan-genocide-determination/>> Erişim Tarihi 27 Ocak 2021.

Johansson T, “Cultural Genocide in International Law: An Assessment”, Orebrö University, 2019.

Katzenstein P J, Sinicization and the Rise of China: Civilizational processes beyond East and West, 1st Edition, Routledge, 2012.

Kent A E, Between Freedom and Subsistence: China and Human Rights, Oxford University Press, 1994.

Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi (International Covenant on

- Civil and Political Rights), 1966, <[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm\\_05.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Lee J R, *The Islamic Republic of Eastern Turkestan and the Formation of Modern Uyghur Identity in Xinjiang*, Kansas State University, 2006.
- Lefebvre V, “Accountability for Uyghur Cultural Genocide under International Law: Call for an Overhaul of the International Treaties Framing the Crime of Genocide”, <<https://www.growthinktank.org/en/accountability-for-uyghur-cultural-genocide-under-international-law-call-for-an-overhaul-of-the-international-treaties-framing-the-crime-of-genocide/>> Erişim Tarihi 25 Aralık 2022.
- Lemkin R, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, 1944.
- Leonard M, *What Does China Think?*, 1st Edition, Fourth State, 2008.
- Maizland L, “China’s Repression of Uyghurs in Xinjiang”, Council on Foreign Relations, 2022, <<https://www.cfr.org/background/china-xinjiang-uyghurs-muslims-repression-genocide-human-rights>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Majie Z, “Deng Xiaoping’s Human Rights Theory”, *Cultural Impact on International Relations*, 2002, s.79-89.
- Millward J A, *Eurasian Crossroads: A History of Xinjiang*, 1st Edition, Columbia University Press, 2007.
- Mukherjee K, “The Uyghur Question in Contemporary China”, *Strategic Analysis*, 2010, s.420-435.
- Murphy L T/Nyrola E/Tobin D, “Until Nothing is Left: China’s Settler Corporation and its Human Rights Violations in the Uyghur Region”, The Helena Kennedy Centre for International Justice, 2022.
- NBC News, “Uighurs accuse China of mass detention, torture in landmark complaint”, 2020, <<https://www.nbcnews.com/news/world/uighurs-accuse-china-mass-detention-torture-landmark-complaint-n1239493>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Stublely P, “Uighur Muslims forbidden to pray or grow beards in China’s ‘re-education’ camps, former detainee reveals”, *The Independent*,

- 2019, <<https://www.independent.co.uk/news/world/asia/china-uyghur-muslim-education-camps-forbidden-beards-pray-pork-xinjiang-a8835861.html>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2022.
- Radio Free Asia, “At Least 150 Detainees Have Died in One Xinjiang Internment Camp: Police Officer”, 2019, <<https://www.rfa.org/english/news/uyghur/deaths-10292019181322.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Radio Free Asia, “Elderly Uyghur Woman Dies in Detention in Xinjiang Political Re-Education Camp”, 2018, <<https://www.rfa.org/english/news/uyghur/woman-05242018164854.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Radio Free Asia, “Uyghur Father of Two Dies After Falling Ill in Xinjiang Re-Education Camp”, 2018, <<https://www.rfa.org/english/news/uyghur/father-04122018153525.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Radio Free Asia, “Uyghur Man Buried Amid Strict Security After Latest Xinjiang Reeducation Camp Death”, 2018, <<https://www.rfa.org/english/news/uyghur/gulja-burial-06082018164250.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Radio Free Asia, “Uyghur Teenager Dies in Custody at Political Re-Education Camp”, 2018, <<https://www.rfa.org/english/news/uyghur/teenager-03142018154926.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Radio Free Asia, “Timeline of Chen Quanguo’s Uyghur Region Policy”, <<https://www.rfa.org/english/news/special/uyghur-oppression/>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Rakhima A S/Satyawati N G A D, “Gross Violations of Human Rights Veiled within Xinjiang Political Reeducation Camps”, Kertha Patrika, 41(1), 2019.
- Rayila M, “The Pain of a Nation: The Invisibility of Uyghurs in China Proper”, The Equal Rights Review, 2011.
- Reuters, “Tracking China’s Muslim Gulag”, 2018, <<https://www.reuters.com/investigates/special-report/muslims-camps-china/>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Robert H. Jackson Center, “The Influence of the Nuremberg Trial on International Criminal Law”, (Ed. Tove Rosen), <<https://www.roberthjackson.org/speech-and-writing/the-influence-of-the->



- nuremberg-trial-on-international-criminal-law/> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Rogers R A, “Human Rights in Xinjiang 1978-2007: Internationalisation of the Uyghur Dilemma and China’s Reaction”, *The Journal of International Studies*, 2020.
- Rogers R A, “The Radicalisation of Xinjiang: Its Roots and Impact on Human Rights”, *Contemporary Chinese Political Economy and Strategic Relations: An International Journal*, 4(2), 2018, s.487-512.
- Ruser N/Leibold J/Munro K/Hoja T, “Cultural Erasure”, *Australian Strategic Policy Institute*, 2020, <<https://www.aspi.org.au/report/cultural-erasure>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Schabas W A, *Genocide in International Law*, 2nd Edition, Cambridge University Press, 2009.
- Senapati C, “Rise of China and Ethnic Minority in Xinjiang: A Case of Development and Security”, *Jindal School of International Affairs*, 5(1), 2018.
- Shalihah F/Fiqri M R/Arief M, “Violation of the Universal Declaration of Human Rights 1948 for Crimes Against Humanity in Myanmar and China”, *Jurnal Selat*, 8(2), 2021.
- Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), 1948, <[https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.1\\_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf), [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm\\_11.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm_11.pdf)> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.
- Spiegel International, “The Equivalent of Cultural Genocide”, 2019, <<https://www.spiegel.de/international/world/chinese-oppression-of-the-uyghurs-like-cultural-genocide-a-1298171.html>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2022.
- Stanton G H, “Ten Stages of Genocide”, <<http://genocidewatch.net/wp-content/uploads/2012/06/The-Ten-Stages-of-Genocide-handout.pdf>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.
- Stern J, “Genocide in China: Uighur Re-education Camps and International Response”, *Immigration and Human Rights Law Review*, 3(1), 2021.

Störig H, "The Uyghurs of China: A Genocide in the Making - Tracking the Stages of Genocide", Malmö University, 2020.

Szadziewski H, "The push for a Uyghur Human Rights Policy Act in the United States: recent developments in Uyghur activism", Asian Ethnicity, 2019.

The Atlantic, "China's Jaw-Dropping Family Separation Policy", 2018, <<https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/09/china-internment-camps-uyghur-muslim-children/569062/>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

The Diplomat, "Confessions of a Xinjiang Camp Teacher", <<https://thediplomat.com/2020/08/confessions-of-a-xinjiang-camp-teacher/>> Erişim tarihi 20 Aralık 2022.

The Guardian, "If I left, I'd have to go without a word': how I escaped China's mass arrests", 2023, <<https://www.theguardian.com/world/2023/aug/01/my-escape-from-chinas-mass-arrests-uyghurs-xinjiang-reeducation-camps>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2023.

The Guardian, "Chinese agents operating abroad to get Uyghurs deported, ICC told", 2021, <<https://www.theguardian.com/world/2021/nov/11/chinese-agents-operating-abroad-to-get-uyghurs-deported-icc-told>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

The Independent, "China accused of genocide over forced abortions of Uighur Muslim women as escapees reveal widespread sexual torture", 2019, <<https://www.independent.co.uk/news/world/asia/china-uyghur-muslim-women-abortions-sexual-abuse-genocide-a9144721.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

The Independent, "Muslim woman describes torture and beatings in China detention camp: 'I begged them to kill me'," 2018, <<https://www.independent.co.uk/news/world/asia/uyghur-muslim-china-mihrigultursun-torture-reeducation-camps-a8656396.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

The Independent, "Uighur Muslims forbidden to pray or grow beards in China's 're-education' camps, former detainee reveals", 2019, <<https://www.independent.co.uk/news/world/asia/china-uyghur-muslim-education-camps-forbidden-beards-pray-pork-xinjiang-a8835861.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

The New York Times, "Absolutely No Mercy: Leaked Files Expose How

China Organized Mass Detentions of Muslims”, 2019, <<https://www.nytimes.com/interactive/2019/11/16/world/asia/china-xinjiang-documents.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

The New York Times, “China’s Detention Camps for Muslims Turn to Forced Labor”, 2018, <<https://www.nytimes.com/2018/12/16/world/asia/xinjiang-china-forced-labor-camps-uighurs.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

The National World War II Museum, “The Nuremberg Trial and its Legacy”, <<https://www.nationalww2museum.org/war/articles/the-nuremberg-trial-and-its-legacy#:~:text=The%20first%20international%20war%20crimes,Nazis%20accountable%20for%20their%20crimes.&text=Top%20Image%3A%20Nazi%20defendants%20at,Military%20Tribunal%20in%20November%201945.>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

The State Council Information Office of the People’s Republic of China, “Xinjiang Population Dynamics and Data”, <<http://www.scio.gov.cn/zfbps/32832/Document/1713594/1713594.htm>> Erişim Tarihi 1 Aralık 2022.

The Washington Post, “Abortions, IUDs and sexual humiliation: Muslim women who fled China for Kazakhstan recount ordeals”, <[https://www.washingtonpost.com/world/asia\\_pacific/abortions-iuds-and-sexual-humiliation-muslim-women-who-fled-china-for-kazakhstan-recount-ordeals/2019/10/04/551c2658-cfd2-11e9-a620-0a91656d7db6\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/abortions-iuds-and-sexual-humiliation-muslim-women-who-fled-china-for-kazakhstan-recount-ordeals/2019/10/04/551c2658-cfd2-11e9-a620-0a91656d7db6_story.html)> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.

The Washington Post, “She survived a Chinese internment camp and made it to Virginia. Will the U.S. let her stay?”, 2019, <<https://www.washingtonpost.com/world/2019/11/17/she-survived-chinese-internment-camp-made-it-virginia-will-us-let-her-stay/>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2022.

The Washington Post, “Former inmates of China’s Muslim ‘reeducation’ camps tell of brainwashing, torture”, 2018, <[https://www.washingtonpost.com/world/asia\\_pacific/former-inmates-of-chinas-muslim-re-education-camps-tell-of-brainwashing-torture/2018/05/16/32b330e8-5850-11e8-8b92-45fdd7aaef3c\\_story.html?noredirect=on](https://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/former-inmates-of-chinas-muslim-re-education-camps-tell-of-brainwashing-torture/2018/05/16/32b330e8-5850-11e8-8b92-45fdd7aaef3c_story.html?noredirect=on)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

The Week, “China releases data showing rise in Uighur population in Xinjiang”, <<https://www.theweek.in/news/world/2021/09/27/china->

releases-data-showing-rise-in-uyghur-population-in-xinjiang.html> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.

Trial International, “Crimes Against Humanity”, <<https://trialinternational.org/topics-post/crimes-against-humanity/>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Tursun N, “1933 ve 1944 Yıllarında Kurulan Doğu Türkistan Cumhuriyetleri Hakkındaki Kaynaklar ve Bu Kaynakların Değeri”, Uluslararası Uygur Araştırmaları Dergisi, 16, 2020, s.233-257.

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, “Assessment of human rights concerns in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region, People’s Republic of China”, 2022, Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

United Nations Office on Genocide Prevention and the Responsibility to Protect, “Genocide”, <<https://www.un.org/en/genocideprevention/genocide.shtml#:~:text=To%20constitute%20genocide%2C%20there%20must,to%20simply%20disperse%20a%20group.>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

United Nations Office on Genocide Prevention and the Responsibility to Protect, “Crimes against humanity”, <<https://www.un.org/en/genocideprevention/crimes-against-humanity.shtml#:~:text=In%20contrast%20with%20genocide%2C%20crimes,of%20its%20affiliation%20or%20identity.>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

United Nations General Assembly, “Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal”, 1950, <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/7\\_1\\_1950.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

United Nations Secretary-General, “Supplementary Report on the Work of the Organization (A/65/Add.1)”, 1946, <[https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_95-I/ga\\_95-I\\_ph\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_ph_e.pdf)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

United States Holocaust Memorial Museum, “Chinese Persecution of the Uyghurs”, <<https://www.ushmm.org/genocide-prevention/countries/china/chinese-persecution-of-the-uyghurs>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Ulusal ya da Etnik, Dinsel ve Dinsel Azınlıklara Mensup Kişilerin Hakları Bildirgesi (Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities), 1992, <[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020094647bm\\_20.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020094647bm_20.pdf)> Erişim

Tarihi 10 Aralık 2022.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (Rome Statues of the International Criminal Court),1998,<[http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459\\_1.pdf](http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf), <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Uyghur Human Rights Project, “Ideological Transformation”, 2020, <[https://docs.uhrp.org/pdf/UHRP\\_QaraqashDocument.pdf](https://docs.uhrp.org/pdf/UHRP_QaraqashDocument.pdf)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Uyghur Human Rights Project, “New Report Finds Arab States have Deported or Detained 292 Uyghurs at China’s Bidding”, 2022, <<https://uhrp.org/statement/new-report-finds-arab-states-have-deported-or-detained-292-uyghurs-at-chinas-bidding/>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Uyghur Human Rights Project, “The Mass Internment of Uyghurs: “We Want to be Respected as Humans. Is it too much to ask?”, 2018, <<https://uhrp.org/report/the-mass-internment-of-uyghurs-we-want-to-be-respected-as-humans-is-it-too-much-to-ask/#Methodology>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

VOA News, “Exiled Uyghurs Fear China’s Reach”, 2022, <<https://www.voanews.com/a/exiled-uyghurs-fear-china-s-reach/6575667.html>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Xinjiang Victims Database, <<https://shahit.biz/eng/#home>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Waller J/Albornoz M S, “Crime and No Punishment? China’s Abuses Against the Uyghurs”, Georgetown Journal of International Affairs, 22(1), 2021, s.100-111.

Zenz A, “Break Their Roots: Evidence for China’s Parent-Child Separation Campaign in Xinjiang”, Journal of Political Risk, 7(7), 2019.

Zenz A, “New Evidence for China’s Political Re-Education Campaign in Xinjiang”, China Brief,2018,<<https://jamestown.org/program/evidence-for-chinas-political-re-education-campaign-in-xinjiang>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

Zenz A, “Sterilizations, IUDs, and Mandatory Birth Control: The CCP’s Campaign to Suppress Uyghur Birthrates in Xinjiang”, The Jamestown Foundation, 2020.

Zenz A, “Wash Brains, Cleanse Hearts: Evidence from Chinese Government

Documents about the Nature and Extent of Xinjiang's Extrajudicial Internment Campaign", *Journal of Political Risk*, 7(11), 2019.

Zorla Çalıştırmanın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (Abolition of Forced Labour Convention),1957,<[https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377271/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377271/lang--tr/index.htm), [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C105](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C105)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.