

# SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

*Selçuk Law Review*



Cilt  
Volume  
32

Sayı  
Number  
3

Yıl  
Year  
2024



# Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

**Yayıncı | Publisher**

Selçuk Üniversitesi Yayınları, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Press, 42150, Konya, Turkey

Yayına Başlangıç: 1979

Start of Broadcast: 1979

Yayıncı Sertifika Numarası: 43463

Publisher Certificate Number: 43463

**Sahibi | Owner**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law

Dekan | Dean

Prof. Dr. Berrin AKBULUT

**Baş Editör | Editor-in-Chief**

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER

hsumer@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

**Editörler | Editors**

Dr. Öğr. Üyesi M. Emre ULUSOY

meulusoy@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra ÖLMEZ

cansuolmez@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

**Editör Yardımcıları | Deputy Editors**

Arş. Gör. Nurtaç ENDES SELVİ

nurend@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Murat AÇIL

muratacil@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Muhammed Furkan SOYLU

muhammedfurkansoylu@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Saliha HALICI

salihah14@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gökçe ALTINEL  
altinelgokce@gmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Nedime Tuğçe YİĞİT  
ntozyilmaz@selcuk.edu.tr  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Zeynep Sena ÖZAYDIN  
zeynep.acar@selcuk.edu.tr  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Enes EKŞİ  
enes.eksi@selcuk.edu.tr  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Yasemin TÜRKMEÑOĞLUI  
yaseminavci@selcuk.edu.tr  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gülizar Feyza BAYRAK  
gfeyzakendir@gmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU  
Ahmet.kuzucuoglu.selcuk.edu.tr  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Muhammet Emin ORDU  
muhammet.ordu@selcuk.edu.tr  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

**Yayın Kurulu | Editorial Board**

**Prof. Dr. Andreas Spickhoff**  
Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-  
Universität Munich (Germany)

**Prof. Dr. Petra Butler**  
Faculty of Law, Victoria University of  
Wellington (New Zealand)

**Prof. Dr. Shobhalata Udupudi**  
Gujarat National Law University (India)

**Prof. Dr. Furqan Ahmad**  
The Indian Law Institute (India)

**Prof. Dr. Maleka Femida Cassim**  
Faculty of Law, University of Pretoria  
(South Africa)

**Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina**  
Faculty of Law, Kazan Federal University  
(Kazan)

**Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. Berrin Akbulut**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. Musa Aygöl**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. George A. Bermann**  
School of Law, Columbia University (USA)

**Prof. Dr. Venkata Rao**  
National Law School, India University (India)

**Prof. Dr. Sheela Rai**  
National Law School, University Odisha  
(India)

**Prof. Dr. Koos Malan**  
Faculty of Law, University of Pretoria  
(South Africa)

**Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko**  
Faculty of Law, University of Johannesburg  
(South Africa)

**Asst. Prof. Monika Tomaszewska**  
Faculty of Law and Administration,  
University of Opole (Poland)

**Prof. Dr. Ramazan Yıldırım**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. Ümit Süleyman Üstün**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

## Danışmanlar Kurulu | Advisory Board\*

<p><b>Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk</b> Faculty of Law, Yeditepe University İstanbul, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Mustafa Akkaya</b> Faculty of Law, East. Mediterranean University Famagusta, North Cyprus</p>
<p><b>Prof. Dr. Mustafa Aksu</b> Faculty of Law, İstanbul University İstanbul, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay</b> Faculty of Law, Antalya Bilim University Antalya, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Şahin Akıncı</b> Faculty of Law, İstanbul Comm. University İstanbul, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz</b> Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Sevgi Gül Akyılmaz</b> Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Mehmet Altunkaya</b> Faculty of Law, Akdeniz University Antalya, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Ömer Anayurt</b> Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Zekeriyya Arı</b> Faculty of Law, Bursa Uludağ University Bursa, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Ramazan Arslan</b> Faculty of Law, Başkent University Ankara, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Murat Atalı</b> Faculty of Law, İstanbul University İstanbul, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Yavuz Atar</b> Faculty of Law, İbn Haldun University İstanbul, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Leyla Ateş</b> Faculty of Law, Altınbaş University İstanbul, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Mustafa Avcı</b> Faculty of Law, Social Sci. University of Ankara Ankara, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Murat Aydoğdu</b> Faculty of Law, Dokuz Eylül University İzmir, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Rıza Ayhan</b> Faculty of Law, Başkent University Ankara, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Mehmet Nusret Bedük</b> Faculty of Law, Tekirdağ N.K. University Tekirdağ, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Faruk Bilir</b> Personal Data Protection Authority Ankara, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu</b> Faculty of Law, İstanbul Aydın University İstanbul, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Halil Cin</b> Faculty of Law, Ufuk University Ankara, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Hayrettin Çağlar</b> Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Serkan Çınarlı</b> Faculty of Law, İzmir Bakırçay University İzmir, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Abdullah Dinçkol</b> Faculty of Law, Doğuş University İstanbul, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Vahit Doğan</b> Faculty of Law, İstanbul Aydın University İstanbul, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Ayhan Döner</b> Faculty of Law, Erzincan B.Y. University Erzincan, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Fikret Eren</b> Faculty of Law, Başkent University Ankara, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Ali Erten</b> Faculty of Law, Bilkent University Ankara Turkey</p>

\* Danışmanlar Kurulu, Unvan ve Soyadına göre alfabetik sıraya dizilmiştir.  
Advisory Board is listed in alphabetical order by Title and Surname.

**Prof. Dr. Fethi Gedikli**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Aydın Gülan**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Arslan Kaya**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Nuran Koyuncu**  
Faculty of Law, N.E. University  
Konya, Turkey

**Prof. Dr. Fevzi Rifat Ortaç**  
Faculty of Law, KTO Karatay University  
Konya, Turkey

**Prof. Dr. İbrahim Özbay**  
Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University  
Tokat, Turkey

**Prof. Dr. Oğuz Sancakdar**  
Faculty of Law, Dokuz Eylül University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. İbrahim Subaşı**  
Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Doğan Şenyüz**  
Faculty of Law, Bursa Uludağ University  
Bursa, Turkey

**Prof. Dr. İlhan Uluşan**  
Faculty of Law, İstanbul Kültür University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Sevilay Uzunallı**  
Faculty of Law, Yaşar University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. Yener Ünver**  
Faculty of Law, Özyeğin University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. İlhan Üzülmöz**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel**  
Faculty of Law, İstanbul Medipol University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla**  
Faculty of Law, Bahçeşehir University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Hüseyin Hatemi**  
Faculty of Law, İstanbul Comm. University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz**  
Faculty of Law, Dokuz Eylül University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. Yüksel Metin**  
Faculty of Law, Süleyman Demirel University  
Isparta, Turkey

**Prof. Dr. M. Turgut Öz**  
Faculty of Law, İstanbul Kültür University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. İzzet Özgenc**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Doğan Soyaslan**  
Faculty of Law, Çankaya University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Cumhur Şahin**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Hasan Tunç**  
Faculty of Law, Cyprus Int. University  
Nicosia, North Cyprus

**Prof. Dr. M. Fatih Uşan**  
Faculty of Law, Ankara Y.B. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Mehmet Ünal**  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Hakan Üzeltürk**  
Faculty of Law, Yeditepe University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Cevdet Yavuz**  
Faculty of Law, İstanbul Medipol University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Ejder Yılmaz**  
Faculty of Law, Bilkent University  
Ankara, Turkey

# Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

## Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

### Hakkında

**Amacı:** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

**Kapsamı:** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda dört kez (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) hem elektronik ortamda hem de basılı olarak yayımlanan ve uluslararası indekslerde taranan hakemli bir dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR Dizin tarafından taranmakta olup Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliğine uygundur. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlardaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

**Kısaltma:** Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

### About

**Aim:** Selçuk Law Review aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles in the field of law.

**Scope:** Selçuk Law Review is a peer-reviewed journal published four times a year (March, June, September, December) both electronically and in print and scanned in international indexes. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

**Abbreviation:** SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

### Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 00 45 +90 332 241 01 05

[selcuk.edu.tr/hukuk/tr](http://selcuk.edu.tr/hukuk/tr) & [dergipark.org.tr/suhfd](http://dergipark.org.tr/suhfd)

[hukukdergi@selcuk.edu.tr](mailto:hukukdergi@selcuk.edu.tr)

### Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 18 47 [selcukbasimevi@gmail.com](mailto:selcukbasimevi@gmail.com)

Basım Tarihi: Eylül 2024

Publication Date: September 2024



## İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

SÜHFD., 2010 yılından itibaren <b>TR DİZİN</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>TR DİZİN</b> since 2010.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren <b>ERIHPLUS</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>ERIHPLUS</b> since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren <b>EuroPub Index</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>EuroPub Index</b> since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren <b>DOAJ</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>DOAJ</b> since 2020.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>HeinOnline</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>HeinOnline</b> since 2017.
SÜHFD., 2016 yılından itibaren <b>Asos Academia Social Science Index</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>Asos Academia Social Science Index</b> since 2016.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>SOBIAD</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>SOBIAD</b> since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>Google Scholar</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>Google Scholar</b> since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>Crossref</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>Crossref</b> since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>OpenAIRE</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>OpenAIRE</b> since 2017.

## Yayın İlkeleri

### Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “**Adı SOYADI**” biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte \* işareti kullanarak dipnotta vermelidir. Derginin her sayısında bir yazara ait yalnızca bir makale yayınlanabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en az 100 - en fazla 150 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 12.000 kelimedenden fazla olmamalıdır. Kelime sayısına Kaynakça dahil değildir.

4. **Metin yazıları:** “Palatino Linotype” karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satırı özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. “Başlık 1” biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 asılı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmelidir. Dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı, “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip

## Publication Principles

### Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as “**Name SURNAME**”. The information about the author is located on the right side of the page. Authors should take the “ORCID” number and this should be pointing in the footnote with the \* sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). In each number of the SLR, only one article written by same authors may be published.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of minimum 100 - maximum 150 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be included at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm head and bottom and also each side. Articles prepared in this way cannot be exceed more than 12.000 words.

4. **Manuscripts:** Character fonts should be “Palatino Linotype” font and written in 11 size. The first line space should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. “Style 1” format should only be used for the main title of the article.

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME – Name, Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name, “Article Name” (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname, a short

atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

#### Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, "DergiPark" üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar "DergiPark" sistemi üzerinden yürütülmektedir.

7. Gönderilen makalenin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

8. Makale ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali hakların Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olduğunu kabul ederler.

#### Ön İnceleme Aşaması

9. Makaleler,  iThenticate intihal programında incelenir. İntihal/benzerlik oranı en fazla % 20 olabilir. İntihal/benzerlik oranı % 20'ün üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir.

10. Makaleler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editör kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editör kurulu tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

#### Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Makaleler, gizli tutulan iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale üçüncü bir hakeme gönderilir. Herhangi bir gerekçe veya açıklama içermeyen bir raporun varlığı

name of article and page numbers may be used.

#### Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via "DergiPark". All stages, including the review of the referees, are carried out through the "DergiPark" system.

7. The article should not be published or submitted for publication in any other review.

8. The copyright transfer form must be filled out along with the article. In this context, authors will not be paid copyright. The authors acknowledge that all publication rights and financial rights, including any format, on the published works belong to the Selçuk University Faculty of Law.

#### Preliminary Examination Process

9. All articles are examined in the plagiarism program  iThenticate. Plagiarism/similarity ratio cannot be over 20 %. Articles with a plagiarism rate over 20 % are rejected directly by the editorial board.

10. The articles are firstly evaluated by the editorial board in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors are required to complete the corrections requested by the editorial board within 15 days. Otherwise, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

#### Process of the Referee Evaluation

11. The articles shall not be published without obtaining the positive opinions of the two referees who are kept confidential or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee. In the event of a report without any

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 20 gün olup bu süre zorunluluk halinde 20 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Editörlük hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 50 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayımlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Editörlük'ün eseri yayımlamama yetkisi vardır.

#### **Makale Düzeltme Aşaması**

14. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

#### **Dergi Dizgi Aşaması**

15. Her iki hakemden yayımlanabilir raporu almış olsa bile, bir eser dergiye gönderim tarihinden itibaren bir aydan önce erken görünüme alınamaz.

16. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır. Her sayı için azami 20 araştırma makalesi yayımlanması planlanmaktadır.

justification or explanation, the Editorship's right to determine a new arbitrator is reserved.

12. The period of evaluation given to the referee is 20 days and can be extended 20 days if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 50 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

#### **Process of the Article Correction**

14. The time allowed for the authors to complete the corrections stated in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the revisions within one month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

#### **Process of the Review Typographic**

15. Even if both referees reported that the study can be published, the study cannot be published earlier than one month from the date its submission to the review.

16. The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue. It is planning that maximum 20 research articles can be published in each Issue.

**İçindekiler**  
**Table of Contents**

**Araştırma Makaleleri**

**Research Articles**

- Otonom Araçlarla Gerçekleşen Kazalarda Araç Sürücülerinin ve Üreticilerinin Ceza Sorumluluğu** 1231-1295  
CRIMINAL LIABILITY OF VEHICLE DRIVERS AND MANUFACTURERS IN ACCIDENTS INVOLVING AUTONOMOUS VEHICLES  
Muhammed DEMİREL
- Yasak Cihaz ve Programlar Suçu (TCK M.245/A)** 1297-1337  
THE CRIME OF PROHIBITED DEVICES AND PROGRAMS (TPC ART. 245/A)  
Asuman İNCE TUNÇER
- Ticari İşletmeden Bağımsız Olarak Devredilemeyen Ticaret Unvanının Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehin İşlemine Konu Edilmesi** 1339-1369  
THE PLEDGING OF A TRADE NAME THAT CANNOT BE TRANSFERRED INDEPENDENTLY FROM THE COMMERCIAL BUSINESS WITHIN THE SCOPE OF THE LAW ON PLEDGE OF MOVABLES IN COMMERCIAL TRANSACTIONS  
Bilge AYTUĞAR
- Kapsadığı Kişiler ve Suçlar Açısından 2547 Sayılı Kanun'da Yer Alan Ceza Soruşturması Usulü** 1371-1403  
CRIMINAL PROCEEDINGS PROCEDURE PARTAKING IN THE LAW NUMBERED 2547 IN TERMS OF THE PEOPLE AND OFFENCES WHICH IT HAS INVOLVED  
Sezin ÖZTOPRAK
- Demokratikleşme Sürecinde Post Egemen Anayasa Yapımına Bir Örnek: 1997 Polonya Anayasasının Yapım Süreci ve Bu Sürecin Sorunları** 1405-1457

POST SOVEREIGN CONSTITUTION MAKING IN  
DEMOCRATIZATION PROCESS: MAKING OF 1997  
POLAND CONSTITUTION AND ITS DISCONTENTS  
Murat ERDOĞAN

**Kabahatler Hukukunda Başvuru Kanun Yolu** 1459-1491  
APPLICATION APPEAL IN MISDEMEANOR LAW  
Mehmet Onursal CİN

**Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Koşula Bağlı, İptal  
Edilebilir ve Askıda Hükümsüz Hukukî İşlemlerde Önalım  
Olayının Gerçekleşme Anı** 1493-1532  
THE MOMENT OF THE OCCURRENCE OF THE  
PREEMPTION EVENT IN CONDITIONAL, ANNULABLE,  
AND SUSPENDED LEGAL TRANSACTIONS IN TURKISH,  
SWISS, AND GERMAN LAW  
Harun Mirsad GÜNDAY

**Aile Uyuşmazlıklarının Çözümü Bağlamında Arabuluculuk  
Türleri ve Modelleri** 1533-1569  
MEDIATION TYPES AND MODELS IN FAMILY DISPUTES  
RESOLUTION  
Mubin Burak ÇELİK

**Sağlık Hizmetlerinin Finansmanında Devletin Mali  
Yükümlülüğünün Anayasal Çerçevesi** 1571-1609  
CONSTITUTIONAL FRAMEWORK OF THE STATE'S  
FINANCIAL OBLIGATION IN THE FINANCING OF  
HEALTH SERVICES  
İsmail YAZICIOĞLU

**Siber Risk Sigortası: Alman Siber Risk Sigortası Genel  
Şartları Çerçevesinde Bir İnceleme** 1611-1655  
CYBER RISK INSURANCE: AN ANALYSIS IN THE  
CONTEXT OF THE GENERAL CONDITIONS OF GERMAN  
CYBER SECURITY INSURANCE  
Aydın Alber YÜCE

<b>İdari Yargılama Hukukunda Kesin Hükmün Olumlu Etkisi</b> POSITIVE EFFECT OF THE FINAL JUDGMENT IN THE ADMINISTRATIVE JURISDICTION Alkım AKTAŞ İNAM	1657-1687
<b>AİHM ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda Ceza Muhakemesi Hukukunda Bir Soruşturma Yöntemi Olarak Teşhis</b> IDENTIFICATION AS AN INVESTIGATION METHOD IN CRIMINAL PROCEDURE LAW IN LINE WITH THE SUPREME COURT DECISIONS Hüsnü Sefa ERYILDIZ/ Merve ŞAHİN AKDEMİR	1689-1730
<b>Uluslararası Hukukta Sessizlik</b> SILENCE IN INTERNATIONAL PUBLIC LAW Neslihan ÖZKERİM GÜNER/ Zeynep ERHAN BULUT	1731-1776
<b>Analysis of International Legal Frameworks on Maritime Boundary Delimitation: Judicial Case Examples</b> CDENİZ ALANLARININ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ULUSLARARASI HUKUKİ ÇERÇEVELERİN ANALİZİ: ADLİ DAVA ÖRNEKLERİ ASM Mahmudul HASAN/ Md Syful ISLAM	1777-1806
<b>Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçlarında İçtima Sorunu</b> THE PROBLEM OF CONCURRENCE IN THE OFFENSES OF INTENTIONAL AND NEGLIGENT POLLUTION OF THE ENVIRONMENT İlbilge Selcen PEKER	1807-1860
<b>Anonim Şirketlerde Denetçinin Değiştirilmesi Davası</b> THE AUDITOR REPLACEMENT ACTION IN JOINT STOCK COMPANIES Hayri BOZGEYİK/ Yakup MACİT/ Zehra AVCI	1861-1888

**6306 Sayılı Kanun'da Yer Alan Tapu Harcı İstisnasının Kat Karşılığı Arsa ve Hasılat Paylaşımı Modellerinde Uygulanması**

**1889-1913**

APPLICATION OF THE TITLE DEED FEE EXCEPTION IN  
LAW NO. 6306 IN LAND FOR FLAT AND REVENUE  
SHARING MODELS

Ahmet OZANSOY



**Araştırma Makaleleri**  
**Research Articles**



## OTONOM ARAÇLARLA GERÇEKLEŞEN KAZALARDA ARAÇ SÜRÜCÜLERİNİN VE ÜRETİCİLERİNİN CEZA SORUMLULUĞU

Muhammed DEMİREL\*

### Öz

Teknolojinin gelişmesi, ulaşım alanında da etkisini göstermiştir. Bu çerçevede olası kazalarda sürücüyü ve yolcuları korumak amacıyla hava yastıkları geliştirilmiş, bunu sürücünün araç sürüşünü kolaylaştıran hız takip asistanı, şerit takip asistanı, park asistanı gibi diğer teknolojik gelişmeler takip etmiştir. Nihayetinde bu sistemlerin geliştirilmesiyle günümüzde sürücünün sürekli kontrolünün bulunmadığı, bununla birlikte sürücünün belirli durumlarda müdahalesinin gerekli olduğu araçlar üretilmiştir ki bu araçlara “otonom araç” adı verilmektedir. Bu araçlarla karayollarında olası kazalar engellenmeye çalışılmaktadır. Ancak bu araçların sistem kontrolünde bulunduğu esnada sürücünün başka işlerle meşgul olması gibi yeni durumlar nedeniyle kazaların gerçekleşme şekli değişmiştir. Dolayısıyla sürücüler başta olmak üzere bu araçlarla ilgili kişilerin hukuki ve ceza sorumluluklarının belirlenmesi noktasında yeni tartışmalar ortaya çıkmıştır. Hatta bu nedenle birçok ülkede otonom araçların trafikte kullanıma girmesine yönelik olarak kanunlarda değişiklikler yapılmakta ve hukuki sorunlara çözüm getirmeye çalışılmaktadır. Bu çalışmada, ceza hukuku bağlamında ortaya çıkan

\* Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Assoc. Prof., Istanbul University, Law Faculty, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Istanbul, Türkiye.

✉ demirelm@istanbul.edu.tr, muhammedemirel@gmail.com • ORCID 0000-0001-9162-1459.

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** DEMİREL, Muhammed: “Otonom Araçlarla Gerçekleşen Kazalarda Araç Sürücülerinin ve Üreticilerinin Ceza Sorumluluğu” SÜHFD, C.32, S.3, 2024, s.1231- 1295.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

tartışmalara ve çözümlere değinilecek, ülkemiz mevzuatında hangi değışikliklerin yapılabileceğine ilişkin öneri sunulacaktır.

### **Anahtar Kelimeler**

- Otonom Araç •Otomobil •Ceza Sorumluluğu •Trafik Kazası •Taksirli Suç
- Otonom Araç Sistemi.

## **CRIMINAL LIABILITY OF VEHICLE DRIVERS AND MANUFACTURERS IN ACCIDENTS INVOLVING AUTONOMOUS VEHICLES**

### **Abstract**

The development of technology has also shown its effect in transportation. Within this framework, airbags were first developed to protect the driver and passengers in possible accidents, followed by other technological developments such as speed tracking assistants, lane keeping assistants and parking assistants that facilitate the driver's driving. Eventually, with the development of these systems, vehicles are now being produced where the driver is not in constant control, but where the driver's intervention is required in certain situations. These vehicles are called "autonomous vehicles". With this vehicles, possible accidents on highways are tried to be prevented. However, the way in which accidents occur has changed due to new situations such as the driver being busy with other tasks while these vehicles are under system control. Therefore, new discussions are emerging at the point of determining the legal and criminal responsibilities of persons related to these vehicles, especially drivers. For this reason, amendments are being made to the laws regarding the use of autonomous vehicles in traffic and efforts are being made to solve possible legal problems in many countries. In this study, the discussions and solutions that have emerged in the context of criminal law will be addressed, and suggestions will be made as to what changes can be made in the legislation of our country.

### **Keywords**

- Autonomous Vehicle •Automobile •Criminal Liability •Traffic Accident
- Negligent Offence •Autonomous Vehicle System.

## **GİRİŞ**

Dijital dönüşüm, internet, özel ve ticari iletişim başta olmak üzere hayatın her alanında ilerlemektedir. Bu çerçevede gerek internet üzerinden gerekse yüksek frekanslı hisse senedi alım satımlarında sözleşmeler giderek daha fazla bilgisayarlar üzerinden imzalanmakta, danışmanlık hizmetleri otomatikleştirilmekte, hizmet ve hatta ev robotları imalat

endüstrisi, günlük özel yaşamı zenginleştirmekte, milimetre aralığında yorulmaksızın çalışan yenilikçi cerrahi sistemler, robot destekli operasyonlar gerçekleştirme imkanı sunmaktadır<sup>1</sup>. İşte bu teknolojik gelişim, etkisini ulaşım araçlarında da göstermektedir. Geçtiğimiz yüzyıl içerisinde motorlu taşıtlar, modern dünyada “atsız araba” olarak bir devrime yol açmış, dünyadaki ulaşımın ve daha da önemlisi iletişimin hızlı bir şekilde artmasına neden olmuştur<sup>2</sup>. Bununla birlikte yeni yüzyılla birlikte dünya çapındaki araç şirketleri, şerit takip sistemi gibi araçların otomasyonu ve kendi kendine hareket etmesi üzerinde çalışmaktadır. Bu alandaki rekabetin de etkisiyle oldukça hızlı teknik gelişmelerle birlikte<sup>3</sup> insanlar tarafından yönlendirilen araçların büyük ölçüde otonom şekilde sürülen “robot araçlara” doğru geçişi gündeme gelmiştir<sup>4</sup>. “Otonom araç” olarak ifade edilebilecek bu otomobiller, günümüzdeki büyük teknik gelişmeler arasında sayılabilir<sup>5</sup> ki karayolu taşımacılığında geleceğin, otonom araçlarda yer aldığına herhangi bir şüphe bulunmamaktadır<sup>6</sup>.

- 
- <sup>1</sup> **SCHUSTER**, Frank Peter, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, in Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht, Hrsg. Susanne Beck/Carsten Kusche/Brian Valerius, Nomos, 2020, s. 387; **NEHM**, Kay, „Autonomes Fahren – Bremsen Ethik und Recht den Fortschritt aus?“, Juristenzeitung (JZ) 2018 (8), s. 398; **KANGAL**, Zeynel T., Yapay Zeka ve Ceza Hukuku, On İki Levha, İstanbul 2021, s. 4, 5. Bunlar, yapay zekanın kullanım alanları olarak görülmektedir. Bakınız **AKBULUT**, Berrin, “Yapay Zeka ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXVII, Ekim 2023, S. 4, s. 277.
- <sup>2</sup> **GLESS**, Sabine/**JANAL**, Ruth, “Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren – Risiko und rechtliche Verantwortung“, Juristische Rundschau (JR) 2016, s. 561.
- <sup>3</sup> **GRÜNVOGEL**, Thomas, “Das Fahren von Autos mit automatisierten Funktionen Gesetzliche Änderungen zur Verwendung und Haftung im Straßenverkehr“, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 2017, s. 973. Bu çerçevede *Google* ve *Apple* firmalarının yanı sıra tüm büyük araç üreticilerinin otonom araç için gerekli teknolojileri geliştirmek üzere çalışmalar yürüttükleri bilinmektedir. Bkz. **THOMMEN**, Marc/**MATJAZ**, Sophie, „Die Fahrlässigkeit im Zeitalter autonomer Fahrzeuge“, Zürich Open Repository und Archive, 2017, s. 274.
- <sup>4</sup> **HILGENDORF**, Eric, „Teilautonome Fahrzeuge: Verfassungsrechtliche Vorgaben und rechtspolitische Herausforderungen“, in Rechtliche Aspekte automatisierter Fahrzeuge, Hrsg. Eric Hilgendorf/Sven Hötitzsch/Lennart S. Lutz, Nomos, 2015, s. 15; **KANGAL**, s. 10, 11.
- <sup>5</sup> **HILGENDORF**, Eric, “Automatisiertes Fahren und Recht – ein Überblick“, Juristische Arbeitsblätter (JA), 2018, s. 801.
- <sup>6</sup> **KÖNIG**, Carsten, „Die gesetzlichen Neuregelungen zum automatisierten Fahren“, NZV 2017, s. 123; **DOUMA**, Frank, “Criminal Liability Issues Created by

Otonom araçlarda günümüze kadar insanlar tarafından gerçekleştirilen sürüş işlemlerinin çoğu, önceden planlanan algoritmaya göre bilgisayar programları tarafından üstlenilmeye başlanmıştır<sup>7</sup>. İşte bu programlar, somut olayda belirli kararlar açısından insanlardan bağımsız olduklarından “otonom sistemler” olarak tanımlanmaktadır. Bu çerçevede “otonom sistemler yoluyla sürüş” ifadesi kullanılmaktadır<sup>8</sup>. Çok farklı otonom araç sistemiyle, yani otomasyon derecesi ile karşılaşılmaktadır<sup>9</sup>. Otomatik hız uyarı için hız sabitleyici, kilitleme önleyici fren sistemleri, şeritten ayrılma uyarı sistemleri, park yardımları ve navigasyon sistemleri bunlardan sadece birkaçıdır<sup>10</sup>. Dolayısıyla her ne kadar “otonom araç” ifadesinden genel olarak sürücüsüz araç anlaşılırsa da esasen sürücüsüz araç otonom araç türlerinden yalnızca biridir ve henüz günümüzde en az kullanılanıdır. Ancak bu teknolojik gelişimin nihai hedefinin içerisinde bir sürücünün hiç bulunmadığı ve tüm araç sakinlerinin sadece yolcu olarak bulunduğu otonom sürüş olduğu<sup>11</sup>, yakın gelecekte sürücüsüz ve trafikte birbiriyle iletişim kurması gereken çok çeşitli araçların söz konusu olacağı ifade edilebilir<sup>12</sup>. Araç teknolojisindeki bu ilerleme ve değişim, sadece ulaşımı, trafiği ve iletişimi değil, ekonomiyi ve hatta hukuku da dönüştürmüş, günümüzde geliştirilen otonom sistemler, beraberinde getirdikleri risklerle birlikte hukuki sorumluluk tartışmalarını ortaya çıkarmıştır<sup>13</sup>. Aktüel olarak en fazla tartışılan sorunlardan biri, araç sürücüsünün aracı ne ölçüde otonom araç sistemine bırakabileceği ve bir kaza durumunda ne zaman cezalandırılabilirlik sınırının aşılmış

---

Autonomous Vehicles”, Santa Clara Law Review, Volume 52, Number 4, 2012, s. 1157, 1158.

<sup>7</sup> **KIM**, Minkyu, *Roboterrecht in der modernen Gesellschaft*, Logos Verlag Berlin, Berlin 2019, s. 9.

<sup>8</sup> **HILGENDORF**, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 801.

<sup>9</sup> **WIGGER**, Dominika, *Automatisiertes Fahren und strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit*, Nomos, 2020, s. 40; **THOMMEN**, Marc, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit für autonomes Fahren“, *Strassenverkehr*, 2018, s. 23.

<sup>10</sup> **THOMMEN**, s. 23.

<sup>11</sup> **KÖNIG**, s. 123.

<sup>12</sup> **WIGGER**, s. 40.

<sup>13</sup> **GLESS/JANAL**, s. 561; **FOERSTER**, Max, „Automatisierung und Verantwortung im Zivilrecht“, *ZfPW* 2019, s. 419; **ROSS**, Brett A., „Automated Vehicle Lawsuits: How Will We Litigate the Auto Crash of the Future“, *Brief*, Vol. 47, No. 2, Winter 2018, s. 48.

olacaktır<sup>14</sup>. Kuşkusuz ki araç sistemindeki bu dönüşüm arttıkça trafikte meydana gelen kazalara yönelik hukuki bakış da değişecek, daha doğru ifadeyle değişmek zorunda kalacaktır<sup>15</sup>.

Esasen otonom araçlarla üç temel amaca ulaşmak istenmektedir. Bir defa otonom araçların esas avantajının yüksek güvenlik olduğu ifade edilebilir. Zira Dünya Sağlık Örgütü'nün hazırladığı Karayolu Güvenliği Global Durum Raporu'na göre 2004 yılında trafik kazalarının ölüm nedenleri sıralamasında 9'uncu sırada olduğu, 2030 yılında ise 5'inci sırada olacağının tahmin edildiği yönündeki gerçek karşısında<sup>16</sup> trafik kazalarındaki başlıca unsurun insan hatası olduğu dikkate alınmakta<sup>17</sup> ve bu sistemle özellikle "insan hatası kaynağının" ortadan kaldırılması suretiyle trafik güvenliğinin artırılması hedeflenmektedir<sup>18</sup>. Nitekim örneğin Almanya'da 2014 yılında gerçekleşen kazaların yaklaşık yüzde 90'ının kişisel nedenlerden kaynaklandığına, teknik sorunların ise kazaların yüzde birinden daha az oranda olduğuna, bu açıdan en büyük kaza riskini hala direksiyon başındaki insanların oluşturmakta olduğuna dikkat çekilmekte, 2014 yılında hava yastığı ve otomatik kilitlenme önleyici fren sistemlerinin kullanımıyla birlikte trafik kazalarında önemli bir düşüşün

<sup>14</sup> WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Auflage, C.F. Müller, 2020, kn. 1122.

<sup>15</sup> GLESS/JANAL, s. 561.

<sup>16</sup> DURNA, Tuncay, "Karayolu Trafik Güvenliğine Sistem Yaklaşımı: İsveç'in "Vizyon Sıfır" Politikası", Polis Bilimleri Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, 2011, s. 2.

<sup>17</sup> ÇEKİN, Mesut Serdar, "Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 33, Ocak 2018, s. 284; KINIKOĞLU, Batu/HAMZA-OĞLU, Yücel/HAMZAOĞLU, Melike, "Otonom Araçların Neden Olduğu Kazalardaki Hukuki Sorumluluk Rejimi", Adalet Dergisi, Sayı 66, 2021, s. 335; DOĞAN, Koray, "Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, 2019, s. 3230; DOĞAN, Koray/MERAKLI, Serkan, Trafik Ceza Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2024, s. 323; DURNA, s. 4.

<sup>18</sup> KÖNIG, s. 123; HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 16; THOMMEN/MATJAZ, s. 278, 279; THOMMEN, s. 28; SANDHERR, s. 4; DOUMA, s. 1158; ROSS, s. 44; ÇEKİN, s. 284; KELEP PEKMEZ, Tuba, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2018, 6 (2), s. 176; KINIKOĞLU/HAMZA-OĞLU/HAMZAOĞLU, s. 335; DOĞAN, s. 3230. İsveç Hükümeti'nin, Vizyon Sıfır Politikasında insanların hata yapabileceklerini kabul ederek araç, yol ve kazaya müdahale unsurlarını iyileştirmeyi hedeflediğine işaret edilmektedir. Bu konuda bakınız DOĞAN, s. 3230; DOĞAN/MERAKLI, s. 323. Vizyon Sıfır Politikasına ilişkin detaylı açıklamalar için bakınız DURNA, s. 7.

olduğuna işaret edilmektedir<sup>19</sup>. Bunun yanında uykusuzluk, yorgunluk ya da alkol ve uyuşturucu madde etkisi nedeniyle meydana gelen kaza sorununun büyük ölçüde ortadan kalkacağına altı çizilmektedir<sup>20</sup>. Bu açıdan araç kullanımının otonom duruma getirilmesi ve bunun artırılması, Almanya’da her yıl meydana gelen 2,5 milyon trafik kazasını önemli ölçüde azaltma umuduyla doğrudan ilişkilendirilmektedir<sup>21</sup>. Bu sonuçla bağlantılı olarak Alman öğretisinde Greger, konu bağlamında dikkate değer bir soru sorarak esasen otonom araçlara neden müsaade edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır: “Yarı otonom olarak çalıştırılan bir araç, bir insan tarafından kullanılan araçtan daha büyük bir risk oluşturur mu?”<sup>22</sup> Nihayetinde kısmen ve tam otonom araçların yeni tehlike kaynakları oluşturacağı yönündeki gerçek karşısında tam güvenliğe hiçbir

<sup>19</sup> JOURDAN, Frank/MATSCHI, Helmut, „Wie weit kann die Technik den Fahrer ersetzen? Entwickler oder Gesetzgeber, wer gibt die Richtung vor?“, NZV 2015, s. 26; HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 16; KÖNIG, s. 123. Ayrıca Alman Federal İstatistik Dairesi’nin istatistik bilgileri için bakınız Statistisches Bundesamt, Unfallentwicklung auf deutschen Straßen 2015 – Begleitmaterial zur Pressekonferenz am 12. Juli 2016, s. 11 Bkz. Nakleden SCHUSTER, Frank Peter, „Das Dilemma-Problem aus Sicht der Automobilhersteller – eine Entgegnung auf Jan Joerden“, in Autonome Systeme und neue Mobilität, Hrsg. Eric Hilgendorf, Nomos, 2017, s. 100. Bunun yanında ABD’de de meydana gelen trafik kazalarının % 90’ının sürücü hatasından kaynaklandığına işaret edilmektedir. Bkz. ROSS, s. 44; KANGAL, s. 13; KINI-KOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 336. Bu verilere karşılık öğretilerde bazı yazarlar, trafik güvenliği ve emniyetine ilişkin olarak bazı risklerin göz ardı edildiğini ifade etmektedirler. Yazarlara göre yolcular otonom araç sistemleriyle birlikte kendilerini daha güvende hissettiklerinden daha fazla risk alma eğiliminde olacaklar, konforun artması ile seyahat oranı artacak, bu durumlar kaza oranlarının beklenildiği ve iddia edildiği gibi kaza oranını düşürmeyecektir. Bkz. TAŞTAN, Yahya/KAYMAZ, Habib, “Otonom Araçların Yaygınlaşmasının Önündeki Zorluklar”, International Journal of Advances in Engineering and Pure Sciences, 2021, C. 33, S. 2, s. 207. Bu konudaki kanaatimiz, otonom araçların trafikte kullanımının artmasıyla birlikte kaza oranlarının yüzde 90 oranında olmasa bile mutlaka önemli oranda düşüş göstereceği yönündedir.

<sup>20</sup> KINI-KOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 335; DOĞAN/MERAKLI, s. 324.

<sup>21</sup> THOMMEN/MATJAZ, 274; KÖNIG, s. 123. Nitekim Almanya’da 1970 yılında trafik kazaları sonucu 19.103 kişi ölürken son 20 yıla bakıldığında (1993-2013 dönemi) 1993’te 9949 olan ölüm sayısının en son 2013’te 3340’a düşürüldüğüne, halbuki bu süreç zarfında karayolundaki araç sayısının artırılmış olduğuna dikkat çekilmektedir ([https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Verkehrsunfaelle/\\_inhalt.html](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Verkehrsunfaelle/_inhalt.html) – Nakleden JOURDAN/MATSCHI, s. 26; SCHUSTER, „Das Dilemma-Problem aus Sicht der Automobilhersteller“, s. 99).

<sup>22</sup> GREGER, Reinhard, „Haftungsfragen beim automatisierten Fahren“, NZV 2018, s. 2.



zaman erişilemeyecekse de kuşkusuz ki trafikte insan faktörlerinin azaltılması geçmişe ve günümüze oranla daha fazla güvenliğe neden olacaktır<sup>23</sup>. Öyle ki ciddi yaralanmalar ve karayolu ölümlerindeki azalmanın önemli bir kısmının, her geçen gün artan sensörler gibi yeni araçların giderek daha güçlü sürücü destek sistemleriyle (genellikle “*ADAS-Advanced Driver Assistance Systems*” olarak adlandırılan Gelişmiş Sürücü Destek Sistemleri) donatılmasına bağlanabileceğine, aktif sürüş güvenliğinin bu unsurlarının, bir kazanın ilk etapta meydana gelmesini önlemek (kaza önleme) amacıyla uyarı mesajları ve/veya araç dinamiklerine müdahaleler yoluyla sürücü hatalarını ve dikkatsizlik durumunu bir anlamda telafi etmeye çalışan elektronik sistemler olduğuna dikkat çekilmektedir<sup>24</sup>. Örneğin kısa ve uzun menzilli radar ve kameralar kullanılarak 250 metreye kadar bir menzilde aracın önündeki bir nesneyi tespit etmek için verileri yazılım tarafından yorumlanır, çeşitli sensörlerden gelen sinyallerin karşılıklı senkronizasyonuna güvenilir ki ağ oluşturma ve sensör füzyonu gibi unsurlar günümüzde ADAS teknolojisinin bir parçası olarak nitelendirilebilir<sup>25</sup>.

Otonom araçlarla ikinci olarak bazı kimselerin, örneğin gözlerinin iyi görmemesi, çok küçük yaşta ya da yaşlı olması gibi nedenlerle uygun sürüş yeteneğine sahip bulunmamaları karşısında trafiğe dahil olmalarını sağlaması, bu yetersizliklerinin olumsuz etkisinin minimize edilmesi amaçlanmaktadır<sup>26</sup>. Zira normal koşullarda bu kişilerin araçla trafiğe çıkmaları ve ölümlü ya da yaralamalı bir kazanın meydana gelmesi durumunda üstlenilmiş taksir sorumluluğunun varlığından bahsedilebilecektir<sup>27</sup>. Ancak araçlarda otonom fonksiyonların kabulüyle birlikte daha yaşlı

<sup>23</sup> THOMMEN, s. 28; THOMMEN/MATJAZ, s. 274; HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 16, 20.

<sup>24</sup> JOURDAN/MATSCHİ, s. 26. Bu kapsamda 2008 tarihli OECD nihai raporunun “Sıfıra Doğru: İddialı Karayolu Güvenliği Hedefleri ve Güvenli Sistem Yaklaşımı”, elektronik sistemler aracılığıyla sürüş güvenliğinin daha da artırılmasına yönelik açık bir tavsiye içerdiğine, belgede bahsi geçen ADAS’lar arasında örneğin, şerit çizgisini istemeden geçmesi halinde sürücüyü uyanan Şeritten Ayrılma Uyarısı (LDW) veya Acil Fren Desteğinin (EBA) yer aldığına işaret edilmektedir (JOURDAN/MATSCHİ, s. 26).

<sup>25</sup> JOURDAN/MATSCHİ, s. 27.

<sup>26</sup> THOMMEN/MATJAZ, s. 279; SCHUSTER, „Das Dilemma-Problem aus Sicht der Automobilhersteller“, s. 100; DOUMA, s. 1158; ROSS, s. 43; KANGAL, s. 13; KINI-KOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 336.

<sup>27</sup> THOMMEN, s. 29.

ve engelli insanların da bu araçlarla trafiğe çıkabilmeleri imkanı ortaya çıkacak ve böylelikle bu kişilerin toplum içerisinde hareketliliği artacaktır<sup>28</sup>. Nitekim bu sistem sayesinde mesafe kontrolü ve şerit uyarı sistemi birlikte devreye girebilmekte ve böylelikle yoğun trafikte otomatik olarak fren yapan, hızlanan ve yön veren bir sistem ortaya çıkmaktadır<sup>29</sup>. Yakın ve uzun menzilli radar, lazer sistemleri ve kameralar, araçlar arasında ve araçlarla bulut arasında veri alışverişi, araca benzeri görülmemiş bir görüş sağlar ki bunların her biri araç kullanma noktasında yeterliliği şüpheli olan sürücü koltuğundaki kişilerin araç kullanmalarının önünü açacaktır<sup>30</sup>. Bu çerçevede söz gelimi ehliyeti olmasına rağmen ani tepkileri verme yeteneği yeterli derecede bulunmadığı için bir yaya geçidinin önünde zamanında duramayacak durumda olan aşırı alkollü ya da yaşlı bir araç sürücüsü, otonom araç sistemiyle trafiğe çıkabilecek<sup>31</sup>, bu tür durumlar karşısında trafik cezalarının uygulanması gündeme gelmeyecek, trafik cezalarının uygulanma oranı azaltılabilecektir<sup>32</sup>.

Otonom araçlarla hedeflenen üçüncü amaç ise, yüksek enerji verimliliği ile sürücü konforunun ve üretkenliğinin önemli ölçüde artırılmasıdır. Özellikle büyük şehirlerde trafiğin akışkanlığı önemli ölçüde iyileştirilebilir ve bu da örneğin trafik sıkışıklığı nedeniyle zaman kaybını ve çevre kirliliğini azaltabilir<sup>33</sup>. Bunun yanında otonom araçlar, araç sürücüsünün manuel araç kullanma yükümlülüğünden kurtulması ve otonom sürüş esnasında kendisini daha anlamlı aktivitelere yönlendirmesi açısından oldukça işlevsel görülmektedir<sup>34</sup>. Bu kapsamda aracın kontrolünü otonom sisteme devreden araç sürücüleri, sürüş esnasında normalde araca konsantre olmak için harcayacakları zamanda kitap okuma, e-posta yazma, film izleme, çocukla ilgilenme, yemek gibi başka faaliyetlere yönelebileceklerdir<sup>35</sup>. Bu sayede sürücünün aracına park yeri aramak için

<sup>28</sup> HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 17.

<sup>29</sup> THOMMEN, s. 23.

<sup>30</sup> SCHUSTER, „Das Dilemma-Problem aus Sicht der Automobilhersteller“, s. 100.

<sup>31</sup> THOMMEN, s. 29; DOUMA, s. 1158; DOĞAN/MERAKLI, s. 333.

<sup>32</sup> DOUMA, s. 1158.

<sup>33</sup> KÖNIG, s. 123; HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 17; DOUMA, s. 1158.

<sup>34</sup> STAUB, Carsten, „Der Hersteller als strafrechtlicher Verantwortlicher der Zukunft? – Umfang der Sorgfaltspflicht - Datenschutz versus Aufklärungspflicht“, NZV 2019, s. 393; THOMMEN, s. 29.

<sup>35</sup> THOMMEN/MATJAZ, s. 279; DOUMA, s. 1160; KANGAL, s. 13; DOĞAN, s. 3243; DOĞAN/MERAKLI, s. 333.

vakit kaybetmesine gerek kalmayacak, sürücünün araçtan inmesinin ardından araç kendisi park yerini bulacak ve park edebilecektir<sup>36</sup>. Ayrıca nakliyat taşımalarında insan sürücünün uyuma ihtiyacı karşısında otonom araçların bu tür insani ihtiyaçlarla zaman kaybetmesi durumu gündeme gelmeyecek, aralıksız nakliyat söz konusu olabilecektir<sup>37</sup>. Nihayet araçlardaki kayıt sağlayan kamera sistemleri sayesinde otonom araç kazalarında delillerin elde edilmesi ve incelenmesi daha kolay olacak, yargılamalar daha hızlı sonuçlandırılabilir<sup>38</sup>.

Tüm bunlara karşılık günümüzdeki büyük teknik gelişmeler arasında sayılabilecek olan otonom araçlar, yoğun hukuki ve etik tartışmaları beraberinde getirmiştir<sup>39</sup>. Bu kapsamda en başta teknik anlamda yetersizliklerin varlığı ve maliyetin fazlalığı karşısında otonom araçların yaygınlaşmasının oldukça zor olduğuna işaret edilmektedir<sup>40</sup>. Bunun yanında Alman öğretisinde karayolu trafiğinin “insansızlaştırılması” projesinin Alman Anayasası’nın 1’inci maddesinde hüküm altına alınan insan onuruna aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilebileceğine işaret edilmiştir<sup>41</sup>. Nitekim 1950’lerde bir sürücünün kırmızı ışıkta durması yönündeki yükümlülüğü, sürücünün insanlık onurunun ihlali olarak nitelendiren görüşler buna örnek olarak gösterilmiştir<sup>42</sup>. Buna mukabil bunun insan onurunun ihlali olarak nitelendirilemeyeceği, sorgulanabilir ya da siyasi açıdan hoşnut olunmayan bir hususun insan onurunun ihlali anlamına gelmeyeceği, insan onurunun, teknolojik muhafazakarlık ve teknoloji düşmanlığı ile koruma altına alınabilecek bir husus olmadığı, Alman Anayasası’nda yer alan insanlık onuru maddesinin görevinin ırkçı motivasyonlu toplu katliam, kölelik ve işkence gibi aşırı ihlalleri önlemek olduğu, otonom araçlar ile insanların trafikte aktör rol oynayamaya cak olması ya da trafikte çok fazla öncelikli sorumlu süje konumuna gelemeyecek

<sup>36</sup> DOUMA, s. 1160.

<sup>37</sup> ROSS, s. 43.

<sup>38</sup> NEHM, s. 402.

<sup>39</sup> HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 801; KANGAL, s. 19; ÇEKİN, s. 284; KELEP PEKMEZ, s. 176; KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 335. Otonom araçlarda etik tartışmalara ilişkin detaylı açıklamalar için bakınız NEHM, s. 398.

<sup>40</sup> TAŞTAN/KAYMAZ, s. 205-207.

<sup>41</sup> STAUB, s. 392.

<sup>42</sup> HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 20.

olması yönündeki olgunun insan onuru ihlali olarak görülemeyeceği haklı olarak ifade edilmiştir<sup>43</sup>.

Otonom araçlarla ilgili gündeme gelebilecek bir diğer sorun, zaman içerisinde ilerleyen teknoloji karşısında devletlerin vatandaşlarını belirli özellikleri taşıyan otonom araçları kullanma konusunda zorlayıp günümüzdeki sıradan araçların kullanımını yasaklamasının mümkün olup olmayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Öyle ki devletler, yüksek veya tam otonom ve bağlantılı araçların kullanılmaya başlanmasının karayolu trafiğini daha güvenli hale getireceği varsayımına dayanabilir; bu tür otomobil ve kamyonların oranı arttıkça karayolu trafiğinin genel güvenliğinin de artacağı varsayılabilir<sup>44</sup>. Pekala bu soru, Anayasal anlamda güvence altına alınan yerleşme ve seyahat hürriyeti dikkate alınarak yanıtlanabilir. Nitekim Anayasa'ya göre herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahip olup seyahat hürriyeti, yalnızca suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir. Buna göre devletin ilerleyen yıllarda otonom işlevlerle donatılmış eski arabaları kullanmayı yasaklama yönünde bir politika izlemesi için evvela anayasa hükmünde bir değişiklik yapılması gerekli olacaktır. Kaldı ki böyle bir yasaklama için bu şekilde bir değişikliğin yapılması da yeterli olmayacaktır. Bu yasaklama faaliyetinin mutlaka orantılı olması, bu çerçevede devletin bazı yükümlülükleri üstlenmesi, koşulları uygun duruma getirmesi gerekecektir<sup>45</sup>.

Nihayet otonom araçlarla ilgili olarak en önemli sorunlardan biri, otonom sistemin bir başkasının hayatını kurtarmak için bir kişinin hayatının feda edilmesini gerekli kılan trafik durumlarını ifade eden ikilem durumlarında özel bir karar verebilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda ortaya çıkmaktadır<sup>46</sup>. Örneğin otonom sistemin bir insanın

<sup>43</sup> HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 21.

<sup>44</sup> HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 21.

<sup>45</sup> HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 22.

<sup>46</sup> BECK, Susanne, „Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik“, Autonome Systeme und neue Mobilität, Hrsg. Eric Hilgendorf, Nomos, 2017, s. 118; WIGGER, s. 43; SANDHERR, Urban, „Strafrechtliche Fragen des automatisierten Fahrens“, NZV 2019, s. 2. Bu yönde sorular için bakınız YİĞİT/ÖNER/YÖNTEM, s. 185. Bu konuya ilişkin detaylı inceleme için bkz. HILGENDORF, Eric, „Autonomes Fahren im Dilemma. Überlegungen zur moralischen und rechtlichen Behandlung von selbsttätigen Kollisionsvermeidungssystemen“, in Autonome Systeme und neue Mobilität, Hrsg: Eric Hilgendorf, Nomos, 2017, s.

ölmesi ya da yaralanmasındansa diğer yolda bulunan bisikletin zarar görmesi yönünde bir tercihte bulunup bulunamayacağı sorusu gündeme gelebilir<sup>47</sup>. Hatta o kadar ki sistem iki yoldan birini seçmek durumunda ise kişilerin yaşlarına, cinsiyetlerine ya da başka niteliklerine bakılıp bakılmayacağı sorusu dahi ortaya atılmaktadır<sup>48</sup>. Bu tartışma oldukça kapsamlı olduğundan bu çalışmada çok daha fazla tartışılan bir sorun olarak araç sürücüsünün aracı ne ölçüde otonom araç sistemine bırakabileceği ve bir kaza durumunda ne zaman cezalandırılabilirlik sınırının aşılmış olacağı konuları üzerinde durulacaktır<sup>49</sup>. Zira otomasyon sistemlerin gelişmesi ve trafikte insanın etkisinin azalması, güvenlik noktasında bir artışa neden olmasına rağmen otonom araçların kullanımı kaza sayısını sıfıra indirmemiş olup otonom araçların karıştığı ölümcül kazaların varlığına dikkat çekilmektedir<sup>50</sup>. Nitekim bu konuda özellikle *Aschaffenburg olayı* önemlidir<sup>51</sup>. 2012 yılında modern anlamda şerit takip asistanı ile donatılan otonom araç, *Aschaffenburg* yakınlarındaki *Alzenau* kasabasına

<sup>47</sup> **HILGENDORF**, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 805.

<sup>48</sup> **HILGENDORF**, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 805. Bu çerçevede Alman felsefeci ve ceza hukukçusu *Hans Welzel*'in makasçı vakası ya da İngiliz filozof *Phillipa Foot* tarafından belirtilen ve dünyada çok sayıda varyasyonla tartışılan trolleybüs sorunu gündeme gelebilir. Genel olarak başka birkaç kişiyi ölümden kurtarmak için tek bir kişinin öldürülmesi, aynı şekilde daha fazla sayıda kişiyi kurtarmak için birkaç kişinin öldürülmesi de kabul edilemez. *Welzel*'in iyi bilinen örneğinde makasçıya, istasyonda bekleyen birçok yolcu yerine sadece çok az sayıda demiryolu işçisinin ölmesi için yaklaşmakta olan trenin raylarını değiştirmesine müsaade edilmez. Bu noktada niteliksel bakış içerisinde de bu türden bir ayrıma izin verilmez. Solmuş yaşlı adam, dinç genç adam pahasına, akıl hastası Nobel Ödülü sahibi lehine feda edilmemelidir. Bkz. **SCHUSTER**, „Das Dilemma-Problem aus Sicht der Automobilhersteller“, s. 105. Zira böyle durumlarda belirleyici gerçek anlamda bir ölçüt konulamaz. Yaşı ve sağlık durumu ne olursa olsun her insan aynı değerde yaşam hakkına sahiptir: Her yaşam sonsuz bir değere sahiptir. Bkz. **HILGENDORF**, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 805. Buradan hareketle bu türden ikilem durumlarıyla başa çıkmak için açık özen ölçütleri henüz mevcut değildir ve mevcut kurallar daha fazla uygulanabilir değildir. Bkz. **BECK**, „Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik“, s. 124. Bu ifadelerle uyumlu olarak Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Havaçılık Güvenliği Yasası ile ilgili kararda ikilem teorisini somutlaştırmış ve devletin yaşama karşı yaşamı tartmasına izin verilmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. BVerfGE 115, 118, 165 – **NEHM**, s. 399.

<sup>49</sup> **WESSELS/BEULKE/SATZGER**, kn. 1122.

<sup>50</sup> **THOMMEN**, s. 23.

<sup>51</sup> Bu olaya ilişkin detaylı inceleme ve analiz için bkz. **HILGENDORF**, Eric, *Automatisiertes Fahren und Strafrecht – der „Aschaffener Fall“*, DRiZ 2018, s. 66; **KANGAL**, s. 125, 126.

gider ve kasaba girişinde 60 yaşındaki sürücü felç geçirerek bilincini kaybeder. Buna rağmen sürücü, aracı normal koşullar altında yolun kenarındaki çalılıklarda durduracakken araç biraz daha sağa doğru sarsılır. Buna rağmen şerit takip asistanı kısa bir süre sonra aracı tekrar yola yönlendirir. Araç yüksek bir hızla kasabanın içerisinde bir kilometreden fazla yoluna devam eder ve kasabanın merkezinde genç bir kadına ve çocuğuna çarparak ölümlerine neden olur. Kadının kocası ise kendisini son anda kenara atarak bacağı yaralı şekilde hayatta kalır. Bu kaza esnasında aracın sürücüsü tamamen bilinçsiz haldedir. Dolayısıyla sistemin müdahalesi olmasaydı araç kasabanın girişinde duracak ve bu kaza olmayacaktı<sup>52</sup>.

Yine bir başka örnek olarak 7 Mayıs 2016 tarihinde sinema filmi izleyen 40 yaşındaki sürücü, otonom sürüş sistemi açıkken aracını Florida'daki bir otoyolda yüksek hızda sürmüştür. Sağdan gelen kamyonu karşı ne sürücü ne de otonom sistem fren yapabilmiştir. Bu nedenle otonom araç, kamyonu çarpmış, römorkun altında kalmış, ön camın ve tavanın ezilmesi sonucu araçtaki sürücü hayatını kaybetmiştir. Otonom sürüş sisteminin kamerası ve radar sistemi meydana gelen kazayı kaydetmemişler, muhtemelen kamyonu trafik levhası zannetmişler ya da yansıyan beyaz ışığı gün ışığından ayıramamışlardır<sup>53</sup>. Bu olayla birlikte ABD'de otonom araçlarla ilgili tartışmalar yoğun bir şekilde artmışken<sup>54</sup> Mart 2018 tarihinde ABD'nin Arizona eyaletinde otonom bir aracın sürücüsü, karanlıkta yaya yolundan bisikletiyle sokağın karşısına geçmekte olan bir kadına çarpmış, kadının ölümüne neden olmuştur. ABD Ulusal Ulaşım Güvenliği Kurulu'nun raporunda otonom aracın çarpmadan 6 saniye önce bisikletli kadını gördüğü ve kazayı önlemek için kazadan 1,3 saniye önce el freninin çekilmesi gerektiği sonucuna ulaştığı hususlarına yer verilmiştir. Ayrıca aracın test aracı olması nedeniyle araçta operatörü uyarma sisteminin mevcut olmadığı, fren sisteminin de devre dışı olduğu, sürücünün ise kaza esnasında TV izlediği yönünde belirlemeler

<sup>52</sup> SCHUSTER, Frank Peter, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Hersteller beim automatisierten Fahren“, DAR 2019, s. 6; HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 802, 803; SCHUSTER, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, s. 388; STAUB, s. 393; KANGAL, s. 125, 126.

<sup>53</sup> SANDER, Günther M./HOLLERING, Jörg, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit automatisiertem Fahren“, NStZ 2017, s. 193; BECK, „Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik“, s. 117.

<sup>54</sup> BECK, „Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik“, s. 117.

yapılmıştır<sup>55</sup>. Esasen bu olayda araç sürücüsünün sisteme müdahale etmesi ve kontrolü üzerine alması gerekirdi. Nihayetinde sürücü hakkında taksirle öldürme suçundan bahisle yapılan yargılamada, Amerikan Ulusal Ulaşım Güvenliği Kurulu tarafından sürücüsüz *Uber* aracının neden olduğu ölümcül kazanın bir yazılım hatasından kaynaklandığı yönündeki tespite binaen trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçunu işlediği kabulünden hareket edilmiştir<sup>56</sup>.

Almanya ve ABD'deki trafik kazalarının istatistiksel sayısı dikkate alınarak öğretilerde otonom sistemler nedeniyle meydana gelen tüm bu kazalar münferit olaylar şeklinde nitelendirilmekteyse de<sup>57</sup> hem özel hukuk hem de ceza hukuku anlamında sorumluluğun belirlenmesi noktasında özel tartışmaların yapılmasına yol açmıştır. Otonom araçların kullanımının yaygınlaşması, normal araçlardan farklı olarak belirli acil durumlarda kararın sürücüye bırakılmaması gerektiği, bu noktada sistemin ani karar verme ve durumu kurtarma üzerine programlanabileceği yönünde fikirler gelişmeye başlamıştır<sup>58</sup>. Bununla birlikte bu kararlar sonrasında gelişen sistemler, cezalandırılabilirlik açısından bazı riskleri beraberinde getirecektir. Esasında taksirli suçlar açısından belirlenen koşullar, yapay zekâ üzerinden gerçekleştirilen davranışlara göre uyarlanmalıdır<sup>59</sup>. Bu çerçevede otonom araç sistemlerinin yaygınlaştırılması, mevzuattaki kanuni düzenlemelerin eksikliği karşısında önemli bir sorun olarak gösterilmektedir<sup>60</sup>. Bu nedenle bazı ülkelerde otonom araçlarla ilgili olarak kanuni düzenlemeler yapılmakta, olası sorunlara karşı çözüm önerileri

<sup>55</sup> THOMMEN, s. 24; DOĞAN, s. 3243, 3244; DOĞAN/MERAKLI, s. 334; KANGAL, s. 91, dn. 10.

<sup>56</sup> <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/frau-stirbt-nach-unfall-mit-selbstfahrendem-auto-von-uber-15502443.html> Bkz. Nakleden SCHUSTER, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Hersteller beim automatisierten Fahren“, s. 6. Ayrıca kazaya ilişkin bilgi için bakınız ATEŞ, Hüseyin/TIRTİR, Mustafa, “An Evaluation of The Uber’s Autonomous Car Crash In The Scope Of Turkish Criminal Law”, Adalet Dergisi, Y. 148, 2021/1, s. 318-321; KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 352; DOĞAN, s. 3244; DOĞAN/MERAKLI, s. 334.

<sup>57</sup> Nitekim Alman öğretilerinde Schuster, Almanya'da her sekiz dakikada bir sürücünün ciddi şekilde yaralandığına, her 2,8 saatte bir kişinin hayatını kaybettiğine ve medyanın bununla çok fazla ilgilenmediğine dikkat çekmiştir. Bkz. SCHUSTER, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Hersteller beim automatisierten Fahren“, s. 6.

<sup>58</sup> BECK, “Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik”, s. 117.

<sup>59</sup> BECK, “Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik”, s. 118.

<sup>60</sup> THOMMEN/MATJAZ, s. 274.

sunulmaktadır. İşte bu çalışmada otonom araçların yaygınlaşmaya başladığı ülkemizde konuya ilişkin olarak farklı yaklaşımların ortaya konması suretiyle konu hakkında çeşitli değerlendirmeler yapılacaktır.

## I. OTONOM ARAÇ TANIMI VE TÜRLERİ

### A. Otonom Araç Tanımı

“Araç” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususu, Karayolları Trafik Kanunu’nda açıklığa kavuşturulmuştur. Kanunun “Tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesine göre araç, karayolunda kullanılabilen motorlu, motorsuz ve özel amaçlı taşıtlar ile iş makineleri ve lastik tekerlekli traktörlerin genel adıdır. Bu çerçevede araç, taşıtları da kapsamında bulunduran çok daha geniş bir anlama sahiptir<sup>61</sup>. “Otonom” ifadesi ise hukukun bazı alanlarında çok geniş kapsamlı felsefi ve hatta bazen metafizik varsayımlarla ilişkilendirebildiğinden otonom araçlardan bahsetmek bazen yanlış anlaşılmaktadır<sup>62</sup>. Zira otonom kavramının esasen *Immanuel Kant*’ın ahlak ve hukuk felsefesine dayandığı belirtilebilir<sup>63</sup>. Buna karşılık teknik anlamda otonom kelimesi, somut olayda insandan bağımsız olmaktan daha fazlasını ifade etmez. Bu bağlamda otonom sistem, belirli görevleri doğrudan insani girdi olmadan amaç doğrultusunda çözebilecek teknik teklifi ifade eder. Tıpkı bir Mars sondasının çalışması için insan kontrolüne bağımlı olmaması gibi otonom araç da belirli bireysel durumlarda insan olan bir sürücü olmaksızın daha fazla görevi çözebilir<sup>64</sup>. İşte bu çerçevede “otonom araç” ifadesi, sadece karayolunda değil hava yolu, deniz yolu ve raylı sistem taşımacılığında da kullanılabilen<sup>65</sup>,

<sup>61</sup> KELEP PEKMEZ, s. 177.

<sup>62</sup> HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 15, 16.

<sup>63</sup> HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 16, dn. 3.

<sup>64</sup> HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 16; DOĞAN/MERAKLI, s. 323.

<sup>65</sup> KELEP PEKMEZ, s. 176. 2018 yılında Avustralya’da ilk sürücüsüz trenin uzaktan kontrol ile 28.000 tonluk demir yükü ile yolculuğunu tamamladığı Bkz. DOĞAN/MERAKLI, s. 324, yönündeki bilgi dikkate alındığında otonom aracın sadece karayolu taşıtlarında değil, hava, deniz ve demir yolu araçlarında da söz konusu olduğu pekala anlaşılabilir. Nitekim İstanbul’da Üsküdar-Ümraniye metro hattı da sürücüsüz olup Bkz. DOĞAN/MERAKLI, s. 324, söz konusu metro aracı, otonom araç olarak nitelendirilebilir.



sürücüyü sürüş görevlerinden az ya da çok uzaklaştırarak bir anlamda rahatlatan tüm sistem çeşitleri için üst kavram olarak kullanılabilir<sup>66</sup>.

Bu tanımın Türk hukukunda Motorlu Araçlar ve Römorkları ile Bunlar için Tasarlanan Aksam, Sistem ve Ayrı Teknik Ünitelerin Genel Güvenliği ve Korunmasız Karayolu Kullanıcılarının ve Yolcuların Korunması ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (AB/2019/2144) içerisinde esas alındığı görülebilir. Nitekim Yönetmelik içerisinde otonom aracın, “Sürücünün devamlı kontrolü olmadan, ancak sürücü müdahalesinin yine de beklendiği veya gerekli olduğu, belirli bir süre için otonom olarak hareket etmek üzere tasarlanmış ve imal edilmiş motorlu araç” olarak tanımlandığı (madde 3/1-t), tam otonom aracın ise, “Herhangi bir sürücü kontrolü olmadan otonom olarak hareket etmek üzere tasarlanmış ve imal edilmiş motorlu araç” şeklinde (madde 3/1-z) ifade edildiği görülmektedir. Her iki tanıma bakıldığında da araç kontrolünün sürekli olarak bir sürücü üzerinde bulunmadığı anlaşılmaktadır. Halbuki Türkiye’nin de imzaladığı 1949 tarihli Cenevre Karayolu Trafik Konvansiyonu ve 1968 tarihli Viyana Karayolu Trafik

<sup>66</sup> THOMMEN/MATJAZ, s. 277; TAŞTAN/KAYMAZ, s. 196. Otonom araçların tarihi neredeyse yüz yıl öncesine dayanmaktadır. Nitekim otonom araçlara dair ilk proje, ABD’de *Houdina* Radyo Kontrolü sayesinde 1925 yılında radyo sinyalleriyle kontrol edilen *American Wonder* isimli araç olup verici antenle donatılmış olup arkadan gelen ikinci bir araç tarafından kontrol edilmekte olan bu araç daha sonra ABD’nin Virginia eyaletinde “Hayalet Otomobil” adıyla takdim edilmiştir. Bkz. WIGGER, s. 45 - <https://www.discovermagazine.com/technology/the-driverless-car-era-began-more-than-90-years-ago>. 1939 yılında bu defa General Motors, New York’ta bir dünya sergisinde *Futurama* adı altında yine radyo sinyalleri tarafından kontrol edilen bir araç sunmuştur. Bkz. WIGGER, s. 45 - <https://www.wired.com/2012/02/autonomous-vehicle-history/>. Geliştirici konumundaki *Norman Bel Geddes*, araçların otomatikleştirilmesi ve trafik altyapısının iyileştirilmesi üzerinde yoğun bir şekilde çalışmış, 1940 yılında yayımlanan makalesinde insanların daha az aktif şekilde katılımlarının söz konusu olduğu araç sistemlerinden bahsetmiştir. Bkz. WIGGER, s. 45. 1950’lerde General Motors ve RCA Labs, araçların zemininin altına döşenen kablolar kullanarak yönlendirilmesine izin veren otomatik araç sistemleri geliştirmiş, General Motors bu dönemde *Firebirds*’ı da tanıtmıştır. Bkz. WIGGER, s. 46; TAŞTAN/KAYMAZ, s. 196. Otomatik şekilde giden arabaların geliştirilmesine ek olarak güvenliği artırmak için de çalışmalar yapılmış, bu çerçevede *Ralph Teetor* tarafından hız kontrol sistemi geliştirilmiş ve ilk kez 1958’de bir *Chrysler*’de kullanılmıştır. 1960’larda ve 1970’lerde Stanford Üniversitesi, uzaktan kumanda kullanılarak çalıştırılabilen bir araç geliştirmiştir. Bkz. WIGGER, s. 46. Yine 1986’da *Ernst Dickens* ve Münih Üniversitesi’nden gelen ekip, trafik olmadan tamamen özerk bir şekilde sürülebilen robotik minibüse öncülük etmiş ve 1987’de saatte 60 kilometreye kadar hız yapmıştır. Bkz. TAŞTAN/KAYMAZ, s. 196. Bu örneklerin her biri pekala otonom aracın tarihi gelişimi içerisinde telakki edilebilir.

Konvansiyonu bir sürücü esas alınarak hazırlanmıştır<sup>67</sup>. Nitekim Viyana Karayolu Trafik Konvansiyonu'nun 8'inci maddesinde açıkça hareket eden her taşıt veya taşıt katarının bir sürücüye sahip olacağı belirtilmiştir. Bunun yanında aynı maddede taşıt sürücüsünün, her zaman sürüş dışındaki herhangi bir faaliyeti asgariye indireceği, taşıt hareket halindeyken sürücünün telefon kullanımının yasaklanacağı özel olarak düzenlemiştir. Aynı Konvansiyonun 1'inci maddesinde, sürücünün motorlu bir taşıt veya bisiklet dahil diğer taşıtları süren veya yolda büyükbaş hayvanları tek başına veya sürü halinde yönlendiren veya binek hayvanlarını yönlendiren kişi anlamına geldiği öngörülmüştür. Bu düzenlemelere göre sürücü, ister aracı kullansın isterse binek hayvanı idare etsin her halükarda sadece bir insan olabilir<sup>68</sup>. Buna karşılık karşılaştırmalı hukukta son dönem kabul edilen düzenlemelerle birlikte otonom araçlarda araç sürücüsünün sürekli kontrolüne ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>69</sup>.

Bu kapsamda Türk öğretisinde “otonom” ifadesi yerine “özerk” kelimesinin kullanılacağı yönünde önerilere yer verildiği<sup>70</sup> ve hatta bazı yazarlar tarafından eserin başlığında olmasa da içeriğinde kullanıldığı<sup>71</sup>

<sup>67</sup> KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 363.

<sup>68</sup> KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 363.

<sup>69</sup> Hatta karşılaştırmalı hukukta tam otonom araçlarda sürücü bulunmadığından Viyana Konvansiyonu'nun 8'inci maddesinin bu tür araçların kullanımına müsaade edip etmediği yönünde bir tartışmanın bulunduğuna işaret edilmektedir. Bu konuda bakınız KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 364.

<sup>70</sup> Bu çerçevede *Gedikli*, öneride bulunurken şu gerekçeyi ileri sürmektedir: “...Şimdi “otonom uçuş” kavramına dönerek bu ifadenin ilk bölümünün birkaç yıldan beri gitgide daha sık duyulur olduğunu teslim edelim. Bu kelimenin dilimizde “muhtar” ve “özerk” olmak üzere bir değil, iki karşılığı vardır. Hukuk dilimizde “otonom” yerine “muhtar” veya “özerk”; “otonomi” yerine “muhtariyet” veya “özerklik” terimi yaygınlaşmıştır. Ayrıca “özerk”ten türemiş “özerkleşmek”, “özerkleştir(il)mek” fiilleri ile “özerkleş(tir/il)me”, “özerkleşim” kelimeleri de vardır. Terimleri ana dilden karşılamanın asıl önemi, sonraki türetmeleri kolaylaştırması ve dili zenginleştirmesindedir. Aslında bir birleşik kelime olan “öz-erk”teki “öz” kendi, “erk” ise iktidar, güç, kuvvet anlamına gelip Yunanca kaynaklı kelimeyi tam olarak karşılamaktadır. Bu nedenle, son yıllarda “otonom”la birlikte karşılaşılan ifadeleri, pekala özerk araç, özerk donanım, özerk hava/kara araçları, özerk makine, özerk silah, özerk sistem, özerk uçuş biçiminde kullanabiliriz. Terimin ecnebi olanının tercihinin nedenleri arasında İngilizcenin dünyada baskın dil olması, aydınların bu ifadeleri okudukları veya duydukları dilden karşılık aramadan olduğu gibi aktarmaları, ana dil bilincinin zayıflığı, kolaycılık vs. sayılabilir. Bu tutumda duya duya benimseme, daha sevimli ve anlamı karşılar bulma da rol oynamaktadır. Oysa kelimenin Türkçesi de Batıcısı da “kendi kurallarını kendi koyan” anlamına gelir...” **GEDİKLİ**, Fethi, Yazar Gazetesi, 31.05.2021, s. 8.

<sup>71</sup> TAŞTAN/KAYMAZ, s. 196.

görölmektedir. Şayet otonom araçların tamamı, kendi tercihlerini yapabilen, tam anlamıyla özerk sayılabilecek nitelikte olsaydılar “özerk” ifadesi pekala kullanılabilirdi. Ancak bu kapsamda incelenen araç türlerinin tamamı bütünüyle özerk olarak kabul edilemez. Nitekim eserlerinin başlığında “otonom” ifadesini tercih eden ve fakat eserlerinin içeriğinde yer yer “özerk” ifadesine yer veren *Taştan/Kaymaz*, bazen özerk yerine otomatik teriminin kullanılmakta olduğunu, çünkü özerklik kelimesinin elektromekanik anlamından ziyade kendi seçimlerini yapabilen anlamının bulunduğunu, örneğin, “beni işe götür” denildiğinde arabanın kendi kararını verip markete götürebilmekte olduğunu, tam otomatik bir arabanın ise ancak emirleri takip ettiğini, bazı otomatik araçların acil bir durumda insan müdahalesine ihtiyaç duyabildiklerini belirtmişler<sup>72</sup>, bu çerçevede esasen eserlerinin başlığında “özerk” ifadesini neden tercih etmediklerini *haklı olarak* ortaya koymuşlardır<sup>73</sup>.

*Yazarların* da belirttiği gibi “otomatik” ve “otonom” ifadeleri genel dil kullanımında eş anlamlı olarak kabul edilmektedir. Nitekim *Foerster*, bu tür araçların genellikle sürücüsüz motorlu araçlar olarak değil, “otonom motorlu araçlar” ve genel olarak “otonom sistemler” olarak adlandırıldığına işaret etmiştir<sup>74</sup>. *Wigger* de otonom ifadesinin bağımsızlığa ilişkin artırılmış dereceyi gerekli kıldığına vurgu yapmıştır. Otomatik sürüş sistemleri programlanmış örnekler ve küçük tanımlanmış kuralları uygularken otonom sistemler, kullanıcının girişine gerek kalmaksızın kendi algılarına güvenme becerisine dayanır. Otonom araç, çevresel verileri bağımsız bir şekilde değerlendirebilir, karar verebilir ki bu nedenle daha çok bir robot olarak nitelendirilmektedir<sup>75</sup>.

## B. Otonom Araç Türleri

Otonom araçlar için tek tip bir terim veya kanuni tanım mevcut olmayıp genel anlamda birkaç otomasyon seviyesi arasında ayırım

<sup>72</sup> TAŞTAN/KAYMAZ, s. 196.

<sup>73</sup> Bu çerçevede *Kelep Pekmez*, sistemin bazı durumlarda insan müdahalesine açık olabileceği ihtimalleri göz önünde bulundurulduğunda “kendi kendini sürebilen araç” kavramını kullanmak yerine bunların özerk niteliklerine vurgu yapan “otonom araç” ifadesinin kullanılmasının tercih edilebileceğine işaret etmiştir. Bkz. KELEP PEKMEZ, s. 177-178.

<sup>74</sup> FOERSTER, s. 421.

<sup>75</sup> WIGGER, s. 50.

yapılmaktadır<sup>76</sup>. Diğer bir ifadeyle otonom araç sistemleri farklı şekillerde kategorize edilmiştir. Bu ayrımında etkili olan hususlar, sistem tarafından kontrol fonksiyonlarının ne ölçüde üstlenilmiş olduğu, sistemin sürüş esnasında süreçleri bağımsız olarak kaydetme ve bunlara tepki verme yeteneği ve nihayet araç sürücüsünün sisteme müdahale etme olasılığı ve yükümlülüğünün yoğunluğudur<sup>77</sup>. En baştan vurgulamak gerekir ki, bu kategorilerin her biri yalnızca teknik açıdan bir sınıflandırma olup hukuki bir nitelik arz etmez<sup>78</sup>. O kadar ki, yukarıda adı geçen Motorlu Araçlar ve Römorkları ile Bunlar için Tasarlanan Aksam, Sistem ve Ayrı Teknik Ünitelerin Genel Güvenliği ve Korunmasız Karayolu Kullanıcılarının ve Yolcuların Korunması ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliği'ndeki otonom araç tanımları da bu sınıflandırma ile tam olarak uyuşmamaktadır<sup>79</sup>. Zira Yönetmelik hükmünde tam otonom aracın herhangi bir sürücü kontrolü olmadan hareket edebilmesi mümkün görülürken aşağıda da görüleceği üzere tam otonom olmayan araçların da herhangi bir sürücü kontrolü olmadan hareket edebilmesi pekala mümkündür<sup>80</sup>. Bu sınıflandırma kapsamında yer alan seviyeler arasındaki farklılık, aracın otonom sürüşü hangi koşullarda gerçekleştirdiği yahut sürücünün aracın kontrolünü üstlenmeye her zaman hazır olup olmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır<sup>81</sup>. Bu açıdan her ne kadar öğretilerde farklı otomasyon derecelerinin tanımlarından hareketle somut olayda gerekli özen yükümlülüğünü belirlemeye çalışmanın hem metodolojik hem de olgusal olarak hatalı olacağına dikkat çekilmişse de<sup>82</sup> gerçek şu ki, ceza sorumluluğunun belirlenmesi açısından

<sup>76</sup> THOMMEN/MATJAZ, s. 276; THOMMEN, s. 25; FOERSTER, s. 423. Türk öğretisinde *Doğan/Meraklı* tarafından sürücüyü asiste eden, sürücünün işini kolaylaştıran, güvenlik ve sürüş sistemlerinin otonom araç kavramına dahil olmadığına işaret edilmekteyse de esasen bu sistemler de tam otonom araç kapsamında olmasa da belirli bir otonom seviyeye işaret etmektedir. Bkz. DOĞAN, s. 3230; DOĞAN/MERAKLI, s. 323.

<sup>77</sup> THOMMEN/MATJAZ, s. 276; HAMMER, Christoph, *Automatisierte Steuerung im Straßenverkehr*, dfv Mediengruppe, Frankfurt am Main, 2015, s. 17; KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 338.

<sup>78</sup> THOMMEN, s. 25; HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 801; KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 338.

<sup>79</sup> KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 340, 341.

<sup>80</sup> KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 341.

<sup>81</sup> KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 341.

<sup>82</sup> HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 25. Bu çerçevede Alman Trafik Kanunu'ndaki bu sınıflandırmanın, somut olayda hangi araç tipinden söz edildiğini anlamak amacıyla önemli olduğunun altını çizen *Hilgendorf*, çoğu otomatik özellikli

kaza sonrası ilk olarak kazaya karışan araçların hangi seviye sürüş sisteminde kullanıldığı mutlaka açıkça belirlenmelidir<sup>83</sup>.

Bu ayrımlar noktasında öğretilerde farklı görüşler bulunmasına rağmen<sup>84</sup> genel olarak altı farklı kategoriden söz edilmektedir. Esasen bu sınıflandırma, Dünya Otomotiv Mühendisleri Derneği (SAE) tarafından geliştirilen öneri olup<sup>85</sup> Alman Federal Karayolu Araştırma Enstitüsü (BASt) tarafından da esas alınmıştır<sup>86</sup>. Almanya’da Trafik Kanunu’nda ilk kez yüksek (*seviye 3*) ve tam (*seviye 4*) otomatik sürüş fonksiyonlarına sahip araçların işletilmesi için izin verilmesine yönelik kanuni düzenlemelerin de bu sınıflandırmaya uygun olarak düzenlendiği ifade edilebilir<sup>87</sup>.

Bu sınıflandırmanın en alt katında sürücünün tüm yolculuk boyunca tüm sürüş görevlerini (hızlanma, frenleme, yönlendirme) bizzat kendisinin yaptığı, otomatik olmayan araç olarak “*yalnızca sürücü (Seviye*

---

işlevin geçersiz kılınabilmesi veya kapatılabilmesi nedeniyle kanundaki bu sınıflandırmanın bilgisel anlamda değerinin sınırlı olduğuna işaret etmiştir. Bkz. **HILGENDORF**, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 801.

<sup>83</sup> **NEHM**, s. 402; **KELEP PEKMEZ**, s. 190; **DOĞAN/MERAKLI**, s. 332.

<sup>84</sup> Nitekim Alman öğretilerinde *Sander/Hollering*, kısmi otomatik, yüksek otomatik ve tam otomatik araç sistemleri olmak üzere üç farklı kategoride inceleme yapmaktadırlar. Bakınız **SANDER/HOLLERING**, s. 194. Bunun yanında *Wigger*, uluslararası ve ulusal düzeyde otonom sürüşün beş farklı derecesi arasında bir sınıflandırma yapılabileceğine işaret etmiş, bununla birlikte incelemesini temel olarak yüksek ve tam otomatik araç seviyelerini esas alarak gerçekleştirmiştir. Bkz. **WIGGER**, s. 42, 51.

<sup>85</sup> **KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU**, s. 338.

<sup>86</sup> **HEß**, Rainer, Straßenverkehrsrecht, in Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, 28. Auflage, C.H. Beck, München, 2024, § 1a kn. 4; **HILGENDORF**, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 25, 26; **FOERSTER**, s. 423; **LÜDEMANN**, Volker/**SUTTER**, Christine/**VOGELPOHL**, Kerstin, „Neue Pflichten für Fahrzeugführer beim automatisierten Fahren – eine Analyse aus rechtlicher und verkehrspsychologischer Sicht“, NZV 2018, s. 412. Uluslararası bir organizasyon olan SAE, otomatik sürüşü sınıflandırmak için altı seviye öngörmüş olup bunları içeren “Karayolu Motorlu Taşıtlar için Sürüş Otomasyon Sistemlerine İlişkin Terimlerin Sınıflandırması ve Tanımları” standardını ilk kez 2014 yılında açıklamış ve son güncellemesini 2018 (J3016\_201806) yılında yapmıştır. Bkz. **SEDLMAIER**, Felix/**KRZIC BOGATAJ**, Andreja, „Die Haftung beim (teil-)autonomen Fahren“, NJW 2022, s. 2953; **YİĞİT**, Erku/**ÖNER**, A. Erdem/**YÖNTEM**, Orçun “Otonom Araçların Otomotiv Sektörüne Etkileri ve Beraberinde Getirdiği Yenilikler”, Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi, Kasım 2020, s. 182.

<sup>87</sup> **LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL**, NZV 2018, s. 412; **HILGENDORF**, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 801.

0)'' kategorisi bulunmaktadır<sup>88</sup>. Bu kapsamda en basit ve temel araç, kuşkusuz ki sürücü kişinin tüm sürüş görevlerini kendisinin yaptığı otomatik olmayan araçtır<sup>89</sup>. Sürücü, sürekli olarak uzunlamasına kontrolü (hız koruma, hızlanma ve frenleme) ve yanal kontrolü (direksiyon) elinde bulundurur, araç kontrolü üzerinde her zaman tek ve tam kontrole sahiptir. Bu sistemde herhangi bir müdahale sistemi yoktur, yalnızca şeritten ayrılma uyarısı ve kör nokta izleme gibi uyarı sistemleri vardır<sup>90</sup>. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki sürücü, aracı kendisi kullansın ya da kullanmayıp otomatik sisteme devretmiş olsun, her halükârda direksiyon koltuğuna oturmuş bulunan kişidir<sup>91</sup>.

Günümüzdeki çoğu aracın kapsamında yer aldığı<sup>92</sup> ''destekli sürüş (Seviye 1)'' kategorisinde ise sistem sürücüyü yalnızca belirli durumlarda aracın idare edilmesi görevinden kurtarmakta, aracın kontrolü kural olarak sürücü tarafından yerine getirilmektedir<sup>93</sup>. Sürücü sürekli olarak dikey kontrolü ve yanal kontrolü elinde bulundurur. Ancak bu derecede aracın dikey ya da yanal kontrolü sistem tarafından devralınabilir<sup>94</sup>. Söz gelimi araç sürücüsü aracın gaz ve frenini kendisi idare ederken ve aracın sürüşünü kendisi gerçekleştirirken aracın belirli bir hızda gitmesini sağlamak üzere hız sabitleyicisinin kullanılması, dur-kalk fonksiyonu ve aracın park edilmesi suretiyle park yardımı bu kapsamda telakki edilmektedir<sup>95</sup>. Nitekim hız sabitleyici sistemlerinde sürücü gaza ya da frene

<sup>88</sup> THOMMEN/MATJAZ, s. 276; THOMMEN, s. 25; HAMMER, s. 19; ÇEKİN, s. 286; TAŞTAN/KAYMAZ, s. 196; KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 338. Türk öğretisinde Doğan, bu sürüş sistemi için ''tamamen manuel kullanım'' ifadesini kullanmaktadır. Bakınız DOĞAN, s. 3231.

<sup>89</sup> THOMMEN/MATJAZ, s. 276; ÇEKİN, s. 286; KELEP PEKMEZ, s. 179, dn. 11; KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 338.

<sup>90</sup> WIGGER, s. 51.

<sup>91</sup> WIGGER, s. 51.

<sup>92</sup> ÇEKİN, s. 286.

<sup>93</sup> THOMMEN, s. 25; ROSHAN, Bahrama, ''Automatisiertes und autonomes Fahren im Überblick'', NJW-Spezial 2021, s. 137; ÇEKİN, s. 286; TAŞTAN/KAYMAZ, s. 196; KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 338. Türk öğretisinde Doğan, bu sürüş sistemi için ''sürüş asistanları'' ifadesini kullanmaktadır. Bakınız DOĞAN, s. 3231).

<sup>94</sup> WIGGER, s. 51; TAŞTAN/KAYMAZ, s. 196.

<sup>95</sup> ROSHAN, s. 137; YIĞIT/ÖNER/YÖNTEM, s. 182; KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 338; THOMMEN, s. 25.

dokunmamakta, bununla birlikte direksiyonun hâkimiyetini sürekli olarak elinde bulundurmaktadır<sup>96</sup>.

Bir sonraki üst kategori olan “yarı otomatik sürüş (Seviye 2)”te sistem<sup>97</sup>, sadece belirli zamanlarda ve belirli trafik durumlarında aracın kontrolünü üstlenmekte, araç sürücüsünden aracı yeniden devralması istendiğinde sürücü derhal aracın kontrolünü üzerine almalıdır<sup>98</sup>. Sürücü belirli uygulamalarda dikey ve yanal yönlendirmeyi sisteme aktarabildiğinden sistem yalnızca ikinci seviyeden itibaren kısmen otomatik olarak adlandırılır<sup>99</sup>. Bu otonom araç sistemleri, sürücü tarafından sürekli olarak takip edilmeye ve sürüş görevini üstlenmek için sürekli hazır olmaya ihtiyaç duyarlar. Diğer bir ifadeyle araç sürücüsü araç sistemini sürekli olarak takip etmeli ve aniden müdahale etmeye hazır durumda bulunmalıdır<sup>100</sup>. Bu sistemde otomasyonun görevi, sürücüyü en iyi şekilde desteklemektir, ancak hiçbir şekilde onun yerini almak değildir<sup>101</sup>. Bu noktada belirleyici olan husus, araç sürücüsünün aracın kontrolünü gerektiğinde ele geçirebilmesi, sistemi işlevsiz kılma seçeneğinin bulunmasıdır<sup>102</sup>. Sistemde sürücü döngünün içerisinde, döngünün bir parçası olarak yer almaktadır<sup>103</sup>. Esasen otomobil ve kamyonlarda yarı otonom sistemlerin başarılı bir şekilde gelişimi yıllar önce hava yastıkları ve otomatik kilitlenme önleyici fren sistemlerinin kurulmasıyla başlamıştır<sup>104</sup>. Günümüzde yaygın olarak kullanılan park yardım asistanı veya otoyolda hız kontrol asistanı gibi otomatik sürüşü mümkün kılan çok çeşitli sistemleri yarı otonom

<sup>96</sup> ÇEKİN, s. 286.

<sup>97</sup> Öğretide bu kategori için “kısmi otonom sürüş sistemi” Bkz. JOURDAN/MATSCHI, s. 27; SANDER/HOLLERING, s. 194, “kısmi otomatik araç” Bkz. WİGGER, s. 51, “kısmen otomatize araçlar” Bkz. ÇEKİN, s. 286 ya da “kısmen otomasyon” Bkz. DOĞAN, s. 3232 şeklinde farklı ifadeleri kullananlar bulunmaktadır.

<sup>98</sup> SANDER/HOLLERING, s. 194; THOMMEN, s. 25; THOMMEN/MATJAZ, s. 289; ÇEKİN, s. 286; KELEP PEKMEZ, s. 179, dn. 12.

<sup>99</sup> WİGGER, s. 51; TAŞTAN/KAYMAZ, s. 196.

<sup>100</sup> JOURDAN/MATSCHI, s. 27; WİGGER, s. 51; THOMMEN, s. 25; SANDER/HOLLERING, s. 194; ROSHAN, s. 137; ÇEKİN, s. 286; KELEP PEKMEZ, s. 179, dn. 12; YİĞİT/ÖNER/YÖNTEM, s. 182.

<sup>101</sup> JOURDAN/MATSCHI, s. 27.

<sup>102</sup> THOMMEN/MATJAZ, s. 277.

<sup>103</sup> JOURDAN/MATSCHI, s. 27; ÇEKİN, s. 286, 287.

<sup>104</sup> HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 15.

araçların özellikleri arasında yer alır<sup>105</sup>. Yine bu sisteme örnek olarak öndeki araçla istenen mesafeyi koruyabilen, aracın bir şeritte sabit şekilde gitmesini sağlayan şerit takip asistanı gösterilebilir ki bu sistemde sürücü, otonom sistemi takip etmesi ve gerektiğinde kontrolü üzerine alması beklenir<sup>106</sup>. Kısaca bu seviyede hız sabitleyici (uzunlamasına kontrol) ile şerit takip sistemi (yanal kontrol) birleştirilerek yerine getirilir<sup>107</sup>.

Bir diğer kategori olarak “yüksek otomatik sürüş (Seviye 3)”, sürücü tarafından daimî bir gözetimin gerekli olmadığı ve belirli bir zaman esnasında ya da özel durumlarda tamamen kontrolü üstlenen araç sistemleri olup yarı otomatik sürüş kategorisiyle büyük ölçüde aynı olmakla birlikte önemli bir farklılık olarak sistemin kendisinin üstesinden gelemeyeceği durumları önceden fark edip araç sürüşünü uyarması ve müdahaleye yönlendirmesi şeklinde bir özelliğe sahiptir<sup>108</sup>. Bu seviyedeki araçlar, belirli uygulamalarda (otoyolda sürüş esnasında göstergenin etkinleştirilmesi, şerit değiştirme ve şeritte kalma, trafik sıkışıklığını takip etme gibi) bütün kontrolün araç sistemine sınırlı bir şekilde aktarılmasına izin verir<sup>109</sup>. Bu sürüş sisteminde, yarı otomatik sürüş sisteminden farklı olarak araç sürücüsü sistemi sürekli olarak izlemek zorunda değildir<sup>110</sup>. Buna rağmen aracın uyarıda bulunması ve sürücünün araca müdahale etmesi süresince yaklaşık on saniye geçtiğinden araç sürücüsünün her an aracın kullanımını üstlenebilecek durumda olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>111</sup>. Çevresel koşullar artık asistan sisteminin işlevsel kapsamına uymadığında sistem bunu bağımsız olarak algular, sistem sınırlara ulaşırsa

<sup>105</sup> THOMMEN/MATJAZ, s. 277; HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 15; KÖNIG, s. 123; ROSHAN, s. 137; ÇEKİN, s. 286.

<sup>106</sup> SANDER/HOLLERING, s. 194; WIGGER, s. 51.

<sup>107</sup> WIGGER, s. 51; KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 338.

<sup>108</sup> SANDER/HOLLERING, s. 194; LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL, s. 412; THOMMEN, s. 25; SEDLMAIER/KRZIC BOGATAJ, s. 2953; ÇEKİN, s. 287; TAŞTAN/KAYMAZ, s. 197; KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 338.

<sup>109</sup> WIGGER, s. 52; ROSHAN, s. 137; LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL, s. 412; YİĞİT/ÖNER/YÖNTEM, s. 182.

<sup>110</sup> LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL, s. 412; ROSHAN, s. 137; KELEP PEKMEZ, s. 179, dn. 13.

<sup>111</sup> THOMMEN, s. 25; ÇEKİN, s. 287; KELEP PEKMEZ, s. 179, dn. 13; KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 339.



sürücünün aracı devralmasını talep eder. Sürücü yeterli uyarı süresinden sonra istediği zaman sürüş görevini tekrar devralabilmelidir<sup>112</sup>.

Beşinci sürüş kategorisi ise “*tam otomatik sürüş (Seviye 4)*” sistemidir. Bu kategoride bir insan sürücüden söz etmek pek mümkün değildir<sup>113</sup>. Bu tür araçlarda araç sistemleri, tüm trafik süreçlerini daimi olarak sürücüden tamamen bağımsız şekilde yönetir<sup>114</sup>. Araç sistemi bütün sürüşü üstlenmekte, araç sürücüsünün sistemi takip etmesine gerek bulunmamaktadır<sup>115</sup>. Belirli kullanım durumlarında sistem tüm durumları otomatik olarak idare edebilir. Sürücü artık yedek seviye olarak hizmet etmemektedir<sup>116</sup>. Dolayısıyla bu sürüş sisteminde teknik açıdan sürücünün otomatik sürüş sırasında “döngü dışında” olduğu, yani artık kontrol döngüsünün bir parçası olmadığı belirtilebilir<sup>117</sup>. Otonom sistem, üstesinden gelemeyeceği bir durumu fark ettiğinde araç sürücüsüne durumu bildirir ve bunun için araç sürücüsüne yeterli bir süre verir. Şayet sistem, araç sürücüsünden yanıt alamazsa diğer sürüş kategorilerinin aksine -ki esas fark burada ortaya çıkmaktadır- aracı her durumda minimum risk durumuna getirir, örneğin aracı kendiliğinden, sürücünün herhangi bir talimatı ya da müdahalesi olmaksızın yavaşlatır<sup>118</sup>. Somut olarak bu, aracın otomatik olarak taşıt yolunun sağ kenarına gitmesi ve orada “güvenli durması” (*safe stop*) anlamına gelebilir<sup>119</sup>.

<sup>112</sup> WIGGER, s. 52; KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 338.

<sup>113</sup> THOMMEN/MATJAZ, 289.

<sup>114</sup> SANDER/HOLLERING, s. 194; KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 339; YİĞİT/ÖNER/YÖNTEM, s. 182; ROSHAN, s. 137.

<sup>115</sup> THOMMEN/MATJAZ, s. 277; LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL, s. 412; THOMMEN, s. 25; KELEP PEKMEZ, s. 179, dn. 14.

<sup>116</sup> WIGGER, s. 52.

<sup>117</sup> JOURDAN/MATSCHI, s. 28.

<sup>118</sup> THOMMEN, s. 25; ROSHAN, s. 137; ÇEKİN, s. 287; KELEP PEKMEZ, s. 179, dn. 14.

<sup>119</sup> JOURDAN/MATSCHI, s. 28.

Seviye 0	Seviye 1	Seviye 2	Seviye 3	Seviye 4	Seviye 5
Yalnızca Sürücü	Destekli sürüş	Yarı Otomatik Araç	Yüksek Otomatik Araç	Tam Otomatik Araç	Sürücüsüz Araç
Sürücü sürekli olarak uzunlamasına kontrolü ve yanal kontrolü elinde bulundurur.	Sürücü sürekli olarak uzunlamasına kontrolü veya yanal kontrolü elinde bulundurur.	Sürücü sistemi sürekli olarak kontrol etmelidir.	Sürücünün sistemi sürekli olarak kontrol etmesine gerek bulunmamaktadır.	Özel uygulama durumunda sürücü gerekliliği bulunmamaktadır.	Başlangıçtan hedefe kadar sürücü gerekli değildir.
			Sürücü potansiyel olarak aracı üstlenme konusunda bulunmalıdır.		
Müdahale eden araç sistemi aktif değildir.	Sistem, diğer sistemi devralır.	Sistem, özel uygulama durumunda yanal ve uzunlamasına	Sistem, özel uygulama durumunda yanal ve uzunlamasına	Sistem, özel durumdaki tüm durumları otomatik olarak	Sistem, tüm yol türlerinde, hız aralıklarında ve çevre koşullarında sürüş

		kontrolü üstlenir.	kontrolü devralır.  Sistem sınırlarını tanır ve sürücüyü yeterli zaman içerisinde aracın kontrolünü devralması için uyarır.	üstlenebilir.	görevini tam olarak yerine getirir.
--	--	--------------------	---	---------------	-------------------------------------

Tablo 1: Farklı Otonom Araç Sistemleri<sup>120</sup>

Nihayet bu kategorilerin en üstünde “sürücüsüz araç (Seviye 5)” yer alır. Bu sürüş sisteminde yolculuk boyunca hiçbir şekilde herhangi bir sürücüye ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>121</sup> ki otonom araçtan anlaşılması gereken esasen bu sürüş sistemidir<sup>122</sup>. Beşinci seviye, artık bir sürücünün olmadığı, sadece yolcuların bulunduğu tam otonom araçlardır ve burada yolcuların ehliyet sahibi olmaları gerekli görülmez<sup>123</sup>. Araç her türlü yolda, her hızda ve her türlü çevre koşulunda sürüş görevini tam olarak yerine getirebilir. Yolcuya sadece varış noktasını ve rotayı belirlemek için ihtiyaç duyulmaktadır<sup>124</sup>. Sürücüsüz araçlar, otomotiv sektörünün uzun

<sup>120</sup> Tablo için bkz. WIGGER, s. 53.

<sup>121</sup> THOMMEN, s. 25; SEDLMAIER/KRZIC BOGATAJ, s. 2954; ROSHAN, s. 137; KELEP PEKMEZ, s. 179, dn. 15; YİĞİT/ÖNER/YÖNTEM, s. 182; DOĞAN, s. 3243; KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 339.

<sup>122</sup> HEß, § 1a kn. 5.

<sup>123</sup> SEDLMAIER/KRZIC BOGATAJ, s. 2954; ROSHAN, s. 137; DOĞAN, s. 3243; DOĞAN/MERAKLI, s. 332.

<sup>124</sup> WIGGER, s. 52; ROSHAN, s. 137.

vadeli hedefi olup 2030 yılına kadar beklenmemektedir<sup>125</sup>. Bu açıdan günümüzde trafikte kullanımda olan araç sınıfı, kuşkusuz ki “yalnızca sürücü” kategorisi bir kenara bırakıldığında çoğunlukla destekli sürüş ve yarı otomatik sürüş şekilleridir<sup>126</sup>. Bununla birlikte tüm bu açıklamalardan hareketle yüksek ve tam otomatik sürüş kategorilerinde “Sürücünün sistemi takip etmesi gerekmez” yönündeki ifadenin, esasen sistemin teknik açıdan sürekli takip edilmesinin gerekli olmadığı anlamına geldiği de özellikle belirtilmelidir<sup>127</sup>. Nihayetinde 5 seviyeden oluşan farklı araç sistemleri, genel hatlarıyla aşağıdaki iki tabloda ortaya konulmaya çalışılmıştır.

İsmlendirme	Otonom Seviyesi ve Sürücünün Beklentisine İlişkin Tanımlama	Örnek Sistem Tasarımı
Yalnızca sürücü	Sürücü sürekli olarak (tüm yolculuk boyunca) uzunlamasına (hızlanma/yavaşlama) ve yanal yönlendirme (direksiyon) gerçekleştirir.	Uzunlamasına veya yanal yönlendirmeye müdahale eden (sürücü destek) sistem aktif değildir.
Destekli sürüş	Sürücü daima ya yanal ya da uzunlamasına yönlendirme yapar. Diğer sürüş görevleri belirli sınırlar	Hız sabitleyici: • Uyarlanabilir mesafe ve hız kontrolü

<sup>125</sup> WIGGER, s. 52.

<sup>126</sup> Wigger, bazı eserlerde “otonom araç sistemi” ifadesinin, hem yüksek düzeyde otomatikleştirilmiş (seviye 3) hem de tam otomatikleştirilmiş (seviye 4) sürüş sistemleri için de kullanılabilmekte olduğuna, bunun nedeninin, tam otomatik araçlardaki sistemlerin otonom sürüş ile eşdeğer tutulabilmesi olduğunu, zira bu sistemde sürücünün artık yedek bir şekilde mevcut olmasına gerek bulunmadığını, aradaki tek farkın, sürücünün tam otomatik bir araçta sistemi devre dışı bırakabilmesi, otonom bir araçta (seviye 5) ise sürücünün yolcu olarak artık herhangi bir kontrole sahip olması olduğunu ifade etmiştir. Bkz. WIGGER, s. 55.

<sup>127</sup> THOMMEN, s. 25.

	<p>dahilinde sistem tarafından gerçekleştirilir.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sürücü, sistemi her zaman gözetmelidir.</li> <li>• Sürücü, her zaman aracın kontrolünü üstlenmeye hazır durumda bulunmalıdır.</li> </ul>	<p>ile uzunlamasına yönlendirme</p> <p>Park asistanı:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Park asistanı ile yanal yönlendirme (park yerlerinde otomatik yönlendirme. Sürücü uzunlamasına yönlendirmeyi kontrol eder).</li> </ul>
Yarı Otomatik Araç	<p>Sistem yanal ve uzunlamasına yönlendirmeyi üstlenir (Belirli bir süre ve/veya belirli durumlarda).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sürücü, sistemi sürekli olarak gözetmelidir.</li> <li>• Sürücü, her zaman aracın tam kontrolünü üstlenmeye hazır durumda bulunmalıdır.</li> </ul>	<p>Otoban asistanı:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Otomatik uzunlamasına ve yanal yönlendirme</li> <li>• Otobanlarda üst hız sınırına kadar</li> <li>• Sürücü, sistemi sürekli olarak gözetmeli ve devralma talebine derhal yanıt vermelidir.</li> </ul>
Yüksek Otomatik Araç	<p>Sistem, belirli durumlarda belirli bir süreliğine yanal ve uzunlamasına yönlendirmeyi üstlenir:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sürücü, sistemi sürekli olarak gözetmek zorunda değildir.</li> <li>• Gerektiğinde sürücünün yeterli zaman aralığında sürüş</li> </ul>	<p>Otoban şoförü:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Otomatik uzunlamasına ve yanal yönlendirme</li> <li>• Otobanlarda üst hız sınırına kadar</li> <li>• Sürücü, sistemi sürekli olarak gözetmek zorunda değildir ve devralma talebine</li> </ul>

	<p>görevini üstlenmesi talep edilir.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sistem sınırlarının tamamı sistem tarafından bilinir. Sistem, her durumda minimum risk durumunu ortaya çıkartabilecek konumda değildir.</li> </ul>	<p>belirli bir zaman sonra yanıt verebilir.</p>
<p>Tam Otomatik Araç</p>	<p>Sistem, tanımlanmış bir uygulamada yanal ve uzunlamasına yönlendirmeyi tamamen üstlenir.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sürücü, sistemi gözetlemek zorunda değildir.</li> <li>• Uygulama durumundan ayrılmadan önce sistem, sürücüden yeterli zaman aralığı içerisinde aracın kontrolünün devralınmasını talep eder.</li> <li>• Bu gerçekleşmezse, sistem minimum risk durumuna geri döner.</li> <li>• Sistem sınırlarının tamamı sistem tarafından bilinir. Sistem, her durumda minimum risk durumuna geri dönebilir konumdadır.</li> </ul>	<p>Otoban pilotu:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Otomatik uzunlamasına ve yanal yönlendirme</li> <li>• Otobanlarda üst hız sınırına kadar</li> <li>• Sürücü, sistemi gözetlemek zorunda değildir.</li> <li>• Sürücü, devralma talebine yanıt vermezse araç durmak üzere fren yapar.</li> </ul>

Tablo 2: Farklı Otonom Araç Sistemlerinin Tanımları<sup>128</sup>

Tüm bu açıklamalardan sonra özellikle belirtmek gerekir ki *Google*, “lidar” adı verilen radar ve lazer mesafe bulucuları, kameralar ve sürekli olarak ortamın ayrıntılı bir resmini kaydeden ultrasonik sensörler dahil olmak üzere tamamen yeni bir model geliştirmek yerine geleneksel araçları otonom sürüş için gereken teknolojiyle birleştirmiş olup esasen tipik bir otonom araç örneği ortaya koymuştur ki araçta yer alan görüntü tanıma algoritmaları, öndeki aracın fren yapıp yapmadığını, bir yayanın karşıdan karşıya geçip geçmediğini veya trafik ışığının değişip değişmediğini anlık görüntüden okur<sup>129</sup>. Aracın içerisinde sürücünün otonom sistemi izlemesini ve kontrol etmesini sağlayan bir ekran bulunmakta olup sürücü, direksiyonu hareket ettirerek veya fren ya da gaz pedalına dokunarak aracın kontrolünü yeniden elde edebilir; araç sistemi, üstesinden gelemeyeceği bir durumla karşılaştığında sürücüye aracın kontrolünü üzerine alması gerektiği yönünde bir uyarıda bulunur<sup>130</sup>.

## II. OTONOM ARAÇLARDA CEZA SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ

### A. Genel Olarak

Otonom araçlarda kaza sonucu bir kimsenin ölümü durumunda kasten öldürme suçu istisna olacağından soruşturma kuralı olarak taksirle öldürme suçuyla sınırlı olacak, genel olarak ilgili suç tipleri, taksirle öldürme, taksirle yaralama ve trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçları şeklinde gündeme gelecektir<sup>131</sup>. Hiç kimse şirketinin itibarının zedelenmesine neden olmak istemeyeceğinden genellikle üreticilerin kazaya

<sup>128</sup> Tablo için bakınız **WIGGER**, s. 54.

<sup>129</sup> **THOMMEN/MATJAZ**, s. 277.

<sup>130</sup> **THOMMEN/MATJAZ**, s. 278.

<sup>131</sup> **WIGGER**, s. 42; **THOMMEN**, s. 27; **STAUB**, s. 393, 396; **DOUMA**, s. 1159; **BECK**, “Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik”, s. 120; **SCHUSTER**, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, s. 390, 391; **KELEP PEKMEZ**, s. 181; **KIM**, s. 42. Bununla birlikte teknolojik ilerleme karşısında başta terörizm olmak üzere otonom araç sistemlerine yönelik yetkisiz erişimlerle (*hackleme*) işlenebilecek yeni suç türleri ortaya çıkacaktır. Bkz. **DOUMA**, s. 1159. Esasen teknolojinin daha fazla ilerlemesine gerek bulunmaksızın günümüzde de otonom araçlar aracılığıyla birçok suç türü işlenebilir. Söz gelimi yemek dağıtımını yapan bir tam otonom araç, uyuşturucu ya da silah kaçakçılığı amacıyla pekala kullanılabilir. Bkz. **DOĞAN/MERAKLI**, s. 332.

neden olma yönünde kastlarının varlığından bahsedilemeyecektir<sup>132</sup> ki bu husus, araç üreticileri açısından daha belirgindir. Bu çerçevede otonom araçlarla meydana gelen trafik kazalarının ortaya çıkardığı sorunların birçoğunun ilk etapta özel hukuka ilişkin olduğu belirtilebilir. Zira kazalar yalnızca malvarlığına zarar verirken ve taksirle mala zarar verme cezalandırılabilir olmadığından kural olarak ilk etapta ceza hukuku sorunu gündeme gelmemektedir<sup>133</sup>. Bununla birlikte otonom araç kullanılırken bir yaralanma meydana gelirse ya da bir kimse hayatını kaybederse özel hukuk anlamında tazminat sorumluluğunun varlığı yetersiz kalacak olup bu anlamda ceza hukuku anlamında bir sorumluluk tartışmasının yapılması da gayet doğal olacaktır<sup>134</sup>.

Her şeyden önce otonom araçların karıştığı kazalarda ceza sorumluluğunun belirlenmesinin çok daha zor olduğuna dikkat çekilmektedir<sup>135</sup>. Zira gerek özel hukukta kusursuz sorumluluğun kabul edilmesi gerekse tüzelkişilerin hukuki sorumluluklarının bulunması karşısında işletenin ve üretici şirketlerin hukuki sorumluluğuna gidilmesi mümkünken aynı durumun ceza hukuku açısından geçerli olduğundan bahsedilemez<sup>136</sup>. Bir defa ceza hukuku bağlamında sistemin somut işleyişi ve karar verme süreci kolay bir şekilde öngörülebilir olmadığından taksirli sorumluluğun birçok kriterinin bu sistem üzerinde uygulanmasının sorunsuz bir şekilde temellendirilebilir olmadığı en baştan ifade edilmelidir<sup>137</sup>. Bu kapsamda otonom araç sistemlerinde evvela taksirli suçun yapısı içerisinde belirlenen temel prensiplere göre özene dair koşullar belirlenmelidir<sup>138</sup>. Hareket, özene aykırı olmalı; neden olunan netice, objektif olarak

<sup>132</sup> SANDER/HOLLERING, s. 195.

<sup>133</sup> SCHUSTER, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Hersteller beim automatisierten Fahren“, s. 7; SCHUSTER, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, s. 390.

<sup>134</sup> HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 25; SCHUSTER, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Hersteller beim automatisierten Fahren“, s. 6; VALERIUS, Brian, „Sorgfaltspflichten beim autonomen Fahren“, *Autonome Systeme und neue Mobilität*, Hrsg. Eric Hilgendorf, Nomos, 2017, s. 9; WIGGER, s. 41.

<sup>135</sup> HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 803; VALERIUS, s. 9.

<sup>136</sup> NEHM, s. 401; KELEP PEKMEZ, s. 181.

<sup>137</sup> BECK, Susanne, „Fahrlässigkeit“, in *Handbuch des Strafrechts, Strafrecht All-gemeiner Teil*, Band 2, C. F. Müller, Heidelberg, 2020, § 36 kn. 128; KANGAL, s. 132, 133; KELEP PEKMEZ, s. 181.

<sup>138</sup> WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 1122.



faile isnat edilebilir olmalıdır<sup>139</sup>. Taksirli sorumluluğun esas koşulu objektif özene aykırı harekettir. Failin ilişki alanında somut durumda dikkatli ve özenli bir kişinin (*ölçüt figür*<sup>140</sup>) nasıl davranacağı sorusu sorulmalıdır<sup>141</sup>. Buradaki esas zorluk genellikle riayet edilmesi gereken özen yükümlülüğünün tam olarak belirlenmesi noktasında gündeme gelmektedir. Bu konuda en önemli kaynak, hukuki düzenlemelerdir. Kuşkusuz ki Trafik Kanunu'nda ve bu kanuna dayalı yönetmelikte yer alan düzenlemeler bu konudaki ilk ölçüt kriterleri olarak gösterilebilir<sup>142</sup>. Bu noktada sanayi sektöründeki faaliyetler göz önünde bulundurulduğunda genellikle bilim ve teknoloji alanındaki koşullar mutlaka dikkate alınmalıdır<sup>143</sup>. Buradaki en önemli kaynaklardan biri, sistemin hangi koşullar altında kullanılacağı konusunda belirleyici olan üreticinin talimatlarıdır<sup>144</sup>. Bununla birlikte bilim ve teknolojideki son gelişmeler kapsamında araçların otonom özelliklerinin artmasıyla belirli koşullar ve olaylar giderek daha fazla öngörülemez duruma gelmektedir<sup>145</sup>. Ülkemizde henüz gündeme gelmemiş olsa da son dönemde birçok ülke mevzuatında bu konuda hukuki düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Söz konusu düzenlemelere riayet etmek yahut tam tersi uymamak kişinin taksirli hareket edip etmediği hususunda yalnızca bir gösterge olup bu konu bağlamında ayrıca bir değerlendirmenin yapılması gerekir<sup>146</sup>.

Otonom araç sistemi, ceza hukuku anlamında sorumluluk bakımından bazı önemli değişimleri beraberinde getirmektedir. Zira sürücülü araçlarda bir kaza meydana geldiğinde ceza hukuku anlamında kural olarak yalnızca araç sürücüsünün sorumluluğu gündeme gelirken otonom araçlarla birlikte araç sahibinin, araç üreticisinin ve programcılarının dahi sorumluluğu tartışılabilecektir. Diğer bir ifadeyle otonom araçlarda

<sup>139</sup> BECK, "Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik", s. 121; VALERIUS, s. 9; STAUB, s. 395; KIM, s. 43; AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet, Ankara 2022, s. 498 vd.

<sup>140</sup> Bu kavrama ilişkin detaylı açıklamalar için bakınız DEMİREL, Muhammed, Taksirli Suç, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2024, s. 201 vd.

<sup>141</sup> VALERIUS, s. 9; AKBULUT, s. 500, 501; KANGAL, s. 138, 139.

<sup>142</sup> Karşılaştırınız BGHSt 4, 182, 185 Bkz. BECK, "Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik", s. 123. Ayrıca bakınız KIM, s. 44, 45.

<sup>143</sup> VALERIUS, s. 10.

<sup>144</sup> GREGER, s. 2.

<sup>145</sup> BECK, "Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik", s. 122.

<sup>146</sup> VALERIUS, s. 11.

sistemden kaynaklı kazaların gerçekleşmesi durumunda sürücünün yanı sıra sistemi geliştiren kişilerin de ceza sorumluluğu söz konusu olabilecektir<sup>147</sup>. Kuşkusuz ki ceza hukuku anlamında bilgisayar sisteminin ya da tüzel kişiliğin sorumluluğuna gidilemez, gerçek kişilerin dışındakilerin ceza sorumluluğundan söz edilemez<sup>148</sup>. Buna göre otonom araçlarda araç sürücüleri ve sahiplerinin yanında aracın programcısı ve somut olarak gerekli bilgi transferiyle ilgilenenler dahil olmak üzere aracın üretim ve tedarik zincirindeki kişiler, ceza hukuku anlamında sorumluluğun odak noktası haline gelmektedir<sup>149</sup>. Bu kişiler arasında ayırım yapılması, bu tür kazalardan her durumda yalnızca bir kişinin sorumlu olduğu anlamına gelmemelidir. Bilakis bu tür olaylarda birden fazla kişinin kusurları oranında (Türk Ceza Kanunu madde 22/5) kazadan birlikte sorumlulukları yüksek ihtimaldir. Bununla birlikte bu tür kazalarda mutlaka bir kimse- nin sorumlu tutulması gerektiği yönündeki oldukça yaygın olan anlayışın aksine hiç kimse sorumlu olmayabilir. Öyle ki bazı durumlarda tam otomatik araçlar dahi kazayı önleyemeyebilir<sup>150</sup>. Nihayetinde otonom araçların karıştığı trafik kazalarında meydana gelen zararlar bakımından

<sup>147</sup> **WIGGER**, s. 41; **VALERIUS**, s. 11; **BECK**, “Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik”, s. 120; **KIM**, s. 42.

<sup>148</sup> **STAUB**, s. 392; **THOMMEN/MATJAZ**, s. 280; **SCHUSTER**, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Hersteller beim automatisierten Fahren“, s. 7; **KANGAL**, s. 84; **DOĞAN**, s. 3236, 3237; **DOĞAN/MERAKLI**, s. 338; **KELEP PEKMEZ**, s. 181; **KIM**, s. 42. Alman öğretisinde Avrupa düzeyinde robotlara özel hukuk açısından elektronik kişi (e-kişi) statüsü verilmesine yönelik parlamento girişimlerinin bulunduğu ve hukuk bilimlerinin ötesinde hareket araştırmalarını gelecekte kendi kendine öğrenen makinelere doğru genişletme yönünde bir çabanın varlığına dikkat çekilmişse de robotların ceza sorumluluğunun kabul edilmesi yönündeki anlayışın modern bir anayasal devlette bir kişiye karşı verilen cezanın anlamı ve amacıyla örtüşmeyeceğine özellikle dikkat çekilmektedir. Bkz. **SCHUSTER**, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, s. 392; **AKBULUT**, “Yapay Zeka ve Ceza Hukuku Sorumluluğu,” s. 285-286; **SCHUSTER**, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, s. 393. Bununla birlikte yapay zekanın hukuki anlamda niteliğine ve hareket yeteneğine sahip olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bakınız **AKBULUT**, “Yapay Zeka ve Ceza Hukuku Sorumluluğu,” s. 286 vd.

<sup>149</sup> **WIGGER**, s. 42; **SANDER/HOLLERING**, s. 195; **STAUB**, s. 393; **KELEP PEKMEZ**, s. 185; **KIM**, s. 42.

<sup>150</sup> **VALERIUS**, s. 11.

sorumluluk esas itibariyle iki temel grupta incelenebilir: Araç sürücüsü ve üreticilerinin sorumluluğu<sup>151</sup>.

## B. Araç Sürücülerinin Ceza Sorumluluğu

Araç sürücüsü, sürüş görevini yerine getiren ve davranış yükümlülüklerine uymak zorunda olan kişidir<sup>152</sup>. Otonom sistemlerin bulunduğu araçlarda doğal olarak aracın bir sürücüsünün bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu tartışma, özellikle Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin eğitim sürüşüne müdahale etmeyen bir sürücü eğitmeninin trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu bağlamında sürücü olmadığı sonucuna ulaştığı "cep telefonu ihlali durumunda sürücü eğitmeni kararı"<sup>153</sup> ile ortaya çıkmıştır. Mahkeme, kararında her ne kadar "...Birden fazla kişi, zorunlu fonksiyonların kullanımı paylaşıyorsa (her ikisi de sürücü olarak görülebilir)." şeklinde bir ifade kullanmış olsa da yolcu koltuğundan direksiyon veya sürüş süreçlerine müdahale etmemesi nedeniyle araç eğitmeninin sürücü olarak nitelendirilemeyeceği, sürücü eğitmeninin acil durum halinde araca müdahale etme hakkını saklı tutmasının, kişinin sürücü olarak nitelendirilmesine bir gerekçe sunmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Mahkemenin bu kararına rağmen 2017 yılında Alman Trafik Kanunu'nda yapılan değişiklik sonrası ilgili hükme göre araç sürücüsü, aracı bu fonksiyonu talimata uygun şekilde bizzat kendisi kontrol etmese bile yüksek düzeyde veya tam otomatik sürüş işlevini (...) etkinleştiren ve aracı idare etmek için kullanan kişi olarak ifade edilmiştir (§ 1a IV) ki mahkemenin bu kararındaki ifadeleri ile yeni düzenlemeler arasında tam bir uyumun bulunmadığına vurgu yapılmaktadır<sup>154</sup>.

<sup>151</sup> GLESS/JANAL, s. 563; BECK, "Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik", s. 120; WIGGER, s. 42; HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 25; VALERIUS, s. 11; AKBULUT, "Yapay Zeka ve Ceza Hukuku Sorumluluğu," s. 301, 302. Kuşkusuz ki burada araç sahipleri ile sürücülerinin farklı olması halinde olası bir kazada belirli durumlarda araç sahiplerinin de taksirli sorumluluğundan söz edilebilir. Aracın sahibi ile işlenen suç arasındaki nedensel silsile içerisinde araç sahibinin son hareketi, aracın üçüncü bir kişiye teslim edilmesidir. Bu noktada araç sahibinin ceza sorumluluğu, sürücünün yetersiz bilgilendirilmesi (bilgilendirme eksikliği), sağlanan aracın yetersiz bakımı (bakım eksikliği) ve otonom araç sisteminin işlevsel anlamda güvenliğinin bulunmaması (işlevsel eksiklik) noktasında ortaya çıkabilir (STAUB, s. 396).

<sup>152</sup> THOMMEN/MATJAZ, s. 280.

<sup>153</sup> STAUB, s. 395.

<sup>154</sup> STAUB, s. 394.

Alman Trafik Kanunu'ndaki bu tanıma göre trafikle ilgili olaylardan tamamen uzaklaşmak, hatta sürücü koltuğunu terk etmek bile kişiyi sürücülük statüsünden kurtarmaz<sup>155</sup>. Dolayısıyla otonom sisteme rağmen araç tam otonom olmadığı sürece araçla sürücü arasındaki ilişki değişmemiş olup trafikte olaylar üzerindeki sorumluluk halen sürücü üzerinde bulunmaktadır<sup>156</sup>. Tam otonom araçlarda ise sürücünün bulunup bulunmadığı hususu henüz tam olarak belirlenmiş değildir. Her ne kadar sürücülerin aracın hareket etmesi, yönlendirilmesi noktasında tam anlamıyla etkin olmamaları durumu söz konusu olsa da<sup>157</sup> araçtan indikten sonra bir aplikasyon aracılığıyla aracı bir park yerine yönlendirmeleri ve ardından aracın park etmesi gibi halihazırda test edilmekte olan teknik imkanlar üzerinde çalışıldığına dikkat çekilmektedir<sup>158</sup>. Bu durumda tam otonom araç, normal koşullara sürücüsü olan ve fakat sürücüsü aracın dışında bulunan bir araç şeklinde olabilir. Bununla birlikte aracın hiçbir şekilde sürücünün bulunmadığı, günümüzdeki makinistsiz metro ya da tramvay benzeri araçlar da geliştirilebilir. İşte böyle bir ihtimalde insan sürücüden söz edilmesi mümkün olmayıp araçta bulunan bütün insanlar, yolcu statüsünde kabul edilmek durumundadır<sup>159</sup>. Olası bir kaza tehlikesi esnasında araca müdahale imkânı bulunsa bile araçta bulunan birkaç yolcudan hangisinin müdahale etmekle yükümlü olduğu, bu konudaki ölçütün nasıl belirleneceği soru işaretleri barındırmaktadır<sup>160</sup>. Dolayısıyla en baştan ifade etmek gerekir ki, bu tür tam otonom araçlar açısından araçta bulunan yolcuların olası bir sorunda yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığı hususunda henüz kesin bir sonuca ulaşılması pek mümkün görünmemektedir.

Buna karşılık araçta insan bir sürücünün bulunduğu tam otonom araç haricindeki diğer otonom araç türlerinde artan otonom sistemle birlikte sürücünün aracı yönlendirme görevi azalmışsa da tamamen ortadan kalkmış değildir<sup>161</sup>. Zira direksiyon başındaki kişi, aracın sürücüsü olarak mekân ve zaman açısından fiile en yakın kişi konumunda olup otomatik yardım sistemlerinin bulunması ve kullanılması, araç sürücüsünün

<sup>155</sup> GREGER, s. 2.

<sup>156</sup> THOMMEN/MATJAZ, s. 275, 280.

<sup>157</sup> STAUB, s. 396.

<sup>158</sup> BGH 23.9.2014 – 4 StR 92/14 Bkz. STAUB, s. 394.

<sup>159</sup> THOMMEN/MATJAZ, s. 289.

<sup>160</sup> SANDER/HOLLERING, s. 195; THOMMEN/MATJAZ, s. 289.

<sup>161</sup> THOMMEN, s. 23.

dikkatinin tamamını araçtan ve yolda olan olaylardan ayırmaması gerektiği yönündeki kuralda hiçbir değişikliğe yol açmaz<sup>162</sup>. Otonom araçların karıştığı kazalarda araç sürücülerinin gerek ceza hukuku anlamında gerekse özel hukuk anlamında sorumlulukları, kasıtlı hareket dışında yalnızca taksirli olarak hareket etmeleri halinde, yani tipik neticeyi öngörebilecek durumda olmaları ve bu neticeden kaçınma noktasında gerekli özeni göstermemiş olmaları halinde gündeme gelecektir<sup>163</sup>. Burada özellikle sistemi kullanan kişilerin aracın kullanımını ne ölçüde sisteme terk etmelerine müsaade edileceği, herhangi bir kaza durumunda cezalandırılabilirlik sınırlarının ne zaman aşılmış kabul edileceği tamamen genel kurallar çerçevesinde tartışılabilir<sup>164</sup>. Buna göre somut olayda özene aykırı davranışın tespiti genel kurallara göre belirlenmeli, bunun yanında tipikliğin öngörülebilirliği tespit edilmelidir<sup>165</sup>. Bu çerçevede sürücünün otonom araçlar noktasında davranış yükümlülüklerinden biri, “gerektiğinde” sistemi kullanmak, kullanmaya devam etmek, bu açıdan özene aykırı şekilde sistemi devre dışı bırakmamak olabilir<sup>166</sup>. Örneğin sistem tarafından talep edilmesine rağmen ya da kişinin somut olay açısından öngörmesi gereken açık durumların mevcudiyetinde sürüş sorumluluğunu üzerine alması gerekmesine rağmen bunu yapmamış olması karşısında bir yaralama ya da ölüm meydana gelirse taksirle yaralama ya da taksirle öldürme nedeniyle ceza sorumluluğu gündeme gelebilecektir<sup>167</sup>. Bu durum, ABD Ulusal Karayolu Trafik Güvenliği İdaresi’nin (NHTSA) otomatik araç pilotunun hatasında esas nedenin araç sürücüsünün hatası olduğu yönündeki ifadelerine tamamen uygundur<sup>168</sup>.

Sürücüler, sürüş asistanı aracı daha güvenli ve rahat bir şekilde hareket ettirirken sürücüler sürüş dışında başka aktiviteleri gerçekleştirebileceklerinden özellikle dur-kalk trafiği için otomatik pilotun bulunmasını arzu ederler. Zira sürücüler, dur-kalk anlarında hem sürme hareketini

<sup>162</sup> STAUB, s. 393; THOMMEN/MATJAZ, s. 289; DOĞAN/MERAKLI, s. 333.

<sup>163</sup> GLESS/JANAL, s. 563.

<sup>164</sup> HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 803.

<sup>165</sup> HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 803.

<sup>166</sup> THOMMEN/MATJAZ, s. 280; STAUB, s. 395; ÇEKİN, s. 291.

<sup>167</sup> STAUB, s. 395; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 1122; GREGER, s. 2; ÇEKİN, s. 291.

<sup>168</sup> National Highway Traffic Safety Administration, Investigation PE 16-007 (im Folgenden Report 16-007), abrufbar unter <https://static.nhtsa.gov/odi/inv/2016/INCL-PE16007-7876.PDF>, 15.06.2018 Bkz. Nakleden THOMMEN, s. 24.

hem de diğer aktiviteleri gerçekleştirebilecektir<sup>169</sup>. Bununla birlikte sürücüler, geleneksel makinelerin aksine akıllı sürüş asistanları tepkilerini sürekli olarak optimize etse, iyileştirse dahi her teknolojik üründe olduğu gibi belirli bir riskin mutlaka mevcut olduğunun farkındadırlar. Otonom araç sürücüsünün bağımsız hareket edebilme durumu ne kadar artarsa artsın her durumda araca hâkim olması, en azından aracı kontrol etmesi ve gerektiğinde müdahale etmesi gerekecektir<sup>170</sup>. Nitekim gelecekte durkalk esnasında otonom araç yoldan geçmekte olan bir başka aracı karıştırır ya da soldaki park etmiş haldeki aracı fark etmezse kuşkusuz ki önemli bir kaza gerçekleşebilir<sup>171</sup>. Yine söz gelimi araç sürücüsü, hız sabitleyici açık olsa bile maksimum hız sınırına uyulduğundan emin olmak için aracın hızını her durumda kontrol etmek zorunda olup aracı adeta gözü kapalı şekilde tamamen sistemin yönetimine devredemez. Bu nedenle bir sürücü, hız sabitleyicinin bozuk olduğu, hız sınırının bundan dolayı aşıldığı ve kazaya neden olunduğu şeklinde bir savunma ileri sürerek kendisini taksirli sorumluluktan kurtaramaz<sup>172</sup>. Aynı durum sistemin bozuk olmadığı ve fakat hiç aktif olmadığı hallerde de geçerlidir. Bu noktada yukarıda işaret edildiği üzere sürücünün tek yükümlülüğü yolculuk süresince değil, bunun yanında henüz yolculuk başlamadan önce de ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede sürücü, otonom aracın işlevselliği ile ilgili olarak aracı çalıştırmadan evvel kontrol etmiş olmalıdır. Örneğin bir kış ayında sensörlerin buzdan arınmış olduğu konusunda emin olmayan bir kimse, otonom araç sistemine atıfta bulunarak kendisini sorumluluktan kurtaramaz<sup>173</sup>. Bu çerçevede bazı durumlarda cihazın salt kullanıma sunulması bile gerekli özenin ihlali anlamına gelebilir<sup>174</sup>.

En basitinden aracın sensörleri kirlenmiş olabilir ya da sensörler belirli durumlarda renkleri tam olarak algılayamayabilir. Nitekim aracın renkleri karıştırması nedeniyle ölümcül bir kaza olayı basına

<sup>169</sup> GLESS/JANAL, s. 562.

<sup>170</sup> ÇEKİN, s. 291.

<sup>171</sup> Bu konuda bkz. <https://www.wired.com/2015/07/hackers-remotely-kill-jee-highway/>

<sup>172</sup> OLG Hamm, VRS 111 (2006), 65, 66 Bkz. VALERIUS, s. 14.

<sup>173</sup> VALERIUS, s. 15.

<sup>174</sup> SCHUSTER, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, s. 395.

yansımıştır<sup>175</sup>. Dolayısıyla bu tür riskler, artık araç sürücüleri tarafından öngörülen ve hatta bilinen durumlardır. Bu çerçevede park yardım asistanını kullanarak park eden araç sürücüsü, araçtaki sensörün kirli olması nedeniyle park alanında oynayan bir çocuğun yaralanmasına neden olursa burada araç sürücüsünün taksirle yaralama suçundan sorumlu tutulması gerekmektedir. Buradaki tipik hareket, park esnasında aracın kontrolünü sisteme devretme, netice ise çocuğun yaralanmasıdır<sup>176</sup>. Bu noktada sürücünün park etme işlemiyle bağlantılı olarak taksirli şekilde hareket edip etmediği mutlaka özel olarak irdelenmelidir. Kuşkusuz ki park asistanının herhangi bir yardım olmaksızın park etmeyi sağlamak üzere tasarlandığı ve böylece sistem etkinleştirildikten sonra sürücünün artık herhangi bir yükümlülüğünün bulunmadığı belirtilebilirse de somut olayda sensörün kirlenmesi ve park ederken algılama gücünün düşmesi durumunun sıradan bir sürücü açısından öngörülebilir olduğu ifade edilmelidir. Çocukların park edilen yerde oynadıklarının sürücü tarafından görülmesi, dolayısıyla bir çocuğun aracın arkasında bulunabilme ihtimali mutlaka dikkate alınmalıdır<sup>177</sup>. Bu bilgiler çerçevesinde çocukların oynadığı bir alanda araç sürücüsünün en azından bilinçsiz taksirle hareket ettiği sonucuna ulaşılabilir. Bu kapsamda önemle belirtmek gerekir ki, otonom araç sisteminin kullanılmış olması, hiçbir şekilde ilk baştan sistem kullanıcısının özene aykırı davranışı nedeniyle sorumlu tutulmaması yönünde bir sonucu ortaya çıkarmaz<sup>178</sup>.

Bu konuyla bağlantılı olarak Münih'te yerel mahkemenin 2007 yılındaki kararı oldukça önemlidir. Bu karara konu olayda araç kiralayan kişi, aracı iade etmek üzere götürdüğünde park etmek isterken geri park etmek zorunda kalmış, araçta "park mesafe kontrolü" adı verilen bir park asistanı bulunmasına rağmen park yerinin arka sınırına girerek bagaj kapısına zarar vermiştir. Park asistanının taramasını seviyesinde bir boşluk olduğu için akustik olarak sinyal vermemiş olduğu tespit edilmiştir. Mahkeme, açılan tazminat davasında park asistanının bir aracın sürücüsünü geri geri giderken özen yükümlülüğünden kurtarmayacağı, sadece teknolojiye güvenilmemesi gerektiği, sürücünün kendi gözlemleriyle park yolunda bir engel bulunmadığı konusunda emin olmasının şart olduğu

<sup>175</sup> <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Toedlicher-Tesla-Unfall-Autopilot-hielt-Lastwagen-Anhaenger-fuer-hohes-Schild-3253449.html>

<sup>176</sup> HILGENDORF, „Teilautonome Fahrzeuge“, s. 25.

<sup>177</sup> HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 803.

<sup>178</sup> HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 803.

sonucuna ulaşmıştır<sup>179</sup>. Her ne kadar taksirle mala zarar verme cezalandırılabilir olmasa da burada otonom sisteme rağmen sürücünün özen yükümlülüğünün devam ettiği yönündeki tespitin yapılmış olması konu bağlamında oldukça önemlidir<sup>180</sup>. Buradan hareketle bir sürücünün, otonom sisteme gereğinden fazla güvenmesi halinde meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi, aynı şekilde otonom sisteme güvenmesi gereken yerde güvenmemesi ve bu nedenle neticeye neden olunması durumunda da sorumluluk gündeme gelebilecektir<sup>181</sup>.

Sürücünün taksirli suçtan kusurlu olabilmesi ve cezalandırılabilmesi için bu şekilde soyut bir bilgiye sahip olması yeterli değildir. Sürücü, yalnızca hatanın kaynağının kendisi olması ya da sistemden kaynaklı hatayı öngörmesi ya da öngörebilecek ve öngörmesi gereken bir durumda olması halinde sorumlu tutulabilecektir. Şayet sürücü sistemin uyarı sinyalini ya da üreticiye göre sistemin hata verdiğini belirttiği durumu önemsemeyerek halen aracı kullanmaya devam ediyorsa bu durumda sürücünün özensiz davranışından bahsedilebilecektir<sup>182</sup>. Diğer bir ifadeyle sürücü, aracın yönetimini otonom sisteme devreder ve kritik bir durumda aracın yönetimini üzerine almazsa özene aykırı hareket etmiş olur<sup>183</sup>. Bu çerçevede sistemin aşırı hız yaptığı kritik bir durumda sürücü, sistemin ani bir durumda olası kazayı önleyemeyeceği düşüncesiyle sisteme müdahale etmesi ve aracın kontrolünü üzerine almalıdır<sup>184</sup>.

<sup>179</sup> AG München vom 19.07.2007, 275 C 15658/07 Bkz. **THOMMEN/MATJAZ**, 287; **THOMMEN**, s. 27; **DOĞAN/MERAKLI**, s. 333.

<sup>180</sup> **THOMMEN**, s. 28.

<sup>181</sup> **THOMMEN/MATJAZ**, s. 288. Benzer şekilde Almanya'da Köln-Langeln'de yoğun sisin olduğu bir günde otomobiliyle Ren nehrine paralel şekilde giden sürücünün navigasyonun sağa doğru sapması yönünde talimat vermesi üzerine feribot istasyonuna doğru doğru döndüğü ve o esnada feribotun bulunmaması nedeniyle Ren nehrine düşerek yanındaki sürücüyle birlikte hayatını kaybettiği olayda, navigasyonun feribot istasyonunun bağlantı yolunu karayolu olarak algıladığı, bu hata nedeniyle eğer kendisi ölmemiş olsaydı sürücünün yazılımcı veya üretici ile birlikte yanındaki yolcunun ölümü nedeniyle taksirli sorumluluğundan söz edilmesi gerektiğine işaret edilmektedir. Burada sürücünün tamamen navigasyon sistemine güvenmiş olması, olaydaki özen yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır Bkz. **KANGAL**, s. 116, 117.

<sup>182</sup> **GLESS/JANAL**, s. 563.

<sup>183</sup> **ÇEKİN**, s. 292.

<sup>184</sup> **THOMMEN**, s. 28.



Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere araç sürücüsünün taksirli sorumluluğu, her durumda somut olayın koşullarına bağlı olacaktır<sup>185</sup>. Bu durumda araç sürücüsü özellikle ikilem durumunda aracın kontrolünü kendi üzerine almadığı için taksirli hareket etmiş olabilir<sup>186</sup>. Bununla birlikte bazen sürücünün bu tür durumlarda aracın kontrolünü üzerinde buldurması kontrolün otonom araçta bulunmasından daha tehlikeli olabilmektedir. İşte buradan hareketle gelecekte belirli trafik durumlarıyla otonom araç sisteminin daha iyi bir şekilde baş edebileceğinin kabul edilmesi halinde sürücünün otonom sistemi kullanmak yerine sürüşü bizzat kendisinin üstlendiği ve kaza yaptığı durumlarda da taksirli sorumluluğuna gidilebilmesi oldukça olası görülmektedir<sup>187</sup>. Bu çerçevede araç sürücüsü sistemin kritik bir durum karşısında hareket etmesine ve durumun üstesinden gelmesine müsaade etmek yerine fren veya kaçınma manevrası yapmak suretiyle sisteme müdahale edip kontrolü üzerine almış ise mutlaka bu davranışının özene uygun olduğu veya bu müdahaleyi yapmasaydı bir kazanın meydana gelebilecek olduğu ortaya konulmalıdır. Bu noktada sürücü aracın kontrolünü üstlenmemiş olsaydı sistem kontrolündeki aracın yayaya çarpmayacağı tespit edilmesi durumunda araç sürücüsünün bu konuya ilişkin olarak yeterince özenli davranmadığı yönünde bir tespit yapılabilir ve bu nedenle ölüm nedeniyle taksirli sorumluluk gündeme gelebilir<sup>188</sup>. Ayrıca aracın sürekli hakimiyeti için gerekli olan genel ve aktüel yeteneklere sahip olmayan kişi, aracın başına geçmemelidir. Aksi takdirde bu kişinin üstlenilmiş taksir sorumluluğundan söz edilecektir<sup>189</sup>. Bu çerçevede söz gelimi ehliyeti olmasına rağmen tepki verme yeteneği olmadığı için bir yaya geçidinin önünde duramayacak durumda olan ve bu nedenle bir yayanın yaralanmasına neden olan yaşlı bir araç kullanıcısı cezalandırılabilir durumda olacaktır<sup>190</sup>.

Tam bu noktada bu açıklamaların kabahatler açısından da geçerli olduğu belirtilebilir. Şayet otonom araç sistemi, aracı hızlı kullanırsa araç sürücüsünün hızlı araç kullanma nedeniyle işlenen kabahatten sorumlu

<sup>185</sup> GLESS/JANAL, s. 564.

<sup>186</sup> BECK, "Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitdogmatik", s. 140.

<sup>187</sup> GLESS/JANAL, s. 564. Bu görüşe karşı şüphe için bakınız BECK, "Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitdogmatik", s. 140.

<sup>188</sup> GREGER, s. 2.

<sup>189</sup> THOMMEN, s. 29. Üstlenilmiş taksir sorumluluğu konusunda detaylı bilgi için bakınız DEMİREL, s. 675 vd.

<sup>190</sup> THOMMEN, s. 29.

tutulup tutulmayacağı, aracın hızlı kullanılması bakımından araç sürücüsünün kastının ya da taksirinin bulunup bulunmadığına bağlı olacaktır<sup>191</sup>. Şayet sürücü, üreticinin talimatlarına güvenebilirse ve bu nedenle özel tehlike durumunu öngöremez durumda ise artık hatalı davranıştan sorumlu görülemez. Pek tabii olarak sistemin hata vermesi halinde sürücünün değil, üreticinin taksirli sorumluluğu gündeme gelebilecektir<sup>192</sup>.

Nihayet daha evvel değinilen *Aschaffenburg* olayı bu bilgiler çerçevesinde değerlendirildiğinde sürücünün sorumluluğu bağlamında ilk olarak sürücünün hareketinin, aracın motorunu çalıştırmak ve şerit takip sistemini aktifleştirmek olduğu belirtilebilir. Yol kenarına park edilen aracın yeniden yola dahil edilmesi şerit takip asistanı tarafından gerçekleştirildiğinden sürücünün özene aykırı bir davranışından söz edilemez ve kural olarak ceza hukukunun genel prensiplerine göre araç sürücüsü cezalandırılmaz<sup>193</sup>. Bununla birlikte sürücünün özene aykırı davranışının bulunup bulunmadığı noktasında felç geçirmesinden önceki durum mutlaka irdelenmelidir. Şayet sürücü felç geçirebileceğini öngörebilecek durumda ise, örneğin doktor tarafından önerilen ilaçları kullanmıyor ise, doktor tarafından ilaçları kullanmamasının olası olumsuz sonuçları konusunda uyarılmışsa ve bu uyarılar arasında felç geçirmesi de varsa, bu durumda kuşkusuz ki meydana gelen neticeden sürücünün taksirli sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu olasılıklar dışında araç sürücüsünün felç olması öngörülebilir olmadığından sürücünün hatalı davranış

<sup>191</sup> HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 803.

<sup>192</sup> HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 803. Bu çerçevede pekala araç sahibinin sorumluluğundan da bahsedilebilir. Ancak özel hukuktaki kusursuz sorumluluk anlayışı ceza hukukunda bulunmadığından araç sahibinin ceza hukuku anlamında sorumluluğu istisnai olup esasen özel hukuk sorumluluğu gündeme gelecektir. Bkz. SCHUSTER, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Hersteller beim automatisierten Fahren“, s. 6. Bu açıdan bu incelemede kısaca araç sahibinin hangi durumlarda otonom araç üzerinden meydana gelen neticelerden ceza hukuku anlamında sorumlu tutulabileceği üzerinde kısaca durulacaktır. Araç üzerinde fiilen tasarruf yetkisine sahip kişi olarak araç sahibinin ceza sorumluluğu, esas itibarıyla otonom aracın sürücünün kullanımına sunulması suretiyle başlar. Bu noktada üç açıdan yaklaşım sergilenmelidir: 1. Sürücünün yetersiz şekilde bilgilendirilmesi, 2. Aracın bakımının yetersiz yapılmış olması, 3. Otonom araç sisteminin işlevsel güvenilirliğinin bulunmaması. Öngörülebilirliğin mevcut olması koşuluyla bu üç durumdan birinin varlığı halinde araç sürücüsünün ceza hukuku anlamında sorumluluğu mevzu bahis olacaktır Bkz. SANDER/HOLLERING, s. 196.

<sup>193</sup> STAUB, s. 393.

sergilediği belirtilemez<sup>194</sup>. Bu durumda somut olayda üreticinin ceza sorumluluğu irdelenmelidir. Nitekim bu olayda üretici, otonom araç sistemi kapsamında şerit takip sistemini kurmuş ve fakat aracın kaçınma algoritmasını programlarken belirli hususları göz önünde bulundurmayaarak aracın sürücünün kontrolü dışında kasabaya girmesine, bunun yanında kasaba içerisinde yüksek hızla gitmesine neden olmuş, nihayetinde iki kişinin ölmesine, bir kişinin yaralanmasına yol açmıştır. Bu türden kazaların üreticiler açısından kural olarak öngörülebilir olduğu belirtilebilir<sup>195</sup>. Dolayısıyla araç sürücülerinden sonra mutlaka araç üreticilerinin sorumluluğu da değerlendirilmelidir ki bir sonraki başlık bu konu üzerine olacaktır.

### C. Üreticinin Ceza Sorumluluğu

Endüstriyel olarak üretilmiş ürünlerde kural olarak tasarım veya üretim hataları bulunmazsa da otonom sürüş sistemlerinin piyasaya sürülmelerine kadar olan süreçte sıklıkla yapılan kapsamlı testlere rağmen tasarımda veya münferit bileşenlerin üretimi ve kurulumu sırasında az da olsa bazı hatalar olabilmektedir<sup>196</sup>. Sürücünün aracın fonksiyona elverişli olup olmadığını yeterli ölçüde incelememiş olduğu durumlarda özen yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna pekala ulaşılabilir<sup>197</sup>. Buna karşılık sürücü tarafından otonom aracın öngörülme yen hatalı fonksiyonu nedeniyle insanların yaralanmasına ya da ölümüne sebebiyet veren bir kazaya neden olunursa kaza esnasında sürücünün objektif özen yükümlülüğünü ihlal eden bir davranışının bulunmaması dolayısıyla sürücüye taksirli sorumluluk yüklenemez<sup>198</sup>. Bu durumda somut olayın koşullarına göre üretici konumunda yer alan şirket yöneticilerinin veya çalışanlarının taksirli sorumluluğu gündeme gelebilir<sup>199</sup>. Bu noktada temel anlayış,

<sup>194</sup> HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 803.

<sup>195</sup> HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 804.

<sup>196</sup> SANDER/HOLLERING, s. 197; SEDLMAIER/KRZIC BOGATAJ, s. 2955.

<sup>197</sup> WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 1122.

<sup>198</sup> WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 1122.

<sup>199</sup> SANDER/HOLLERING, s. 197; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 1122. Bu noktada Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin “Deri spre yi kararı”na işaret edilmektedir (BGHSt 37, 106). Mahkemenin kararında şirket yetkililerinin ürünlerin amaçlandığı gibi kullanılmasının ardından meydana gelen ve fakat nedenleri bilimsel olarak şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlanmamış olan yaralanmalar için şirket yöneticilerinin cezai sorumluluğu detaylı şekilde tartışılmıştır. Bkz. NEHM, s. 401; STAUB, s. 396.

hukuk sisteminde tasarım veya yazılım kaynaklı kusurların izin verilen risk çerçevesinde belli ölçüde kabullenilebilmesi karşısında ürünün piyasaya sürülmesinden sonra, satışından ekonomik kazanç sağlayan sorumluların ceza hukuku anlamında sorumluluktan tamamen kurtulmalarını, belirli koşullar çerçevesinde sorumluluğun benimsenmesi yönündedir<sup>200</sup>.

Bu kapsamda öncelikle araç üretim zincirinde yer alan kişilerin kimler olduğu belirlenmelidir. Üretim zincirinde yer alan ve sistemin geliştirilmesine katkı sağlayan kişiler, aracın teknik donanımından sorumlu olan kişileri, yani aracın imalatçıları, tasarımcılarını ve programcılarını, veri aktarımında yer alan teknoloji hizmet sağlayıcılarını ifade etmektedir<sup>201</sup>. Bu bağlamda gelecekte araç sürücüsünün yerini otonom sürüş nedeniyle bir makine alacaksa sürücünün yerine sorumluluğu üstlenen söz gelimi operatör gibi potansiyel anlamda hukuken sorumlu kişilerin listesine başka kişilerin eklenmesinin muhtemel olduğu ifade edilmelidir. Zira operatör, aracın yönlendirilmesini üzerinde bulunduran sistemin işlevselliğinden, özellikle harici verilerin tedarikinden ve bunların sürekli güncellenmesinden ve işlenmesinden hukuken ve teknik olarak sorumlu olan, kontrol sisteminin çalışmasından sorumlu olan bir otomobil üreticisi yahut otonom sürüşün sorumluluğunu üstlenen bağımsız bir yazılım şirketi olarak gösterilebilir<sup>202</sup>. Bu çerçevede sistem operatörü, kullanım kurallarına uymazsa veya bir araç sistemini herhangi bir şekilde manipüle ederse taksirli olarak sorumlu tutulabilir<sup>203</sup>.

Bununla birlikte modern teknoloji kapsamında sıklıkla iş bölümü ile gerçekleştirilen faaliyetlerde üstlenilen roller önem arz eder ve özene aykırı davranışlarının bulunması durumunda sorumluluğun genellikle bu kişilerden birden fazlasına, örneğin programcılara veya operatörlere ait olması sonucu ortaya çıkar<sup>204</sup>. Bu noktada otomotiv endüstrisinde yaygın olan üretim süreçleri ve geliştirmedeki organizasyonel iş bölümü nedeniyle uygulamada özen yükümlülüğüne aykırı davranışların tespiti ve

<sup>200</sup> SCHUSTER, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, s. 398.

<sup>201</sup> STAUB, s. 396; GREGER, s. 3; KELEP PEKMEZ, s. 186; DOĞAN/MERAKLI, s. 335.

<sup>202</sup> GLESS/JANAL, s. 562.

<sup>203</sup> SCHUSTER, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, s. 395.

<sup>204</sup> BECK, „Fahrlässigkeit“, § 36 kn. 128; GLESS/JANAL, s. 564; STAUB, s. 396; KANGAL, s. 118.

ispatlanmasının zannedildiği kadar kolay olmadığına vurgu yapılmaktadır<sup>205</sup>. Dolayısıyla bu kişilerin her birinin buldukları alanda geçerli olan kurallar göz önünde bulundurulmalı, bu bağlamda yükümlü oldukları özene dikkat edip etmedikleri esas alınmalıdır<sup>206</sup>. İşte tam bu noktada özen yükümlülüğünün temel olarak üreticilerin özel hukuk uyarınca üretici sorumluluğu çerçevesinde yerine getirmeleri gereken yükümlülükle örtüştüğü özellikle ifade edilmelidir. Burada üreticilerin sorumluluğu noktasında genel olarak ürünün piyasaya sürüldüğü döneme ilişkin tasarım, üretim ve talimat yükümlülükleri ile ürünün piyasaya sürüldüğü zamanın ötesine uzanan ürünü kontrol etme, izleme, uyarma, güncelleme ve gerektiğinde geri çağırma yükümlülükleri arasında bir ayırım yapılmalı ve buna göre bir değerlendirme gerçekleştirilmelidir<sup>207</sup>.

Özellikle talimat yükümlülüğü, denetim ve bilgilendirmeyi kapsamında barındırır. Bu çerçevede sorumlu kişi, otonom sistemin bulunduğu aracı piyasaya sürme kararını vermeden önce üretim sürecindeki ilerlemeler ve ortaya çıkabilecek zorluklar hakkında düzenli bir şekilde kapsamlı bilgi almak ve bunları yakından takip etmekle yükümlüdür. Üreticinin ürünü piyasaya arz ederken uyması gereken özen standardı, bilim ve teknolojiye en son noktadır. Bu kapsamda henüz tam manasıyla test edilmemiş bir sürücüsüz araç prototipinin trafiğe açık bir yola çıkartılması taksirli sorumluluğu beraberinde getirebilir<sup>208</sup>. Yalnızca güvenliği yeterli testlerle incelenmiş ve bilimsel-teknik standartlara uygun ürünleri piyasaya sürebileceğinden aynı sonuca bu koşullara uygun olmayan bir aracı piyasaya süren ve kazaya sebebiyet veren bir üretici bakımından da ulaşılabilir<sup>209</sup>. O kadar ki günümüzde öğretilen otonom araçların, diğer yol kullanıcılarının aşırı derecedeki kurallara uygun olmayan davranışlarına karşı da kazaları önleyecek şekilde programlanması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>210</sup> ki kanaatimize göre mevcut teknolojide üreticiden bunun

<sup>205</sup> DOĞAN, s. 3246.

<sup>206</sup> GLESS/JANAL, s. 564, 565.

<sup>207</sup> Etwa BGHZ NJW 1981, 1606 Bkz. SCHUSTER, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, s. 398; SCHUSTER, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Hersteller beim automatisierten Fahren“, s. 8; SEDLMAIER/KRZIC BOGATAJ, s. 2955.

<sup>208</sup> SCHUSTER, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, s. 395.

<sup>209</sup> GLESS/JANAL, s. 565.

<sup>210</sup> NEHM, s. 399.

beklenmesi hem sorumluluğu fazlasıyla genişletecek hem de teknolojik ilerlemenin ve dolayısıyla üretimin önünün kapatılması sonucunu ortaya çıkartacaktır<sup>211</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere üreticinin izleme ve kontrol yükümlülüğü ile kalite yönetimi ürünün piyasaya sürülmesinden sonra da devam eder. Ürün izleme yükümlülüğü, çok daha büyük zarar potansiyeline sahip karmaşık yeni gelişmeler söz konusu olduğunda oldukça yoğundur<sup>212</sup>. Üretici firmanın yetkililerinin, ürettikleri üründeki arıza ya da ekikliğin insanların bedeni ya da yaşamı üzerinde oluşturabileceği ihlal riskini göz önünde bulundurarak bu riskleri önemli ölçüde azaltan önlemleri almaları gerekmektedir<sup>213</sup>. Üretici, ürünü izlemenin, takip etmenin bir parçası olarak (önceden bilinmeyen) ürüne bağlı olası riskleri tanımlamalı ve ortadan kaldırmaya yönelik çalışmalar yapmalı<sup>214</sup>, daha önce bilinmeyen risklerle ilgili yeni bulgular olması durumunda müşterilerini ve üçüncü tarafları korumak için harekete geçmelidir<sup>215</sup>. Bu durum, üretici veya satıcı konumundaki kişinin zarar riski oluşturan bir ürünü piyasaya arz etme bağlamında zararı önlemek zorunda olmalarını beraberinde getiren garantör yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır<sup>216</sup>. Bu prensiplere bağlı kalınarak otonom araçların geliştirilmesi konusunda araştırma yapan kimsenin aracın kullanımı esnasında üçüncü kişinin yaralanması nedeniyle sorumluluğu söz konusu olabilir<sup>217</sup>. Tüm bu yükümlülükler bağlamında esasen merkezi konumda bulunan kişi programcı olup makinenin nasıl programlandığını, sistem üzerine hangi bilgilerin işlendiğini, somut durumda belirli bir karara nasıl ulaştığını bilir<sup>218</sup>.

Otonom araç üreticisinin en temel görevlerinden biri de araçtaki otomatik teknik sistemlerin amacını ve işlevselliğini belirlemek ve bu

<sup>211</sup> Nitekim *Nehm* de hem durumda sorumluluğun kabul edilmesinin üreticinin hukuki anlamda sorumluluğunun genişlemesi anlamına geleceğine dikkat çekmektedir Bkz. **NEHM**, s. 399.

<sup>212</sup> **SEDLMAIER/KRZIC BOGATAJ**, s. 2955.

<sup>213</sup> **SANDER/HOLLERING**, s. 197; **STAUB**, s. 396.

<sup>214</sup> **SANDHERR**, s. 3.

<sup>215</sup> **SCHUSTER**, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, s. 398.

<sup>216</sup> **STAUB**, s. 396.

<sup>217</sup> **BECK**, „Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik“, s. 135.

<sup>218</sup> **BECK**, „Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik“, s. 136.

konuda sürücüyü bilgilendirmektir<sup>219</sup>. Üretici, sistemi mümkün olduğunca doğru bir şekilde tanımlama ve sorumluluk riskini minimize etme konularıyla ilgilenmelidir<sup>220</sup>. Akıllı araçlar açısından henüz standartlar oluşturulmamış olsa bile tüketicilerden gelen geri bildirimlere dayalı olarak üreticiler bakımından ürün üzerinde izleme yükümlülüğü mevcuttur. Öngörülmeleyen bir zarar ya da risk ortaya çıktığında üretici tarafından diğer sürücülerin uyarılması ve gerekirse ürünün toplanması, söz konusu eksikliğin giderilmesi, sistemin yenilenmesi gerekmektedir<sup>221</sup>. Söz gelimi aracın belirli durumlarda yanlış “tepki vermesine” neden olan esasen önlenabilir nitelikteki programlama hataları veya aracın bir ana bilgisayar tarafından “ele geçirilmesine” engel olamayan yetersiz koruma durumlarında şayet bir kaza ve kaza sonucunda ölüm yahut yaralanma meydana gelirse üreticinin sorumluluğu gündeme gelebilecektir<sup>222</sup>. Yine ürünün piyasaya arz edildiği zamanda mevcut teknolojinin ve gerekli güvenlik standardının gerisinde kalması halinde de bir tasarım hatasının bulunduğuna işaret edilebilir<sup>223</sup>. Bu açıdan mevcut bilimsel gelişmelere uygun şekilde programlanan bir sistemin devamlı surette gelişen teknolojiye uygun şekilde güncellenmesi, bunun uygun takip edilmesi de üreticinin sorumluluğunda olup aksi durum özene aykırı davranış olarak nitelendirilebilecektir. Üretim hatası olmasa bile bilimsel gelişmelere uygun şekilde güncelleme uzaktan, sistem üzerinden gerçekleştirilemiyorsa bu defa üretici tarafından araçların çağırılması bir gereklilik olarak tezahür edebilir<sup>224</sup>. Nitekim incelemenin ilk kısmında yer verilen “Harry Potter olayı”nda mağdurun bulunduğu araç yetersiz lens sistemi nedeniyle kamyon römorkunu tam olarak tanıyamamış ve nihayetinde kaza gerçeklemiştir<sup>225</sup>. Bu tür olaylarda sistemin eksiklikleri tespit edilmez üretici, araç sisteminde bir geliştirme yapmalı, sistemi güncellemelidir.

Pek tabii ki bu tür kazalardan sonra üreticinin somut olaylardaki durumları göz önünde bulundurarak aracın programlamasını geliştirmesi ve gerekirse yenilemesi gerekmektedir. Şüphesiz ki teknik

<sup>219</sup> GREGER, s. 4.

<sup>220</sup> HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 801.

<sup>221</sup> SCHUSTER, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Hersteller beim automatisierten Fahren“, s. 8; Valerius, s. 13.

<sup>222</sup> VALERIUS, s. 13.

<sup>223</sup> SANDER/HOLLERING, s. 198.

<sup>224</sup> VALERIUS, s. 13.

<sup>225</sup> SANDER/HOLLERING, 198.

olanakların gelişmesiyle birlikte üreticinin güvenlik ve izleme yükümlülükleri de artmaktadır<sup>226</sup>. Toplumsal hayatta ilk defa geliştirilen bazı sistemler, yaşanan birtakım olaylar neticesinde geliştirilebilir ve mümkün olduğunda noksanları giderilebilir. Bir sistemin eksiklerinin ne olduğunun belirlenebilmesi, hiç kuşkusuz ki bu sistemin kullanıma sokulması sayesinde mümkün kılınabilir. Bazı olası tehlikeler nedeniyle bir sistemin kullanımının yasaklanması, bu defa üst düzeyde gelişmiş ve neredeyse noksansız olan bir sistemin kullanılmasını imkânsız hale getirir. Bu nedenle izin verilen risk ve güven prensibi bağlamında bu türden sistemlerin kullanılmasına müsaade edilmeli, üreticilerin öngörmeyecekleri eksiklikler nedeniyle sorumlu tutulmalarının önüne geçilmelidir. Bu çerçevede bu kişilerin olası bir kazada sorumlulukları tespit edilirken nedensellik bağlantısına ve objektif anlamda isnat edilebilirliğe özellikle dikkat edilmelidir. Zira ürünü üretme ve kullanma şeklinde arada çok sayıda kişinin katkısı bulunduğundan sonraki neticeler araştırmacı kişilere çok fazla isnat edilemez<sup>227</sup>. Aynı şekilde yüksek otomatik araçların yaygınlaşmasıyla insanların yaşam standartları artacağından ve bu durum insanların memnun olmalarına yol açacağından üreticilerin katı şekilde sorumluluklarının kabul edilmesi yönündeki anlayış pek makul karşılanmaktadır<sup>228</sup>. Bu çerçevede araç endüstrisindeki gelişmeler bağlamında araç üreticilerinin piyasada rekabet edebilmek için yeni geliştirilen sistemlerdeki teknik eksiklikler nedeniyle belirli kaza risklerini göze almaları makul karşılanmaktadır<sup>229</sup>. Bu bağlamda üretici, modern ürünler ve teknik gelişmeler bağlamında güven prensibi bağlamında üretim yapmakta ve izin verilen risk oluşturmaktadır<sup>230</sup>. Dolayısıyla özen yükümlülüğü, diğer insanların özene uygun hareket edeceklerine dair güven prensibi ile sınırlandırılmıştır<sup>231</sup>. Üretici kapsamında yer alan araştırmacı kişi bakımından hem bilimsel özgürlük gündeme gelebilir hem de sosyal

<sup>226</sup> HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 804.

<sup>227</sup> BECK, „Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik“, s. 135.

<sup>228</sup> SANDHERR, s. 4; GLESS/JANAL, s. 565.

<sup>229</sup> SANDER/HOLLERING, s. 196; THOMMEN/MATJAZ, s. 281.

<sup>230</sup> SANDHERR, s. 4; HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 804; SCHUSTER, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Hersteller beim automatisierten Fahren“, s. 9; SCHUSTER, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, s. 397, 398.

<sup>231</sup> SANDER/HOLLERING, s. 196; GLESS/JANAL, s. 564; SCHUSTER, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Hersteller beim automatisierten Fahren“, s. 9.



anlamda uygun davranışlardan söz edilebilir<sup>232</sup>. Bu durum araç satıcısı açısından çok daha belirgindir. Zira satıcı, fiili anlamda kullanım konusunda da çok fazla karar verici olmayıp yalnızca kişilerin araca sahip olmaları yönünde bir imkân sunar ki bu açıdan otonom araçlara karayolu trafiğinde izin verildiği ve faydaları nedeniyle ortaya koydukları tehlike sosyal olarak kabul edildiği sürece esasen satıcı konumundaki kişinin davranışı sosyal anlamda uygun görülebilir<sup>233</sup>.

Ceza hukukunda muhtemel neticenin öngörülebilirliğinin özen yükümlülüğünün ihlali bakımından gerekli olduğundan hareket edilir. Bununla birlikte bazı durumlarda tam otomatik araçlar dahi kazayı önleyemeyebilir<sup>234</sup>. Öyle ki ürün testleri ne kadar kapsamlı olursa olsun, hiçbir üretici veya izin makamı, uyarlanabilir bir sistemin akla gelebilecek tüm durumlarda çeşitli insan aktörlerle olan bütün etkileşimleri öngöremez<sup>235</sup>. Örneğin araç, caddede park etmiş iki aracın arasından aracın önüne aniden atlayan bir çocuğa çarparsa bu kazaya ne araç sürücüsü ne de otomatik araç sistemi engel olabilir<sup>236</sup>. Bu çerçevede en iyi araç sisteminin geliştiricisi ve operatörü dahi otomobilin belirli bir trafik durumunda farklı veri işleme süreçlerini birbirine bağlayarak nasıl tepki vereceğini yüzde yüz kesinlikte öngöremez, yalnızca önceki tecrübelerden hareketle belirli bir derecede öngörüye sahip olabilir<sup>237</sup>. Söz gelimi kapsamlı test sürüşlerinden geçmiş olan bir çevresel sensörün, önde giden bir arabanın arka spoylerinin renk tayfını hatalı bir şekilde algılaması ve bu nedenle aracın önünün boş olduğu yahut en azından öndeki araca karşı bırakması gereken mesafeden daha azını bırakması ve kazaya yol açması ihtimali gündeme gelebilir<sup>238</sup>. Test sürüşlerinde araçtan alınan bilgiler daima doğru sonuçlar verdiğinden bu durumda üretici ya da operatörün, araç sisteminin bu hata veren durumunu öngöremeyeceği ve dolayısıyla bu kişilerin

<sup>232</sup> BECK, "Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik", s. 135.

<sup>233</sup> BECK, "Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik", s. 139.

<sup>234</sup> VALERIUS, s. 11.

<sup>235</sup> SCHUSTER, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, s. 398; KANGAL, s. 133. Nitekim sürekli yapay zekanın veya aracın gözetlenmesinin ve düzeltilmesinin özen yükümlülüğü olarak yüklenmesinin gayri meşru olacağına dikkat çekilmektedir. Bu konuda bakınız **AKBULUT**, "Yapay Zeka ve Ceza Hukuku Sorumluluğu," s. 303.

<sup>236</sup> VALERIUS, s. 12.

<sup>237</sup> GLESS/JANAL, s. 564.

<sup>238</sup> GLESS/JANAL, s. 564.

cezalandırılmayacağı sonucuna ulaşılabilir mi? Şayet bu kabulden hareket edilecek olursa bu defa üreticiler ve operatörlerin çoğu durumda cezasız kalmaları, sorumlu tutulmamaları yönünde bir sonuca varılacaktır ki bu durum taksirli sorumluluğun esasına pek uygun olmayacaktır. Zira bir üreticinin, yeni otonom araçla test yapacağı yeri, zamanı ve koşulları uygun şekilde belirlemesi de özenin bir gereği olup bu hususlar somut olay çerçevesinde mutlaka değerlendirilmeli ve buna göre bir sonuca ulaşılmalıdır.

### III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ HUKUKİ DÜZENLEMELER

#### A. Amerika Birleşik Devletleri

Araçların otonom duruma gelmesi bakımından Almanya'nın önde gelen otomobil üreticilerinin yanı sıra ABD bu konuda uluslararası rekabette ön saflarda yer almaktadır. Nitekim otonom araçların artan kullanımını nedeniyle ABD'de çok sayıda kazanın meydana geldiği haberleri görülmektedir. Bu nedenle Alman öğretisinde, ABD'de bu konuda mevzuatta yapılan düzenlemeler üzerine çalışmalar yapılmasında fayda olduğuna işaret edilmiştir<sup>239</sup>.

Dünya çapındaki araç şirketleri, şerit takip sistemi gibi araçların otomasyonu ve kendi kendine hareket etmesi üzerinde çalışmaktadır. Bu alandaki rekabetin de etkisiyle oldukça hızlı teknik gelişmeler meydana gelmiştir. Bu gelişmeler karşısında birçok ülke, yasal mevzuatında değişiklikler yapmaya başlamış, kanuni düzenlemeleri otonom araç sistemlerine uygun duruma getirme çabası içerisine girmiştir. İlk olarak ABD'de Nevada Eyaleti, otonom araçlara ilişkin bir kanun çıkarmış, otonom araçların kullanım koşullarına yer vermiş, bu çerçevede bu araçların trafikte kullanımına müsaade etmiştir<sup>240</sup>. Yine 25 Eylül 2012 tarihinde California Valisi Edmund "Jerry" Brown sürücüsüz bir araçla Kaliforniya'da bulunan Google'ın genel merkezine gitmiş<sup>241</sup> ve orada otonom araçların test amacıyla halka açık yollarda çalıştırılmasını meşru hale getiren bir kanun onaylanmıştır<sup>242</sup>. Bu düzenlemeye göre otonom araç, otonom teknoloji ile

<sup>239</sup> WIGGER, s. 41.

<sup>240</sup> KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 346; DOĞAN, s. 3232.

<sup>241</sup> <https://martech.org/california-governor-brown-to-sign-autonomous-vehicle-law-at-google/> Bkz. Nakleden THOMMEN, s. 22.

<sup>242</sup> California Senate Bill No. 1298, Chapter 570.

donatılmış araçları ifade etmekte olup bu kanun kapsamında aktif bir şekilde insanın fiziksel kontrolü veya denetimi olmaksızın yönlendirilebilen teknoloji, otonom teknoloji olarak anlaşılmaktadır<sup>243</sup>. 2012 yılında Kaliforniya’da kabul edilen kanun, otonom araç sürüşünü düzenleyen ilk kanunlardan biri olmasına ve konuya ilişkin birçok kavramı ilk defa tanımlamasına rağmen<sup>244</sup> günümüzde bu konuda birçok ABD eyaleti ve ülke düzenleme yapmıştır<sup>245</sup>. Bununla birlikte Kaliforniya bir adım daha ileri gitmiş, bu eyalette Nisan 2019’dan bu yana direksiyonu veya gaz-fren pedalı olmayan, tamamen kendi kendine giden araçların caddelerde kullanımına müsaade edilmiş, böylelikle acil bir durumda araca müdahale etmek üzere her zaman direksiyon başında bir kişinin bulunması gerektiği yönündeki şartı ortadan kalkmıştır<sup>246</sup>. Bununla birlikte Kaliforniya’da kabul edilen kanunda otonom araçlarını tamamen sürücüsüz olarak test etmek veya trafiğe çıkarmak isteyen üreticilerin, hacker saldırılarına karşı gerekli korunmayı sağlamaları gerektiği hususu hüküm altına alınmıştır<sup>247</sup>. Böylelikle Kaliforniya’da otonom araçların trafikte kullanılıp kullanılmayacağı değil, hangi koşullar altında kullanılacağına belirlenmeye çalışıldığına dikkat çekilmektedir<sup>248</sup>.

Bu açıklamalardan sonra otonom araca ilişkin olarak birçok eyalette farklı düzenlemelerden söz edilebilecek olan ABD’nin emsal teşkil edebilecek nitelikte olması bağlamında, ilk kanuni düzenlemesini yapan Nevada Eyaleti’ndeki düzenlemelere değinmekte fayda bulunmaktadır<sup>249</sup>. Her şeyden evvel düzenlemelerde Dünya Otomotiv Mühendisleri Derneği (SAE) tarafından geliştirilen sınıflandırmaya işaret edildiği ve hatta otonom araç tanımının da bu sınıflandırma üzerinden yapıldığı hususu göze çarpmaktadır. Nitekim düzenlemeye göre otonom araç, SAE

<sup>243</sup> Bunun için bkz. California Vehicle Code Section 38750 (a). Bilgi için bkz. **THOMMEN**, s. 22.

<sup>244</sup> **DOĞAN/MERAKLI**, s. 323.

<sup>245</sup> **THOMMEN**, s. 22.

<sup>246</sup> **THOMMEN**, s. 22, 23; **DOĞAN**, s. 3232. Bu çerçevede seviye 5 otonom sürüş sisteminin ABD’de yaygın olduğuna vurgu yapılmaktadır. Bkz. **ROSHAN**, s. 138.

<sup>247</sup> Madde 3.7, Bölüm 228.06: “(10) A certification that the autonomous vehicles meet appropriate and applicable current industry standards to help defend against, detect, and respond to cyber-attacks, unauthorized intrusions, or false vehicle control commands.” Bilgi için bkz. **THOMMEN**, s. 23.

<sup>248</sup> **THOMMEN**, s. 23.

<sup>249</sup> Düzenlemeler için bkz. <https://www.leg.state.nv.us/nrs/nrs-482a.html> (Tarih: 12.05.2024).

J3016 uyarınca 3, 4 veya 5'inci seviye sürüş otomasyonu düzeyinde çalışmak üzere tasarlanmış bir otomatik sürüş sistemi ile donatılmış motorlu araç olarak nitelendirilmektedir. Tam otonom araç ise yalnızca 4 veya 5'inci seviye sürüş otomasyonu düzeyinde çalışmak üzere tasarlanmış bir otomatik sürüş sistemi ile donatılmış motorlu araç olarak ifade edilmektedir. Yine "Aracın güvenliği ve kontrolü için koşullar" başlıklı NRS 482A.070 hükmünde, fıkra 2'de aksi belirtilmedikçe, otonom bir aracın Eyalet içerisinde bulunan bir karayolunda test edilmesi veya çalıştırılmasının ancak bir insan operatörü ile mümkün olduğu, bununla birlikte insan operatörün otonom aracı derhal manuel olarak kontrol etmesine olanak tanıyan bir konumda oturması ve otomatik sürüş sisteminin arızalanması yahut başka bir acil durumda otonom aracın manuel kontrolünü derhal devralabilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bununla birlikte fıkra 2 hükmünde, tam otonom bir aracın, NRS 482A.080 hükmünün ikinci fıkrasının (b) bendindeki gereklilikleri karşılaması halinde otomatik sürüş sistemi devredeyken ve tam otonom araçta bir insan operatör bulunmadan Eyalet içerisindeki bir karayolu üzerinde test edilebileceği veya çalıştırılabileceği belirtilmiştir. Böylelikle Nevada Eyaleti'nde, seviye 5 kategorisindeki aracın trafiğe çıkış şartlarının da kanunen açık bir şekilde düzenlenmiş olduğu görülmektedir.

## B. İngiltere

İngiltere'de yakın dönem içerisinde Lordlar Kamarası'nda otonom araçlarla ilgili sorumluluk ve sigorta konularını kapsayan "Otomatik ve Elektrikli Araçlar Kanunu" başlığı ile bir kanun tasarısı geçmiş ve hatta bu kanun 2018 yılında güncellenmiştir. Bu kanun, belirli koşullar ya da durumlar altında bağımsız şekilde sürüşe ya da en azından kısmi otomatik olma özelliğine sahip araçların trafikte kullanımına müsaade etmekte olup kazalardan kaynaklanan zararlar açısından hukuki sorumlulukla ilgili olarak sigortacının ve şayet sigorta yoksa araç sahibinin sorumluluğunu düzenlemekte, buna karşılık ceza hukuku anlamında sorumluluğa ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir<sup>250</sup>. Bu kanunun 8'inci bölümün ilk fıkrasına göre bir araç, bir kişi tarafından kontrol edilmediği ve izlenmesi gerekmediği bir şekilde çalışıyorsa "kendi kendini sürmektedir". Bu ifadeyle kanunda otonom araç, kendi kendini süren araç olarak belirtilmiş olup esasen otonom araçların "İngiltere karayollarında kullanılmasına" müsaade edilmiştir. Bununla birlikte yukarıda da belirtildiği

üzere kanunda ceza sorumluluğu konusunda bir düzenlemeye yer verilmişse de hukuki sorumluluğa ilişkin olarak 2'nci bölümde bir hüküm ihdas edilmiş, burada üç şartın bir arada bulunması halinde kazadan kaynaklı zararlardan sigortacının sorumlu olacağı ifade edilmiştir: *i.* Otonom aracın kendi kendine giderken bir kazaya neden olması, *ii.* Aracın kaza esnasında sigortalı olması, *iii.* Kaza sonucunda sigortalı bir kişi veya başka herhangi bir kişinin zarara uğramış olması<sup>251</sup>. Bu hüküm dışında İngiltere'de otonom araç sürücüsüne ayrıca yükümlülük öngören özel bir düzenlemenin varlığından söz edilemez.

### C. Almanya

Almanya'da otonom araçlara ilişkin olarak kanunda özel değişiklik yapılmış, otonom araç içerisinde bulunan şoför üzerinde belirli yükümlülükler öngörülmüştür. Bu çerçevede özellikle belirtmek gerekir ki otonom araçları gündemine alan ülkelerden biri Almanya'dır. Esasen Alman hukukunda dönüşüm, 1968 yılı Viyana Karayolu Trafiği Sözleşmesi'nde yapılan değişiklikle başlamıştır. Bu değişiklik yapıncaya kadar araç sürücüsünün aracını her koşulda kontrol edebilmek zorunda olduğu kabülünden hareket edilmekteydi. Bu nedenle şerit ve mesafe kontrol asistanları gibi basit ve yaygın yardım sistemlerinin düzenli olarak başarısız olduğuna işaret edilmiştir<sup>252</sup>. Alman hükümeti, Almanya'yı otomatik ve bağlantılı araçlar için lider pazar haline getirmeyi ve mümkün olan en iyi çerçeve koşullarını oluşturarak yeni teknolojilerin uygulanmasını desteklemeyi hedef olarak belirlemiştir<sup>253</sup>. Bu çerçevede Alman Federal Hükümeti, Nisan 2016'da aracın kontrolüne etki eden otonom araç sistemlerine izin veren taslağı kabul etmiş, bu değişime uyum sağlama yönünde ilk adımı atmıştır. Alman Ulaştırma Bakanlığı tarafından Haziran 2016'da ilk taslak metnin kamuoyuyla paylaşılmasının ardından Karayolu Trafik Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin süreç başlamıştır. Federal Ulaştırma Bakanı, "dünyanın en modern karayolu trafik kanununu" kutlar-ken<sup>254</sup> tasarı, medyada "karayolu trafiğine tehlikeli müdahale" dahil

<sup>251</sup> <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/18/section/2>

<sup>252</sup> GRÜNVOGEL, s. 973.

<sup>253</sup> Bundesregierung, Strategie automatisiertes und vernetztes Fahren, September 2015, s. 12 Bkz. Nakleden KÖNIG, s. 123; LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL, s. 411.

<sup>254</sup> Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Pressemitteilung 011/2017 v. 25.1.2017 Bkz. Nakleden KÖNIG, s. 123. Gerçekten tasarı, Alman kanun koyucunun araçta bulunan ve aracın kontrolünü otonom sisteme devreden sürücünün, kontrolü sisteme devretmesinin koşullarını ve bu koşullara bağlı olarak

olmak üzere ağır bir şekilde eleştirilmiştir<sup>255</sup>. 1 yıllık bir çalışma ve tartışma döneminden sonra Federal Kabine, Ocak 2017 tarihinde Alman Trafik Kanunu'nda yüksek ve tam otomatik sürüş fonksiyonlarının Alman yollarında kullanılmasını mümkün kılacak bir değişiklik yapılmasını teklif etmeye karar vermiş<sup>256</sup>, nihayet Mayıs 2017 tarihinde değişiklik kabul edilmiş<sup>257</sup>, değişikliği öngören sekizinci değişiklik kanunu, Haziran 2017 tarihinde yürürlüğe girmiş ve artık eyalet düzeyinde yüksek ve tam otomatik araçların trafikte kullanımı Alman hukukunda resmi olarak yasalaşmış, böylelikle bir anlamda Alman hukukunda otonom araç sistemlerinin önündeki hukuki engel tamamen aşılmıştır<sup>258</sup>. Bu kapsamda önemle belirtmek gerekir ki, Alman Trafik Kanunu'nun son haline göre en yüksek otomasyon seviyesine sahip tam otonom bir "robot" aracın (seviye 5) Alman karayollarında kullanılmasına müsaade edilmemişse de<sup>259</sup> bu tür araçların belirli güzergahlarda insan ve eşya taşımacılığında kullanılmasının önünün açılmasına yönelik bir kanun taslağının hazırlandığına dikkat çekilmektedir<sup>260</sup>.

Alman Karayolları Trafik Kanunu paragraf § 1a hükmüne göre yüksek ve tam otomatik sürüş fonksiyonlarına, söz konusu işlevin belirli koşulları yerine getirmesi ve talimatlara uygun şekilde kullanılması halinde izin verilir. Şu halde yıllardır piyasada bulunan şerit takip asistanı gibi

---

sorumluluk sınırlarını tespit açısından oldukça önemli düzenlemeleri içeren bir yapıya sahip olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **STAUB**, s. 395.

<sup>255</sup> Kommentar von Heribert Prantl in der Süddeutschen Zeitung v. 27.1.2017. Bkz. Nakleden **KÖNIG**, s. 123.

<sup>256</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes, BR-Drs. 69/17. Bkz. Nakleden **KÖNIG**, s. 123.

<sup>257</sup> **THOMMEN**, s. 26.

<sup>258</sup> Gesetz v. 16.06.2017, BGBl. 2017 I, 1648. Bkz. **SCHUSTER**, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, s. 395; **GRÜNVOGEL**, s. 973; **FOERSTER**, s. 419; **LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL**, s. 411; **HILGENDORF**, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 801; **SEDLMAIER/KRZIC BOGATAJ**, s. 2953; **ROSHAN**, s. 137; **HESS**, § 1a kn. 2; **KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU**, s. 350.

<sup>259</sup> **SCHUSTER**, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Hersteller beim automatisierten Fahren“, s. 8; **ROSHAN**, s. 137; **LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL**, s. 412; **SEDLMAIER/KRZIC BOGATAJ**, s. 2954; **KELEP PEKMEZ**, s. 178. Bu çerçevede yakın zamanda tamamen sürücüsüz otobüslerin toplu taşımada kullanılmaya başlaması yönünde projelerin varlığı karşısında bu düzenlemenin eksik olduğu yönünde bir eleştiri ileri sürülmektedir. Bkz. **STAUB**, s. 395.

<sup>260</sup> **KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU**, s. 351.

araç fonksiyonlarının kullanımı Almanya’da kanunen meşru kılınmıştır<sup>261</sup>. Bu maddede bu işlevlerin “*talimatlara uygun kullanımına*” atıfta bulunulmuştur ki bu husus, üretici firma tarafından belirlenecektir. Burada kanun koyucunun, esasen araç üreticisinin belirlemesini esas almış olmasının<sup>262</sup>, üretici firmanın adeta kanun koyucu yerine konulmuş olması gibi bir sorunu beraberinde getirebileceği, bu durumun kanunilik ilkesiyle bağdaşmayacağı ileri sürülebilirse de bu eleştiri, düzenlemenin üreticinin hukuki sorumluluk noktasında menfaatlerinin korunmasına hizmet ettiği yönündeki görüş<sup>263</sup> karşısında pekala bertaraf edilebilir.

Alman Trafik Düzeni Kanunu’nun § 1b hükmünde yüksek veya tam otomatik araç kullanımı esnasında araç sürücüsünün hakları ve yükümlülükleri somutlaştırılmaktadır<sup>264</sup>. Buna göre araç sürücüsü, ikinci fıkradaki yükümlülüğünü her zaman yerine getirebilecek şekilde “algılamaya hazır durumda kalmak” kaydıyla yüksek veya tam otomatik sürüş fonksiyonları aracılığıyla aracı kullanırken aracın kontrolünü otonom sisteme bırakabilir, trafiğe ilişkin durumlardan uzak kalabilir<sup>265</sup>. Kanunun § 1 b II hükmüne göre araç sürücüsü, yüksek veya tam otomatik sistemin kendisinden bunu talep etmesi ya da sürücünün yüksek veya tam otomatik sistemin talimata uygun şekilde idaresi için koşulların çok fazla uygun olmadığı durumları öngörmesi ya da bu koşulların “gayet açık olması” hallerinde aracın kontrolünü “derhal” yeniden üstlenmekle yükümlüdür<sup>266</sup>. Esasen bu düzenlemeyle kanun koyucunun, sistem hatalarını hesaba kattığına ve sürücüye bu hataları düzeltme yükümlülüğünün yüklendiğine işaret edilmektedir<sup>267</sup>. Bu hükmün sürücünün trafik durumundan ve araç kontrolünden uzaklaşmasına izin verdiği gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, en iyi ihtimalle sürekli bir izleme gerekmediği, ancak kontrolü tekrar ele alabilmek için yalnızca asgari düzeyde bir dikkatin gerekli olduğu kabul edilmektedir<sup>268</sup>.

<sup>261</sup> GRÜNVOGEL, s. 973.

<sup>262</sup> HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 801; GREGER, s. 2.

<sup>263</sup> GRÜNVOGEL, s. 973.

<sup>264</sup> HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 802; GRÜNVOGEL, s. 974.

<sup>265</sup> GREGER, s. 1; HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 802.

<sup>266</sup> HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 802. Türk öğretisinde bu konuda bilgi için bakınız DOĞAN, s. 3243.

<sup>267</sup> WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn. 1122; BECK, “Fahrlässigkeit”, § 36 kn. 129; DOĞAN/MERAKLI, s. 333.

<sup>268</sup> LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL, s. 414.

Buna rağmen bu düzenleme üç gerekçeyle eleştirilmektedir: İlk olarak düzenlemede yer alan “algulamaya hazır durumda olma” kavramı daha fazla açıklama gerektirmekte, ikinci olarak “yüksek veya tam otomatik sistemin talimata uygun şekilde idaresi için koşulların çok fazla uygun olmadığı durumları öngörmesi ya da bu koşulların gayet açık olması” şeklindeki ifadeye yer alan “koşulların açıklığı” ibaresi belirsiz görülmektedir<sup>269</sup>. Alman Kanun koyucu “açık durumlar” ifadesini somutlaştırmadığından araç sürücüsünün, temelde yüksek veya tam otomatik sürüşteki her kritik trafik olayında aracın kontrolünü üstlenmeyi gerektirecek “açık bir durum” olduğu yönünde bir suçlamayla karşı karşıya kalacağına dikkat çekilmektedir<sup>270</sup>. Değişiklik gerekçesine göre sürücü, “ellerini direksiyondan çekebilir, gözlerini yoldan ayırabilir ve bilgi-eğlence sistemindeki e-postaları işlemek gibi diğer faaliyetlerle ilgilenebilir.”<sup>271</sup> “Bilgi-eğlence sistemi” terminolojisinin araç içerisinde yerleşik bir sisteme işaret ettiği düşüncesinden hareketle araca entegre edilmiş yerleşik sisteme bağlı olmayan cihaz ve hizmetlerin kullanımı, sürüşle ilgisi olmayan bir faaliyet olarak nitelendirilmektedir<sup>272</sup>. Buna göre sürücünün dikkatini önemli ölçüde dağıtan faaliyetlere, söz gelimi arka koltuktaki çocuklarla meşgul olmak, oyun oynamak, kıyafet değiştirmek, video izlemek veya dosya okumak şeklindeki eylemlere müsaade edilmeyecekken sürücünün aynı anda navigasyon cihazını kullanması, sürücünün kısa aralıklarla tekrar yola bakması şartıyla<sup>273</sup> örneğin

<sup>269</sup> HILGENDORF, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 802; GREGER, s. 3; LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL, s. 414. Bu noktada aracın yönetiminin üstlenme yükümlülüğüne karşı kontrolü bırakma hakkının nasıl gerçekleşeceği hususunun belirsiz olduğuna işaret edilmektedir. Bkz. GREGER, s. 1.

<sup>270</sup> LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL, s. 416.

<sup>271</sup> BT-Drs. 18/11776, S. 11.

<sup>272</sup> LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL, s. 414.

<sup>273</sup> Bu noktada madde gerekçesinde yer alan açıklamaların yeterli olmadığı, sürücünün gerekçede yer verilen e-posta okuma örneği kapsamında hareket etse bile bunun sürücüye herhangi bir yasal kesinlik sağlamayacağı, aracın kontrolünün devralınması yönündeki yükümlülüğü yerine getirmek için sürücünün her zaman tetikte olması gerektiğinden sürücünün trafik durumu hakkında her zaman temel bir farkındalığa sahip olması gerektiği, bilgi-eğlence sisteminde e-postalar işlenirken bir kaza meydana gelirse sürücünün artık çevresinin yeterince farkında olamayacak kadar bir e-posta yazmaya veya okumaya dalmış olmasına müsaade edilip edilemeyeceği sorusunun ise her zaman sorulması gerektiği özellikle vurgulanmaktadır. Bkz. LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL, s. 414.



e-posta okuması şeklindeki davranışlara izin verilebilecektir<sup>274</sup>. Aynı şekilde yolculuk sırasında koltuğun yatar pozisyona getirilmesi veya sürücü koltuğunun tamamen terk edilmesi de aracın kontrolünü derhal devralma yükümlülüğü ile bağdaşmayacaktır<sup>275</sup>. *Hilgendorf*, kanun koyucunun oldukça yeni bir alanda düzenleme yapmış olduğuna, trafikte araç kullanmak gibi birçok farklı davranış modelini bünyesinde barındıran bir alanda hiçbir zaman tüm olası ayrıntıları kapsamında barındıran bir düzenleme yapılamayacağına dikkat çekmiş, detayların mahkeme kararlarıyla belirlenebileceğinin altını çizmiştir<sup>276</sup>. Bu noktada temel kriter, sürücünün herhangi bir devralma talebini gerçekten fark ettiğinden ve gerekirse aracın kontrolünü derhal üstlenebileceğinden emin olup olmadığıdır<sup>277</sup>.

Bu ifadelerden hareketle düzenleme, objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin hem teknik kullanım durumunda hem de kullanmama durumunda mümkün olduğu yönünde bir sonucu beraberinde getirebilir<sup>278</sup>. Nitekim bu şekilde bir düzenlemeyle birlikte artık “*Sistem kullanılmış olsaydı kaza önlenebilirdi*” şeklindeki bakışla yine sürücünün sorumluluğuna gidilebilir. Her ne kadar kanunda belirli sınırlandırma imkanları yer alsada sürücü aracı “derhal” kontrol altına almalı ve kontrolü üstlenmesinin gerekliliğini öngörmesi şart olan durumlarda da açık durumlar bulunması gerektiğinden yorum yapma bakımından serbest bir alan söz konusudur. Burada düzenlemeye yönelik üçüncü eleştiri, “derhal” ifadesi bağlamında ortaya çıkmaktadır. Buna göre münferit vakalarda kontrolün sistemden sürücüye geçmesinin yeterince hızlı ve dolayısıyla “ani” olup olmadığı ve kontrolü devralma kararının doğru olup olmadığı, yani gerçekten bir kazayı önleyip önlemediği ve bir kazaya neden olup olmadığı yönünde bir sorunun ortaya çıkabileceğine işaret edilmektedir<sup>279</sup>. Bu

<sup>274</sup> **GREGER**, s. 3. Bu bakımdan Türk öğretisinde seviye 3 araçlarda sürücünün araçta okuma, yazma veya dinlenme gibi davranışlarda bulunabileceğine ilişkin görüş makul görünmemektedir. . Bkz. **YİĞİT/ÖNER/YÖNTEM**, s. 182.

<sup>275</sup> **LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL**, s. 414.

<sup>276</sup> **HILGENDORF**, „Automatisiertes Fahren und Recht“, s. 802. Buna uygun olarak *Lüdemann/Sutter/Vogelpohl*, kanun koyucunun “algılamaya hazır durumda kalma” ifadesini özellikle somutlaştırmaktan kaçındığına dikkat çekmişlerdir. Bkz. **LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL**, s. 414.

<sup>277</sup> **LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL**, s. 414.

<sup>278</sup> **BECK**, “Fahrlässigkeit”, § 36 kn. 129.

<sup>279</sup> **LÜDEMANN/SUTTER/VOGELPOHL**, s. 416.

çerçevede bu kavramın nasıl yorumlanacağı hususunun belirsiz olduğu ve bu noktada sürücü açısından cezalandırılabilirlik riskinin bulunduğu vurgulanmaktadır<sup>280</sup>. Bununla bağlantılı olarak Alman öğretisinde ileri sürülen temel eleştiri, düzenlemelerin bir kazadan dolayı mutlaka bir kişinin sorumlu tutulmasını sağlama çabasının bir tezahürü olarak görüldüğü yönündedir<sup>281</sup>. Bu noktada kanuni düzenlemede yer alan “derhal” ibaresinin, somut olayın koşullarına göre hızla yapılmış, kınanabilir olmayan davranışı ifade ettiğine işaret edilmektedir. Araç sürücüsü, somut olay şartları içerisinde beklenebilir yapıda mümkün olan şekilde sistemin talebine karşı hızlıca karşılık vermelidir<sup>282</sup>. Kanuni tanımında yer alan “derhal” ifadesi esas alındığında, sürücünün araç içerisinde yaptığı faaliyet nedeniyle kendi kusurlu hareketiyle müdahalede gecikme yaşaması durumunda en azından taksirli sorumluluğundan söz edilebilecektir. Bu noktada araç içerisinde yapılan hangi faaliyetlerin taksir sorumluluğunu gerektirecek kadar dikkat dağıtıcı ve hangilerinin izin verilebilir olduğuna ilişkin ayırım, şüphesiz ki objektif üçüncü kişinin öngörüsü dikkate alınarak yaşandıkça, tecrübelerle ortaya çıkacak, bu konuda Alman mahkeme kararlarında içtihat niteliğinde kararlar gelişecektir. Nihayetinde, “*Zamansal açıdan gecikme olmasaydı kaza önlenebilirdi.*” şeklinde bir tespit yapılırsa bu durumda araç sürücüsü söz konusu kazadan sorumlu tutulur. Kuşkusuz ki bu durum, özellikle sürücünün koltuğunu terk etmiş olması veya sürücü koltuğunu yatar konuma getirmiş olması yahut da hemen bitiremeyeceği bir faaliyetle meşgul olması halinde geçerlidir<sup>283</sup>.

Tüm bu açıklamalardan sonra Almanya’da otonom sürüş fonksiyonlarına sahip motorlu araçların işletimini düzenleyen ve karayolu trafik düzenlemelerini değiştiren yönetmeliğin 1 Temmuz 2022 tarihinde yürürlüğe girdiği, böylelikle Almanya’nın yüksek otomatik araçların (Seviye 4) trafikte kullanımı için kapsamlı bir yasal çerçeve oluşturan ilk ülkelerden biri haline geldiği ifade edilmelidir<sup>284</sup>.

## SONUÇ

Tüm bu açıklamalardan sonra görüldüğü üzere otonom araçların kullanılmaya başlandığı birçok ülkede kanuni düzenlemelerde değişiklik

<sup>280</sup> GRÜNVOGEL, s. 974; BECK, “Fahrlässigkeit”, § 36 kn. 129.

<sup>281</sup> STAUB, s. 395.

<sup>282</sup> GREGER, s. 3.

<sup>283</sup> GREGER, s. 3.

<sup>284</sup> SEDLMAIER/KRZIC BOGATAJ, s. 2953.

yapılmış ve mevzuat otonom araçların trafikte kullanılması uygun duruma getirilmiştir. Bununla birlikte bu tür sistemlerin kullanımı, ilgili ülkelerde belirli bir döneme kadar mevzuat hükümlerinde herhangi bir değişikliğe yol açmamıştır ki öğretide bazı yazarlar<sup>285</sup> bu durumu şaşırtıcı olarak nitelendirmişlerdir. Zira otonom araçların sahip oldukları nitelikler ve özel durumlar karşısında bu araçlar “kaderin akışına terk edilmemeli”<sup>286</sup>, bu tür araçların karayollarında kullanımına müsaade edilmesinin sonucu olarak olası sorunlara karşı mutlaka gerekli açık düzenlemeler yapılmalıdır<sup>287</sup>. Bu çerçevede ülkemizde de otonom araçların karayollarında kullanımına yönelik olarak gerekli hukuki düzenlemeler ihdas edilmeli, ülkemiz mevzuatı bu tür araçların kullanımına uygun hale getirilmelidir. Gerçek şu ki, kanuni düzenleme yapılarak otonom araçların trafikte kullanılmasına müsaade edilmesiyle birlikte bu tür araçların piyasaya sürülmesi ve yolda kullanılması özene aykırı bir davranış olarak nitelendirilemez<sup>288</sup>. Aksi takdirde mevzuatta somut bir düzenleme bulunmadığı müddetçe bu tür araçların gerek piyasaya sürülmesi gerek trafikte kullanılması başlı başına bir sorun teşkil edebilecek, yürürlükteki hükümlerde açık bir düzenlemenin bulunmaması bağlamında salt aracın kullanılması özensiz davranış olarak nitelendirilebilecektir. Zira mevzuatta değişiklik yapılmaksızın mevcut sürücü tanımının otonom araçlar üzerinde uygulanması mümkün görünmemektedir<sup>289</sup>.

Ülkemiz mevzuatında yapılacak ilk düzenleme, Karayolları Trafik Kanunu’nun ve buna bağlı olarak Karayolları Trafik Yönetmeliği’nin ilgili hükümlerinde değişiklik yapılması suretiyle gerçekleştirilebilir. Bu çerçevede ilk olarak “Tanımlar” başlığı altında “otonom araç” tanımına yer verilebilir. Bunun için Motorlu Araçlar ve Römorkları ile Bunlar İçin Tasarlanan Aksam, Sistem ve Ayrı Teknik Ünitelerin Genel Güvenliği ve Korunmasız Karayolu Kullanıcılarının ve Yolcuların Korunması ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliği’nde yer alan, “Sürücünün devamlı kontrolü olmadan, ancak sürücü müdahalesinin yine de beklendiği veya gerekli olduğu, belirli bir süre için otonom olarak hareket etmek üzere tasarlanmış ve imal edilmiş motorlu

<sup>285</sup> THOMMEN/MATJAZ, s. 286.

<sup>286</sup> NEHM, s. 399.

<sup>287</sup> NEHM, s. 400; DOUMA, s. 1158.

<sup>288</sup> SCHUSTER, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Hersteller beim automatisierten Fahren“, s. 8.

<sup>289</sup> KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 365.

*araç*” şeklindeki tanım esas alınabilir<sup>290</sup>. Burada önemli olan, bu tanımın Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Trafik Yönetmeliği’nde de yer almasıdır. Zira mevcut durumda ülkemiz karayolunda otonom araçların kullanılmasına kanunlarla değil, yönetmelik hükümleriyle müsaade edilmiş durumdadır ve buna rağmen bu iznin koşulları ve kapsamı da hiçbir şekilde belirlenmiş değildir. Dolayısıyla kuşkusuz ki otonom aracın tanımının yapılması tek başına yeterli olmayacaktır. Alman Trafik Kanunu’nda olduğu gibi Türk hukuk mevzuatında da otonom aracın karayollarında kullanım koşulları açıkça belirlenmeli, böylelikle bu tür araçların trafikte kullanımı sonucu gerçekleşen kazalarda sorumluluğun kapsamı ortaya konulmalıdır<sup>291</sup>.

Bu çerçevede Karayolları Trafik Kanunu’nda “Trafik Kuralları” başlıklı Altıncı Kısım içerisinde Genel Kurallar bağlamında 46’ncı maddeye fıkra hükmü eklenerek yüksek ve tam otomatik sürüş fonksiyonlarına üretici firmanın öngördüğü kullanım kurallarına uygun şekilde karayollarında izin verilebileceği açıklığa kavuşturulabilir, araç sürücüsünün hakları ve yükümlülükleri somutlaştırılabilir. Nitekim bu hükümde yer alan kuralların birçoğu otonom araç sistemi tarafından yerine getirilebilecek kurallardır. Ayrıca otonom araç sistemiyle birlikte sürüş esnasında telefon kullanmak gibi kurallar arasında yer alan ve sürücünün yapması yasaklanan belirli davranışlara kısmen de olsa müsaade edilebilecektir. Elbette bunun için kanunda gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir<sup>292</sup>. Tüm bunlardan ziyade en önemli husus, otonom sistemin sürücüyü, araç kontrolünü üzerine alması için uyarması halinde sürücünün kontrolü derhal devralması gerektiğine ilişkin hükme yer verilmesi yönündeki gerekliliktir. Bunun yanında araç uyarı vermese bile otonom sistemin üstesinden gelemeyeceğinin öngörülebilir olduğu ya da açık olduğu durumlarda araç sürücüsünün aracın kontrolünü devralması yönündeki gereklilik de düzenlemede mutlaka yer almalıdır. Bu husus, her ne kadar bu tür otonom araçlar, olumsuz bir durumda sürücüyü uyarmak üzere tasarlanmış olsa da sürücünün olası bir olumsuz durum karşısında aracı derhal üzerine alabilmeye hazır durumda bulunmasının zorunlu olduğu anlamına gelir. Bu çerçevede sürücüyü araç kontrolünden uzaklaşmasına izin verilmiş olacak, bununla birlikte sürücünün gerektiğinde

<sup>290</sup> ATEŞ/TIRTIR, s. 322.

<sup>291</sup> Bu konuda bakınız ATEŞ/TIRTIR, s. 328.

<sup>292</sup> KINIKOĞLU/HAMZAOĞLU/HAMZAOĞLU, s. 367.

aracın kontrolünü tekrar üzerine alması için asgari düzeyde bir özeni göstermesi gerekecektir.

Bu mevzuat çalışmalarının yanında ülkemizde bu konuya ilişkin olarak araştırma ve çalışmaların yapılması amacıyla merkezlerin kurulması ve bu yerlerin özel olarak desteklenmesi büyük bir önem arz etmektedir. Zira ülkemizin gelişen ve hızla ilerleyen teknolojik araçlar karşısında bu tür bir merkez sayesinde uygun normatif çalışmaların da yapılması sağlanabilecek, olası hukuki sorunlara çok daha önceden çözümler bulunmaya çalışılacaktır. Nitekim Almanya'nın Würzburg şehrinde *Eric Hilgendorf* tarafından Julius-Maximilians-Universität Robot Hukuku Araştırma Merkezi bunun önemli bir örneğidir ki bu merkez, 2010 yılından bu yana Almanya'da bu yöndeki teknolojik gelişmelere destek sağlamaktadır<sup>293</sup>. Öyle ki yeni teknolojik araçlara ilişkin olarak hukuki tartışmalar, yalnızca ulaşım araçları bağlamında değil, aynı zamanda sağlık başta olmak üzere birçok başka alanda ortaya çıkmaktadır. Örneğin Alman hukukunda kalça ameliyatları sırasında freze robotu kullanılması sınırlı ve kas hasarına yol açması üzerinde durulmuştur<sup>294</sup>. Yine bir başka olay olarak 2015 yılında *Baunatal*'daki araç fabrikasında robot montajı üzerine çalışan 21 yaşındaki bir işçinin fabrikadaki bir montaj robot kolu tarafından metal levha arasına alınarak sıkıştırılmak suretiyle öldürülmesidir ki bu konu Almanya'da fazlaca gündem olmuş ve hukuken tartışılmıştır<sup>295</sup>.

Tüm bunların yanında otonom araçların sahip oldukları kameralar sayesinde çevrelerinde olup biteni kaydederek veri depolama sistemine gönderebilmeleri mümkün olduğundan bu verilerin kullanımı, korunması ve gerektiğinde silinmesine ilişkin olarak da gerekli normatif düzenlemeler yapılmalıdır. Zira otonom sürüş sistemlerinin kullanılması durumunda olası bir kazayla ilgili olarak aracın kendisi ve çevresiyle ilgili durumların kaydedilmesinin zorunluluğu karşısında verilerin kaydedilmesini reddetmek, toplumsal yaşam pahasına teknolojik ilerlemelerden

<sup>293</sup> SCHUSTER, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, s. 387.

<sup>294</sup> Caetano da Rosa, *Robodoc – Zukunftsvisionen und Risiken robotisierter Spitzentechnik im Operationssaal*, *Technikgeschichte* 74 (2007), S. 291 ff. sowie OLG Dresden (Z) NJOZ 2008, S. 247; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 08.11.2013, Az. 25 U 79/12.

<sup>295</sup> SCHUSTER, „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, s. 388 - FAZ v. 01.07.2015 („Roboter tötet Arbeiter bei VW in Baunatal“); DOĞAN, s. 3245; DOĞAN/MERAKLI, s. 335; KANGAL, s. 129.

kesin olarak bir dışlanma anlamına gelecektir ve bu durum verilerini açıklamak istemeyenlerin otomatik sürüşten vazgeçmeleri yönünde bir sonucu beraberinde getirecektir<sup>296</sup>. Bu nedenle otonom sürüşlerde veriler hukuka uygun bir amaçla toplanmalı, kaydedilmeli ve belirli koşullar altında muhafaza edilmelidir. Buna mukabil bu verilerin hukuka uygun olmayan amaçlarla kullanılması da önlenmeli, bu verilerin kullanım ve muhafaza edilme koşulları açık ve net bir şekilde ortaya konulmalıdır. Nitekim yüksek ve tam otonom araçlarla ilgili olarak Alman Karayolları Kanunu'na bir hüküm daha eklenmiş, belirtilen hususlar açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. "Yüksek veya tam otomatik sürüş işlevlerine sahip motorlu araçlarda veri işleme" başlıklı § 63a hükmü şu şekildedir:

*"(1) Araç kontrolünün sürücü ile yüksek ya da tam otomatik sistem arasında değişimi gerçekleşirse motorlu araçlar § 1a hükmüne göre uydu navigasyon sistemi tarafından belirlenen konum ve zaman bilgilerini saklar. Bu türden bir depolama, araç sürücüsünün sistem tarafından araç kontrolünü üstlenmesinin talep edildiği ya da sistemin teknik arızasının meydana geldiği durumda da gerçekleşir.*

*(2) 1. Fıkraya uygun şekilde depolanan veriler, talep halinde eyalet kanunlarına göre trafik ihlallerini cezalandırmakla yetkili mercilere iletilebilir. İletilen veriler, bu merciler tarafından saklanabilir ve kullanılabilir. İletilen verilerin kapsamı, bu makamlar tarafından yürütülen soruşturma ile başlatılan kontrol prosedürü ile bağlantılı olarak 1. Fıkra hükmünün tespiti amacı için gerekli olanla sınırlıdır. Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin genel kurallar bundan etkilenmez.*

*(3) Araç sahibi, 1. fıkraya uygun olarak saklanan verilerin aşağıdaki durumlarda üçüncü kişilere iletmesini sağlamalıdır:*

*1. § 7 fıkra 1 hükmünde düzenlenen olayla bağlantılı olarak hukuki taleplerin ileri sürülmesi, giderilmesi veya savunulması için bilgilerin gerekli olması,*

*2. Otomatik sürüş fonksiyonuna sahip ilgili motorlu aracın bu olaya karışmış olması. Fıkra 2 cümle 3 hükmü buna göre uygulanır.*

*(4) Fıkra 1 hükmüne göre saklanan veriler altı ay sonra silinir, meğerki araç sürücüsü § 7 fıkra 1 hükmünde düzenlenen olaya katılmış olsun. Bu durumda bilgiler üç yıl sonra silinmelidir.*

(5) § 7 fıkra 1 hükmünde düzenlenen olayla bağlantılı olarak fıkra 1 hükmüne göre saklanan veriler, kaza araştırması amacıyla üçüncü şahıslara isimsiz olarak iletilebilir.”

Bu düzenleme, esasen sürücünün aracı kendisinin değil otomatik sistemin kullandığını kanıtlayıp sorumluluktan daha kolay kurtulabilmesi adına aracın “kara kutu” ile donatılmasını şart koşmaktadır<sup>297</sup>. Sistemin kaza esnasında hangi durumda bulunduğu § 63a hükmüne göre veri depolama dolayısıyla tespit edilebilir. İspatı sağlayabilmek adına araç sahibinin gerekli bilgileri paylaşması noktasında araç sürücüsü talepte bulunabilir<sup>298</sup>. Bu hükümde en çok dikkat çeken hususlardan biri, bu verilerin araç sahibi tarafından gerektiğinde araç işleteninden talep edebilmesiyle diğeri, aracın kazaya dahil olmaması halinde bu verilerin altı ay sonra silinmesi, aracın kazaya dahil olması durumunda ise verilerin üç yıl sonra silinmesi yönünde bir zorunluluğun getirilmiş olmasıdır. Dolayısıyla ülkemizde bu konuya ilişkin olarak Karayolları Trafik Kanunu’nda ve buna bağlı olarak Karayolları Trafik Yönetmeliği’nde gerekli değişiklikler yapılırken verilerin elde edilmesi, muhafaza edilmesi ve yok edilmesi hususlarının da mutlaka göz önünde bulundurulması ayrı bir önem arz etmektedir.

<sup>297</sup> SEDLMAIER/KRZİC BOGATAJ, s. 2954; HEß, § 1a kn. 3.

<sup>298</sup> GREGER, s. 2.

## KAYNAKÇA

- AKBULUT**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet, Ankara 2022.
- AKBULUT**, Berrin: “Yapay Zeka ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXVII, Ekim 2023, S. 4, s. 267-319. (“*Yapay Zeka ve Ceza Hukuku Sorumluluğu*”)
- ATEŞ**, Hüseyin/**TIRTIR**, Mustafa: “An Evaluation of The Uber’s Autonomous Car Crash In The Scope Of Turkish Criminal Law”, Adalet Dergisi, Y. 148, 2021/1, s. 315-332.
- BECK**, Susanne: “Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik”, Autonome Systeme und neue Mobilität, Hrsg. Eric Hilgendorf, Nomos, 2017, s. 117-142. („*Das Dilemma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik*“)
- BECK**, Susanne: “Fahrlässigkeit”, in Handbuch des Strafrechts, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, C. F. Müller, Heidelberg, 2020. (“*Fahrlässigkeit*”).
- ÇEKİN**, Mesut Serdar: “Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:9, Sayı: 33, Ocak 2018, s. 283-346.
- DEMİREL**, Muhammed: Taksirli Suç, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2024.
- DOĞAN**, Koray: “Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, 2019, s. 3219-3251.
- DOĞAN**, Koray/**MERAKLI**, Serkan: Trafik Ceza Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2024.
- DOUMA**, Frank: “Criminal Liability Issues Created by Autonomous Vehicles”, Santa Clara Law Review, Volume 52, Number 4, 2012, s. 1156-1169.
- DURNA**, Tuncay: “Karayolu Trafik Güvenliğine Sistem Yaklaşımı: İsveç’in “Vizyon Sıfır” Politikası”, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, 2011, s. 1-23.



- FOERSTER**, Max: „Automatisierung und Verantwortung im Zivilrecht“, ZfPW 2019, s. 418-435.
- GEDİKLİ**, Fethi: Yazar Gazetesi, 31.05.2021, s. 8.
- GLESS**, Sabine/**JANAL**, Ruth: „Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren – Risiko und rechtliche Verantwortung“, Juristische Rundschau (JR) 2016, s. 561-575.
- GREGER**, Reinhard: „Haftungsfragen beim automatisierten Fahren“, NZV 2018
- GRÜNVOGEL**, Thomas: „Das Fahren von Autos mit automatisierten Funktionen Gesetzliche Änderungen zur Verwendung und Haftung im Straßenverkehr“, Monatschrift für Deutsches Recht (MDR) 2017, s. 973-975.
- HAMMER**, Christoph: Automatisierte Steuerung im Straßenverkehr, dfv Mediengruppe, Frankfurt am Main, 2015.
- HEß**, Rainer: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 28. Auflage, C.H. Beck, München, 2024.
- HILGENDORE**, Eric: „Automatisiertes Fahren und Recht – ein Überblick“, Juristische Arbeitsblätter (JA), 2018, s. 801-807. („*Automatisiertes Fahren und Recht*“)
- HILGENDORE**, Eric: Automatisiertes Fahren und Strafrecht – der „Aschaffenburger Fall“, DRiZ 2018, s. 66-69.
- HILGENDORE**, Eric: „Teilautonome Fahrzeuge: Verfassungsrechtliche Vorgaben und rechtspolitische Herausforderungen“, in Rechtliche Aspekte automatisierter Fahrzeuge, Hrsg. Eric Hilgendorf/Sven Hötitzsch/Lennart S. Lutz, Nomos, 2015, s. 15-32. („*Teilautonome Fahrzeuge*“)
- JOURDAN**, Frank/**MATSCHI**, Helmut: „Wie weit kann die Technik den Fahrer ersetzen? Entwickler oder Gesetzgeber, wer gibt die Richtung vor?“, NZV 2015, s. 26-29.
- KANGAL**, Zeynel T.: Yapay Zeka ve Ceza Hukuku, On İki Levha, İstanbul 2021.
- KELEPPEKMEZ**, Tuba: „Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir

Değerlendirme”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2018, 6 (2), s. 173-195.

**KINIKOĞLU**, Batu/**HAMZAOĞLU**, Yücel/**HAMZAOĞLU**, Melike: “Otonom Araçların Neden Olduğu Kazalardaki Hukuki Sorumluluk Rejimi”, *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021, s. 333-377.

**KİM**, Minkyu: *Roboterrecht in der modernen Gesellschaft*, Logos Verlag Berlin, Berlin, 2019.

**KÖNIG**, Carsten: „Die gesetzlichen Neuregelungen zum automatisierten Fahren“, *NZV* 2017, s. 123-128.

**LÜDEMANN**, Volker/**SUTTER**, Christine/**VOGELPOHL**, Kerstin: „Neue Pflichten für Fahrzeugführer beim automatisierten Fahren – eine Analyse aus rechtlicher und verkehrspsychologischer Sicht“, *NZV* 2018, s. 411-417.

**NEHM**, Kay, „Autonomes Fahren – Bremsen Ethik und Recht den Fortschritt aus?“, *Juristenzeitung (JZ)* 2018 (8), s. 398-402.

**ROSHAN**, Bahrama: „Automatisiertes und autonomes Fahren im Überblick“, *NJW-Spezial* 2021, s. 137-138.

**ROSS**, Brett A.: “Automated Vehicle Lawsuits: How Will We Litigate the Auto Crash of the Future”, *Brief*, Vol. 47, No. 2, Winter 2018, s. 42-49.

**SANDHERR**, Urban: „Strafrechtliche Fragen des automatisierten Fahrens“, *NZV* 2019, s. 1-4.

**SCHUSTER**, Frank Peter: „Das Dilemma-Problem aus Sicht der Automobilhersteller – eine Entgegnung auf Jan Joerden“, in *Autonome Systeme und neue Mobilität*, Hrsg. Eric Hilgendorf, Nomos, 2017, s. 99-117. („*Das Dilemma-Problem aus Sicht der Automobilhersteller*“)

**SCHUSTER**, Frank Peter: „Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Hersteller beim automatisierten Fahren“, *DAR* 2019, s. 6-11. („*Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Hersteller beim automatisierten Fahren*“)

**SCHUSTER**, Frank Peter: „Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung“, in *Digitalisierung*

Automatisierung, KI und Recht, Hrsg. Susanne Beck/Carsten Kusche/Brian Valerius, Nomos, 2020, s. 387-400. („*Künstliche Intelligenz, Automatisierung und strafrechtliche Verantwortung*“)

**SEDLMAIER, Felix/KRZIC BOGATAJ, Andreja:** „Die Haftung beim (teil-)autonomen Fahren“, NJW 2022, s. 2953-2957.

**STAUB, Carsten:** „Der Hersteller als strafrechtlicher Verantwortlicher der Zukunft? – Umfang der Sorgfaltspflicht - Datenschutz versus Aufklärungspflicht“, NZV 2019, s. 392-398.

**TAŞTAN, Yahya/KAYMAZ, Habib:** “Otonom Araçların Yaygınlaşmasının Önündeki Zorluklar”, International Journal of Advances in Engineering and Pure Sciences, 2021, C. 33, S. 2, s. 195-209.

**THOMMEN, Marc:** “Strafrechtliche Verantwortlichkeit für autonomes Fahren”, Strassenverkehr, 2018, s. 22-30.

**THOMMEN, Marc/Matjaz, Sophie:** „Die Fahrlässigkeit im Zeitalter autonomer Fahrzeuge“, Zürich Open Repository und Archive, 2017, s. 273-295.

**VALERIUS, Brian:** “Sorgfaltspflichten beim autonomen Fahren”, Autonome Systeme und neue Mobilität, Hrsg. Eric Hilgendorf, Nomos, 2017, s. 9-22.

**WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Auflage, C.F. Müller, 2020.

**WIGGER, Dominika:** Automatisiertes Fahren und strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit, Nomos, 2020.

**YİĞİT, Erkut/ÖNER, A. Erdem/YÖNTEM, Orçun:** “Otonom Araçların Otomotiv Sektörüne Etkileri ve Beraberinde Getirdiği Yenilikler”, Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi, Kasım 2020, s. 181-186.



## YASAK CİHAZ VE PROGRAMLAR SUÇU (TCK M. 245/A)

Dr. Öğr. Üyesi Asuman İNCE TUNÇER \*

### Öz

Yasak cihaz ve programlar suçu bilişim suçları ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen suçların hazırlık hareketi niteliğindeki fiilleri cezalandıran bir suç tipidir. Söz konusu suç tipi, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile taraf devletlere getirilen yükümlülükler kapsamında 2016 yılında kanunlaşmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 245/A maddesi ile düzenlenmiş olan yasak cihaz ve programlar suçunun kapsamı yer yer Sözleşme' de öngörülen yükümlülüğü aşar niteliktedir. Doktrinde de mezkûr suçla ilişkin tartışmalı noktalar bulunmaktadır. Çalışmada yasak cihaz ve programlar suçu benimsemiş olduğumuz suç teorisi çerçevesinde incelenmiştir. Yine bu çerçevede olmak üzere doktrindeki farklı görüşler ve eleştiriler ile ulaşılabilen az sayıda yargı kararına da yer verilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

•Bilişim Suçları •Bilişim Sistemleri Aracılığıyla İşlenen Suçlar •Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi •Yasak Cihaz ve Programlar •Hazırlık Hareketleri

\* Dr. Öğr. Üyesi. Anadolu Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, Eskişehir, Türkiye | Asst. Prof., Anadolu University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Eskişehir, Türkiye.

✉ asumanince@anadolu.edu.tr • ORCID 0000-0003-0454-5262.

✎ **Atf Şekli** | Cite As: İNCE TUNÇER, Asuman: "Yasak Cihaz ve Programlar Suçu (TCK M. 245/A)", SÜHFD, C. 32, S. 3, 2024, s. 1297-1337.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License.

## THE CRIME OF PROHIBITED DEVICES AND PROGRAMS (TPC ART. 245/A)

### Abstract

The crime of prohibited devices and programs is a type of crime that punishes the acts that are preparatory acts for cybercrimes and crimes that can be committed by using information systems as a tool. This type of crime was codified in 2016 within the scope of the obligations imposed on contracting states by Article 6 of the Convention on Cybercrime of the Council of Europe. The scope of the crime of prohibited devices and programs regulated under Article 245/A of the Turkish Penal Code exceeds the obligations stipulated in the Convention. There are also controversial points in the doctrine regarding the offense. In this study, the crime of prohibited devices and programs is examined within the framework of the crime theory we have adopted. Within this framework, the different opinions, and criticisms of the doctrine and the few available judicial decisions are also included.

### Keywords

- Cybercrimes
- Crimes Committed Through Information Systems
- Convention on Cybercrime of the Council of Europe
- Prohibited Devices and Programs
- Preparatory Acts

### GİRİŞ

Bilişim teknolojileri alanında ortaya çıkan gelişmeler bilişim sistemlerini gündelik hayatımızın bir parçası haline getirmiştir. Bu gelişmeler hayatımızı olumlu bir biçimde değiştirdiği kadar hukuka aykırı amaçlarla da kullanılmaktadır. Özellikle internet sınır aşan bir biçimde suç işlenmesini kolaylaştırmıştır. Tüm bunlar bilişim suçlarıyla mücadelede yeni adımlar atılması gereksinimini ortaya çıkarmıştır. Bu adımların Türk Ceza Kanunu (TCK)'na son yansıması ise yasak cihaz ve programlar suçudur. TCK'nın 245/A maddesiyle düzenlenen yasak cihaz ve programlar suçu ile bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; bilişim alanında suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda, bunları imal eden, ithal eden, sevk eden, nakleden, depolayan, kabul eden, satan, satışa arz eden, satın alan, başkalarına veren veya bulunduran kişi cezalandırılmaktadır.

Çalışmanın ana amacı yasak cihaz ve programlar suçunun suç genel teorisi çerçevesinde incelenmesidir. Bu bağlamda suç tipi hakkında genel

bilgiler verildikten sonra benimsemiş olduğumuz suç teorisi çerçevesinde suçun unsurları ele alınacaktır. Kusurluluğu suçun bir unsuru olarak kabul etmemekle birlikte çalışma bütünlüğü açısından ayrı bir başlık altında kusurluluğu kaldıran veya azaltan haller yasak cihaz ve programlar suçu bakımından değerlendirilmiştir. Teşebbüs, iştirak ve içtima açısından özellik gösterebilecek hususlara değinilmiştir. Son olarak muhakeme usulü ve yaptırım başlıklarına yer verilmiştir.

Çalışmada suç tipine ilişkin doktrinde yer alan değişik yorum, görüş ve eleştirilere yer verilmiş; bu bağlamda kanaat ve önerilerimiz de ortaya konmuştur. Ayrıca ulaşabilen az sayıda yargı kararı da çalışmaya dahil edilmiştir.

## I. SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Yasak cihaz ve programlar suçu, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi (AKSS)'ne taraf olmanın getirdiği yükümlülükler kapsamında 24.3.2016 tarihli 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 30/5. fıkrası ile TCK'ya eklenmiştir. Suç tipi TCK'nın 245/A maddesinde yer almaktadır. AKSS'nin 6. maddesinde yer alan cihazların kötüye kullanımı başlıklı düzenlemenin gereği olarak bu suç tipi ihdas edilmiştir. Madde gerekçesinde de bu husus dile getirilmiştir.

AKSS'nin amacı gelişen teknolojiye bağlı olarak bilişim suçlarının sınır aşan niteliği nedeniyle ulusal hukuk sistemlerinde yer alan kanuni düzenlemeleri uyumlaştırmak ve bu surette bilişim suçlarının işlenmesini mümkün olduğunca engellemektir. Bu bağlamda sözleşme bilişim suçlarının düzenlenmesinde ortak bir asgari standart öngörmüştür denebilir<sup>1</sup>. Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan cihazların kötüye kullanılması başlıklı düzenleme ise taraf devletlere bilişim suçlarının işlenmesini sağlamayı amaçlayan hazırlık hareketi niteliğindeki eylemlerin suç olarak düzenlenmesi yükümlülüğü getirmiştir. Buna göre, Siber Suç Sözleşmesi'nde düzenlenmiş olan yasadışı erişim, yasa dışı araya girme, verilere müdahale ve sisteme müdahale isimli suçların işlenmesi amacıyla bir bilgisayar programı da dahil olmak üzere; cihaz, bilgisayar şifresi, erişim

<sup>1</sup> **KAYA**, İslam Safa/ÇAKIR, Adem: "Yasak Cihaz veya Programlar Suçu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 19, S. 38, 2020, s. 34-35.

kodu veya benzer bir veri tasarlamak veya üretmek taraf devletlerce suç olarak düzenlenecektir.

245/A düzenlemesi belli noktalarda 6. maddeden ayrılmaktadır. Suçu oluşturan seçimlik hareketlerin tek tek sayılmış olması suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olarak kanaatimizce yerindedir. Ayrıca amaç suçlar bakımından TCK düzenlemesinin 6. madde düzenlemesinden daha geniş olduğunu vurgulamak gerekir. Nitekim salt bilişim suçları değil bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen suçlar da madde kapsamına alınmıştır<sup>2</sup>. Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen suçların düzenleme kapsamında belirli bir biçimde sayılmamış olması suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından eleştirilmektedir<sup>3</sup>.

Suç tanımının AKSS'nin ilgili düzenlemesini iç hukukumuzda aktarmak konusunda başarısız olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu görüşe göre düzenlemenin şu biçimde yapılması daha yerinde olurdu: *“Bu bölümde düzenlenen suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesinde kullanmak amacıyla bir cihazı, bilgisayar programını, şifre ve güvenlik kodlarını üreten, ithal eden, temin eden, satan, satışa arz eden, satın alan veya bulunduran kişi, ...cezalandırılır.”*<sup>4</sup>

Madde başlığına yönelik eleştiriler de bulunmaktadır. Bir görüşe göre; suç tipi için seçilmiş olan başlık TCK sistemi ile uyumlu olmayıp, başlıkta suçun konusuna değil suç oluşturan harekete yer verilmesi gerekirdi. Başlıkta kullanılan yasak kelimesi ise esasen içeriği yansıtmayacak nitelikte değildir. Yasaklı bir cihaz veya programdan bahsedilebilmesi için öncelikle bunları yasaklayan bir hukuki düzenleme olmalıdır. Halbuki maddenin içeriğinde böyle bir hususa yer verilmemiştir. Bu nedenlerle madde başlığı madde içeriğini tam ve doğru biçimde yansıtmamaktadır.

<sup>2</sup> **AKBULUT**, Berrin, Bilişim Alanında Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 346.

<sup>3</sup> **KAYA/ÇAKIR**, s. 40-42; **KARAKURT EREN**, Ahu: “Bilişim Alanında Suçların veya Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanıldığı Diğer Suçların İşlenmesi Amacıyla Cihaz, Program, Şifre ya da Güvenlik Kodlarının Üretilmesi, Yayılması veya Bulundurulması Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 43, 2020, s. 231.

<sup>4</sup> **KOCA**, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2023, s. 1053. Yazarların görüşüne katıldığı ve yazarlarca yapılan suç tanımının yerinde olduğu yönünde bkz. **DÜLGER**, Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Ankara 2023, s. 501 vd.



Görüş sahipleri madde başlığının “suçta kullanılacak cihaz ve programların üretilmesi, yayılması veya bulundurulması” şeklinde tercih edilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindedir<sup>5</sup>. Benzer başka öneriler de getirilmiştir. Bir görüşe madde başlığının “*cihaz veya programların kötüye kullanılması*” şeklinde tercih edilmesi daha yerinde olurdu<sup>6</sup>. Suçun “*bilişim alanında suçların veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı diğer suçların işlenmesi amacıyla cihaz, program, şifre ya da güvenlik kodlarının üretilmesi, yayılması veya bulundurulması*” şeklinde isimlendirilmesi de bu bağlamda yapılan önerilerden biridir<sup>7</sup>. Kanaatimizce de madde başlığı suçun içeriğini yansıtmaktan uzaktır. Ancak suç oluşturan seçimlik hareketlerin çokluğu nedeniyle bunlara madde başlığında yer verilmesinin uygun olmaması; üretme, yayma veya bulundurma yahut imal ve ticareti gibi başlıkların seçimlik hareketlerin hepsini kapsamaması nedeniyle Siber Suç Sözleşmesi m. 6’daki başlığa benzer şekilde “*cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodlarının kötüye kullanılması*” ifadesi daha uygun bir kullanım olabilir.

Yasak cihaz ve programlar suçu esas itibariyle, bilişim suçlarının işlenmesi bakımından hazırlık hareketi niteliğindeki fiilleri cezalandırmaktadır<sup>8</sup>. Hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmamakta ise de pek çok hukuk düzeninde belirli hukuki değerleri daha etkili korumak amacıyla hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı görülmektedir. TCK 245/A düzenlemesi cezalandırılması öngörülen tipik hareketlerin normda açıkça gösterildiği tipik hazırlık suçlarındandır<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> **ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAĞSIZ**, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2023, s. 1056 vd. Aynı yönde bkz. **DÜLGER**, s. 502.

<sup>6</sup> **AKBULUT**, s. 348; **KAYA/ÇAKIR**, s. 38; **ÜNAL**, Osman Gazi: “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu (TCK m. 245/A)”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S.2, 2022, s. 602.

<sup>7</sup> **KARAKURT EREN**, s. 223. Suç başlığına ilişkin yapılan bir diğer öneri, “*cihaz, program, şifre ve güvenlik kodlarının bilişim suçlarının işlenmesi amacıyla bulundurulması, imal ve ticareti suçu*” başlığıdır. Bkz. **KORKMAZ**, İbrahim: “Cihaz, Program, Şifre ve Güvenlik Kodlarının Bilişim Suçlarının İşlenmesi Amacıyla Bulundurulması, İmal ve Ticareti Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, C.13, S. 142, s. 49.

<sup>8</sup> **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 1053; **KAYA/ÇAKIR**, s. 38; **AKBULUT**, s. 348; **GÜL**, Ahmet, Doğrudan – Dolaylı Bilişim Suçları, 3. Baskı, Ankara 2021, 349.

<sup>9</sup> **İÇER**, ZAFER, Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, İstanbul 2021, s. 37, s. 66 vd.

## II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suç tipi bilişim suçları ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesini sağlamak amacıyla birtakım cihaz veya programların yapılması ve oluşturulması ile bunların satışı, sevki, nakli gibi fiilleri cezalandırmaktadır. Suç tipi ile cezaya layık görülen haksızlık esasen bilişim suçlarının ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların hazırlık hareketi niteliğindeki fiillerdir. Bu nedenle suç tipi ile korunan hukuki değer ile madde metninde sayılan araçlarla işlenecek suçların koruduğu hukuki değerler paralel olduğu söylenebilir<sup>10</sup>. Bu suç tipi ile korunan hukuki değer öncelikle kamunun bilişim sistemlerine yönelik güvenidir. Suç işleme amacına yönelik birtakım cihaz veya programların tedavülü bireylerin bilişim sistemlerine yönelik güvenini zedeler niteliktedir. Kanun koyucu suç tipi ile bilişim sistemlerine yönelik genel güvenin korunmasını amaçlamaktadır<sup>11</sup>. Benzer bir görüşe göre, amaç suçların koruduğu hukuki değerler de dikkate alındığında bu suç ile bilişim sistemlerinin güven ve güvenilirliğinin yanı sıra kamu düzen ve güvenliği de korunmaktadır<sup>12</sup>.

Bir görüşe göre; suç tipi ile bilişim sistemlerinin güvenliği ve güvenilirliğinin yanı sıra bilişim sistemlerini kullanan bireylerin uğrayacakları zararlar bakımından malvarlığı değerleri de korunmak istenmektedir<sup>13</sup>. Benzer bir başka görüşe göre ise bu suç tipi ile bilişim sistemi kullanıcılarının malvarlığı, özel hayatı ve haberleşme özgürlüğü gibi hakları dolaylı biçimde korunmaktadır<sup>14</sup>. Son olarak bir başka görüşe göre; yasak cihaz ve programlar suçu ile bazı suçlar bakımından hazırlık hareketi

<sup>10</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1057.

<sup>11</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1053; KAYA/ÇAKIR, s. 42.

<sup>12</sup> AKBULUT, s. 349.

<sup>13</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1057.

<sup>14</sup> GÜL, s. 347; DEMİRCİ, Ömer, Bilişim Suçları ve Soruşturma Yöntemleri, Ankara 2022, s. 212; KORKMAZ, s. 49. Suç ile bilişim sistemlerinin güvenliği ve güvenilirliğinin yanında kişinin özel hayatı, malvarlığı değerleri ve kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunduğu yönünde bkz. BAYRAKTAR, Köksal/EVİK, Vesile Sonay/KANGAL, Zeynel T./YILDIZ, Ali Kemal/EVİK, Ali Hakan/AKSOY RETORNAZ, Eylem/MEMİŞ KARTAL, Pınar/BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah/EROĞLU, Fulya/AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman, Özel Ceza Hukuku, C. VIII, İstanbul 2021, s. 312 vd.

niteliğindeki fiiller cezalandırmakta ise de bu suçu oluşturan hareketler özel hayatın gizliliği, kişilerin kendilerini özgürce geliştirebilme hakkı ve malvarlığı değerlerine yönelik doğrudan bir tehlike ya da zarar oluşturmaya elverişli değildir. Suçu oluşturan hareketler genel olarak kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesine imkân sağlamakta ve bilişim sistemlerinin güvenliğini ve güvenilirliğini tehdit etmektedir. Suçun düzenlendiği TCK'nın 245/A maddesinin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile ihdas edilmiş olmasını da dikkate alan bu görüşe göre; yasak cihaz ve programlar suçuyla kişisel verilerin güvenliği ve bilişim sistemlerinin güvenliği ve güvenilirliği korunmaktadır<sup>15</sup>.

Kanaatimizce yasak cihaz ve programlar suçu, bilişim sistemlerinin güvenliği ve güvenilirliğinin yanında amaç suçların koruduğu hukuki değerleri korumaya da dolaylı olarak hizmet etmektedir<sup>16</sup>.

### IIL SUÇUN UNSURLARI

#### A. Tipiklik

##### 1. Tipikliğin Maddi Unsurları

###### a. Fail

Yasak cihaz ve programlar suçunun faili herkes olabilir. Kanuni tipte faile ilişkin özel bir belirleme yapılmamıştır<sup>17</sup>.

Suç oluşturan seçimlik hareketlerden bazıları bakımından ise suç çok failli suç özelliği göstermektedir. Suça konu şeyleri satan ve satın alan; başkalarına veren ve kabul eden kimseler karşılıklı olarak işledikleri fiil nedeniye doğrudan fail olarak sorumlu olurlar<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> KARAKURT EREN, s. 224.

<sup>16</sup> Benzer görüş için bkz. ÜNAL, s. 607; DÜLGER, s. 504.

<sup>17</sup> KAYA/ÇAKIR, s. 44; GÜL, s. 347. Suçun uzman bir kimse ya da bir bilgisayar korsanı tarafından işlenmesinin bir nitelikli hal olarak düzenlenebileceği; halihazırda böyle bir düzenleme olmadığından bu hususun cezanın belirlenmesinde (TCK m. 61) dikkate alınabileceği yönünde bkz. ÜNAL, s. 607.

<sup>18</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1053 vd.; AKBULUT, s. 350; ÜNAL, s. 629; KARAKURT EREN, s. 241; DÜLGER, s. 504. Bu seçimlik hareketler bakımından yasak cihaz ve programlar suçu çok failli suçların bir türü olan karşılaşma suçu özelliği göstermektedir. Karşılaşma suçlarında zorunlu olarak suçun işlenişine katılanlar aynı amaca ulaşmak için farklı yönlerden hareket etmektedir. Bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2021, s. 582.

## b. Mağdur

Mağdur, ceza normu tarafından korunan hukuki değer veya yararın sahibi ya da hamilidir<sup>19</sup>. Suçla korunan hukuki değer, belli bir kimseye ait olabileceği gibi toplumu oluşturan herkese ait de olabilir. Devlete ve millete karşı işlenen suçlar ile topluma karşı işlenen suçlarda mağdur toplumu oluşturan herkeştir<sup>20</sup>. Bu bağlamda, topluma karşı işlenen suçlardan biri olan yasak cihaz ve programlar suçunun mağduru toplumu oluşturan herkeştir<sup>21</sup>.

Bazı suçlar bakımından ise toplumu oluşturan herkes suçun geniş anlamı ile mağdurdur; ancak belirli kişiler bu suç nedeniyle dar anlamda mağdur olmuş da olabilirler. Bu tür suçlarda toplumu oluşturan herkesin yanında belirli kişiler de suçun mağduru konumundadır<sup>22</sup>. Bir görüşe göre, şifre veya sair güvenlik kodunun belirli bir kimseye ait olması halinde bu kimse suçtan zarar gören konumundadır<sup>23</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise inceleme konusu suç tipi bakımından belirli kimselerin mağdur olması söz konusu olamaz. Çünkü ele alınan suç tipiyle başka suçların işlenmesine yönelmiş hazırlık hareketleri cezalandırılmakta; belirli bir kişiye yönelmiş bir haksızlık gerçekleşmemektedir<sup>24</sup>.

## c. Suçun Konusu

Suçun konusu, suç teşkil eden fiilin üzerinde işlendiği somut veya soyut varlıklar ile faaliyetler olarak tanımlanabilir<sup>25</sup>. Yasak cihaz ve programlar suçunun konusu ise bilişim suçları ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesini sağlamak amacıyla yapılan veya oluşturulan cihazlar, bilgisayar programları,

<sup>19</sup> TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Ankara 2018, s. 114.

<sup>20</sup> ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 314; KARAKEHYA, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2023, s. 68.

<sup>21</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1054; GÜL, s. 347.

<sup>22</sup> KARAKEHYA, s. 68.

<sup>23</sup> KARAKURT EREN, s. 226.

<sup>24</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1054; ÜNAL, s. 608; AKBULUT, s. 350; DÜLGER, 504.

<sup>25</sup> KARAKEHYA, s. 69.

şifre veya sair güvenlik kodlarıdır<sup>26</sup>. Bu husus madde metninde “*Bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda*” ifadesiyle ortaya konmuştur. Cihazlar, bilgisayar programları, şifre veya sair güvenlik kodlarının bu suçun konusunu oluşturabilmesi için amaç suçlara özgülenmiş olmaları gerekir. Maddede yer verilen amaçları taşımayan bu nitelikteki şeyler yasak cihaz ve programlar suçunun konusu oluşturamaz<sup>27</sup>. Suç işlemek amacıyla oluşturulmamış olan bir bilgisayar programının bir bilişim suçunun işlenmesine kullanılması halinde yasak cihaz ve programlar suçu oluşmayacaktır<sup>28</sup>. Buna örnek olarak; sızma testi yapmak amacıyla oluşturulmuş bir programın bilişim suçu işlemek amacıyla satın alınması verilmektedir<sup>29</sup>. Aksi yönde bir görüşe göre, en başta bilişim sistemlerinin güvenliğini test etmek amacıyla oluşturulmuş olan cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodlarının daha sonra bilişim suçlarını ya da bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçları işlemek amacıyla bulundurulması veya ticareti durumunda yasak cihaz ve programlar suçu oluşur<sup>30</sup>. Bir başka görüşe göre ise bu halde fiil suçun kanuni tanımına uymamakta ise de örnek verilen eylem suçla korunan hukuki değerlerle bağdaşmayacak niteliktedir.

<sup>26</sup> Doktrinde bir görüşe göre; bilgisayar programı, cihaz, şifre ve sair güvenlik kodları fiil araçları olmaları nedeniyle suçun konusunu oluşturmakla birlikte bunlar üzerinde bir zarar ve tehlike meydana gelmemektedir. Bu nedenle bunların yanı sıra bilişim sistemleri ve bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı diğer suç tipleri dikkate alındığında kişilerin malları, özel hayatları ve kişisel verileri de suçun konusuna dahildir. Bkz. ÜNAL, s. 608.

<sup>27</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1054; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1058; KARAKURT EREN, s. 231; ÜNAL, s. 611; GÜL, s. 348.

<sup>28</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında sızma testleri gibi bilişim sistemlerindeki güvenlik açıklarını test etmeye yönelik bilgisayar programlarını 245/A'nın Alman Ceza Kanunu'ndaki karşılığı olan § 202c'nin kapsamı dışında tutmuştur. Buna göre; suç işleme amacına yönelik olarak oluşturulmamış ancak çift amaçlı olarak kullanılabilir bu tip programlar § 202c'de düzenlenmiş olan suç oluşturamaz. Bkz. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR 2233/07, 18.05.2009, Rn, 28-34. [https://www.bverfg.de/e/rk20090518\\_2bvr223307.html](https://www.bverfg.de/e/rk20090518_2bvr223307.html) (Erişim Tarihi:13.02.2024). Ayrıca bkz. NESTLER, Nina: “Hacker-Tools im StGB”, Juristische Ausbildung, S.6, 2021, s. 630.

<sup>29</sup> AKBULUT, s. 354.

<sup>30</sup> KORKMAZ, s. 49.

Bu nedenle kanuni düzenlemede bulunan yukarıda yer vermiş olduğumuz ifadenin isabetli olmadığı; hukuka uygun amaçlarla oluşturulmuş olan programların bilişim alanında suçların işlenmesi amacıyla el değiştirmesine yönelik fiillerin de suç kapsamına alınmasının daha uygun olacağı belirtilmektedir<sup>31</sup>.

Münhasıran bu bölümde yer alan suçlar deyişi ile “*Bilişim Alanında Suçlar*” başlıklı bölümde yer alan; bilişim sistemine girme (m. 243), sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme (m. 244) ve banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması (m. 245) suçları kast edilmektedir. Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların neler olduğuna ilişkin bir belirleme ise yapılmamıştır<sup>32</sup>. Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen suçlara; haberleşmenin engellenmesi, haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişisel verilen kaydedilmesi gibi suçlar örnek olarak verilebilir. Ancak burada sınırlı bir sayım yapılmadığı için bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilecek herhangi bir suçun 245/A kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabilir. Suç tipinin mutlaka TCK ile düzenlenmiş olması da gerekmez<sup>33</sup>. Yeter ki suçun konusu cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodu o suçun işlenmesi için yapılmış ya da oluşturulmuş olsun.

Alman Ceza Kanunu (ACK)’nda da bilişim suçlarını işlemeye yönelik hazırlık hareketlerini cezalandıran normlar bulunmaktadır. § 202c, AKSS’ye uyum amacıyla 2007’de kanunlaşmıştır. Söz konusu düzenleme esas olarak veri casusluğu (§ 202a) ve verilerin iletilirken ele geçirilmesi (§ 202b) suçlarına hazırlık amacıyla verilere giriş yapmayı sağlayan şifre veya sair güvenlik kodlarını veya bu tür fiilleri işlemeyi amaçlayan bilgisayar programlarını üretmeyi, kendisine veya başkasına sağlamayı, satmayı, başkasına vermeyi, yaymayı veya başka bir şekilde ulaştırılabilir kılmayı cezalandırmaktadır<sup>34</sup>. Verilerin değiştirilmesi (§ 303a) ve verilere

<sup>31</sup> KARAKURT EREN, s. 232.

<sup>32</sup> AKBULUT, s. 354. Dolaylı bilişim suçlarının tamamında 245/A maddesinin uygulama alanı bulabileceği yönünde bkz. DEMİRCİ, s. 212.

<sup>33</sup> KAYA/ÇAKIR, s. 40; ÜNAL, s. 604.

<sup>34</sup> KARGL, Walter: Vor §185 bis §206, KİNDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulf-rid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich/SALİGER, Frank, Nomos Kommentar

sabotaj suçlarının hazırlık hareketleri (§ 303b) bakımından da § 202c kıyasen uygulanır (ACK § 303a/3, 303b/5)<sup>35</sup>. ACK'da, amaç suçlar bakımından TCK'da olduğu gibi geniş bir çerçeve çizilmemiş daha sınırlı bir sorumluluk alanı öngörülmüştür. Bilişim suçuna hazırlık hareketi niteliğindeki eylemleri cezalandıran bir diğer hüküm ise § 263a/3 düzenlenmesidir. Söz konusu düzenleme ile amacı bilgisayar dolandırıcılığı fiilini işlemek olan bilgisayar programlarını imal etmek, kendisi veya başkası için temin etmek, satışa sunmak, bulundurmamak veya başkasına bırakmak cezalandırılmaktadır<sup>36</sup>.

Bir görüşe göre; bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçlar ifadesi çok geniş yorumlanmaya müsaittir. Öyle ki bilişim sistemlerinin hayatımızın her alanında yer aldığı düşünüldüğünde neredeyse her suç tipi bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Bu ise kanunilik ve belirlilik ilkesiyle çelişen bir durum yaratmaktadır. Bu nedenle bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen suç deyişinden; nitelikli halleri bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen suçları anlamak gerekir<sup>37</sup>. Açık kanuni düzenlemeye rağmen böyle bir sonuca ulaşmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Öte yandan bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen suçlar ifadesinin çok geniş olduğu ve bu durumun belirlilik ilkesi ile çeliştiği görüşüne katılıyoruz.

Suçun konusunu oluşturabilecek şeyler bakımından ayrıca belirtilmelidir ki bunların yasak olması gerekmez. Madde başlığında her ne kadar yasak ifadesi kullanılmışsa da bu suçun içeriğini yansıtmamaktadır. Nitekim bu husus haklı olarak eleştirilmektedir<sup>38</sup>.

---

Strafgesetzbuch, 6. Baskı, Baden-Baden 2023, StGB § 202c Vorbereiten des Ausspähens und Abfahgens von Daten, Rn. 1

<sup>35</sup> **WIECK-NOODT**, Brunhild: Vor § 303, §§ 303–305a, **HOHMANN**, Olaf (Editör) Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch, Cilt 6, 4. Baskı, München 2022, StGB § 303a Datenveränderung, Rn. 21, StGB § 303b Computersabotage, Rn. 29.

<sup>36</sup> **NESTLER**, s. 633 vd.

<sup>37</sup> Yazara göre bunlar; nitelikli hırsızlık (TCK m. 142), nitelikli dolandırıcılık (TCK m. 158), kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (TCK m. 228) suçlarıdır. Bkz. **KARAKURT EREN**, s. 231, dn. 45. Suç tiplerinin açıkça sayılmaması kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz. **KORKMAZ**, s. 52.

<sup>38</sup> **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ**, s. 1056; **KARAKURT EREN**, s. 228.

Suçun konusunu yukarıda saydığımız nitelikleri taşıyan cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodları oluşturur. Belirtmek gerekir ki kanuni düzenlemede bunlara ilişkin bir tanımlama yapılmış değildir. Bunları tek tek açıklayacak olursak; cihazdan anlaşılması gereken fiziksel bir varlığı bulunan donanım unsurlarıdır. Cihazın hedeflenen bilişim sistemine eklenebilir, bağlanabilir ve yeniden çıkarılabilir nitelikte olması gerekir<sup>39</sup>. Kart şifrelerini öğrenmek için ATM'lere takılan kameralar<sup>40</sup> ile ATM'ye yerleştirildiğinde kartın tüm bilgilerini tarayan ve kaydeden "skimmer"<sup>41</sup> ile kart bilgilerini kopyalamaya yarayan "encoder" isimli cihazlar örnek verilebilir<sup>42</sup>. Bir görüşe göre; bir bilişim sisteminin çalışmasına etki eden her araç cihaz olarak kabul edilmemelidir. Bu bağlamda; ATM'lerde kartı sıkıştırmak için kullanılan toka benzeri basit düzeneklerle, sahte kredi kartlarının üzerine basıldığı kart şeklindeki plastikler cihaz kavramına dahil edilmemelidir. Bu görüşe göre aksinin kabulü, suçun kapsamını kabul edilemez ölçüde genişleten bir yorum olacaktır<sup>43</sup>. Kanaatimizce de bu görüş yerindedir.

Bilgisayar programlarının cihaz gibi fiziksel bir varlığı bulunmaz. Bunlar cihaz gibi donanım unsuru değil yazılım unsurlarıdır<sup>44</sup>. TCK'da bilgisayar programı tanımlanmamış olmakla birlikte; 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki düzenleme yol gösterici olabilir. Tanımlar başlığını taşıyan mezkûr düzenlemeye göre bilgisayar programı; "*Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzenlenmiş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmalarını*" ifade etmektedir (FSEK 1/B-g). Tanımdan da anlaşılacağı üzere bilgisayar programı kullanıcılara bilgisayar aracılığıyla çeşitli işlemler yapma olanağı tanır. Programlar aracılığıyla

<sup>39</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1057 vd.

<sup>40</sup> AKBULUT, s. 351.

<sup>41</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1058.

<sup>42</sup> GÜL, s. 347.

<sup>43</sup> KARAKURT EREN, s. 227. Aynı yönde bkz. ÜNAL, s. 610. ATM'nin para haznesine düzenek yerleştirilerek paranın alınması halinde hırsızlık suçunun oluşacağı, bunun bilişim sistemleri aracılığıyla hırsızlık olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. GÜL, s. 348.

<sup>44</sup> KAYA/ÇAKIR, s. 43.



yapılan bu işlemlerin kötü birtakım amaçlar taşıması da mümkündür<sup>45</sup>. Bunlar kötücül yazılımlar olarak isimlendirilmektedir. En genel kötücül yazılımlar; virüsler, solucanlar (worm), Truva atları (Trojan horse), arka kapılar (backdoor), mesaj sağanakları (spam), kök kullanıcı takımları (rootkit), telefon çeviriciler (dialer), korunmasızlık sömürücüleri (exploit), klavye dinleme sistemleri (keylogger), tarayıcı soyma (browser hijacking) ve casus yazılımlar (spyware) olarak sıralanmaktadır<sup>46</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki bu sayılanlar dışında kötücül yazılımlar da bulunmaktadır. Zira bilişim teknolojisi geliştikçe bilişim sistemlerinin açıklarını yakalayan yeni kötücül yazılımlar da ortaya çıkmaktadır<sup>47</sup>. Yasak cihaz ve programlar suçunun oluşması bakımından bilişim suçları ile bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçları işlemek amacıyla oluşturulmuş bir bilgisayar programının varlığı gereklidir. Söz konusu suçları işleme amacıyla oluşturulmuş olsa da bilgisayar programı niteliğinde olmayan şeyler ise bu suça vücut vermez. Buna örnek olarak sazan avlama olarak da tabir edilen phishing gösterilmektedir<sup>48</sup>. Phishing, kullanıcıya ait çeşitli kişisel bilgilerin, banka gibi bir kurumdan gönderilen resmi bir mesaj gibi gözükken e-postalarla kişilerden elde edilmesidir<sup>49</sup>.

Şifre; gizli kalması istenen bilgi, belge veya sistemlere girmek için kullanılan anahtarlardır. Bunlar harf, sayı yahut sembollerden oluşabilir<sup>50</sup>. AKSS'nin 6. maddesinde yer alan "bir bilgisayar sisteminin tamamına veya herhangi bir kısmına erişimi mümkün kılan" ifadesi de dikkate alındığında şifrenin suçun işlendiği anda güncel olması gerekir. Bir erişimi mümkün kılmayacak eski bir şifre bu anlamda yasak cihaz ve programlar suçunun konusunu oluşturmaz. Bu halde şifre suçu işlemeye elverişli bir araç da değildir<sup>51</sup>. Aynı değerlendirme, cihazlar, bilgisayar programı ve güvenlik kodları bakımından da geçerlidir. Bilgisayar

<sup>45</sup> ÜNAL, s. 611.

<sup>46</sup> CANBEK, Gürol/SAĞIROĞLU, Şeref: "Kötücül ve Casus Yazılımlar: Kapsamlı Bir Araştırma", Gazi Üniversitesi Mühendislik ve Mimarlık Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 1, 2007, s. 122.

<sup>47</sup> CANBEK/SAĞIROĞLU, s. 127 vd.

<sup>48</sup> ÜNAL, s. 613 vd.

<sup>49</sup> CANBEK/SAĞIROĞLU, s. 130.

<sup>50</sup> DÜLGER, s. 505.

<sup>51</sup> ÜNAL, s. 614 vd.

programı, şifre yahut güvenlik kodunun maddede belirtilen suçların işlenmesi amacıyla bir bilgisayarın ya da bilişim sisteminin tamamına ya da bir kısmına erişimi mümkün kılması gerekir<sup>52</sup>. Cihazın ise çalışır durumda olması lazımdır<sup>53</sup>. Söz konusu hususun belirlenmesinde bilirkişi görüşünden yararlanılmalıdır<sup>54</sup>. Şifreleri kırmak üzere tasarlanmış olan şifre kırıcı yazılımlar ise bilgisayar programları kapsamında değerlendirilmelidir<sup>55</sup>.

Madde düzenlemesinde geçen sair güvenlik kodu ifadesinden şifre gibi bir sisteme girmeyi sağlayan güvenlik kodları anlaşılmalıdır<sup>56</sup>. Kredi kartlarının arka yüzünde bulunan üç ya da dört haneli CVV numaraları buna örnek gösterilebilir<sup>57</sup>. Bir görüşe göre; şifre ve sair güvenlik kodlarının ne anlama geldiği madde metninden anlaşılammaktadır. Kanun koyucunun ne tür şifre ve kodları suçun konusu olarak kabul ettiğini açıkça belirtmesi yerinde olurdu<sup>58</sup>. Bir başka görüşe göre ise şifre dışında pek çok farklı nitelikte güvenlik kodu olabileceğinden bunların hepsini kapsamak üzere sair güvenlik kodu ifadesinin kullanılması yerindedir<sup>59</sup>. Kanaatimizce de bir bilişim sistemine girmeye imkân veren şifre dışındaki retina taraması, parmak izi, ses tanıma gibi çok çeşitli güvenlik kodları olabileceğinden kanun koyucunun bu tercihi isabetlidir.

<sup>52</sup> **KAYA/ÇAKIR**, s. 44. Öte yandan, şifre ve sair güvenlik kodlarını nitelemek üzere 245/A düzenlemesine, Siber Suç Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de yer verilmiş olan *"bir bilişim sisteminin tamamına ya da bir kısmına erişimi mümkün kılan"* ifadesinin eklenmesinin kanunilik ilkesine daha uygun olacağı belirtilmektedir. Bkz. **KARAKURT EREN**, s. 229, 230. Kanaatimizce madde metnine böyle bir ifade eklenmesine gerek bulunmamaktadır. Zira bu nitelikleri taşımayan şifre ve sair güvenlik kodlarının söz konusu olması halinde ortada işlenemez bir suç vardır.

<sup>53</sup> **KORKMAZ**, s. 51.

<sup>54</sup> **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 1054.

<sup>55</sup> **ÜNAL**, s. 612.

<sup>56</sup> **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 1054; **KAYA/ÇAKIR**, s. 44.

<sup>57</sup> **AKBULUT**, s. 353.

<sup>58</sup> **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ**, s. 1059. Sair güvenlik kodu ifadesinin belirlilik ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz. **BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU**, s. 316.

<sup>59</sup> **KARAKURT EREN**, s. 230; **ÜNAL**, s. 615; **AKBULUT**, s. 353.

Yasak cihaz ve programlar suçu bir soyut tehlike suçudur<sup>60</sup>. Bu suçun meydana gelmesi için herhangi bir zarar doğmuş olması aranmadığı gibi somut bir zarar tehlikesi de gerekli görülmemiştir. Kanuni tanıtımda yer verilen hareketin yapılması yasak cihaz ve programlar suçunun oluşması bakımından yeterlidir.

#### d. Fiil

Suç seçimlik hareketli bir suçtur. Kanuni düzenlemede sayılmış olan fiillerden herhangi birinin işlenmesiyle suç tamamlanır<sup>61</sup>. Yasak cihaz ve program suçunu oluşturan seçimlik hareketler suç konusu cihaz, program, şifre ya da güvenlik kodunun imal edilmesi, ithal edilmesi, sevk edilmesi, nakledilmesi, depolanması, kabul edilmesi, satılması, satışa arz edilmesi, satın alınması, başkalarına verilmesi veya bulundurulmasıdır. Madde metninde yer verilen seçimlik hareketler dışındaki başka bir hareketle bu suçun işlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle suç aynı zamanda bağlı hareketli bir suçtur<sup>62</sup>.

Doktrinde bir görüş; suç tipinde yayma hareketine yer verilmemiş olmasını suçla mücadele bakımından bir eksiklik olarak değerlendirmektedir<sup>63</sup>. Aksi görüşe göre ise seçimlik hareketler arasında sayılan nakletme ve sevk etme fiilleri yayma fiilini kapsayıcı nitelikte olduğundan bu husus bir eksiklik teşkil etmez<sup>64</sup>. Biz de bu görüşe iştirak ediyoruz.

Seçimlik hareketli suçlarda, hareketlerden yalnızca birinin yapılması suçun oluşması için yeterlidir. Birden fazla seçimlik hareketin ardına yapılması halinde ise tek suçun varlığı kabul edilmelidir. Buna örnek olarak failin imal ettiği cihazları başka bir yere naklederek depolaması gösterilebilir<sup>65</sup>. Burada suçun teklığının tespitinde suçun konusunun

<sup>60</sup> KARAKURT EREN, s. 236; ÜNAL, s. 608 vd.; AKBULUT, s. 355; DÜLGER, s. 206.

<sup>61</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1060; ÜNAL, s. 615; KARAKURT EREN, s. 232 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1054; AKBULUT, s. 355; GÜL, s. 348; DÜLGER, s. 505; KORKMAZ, s. 51.

<sup>62</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1060; KAYA/ÇAKIR, s. 44; AKBULUT, s. 355; KORKMAZ, s. 51.

<sup>63</sup> AKBULUT, s. 357; KORKMAZ, s. 52.

<sup>64</sup> ÜNAL, s. 617; DÜLGER, s. 505.

<sup>65</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1054; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1060; KARAKURT EREN, s. 233; ÜNAL, s. 615 vd.

nesnel olarak aynı olması esas alınmalıdır<sup>66</sup>. Suçun konusunun farklı olması halinde birden fazla seçimlik hareketin yapılması durumunda fail birden fazla yasak cihaz veya programlar suçunu işlemiş olacaktır. Buna örnek olarak failin bir yandan bilişim sistemine girmeyi sağlayan bir program yazarken, diğer yandan kredi kartı bilgilerini kopyalamaya yarayan bir cihaz satın alması gösterilmektedir<sup>67</sup>. Kanaatimizce de bu halde birden fazla yasak cihaz veya programlar suçu oluşmuştur.

Suç tipinde yer verilen bazı seçimlik hareketlerin mütemadi bir biçimde oluşması mümkündür. Bu halde suçun ne zaman işlendiğinin tespiti ve zamanaşımının hesaplanmasında temadi dikkate alınmalıdır<sup>68</sup>. Depolama ve bulundurma hareketleri bu niteliktedir<sup>69</sup>. Suça konu şeylerin internet üzerinden verilen bir ilanla satışa arz edilmiş olması da kanaatimizce bu kapsamdadır.

İmal etme cihaz, program, şifre veya güvenlik kodunun üretilmesidir. Cihazın üretilmesi çeşitli parçaların bir araya getirilmesiyle suç tipindeki amaç suçların işlenmesi fonksiyonunu yerine getirecek fiziksel varlığı bulunan bir şeyin ortaya çıkarılmasıdır. Bu üretim sırasında kullanılan parçaların hepsinin fail tarafından üretilmesine gerek olmayıp, parçaların birtakım işlemlerle bir araya getirilerek bir bütün haline getirilmesi yeterlidir<sup>70</sup>.

Program, şifre ve sair güvenlik kodlarının ise cihaz gibi fiziksel bir varlığı bulunmamaktadır. Programın imal edilmesi halinde program yeni bir yazılım da olabilir, mevcut yazılımın bir türevi de olabilir. Önemli olan bu türev yazılımın kaynak yazılımdan ayırt edilebilir özellikleri bulunmasıdır<sup>71</sup>. Doktrinde imal edilmiş bir programın zamanla elverişliliğini yitirmiş olması halinde üst sürüme güncellenerek yeniden suçu işlemeye elverişli hale getirilmesi de imal kapsamında değerlendirilmektedir. Görüş sahibine göre; programın belirli aralıklarla sürekli güncellenmesi halinde imal etme fiilinin temadi ettiğinden bahsedilebilirse de

<sup>66</sup> ÖZGENÇ, s. 186; AKBULUT, s. 355; KORKMAZ, s. 51.

<sup>67</sup> ÜNAL, s. 616.

<sup>68</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1054; KAYA/ÇAKIR, s. 45.

<sup>69</sup> KARAKURT EREN, s. 235; AKBULUT, s. 355; DÜLGER, s. 506.

<sup>70</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1060.

<sup>71</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1060.

önceden öngörülmüş olan dönemlerde bir güncelleme durumu yoksa ve uzun bir süreden sonra program güncellenerek tekrar suç işlemeye elverişli hale getirildiyse yeni bir fiil işlenmiş sayılmalıdır<sup>72</sup>. Bizce de bu değerlendirme yerindedir.

İthal etmek, suçun konusu olan şeylerin yurt dışından ülkeye getirilmesidir. Belirtmek gerekir ki, ithal parçaların birleştirilerek bir cihaz imal edilmesi bu seçimlik hareket kapsamında değerlendirilemez. Doğrudan cihazın ithal edilmesi gerekir<sup>73</sup>. Fiziksel varlığı bulunmayan program, şifre veya sair güvenlik kodlarının ithal edilmesinden ne anlaşılması gerektiği ayrıca ele alınmalıdır. Bunların bir USB bellek ya da hafıza kartı içerisinde taşınarak ülkeye sokulması halinde ithal edildiği kabul edilmiştir<sup>74</sup>. Program, şifre veya güvenlik kodlarının internetten elde edilmiş olması halinde ise bir görüşe göre bunların yurt dışındaki bir kullanıcı veya içerik sağlayıcısından edinilmiş olması halinde ithal edildiği kabul edilmelidir. Burada ithal etme fiili bakımından ölçüt olarak içerik sağlayıcının yerinin dikkate alınması gerektiği öne sürülmektedir<sup>75</sup>. Bir başka görüş ise içerik sağlayıcının yeri bakımından bir değerlendirme yapmaksızın bunların internet üzerinden elde edilmesinin ithalat kapsamında değerlendirmektedir<sup>76</sup>. Bir başka görüşe göre ise yurt dışındaki bir dijital ortamdan program, şifre veya sair güvenlik kodunun tedarik edilmesi kabul etme veya satın alma seçimlik hareketleri kapsamında da değerlendirilebilir<sup>77</sup>.

Sevk etmek fiilinden anlaşılması gereken; suç konusu cihaz, program, şifre ve sair güvenlik kodunun araçlar vasıtasıyla alıcılara ulaştırılmasıdır. Nakletmek ise bunların bizzat fail tarafından alıcıya yönlendirilmesi veya teslim edilmesidir<sup>78</sup>. Sevkiyatın ya da nakliyatın yurt içinden ya da dışından olması söz konusu seçimlik hareketler bakımından bir fark yaratmaz. Seçimlik hareketler arasında ihraç etmeye yer verilmemişse de

<sup>72</sup> ÜNAL, s. 617.

<sup>73</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1060.

<sup>74</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1060; AKBULUT, s. 355 vd.

<sup>75</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1061.

<sup>76</sup> KORKMAZ, s. 52; AKBULUT, s. 355 vd.

<sup>77</sup> ÜNAL, s. 618.

<sup>78</sup> AKBULUT, s. 356.

bir görüşe göre; yurt dışına yapılan sevk etme ve nakletme fiilleri ihracı da kapsayacak niteliktedir<sup>79</sup>. Sevk etmek veya nakletmenin mutlaka dış dünyada fiziksel olarak gerçekleştirilmesinin gerekmediği bilişim ortamında yapılan bu nitelikteki hareketlerin de suçu oluşturacağı belirtilmektedir<sup>80</sup>. Benzer görüşe göre, soyut şeylerin ağ aracılığıyla gönderilmesi nakletme olarak değerlendirilmelidir<sup>81</sup>. Bu görüşten hareketle bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodunun bilişim ağı ile iletilmesi de sevk etme veya nakletme kapsamında olacaktır. Kanaatimizce bu tür hareketlerin başkalarına verme veya kabul etme kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür.

Depolama, bir şeyin istendiğinde ulaşılabilecek bir yerde toplu bir biçimde bulundurulması olarak tanımlanabilir. Suç konusu cihazların fiziksel varlığı bulunduğu için depolandıklarını tespit etmekte bir sorun yoktur. Ancak programlar, şifreler ve sair güvenlik kodları bakımından bunu söylemek mümkün değildir. Nitekim bunlar dijital ortamda bulunmaktadır. Fiilen tespiti bakımından dijital ortamda bir şeyin kaydedilmesi ile depolanması arasındaki farkın tespit edilmesi gerekir. Bir görüşe göre; her kaydetmeyi depolama olarak kabul etmek mümkün değildir. Depolamayı suçun işlenmesi amacına yönelmiş bir kaydetme olarak anlamak gerekir. Bu tespit yapılabilmesi için kaydın niteliği, amacı ve boyutu göz önünde bulundurulmalıdır<sup>82</sup>. Bu bağlamda yapılan bir değerlendirmeye göre; bulut bilişim alanına yapılan kayıtlar bir yükleme olup bu durumda bir depolama ya da bulundurmadan değil sevk veya nakletmeden söz edilebilir<sup>83</sup>. Kanaatimizce bulut sistemine yapılan bu yüklemeler bulundurma olarak değerlendirilebilir. Zira aşağıda da bahsedileceği üzere bulundurma bakımından önemli olan kişinin istediğinde bu şeylere erişebiliyor olmasıdır.

<sup>79</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1061; AKBULUT, s. 356.

<sup>80</sup> ÜNAL, s. 618.

<sup>81</sup> AKBULUT, s. 356; BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 319.

<sup>82</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1061.

<sup>83</sup> ÜNAL, s. 619.

Bulundurma; cihaz, program, şifre veya güvenlik kodunun kişinin hakimiyet alanı içerisinde olmasıdır. Söz konusu şeylerin mutlaka kişinin yanında yahut hemen erişebileceği bir yerde olması gerekmez. Bu bağlamda kişinin istediğinde suç konusu şeylere ulaşabiliyor olması yeterlidir<sup>84</sup>. Siber Suç Sözleşmesi ile devletlere bulundurmak fiili bakımından suç konusu şeylerin belirli bir sayıda olması şartı getirme imkânı tanınmışsa da 245/A' da böyle bir belirleme yapılmış değildir<sup>85</sup>. Bu bakımdan tek bir cihaz bulundurmak suçun oluşması için yeterlidir. Doktrinde bu hususun bulundurma ve depolama hareketleri açısından özellikle failin amacının belirlenmesinde yaşanacak güçlük ve şüpheden sanık yararlanır ilkesinin sağlıklı uygulanmaması neticesinde kusurluluk prensibi ile çelişen kararlar verilmesine neden olabileceği; bu nedenle de bu iki fiil açısından bir sayı sınırlaması getirmenin yerinde bir çözüm olacağı yönünde bir görüş de bulunmaktadır<sup>86</sup>. Kanaatimizce bulundurma ve depolama hareketleri bakımından failin belirli bir amaçla hareket etmesi suçun unsurlarından değildir. Bulundurulan ya da depolanan şeyin belli suçların işlenmesi amacıyla yapılmış ya da oluşturulmuş olduğunu bilerek hareket etmesi yeterlidir. Failin cezai sorumluluğunun doğması için bunu bilerek hareket edip etmediğinin bir kuşkuya yer vermeyecek biçimde tespit edilmiş olması gerekir.

Kabul etme, suç konusu cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodunun bir bedel ödenmeksizin alınması şeklinde anlaşılmalıdır. Daha sonra iade edilmek üzere suç konusu cihazın kabul edilmesi halinde de suç oluşur<sup>87</sup>. Bir diğer seçimlik hareket olan başkasına verme ise bir ücret alınmaksızın suç konusu şeyin başkasına verilmesidir. Bu hareket bir cihazın bedel alınmaksızın teslim edilmesi şeklinde olabileceği gibi program, şifre veya sair güvenlik kodunun dijital ortamda iletilmesi şeklinde de gerçekleştirilebilir.

Suç konusu şeylerin ücret karşılığında devredilmesi ve alınması halinde suçu oluşturan diğer seçimlik hareketlerden satma ve satın alma söz

<sup>84</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 1062.

<sup>85</sup> KAYA/ÇAKIR, s. 46; ÜNAL, s. 619; AKBULUT, s. 346.

<sup>86</sup> KARAKURT EREN, s. 226.

<sup>87</sup> KARAKURT EREN, s. 233; ÜNAL, s. 620.

konusu olur<sup>88</sup>. Bir görüşe göre; bir bilgisayar programının satın alınması örneğinde alan kişinin programa erişmesi için bir güvenlik koduna sahip olması gerekiyor ise ve bu kodu almamışsa bu halde satın alma değil bulundurma seçimlik hareketi nedeniyle cezai sorumluluğu doğar<sup>89</sup>.

Satışa arz etme ise satmaktan farklı bir fiil olup suç konusu şeyin satılmasına yönelik bir iradenin ortaya konmasını ifade eder. Bir reklam veya ilan yayınlanması buna örnek verilebilir<sup>90</sup>. Bu fiilin gerçekleşmesi için belirli bir alıcı bulunması gerekmez. Bir görüşe göre; suçun tanımında satmanın yanı sıra satışa arz etmeye de seçimlik bir hareket olarak yer verilmiş olması ceza hukukunun ikincilik ilkesi ise bağdaşmamaktadır. Zira satışa arz etmek esasen satmak fiili bakımından teşebbüs niteliğinde olmasına rağmen; her iki fiil de aynı ceza ile cezalandırılmaktadır. Bu hususun AKSSS ile getirilmiş olan suç olarak öngörme yükümlülüğünün kapsamını aştığı da belirtilmektedir<sup>91</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre; seçimlik hareketler arasında sayılan sevk etme, nakletme, depolama ve bulundurma fiilleri aynı ya da yakın anlama geldiğinden suç tipinden hepsine bir arada yer verilmemesi gerekirdi<sup>92</sup>. Kanaatimizce söz konusu fiillerin yakın anlama gelmekte ise de aralarında yukarıda yer verdiğimiz farklılıklar bulunduğundan madde metninde ayrı ayrı zikredilmiş olmaları uygun olmuştur<sup>93</sup>.

## 2. Tipikliğin Manevi Unsuru

Yasak cihaz ve programlar suçu yalnızca kasten işlenebilir. Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir<sup>94</sup>. Failin kastının olduğundan bahsedilebilmesi için tipikliğin tüm maddi unsurları failin bilgisi dahilinde olmalıdır. Bu bağlamda fail, seçimlik hareketlere konu olan şeyin maddede sayılan suçları işlemek amacıyla imal edilmiş veya oluşturulmuş cihaz,

<sup>88</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1061, 1062.

<sup>89</sup> ÜNAL, s. 619 vd. Program veya güvenlik kodu satılırken programın veya güvenlik kodunun bilgisinin de verilmesi gerektiği yönünde bkz. AKBULUT, s. 356.

<sup>90</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1062.

<sup>91</sup> KARAKURT EREN, s. 234.

<sup>92</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1054.

<sup>93</sup> Benzer görüş için bkz. KARAKURT EREN, s. 233 vd.

<sup>94</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1063; KAYA/ÇAKIR, s. 47; KARAKURT EREN, s. 236; ÜNAL, s. 620; AKBULUT, s. 358.



bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodu olduğunun bilincinde olmalıdır<sup>95</sup>.

Bir görüşe göre; fail, bilişim suçlarını ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçları işlemek amacıyla hareket ediyor olmalıdır<sup>96</sup>. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Amaç, tipikliğin özel sübjektif unsurlarındandır. Suç tipinde buna yönelik bir belirleme yapılmış olması halinde failin kastının yanında belirlenen maksatla da hareket ediyor olması gerekir. Aksi durumda failin hareketi suç oluşturmaz. Madde metninde yer verilen “*Bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda*” ifadesi bizce amaç unsuruna ilişkin ve tüm seçimlik hareketleri kapsayan bir belirleme yapmamıştır. Zira burada kast edilen suça konu şeylerin belirli amaçlarla yapılması veya oluşturulmasıdır. Bu nedenle yapma veya oluşturma niteliğinde olmayan seçimlik hareketler bakımından failin belirli bir amaçla hareket etmesi suçun bir unsuru olarak değerlendirilemez. Örneğin; bu nitelikteki bir cihazı satan failin cezai sorumluluğunun doğabilmesi için mutlaka bilişim suçu işlemek amacıyla hareket ediyor olması aranmalıdır. Satma fiili bakımından önemli olan failin sattığı cihazın maddede yer verilmiş suçların işlenmesi amacıyla yapılmış veya oluşturulmuş olduğunu bilmesidir. Aynı değerlendirme; ithal etme, sevk etme, nakletme, depolama, kabul etme, satma, satışa arz etme, satın alma, başkalarına verme ve bulundurma hareketleri bakımından da geçerlidir. Sayılan seçimlik hareketler bakımından failin suç konusu şeylerin yapılma veya oluşturulma amacını bilmesi suçun oluşması için gerekli ve yeterlidir.

İmal etme hareketi bakımından ise farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. İmal etme, yapma ve oluşturma fiillerini kapsar niteliktedir. Bu nedenle failin, imal etme fiili nedeniyle 245/A kapsamında sorumluluğunun doğabilmesi için bilişim suçları ile bilişim sistemlerinin araç olarak

<sup>95</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1055; AKBULUT, s. 358; GÜL, s. 349; KORMAZ, s. 52 vd.

<sup>96</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1055; KAYA/ÇAKIR, s. 47; KARAKURT EREN, s. 236; ÜNAL, s. 621; DÜLGER, s. 506; BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 319 vd.

kullanılması suretiyle işlenen diğer suçların işlenmesi amacıyla hareket ediyor olması aranmalıdır. Bu bağlamda cihaz, bilgisayar programı veya şifreleri suç tipinde belirtilen amaçla değil de bilişim sistemlerinin güvenilirliğini test etmek amacıyla imal etmiş olan bir kimsenin cezai sorumluluğu bulunmaz. İmal etme bakımından failin belli bir amaçla hareket etmesi arandığından bu seçimlik hareket yalnızca doğrudan kastla işlenebilir. Diğer seçimlik hareketler bakımından ise suçun olası kastla işlenmesi kanaatimizce mümkündür.

Doktrinde suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği seçimlik hareketler arasında bir ayırım yapılmaksızın değerlendirilmekte; faili kastının yanında belli bir amaçla hareket etmesi gerektiği görüşünde olanlarca suçun olası kastla işlenemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>97</sup>. Suçun oluşması için failin kastını yeterli bulan görüşe göre ise bu suç olası kastla da işlenebilir<sup>98</sup>.

AKSSS'nin 6. madde düzenlemesinde failin aynı Sözleşmenin 2. ve 5. maddelerindeki suçları işlemek maksadıyla hareket etmesi aranmaktadır. Kastın yanında amaç veya saikin suçun bir unsuru olarak öngörülmesinin soyut tehlike suçlarını sınırlandırmada önemli bir fonksiyon icra ettiği belirtilmektedir<sup>99</sup>. Ayrıca amaç unsurunun ele alınan suç tipi bakımından sızma testlerinin yapılması gibi durumlarda cezai sorumluluğun tespitinde belirleyici olacağı; aksi durumda sızma testi programlarını ellerinde bulunduran kimselerin bunları hukuka uygun amaçlarla bulundurduklarını ispat noktasında güçlük yaşayabilecekleri savunulmaktadır<sup>100</sup>. Aynı yönde bir başka görüşe göre ise yukarıda suçun konusunu nitelediğini vurguladığımız ifadeler düzenlemeden çıkarılarak yerine, "...TCK'nın bilişim alanında işlenen suçlar bölümünde düzenlenen suçların işlenmesi için hazırlık yapılması amacıyla" ifadesi getirilmelidir<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> KARAKURT EREN, s. 237; ÜNAL, s. 623; DÜLGER, s. 507.

<sup>98</sup> AKBULUT, s. 358; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 1063.

<sup>99</sup> ÜNAL, s. 622.

<sup>100</sup> ERDEM, Merve / ÖZOCAK, Gürkan: "Siber Güvenliğin Sağlanmasında Uluslararası Hukukun ve Türk Hukukunun Rolü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69, S. (1), 2019, s. 188 vd.

<sup>101</sup> KARAKURT EREN, s. 237.

Kanaatimizce amaç suçların neler olduğunun kanuni düzenleme ile belirlenmesi yerinde olacaktır.

Son olarak yasak cihaz ve programlar suçu bakımından kastı kaldıran hata hallerinin gündeme gelebileceği belirtilmelidir<sup>102</sup>. Bir kişi bilişim suçu işlemek amacıyla oluşturulmuş bir programı yanlışlıkla bilgisayara indirirse bu halde kastı bulunmadığından suç oluşmayacaktır. Fiilin taksirli hali de suç olarak düzenlenmediğinden cezai sorumluluğu olmayacaktır.

### B. Hukuka Aykırılık

Yasak cihaz ve programlar suçu bakımından meşru savunma hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkün değildir<sup>103</sup>. Zira suça vücut veren seçimlik hareketlerden hiçbirisi haksız bir saldırıyı bertaraf etmeye yönelik bir savunma olarak nitelendirilemez<sup>104</sup>.

Suç tipinde sayılan türde cihaz, program veya şifrelerin bir suçun ortaya çıkarılması amacıyla kanunun verdiği yetkiyle kullanılması fiili hukuka uygun hale getirir<sup>105</sup>. Bu bağlamda suç tipi bakımından kanun hükmünü yerine getirme (TCK m. 24/1) bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkabilir. Bir soruşturma kapsamında bilgisayarlarda bilgisayar pragmalarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma (CMK m. 134/2) tedbirine başvurulması halinde, şifrelerle gizlenmiş birtakım bilgilere kolluk kuvvetlerinin suç tipinde tanımlanan türde programlar aracılığıyla ulaşması suç teşkil etmez<sup>106</sup>. Bir başka görüşe göre bu halde suçun oluşmamasının nedeni bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması değil, tipikliğin manevi unsurunun gerçekleşmemesidir. Fail, bilişim suçlarını ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçları işlemek amacıyla hareket etmediğinden suç

<sup>102</sup> ÜNAL, s. 623; AKBULUT, s. 358.

<sup>103</sup> AKBULUT, s. 358; KARAKURT EREN, s. 238.

<sup>104</sup> KARAKURT EREN, s. 238.

<sup>105</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1056; KAYA/ÇAKIR, s. 47.

<sup>106</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1062; AKBULUT, s. 359; DÜLGER, s. 507; BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 320; KORKMAZ, s. 53.

oluşmamıştır<sup>107</sup>. Kanaatimizce yasak cihaz ve programlar suçunun oluşması için failin kasten hareket etmesi yeterlidir. Bu nedenle bu görüşü isabetli bulmuyoruz.

İlgilinin rızasının inceleme konusu suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olup olamayacağı da tartışmalıdır. Bilişim sistemleri üreticileri sistemlerinde bir güvenlik açığı olup olmadığını test ettirmektedir. Bir görüşe göre; söz konusu testleri yapan kişi veya kuruluşların fiilleri ilgilinin rızasının bulunması nedeniyle yasak cihaz ve programlar suçunu oluşturmaz<sup>108</sup>. Bir başka görüşe göre ise suçun mağduru toplum olduğundan ilgilinin rızası bu suç tipi bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olamaz. Zira ilgilinin rızası ancak kişilerin mutlak surette üzerinde tasarruf edebileceği haklar bakımından söz konusu olabilir<sup>109</sup>. Kanaatimizce de yasak cihaz ve programlar suçu bakımından ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olamaz<sup>110</sup>. Sızma testlerinin bu suçu oluşturmamasının nedeni ilgilinin rızası değildir. Bu halde ortada madde metninde sayılan suçları işlemek amacıyla oluşturulmuş bir bilgisayar programı bulunmadığından suç oluşmamaktadır. Bir görüşe göre sızma testleri bakımından tereddüt yaratan bu durumun önüne geçilmesi bakımından madde metninde düzenleme yapılmalıdır<sup>111</sup>.

Son olarak hakkın kullanılması da bu suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olamaz. Zira hakkın kullanılmasından bahsedilebilmesi için kişiye hukuk düzenince tanınmış olan subjektif bir hakkın varlığı gereklidir. Yasak cihaz ve programlar suçunu oluşturan hareketlerin bu

<sup>107</sup> KARAKURT EREN, s. 238; ÜNAL, s. 626.

<sup>108</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1062; KAYA/ÇAKIR, s. 48; KORKMAZ, s. 53.

<sup>109</sup> KARAKURT EREN, s. 238. Korunan hukuki değer in devlete, topluma, kamuya ait olduğu durumlarda bireyin bu değerler üzerinde mutlak surette tasarruf yetkisi bulunmaz. Bkz. ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/MERAKLI, Serkan/BACAKSIZ, Pınar/BAŞBÜYÜK, İsa, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2023, s. 342.

<sup>110</sup> Aynı yönde bkz. ÜNAL, s. 626; BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 321.

<sup>111</sup> BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 321.

kapsamda değerlendirilmesi bizce mümkün değildir<sup>112</sup>. Bir başka görüşe göre ise bu suç bakımından hakkın kullanılması bir hukuka uygunluk nedeni olabilir. Seçimlik hareketler eğer bir resmi makamın verdiği izin ile gerçekleştirilmişse bu halde hakkın kullanılması fiili hukuka uygun hale getirir<sup>113</sup>.

#### IV. KUSURLULUK

TCK'da düzenlenen kusurluluğu etkileyen sebeplerin bir kısmının varlığı halinde fail hiç sorumlu tutulmazken, bir kısmının varlığı halinde ise sorumluluğu azaltılmaktadır. Bunlardan yaş küçüklüğü (TCK m.31), akıl hastalığı (TCK m.32), sağır ve dilsizlik (TCK m. 33) ile geçici nedenler ve alkol ve uyuşturucu etkisinde olma (TCK m. 34) hallerinde her somut olayda fail bakımından değerlendirme yapılarak genel esaslar uygulanacaktır<sup>114</sup>.

Amirin emri (TCK m. 24/2 – 4) kanaatimizce bu suç bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olamaz. Zira konusu suç teşkil eden bir emri yerine getiren kimse de emri verenle birlikte sorumlu olur<sup>115</sup>.

Suçu oluşturan seçimlik hareketler ağır ve muhakkak bir tehlikeden korunmaya imkân verecek mahiyette olmadığından zorunluluk halinin (TCK m. 25/2) de bu suç tipi bakımından uygulama alanı bulması mümkün görünmemektedir<sup>116</sup>.

Yasak cihaz ve programlar suçu bakımından meşru savunma mümkün olmadığından meşru savunmada sınırın heyecan, telaş ve korku ile aşılması (TCK m.27/2) halinin gündeme gelmesi de olası değildir.

<sup>112</sup> Benzer yönde bkz. **KARAKURT EREN**, s. 238.

<sup>113</sup> **AKBULUT**, s. 359.

<sup>114</sup> **KARAKURT EREN**, s. 239.

<sup>115</sup> Doktrinde yapılan bir değerlendirme suçun manevi unsurundan hareket etmektedir. Bu görüşe göre; emri alan bilişim alanında işlenen suçlar ile bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçları işlemek amacıyla hareket etmiyorsa; bu kimsenin fiili manevi unsurun bulunmaması nedeniyle suç oluşturmayacaktır. Emri alanın sayılan amaçlarla hareket ediyor olması durumunda ise konusu suç teşkil eden bir emir söz konusu olacağından failin sorumluluktan kurtulma şansı yoktur. **KARAKURT EREN**, s. 239 vd.

<sup>116</sup> **KARAKURT EREN**, s. 239.

Suçunu oluşturan hareketleri cebir şiddet veya tehdit altında yapan faile ise ceza verilmez. Bu halde cebir, şiddeti korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılacaktır (TCK m. 28).

Yasak cihaz ve programlar suçu bakımından haksız tahrik (TCK m. 29) düzenlemesi kanaatimizce uygulama alanı bulamaz. Zira haksız tahrikten söz edilebilmesi için hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlenmiş bir suç olmalıdır. İnceleme konusu suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olduğundan haksız tahrik hükmü uygulanamaz.

Son olarak kusurluluğu kaldıran bir hal olarak yasak hatasına ilişkin doktrinde yapılan bir değerlendirmeye göre; suçun oluşması bakımından failin belli bir amaçla hareket etmesi arandığından, böyle bir amaçla hareket eden failin haksızlık bilincinden yoksun olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>117</sup>. Kanaatimizce yasak cihaz ve programlar suçu imal etme hareketi dışında genel kastla işlenebilir. Bu durumda imal etme dışındaki seçimlik hareketlerle bu suçun işlenmesi halinde yasak hatasının gündeme gelebileceğini düşünüyoruz.

## V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

### A. Teşebbüs

Yasak cihaz ve programlar suçu sırf hareket suçu niteliğindedir<sup>118</sup>. Sırf hareket suçlarında, suçun oluşması için yalnızca kanuni tipte yer verilmiş hareketin yapılması yeterli olup, bu harekete bağlı olarak dış dünyada bir değişiklik meydana gelmesi aranmamaktadır<sup>119</sup>. Sırf hareket suçlarında teşebbüsün ancak suç oluşturan hareketin kısımlara bölünebildiği durumlarda mümkün olabileceği kabul edilmektedir. Bu bilgiler ışığında yasak cihaz ve programlar suçunu oluşturan seçimlik hareketlerden bölünebilir nitelikte olanlar bakımından suça teşebbüs söz konusu olabilir<sup>120</sup>. Bilişim sistemlerine sızmak üzere tasarlanmış bir cihazın üretimine başlanıp da polis baskını nedeniyle üretimin tamamlanamaması halinde

<sup>117</sup> KARAKURT EREN, s. 239.

<sup>118</sup> AKBULUT, s. 355; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1056; DÜLGER, s. 506.

<sup>119</sup> KARAKEHYA, s. 57.

<sup>120</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1056; KAYA/ÇAKIR, s. 49; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1063; AKBULUT, 360; DÜLGER, 507; KORKMAZ, s. 53.

suç teşebbüs aşamasında kalmış olur<sup>121</sup>. Belirtmek gerekir ki hazırlık hareketi niteliğindeki eylemleri cezalandırması nedeniyle yasak cihaz ve programlar suçuna teşebbüsü mümkün görmeyen bir görüş de bulunmaktadır<sup>122</sup>.

Bir başka görüşe göre, satma ve satışa arz etme seçimlik hareketleri bakımından suçun teşebbüse elverişli olduğu söylenemez. Zira satışa arz etme satmak fiili bakımından teşebbüs niteliğinde bir hareket olup; kanun koyucu suçun tanımında yaptığı tercihle bu hareketin tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasını hükme bağlamıştır. Satışa arz etme fiili bu bağlamda bir teşebbüs suçu olduğundan teşebbüse elverişli değildir. Satma hareketi bakımından teşebbüs niteliğinde olan fiiller ise satışa arz etme kapsamında cezalandırılacağından bu seçimlik hareket bakımından da teşebbüsün mümkün olmadığı savunulmaktadır<sup>123</sup>. Kanaatimizce de bu görüş yerindedir.

Yasak cihaz ve programlar suçuna teşebbüs yukarıda açıklanan çerçevede mümkün olabileceğinden bu suç bakımından gönüllü vazgeçme hükümleri de uygulanabilir<sup>124</sup>.

Suç tipinde yer alan bazı seçimlik hareketler mütemadi bir biçimde işlenebilmektedir. Bu hallerde temadinin başladığı an suç işlenmiş sayılır. ATM'ye takıldığına kullanılan kredi kartlarının bilgilerini çalmaya yarayan cihazların depolanmasında durum böyledir. Cihazların depolanmasıyla suç işlenmiş olur. Cihazlar depolanan yerde kaldığı müddetçe suç işlenmeye devam eder<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1056. Üretim aşamasındaki cihazın niteliğinin ve amacının tespiti mümkün olmayacağından bu halde failin sorumlu tutulamayacağı yönünde bkz. GÜL, s. 350.

<sup>122</sup> GÜL, s. 350.

<sup>123</sup> KARAKURT EREN, s. 240 vd. Polisin müdahalesiyle suça konu cihazın satışı yarım kaldıysa bu halde satışa arz seçimlik hareketi gerçekleştiği için failin sorumluluğu tamdır. Bkz. ÜNAL, s. 627. Benzer bir değerlendirmeye göre elindeki cihazı ithal etmek isteyen fail bu fiilini elinde olmayan nedenlerle gerçekleştiremezse ithal etme fiili bakımından suç teşebbüs aşamasında kalmış olur. Ancak nakletme veya bulundurma hareketleri tamamlanmış olabilir. Bkz. AKBULUT, s. 360.

<sup>124</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1063; AKBULUT, s. 360; ÜNAL, s. 627; KORKMAZ, s. 53.

<sup>125</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1056.

## B. İştirak

Bu suç bakımından iştirake ilişkin genel hükümler geçerlidir<sup>126</sup>. Başkalarına verme ve kabul etme ile satma ve satın alma seçimlik hareketleri bakımından suç çok failli suç özelliği gösterir<sup>127</sup>. Bu hallerde satan ile satın alan; başkalarına veren ile kabul eden kimseler fail olarak sorumlu olur<sup>128</sup>.

İnceleme konusu suça azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla iştirak etmek mümkündür. Ancak doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi kanuni tipte sayılan seçimlik hareketler dikkate alındığında azmettirme ya da yardım etme olarak değerlendirilebilecek satışa arz etme, nakletme gibi seçimlik hareketleri yapanlar fail olarak sorumlu tutulacaktır. Bu nedenle azmettirenin kim olduğunu bildiren fail ya da suç ortağının cezasında indirimine gidilmesine imkân veren TCK m. 38/3'ün uygulanma ihtimalinin çok az olduğu belirtilmektedir<sup>129</sup>.

Yasak cihaz ve programlar suçunu oluşturan bir fiil, başka bir suç açısından yardım etme niteliğinde olabilir. Örneğin; sahte kredi kartı üretilmesine olanak sağlayan bir cihazı temin eden kimsenin fiili banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu (m. 245/2) bakımından yardım etme niteliğinde olabilir. Cihazı temin eden kişi 245/A bakımından fail; 245/2 bakımından yardım edendir. Bu halde bir görüşe göre, failliğin şerikliğe önceliği ilkesi nedeniyle cihazı temin eden kişi yalnızca 245/A'dan fail sıfatıyla sorumlu olur<sup>130</sup>. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Örnekte cihazı temin eden kimsenin fiili iki ayrı suç oluşturmaktadır. Bu nedenle farklı nevi'den fikri içtima hükümleri gereğince en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olur.

Bir kimseyi cebir, şiddet veya tehditle bu suçu işlemeye mecbur bırakan kişi TCK m. 28 gereğince dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır<sup>131</sup>.

<sup>126</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1063; AKBULUT, s. 360; GÜL, s. 350.

<sup>127</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1056; BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AK-SOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AY-TEKİN İNCEOĞLU, s. 323; KORKMAZ, s. 53.

<sup>128</sup> KARAKURT EREN, s. 241; ÜNAL, s. 629; DÜLGER, s. 507.

<sup>129</sup> KARAKURT EREN, s. 242.

<sup>130</sup> AKBULUT, s. 325. Benzer bir örnek için bkz. ÜNAL, 630.

<sup>131</sup> KARAKURT EREN, s. 241.



Depolama ve bulundurma hareketleriyle suçun işlenmesi durumunda suç mütemadi suç özelliği gösterdiğinden kesintinin gerçekleştiği ana kadar suça iştirak edilmesi mümkündür<sup>132</sup>.

### C. İçtima

Hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı bir suç tipi olduğundan amaç suçların işlenmesi halinde fail hem yasak cihaz ve programlar suçundan hem de işlemiş olduğu amaç suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılır<sup>133</sup>. Örneğin; fail, satın aldığı bir cihaz veya programı kullanarak başkasına ait bir kredi kartını sahte olarak üretmiş ise hem TCK m. 245/2'den hem de TCK m. 245/A'dan ayrı ayrı cezalandırılacaktır<sup>134</sup>. Bir başkası tarafından üretilmiş olan sahte bir kredi kartını bu özelliğini bilerek satın alan ya da kabul eden kişi ise yalnızca 245/2 nedeniyle sorumlu olacaktır<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> KARAKURT EREN, s. 235.

<sup>133</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1056; KARAKURT EREN, s. 242; ÜNAL, s. 630; GÜL, s. 349; DEMİRCİ, s. 215; DÜLGER, s. 508; BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 322; KORKMAZ, s. 53.

<sup>134</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1063; AKBULUT, s. 327; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2023, s. 1082. "Bozma ilamı sonrası yapılan incelemede sanıklarda ele geçen ATM cihazlarına yerleştirilip kartların manyetik şerit bilgilerini kopyalayıp şifrelerini ele geçirmeye yarayan cihaz ve düzeneklerde herhangi bir kişiye ait bir bilginin tespit edilememesi karşısında; sanıkların eylemlerinin TCK.nm 136. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği, ayrıca sanıkların hazırlık hareketi aşamasında kalmış olan eylemlerinin TCK.nm 245/2. maddesinde düzenlenen sahte kredi kartı üretme suçuna teşebbüs kapsamında değerlendirilemeyeceği ve TCK.nm 245/A maddesinde düzenlenen yasak cihaz veya programlar bulundurma fiilinin de suç tarihi olan 15.12.2014 tarihinden sonra 07.04.2016 tarihinde suç olarak tanımlandığı anlaşılmalıdır; üzerine atılı suçun unsurları itibarıyla oluşmayan sanıklar hakkında beraat hükümleri kurulması gerekirken..." Y. 8. CD, 2021/18538, E. 2022/15447 K. 2022/15447, (Legalbank, Erişim Tarihi: 26.10.2022). Yer verilen Yargıtay kararında sanıkların eylemlerinin TCK m. 136 kapsamında teşebbüs olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim Yargıtay'ın bu yönde kararı da bulunmaktadır. Bkz. Y. 12. CD, 21.03.2018, E. 2017/6201, K. 2028/3219, SEMİZ, Murat, Bilişim Suçları ve Soruşturma Yöntemleri, 3. Baskı, Ankara 2022, s. 196. Yargılama konusu olayda kart bilgilerinin kopyalandığına ilişkin herhangi bir tespit bulunmadığından eylemin sahte kredi kartı üretmeye teşebbüs niteliğinde olmadığı yönündeki tespite ise katılıyoruz. Zira suçun oluşması başkalarına ait hesap bilgileriyle ilişkilendirilmiş bir sahte kartın bulunmasını gerektirmektedir.

<sup>135</sup> GÜL, s. 351.

Bir görüşe göre; gerçekleşmiş olan amaç suçların konusunun da cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodu olması durumunda geçitli suç ya da farklı nevi'den fikri içtima söz konusu olabilir. 243/4'te düzenlenmiş olan bir bilişim sisteminin kendi içinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleşen veri nakillerini, sisteme girmeksizin teknik araçlarla hukuka aykırı olarak izlemek fiili buna örnek gösterilmektedir. Buna göre, söz konusu fiil teknik bir cihazla gerçekleştirildiğinden her somut olayda 245/A düzenlenmesi ile fikri içtima edip etmediği değerlendirilmelidir<sup>136</sup>. Benzer bir görüşe göre; cihazın temin edilmesi 243/4 bakımından bir hazırlık hareketi niteliğinde olup, veri nakillerini izlemek suçunun haksızlık içeriğine dahildir. Failin 245/A nedeniyle ayrıca cezalandırılması çifte cezalandırma yasağına aykırıdır<sup>137</sup>. Başka bir değerlendirmeye göre 245/A ile 243/4 arasında asıl norm-yardımcı norm ilişkisi bulunduğundan, 243/4'ün uygulandığı hallerde fail ayrıca 245/A nedeniyle cezalandırılmaz<sup>138</sup>. Diğer bir görüşe göre ise failin verileri izlemek için bir program üretip yahut bu suçu işlemek amacıyla imal edilmiş bir teknik cihaz satın alıp daha sonra 243/4'te yer alan suçu işlemesi halinde gerçek içtima kuralları uygulanmalı ve fail her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır<sup>139</sup>. Kanaatimizce burada değerlendirme teknik verileri izlemeye yarayan aracın niteliğine göre yapılmalıdır. Bilişim suçları ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesini sağlamak amacıyla yapılmış bir cihaz veya program söz konusuysa failin her iki suç nedeniyle ayrı ayrı cezalandırılması

<sup>136</sup> **DEMİRCİ**, s. 216 vd. Hem yasak cihaz ve programlar suçu hem de veri nakillerini hukuka aykırı olarak izleme suçu oluşmuşsa failin yalnızca veri nakillerini işlemek suçundan cezalandırılması gerektiği yönünde bkz. **APAYDIN**, Cengiz, Bilişim Sistemine Girme, Engelleme ve Bozma Suçları, Ankara 2023, 151.

<sup>137</sup> **DÜLGER**, s. 333. Verileri izlemek için teknik araçların temin edilmesinin veri nakillerinin izlenmesi suçu açısından hazırlık hareketi niteliğinde olduğu, yalnızca cihazın temininin 243/4 açısından teşebbüs olarak değerlendirilemeyeceği, cihazın temininin tek başına yasak cihaz ve programlar suçunu oluşturduğu yönünde. Bkz. **APAYDIN**, s. 150 vd.

<sup>138</sup> **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1042 vd. Aynı yönde bkz. **KAYA/ÇAKIR**, s. 50. Görüş sahiplerine göre bu durum verileri izleyen kişinin teknik olanak sağlayan kişiden daha az ceza almasına neden olmaktadır. Bu yönüyle düzenleme eleştirilmektedir.

<sup>139</sup> **AKBULUT**, s. 170; **ÖZTEKİN**, Alp, Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK m. 243), Ankara 2023, s. 219.

gerekir. Bu nitelikleri taşımayan bir araçla suçun işlenmesi halinde ise fail yalnızca 243/4'ten sorumlu tutulmalıdır.

TCK m. 43/1'e göre, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Fıkra hükmü mağduru belli bir kişi olmayan suçlar bakımından da uygulanır. Bu nedenle yasak cihaz ve programlar suçu zincirleme şekilde işlenebilir. Suç sayısını belirlemek bakımından; suçun konusunu oluşturan cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodlarının sayısının suç oluşturan seçimlik hareket aynı zaman diliminde işlenmişse bir önemi bulunmamaktadır. Bu halde tek bir suç vardır. Ancak suç oluşturan hareket farklı zamanlarda yapıldıysa zincirleme suçun varlığını kabul etmek gerekir. Failin on cihazı üretip sattıktan sonra on cihaz daha üretmesi örneğinde suç zincirleme şekilde işlenmiştir<sup>140</sup>.

TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasına göre, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi halinde failin cezası artırılarak verilecektir. Suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olduğundan yasak cihaz ve programlar suçu bakımından aynı neviden fikri içtima hükmünün (TCK m. 43/2) uygulanması mümkün değildir<sup>141</sup>.

Yasak cihaz ve programlar suçu ile başka bazı suç tipleri arasında bir görünüşte içtima hali olan genel norm-özel norm ilişkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda suçun, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'nin 72. maddesinde düzenlenmiş olan "teknolojik önlemleri etkisiz kıılma"<sup>142</sup> suçu

<sup>140</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 1056. Aynı yönde bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 1063; KARAKURT EREN, s. 242; AKBULUT, s. 361; ÜNAL, s. 630; DÜLGER, s. 508; BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU, s. 322; KORKMAZ, s. 53.

<sup>141</sup> KARAKURT EREN, s. 242.

<sup>142</sup> Madde 72 – Bu Kanunda yer alan hakların korunması amacıyla eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımının kontrolünü sağlamak üzere erişim kontrolü veya şifreleme gibi koruma yöntemi ya da çoğaltım kontrol mekanizması uygulamalarıyla sağlanan etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik; a) Ürün ve araçları imal veya ithal eden, dağıtan, satan, kiraya veren veya ticari amaçla elinde bulunduranlar, b) Ürün ve araçların reklam, pazarlama, tasarım veya uygulama hizmetlerini sunanlar, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.5846.pdf> (Erişim Tarihi: 30.01.2024).

FSEK'te yer alan hakların korunmasına münhasır olarak öngörölmüş olup yasak cihaz ve programlar suçuna göre özel hüküm niteliğindedir<sup>143</sup>.

Yasak cihaz ve programlar suçuna göre özel norm niteliğinde olan başka düzenlemeler de bulunmaktadır. Elektronik İmza Kanunu'nun 16. maddesiyle düzenlenmiş olan imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı suçu<sup>144</sup> ile Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 63/4. maddesiyle düzenlenmiş olan suç<sup>145</sup> da bunlara örnek gösterilebilir<sup>146</sup>. Söz konusu

<sup>143</sup> **AKBULUT**, s. 361; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 1057; **ÜNAL**, s. 630 vd.; **DÜLGER**, s. 508; **BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU**, s. 323; **KORKMAZ**, s. 543 vd.

<sup>144</sup> (1) Elektronik imza oluşturma amacı ile ilgili kişinin rızası dışında; imza oluşturma verisi veya imza oluşturma aracını elde eden, veren, kopyalayan ve bu araçları yeniden oluşturanlar ile izinsiz elde edilen imza oluşturma araçlarını kullanarak izinsiz elektronik imza oluşturanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve elli günden az olmak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar. (2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen suçlar elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı çalışanları tarafından işlenirse bu cezalar yarısına kadar artırılır. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5070&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (Erişim Tarihi: 14.12.2023).

<sup>145</sup> (4) Kurma ve kullanma izni ile ruhsatname alınması gereken telsiz cihazı veya sistemlerini bu Kanunun 37 nci maddesine aykırı olarak, Kurumdan izin almaksızın satan, kuran, işleten ve kullananlar hakkında ikibin güne kadar adli para cezası uygulanır. Bu cihazları, gerekli izinler alınmış olsa bile millî güvenliği ihlal amacıyla kullananlar eylemleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde altı aydan bir yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/11/20081110M1-3.htm> (Erişim Tarihi: 14.12.2023).

<sup>146</sup> Karayolları Trafik Kanunu'nun 51/5- 6. maddesi de görünüşte içtimaya örnek gösterilmektedir. Bkz. **KAYA/ÇAKIR**, s. 51; **KORKMAZ**, s. 50. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: (5) Hız sınırlarının aşılmış aşılmadığını, tespit etmekte kullanılan cihazların yerini tespit veya sürücüyü ikaz eden her türlü cihazın imalı, ithali ve araçlarda bulundurulması yasaktır. (6) Bu cihazları imal ve ithal edenler, fiil başka bir suç oluştursa bile ayrıca 800 000 000 liradan 1 332 800 000 liraya kadar hafif para cezası ve altı aydan sekiz aya kadar hafif hapis cezası ile; araçlarında bulunduran işletenler ise, 532 600 000 liradan 800 000 000 liraya kadar hafif para cezası ve dört aydan altı aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılırlar ve bu cihazların müsaderesine de hükümlenir. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2918.pdf> 14.12.2023 (Erişim Tarihi: 14.12.2023). Ancak haklı olarak belirtildiği gibi düzenleme bir suç değil kabahat niteliğindedir. Bkz. **ÜNAL**, s. 631. Belirtmek gerekir ki Kabahatler Kanunu m. 15/3'e göre bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır. Ancak failin hem suç nedeniyle hem de kabahat nedeniyle cezalandırılmasını öngören istisnai hükümler de

normlar; bilişim sistemleri ile ilgili belirli eylemleri cezalandırmaktadır. Bunlar 245/A maddesine göre özel norm niteliğindedir. Hem özel normu hem genel normu ihlal eden bir fiilin bulunması halinde fail yalnızca özel norm gereğince cezalandırılır<sup>147</sup>.

## VI. MUHAKEME USULÜ

Suç re'sen takip edilir. Madde yönünden yetkili mahkeme ise asliye ceza mahkemesidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Hakimler ve Savcılar Kurulu yasak cihaz ve programlar suçunun da içerisinde bulunduğu bilişim suçları bakımından ihtisaslaştırma kararı almıştır. Yasak cihaz ve programlar suçuna ilişkin yargılamalar da 15.12.2021 tarihinden itibaren belirlenmiş olan asliye ceza mahkemesi dairelerince görülecektir<sup>148</sup>.

Yer yönünden yetkili mahkemenin tespitinde suç oluşturulan hareketin mahiyetine göre belirleme yapmak gerekir. Yasak cihaz ve programlar suçu sırf hareket suçu niteliğinde olduğundan hareketin kısmen veya tamamen Türkiye'de gerçekleştirilmesi halinde suç Türkiye'de işlenmiş sayılacak ve yetkili mahkeme CMK m. 12 'ye göre belirlenecektir. Suç birden fazla seçimlik hareket yapılarak işlenmiş ise her bir seçimlik hareketin yapıldığı yer mahkemesi yetkilidir. Fiilin internet üzerinden işlenmesi halinde bunlardan en azından biri Türkiye'de bulunmak kaydıyla failin bulunduğu yer veya hedef bilgisayarın bulunduğu yer mahkemeleri yetkili olacaktır<sup>149</sup>.

---

bulunmaktadır. Bkz. **KETİZMEN**, Muammer: "Kabahatler Kanunu'nun İctima Hükmüleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler ile Kurul'un İdari Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, C. 1, S. 2, s. 19. Kara Yolları Trafik Kanunu'nda bulunan düzenleme de bu niteliktedir. Bu nedenle hız sınırlarının aşılp aşılmadığını tespit etmekte kullanılan cihazların yerini tespit veya sürücüyü ikaz eden her türlü cihazı imal ve ithal edenler hem TCK m. 245/A'dan hem de Kara Yolları Trafik Kanunu ile düzenlenmiş olan kabahatten dolayı sorumlu olur.

<sup>147</sup> **KAYA/ÇAKIR**, s. 51; **AKBULUT**, s. 361.

<sup>148</sup> Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun 25.11.2021 tarihli ve 1229 sayılı kararı için bkz. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/30112021092825112021-1229pdf.pdf> (Erişim Tarihi: 31.01.2024).

<sup>149</sup> **AKBULUT**, s. 362 vd.; **KORKMAZ**, s. 54. Yasak cihaz ve programlar suçu ile amaç suçların işlendiği yerler farklılaşabileceğinden bunun uygulamada yetki uyuşmazlıklarına neden olabileceği; yargılamaların birlikte görülmesinin usul ekonomisi ve yargılamanın hızlı yapılmasına katkı sağlayacağı belirtilmektedir. Bkz. **GÜL**, s. 351. "Başkasına ait banka veya kredi kartının izinsiz kullanılması suretiyle yarar

## VII. YAPTIRIM

Suçun yaptırımı bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır. Hapis cezası ile para cezası seçimlik nitelikte olmayıp, her ikisine birden hükmedilmesi gerekir. Bunun nedeni suçun esas itibarıyla yasak cihaz ve programların ticaretini önlemeyi amaçlamasıdır<sup>150</sup>. Hapis cezasının altı sınırı bir yıl olarak belirlendiğinden daha az bir cezaya hükmedilemeyecektir. Adli para cezasında ise alt sınır belirlenmemiş olup TCK m. 52 gereğince bu ceza beş günden az olamayacaktır. Yapılan yargılamada suç nedeniyle gelir elde edilmiş olduğunu tespit edilmiş ise bu halde kazanç müsaderesine hükmedilerek, adli para cezası alt sınırdan verilecektir. Böyle bir tespit bulunmaması halinde adli para cezası alt sınır ile üst sınır arasında takdir edilecektir<sup>151</sup>.

245/A ile öngörölmüş olan ceza miktarı ile hedef suç niteliğinde olan birtakım bilişim suçları için öngörölmüş ceza miktarları arasında orantısızlık bulunması eleştirilmektedir. Bilişim sistemine girme

---

*sağlama ve verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme, yasak cihaz ve program bulundurma suçlarından sanık ... ve diğer sanıklar hakkında yapılan yargılama sırasında; ... 9. Asliye Ceza Mahkemesiyle ... 1. Asliye Ceza Mahkemesi arasında oluşan olumsuz birleştirme uyumsuzluğunun giderilmesi ve yargı yerinin belirlenmesi istemiyle gönderilen dosya Yargıtay C.Başsavcılığmdan tebliğname ile daireye verilmekle incelenerek gereği düşünöldü: İncelenen dosya içeriğine, sanıkların üzerine atılı suçların niteliğine ve iddianamelerde olayın anlatılış biçimine göre; her iki mahkemenin dava dosyaları arasında sanık ve suç yönünden şahsi, hukuki ve fiili irtibat bulunduğu anlaşılma, davaların birlikte yürütölmesinde yarar göröldüğünden, ... 9. Asliye Ceza Mahkemesinin 2020/212 Esas sayılı davası ile ... 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 2020/1365 Esas sayılı davasının BİRLEŞTİRİLMESİNE, davanın ... 1. Asliye Ceza Mahkemesi dosyası üzerinden yürütölmesine," Y. 8. CD, 07.11.2022, E. 2022/7165, K. 2022/13130, (Legalbank, Erişim Tarihi: 31.01.2024).*

<sup>150</sup> KOCA/ÜZÖLMEZ, s. 1057. Benzer yönde bkz. AKBULUT, s. 362; ÜNAL, s. 633; KORKMAZ, s. 54.

<sup>151</sup> AKBULUT, s. 362.

suçunda<sup>152</sup> öngörülmüş olan ceza miktarları buna örnek gösterilmektedir<sup>153</sup>. Bu görüşe göre, hazırlık aşamasındaki fiillerin işlenmesi asıl suçun işlenmesinden daha ağır bir biçimde cezalandırılabilir. Bu nedenle 245/A bakımından yaptırımın asgari bir düzey belirtilmeksizin hedef suçlara endeksli bir biçimde düzenlenmesinin daha uygun olacağı savunulmaktadır<sup>154</sup>. Kanaatimizce özellikle bilişim sistemine girme suçu bakımından yapılan bu eleştiri yerindedir. Kanuni düzenlemede hapis cezasının bir alt sınır belirlenmeksizin üç yıla kadar olacak şekilde düzenlenmesi daha uygun olurdu.

Suç oluşturan seçimlik hareketlerden birden fazlasının aynı anda yapılmış olması halinde de tek suç oluşur. Bu durum temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır<sup>155</sup>.

Yasak cihaz ve programlar suçu ile tüzel kişiler yararına haksız bir menfaat sağlanmış ise tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine başvurulması da mümkündür<sup>156</sup>.

Doktrinde inceleme konusu suç tipi bakımından şahsi cezasızlık nedeni olarak etkin pişmanlık hükmüne yer verilmesinin yararlı olacağı belirtilmektedir. Buna göre; suça konu cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodunu kabul eden, satın alan, bulunduran veya depolayan failin soruşturma başlamadan suçun maddi konusu pişmanlık göstererek yetkili mercilere teslim etmesi halinde etkin pişmanlık hükmünden

<sup>152</sup> Bilişim sistemine girme Madde 243- (1) Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. (2) Yukarıdaki fıkrada tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir. (3) Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (4) Bir bilişim sisteminin kendi içinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleşen veri nakillerini, sisteme girmeksizin teknik araçlarla hukuka aykırı olarak izleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

<sup>153</sup> **KAYA/ÇAKIR**, s. 49; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1042.

<sup>154</sup> **KAYA/ÇAKIR**, s. 49. Suç için öngörülmüş olan hapis ve adli para cezası miktarlarının hafifletilmesi gerektiği yönünde bkz. **ÜNAL**, s. 632.

<sup>155</sup> **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 1055; **KAYA/ÇAKIR**, s. 45; **KORKMAZ**, s. 53.

<sup>156</sup> **ÜNAL**, s. 633; **BAYRAKTAR/EVİK/KANGAL/YILDIZ/EVİK/AKSOY RETORNAZ/MEMİŞ KARTAL/BOSTANCI BOZBAYINDIR/EROĞLU/AYTEKİN İNCEOĞLU**, s. 324.

faydalanması yerinde olacaktır<sup>157</sup>. Alman ceza hukukunda bilişim suçlarına ve belli ölçüde 245/A'nın karşılığı niteliğinde olan § 202c ve § 263a/3'te düzenlenmiş suç tipleri bakımından § 149/2 ve 3'te yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkündür. Söz konusu düzenleme ise para ve kıymetli evrakta sahteciliğe hazırlık hareketlerini cezalandırmaktadır. Benzer bir hüküm TCK m. 201/2<sup>158</sup>'de bulunmaktadır. Ancak açık kanuni düzenleme olmaksızın bu hükmün 245/A bakımından uygulanması mümkün değildir. Buradan hareketle 245/A'ya özel bir etkin pişmanlık hali eklenmesi önerilmektedir<sup>159</sup>. Biz de bu önerilere katılıyoruz.

Yasak cihaz ve programlar suçunun konusunu oluşturan cihaz, bilgisayar programı, şifre ve sair güvenlik kodları TCK m. 54/4 gereğince müsadereye tabidir. Zira bunların üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alımı ve satımı suçtur. Somut bir varlığı bulunan cihazların müsadereyi bakımından tartışmalı bir husus bulunmamakla birlikte; bilgisayar programı, şifre ve sair güvenlik kodları bakımından uygulamanın ne şekilde yapılması gerektiği noktasında bir görüşe göre; bunların müsadereyi sırasında CMK m. 134/4 gereğince cihaz veya donanımların içindeki suç oluşturmeyen kısımların bir kopyasının teslim edilmesi orantılılık ilkesi gereğince daha uygun olacaktır. Bulut bilişim sistemlerine erişim imkânı sağlayan bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodlarının müsadereyesine ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından bunların kullanamaz hale getirilmesine yönelik açık bir kanuni düzenleme yapılması da önerilmektedir<sup>160</sup>. Bir başka değerlendirmeye göre; yazılım niteliğinde olan şeyler eşya kapsamında değerlendirilemeyeceğinden bunların müsadereyi bakımından TCK m. 54/5 hükmü uygulanmalıdır. Söz konusu hükme göre bir şeyin sadece belli kısımlarının müsadereyi gerektiğinde

<sup>157</sup> KARAKURT EREN, s. 244.

<sup>158</sup> (2) Sahte para veya kıymetli damga üretiminde kullanılan alet ve malzemeyi izinsiz olarak üreten, ülkeye sokan, satan, devreden, satın alan, kabul eden veya muhafaza eden kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve bu malzemenin üretildiği veya saklandığı yerleri ilgili makama haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve bu malzemenin ele geçirilmesini sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolünmaz.

<sup>159</sup> ÜNAL, s. 628 vd.

<sup>160</sup> ÜNAL, s. 637-639.



tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir<sup>161</sup>.

## SONUÇ

AKSS'ye taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler kapsamında kanunlaşan yasak cihaz ve programlar suçu; bazı noktalarda bu yükümlülüğünü aşan bir düzenlemedir. Suç, bilişim suçları ile bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçlar bakımından hazırlık hareketi niteliğinde olan fiilleri bağımsız bir biçimde cezalandırmaktadır.

Suçun konusu bilişim suçları ile bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçları işlemek amacıyla üretilmiş cihaz, program şifre veya sair güvenlik kodlarıdır. Bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçlar ifadesi çok geniştir. TCK ile düzenlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın pek çok suç tipini bünyesine alabilecek bir ifadedir. Bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçların neler olduğunun madde metninde açıkça sayılması kanunilik ilkesi bakımından daha yerinde olurdu. Ayrıca belirtmek gerekir ki madde düzenlenmesinde suçun konusu bakımından yapılan bu nitelendirme nedeniyle hukuka uygun amaçlarla üretilmiş bu nitelikteki şeyler yasak cihaz ve programlar suçunu oluşturmaz.

İnceleme konusu suç seçimlik hareketli bir suç olup; yukarıda saydığımız nitelikleri taşıyan cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodlarının imal edilmesi, ithal edilmesi, sevk edilmesi, nakledilmesi, depolanması, kabul edilmesi, satılması, satışa arz edilmesi, satın alınması, başkalarına verilmesi veya bulundurulmasını cezalandırmaktadır. Kanaatimizce seçimlik hareketlerin kapsamı konusunda uygun bir kanuni düzenleme yapılmıştır.

Suçun manevi unsuru bakımından doktrinde değişik görüşler bulunmaktadır. Biz suçun oluşması bakımından imal etme hareketi dışında genel kastın yeterli olduğu kanaatindeyiz. İmal etme bakımından ise kanaatimizce failin ayrıca bilişim suçları ile bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer suçları işlemek amacıyla hareket etmesi gerekir. Zira ancak bilişim suçları ile bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilen diğer

<sup>161</sup> ÖZTEKİN, s. 242.

suçları işlemek amacıyla yapılmış veya oluşturulmuş olan cihaz, şifre veya sair güvenlik kodları bu suçu oluşturabilir. Buna bağlı olarak imal etme seçimlik hareketi dışında suçun olası kastla da işlenebileceği kanaatindeyiz.

Kanuni düzenlemeye yöneltlen haklı eleştirilerden bir tanesi suç nedeniyle öngörülen cezanın miktarıdır. Bilişim alanında suçlar başlığı altında düzenlenen özellikle bilişim sistemine girme suçu için öngörülmuş olan ceza miktarı ile bir orantısızlık bulunmaktadır. Bu nedenle hapis cezasının bir alt sınır belirlenmeksizin üç yıla kadar olacak şekilde düzenlenmesi kanaatimizce daha uygun olacaktır.

Yasak cihaz ve programlar suçu bakımından belirtmek istediğimiz son husus ise etkin pişmanlık düzenlemesi yapılmasının yararlı olabileceğidir. 245/A maddesine ikinci bir fıkra olarak suç konusu şeyleri kolluk kuvvetlerine teslim eden ve suç ortaklarını bildiren faile ceza verilmeyeceğini öngören bir etkin pişmanlık hükmü eklenebilir.

**KAYNAKÇA**

- AKBULUT**, Berrin: Bilişim Alanında Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2017.
- APAYDIN**, Cengiz: Bilişim Sistemine Girme, Engelleme ve Bozma Suçları, Ankara 2023.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, Mehmet Emin/**ÇAKIR**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018.
- BAYRAKTAR**, Köksal/**EVİK**, Vesile Sonay/**KANGAL**, Zeynel T./**YILDIZ**, Ali Kemal/**EVİK**, Ali Hakan/**AKSOY RETORNAZ**, Eylem/**MEMİŞ KARTAL**, Pınar/**BOSTANCI BOZBAYINDIR**, Gülşah/**EROĞLU**, Fulya/**AYTEKİNİNCEOĞLU**, Asuman: Özel Ceza Hukuku, C. VIII, İstanbul 2021.
- CANBEK**, Gürol/**SAGIROĞLU**, Şeref: “Kötücül ve Casus Yazılımlar: Kapsamlı Bir Araştırma”, Gazi Üniversitesi Mühendislik ve Mimarlık Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 1, 2007, s. 121-136.
- DEMİRCİ**, Ömer: Bilişim Suçları ve Soruşturma Yöntemleri, Ankara 2022.
- DÜLGER**, Murat Volkan: Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Ankara 2023.
- ERDEM**, Merve /**ÖZOCAK**, Gürkan: “Siber Güvenliğin Sağlanmasında Uluslararası Hukukun ve Türk Hukukunun Rolü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69, S. (1), 2019, s. 127-212.
- GÜL**, Ahmet: Doğrudan – Dolaylı Bilişim Suçları, 3. Baskı, Ankara 2021.
- İÇER**, ZAFER: Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, İstanbul 2021.
- KARAKEHYA**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2023.
- KARAKURT EREN**, Ahu: “Bilişim Alanında Suçların veya Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanıldığı Diğer Suçların İşlenmesi Amacıyla Cihaz, Program, Şifre ya da Güvenlik Kodlarının Üretilmesi, Yayılması veya Bulundurulması Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 43, 2020, s. 219-246.

**KARGL**, Walter: Vor § 185 bis § 206, **KINDHÄUSER**, Urs/**NEUMANN**, Ulfrid/**PAEFFGEN**, Hans-Ullrich/**SALİGER**, Frank, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 6. Baskı, Baden-Baden 2023.

**KAYA**, İslam Safa/**ÇAKIR**, Adem: “Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 19, S. 38, 2020, s. 32-55.

**KETİZMEN**, Muammer: “Kabahatler Kanunu'nun İçtima Hükümleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler ile Kurul'un İdari Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C. 1, S. 2, s. 17-29.

**KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2023.

**KORKMAZ**, İbrahim: “Cihaz, Program, Şifre ve Güvenlik Kodlarının Bilişim Suçlarının İşlenmesi Amacıyla Bulundurulması, İmal ve Ticareti Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, C.13, S. 142, s. 45-55.

**NESTLER**, Nina: “Hacker-Tools im StGB”, Juristische Ausbildung, S.6, 2021, s. 629-637.

**ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2023.

**ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**MERAKLI**, Serkan/**BACAKSIZ**, Pınar/**BAŞBÜYÜK**, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2023.

**ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2021.

**ÖZTEKİN**, Alp: Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK m. 243), Ankara 2023.

**SEMİZ**, Murat: Bilişim Suçları ve Soruşturma Yöntemleri, 3. Baskı, Ankara 2022.

**TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2023.

**TOROSLU**, Nevzat/**TOROSLU**, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Ankara 2018.

**ÜNAL**, Osman Gazi: “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu (TCK m. 245/A)”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S.2, 2022, s. 589-646.

**WIECK-NOODT**, Brunhild: Vor § 303, §§ 303–305a, **HOHMANN**, Olaf (Editör) Münchener Kommentar zum Straftgesetzbuch, Cilt 6, 4. Baskı, München 2022.





## TİCARİ İŞLETMEDEN BAĞIMSIZ OLARAK DEVREDİLEMİYEN TİCARET UNVANININ TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHİNİ KANUNU KAPSAMINDA REHİN İŞLEMİNE KONU EDİLMESİ

Bilge AYTUĞAR\*

### Öz

Ticaret unvanı, tacirin ticari işlemlerinde kullandığı ve onu diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan adıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) ticaret unvanının devrini düzenleyen m. 49/1 hükmü gereğince ticaret unvanı, ait olduğu ticari işletmeden ayrı olarak devredilemez. Buna karşılık Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda (TİTRK) ticaret unvanının, ticari işletmeden bağımsız olarak rehin edilebileceği kabul edilmiştir (m. 5/1-k). Bir taşınırın rehin işlemine konu olması, rehlin işlevi ve rehinli alacaklıyı koruma amacı dikkate alındığında bağımsız bir biçimde devre elverişli olmasını gerektirir. Çalışmamızda ticaret unvanının işletmeden bağımsız şekilde rehin işlemine konu edilebileceği; ancak rehlin para-ya çevrilerek alacaklının alacağına kavuşması söz konusu olduğunda TTK m. 49/1 hükmünün buna engel olacağı sonucuna varılmıştır. Çalışmamızda ayrıca, borcun vadesinde ifa edilmemesi durumunda alacaklının hangi hukuki yollara başvurabileceği ele alınmış; hükmün, kanun koyucunun

\* Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Eskişehir, Türkiye | Asst. Prof., Eskişehir Osmangazi University, Faculty of Law, Department of Private Law, Commercial Law Department, Eskişehir, Türkiye.

✉ bilge.aytugar@ogu.edu.tr • ORCID 0000-0002-6206-1007.

✂ **Atıf Şekli | Cite As:** AYTUĞAR, Bilge: "Ticari İşletmeden Bağımsız Olarak Devredilemeyen Ticaret Unvanının Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında RehİN İşlemine Konu Edilmesi", SÜHFD, C. 32, S. 3, 2024, s. 1339-1369.

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

✂ Bu eser Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License.



finansmana erişimi kolaylaştırma amacına ne şekilde hizmet edebileceği yönündeki görüşümüz sunulmuştur.

### Anahtar Kelimeler

- Ticaret Unvanı • Ticaret Unvanının Devri • Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni • Ticaret Unvanının Rehni • Sicilli Teslimsiz Taşınır Rehni

## THE PLEDGING OF A TRADE NAME THAT CANNOT BE TRANSFERRED INDEPENDENTLY FROM THE COMMERCIAL BUSINESS WITHIN THE SCOPE OF THE LAW ON PLEDGE OF MOVABLES IN COMMERCIAL TRANSACTIONS

### Abstract

The trade name is the designation used by a merchant in their business transactions, distinguishing them from other merchants. According to Art. 49/1 of the Turkish Commercial Code (TCC), it cannot be transferred separately from the business. However, the Pledge of Movable in Commercial Transactions Code (PMCTC) permits independent pledging of the trade name (Article 5/1-k). For a movable to be subject to a pledge transaction, it must be capable of independent transfer considering the function of the pledge and the protection of the secured creditor. Our study concludes that while the trade name can be pledged independently, TCC Art. 49/1 prevents its conversion into money to satisfy the creditor's claim. We also discuss legal remedies available to the creditor in case of debt non-performance and offer insights into how this provision may facilitate access to finance.

### Keywords

- Trade Name • Transfer of Trade Name • Movable Pledge in Commercial Transactions • Pledge of Trade Name • Non-Deliverable Registered Movable Pledge

## GİRİŞ

Ticaret unvanı, tacirin ticari işlemlerinde kullandığı ve onu diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan adıdır<sup>1</sup>. Tacirin tâbi olduğu yükümlülüklerden birisi, kanuna uygun şekilde bir ticaret unvanı seçmek ve kullanmaktır (TTK m. 39 vd.). Türk hukukunda kabul edilen “karma sistem” gereğince, ticaret unvanı ilk oluşturulurken gerçek durumu

<sup>1</sup> ARKAN, Sabih, *Ticarî İşletme Hukuku*, Ankara 2019, s. 279; ROTH, Wulf-Henning/STELMASZCZYK, Peter, HGB, Koller/Kindler/Drüen (Editörler), 10. Auflage 2023, HGB § 23, N. 2, <https://beck-online.beck.de/> (Erişim Tarihi: 08.02.2024).



yansıtmakta; daha sonra gerçekleşen bazı değişikliklerde, bu bağlamda işletmenin devri durumunda ise ticaret unvanı aynı şekilde kullanılabilir<sup>2</sup>. Nitekim TTK m. 49/2'de, bir işletmenin devrinin, aksi kararlaştırılmadıkça unvanın devrini de kapsadığı hükme bağlanmakla işletmeyi devralanın ticaret unvanını aynı şekilde kullanabileceği belirtilmiştir<sup>3</sup>.

13.01.2011 tarihinde kabul edilen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ticaret unvanının devrini düzenleyen m. 49/1 hükmü gereğince ticaret unvanı, işletmeden bağımsız şekilde devredilemez. Bu düzenlemeye aykırı şekilde ticaret unvanını devre konu yapanlar ve bu şekilde devredilen ticaret unvanını kullananalar hapis cezasıyla ya da adli para cezasıyla cezalandırılırlar (TTK m. 51/3).

Buna karşılık 20.10.2016 tarihinde kabul edilen 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda (TİTRK), üzerinde rehin hakkı kurulabilecek taşınır varlıkları düzenleyen 5. maddesinin 1. fıkrasının (k) bendinde, "ticaret unvanı" ile "işletme adı" üzerinde rehin hakkı kurulabileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Aynı Kanun'un 14. maddesinde de borçların zamanında yerine getirilmemesi durumunda birinci derece alacaklının, rehinli ticaret unvanının mülkiyetinin devrini icra dairesinden talep edebileceği, alacağını varlık yönetim şirketlerine devredebileceği, zilyetliği devredilmeyen taşınırlarda ise kiralama ve lisans hakkını kullanabileceği ya da genel hükümler gereğince takip yapabileceği hükme bağlanmıştır.

Bu kanuni düzenlemeler ışığında çalışmamızda, öncelikle ticaret unvanının hukuki işlemlere konu olması genel hatlarıyla incelenmiş; daha sonra ticaret unvanının ticari işletmeden bağımsız şekilde devir işlemine konu olmadan nasıl rehin işlemine konu edilebileceği, bilhassa ticaret unvanı ile rehinin işlev ve fonksiyonları ışığında ele alınmıştır. Ticaret unvanının ticari işletmeden bağımsız şekilde münferiden rehin verildiği ihtimalde, rehin verenin borcunu vadesinde ödememesi durumunda unvanın, işletmeden ayrı şekilde hangi işlemlere tâbi olabileceği konusuna da ayrıca temas edilmiştir.

<sup>2</sup> ARKAN, s. 280.

<sup>3</sup> ARKAN, s. 290.

## I. TİCARET UNVANININ TANIMI VE FONKSİYONLARI

Ticaret unvanının açık ve net bir tanımına TTK'da rastlanılamasa da kullanma zorunluluğunu düzenleyen TTK m. 39 hükmüne dayanarak ticaret unvanı, taciri diğer tacirlerden ayırt etmeye, onu tanıtmaya yarayan, ticari işletmesine ilişkin faaliyetlerinde kullandığı adı, şeklinde tanımlanabilir<sup>4</sup>. Ticaret unvanı mehzaz Alman hukukunda “(die) Firma” şeklinde kullanılmakta ise de (HGB § 23) Türk hukukunda firmanın ticari işletme kavramıyla özdeş kullanımı dikkate alındığında TTK m. 39 vd.'de yer alan kanuni terimin tercih edilmesi gerekli görülmüştür.

Ticaret unvanının hukuki işlemlere, çalışmamız özelinde devir ve rehin işlemlerine konu olmasını incelerken karşımıza çıkacak problemler, ticaret unvanının ticari işletme içindeki fonksiyonları ile taşınır rehininin fonksiyonlarını yakından ilgilendirmektedir<sup>5</sup>. Bu başlık altında ticaret unvanının yerine getirdiği fonksiyonlar ele alınmış olup rehinin fonksiyonları ticaret unvanının rehin edilmesi başlığı altında ayrıca ele alınmıştır.

Ticaret unvanının yerine getirdiği fonksiyonları; ayırt etme, garanti ve reklam fonksiyonları olarak gruplandırabiliriz. Ticaret unvanının asli işlevi, ayırt etme fonksiyonudur. Bu özellik, açıklık ilkesi olarak da adlandırılmakta olup hem tacirin özelliklerini belirtme, betimleme yönünü hem de var olan tacirlerden onu ayırt etme gücünü gösterir<sup>6</sup>. TTK m. 18/1 hükmü gereğince tacir, kanuna uygun bir ticaret unvanı seçmeli; TTK m. 39 hükmü uyarınca ticari faaliyetlerini bu unvan altında gerçekleştirmeli ve ticari faaliyeti kapsamındaki belgeleri bu unvan altında imzalamalıdır. Yine aynı amaçla TTK m. 45/1 hükmü gereğince tacirin, daha önce Türkiye’de tescilli olan bir diğer unvandan ayırt edilebilmesi için gerekli ise ticaret unvanına ek alması öngörülmüştür.

<sup>4</sup> Aynı yönde bkz. **ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2019, s. 397; **AYHAN**, Rıza/**ÇAĞLAR**, Hayrettin/**ÖZDAMAR**, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2021, s. 298.

<sup>5</sup> Devir probleminin ticari işletme içindeki fonksiyonu açısından ele alınması gerektiği yönünde bkz. **POROY**, Reha/**YASAMAN**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2022, s. 505.

<sup>6</sup> **WIEN**, Andreas, Handels- und Gesellschaftsrecht, Wiesbaden 2013, s. 37.

Tüm bu yasal düzenlemeler ticaret unvanının, taciri diğer tacirlerden ayırt etme işlevine hizmet etmektedir. İkinci olarak ticaret unvanı, tacirin ticari faaliyetlerinde kullandığı adı olarak ticari işletmenin mal ve hizmetlerindeki kaliteyi de gösterir<sup>7</sup>. Bu fonksiyonuyla bağlı olarak ticaret unvanının ticari işletmenin tanıtımına, reklamına dolaylı katkı sağladığı da kabul edilmektedir<sup>8</sup>. Ticaret unvanının bahsettiğimiz üç fonksiyonu da piyasada düzeni tesis edeceğinden, karışıklıkları önleyerek iltibasa ve diğer kötü niyetli işlemlere mâni olacağından ticaret unvanının düzenleyici işlevini yansıtır.

## II. TİCARET UNVANININ HUKUKİ İŞLEMLERE KONUSU OLMASI

Bütünlük ilkesi gereğince ticari işletme, ihtiva ettiği her bir malvarlığı unsurunun devri için gerekli görülen zorunlu tasarruf işlemlerinin tek tek yapılmasına gerek olmaksızın, bir bütün olarak devredilebilir ve devir dışındaki diğer hukuki işlemlerin konusunu oluşturabilir (TTK m. 11/3). Bu yasal düzenleme, ticari işletmenin bir bütün olarak, aksi kararlaştırılmamışsa, işletme değerini, kiracılık hakkını, duran malvarlığını, ticaret unvanını ve diğer fikrî mülkiyet haklarını, işletmeye sürekli şekilde özgülenmiş malvarlığı unsurlarını kapsayacak şekilde devrini öngörmektedir. Ticari işletmenin rehni ise özel bir kanun olan TİTRK'de ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu başlık altında, ticaret unvanının rehnedilmesi durumunda rehnin paraya çevrilmesini doğrudan ilgilendireceğinden ticaret unvanının devri öncelikle ele alınmış; daha sonra hakkında tesis edilen özel düzenlemeler ışığında ticaret unvanının rehni incelenmiştir.

### A. Ticaret Unvanının Devri

Ticari işletmenin devrinde diğer fikri mülkiyet haklarından farklı olarak, taciri diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan ticaret unvanı, önemi nedeniyle TTK'da açıkça zikredilmiştir. TTK m. 11/3 hükmü gereğince aksi kararlaştırılmamışsa devir sözleşmesi "*ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını*" içerir. Buna ek olarak TTK m. 49 hükmünde ticaret

<sup>7</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 295; CENGİL, Fatih, Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2018, s. 231-232, 353.

<sup>8</sup> ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s. 397.

unvanının devri ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre ticaret unvanı ticari işletmeden ayrı şekilde, münferiden devre konu edilemez<sup>9</sup>. Ticari işletmenin devir sözleşmesinin kapsamına aksi kararlaştırılmamışsa ticaret unvanı da dahildir (TTK m. 49/2). Dolayısıyla aksi kararlaştırılarak ticaret unvanı devir kapsamı dışına çıkarılabilir. Görüldüğü üzere TTK m. 11/3 hükmü ile TTK m. 49 hükmü uyum içerisindedir<sup>10</sup>.

### 1. Hükmün Amacı

Ticaret unvanının fonksiyonları dikkate alındığında, ticari işletmeyle sıkı bir bağ içerisinde olduğu ve müşteriler üzerinde ve piyasada aldatıcı sonuçlara yol açmaması için düzenleyici fonksiyonunu güçlendirecek yasal düzenlemelerin yapıldığı sonuçlarına ulaşılabilir. Ticari işletme devredilmeden ticaret unvanının işletmeden bağımsız şekilde devredilebileceği kabul edilseydi, müşteriler nezdinde ve piyasada eski işletmenin faaliyetine aynı şekilde devam ettiği izlenimi doğacak; halkın güveni kötüye kullanılarak bu aldatıcı durum devralan tacirin haksız kazancına yol açabilecektir<sup>11</sup>.

Ticaret unvanının devrine ilişkin TTK m. 49'un mehzazı Alman Ticaret Kanunu (HGB) § 23 hükmüdür. Hüküm, ticari işlemin, işletmenin ve ticaret unvanının dağılmasını önleme amacı taşır ve bu amaç, marka hukukundaki aksi yöndeki gelişmelerle de değiştirilmemiştir<sup>12</sup>. Böylece ticaret unvanının içi boş şekilde (*Leerübertragung*), yani işletme olmadan bağımsız şekilde devri yasaklanır<sup>13</sup>; ticari faaliyeti olmayan şirketlerle (*Mondscheinfirmen*) ticaret yapılması engellenir<sup>14</sup>. Amaç, unvanın menşee gösterme işlevini korumak ve ticaret unvanının başka şirketlerle

<sup>9</sup> İşletmenin devri sözleşmesine dahil aktifler bakımından ayrıca bkz. AKÇAAL, Mehmet, İşletmenin Devri, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 114-116.

<sup>10</sup> CENGİL, s. 232.

<sup>11</sup> ARSLANLI, Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1960, s. 96; CENGİL, s. 354.

<sup>12</sup> STEITZ, Michael, HGB, Ensthaler (Editör), 8. Auflage, 2015, HGB § 23, N. 1; EMMERICH, Volker, Sammlung Guttentag Heymann Handelsgesetzbuch, Horn, Norbert (Editör), Band 1, 2. Aufl., 1995, HGB § 23, N. 1.

<sup>13</sup> BÖMEKE, Patrick, BeckOK HGB, Häublein, Martin/ Hoffmann-Theinert, Roland (Editörler), 40. Edition, 01.07.2023, HGB § 23, N. 2; ROTH/STELMASZCZYK, HGB § 23, N. 1; EMMERICH, HGB § 23, N. 1.

<sup>14</sup> STEITZ, HGB § 23, N. 1.

ilişkilendirilmesi konusunda kamuoyunun yanlış yönlendirilmesini önlemektir<sup>15</sup>. Dolayısıyla ait olduğu işletme olmadan ticaret unvanının devredilmesinde korunmaya değer bir menfaat bulunmamaktadır<sup>16</sup>. Bu noktada ticaret unvanının düzenleyici işlevi karşımıza çıkar<sup>17</sup>. Boş devir yasağı, yani ticaret unvanının ticari işletmeden bağımsız devre konu edilememesi, lisans verilmesinin de kabul edilemez olduğunu gösterir<sup>18</sup>. Ticaret unvanı olmadan işletmenin devri ise pekâlâ mümkündür.

Türk Ticaret Kanunu'nun mehzarı olan İsviçre Borçlar Kanunu (*Obligationenrecht*) Art. 953 hükmünde, bir işletmeyi devralanın ticaret unvanı için öngörülen kurallara tâbi olduğu ve devralanın önceki ticaret unvanını devam ettirebilmesinin rıza alması şartına bağlandığı görülmektedir. Bu düzenleme şirket halefiyetini kolaylaştırmak gayesiyle Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikle 1 Temmuz 2016 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır. İsviçre hukukunda da ticaret unvanı şirketi bireyselleştirmenin bir aracı olarak işlev gördüğünden şirkete bağlı bir değer olarak görülmekte; dolayısıyla gerçek anlamda bir devir ya da lisansın söz konusu olmayacağı ifade edilmektedir<sup>19</sup>.

## 2. Hükmün Dolanılmasına Yönelik İşlemler

Ticaret unvanının ticari işletmeden bağımsız şekilde devrini yasaklayan hüküm, ticaret unvanının devrine ve lisans sözleşmesine

<sup>15</sup> **STEITZ**, HGB § 23, N. 1; **BÖMEKE**, HGB § 23, N. 1; **ROTH/STELMASZCZYK**, HGB § 23, N. 1; **RUß**, Werner, Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Glanegger, Peter / Kirnberger, Christian/ Kusterer, Stefan/ Ruß, Werner/ Selder, Johannes/ Stuhlfelner, Ulrich (Editörler), 7. Auflage, Heidelberg 2007, HGB § 23, N. 1.

<sup>16</sup> **RUß**, HGB § 23, N. 1; **GEßLER**, Ernst/**HEFERMEHL**, Wolfgang/**HILDEBRANDT**, Wolfgang/**SCHRÖDER**, Georg, Schlegelberger Handelsgesetzbuch, 1. Band, 5. Aufl., §§ 1-47a, München 1973, HGB § 23, N. 1; **EMMERICH**, HGB § 23, N. 1.

<sup>17</sup> Marka Kanunu'ndaki markadan doğan hakkın şüphe durumunda devir kapsamında olduğuna ilişkin MarkenG § 27, Abs. 2 hükmünün ticaret unvanının ve işletme adının devrinde uygulanamayacağı yönünde bkz. **ROTH/STELMASZCZYK**, HGB § 23, N. 1.

<sup>18</sup> **BÖMEKE**, HGB § 23, N. 4.

<sup>19</sup> Zürich Handelsgericht, Urteil vom 14. Juni 2012, IV, Entscheide des Obergerichts des Kantons Zürich, <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/87fcbc97-0a1c-4880-a26b-03d1e0eee1cf/search/196361957> (Erişim Tarihi: 01.03.2024).

ilişkindir. Bununla birlikte lisans işlemine, sadece ticari faaliyetlerin devredilmesi ve çifte kullanımın sözleşmeyle engellenmesi şartıyla izin verilmektedir<sup>20</sup>.

Burada paravan satış (*Mantelkauf*) ile ticari olarak hiç faaliyet göstermemiş bir raf şirketinin (Vorratsgesellschaft) satın alınması arasında ayırım yapılmaktadır. Her ne kadar kural olarak her iki şirketin devrinde de sahiplik ve ticaret unvanı devredileceğinden ve devredene bir şey kalmayacağından işlemlerin HGB § 23 hükmünü ihlal etmeyeceği söylenebilirse de kamuoyunun ilgili ticari işletmenin ticaret unvanı ile herhangi bir bağ kurmadığı devirden farklı olarak HGB § 23 hükmünün amaçladığı, ticaret unvanının şirketin kökeninin doğru bir göstergesi olma niteliğine aykırı şekilde gerçekleşen paravan satış işlemleri üzerinde titizlikle durulmalıdır<sup>21</sup>. Zira paravan satışlarda şirket sahipliği ve ticaret unvanı devralınırken şirketin devralınması zorunlu olmadığından HGB § 23 hükmünün engel olmak istediği, ticari işletme ve ticaret unvanının ayrılması durumu ile karşılaşılabılır<sup>22</sup>. Şayet paravan satışta, unvanı ile birlikte devre konu olan şirket fesih sürecinde ve satıştan önce faaliyeti durdurulmuş; fakat işin devamını sağlayan değerlerle devredilmiş olduğundan işin devamını sağlamak objektif olarak mümkünse, bu ihtimalde ticaret unvanının kullanımı kural olarak problem yaratmayacaktır<sup>23</sup>.

Hukuken geçerli kabul edilmeyen ticaret unvanı devirlerinden olarak; ticari işletme mevcut olmadan veya kısmen ya da tamamen görünüşte/sahte şekilde satışa konu edilmesi; şirketin

<sup>20</sup> ROTH/STELMASZCZYK, HGB § 23, N. 2; BÖMEKE, HGB § 23, N. 4; EMMERICH, HGB § 23, N. 3. Ticaret unvanının devrinden farklı olarak lisans alan, türetilmiş bir hak ve bununla lisans verenin önceliğini elde etmez; fakat -itiraz olarak- BGB § 986, Abs. 1 uyarınca lisans verenin önceliğine dayanabilir. Bu yönde bkz. BGH: Verwechslungsgefahr bei Verwendung des Familiennamens als Firmenbestandteil – Decker, NJW 1993, 2236, <https://beck-online.beck.de/> (Erişim Tarihi: 28.02.2024); BÖMEKE, HGB § 23, N. 5.

<sup>21</sup> STEITZ, HGB § 23, N. 2.

<sup>22</sup> STEITZ, HGB § 23, N. 2. Aynı yönde bkz. ROTH/STELMASZCZYK, HGB § 23, N. 2; paravan satışlarda şirket paylarının satın alınmasının söz konusu olduğu, HGB § 23 hükmünün ise sadece malvarlığının devri yoluyla ticari faaliyetlerin satışına uygulandığı yönünde bkz. BÖMEKE, HGB § 23, Nr 13.

<sup>23</sup> STEITZ, HGB § 23, N. 2.

özünün/çekirdeğinin devredilmemesi<sup>24</sup>; ticaret unvanının devri ile işletme devri arasında yakın bir zamansal bağlantının bulunmaması<sup>25</sup>; satıcının tamamen önemsiz görülemeyecek birkaç iş kolundan birini elinde tutmaya devam etmesi<sup>26</sup> sayılabilir<sup>27</sup>. Bununla birlikte önemle ifade edilmelidir ki ticari faaliyetlerin tamamen devri şart değildir; somut olaydaki şartlara göre ekonomik olarak ticaret unvanı ile birlikte unvanla ilişkili ticari geleneğin devralan tarafından devam ettirileceği sonucunu haklı çıkaran değerlerin devredilmesi yeterli görülebilir<sup>28</sup>.

### 3. Hükmün İhlal Edilmesinin Hukukî Sonuçları

Mehaz Alman hukukunda ticaret unvanının devri HGB § 23 hükmünü ihlal ediyorsa, BGB § 134 hükmü gereğince butlan yaptırımı uygulanır<sup>29</sup>. Bununla birlikte ticaret unvanının devri yükümlülüğünü içeren satın alma sözleşmesi borçlar hukuku hükümleri gereğince geçerli kabul edilir; bu durumda alıcının tazminat talep etme hakkı bulunur<sup>30</sup> (BGB § 311a, Abs. 2). Buna ek olarak, HGB § 23 hükmü ihlal edilmesine rağmen ticaret unvanı devrinin ilan edilmesi durumunda, yanlış tescil durumuna ilişkin HGB § 15, Abs. 3 hükmü uygulanabilir<sup>31</sup>; mahkeme tescil edilen unvanın iptaline ve HGB § 37, Abs. 1 gereğince unvanı kullanmayı bırakmaya mahkûm edebilir<sup>32</sup>. Bütün bu yaptırımlara karşın ticaret unvanı HGB § 23 hükmüne aykırı olarak devredilmişse, devrin geçersizliği, devralan tarafından bu unvan altında gerçekleştirilen işlemlerin hukuki geçerliliği üzerinde hiçbir etkiye sahip değildir<sup>33</sup>.

<sup>24</sup> ROTH/STELMASZCZYK, HGB § 23, N. 2.

<sup>25</sup> ROTH/STELMASZCZYK, HGB § 23, N. 2; BÖMEKE, HGB § 23, N. 10.

<sup>26</sup> STEITZ, HGB § 23, N. 3.

<sup>27</sup> Diğer örnekler için bkz. GEßLER/HEFERMEHL/HILDEBRANDT/SCHRÖDER, HGB § 23, N. 3.

<sup>28</sup> STEITZ, HGB § 23, N. 3.

<sup>29</sup> GEßLER/HEFERMEHL/HILDEBRANDT/SCHRÖDER, HGB § 23, N. 2; BÖMEKE, HGB § 23, N. 14; EMMERICH, HGB § 23, N. 2; ROTH/STELMASZCZYK, HGB § 23, N. 3.

<sup>30</sup> STEITZ, HGB § 23, N. 4; karşı BÖMEKE, HGB § 23, N. 14; EMMERICH, HGB § 23, N. 2.

<sup>31</sup> ROTH/STELMASZCZYK, HGB § 23, N. 3.

<sup>32</sup> ROTH/STELMASZCZYK, HGB § 23, N. 4; BÖMEKE, HGB § 23, N. 18.

<sup>33</sup> RUß, HGB § 23, N. 3; BÖMEKE, HGB § 23, N. 17.

Türk hukukunda ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak devredilmesi emredici bir kanun hükmü ile yasaklandığından bu yasağa aykırı davranarak ticaret unvanını devredenlerin yanı sıra, devralanların ve kullananların da cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır (TTK m. 51/3). Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 27/1 hükmü gereğince, kanunun emredici mahiyetteki hükümlerine aykırılık taşıyan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Ticaret unvanının işletmeden ayrı şekilde devrini konu alan sözleşmeler de kesin olarak hükümsüz olacaktır. Kesin hükümsüz bir sözleşmenin konusu olan ticaret unvanının devrinin sicile tescili hukuken mümkün değildir. Nitekim sicil müdürü, unvanın tescili için aranan kanuni şartları inceleyecek (TTK m. 32/1) ve tescil edilecek unvanın yanıltıcı olmaması ve kamu düzenine aykırılık ihtiva etmemesi gereklerini gözetecektir (TTK m. 32/3). Bu kurallara aykırı şekilde devredilen bir ticaret unvanı sicile tescil edilmişse, tescilin TTK m. 32/3 hükmüne uymadığını öğrendikleri hâlde düzeltilmesini istemeyenler, kusurları nedeniyle doğan zararlardan sorumlu tutulmuşlardır (TTK m. 38/2). Bununla birlikte Kanun'un emredici hükmüne aykırı şekilde ticaret unvanını devralanın bu unvan altında yaptığı işlemler, devir işleminin geçersizliğinden hukuken etkilenmeyecektir.

## **B. Ticaret Unvanının Rehin Edilmesi**

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, teslimsiz taşınır rehninin kullanılmasını yaymak, bu rehin hakkına konu olabilecek taşınır kapsamını genişletmek ve rehnin paraya çevrilmesinde farklı çözümler sunmak suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmak amacıyla 01.01.2017 tarihinde yürürlük kazanmıştır (m. 1/1). Bu özel Kanun kapsamında üzerinde rehin hakkı tesis edilebilecek taşınırlara ve özellikle ticaret unvanının rehnine geçmeden önce, genel olarak taşınır rehninden, türlerinden ve bu rehne hâkim olan esaslardan kısa da olsa bahsetmek, konu bütünlüğü adına ve taşınır rehninin işlevlerini tespit etmemizde fayda sağlayacaktır.

### **1. Taşınır Rehni (Fahrnispfand) ve Taşınır Rehnine Hâkim Olan Esaslar**

Taşınır rehni, bir alacağın ödenmesini teminat altına almak amacıyla bir taşınır eşya veya hak üzerinde tesis edilebilen ve borçlunun



borcunu ödememesi durumunda, taşınır eşya veya hakkın sahibinin katılımı olmaksızın alacaklıya rehinli taşınırı paraya çevirerek alacağına öncelikli olarak kavuşma imkânı veren bir mutlak hak olarak tanımlanabilir<sup>34</sup>.

Türk hukukunda taşınır rehni türleri, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) yanı sıra diğer kanunlarda da düzenlenmiştir. TMK'da taşınır rehni, teslimine bağlı rehin (TMK m. 939 vd.), hapis hakkı (TMK m. 950 vd.), alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehin (TMK m. 954 vd.), hayvan rehni (TMK m. 940/1), rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlara yapılan rehin (TMK m. 962 vd.) ve rehinli tahvil (TMK m. 970 vd.) şeklinde her bir türe özgü kurallar belirtilerek ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Diğer kanunlarda düzenlenen taşınır rehinleri ise sicilli teslimsiz taşınır rehni ve sicilsiz teslimsiz taşınır rehni olarak iki ayrı başlıkta ele alınmaktadır<sup>35</sup>. Sicilli teslimsiz taşınır rehninde sicile yapılacak tescil, taşınır zilyetliğinin devrinin yerine geçer. Bu suretle uygulamada, bilhassa kredi işlemlerinde, teslimine bağlı taşınır rehninde söz konusu olan, borçlunun zilyetliği alacaklıya devretmesi durumunda taşınırdan faydalanamama tehlikesi engellenir ve alacaklının da rehin konusunu saklama yükümlülüğü ortadan kalkar<sup>36</sup>. Sicilli teslimsiz taşınır rehni türleri, TİTRK'de düzenlenen ticari işlemlerde taşınır rehni, gemi rehni (TTK m. 1012 vd.), hava aracı ipoteği, maden işletme hakkının ve maden cevherinin rehni olarak sayılabilir. Aleniyetten yoksun olan sicilsiz teslimsiz taşınır rehni kapsamına ise 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da düzenlenen bazı müesseselerin işletilmesinden doğan kamu borçlarına karşı bu yerlerdeki eşya üzerinde tesis edilen rehin hakkı (m. 12) ile 1581 sayılı Tarım Kredi

<sup>34</sup> Aynı hakkın sadece eşya üzerinde kurulabilmesi, rehin hakkının alacaklar ile diğer haklar üzerinde de tesis edilebilmesi dikkate alındığından taşınır rehninin "mutlak hak" olarak nitelendirildiği bir tanım için bkz. **NOMER**, Halûk Nami/**ERGÜNE**, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, İstanbul 2020, s. 380, N. 1166.

<sup>35</sup> **NOMER/ERGÜNE**, s. 383, N. 1177.

<sup>36</sup> **NOMER/ERGÜNE**, s. 383, N. 1179; **OZANOĞLU**, Hasan Seçkin, "Türk Medeni Kanunu'nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2001, s. 5, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48135/608836> (Erişim Tarihi: 29.02.2024).

Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu'nda kabul edilen kooperatif ortaklarının kredileri için gösterdikleri ürünleri, hayvanları, makineleri üzerindeki kooperatifler için tanınan mutlak rehin hakkı (m. 13) girer<sup>37</sup>.

Taşınır rehni, alacaktan bağımsız olmayan fer'î bir haktır<sup>38</sup>. Rehni hakkı konusunun ve rehniyle teminat altına alınan alacağın belirli veya belirlenebilir olması gerekir<sup>39</sup>. Taşınır rehnine hâkim olan bir diğer esas, kamuya açıklıktır. Bu kural gereğince aleniyeti sağlamak için teslimine bağlı taşınır rehninde taşınırın dolaysız zilyetliği rehni hakkı sahibine veya yediemine verilmeliyken, sicilli teslimsiz taşınır rehninde kural olarak ilgili sicile yapılacak tescil kurucu nitelik taşıır<sup>40</sup>. Çalışmamız kapsamındaki ticari işlemlerde taşınır rehni de aleni nitelikteki rehni taşınır siciline tescil suretiyle kurulur (TİTRK m. 4/1 ve m. 8). Taşınır rehninde iyi niyetli kazanım kimi hallerde tanınmış olsa da sicile güvenerek alacaklının iyi niyetle rehni hakkını kazanması, ticari işlemlerde taşınır rehni kapsamında kabul edilmemiştir<sup>41</sup>. Alacaklı, alacağına tamamen kavuşmadıkça rehni konusu taşınırı kısmen geri vermekle yükümlü değildir (TMK m. 944/2). Bir taşınır üzerinde birden çok rehni hakkı kurulmuş ise rehni hakkının sırasında kuruluş tarihi belirleyicidir (TMK m. 948/2). Ticari işlemlerde taşınır rehni kapsamında kurulan rehni de öncelik hakkı, derece sırasının belirtilmediği

<sup>37</sup> NÖMER/ERGÜNE, s. 386, N. 1183.

<sup>38</sup> OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2018, s. 1014, N. 3606; SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2023, s. 915.

<sup>39</sup> Rehni konusu taşınır eşyanın rehni sözleşmesinde belirlenebilir şekilde gösterilebileceği yönünde bkz. SİRMEN, s. 918. Alacak miktarının, en geç rehni paraya çevrilirken belirlenmesi yeterlidir (Bkz. SİRMEN, s. 919; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 1020, N. 3638; NÖMER/ERGÜNE, s. 391-392, N. 1197; ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara 2019, s. 591).

<sup>40</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 1015, N. 3615, 3625; NÖMER/ERGÜNE, s. 393, N. 1200.

<sup>41</sup> NÖMER/ERGÜNE, s. 397, N. 1209; SİRMEN, s. 908. Bununla birlikte bir taşınırın rehni olduğunu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen iyiniyetli üçüncü kişinin iyiniyeti korunmuştur (TİTRK m. 7/3). Bu hükümle rehni taşınır sicilinin açıklığının işlevsiz kıldığı yönünde bkz. SİRMEN, s. 909. Aynı yönde bkz. NARBAY, Şafak/YILDIZ, M. Enes, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde Ticari İşletme Rehninde "Rehni Taşınır Sicili"nin Diğer Sicillerle İlişkisi Üzerine Değerlendirme", BATİDER, C. XXXIV, Sa. 4, 2018, s. 43.

durumda rehnin kuruluş anına göre belirlenir. Derece belirtilmiş ise, derece sırası dikkate alınır (TİTRK m. 11/1). Son olarak Kanun'da, borcun ifa edilmemesi halinde rehin konusu taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesine ilişkin önceden yapılan anlaşmalar yasaklanmıştır (*lex commissoria*) (TMK m. 949).

## 2. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Taşınır Rehni ve Rehne Konu Olabilecek Taşınırlar

Ticari işlemlerde taşınır rehninde de alacağa bağlılık (fer'îlik), belirlilik<sup>42</sup>, kamuya açıklık, rehin yükünün bölünmezliği<sup>43</sup> (TMK m. 944/2) esasları kural olarak geçerlidir. Bunun yanı sıra, Türk hukukunda taşınır rehninde kabul edilen temel kural, teslimine bağlı rehindir. Bununla kastedilen, rehne konu taşınırın alacaklıya veya yediemine teslim edilmesiyle rehin hakkının kurulması; taşınırın fiilen rehin verenin hakimiyetinde kaldığı sürece rehin hakkının doğmamasıdır<sup>44</sup>. Zilyetliğin devri şartı, rehnin kurulmasında aleniyeti sağlayan kurucu bir şarttır. Bununla birlikte kredi işlemlerinde krediyle satın alınacak taşınırın rehin olarak gösterilmesi gerektiğinde teslimine bağlı taşınır rehninin hem kredi

<sup>42</sup> Kanun'da belirtilen ve üzerinde rehin kurulabilecek taşınırlardan sarf malzemeleri, stoklar, hammadde, ağaçlar gibi bazı taşınırların ayırt edici özellikleri ile belirtilmesinde yaşanabilecek güçlükler dikkate alındığında, rehin konusu yönünden belirlilik esasının bu taşınırlar açısından uygulanamaz duruma gelebileceği yönünde bkz. **BAYDAK**, Ercin, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, İstanbul 2018, s. 36. Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik m. 9/2 gereğince, taşınırın ayırt edici özellikleri mevcut değilse genel olarak belirlenmesine yarayan niteliklerin rehin sözleşmesinde yer alacağı; örneğin, hammadde rehnedilmek istendiğinde, ağırlığı, uzunluğu, oluştuğu madde, kökeni ya da bulunduğu yerin yazılarak rehin konusunun belirlenebileceği yönünde bkz. **ÖCAL APAYDIN**, Bahar, "6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Aynı Alacağa Teminat Teşkil Etmek Üzere Birden Çok Taşınırın Rehin Hakkına Konu Olması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2020, s. 275.

<sup>43</sup> TİTRK m. 5/6 hükmü gereğince rehin hakkı, birden fazla taşınır üzerinde kurulabilir. Bu durumda, TİTRK m. 18 hükmünde öngörülen atıfla TMK m. 855 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle kural olarak rehnin, birden çok taşınır üzerinde teminat yükü paylaşılarak oluşturulduğu; teminat yükü bölünmeden kurulan rehnin ise istisna olduğu yönünde bkz. **ÖCAL APAYDIN**, s. 276.

<sup>44</sup> **OĞUZMAN/ SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 1025, N. 3657; **OZANOĞLU**, s. 4; **NOMER/ERGÜNE**, s. 401, N. 1218; **SİRMEN**, s. 923-924; **ESENER/GÜVEN**, s. 597; **AKÇAAL**, Mehmet, Eşya Hukuku, Ankara 2023, s. 839-840.

veren hem de rehin borçlusu açısından işlevsel olmadığı açıktır<sup>45</sup>. İhtiyaçlar çerçevesinde, sicilin aleniyeti sağlama fonksiyonu da dikkate alınarak TMK m. 940/2 hükmüyle sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde zilyetlik devredilmeden de rehin kurulması imkânı tanınarak sicilli teslimsiz taşınır rehni Türk hukukunda kabul edilmiştir<sup>46</sup>. Anglo-amerikan etkisi altındaki uluslararası eğilimlerde de teslim bağı taşınır rehni ilkesinden (Faustpfandprinzip) giderek vazgeçildiği görülmüştür<sup>47</sup>.

Bu eğilim ticari işlemlerde taşınır rehni kapsamında da görülmüş; TİTRK teslimsiz taşınır rehin hakkının yaygınlaştırılması gayesiyle 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylece Kanun'da sayılan taşınır varlıklar teminat gösterilirken aleniyet tanınmış bir sicile yapılacak tescil ile kurulacak rehin hakkı ile kredi alma imkânı da kolaylaştırılmıştır<sup>48</sup>. Ticari işlemlerde taşınır rehminin konusunu ticari işletme, esnaf işletmesi, bu işletmelerin mevcut veya müstakbel taşınır varlıkları, bu varlıkların getirileri oluşturur (TİTRK m. 5/1,2,3,4).

Kanununun 5. maddesinde rehne konu olabilecek taşınır varlıklar "*benzeri her türlü taşınır varlık ve hak*" denilmek suretiyle örnek kabilinden ayrıntılı şekilde belirtilmiştir<sup>49</sup>. Bu kapsamda üzerinde rehin tesis edilebilecek unsurlar arasında "*ticaret unvanı*" ve "*işletme adı*" açıkça sayılmıştır. Ticaret unvanı sadece tacirler tarafından kullanılabilceğinden ticaret unvanı sadece tacirler tarafından ticari

<sup>45</sup> OZANOĞLU, s. 5; ESENER/GÜVEN, s. 615.

<sup>46</sup> OZANOĞLU, s. 3; ÇEKİN, Mesut Serdar, "Das neue türkische Gesetz über Mobiliarpfandrechte bei Handelsgeschäften", Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW) 2017, s. 494; NÖMER/ERGÜNE, s. 428, N. 1304.

<sup>47</sup> Bu bağlamda Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası'nın 25 Mart 1994 tarihli Model Kanunu (Modellgesetz für Sicherungsgeschäfte der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung-MGSG) ile 2016 tarihli UNCITRAL Model Kanununu (UNCITRAL Model Law on Secured Transactions) zikreden bir çalışma için bkz. ÇEKİN, s. 493.

<sup>48</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 1008, N. 3592.

<sup>49</sup> Teminat hakkının işlevsel yaklaşımı takip edilirse, tanının her türlü teminat aracını kapsayacak şekilde genel tutulacağı; taşınır ve taşınmaz mal ayrımı ve tutulan siciller dikkate alındığında teminatın işlevsel yaklaşımının takip edilmesinin zor olacağı; Türk Medeni Kanunu'ndaki taşınır belirlemesinin TİTRK'nin amacına hizmet etmekten uzak olduğu; Türk kanun koyucusunun bu dilemmayı, üzerinde rehin tesis edilebilecek taşınırları açıkça listeleterek çözdüğü yönünde bkz. ÇEKİN, s. 496.

işlemlerde taşınır rehnine konu edilebilecektir<sup>50</sup>. Hükmün 2. fıkrasında, ticari işletmenin bir bütün olarak rehn edilmesi halinde, rehin kurulurken işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş her tür varlığın rehin kapsamına gireceği hükme bağlanmıştır; aynı hükmünde, diğer taşınırların borcu karşılamaya yeterli gelmesi hâlinde işletmenin tamamen rehin konusu yapılamayacağı açıkça ifade edilmiştir<sup>51</sup>. Böylece aceleli kararlara dayanarak ticari işletmenin tamamının rehin konusu yapılması engellenmek istenmiştir<sup>52</sup>. Bu düzenlemeler çerçevesinde TİTRK kapsamında ticaret unvanının, ait olduğu ticari işletmeden bağımsız olarak, münferiden rehin edilebileceği sonucuna ulaşılabilir<sup>53</sup>. İşletme adının devri konusunda ise TTK m. 49 hükmüne benzer bir yasaklayıcı düzenleme öngörülmediğinden, işletme adının rehnine çalışmamız kapsamında ayrıca temas edilmemiştir.

### 3. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Borcun Zamanında İfa Edilmemesinin Hukuki Sonuçları

<sup>50</sup> BAYDAK, s. 111.

<sup>51</sup> Buna karşılık Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik m. 17/3 hükmünde, rehinli taşınır varlıkların borcun tamamına ek olarak beşte birinden daha fazlasını karşılaması durumunda, işletmelerin tamamı üzerinde rehin kurulamayacağı belirtilmesi, rehinli alacaklı lehine olsa da normlar hiyerarşisine aykırı olduğu yönünde bkz. KARA, Burak, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Sona Ermesi, 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 25. Aynı yönde bkz. GÖLE, Celal/AYDOĞAN, Gökhan, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", BATİDER, C. XXXIII, Sa. 1, 2017, s. 29. Kanunda öngörülen şartı, Kanuna aykırı olarak esneten Yönetmeliğin bu hükmünün uygulanabilir olmadığı yönünde bkz. ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s. 232.

<sup>52</sup> ÇEKİN, s. 496.

<sup>53</sup> ŞENOCAK, Kemal/KAHRAMAN, Zafer/TUNCER KAZANCI, İdil/ÖCAL APAYDIN, Bahar, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Ankara 2019, s. 66. Karş. KÖROĞLU ÖLMEZ, Belin, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni", TBB Dergisi, S. 129, 2017, s. 273. Borcun zamanında ödenmemesi durumunda, ticaret unvanının kayıtlı olduğu sicile bildirim suretiyle alacaklıya devrin gerçekleştirilebileceği; borçlunun kendisinin de icra emrini aldıktan sonra devir işlemini ilgili sicilde gerçekleştirebileceği yönünde bkz. TUNCER KAZANCI, İdil, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Rehinlerde Rehinli Alacaklının Tatmin Edilmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2019, s. 84.

Borçların zamanında ifa edilmemesi durumunda alacaklı, TİTRK m. 14 hükmünde açıkça belirtilen hukuki yollara başvurabilir. Bu bağlamda derece sisteminde alacaklı ilk sırada yer alıyorsa, İcra ve İflas Kanunu m. 24 hükmü uyarınca, rehnedilen taşınırın mülkiyetinin kendisine devredilmesini icra dairesinden talep edebilir<sup>54</sup>. Birinci derece alacaklı olmamakla birlikte alacağı daha önce muaccel olan bir alacaklının bu talepte bulunup bulunamayacağı ise belirsizdir. Yine birden fazla rehinli alacaklının bulunmadığı bir durumda da tek başına rehinli alacaklı olan kişinin de rehin konusu taşınırın mülkiyetinin devrini talep edip edemeyeceği hususunda bir açıklık yoktur<sup>55</sup>.

Bunlara ilave olarak borcun vadesinde ifa edilmemesi durumunda birinci derece alacaklı, rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini icra dairesinden talep edebilecektir<sup>56</sup> (TİTRK m. 14/1-a). Bu uygulamanın taşınır rehninde kabul edilen *lex commissoria* yasağına istisna teşkil edip etmediği öğretide tartışmalıdır<sup>57</sup>. Hüküm incelendiğinde, rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep etme yetkisinin, birinci derece alacaklıya borcun ifa edilmemesi şartıyla tanınmış bir yetki olduğu ve taşınır mülkiyetinin otomatik bir geçişinin söz konusu olmadığı; bunun yerine icra dairesinden talep edileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Bununla

<sup>54</sup> Alt derecedeki alacaklının alacağının önce muaccel olması durumunda onun da devir talebinde bulunabileceği yönünde bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 1011, dpn. 14 g.

<sup>55</sup> Mümkün olduğu yönünde bkz. KARA, s. 90.

<sup>56</sup> Hükümün eleştirisi için bkz. GÖLE/AYDOĞAN, s. 45-46.

<sup>57</sup> Bu uygulama kanun hükmüne dayandığından *lex commissoria* yasağı kapsamında yer almadığı yönünde bkz. SİRMEN, s. 928, dpn. 467; NARBAY/YILDIZ, s. 44, dpn. 19. Mülkiyetin devrini isteme hakkının alacak muaccel hale geldikten sonra söz konusu olduğundan *lex commissoria* yasağının istisnasının bulunmadığı yönünde bkz. AKÇAAL, Eşya Hukuku, s. 842, dpn. 562. Kanundan doğan bu talebin *lex commissoria* yasağının kanuni bir istisnası olduğu yönünde bkz. ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 145. *Lex commissoria* yasağının önemli bir istisnası olduğu yönünde bkz. ÇEKİN, s. 500. Rehlinli alacaklıya tanınan bu hakkın *lex commissoria* yasağına aykırı bulunmadığı, Kanunla öngörülmuş bir istisna da olmadığı, zira bu yasağın kapsamına dahil olmadığı yönünde bkz. MAKARACI BAŞAK, Aslı, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu *Lex Commissoria* Anlaşması Yasağına İstisna Getirip Getirmediği Konusu Üzerine Bir Değerlendirme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10 (2), 2019, s. 755.

birlikte rehinli alacaklı, rehin konusunun satışından elde edilecek gelirle tatmin edilmek zorunda değildir; aksine doğrudan rehin konusu taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebilecektir<sup>58</sup>. Bu yönüyle bir imkân olarak mülkiyeti devir talebinin, *lex commissoria* yasağının (TMK m. 949) kanuni bir istisnası olduğu kanaatindeyiz. Kanun koyucu bu istisnayı düzenlerken *lex commissoria* yasağının rehin verenin sömürülmesini önleme amacına hizmet edecek şekilde<sup>59</sup>, borçlunun temerrüde düşmesi sonrasında sahip olunacak hakların kullanımında, alacaklının talebi üzerine, sulh hukuk mahkemesince taşınırın değerinin ekspertiz hizmeti veren kişilere tespit ettirileceğini düzenlemiştir (TİTRK m. 13/2). Diğer yandan rehinli taşınırın, ekspertiz tarafından tespit edilen değerinin, alacaklının alacağından daha fazla olması durumunda, aradaki farktan birinci derece alacaklı ile rehin verenin müteselsilen sorumlu olacağı da öngörülmüştür (TİTRK m. 14/1-a).

Diğer bir imkân olarak alacaklı, alacağını, 5411 sayılı Kanun gereğince faaliyette bulunan varlık yönetim şirketlerine<sup>60</sup> devredebilir (TİTRK m. 14/1-b). Buna karşılık, ticari işlemlerde taşınır rehinde temerrüt sonrası rehin ilişkisinin taraflarının hak ve yükümlülüklerine ilişkin kuralları düzenlemek amacıyla 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik) m. 41/1 hükmünde, mülkiyeti devralma yetkisi bulunan alacaklının, yani birinci derece alacaklının alacağını varlık yönetim şirketlerine devretmesinden söz edilmiştir. Buna ek olarak birinci derece alacaklının sadece varlık yönetim şirketlerine değil; üçüncü kişilere de alacağını devredebileceği hükme bağlanmıştır<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> ÇEKİN, s. 500.

<sup>59</sup> Aynı yönde bkz. KARA, s. 87.

<sup>60</sup> Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları ile Devralınacak Alacaklara İlişkin İşlemler Hakkında Yönetmelik m. 3/1-ö hükmü gereğince, varlık yönetim şirketi, "kaynak kuruluşların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılması amacıyla yönelik olarak faaliyet göstermek üzere Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine göre izin alarak kurulan şirketleri" ifade eder.

<sup>61</sup> İrade serbestisi ilkesi gereği olduğu yönünde bkz. KARA, s. 91.

Zilyetliği devredilemeyen taşınırlarda kiralama ve lisans hakkı da kullanılabilir (TİTRK m. 14/1-c). Yönetmelik m. 41/2 hükmü gereğince ise kiralama ve lisans hakkını alacaklı doğrudan kendisi kullanabilir ya da üçüncü kişilere kullandırtabilir. Bu işlemler neticesinde ele edilecek gelir borca yetecek düzeye ulaşınca kiralama ve lisanslama hakkı sona erer.

Rehinli alacaklı genel hükümlere göre takip de yapabilir<sup>62</sup> (TİTRK m. 14/1-ç). Yönetmelik m. 41/3 hükmü gereğince, yukarıda yer verilen seçimlik yetkiler genel hükümlere göre takip yapılmasına engel değildir. Dolayısıyla kanun koyucu, alacaklının kendisine tanınan haklardan uygun olan dilediği hukuki yola başvurmasına müsaade etmiştir. Yönetmelik'te ise, hüküm bulunmayan hallerde TMK'nin taşınmaz rehni hükümleri ile İİK'nin ipoteğin paraya çevrilmesi hakkında öngördüğü düzenlemelerin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir<sup>63</sup> (m. 42).

İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 23/1, b. 2 hükmü gereğince taşınır rehni, "*ticarî işletme rehnini*" de kapsar. Rehn edilen taşınırı paraya çevirme yetkisi ikincil nitelik taşıdığından, rehinle temin edilen alacak sona ermemiş ve muaccel olmuş fakat ödenmemişse rehinli alacaklı paraya çevirme yetkisini kullanabilecektir<sup>64</sup>.

#### 4. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehnin Sona Ermesi

Ticari işlemlerde taşınır rehninin sona ermesi konusunda TİTRK m. 15 hükmünde, alacağın son bulması nedeniyle rehnin sona ermesi ele alınmıştır. Alacağın sona ermesi dışındaki sona erme sebeplerine ise Yönetmelik'te yer verilmiştir. Buna göre, ticari işlemlerde taşınır rehni, bir süre belirlenmişse bu sürenin sona ermesi, rehnin terkin edilmesi veya rehinli taşınır varlığın tamamen yok olmasıyla sona erer (Yönetmelik m. 22/1). Yönetmeliğin 28'inci maddesinde, rehinli taşınırın mülkiyetinin

<sup>62</sup> Genel hükümler ile kastedilenin, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip hükümleri olduğu yönünde bkz. ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 183; TUNCER KAZANCI, s. 76; KARA, s. 94.

<sup>63</sup> İpoteğin paraya çevrilmesi hakkındaki hükümler arasında, rehinli alacaklıya taşınmaz mülkiyetinin devredilmesine ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı yönünde bkz. TUNCER KAZANCI, s. 84, dpn. 66.

<sup>64</sup> NOMER/ERGÜNE, s. 458, N. 1382. Paraya çevirmede taşınır rehninde takip edilen usulün uygulanacağı yönünde bkz. ESENER/GÜVEN, s. 631.



veya zilyetliğinin devrinin, aksi öngörülmedikçe, güvencede bir değişiklik meydana getirmeyeceği hükme bağlanmış olduğundan, mülkiyet veya zilyetliğin devrinin de rehni sona erdireceği kararlaştırılabilecektir<sup>65</sup>.

### III. TİCARİ İŞLETMEDEN BAĞIMSIZ OLARAK DEVREDİLEMİYEN TİCARET UNVANININ TİCARİ İŞLETMEDEN BAĞIMSIZ OLARAK REHNEDİLMESİ SORUNU

Ticaret unvanının ticari işletmeden bağımsız şekilde devrini yasaklayan TTK m. 49/1 hükmü, ticaret unvanının ticari işletmeden ayrı olarak, münferiden rehnedilebileceğini öngören TİTRK m. 5/1-k ve m. 5/2 hükümleriyle uyum içerisinde değildir<sup>66</sup>. Mülga 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu (TİRK) m. 3 hükmü gereğince ticaret unvanı, ticari işletme rehni kapsamında yer aldığından TTK m. 49 hükmüne aykırı bir durum söz konusu değildir<sup>67</sup>. TİTRK hükümleri dikkate alındığında, ticari işletmeden bağımsız şekilde devre konu olması TTK'da emredici şekilde yasaklanmış ticaret unvanının, ticari işletmeden ayrı şekilde rehin edilip edilemeyeceği; alacağa kavuşulmasını ne şekilde sağlayabileceği ve bu hususta kanun koyucunun sonraki tarihli özel bir kanunla istisna tanımak isteyip istemediği konularında belirleme yapılması pratik bir gerekliliktir. Bu amaçla sorun, rehlin ve ticaret unvanının işlevleri, temerrüt sonrası haklar, alt rehin ve art rehin kurma hakları açısından ele alınmıştır.

#### A. Rehlin ve Ticaret Unvanının İşlevleri Açısından Konunun Değerlendirilmesi

Rehin, bir alacağın ödenmesini güvence altına almak amacıyla kurulan ve rehin alana belirli koşullar altında rehin konusunu paraya

<sup>65</sup> KARA, s. 36.

<sup>66</sup> Aynı yönde bkz. GÖLE/AYDOĞAN, s. 24, dpn. 38. Bu yönde ve TİTRK hükümleri ile temlike elverişli ferdan belirlenmiş taşınırın TMK sistematığında rehne konu olması ilkesinin, rehin konusu olan taşınırın temlike elverişli olması şeklinde tersine çevrildiği yönünde bkz. ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 92.

<sup>67</sup> Rehni sözleşmesinin taraflarının, ticaret unvanının rehlin kapsamı dışında olacağını kararlaştıramayacakları yönünde bkz. KARABEL, E. Gökçe, Ticari İşletme Rehni Paraya Çevrilmesi, Ankara 2011, s. 64.

çevirtip alacağını isteme yetkisi veren fer'i bir aynı haktır<sup>68</sup>. Rehin hakkının konusu, devredilebilir olmaları koşuluyla her türlü hak olabilir<sup>69</sup>. Bu tanımdan yola çıkarak rehni karakterize eden üç unsur şu şekilde ortaya konulabilir<sup>70</sup>: İlki sınırlı aynı hak olarak rehin hakkının rehinli alacaklıya, diğer alacaklılara nazaran imtiyazlı bir hak bahşetmesi, ikincisi fer'i niteliği, üçüncüsü de rehinli alacaklının, rehinli taşınır paraya çevirme hakkıdır.

Bir taşınırın, alacağın veya hakkın rehin işlemine konu olması, rehinin işlevi ve rehinli alacaklıyı koruma amacı dikkate alındığında bağımsız bir biçimde devre elverişli olmasını gerektirir<sup>71</sup>. Aksi halde rehinden beklenen ve asıl alacağı kavuşmak amacıyla rehinin paraya çevrilmesi süreci işletilemez. Kamu hukukuna ilişkin yasaklar nedeniyle devredilemeyen taşınırın rehni, konusu imkânsız olduğundan geçerli değildir<sup>72</sup>. Bu durumda devredilerek paraya çevrilemeyecek bir taşınırın rehni, rehin hakkının özüne aykırı olacaktır<sup>73</sup>.

Ticari işletmeden bağımsız şekilde devredilemeyen ticaret unvanının TİTRK hükümleri kapsamında rehin edilip edilemeyeceği konusunda öğretilerde bir görüş<sup>74</sup>, TTK m. 11/3 hükmü ile TTK m. 49 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi neticesinde ticaret unvanının devir dışında kalabilse de tek başına devrini ortaya koymadığını ve bu yönüyle ticaret unvanının bağımsız olmadığını; münferiden rehne konu olabilecek varlıkların bağımsız olarak devredilebilen ve paraya çevrilebilen değerler olması gerektiğini; bu gerekçelerle ticaret unvanının

<sup>68</sup> FUCHS, Julian, Pfandrecht, Weber kompakt, Rechtswörterbuch, Weber, Klaus (Editör), 2023, <https://beck-online.beck.de/> (Erişim Tarihi: 12.02.2024).

<sup>69</sup> FUCHS, Pfandrecht, <https://beck-online.beck.de/> (Erişim Tarihi: 12.02.2024).

<sup>70</sup> SCHÄFER, Frank L., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina (Editörler), München 2023, BGB § 1204, N. 1.

<sup>71</sup> MAKARACI BAŞAK, Aslı, Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014, s. 41.

<sup>72</sup> MAKARACI BAŞAK, Taşınır Rehni, s. 44.

<sup>73</sup> MAKARACI BAŞAK, Taşınır Rehni, s. 66.

<sup>74</sup> ANTALYA, Gökhan/ ACAR, Faruk, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, İstanbul 2017, s. 76-77.

rehin konusu yapılamayacağını ifade etmiştir. Bir diğer görüş<sup>75</sup>, ticaret unvanının TİTRK m. 14 hükmü gereğince devri talep edilemese de kiralama ve lisans hakkının kullanılabilceğini; bu gerekçeyle işletmeden ayrı şekilde rehin konusu yapılabileceğini savunur. Bir başka görüş<sup>76</sup> ise ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak rehin verildiği durumda, borcun ödenmemesi ihtimalinde ticaret unvanının tek başına paraya çevrilmesinin TTK m. 49 hükmüne aykırı olacağını; bu halde alacaklının temerrüt durumunda kullanabileceği haklarından rehnin paraya çevrilmesi dışında kalan diğer bir yola başvurmasının gerekeceğini ifade eder.

Kanaatimizce kanun koyucu, sonraki tarihli özel bir kanun olan 6750 sayılı TİTRK'in m. 5/1-k hükmü ile ticari işletmeden bağımsız şekilde ticaret unvanı üzerinde rehin hakkının kurulmasına açıkça izin vermiştir. Bununla birlikte önceki tarihli genel Kanun olan 6102 sayılı TTK ile ticaret unvanının ticari işletmeden bağımsız şekilde devrinin emredici şekilde yasaklandığı ve bu yasağın ihlal edilmesi durumunda ise hapis veya adli para cezası uygulanacağı öngörülmüştür. Her ne kadar emredici bir hükümle ticaret unvanının bağımsız şekilde devri yasaklanmış olsa da sonraki tarihli özel bir Kanun ile ticaret unvanı üzerinde işletmeden bağımsız şekilde rehin kurulmasına izin verilmiş olduğundan ve kamu hukukuna ilişkin bir yasaktan da söz edilemediğinden, kurulacak rehnin konusunun imkânsız olmayacağı açıktır. Buna karşılık ticaret unvanının devrini düzenleyen TTK m. 49 hükmünün mehzazı olan Alman hukukunda, ticaret unvanının mutlak bir hak olmasına rağmen, işletmeden ayrılamadığı için bağımsız şekilde rehnedilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>77</sup>. Bu kabul, devri kabil olmayan bir değer rehninin

<sup>75</sup> **ARVAS**, Mehmet Mücahit, 6750 Sayılı Kanuna Göre Rehne Konu Olabilecek Taşınır, Ankara 2017, s. 45. Aynı yönde olmak üzere, kiralananabilecek ya da lisans konusu yapılabilecek malların zilyetlik devrine müsait olmayan mallar olduğu ve bunlar arasında da ticaret unvanının yer aldığı yönünde bkz. **HASIRCI**, Hakan, "6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun İcra ve İflâs Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *BATİDER*, C. XXXIII, S. 2, 2017, s. 260.

<sup>76</sup> **KARA**, s. 24. Ortaya çıkan tutarsızlığın eleştirilebileceği yönünde bkz. **HAZIROĞLU**, Elif Cemre, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda Sicilli Taşınır Varlıkların Durumu ve Ticari İşletme Rehninin Bunlar Üzerindeki Etkileri", *BATİDER*, C. XXXIII, S. 2, 2017, s. 195.

<sup>77</sup> **RUß**, HGB § 17, N. 15.

alacaklıyı tatmin etme işlevini yerine getirmeyeceğinden hareket ederek baştan rehin işlemine uygun olmayacağını ifade eder.

Türk kanun koyucusu, Kanun'un gerekçesinde ifade etmese de TİTRK hükümlerini ihdas ederken UNCITRAL Teminatlı İşlemler Model Kanunu'ndan (Model Law on Secured Transactions) esinlenmiştir<sup>78</sup>. Nitekim Model Kanun, taşınır varlıklar üzerindeki teminat haklarına uygulanmakta (m. 1-1), taşınır varlık, taşınmaz mallar dışındaki maddi veya maddi olmayan varlıklar anlamına gelmekte (m. 2-u) ve rehinli alacaklının rehin konusunun mülkiyetini talep etme yetkisi bu Kanun'da düzenlenmektedir (m. 80 vd.). Model Kanun'un m. 1-3 hükmünde, Devlet'in fikri mülkiyet ile ilgili kanunu ile uyumsuz olduğu sürece Model Kanun'un fikri mülkiyet üzerindeki teminat hakkına uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Fikri mülkiyet üzerindeki teminat hakkının uygulanmasında geçerli olan kanunun, teminat verenin bulunduğu Devlet kanunu olduğu da ayrıca hükme bağlanmıştır (m. 99-3). Model Kanun'daki bu belirlemelere rağmen Türk kanun koyucusu, KOBİ'lerin finansmana erişimini kolaylaştırmak ve ülke ekonomisinin büyümesi gayelerine öncelik tanıyarak üzerinde rehin tesis edilebilecek taşınır varlık kapsamını genişleterek TİTRK kapsamında ticari işletmeden bağımsız şekilde ticaret unvanının rehin edilebileceğini hükme bağlamıştır (m. 5/1-k).

Taşınır rehnine konu olabilecek varlıkların bağımsız şekilde devredilebilir olması ve dolayısıyla alacaklının alacağına kavuşmasını sağlayabilmesi, rehnin alacaklıyı tatmin etme işlevinin, rehnin özüne uygunluğun bir gereğidir. Diğer yandan ticaret unvanının, taciri diğer tacirlerden ayırt etme, garanti ve reklam fonksiyonları ile ticaret hayatını düzenleme işlevi göz ardı edilemez. Bu amaçla mehz Alman hukukundan iktibas edilen ticaret unvanının ticari işletmeden bağımsız şekilde devredilememesi yönündeki emredici kurala uyulmasının gerekli

---

<sup>78</sup> MAKARACI BAŞAK, *Lex Commissoria*, s. 746. UNCITRAL tarafından çıkartılan model kanunların, ulusal kanun yapıcılarının iç mevzuatlarının bir parçası haline getirebilecekleri tavsiye niteliği taşıyan modeller olduğu yönünde bkz. ELMAS, Ömer, "Türk Hukukundaki Mevduat Rehnine, Teminat İşlemleri İçin Uncitral Model Kanun Açısından Bir Bakış", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), 2018, s. 192.

olacağı; aksi durumda yaptırımlarla karşılaşılacağı da açıktır. TİTRK m. 5/1-k hükmünde ise hem rehnin açıklanan özünün hem de ticaret unvanının temel işlevlerinin ortadan kalkmasına yol açabilecek bir hukuki yol öngörülmüştür. Kanaatimizce, TİTRK m. 5/1-k hükmü uygulanabilir ancak tacirler arasında tercih edilmeyecek bir yasal düzenleme olarak kalacaktır. Zira ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi beklenen tacirin (TTK m. 18/2), ticari işletmeden bağımsız şekilde devre konu olamayacak bir unsuru rehin konusu yapması da beklenmeyecektir. Bunun yerine, rehin konusu olarak ticari işletmenin diğer unsurlarını ya da şartları varsa mülga TİTRK döneminde alıştığı usul olan ticari işletmenin tamamı üzerinde rehin kurma yolunu tercih edecektir. Bu tespite ilave olarak, ticaret unvanının ticari işletmeden bağımsız şekilde rehnedilmesine sonraki tarihli özel bir Kanunla izin verildiği göz önüne alındığında, rehinli ticaret unvanı paraya çevrilemeyecek olsa ve bu gerekçeyle rehin konusu olarak tercih edilmeyeceği düşünülse de hükmün ne şekilde fayda sağlayabileceğinin ayrıca tespit edilmesi gereklidir.

## **B. Temerrüt Sonrası Haklar Açısından Konunun Değerlendirilmesi**

Ticaret unvanı üzerinde TİTRK kapsamında rehin tesis edildiği ihtimalde, borcun vadesinde ifa edilmemesi durumunda birinci derece alacaklı rehinli ticaret unvanının mülkiyetinin devrini TTK m. 49, m. 51/3 hükümleri karşısında talep edemeyecektir. Zira emredici bir kanun hükmüne aykırı olan bu talep, hukuken himaye görmeyecektir. Alacaklı alacağını varlık yönetim şirketlerine devretmek isterse bu şirketler, alacaklının rehin sırasıyla rehin hakkına sahip olurlar (TİTRK m. 14/1-b).

Ticaret unvanının işletmeden bağımsız şekilde rehin konusu olup olamayacağına ilişkin öğretici görüşleri arasında, zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklardan ticaret unvanının kiralama ve lisans hakkı konusu olabileceği yönündeki görüşe yer verilmiştir. Ticaret unvanının ticari işletmeden bağımsız şekilde devrini yasaklayan kanun koyucunun amacı, ticaret unvanının içi boş şekilde devrini engellemek; ticari işletme ile ticaret unvanının ayrılmasına mâni olarak kamuoyunda ticaret unvanının yanıltıcı şekilde kullanılması ihtimalini ortadan kaldırmaktır. Şayet ticaret unvanının işletmeden bağımsız şekilde lisans veya kira

konusu yapılabileceği kabul edilirse kanaatimizce bu, ticaret unvanının devrine ilişkin yasaklayıcı hükmü dolanmak anlamını taşıyacaktır. Ticaret unvanının düzenleyici işlevini ortadan kaldıracak şekilde ticaret unvanı üzerinde işletmeden bağımsız şekilde kiralama ve lisans hakkının kullanılabilmesi kanaatimizce mümkün olmamalıdır.

Nihayet genel hükümler çerçevesinde takip yapılabilir; ancak bu durumda da TTK m. 49 ve m. 51/3 hükümleri gereğince paraya çevirme ve devir engeli tekrar karşımıza çıkacaktır.

### **C. Art ve Alt Rehin Kurma Hakları Açısından Konunun Değerlendirilmesi**

Taşınır rehninde malik, TMK m. 941 hükmü gereğince, alacağı ödendiğinde rehin konusu taşınırın sonraki alacaklıya teslim edilmesinin rehinli alacaklıya yazılı şekilde bildirilmesi şartıyla taşınırı üzerinde art rehin kurabilir. TİTRK m. 4/7 hükmünde de kanun koyucu, rehin konusu taşınırın art rehne konu edilmesini sınırlayan kayıtların geçersiz olacağını ifade ederek art rehin kurma hakkını korumak amacıyla özel bir düzenleme getirmiştir<sup>79</sup>.

Rehin hakkı sahibi TMK m. 942 hükmü gereğince, kendi borcu için rehnedenin rızasını alarak rehin konusunu rehin verebilir. Ticari işlemlerde taşınır rehni kapsamında kanun koyucu, art rehinde olduğu gibi, rehne konu taşınır varlığın alt rehne konu edilmesini sınırlayan kayıtların geçersiz olduğunu açıkça hükme bağlamıştır (TİTRK m. 4/7; Yönetmelik m. 9/2).

Taşınır malikinin art rehin kurma hakkının ve rehin alacaklısının alt rehin tesis etme hakkının, TİTRK'in güvence olarak teslimsiz taşınır rehninin kullanımını yaygınlaştırmak ve bu suretle finans kaynaklarına erişimi kolaylaştırmak şeklindeki amacı ile örtüştüğü ifade edilmelidir<sup>80</sup>. TMK hükümleri ile birlikte ele alındığında rehin alacaklısı, ticari işlemlerde taşınır rehni kapsamında üzerinde rehin tesis ettiği taşınırı

<sup>79</sup> Art rehin imkânının, ilerleme sistemi tercih edilirse gündeme gelebileceği yönünde bkz. **ANTALYA/ACAR**, s. 134. Bu kayıtların rehin sözleşmesine konulması halinde rehin sözleşmesinin değil; bu kayıtların geçersiz olacağı yönünde bkz. **AY-HAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 185.

<sup>80</sup> Aynı yönde bkz. **ANTALYA/ACAR**, s. 159.

ikinci kez, kendi lehine başkasına rehin verebilecek; fakat bunun için rehin verenin rızasını alması gerekli olacaktır<sup>81</sup>. Yine taşınır maliki rehinli alacaklıya yazılı olarak bildirilmesi şartıyla taşınırı üzerinde rehin tesis edebilecektir. Bu açıklamalar çerçevesinde, ticaret unvanının rehne konu edilmesinin, rehin veren tacirin rızasını almak şartıyla rehin alanın ikinci kez aynı unvan üzerinde rehin tesis ederek ya da rehin tesis eden ticaret unvanı sahibi tacirin rehinli alacaklıya yazılı bildirimle unvanı üzerinde art rehin kurarak finansmana erişmesi açısından kullanılabilmesi söylenebilir. Ancak bu durumda bağımsız şekilde paraya çevrilebilmesi hukuken mümkün olmayan bir varlığın/ticaret unvanının tercih edilmesinin şüpheli olacağı ve nihayetinde bu uygulamanın da rehlin alacaklıyı tatmin etme asli işlevi ile örtüşmeyeceği ifade edilmelidir.

### SONUÇ

Ticaret unvanı, tacirin ticari faaliyetlerinde kullandığı ve onu diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan adıdır. TTK'nın ticaret unvanının devrini düzenleyen m. 49/1 hükmü gereğince ticaret unvanı, işletmeden ayrı, münferit olarak devredilemez. Bu düzenlemeye aykırı şekilde ticaret unvanını devredenler, devralanlar ve kullananalar cezalandırılır (TTK m. 51/3). Buna karşılık TİTRK'in rehin konusu olabilecek taşınırıları düzenleyen m. 5/1-k hükmünde, "*ticaret unvanı*" açıkça zikredilmiş; böylece ticaret unvanının, ait olduğu ticari işletmeden bağımsız olarak, münferiden rehin edilebileceği kabul edilmiştir.

Ticaret unvanının işletmeden bağımsız devredilememesine ilişkin emredici düzenlemenin amacı, unvanın menşe gösterme işlevini korumak ve ticaret unvanının başka işletmelerle ilişkilendirilmesi konusunda kamuoyunun yanlış yönlendirilmesini önlemektir. Boş devir yasağı, ticaret unvanının devrine ve lisans sözleşmesine ilişkindir. Hukuken geçerli kabul edilmeyen ticaret unvanı devirlerinden olarak; ticari işletme mevcut olmadan veya kısmen ya da tamamen görünüşte/sahte şekilde satışa konu edilmesi; şirketin özünün/çekirdeğinin devredilmemesi, ticaret unvanının devri ile işletme devri arasında yakın bir zamansal bağlantının bulunmaması sayılabilir. TBK m. 27/1 hükmü gereğince, kanunun emredici mahiyetteki

<sup>81</sup> ANTALYA/ACAR, s. 159.

hükümlerine aykırı sözleşmeler kesin hükümsüz olduğundan, emredici nitelikteki TTK m. 49 hükmünü ihlal eden işlemler de batıl kabul edilmelidir. Buna karşılık Kanun'un emredici hükmüne aykırı şekilde ticaret unvanını devralanın bu unvan altında yaptığı işlemler, devir işleminin geçersizliğinden hukuken etkilenmeyecektir.

Taşınır rehni, bir alacağın ödenmesini teminat altına almak amacıyla bir taşınır eşya veya hak üzerinde tesis edilebilen ve borçlunun borcunu ödememesi durumunda, alacaklıya rehinli taşınırı paraya çevirerek alacağına kavuşma imkânı veren bir mutlak haktır. Bir taşınırın, alacağın veya hakkın rehin işlemine konu olması, rehlin işlevi ve rehinli alacaklıyı koruma amacı dikkate alındığında bağımsız bir biçimde devre elverişli olmasını gerektirir. Aksi halde rehinden beklenen ve asıl alacağa kavuşmak amacıyla rehlin paraya çevrilmesi süreci işletilemez. Devredilerek paraya çevrilemeyecek bir taşınırın rehni ise rehin hakkının özüne aykırı olacaktır. Ticaret unvanının işletmeden bağımsız şekilde rehin işlemine konu edilebileceği, ancak rehlin paraya çevrilerek alacaklının alacağına kavuşması söz konusu olduğunda ise TTK m. 49/1 hükmünün buna engel olacağı ifade edilmelidir. TİTRK m. 5/1-k hükmünde, hem rehlin açıklanan özünün hem de ticaret unvanının temel işlevlerinin ortadan kalkmasına yol açabilecek bir hukuki yol öngörülmüştür.

Ticaret unvanı üzerinde TİTRK kapsamında rehin tesis edildiği ihtimalde, borcun vadesinde ifa edilmemesi durumunda birinci derece alacaklı rehinli ticaret unvanının mülkiyetinin devrini TTK m. 49, m. 51/3 hükümleri karşısında talep edemeyecektir. Ticaret unvanının düzenleyici işlevini ortadan kaldıracak şekilde ticaret unvanı üzerinde işletmeden bağımsız şekilde kiralama ve lisans hakkının kullanılabilmesi de kanaatimizce hükmün dolanılması teşkil edeceğinden mümkün olmamalıdır. Genel hükümler çerçevesinde takip yapılabilir; ancak bu durumda da TTK m. 49 ve m. 51/3 hükümleri gereğince paraya çevirme ve devir engeli tekrar karşımıza çıkacaktır. Ticaret unvanının rehne konu edilmesinin, rehin veren tacirin rızasını almak şartıyla rehin alanın ikinci kez aynı unvan üzerinde rehin tesis ederek ya da rehin tesis eden ticaret unvanı sahibi tacirin rehinli alacaklıya yazılı bildirimle unvanı üzerinde art rehin kurarak finansmana erişmesi açısından kullanılabilmesi



söylenbilir. Buna karşılık ikinci durumda, asıl rehin alacaklısını tatmin etmemiş bir hak üzerinde diğer alacaklıların, özellikle finans kuruluşlarının art rehin kurulmasını kabul etmeleri beklenen bir durum olmayacaktır. O halde TİTRK m. 5/1-k hükmünün, TİTRK m. 5/2 hükmü ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği; buna göre ticari işletmenin tamamı üzerinde kurulan rehinle ticaret unvanının da rehin edileceği şeklinde anlaşılması gerektiği; aksi durumda rehin hukukunun temel ilkelerine aykırılıkla karşılaşılacağı dikkatlere sunulmalıdır.

## KAYNAKÇA

- AKÇAAL**, Mehmet: İşletmenin Devri, 1. Baskı, Ankara 2014, (İşletmenin Devri).
- AKÇAAL**, Mehmet: Eşya Hukuku, Ankara 2023, (Eşya Hukuku).
- ANTALYA**, Gökhan/**ACAR**, Faruk: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, İstanbul 2017.
- ARKAN**, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, B. 25, Ankara 2019.
- ARSLANLI**, Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1960.
- ARVAS**, Mehmet Mücahit: 6750 Sayılı Kanununa Göre Rehne Konu Olabilecek Taşınırlar, Ankara 2017.
- AYHAN**, Rıza/**ÇAĞLAR**, Hayrettin/**ÖZDAMAR**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2021.
- BAYDAK**, Ecrin: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, İstanbul 2018.
- BGH**: Verwechslungsgefahr bei Verwendung des Familiennamens als Firmenbestandteil – Decker, NJW 1993, 2236, <https://beck-online.beck.de/> (Erişim Tarihi: 28.02.2024).
- BÖMEKE**, Patrick: BeckOK HGB, Häublein, Martin/ Hoffmann-Theinert, Roland (Editörler), 40. Edition, 01.07.2023, HGB § 23.
- CENGİL**, Fatih: Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2018.
- ÇEKİN**, Mesut Serdar: “Das neue türkische Gesetz über Mobiliarpfandrechte bei Handelsgeschäften”, Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW) 2017, s. 493-501.
- ELMAS**, Ömer: “Türk Hukukundaki Mevduat Rehnine, Teminat İşlemleri İçin Uncitral Model Kanun Açısından Bir Bakış”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5 (1), 2018, s. 187-212.
- EMMERICH**, Volker: Sammlung Guttentag Heymann Handelsgesetzbuch, Horn, Norbert (Editör), Band 1, 2. Aufl., 1995, HGB § 23.
- ESENER**, Turhan/**GÜVEN**, Kudret: Eşya Hukuku, Ankara 2019.

- FUCHS**, Julian: Pfandrecht, Weber kompakt, Rechtswörterbuch, Weber, Klaus (Editör), 2023, <https://beck-online.beck.de/> (Erişim Tarihi: 12.02.2024).
- GEßLER**, Ernst/**HEFERMEHL**, Wolfgang/**HILDEBRANDT**, Wolfgang/**SCHRÖDER**, Georg: Schlegelberger Handelsgesetzbuch, 1. Band, 5. Aufl., §§ 1-47a, München 1973, HGB § 23.
- GÖLE**, Celal/**AYDOĞAN**, Gökhan: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *BATİDER*, C. XXXIII, Sa. 1, 2017, s. 5-51.
- HASIRCI**, Hakan: “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun İcra ve İflâs Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *BATİDER*, C. XXXIII, S. 2, 2017, s. 207-269.
- HAZIROĞLU**, Elif Cemre: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nda Sicilli Taşınır Varlıkların Durumu ve Ticari İşletme Rehninin Bunlar Üzerindeki Etkileri”, *BATİDER*, C. XXXIII, S. 2, 2017, s. 177-204.
- KARA**, Burak: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Sona Ermesi, 1. Baskı, İstanbul 2018.
- KARABEL**, E. Gökçe: Ticari İşletme Rehninin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2011.
- KÖROĞLU ÖLMEZ**, Belin: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni”, *TBB Dergisi*, S. 129, 2017, s. 261-286.
- MAKARACI BAŞAK**, Aslı: Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014, (Taşınır Rehni).
- MAKARACI BAŞAK**, Aslı: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Lex Commissoria Anlaşması Yasağına İstisna Getirip Getirmediği Konusu Üzerine Bir Değerlendirme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 (2), 2019, s. 745-757, (Lex Commissoria).
- NARBAY**, Şafak/**YILDIZ**, M. Enes: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde Ticari İşletme Rehninde “Rehlinli Taşınır Sicili”nin Diğer Sicillerle İlişkisi Üzerine Değerlendirme”, *BATİDER*, C. XXXIV, Sa. 4, 2018, s. 37-89.

**NOMER**, Halûk Nami/**ERGÜNE**: Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, İstanbul 2020.

**OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2018.

**OZANOĞLU**, Hasan Seçkin: "Türk Medeni Kanunu'nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2001, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48135/608836> (Erişim Tarihi: 29.02.2024).

**ÖCAL APAYDIN**, Bahar: "6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Aynı Alacağa Teminat Teşkil Etmek Üzere Birden Çok Taşınırın Rehin Hakkına Konu Olması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2020, s. 271-286.

**POROY**, Reha/**YASAMAN**: Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2022.

**ROTH**, Wulf-Henning/**STELMASZCZYK**, Peter: HGB, Koller/Kindler/Drüen (Editörler), 10. Auflage 2023, HGB § 23, <https://beck-online.beck.de/> (Erişim Tarihi: 08.02.2024).

**RUß**, Werner: Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Glanegger, Peter / Kirnberger, Christian/ Kusterer, Stefan/ Ruß, Werner/ Selder, Johannes/ Stuhlfelner, Ulrich (Editörler), 7. Auflage, Heidelberg 2007, HGB § 23.

**SCHÄFER**, Frank L.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limpert, Bettina (Editörler), München 2023, BGB § 1204.

**SİRMEN**, Lale: Tablolarla Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2023.

**STEITZ**, Michael: HGB, Ensthaler (Editör), 8. Auflage, 2015, HGB § 23.

**ŞENOCAK**, Kemal/**KAHRAMAN**, Zafer/**TUNCER KAZANCI**, İdil/**ÖCAL APAYDIN**, Bahar: Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni, Ankara 2019.

**TUNCER KAZANCI**, İdil: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Rehinlerde Rehinli Alacaklının Tatmin Edilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2019, s. 73-86.

**ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, N. Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2019.

**WIEN**, Andreas: Handels- und Gesellschaftsrecht, Wiesbaden 2013.

**ZÜRICH HANDELSGERICHT**: Urteil vom 14. Juni 2012, IV, Entscheide des Obergerichts des Kantons Zürich, <https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/87fcbc97-0a1c-4880-a26b-03d1e0eee1cf/search/196361957> (Erişim Tarihi: 01.03.2024).





## KAPSADIĞI KİŞİLER VE SUÇLAR AÇISINDAN 2547 SAYILI KANUN'DA YER ALAN CEZA SORUŞTURMASI USULÜ

Doç. Dr. Sezin ÖZTOPRAK\*

### Öz

2547 sayılı Kanun'da yer alan ceza soruşturması usulü ile ilgili tartışılan birçok husus bulunmaktadır. Bunların başında, söz konusu usulün kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmemiş olması yer almaktadır. Bir diğer önemli husus ise, 4483 sayılı Kanun ile getirilen yeniliklerin 2547 sayılı Kanun'a yansıtılmamış olmasıdır. Bunca eksik düzenleme içeren ve cumhuriyet savcısı tarafından yapılacak olan soruşturma sürecini tamamen idareye bırakmış olan bu usulde, uygulamada birçok hatalı karar verilmektedir. Bu sorunların her biri ayrı çalışmaların konusunu oluşturmaktadır. Bu çalışmada ise, sadece kapsadığı kişiler ve suçlar açısından 2547 sayılı Kanun'da yer alan ceza soruşturması incelenecektir. Söz konusu ceza soruşturması usulü, kapsadığı kişiler, özellikle devlet ve vakıf üniversitelerinde görevli öğretim elemanları açısından, anayasal eşitlik ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkarmıştır. Yine, bu usul kapsadığı suçların genişliği açısından hukuk devleti ilkesine zarar verebilecek niteliktedir. Bu çalışmada, bu sorunlar doktrinde yer alan görüşler ve içtihat çerçevesinde ele alınacaktır.

\* Doç. Dr. Selçuk Üniversitesi, Kamu Hukuk Bölümü, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, Rize, Türkiye | Assoc. Prof., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Public Law, Administrative Law Department, Konya, Türkiye.

✉ avsezin@hotmail.com • ORCID 0000-0002-9460-9583.

✂ **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZTOPRAK, Sezin: "Kapsadığı Kişiler Ve Suçlar Açısından 2547 Sayılı Kanun'da Yer Alan Ceza Soruşturması Usulü" SÜHFD, C. 32, S. 3, 2024, s. 1371-1403.

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

✂ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



## Anahtar Kelimeler

- Üniversite • Ceza soruşturması • Görev suçu • Kamu görevlisi • Öğretim elemanı

## CRIMINAL PROCEEDINGS PROCEDURE PARTAKING IN THE LAW NUMBERED 2547 IN TERMS OF THE PEOPLE AND OFFENCES WHICH IT HAS INVOLVED

### Abstract

There are a lot of matters at issue about the the criminal proceedings partaking in the Law numbered 2547. Foremost among them, it has been taken place that the procedure in question has not been regulated in detail in the law. Another important matter is that the innovations introduced by the Law numbered 4483 has not been reflected in the Law numbered 2547. In this procedure, which contains so much incomplete arrangements and has left the criminal proceedings which normally can be carried out by the public prosecutor to the administration completely, there are a lot of misjudgments in practice. Each of these problems constitutes the topics of separate studies. Meanwhile, in this study, criminal proceedings procedure partaking in the law numbered 2547 only in terms of the people and offences which it has involved will be examined. The criminal proceedings in question has created a situation which has been contrary to the constitutional principle of equality in terms of the the people -especially instructors working at state and foundation universities it has involved. Once more, this procedure has been such as to doing harm to the principle of the rule of law in terms of the breadth of the crimes it has been involved. In this study, the problems which has been explained will be discussed within the scope of the opinions in the doctrine and case law.

### Keywords

- University • Criminal proceedings • Duty offence • Public official • Instructor

## GİRİŞ

1982 Anayasası, 129. maddesinin son fıkrasında, memurların ve diğer kamu görevlilerinin işlemiş oldukları iddia edilen suçlarla ilgili olarak haklarında ceza kovuşturması açılmasının kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlı olduğu kuralını getirmiştir. Bununla birlikte, bu kural 1982 Anayasası ile anayasal hale gelmeden önce de, memurların ceza soruşturması usulü gerek Osmanlı İmparatorluğu, gerek Tür-



kiye Cumhuriyeti'nde farklı esaslara tabi tutulmuştur. Bu farklı uygulamayı eleştiren ve destekleyen çok sayıda görüş ileri sürülmüştür ve günümüzde de bu durum devam etmektedir.

Bununla birlikte, günümüzde memurların ve diğer kamu görevlilerinin yargılanması ile ilgili genel nitelikli kanun olan 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, hem Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'a yöneltilen eleştirilerin, hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu hususta Türkiye aleyhine vermiş olduğu kararların etkisiyle, ceza soruşturmasının tamamen idare tarafından yapıldığı soruşturma sistemini terk ederek, izin sistemini kabul etmiş ve sadece görev dolayısıyla işlenen suçları kapsamına alarak, görev sırasında işlenen suçları kapsam dışı bırakmıştır. 4483 sayılı Kanun, 2. maddesinde ise, görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olanlara ilişkin kanun hükümlerinin saklı olduğunu belirtmiştir. Bu çalışmanın konusunu oluşturan, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu da söz konusu özel soruşturma usullerini içeren kanun hükümlerinden biridir.

2547 sayılı Kanun, 53/c maddesinde, yükseköğretim personeli hakkında yürütülecek ceza soruşturma usulünü düzenlemiştir. Bununla birlikte, söz konusu düzenleme; gerek kanun sistematığı, gerek yeniliklerin bu kanuna yeterince aktarılamamış olması, gerek 2547 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 1982 yılından günümüze sayıları gittikçe artan vakıf üniversitelerinin durumuna ilişkin çözümlerin getirilmemiş olması, yine 1982 yılından günümüze değişen idari personel rejiminin kanuna yansıtılmamış olması gibi sebeplerle; oldukça eksik bir düzenlemedir. Bu eksiklik salt bir eksiklik olmasının çok ötesinde, bir yandan akademik ya da idari personelin kendi aralarında ve diğer kamu görevlileri ile aralarında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmakta, diğer yandan ise bu kadar önemli bir soruşturma aşamasının idare tarafından yapılırken, hakkaniyete aykırı birçok durumun ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Bu hususlar hakkında doktrinde çok sayıda çalışma yapılmış olmasına rağmen, 2016 ve 2020 yıllarında 2547 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler, söz konusu eleştirilerde yer alan hususları kapsamamıştır. Danıştay da bu husustaki eleştirileri ortadan kaldıracak içtihadî çözümler sunmamıştır. Tüm bu sebepler, çalışma konusunun bu yönde seçilmesinin temel nedenidir.

Bu sebeplerle yapılmak istenen çalışma iki bölümden oluşmakta olup, ilk bölümde genel olarak 2547 sayılı Kanun'da yer alan ceza soruşturması usulüne ve bu usulle ilgili sorunlara değinilecektir. İkinci bölümde ise, söz konusu usulün kişi ve suç bakımından kapsamı incelenecektir. Zira, bu usulün kişi bakımından kapsamı devlet üniversiteleri ile vakıf üniversiteleri arasında çok büyük bir eşitsizliğe neden olmakta; suç bakımından kapsamı ise oldukça geniş tutulmuş olduğundan, idarenin hakkaniyete aykırı uygulamalarına yol açma potansiyeline sahip bulunmaktadır. Yine belirtmek gerekir ki, kamu görevlileri hakkında ayrı bir ceza soruşturma usulünün gerekliliğine ilişkin tartışmalara sadece çalışmanın dipnotlarında değinilecektir. Zira, çalışmanın amacı, öncelikle var olan sistemdeki oldukça önemli eksiklikleri vurgulamaktır.

Böylelikle tamamlanacak olan çalışmada, 2547 sayılı Kanun'da yer alan ceza soruşturması usulündeki eksikliklere ve özellikle kapsam açısından oluşan adaletsiz duruma bir kez daha ışık tutulması amaçlanmakta ve bu konuda kanunda ya da içtihadta değişiklik yapılması umulmaktadır.

## **I. GENEL OLARAK 2547 SAYILI KANUN'DA YER ALAN CEZA SORUŞTURMASI USULÜ VE BU USULLE İLGİLİ SORUNLAR**

Türkiye'de, memurların ve diğer kamu görevlilerinin işledikleri iddia edilen suçlarla ilgili ceza kovuşturması yapılmasının idarenin iznini gerektirmesine ilişkin usulün<sup>1</sup> bir anayasa

<sup>1</sup> Bu sistemin gerekli olup olmadığı hususunda doktrinde çok sayıda görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşler incelendiğinde, aslında hepsinin belli ölçüde haklılık payı içermekte olduğu söylenebilir. Örneğin; Mumcu eski tarihli çalışmasında, *"İlk soruşturmanın İdarî makamlar tarafından yapılmasının büyük sakıncası da, İdarenin istediği memuru koruyup, suistimalleri ve suçları kapatabilmesidir. Türkiye gibi, devlet bürokrasisinin siyasal iktidar emrinde teminatsız olduğu bir ülkede, suç ve suçluların idare makamları tarafından korunması endişesi, sanırız ki son derece ciddidir. Bağımsız Yargının temel nedeni, yargılamanın her türlü dış etkilerden uzak yapılması ihtiyacıdır. Memurları bu ihtiyacın koşulları dışında düşünmek için hiçbir hukuksal ve siyasal neden yoktur"* demek suretiyle, memurların ceza yargılmasının farklı bir usule tabi tutulmasının hiçbir haklı nedeni olamayacağını altını çizmiştir; MUMCU, Uğur, "Türk Hukukunda Memurların Yargılanması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 1, 1971, s. 182. Günday'a göre ise, memurların, kendilerine karşı kötü niyetli insanlar tarafından açılacak davalardan korunması için ceza kanunlarında memuru koruyan hükümler bulunması gerekmektedir; GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 619. Yayla'ya göre, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar sebebiyle yargılanmaları söz konusu olduğunda, kamu hizmetlerinin sürekliliğinin ve düzenliliğinin aksamaması için, kamu görevlileri ve böylece *"kamu hizmeti ve görevinin güven duygusu"* korunur; YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Basım Yayın Dağıtım, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 313, dipnot 681. Benzer yönde ve kamu görevlilerinin özel yargılama usulüne tabi olmasının diğer haklı nedenleri olarak gösterilen nedenler hakkında bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanunun Hakkında Bir Değerlendirme", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 1-2, 2003, s. 108-109; YILDIRIM, Ramazan/ÇINARLI, Serkan, Türk İdare Hukuku Dersleri, Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 367-368. Yıldırım/Çınarlı, kamu görevlilerinin özel yargılama usulüne tabi tutulmasının bazı haklı yönleri bulunsa da, uygulamada özel yargılama usulünün, çoğunlukla *"adâletin gerçekleşmesini"* geciktirdiği, bazı zamanlarda ise engellediği; hatta makul sürede yargılanma hakkının ihlali sebebiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Türkiye'nin çok kez tazminata mahkûm edildiği; ayrıca bu özel usulün *"kayırlı kamu görevlileri için bir zırh"*, *"kayırlı olmayan kamu görevlileri açısından da bir sindirme aracı işlevi"* görmekte olduğu ve bu uygulamanın çoğunlukla hukuk fakültesi mezunu olmayan kişiler eliyle yürütülmesi sebebiyle ortaya çıkan sonucun çoğunlukla hatalı ya da eksik olduğu; haklılıkla belirtilerek, özel yargılama usulünün olumsuz yönlerinin de altı çizilmiştir; YILDIRIM/ÇINARLI, s. 368. Özel yargılama usulü öngörülmesinin kuvvetler ayrılığı ilkesine ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönündeki görüşler hakkında bkz. GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 894. Benzer yönde eleştiriler için bkz. ÇAĞLAYAN, s. 110-111.

kuralı<sup>2</sup> haline gelmesi, ilk kez<sup>3</sup> 1982 Anayasası ile söz konusu olmuşsa da aslında bu anayasal değişiklikten önce de gerek Osmanlı İmparatorluğu döneminde, gerek Türkiye Cumhuriyeti döneminde memurların ve kamu görevlilerinin ceza yargılamasında bazı özel hükümler öngörülmüştür<sup>4</sup>. Örneğin, 1872 tarihli Nizamname, yargılamanın idare tarafından yapıldığı yargılama sistemini; 1914 tarihli Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat (MMHKM) idarenin hazırlık soruşturmasını yapıp son soruşturmanın açılıp açılmaması kararını verdiği soruşturma sistemini; günümüzde yürürlükte bulunan 4483 sayılı Kanun<sup>5</sup> ise hazırlık soruşturmasının yapılabilmesi için idarenin izninin alınması gereken izin sistemini benimsemiştir<sup>6</sup>.

4483 sayılı Kanun hem memurlar hem de diğer kamu görevlileri açısından ceza soruşturmasında izin sistemini benimsemiş olan genel nitelikli kanundur<sup>7</sup>. Söz konusu kanun, 2. maddesinde “Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri”nin saklı olduğunu belirtmektedir. 2547 sayılı Kanun<sup>8</sup> da, söz konusu özel soruşturma usulünü içeren kanun hükümlerinden

<sup>2</sup> 1982 Anayasası-md. 129/son: “Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır”.

<sup>3</sup> **TOSUN**, Öztekin, “Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Usulleri II”, Yargıtay Dergisi, C. 10, S. 1-2, 1984, s. 19.

<sup>4</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **MUMCU**, s. 140 vd.; **GÜNDAY**, s. 620-621; **YAYLA**, s. 313; **BOZ**, Selman Sacit, Memur Yargılamasında İzin ve İtiraz Süreci, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 25.

<sup>5</sup> 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, RGT. 04.12.1999, RGS. 23896,

<sup>6</sup> **LİVANELİOĞLU**, Ömer Asım, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Eleştirisi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Y. 57, 2000, s. 34’ten aktaran: **AVCI**, Mustafa, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 3-4, 2007, s. 274. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **BOZ**, s. 26-29.

<sup>7</sup> “...genel nitelikte olan 4483 sayılı Kanun karşısında ...”; D.1.D, 06.07.2005, E.2005/507, K.2005/906 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

<sup>8</sup> Yükseköğretim Kanunu, RGT. 06.11.1981, RGS. 17506.

birini içermektedir ki bu hüküm 4483 sayılı Kanun'un yürürlüğe girme tarihi olan 1999'dan önce 1982 yılında 2547 sayılı Kanun'da 2653 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle eklenmiş olan 53. maddenin c fıkrası hükmüdür. Yine, 2547 sayılı Kanun-md. 53/c-8'de, 2547 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, 4483 sayılı Kanun 2547 sayılı Kanun'da yer alan ceza soruşturması hükmünden 17 yıl sonra yürürlüğe girmiş ve 2547 sayılı Kanun 4483 sayılı Kanun'a hüküm bulunmayan haller için atf yapmıştır<sup>9</sup>. Buna rağmen, 2547 sayılı Kanun'a, 4483 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler yansıtılmamıştır.

Öncelikle, 2547 sayılı Kanun, soruşturma sistemini benimsemeye devam etmektedir ve çalışmanın diğer bölümünde açıklanacağı üzere, 2547 sayılı Kanun'da, MMHKM'de eleştirilip<sup>10</sup>, 4483 sayılı Kanun'da daraltılmış olan görev suçuna<sup>11</sup> ilişkin düzenleme açısından da değişiklik yapılmamıştır<sup>12</sup>. Oysa, doktrinde de belirtilmiş olduğu gibi, MMHKM'nin kaldırılmasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin

<sup>9</sup> Gerçi, 4483 sayılı Kanun'a doğrudan yapılmış olan bu atf 7243 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RGT. 17.04.2020, RGS. 31102) ile yakın bir tarihte yapılmış ve bundan önce MMHKM'ye atf yapılmış olsa da; 4483 sayılı Kanun-md. 16'da, kanunlarda MMHKM'nin uygulanacağı belirtilen hallerde 4483 sayılı Kanun'un uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.

<sup>10</sup> MMHKM'nin lehinde ve aleyhinde görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **EREN**, Abdurrahman, ""Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat" İle Onu Yürürlükten Kaldıran "Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun"un Karşılaştırılması", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 55, S. 3, 2000, s. 57-59. 4483 sayılı Kanun'un MMHKM'den ayrılan yönleri hakkında ayrıca bkz. **GÜNDAĞ**, s. 625.

<sup>11</sup> **UZ**, Abdullah, "Kamu Görevlilerinin Ceza Kovuşturmasına Tabi Tutulabilmesi İçin Yetkili İdari Mercî Tarafından Verilebilecek Kararların Hukuki Niteliği ve Denetimi Üzerine", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.m 2, S. 2, 2011, s. 159-160.

<sup>12</sup> **ASLAN**, Zehreddin/**ALTINDAĞ**, Halil, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması 2547 sayılı Kanun Kapsamında Çalışanların Disiplin ve Ceza Soruşturması Dahil, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2023, s. 196. Bu hususta ayrıca bkz. **ÇAĞLAYAN**, s. 127; **ÇINARLI**, Serkan/**ARSLAN HIZAL**, Sevinç/ **HIZAL**, Abdullah, "Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapan Öğretim Üyelerinin Ceza Soruşturması Usulü Sorunu", Leges Kamu Hukuku Dergisi, S. 3, 2013, s. 36.

(AİHM) kararlarının önemli bir rolü bulunmakta olup<sup>13</sup>, bu açıdan da gerekli değişikliklerin 2547 sayılı Kanun'a yansıtılmamış olması önemli bir eksikliktir. Çalışmanın diğer konusunu oluşturan ve 2547 sayılı Kanun'un önemli bir başka olumsuz tarafı ise, devlet yükseköğretim kurumları ile vakıf yükseköğretim kurumları arasında ortaya çıkmış olan eşitsizliğe ilişkindir.

Buna ek olarak, 2547 sayılı Kanun'da ceza soruşturma usulü ayrıntılı şekilde düzenlenmemiştir. Eksik düzenlemeden kaynaklanan boşluk içtihatla doldurulmakta olsa da bu hususta da her zaman isabetli sonuçlara ulaşılamayabilmektedir. Aslında, söz konusu usulün kanunda düzenlendiği yere bakıldığında da, bu husus anlaşılabilir. Zira, 53. maddenin altında düzenlendiği dokuzuncu bölümün başlığı, "Disiplin ve Ceza İşleri" dir. 53. maddenin başlığı ise "Genel Esaslar" olup, sanki tüm maddede yer alan esaslar, hem disiplin hem ceza soruşturmaları açısından geçerli olacakmış gibi bir izlenim vermektedir. Bununla birlikte, 53. maddenin a ve b fıkraları disiplin soruşturmasına c fıkrası ise ceza soruşturmasına ilişkindir. Yine, 53/A, C, D, E, F ve G

<sup>13</sup> EREN, s. 56. Bu yönde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-md. 13'te düzenlenmiş olan etkili başvuru hakkının ihlal edilmiş olduğu hakkında karar örnekleri için bkz. TEKİN-TÜRKİYE Davası, 09.06.1998, BN. 52/1197 / 836/1042, 22496/93; NAZİF YAVUZ-TÜRKİYE Davası, 12.01.2006, BN. 69912/01; ŞİMŞEK VE DİĞERLERİ-TÜRKİYE Davası, 26.07.2005, BN. 35072/97, 37194/97 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024). AİHM kararları çerçevesinde etkin soruşturma hakkını, 4483 sayılı Kanun çerçevesinde ele alan bir çalışma örneği için bkz. KILIÇASLAN, İbrahim, "AİHM Kararları Işığında Etkin Soruşturma: 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Açısından Bir Değerlendirme", Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 132, 2017, ss. 100-104. Etkin soruşturma hakkı, AİHM kararlarında çoğunlukla yaşam hakkı ve işkence yasağı kapsamında ele alınmıştır; BİLGE, Burak, "AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2014, s. 369. Bu anlamda 4483 sayılı Kanun-md.2/5'te işkence suçunun kanun kapsamı dışına çıkarılması, doktrinde olumlu karşılanmış olup, AİHM kararlarının bu değişimdeki etkisi şu şekilde açıklanmıştır: "...hakkında işkence yaptığı iddiası bulunanların da devlet memurunun yargılanmasını zorlaştırıcı bir mekanizma olan "izin" usulünün dışında yer alması, yıllardır bu konuda sicili çok kabarık olan ve bu konuda AİHM'den sayısız mahkumiyet alan ülkemizin "insan hakları" dersinde sınıf geçme iddiasında olduğunu gözler önüne sermektedir."; TAHTALI, Murat Buğra, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Türkiye'deki Yansımaları", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2011, s. 78.

maddeleri de tamamen disiplin soruşturmalarına yönelik düzenlemelerdir. Bunlardan sadece, 53/B maddesinde düzenlenen görevden uzaklaştırmaya ilişkin hükümler, genel olarak soruşturmadan bahsedildiği için, her iki soruşturma açısından da uygulanabilir nitelik taşımaktadır. Görüldüğü gibi, kanundaki düzenlenme yeri ve şekli açısından ceza soruşturması sanki disiplin soruşturmasının içine sıkışmıştır ve bu husus birçok yanılığa da sebep olmaya elverişlidir. Ceza soruşturması gibi önemli bir hukuki aşamanın, bunca eksikliklerle dolu olması ise kuşkusuz hukuk devleti adına önemli bir kayıptır. Her ne kadar, yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi, 2547 sayılı Kanun-md. 53/c-8'de, eksiklikler konusunda 4483 sayılı Kanun'un uygulanacağı açıkça belirtilmiş olsa da, bu da ortaya çıkan sorunları çözmede yetersiz kalmaktadır. Zira, 4483 sayılı Kanun'da düzenlenen ön inceleme usulü, cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma yapılmasına izin verme ya da vermeme şeklinde<sup>14</sup> bir usul iken, yükseköğretim kurumları tarafından 2547 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacak olan ceza soruşturması, cumhuriyet savcısının yapacağı soruşturmanın yerine geçmekte ve böylelikle 4483 sayılı Kanun'da düzenlenen ön inceleme usulüne göre oldukça kapsamlı bir usul öngörmektedir<sup>15</sup>. 2547 sayılı Kanun'a göre yapılan ceza soruşturması sonucu verilen lüzum-u muhakeme kararı iddianame yerine geçerek, yargılama aşamasına geçilmektedir<sup>16</sup>. Bu kadar önemli bir soruşturmanın 5271 sayılı Kanun<sup>17</sup> hükümlerine göre yapılması gerekmekte olsa da üniversitelerde ilk soruşturma aşaması ve son soruşturma kurulunun kararını verdiği aşama, çeşitli fakültelerde görevli öğretim üyeleri tarafından yapılmakta olduğundan, hatta hukuk fakültesi mezunu öğretim

<sup>14</sup> 4483 sayılı Kanun-md. 6: "...Yetkili merci bu rapor üzerine soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verir..."; md. 11: "Soruşturma izninin itiraz edilmeden veya itirazın reddi sonunda kesinleşmesi ya da soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı yapılan itirazın kabulü üzerine dosya, derhal yetkili ve görevli Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. İzin üzerine ilgili Cumhuriyet başsavcılığı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve diğer kanunlardaki yetkilerini kullanmak suretiyle hazırlık soruşturmasını yürütür ve sonuçlandırır."

<sup>15</sup> **YARDIMCIOĞLU**, Murathan, Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Akademik ve İdari Personelin Görev Suçu Nedeniyle Ceza Soruşturması Usulü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2023, s. 114-115.

<sup>16</sup> **ASLAN/ALTINDAĞ**, s. 196.

<sup>17</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu, RGT. 17.12.2004, RGS. 25673.

üyeleri tarafından ve üstelik ceza hukuku alanında uzman öğretim üyeleri tarafından yapılsa bile, 5271 sayılı Kanun'da yer alan usul oldukça teknik bilgiler de gerektirdiğinden, bu aşamanın cumhuriyet savcısı tarafından yapılan soruşturmanın yerine geçemeyecek bir soruşturma olduğu kuşkusuzdur.

Uygulamada suçun öğrenilmesi, ya cumhuriyet savcılığına yapılan suç duyurusu üzerine cumhuriyet başsavcılığının görevsizlik kararı vererek dosyayı ilgili yükseköğretim kurumuna göndermesiyle ya da doğrudan yükseköğretim kurumlarına yapılan ihbar ya da şikâyet dilekçesi ile söz konusu olmaktadır.

Cumhuriyet savcılığı tarafından görevsizlik kararı ile gönderilen ya da 4483 sayılı Kanun'da yer alan şartları taşıyan ihbar ya da şikâyet dilekçesi üzerine öğrenilen suç isnadı ile ilgili olarak yetkili makam tarafından inceleme başlatılabilir ya da doğrudan soruşturma yapılabilir.

2016 yılında 6764<sup>18</sup> sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanun'a eklenmiş olan inceleme hususunda, yetkili makama seçimlik hak tanınmış olduğu görülmektedir<sup>19</sup>. 2016 yılında yapılan bu değişiklikte inceleme aşamasının takdire bağlı da olsa, 2547 sayılı Kanun'a göre yapılacak olan ceza soruşturmalarında mümkün hale gelmesinin ardından, inceleme sonucu, "soruşturma açılması" ya da "soruşturma açılmaması" yönündeki yeni karar türleri ortaya çıkmış ve bunlardan "soruşturma açılmaması" yönündeki kararlara karşı 2547 sayılı Kanun'da men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme kararlarına karşı yapılan itiraz yolunun mu izleneceği yoksa bu konuda iptal davası mı açılacağı yönünde Danıştay 8. Dairesi ve Danıştay 1. Dairesi farklı yönde karar vermiştir<sup>20</sup>. Danıştay 8. Dairesi'ne göre, bu durumda 4483 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan ve "işleme koymama kararına" karşı da itiraz yoluna başvurulabileceğine ilişkin değişiklik de aynen 2547 sayılı Kanun'a inceleme usulünü getiren 6764 sayılı Kanun ile yapılmıştır ve buna göre değerlendirme yapıldığında, 4483 sayılı Kanun-md. 9'da yer alan hük-

<sup>18</sup> Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RGT. 09.12.2016, RGS. 29913.

<sup>19</sup> YARDIMCIOĞLU, s. 120.

<sup>20</sup> ASLAN/ALTINDAĞ, s. 198.



mün kıyasen uygulanarak, 2547 sayılı Kanun kapsamında yapılacak inceleme sonucu verilecek olan “soruşturma açılmaması” yönündeki kararlar açısından da itiraz yoluna başvurulması gerekmektedir<sup>21</sup>. Danıştay 1. Dairesi ise, isabetli şekilde, “soruşturma açılmaması” yönündeki kararlara karşı kıyasen 4383 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanamayacağını, zira usul hükümlerinin kamu düzeninden olduğunu, bu sebeple söz konusu kararların idari işlem olduğunu belirterek, bu idari işleme karşı idari yargı yerlerinde iptal davası açılabileceğini belirtmiştir<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> “...2016 yılında gerek 2547 sayılı Yasa'nın 53/c maddesinde gerekse 4483 sayılı Yasa'da yapılan değişikliklerle belirtilen özel soruşturma usulleriyle ilgili yeni düzenlemeler yapmakla; değişiklikten sonra tesis edilen işlemler hakkında yapılacak iş ve işlemlere dair değerlendirme yapılması da kaçınılmaz olmuştur...Bu durumda 4483 Sayılı Kanun kapsamında verilen işleme konulmama kararlarına yapılan itirazlarda olduğu gibi aynı Kanununun 9 . maddesinde öngörülen itiraz yolu kıyasla uygulanarak 2547 Sayılı Kanun'un 53 /c maddesi kapsamında değişiklikten sonra ( 02.12.2016 ) verilen soruşturma açılmamasına dair kararlara yapılacak itirazların da, bu madde uyarınca verilen lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme kararlarına yapılan itirazları değerlendiren kurullar tarafından incelenmesi gerekmektedir. Aksi halde bu itirazların idari yargıda iptal davasına konu edilmesi, kanunda özel olarak düzenlenmiş bir ceza soruşturması usulünü anlamsız kılacaktır. Bu yol suçun ve suçlunun kısa sürede soruşturulması bakımından ceza hukukunun amaçlarına da uygun olacaktır...”; D.8.D, 14.03.2018, E.2015/14304, K.2018/1372 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024). Aynı yönde karar örneği için bkz.D.8.D, 19.04.2018, E.2014/6086, K.2018/2266; D.8.D, 29.12.2020, E.2016/11580, K.2020/6097; (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

<sup>22</sup> “...yargı yerlerinin görev ve yargılamada kullanılan usul kurallarının kamu düzeninden olduğu, göreve ve usule ilişkin düzenlemelerin ancak kanunla yapılabileceği, hiçbir yargı yerinin açıkça kanunla kendisine verilmeyen yargı yetkisini kullanamayacağı, göreve ilişkin kurulların da kıyasen genişletilerek uygulanamayacağı, kaldı ki, bakılan olayda, 4483 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanmasını gerektiren, 2547 sayılı Kanununun 53 /c maddesinde doldurulması gereken bir boşluk da bulunmadığı, somut olayda, 6764 sayılı Kanununun 26'ncı maddesiyle 2547 sayılı Kanununun 53 /c maddesinde yapılan değişikliğin, sadece yetkili makamlara idari işlem tesis etmek noktasında takdir hakkı tanıyan bir düzenleme olduğu, yetkili makamlarca bu takdir hakkının, yetki, şekil, konu, amaç ve sebep öğelerinden oluşan tipik bir idari işlem tesisi ile kullanılacağı, bu idari işlemin yargısal denetiminin de görevli ve yetkili idari yargı yerlerince yapılacağı açıktır. Her yönüyle bir idari işlem niteliğinde ceza soruşturması açılmaması kararlarına karşı Kanunda bir itiraz yolu öngörülmemiş olmasının, doldurulması gereken bir yasal boşluk oluşturduğu söylenemeyeceği gibi söz konusu işlemin iptal davasına konu edilmek yerine kıyas yoluyla başka bir Kanunda yer alan itiraz yoluyla incelenmesinin de hukukilik denetiminden ziyade yerindelik denetimi anlamını taşıyacağı kuşkusuzdur...”; D.1.D, 27.12.2018, E.2018/2569, K.2018/2554; (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

Eğer, yetkili idare mercii inceleme sonucu ya da doğrudan soruşturma açılmasına karar verirse, 2547 sayılı Kanun-md. 53/c-1'e göre; ilk soruşturma bizzat ya da bir ya da daha fazla soruşturmacı aracılığıyla yapılacaktır. İlk soruşturmada sadece, soruşturmacının öğretim elemanları arasından seçilmesi durumunda soruşturmacının, soruşturulan öğretim elemanı ile aynı ya da ondan daha üst bir akademik unvana sahip olması gerekliliğine ilişkin kural getirilmiştir. Bunun dışında ise, ilk soruşturmanın nasıl yapılması gerekeceğine ilişkin hiçbir usul kuralı kanunun söz konusu hükmünde yer almamaktadır. Oysa, yukarıda da belirtildiği gibi, bu aşama cumhuriyet savcısı gibi, 5271 sayılı Kanun hükümleri doğrultusunda yapılması gereken bir aşamadır ve bu maddede ayrıntılı düzenleme yer almaması uygulamada birçok ceza soruşturmasının hatalı yapılmasına yol açmaktadır.

İlk soruşturmanın tamamlanmasının ardından, soruşturmacı "men-i muhakame" ya da "lüzum-u muhakame" kanaatini bildiren bir rapor hazırlayarak, 2547 sayılı Kanun-md.53/c-2'de belirtilmiş olan Danıştay Dairesi'ne ya da yetkili kurullara bu raporu sunması ve Danıştay Dairesi'nin ya da yetkili kurulların "men-i muhakeme" ya da "lüzum-u muhakeme" yönünde bir karar vermesi gerekmektedir. Gerek ilk soruşturma, gerek son soruşturma kurulu kararının verildiği aşamalarda, soruşturmacılar ve son soruşturma kurulu üyelerinin soruşturma konusu suç hakkında ceza davası açılıp açılmayacağını tam ve eksiksiz olarak incelemeleri gerekmektedir<sup>23</sup>. Bununla birlikte, oldukça teknik bir süreç

<sup>23</sup> "...şikayet üzerine Rektörlükçe yaptırılan soruşturmada, sadece şüphelinin ifadesinin alınmasıyla yetinildiği, hastayı Acil Serviste iken konsülte eden Genel Cerrahi ve Kardiyoloji Anabilim Dallarında görevli doktorların ismen ve görev unvanlarıyla belirlenip şüpheli sıfatıyla soruşturmaya dahil edilmedikleri, isnat edilen suçta sorumluluklarının bulunup bulunmadığının tespit edilmediği ve şüpheli olarak ifadelerinin alınmadığı, ayrıca olayı aydınlatan bilirkişi raporu temin edilmediği, öte yandan, soruşturmada şikayetçinin Ceza Muhakemesi Kanununa uygun olarak ifadesinin alınmadığı, bu şekilde eksik inceleme sonucu oluşturulan ve şüphelinin men-i muhakemesi veya lüzum-u muhakemesi şeklinde bir öneri getirilmeden usulüne uygun olmayan şekilde düzenlenen soruşturma raporuna dayanılarak Yetkili Kurul tarafından şüpheli hakkında ... tarihli men-i muhakeme kararının verildiği anlaşılmıştır... eksik inceleme sonucu oluşturulan soruşturma raporuna dayanılarak şüpheli hakkında verilen ... Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun ... tarihli men-i muhakeme kararının bozulmasına, belirtilen eksiklikler giderilmek suretiyle yeniden yapılacak soruşturma sonucunda usulüne uygun olarak düzenlenecek fezleke göz önüne alınarak Yetkili Kurulca yeni bir karar verilmesi..."; D.1.D, 20.12.2017, E.2017/2295, K.2017/2455; (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

olan ceza soruşturması süreci, yükseköğretim kurumlarında aslında gereğince yapılamamaktadır. Bu husus, men-i muhakeme kararlarının kendiliğinden, lüzum-u muhakeme kararlarının ise itiraz üzerine Danıştay tarafından incelenmesi sonucu verilen kararlardan anlaşılmalıdır. Danıştay, 5271 sayılı Kanun'daki usuller uygulanmadan ya da ek-sik inceleme sonucu verilmiş olan kararları bozarak, ilgili idareye göndermektedir<sup>24</sup>.

2547 sayılı Kanun'da işaret edilmesi gereken bir diğer önemli eksiklik ise, ceza soruşturmasının süresine ilişkin hiçbir belirleme yapılmamış olmasıdır. Bu hususta her ne kadar 4483 sayılı Kanun'daki ön inceleme süresinin uygulanabileceği düşünülebilse de, ön inceleme aşaması ile ceza soruşturması derinlik olarak birbirinden oldukça farklı iki aşama olduğu için, ön inceleme için getirilen sürenin 2547 sayılı Kanun'da yer alan ceza soruşturmalarında uygulanması pratik açıdan mümkün olmayacaktır. Öte yandan, süre belirlenmemiş olması, zamanışımı sürelerinin geçmesine neden olabileceğinden, soruşturmanın makul bir zaman içinde bitirilmesi uygun olacaktır<sup>25</sup>.

Görüldüğü gibi, 2547 sayılı Kanun'da yer alan ceza soruşturmasına ilişkin düzenlemenin birçok eksikliği bulunmasının yanı sıra, söz

<sup>24</sup> "...Dosyanın incelenmesinden, iddialarla ilgili soruşturmada, şikayetçi... 'nun Ceza Muhakemesi Kanununa uygun olarak ifade vermeye çağırılmadığı ve ifadesinin alınmadığı anlaşılmıştır... Açıklanan nedenle, eksik inceleme üzerine düzenlenen soruşturma raporu esas alınarak verilen şüphelilerin men-i muhakemelerine ilişkin ... Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun ... tarih ve ... Sayılı kararının bozulmasına, şikayetçinin Ceza Muhakemesi Kanununda belirtilen usule uygun olarak ifadesi alınmak ve usulüne uygun bir fezleke düzenlenmek suretiyle şüpheliler hakkında Yetkili Kurulca yeni bir karar verilmesi, ..."; D.1.D, 15.06.2021, E.2021/589, K.2021/945; (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

<sup>25</sup> "...eksik inceleme sonucunda oluşturulan soruşturma raporuna dayanılarak şüpheliler hakkında verilen ... Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun ... tarih ve ... Sayılı men-i muhakeme kararının bozulmasına, zamanışımına sebebiyet verilmemesi gerektiğine dikkat edilerek yukarıda belirtilen eksiklik giderilmek suretiyle yeniden yapılacak soruşturma sonucunda düzenlenecek fezleke dikkate alınarak Yetkili Kurulca yeni bir karar verilmesi, verilecek kararın türüne göre şüphelilere ve şikayetçiye gerekli bildirimler yapıldıktan sonra yazılı bildirim alındıkları ile birlikte Yasa gereği veya itiraz edilmesi halinde itiraz dilekçeleri de eklenerek Dairemize gönderilmesi için dosyanın karar ekli olarak ... Üniversitesi Rektörlüğüne iadesine, 20.04.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi..."; D.1.D, 20.04.2021, E.2021/650, K.2021/587; (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

konusu düzenleme, atıf yaptığı 4383 sayılı Kanun'la da uyumlu hale getirilmediği için, her durumda 4383 sayılı Kanun uygulanamamakta ve buraya kadar açıklanmaya çalışılan sorunların her biri ayrı çalışmaların konusunu oluşturacak derinlikte bulunmaktadır. Bu çalışmada ise, aşağıdaki başlıklarda inceleneceği üzere, sadece 2547 sayılı Kanun'un kişi ve konu yönünden kapsamı mercek altına alınmak istemektedir. Zira, kanunun kapsamına ilişkin sorunlar anayasal eşitlik ilkesini ve hukuk devleti ilkesini zedeleyen oldukça önemli sorunlardır. 2547 sayılı Kanun'da 2016 ve 2020 yıllarında değişiklik yapılmış, ancak bu değişiklikler sonucunda da doktrinde isabetle eleştirilmiş olan noktalara ilişkin düzenleme getirilmemiştir.

## II.2547 SAYILI KANUN'DA YER ALAN CEZA SORUŞTURMASI USULÜNÜN KAPSAMI

2547 sayılı Kanun-md. 53/c'nin ilk cümlesi, bu fıkrada yer alan ceza soruşturması usulünün kimler ve hangi suçlar hakkında uygulanacağını düzenleyerek, bu usulün kapsamını belirlemiştir<sup>26</sup>.

### A. Uygulanacak Kişiler Açısından

2547 sayılı Kanun-md. 53/c'ye göre; *"Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurları..."*, kanunda düzenlenmiş olan özel ceza soruşturması usulü kapsamındaki kişilerdir.

Bu hüküm ve 2547 sayılı Kanun-md.3'te yer alan tanımlar doğrultusunda, yükseköğretim üst kuruluşlarında görevli kişilerle ilgili bir tereddüt yokken, yükseköğretim kurumları ifadesinin, devlet üniversitelerinin yanında vakıf üniversitelerini de kapsayıp kapsamadığı hususu tartışmalıdır.

<sup>26</sup> 2547 sayılı Kanun-md. 3/c : *"Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında yetkili makamlarca inceleme başlatılabilir, inceleme sonucunda soruşturma açılmasına karar verilmesi ya da doğrudan soruşturma başlatılması hâlinde aşağıdaki hükümler uygulanır."*

## 1.Yükseköğretim Üst Kuruluşlarının Başkanları ve Üyeleri

2547 sayılı Kanun-md. 3/b'ye göre, yükseköğretim üst kuruluşları, Yükseköğretim Kurulu ve Üniversitelerarası Kurul'dur. Buna göre, Yükseköğretim Kurulu'nun ve Üniversitelerarası Kurul'un başkan ve üyeleri 2547 sayılı Kanun'da yer alan ceza soruşturması usulü kapsamında yer almaktadır.

## 2.Yükseköğretim Kurumlarının Yöneticileri, Kadrolu ve Sözleşmeli Öğretim Elemanları

Bu başlık altında öncelikle, yükseköğretim kurumları ile kastedilenin ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bu noktada, 2547 sayılı Kanun-md. 3'te yer alan tanımlar yol gösterici olacaktır. 2547 sayılı Kanun-md. 3/c-1'de yükseköğretim kurumları şu şekilde tanımlanmıştır: *“(Değişik birinci paragraf: 29/6/2001 - 4702/1 md.) Üniversite ile yüksek teknoloji enstitüleri ve bunların bünyesinde yer alan fakülteler, enstitüler, yüksekokullar, konservatuvarlar, araştırma ve uygulama merkezleri ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı meslek yüksekokulları ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın ve kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından kurulan meslek yüksekokullarıdır.”*; md. 3/d'de ise, üniversite: *“Bilimsel özelliğe ve kamu tüzelkişiliğine sahip yüksek düzeyde eğitim - öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan; fakülte, enstitü, yüksekokul ve benzeri kuruluş ve birimlerden oluşan bir yükseköğretim kurumudur.”* Bu iki tanım incelendiğinde, yükseköğretim kurumu ya da üniversite ile kastedilenin sadece devlet yükseköğretim kurumları ya da devlet üniversiteleri değil aynı zamanda vakıf yükseköğretim kurumları ya da vakıf üniversiteleri de olduğu düşünülebilir. Zira, aksi yönde bir belirleme yapılmamıştır<sup>27</sup>. Üstelik, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği<sup>28</sup> -md. 23/2'de yer alan *“Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir.”* ve md. 32'de yer alan *“Vakıf yükseköğretim kurumları 2547 sayılı Kanunun vakıf yükseköğretim kurumları ile ilgili ek Maddelerinde aksine bir hüküm bu-*

<sup>27</sup> Benzer yönde görüş için bkz. DUMAN, Bahattin, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması Yönetici-Personel-Öğrenci, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 130.

<sup>28</sup> RGT. 31.12.2005, RGS. 26040.

*lunmadığı sürece 2547 sayılı Kanununun bütün hükümlerine uymakla yükümlüdürler.*”, hükümleri de bu hususa gerekçe olabilecektir. 2547 sayılı Kanun’un ek maddelerinde de, vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan personel hakkında 2547 sayılı Kanun’da yer alan ceza soruşturması usulünün uygulanamayacağı yönünde bir hüküm olmadığı gibi; ek md. 8/1’de “*Vakıfca kurulacak yükseköğretim kurumlarındaki akademik organlar, Devlet yükseköğretim kurumlarındaki akademik organlar gibi düzenlenir ve onların görevlerini yerine getirir. Öğretim elemanlarının nitelikleri Devlet yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının niteliklerinin aynıdır.*” hükmü yer almaktadır. Bu hükümler doğrultusunda da, vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan akademik personel açısından 2547 sayılı Kanun’da yer alan ceza soruşturması usulünün uygulanması gerektiğini söylemek mümkündür. Kaldı ki, ceza soruşturması usulü, 2547 sayılı Kanun’un 53. maddesine 1982 yılında eklenmiş olup, bu tarih Türkiye’de ilk vakıf üniversitesinin kurulmuş olduğu 1984 yılından önceki bir tarih olduğundan, kanun koyucunun iradesinin vakıf üniversitelerini bu madde hükmüne dâhil etmemek yönünde olduğu da söylene-meyecektir<sup>29</sup>.

Bununla birlikte, uygulama bu yönde olmamış, Danıştay 2547 sayılı Kanun’da yer alan usulün vakıf üniversiteleri hakkında uygulanamayacağına karar vermiştir<sup>30</sup>. Doktrinde, bu husus birçok yazar tarafından, isabetle, eleştirilmiş olsa da<sup>31</sup>, aşağıda da inceleneceği üzere Ana-

<sup>29</sup> ÇINARLI/ ARSLAN HIZAL /HIZAL, s. 40.

<sup>30</sup> D.2.D, 16.04.1999, E.1998/1517, K.1999/1062’den aktaran DUMAN, s. 130.

<sup>31</sup> Vakıf üniversitelerinde görevli personelin de kamu görevlisi olduğu ve devlet üniversitelerinde görev yapan personel ile vakıf üniversitelerinde görev yapan personeli farklı muameleye tabi tutmanın Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği hakkında bkz. ÇINARLI/ ARSLAN HIZAL /HIZAL, s. 40-41. Vakıf üniversiteleri hakkında da 2547 sayılı Kanun’da yer alan ceza soruşturması usulünün uygulanabileceği, zira 2547 sayılı Kanun’da bu yönde bir engel olmayıp Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği hükümlerinin ise, vakıf üniversiteleri hakkında da özel soruşturma usulünün uygulanabileceği yönünde yorumlanabileceği ayrıca anayasal eşitlik ilkesinin de bunu gerektirdiği hususundaki görüş hakkında bkz. YILMAZ, Dilşat, “Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S.1-2, 2013, s. 122. Vakıf üniversiteleri açısından 2547 sayılı Kanun’da yer alan ceza soruşturması usulünün uygulanması için mutlaka açık bir

yasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın kararları ile, 2547 sayılı Kanun kapsamında yer alan akademisyenler devlet yükseköğretim kurumlarında çalışan akademik personel olarak kabul edilmiştir.

Ancak, 2547 sayılı Kanun-md. 53/c-2-b'de yer alan "üniversite" ifadesi 6764 sayılı Kanun ile "devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu" olarak değiştirilmiş ve maddenin yeni halinden, vakıf üniversitelerinin "rektörleri, rektör yardımcıları" hakkında da 2547 sayılı Kanun'da yer alan ceza soruşturması usulünün uygulanacağı anlaşılmaya başlanmıştır. Vakıf üniversitelerinde görev yapan öğretim üyeleri ise değişiklikte yer almamıştır. Bu hususta, Danıştay ise, kanunda açıkça sayılmadığı için, vakıf üniversitelerinde görevli öğretim elemanları hakkında 2547 sayılı Kanun'da yer alan ceza soruşturması usulünün uygulanmayacağına karar vermiştir<sup>32</sup>. Danıştay, bu kararında Anayasa Mahkemesi'nin 10.10.2013 tarihli kararını da gerekçe olarak göstermiş olsa da, bu kararın yeni duruma gerekçe teşkil edemeyeceğini söylemek mümkündür. Zira, söz konusu karar 2547 sayılı Kanun'da 2016 yılında 6764 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki bir tarihte verilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu Anayasa Mahkemesi kararının açıklanması, Anayasa Mahkemesi'nin

---

hüküm bulunması gerekmediği hakkında bkz. SEÇKİN, Sinan, "Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında Görev Yapan Personel Hakkında Ceza Soruşturması Yürütülmesi Usulü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 28, S. 1, 2022, s. 79.

<sup>32</sup> "...2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 53/c/2-b maddesinin 2.12.2016 tarih ve 6764 Sayılı Kanun'un 26. maddesiyle yapılan değişiklikten önceki halinde, üniversite rektörleri, rektör yardımcıları ile üst kuruluş genel sekreteri hakkında, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul tarafından son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verileceği hükmüne bağlanmış, 2.12.2016 tarih ve 6764 Sayılı Kanun'un 26. maddesiyle 2547 Sayılı Kanun'un 53 /c/2-b maddesindeki "üniversite" ibaresi, "Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu" olarak değiştirilmiş, böylece vakıf yükseköğretim kurumlarının rektörleri, rektör yardımcıları ile üst kuruluş genel sekreterlerinin bu madde kapsamında soruşturulmalarına imkan tanınmıştır. Ancak söz konusu değişiklik sadece vakıf yükseköğretim kurumlarının rektörleri, rektör yardımcıları ve üst kuruluş genel sekreterleriyle sınırlı kalmış, bu kurumlarda görev yapan akademik ve idari personeli kapsamamıştır...Bu bağlamda, vakıf yükseköğretim kurumlarındaki rektörler, rektör yardımcılığı ve üst kuruluş genel sekreterleri dışındaki diğer personelin görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinde öngörülen soruşturma usulüne tabi olmalarına imkan tanınmamıştır..."; D.1.D, 18.05.2021, E.2021/723, K.2021/744 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

konuya bakışının ortaya konması açısından önemlidir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; "... vakıf üniversitelerinde çalışanlar ile Devlet üniversitelerinde görev yapanlar statüleri ve özlük hakları bakımından farklı kurallara bağlıdır ve dolayısıyla aynı hukuksal durumda değildirler. Bu nedenle, vakıf üniversitelerinde çalışanlar ile Devlet üniversitelerinde görev yapanların farklı sovruşturma usulüne tabi tutulmalarında eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır."<sup>33</sup>. Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi bu kararı ile, 2547 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemenin sadece devlet üniversitelerini kapsadığını ve vakıf üniversiteleri ile arasındaki farkın eşitlik ilkesine aykırı olmadığını belirtirken, bu kurumlarda görev yapanların aynı hukuksal durumda olmadıklarını belirtmiştir. Oysa, Anayasa Mahkemesi, gerek eski tarihli bir iptal davası sonucu<sup>34</sup>, gerek bireysel başvuru sonucu<sup>35</sup> vermiş olduğu kararlarında, AY-md.130'dan hareketle, vakıf üniversitelerinin de kamu tüzelkişiliğine sahip olduklarını vurgulamıştır. Danıştay da, vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişisi olduğunu ve kamu

<sup>33</sup> AYM, 10.10.2013, E.2013/58, K.2013/114 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

<sup>34</sup> "...Anayasa'nın 130. maddesi gereğince üniversiteler, devlet ya da vakıflar tarafından kurulmuş olmalarına bakılmaksızın, kamu tüzelkişiliğine sahip olacaktadırlar. Kamu tüzelkişiliği, üniversitelerin zorunlu niteliklerinden, hukuksal yapılarının öğelerinden biridir. Bu ise, Anayasa'nın 130. maddesinin aradığı temel koşullardandır..."; AYM, 29.06.1992, E.1991/21, K.1992/42 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

<sup>35</sup> "...21.Anayasa'nın 130. maddesi, çağdaş eğitim ve öğretim gerekleriyle "üniversite" kavramının içerdiği evrensel ilkelere uygun bir düzen içinde ülkenin gereksinimlerini karşılayacak nitelikte insan gücü yetiştirerek insanlığa hizmet etmek amacıyla değişik birimlerden oluşan, kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversitenin ancak yasayla kurulacağını öngörmektedir. Anayasa'nın 130. maddesi gereğince üniversiteler, devlet ya da vakıflar tarafından kurulmuş olmalarına bakılmaksızın, kamu tüzelkişiliğine sahip kuruluşlardır. Kamu tüzel kişiliği, üniversitelerin zorunlu niteliklerinden, hukuksal yapılarının öğelerinden biridir. Anayasa'nın 130. maddesinin birinci fıkrasının zorunlu kıldığı "kamu tüzel kişiliği", yine bu maddenin son fıkrası gereğince vakıfların kuracağı üniversiteler için de zorunlu niteliklidir (AYM, E.1991/21, K.1992/42, 29/6/1992) ...22.Vakıf üniversiteleri, devlet tarafından, kanunla ve kamu tüzel kişisi olarak kurulmaktadır. Yasayla kurulma zorunluluğunun doğal sonucu olan "kamu tüzel kişiliği" niteliği, üniversitelerin yapısına has bir özellik olduğundan, vakıflar tarafından kurulan üniversitelerin de kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu açıktır..."; AYM, 21.11.2013, BN.2013/1430 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).



hizmeti sunduğunu vurgulamaktadır<sup>36</sup>. Böylece, vakıf üniversitelerinin kamu hizmeti sunmakta olan, kamu gücüne sahip kamu kurumları olduğu hususunda doktrinde ve içtihadta birlik sağlanmıştır<sup>37</sup>. Vakıf üniversiteleri ile buralarda görev yapan öğretim elemanları arasında imzalanan sözleşme de, her ne kadar bu hususta Yargıtay'ın farklı dairelerinin sözleşmenin niteliği hususunda farklı yönde kararları olsa<sup>38</sup> ve doktrinde de bu konuda tek bir görüş bulunmuyor olsa da<sup>39</sup>, Danıştay tarafından idari hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmekte<sup>40</sup> ve Uyuşmazlık Mahkemesi de vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının “statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, İdare Hukuku kapsamında bir kamu personeli” olduğuna ve aralarındaki hizmet sözleşmesinin idari sözleşme niteliğinde olduğuna<sup>41</sup> karar vermektedir<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> “...kanunla kurulan ve kamu hizmeti yapan vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları ile benimsemiş olup, kamu hizmeti yaptığı tartışmasız olan vakıf üniversitelerinin...”; D.8.D, 09.11.2016, E.2016/11713, K.2016/3941 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

<sup>37</sup> ÇINARLI/ ARSLAN HIZAL /HIZAL, s. 28.

<sup>38</sup> GÖKTAŞ, Seracettin, “Vakıf Üniversiteleri İle Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, 2021, s. 607-068.

<sup>39</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKTAŞ, s. 583.

<sup>40</sup> “...Kamu tüzel kişiliğine ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahip olan davalı vakıf üniversitesinin, kamu hizmeti görmek amacıyla, davacı öğretim üyesi ile aralarında yaptığı sözleşme, kamu hukukuna tabi idari hizmet sözleşmesi niteliğindedir. Aksi düşünce, hem “Bilimsel Özerkliğin” sağlanması yolundaki Anayasal hedefe, hem de öğretim elemanlarının “güvenliği” konusunun, 2547 sayılı Yükseköğretim Yasasına tabi olduğu yolundaki anılan yasal düzenlemelere aykırı düşücektir...”; D.8.D, 04.02.2003, E.2002/5557, K.2003/561 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024). “...Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 05/11/2012 gün ve E:2012/190, K:2012/235 Sayılı kararında da belirtildiği üzere, davalı üniversite ile davacı öğretim üyesi arasındaki istihdam ilişkisi, davalı idarenin Anayasa’nın 130. maddesi uyarınca kamu hizmeti yürüten bir kamu tüzel kişisi olması ve davacının da kamu hizmetinin yerine getirilmesinde görev alması nedeniyle idari yargının görev alanında bulunmaktadır...Bu durumda, vakıf yükseköğretim kurumu ile davacı arasında yapılan sözleşme, idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunduğundan...”; D.8.D, 17.03.2021, E.2017/6130, K.2021/1639 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

<sup>41</sup> UYM, 20.02.2017, E.2016/463, K.2017/7 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

<sup>42</sup> UYM, 28.05.2020, E.2020/92, K.2020/312 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

Danıştay, vakıf üniversiteleri ile buralarda çalışan akademisyenler arasında kamu hukukuna dayalı bir ilişki olduğuna ilişkin yukarıdaki kararlarına rağmen, 2547 sayılı Kanun'da yer alan yükseköğretim kurumları ifadesini sadece devlet yükseköğretim kurumlarını kapsayacak şekilde anlamakta olup, vakıf yükseköğretim kurumlarında görevli akademik personeli bu kapsama dâhil etmemektedir. Vakıf yükseköğretim kurumlarında görevli rektörler ve rektör yardımcıları ise 6764 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu kanun kapsamında yer almaktadır<sup>43</sup>. Bu durum, devlet üniversiteleri ile vakıf üniversiteleri arasında var olan eşitsizliğe ek olarak, vakıf üniversitelerinde görevli rektör ve rektör yardımcıları ile diğer akademisyenler arasında da eşitsiz bir uygulamaya neden olmuştur.

Tüm bu açıklamalar ışığında, vermekte oldukları kamu hizmetinin niteliği bakımından aralarında hiçbir fark bulunmayan<sup>44</sup> devlet yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim elemanları ile vakıf yükseköğretim kurumlarında görevli elemanları arasında oluşan bu farklılık eşitlik ilkesine aykırıdır ve içtihatla da eşitlik sağlanamamış olduğundan, kanun koyucunun bu hususta yeniden düzenleme yapması uygun olacaktır.

### **3. Yükseköğretim Üst Kuruluşlarının ve Yükseköğretim Kurumlarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na Tabi Memurları**

Bu başlık altındaki açıklamalara geçmeden önce belirtmek gerekir ki, vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan idari personel hakkında

<sup>43</sup> ASLAN/ALTINDAĞ, s. 197; MESCİ, Hatice/AYDIN, Vahdettin, "Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturama Usûlü", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2017, s. 18; AYTURAN, Berkan, "Yükseköğretim Personelinin Göreve İlişkin Suçlarının Soruşturulması", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 9, S. 35, 2018, s. 436.

<sup>44</sup> SEVER, Çiğdem D., "Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü", Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 158, 2016, s. 1207.

da 2547 sayılı Kanun-md. 53'te yer alan özel soruşturma usulünün uygulanmayacağı kabul edilmektedir<sup>45</sup> ki, bu kabul aslında kanunda açıkça 657 sayılı Kanun<sup>46</sup>'a tabi olan memurlardan söz edildiği için, yukarıda öğretim elemanları hakkında yapılmış olan açıklamalardan daha net anlaşılabilen bir gerekçe çerçevesinde, haklı bir kabuldür. Zira, vakıf üniversitelerinde görevli idari personel<sup>47</sup>, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin ve 2547 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinden<sup>48</sup> anlaşıldığı üzere, atama yoluyla değil hizmet sözleşmesi ile çalışan personeldir<sup>49</sup>.

Bu sebeple, bu başlık altındaki idari personelden kasıt, yükseköğretim üst kuruluşları ile devlet yükseköğretim kurumlarında çalışan ve 657 sayılı Kanun'a tabi olan, memur statüsündeki personeldir. Buna göre, kanunda yer alan ceza soruşturması usulü akademide çalışan sözleşmeli personel ve işçi statüsündeki personel hakkında ve öğrenci statüsündeki kişiler hakkında da uygulanmayacaktır<sup>50</sup>. Öğrenciler hakkında uygulanmamasının anayasal açıdan isabetsiz bir yanı yoktur. Bununla birlikte, Tıp fakültelerinde ya da Diş hekimliği fakültelerinde, öğ-

<sup>45</sup> PINAR, İbrahim, Memurlar, Akademik Personel ve Kolluk Personeli Hakkında Uygulanan Disiplin ve Ceza Soruşturması Esasları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 802.

<sup>46</sup> Devlet Memurları Kanunu, RGT. 23.07.1965, RGS. 12056.

<sup>47</sup> Vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan idari personelin hukuki durumu ile ilgili belirsizlik olduğu yönünde görüş ve bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. s. AY, Yunus Anıl, "Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde 2914 Sayılı Kanun'da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2022, s. 293-294.

<sup>48</sup> Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği-md. 27: "...Faaliyet izninin kaldırılması kararı verilen vakıf yükseköğretim kurumunda çalışmakta olan akademik ve idari personelin hizmet sözleşmeleri vakıf yükseköğretim kurumunun tüzel kişiliğinin ortadan kalktığı tarih itibarıyla sona erer."; 2547 sayılı Kanun-ek madde 11: "...Bu vakıf yükseköğretim kurumunda çalışmakta olan akademik ve diğer personelin hizmet sözleşmeleri hakkında 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır..."

<sup>49</sup> Bu hususta ayrıca bkz. ÇINARLI/ ARSLAN HIZAL /HIZAL, s. 29-30.

<sup>50</sup> DUMAN, s. 101; GÜVEZ, Adem, Yükseköğretim Kurumlarında Personel Ceza Soruşturması, Editör: İbrahim ÜLKER, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 41.

renciler de eğitimlerinin bir parçası olarak hastalara tedavi uygulamakta ve bu sırada olumsuz sonuçlar ortaya çıkabilmekte, Danıştay ise bu durumda olan öğrencilerin de genel hükümlere tabi olmaları gerektiğine karar vermektedir<sup>51</sup>. Danıştay'ın bu yöndeki kararları, 2547 sayılı Kanun'da yer alan düzenleme personele ilişkin bir düzenleme olduğu için isabetli sayılabilir de, aslında, hakkaniyet gereği bu durumda olan öğrencilerin de 2547 sayılı Kanun-md. 53/c kapsamına dâhil edilmesi gerektiği söylenebilir. Zira, öğrencilerin eğitiminin bir parçası olan tedaviye yönelik uygulamalar, aynı zamanda sağlık kamu hizmetinin de bir parçasını oluşturmaktadır.

Gerek AY-md. 129/son'da yer alan düzenleme, gerek Türkiye'de 1980'li yıllardan bu yana değişen kamu personeli yapısı dikkate alındığında, devlet üniversitelerinde 657 sayılı Kanun'a tabi olarak çalışan sözleşmeli personel ve işçi statüsündeki personel açısından da hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıktığının belirtilmesi gerekir. Zira, AY-md. 129/son, kamu personeline ilişkin bir kural getirmiştir. Bununla birlikte, anayasada açıkça "memurlar ve diğer kamu görevlileri" denmiş olmasına rağmen, kanunda sadece memur statüsünün belirtilmesi ve uygulamada çoğunlukla "diğer kamu görevlileri" arasında kabul edilebilecek olan<sup>52</sup>, idari hizmet sözleşmesi ile görev yapan sözleşmeli personel statüsünün bu hükümde yer almaması isabetli değildir. Kaldı ki, işçiler dahi her ne kadar bir özel hukuk sözleşmesi olan iş sözleşmesi ile görev yapmakta olsalar da, akademide görevli olan 657 sayılı Kanun'a tabi bir

<sup>51</sup> "... Fakültede 5.sınıf öğrencisi olan... isimli şüpheli hakkında da karar alındığı, bu kişinin öğrenci olarak Fakültede eğitim-öğrenim amacıyla bulunduğu, 2547 sayılı Yasanın 53 üncü maddesinde gösterilen Üniversite personelinden olmadığından görevi dolayısıyla ya da görevini yaptığı sırada işlediği bir suçtan da söz edilemeyeceği, bu nedenle de adı geçen hakkında 2547 sayılı Yasanın 53 üncü maddesi uyarınca ceza soruşturması yapılamayacağı ve son soruşturmanın açılıp açılmaması yolunda bir karar alınamayacağı..."; D.1.D, 19.04.2006, E.2006/238, K.2006/434 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024). Benzer yönde karar için bkz. D.1.D, 03.03.2021, E.2021/361, K.2021/350 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

<sup>52</sup> Doktrinde, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan "diğer kamu görevlileri" arasında sözleşmeli personelin de bulunduğunu kabul eden örnek görüşler için bkz. **GÖZBÜYÜK//TAN**, s. 804; **GÖZLER**, Kemal/**KAPLAN**, Gürsel, İdare Hukukuna Giriş, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 24. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2018, s. 311; **ULUSOY**, Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 585, 615; **YILDIRIM**,/**ÇINARLI**, s. 257.

memur ile yine bu Kanun'a tabi olan bir sözleşmeli personel ya da işçi, günümüzde uygulamada çoğunlukla aynı işi yapmaktadır<sup>53</sup>. Buna rağmen, kanunda sadece memurlar hakkında bu özel soruşturma usulünün uygulanacağını belirtmesi de aslında memurluk statüsünün asli ve sürekli nitelikte olan hizmetleri, sözleşmeli personel statüsünün ise geçici ve uzmanlık gerektiren hizmetleri yerine getirmesine ilişkin tanımın sonucudur ve kanunun hazırlandığı tarih itibariyle uygulamada, henüz memur-sözleşmeli personel statüsü açısından bu kadar benzeşme olmadığından kanun hükmünün sadece memurları kapsamına almış olduğu düşünülebilse de, günümüzde bu hususun yeniden değerlendirilerek kapsamın yeniden düzenlenmesi uygun olacaktır.

### **B. Uygulanacak Suçlar Açısından: Görev Dolayısıyla ya da Görevin Yapıldığı Sırada İşlenen Suç**

2547 sayılı Kanun'da yer alan ceza soruşturması usulü, kanunda sayılmış olan akademik ve idari personelin "*görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri*" iddia edilen suçları kapsamına almaktadır. Kanunda görevle ilişkilendirilen bir suçtan söz edildiği için, görevle ilişkilendirilemeyecek kişisel suçların bu kapsamda olmadığı<sup>54</sup> öncelikle belirtilmesi gerekir. Ancak, aşağıda da açıklanacağı üzere, 2547 sayılı Kanun'da yer alan düzenleme doğrultusunda, görev sırasında işlenen kişisel suçların<sup>55</sup> da kanun kapsamında kabul edilmesi mümkün hale gelmektedir ki bu durum anayasal eşitlik ilkesi ve hukuk devleti ilkesi ile çelişki içinde bulunmaktadır. Gerçekten, görev dolayısıyla işlenen suçlar, ancak kamu görevlisi sıfatıyla işlenebilirken, görev sırasında işlenen suçlar ise, cinsel taciz, hakaret ve tehdit gibi<sup>56</sup> herkes tarafından işlenebilen suçlardır. Doktrinde de, bu husus eleştirilmekte ve görev sırasında işlenen suçların genel hükümlere tabi olması gerektiği belirtilmektedir<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Doktrinde ise, bir işçiye resmi bir görev verilmesinin, o kişiyi 2547 sayılı Kanunmd.53/c kapsamına sokmayacağı belirtilmiştir. **DUMAN**, s. 101.

<sup>54</sup> **PINAR**, s. 804; **GÜVEZ**, s. 61.

<sup>55</sup> Kişisel suçların, görev sırasında ve görev süresi dışında işlenen suçlar olarak ikiye ayrıldığı belirtilmektedir. **DÖNMEZ**, s. 2737.

<sup>56</sup> **GÜVEZ**, s. 40; **SEÇKİN**, s. 84.

<sup>57</sup> **GÜVEZ**, s. 39-40.

Burada, görev dolayısıyla ya da görev yapılan sırada işlenen suçun ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. 2547 sayılı Kanun'da bu husus açıklanmamıştır. Bununla birlikte, 2547 sayılı Kanun'un kapsamına aldığı suç türü, 4483 sayılı Kanun'un kapsamına aldığı suç türünden daha geniştir<sup>58</sup>. Zira, 4483 sayılı Kanun-md. 2'ye göre, 4483 sayılı Kanun, kanun kapsamındaki kamu görevlilerinin “görevleri sebebiyle işledikleri suçlar” hakkında uygulanacaktır. Böylece, eleştirilere<sup>59</sup> maruz kaldığı için MMHKM'de bulunan ve hem görev suçlarını hem de görev sırasındaki suçları içeren hüküm her ne kadar 4483 sayılı Kanun'da kapsamı daraltılarak düzenlenmiş olsa da<sup>60</sup> 2547 sayılı Kanun'da hala aynı hüküm varlığını sürdürmektedir. Gerçekten görev dolayısıyla işlenen suç, göreve ilişkin bir yetkinin kullanılması sırasında ortaya çıkan ve görev suçu olarak adlandırılabilir bir suça işaret ederken, görev sırasında işlenen bir suçta mutlaka göreve ilişkin bir yetkinin kullanılması gerekmemekte<sup>61</sup>, böylelikle tüm suçlar bu kapsama dâhil olabilmektedir. Doktrinde de, görev sebebiyle işlenen suç, “kamu görevlisinin yasal düzenlemelerle kendisine verilen görevlerinden doğan ve bu görevleriyle ilgili olan suç”<sup>62</sup>; görev sırasında işlenen suç, “memurun göreviyle ilgili olmayan, görevin yapıldığı sırada işlenen suç”<sup>63</sup> olarak tanımlanmış olup, bu tanımdan da kanun kapsamına alınabilecek suç kapsamının oldukça geniş yorumlanabileceği anlaşılmaktadır. Doktrinde, bu husus özellikle yükseköğretim kurumlarında 657 sayılı Kanun'a tabi olarak çalışan memurlar

<sup>58</sup> YARDIMCIOĞLU, s. 88; AYTURAN, s. 440; MESCİ/AYDIN, s. 19.

<sup>59</sup> 4483 sayılı Kanun'un eski duruma yönelik eleştirileri tam olarak ortadan kaldırmasa da, en az seviyeye indirdiği belirtilmektedir. PINAR, s. 661. 4483 sayılı Kanun'da görev suçunun tanımına yer verilmemiş olması, bu yöndeki eksikliklerden biri olarak gösterilmiştir. DÖNMEZ, Burcu, “Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 2741.

<sup>60</sup> Bu hususta bkz. DÖNMEZ, s. 2740.

<sup>61</sup> Bu hususta bkz. DÖNMEZ, s. 2737. Doktrinde, MMHKM çerçevesinde ele alınan bir görev suçu tanımı ise şu şekildedir: “MMHK, memurların görev suçları diye adlandıracağımız suçları ele almaktadır. Bu suçlar, memurların “vazife-i memuriyetlerinden münbais”, “vazife-i memuriyetlerinin ifası sırasında hadis” olan suçlardır. Kısacası, görev suçları dediğimiz, görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlardır...”; UZ, s. 159.

<sup>62</sup> PINAR, s. 804.

<sup>63</sup> PINAR, s. 804.

ile diğer kurumlarda çalışan memurlar arasında eşitsizlik yarattığı için, haklılıkla eleştirilmiştir<sup>64</sup>. Ceza hukuku açısından da doktrinde, görev suçu kavramının anlaşılabilmesi için, “görev sebebiyle işlenen suç” ve “görev sırasında işlenen suç” kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi gerektiği vurgulanarak, görev suçlarında, görev sebebiyle sahip olunan yetkilerin ya da imkânların kötüye kullanılması söz konusu iken; görev sırasında işlenen suçlar açısından, böyle bir yetkinin ya da imkânın kullanımının söz konusu olmadığı belirtilmiştir<sup>65</sup>. İdare hukuku doktrininde de, görev dolayısıyla işlenen suçların, memurun görevini yapmayarak ya da kötüye kullanarak işlediği her suçu kapsamına aldığı belirtilerek, zimmet, ihtilas, irtikap ve görevi ihmal gibi suçlar bunlara örnek olarak gösterilmiştir<sup>66</sup>.

Dolayısıyla, 2547 sayılı Kanun'da sayılmış olan akademik ya da idari personelin görev sırasında işlediği herhangi bir suç ya da görev sırasında olsa da olmasa da, görevi dolayısıyla işlemiş olduğu bir suç, kanunda belirtilen özel ceza soruşturması usulüne tabi olacaktır. Ancak, burada yorum yapacak olan öncelikle ceza soruşturmasını yapan ilk soruşturmacı ya da son soruşturmacı, sonrasında ise Danıştay olacaktır<sup>67</sup>. Bununla birlikte, çalışmanın birinci bölümünde de vurgulanmış olduğu gibi, gerek ilk soruşturmacı, gerek son soruşturma kurulu bu konuda doğru değerlendirme yapma hususunda çoğunlukla yetkin değildir. Danıştay'ın ise bu husustaki kararlarında her zaman geniş yorum yapmadığı görülmektedir. Örneğin Danıştay, “ruhsatsız olarak faaliyet gösteren işletmede dış hekimi olarak”<sup>68</sup> çalışan kişiye isnat edilen suçun, “...araştırma görevlisi olarak atanmak üzere yaptığı başvuruda gerçeğe aykırı 2010/KPDS Sonbahar Dönemi sınav sonuç belgesi sunduğu...”<sup>69</sup> iddiasına ilişkin suçun; “... Üniversitesi ...Fakültesi Bilgisayar işletmeni olarak görev

<sup>64</sup> PINAR, s. 805.

<sup>65</sup> DÖNMEZ, s. 2737.

<sup>66</sup> AKYILDIZ, Ali, “Memur Yargılamasında İdari Süreç”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2001, s. 159.

<sup>67</sup> Bu hususta ayrıca bkz. AYTURAN, s. 439.

<sup>68</sup> D.1.D, 23.11.2021, E.2021/1791, K.2021/1714 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

<sup>69</sup> D.1.D, 07.04.2021, E.2021/495, K.2021/559 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

yapan şüpheli ...'nın Cumhurbaşkanına iletilmek üzere ..teslim ettiği özel olarak hazırlanmış bir dilekçeyle ... Üniversitesi Rektörü ... için "kripto FETÖ'cü, koltuğuna tapan, her dönemin adamı olmayı becerebilen bukalemun tipli, ikircikli tavırlı oryantalist politikaları olan" şeklinde ifadeler kullanmak suretiyle adı geçene hakaret ettiği iddiasıyla...<sup>70</sup> isnat edilen suçun; "...Özel ...Hastanesinde şikayetçi ...'a elektrokemoterapi uygulaması yaptığı, elektrokemoterapi tedavisi nedeniyle ... TL ücret aldığı, tedaviden sonra iyileşemeyen şikayetçiye ücretini iade etmediği, epikriz belgesini vermediği, şikayetçiyi kontrol için çağırmadığı yolundaki eylemlere konu..."<sup>71</sup> suçun; haklarında soruşturma yapılan kişilerin,"görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri" suç olmadığına ve genel hükümlere göre soruşturma yapılması gerektiğine karar vermiştir. Bununla birlikte, bazı kararlarında ise soruşturma konusu suçun görev suçu olarak kabul edilip edilemeyeceği yönündeki kararı idarenin vermesi gerektiğini belirtmiştir<sup>72</sup> ki bu kararların isabetli olmadığı düşünülmektedir.

Bu açıklamalara ek olarak, üniversitelerde en çok karşılaşılan ceza soruşturmalarının Tıp Fakültelerinde görevli öğretim elemanlarının ya da personelinin görevleri dolayısıyla işledikleri suçlara ilişkin olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin, "...zamanında ve yeterli müdahale etmemek suretiyle adı geçenin ölümüne neden olmak..."<sup>73</sup>; "...cam kesigi nedeniyle sağ kolundan yaralanan ve Acil Servise götürülen şikayetçi ...'in kardeşi ...'in takip ve tedavisinde dikkatsizlik ve özensizlik göstererek, kolundaki atardamar yırtılmasını zamanında tespit edemeyerek sağlık durumunun kötüleşmesine, ... tarihinde de ölümüne neden olmak."<sup>74</sup> gibi fiillerin sağlık kamu hizmetinin sunulmasına ilişkin yetkilerin kullanılması dolayısıyla, yani görev dolayısıyla ortaya çıkan fiiller olduğu kuşkusuzdur.

<sup>70</sup> D.1.D, 25.12.2018, E.2018/2538, K.2018/2475 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

<sup>71</sup> D.1.D, 17.03.2021, E.2021/459, K.2021/388 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

<sup>72</sup> "...olay sabit ise bu fiilin suç oluşturup oluşturmadığı, görev suçu olarak Üniversite tarafından soruşturulup soruşturulamayacağı..."; D.1.D, 21.01.2020, E.2019/1555, K.2020/11 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

<sup>73</sup> D.1.D, 26.12.2019, E.2019/2048, K.2019/2121 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

<sup>74</sup> D.1.D, 17.05.2021, E.2021/593, K.2021/683 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).



Bu verilen örnekler dışında, 2547 sayılı Kanun'da yer alan düzenleme doğrultusunda, 3628 sayılı Kanun<sup>75</sup>'a tabi olan suçlar da, belli ölçüde 2547 sayılı Kanun'da yer alan usule tabidir. Buna göre, Yükseköğretim Kurulu başkanı ve rektörler hakkında yapılacak olan soruşturmalarda, soruşturma konusu suç 3628 sayılı Kanun kapsamında bir suç olsa dahi, ceza soruşturması 2547 sayılı Kanun'da belirtilen şekilde yapılacaktır. Bunun dışında kalan akademik ve idari personel hakkında 3628 sayılı Kanun kapsamında bir suç için kanuni soruşturma yapmak için ise, personelin konumuna göre Yükseköğretim Kurulu başkanından ya da üniversite rektörlerinden izin alınması gerekecektir. Görüldüğü gibi, 2547 sayılı Kanun'da düzenlenen ceza soruşturması usulü, 3628 sayılı Kanun kapsamındaki suçları dahi büyük ölçüde içermektedir. Bununla birlikte, Danıştay bu hüküm doğrultusunda, 3628 sayılı Kanun kapsamında yer alan suçun "Üniversitedeki öğretim üyeliği görevleri sebebiyle ve bu görevleri sırasında" işlenip işlenmediği ölçütünü kullanarak, eğer bu ölçüte uymadığı kanaatine varırsa 3628 sayılı Kanun kapsamında yer alan suçun da genel hükümler doğrultusunda soruşturulması gerektiğine karar vermektedir<sup>76</sup>.

2547 sayılı Kanun, hangi suçların, bu kanunda düzenlenen soruşturma usulüne tabi olmadığını ise açıkça belirtmiştir: "İdeolojik amaçlarla

<sup>75</sup> Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, RGT. 04.05.1990, RGS. 20508.

<sup>76</sup> "...Dosyanın incelenmesinden, ...'ın ...Cumhuriyet Başsavcılığına, ...Cumhuriyet Başsavcılığına, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına, ...Üniversitesi Rektörlüğüne ve muhtelif makamlara verdiği dilekçelerle ...Üniversitesi Öğretim Üyeleri ..., .... ve ...'un ortağı oldukları ...Bilişim Danışmanlık Otomasyon Yayıncılık Reklam Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. kanalıyla Üniversiteye basit ve yetersiz yazılım programlarının kullanım hakkını satarak, Üniversitenin kendi imkanlarıyla düzenleyebileceği bilimsel konferansları Şirket aracılığıyla düzenletip gelir elde ederek, Şirket bünyesinde yer alan bilimsel dergi ile yayın yapmak isteyen eser sahiplerinden kayıt dışı ve haksız ücret alarak haksız mal edindiklerini, sebepsiz zenginleştiklerini ileri sürdüğü, söz konusu iddiaların Rektörlükçe soruşturulup şüphelilerin men-i muhakemelerine karar verildiği görülmüştür...Ancak şüphelilerin ortağı oldukları ... Bilişim Danışmanlık Otomasyon Yayıncılık Reklam Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. bünyesindeki faaliyetlerinin Üniversitedeki öğretim üyeliği görevleri sebebiyle ve bu görevleri sırasında işlenmediği, öte yandan, bu Şirket vasıtasıyla haksız kazanç sağladıkları, sebepsiz zenginleştikleri yolundaki iddiaların 3628 Sayılı Kanun gereğince genel hükümlere göre soruşturulması gerektiği anlaşılmıştır..."; D.1.D, 16.02.2021, E.2021/263, K.2021/228 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

*Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetleri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrılığına dayanılarak nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak maksadıyla işlenen suçlarla bunlara irtibatlı suçlar, öğrenme ve öğretme hürriyetini doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükün, huzur ve çalışma düzeyini bozan boykot, işgal, engelleme, bunları teşvik ve tahrik, anarşik ve ideolojik olaylara ilişkin suçlar ile ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde, yukarıda yazılı usuller uygulanmaz; bu hallerde kovuşturmayı Cumhuriyet Savcısı doğrudan yapar.”* Yine, 2547 sayılı Kanun’un 4483 sayılı Kanun’a yapmış olduğu atıf doğrultusunda, 4483 sayılı Kanun-md. 2’de yer alan “...suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır.” hükmü gereği, eğer akademik ya da idari personelin işlemiş olduğu iddia edilen suç ile ilgili olarak kanunda başka bir soruşturma usulü getirilmişse, bu durumda da 2547 sayılı Kanun’da yer alan soruşturma usulü uygulanmayacaktır<sup>77</sup>. Bu istisnai durumlarda, suçun görev dolayısıyla ya da görev sırasında işlenip işlenmediği önemli olmayıp, 2547 sayılı Kanun’daki ceza soruşturması usulü bu suçlar hakkında uygulanmayacaktır.

Bu açıklamalar ışığında, az sayıdaki istisna dışında birçok suç, 2547 sayılı Kanun’da yer alan ceza soruşturması usulü kapsamında yer almaktadır. Gerek ilk soruşturmacının gerek son soruşturma kurulu üyelerinin hukuk fakültesi mezunu olmayan kimselerden oluştuğu durumlar da göz önüne alındığında, bu durumun hukuk devleti ilkesine ne derece aykırı olduğu kolaylıkla belirtilebilir. Yine, idarenin kamu gücünü kullanarak, ceza soruşturması usulünü, bazı personelleri kayırma ya da bazı personellere mobbing uygulama aracı olarak kullanması da ihtimal dâhilindedir. Bu sebeple yapılması gereken, kanunda görev

<sup>77</sup> Örnek Danıştay kararı için bkz. “...5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 161 . maddesinin beşinci fıkrasında, “Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmaktan kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk amir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır.” hükmü yer almıştır... Ancak, adli bir görevin ifasına ilişkin soruşturma konusu eylem nedeniyle ... Üniversitesi Rektörlüğünce ceza soruşturması yapılamayacağı ve Kurul kararı alınamayacağı, isnat edilen suç nedeniyle ...hakkında ...Cumhuriyet Başsavcılığınca doğrudan soruşturma yapılması gerektiği.”; D.1.D, 25.05.2021, E.2021/838, K.2021/765 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 05.06.2024).

suçu kavramının net bir şekilde belirtilmesi ve mümkün olduğunca sınırlandırılmasıdır.

## SONUÇ

Herkesin, statüsüne bakılmaksızın aynı ceza soruşturması sisteme tabi tutulması, kuşkusuz anayasal hukuk devleti ve eşitlik ilkelelerinin en önemli gerekleri arasında yer almaktadır. Bununla birlikte, Türkiye'de, memurlar ve diğer kamu görevlileri ile ilgili olarak uygulanabilecek olan farklı ceza soruşturması usulü de kaynağını bizzat anayasadan almaktadır. Bu konuda eğer bir anayasa değişikliğine gidilmeyecekse, atılması gereken en önemli adım kanunda yer alan düzenlemeleri güncellemek ve eşitlik ilkesinin bir başka görünümü olan, aynı durumda olanlar için aynı durumların ortaya çıkmasının sağlanması olacaktır.

2547 sayılı Kanun'da yer alan ceza soruşturması usulü, hem kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmemiş olduğu için, hem de 4483 sayılı Kanun'daki değişiklikler 2547 sayılı Kanun'da da yapılmamış olduğu için; bir anlamda çağın gerisinde kalmıştır. Zira, en başta Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'ta eleştirilen ve ceza soruşturmasının tamamen idare tarafından yapılmasını öngören hüküm ile, görev sırasında işlenen tüm suçları kapsamına alan hüküm, 2547 sayılı Kanun'da aynı şekilde yer almaktadır. Bu kadar önemli bir soruşturmanın idare içinde ve bu konuda uzmanlığı olmayan kişilerce yapılması uygulamada hem teknik açıdan hem de içerik olarak çok sayıda hatalı uygulamaya neden olmaktadır. Ayrıca, 3628 sayılı Kanun'da yer alan suçların dahi, 2547 sayılı Kanun'da büyük ölçüde genel hükümlerin dışına çıkarılmış olması, kanunun suç bakımından kapsamı açısından bir diğer önemli sorundur.

Buna ek olarak, 1980'li yıllardan günümüze hem vakıf üniversitelerinin sayısı artmış, hem de Türkiye'de kamu personel rejimi değişmiştir. Bu açıdan da, 2547 sayılı Kanun'da yer alan ceza soruşturması usulünün kişi yönünden kapsamının güncellenmesi zaruridir. Aksi takdirde, devlet üniversitelerinde çalışan akademik personel ile vakıf üniversitelerinde çalışan akademik personel arasında ve devlet üniversitelerinde farklı statülerle çalışıp fiilen aynı kamu hizmetini sunan idari personel arasında ortaya çıkan eşitsizlik devam edecektir ve bu durumun hakkaniyete aykırı olduğu hususunda şüphe yoktur. Kaldı ki 2016

yılında 2547 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler ile, vakıf üniversitelerinin rektörleri ve rektör yardımcıları 2547 sayılı Kanun kapsamındaki ceza soruşturması usulüne dâhil edilmişken, öğretim elemanlarına ilişkin hiçbir belirleme yapılmamış olması, aynı kurum içinde bir başka eşitsizliğe daha neden olmuştur. Yine, özellikle sağlık kamu hizmeti alanında hizmet veren fakültelerdeki öğrenciler de, eğitimlerinin bir parçası olarak kamu hizmetine katıldıkları halde 2547 sayılı Kanun'da yer alan ceza soruşturması kapsamında yer almamaktadır. Bu açıklanan sorunlar, Danıştay içtihadı ile de çözümlenememiştir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, 2547 sayılı Kanun'da yer alan ceza soruşturma usulünün en baştan ve ayrıntılı şekilde düzenlenmesi; bu düzenleme sırasında öncelikle 4383 sayılı Kanun'daki değişikliklere adaptasyonun sağlanması; vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan akademik personelle ilgili olarak devlet yükseköğretim kurumlarında çalışan akademik personelle eşitliği sağlayacak açık hükümler getirilmesi; tüm yükseköğretim kurumlarında çalışan idari personelin, geniş anlamda kamu görevlisi tanımı doğrultusunda, aynı güvenceye tabi tutulması; uygulamalı eğitim veren tıp ya da dış hekimliği fakültesi gibi fakültelerde uygulamaya katılan ve bu esnadaki görevleri dolayısıyla suç işlediği iddia olunan öğrenciler açısından da belli güvenceler getirilmesi ve 2547 sayılı Kanun kapsamında yer alan suç kapsamının mümkün olduğunca daraltılması gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

- AKYILDIZ**, Ali: "Memur Yargılamasında İdari Süreç", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2001, ss. 144-201.
- ASLAN**, Zehreddin/**ALTINDAĞ**, Halil: Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması 2547 sayılı Kanun Kapsamında Çalışanların Disiplin ve Ceza Soruşturması Dahil, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2023.
- AVCI**, Mustafa: "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 3-4, 2007, ss. 273-294.
- AY**, Yunus Anıl: "Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde

2914 Sayılı Kanun'da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2022, ss. 277-307.

**AYTURAN**, Berkan: "Yükseköğretim Personelinin Göreve İlişkin Suçlarının Soruşturulması", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 9, S. 35, 2018, ss. 429-467.

**BİLGE**, Burak: "AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2014, ss. 367-406.

**BOZ**, Selman Sacit: Memur Yargılamasında İzin ve İtiraz Süreci, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

**ÇAĞLAYAN**, Ramazan: "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanununun Hakkında Bir Değerlendirme", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 1-2, 2003, ss. 105-128.

**ÇINARLI**, Serkan/ **ARSLAN HIZAL**, Sevinç/ **HIZAL**, Abdullah: "Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapan Öğretim Üyelerinin Ceza Soruşturması Usulü Sorunu", Leges Kamu Hukuku Dergisi, S. 3, 2013, ss. 23-42.

**DÖNMEZ**, Burcu: "Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı. 2017, ss. 2727-2748.

**DUMAN**, Bahattin: Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması Yönetici-Personel-Öğrenci, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

**EREN**, Abdurrahman: "Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat" İle Onu Yürürlükten Kaldıran "Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun"un Karşılaştırılması", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 55, S. 3, 2000, ss. 55-79.

**GÖKTAŞ**, Seracetin: "Vakıf Üniversiteleri İle Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, 2021, ss. 581-621.

**GÖZLER**, Kemal/**KAPLAN**, Gürsel: İdare Hukukuna Giriş, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 24. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2018.

- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref/**TAN**, Turgut, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- GÜNDAY**, Metin: İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.
- GÜVEZ**, Adem: Yükseköğretim Kurumlarında Personel Ceza Soruşturması, Editör: İbrahim ÜLKER, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- KILIÇASLAN**, İbrahim: "AİHM Kararları Işığında Etkin Soruşturma: 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Açısından Bir Değerlendirme", Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 132, 2017, ss. 100-104.
- MESCİ**, Hatice/**AYDIN**, Vahdettin: "Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturma Usûlü", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2017, ss. 1-91.
- MUMCU**, Uğur: "Türk Hukukunda Memurların Yargılanması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 1, 1971, ss. 133-182.
- PINAR**, İbrahim: Memurlar, Akademik Personel ve Kolluk Personeli Hakkında Uygulanan Disiplin ve Ceza Soruşturması Esasları, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2024.
- SEÇKİN**, Sinan: "Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında Görev Yapan Personel Hakkında Ceza Soruşturması Yürütülmesi Usulü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 28, S. 1, 2022, ss. 62-98.
- SEVER**, Çiğdem D. : "Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü", Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S.158, 2016, ss. 1175-1216.
- TAHTALI**, Murat Buğra : "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Türkiye'deki Yansımaları", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2011, ss. 55-82.
- TOSUN**, Öztekin: "Memurların Suçlarında Özel Muhakeme Usulleri II", Yargıtay Dergisi, S. 1-2, C. 10, 1984, ss. 9-32.
- ULUSOY**, Ali D.: Yeni Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

- UZ**, Abdullah: “Kamu Görevlilerinin Ceza Kovuşturmasına Tabi Tutulabilmesi İçin Yetkili İdari Mercî Tarafından verilebilecek Kararların Hukuki Niteliği ve Denetimi Üzerine”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S. 2, 2011, ss. 157-207.
- YAYLA**, Yıldızhan: İdare Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- YARDIMCIOĞLU**, Murathan: Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Akademik ve İdari Personelin Görev Suçu Nedeniyle Ceza Soruşturması Usulü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2023.
- YILDIRIM**, Ramazan/ÇINARLI, Serkan: Türk İdâre Hukuku Dersleri, Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- YILMAZ**, Dilşat: “Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S.1-2, 2013, ss. 101-125.





## DEMOKRATİKLEŞME SÜRECİNDE POST EGEMEN ANAYASA YAPIMINA BİR ÖRNEK: 1997 POLONYA ANAYASASININ YAPIM SÜRECİ VE BU SÜRECİN SORUNLARI

Murat ERDOĞAN \*

### Öz

Bu çalışmada, Polonya’da demokratikleşme sürecinde gerçekleşen anayasa yapımı örneğinin Arato’nun post egemen (egemen sonrası) anayasa yapım kuramı bağlamında incelenmesi amaçlanmaktadır. Polonya, 1989’da sosyalist düzenden demokratik bir düzene geçmiştir. Günümüzde Polonya’nın anayasal sisteminin demokratik karakterine ilişkin ciddi sorunlar vardır. Bununla birlikte 1997 Polonya Anayasası’nın yapımındaki usul odaklı yaklaşım anayasaların yapımında demokratik meşruluk bakımından önemli bir tecrübedir. Fakat bu tecrübenin henüz en başta anayasanın kabulü için yapılan referandumda siyasi çekişmeler neticesinde akamete uğraması, Polonya’nın günümüzde yaşadığı anayasal sorunların da temel kaynağı olarak gösterilebilir. Bu çalışma, anayasa yapımında ihmal edilmiş bir boyut olan demokratik meşruluğun sağlanması meselesinin önemini Polonya örneği üzerinden vurgulayarak doktrine özgün bir katkıda bulunmayı hedeflemektedir.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye ✉ Asst. Prof., Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Department of Public Law, Constitutional Law Department, Ankara, Türkiye.

✉ murat.erdogan@hbv.edu.tr • ORCID 0000-0002-2825-7348.

- ✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ERDOĞAN, Murat: “Demokratikleşme Sürecinde Post Egemen Anayasa Yapımına Bir Örnek: 1997 Polonya Anayasasının Yapım Süreci ve Bu Sürecin Sorunları”, SÜHFD, C. 32, S. 3, 2024, s. 1405-1457.
- ✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.
- ✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

• Post Egemen Anayasa Yapımı • Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yapımı • Polonya Anayasası • Anayasanın Meşruluğu • Kurucu İktidar

## POST SOVEREIGN CONSTITUTION MAKING IN DEMOCRATIZATION PROCESS: MAKING OF 1997 POLAND CONSTITUTION AND ITS DISCONTENTS

### Abstract

This paper aims to elucidate the Polish example of constitution making in the democratization process in the context of Arato's post-sovereign constitution making theory. Poland transitioned to a democratic order in 1989. Today, there are serious concerns about the democratic character of Poland's constitutional system. However, the procedural-oriented approach in the making of the 1997 Polish Constitution is a significant experience in terms of democratic legitimacy in the making of constitutions. Nevertheless, the failure of this experience as a result of political conflicts in the referendum held for the adoption of the constitution can be demonstrated as the main source of the constitutional problems Poland is experiencing today. This paper ultimately aims to make a contribution to the doctrine by emphasizing the importance of ensuring democratic legitimacy, which is a neglected dimension in constitution making.

### Key Words

• Post Sovereign Constitution Making  
• Constitution Making in Democratization Process • The Constitution of Poland • The Legitimacy of Constitution • Constituent Power

## GİRİŞ

Bu çalışmada, Polonya'da demokratikleşme sürecinde gerçekleşen anayasa yapımı örneğinin Arato'nun post egemen (egemen sonrası) anayasa yapım kuramı bağlamında incelenmesi amaçlanmaktadır. Arato'nun post egemen anayasa yapım kuramı, son zamanlarda anayasacılık ideolojisinin demokratik meşruluğu geri plana iten anlayışına tepki olarak doğan bir paradigmadır. Buna göre anayasa yapımı, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra içerik odaklı bir yaklaşıma indirgenmiştir. Böylece evrensel olduğu kabul edilen insan hakları, kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti gibi ilkelerin normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan yazılı ve katı anayasalar tarafından korunması öncelikli hale gelmiştir. Oysa kurucu iktidar, evrensel ilkelerden beslense de aslolan söz konusu iktidarın

demokratik meşruluğudur. Yani anayasa yapımında içerik odaklı değil fakat usul odaklı bir yaklaşımın öncelikli hale gelmesi, anayasaların toplumdaki meşrulukları açısından zorunludur.

Polonya, 1989'da sosyalist düzenden demokratik bir düzene geçmiştir. Günümüzde Polonya'nın anayasal sisteminin demokratik karakterine ilişkin ciddi tartışmalar vardır. Bununla birlikte 1997 Polonya anayasa yapımındaki usul odaklı yaklaşım anayasaların yapımında demokratik meşruluk bakımından önemli bir tecrübedir. Fakat bu tecrübenin henüz en başta anayasanın kabulü için yapılan referandumda akamete uğraması, Polonya'nın günümüzde yaşadığı anayasal sorunların da temel kaynağı olarak gösterilmektedir. Bu çalışmanın hedefi, Polonya Anayasasının yapımında usul odaklı yaklaşımın tatbikini ve bu yaklaşımdan uzaklaşılan noktaları, Arato'nun post egemen anayasa yapımı kuramı bağlamında ortaya koymaktır. Böylece anayasa yapımında ihmal edilmiş bir boyut olan demokratik meşruluğun sağlanması meselesinin Türkiye bakımından da önemini vurgulayarak doktrine özgün bir katkıda bulunulması hedeflenmektedir.

Anayasaların zamanlarının ürünü siyasi metinler oluşu<sup>1</sup>, toplumun niteliklerini oluşturan çelişen menfaatler ve inançları uzlaştırması ile açıklanabilir. Anayasalar, siyasi sistemde yer alan unsurların toplumsal ve ekonomik konular üzerinde vardığı uzlaşmaları ifade eder.

Anayasa yapım sürecinde çözülmesi gereken en önemli sorun, siyasi sistemde yer alan söz konusu unsurları yeterli derecede tatmin edici bir siyasi belge yaratmanın gerekliliği haline gelmektedir. Söz konusu yapıda toplum içerisindeki bireylerin fikirlerindeki ideal demokrasi anlayışına en yakın uzlaşmayı içeren anayasa, ulusal ve somut düzeyde rejimin meşruluğu ile bireysel ve soyut düzeydeki meşruluk düşüncesi arasında bir köprü kurmalıdır. Böylece siyasi sistemin devamlılığı sağlanır.

Anayasalar, kendisini var eden siyasi, sosyolojik ve tarihsel koşullardan etkilenir. Fakat anayasalar söz konusu özellikleri belirleyici bir

<sup>1</sup> WHEARE, Kenneth C., Modern Anayasalar, Değişim Yayınları, İstanbul, 1984, s.89 vd.

niteliğe de sahiptir<sup>2</sup>. Anayasal metinlerin biri, siyasal ve sosyolojik koşullardan etkilenici, diğeri de söz konusu koşulları tetikleyici olan paradoksal iki boyutunun bulunduğunu söylemek mümkündür.

Anayasalar, siyasi sistemde yer alan unsurların toplumsal ve ekonomik konular üzerinde vardığı uzlaşmaları ifade eder. Anayasa yapım süreçleri, siyasi sistemde kendisine yer bulmaya çalışan unsurların fikir, kanaat ve uygulamalarını ulusal düzeyde somutlaştırabileceği bir platformda gerçekleşmelidir. Aksi takdirde özellikle çatışma potansiyelinin uzlaşma kültürüne nazaran daha yüksek olduğu siyasi sistemlerde, sesini anayasal yoldan duyuramayan unsurlar, sistemin dışında kaldıkları takdirde ciddi tehlike potansiyeline sahip olabileceklerdir.<sup>3</sup>

Doğu Bloku Ülkeleri'nde özellikle yirminci yüzyılın sonlarında gerçekleşen demokratikleşme dalgası, bu ülkelerde demokratikleşmenin bir aracı olarak görülen yeni anayasaların yapılmasını beraberinde getirmiştir. Bu ülkelerde özellikle demokratikleşme ve liberal demokrasinin asgari unsurlarını Batı Avrupa ülkeleri düzeyinde benimseyerek serbest piyasa ekonomisinin esas alınması süreci, insan hakları ve demokrasi kültürünü anayasal düzeyde koruma altına alma ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Yani eski Doğu Bloku ülkelerinde yeni anayasa yapım süreçleri eski Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği ve tüm Doğu Avrupa'yı etkisi altına alan çok boyutlu bir dönüşüm sürecinin ürünüdür<sup>4</sup>.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda Polonya açısından öncelikle demokratik anayasa yapımında katılımın nitelikleri açıklanmalıdır. Bunun ardından Polonya'nın önce küçük anayasası olan 1992 Anayasası, ardından da nihai olarak 1997 Anayasasının yapım süreci ele alınacaktır. Böylece sürecin kuramsal boyutu ile olgusal boyutunun karşılaştırması yapılacaktır. Son olarak da Polonya anayasa yapımına yansıyan siyasi

<sup>2</sup> ATAR, Yavuz: Demokrasilerde Anayasal Değişimin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı, Mimoza Yayınları, Konya, 2000, s. 5.

<sup>3</sup> Bu yönde bkz. KONTACI, Ersoy: Demokratik Anayasa Yapım Teorisinin Krizi: Şili Deneyimi ve Düşündükleri, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13 - Sayı: 1, Haziran 2023, ss. 15-44, s. 25.

<sup>4</sup> GÖNENÇ, Levent: Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries, Kluwer Law International, The Hague, London, New York (2002), s. 105.

huzursuzluğun, günümüzde Polonya'da anayasal gerilemenin önemli sebeplerinden biri olduğu ifade edilecektir.

## I. DEMOKRATİKLEŞME SÜRECİNİN ANAYASA YAPIMINA ETKİSİ VE POST EGEMEN ANAYASA YAPIMI KURAMI

### A. DEMOKRATİKLEŞME SÜRECİNDE ANAYASA YAPIMI

#### 1. Demokrasiye Geçişi Etkileyen Temel Faktörler

Doğu Avrupa ülkelerinde totaliter ve otoriter rejimlerin 1980'li yılların ortalarından itibaren güç kaybederek çöküş sürecine girdikleri bilinen bir gerçektir. Ancak bir otoriter rejimin çöküşü zorunlu olarak demokrasiye geçiş anlamına gelmemektedir<sup>5</sup>. Bu noktada demokrasiye geçiş sürecinde rol oynayacak olan unsurlar daha önce de belirtildiği gibi sistem içerisindeki siyasi unsurlardır. Ancak bunların sürece katkısının demokratikliği ve elde edilen çıktının ne ölçüde uzlaşma içerdiği demokrasiye geçişin mahiyetini belirleyici niteliktedir<sup>6</sup>. Bu bağlamda geçiş sürecinin genel mahiyeti bakımından yapısal faktörlerinin incelenmesi gerekmektedir.

Demokrasiye geçiş sürecinin üç yapısal faktöründen söz etmek mümkündür<sup>7</sup>. Bunlardan birincisi kurumsal ve örgütsel bağlamda demokrasiye geçiş sürecini tetikleyen uluslararası faktörler, ikincisi gerek otoriter gerekse de totaliter sistemlerde siyasi düzenin getirdiği modernleşme olgusu neticesinde ortaya çıkan sosyal ve ekonomik gelişmeler ve nihayet üçüncüsü sistemin otoriter veya totaliter yapısının demokratik geçişin niteliğini belirleyici özelliğidir.

Uluslararası faktörlerin demokrasiye geçiş süreci üzerindeki etkisine en iyi örnek olarak 1970'li yıllarda Portekiz ve İspanya'da otoriter rejimlerden demokrasiye geçiş sürecinde klasik demokrasi ile yönetilen Batı Avrupa ülkelerinin oynadıkları rol verilebilir. Batı Avrupa

<sup>5</sup> ÖZBUDUN, Ergun: Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1993, s. 13

<sup>6</sup> Bu yönde bkz. PRZEWORSKI, Adam: Demokrasi ve Piyasa: Doğu Avrupa ve Latin Amerika'da Siyasal ve Ekonomik Reformlar, (Çev: İltter Turan) Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, 1995, s. 66.

<sup>7</sup> ÖZBUDUN, s. 14 vd.

ülkelerinin Portekiz'deki demokratik unsurlara sağladığı desteğin bu ülkenin demokrasiye geçiş sürecini başarıyla gerçekleştirebilmesi açısından büyük bir öneme sahip olduğu şüphesizdir.

## 2. Demokrasiye Geçiş Yolları

Demokrasiye geçiş yolu, çeşitli yazarlar tarafından farklı tasniflere tabi tutularak incelenmiştir<sup>8</sup>. Söz konusu tasnifler çerçevesinde en temel ayrım Linz ile Huntington arasındaki ayrımdır. Buna göre Linz, demokrasiye geçiş yollarını; reform yoluyla, kopma yoluyla ve sözleşme yoluyla demokrasiye geçiş olarak tasnif etmektedir. Huntington'ın sınıflandırmasında bu kavramlar dönüşüm, yerine geçme ve yer değiştirme olarak karşımıza çıkmaktadır.

### a. Reform (Dönüşüm) Yolu

Reform yolu, demokrasiye geçiş sürecinin, bizzat otoriter rejim yöneticileri tarafından başlatılarak yürütüldüğü bir geçiş yoludur<sup>9</sup>. Huntington ise dönüşüm adını verdiği başlık altında "*Dönüşümlerde, otoriter rejimlerde iktidarda bulunanlar, bu rejimi sona erdirmekte ve onu demokratik bir sisteme çevirmekte öncülük eder ve belirleyici rol oynarlar*"<sup>10</sup> demektir. Bu yolla demokrasiye geçiş için iktidarın muhalefetten daha güçlü olması yapısal bir zorunluluktur. Reform yolu, genellikle güçlü bir iktidarın mevcut bulunduğu otoriter rejimlerde görülmektedir. Ayrıca muhalefetin işbirliği de bir zorunluluktur<sup>11</sup>.

Reform yoluyla demokrasiye geçişin zorunlu ön koşulu liberalleşmedir.<sup>12</sup> Otoriter rejimlerin liberalleşmesi ise gerek iktidarın gerekse de muhalefetin beklentileriyle yakından alakalıdır. İktidardakiler özellikle sertlik yanlılarının isteklerini törpülemeli, muhalefet ise ılımlı davranmalıdır. Bu durumda iktidarın beklentisi sert bir diktatörlükten yumuşak bir diktatörlüğe geçiş olmakta, muhalefet de bunu kabullenmektedir.

<sup>8</sup> Bu tasnifler hakkında ayrıntılı bilgi için LINZ, Juan,/STEPAN, Alfred: Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe, John Hopkins, 1996, HUNTINGTON, Samuel P.: Üçüncü Dalga, (Çev: Ergun ÖZBUDUN) Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 120 vd.

<sup>9</sup> ÖZBUDUN, s. 21

<sup>10</sup> HUNTINGTON, s. 120.

<sup>11</sup> ÖZBUDUN, s. 22

<sup>12</sup> PRZEWORSKI, s. 52 vd.

Demokrasiye geçiş ise iki tarafın da söz konusu beklentisinin gerçekleşmeyerek sistemin farklı bir biçimde işlemesi sonucunda mümkün olabilmektedir. Bu, ya reformcu iktidarın kendi isteklerini muhalefete kabul ettiremeyecek durumda olması veya reformcuların baskıya dönüşün maliyetini olduğundan daha az tahmin etmiş olmaları neticesinde gerçekleşebilmektedir<sup>13</sup>. Huntington Türkiye'nin de dahil olduğu örneklerde, otoriter liderlerin kendilerinin veya ortaklarının iktidarı kaybetmeyeceğine olan inancının etkili olduğunu belirtmektedir. Reform yoluyla demokrasiye geçişin en belirgin örnekleri İspanya, Brezilya, Macaristan, Şili ve Hindistan'dır<sup>14</sup>.

### b. Kopma (Yerine Geçme) Yolu

Kopma yoluyla demokrasiye geçişin söz konusu olduğu siyasi sistemlerde rejim içerisinde reformcuların çok zayıf oluşları ve hatta hiç olmayışları ve iktidardaki hakim unsurların rejim değişimine şiddetle karşı olmaları belirleyici faktördür. Bunun sonucu olarak da kopma yoluyla demokrasiye geçiş, otoriter rejimin devrim veya yenilgi gibi aniden çöktüğü ve reform yolundan farklı olarak iktidardakilerin demokrasiye geçişte herhangi bir etkisinin olmadığı durumları ifade etmektedir<sup>15</sup>.

Kopma, muhalefetin zaman içerisinde iktidarı yıpratarak onun yerine geçmesine bağlıdır. Ancak şu unutulmamalıdır: Kopma yoluyla iktidarın değişmesi, zorunlu olarak demokrasiye geçişin habercisi değildir. Nitekim İran, Küba ve Nikaragua, kopma yoluyla iktidarın el değiştirmesinin ardından demokrasiye geçiş sürecine sahne olmamışlardır. Geçici devrim hükümetlerinin siyasi sistemin demokrasi yönünde evrilmesini sağlayıcı işlevi de bu noktada ortaya çıkar. Kopma yoluyla demokrasiye geçişin gerçekleştiği Portekiz ve Romanya örnekleri bunun en güzel

<sup>13</sup> ÖZBUDUN, s. 27, PRZEWORSKI, ss. 62-64.

<sup>14</sup> Huntington reformcuların baskıya dönüşün maliyetini daha az tahmin etmiş olması olgusuna örnek olarak da iktidardakilerin seçimleri kazanacaklarına dair sarsılmaz inancını göstermiştir. Yazar bu bağlamda Türkiye'yi de aynı tasnife tabi tutmuş ve 1980 askeri darbesinden sonra yapılan seçimlerin de bu olguya bir örnek olduğunu belirtmiştir. HUNTINGTON, s. 123.

<sup>15</sup> ÖZBUDUN, s. 29.

göstergesi ve kopma yoluyla demokrasiye geçişin zorluklar ve engellerle dolu oluşuna birer örnektir<sup>16</sup>.

### c. Sözleşme (Yer Değiştirme) Yolu

Sözleşme yolu, eski rejimin yöneticileriyle muhalefet temsilcileri arasında gerek demokrasiye geçişin yöntemi gerekse de gelecek demokratik rejimin temel ilkeleri üzerinde varılan bir uzlaşmayı ifade eder. Bu bakımdan kopma yolu ile reform yolu arasında orta bir yolu işaret eder. Sözleşme yolu ile demokrasiye geçiş ise iktidar ve muhalefetin ortak eylemleriyle gerçekleşen bir mahiyete sahiptir.

Sözleşme yolu ile demokrasiye geçiş, iktidar içerisinde tutucularla reformcular arasındaki dengeye bağlıdır. Bu denge tutucuların bir rejim değişikliğini görüşmeye istekli ancak rejim değişikliğini başlatmaya isteksiz olmasını gerektirir. Ayrıca muhalefet içerisindeki ılımlıların da antidemokratik radikallere hakim olacak kadar güçlü, ancak hükümeti devirecek kadar güçlü olmamaları gerekir<sup>17</sup>.

Sözleşme yolu, kopma ile reform arasında orta bir yol olması sebebiyle bunlardan birine yaklaşan bir nitelik gösterebilir. Reform yoluna yaklaşan bir sözleşme anlayışında muhalefet, iktidarın demokrasiye geçişi sağlamasına müsaade edebilir. Kopma yoluna yaklaşan bir sözleşme anlayışında ise meşruluğunu ve yönetme yeteneğini büyük ölçüde kaybetmiş bir iktidarın varlığını sürdürebilmesi için muhalefet temsilcileriyle anlaşması mümkün olabilir. Bundan başka reform sözleşmesi yolunda iktidarın muhalefete serbest seçimlere ilişkin güvence vermesi karşılığında, muhalefetin de seçimler sonucunda iktidar partisinin varlığına dokunmayacağı ve yöneticilerin kovuşturulmayacağı gibi garantiler vermesi söz konusu olabilmektedir<sup>18</sup>.

Sözleşme yolu ile demokrasiye geçişin olgusal bağlamda en somut örnekleri ise Polonya, Çekoslovakya, Uruguay ve Güney Kore'dir<sup>19</sup>. Bu ülkelerden özellikle Polonya, Doğu Avrupa ülkelerinde anayasal demokrasiye geçiş konusunda öncü bir rol oynaması açısından önem taşır.

<sup>16</sup> ÖZBUDUN, s. 30.

<sup>17</sup> HUNTINGTON, s. 147.

<sup>18</sup> ÖZBUDUN, s. 32.

<sup>19</sup> HUNTINGTON, s. 147.



Nitekim Doğu Avrupa'daki komünist çözülüşün başlangıç anının Polonya'da yapılan demokratik seçimler olması ve Polonya'da iktidar ile muhalefet arasında başlatılan "Yuvarlak Masa Görüşmeleri"nin gerek demokrasiye geçiş, gerekse anayasa yapımında oynadığı rol<sup>20</sup>, bu ülkenin Doğu Avrupa'da demokrasiye geçiş sürecinde anayasa yapımına ilişkin ilk örnek olmasına vücut vermiştir.

### 3. Anayasa Yapım Süreçlerinin Özellikleri

#### a. Anayasal Değişmenin Genel Sebepleri

Anayasa, kabulü sırasında mevcut olan siyasi, ekonomik ve toplumsal güçlerin paralelogram bir bileşkesidir. Tüm anayasaların toplumun çelişen menfaat ve değerleri veya hakim inançları yansıtmaya eğiliminde olduğunu söylemek mümkündür. Wheare tarafından anayasal değişimin dinamikleri bağlamında yönetimde merkezileşme, siyasi partilerin değişen ve gelişen fonksiyonları ve seçim sistemi olgularının da etkili olduğu ifade edilmiştir<sup>21</sup>. Ancak bu faktörler anayasaların biçimsel olarak değişmelerinde birebir rol oynamaları açısından değil, fakat anayasanın anlaşılması ve uygulanmasında yol açtığı değişiklikler açısından önemlidir. Bu durum anayasanın, halkın ve siyasi iktidarın nezdindeki itibarıyla yakından alakalıdır. Anayasanın içeriğinin halk ve siyasi iktidar tarafından doğru, iyi ve elzem olduğuna dair inancın bulunması, anayasanın değiştirilmesine yönelik teşebbüslere karşı korunmasını beraberinde

<sup>20</sup> YÜCEL, Bülent: "Komünizm Sonrası Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerindeki Anayasacılık Hareketleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 60 Sayı 3, 2011, s. 651.

<sup>21</sup> Bu noktada Wheare, 1787 yılında Amerikan Anayasası yapılırken, ABD Kongresi'ne eyaletler arası ticaretin düzenlenmesi yetkisi verilmesine ilişkin örneği vermektedir. Buna göre Anayasanın yapıldığı sırada seyrek bir nüfus yoğunluğu bulunan ve geçimini çoğunlukla tarımdan sağlayan eyaletler arasındaki ticaretin düzenlenmesi yetkisi ABD Merkezi Hükümeti için ancak bu alanla sınırlı bir faaliyeti ifade etmektedir. Ancak 19. Yüzyılda eyaletlerde nüfus yoğunluğunun artması ve sanayi devriminin etkilerinin hissedilmeye başlanması, Amerikan Anayasası'nda yer alan bu yetkinin anlam ve içeriğinin değişmesine sebep olmuş, ABD Kongresi de Anayasa da tek bir kelimeyi değiştirmeksizin değişen koşullar bağlamındaki bu faaliyetler üzerinde önemli bir otorite kazanmıştır. WHEARE, s. 94 vd.

getirmektedir. Böylece bu yola nadiren ve dikkatli bir biçimde başvurulmasını gerektiği ortaya çıkmaktadır<sup>22</sup>.

Yeni bir devletin kurulması, bir ülkenin bağımsızlığını elde etmesi ve ülkede siyasi rejimin değişmesi ile darbeler ve ihtilaller ise yaygın olarak yeni bir anayasa yapılmasında en temel faktörlerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Atar'a göre siyasi rejimin değişmesine yol açan başarılı bir ihtilal veya darbenin amaçlarının anayasaya yansımalarının iki boyutundan söz edilebilir<sup>23</sup>. Bunlardan birincisi siyasi sistemde yer alan sosyal güç odaklarının dönüşümünü sağlayarak yeni siyasi güçlerin üstün ve sınırsız iktidarını yeni bir siyasi yapının kurumsal ve hukuki iktidarına dönüştürmesi, ikincisi ise gerçekleşen devrim veya darbe neticesinde söz konusu fiilin başarılarını anayasal norm haline getirmesi ve bunların siyasi amaçlarının siyasi tartışma konusu olmaktan çıkarılması suretiyle bunlara tartışılmaz bir üstünlük tanınmasıdır.

### **b. Anayasallaşma Süreci ve Anayasa Yapımında Zamanlama**

1980'li yıllardan itibaren komünist sistemin çözülmesiyle birlikte Doğu Avrupa ülkeleri, Batı Avrupa ülkelerinin tersine, hızlı ve esaslı bir anayasal değişim süreci yaşamışlardır<sup>24</sup>. Bu değişimin içerik olarak üç noktada toplandığını söylemek mümkündür<sup>25</sup>. Bunlardan birincisi serbest piyasaya geçiş için bir ekonomik program hazırlanması, ikincisi hukuki (anayasal) değişikliklerle devletin rolünün yeniden belirginleştirilmesi ve kurumların yeniden organize edilmesi, üçüncüsü ise bireyin haklarının devletin müdahalesinden korunması suretiyle toplumun özgürleşmesidir.

---

<sup>22</sup> Aksi bir durum, anayasanın eleştirilmesi ve yeni bir anayasa yapımına gidecek bir sürecin başlamasını beraberinde getirecektir. **GÖNENÇ**, Levent: "Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 50, S. 1, Şubat 2001, ss. 131-152, özellikle ss. 147-148.

<sup>23</sup> **ATAR**, s. 22.

<sup>24</sup> **TUNÇ**, Hasan: Türkiye'de Anayasa Yenileme Süreci ve Temel Sorunlar, Berikan Yayinevi, Ankara, 2012, s. 38

<sup>25</sup> **AGH**, Attila: "The Permanent Constitutional Criss In The Democratic Transition: The Case of Hungary, Constitutional Policy and Change in Europe", Constitutional Policy and Change in Europe içinde, (eds. Joachim Jens Hesse, Nevil Johnson), Oxford University Press, 1995, s. 380.

Anayasallaşma sürecinde ilk aşama, otoriter rejimin hukuki yapısında bazı değişiklikler yapılmasıdır. Bu bağlamda siyasi partilerin, sendikaların ve derneklerin yaygınlaştırılması ve serbestçe faaliyet göstermesinin sağlanması, Komünist Parti'nin öncülüğüne veya ideolojisine ilişkin hükümlerin kaldırılması, basının liberalleştirilmesi, sansürün kaldırılması, devletin güvenliğine ilişkin suçların yumuşatılması gibi konulara ilişkin düzenlemeler yapılmıştır<sup>26</sup>.

İkinci aşama, yeni anayasanın yapılmasıdır. Bu ülkenin komünist rejim öncesi anayasasına geri dönmesi, otoriter rejim anayasasının değiştirilmesi veya tamamen yeni bir anayasanın hazırlanması şeklinde gerçekleşir. Macaristan ve Çekoslovakya komünist dönem anayasasını kısmen değiştirmiş; Bulgaristan, Gürcistan, Ermenistan ve Romanya ise yeni bir anayasa yapmıştır. Polonya'da ise önce eski rejim anayasası değiştirilmiş, daha sonra tamamen yeni bir anayasa yapılmıştır. Bu noktada anayasa yapımında zamanlamanın önemi ortaya çıkmaktadır. Yapılacak ilk demokratik seçimlerin meşruluğu açısından birtakım anayasa değişikliklerinin ve düzenlemelerinin yapılması gereklidir; fakat anayasanın tümüyle değiştirilmesi, yapılacak bu serbest seçimlerin ardından olmalıdır<sup>27</sup>. Anayasa yapım sürecinin son aşaması ise meclisçe kabul edilen anayasanın kesinleşmek üzere halkoyuna sunulmasıdır<sup>28</sup>.

### c. Anayasa Yapım Yöntemleri

Anayasa yapım veya değiştirme yöntemleri temelde üç başlık altında incelenebilir. Bunlar, hiyerarşik yöntem, organik yöntem ve sözleşme yönetimidir<sup>29</sup>.

Temsili nitelikte olmayan meclislerce yapılan veya ferman niteliğinde olan anayasalar hiyerarşik yöntemle yapılmıştır. Daha önce belirtildiği şekliyle otoriter rejimin anayasanın demokratik değişikliklere açık olması kaydıyla aynen muhafazası; yeni anayasanın serbest seçimden kaynaklanmayan, eski rejim yandaşlarının çoğunlukta olduğu bir meclis tarafından yapılması; anayasa serbest seçimle seçilmiş meclisçe

<sup>26</sup> ÖZBUDUN, s. 111

<sup>27</sup> ATAR, s. 152.

<sup>28</sup> TUNÇ, s. 43.

<sup>29</sup> ATAR, s. 45.

yapılmakla beraber meclisin demokratik olmayan kurum ve güçlerin baskısı altında çalışmak zorunda olması hallerinde reform yoluyla hiyerarşik yöntem söz konusudur.

Anayasanın parlamento tarafından yapılması organik yöntemdir. Çoğunluktaki iktidar partisinin parlamentodaki diğer siyasi partilerin görüşlerini almadan anayasa değişikliği yapması organik yöntem olarak gösterilebilir.

Siyasal güçler tarafından görüşmeler yoluyla anayasa yapımı ise sözleşme yöntemidir. Anayasa yapımına toplumu temsil eden tüm gruplar ve partilerin katılması veya seçilmiş bir kurucu meclis tarafından katılma ve uzlaşma ilkelerine dayalı olarak toplumsal bir sözleşmenin yapılması biçiminde gerçekleşmesidir. Anayasa, değişik siyasi görüşleri temsil eden kurullar ya da temsili kurucu meclisler tarafından yapılır. Polonya, Macaristan ve Bulgaristan yuvarlak masa görüşmeleri ve temsili meclisler aracılığıyla anayasaları bu yöntemle yapılmıştır.

## B. POST EGEMEN ANAYASA YAPIMI KURAMI

Post egemen anayasa yapımı kuramı, anayasa yapımı yetkisinin tek bir organa değil, fakat demokratik meşruluğu olan birden fazla organın katılımıyla oluşan sivil toplum destekli bir sürece dayandırıldığı bir kuramdır<sup>30</sup>. Günümüzde anayasalar, özellikle hukukun evrensel ilkeleri doğrultusunda içeriklendirilmekte ve meşruluğu bu içeriğe dayandırılmaktadır. Oysa bu kurama göre anayasalar, geçmişte olduğu gibi günümüzde de demokratik egemenlik kuramından güç almalıdır. Anayasa yapımında en az içerik kadar önemli olan usuldür. Aksi bir durumda anayasaların ömrü uzun olmayacaktır. Post egemen anayasa yapımı kuramı, hukuk düzeninin şiddet olaylarıyla kesintiye uğradığı örnekler kadar ve hatta ondan daha çok bu kesintinin olmadığı kurucu iktidar örneklerinde, kurucu iktidarın demokratik doğasının<sup>31</sup> önemli olduğu gerçeğini bize hatırlatan kuramdır.

<sup>30</sup> ARATO, Andrew: "Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making", International Journal of Politics, Culture, and Society, (1989 and Beyond: The Future of Democratic Politics (II)), Vol. 22, No. 4, 2009, ss. 427-443, s. 428.

<sup>31</sup> Negri'ye göre kurucu iktidar bir öznedir ve kurucu öznenin kendisini kurulu iktidardan kopuş ve ona alternatif olarak ortaya koyması söz konusudur. Bu durum kurucu iktidarın diyalektik bir devinim içinde hareket eden devrimci bir özne

## 1. Anayasacılık ve Sivil Toplum Bağlamında Post Egemen Anayasa Yapımı Kuramı

Post egemen anayasa yapımı, anayasacılık teriminin İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra unutturduğu demokratik meşruluğu anayasa yapımı temelinde kurmak istemektedir. Aslında anayasacılık bir yönüyle demokratik egemenlik kuramını olumlar. Bir yönüyle ise maddi olarak temel hakların evrensel olarak tanınmasını ve bu hakların altında yatan ilkele-  
rin yargısal yolla korunmasını esas alır. Bunlardan birincisine zayıf anayasacılık, ikincisine ise tözel (maddi) anayasacılık adı verilir<sup>32</sup>.

Zayıf anayasacılık düşüncesi, yurttaşların kurucu meclis gibi olağanüstü organlar aracılığıyla, anayasanın içeriği hakkında önerilerde bulunma, müzakere etme ve karar verme imkânına sahip oldukları bir anayasa yapım sürecini esas almaktadır. Fakat buradaki kurucu meclisler elbette demokratik meşruluğu sağlamış organlar olmalıdır; aksi bir

---

olduğunu ve modernitenin rasyonalitesi ile kavranamayacağını göstermektedir. Yani Negri, kurucu iktidarın demokratik yönüne vurgu yapmakta ve kurucu iktidarın hukuksallaşmaya direnerek sistemi sürekli zorladığına dikkat çekmektedir. **NEGRI**, Antonio: İsyancılar, Kurucu İktidar ve Modern Devlet, (Çev: Ebru Kılıç), Otonom Yayıncılık, İstanbul, 2022, özellikle s. 449.

<sup>32</sup> *Modern anayasacılık, kurucu iktidar bahsinde tözel (substantialist) ve metodolojik (proceduralist) olmak üzere iki ana eğilim barındırır ve aralarındaki kimi farklılıklara rağmen, anayasanın kurulduğu demokrasi anından çok kurumlaşmış değer ve ilkelerin korunmasına öncelik veya üstünlük tanınmasında benzer bir yaklaşım gösterir. İkinci olarak zayıf anayasacılık düşüncesi incelenecek ve anayasanın demokratik ve katılımcı boyutunu güçlendirmeye çalıştığına, anayasanın toplumsal temelini, anayasal düzenin içinde canlı tutmanın yollarını araştırdığına dikkat çekilecektir.* **AKKANAT**, Salih: "Kurucu İktidara Dayalı Bir Demokrasinin İmkânı: Siyasal Bir Yaklaşım", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 48, Sayı 2, Haziran 2015, s. 1-21, s. 4. Akkanat'ın zayıf anayasacılık ile tözel anayasacılık arasında yaptığı ayırım, esas itibarıyla "thin" ve "thick" anayasacılık anlayışları arasındaki ayırımdır. Bu ayırım "ince" ve "kalın" anayasacılık olarak Türkçeye çevrilmiştir. **ANAYURT**, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısım, Temel İlkeler, Kavramlar ve Kurumlar, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 56, dipnot 51. Fakat anayasacılığın bu iki veçhesinden "thin" demokratik usuli önceleyen, içeriği zayıf bırakan bir anayasacılık anlayışını temsil ederken, içeriği önceleyen ve evrensel kabul edilen değerlerin anayasada yer almasını kurucu iktidar tartışmasının önünde gören anlayış tözel, yani maddi boyutuyla kavranan anayasacılık anlayışı olarak adlandırılabilir. Bu kavramlar hakkında bkz. **SWEET**, Alec Stone: "Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes", Indiana Journal of Global Legal Studies, Summer 2009, Vol. 16, No. 2, Special Issue: Symposium: Global Constitutionalism - Process and Substance; Kandersteg, Switzerland, January 17-20, 2008; Guest Editors: Anne Peters and Klaus Armingeon (Summer 2009), pp. 621-645, s. 644.

durumda anayasa yapım süreci akamete uğrayabileceği gibi, anayasanın meşruluğu da zayıf kalmaya mahkum olacaktır.

Madison, Holmes ve Dworkin'in savunduğu metodolojik ve tözel anayasacılık düşüncesi farklıdır. Bu tarif, demokrasiyi anayasallaştırma ya da “demokrasiyi kendinden koruma” olarak özetlenebilecek bir anlayıştır<sup>33</sup>. Mesela Dworkin'e göre anayasada temel normların hangi yöntemle ve kim tarafından düzenlendiği gibi metodolojik değerlerden çok topluma hangi hakların tanındığı gibi tözel değerler önem kazanır. Bir anayasa, ifade ve gösteri özgürlüğü, genel ve eşit oy ilkesi, her türlü hukuki ayrımcılığın önlenmesi gibi evrensel soyut ilkeler içerdiği sürece halk egemenliği ile uyumludur; böylece demokratiklik özelliği kazanır<sup>34</sup>.

Arato'ya göre tözel anayasacılık yerine anayasacılığın zayıf olarak kavranan usuli-demokratik boyutu, günümüzde kurucu iktidar bakımından dikkate alınması gereken anlayıştır. Bu anlayışın kökeninde ise geçmişteki isyankar ve devrimci kurucu iktidarın<sup>35</sup> yerini alan sivil toplum bulunur. Sivil toplum, anayasallaşmamış güçlerin yuvalanabileceği bir mecra oluşturur. Bu mecra anayasal normların yapılmasını sağlayacak mecradır<sup>36</sup>.

Arato'ya göre anayasa yapımının demokratik niteliğini belirleyen husus anayasa yapımına ilişkin modeller değildir; meşruluk sorununa getirilecek çözüm biçimidir.<sup>37</sup> Arato, sivil toplumu çözüm olarak göstermektedir. Çünkü kamusal alan-sivil toplum, tartışma ve diyalog yoluyla,

<sup>33</sup> AKKANAT, ss. 10-11.

<sup>34</sup> Bu yönde bkz. **DWORKIN**, Ronald: “Equality, Democracy, and the Constitution: We the People in Court”, *Alberta, Law Review*. Vol. 28, No. 2, 1990, ss. 324-346, s. 333, 342, 344.

<sup>35</sup> **ARATO**, Andrew, **HALMAI**, Gabor: “Economic Constitutionalism, the Challenge of Populism and the Role of the Constituent Power”, *Economic Constitutionalism in a Turbulent World içinde*, (eds. Achilles Skordas, Lisa Mardikian, and Gábor Halmai), Edward Elgar Publishing, 2023, s. 105.

<sup>36</sup> **AKKANAT**, s. 12.

<sup>37</sup> Arato, bu hususun Türkiye için de geçerli olduğunu belirtmektedir. **ARATO**, Andrew: “Demokratik Anayasa Yapımı ve Türkiye'deki Sürecin Devamlılığını Sağlamak”, *Demokratik Anayasa içinde*, (eds. Ece Göztepe, Aykut Çelebi), Metis Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 28.

siyasal sisteme yol gösteren normların sürekli üretim kaynağıdır<sup>38</sup> ve bunlar çoğunlukla anayasaldır.

Arato, günümüzde kurucu iktidarın kavranmasında liberal siyasetin metodolojik bireyciliğinin yanı sıra popülist tezahürlerin de faydalı olmadığı kanaatindedir. Günümüzde kurucu iktidar, sivil toplumun örgütlü grup, topluluk ve kurumlarının homojen ve birleşik olmayan çoğulculuğu içinde somutlaşacaktır. Çünkü sivil toplumun çoğulculuğu; birleşik, sınırsız ve türdeş bir siyasal özne olarak klasik kurucu iktidar kavramının bireysel özgürlük ve özerkliğe aykırılık oluşturan anti-demokratik doğasını yok edecektir<sup>39</sup>.

Cohen ve Arato'nun düşüncesinde sivil toplum, Batıda yönetsel ve ekonomik mekanizmaların tehlikeye attığı, fakat aynı zamanda gerçekten var olan liberal demokratik rejimler altında demokrasinin gelişme potansiyelinin öncelikli sahası olan bir alanı ifade etmektedir. Bu çerçevede günümüzde sivil toplum söylemi, toplumun yasal, örgütlü ve kamusal kurumlara bağlı olan, bu kurumlara yönelik yeni ve genellikle sınıf temelli olmayan ortak eylem biçimlerine odaklanmaktadır<sup>40</sup>.

Cohen ve Arato, sivil toplum söyleminin 1980'lerden itibaren sosyal bilimlerde var olan tartışmaları aşan bir gelişim içinde olduğunu ifade etmektedir. Yazarlara göre birinci tartışma, 1940'larda Schumpeter tarafından ortaya atılan demokrasinin farklı elitler arasında yapılan bir siyasi tercih olduğu etrafında dönen tartışmadır. İkincisi, evrensel ilkeler çerçevesinde kişisel özerkliğe dayalı insan onurunu temel alan hak temelli siyasal liberalizm yaklaşımıyla bunun karşısında hakların en iyi politik

<sup>38</sup> **GÜLENER**, Serdar: "Anayasa Yapımında Yeni Bir Paradigma: Kapsayıcı, Katılımcı, Uzlaşmacı Anayasa Yapım Süreçleri ve Çeşitli Örnekler", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XV, Sayı 3, 2011, ss. 199-224.

<sup>39</sup> **AKKANAT**, s. 13, Arato'ya göre örneğimizi de oluşturan Polonya'nın içinde bulunduğu Doğu Bloku ülkelerindeki demokratikleşme sürecinde kurucu iktidarın isyankar ve devrimci hukuk boşluğu yaratmadan anayasa yapabilmesi, kurucu iktidarın sivil toplumun çoğulculuğuyla ikame edilebileceğinin göstergesidir. **ARATO**, Andrew: "Dilemmas Arising From the Power to Create Constitutions in Eastern Europe", Constitutionalism. Identity, Difference and Legitimacy, (Ed. Michel Rosenfeld) Duke University Press, 1994, ss. 165-197, s. 182.

<sup>40</sup> **COHEN**, Jean L./ **ARATO**, Andrew: Sivil Toplum ve Siyasal Teori, Efil Yayınevi, Ankara, 2013, s. 2.

alandaki korunacağını savunan komüniteryen yaklaşım arasındaki tartışmadır. Üçüncüsü ise refah devletini savunan sosyal demokrasi ile devletin toplum alanına doğru genişlemesini öngören neo-muhafazakarlar arasındaki tartışmadır<sup>41</sup>.

Cohen ve Arato'nun düşüncesinde yukarıdaki üç tartışma çerçevesinde yeni bir sivil toplum anlayışı olduğu ve bunun savunulması gerektiği öne sürülmektedir. Bu anlayış, öncelikle ilk tartışmadaki elit demokrasi kuramının çoğulcu tezahürüne dayanmaktadır. Buna göre ekonomi ve devlet alanlarından farklılaşmış üçüncü bir alan vardır ve bu alanın adı sivil toplumdur. Bu alandaki sosyal hareketlilik ne kadar demokratik esaslara dayanırsa siyasi karar alma mekanizmaları da o denli demokratikleşecek ve çoğulcu bir hüviyet kazanacaktır<sup>42</sup>.

Sivil toplumun demokrasi teorisi çerçevesinde savunulması diğer iki tartışmayı sona erdirme potansiyeline sahiptir. Sivil toplumun çoğulcu kuruluşu siyasal liberalizm ile komüniteryanizm arasındaki karşıtlığı anlamsız kılacaktır; çünkü bu durumda sivil toplumun üzerinde çoğulcu bir şekilde uzlaşabileceği bir hak anlayışı gelişecektir. Üçüncü tartışma olan refah devleti ile neo-muhafazakarlar arasındaki tartışmada ise sivil toplum, her ikisini de aşacak bir niteliğe sahip olacaktır.

Cohen ve Arato'nun sivil toplum anlayışı, refah devletinin müdahaleci anlayışının kolektiviteleri parçaladığını, yatay dayanışmayı yok ettiğini ve bireyleri ayrıştırarak devlet aygıtına bağlı kıldığını kabul etmektedir. Bununla birlikte bu anlayışın mülkiyet hakkına indirgenmesine de imkan yoktur; çünkü bu, sivil toplumu burjuva toplumu ile aynı kefeye koymak demektir<sup>43</sup>.

Cohen ve Arato'nun düşüncesinde sivil toplumun olduğu yer, piyasa ile devlet alanından farklı üçüncü bir alandır. Bu alan; aile, örgütsel yaşam ve kamusal alandan oluşmaktadır. Bu alanda kurulacak sosyal ilişkilerin siyasal karar alma mekanizmasını etkilemesi, böylelikle çoğulculuğu sağlaması beklenmektedir. Yani bu sivil toplum anlayışı siyaset dışı

<sup>41</sup> COHEN/ARATO, ss. 3-13.

<sup>42</sup> COHEN/ARATO, s. 16.

<sup>43</sup> COHEN/ARATO, ss. 21-22.



değil, siyaseti önceleyen bir anlayıştır<sup>44</sup>. Böylece sivil toplum alanı, hukuk normlarının kaynağı olacaktır. İşte post egemen anayasa yapım kuramı, bu sivil toplum anlayışından kaynağını almaktadır.

## 2. Post Egemen Anayasa Yapımında İzlenecek Usul

Kurucu iktidar, devrimci kökenleri olan bir kavram olarak kodlandığında, kurucu iktidarın ortaya çıktıktan sonra anayasayı yapması ve yapılan bu anayasaya bağlı olarak tüm güçleri ehlileştirilmesi beklenmektedir. Böylece anayasanın öngördüğü temel organlar meşruluklarını anayasadan alacaklardır. Kurucu iktidarın bu tanımı klasiktir<sup>45</sup>. Oysa sivil toplumun çoğulcu kurucu iktidarı, gücünü, toplumun etnik ve kamusal unsurlarını içermekle birlikte, *“etnos’un derinlere kök salmış gücünü demos’un sorumluluk taşıyan otoritesine dönüştürme kapasitesine borçludur*<sup>46</sup>.” Böylece anayasa halkın etnik anlayışa dayalı tekilliğini kırmaktadır. Bu durum anayasa ile demokrasi arasında varsayılan uyumsuzluğu kaldırır; bunların karşılıklı olarak birbirini kuran ve besleyen süreçler olarak görülmelerini sağlar<sup>47</sup>. Bu görüş Arato’nun post egemen anayasa yapım kuramının özünü belirlediği gibi usulünü de belirler.

Arato’nun post egemen anayasa yapımı paradigmasında öngörülen usul, halihazırda dünyanın bugün geldiği noktada çoğulculuğu sağlayacak sivil toplum bileşenlerinin karşılıklı ilişkisinin nasıl kurulacağını gösterecektir. Arato, Güney Afrika 1993 Anayasası’nın yapım sürecini en ileri gelen örnek olarak göstermektedir. Burada post egemen anayasa yapımı paradigmasının özellikleri şunlardır<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Bu yönde Cohen ve Arato, Tocqueville’in sivil toplum anlayışını savunmakta, vatandaşların sivil toplum vasıtasıyla siyasi olarak ilgili oldukları örgütlere aktif katılımını öngörmektedirler. COHEN/ARATO, s. 17.

<sup>45</sup> Bu yönde bkz. PREUSS, Ulrich K.: “Constitutional Powermaking For the New Polity: Some Deliberations on the Relations Between Constituent Power and the Constitution”, Constitutionalism. Identity, Difference and Legitimacy, (ed. Michel Rosenfeld), Duke University Press, ss. 143-165, s. 144.

<sup>46</sup> AKKANAT, s. 13.

<sup>47</sup> AKKANAT, s. 13, PREUSS, s. 164.

<sup>48</sup> ARATO, Andrew: Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?”, South African Journal on Human Rights, 26:1, 2010, ss. 19-44, ss. 20-21.

1. Anayasa yapımı iki aşamadan oluşmaktadır. Birinci aşamada geçici bir anayasa yapılmaktadır. Bu anayasa, anayasanın nihai metnini belirleyecek çerçeveyi çizmektedir.

2. İlk ve çerçeve anayasa, sivil toplumun katıldığı yuvarlak masa konuşmalarının bir ürünü olarak meydana gelmektedir. Yuvarlak masa müzakerelerine katılanlar meşruluklarını seçimle işbaşına geliyor olmanın değil sivil toplumu temsil etmelerinden yani çoğulcu karakterinden almaktadır.

3. Hukuk sistemi anayasa yapım sürecinde kesintiye uğramamaktadır. Bu devamlılığın temelinde mevcut parlamento yer alır. Geçici anayasa dahil yeni oluşturulan tüm hukuki belgeleri bu parlamento, mevcut hukuk sistemi içerisinde kendisine verilen anayasal yetkiyle kabul etmektedir.

4. İlk ve çerçeve anayasa ile önemli yetkilerle donatılmış bir anayasa mahkemesi oluşturulmaktadır. Bu anayasa mahkemesi, yapılacak nihai anayasa metninin hem maddi hem de usuli sınırlarını belirlemede önemli rol oynayacaktır.

5. Hem ilk hem de nihai anayasanın hazırlanmasında genel oyla seçilmiş bir meclisin bulunması hayatidir. Bu meclis, kurucu meclis değildir; özellikle nihai anayasanın hazırlanmasındaki rolü, ilk ve çerçeve anayasa hükümleriyle sınırlandırılacaktır; fakat bu meclisin yetkileri Amerikan konvansiyon meclisi gibi yalnızca kendisine sunulan anayasa önerisini kabul veya reddetmekle de sınırlı olmayacaktır.

Arato'nun düşüncesine göre yukarıda yer alan maddelerden her biri önemlidir. Arato, anayasa yapımının bu maddelerden herhangi birine indirgenmesine karşı çıkar. Mesela yalnızca temsil kabiliyeti yüksek bir meclis seçilmiş olması yeni bir anayasa yapmaya yetmeyeceği gibi, anayasa mahkemesinin sınırlandırmalarına uyulması da yeterli olmayacaktır<sup>49</sup>. Üstelik anayasa yapımı tek bir devlet organının meşruluğunu sağlama biçimine indirgenemeyeceği gibi, tüm devlet organları uyum içinde olsa dahi post egemen anayasa yapımında esas vurgu güçlü sivil

<sup>49</sup> Arato, mesela Türkiye'de yüzde 10 seçim barajının bulunduğu dönemde Meclis'in, seçmen iradesinin çok büyük çoğunluğunu temsil ettiği iddiasına katılmamaktadır. **ARATO**, Demokratik Anayasa Yapımı ve Türkiye, ss. 34-35.

toplumdadır. Bu sebeple tüm alanlarda gücün eşit dağılabilmesi için karar alım sürecinin tüm unsurlarının önce sivil toplumca tanınması, ardından sisteme katılması gerekir.

Anayasa yapımının demokratik meşruluğu, kapsayıcılık ve katılımı ön plana çıkararak farklı kimliklerin uzlaşmasının sağlanmasıyla mümkün olabilir. Bireylerin tüm farklılıklarıyla bir araya gelebildikleri, özgürce tartışabildikleri mekanizmaların kurulması uzlaşının ön şartını oluşturur. Sivil toplum kuruluşlarıyla siyasi partilerin ana aktörler olarak yer aldığı anayasa yapım sürecinde kişi güvenliğinin ve toplumsal iletişim kanallarının açık olması sağlanmalıdır<sup>50</sup>.

Post egemen anayasa yapımı kuramının kökenleri Amerika Birleşik Devletleri'nin bağımsızlığını ilan ettikten sonra yeni bir anayasa yapmasına kadar götürülebilir. Bu kuram, 1946 Fransa Anayasası'nın yapımında da görünürdür. İspanya'nın 1978'de demokrasiye geçişiyle birlikte yaptığı anayasa bu süreci daha belirgin hale getirmiştir. Fakat kuram, Polonya ve Macaristan'ın sosyalizmden liberal demokrasiye geçişinde yaptığı anayasaların yapım süreçlerinde tam anlamıyla tatbik edilmiştir; fakat başarısı sınırlı kalmıştır<sup>51</sup>. Biz burada post egemen anayasa yapım kuramının olgusal temellerini aldığı Polonya Anayasası'nın yapım sürecini inceleyerek bu sürecin başarı ve başarısızlıklarını ortaya koymaya çalışacağız.

## II. POLONYA'DA ANAYASALLAŞMA SÜRECİ

### A. POLONYA SİYASİ TARİHİ VE POLONYA ANAYASALARI

#### 1. Komünist Dönem Öncesi Polonya Anayasal Gelişmeleri

Eski adıyla Lehistan olarak bilinen Polonya, MS 966'da Piast Hanedanı tarafından kurulmuş ve Hristiyanlığı kabul etmiştir. 14. yüzyılda, Piast Hanedanı'nın yerini Litvanya-Polonya İmparatorluğu almıştır. 15. ve 16. yüzyılları büyük ölçüde güçlü bir devlet olarak geçirmesine rağmen 1527'den itibaren Polonya'da merkezi hükümet zayıflamaya başlamıştır. Ülke, o dönemde güçlü ordulara sahip ve yayılcı bir politika izleyen İsveç ve Rusya gibi komşularla kuşatılmıştır. Bu durum 18.

<sup>50</sup> Bu konuda farklı seçenekler için bkz. **KONTACI**, ss. 23-25.

<sup>51</sup> Arato'ya göre Kuramın başarıyla tatbik edildiği nadir ülkelerden biri Güney Afrika'dır **ARATO**, Redeeming the Still Redeemable, s. 428.

yüzyılın sonunda Polonya'nın parçalanarak, bir süre başka devletlerin boyunduruğuna girmesine neden olmuştur. 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Polonya, parçalanma sürecine girmiş ve 1795 yılında Avrupa haritasından silinmiştir<sup>52</sup>.

Polonya'nın kuruluşundan itibaren birkaç yüzyıl güçlü bir kraliyet egemenliğinde yaşamış olmasının yanında aristokrasinin de iç siyasette önemli bir rol oynaması bu sınıfın kraliyet ailesi ile yaptığı mücadeleyi beraberinde getirmiş, diğer Batı Avrupa ülkelerinin aksine anayasacılık hareketleri Polonya'da burjuvazi sınıfının değil, aristokratların lehine ortaya çıkmıştır. 1182 yılında kurulan Sejm isimli konsey, 1493 yılında daimi bir meclis haline gelerek Polonya'da parlamenter kültürün oluşmasını sağlamıştır. Sejm, tarihsel süreç içerisinde Polonya siyasi tarihinde önemli bir rol oynamış, Polonya'da özellikle taşradaki soyluların yönetime katılma aracı olmuştur<sup>53</sup>. Söz konusu mücadeleler neticesinde dünyanın ikinci, Avrupa'nın modern anlamda ilk yazılı anayasası, 1790 yılında yapılan parlamento seçimlerinin ardından Polonya'nın siyasi sisteminin yenilenecek güçlendirilmesi ve dönemin uluslararası konjonktürüne uygun hale getirilmesi amacıyla 1791 yılında Polonya'da kodifiye edilmiştir. Bu anayasa, Polonya siyasi sistemine uygun olarak temel hakları da tanıyıcı bir işleve sahipti. Ancak komşu ülkeler tarafından parçalanmadan kısa bir süre önce yazılı anayasasına sahip olan Polonya, kısa bir süre sonra, 1795 yılında bağımsızlığını yitirerek parçalandı. Buna rağmen 1791 Anayasası'nın yapılmasına vücut veren ve aynı zamanda bu anayasanın aydınlanma düşüncesinden güç alan Polonya siyasi kültürü ve ulusal bilincinin dış güçler tarafından yok edilmesi mümkün olmadı<sup>54</sup>.

Polonya'nın tekrar bağımsızlığını elde etmesi ise I. Dünya Savaşı'nın ardından gerçekleşmiştir. 1916'da yeni bir Polonya Krallığı ilan edilmesine rağmen, 1918'de bunun yerini Polonya Cumhuriyeti almıştır.

<sup>52</sup> GÜLER, Birgül Ayman, ÇINAR, Tayfun: Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri, İmge Yayınları, Ankara, 2009, s. 547.

<sup>53</sup> Polonya siyasi kültürünün geçtiği tarihsel süreçlerde Sejm'in yeri ve ulusal yasama süreçleri üzerindeki etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SANFORD, George: Democratic Government in Poland: Constitutional Politics Since 1989, New York: Palgrave, 2002, s. 7 vd.

<sup>54</sup> SANFORD, s. 12.

Polonya, I. Dünya Savaşı'nın sona ermesinden sonra self-determinasyon hakkı kapsamında bağımsız ve özerk bir Cumhuriyet olarak Josef Pilsudski önderliğinde kurulmuştur<sup>55</sup>.

Daha önceleri pek çok kez başka devletler tarafından toprakları işgal ve ilhak edilen Polonya halkı böylece 1918 yılında yeniden bağımsız bir devlet olarak tarih sahnesine çıkmıştır. 1921 yılı Mart ayında demokratik bir anayasal sisteme geçen Polonya I. Cumhuriyeti anayasal sistem modeli olarak Fransa III. Cumhuriyeti örnek alınarak şekillendirilmiştir. Buna göre güçsüz bir devlet başkanı, güçlü bir yasama organı ve çok sayıda partiyi bünyesinde barındıran bir siyasal parti sistemi dönemin politik yaşamının özellikleridir<sup>56</sup>.

Polonya Cumhuriyeti'nin kurulmasına önderlik eden Josef Pilsudski'nin önemli başarılarından biri Ağustos 1920'de Bolşeviklerin Polonya'yı Sovyetler Birliği'nin denetimine sokma girişimlerine direnmiş olmasıdır<sup>57</sup>. Bunun sonucunda birkaç yıl devlet başkanlığından uzaklaştırılan Pilsudski, 1926'da başarılı bir hükümet darbesi örgütleyerek iktidara gelmiştir. Polonya Cumhuriyeti 1926'dan 1939'a değin askeri rejimle yönetilmiştir. Ancak 1935'te Jozef Pilsudski'nin ölümünden sonra ülkede yönetimde neredeyse bir kaos meydana gelmiş, önemli bir yönetim boşluğu ortaya çıkmıştır.

<sup>55</sup> COLE, Daniel H.: "Poland's 1997 Constitution in Its Historical Context", Saint Louis-Warsaw Trans-Atlantic Law Journal, Vol. 1998, ss. 1-43, s. 21.

<sup>56</sup> GÜLER/ÇINAR, s. 548, Devlet Başkanı'nın güçsüz konumu, 1926 yılında Polonya Anayasası'nda yapılan değişikliklerle giderilmeye çalışılmış, siyasi sistemdeki gerilim eksenli Birinci Dünya Savaşı ile İkinci Dünya Savaşı arasındaki dönemde devlet başkanı ile Sejm arasında oluşmuştur. Pilsudski ile Sejm arasındaki siyasi gerilim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SANFORD, s. 13

<sup>57</sup> Kendisi bir sosyalist olmasına rağmen Polonya'nın bağımsızlığı için mücadele eden Pilsudski, 1918 yılında Polonya'nın bağımsızlığını kazanmasının hemen ardından devlet başkanı seçilmiş, Polonya'ya karşı askeri hareket başlatan Kızıl Ordu'yu Ağustos 1920'de kesin bir yenilgiye uğratmıştır. Pilsudski, demokratik bir anayasanın kabul edilmesi ve genel seçimlerin yapılmasından sonra devlet başkanlığını bırakmış ve bilahare sağ iktidarların Polonya'da güçlenmesinin ardından 1923'te Varşova'yı terk etmiştir. Ancak 1922'den sonra kurulan koalisyon hükümetlerinin ekonomik sorunların üstesinden gelmeyi başaramaması ve bunun halk arasında yarattığı huzursuzluklar üzerine Pilsudski, 12 Mayıs 1926'da askeri bir darbeye yönetimi ele geçirmiş ve bundan sonra hiç devlet başkanı olmamasına rağmen fiili olarak Polonya'yı yönetmiştir. COLE, ss. 23-25.

Polonya'daki siyasi kargaşanın sona ermesi için devlet başkanlığı makamının güçlendirilmesi yoluna gidilmiş ve 1935 yılında yeni bir anayasa yapılarak yürürlüğe girmiştir. Bu anayasada devlet başkanının yalnızca Tanrıya ve tarihe hesap vereceği belirtilmiş, bunun yanında Polonya Parlamentosu'nun siyasi açıdan devlet başkanına karşı sorumlu olması esası benimsenmiştir. Ancak bu anayasa da Polonya'daki siyasi karışıklığın sona ermesini sağlayamamış ve bu durum 1939'da Almanya, Polonya'yı işgal edene kadar devam etmiştir.

1939 yılında başlayan Alman işgali, 1944 yılında Kızıl Ordu'nun, Nazi askerlerini Polonya topraklarından çıkarması ile sona ermiş, Polonya, 1945 yılında Yalta ve Potsdam Konferansları neticesinde toprakları yeniden biçimlendirilerek Sovyetler Birliği'nin güdümüne girmiştir<sup>58</sup>.

## 2. Komünizm Döneminde Polonya Anayasal Sistemi

Komünistlerin liderliğindeki "demokratik blok", 1947 yılında ulusal düzeyde yapılan seçimlerde ezici bir üstünlük kazanarak iktidarı ele geçirmiş, bu süreçte Polonya Cumhuriyeti'nin adı "Polonya Halk Cumhuriyeti" olarak değiştirilmiş, iktidardaki Polonya İşçi Partisi, Polonya Sosyalist Partisi'yle birleşerek Polonya Birleşik İşçi Partisi (PBiP) kurulmuştur. Ülkede Sovyetler Birliği modeli doğrultusunda 1948 yılında tek parti rejimine geçilmiştir. 1952 yılında ise sosyalist esasları benimseyen 1952 Anayasası yapılarak yürürlüğe konmuştur.<sup>59</sup>

Sanford'a göre Polonya Halk Cumhuriyeti'nin siyasal sistemi sekiz başlık altında yer alan periyotlar halinde listelenebilir. Bunlar 1)1944-1947 yılları arasında devralma ve komünizme geçiş süreci, 2)1948-1954 yılları arasında monolitik bir anlayışla kurulan Stalinist yapı, 3)1955-1957 yılları arasında sosyal karışıklıklar ve siyasi anlamda yeniden yapılanma, 4) Gomulka (1956-1970) ve 5) Gierak (1970-1980) rejimleri, 6) Dayanışma Hareketi (1980-1981), 7) Sıkıyönetim (1981-1983) ve 8) Ardından gelen Jaruzelski rejimidir. Bu başlıklardan özellikle Gomulka, Gierak ve Jaruzelski dönemleri, Polonya açısından ülkenin demokratikleşme sürecine evrilmesi bağlamında önem taşır. Elbette ki söz konusu önem, anılanların demokrasiye geçiş sürecindeki katkılarından değil, fakat gerçekleştirdikleri

<sup>58</sup> GÜLER/ÇINAR, s. 549

<sup>59</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. COLE, ss. 25-28.

politik eylemlerin Polonya siyasal sisteminde yer alan muhalif unsurları harekete geçirici işlevinden kaynaklanmaktadır. Özellikle Gomulka döneminde, 1964-1970 yılları arasında söz konusu siyasal yapı içerisinde sınırlı düzeyde de olsa ekonomik reform çabalarının gündeme gelmesi neticesinde 1970 yılında gerçekleşen işçi hareketleri ortaya çıkmıştır<sup>60</sup>.

Sistemdeki muhaliflerin huzursuzlukları 1970 yılından itibaren siyasi nümayişlerle kendisini göstermeye başlamıştır. Ardından 1980 yılında bu hareketler doruk noktasına çıkmıştır. Bu gelişmeler Polonya'nın komünist sistemden demokrasiye geçişinde önemli rol oynayan 1989 yılındaki gelişmelere yol açmıştır<sup>61</sup>.

1980 yılında yiyecek fiyatlarındaki yükselme neticesinde Gdansk kentinde Dayanışma Örgütlenmesi (Solidarity) etrafında, işçi lideri Lech Walesa önderliğinde liman işçilerince toplu eylemler gerçekleştirilmiştir. Bu eylemler kapsamında, başta özgür sendika örgütlenmesi olmak üzere devlete çeşitli demokratik talepler yöneltilmiştir.

Dayanışma (Solidarity) Hareketi'nce örgütlenen grevlerin tüm ülkeye yayılması neticesinde iktidarda bulunan parti yönetiminde değişiklikler gerçekleştirmeye başlamıştır. Ancak söz konusu değişiklikler ülkedeki olayların bastırılmasında yeterli olmamış ve 1981 yılında tüm ülkede Sıkıyönetim ilan edilerek sendikal etkinliklerin yasaklanmasıyla beraber Dayanışma Grubu'nun liderleri gözaltına alınmıştır<sup>62</sup>. Bu süreçte binlerce kişinin tutuklanması, ordunun önemli fabrikalara yerleşerek işçilere zorla işbaşı yaptırması, 1200 gazetecinin işine son verilmesi söz konusu olmuştur<sup>63</sup>.

1980'ler boyunca süregelen dönüşüm süreci çerçevesinde Dayanışma Hareketi ile iktidar arasındaki ilişkilerin yumuşamaya başladığı ve demokrasiye geçişin barışçı yollarla gerçekleştirildiği göz önüne

<sup>60</sup> SANFORD, s. 26. Ayrıca Polonya'daki bu hareketler esnasında 1970 yılında Gdansk kentinde eylem gerçekleştiren işçilerin üzerine ateş açılması ve pek çok işçinin hayatını kaybetmesi neticesinde burada çalışmakta olan Lech Walesa muhalif saflara ilk defa aktif olarak katılarak politik mücadeleye başlamıştır.

<sup>61</sup> SANFORD, s. 26.

<sup>62</sup> GÜLER/ÇINAR, s. 552, ayrıca Polonya'daki sıkıyönetim sürecinin siyasal sisteme etkisi hakkına ayrıntılı bilgi için bkz. SANFORD, s. 25.

<sup>63</sup> YÜCEL, s. 669.

alındığında, bunun sebebinin dönemin Polonya Devlet Başkanı Jaruzelski'nin, ülkesinin ve rejimin kötüye gitmesi yüzünden Dayanışma Grubu ile görüşmelere zorlanmış isteksiz bir demokrat olması olduğu söylenebilecektir.

## B. POLONYA'DA DEMOKRASİYE GEÇİŞ SÜRECİ

### 1. Dayanışma Hareketi'nin Kuruluşu ve Demokrasiye Geçiş Üzerindeki Etkisi

#### a. 1980-1989 Arası Gelişmeler

Polonya, tüm Doğu Avrupa ülkeleri arasında demokratikleşme hareketleri bağlamında öncü bir role sahiptir. Bu bağlamda Polonya'daki Dayanışma Hareketi'nin 1980'li yıllarda Doğu Avrupa'daki devrimsel dönüşümün kıvılcımını ateşlediği yaygın olarak kabul edilmektedir. Bu durum elbette Polonya'daki sosyalizm karşıtı muhalif güçlerin, erken ve güçlü bir biçimde gelişmesi ile yakından bağlantılıdır. Gönenç'e göre bunun iki sebebi mevcuttur<sup>64</sup>: Bunlardan birincisi, Polonya'da Sovyetler rejiminin baskısına karşı her daim Doğu Avrupa ülkelerindeki benzerlerinden farklı ve güçlü bir muhalefetin varlığıdır. Muhalefetin Polonya'da bu kadar güçlü olması ise Polonya halkının uzun ve köklü isyan ve mücadele geleneğine dayanmaktadır. Polonya'daki güçlü muhalefet geleneğinin ikinci sebebi ise Polonya ulusal bilincinin yüksek ölçüde gelişmişliği ve devlet yapısının totaliter özelliklerden çok otoriter özelliklere yakın olmasıdır<sup>65</sup>. Totaliter sistemlerin, bireyin yaşantısının her alanına girme eğilimine karşılık Polonya'nın koyu Katolik yapısı, totaliter devletin bireyin yaşamsal bağlamdaki her alanını düzenleyici işlevine müsaade etmemiştir. Bu bağlamda Polonya'daki otoriter rejim, Polonya'nın sosyolojik koşulları gereği Katolik Kilisesi'nin ve tarımsal unsurların siyasi sistemdeki varlıklarına sınırlı bir toleransla yaklaşmıştır. 1956 yılında ülkede devlete

<sup>64</sup> GÖNENÇ, Prospects for Constitutionalism, s. 125.

<sup>65</sup> Polonya'da totaliter bir sistemin kurulması yönünde çaba gösterilmesine rağmen sistemdeki unsurların rejimin totaliterleşmesine izin vermeyerek otoriter esaslara dayalı sınırlı bir çoğulculuğu sahip siyasi bir sistem inşa etmelerinin demokrasiye geçiş üzerindeki kolaylaştırıcı etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. LINZ/STEPAN, s. 55 vd.



ait tarımsal işletmelerden ayrılmalarına izin verilen çiftçiler, toprak sahipleri olarak siyasi sistemde bir unsur halini almışlardır<sup>66</sup>.

Sivil toplum ve otoriter rejim arasındaki süregelen gerilim 1980 yılında zirvesine ulaşmıştır. Baltık Denizi'nin kenarında yer alan Gdansk Şehri'nde yiyecek fiyatlarının yükselmesi sebebiyle çıkan olaylar kısa süre içerisinde tüm ülkeye yayılmıştır<sup>67</sup>. Gdansk kentindeki olayların yatıştırılamaması neticesinde Dayanışma Hareketi'nin, otoriter rejim tarafından hukuki olarak muhatap alınması ve işçilere sendikal haklarının tanınması söz konusu olmuştur. Bu, Doğu Avrupa ülkelerinde bir ilk olma özelliği taşımaktadır<sup>68</sup>.

Polonya'da başlayan muhalif hareketlerin hukuki zeminde muhatap alınması Ekim 1981'de General Wojciech Jaruzelski'nin iktidar partisi olan Polonya Birleşik İşçi Partisi (PZPR)'nin başına geçmesi ve Moskova'nın baskısı altında Aralık 1981'de sıkıyönetim ilanı ile sona ermiş ve süreç kesintiye uğramıştır. Bu süreç içerisinde ordunun Polonya siyasi hayatında başat bir güç olarak ortaya çıkması neticesinde 1981 yılında siyasi sistemde yer alan unsurlar bir tarafta ordu ve PZPR, diğer tarafta ise Katolik Kilisesi ve Dayanışma Hareketi şeklinde ayrılmıştır. Polonya siyasi sisteminde yer alan bu güçlerin birbirleri ile olan ilişkileri ve mücadeleleri Polonya'nın belirtildiği şekliyle sözleşme yoluyla demokrasiye geçişinde belirleyici bir rol oynamıştır<sup>69</sup>.

Polonya'da bu gelişmelerin ardından 1983 yılında sıkıyönetim kaldırılmış, Dayanışma Grubu tekrar yasal zeminde muhalefet yapmaya başlamış, kısa bir süre sonra genel af ilan edilerek 1985'te parlamento seçimleri yapılmıştır. Bu seçimlerde Sejm'i oluşturan 460 sandalyeden 410'unun halk tarafından seçilmesi, 50 delegenin ise atanmışlar olarak görev yapmasının ardından, 1987'de Jaruzelski'nin kurduğu hükümet,

<sup>66</sup> GÖNENÇ, Prospects for Constitutionalism, s. 126.

<sup>67</sup> GARLICKI, Lech, GARLICKA, Zofia: "Constitution Making, Peace Building and National Reconciliation. The Experience of Poland", Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making içinde, United States Institute of Peace Press, 2010, s. 392.

<sup>68</sup> WYRZYKOWSKI, Miroslaw: "Legitimacy: The Price of a Delayed Constitution in Poland", Democratic Consolidation in Eastern Europe içinde, (ed. Jan Zielonka), Oxford University Press, 2001, s. 432.

<sup>69</sup> YÜCEL, s. 670, LINZ/STEPAN, s. 261 vd.

hazırladığı ekonomik ve sosyal reform paketini referanduma sunmuş, yayılan referandum sonucunda iktidar güçleri büyük bir darbe yemişlerdir. Söz konusu reform paketinin reddedilmesinin ardından ise Dayanışma Hareketi daha da güçlenerek 1988 yılında tüm ülkeye yayılan bir grev başlatmıştır<sup>70</sup>. Geçen zaman içinde Dayanışma Hareketi'nin güçlenmesi yeni bir muhalefet dalgasına vücut vermiş ve böylece iktidar ile muhalefet arasında 6 Şubat - 5 Nisan 1989 tarihleri arasında devam edecek olan yuvarlak masa görüşmeleri başlamıştır<sup>71</sup>.

### **b. Yuvarlak Masa Görüşmeleri ve 1989 Seçimleri**

Yuvarlak masa görüşmeleri çerçevesinde iki önemli madde gündeme gelmiştir. Bunlar yaklaşan parlamento seçimleri ve Devlet Başkanlığı makamının oluşumudur<sup>72</sup>.

Yapılacak seçimlerin tarihi ve seçimin hangi koşullar altında gerçekleştirileceği Yuvarlak Masa Görüşmeleri çerçevesinde özel bir öneme sahiptir. Bu doğrultuda komünist rejimin hakim unsurları, ekonomik programlarına destek arayışı içerisinde dirler. Zorunlu bir sonuç olarak da yapılacak seçimlerin kendilerine meşruluk kazandıracağına bilincinde olmuşlardır. İktidardaki unsurları, Dayanışma Grubu ile müzakereye iten sebep ise Komünist Parti'nin, herhangi bir uzlaşma olmaması durumunda Dayanışma Hareketi'nin seçimleri boykot etme ihtimalini göz önünde bulundurmasıdır. Buna karşılık Dayanışma Hareketi'nin iktidardan talebi ise yasal zeminde tanınmak ve bunun üzerinden siyasi birtakım haklara sahip olmaktır<sup>73</sup>.

Yuvarlak Masa Görüşmeleri'nin bu iki çelişik menfaatin üzerine kurulu olması aynı zamanda yalnızca yasal anlamda tanınma ve böylece yasal siyaset zemini isteyen Dayanışma Grubu'nun demokrasiye tam

<sup>70</sup> GARLICKI/GARLICKA, s. 392.

<sup>71</sup> YÜCEL, s. 670.

<sup>72</sup> GÖNENÇ, Prospects for Constitutionalism, s. 128.

<sup>73</sup> Bu yönde bkz. POPLAWSKA, Ewa: "Constitution-Making in Poland: Some Reflections On Popular Involvement" Zbornik Radova Pravnog Fakulteta U Splitu, God. 45, 2/2008., str. 279.-286, s. 281.

geçişin mümkün olmayacağına dair inancı ve iktidarın muhalefetin desteği üzerinden rejimi meşrulaştırma çabasıdır<sup>74</sup>.

Nisan 1989'da Yuvarlak Masa Görüşmeleri sona ermiş ve iktidarla muhalefet arasında anlaşmaya varılmıştır. Bu anlaşma sonucunda birtakım politik değişiklikler için uygun bir zemin oluşmuştur. Bunlardan birincisi Sejm'in Temmuz 1989'da yeni yapılacak seçimlerle tekrar oluşturulması, Sejm'de yer alan parlamenterlerin %35'inin bu seçimlerle belirlenmesi ve 1952 Anayasası'nda Polonya Parlamentosu'nun iki kanatlı olması yönünde düzenlemeye gidilmesidir. Parlamento'nun ikinci kanadının oluşturulmasının sebebi, General Jaruzelski ve iktidarın, serbest seçimlerle oluşturulacak senatonun yanında halk tarafından değil parlamento tarafından seçilecek bir başkan yoluyla siyasi kontrolü ellerinde tutabileceklerine olan inançlarıdır. Bunun yanında yeni oluşturulacak parlamentoya karşı güvensizlik de söz konusudur<sup>75</sup>.

Yuvarlak Masa Görüşmeleri'nin 5 Nisan'da sona ermesinin ardından 7 Nisan 1989 tarihinde derhal anayasa değişikliğine gidilmiştir. Anayasal düzenlemelerin ardından Haziran 1989 seçimleri gerçekleştirilmiştir. Yapılan seçimler sonucunda Dayanışma Hareketi, serbest seçimlerle oluşturulan Sejm'in %35'ini ve Senato'nun %99'unu ele geçirmiş, kalan bir milletvekili de bağımsızlardan çıkmıştır. Dolayısıyla 1989 seçimleri, Dayanışma Hareketi'nin kesin zaferi ile sonuçlanmıştır. Seçimlerin hemen ardından Temmuz 1989'da Jaruzelski yeni parlamento tarafından Devlet Başkanı seçilmesine ve komünist rejim yanlılarının Sejm'deki çoğunluğu elde etmesine rağmen, iktidar güçleri hükümeti kurmayı başaramadıklarından dolayı Lech Walesa'nın önerisiyle Dayanışma Grubu'ndan Tadeusz Mazowiecki Başbakanlığı'nda bir koalisyon hükümeti kurulmuştur<sup>76</sup>. Bu da Polonya'da 45 yıl süren komünist iktidarın sonu olmuştur.

Tüm bu tarihi gelişmelerin ardından 29 Aralık 1989'da, 1952 Anayasası'nın değiştirilmesine yönelik ilk öneri bu hükümetten gelmiştir.

<sup>74</sup> GARLICKI/GARLICKA, s. 392, Ayrıca GÖNENÇ, Prospects for Constitutionalism, s. 128.

<sup>75</sup> GARLICKI/GARLICKA, s. 392.

<sup>76</sup> GÖNENÇ, Prospects for Constitutionalism, s. 129.

Bunu Sejm’de yeni bir anayasa yapmak üzere Anayasa komisyonunun kurulması izlemiş, ancak bu komisyon, Sejm üyelerinin tamamının seçilmiş olmamasından ötürü meşruluk açısından eleştirilmiştir<sup>77</sup>. Üyelerinin tamamı seçimle belirlenen Senato ise kendini bu konuda yetkili görerek ayrıca bir komisyon oluşturmuş, ancak bu komisyon yeni anayasa yapım çalışmaları üzerinde etkili olamamıştır. Netice itibarıyla Senato tarafından meşruluğu kabul edilmemekle birlikte, Polonya’da yeni anayasa yapım süreci, büyük ölçüde Sejm’de kurulan Anayasa Komisyonu tarafından yürütülmüştür<sup>78</sup>.

### C. 1992 ANAYASASI (KÜÇÜK ANAYASA) VE BU ANAYASA-NIN YAPIM SÜRECİ

#### 1. 1992 Anayasası’nın Yapım Sürecinde Siyasi Gelişmeler

General Jaruzelski, henüz 1989 yılında Devlet Başkanı olarak seçilmesine karşın, 1990 yılında, henüz 6 yıllık görev süresinin dolmasına 5 yıl varken bu görevi bırakmış ve 1990 yılında yine 1952 Anayasası’nda yapılan değişiklikle Polonya’da devlet başkanını halkın seçmesi esası benimsenmiştir. Yapılan seçimlerde ise Dayanışma Grubu’nun efsanevi önderi Lech Walesa, rakibi Mazowiecki’ye üstünlük sağlayarak Polonya’nın halkoyuyla seçilen ilk Devlet Başkanı olmuştur.

Demokrasiye geçiş sürecinde siyasi sistem içerisinde yaşanan çatışmalar ve demokrasiye geçişin mahiyeti kesin bir biçimde Polonya’nın yeni ve demokratik bir anayasaya ihtiyacı olduğunu ortaya koymuştur. Stalinist rejimin en güçlü olduğu bir dönemde yapılan 1952 Anayasası’nın temel hak ve özgürlükleri garanti altına almaktan uzak içeriği ve her ne kadar 1982 yılında Polonya’da Anayasa Mahkemesi kurulmuşsa da bunun anayasayı yaşayan bir metin haline getirememesi, 1952 Anayasası’nın tümünden kaldırılarak yeni bir anayasa yapılmasını zorunlu kılmıştır.

Senato ve Sejm tarafından ayrı ayrı oluşturulan komisyonlar, 1989’dan itibaren anayasa yapım çalışmalarına başlamışlar, bunlar

<sup>77</sup> WYRZYKOWSKI, Miroslaw: “Introductory Note To The 1997 Constitution Of The Republic Of Poland”, Symposium On The Constitution Of The Republic Of Poland, Warsaw Transatlantic Law Journal, 1997, s.2.

<sup>78</sup> GÜLENER, ss. 204-205.

dışında süreç içerisinde de Polonya siyasi sisteminde yer alan diğer unsurlar da birtakım anayasa önerilerinde bulunmuşlardır<sup>79</sup>. 1952 Anayasası'nın demokrasiye geçişin çerçevesini çizmekte oldukça yetersiz oluşu, Polonya'da bazı anayasa değişikliklerinin derhal yapılmasını gerektirmiştir. 1989 yılının sonunda yapılan değişikliklerle hukukun üstünlüğü, siyasi çoğulculuk ve özel mülkiyet, Polonya anayasal sistemine girmiştir.

27 Ekim 1991 tarihinde yapılan parlamento seçimleri neticesinde demokratik bir parlamentonun oluşmasının ardından 29 parti parlamentoda temsil edilmiştir. Devlet Başkanı Walesa, 1991 yılının başından bu yana Başbakanlık görevini sürdüren Demokratik İttifak'tan Jan Bielecki'yi tekrar Başbakan olarak atamak istemiştir. Ancak oyların ancak %13'ünü alabilmiş olan Demokratik İttifak ve Walesa, parlamentoda temsil edilen 5 büyük muhalefet partisinin destek vermemesi üzerine Walesa'nın ekonomik reform programını şiddetle eleştiren Jan Olsewski'nin Başbakanlığını kabul etmek zorunda kalmıştır<sup>80</sup>. Olsewski'nin Başbakan olması ise Başkan ile parlamento arasındaki mücadeleyi başka bir boyuta taşımış, bu mücadele ise 1992 Anayasası'nda Polonya Hükümet Sistemi'nin temel hatlarını belirleyici bir rol oynamıştır<sup>81</sup>.

## 2. 1992 Anayasası'nın Getirdiği Yenilikler

### a. Hükümet Sistemine İlişkin Hükümler

1952 Anayasası'nda 1989 yılında yapılan değişikliklerin ardından Sejm ve Senato tarafından ayrı ayrı anayasa yapımı ile görevlendirilmiş komisyonlar kurulmuştu. Söz konusu komisyonlardan Sejm tarafından kurulan komisyon, parlamenter sistemin ruhuna uygun olarak devlet başkanının yetkilerinin azaltılarak yürütmede başbakan ve bakanlar kurulunun ön plana çıkmasını öngörürken, Senato tarafından oluşturulan

<sup>79</sup> İki meclis arasındaki anayasa yapım yarışı her ne kadar bir güç mücadelesine dönüşmüşse de sivil toplumdan ve diğer siyasi partilerden gelen anayasa önerileri ve toplumun katkısı sayesinde anayasa yapım süreci, tüm zorluklara rağmen sürdürülebilmiştir. GARLICKI/GARLICKA, s.393.

<sup>80</sup> LUDWIKOWSKI, Rett R.: "Constitution Making in the Countries of Former Soviet Domimance: Current Development", Georgia Journal of the International and Comparative Law, Cilt: 23, Sayı: 2, 1993, s. 214.

<sup>81</sup> GÖNENÇ, Prospects for Constitutionalism, s. 130.

komisyonun önerisi ise devlet başkanının, bakanlar kurulunun tüm üyelerinin atanması üzerinde yetkilere sahip olmasıdır<sup>82</sup>.

Yuvarlak masa görüşmeleri sırasında varılan siyasi uzlaşma, Polonya siyasi hayatında parlamenter sistemden yarı başkanlık sistemine doğru kesin ve büyük bir ayrılışı ifade etmektedir. Bu ayrılışın sonucu olarak da Lech Walesa'nın 1990 yılında halk tarafından başkan seçilerek göreve gelmesi, Polonya siyasi sisteminde yer alan unsurlar arasındaki politik mücadelelerin fren ve dengeler sistemini bozmasına sebep olmuştur<sup>83</sup>. Parlamentodaki parçalı yapının sonucunda da ne parlamento ne de Başkan sahip olduğu anayasal fonksiyonları kullanır hale gelebilmiş, bu da kaçınılmaz olarak siyasi sistemin tıkanmasını beraberinde getirmiştir.

1991 Sonbaharında gerçekleştirilen seçimler her ne kadar demokratik bir parlamento yapısının oluşumunu sağlamışsa da meclise 29 parti'nin girmesi parçalı bir parlamento görünümüne yol açmış ve anayasa yapım süreci, bu parçalı yapıdaki girift ve çelişik iradelerden dolayı tamamlanması mümkün olmayan bir noktaya gelmiştir. Ancak 1952 Anayasası'nın hükümlerinin Polonya Hükümet Sistemi'nin işleyişinde yarattığı sorunlar, anayasa yapım süreci bir taraftan devam ederken bir taraftan da bazı temel prensiplerin benimseneceği bir geçiş anayasasının yapılmasını zorunlu kılmıştır. Bu gelişmeler ışığında söylenebilecek olan hükümet sisteminin işleyişi için gerekli olan bir geçiş anayasasının yapılması sürecine Başkan ile Parlamento arasındaki güç savaşının damgasını vurduğu ve 1992 Anayasası'nın bu mücadeleden doğan olgulara ilişkin hükümleri yansıttığıdır. Söz konusu ortamda işler her ne kadar Walesa ve Demokratik İttifak'ın lehine görünmese de Başkan ve parlamentodaki destekçileri 23 Nisan 1992'de anayasal hükümler içeren bir teklif vermeye muvaffak olmuşlardır. Nitekim bu teklif Küçük Anayasa olarak da bilinen 1992 Anayasası'nın ilk taslağıdır<sup>84</sup>.

8 Aralık 1992 tarihinde yürürlüğe giren 1992 Anayasası, yasama ve yürütme organlarını yeniden düzenlemiş ve 1952 Anayasası'nda 1989 yılında yapılan değişikliklerin etkisini ortadan kaldırmıştır. 1992 Anayasası

<sup>82</sup> LUDWIKOWSKI, s.217.

<sup>83</sup> LUDWIKOWSKI, s. 213.

<sup>84</sup> WYRZYKOWSKI, "Delayed Constitution in Poland", s. 438.

ile getirilen hükümler, Devlet Başkanı'nın yetkilerinde birtakım kısıtlamalara gidilmesi ve parlamentonun parçalı yapısının hükümetin kurulması üzerindeki olumsuz etkisi sebebiyle "rasyonelleştirilmiş parlamentarizm" esaslarının benimsenmesi sonuçlarına yol açmıştır. Buna karşın Devlet Başkanı'nın dış politikayı belirleme ve ulusal savunma konularında sahip olduğu geniş yetkiler, bahsedilen yetki kısıtlamalarının dışarısında bırakılmıştır<sup>85</sup>.

Polonya Meclisi'nin parçalı yapısı, Polonya siyasi hayatına olumsuz etki etmiştir. Olsewski hükümeti de devamlılık gösteremeyerek düşmüş, hükümetin düşmesinin ardından da Başkan Walesa tarafından parlamento feshedilerek 1993 yılında yeni parlamento seçimlerine gidilmiştir.

### **b. Anayasa Yapımına İlişkin Düzenlemeler**

1952 Anayasası'nda 1989 yılında yapılan değişikliklerin ardından Sejm ve Senato tarafından ayrı ayrı anayasa yapımı ile görevlendirilmiş komisyonların kurulduğu ifade edilmiştir.

1992 Anayasası, geçici bir anayasal metin özelliği taşımasından dolayı hükümet sistemine ilişkin olarak getirdiği düzenlemelerin yanında Polonya'da demokrasiye geçiş sürecinde anayasa yapımına ilişkin oldukça yeni ve karmaşık süreçleri içeren değişiklikleri de hükme bağlamıştır. Getirilen en büyük yenilik, Sejm ve Senato tarafından ayrı ayrı oluşturulan komisyonların kaldırılarak 46 Sejm üyesi ve 10 Senato üyesinden müteşekkil bir ortak komisyonun kurulmasıdır<sup>86</sup>. Kurulan bu yeni komisyon, yeni anayasayı yapmakla görevlidir. Komisyon, belirtilen makam ve milletvekillerinden gelecek tekliflere son şeklini verecek, tekliflerin aldığı son şekil, Polonya Parlamentosu'nun birleşik oturumunda görüşülerek karara bağlanacaktır<sup>87</sup>. Bu noktada Polonya Parlamentosu'nun yetkisi, taslağın aldığı son şekli onaylamak veya komisyona düzeltilmesi için geri göndermek olacaktır. Parlamentonun anayasa taslağına ilişkin olumlu kararını en az üçte iki çoğunlukla almasının ardından ise Devlet Başkanı'nın 60 gün içerisinde metinde değişiklik yapma yetkisi olacaktır. Devlet Başkanının yaptığı değişikliklerin tekrar parlamentonun üçte iki

<sup>85</sup> GARLICKI/GARLICKA, s. 394.

<sup>86</sup> LUDWIKOWSKI, s. 218.

<sup>87</sup> WYRZYKOWSKI, "Delayed Constitution in Poland", s. 442.

çoğunluğuyla kabulü halinde ise değişiklik teklifinin aldığı son halin, hal-koylmasına sunulması öngörölmüştür<sup>88</sup>.

Üyeleri parlamentonun her iki kanadı tarafından ayrı ayrı seçilen anayasa komisyonu, çalışmalarına 30 Ekim 1992 tarihinde başlamış, anayasa değişikliğine ilişkin taslakların sunumu için ise 30 Nisan 1993 tarihine kadar süre öngörölmüştür. Nisan 1993'ün sonuna kadar toplam 7 defa toplanan Anayasa Komisyonu, 13 Ocak 1993 tarihinde kendi çalışma usul ve esaslarını düzenleyen bir tüzüğü kabul etmiş ve bu tüzük çerçevesinde kendisine bağılı olarak çalışması öngörülen 6 alt komisyon oluşturmuştur. Bu komisyonlar, 1) Genel esaslar ve başlangıç hükümleri komisyonu, 2) Siyasi ve sosyo-ekonomik sistemin temel kuruluşuna ilişkin komisyon, 3) Hukukun kaynakları komisyonu, 4) Yasama ve yürütme organları ve yerel yönetimler komisyonu, 5) Hukuk ve Adalet Teşkilatı'nın teşkili komisyonu ve 6) Yurttaş hak ve ödevleri komisyonları olarak belirlenmiştir. Bahsedilen komisyonların her biri ve elbette Anayasa Komisyonu'nun kendisi, sivil toplum ve kamunun temsilcilerinden bilgi almaya ve alanında uzman kişileri dinlemeye yetkilidir<sup>89</sup>.

1992 Anayasası'nın öngördüğü usul ve esaslar dairesinde çalışan Anayasa Komisyonu, çalışmalarını, parlamento seçimlerinin yenilenmesine karar verilen 29 Mayıs 1993 tarihine kadar sürdürmüş, daha önce belirtildiği şekilde bu tarihte Devlet Başkanı Lech Walesa tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi, söz konusu komisyonun çalışmalarını sonlandırmıştır.

<sup>88</sup> LUDWIKOWSKI, s. 218.

<sup>89</sup> GARLICKI/GARLICKA, s. 395, Türkiye'de Anayasa yenileme çalışmaları çerçevesinde sivil topluma, anayasa değişikliğine ilişkin teklif sunması için verilen sürenin 30 Nisan 2012 tarihine kadar sürmesi ve komisyon çalışmalarının bundan sonra başlaması, Polonya anayasallaşma Süreci ile Türkiye'de Anayasa yenileme süreci arasında bir benzerlik olarak görülebilir.



### III. 1997 TARİHLİ POLONYA ANAYASASI

#### A. 1997 ANAYASASI'NIN YAPIMINDAN ÖNCEKİ SİYASİ GELİŞMELER VE 1997 ANAYASASI'NIN HAZIRLANIŞI

##### 1. 1993 Tarihinde Yapılan Parlamento Seçimleri

Olzewski Hükümeti'nin düşmesinin ardından 1992 yılı Haziran ve Temmuz aylarında önce Waldemar Pawlak, daha sonra da Hanna Suchocka tarafından hükümeti kurma görevleri üstlenilmiş, ancak Pawlak'ın hükümeti kurmayı başaramamasının ardından bu görev Suchocka'ya tevdi edilmiştir.

Suchocka, parçalı Polonya Parlamentosu'nda yedi parti ile bir koalisyon hükümeti kurmuş, ancak bu hükümet kuruluşundan itibaren güçlü Dayanışma Grubu'nun muhalefeti altında ezilmekten kurtulamamıştır. 28 Mayıs 1993 tarihinde yapılan güven oylamasında Suchocka Hükümeti, dramatik bir biçimde tek bir oyla güvenoyu alamamış ve istifaya mecburiyetinde kalmıştır. Ancak, hükümetin istifası Devlet Başkanı Lech Walesa tarafından kabul edilmemiş ve Walesa, parlamentonun feshi ve seçimlerin yenilenmesine karar vermiştir. Söz konusu karar doğrultusunda yeni Polonya Parlamentosu'nun belirleneceği seçim tarihi 19 Eylül 1993 olarak tespit edilmiştir<sup>90</sup>.

1993 Seçimleri, Polonya siyasi tarihinde solun geri döndüğü seçimler olarak anılmaktadır. Nitekim yapılan seçimler sonucunda parlamentodaki siyasi parti sayısı 29'da 7'ye düşmüş, Dayanışma Grubu tarafından desteklenen partiler Sejm'deki 460 koltuktan yalnızca 157 tanesini elde edebilmişlerdir<sup>91</sup>. Buna karşılık eski komünistler tarafından kurulan Demokratik Sol İttifak ve Polonya Köylü Partisi, Sejm ve Senato'da ezici bir üstünlük sağlayarak çoğunluğu elde etmiştir. Parlamentodaki parti sayısının azalarak sol partilerin çoğunluğu elde etmesi, Polonya siyasi tarihinde, komünizmin çöküşünü ifade eden Tadeusz Mazowiecki Başbakanlığı'ndaki hükümetin 1989 yılında kuruluşunun ardından ikinci bir dönüm noktası olarak gösterilebilir.

<sup>90</sup> GARLICKI/GARLICKA, s. 396.

<sup>91</sup> GÖNENÇ, Prospects for Constitutionalism, s. 131.

Parlamentoda temsil edilen siyasi partilerin 29'dan 7'ye düşmesi ise 1993 Seçimleri için yürürlüğe konan Seçim Kanunu'nda getirilen seçim sisteminin büyük partilerin lehine işleyici düzenlemeleridir. Bu düzenlemelerin başında ise %5'lik ülke barajı gelmektedir<sup>92</sup>. Komünist rejimin çöküşünden 1993 yılına dek istikrarlı bir hükümet kurmayı başaramayan Polonya yönetsel sistemi, bu seçim kanunu sayesinde temsilde adaleti belli ölçüde göz ardı etmek pahasına yönetimde istikrarı temin etmeyi amaçlamıştır.

1993 Seçimleri sonucunda Polonya'da milliyetçi, muhafazakar, serbest piyasa yanlısı ve Katolik temelli birtakım siyasi görüşleri temsil eden siyasi partiler, parlamento dışı kalmışlardır. Seçimlerde kullanılan geçerli oyların üçte birini alan siyasi partilerin parlamento dışında kalması, elbette temsilde adaleti göz ardı ederek yönetimde istikrara ağırlık veren Polonya Seçim Sistemi'nin kaçınılmaz bir sonucudur. Ancak bu sonucun anayasa yapım süreci üzerinde gerçekleşen daha önemli bir etkisi, temsil konusunda sıkıntıları olan böyle bir parlamentonun yapacağı anayasanın meşruluğu konusunda yaşanması muhtemel sorunlardır<sup>93</sup>.

## **2. 1993 Seçimlerinin Ardından Yaşanan Siyasi Gelişmeler Çerçevesinde Anayasa Yapım Süreci**

### **a. 1993-1995 Arası Dönemde Anayasa Yapım Süreci**

Eylül ayında yapılan seçimlerin ardından Polonya Parlamentosu'nda çoğunluğu elde eden Demokratik Sol İttifak ve Polonya Köylü Partisi tarafından Waldemar Pawlak Başbakanlığı'nda bir koalisyon hükümeti kurulmuş ve seçimlerin yenilenmesiyle kesintiye uğrayan yeni Anayasa yapım çalışmaları, kaldığı yerden devam etmiştir.

Parlamentonun 14 Ekim 1993 tarihinde çalışmalarına başlamasının ardından Sejm ve Senato tarafından oluşturulan Anayasa Komisyonu, 9 Kasım 1993 tarihinde yeni üyeleriyle çalışmaya başlamıştır. Komisyon başkanlığına aynı zamanda Demokratik Sol İttifak'ında başında bulunan Alexander Kwasniewski getirilmiştir. Nihayetinde yeni oluşturulan Anayasa Komisyonu, 18 Ocak 1994 tarihinde, 1993 tarihinde kabul ettiğine

<sup>92</sup> WYRZYKOWSKI, Introductory Note, s.3.

<sup>93</sup> WYRZYKOWSKI, Introductory Note, s.3.

benzer bir Komisyon tüzüğünü kabul ederek işlev görmeye başlamıştır. Ancak 1992 Anayasası'nda yer alan şekliyle komisyonun açılışından itibaren 6 ay süre içerisinde anayasa taslakları toplamaya yetkili olduğu halde bunlar üzerinde herhangi bir işlem yapmaya yetkisi olmayan bu komisyonun, anayasa taslakları üzerinde çalışması için Mayıs 1994 tarihine kadar beklemesi gerekmiştir<sup>94</sup>.

Parlamentoda seçimlerinde %5 ülke barajı uygulaması neticesinde özellikle sağ partilerin parlamento dışında kaldığı ve bu durumun da anayasa yapım sürecinde temsile ilişkin büyük bir soruna neden olduğu daha önce belirtilmişti. İşte söz konusu temsil sorunun giderilmesi, Polonya Parlamentosu'nun bulduğu ilginç çözüm neticesinde gerçekleşmiştir. Bu çözüm, 1992 Anayasası'nda anayasa taslağı önerisi verebilecek kişi ve organlara yeni bir unsurun eklenmesiyle mümkün olmuştur. 25 Mart 1994 tarihinde Sejm'de kabul edilen Anayasa değişikliğine göre, anayasa taslaklarına ilişkin öneri verme yetkisine sahip kılınan unsurların yanında 500.000 kişinin varlığı koşuluyla halkın da bu yetkiyi kullanabileceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu hüküm, ayrıca anayasa taslaklarına ilişkin olarak bir ön referandum prensibinin benimsenmesine ve bu konuda muayyen bir anayasal pratiğin oluşmasına da hizmet edici bir işlev görmüştür<sup>95</sup>. Bunun yanında Mayıs 1994 tarihinde Anayasa Komisyonu'na çeşitli siyasal partilerin katıldığı Demokratik İttifak, Kwasniewski'nin başkanlığındaki Demokratik Sol İttifak ve Devlet Başkanlığı makamı tarafından hazırlanan taslaklar sunulmuştur<sup>96</sup>. Bunun yanında Sejm tarafından 1991-1993 yılları arasında Anayasa Komisyonu'na sunulan taslakların da anayasa yapım çalışmalarında dikkate alınması kararlaştırılmıştır. Alınan karar neticesinde de Dayanışma Grubu'nun lideri Marian Krzaklewski'nin öncülüğünde 870.000 kişi tarafından imzalanan anayasa taslağı ayrıca komisyona sunulmuştur<sup>97</sup>.

Anayasa Komisyonu, kendisine sunulan tüm bu taslakların sahipleri olan örgüt ve grupları tasnif ederek, yapılan tasnif doğrultusunda her

<sup>94</sup> WYRZYKOWSKI, *Delayed Constitution in Poland*", s. 446.

<sup>95</sup> POPLAWSKA, s. 282.

<sup>96</sup> GARLICKI/GARLICKA, s. 396.

<sup>97</sup> WYRZYKOWSKI, *Delayed Constitution in Poland*", s. 447.

bir örgüt veya grubun komisyon çalışmalarına daimi olarak katılmasına karar vermiş, verdiği karar doğrultusunda da Anayasa Komisyonu tarafından çeşitli örgüt ve gruplara davetler gönderilmiştir. Anayasa Komisyonu'nun çalışma usul ve esaslarını belirleyen tüzükte, Komisyon'un taslakların yazarlarını davet etme hakkı bulunmaktadır. Ancak Komisyon, bunun yanında demokratik katılımın işlevsel bir biçimde gerçekleşmesi amacıyla parlamentoda temsil edilip edilmediğine bakmaksızın tüm siyasi partilere ve ayrıca 12 adet sendika ile 11 adet dini gruba davet göndermiştir. Dahası Komisyon, 5 adet uzmandan oluşan bir danışma komisyonu kurulması üzerinde de uzlaşmaya varmıştır<sup>98</sup>.

Anayasa Komisyonu'nun gerçekleştirdiği davetler neticesinde söz konusu komisyona, 1992 Anayasası'nda belirtilen mevcudunun yanı sıra toplumdaki gelen yaklaşık 20 temsilci daha katılmış ve Polonya'da anayasa yapım süreci siyasi sistemde yer alan unsurları kapsayıcı bir şekilde yürütölmeye çalışılmıştır.

Eylöl 1994'te Polonya Parlamentosu, Komisyon'a sunulan taslaklara ilişkin karar almak üzere toplanmış, iki günlük çalışmaların ve tüm Anayasa taslaklarının okunmasının neticesinde parlamento tarafından tüm taslaklar, üzerinde görüşölmek ve nihai hale getirölmek üzere Anayasa Komisyonu'na gönderilmiştir<sup>99</sup>.

### **b. 1995 Yılından İtibaren Gerçekleşen Gelişmeler Çerçevesinde Anayasa Yapım Süreci**

Nihai bir anayasa taslağı hazırlama görevi, Polonya Parlamentosu'nun kendisine sunulan bütün taslakları kabul ederek, komisyona göndermesi ile birlikte Anayasa Komisyonu'na havale edilmiştir. Ancak 1995 yılında gerçekleşecek olan Devlet Başkanlığı seçimleri ve 1997 yılında gerçekleştirilmesi öngörölen parlamento seçimlerinin siyasi sistemde yarattığı gerilim ve çatışma potansiyelinin varlığı Anayasa Komisyonu'nun işini zorlaştıran unsurlardandır<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> Uzmanlardan oluşan bu komisyonun üyeleri ve kuruluşunun ardından yaptığı çalışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GARLICKI/GARLICKA, s. 397.

<sup>99</sup> WYRZYKOWSKI, "Delayed Constitution in Poland", s. 447.

<sup>100</sup> GARLICKI/GARLICKA, s. 397.

Tüm bu koşullar altında 1995 yılının Şubat ayında farklı siyasi gruplardan olan Devlet Başkanı Walesa ile Başbakan Pawlak arasındaki gerilim zirveye ulaşmış, Walesa, meclisi fesih silahıyla tehdit etmiş ve Pawlak'ın istifasını istemiştir. Buna karşılık Sejm ise Walesa'ya karşılık görevden alma sürecine ilişkin çalışma başlatmış, söz konusu gerilim, Pawlak'ın istifası ve Josef Olesky'nin yeni hükümeti kurması ile sona ermiştir<sup>101</sup>.

Haziran 1995'te Anayasa Komisyonu, Anayasa'nın ilk iki bölümünün yazımını tamamlamış olmasına karşın komisyon üyelerinden bazıları, komisyon çalışmalarının gerçekleşen siyasi krizlerden etkilendiği gerekçesiyle çalışmaların ertelenmesini istemişler, ancak tüm bu isteklere rağmen komisyon çalışmaları Başkan Kwasniewski'nin çabaları ile devam ettirilmeye çalışılmıştır. Ancak yaşanan siyasi mücadeleler esnasında siyasi parti liderlerinin yeni anayasanın yapım süreci ile ilgilenmeye ne zamanları ne de dermanları olduğundan tüm bu siyasi gelişmeler Anayasa Komisyonu'nun anayasa yapım çalışmalarını olumsuz yönde etkilemiş ve komisyon çalışmaları dört aylık süre boyunca durma noktasına gelmiştir<sup>102</sup>.

Polonya'da vuku bulan siyasi mücadelenin Anayasa Komisyonu üzerindeki olumsuz etkilerini iki vechesiyle incelemek mümkündür. Bunlardan birincisi komisyon başkanı Alexander Kwasniewski'nin Devlet Başkanlığı için adaylığının komisyon çalışmalarını olumsuz yönde etkilemesidir. İkincisi ise az önce belirtildiği şekliyle yaşanan siyasi mücadeleler çerçevesinde harcadıkları enerji sebebiyle komisyon çalışmalarına zaman ayıramayan üyelerin yokluğudur. Bu üyelerin komisyon toplantılarını ihmal etmeleri, anayasa yapımına ilişkin önem arz eden kararların alınmasını engellemediyse de bunları geciktirdiği mutlak<sup>103</sup>.

Aralık 1995'te Kwasniewski'nin Devlet Başkanı seçilmesinin ardından komisyon başkanlığına Cimoszewicz getirilmiş, ancak Cimoszewicz de 2 aylık görev süresinin ardından Başbakanlık görevini üstlenmiştir. Bunun üzerine de komisyon başkanlığına hukuk profesörü Marek

<sup>101</sup> GÖNENÇ, Prospects for Constitutionalism, s. 132.

<sup>102</sup> SZWATS/SZWED/STARSKI, s. 439.

<sup>103</sup> Bu yönde bkz. SZWATS/SZWED/STARSKI, s. 439 vd.

Mazurkiewicz getirilmiştir. Ancak tüm bu siyasi müdahalelere rağmen Anayasa Komisyonu, varlık amacını yerine getirmeye çalışmış ve uzmanlar, anayasa yapım çalışmalarını sürdürme eğiliminde olmuştur.

Gerek parlamentoda gerekse Anayasa Komisyonu'nda çoğunluğa sahip olan Demokratik Sol İttifak ve Polonya Köylü Partisi tarafı, anayasa çalışmalarının tamamlanmasında gerekli olan üçte iki çoğunluğu parlamentoda sağlamak için en güçlü muhalefet grubunun, yani Dayanışma Grubu'nun politik desteğine muhtaçtır. Bunun yanında, eğer Katolik Kilisesi'nin desteği alınmaz ise tüm bu aşamaların tamamlanması halinde dahi yeni anayasanın yapılacak referandumda reddedilmesi olasılığı söz konusudur. İşte Polonya Anayasası'nın yapım sürecinin bu denli uzun ve meşakkatli oluşunun sebebi, Polonya siyasi sisteminde yer alan unsurların çatışma potansiyelinin varlığının yanında tüm bu siyasi unsurların demokratik teamüller içerisinde ve bunların gereği olarak birbirlerine muhtaç oluşlarıdır.

Anayasa yapım çalışmaları nihayet 1996 yılının bahar aylarında hızlanmış ve Haziran 1996'da Anayasa Komisyonu, yeni anayasa yazım çalışmalarını tamamlayarak 221 madde ve 13 bölümden oluşan bir taslak hazırlamıştır. Hazırlanan bu taslak, dilbilimcilerin kontrolünden geçirilmiş ve Ağustos 1996'da yenilenmesinin ardından nihai hazırlıkların yapılması için tekrar Anayasa Komisyonu'na tevdi edilmiştir. Anayasa Komisyonu'nda yapılan çalışmalar ise 19 Aralık 1996 tarihinde tamamlanmış, ancak bu sırada komisyon üyelerinin tekrar değişiklik önerisi getirmesi üzerine komisyondaki çalışmalar bir ay daha sürdürülmüştür. Tüm bu çalışmaların ardından 237 madde ve 13 bölümden oluşan nihai taslak üzerinde 16 Ocak 1997 tarihinde uzlaşmaya varılması mümkün olabilmiştir<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> Polonya Anayasa taslağı üzerinde son bir ay içerisinde yapılan değişikliklerin en önemlilerinden biri Anayasa'nın başlangıç kısmında Tanrı'ya yapılan göndermedir. Elbette bu değişikliğin sebebi de referandum sırasında Katolik Kilisesi'nin desteğini alma çabaları olarak anlaşılabilir. **GARLICKI/GARLICKA**, s. 399.

## B. 1997 TARİHLİ POLONYA ANAYASASI'NIN KABUL EDİLMESİ

### 1. Parlamento Süreci

Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan nihai taslağın Polonya Parlamentosu'nda okunmasına 24 Ocak 1997 tarihinde başlanmış, taslağın okunması Anayasa Komisyonu'nu temsilen Komisyon Başkanı Marek Mazurkiewicz tarafından gerçekleştirilmiştir. Hazırlanan Anayasa taslağının okunmasının ardından parlamentoda temsil edilen partilerin temsilcileri tarafından taslak üzerinde konuşmalar yapılmış, bundan başka 870.000 kişinin önerisiyle verilen taslak lehine de parlamento üyesi olmamasına rağmen Marian Krzaklewski tarafından bir konuşma gerçekleştirilmiştir. Krzaklewski, söz konusu konuşmasında, Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan taslağın yanı sıra, 870.000 kişinin oyuyla verilen taslağın da onaylanmasını istemiş, ancak bu istem kabul edilmemiştir. Polonya Parlamentosu'nda yapılan görüşmeler esnasında Anayasa taslağında parlamenterler tarafından 500'e yakın değişiklik yapılması önerilmiş, taslak bu önerilerle Anayasa Komisyonu'na Mart 1997'de geri gönderilmiştir<sup>105</sup>.

Anayasa Komisyonu, yeniden yaptığı görüşmelerde Anayasa taslağı üzerinde verilen 362 değişiklik önerisini karara bağlamış ve nihai taslakta 113 adet değişiklik yaparak tekrar parlamentoya göndermiştir. 21 Mart 1997 tarihinde tekrar başlayan parlamento birleşimlerinde Polonya Parlamentosu, taslakta yüze yakın değişiklik yapmış, yapılan değişiklikler sonucunda Anayasa taslağının 70 maddesi değiştirilerek taslağa 5 yeni madde eklenmiştir. Bu işlemlerin ardından Anayasa Komisyonu, taslak üzerindeki son kontrollerini yapmış ve parlamentoya gönderilen taslak 23 Mart 1997 tarihinde 461 kabul oyuna karşı, 36 red oyuyla kabul edilmiştir<sup>106</sup>.

Parlamentonun kabulünün ardından, taslak, üzerinde 60 gün içerisinde değişiklik önerme yetkisi bulunan Devlet Başkanı'na gönderilmiş, Devlet Başkanı ise Anayasa taslağının 41 maddesinde değişiklik yapılması istemiyle taslağı tekrar Anayasa Komisyonu'na göndermiştir.

<sup>105</sup> SZWATS/SZWED/STARSKI, s. 441.

<sup>106</sup> GÖNENÇ, Prospects for Constitutionalism, s. 132.

Devlet Başkanı'nın önerileri üzerinde inceleme yapan Anayasa Komisyonu, söz konusu önerilerden 31 değişikliğin uygun olacağı görüşüyle taslağı parlamentoya tevdi etmiş, parlamento, 3 Nisan 1997 tarihinde yaptığı son oylamayla taslağa nihai şeklini vermiş ve Polonya Anayasası'nın uzun yıllar süren kurumsal macerası burada noktalanmıştır. Parlamento Genel Kurulu'nda 451 kabul oyuna karşılık 40 red oyuyla kabul edilen Anayasa taslağının son hali 243 madde ve 13 bölümden oluşmaktadır<sup>107</sup>.

## 2. Halkoylaması

1992 Anayasası'nın hükümlerine göre, Polonya Anayasası taslağı, Devlet Başkanı Kwasniewski tarafından 25 Mayıs 1997 tarihinde referandumla sunulmuştur. Yapılan referandum, Polonya halkının Anayasa taslağının tamamı üzerinde oylama yapması ve kabul veya red yönünde oy kullanması şeklinde gerçekleşmiştir.

Referandumun yapılmasından önce Devlet Seçim Komitesi tarafından seçmenleri bilinçlendirmek amacıyla bir seçim kampanyası yürütülmüş ve bu kampanyada seçmenlerin Anayasa taslağı üzerindeki lehte ve aleyhteki görüşleri öğrenmeleri amaçlanmasına karşılık, komite tarafından yürütülen bu çalışma eğitsel bir nitelikte olmaktan uzak kalarak Anayasa taslağının propagandası haline gelmiştir<sup>108</sup>. Bu bağlamda Devlet Seçim Komitesi, referandum üzerine yapılan televizyon yayınlarını katı bir biçimde düzenlemiştir. Komite, iki meclisten de taslağın aleyhine ve lehine ikişer parlamento üyesinin halka hitap etmesini sağlamıştır. Bunun yanında televizyon programlarına ek olarak taslak, radyo, gazete ve dergilerde tartışılmıştır.

Referandum sürecinde Devlet Başkanı Kwasniewski'nin yurt gezilerine çıkması ve gittiği yerlerde taslak lehinde görüşler öne sürmesi, muhaliflerin Devlet Başkanı'nın tarafsız davranmadığı gerekçesiyle Devlet Seçim Komisyonu'na şikayette bulunmalarına sebep olmuş, ancak komite, Başkan lehine karar vermiştir.

Anayasa taslağına muhalefet edenlerin temel savları, taslağın 90. maddesinde yer alan uluslararası kurumlara belli yetkileri devrine cevaz veren düzenlemenin Polonya Halkının egemenlik hakkına aykırı olduğu,

<sup>107</sup> GARLICKI/GARLICKA, s. 400.

<sup>108</sup> SZWATS/SZWED/STARSKI, s. 441.



48. maddede yer alan şekliyle devletin, çocuğun olgunluğuna ve ifade ve inanç özgürlüğüne saygı göstermeyen anneden çocuğu uzaklaştırabilmesinin yersiz olduğu ve bağımsız ve kontrol dışı bir kurul olarak faaliyet göstermesi 227. maddede öngörülen Para Politikası Kurulu'nun arz ettiği tehlike etrafında toplanmaktaydı. Bundan başka, muhalifler Polonya'nın komünist geçmişinin de başlangıç hükümlerinde lanetlenmesini istemekteydiler. Bunun yanında hukukçular ve uzmanlar ise anayasa taslağının temel hak ve özgürlükler alanında sağlayacağı ilerlemeye dikkat çekerek bu anayasanın uluslararası standartlara uygunluğunu vurgulamışlardır. Katolik Kilisesi'nin taslak konusundaki fikri net olmamışsa da genel eğilim taslağın aleyhinde oy kullanılması yönünde olmuştur<sup>109</sup>.

25 Mayıs 1997 tarihinde yapılan referandum neticesinde seçmenlerin yalnızca %43'ü oy kullanmış, oy kullananların yalnızca %53'ü taslağın kabulü yönünde irade belirtmişlerdir. Bu da Polonya seçmeninin aslında yalnızca %30'unun taslağın kabulü lehinde oy kullandığını göstermektedir. Ancak yapılan oylamada alınan oy, hukuki olarak taslağın yürürlüğe girmesi için yeterli olduğundan dolayı 1997 tarihli Polonya Anayasası, yayımlandığı gün olan 17 Ekim 1997'de yürürlüğe girmiş, Polonya'nın 8 yıl süren Anayasa yapım süreci de böylece nihayete ermiştir.

### C. POLONYA'DA POST EGEMEN ANAYASA YAPIM SÜRECİNİN BAŞARISIZLIKLARI VE BUNUN POLONYA'DA HUKUK DEVLETİNİN GERİLEMESİNE ETKİSİ

Günümüzde Macaristan ve Polonya, Avrupa Birliği'nin iki sorunlu ülkesidir. Bu ülkeler, post-komünist dönemde anayasal düzene geçmişler, fakat yirmi birinci yüzyılda popülist iktidarların kurbanı olmuşlardır. Macaristan bu konuda açık ara öndedir; fakat Polonya'nın da Macaristan'dan farklı olmadığını belirtmek gerekir. Aşağıda Polonya'da hukuk devleti vasfının gerilemesine yol açan gelişmeler açıklanacak, bunun ardından da Arato'nun ortaya koyduğu sivil toplum odaklı anayasa yapımı usulünde hangi eksikliklerin söz konusu gelişmeler üzerinde etkisi olduğu değerlendirilecektir.

<sup>109</sup> GÖNENÇ, Prospects for Constitutionalism, s. 132.

## 1. Polonya'da Hak ve Adalet Partisi İktidarı ve Hukuk Devleti Vasfının Gerilemesi Tartışmaları

Polonya'da 2015 yılı parlamento seçimlerinde Jarosław Kaczyński önderliğindeki muhafazakâr milliyetçi, göçmen karşıtı ve Avrupa Birliği'ne ters politikalarıyla bilinen Hak ve Adalet Partisi (Prawo i Sprawiedliwość, PiS), %37.58'lik oy oranıyla alt meclis Sejm'de 460 sandalyeden 235'ini ve üst meclis Senato'da 100 sandalyeden 61'ini kazanıp, rakibi Yurttaşlık Platformu'na karşı (Platforma Obywatelska, PO) önemli bir zafer ilan etmiş, tek başına iktidar olmuştur. Ayrıca yine 2015 yılı içerisinde düzenlenen cumhurbaşkanlığı seçimleri neticesinde PiS tarafından aday gösterilen Andrzej Duda cumhurbaşkanı seçilmiştir<sup>110</sup>.

Polonya'da anayasal gerileme Duda'nın cumhurbaşkanı seçildiği ve parlamento seçimlerinin yapıldığı 2015 yılından itibaren iyice görünür olmuştur. Seçimden önce Yurttaşlık Platformu'nun çoğunlukta olduğu parlamento tarafından Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin kanunda değişiklik yapılarak Polonya Anayasa Mahkemesi'ne beş adet yeni üye atanmıştır. Oysa değişiklik yapılmadan önce yalnızca üç üyenin görev süresi sona ermektedir. Kanun değişikliği yapılarak Aralık 2015'te görev süresi bitecek iki yargıcın yerine de atama yapılmıştır. Yurttaşlık Platformu'nun endişesi, yeni gelen parlamento çoğunluğunun atayacağı yargıçlarla Anayasa Mahkemesi'nde de çoğunluğu ele geçirmesidir.

Duda, devlet başkanı seçilince yeni atanan beş yargıcın da yemin ederek göreve başlamasını engellemiştir. Hemen ardından kanunda yapılan bir değişiklikle beş yeni yargıç daha seçilmiştir.

Polonya Anayasa Mahkemesi, Yurttaşlık Platformu öncülüğünde yapılan ilk kanun değişikliğini, iki yargıç fazla seçildiği için bunlar yönünden iptal etmiştir. Bu kanun, üç yeni yargıcın seçilmesi bakımından anayasaya uygun bulunmuştur. Hak ve Adalet Partisi öncülüğünde yapılan ikinci kanun değişikliğini ise bu sefer halihazırda üç yargıç daha

<sup>110</sup> ÖZTÜRK, Yavuz Furkan: "Polonya Yargı Reformu ve Lizbon Antlaşması Madde 7'nin Uygulamaya Konulması", <https://diam.sakarya.edu.tr/tr/icerik/14120/68236/polonya-yargi-reformu-ve-lizbon-antlasmasi-madde-7-nin-uygulamaya-konulmasi>, Erişim Tarihi: 19.07.2024.

önceden seçildiği için ikinci sefer seçilen beş yargıçtan üçü bakımından anayasaya aykırı bulunmuştur<sup>111</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla seçimden sonra seçilen üç yargıcın seçimi Anayasa'ya aykırı bulunmasına rağmen bir gece yarısı bunlar Devlet Başkanı Duda'nın makamında yemin etmişlerdir. Bununla birlikte üç yargıç, 2016 yılı sonunda Polonya Anayasa Mahkemesi başkanı değişene kadar Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'na gelen davalarda görev alamamıştır. Anayasa Mahkemesi başkanının değişmesi ile birlikte bunlar da görevlerine aktif olarak başlamışlar; böylece aylar süren bir hukuk krizinin ortasında Polonya Anayasa Mahkemesi, önce felç olmuş, sonra da siyaset tarafından ele geçirilmiştir<sup>112</sup>.

2016 yılından itibaren ilk olarak kürtaj yasağı getiren kanun tasarısı üzerinde dönen tartışmaları, ifade ve basın hürriyetine müdahale eden birtakım düzenlemelere ilişkin adımlar izlemiştir. Bilahare, 2017 yılı içerisinde bizzat Cumhurbaşkanı Duda tarafından yargıda reform paketi hazırlanmış, bu paket ile Hak ve Adalet Partisi tarafından mevcut sistemin "sadece seçkin sınıfa hizmet ettiği ve yozlaştığı" gerekçesiyle yargı sisteminde reform yapılması amaçlanmıştır<sup>113</sup>. Tüm bu gelişmeler Polonya sınırlarını aşarak Avrupa Birliği içinde Polonya'nın hukuk devleti olma vasfının tartışılmasına neden olmuştur. Kesin olan ise hukuk devletinin gerilediğidir.

## 2. Polonya'da Anayasal Gerilemenin Sebepleri Arasında Gösterilen Aşırı Tözel Anayasacılık Anlayışı

Halmai, çeşitli yazarların, Polonya ve Macaristan'da demokrasi ve hukuk devletinin gerilemesinde beş temel etken gördüklerini belirtmektedir. Bunlar; (1) demokratik gelenekten yoksunluk, (2) ani ekonomik

<sup>111</sup> SADURSKI, Wojciech: Poland's Constitutional Breakdown, Oxford University Press, 2019, ss. 62-64.

<sup>112</sup> SADURSKI, s. 61 vd.

<sup>113</sup> Söz konusu yasa tasarısındaki değişikliklerden biri hükümete Yüksek Mahkeme üyelerinin tamamını anında görevden alma ve yargı çevrelerine danışmadan üyeleri atama yetkisi verirken, bu durumu aynı zamanda başsavcılık görevini yürüten adalet bakanının inisiyatifine bırakmaktadır. ÖZTÜRK, <https://diam.sakarya.edu.tr/tr/icerik/14120/68236/polonya-yargi-reformu-ve-lizbon-antlasmasi-madde-7-nin-uygulamaya-konulmasi>.

değişimlere verilen tepkiler, (3) liberal demokratik değerler üzerinde uzlaşmaya varılamaması, (4) esnek anayasa ve adaletsiz seçim sistemi ve (5) aşırı tözel anayasacılık anlayışıdır<sup>114</sup>.

Halmai, yukarıda yer alan beş etkenden özellikle beşincisinin Arato'nun post egemen anayasa yapımında ortaya koyduğu ilkelere uyumsuzluğu ifade ettiğini belirtmektedir<sup>115</sup>. Bununla birlikte üç numaralı etken de Arato'nun ortaya koyduğu anayasacılık anlayışı ile ilgilidir. Özellikle 1990'lı yıllarda anayasa yapım sürecindeki siyasal çalkantıların 2015 yılındaki Anayasa Mahkemesi'ne üye seçimi krizinin benzeri olduğu ve Polonya'nın siyasal krizlerinden beslendiği açıktır. Bu konuda Polonya'nın 1989 ile 2004 yılları arasındaki temel amacının NATO ve AB'ye üye olmak olması, bu amaçların başarılmasının ardından ülkenin sol ve sağ kanatlarının derin ayrışmaya savrulduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır<sup>116</sup>.

Nihayet Polonya'da hukuk devleti vasfında görülen gerilemenin temel sebebi tözel anayasacılık anlayışıdır. Tözel anayasacılık anlayışının öngördüğü ilke ve amaçlara evrensellik atfedilmesi, anayasa yapım süreçlerine demokratik katılımı gölgelemektedir; böylece demokratiklik değil fakat evrensel değerlere dayalı bir hukukilik anlayışı öncelenmektedir. Buna hukuki (legal) anayasacılık adı verilmektedir<sup>117</sup>.

Polonya anayasa yapım süreci, 1989 öncesine uzanan bir süreçtir. Özellikle Dayanışma Hareketi'nin 1980 ile 1989 arasında bir halk hareketinden parlamento çoğunluğunu ele geçiren bir siyasi partiye dönüşmesi Polonya'da post egemen anayasa yapımının başlangıç unsurlarını taşıyan bir gelişmedir. Bununla birlikte Dayanışma Hareketi, parlamentoya

<sup>114</sup> HALMAI, Gabor: "The making of "illiberal constitutionalism" with or without a new constitution: the case of Hungary and Poland", Comparative Constitution Making, (eds. David Landau, Hanna Lerner), Edward Elgar Publishing, 2019, ss. 316-320.

<sup>115</sup> HALMAI, s. 319.

<sup>116</sup> KRASTEV, Ivan: "Is East-Central Europe Backsliding? The Strange Death of the Liberal Consensus", Journal of Democracy, Volume 18, No. 4, 2007, ss. 56-63.

<sup>117</sup> Hukuki (legal) anayasacılığın eleştirisi ve bu anlayışın Polonya'nın da dahil olduğu Doğu ve Orta Avrupa ülkelerinde sosyalizmden demokrasiye geçişte oynadığı rol hakkında bkz. BLOKKER, Paul: New Democracies in Crises? A Comparative Constitutional Study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia, Routledge 2013, ss. 18-20, Polonya konusunda bkz. ss. 63-66.

girdikten sonra hızla Polonya elitleriyle pazarlık yapan bir başka elit grubu haline gelmiştir. Öyle ki bu durumun 1993 seçimlerinde Dayanışma Hareketi'nin başarısızlığına yol açan ana etken olduğu ileri sürülmektedir<sup>118</sup>.

Dayanışma Hareketi'nin henüz halk tabakalarıyla bağının kopmadığı 1989-1993 yılları arasında Polonya'da kalıcı bir anayasa yapılamaması, Polonya'daki post egemen anayasa yapımının temel başarısızlığı olarak gösterilmektedir<sup>119</sup>. 1997 yılında yapılan anayasa ise artık elitleşmiş parlamenterlerin gölgesinde yapıldığından sivil toplum unsurlarının dışarıda kaldığı bir anayasa olmuş, Polonya'nın 2015 sonrası anayasal gerilemesinde bu dışlanma önemli bir yer tutmuştur<sup>120</sup>. Doğu ve Orta Avrupa'nın demokratikleşmesi bakımından Polonya için büyük umutlar beslenmiştir. Fakat sonuç beklendiği gibi olmamıştır.

Halmai, Polonya'da daha önce bir anayasa yapılsaydı da benzer sonuçların ortaya çıkacağı kanaatindedir. Yazara göre Polonya'nın başarısızlığı, anayasal kültürün zayıflığındandır<sup>121</sup>. Halmai'nin analizi isabetli olmakla birlikte başarısızlığın tek bir yönüne odaklanmaktadır. Oysa bir ülkenin anayasa yapımının başarılı olması için her ne kadar sosyolojik kısıtlar bulunsa da o ülkede anayasa yapım sürecinin yurttaşların gönüllü birliğinden oluşan cumhuriyetçi bir sivil toplum anlayışına dayanması, anayasal kültürün zayıf olduğu ülkeler için de en iyi seçenektir<sup>122</sup>.

## SONUÇ

Polonya siyasi tarihinde demokrasiye geçiş süreci tipik anlamda başarılı bir sözleşme örneği göstermektedir. Ülkede gerek iktidar, gerekse de muhalefet içerisindeki hakim gruplar, toplumlarının siyasal sisteminin geleceğini tek taraflı olarak belirleme yeteneğinden yoksun olduklarını kabul etmişler ve bu bağlamda uzlaşma yolunu seçmeye çalışarak sistemde mevcut çatışma potansiyelini etkisiz hale getirmeye gayret

<sup>118</sup> KOWALEWSKA, Emilia T.: "Between civic and legal constitutionalism: Dynamics of Poland's constitution-making projects of the 1990s", *Oñati Socio-Legal Series*, Volume 10, Issue 4, 2020, ss. 903-931, s. 916.

<sup>119</sup> KOWALEWSKA, s. 913.

<sup>120</sup> KOWALEWSKA, s. 916.

<sup>121</sup> HALMAI, s. 320.

<sup>122</sup> Bu yönde bkz. BLOKKER, ss. 15-16.

göstermişlerdir. Elbette siyasi sistem içerisinde yer alan unsurlar, bu fikirlerini birbirlerinin politik gücünü sınadıktan ve ölçtükten, birbirlerine karşı galip gelemedikleri ve uzlaşmadan başka herhangi bir yolun söz konusu olmadığını gördükten sonra oluşturmuşlardır.

Başlangıçta Polonya siyasi muhalefetini temsil eden Dayanışma Grubu, iktidarda yer alan hakim unsurları devirebileceğine inanmamış, hatta 1981-1983 yılları arasında sıkıyönetim döneminde yasal zeminini kaybetmiştir. 1989 yılında gerçekleştirilen Yuvarlak Masa Görüşmeleri neticesinde Dayanışma Grubu'nun parlamentonun yalnızca %35'inin serbest seçimlerle belirlenmesine razı olmasının sebebi, grubun tekrar yasal zemine oturmasının kendine yeterli olmasıdır. Buna karşın iktidarda yer alan hakim unsurlar ise Dayanışma Grubu'nun halktan aldığı destek karşısında çaresizce onlarla müzakere etmeye ve birtakım isteklerini benimsemeye mecbur kalmışlardır. Bu bağlamda gerek muhalefet gerekse iktidarın birbirleri karşısındaki pozisyonlarının kendi içlerindeki radikal sesleri susturarak uzlaşmaya mecbur kalmaları neticesinde sistemin devamlılığının sağlandığı görülmektedir.

Siyasal sistemde yer alan ve kendine yer edinmeye çalışan unsurların arasındaki politik gerilimin anayasa yapım sürecine yansımalarının kaçınılmazlığı, Polonya'da anayasa yapım sürecinin oldukça gecikmesine sebep olmuştur. Siyasi sistemde yer alan unsurların her birinin parlamentoda temsiline imkan vermesine karşın 1991 Seçimleri sonrasında parlamentonun parçalı yapısı yönetimde istikrarsızlığı getirmiş, 1993 Seçimleri'nde uygulanan %5 Barajı ise parlamentonun çok parçalı yapısına son vermesine karşılık temsil sorununu ortaya çıkarmıştır. Polonya'nın bu temsil sorununu, 500.000 kişiye anayasa taslağı önerme yetkisi vererek çözmeye çalışmasının ise Anayasa yapım süreci açısından başarılı sonuçları temin ettiğini söylemek, söz konusu unsurların 1997 Anayasasına muhalefetleri göz önüne alındığında oldukça güçtür.

1993 Seçimleri ile sol hareketin Polonya siyasi sistemine tekrar dahil olması ise Anayasa yapım sürecini şekillendiren bir diğer faktördür. Nitekim söz konusu seçimler sonrasında Kwasniewski liderliğinde Anayasa yapım sürecinin yürütülmesi ve bazı siyasi unsurların katılımı ile olduğu kadar birtakım unsurların muhalefetine rağmen Polonya Anayasasının

yürürlüğe girmesinin mümkün olduğu bir gerçektir. Bu da anayasanın meşruluğunun tartışılmasını beraberinde getiren bir olgudur.

Polonya Anayasası'nın yapım sürecinde yapılan referandumda halkın yalnızca %43'ü oy kullanmış, oy kullananların da yaklaşık %53'ü Anayasayı kabul yönünde irade beyan etmişlerdir. Bir başka deyişle Polonya Anayasası, Polonya Halkı'nın yalnızca %30'u tarafından kabul görmüştür. Siyasi sistemde yer alan birtakım unsurların dışlanarak Anayasa'nın yapıldığı bir anayasa yapım süreci neticesinde ortaya çıkan bu sonucun, Polonya'nın 1997 tarihli Anayasası'nın uzun ömürlü olmayacağı ve otoritesinin yalnızca toplumun belli bir kesimi tarafından tanındığı eleştirisini<sup>123</sup> beraberinde getirmesi kaçınılmaz olmuştur.

Günümüzde Polonya'da demokratik bir gerilemeden söz etmek mümkündür; hatta Sadurski'ye göre bu, 2015'ten bu yana Polonya'nın anayasal çöküşünü imler<sup>124</sup>. Polonya'daki popülist Birleşik Sağ Hareketin en büyük partisi olan "Hak ve Adalet Partisi" iktidarının anayasanın öngördüğü güvenceleri kolaylıkla kaldırması, Avrupa Birliği nezdinde rahatsızlık uyandırmaktadır. Polonya, bu konuda Macaristan'la birlikte Avrupa'da kötü şöhrete sahip iki ülkeden biri haline gelmiştir.

Polonya Anayasasının meşruluğunun, anayasal güvencelerin kolaylıkla kaldırılması ile ilişkisi yadsınamaz. Zira Polonya'daki anayasal gerilemenin kökeninde, toplumdaki farklı kesimlerin neyin anayasal olduğu konusundaki fikir ayrılıklarının yattığı haklı olarak ifade edilmektedir<sup>125</sup>.

Polonya anayasa yapım süreci önemli bir hususu ortaya koymaktadır. Bu, siyasi çekişme ve kavgaların ortasında, sivil toplumun örgütleneemediği bir ortamda yapılan bir anayasanın başarılı olamayacağı ve sorgulanacağı, nihayetinde de içeriksizleştirileceği ve yeni bir anayasa arayışına girileceği gerçeğidir. Bu anayasa, içerik itibarıyla hukukun evrensel ilkelerine dayanabilir; çağdaş bir anayasanın taşıması gereken lafza da

<sup>123</sup> Söz konusu eleştiri, Spiewak tarafından yapılmıştır. SPIEWAK, Pawel: "The Battle for a Constitution", East European Constitutional Review, Vol. 6, No. 2/3, 1997, ss. 89-96.

<sup>124</sup> SADURSKI, özellikle ss. 2-20.

<sup>125</sup> SZWATS/SZWED/STARSKI, s. 432.

sahip olabilir; fakat demokratik bir öze ve ruha sahip olamayacaktır. Çünkü anayasaları meşru kılan yalnızca onların içerikleri değildir. Anayasalar, demokratik açıdan ne kadar meşru olur ve muhatap aldıkları yurttaşların taleplerini ne kadar karşılarırsa hayatta kalma süreleri ve geçerlilikleri o nispette kalıcı ve yüksek olacaktır.



## KAYNAKÇA

- AGH**, Attila: "The Permanent Constitutional Criss In The Democratic Transition: The Case of Hungary, Constitutional Policy and Change in Europe", *Constitutional Policy and Change in Europe içinde*, (eds. Joachim Jens Hesse, Nevil Johnson), Oxford University Press, 1995.
- AKKANAT**, Salih: "Kurucu İktidara Dayalı Bir Demokrasinin İmkânı: Siyasal Bir Yaklaşım", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 48, Sayı 2, Haziran 2015, s. 1-21.
- ANAYURT**, Ömer: *Anayasa Hukuku Genel Kısım, Temel İlkeler, Kavramlar ve Kurumlar*, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- ARATO**, Andrew: "Demokratik Anayasa Yapımı ve Türkiye'deki Sürecin Devamlılığını Sağlamak", *Demokratik Anayasa içinde*, (eds. Ece Göztepe, Aykut Çelebi), Metis Yayınevi, İstanbul, 2012.
- ARATO**, Andrew: "Dilemmas Arising From the Power to Create Constitutions in Eastern Europe", *Constitutionalism. Identity, Difference and Legitimacy*, (Ed. Michel Rosenfeld) Duke University Press, 1994, ss. 165-197.
- ARATO**, Andrew, "Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?", *South African Journal on Human Rights*, Vol. 26, No. 1, 2010, ss. 19-44.
- ARATO**, Andrew: "Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making", *International Journal of Politics, Culture, and Society*, (1989 and Beyond: The Future of Democratic Politics (II)), Vol. 22, No. 4, 2009, ss. 427-443
- ARATO**, Andrew, **HALMAI**, Gabor: "Economic Constitutionalism, the Challenge of Populism and the Role of the Constituent Power", *Economic Constitutionalism in a Turbulent World içinde*, (eds. Achilles Skordas, Lisa Mardikian, and Gábor Halmai), Edward Elgar Publishing, 2023.
- ATAR**, Yavuz: *Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, Mimoza Yayınları, Konya, 2000.

- BLOKKER**, Paul, *New Democracies in Crises? A Comparative Constitutional Study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia*, Routledge 2013.
- COHEN**, Jean L., **ARATO**: Andrew, *Sivil Toplum ve Siyasal Teori*, Efil Yayınevi, Ankara, 2013.
- COLE**, Daniel H.: "Poland's 1997 Constitution in Its Historical Context", *Saint Louis-Warsaw Trans-Atlantic Law Journal*, Vol. 1998, ss. 1-43.
- DWORKIN**, Ronald: "Equality, Democracy, and the Constitution: We the People in Court", *Alberta Law Review*. Vol. 28, No. 2, 1990, ss. 324-346, s. 333, 342, 344.
- GARLICKI**, Lech, **GARLICKA**, Zofia: "Constitution Making, Peace Building and National Reconciliation", *The Experience of Poland, Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making içinde*, United States Institute of Peace Press, 2010.
- GÖNENÇ**, Levent: "Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 50, S. 1, Şubat 2001, ss. 131-152.
- GÖNENÇ**, Levent: *Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002.
- GÜLENER**, Serdar: "Anayasa Yapımında Yeni Bir Paradigma: Kapsayıcı, Katılımcı, Uzlaşmacı Anayasa Yapım Süreçleri ve Çeşitli Örnekler", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt. 15, Sayı. 3, Temmuz, 2011, ss. 199-224.
- GÜLER**, Birgül Ayman, **ÇINAR**, Tayfun: *Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri*, İmge Yayınları, Ankara, 2009.
- HALMAI**, Gabor: "The making of "illiberal constitutionalism" with or without a new constitution: the case of Hungary and Poland", *Comparative Constitution Making*, (eds. David Landau, Hanna Lerner), Edward Elgar Publishing, 2019.

- HIRST**, Paul: "Democracy and Governance", (ed. J. Pierre) Understanding Governance içinde, New York, Oxford. U. P., 1995.
- HUNTINGTON**, Samuel P.: Üçüncü Dalga, (Çev:Ergun Özbudun) Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- KRASTEV**, Ivan: "Is East-Central Europe Backsliding? The Strange Death of the Liberal Consensus", Journal of Democracy, Volume 18, No. 4, 2007. ss. 56-63.
- KONTACI**, Ersoy: "Demokratik Anayasa Yapım Teorisinin Krizi: Şili Deneyimi ve Düşündürdükleri", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13 - Sayı: 1, Haziran 2023, ss. 15-44.
- KOWALEWSKA**, Emilia T.: "Between civic and legal constitutionalism: Dynamics of Poland's constitution-making projects of the 1990s", Oñati Socio-Legal Series, Volume 10, Issue 4, 2020, ss. 903-931.
- LINZ**, Juan J., **STEPAN** Alfred: Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe, Baltimore : John Hopkins, 1996.
- LUDWIKOWSKI**, Rett R.: "Constitution Making in the Countries of Former Soviet Domimance: Current Development", Georgia Journal of the International and Comparative Law, Cilt: 23, Sayı: 2, 1993.
- NEGRI**, Antonio: İsyancılar, Kurucu İktidar ve Modern Devlet, (Çev: Ebru Kılıç), Otonom Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- ÖZBUDUN**, Ergun: Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, Bilgi Yayınevi.
- ÖZTÜRK**, Yavuz Furkan: "Polonya Yargı Reformu ve Lizbon Antlaşması Madde 7'nin Uygulamaya Konulması", <https://diam.sakarya.edu.tr/tr/icerik/14120/68236/polonya-yargi-reformu-ve-lizbon-antlasmasi-madde-7-nin-uygulamaya-konulmasi>, Erişim Tarihi: 19.07.2024.
- POPLAWSKA**, Ewa: "Constitution- Making in Poland: Some Reflections On Popular Involvement" Zbornik Radova Pravnog Fakulteta U Splitu, God. 45, 2/2008., str. 279.-286.

- PREUSS**, Ulrich K.: “Constitutional Powermaking For the New Polity: Some Deliberations on the Relations Between Constituent Power and the Constitution”, *Constitutionalism. Identity, Difference and Legitimacy*, (ed. Michel Rosenfeld), Duke University Press, ss. 143-165.
- PRZEWORSKI**, Adam: *Demokrasi ve Piyasa: Doğu Avrupa ve Latin Amerika’da Siyasal ve Ekonomik Reformlar*, (Çev: İlter Turan) Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, 1995.
- SADURSKI**, Wojciech: *Poland’s Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, 2019.
- SANFORD**, George: *Democratic Government In Poland: Constitutional Politics Since 1989*, New York : Palgrave, 2002.
- SPIEWAK**, Pawel: “The Battle for a Constitution”, *East European Constitutional Review*, Vol. 6, No. 2/3, 1997.
- SWEET**, Alec Stone: “Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Summer 2009, Vol. 16, No. 2, Special Issue: Symposium: Global Constitutionalism - Process and Substance; Kandersteg, Switzerland, January 17-20, 2008; Guest Editors: Anne Peters and Klaus Armingeon (Summer 2009), pp. 621-645.
- SZWATS** / Michal, **SZWED**, Marcin / **STARSKI**, Paulina: “The Evolution and Gestalt of the Polish Constitution”, *The Max Planck Handbooks in European Public Law: Volume II: Constitutional Foundations içinde*, (eds. Armin von Bogdandy, Peter Huber, Peter M. Huber, Sabrina Ragone), Oxford University Press, 2023, ss. 430-491.
- TUNÇ**, Hasan: *Türkiye’de Anayasa Yenileme Süreci ve Temel Sorunlar*, Berikan Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2012
- WHEARE**, K.C.: *Modern Anayasalar*, Çev: Mehmet Turhan) Değişim Yayınları, İstanbul, 1984.
- WYRZYKOWSKI**, Mirosław: “Introductory Note To The 1997 Constitution Of The Republic Of Poland”, *Symposium On The Constitution of The Republic of Poland*, Warsaw Transatlantic Law Journal, 1997.

**WYRZYKOWSKI**, Mirosław: "Legitimacy: The Price of a Delayed Constitution in Poland", *Democratic Consolidation in Eastern Europe* içinde, (ed. Jan Zielonka), Oxford University Press, 2001.

**YÜCEL**, Bülent: "Komünizm Sonrası Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerindeki Anayasacılık Hareketleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 60, Sayı 3, 2011.



## KABAHAHLER HUKUKUNDA BAŞVURU KANUN YOLU

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Onursal CİN\*

### Öz

Hukukumuzda, devlet idaresi, kamu düzeni, genel sağlık ve ekonomiye ilişkin kabahat niteliğindeki fiillerin yaptırımı idareye bırakılmış, ancak idarenin bütün tasarruflarına karşı da kanun yolu açılmıştır. Kanun koyucu bireyin, idarenin tüm eylem ve işlemlerine karşı gerek adli ve gerekse idari yargı yerlerine başvuru-abilmesinin yollarını öngörmüştür.

Kabahatler Kanunu, idari yaptırımlara karşı “başvuru” ve “itiraz” olmak üzere iki yargı yolu düzenlemiştir. Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesinde, idare veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen idari yaptırım kararına karşı on beş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulmasını “başvuru”; 6217 sayılı Kanun ile değişik 29. maddesinde ise, başvuru üzerine sulh ceza mahkemesinin verdiği karar ile bir mahkemenin doğrudan verdiği idari yaptırım kararına karşı CMK 268/3. maddede belirtilen mercilere başvurulmasını da “itiraz yolu” olarak düzenlemiştir. Çalışmamızda idari yaptırım kararlarına karşı kural olarak ilk aşamadaki kanun yolu olarak öngörülen başvuru yolu ele alınmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

•Kabahat •Kanun Yolu •Başvuru •Yaptırım •Ceza Hukuku

\* Dr. Öğr. Üyesi. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof. Dr., University of Selçuk Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Konya, Türkiye.

✉ onursalcin1@gmail.com •ORCID 0000-0003-2451-7779.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: CİN, Mehmet Onursal : “Kabahatler Hukukunda Başvuru Kanun Yolu”, SÜHFD, C. 32, S. 3, 2024, s. 1459-1491 .

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## APPLICATION APPEAL IN MISDEMEANOR LAW

### Abstract

In our legal system, the sanction of misdemeanor acts related to state administration, public order, general health and economy is left to the administration, but legal remedies have been opened against all dispositions of the administration. The legislator has stipulated the ways in which the individual can apply to both judicial and administrative jurisdictions against all actions and transactions of the administration. The Act of Misdemeanors regulates two judicial remedies against administrative sanctions: "application" and "appeal".

In Article 27 of the Act on Misdemeanors, "application" is made to apply to the criminal court of peace within fifteen days against the administrative sanction decision made by the administration or the public prosecutor; In Article 29, as amended by Law No. 6217, it is also regulated as a "way of appeal" to the authorities specified in Article 268/3 of the CMK against the decision of the criminal court upon application and the administrative sanction decision made directly by a court. In our study, the remedy envisaged as the legal remedy in the first stage as a rule against administrative sanction decisions is discussed.

### Keywords

•Misdemeanor •Appeal •Application •Sanction •Criminal Law

## GİRİŞ

İdarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetime açık olması gerekir. Bu, öncelikle hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Devlet ile birey arasındaki ilişkilerde, devletin kamu gücünü kullanması nedeniyle, bireyin zayıf konumda olduğu söylenebilir. Dolayısıyla idarenin eylem ve işlemlerinden etkilenen bireyin, kamu gücünü kullanan idare karşısında korunması gerekir. Denetim ise bağımsız ve tarafsız yargı mercileri tarafından yerine getirilir. Yargısal denetim ile idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu sağlanır. Bireyler, yargısal denetim sayesinde, bir taraftan muhatabı oldukları idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunu denetleyebilmekte, diğer taraftan idareyi bundan sonraki işlem ve eylemlerini yerine getirirken hukuka uygun bir şekilde davranmaya yönelmektedirler<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> KANGAL, Zeynel: Temel., Kabahatler Hukuku, İstanbul, 2011, s. 286.



İdari yaptırımların haksız uygulanmalarına karşı koruma hükümlerinin yer aldığı mevzuatımızda yer alan düzenlemelerden biri de Kabahatler Kanunu'dur.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu, kabahat karşılığı öngörülen idari yaptırımlara karşı kanun yolu incelemesinde ikircikli bir yapı öngörmüştür<sup>2</sup>. İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırımlar hakkında adli yargı mercilerini görevli kılarken; diğer yaptırımlar hakkında ise idari yargı mercileri görevli kılınmıştır. Kabahatin işlenmesi nedeniyle yetkili makamlarca verilen idari yaptırım kararlarına karşı adli yargı bakımından iki tür kanun yoluna yer verilmektedir. Bunlar başvuru yolu ve itiraz yoludur<sup>3</sup>. Kabahatler Kanunu'nda idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı sulh ceza hakimliğine başvurulacağı, sulh ceza hakimliği kararlarına karşı da ağır ceza mahkemesine itirazda bulunulabileceği düzenlenmiştir.

## I. KABAHAHLER HUKUKUNDA KANUN YOLU

### A. İdari Yaptırım Kararlarının Denetlenmesinde Görevli Yargı Yolu

İdari yaptırımların hukuksal yönden denetimini yapacak yargı yerine ilişkin olarak mevzuatta farklı yargı yerlerinin görevli olmasına yönelik çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Kanunda idari yaptırımlar hakkı denetim yapacak yargı yerinin bazı düzenlemelerde adli yargı olarak, bazı düzenlemelerde ise idari yargı olarak dağılık bir şekilde belirlendiği görülmektedir<sup>4</sup>. Bu nedenle idari yaptırım kararlarının denetiminde idari yargı yolunun mu yoksa adli yargı yolunun mu görevli olduğu konusunda birtakım tartışmalar yaşanmıştır. Bir görüşe göre bu sorun, Anayasamızın 125. maddesinde "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*" ifadelerine yer verilirken hangi yargı yerinin

<sup>2</sup> OTACI, Cengiz, Türk Kabahatler Hukuku, Ankara, 2006, s. 72; KARABULUT, Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara, 2008, s. 86.

<sup>3</sup> KANGAL, s. 297; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), Ankara, 2006, s. 80.

<sup>4</sup> GİŞİ, Selçuk, "Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu", İNÜHFD, C. 8, S. 1, 2017, s. 140; ÇAĞLAYAN, s. 72.

görevli olduğunun açık olarak gösterilmemesinden kaynaklanmaktadır<sup>5</sup>. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmeye başlamadan önce, idari yaptırım kararlarının denetiminde kural olarak idari yargının, kanunda açıkça gösterilen istisnai hallerde ise adli yargının görevli olduğu ifade edilmekteydi. Kabahatler Kanunu, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarının yargısal denetiminin adli yargıda yapılacağı düzenlenmiştir. İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı adli yargıya başvurulmasının gerekli görülmesinin nedeni Adalet Komisyonu Raporunda, “*kabahatlerin ve bunlar karşılığında öngörülen idari yaptırım kararlarının bir idari işlem olmasının ötesinde, ceza hukukunun genel prensipleriyle yakın ilişki içinde olduğu düşüncesi*” olarak açıklanmıştır<sup>6</sup>. Böylece karşılığında bu idari yaptırım kararlarının verildiği bütün kabahatlerin yargısal denetimi bakımından idari yargı yolu kapatılmıştır. Zira Kabahatler Kanunu’nun yürürlüğe girdiği ilk halindeki 3. madde düzenlemesi, “*Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır*” şeklindeydi<sup>7</sup>.

Kabahatler Kanunu’nun yürürlüğe girdiği ilk halindeki 3. madde düzenlemesi hakkında yargı ayrılığı ilkesinin kabul edilmiş olduğu bir sistemde, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin adli yargıya bırakılmış olması nedeniyle Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmıştır. Bu başvurunun gerekçesinde, Kabahatler Kanununun 3. madde düzenlemesinin, Anayasanın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesinin sonuçlarından olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesine ve ayrıca Anayasanın 125 ve 155. maddelerine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi de, Anayasanın 2, 125, 140, 142 ve 155. maddelerinde yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; “bu kuralara göre, Anayasa’da idari ve adli yargı ayrılığının kabul edildiği, bu ayrım uyarınca idarenin kamu gücünü kullandığı ve kamu hukuku alanına

<sup>5</sup> BARDAKÇI, Mehmet Akif, Kabahatler Kanununa Göre İdari Para Cezaları ve İdari Para Cezalarının Yargısal Denetimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s. 92; KANGAL, s. 287.

<sup>6</sup> TBMM 22. Dönem 840 sayılı Kabahatler Kanunu ve Adalet Komisyonu Raporu (1/993).

<sup>7</sup> ULUSOY, Ali Dursun, İdari Yaptırımlar, İstanbul, 2013, s. 191; KANGAL, s. 288.

giren eylem ve işlemlerinin idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleriyle ilgili uyuşmazlıklarda da adli yargı yerlerinin görevli olması gerektiği" belirtmiştir. Buna bağlı olarak "idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda kanun koyucunun geniş bir takdir hakkına sahip olmadığını" belirterek Kabahatler Kanununun 3. maddesini iptal etmiştir<sup>8</sup>.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3. maddesi 6.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanunun 31. maddesi ile yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre, "Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır".

Bu düzenlemeyle Kabahatler Kanununun idari yaptırım kararlarına karşı kanun yolunu düzenleyen hükümleri, diğer kanunlarda aksine bir düzenleme olmadığı müddetçe uygulanacaktır. Karşılığında idari yaptırım kararı öngörülen kabahatin ilgili kanununda, bu karara karşı idari yargı yoluna başvurulacağına ilişkin bir hüküm varsa, artık adli yargı yoluna başvurulamayacaktır<sup>9</sup>. Böylece idari yaptırım kararlarına karşı

<sup>8</sup> **Anayasa Mahkemesi Kararı**, E. 2005/108, K. 2006/35, T. 01.03.2006, RG. 22.07.2006, S. 26236.

<sup>9</sup> "1111 sayılı Kanunun 89/6. maddesinde "Bu madde uyarınca verilen idarî para cezaları hakkında 30/03/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununda öngörülen kanun yoluna müracaat edilebilir." düzenlemesinin bulunduğu, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27/1. maddesinde ise idari yaptırım kararlarına karşı Sulh Ceza Mahkemesi'ne itiraz edilebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Şu durumda, somut olayda görevli yargı yeri idare mahkemeleri değil; Sulh Ceza Mahkemesi'dir. Dolayısıyla, işin idari dava mahiyetinde olduğu gerekçesiyle yargı yolu bakımından davanın reddine karar verilmiş olması doğru değildir. Kararın bu nedenle bozulması gerekir". **Yargıtay Kararı**, 4. HD., E. 2012/15159, K. 2012/17103, T. 15.11.2012, E.T. 16.2.2021, <https://www.lexpera.com.tr/>; "İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezasının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 4857 sayılı Kanun'da da idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanun'un 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca

kanun yolu başvurusunda adli yargı genel yargı yolu olarak görevlendirilmiş bulunmaktadır. Bu durumda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu yürürlüğe girmeden önce geçerli olan idari yaptırım kararlarına karşı kural olarak idari yargının, kanunda istisnai olarak gösterilen durumlarda adli yargının görevli olmasına ilişkin genel ilke, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin yeni düzenlemesi karşısında tersine dönmüş durumdadır<sup>10</sup>.

Kabahatler Kanununun 3. maddesinin iptali istemi ile Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruda ayrıca Kabahatler Kanunu'nun idari yaptırımlara karşı başvuru yolunu düzenleyen 27. maddesinin birinci fıkrası ve 28. maddesi hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla iptal davası açılmıştır. İtirazın gerekçesinde; *"çeşitli kanunlarda yer alan düzenlemelerde idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleri ile Danıştay'ın yetkili kılındığı, bu nedenlerle kural olarak idarenin kamu gücünü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinin idari yargı denetimine tabi olacağı"* ifadelerine yer verilmektedir. Anayasa Mahkemesi ise "5326 sayılı Kabahatler Kanunu yürürlüğe girmeden önce, çeşitli yasalarda hafif hapis veya hafif para cezası olarak öngörülen yaptırımların 5326 sayılı Kanunla birlikte idari para cezasına dönüştürüldüğünü, yaptırımın adının idari olarak değiştirilmesinin bu tür yaptırım uygulanacak eylemlerin gerçekte ceza hukuku alanına giren suç olma özelliklerini etkilemeyeceğini" ifade ederek söz konusu düzenlemelerde Anayasa'ya aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır<sup>11</sup>.

---

adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır". **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı- HB., E. 2008/323, K. 2008/406, T. 22.12.2008, E.T. 16.2.2021, <https://www.lexpera.com.tr/>; "Görüldüğü üzere, 4857 sayılı Kanun'da idari para cezasına karşı başvurulacak kanun yoluna ilişkin özel bir düzenleme yer almadığından bu konudaki genel düzenlemeler olan Kabahatler Kanunu'nun 3. ve 27. maddelerindeki düzenlemelerden ayrılmayı gerekli kılabacak bir durum mevcut değildir". **Yargıtay Kararı, 9.HD., E. 2015/3580, K. 2015/8423, E.T. 16.2.2021, <https://www.lexpera.com.tr/>****

<sup>10</sup> **KANGAL**, s. 291; **ULUSOY**, s. 192. Krş. **MERAN**, Necati, Açıklamalı İçtihatlı Kabahatler Kanunu ve Kabahat içeren Kanunlar, Ankara, 2008 s. 113; **ÇELİKBİLEK**, Mahmut Fatih, Kabahatler Kanunu çerçevesinde İdari Para Cezaları, Y.L Tezi, Ankara, 2010, s. 55-56.

<sup>11</sup> **Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2005/108, K. 2006/35, T. 01.03.2006, RG. 22.07.2006, S. 26236.** Karar için bkz. **ÇİÇEK**, s. 21-30.

Kabahatlerin karşılığında öngörülen idari yaptırım kararlarının hukuka uygunluğunun denetiminin adli yargıya bırakılması doktrinde eleştirilere neden olmaktadır<sup>12</sup>. Anayasa Mahkemesi bir kararında “*idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir*” demiştir<sup>13</sup>. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, idari boyutu olan bir uyuşmazlığın adli denetiminin Anayasaya aykırı bulmamakla birlikte; kanun koyucu tarafından bu yönde bir tercihin yapılabilmesi için kamu yararının bulunması şartını aramaktadır<sup>14</sup>.

Kabahatler Kanunu, idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı adli denetim yolu öngörmüştür. Kanun, idari yaptırımlara karşı “başvuru” ve “itiraz” olmak üzere iki kademeli bir kanun yolu belirlemiştir. Bir görüşe göre, “ idari yaptırım kararlarına karşı sulh ceza hakimliğinden talep edilen yargısal koruma her ne kadar başvuru olarak adlandırılmış olsa da, bu başvuru da aslında bir itirazdır. Adının itiraz olmaması, niteliğini değiştirmeyecektir”<sup>15</sup>. Nitekim 5326 sayılı Kabahatler Kanunu yürürlüğe girmeden önce de yargısal denetimin bu şekli yasada itiraz olarak adlandırılmaktaydı. Ancak doktrinde ceza yargılamasında kural olarak hakim kararına karşı yapılabilen ve olağan bir kanun yolu olarak nitelendirilen “itiraz” ile karıştırılmaması için farklı bir terimin kullanılması gerektiği ifade edilmekteydi<sup>16</sup>.

## B. Kabahatler Hukukunda Başvuru Kanun Yolu

Başvuru yolu, idare veya Cumhuriyet savcısı tarafından uygulanan idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı sulh ceza hakimliğine yapılan başvuruyu ifade eden bir kavramdır<sup>17</sup>. Bir görüşe göre, “kanun koyucu burada her ne kadar başvuru tabirini

<sup>12</sup> Eleştiriler için ayrıca bkz. **KARABULUT**, Mustafa, “İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 1, S. 3, Kasım 2006, s. 65-66.

<sup>13</sup> **AYM, 15.05.1997 Tarihli Kararı, E: 1996/72, K: 1997/51.**

<sup>14</sup> **BARDAKÇI**, s. 102.

<sup>15</sup> **OTACI**, s. 78.

<sup>16</sup> **MAHMUTOĞLU**, Fatih Selami, *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*. İstanbul, 1995, s. 159.

<sup>17</sup> **ERDOĞAN**, Yüksel Kabahatler Kanunu Ankara 2005 s. 202.

kullanmış ise de bu başvuru teknik anlamda bir itiraz niteliğindedir”<sup>18</sup>. Kabahatler Kanunu’nun 3. maddesi gereğince, “bu Kanunun idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, kanun yoluna ilişkin hükümleri dışında diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacaktır”. Başka bir ifadeyle, yaptırımlardan idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi öngörülen fiiller hakkında kanunun genel hükümleri caridir. Özel kanununda, kanun yoluna ilişkin bir düzenleme varsa uygulanan idari yaptırıma karşı özel kanunda gösterilen yargı yerine başvuruda bulunulacak, her hangi bir düzenleme yer almıyorsa Kabahatler Kanunu’nda öngörülen kanun yollarına başvurulacaktır<sup>19</sup>.

5326 sayılı Kanundan önce de idari para cezasına maruz kalan kişi, bazı hallerde doğrudan doğruya kanunda belirtilen yetkili ceza mahkemesine, bazı hallerde ise önce yetkili idari makama, buradan sonuç alamaması halinde ise yine yetkili ceza mahkemesine başvurarak hukuka aykırı olduğunu düşündüğü idari yaptırım kararına karşı gelebilmekteydi<sup>20</sup>. Ayrıca bu tür yaptırımların yargısal denetiminde adli yargı yerlerinin dışında idari yargı yerleri de yetkili kılınmıştır<sup>21</sup>.

5320 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesinin 1. fıkrası düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, “özel kanunlarda aksine bir hüküm yer almıyorsa, idari yaptırımlardan idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı başvuru, yetkili sulh ceza hakimliklerine yapılacaktır”.

Kabahatler hukukunda idari yaptırımlar, idari para cezaları ve idari tedbirler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İdari tedbirler ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve diğer tedbirlerdir. İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışında kalan idari yaptırım kararlarına karşı

<sup>18</sup> ÇELİKBİLEK, s. 56; OTACI, s. 78.

<sup>19</sup> GÜÇLÜ, Yaşar, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, 3. Baskı Ankara, 2016 s. 97; BARDAKÇI, s. 104; MERAN, s. 113.

<sup>20</sup> MAHMUTOĞLU, s. 159.

<sup>21</sup> MAHMUTOĞLU, s. 162; ERDOĞAN, s. 203.

başvuru ise, düzenlendiği kanunda görevli olarak belirtilen yargı yeri varsa oraya, bir hüküm bulunmaması halinde ise idari yargı yerlerine yapılacaktır. Zira Kabahatler Kanunu, idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışında kalan idari yaptırım kararlarına karşı başvuru yolunu, sulh ceza hakimliklerinin görev alanı dışında bırakmıştır<sup>22</sup>.

## II. KABAHAHLER HUKUKUNDA BAŞVURU USULÜ

### A. Genel Olarak İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Başvuru Usulü

Bu başlık altında idari merciler tarafından verilen idari yaptırım kararlarına karşı başvuru usulü incelenecektir. Cumhuriyet savcısı ve mahkeme tarafından verilen idari yaptırım kararlarına karşı gidilecek başvuru yolundaki ortak durumlar da bu başlık altında açıklanacaktır. Cumhuriyet savcısı ve mahkeme tarafından verilen idari yaptırım kararlarında başvuru yolunda özellik arz eden durumlar ise ayrı başlıklarda açıklanacaktır.

#### 1. Başvuru Süresi

Kabahatler Kanununun 27/1 maddesi hükmü çerçevesinde, " idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza hakimliğine başvurulabileceği, bu süre içerisinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararının kesinleşeceği" düzenlenmiştir . Bu onbeş günlük süre içerisinde yaptırımın ilgilisi tarafından idari mercilere başvurulması, yaptırımın kesinleşmesini ya da yaptırıma karşı sulh ceza hakimine başvuru için öngörülen süreyi durdurmaz<sup>23</sup>.

Kabahatin düzenlendiği özel kanununda başvuru yolu için farklı bir süre gösterilmişse, bu süre içerisinde başvuru yoluna gidilmesi gerekmektedir<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> ERDOĞAN, s. 202; GÜÇLÜ, s. 278.

<sup>23</sup> BARDAKÇI, s. 91.

<sup>24</sup> GÜÇLÜ, s. 279.

Başvuru için öngörülen süre, hak düşürücü olup, hak sahipleri bu haklarını belirtilen sürede kullanmadıkları zaman, artık kullanamamaları mahkemelerce dava sırasında kendiliğinden dikkate alınacaktır<sup>25</sup>.

Bir görüşe göre<sup>26</sup>, “idari işlemler resen uygulanabilir işlemlerdir. Bu durum idari işlem niteliğinde olan idari yaptırım kararları için de geçerlidir. Bu durumda idari yaptırım kararlarının kesinleşmesinden bahsedilemez.” Kabahatler Kanununun 27. maddesi belirtilen onbeş günlük sürenin geçirilmesi durumunda bundan sonra başvuru yoluna gidilemeyeceği anlamını taşımaktadır<sup>27</sup>.

İdari yaptırma ilişkin tebligatta, başvuru süresi yanlış olarak belirtilmişse; örneğin, Kabahatler Kanunu’nda öngörülen 15 günlük süreden daha uzun bir süre gösterilmişse ve başvurucu 15 günlük süre geçtikten sonra başvurusunu yapmışsa Yargıtay, bu başvurunun kabul edilmesi gerektiği görüşündedir<sup>28</sup>.

## 2. Başvuru Yoluna Gidebilecek Kişiler

Kabahatler Kanununa göre, başvuru yoluna, hakkında idari yaptırım kararı verilmiş kişi bizzat başvurabileceği gibi, bu kişinin kanuni temsilcisinin veya avukatının da başvuru yoluna gidebileceği belirtilmektedir (KK m. 27/3). İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna başvuran kişilerin, bu konuda karar verilmeye kadar başvurusundan vazgeçebilecekleri Kanunda düzenlenmektedir. Ancak başvurularından vazgeçtikleri takdirde bir daha aynı konuda başvuru yoluna gidemeyecekleri belirtilmektedir (KK m. 30/1).

Yargıtay, kabahatli hakkındaki idari para cezasının, kabahatli cezaevinde olduğu için aynı konutta oturan eşine usulsüz bir şekilde tebliğ

<sup>25</sup> **BARDAKÇI**, s. 107; **ERDOĞAN**, s. 211; **KARAGÜLMEZ**, Ali, *Suç Olmaktan Çıkarma-İdari Para Cezaları- Açıklamalı Kabahatler Kanunu*. Ankara 2005 s. 273; **GEDİK**, Doğan/YÜCE Ersoy, *Bir İdari Yaptırım Türü Olarak Kabahatler Hukukunda Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi*, İstanbul 2011, s. 134; **ÇELİKBİLEK**, s. 60.

<sup>26</sup> **AKBULUT** Berrin, *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, 2. Baskı. Ankara 2014.

<sup>27</sup> **ÇELİKBİLEK**, s. 60.

<sup>28</sup> **Yargıtay 11. CD., E. 2006/4188, K. 2006/6668, T. 13.7.2006, E.T. 17.11.2020**, <https://www.lexpera.com.tr/>.



edildiği ve avukatın süresi içinde bu cezaya karşı başvuru yoluna başvurduğu ancak, vekaletnamesini adli tatile denk gelen başvuru tarihinde sunmadan, iki gün sonra kabahatli cezaevindeyken ve sulh ceza hakimliği tarafından başvuru hakkında bir karar verilmeden önce sunduğu ve bu nedenle başvurunun reddine karar verildiği olayda, adil yargılanma ve usul ekonomisi ilkelerine aykırı hareket edildiğine karar vermiştir<sup>29</sup>. Uygulamada başvuru dilekçesini vermeye yetkili olduğuna dair hukuken geçerli bir belge olmaksızın başvurunun, bizzat hakkında yaptırım kararı verilenden farklı bir kişi tarafından yapılmış olması durumunda başvurunun başka yönden incelenmeksizin usulden reddine karar verilmektedir. Yine başvuru dilekçesinin bizzat başvuru kendisi veya kanuni temsilcisi veya avukatı tarafından verilmediği, örneğin posta yoluyla gönderildiği durumlarda da başvurunun başka yönden incelenmeksizin usulden reddine karar verilmektedir.

### 3. Başvurunun Etkisi

Kabahatler Kanununun 27. maddesine göre, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı başvuru yoluna gidilmesi, bu kararların kesinleşmesi için bir engel teşkil etmemektedir. İdari para cezaları, idari işlemin bir türü olup, hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar ve icrailik özellikleri gereği doğrudan uygulanırlar. Dolayısıyla bu cezalara karşı yargı yerlerine başvurulması, yargı yerinin bu konuda bir karar vermesi durumu dışında cezanın uygulanmasını durdurmaz<sup>30</sup>. Ancak bu kararları yerine getirmenin durdurulmasına karar verilebileceği düzenlenmektedir.

<sup>29</sup> "AİHS'nin adil yargılanma hakkında dair 6. maddesi, Anayasa'nın davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasına dair 141. maddesi ve ceza yargılamasında usul ekonomisine dair öngörülen genel ilkeler karşısında, Sulh Ceza Hakimliğince süresinde yapılan başvurunun esas hakkında bir karar verilmesi gerekirken, ilk başvurunun cezaevindeki başvuranın avukatına henüz vekaletname vermeden yapmış olması ve sonradan sunulan vekaletnamenin ise başvurunun reddine dair karar verilmesini engellemeyeceği kanaatiyle reddedilip idari para cezasına karşı süresinde ikinci bir başvuru yolunun açılmasının adil yargılanma ilkesine ve usul ekonomisine aykırı olduğu anlaşılmalı" **Yargıtay 19. CD., E. 2020/849, K. 2020/13093, T. 19.10.2020, (www.legalbank.com E.T.10.02.2021).**

<sup>30</sup> **CAN, Sibel, "İdari Para Cezası" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 7, S. 29,s. 418; KARABULUT, s. 24.**

Bununla birlikte söz konusu düzenlemeye, mücbir sebebin varlığı durumunda başvuru süresinin geçirilmesi halinde ne yapılacağına ilişkin belirlemenin yer aldığı düzenlemeyle aynı fıkrada yer verilmiş olması doktrinde farklı yorumlamalara yol açmaktadır<sup>31</sup>. Dolayısıyla, Kabahatler Kanununun 27. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan başvurunun etkisine ilişkin kuralın kanun sistematigi içerisinde düzenlendiği yer nedeniyle, uygulanmasının sadece mücbir sebep nedeniyle geç yapılan başvuru ile sınırlı olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, başvurunun kararın yerine getirilmesini durdurmaya ilişkin etkisi yalnızca mücbir sebebin varlığı halinde yapılan başvurularda söz konusu olmakta, genel bir uygulamayı durdurma düzenlemesini ifade etmemektedir<sup>32</sup>. Bu konuda ifade edilen karşı görüşe göre ise, başvurunun uygulamayı durdurucu etkisine ilişkin düzenlemenin bulunduğu yer her ne kadar kanunun sistematigi bakımından doğru olmasa da, söz konusu düzenleme, başvuru yolunda uygulanması mümkün olan genel bir uygulamayı durdurmaya imkan sağlar<sup>33</sup>.

İdari yaptırım kararlarına karşı gidilen başvuru yolunun yürütmeyi durdurucu etkisi bakımından yaptırımın türü noktasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Başvuru yolu, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı öngörülen bir denetim yoludur. Bununla birlikte mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin kararlar kesinleşmediği sürece yerine getirilememektedir (KK m. 18/8). Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar kesinleşinceye kadar yaptırıma konu olan eşyaya, ilgili kamu kurum veya kuruluşu tarafından el konulabilmekte veya eşya kişilerin muhafazasına bırakılabilmektedir (KK m. 18/3). Dolayısıyla, Kabahatler Kanununun 27. maddesinin 2. fıkrası düzenlemesi sadece idari para cezası uygulanması kararına karşı uygulanabilir bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>34</sup>. İdari para cezasına ilişkin karara karşı yapılan başvuru, sulh ceza hakimliği tarafından yerine

---

<sup>31</sup> KANGAL, s. 306.

<sup>32</sup> ÇAĞLAYAN, s. 115-116.

<sup>33</sup> KANGAL, s. 306.

<sup>34</sup> KANGAL, s. 307.

getirmenin durdurulmasına karar verilmediği müddetçe kararın kesinleşmesini engellemektedir. Öte yandan mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilmediğinden, bu karara karşı başvuru yoluna gidilmesi halinde yerine getirmenin durdurulup durdurulmaması önemsiz olmaktadır. Ancak başvurunun kararın yerine getirilmesini durdurucu etkisinin bütün idari para cezaları bakımından geçerli olmadığını belirtmekte yarar bulunmaktadır<sup>35</sup>. Kabahatler Kanununun 17. maddesinin 4. fıkrası, “Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idarî para cezalarına ilişkin kesinleşen kararlar, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilmek üzere Maliye Bakanlığınca belirlenecek tahsil dairelerine gönderilir. Sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında aksine hüküm bulunmadığı takdirde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kendileri tarafından tahsil olunur. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen ve Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gerekmeyen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında özel hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlere göre tahsil olunur” hükmünü ihtiva etmektedir. Düzenlemeye göre, genel bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idari para cezalarının tahsil edilmesi için kesinleşmesi aranmaktadır. Dolayısıyla bu tür idari para cezalarına ilişkin başvuru yolunun yürütmeyi durdurmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak diğer idari para cezaları kesinleşmeden de tahsil edilebileceğinden, başvuru yolunun yürütmeyi durdurucu etkisi fonksiyon kazanabilecektir.

#### 4. Başvurunun İncelenmesi ve İdareye Tebliği

##### a. Ön İnceleme

İdari yaptırım kararlarına karşı başvuru yolunda, sulh ceza hakimliği tarafından öncelikle ön inceleme yapılır. Ön incelemede, kabule şayanlık denetimi yapılır. Bir başka ifadeyle yetki, süre, salahiyet ve idari yaptırım kararının sulh ceza hakimliğince incelenebilecek kararlardan olup olmadığı, incelenir.

Ön incelemeyi yapan sulh ceza hakimliği kendisinin yetkili olmadığını tespit ederse, dosyanın yer bakımından yetkili sulh ceza hakimliğine

<sup>35</sup> KANGAL, s. 307.

gönderilmesine karar verir (KK m. 28/1-a). Başvurunun süresi içinde yapılmadığı veya başvuruya konu idari yaptırım kararının sulh ceza hakimliğince incelenmesi gereken kararlardan olmadığı veya başvuruçunun buna hakkı olmadığı tespit edilirse başvurunun reddine karar verilir (KK m 28/1-b). Sayılan bu konular hakkında bir sorun bulunmuyorsa başvurunun usulden kabulüne karar verilir (KK m 28/1-c).

Yukarıda açıklanan hususlar birlikte değerlendirildiğinde, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin kararlara karşı başvuru yoluna gidilmesi durumunda, sulh ceza hakimliği yapacağı ön incelemede üç tür karar verebileceği ifade edilmelidir. İlki, başvurunun yer bakımından yetkili sulh ceza hakimliğine yapılmamış olması durumunda, dosyanın yetkili sulh ceza hakimliğine gönderilmesi kararıdır<sup>36</sup>. Örneğin, bir iş nedeniyle Ankara'da bulunan kişinin aracının plakasına ceza yazılması durumunda, bu kişinin Ankara sulh ceza hakimliğine başvuruda bulunma imkanı olmadığına bu başvurusunu bulunduğu yer sulh ceza hakimliğine yapacak, başvurunun yapıldığı hakimlik, ön inceleme aşamasında kendisinin yetkili olmadığını gördüğü anda başvurunun yetkili sulh ceza hakimliğine gönderilmesine karar verecektir<sup>37</sup>.

İkincisi başvuru dilekçesinde usuli eksiklikler olması durumunda verebileceği başvurunun reddi kararıdır<sup>38</sup>. Başvuru dilekçesinde şekli eksikliklerin olması halinde, sulh ceza hakimliğinin ne şekilde hareket edeceği kanunda gösterilmemiştir. Şekli noksanlıklar vukuunda ilgiliye makul süre içinde eksikliklerini tamamlaması için tebligat ya da uyarı yapılmalı, aksi halde mevcut duruma göre karar verileceği bildirilmelidir. Başvuruya ilişkin şekli eksiklikler nedeniyle, bu eksikliklerin ikmali yoluna gidilmeden başvurunun reddine karar verilmesi yerinde değildir<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> KANGAL, s. 307-309; KARAGÜLMEZ, s. 275.

<sup>37</sup> ERDOĞAN, s. 213.

<sup>38</sup> KANGAL, s. 307-309.

<sup>39</sup> OTACI, s. 81.

Başvurunun reddi kararı verilmesi gereken bir başka durum, başvurunun sulh ceza hakimliğince incelenecek kararlardan olmamasıdır<sup>40</sup>. Örneğin, uygulamada kaza tespit tutanağındaki kusur durumuna ilişkin bir itirazın olması halinde, sulh ceza hakimliklerinin herhangi bir idari yaptırım kararı içermeyen trafik kazası tespit tutanağındaki kusur durumuna ilişkin itirazları inceleme yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle başvurunun usulden reddine karar verilmektedir<sup>41</sup>.

Son olarak, sulh ceza hakimliği kendisini yetkili görür ve başvuru dilekçesinde başvurunun reddini gerektirebilecek usuli bir eksiklik de bulunmazsa, başvurunun kabulüne karar verebilecektir<sup>42</sup>. Sulh ceza hakimliğinin yaptığı ön inceleme neticesinde kendisinin yetkili olduğuna karar vermesi durumunda, usule ilişkin olarak maddenin b bendinde sayılan hususların incelemesine geçecektir<sup>43</sup>.

Bir görüşe göre, ön incelemede usule ilişkin eksikliklerin tespit edilmesi halinde başvuruda bulunan eksikliklerin giderilmesi için başvuruya makul bir süre verilmelidir. Usule ilişkin eksikliklerin tespiti halinde, örneğin tek nüsha dilekçe ile başvuru durumu gibi, başvuru yolunu işleten kişiye eksikliğin giderilmesi imkanı sağlanmadan başvurunun reddine karar verilmemelidir<sup>44</sup>.

İdari yaptırım kararına karşı yapılan başvuru, kararın ilgiliye tebliği veya tefhiminden itibaren on beş gün içerisinde; mücbir sebebin varlığı nedeniyle süresinde yapılamaması halinde ise, bu sebebin ortadan kalktığı

<sup>40</sup> “Bu duruma göre 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamındaki idari yaptırım kararına karşı, sulh ceza mahkemesine başvuru üzerine, idari yaptırım kararının sulh ceza mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığı gerekçesiyle anılan Kanunun 28/1-b maddesine göre verilen başvurunun (görev yönünden) reddi veya bu anlamdaki görevsizlik kararları temyiz yasa yoluna tabi olmayıp, 14.04.2011 gün ve 27905 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 6217 sayılı Kanununun 27. maddesiyle değişik Kabahatler Kanununun 29. maddesi uyarınca Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraza tabidir”. **Yargıtay Kararı**, 7. CD., E. 2013/7513, K. 2013/11896, T. 30.5.2013, E.T. 13.12.2020, <https://www.lexpera.com.tr/>.

<sup>41</sup> **Anayasa Mahkemesi Kararı**, T. 15.04.2015, BN. 2013/7304.

<sup>42</sup> **KANGAL**, s. 307-309.

<sup>43</sup> **ERDOĞAN**, s. 213.

<sup>44</sup> **ÇELİKBİLEK**, s. 62; **OTACI**, s. 81.

tarihten itibaren yedi gün içerisinde başvurunun yapılmadığını tespit eden sulh ceza hakimliği başvurunun usulden reddine karar verecektir<sup>45</sup>. Bir görüşe göre, yetkisiz sulh ceza hakimliğine yapılan başvurunun süresi geçirilmiş olsa bile, yetkisiz hakimlik sürenin geçirilmesi nedeniyle başvurunun reddine karar veremeyecek, dosyayı yetkili sulh ceza hakimliğine göndermekle yetinecektir<sup>46</sup>.

Sulh ceza hakimliği tarafından idari yaptırım kararlarının incelenbilmesi için daha önce de belirttiğimiz üzere bu kararların idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına ilişkin olması gerekir. Diğer idari yaptırımlara ilişkin kararlar sulh ceza hakimliği tarafından incelenemez.

### **b. Cevap Dilekçesi ve İşlem Dosyasının Gönderilmesi**

Başvurunun usulden kabulü halinde, kanunun 28/2 maddesi gereğince “sulh ceza hakimliği dilekçenin bir örneğini ilgili kamu kurum ve kuruluşuna tebliğ eder”. Sulh ceza hakimliği, başvuruda bulunan kişilere cevap dilekçesinin bir örneğini tebliğ eder (KK m. 28/4). Ancak bu kişilerin cevaba cevap verme olanakları bulunmamaktadır<sup>47</sup>.

Kanunun 28/3 maddesi uyarınca “İlgili kamu kurum ve kuruluşu, başvuru dilekçesinin tebliği tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde sulh ceza hakimliğine cevap verir. Cevap dilekçesi, idarî yaptırım kararına karşı başvuruda bulunan kişi sayısından bir fazla nüsha olarak verilir.” Başvuru konusu idarî yaptırıma ilişkin işlem dosyasının tamamının bir örneği, cevap dilekçesi ile birlikte hakimliğe verilir. Sulh ceza hakimliği, işlem dosyasının aslını da ilgili kamu kurum ve kuruluşundan isteyebilir. Böyle bir durumda ilgili kamu kurum veya kuruluşu işlem dosyasının aslını hakimliğe vermek zorundadır<sup>48</sup>.

Bir görüşe göre, Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile birlikte idari yaptırım kararı verilmişse, kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı itiraz yoluna gidilmediği takdirde, başvuruyu inceleyen sulh ceza hakimliği başvuru dilekçesinin bir nüshasını

<sup>45</sup> ERDOĞAN, s. 214.

<sup>46</sup> KARAGÜLMEZ, s. 275-276.

<sup>47</sup> KANGAL, s. 309.

<sup>48</sup> KANGAL, s. 310.

yine ilgili kurum ve kuruluşa cevap vermesi için göndermelidir. Zira idari yaptırıma Cumhuriyet savcısı karar vermemiş olsaydı, idari yaptırıma karar verme yetkisi bu kamu kurum veya kuruluşuna ait olacaktı. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı adeta bu kamu kurum veya kuruluşunun yerine geçerek karar vermektedir. Bu nedenle başvuru dilekçesine cevap vermesi gereken merci de ilgili kamu kurum veya kuruluşudur<sup>49</sup>. Bu görüşe göre, Cumhuriyet savcısının idari yaptırım kararı vermesi için kanunda açıkça görevlendirildiği durumlarda (KK m. 23/1), cevap hakkını kullanması gereken bir kamu kurum veya kuruluşu bulunmadığından, dilekçenin bir nüshasının ilgili kamu kurum veya kuruluşuna gönderilmesine gerek bulunmamaktadır<sup>50</sup>. Ayrıca, idari yaptırıma Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi durumunda, sulh ceza hakimliği gerekli gördüğünde elinde bulunan belge ve dosyaları isteyebilecektir<sup>51</sup>.

### 5. Tarafların Dinlenilmesi

Başvuru yolunda idari yaptırım kararının hukuka uygunluğunun incelenmesi kural olarak dosya üzerinden yapılır. Sulh ceza hakimliği önüne gelen başvuru hakkında başkaca bir araştırmaya gerek duymaksızın karar verebilecekse veya hakimliğin yapacağı araştırmaların sonuca bir etkisi olmayacaksa karar dosya üzerinden verilir. Örneğin önüne gelen bir dosyada hakimlik, başvuruya konu olayın aynı zamanda bir suç oluşturduğunu görmüşse ayrıca tarafları dinlemeye gerek duymaksızın, dosyanın ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesine karar verebilecektir<sup>52</sup>. Bu konudaki düzenleme (KK m 28/4) “Ancak sulh ceza hakimliği, başvuruda bulunan kişilere cevap dilekçesinin bir örneğini tebliğ eder; talep üzerine veya re'sen tarafları çağırarak belli bir gün ve saatte dinleyebilir. Dinleme için belirlenen günle tebligatın yapılacağı gün arasında en az bir haftalık zaman olmasına dikkat edilir. Dinleme sırasında taraflar veya avukatları hazır bulunur. Mazeretsiz olarak hazır bulunmama, yokluklarında karar verilmesine engel değildir. Bu husus, tebligat yazısında açıkça belirtilir” hükümlerini amirdir.

<sup>49</sup> KANGAL, s. 309-310.

<sup>50</sup> KANGAL, s. 310.

<sup>51</sup> KANGAL, s. 310.

<sup>52</sup> ERDOĞAN, s. 223. Aynı yönde ÇELİK BİLEK, s. 63.

Burada, kabahati işleyen ilgilinin yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı bulunması durumu da ayrıca ele alınmalıdır. 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 11. maddesinde, “fiili işlediği onbeş yaşını doldurmamış çocuk ve akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında idari para cezası uygulanmayacağı” hükme bağlanmaktadır. Yaş küçüklüğü akıl hastalığı bulunan kişiler hakkında idari yaptırım kararı verilmesi ve bu karara karşı başvuru yoluna gidilmesi halinde, bu kişilere avukat tayin etmenin zorunlu olup olmadığı konusuna değinmekte yarar bulunmaktadır. Zira Kabahatler Kanunu’nda bununla ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Bir görüşe göre 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 150/2 maddesi hükmü burada uygulanma alanı bulamayacaktır. Zira başvuru yolunda ilgili kişi, ceza muhakemesi anlamındaki sanık değildir. Hatta kendisi hakkında verilen bir idari yaptırım kararını kendisi hakim önüne taşımaktadır. Bu görüşe göre, bu kişiler yasal temsilcileri ile birlikte hakim karşısına geçebilirler. Ancak yine de akıl hastalığı ya da yaş küçüklüğü bulunanlar için Kabahatler Kanununda, hakim huzurunda temsil konusunda bir düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>53</sup>.

## 6. İspat ve Deliller

Sulh ceza hakimliğine yapılan idari yaptırım kararlarına karşı başvurunun incelenmesinde tanık dinletilebilir, bilirkişi incelemesine başvurulabilir ve keşif yapılabilir<sup>54</sup>. Kabahatler Kanununun 28/5. madde düzenlemesiyle birlikte, sulh ceza hakimliği bakımından başvurunun incelenmesinde herhangi bir delil sınırlaması bulunmadığı ifade edilebilir<sup>55</sup>. Kabahatler Kanununun 28. maddesinin 6. fıkrasında “*diğer deliller ortaya konulur*” ifadesinin kullanılmasından da kabahatler hukukunda delil serbestliği ilkesinin geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır<sup>56</sup>. Bununla birlikte hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş delillerin idari yaptırım kararları bakımından da uygulanamayacağını belirtmek gerekir. Zira hukuka

<sup>53</sup> Görüş için bkz. KANGAL, s. 310-311.

<sup>54</sup> GÜÇLÜ, s. 287; KANGAL, s. 311.

<sup>55</sup> KANGAL, s. 311.

<sup>56</sup> KANGAL, s. 311.



aykırı delillerle ilgili Anayasanın 38. maddesinin 6. fıkrası düzenlemesi bütün hukuk düzeni bakımından bir yasak getirmektedir<sup>57</sup>.

İdari yaptırıma karar veren merciler genellikle ilgilinin ve tanıkların beyanlarını yazılı olarak almaktadırlar ya da ilgiliyi veya tanığı dinleyen kişi ile idari yaptırıma karar veren kişi farklı olmaktadır. Bu nedenle kabahatler hukukunda, delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesinin katı bir şekilde uygulandığı söylenemez<sup>58</sup>. Başvuru yolunda, sulh ceza hakimi tarafları çağırıp dinlemeden dosya üzerinden karar verebilir. Dolayısıyla delilleri doğrudan görme imkanına sahip olmadığından idari makamlar tarafından toplanan delilleri değerlendirmekle yetinebilecektir<sup>59</sup>.

Ceza muhakemesindeki “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi, kabahatler hukuku bakımından geçerlidir. Dolayısıyla idari yaptırım kararı verilebilmesi için ilgilinin kabahati işlediğinin şüpheye yer verilmeyecek şekilde ispat edilmesi gerekir<sup>60</sup>.

İdari yaptırımlar konusunda ispat yükünün kimde olduğu ve masumiyet karinesinin geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, başvuru yolu üzerine yapılan inceleme, maddi gerçeği açığa çıkarmaya yönelik olmalıdır. Dolayısıyla kişinin kabahati işlediği kesin olarak belirlenemiyorsa, idari yaptırım kararı kaldırılmalıdır. İdari işlemlerin masumiyet prensibinden yararlanarak ispat sorumluluğunun başvurucuya yüklenmesi, onun haklarının kısıtlanması demektir. Bu nedenle ispat yükü idarede olmalıdır<sup>61</sup>.

Bir görüşe göre ise, idari yaptırıma karar verilmesinde masumiyet karinesi kabul edilirse, her durumda ispat yükü idarede olacaktır. Bu görüşe dayanak olarak da Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin idari yaptırımlarla ilgili R (91) 1 sayılı tavsiye kararı gösterilmektedir. Bu tavsiye kararının 7. ilkesi ispat yükünün idari makama düşeceğini belirterek masumiyet karinesinin kabul edilmesini önermektedir. Öte yandan Kabahatler Kanununun da genel yapısı incelendiğinde ispat yükünün yaptırım uygulanan kişiye düştüğü anlaşılmaktadır. Zira idari yaptırım kararına

<sup>57</sup> KANGAL, s. 311.

<sup>58</sup> KANGAL, s. 311.

<sup>59</sup> KANGAL, s. 312.

<sup>60</sup> ERDOĞAN, s. 238; KANGAL, s. 312.

<sup>61</sup> BARDAKÇI, s. 109-110.

karşı kanun yoluna başvuran kişi, idari yaptırım kararının hukuka ayırı olduğunu ispat etmek zorundadır<sup>62</sup>. İdare tarafından gerçekleştirilen işlemler hukuka uygunluk karinesinde yararlanmaktadır<sup>63</sup>. Bu nedenle idari yaptırım kararları yargı mercileri tarafından kaldırılınca kadar hukuka uygun kabul edildiğinden, idari yaptırım kararları bakımından masumiyet karinesinin uygulanamayacağı ve ispat yükünün de kararın ilgisine ait olduğu doktrinde ifade edilmektedir<sup>64</sup>.

## 7. Son Karar

Kanun'un 28/7 maddesinin bir yönetmelik hükmü gibi detaylı yaptığı düzenleme çerçevesinde "Sulh ceza hakimliği tarafları dinlemeye karar vermişse sırasıyla; hazır bulunan başvuru sahibi ve avukatı, ilgili kamu kurum ve kuruluşunun temsilcisi, varsa tanıklar dinlenerek, yine varsa bilirkişi raporu okunmak suretiyle tüm deliller ortaya konulacaktır<sup>65</sup>. Sulh ceza hakimliği, ilgilileri dinledikten ve bütün delilleri ortaya koyduktan sonra aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen ve hazır bulunan tarafa son sözünü sorar. Son söz hakkı, aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen tarafın kanunî temsilcisi veya avukatı tarafından da kullanılabilir. Mahkeme son kararını hazır bulunan tarafların huzurunda açıklar"

Sulh ceza hakimliğinin idari yaptırımlara karşı başvuru yolunda verebileceği üç tür son karar bulunmaktadır<sup>66</sup>. Sulh ceza hakimliği, son karar olarak idarî yaptırım kararının; hukuka uygun olması nedeniyle, "başvurunun reddine", hukuka aykırı olması nedeniyle, "idarî yaptırım kararının kaldırılmasına", karar verir (KK m. 28/8). "İdarî para cezasının alt ve üst sınırının kanunda gösterildiği kabahatler dolayısıyla verilmiş idarî para cezasına karşı başvuruda bulunulması halinde, mahkeme idarî para cezasının miktarında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne karar verebilir" (KK m. 28/9).

### a. İdari Yaptırım Kararının Kaldırılmasına İlişkin Karar

İdari yaptırım kararının kaldırılmasını gerektiren ilk durum, failin kabahati işlemediğinin sabit olmasıdır. Daha önce de belirttiğimiz üzere

<sup>62</sup> ÇAĞLAYAN, s. 312.

<sup>63</sup> KANGAL, s. 312.

<sup>64</sup> KARABULUT, s. 17; KANGAL, s. 313; MAHMUTOĞLU, s. 125.

<sup>65</sup> YALÇIN, İsmail, *Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku*. Ankara 2007, s. 141.

<sup>66</sup> KANGAL, s. 313.

şüpheden sanık yararlanır ilkesi kabahatler hukuku bakımından da geçerlidir. Kabahat dolayısıyla idari yaptırım kararı verilebilmesi için kişinin kabahati işlediğinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça saptanması gerekir<sup>67</sup>. Yine başvuru yolunda kabahatin kanuni tanımında yer verilen unsurlarından birinin eksik olması halinde kabahatin varlığı söz konusu olmayacağından, idari yaptırım kararının kaldırılmasına karar verilmesi gerekmektedir<sup>68</sup>. İdari yaptırım kararının kaldırılması sonucunu doğuran başka durum ise aynı kabahatten dolayı kişi hakkında daha önce yaptırım kararı verilmiş olmasıdır. Aynı kabahat nedeniyle bir kişi hakkında bir kez yaptırım uygulanabilir. Aynı fiil nedeniyle kişi hakkında birden fazla idari yaptırım uygulanmış ise bunun kaldırılması gerekir<sup>69</sup>. Yine idari yaptırım kararının kaldırılmasına karar verilmesini gerektiren bir diğer durum, fiilin hem suç hem de kabahat teşkil etmesi durumudur. KK m. 15/3'e göre, bir fiil hem kabahat hem de suç oluşturuyorsa, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanması gerekir. Ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahatten dolayı yaptırım uygulanmalıdır. Sulh ceza hakimliği, önüne gelen olayın aynı zamanda suç oluşturduğunu görmesi halinde idari yaptırım kararını kaldıracaktır<sup>70</sup>. Kabahat nedeniyle kişiye kanunda bulunmayan bir yaptırımın uygulanması veya idari para cezasının yanlış hesaplanması ya da uygulanması veya idari yaptırıma yetkisiz kişiler tarafından karar verilmesi halinde idari yaptırım kararı hukuka aykırılık nedeniyle kaldırılır<sup>71</sup>.

Sulh ceza hakimliğinin başvuru sonucunda idari yaptırım kararının kaldırılmasına karar vereceği diğer durumlar da hukuka uygunluk nedeni ve kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin bulunması (KK m. 12), yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı (KK m. 11) ve zamanaşımı süresinin dolmuş olduğunun anlaşılması halinde idari yaptırım kararının kaldırılmasına karar verebilecektir<sup>72</sup>. Örneğin, orta derecede zihinsel gelişim

<sup>67</sup> ERDOĞAN, s. 238.

<sup>68</sup> ERDOĞAN, s. 243.

<sup>69</sup> ERDOĞAN, s. 301.

<sup>70</sup> ERDOĞAN, s. 302.

<sup>71</sup> ERDOĞAN, s. 303, 310.

<sup>72</sup> "Sanığın eyleminin 5179 sayılı Kanun'un 7.maddesi kapsamında olduğu, aynı kanunun 29/1-d maddesi dikkate alındığında bu suçun 5326 sayılı Kabahatler Kanunu gereğince kabahat neviinden olup kabahatin işlendiği 28.01.2010 tarihi ile inceleme

geriliği nedeniyle kısıtlanarak velayet altına alınan kişi hakkında idari para cezası tutanağı düzenlenemez. Düzenlenmişse başvuru yolunda sulh ceza hakimliği tarafından idari yaptırımın kaldırılması kararı verilecektir.

Yargıtay'a göre, Kabahatler Kanunu hükümleri uyarınca başvuru üzerine idari yaptırımın kararının kaldırılmasına ilişkin karar davanın esasını çözen bir karardır<sup>73</sup>.

### **b. Başvurunun Reddine İlişkin Karar**

Kabahat dolayısıyla uygulanan idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine yaptırımlarına karşı başvuru yolunda yapılan incelemede, kararın hukuka uygun olduğu anlaşılırsa başvurunun reddine karar verilir.

Burada sözü edilen başvurunun reddine ilişkin karar başvurunun ön incelemesinde bulunan eksiklikler nedeniyle başvurunun reddine ilişkin karardan farklıdır. Bu halde verilen başvurunun reddine ilişkin kararlara çalışmamızın "ön inceleme" başlığı altında yer verilmiş

---

tarihi arasında 5326 sayılı Kanun'un 20/2-c maddesinde öngörülen 3 yıllık zamanaşımı süresinin gerçekleşmiş bulunduğu anlaşıldığından; kararın 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca bozulmasına ve 5320 sayılı Kanun'un 8/1 ve 1412 sayılı CMUK'nun 322. maddelerinin verdiği yetkiye dayanılarak, gerçekleşen zamanaşımı nedeniyle 5236 sayılı kanun'un 20. maddesi gereğince kabahatli hakkında idari para cezası verilmesine yer olmadığına", **Yargıtay 20. CD., E. 2015/14293, K. 2017/4722, T. 27.9.2017, E.T. 10.2.2021, <https://www.lexpera.com.tr/>; ERDOĞAN, s. 317.**

<sup>73</sup> "Kabahatler Kanunu uyarınca yapılan başvuru üzerine sulh ceza mahkemesince verilen idari para cezasının kaldırılmasına ilişkin kararın, CMK'nun 223. maddesinde sayılan hükümlerden olmadığı ve 309. maddesinin 4. fıkrasında yer alan 4 bendin hiçbirisinin doğrudan kapsamına girmediğinde tereddüt bulunmamakla birlikte, kendine özgü bir sistem getiren Kabahatler Kanununa göre, idari yaptırımkararlarına karşı yapılan başvuru üzerine yerel mahkemece verilen kararın, davanın esasını çözen bir karar olduğu da gözardı edilmemelidir. Bu durumda, Kabahatler Kanunu hükümleri uyarınca başvuru üzerine yerel mahkemece idari yaptırım kararının kaldırılmasına dair verilen kararın, davanın esasını çözmesi ve mahkûmiyet hükmü olmaması nedeniyle CMK'nun 309/4-c maddesi kapsamında kabul edilmesi, hakkaniyete daha uygun bir kabul olacaktır. Bu itibarla, yerel mahkemece başvuru üzerine verilen idari yaptırımkararının kaldırılmasına ilişkin kararın CMK'nun 309/4-c maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden Özel Dairece aleyhe tesir etmemek üzere kanun yararına bozulmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından, itirazın reddine karar verilmelidir". **Yargıtay Kararı, CGK, E. 2012/1503, K. 2013/367, T. 17.9.2013, E.T. 10.2.2021, <https://www.lexpera.com.tr/>.**

olduğunda burada tekrar değinilmeyecektir. Bu durumda ön inceleme aşamasından geçmiş, usuli bir eksiklik bulunmayan bir başvuru söz konusudur. Ancak sulh ceza hakimliği idari yaptırım kararının hukuka uygun bir şekilde verildiğini tespit ederse başvurunun reddine karar verecektir.

### c. İdari Para Cezasının Miktarında Değişiklik Yaparak Başvurunun Kabulüne İlişkin Karar

Sulh ceza hakimliği, idari para cezasının parça başına veya kişi başına göre hesaplandığı durumlarda kişi veya parça sayısında veya hesaplamada hata yapıldığı hallerde bu hataları düzelterek başvurunun kısmen kabulüne karar verebilmektedir<sup>74</sup>. Sulh ceza hakimliği bu şekilde verdiği kararlarında ancak fazla hesaplanan para cezasını yeniden hesaplayarak miktarı indirebilecektir. Eksik hesaplanan idari para cezasının miktarını yeniden hesaplayarak artırması söz konusu değildir. Böyle bir durumda başvuranın aleyhine olarak karar verilemeyecektir<sup>75</sup>. Zira aleyhe bozma yasağı idari yaptırımlar bakımından da geçerli bir ilkedir<sup>76</sup>.

Bununla birlikte alt ve üst sınırları kanunda gösterilen idari para cezalarına karşı yapılan başvurunun sadece miktarın yüksekliği sebebine dayanması da şart değildir. Yaptırımı ortaya çıkaran idari işlemin hukuka aykırılığı iddiası ile yapılan başvurunun incelenmesinde de sulh ceza hakimliği idari para cezası yaptırımını hukuka uygun bulup yüksek bulunduğu miktarı indirip başvurunun kabulüne karar verebilecektir<sup>77</sup>.

Kabahatler Kanununun 28. maddesinin 9. fıkrası hükmü 6.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanunun 35. maddesi ile eklenmiştir. Bu düzenlemeyle sulh ceza hakimliklerinin idarenin yerine geçerek yaptırımı

<sup>74</sup> GÜÇLÜ, s. 289.

<sup>75</sup> ÇELİKBİLEK, s. 65. Yazara göre, "9. fıkranın Anayasanın 125. maddesine aykırı olduğu savunulabilir. Zira hakim fazla ceza verildiğini düşünerek verilen idari para cezasını eksiltme yoluna giderek karar veremez. Çünkü böyle bir durumda açıkça idare yerine geçerek işlem tesis etmiş olur ki bu da Anayasanın 125. maddesinin ruhuna açıkça ters düşmektedir".

<sup>76</sup> GÜÇLÜ, s. 289; UĞUR, Yüksek Mahkeme Kararları Işığında, s. 422; KANGAL, s. 315.

<sup>77</sup> KANGAL, s. 315.

belirlemesinin önü açılmıştır<sup>78</sup>. 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce merciin, sadece başvurunun reddi veya başvurunun kabulü yönünde karar verebilmesi bir eksikliği ortaya çıkarmıştır. Bu değişikliklikle kanunda idari para cezasının alt ve üst sınırlar arasında gösterildiği kabahatlerin işlenmesi durumunda, verilen idari para cezasının kabahat fiilinin oluşturduğu haksızlıkla orantılı olmaması halinde, idari para cezasının miktarında değişiklik yapılarak başvurunun kabul edilmesine olanak tanınmıştır<sup>79</sup>. Nitekim ölçülülük ilkesi ceza hukuku alanında çok önemli olduğu gibi idari yaptırımlar hukukunda da büyük bir öneme sahiptir ve idarî yaptırım tesis edilirken bu ilkenin mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir<sup>80</sup>.

Öte yandan sulh ceza hakimliğinin, idari para cezası uygulanması kararını hukuka aykırı bulup, idari yaptırım kararının kaldırılmasına karar verdikten sonra, idarenin yerine geçerek yeni bir idari para cezası verebileceği savunulmaktadır<sup>81</sup>. Bir görüşe göre, Kabahatler Kanununun 28/9. maddesi gereğince, maktu ve nispi para cezalarına karşı yapılan başvurularda sulh ceza hakimliği idari para cezasının miktarında değişiklik yapamayacaktır. Bu tür para cezaları bakımından ya başvurunun reddine ya da kabulüne karar verebilecektir<sup>82</sup>.

Sulh ceza hakimliğine verilen bu yetki, adli ve idari yargı mercileri arasında uygulamada ikilik çıkardığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Şöyle ki, kanunda alt ve üst sınırları belirtilen idari para cezasına karşı başvuru yoluna gidildiğinde, sulh ceza hakimliği, bu sınırlar arasında idari para cezasının miktarını yeniden belirleyip başvurunun kabulüne karar verebilirken; idari yargıda böyle bir durum söz konusu değildir. İdari yargı mercileri, inceleme alanında bulunan idari para cezalarında, ya idari para

<sup>78</sup> GÜÇLÜ, s. 289; KANGAL, s. 314.

<sup>79</sup> ÇİÇEK, s. 13.

<sup>80</sup> EKİNCİ, Murat, "Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar", YBHD, S. 1, 2017, s. 34.

<sup>81</sup> UĞUR, Hüsamettin, Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Kabahatler Kanunu'na Göre Kanun Yolları (Başvuru ve İtiraz). *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 89, s.422-423. Aynı yönde bkz. KARAGÜLMEZ, s. 278.

<sup>82</sup> KANGAL, s. 314.

cezasını hukuka uygun bularak davayı reddedebilir ya da hukuka aykırı bularak iptal edebilir. Bu eleştiriye göre, her ne kadar sulh ceza hakiminin kabahatin karşılığında öngörülen idari para cezasının alt ve üst sınırları arasında yeniden belirleyerek başvuruyu kabul etme yetkisi tanınması usul ekonomisi bakımından makul görülebilirse de, bu durum adli ve idari yargı mercileri arasında uygulama farklılığı doğuracak mahiyette-dir<sup>83</sup>.

Doktrinde ifade edilen başka bir görüşe göre ise, sulh ceza hakimliği, ya başvurunun kabulüne ya da reddine karar verebilecektir. Kararın düzeltilmesine ya da kısmen kabul edilmesine karar vermesi söz konusu olamaz. Zira adli merciler, idari kararların sadece hukuka uygun olup olmadığı bakımından bir denetim yapabilirler. Hukuka aykırılık bulunması durumunda da idarenin yerine geçip karar veremezler<sup>84</sup>. Ancak bir diğer görüşe göre, idari yaptırımın belirlenmesinde takdir yetkisinin kullanımının ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini oluşturan elverişlilik, gereklilik (zorunluluk) ve orantılılık kıstaslarına uygunluğu denetlenmelidir ve bu denetim yerindelik denetimi kapsamında değerlendirilemez<sup>85</sup>.

Üçbin Türk Lirası dahil idarî para cezalarına karşı başvuru üzerine verilen kararlar kesindir (KK m. 28/10). İdari para cezası üç bin Türk Lirası ve altında ise, başvuru yoluna gidilmesi sonucu sulh ceza hakimliğince verilen kararlar kesindir. Bu karara karşı itiraz yoluna başvurulamaz. Ancak idari yaptırım olarak üç bin liranın altındaki idari para cezası ile birlikte başkaca bir karar da verilmişse, bu durumda karar kesin nitelikte olmayıp itiraza tabidir. Nitekim Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir<sup>86</sup>. Burada önem arz eden durum ise, tek fülle birden fazla kabahatin

<sup>83</sup> GÜÇLÜ, s. 289.

<sup>84</sup> OTACI, s. 82.

<sup>85</sup> EKİNCİ, s. 34.

<sup>86</sup> “Adı geçen Kanunda, bir fülle karşı birden fazla idari yaptırım kararı düzenlenmesi hal, açıkça öngörülmemiştir. O halde ceza hukukunun genel hükümlerine göre, konusu suç oluşturan bir eyleme karşılık hem ceza hem de güvenlik tedbiri uygulanabileceği ve her iki yaptırıma karşı birlikte Kanun yollarına başvurulabileceği gibi, konusu kabahat oluşturan bir eylem karşısında hem idari para cezası hem de bir diğer idari yaptırım (mülkiyetin kamuya geçirilmesi, idari tedbir kararları, izin veya ruhsatın iptali, sürücü belgesinin geri alınması v.s.) öngörülmesine ve bunlara karşı birlikte Kanun yollarına başvurulmasında da bir sakınca

oluşması durumudur. Tek fiil sonucunda birden fazla kabahatin oluşması ve bu kabahatlerden birinin üç bin liranın altında idari para cezasını gerektirmesi nedeniyle başvuru yoluna gidilmesi sonucu verilen kararın kesin kararlardan olması, diğerinin ise başvuru yolu sonucunda verilen kararın itiraza tabi olan kararlardan olması durumunda, Yargıtay bu kararların birbirinden ayrı incelenemeyeceği görüşündedir. Başka bir ifadeyle verilen üç bin liranın altında olan idari para cezası hakkında başvuru yolu sonucu verilen karara itiraz edilemezken, diğer idari yaptırıma karşı itiraza başvurulabilmesi söz konusu olmamaktadır<sup>87</sup>.

İdari para cezasının üç bin liranın üzerinde olması halinde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraz edilebilir (KK m. 29/1). İdari para cezasına karşı başvuru üzerine sulh ceza hakimliğince verilecek olan karara karşı itiraz yolunu kapatacak olan üç bin liralık sınır önceleri iki bin lira olarak belirlenmişken, 31.3.2011 tarihli ve 6217 sayılı Kanununun 27. maddesiyle üç bin lira olarak belirlenmiştir.

Yukarıda ifade edilen kararların dışında, sulh ceza hakimi, idari yaptırıma karar vermeye yetkili olan mercinin yerine geçerek farklı bir yaptırıma veya suç olduğunu düşünerek ceza yargılamasına karar

---

*bulunmamaktadır. Bu nedenle, 2918 sayılı Kanun'un 48/9 maddesi gereği uygulanan idari yaptırım ile 23 ve 47/1-a maddeleri gereği uygulanan yaptırımların birbirinden ayrı incelenmesi ve buna göre bir karar verilmesi gerekir". Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2016/13003, K. 2017/6939, K.T. 18.9.2017, E.T. 19.11.2020, <https://legalbank.net/arama>.*

<sup>87</sup> "Somut olayda, kanundaki açık düzenleme gereği, tek bir fiil sonucu, başvuran hakkında idari para cezası ile birlikte başka idari yaptırım kararı daha alınmıştır. Bu idari karar karşı, sonuçta verilen iki tür yaptırım ilgililerce gidilecek başvuru yolunda mahkemece her iki yaptırımın da incelendiği, itiraz üzerine merci tarafından idari para cezasının kesinleştiği, ancak diğer yaptırımın (sürücü belgesinin geri alınması) esasen hukuka aykırı biçimde uygulandığı kanaatine varılarak itirazın sadece sürücü belgesi yönünde kabulüne karar verilmiştir. Yukarıda yazılı açıklamalar ve somut olay birlikte değerlendirildiğinde; başvuran aleyhine düzenlene idari yaptırımın kanun gereği iki tür sonucu olduğu, ancak esasında tek bir kabahat olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir kabahatin, karşısında öngörülen yaptırımından bağımsız olarak uygulanabilmesi suç teorisine göre mümkün değildir. Başvuruya dair karara itiraz sonucu, yasa ve hukuk gereği birbirinden ayrılması mümkün olmayan tek bir kabahate karşı öngörülen birden fazla idari yaptırım kararları hakkında, birbirinden ayrı incelemeler yapılamayacağı". Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2016/15527, K. 2017/6940, T. 18.9.2017, E.T. 19.11.2020, <https://legalbank.net/arama>.



veremeyecektir<sup>88</sup>. Başvuru veya itiraz üzerine idari yaptırım kararını inceleyen merci, fiilin kabahat değil de suç oluşturduğunu düşünüyorsa, idari yaptırımın kaldırılmasına karar vererek gerekli soruşturmanın yapılması için dosyayı ilgili Cumhuriyet savcılığına gönderecektir<sup>89</sup>.

### **B. Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilen İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Başvuru Usulü**

Cumhuriyet savcısınca verilen idari yaptırım kararlarına karşı da Kabahatler Kanununda öngörülen başvuru yoluna gidilebilmektedir. Buna göre Cumhuriyet savcısınca verilen idari yaptırım kararlarına karşı on beş gün içinde yetkili sulh ceza hakimliğine başvurulması gerekmektedir<sup>90</sup>.

Kabahatler Kanununun başvurunun incelenmesini düzenleyen 28. maddesinin 2. fıkrasında “Başvurunun usulden kabulü halinde mahkeme dilekçenin bir örneğini ilgili kamu kurum ve kuruluşuna tebliğ eder” denilmiştir. Bu düzenlemeden Cumhuriyet savcısı tarafından verilen idari yaptırım kararına karşı başvuru dilekçesinin de bir örneğinin yaptırımın ilgili olduğu kurum veya kuruluşa tebliğ edilmesi gerektiğinin anlaşılması gerekir. Başka bir ifadeyle, dilekçe yaptırım kararını veren kişi veya mercie değil, yaptırım kararının ilgili olduğu kurum veya kuruluşa tebliğ edilmelidir<sup>91</sup>. Her ne kadar idari yaptırım kararı Cumhuriyet savcılığı

<sup>88</sup> YALÇIN, s. 141.

<sup>89</sup> ERDOĞAN, Yüksel, Kabahatler Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 102.

<sup>90</sup> İncelenen uyuşmazlıkta, 2872 sayılı Kanun’un 20/j maddesinin ihlal edildiği nedeniyle suç duyurusunda bulunulduğundan bahisle 5252 sayılı Kanun’un 7. maddesi de dikkate alınarak davacı şirkete Cumhuriyet Savcısı tarafından 31.745,00TL idari para cezası verilmiştir. Buna göre, dava konusu olayda; idari yaptırım kararının idari makam ve mercilerce değil de soruşturma konusu fiilin suç olmayıp kabahat olarak değerlendirilmesi sonucu Cumhuriyet Başsavcılığı’na verildiği dikkate alındığında, kararın idari işlemden çok, yargısal nitelikte bir yetkinin kullanılması sonucu verilen ceza niteliğini taşıdığı açık olduğundan, davanın çözümünün, Kabahatler Kanununun hükümleri uyarınca adli yargı yerine ait olduğu sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle, İdare Mahkemesince yapılan başvurunun kabulü ile Sulh Ceza Mahkemesince verilen görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir. **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, HB., E. 2011/265, K. 2012/65, T. 9.4.2012, E.T. 15.2.2021, <https://www.lexpera.com.tr/>.**

<sup>91</sup> GÜÇLÜ, s. 292.

tarafından verilmiş olsa da, sulh ceza hakimi kabahatin konusuna göre ilgili idarenin yetkililerini de dinleyebilmelidir. Örneğin Cumhuriyet savcısı ehliyetsiz araç kullanmaktan dolayı idari yaptırıma karar vermişse, başvuru merci olan sulh ceza hakimi tespiti yapan yetkili emniyet personelini dinleyebilmelidir<sup>92</sup>.

Cumhuriyet savcısının idari yaptırım kararı vermeye yetkili olduğu hallerden biri de, soruşturma konusu olan fiilin suç değil de kabahat oluşturduğunun anlaşılmasıdır. Böyle bir durumda sulh ceza hakimi bir taraftan işlenen fiilin suç oluşturmadığı gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verirken, diğer taraftan fiilin kabahat oluşturması nedeniyle idari yaptırıma karar verebilecektir. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz edilmesi halinde, idari yaptırıma karşı başvuru da bu mercide incelenecektir (KK m. 27/6). 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 173/1. maddesine göre, “suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz edebilir.” Soruşturmaya konu olan fiilin kabahat oluşturduğu gerekçesiyle, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen idari yaptırım kararına karşı fail, işlenen fiilin kabahat oluşturmadığı gerekçesiyle, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, bu kararın veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz edebilecektir. Kabahatler Kanununun 27/6. madde düzenlenmesinin şüphesiz usul ekonomisi gerekçesiyle yapılmış olabileceğini ifade etmek gerekir.

Doktrinde bir görüşe göre, “soruşturmaya konu suçun kabahat oluşturduğunun anlaşılması üzerine fail eyleminin kabahat de oluşturmadığını düşünüyorsa, verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara ve idari yaptırım kararına karşı başvurunun genel hükümler çerçevesinde sulh ceza hakimliğine yapmalıdır”. Ancak fail ile birlikte şikayetçi ya da suçtan zarar gören kişi de kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz emişse bu durumda failin yapmış olduğu başvuruyu da

<sup>92</sup> GÜÇLÜ, s. 292.

kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı 5271 sayılı CMK'ya göre incelemeye yetkili inceleyecektir<sup>93</sup>.

Bir görüşe göre, "kovuşturmaya yer olmadığı kararına itirazı inceleyecek olan ağır ceza mahkemesi başkanı, idari yaptırım kararını inceleme bakımından, Kabahatler Kanununun 27 ve 28. maddeleri bağlamında sulh ceza hakimi gibi incelemesini yapacaktır". Çünkü kanunun bu hükümleri CMK m. 173' e nazaran özel hüküm niteliğindedir ve burada esas olan idari yaptırım kararının denetlenmesidir<sup>94</sup>.

Cumhuriyet savcısının, fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle, kovuşturmaya yer olmadığı kararıyla birlikte idari yaptırıma da karar vermesi durumunda; idari yaptırım kararına karşı başvuru yolunda kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı inceleyen itiraz merci, fiilin suç teşkil ettiği kanaatine varıp kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itirazı kabul ettiği takdirde idari yaptırım uygulanmasına ilişkin kararı da ortadan kaldıracaktır. Kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliğinin fiilin kabahat değil de suç oluşturduğu gerekçesiyle idari yaptırım kararını kaldırması kararı, Kabahatler Kanununun 28/8. maddesinde düzenlenen idari yaptırımı kaldırma kararından farklıdır. İlk durumda idari yaptırım kararı bağlı olduğu adli bir işlemdeki hukuka aykırılık dolayısıyla ortadan kalkmaktadır. Kabahatler Kanununun 28. maddesinin 8. fıkrasının b bendinde düzenlenen idari yaptırım kararının kaldırılması ise idari işlemin hukuka aykırılığından kaynaklanmaktadır<sup>95</sup>.

Kabahatler Kanununda başvuru yolunda kararın açıklanması sırasında kamu kurum ve kuruluşlarının temsilcisinin bulunabileceği düzenlenmiştir. İdari yaptırıma karar veren, temsilcisi veya kamu avukatı mahkemede kararını savunabilecektir. Halbuki idari yaptırıma mahkemeler ve Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilen durumlar da söz konusu olabilmektedir. Mahkemeler yönünden başvuru yolu kabul

<sup>93</sup> ÇELİKBİLEK, s. 58.

<sup>94</sup> YALÇIN, s. 144.

<sup>95</sup> KANGAL, s. 314.

edilmediğinden, itiraz yolunda dosya üzerinden karar verilecektir. Ancak Cumhuriyet savcısının verdiği idari yaptırım kararlarına karşı başvuru yoluna gidildiğinde kararın açıklanması sırasında Cumhuriyet savcısının temsil edilmediği gözükmektedir. Doktrinde bu boşluğun doldurulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>96</sup>.

## SONUÇ

Anayasamıza göre idarenin her türlü eylem ve işlemi yargısal denetime açık olmalıdır. İdari yaptırımlar da idari bir işlemin neticesi olarak idarî merciler tarafından kullanılırlar. Bazı durumlarda Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından idari yaptırıma karar verildiği de görülmektedir. Kabahatler de kanunun karşılığında idari yaptırım öngördüğü haksızlık oluşturan fiillerdir.

İdari yaptırımlar idari para cezası ve idari tedbirlerdir. Kabahatler Kanununun 27. maddesinde idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin yaptırım kararlarına karşı tebliği ya da tefhiminden itibaren onbeş gün içinde sulh ceza hakimliğine başvurulabileceği düzenlenmektedir. Görüldüğü üzere idari yaptırımların, idari bir merci tarafından idari usullere uygun olarak icra edilen bir idari işlem olması, onun tamamen idare hukukunun alanına sokmamaktadır. Nitekim, kast ve taksir gibi unsurların varlığı; hata, hukuka uygunluk sebepleri, kusurluluğu etkileyen haller gibi bir çok konuda TCK'nın esas alınması, teşebbüs, iştirak, ıçtima gibi ceza hukuku müesseselerinin bulunması, kabahatlerin ceza hukukunun bir parçası olduğunu göstermektedir. Bu nedenle idari yaptırımların çeşitli yönlerden hukuka uygunluğunun denetlenmesinde adli yargı yerleri görevli kılınmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesini iptal etmesiyle bir bakıma yargısal denetim yollarındaki iki başlığa geri dönüldüğü görüşü de ifade edilmektedir. Kabahatler Kanununun idari yaptırımlar hakkındaki kontrol sistemi de Anayasa Mahkemesi'nin yeni iptal kararlarını imkansız kılmamıştır. Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanununun 3. maddesi ve buna benzer hüküm içeren idari para cezasına karşı sulh ceza hakimliğine itiraz edilebileceğine dair düzenlemeleri

<sup>96</sup> YALÇIN, s. 141.

iptal etmesi sonucu özellikle idari yaptırımlara karşı öngörülen kanun yolları bakımından önceden beri var olan belirsizlik tam olarak giderilememiş, bunun sonucunda benzer konuların bir kısmı idari, bir kısmı da adli yargının görev alanında kalmaya devam etmiştir.

Kabahatler Kanununun düzenlemesinde başvuru yolu sonucunda iki tür karar verilebileceği düzenlenmektedir. Başvuruya konu olan idari yaptırım kararının hukuka uygun olması nedeniyle başvurunun reddine, hukuka aykırı olması nedeniyle idari yaptırım kararının kaldırılmasına karar verilmektedir. Görüldüğü üzere başvuru yolunda sulh ceza hakimliği tarafından hukuka uygunluk denetimi yerine getirilmektedir<sup>97</sup>. Hukuka uygunluk denetiminin yerine getirilmesi de ceza hukuku müesseseleriyle ve ilkeleriyle gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle denetimin adli yargı mercileri tarafından yerine getirilmesi isabetli bir tutum olmakla birlikte; benzer durumlarda farklı yargı yollarına başvurulması hukuk devleti ilkesi ve kanunilik ilkesinin bir uzantısı olarak belirlik bakımından sakıncalar doğurmaktadır. Bu nedenle idari yaptırımlara karşı öngörülen hukuki denetim yollarının yeknesaklaştırılması ve kanuni düzenlemelerde de bir birlik oluşturulması gerekmektedir.

---

<sup>97</sup> ÇELİKBİLEK, s. 64; ÇAĞLAYAN, s.188; YALÇIN, s.141.

## KAYNAKÇA

- AKBULUT**, Berrin: *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, 2. Baskı. Ankara 2014.
- BARDAKÇI**, Mehmet Akif: *Kabahatler Kanununa Göre İdari Para Cezaları ve İdari Para Cezalarının Yargısal Denetimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul 2006, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü).
- CAN**, Sibel, İdari Para Cezası: *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 7, S. 29, 2017 407-429.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: *İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)*. Ankara 2006.
- ÇELİKBİLEK**, Mahmut Fatih: *Kabahatler Kanunu Çerçevesinde İdari Para Cezaları, Yüksek Lisans Tezi*, Ankara 2010, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü).
- ERDOĞAN**, Yüksel: *Kabahatler Kanunu*, Ankara 2005
- GEDİK**, Doğan / **YÜCE**, Ersoy: *Bir İdari Yaptırım Türü Olarak Kabahatler Hukukunda Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi*, İstanbul 2011.
- GİŞİ**, Selçuk: "Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Malatya 2017 C. 8, S.1, 129-152.
- GÜÇLÜ**, Yaşar: *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, 3. Baskı, Ankara 2016
- KANGAL**, Zeynel Temel: *Kabahatler Hukuku*, İstanbul 2011.
- KARABULUT**, Mustafa: *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Ankara 2008.
- KARABULUT**, Mustafa: "İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2006 Y.1, S. 3, 63-67.
- KARAGÜLMEZ**, Ali: *Suç Olmaktan Çıkarma-İdari Para Cezaları- Açıklamalı Kabahatler Kanunu*, Ankara 2005.
- MAHMUTOĞLU**, Fatih Selami: *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, İstanbul 1995.

**MERAN**, Necati: *Açıklamalı-İçtihatlı Kabahatler Kanunu ve Kabahat İçeren Kanunlar*, Ankara 2008.

**OTACI**, Cengiz: *Türk Kabahatler Hukuku*, Ankara 2006.

**UĞUR**, Hüsamettin: "Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Kabahatler Kanunu'na Göre Kanun Yolları (Başvuru ve İtiraz)", Ankara 2010  
*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 89 , 405-438.

**ULUSOY**, Ali Dursun: *İdari Yaptırımlar*, İstanbul 2013.

**YALÇIN**, İsmail: *Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku*, Ankara 2007.





## TÜRK, İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKUNDA KOŞULA BAĞLI, İPTAL EDİLEBİLİR VE ASKIDA HÜKÜMSÜZ HUKUKİ İŞLEMLERDE ÖNALIM OLAYININ GERÇEKLEŞME ANI

Dr. Öğr. Üyesi Harun Mirsad GÜNDAY\*

### Öz

Önalım hakkı, hak sahibine, tek taraflı bir şekilde hakkın konusu şeyi iktisap etme imkânı veren bir haktır. Türk, İsviçre ve Alman hukukunda düzenlenen önalım hakkı mahiyeti itibariyle bir yenilik doğuran haktır.

Önalım hakkı, kural olarak, önalım olayının gerçekleşmesi ile birlikte kullanılabilir. Önalım olayının gerçekleşmesi ise hukukî işlemin geçerli bir şekilde kurulmasını ifade eder. Ancak ne var ki, kimi zaman, önalım olayının gerçekleşme anının tespiti bakımından zorluk arz eden durumlar söz konusu olabilir. Bu durumlardan en önemlilerini koşula bağlı, iptal edilebilir ve askıda hükümsüz işlemler oluşturur.

Koşula bağlı hukukî işlemlerde önalım olayının gerçekleşme anı geciktirici ve bozucu koşul ayırımı yapılmak suretiyle incelenmektedir. İptal edilebilir hukukî işlemlerde ise hakkın kullanım anı ve iptal sebebinin kaynaklandığı taraf göz önüne alınarak mesele ele alınmaktadır. Bunun gibi, askıda hükümsüz işlemlerde de askıda hükümsüzlüğün sebebinin kaynaklandığı taraf meselenin

\* Dr. Öğr. Üyesi. Erciyes Üniversitesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Kayseri, Türkiye  
✉ Asst. Prof., Erciyes University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Law Department, Kayseri, Türkiye.

✉ mirsad.gunday@gmail.com • ORCID 0000-0001-9429-393X.

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: GÜNDAY, Harun Mirsad: "Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Koşula Bağlı, İptal Edilebilir ve Askıda Hükümsüz Hukukî İşlemlerde Önalım Olayının Gerçekleşme Anı", SÜHFD, C. 32, S. 3, 2024, s. 1493-1532.

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

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

çözümünde göz önünde bulundurulmalıdır. Bu noktada, Türk-İsviçre hukukunda yer alan TBK md. 241/II ve OR Art. 216d/II hükümleri göz önünde bulundurulması gereken düzenlemelerdir.

### **Anahtar Kelimeler**

• Önalım Hakkı • Önalım Olayı • Koşul • İptal Edilebilirlik • Askıda Hükümsüzlük

## **THE MOMENT OF THE OCCURRENCE OF THE PREEMPTION EVENT IN CONDITIONAL, ANNULABLE, AND SUSPENDED LEGAL TRANSACTIONS IN TURKISH, SWISS, AND GERMAN LAW**

### **Abstract**

The right of pre-emption is a right that allows the right holder to unilaterally acquire the subject of the right. The right of pre-emption regulated in Turkish, Swiss, and German law is a formative right.

As a rule, the right of pre-emption can be exercised once the preemption event occurs. The occurrence of preemption event means that the legal transaction is established validly. However, sometimes there may be situations that make it difficult to determine the moment of the occurrence of preemption event. The most important of these situations are conditional, annulable, and pending transactions.

In conditional legal transactions, the moment of occurrence of the preemption event is examined by distinguishing between delaying and dissolving conditions. In annulable legal transactions, the issue is handled considering the moment of exercise of the right and the party from which the reason for annullability originates. Similarly, in suspended transactions, the party where the reason for the suspending originates should be taken into consideration in resolving the issue. At this point, the provisions of Turkish-Swiss law, Turkish Code of Obligations Art. 241/II, and Swiss Code of Obligations Art. 216d/II are the regulations that should be taken into consideration.

### **Keywords**

• Right of Pre-emption • Preemption Event • Condition • Annullability • Suspending

## GİRİŞ

Önalım hakkı, hak sahibine, önalım olayının gerçekleşmesi ile birlikte bir satış sözleşmesini tek taraflı olarak kurma ve hakkın konusu şeyin mülkiyetini iktisap etme imkânı veren bir yenilik doğuran haktır<sup>1</sup>.

Önalım hakkı kural olarak bir önalım olayı gerçekleştikten sonra kullanılabilir. Zira, henüz önalım olayı gerçekleşmeden hakkın kullanım imkânı henüz doğmamıştır<sup>2</sup>. Önalım olayı, kapsamını hangi tür hukukî işlemlerin oluşturduğu meselesi ayrı bir tartışma konusu olmakla birlikte<sup>3</sup>, genel olarak bir satış veyahut da ekonomik anlamda satışa eşdeğer

- 
- <sup>1</sup> Türk, İsviçre ve Alman hukukunda yer alan benzer tanımlar için bkz.: **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, Şu' a Hakkı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1959, s. 5; **GÜNDAY**, Harun Mirsad, Alım Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 90 vd.; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 198; **AKÇAAL**, Mehmet, Eşya Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 609; **ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Ahmet, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 254; **ATAMULU**, İsmail: "Önalım Hakkı Vasiyeti", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 30, Sayı 3, 2022, s. 1483; **MEIER-HAYOZ**, Arthur, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband: Grundeigentum II (ZGB Art. 680- 701), Stämpfli&Cie AG Verlag, Bern 1975, ZGB Art. 681 in: Berner Kommentar, Kn.19; **PFÄFFLI**, Roland/**BYLAND**, Daniela: "Vorkaufsrecht, Kaufrecht, Rückkaufsrecht An Grundstücken", Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes, S. 6/7, 2013, s. 289; **NOELPP**, Christoph, Eine Studie zur rechtlichten Erfassung des Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufrechts, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel und Frankfurt am Main 1987, s. 8; **SALZGEBER-DÜRIG**, Erike, Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien, Schulthess Juristische Medien AG Verlag, Zürich 1970, s. 10; **SAENGER**, Ingo, Nomos Handkommentar – Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse (Herausgegeben von Schulze/Dörner/Ebert u.a.), 12. Auflage, Nomos Verlag, Baden 2024, BGB § 463 in: Nomos Kommentar, Kn. 1; **MADER**, Peter/**SCHERMAIER**, Martin Josef, J. von Staudingers – Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse §§ 433 – 480 (Kaufrecht), Neubearbeitung von Roland Michael Beckmann/Annemarie Matusche-Beckmann/Martin Josef Schermaier (Redaktor: Michael Martinek), Sellier de Gruyter Verlag, Berlin 2014, BGB § 463 ff. in: Staudinger BGB, Kn. 1.
- <sup>2</sup> **WESTERMANN**, Harm Peter, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4 Schuldrecht – Besonderer Teil I §§ 433 – 534, Finanzierungsleasing – CISG (Redakteur: Dr. Dres. H.c. Harm Peter Westermann), 8. Auflage, C.H.Beck Verlag, München 2019, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 16.
- <sup>3</sup> Türk hukukunda bu yöndeki tartışmalar için bkz.: **OKUR**, Sinan: "Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori: Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m. 240/Art. 216c OR)", Süleyman Demirel Üniversitesi

bir hukukî işlemi ifade eder. Bu husus, Türk Hukukunda TBK md. 240/I'de ve İsviçre hukukunda ise OR Art. 216c/II hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Alman kanun koyucu ise BGB § 464 hükmünde, Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak, münhasıran satış sözleşmesi (*Kaufvertrag*) ifadesine yer vermiştir. Bunun dışında, ekonomik anlamda satışı eşdeğer olma veyahut da buna benzer bir ifadeye ilgili hükümde yer verilmemiştir. Ancak, Alman hukuk öğretisi, hükmü amaca uygun yorumlamak suretiyle genişletmiş ve benzer bir çözüme ulaşmıştır. Böylelikle, bir satış sözleşmesi olarak tezahür etmeyen ve fakat ekonomik sonuçları itibarıyla önalım olayı olarak değerlendirilebilecek hukukî işlemler de hükmün kapsamına dahil edilmiştir<sup>4</sup>.

Önalım olayının gerçekleşmesi hakkın kullanım sürelerinin başlabilmesinin bir ön şartıdır<sup>5</sup>. Türk hukukunda bu durum, TBK md. 240'ta

---

Hukuk Fakültesi, Cilt 9, Sayı 1, 2019, s. 138 vd.; **SİRMEN**, s. 464 vd.; **AKÇAAL**, s. 610-611; **DEMİRBAŞ**, Feride: "Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 65, Sayı 2, 2016, s. 257 vd.; **EREN**, Borçlar Özel, s. 207 vd.; **AKBAY**, Direnç: "Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Arasında Yapılan Önalım Hakkı İçeren Sözleşmeler", İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 77, Sayı 2, 2019, s. 720 vd.; **EREN**, Fikret: "Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XII, Sayı 1-2, 2008, s. 111 vd. Satış sözleşmesinin somut olaya göre önalım olayı olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz.: **TAMAN ŞİPKA**, Şükran, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şu'fa) Hakkı (MK. m. 659) Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, Alfa Basım Yayım, İstanbul 1994, s. 50 vd. İsviçre ve Alman hukuk sistemlerindeki tartışmalar için ayrıca bkz.: **BRÜCKNER**, Christian, Der Grundstückkauf Vorkaufsvertrag, Kaufrechtsvertrag, Begründung von Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechten, Erschienen in: Alfred Koller, Der Grundstückkauf - § 10 Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufsrechts), 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2001, Kn. 82 vd.; **HAAB**, Robert/**SIMONIUS**, August/**SCHEERER**, Werner/**ZOBL**, Dieter, Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, 1909, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1977, ZGB Art. 681-682 in: Zürcher Kommentar, Kn. 32; **SALZGEBER-DÜRIG**, s. 32 vd.; **ALLGÄUER**, Oskar, Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuches, H. R. Sauerländer & Co. Verlag, Aarau 1918, s. 114 vd.

<sup>4</sup> **WESTERMANN**, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 20.

<sup>5</sup> Türk hukukunda yasal ve sözleşmeden doğan önalım hakkı için TMK md.733/IV ve TBK md. 242 hükümleri üç ay ve iki yıllık kullanım süreleri öngörmüştür. Mehz İsviçre hukukunda da yasal önalım hakkı için bu süre ZGB Art. 681a/II hükmü gereği aynı şekilde üç ay ve iki yıldır. Sözleşmeden doğan önalım hakkı için ise OR Art. 216e hükmünde

“Önalım hakkı, taşınmazın satışı veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hallerinde kullanılabilir” denilerek açıkça ifade edilmiştir. Bunun gibi, İsviçre hukukunda OR Art. 216e hükmünde de önalım hakkının kullanımı için öngörülen üç aylık sürenin başlangıcı her şeyden önce önalım olayının gerçekleşmesi şartına bağlanmıştır. Çünkü henüz kullanımı mümkün olmayan bir hakkın kullanım sürelerinin başladığından bahsetmek mümkün değildir.

Alman hukukuna bakıldığında da Türk-İsviçre hukukundaki düzenlemelere paralel bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Nitekim, BGB § 464 hükmünde, önalım hakkına ilişkin bir hafta ile iki aylık kullanım sürelerinin başlayabilmesi için önalım olayının gerçekleşmesi şartı açıkça düzenlenmiştir. Zaten ilgili hükmün madde başlığı da kullanmanın ön şartları (*Voraussetzungen der Ausübung*) adını taşımaktadır.

Bu çalışmada, önalım olayının gerçekleşme anına ilişkin temel prensipler ortaya konulmak suretiyle, bu konuda tartışmalı olan koşula bağlı, askıda hükümsüz ve iptal edilebilir hukukî işlemler ele alınarak ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Bu inceleme yapılırsa, söz konusu hukukî işlemlerin özellikle önalım hakkının kullanım sürelerine etkisi ele alınmıştır. Önalım olayının kapsamını oluşturan hukukî işlemlere ise çalışmanın kapsamını genişletmemek amacıyla yer verilmemiştir. Ancak; koşula bağlı, askıda hükümsüz ve iptal edilebilir hukukî işlemlere ilişkin ortaya koyulan tespitler önalım olayını oluşturan tüm hukukî işlemler bakımından mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir niteliktedir.

## I. ÖNALIM OLAYININ GERÇEKLEŞMESİ

### A. Genel Olarak

Türk, İsviçre ve Alman hukukunda, önalım olayının gerçekleşme anı, önalım olayını oluşturan hukukî işlemin kurulduğu andır<sup>6</sup>. Henüz

---

yalnızca üç aylık süre öngörülmüştür. Alman hukukunda ise BGB § 469/II hükmü, taşınmazları konu alan önalım hakkı için iki ay ve taşınmaz dışında kurulan önalım hakkında ise bir haftalık süreye yer vermiştir.

<sup>6</sup> LIPS, Michael/RICKENBACHER, Larissa, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht - OFK - Orell Füssli Kommentar (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 4. überarbeitete und erweiterte Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2023, OR Art. 216d in: Orell Füssli Kommentar, Kn. 7; ARAL/AYRANCI, s. 263; DEMİRBAŞ, s. 257-258; SİRMEN, s. 466; AKBAY, s. 722; BRÜCKNER, Kn. 86-87; REY, Heinz: “Die Neuregelung der

hukukî işlemin kurulmadığı ve taraflarca görüşmelerin yapıldığı sözleşme öncesi görüşmeler önalım olayı teşkil etmez<sup>7</sup>. Bundan dolayı, sözleşme öncesi görüşmelerde önalım olayının gerçekleşme anından bahsetmek mümkün değildir.

Önalım olayının gerçekleşmesi için hukukî işlemin geçerli bir şekilde kurulmuş olması gerekir<sup>8</sup>. Dolayısıyla, hukukî işlemin şekle, hukuka ve ahlâka aykırı olması ya da ehliyetsizlik veya imkânsızlık sebebiyle geçersiz olduğu hallerde bir önalım olayından bahsetmek mümkün değildir<sup>9</sup>.

Vorkaufsrechte in ihren Grundzügen", Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Sayı 113, 1994, s. 4, dpn.40; **MEIER-HAYOZ**, ZGB Art. 681 in: Berner Kommentar, Kn. 184; **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL**, ZGB Art. 681-682 in: Zürcher Kommentar, Kn. 34; **WESTERMANN**, BGB § 469 in: Münchener Kommentar, Kn. 3; **SAENGER**, BGB § 463 in: Nomos Kommentar, Kn. 4; **ALPMANN-PIEPER**, Annegerd, Juris PraxisKommentar BGB, Band I: Allgemeiner Teil §§1-240 (Verfasserangabe: Klaus Vieweg), (Gesamtherausgeber: Prof. Dr. Maximilian Herberger/Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek M.C.J./Helmut Rüßmann/Prof. Dr. Stephan Weth), 5. Auflage, juris GmbH, Saarbrücken 2010, BGB § 463 in: jurisPK-BGB, Kn. 28.

<sup>7</sup> **GIGER**, Hans, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, 3. Abschnitt: Der Grundstückskauf Art. 216-221 OR, Stämpfli Verlag AG, Bern 1997, OR Art. 216 in: Berner Kommentar, Kn. 128.

<sup>8</sup> **LIPS/RICKENBACHER**, OR Art. 216d in: Orell Füssli Kommentar, Kn. 7; **OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, Güncellenmiş ve Eklemeler Yapılmış 24. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, Kn. 1918; **ARAL/AYRANCI**, s. 263; **DEMİRBAŞ**, s. 257-258; **SİRMEN**, s. 466; **GIGER**, OR Art. 216 in: Berner Kommentar, Kn. 129; **MEIER-HAYOZ**, ZGB Art. 681 in: Berner Kommentar, Kn. 184; **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL**, ZGB Art. 681-682 in: Zürcher Kommentar, Kn. 34; **BRÜCKNER**, Kn. 86-87; **REY**, s. 4, dpn.40; **BERGER**, Christian, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und Eu-ErbVO (Herausgegeben von Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner), 19. Auflage, C.H.Beck Verlag, München 2023, BGB § 463 in: Jauernig BGB, Kn. 16; **WESTERMANN**, BGB § 469 in: Münchener Kommentar, Kn. 3; **SAENGER**, BGB § 463 in: Nomos Kommentar, Kn. 4.

<sup>9</sup> **WESTERMANN**, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 16; **SİRMEN**, s. 466; **OKUR**, Önalım, s. 162 vd.; **GIGER**, OR Art. 216 in: Berner Kommentar, Kn. 129; **DEMİRBAŞ**, s. 257-258; **ALLGÄUER**, s. 119; **MEIER**, Robert: "Das neue Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht - vier Neuerungen und drei Auslegungsfragen", Aktuelle Juristische Praxis, 1994, s. 143; **BRÜCKNER**, Kn. 87; **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL**, ZGB Art. 681-682 in: Zürcher Kommentar, Kn. 34; **GIGER**, OR Art. 216 in: Berner Kommentar, Kn. 129; **STREBEL**, Joseph Lorenz, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Schulthess Verlag, Zürich 2009, Kn. 280. Gerçek hak sahibi olmamakla birlikte tapuda malik olarak gözüken bir kimse tarafından önalım

Önalım olayını oluşturan hukukî işlemin taraflarını önalım hakkı yükümlüsü ile üçüncü kişi oluşturmaktadır. Bunun dışında, hakkın konusu şeyin üçüncü kişi tarafından bir satış sözleşmesine konu edilmesi bir önalım olayı teşkil etmez<sup>10</sup>.

Son olarak, önalım olayını oluşturan hukukî işlemin geçerli bir şekilde kurulması yeterli olup ayrıca taraflarca borçların ifa edilmiş olması gerekli değildir<sup>11</sup>. Dolayısıyla, henüz taraflarca borçlar ifa edilmese bile hak sahibi önalım hakkını kullanabilir.

### B. TBK md. 241/II ve OR Art. 216d/II Hükümleri Kapsamında Meselenin İncelenmesi

Türk-İsviçre hukukunda, önalım olayının gerçekleşmesi bahsinde TBK md. 241/II hükmü ile bu hükme mehzaz teşkil eden OR Art. 216d/II hükmünün ayrıca ele alınması gerekir. Nitekim TBK md. 241/II'de Türk kanun koyucusu, "*Önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa ya da alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa, bu durum önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez.*" şeklinde bir düzenlemeye

---

hakkının konusunu oluşturan taşınmazın satılması halinde de önalım olayının gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Zira, böyle bir durumda, iyiniyetli üçüncü kişinin edinimi korunur. Bunun gibi, maddî anlamda gerçek hak sahibi olan ve fakat yolsuz tescil sebebiyle malik olarak gözükmeyen bir kimsenin, hakkın konusunu oluşturan taşınmaza ilişkin bir taşınmaz satış sözleşmesi yapması halinde de aynı sonuca ulaşmak gerekir. Zira maddî anlamda gerçek hak sahibi olan bir kimse taşınmaz üzerinde her halükârda borçlandırıcı işlem yapabileceği gibi; tapu kütüğünde yer alan kaydın düzeltilmesini de her zaman isteyebilir. Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz.: RÜEGG, Jonas, *Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken*, Schulthess Verlag, Basel 2014, Kn. 542 vd.

<sup>10</sup> GRUNEWALD, Barbara, Erman BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar mit Nebengesetzen (AGG, BVerstG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhafTG, VBVG, VersAusglG, WEG – teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht, (Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann/Prof. Dr. Barbara Grunewald/Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer), 17. neu bearbeitete Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Koeln 2023, BGB § 463 in: Erman BGB, Kn. 10; DAUM, GROSSKOMMENTAR BGB - (Gesamtherausgeberschaft für das Zivilrecht: Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann), C.H.Beck Verlag, München 2024, BGB § 463 in: BeckOK BGB, Kn. 62.

<sup>11</sup> DEMİRBAŞ, s. 257; AKBAY, s. 721; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB Art. 681-682 in: Zürcher Kommentar, Kn. 33; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: "Şu'fa Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XIX, Sayı 1-2, 1953, s. 222 vd.; RÜEGG, Kn. 538; ALLGÄUER, s. 115 vd.; MEIER-HAYOZ, ZGB Art. 681 in: Berner Kommentar, Kn. 166 ve 192; STREBEL, Kn. 218.

yer vermiştir. İlgili hüküm İsviçre hukukunda OR Art. 216d/II hükmünün tercümesinden ibarettir.

İşbu hükümler, esasında önalım olayının gerçekleşme anını düzenlemek için getirilmiş hükümler değildir. Ancak, bir yönüyle askıda hükümsüz hukukî işlemleri düzenlemiş olması sebebiyle ele alınmaya muhtaçtır.

İlgili hükümlerde, önalım olayının ortadan kalkmasının hak sahibine karşı ileri sürülemeyeceği haller düzenlenmiştir. Bunlardan birincisini askıda hükümsüz işlemler oluşturmaktadır<sup>12</sup>. İkincisini ise önalım olayını oluşturan hukukî işlemin ortadan kaldırıldığı durumlar oluşturmaktadır. Ancak en nihayetinde her iki durum için de önemli bir ortak şart bulunmaktadır. O da önalım hakkının hak sahibi tarafından kullanılmış olmasıdır. Eğer hak henüz kullanılmamış ise hükmün kapsamına girer haller yine hak sahibine karşı ileri sürülebilecektir.

Türk-İsviçre hukukunda, önalım olayını oluşturan hukukî işlemin ortadan kalkması ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır<sup>13</sup>. Meseleye dar yorum yapmak suretiyle yaklaşan birinci görüş, hükmün, TBK md. 132'nin de karşılığını oluşturan ve ibra müessesesini düzenleyen OR Art. 115 hükmü ile sınırlı olarak uygulanabileceğini savunmaktadır<sup>14</sup>. Yani, önalım olayını oluşturan hukukî işlemin tarafları daha sonra aralarında bir ibra sözleşmesi yapmak suretiyle bir borcu tamamen veya kısmen ortadan kaldırır ve bu süre içerisinde önalım hakkı sahibi de hakkı kullanmış olur ise hakkın kullanımı geçerliliğini korumaya devam eder. Ancak bu noktada, kanaatimizce, TBK md. 241/II ile OR Art. 216d/II

<sup>12</sup> TBK md. 241/II ve OR Art. 216d/II hükümleri alıcının şahsından kaynaklanan askıda hükümsüzlük hallerini düzenlemiştir. Bu haller, konu bütünlüğünü sağlamak amacıyla, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde askıda hükümsüzlüğe ilişkin özel başlık altında incelenmiştir.

<sup>13</sup> İptal edilebilir veyahut da koşula bağlı hukukî işlemlerin bu hükmün kapsamında yer almadığı yönünde bkz.: **LIPS/RICKENBACHER**, OR Art. 216d in: Orell Füssli Kommentar, Kn. 7; **BINDER**, Markus, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge (Michael Hochstrasser/Tina Huber-Purtschert/Eva Maissen), 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2023, OR Art. 216d in: CHK-Handkommentar, Kn. 6.

<sup>14</sup> **STREBEL**, Kn. 264; **RÜEGG**, Kn. 576; **LIPS/RICKENBACHER**, OR Art. 216d in: Orell Füssli Kommentar, Kn. 7; **MEIER**, s. 143, dpn.48-49.



hükümlerinin kapsamında yer alan ibra, önalım olayına ilişkin hukukî işlemdeki aslî edim yükümlülüklerine ilişkin ibrayı ifade etmektedir. Bunun dışında, taraflardan birinin yan edim yükümlülüklerinin birinden ibrası her halükârda önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemezdir.

Öğretide yer alan ikinci görüş ise ibra müessesesi dışında ayrıca borçlunun temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönmeyi düzenleyen TBK md. 125 ile OR Art. 109 hükümleri ve satış sözleşmesinde ayıp sebebiyle sözleşmeden dönmeyi ele alan TBK md. 227 ve OR Art. 205 hükümlerini de hükmün kapsamında değerlendirmektedir<sup>15</sup>. Meseleye bu açıdan bakıldığında, Türk ve İsviçre kanun koyucularının, ilgili hükümlerde hem satıcı (önalım hakkı yükümlüsü) hem de alıcıdan kaynaklı durumlara yer verdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Zira, borçlunun temerrüdü hükümlerine dayanmak suretiyle sözleşmeden dönme imkânı hem satıcı hem de alıcıya aittir. Keza ibra sözleşmesi de tarafların bir araya gelmek suretiyle yapacakları bir hukukî işlem olduğundan her ikisini de kapsayan bir durumdur. Bu ikisi dışında, ayıp sebebiyle dönme ise olsa olsa alıcının başvurabileceği bir imkândır. Bu sebeple de son halde satıcıdan kaynaklı bir sebebin bulunduğunu söylemek gerekir<sup>16</sup>.

Türk-İsviçre hukukunda yer alan görüşlere bakıldığında, her iki görüşün, ibra müessesesi noktasında hemfikir olduğu görülmektedir.

---

<sup>15</sup> BRÜCKNER, Kn. 86; BINDER, OR Art.216d in: CHK-Handkommentar, Kn. 5; GIGER, OR Art. 216d in: Berner Kommentar, Kn. 29, RÜEGG, Kn. 579; AKBAY, s. 723-724. Türk hukukunda ayıp sebebiyle dönme halinin hükmün kapsamında yer aldığı yönünde bkz.: DEMİRBAŞ, s. 260. Hukukî sebebe yer vermeksizin dönme ve iptal hallerinin bu hükmün kapsamında yer aldığını ifade eden görüş için bkz.: KIZIR, Mahmut: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 1788. Tek taraflı dönme ve tarafların anlaşmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirmeye hallerinin hükmün kapsamında yer aldığını ifade eden görüş için bkz.: SIRMEN, s. 473. Taraflardan birine sözleşmeyle cayma hakkının tanındığı hallerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden görüş için bkz.: RÜEGG, Kn. 579.

<sup>16</sup> Ayıptan doğan sorumlulukta satıcının kusuru bir şart olarak aranmasa da burada her halükârda satıcıdan kaynaklanan bir sebebin varlığını kabul etmek gerekir. Zira ilgili hükümde sebep ile kastedilen husus teknik anlamda kusuru karşılamaz. Aksi takdirde, aslında hükümsüzlük sebebiyle önalım olayının onaylanmaması halinde buna sebep olan tarafın bu duruma kusuruyla sebebiyet verdiğini söylemek gerekir idi.

Aralarındaki tek fark, ikinci görüşün ayıp ve temerrüt müesseselerini de dahil etmek suretiyle bir çözüm sunmasıdır.

Kanaatimizce öğretilerde yer alan ikinci görüşe öncelik vermek gerekir. Öncelikle, ilgili hüküm, hak sahibine önalım hakkının kullanımı bakımından istisnaî bir koruma getirmektedir. İstisnaî hükümler ise kural olarak dar yorumlanmalıdır. Ancak, bize göre, Türk ve İsviçre kanun koyucuları ilgili hükümlerde sözleşmenin ortadan kalkması ifadesini sınırlayıcı bir şekilde ifade etmekten özellikle imtina etmiştir. Bu sebeple de burada genişletici bir yoruma yer vermek hükmün amacı ile çelişen bir durum oluşturmaz. Aynı durum, hükmün kapsamında yer alan ibra müessesesi için de geçerlidir. Gerçekten de ibra müessesesinde borç ilişkisindeki münferit bir borcun tamamen veya kısmen kaldırılması söz konusudur. Oysa kanaatimiz, taraflar arasındaki borç ilişkisini sona erdiren bir ikâl sözleşmesinin varlığı halinde de hükmün öngördüğü korumanın hak sahibi bakımından geçerli olması gerektiği yönündedir. Nitekim Türk-İsviçre hukukundaki yaklaşım da bu yöndedir<sup>17</sup>. Nitekim bu yönde bir düzenlemeye yer vermeyen Alman hukukunda da taraflarca sonradan sözleşmenin ortadan kaldırılmasına yönelik yapılan anlaşmaların önalım hakkını bertaraf etmeyeceği savunulmaktadır<sup>18</sup>.

İlgili hükümlerde, önalım hakkı sahibine bahşedilen korumanın ön şartı önalım hakkının kullanılmış olmasıdır. Nitekim bu husus Türk Borçlar Kanunu'nda "*Önalım hakkı kullanıldıktan sonra...*"<sup>19</sup> şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Ancak İsviçre hukukunda, hükmün açık lafzına rağmen, hakkın kullanılmış olup olmaması gerektiği hususu öğretilerde oldukça tartışılmıştır. Bunun sebebi, İsviçre Borçlar Kanunu revizyonu öncesinde yer alan hâkim görüşün, OR Art. 216d/II hükmünün açık lafzına rağmen, revizyon sonrası yeni Kanun döneminde de kendisine taraftar bulabilmiş olmasıdır.

<sup>17</sup> RÜEGG, Kn. 577; DEMİRBAŞ, s. 259-260; KIZIR, s. 1788.

<sup>18</sup> BERGER, BGB § 463 in: Jauernig BGB, Kn. 18; SAENGER, BGB § 463 in: Nomos Kommentar, Kn. 4; RGZ 118, 4 (8); BGH ZIP 2010, 2160. Aksi yönde bkz.: ALPMANN-PIEPER, BGB § 463 in: jurisPK-BGB, Kn. 38.

<sup>19</sup> OR Art. 216d/II'deki düzenleme, "*...nachdem das Vorkaufsrecht ausgeübt worden ist...*" şeklindedir.

Öğretide yer alan ve revizyon öncesi dönemde oldukça taraftar bulunmuş olan bu görüşe göre, önalım olayının ortadan kalkmasının hak sahibi bakımından önemi, onun, önalım olayını bilip bilmemesi ile ilgili bir meseledir. Yani, önalım olayı hakkında hak sahibi henüz bilgi sahibi değil ve bu esnada önalım olayı ortadan kalkmış ise artık önalım olayının gerçekleşmediği kabul edilir<sup>20</sup>. Bu görüşün pratik sonucu şudur: Önalım hakkı sahibi, önalım olayına ilişkin bilgi sahibi olduktan ve fakat henüz hakkı kullanmadan önce önalım olayı ortadan kalksa bile, bu durum, önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez. Yani, hak sahibi önalım hakkını kullanmak suretiyle satış sözleşmesini kurabilir. Ancak, önalım hakkı sahibi üç aylık süre içerisinde hakkı kullanmaz ise, önalım hakkı, hakkın kullanılmasa sebebiyle kural olarak sona erer<sup>21</sup>. Dolayısıyla, bu görüşe göre, önalım hakkı henüz hakkın konusu şey önalım hakkı yükümlüsünün mülkiyetinde iken sona ermiş olabilir.

Öğretide yer alan ikinci görüş ise OR Art. 216d/II hükmünün lafzından hareket etmektedir. Dolayısıyla önalım olayı ortadan kalksa bile, bunun, önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülememesi için hakkın kullanılmış olması gerekir<sup>22</sup>. Bunun sonucu olarak, önalım hakkı sahibi bilgilendirilmiş ve fakat henüz hak kullanılmadan önalım olayı ortadan kalkmışsa önalım olayı gerçekleşmemiş kabul edilir. Bu sebeple, hak sahibi tarafından hakkın geçerli bir şekilde kullanılma imkânı doğmamış olur.

<sup>20</sup> ALLGÄUER, s. 117 vd.; MEIER-HAYOZ, ZGB Art. 681 in: Berner Kommentar, Kn. 193 vd.; SCHMID, Hans Peter, Das Vorkaufsrecht, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 1934, s. 86 vd. OR Art. 216d/II hükmüne rağmen bu görüşü savunmaya devam eden yazarlar için bkz.: EMERY, N. 375; STEINAUER, droits réels, N. 1732 (RÜEGG, Kn. 580, dpn.1130'dan naklen).

<sup>21</sup> Yasal önalım hakkı ile şerh edilmiş önalım hakkının kullanım süreleri içerisinde kullanılmaması halinde sona ermeyeceği yönünde bkz.: GÜNDAY, Harun Mirsad: "Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Önalım Hakkı Sürelerine İlişkin Hukukî Düzenlemeler", Kırkkale Hukuk Mecmuası, Cilt 4, Sayı 2, 2024, s. 588 vd.

<sup>22</sup> FASEL, Urs, Kommentar zur Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich 2013, OR Art. 216d in: Kommentar zur Grundbuchverordnung, Kn. 7; SIMONIUS, Pascal/SUTTER, Thomas, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band 1: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 1995, § 11 N. 68; GIGER, OR Art. 216d in: Berner Kommentar, Kn. 29; RÜEGG, Kn. 580; STREBEL, Kn. 265 vd.

Bunun sonucu olarak da önalım hakkının kullanımına ilişkin süreler işleme başlamaz.

Kanaatimizce öğretilerde yer alan ikinci görüşe öncelik vermek gerekir. Zira her şeyden önce, hükmün lafzı, aksi yönde bir yorumu mümkün kılmamaktadır. Öte yandan, ilk görüşün kabulü halinde, önalım hakkı sahibi henüz önalım olayı gerçekleşmemiş olsa bile üç aylık süre içerisinde önalım hakkını kullanma zorunluluğuyla karşı karşıya kalmaktadır. Bu ise önalım hakkı yükümlüsünün spekülasyon amaçlarıyla hareket etmesine imkân verebilecek bir durumdur. Gerçekten de önalım hakkı yükümlüsü, hak sahibinin ekonomik açıdan zor durumda olduğu bir dönemde, üçüncü kişiyle bir satış sözleşmesi yapmak ve daha sonra da önalım olayını ortadan kaldıran bir sebebe dayanmak suretiyle hakkın konusu şeyin mülkiyetini hakkını elinde bulundurmaya devam edebilecektir. Bu esnada, üç aylık süre dolduktan sonra önalım hakkı da sona ermiş olacaktır. Öte yandan, önalım hakkı yükümlüsünün üçüncü kişiyle yapmış olduğu hukukî işlemde bilerek temerrüde düşmesi ve üçüncü kişiyi sözleşmeden dönmeye zorlayabilme imkânına sahip olduğu düşünüldüğünde, kanaatimizce, ikinci görüşün isabetsizliği daha net bir şekilde görülmektedir. Oysa bu durum ne ilgili hükmün amaçladığı ne de Türk ve İsviçre kanun koyucularının arzu ettiği bir sonuçtur. Bu noktada, ilgili görüşü benimsemek suretiyle meseleyi dürüstlük kuralı veya koşula ilişkin hükümler bağlamında çözmeye çalışmak da bize göre birer beyhude çabadan ibarettir.

## II. KOŞULA BAĞLI HUKUKÎ İŞLEMLER

### A. Türk – İsviçre Hukuku

Türk-İsviçre hukukunda önalım olayının gerçekleşme anı ve hakkın kullanım sürelerine etkisi bakımından koşula bağlı işlemler ele alınması gereken bir meseledir. Özellikle İsviçre hukukunda bu mesele daha ziyade geciktirici koşula bağlı hukukî işlemler bakımından tartışılmıştır. Zira bozucu koşula bağlı bir hukukî işlem yapıldığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Dolayısıyla önalım olayı da bu andan itibaren gerçekleşmiş kabul edilir. Önalım hakkı sahibinin bilgilendirilmesiyle birlikte de nisbî kullanım süresi işlemeye başlar.

Geciktirici koşula bağlı hukukî işlemlere bakıldığında ise meselenin ikili bir ayırımı tabi tutularak ele alındığı görülmektedir. Buna göre, önalım olayının salt iradî koşula<sup>23</sup> bağlandığı hallerde, önalım olayının gerçekleştiği an koşulun gerçekleştiği andır<sup>24</sup>. Bunun dışında, koşulun tesadüfî nitelikte<sup>25</sup> olduğu durumlarda ise hukukî işlemin kurulduğu anda önalım olayı da gerçekleşmiş kabul edilmektedir<sup>26</sup>. Daha sonra, önalım hakkı sahibinin bilgilendirilmesiyle birlikte de üç aylık süre işlemeye başlar. Böyle bir durumda, önalım hakkının kullanımı neticesinde önalım hakkı sahibi ile yükümlüsü arasındaki satış sözleşmesi de aynı tesadüfî koşula bağlı olarak kurulmuş sayılır<sup>27</sup>.

- <sup>23</sup> Salt iradî koşul, koşulun gerçekleşmesinin hukukî işlemin taraflarından birinin iradesine bırakıldığı hallerde söz konusu olur. Bu kişi ise genellikle o hukukî işlemde menfaat temin eden kimsedir. Bu yönde bkz.: **OKUR**, Sinan: “Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, 2019, s. 48.
- <sup>24</sup> **OKUR**, Önalım, s. 178; **BRÜCKNER**, Kn. 91; **STREBEL**, Kn. 430. Salt iradî koşula bağlı hukukî işlemin genel olarak önalım olayının gerçekleşmesi sonucunu doğurmayacağı yönünde ayrıca bkz.: **BINDER**, OR Art. 216d in: CHK-Handkommentar, Kn. 9; **SIMONIUS/SUTTER**, § 11 N. 59 vd. Bu yazarlar, salt iradî koşulun gerçekleşmesi halinde önalım olayının gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin ayrıca bir açıklamada bulunmamaktadır.
- <sup>25</sup> Tesadüfî koşul, koşulun gerçekleşmesinde taraf iradelerinin bir etkisinin söz konusu olmadığı ve koşulun gerçekleşmesinin üçüncü kişilere bağlı olmadığı hallerde söz konusu olur. Tesadüfî koşulda koşulun gerçekleşmesi tesadüfî olayların etkisine bağlıdır. Bu yönde bkz.: **OKUR**, Koşul, s. 49.
- <sup>26</sup> **BINDER**, OR Art. 216d in: CHK-Handkommentar, Kn. 9; **BRÜCKNER**, Kn. 90; **GIGER**, OR Art. 216 in: Berner Kommentar, Kn. 132; **OKUR**, Önalım, s. 177. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL**, ZGB Art. 681-682 in: Zürcher Kommentar, Kn. 35; **MEIER-HAYOZ**, ZGB Art. 681 in: Berner Kommentar, Kn. 190; **MEIER-HAYOZ**, Arthur: “Der Vorkaufsfall”, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Sayı 45, 1964, s. 273, dpn.49; **SCHMID**, s. 81; **STREBEL**, Kn. 429. Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: **BGE 85 II 572 ff. (576), E. 4**. Bu konuda öğretilerde yer alan eleştiriler için bkz.: **SUTTER-SOMM**, Thomas: “Einige Überlegungen zum Vorkaufrecht”, Schweizerische Juristenzeitung, Cilt 18, Sayı 81, 1985, s. 282.
- <sup>27</sup> **RÜEGG**, Kn. 557; **MEIER**, s. 143; **BRÜCKNER**, Kn. 90; **GIGER**, OR Art. 216 in: Berner Kommentar, Kn. 132; **MEIER-HAYOZ**, ZGB Art.681 in: Berner Kommentar, Kn. 190; **MEIER-HAYOZ**, Vorkaufsfall, s. 273, dpn.49; **SCHMID**, s. 81; **STREBEL**, Kn. 228 vd.; **OKUR**, Önalım, s. 177. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz.: **BGE 73 II 162 ff. (166), E. 4a**. Nitekim TBK md. 241/III’ün karşılığını oluşturan OR Art. 216d/III’teki “koşullar” ifadesinin geciktirici ya da bozucu koşulu da ihtiva ettiği yönünde bkz.: **MEIER**, s. 143. Bu noktada, kanaatimizce, meseleyi önalım hakkının niteliğine göre ele almak gerekir. Bu kapsamda, adî önalım hakkında satış sözleşmesinin aynı tesadüfî

Geciktirici salt iradî koşulda koşulun gerçekleşmesinin tamamen üçüncü bir kişinin arzusuna bırakılmış olması kimi zaman önalım hakkı sahibi aleyhine sonuç doğurabilir. Örneğin; önalım hakkı sahibi bakımından uzun bir bekleme süresinin varlığı halinde durum böyledir. İsviçre hukuk öğretisi, bu durumda, hukukî işlemin ilgili tarafına koşulun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine yönelik karar vermesi için süre verilebileceğini savunmaktadır<sup>28</sup>. Kanaatimizce de bu yönde bir çözüm oldukça isabetlidir. Ancak, bu çözümü, en nihayetinde önalım hakkı yükümlüsü dışındaki üçüncü kişilerle sınırlayıcı bir şekilde uygulamak daha uygun olur<sup>29</sup>.

## B. Alman Hukuku

Koşula bağlı hukukî işlemlerin hakkın kullanım sürelerine etkisi Alman hukuk öğretisi ve uygulamasında da oldukça tartışmalıdır. Tartışmaların odağını, tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi, geciktirici koşula bağlı işlemler oluşturur. Ancak öne sürülen çözüm önerileri Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak daha yeknesak ve kapsayıcıdır.

Alman hukukunda bozucu koşula bağlı bir hukukî işlemin kurulmasıyla birlikte önalım olayının gerçekleştiği kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

---

koşula bağlı olarak kurulmuş olduğunu ve fakat bir nitelikli önalım hakkı kararlaştırılmış ise hakkın kullanılması neticesinde kurulan satış sözleşmesinin aynı tesadüfi koşula bağlı olmaksızın kurulduğunu kabul etmek gerekir. Zira gerek OR Art. 216d/III gerek ise TBK md. 241/III'te ifade edilen "koşullar" sözcüğü, kanaatimizce, önalım olayını oluşturan hukukî işlemin hüküm ve sonuçlarının bağlandığı geciktirici ve bozucu koşulları da kapsayan düzenlemelerdir.

<sup>28</sup> RÜEGG, Kn. 563.

<sup>29</sup> Zira, önalım hakkı yükümlüsü, önalım olayını gerçekleştirip gerçekleştirilmeme konusunda tam yetkiye sahiptir. O, dilerse hakkın tesis edildiği süre boyunca önalım olayını hiçbir şekilde gerçekleştirmeyebilir. Dolayısıyla da önalım olayına ilişkin hukukî işlemin önalım hakkı yükümlüsünün arzusuna bağlı bir salt iradî koşula bağlanmış olması onu bu imkândan mahrum bırakmamalıdır.

<sup>30</sup> DAUM, BGB § 463 in: BeckOGK BGB, Kn. 81; GRUNEWALD, BGB § 463 in: Erman BGB, Kn. 13; FAUST, Florian, BECK-OK BGB - Beck'sche Online-Kommentare (Herausgegeben von Prof. Dr. Wolfgang Hau und Prof. Dr. Roman Poseck), 69. Edition, C.H.Beck Verlag, München 2024, BGB § 463 in: BeckOK BGB, Kn. 28; BERGER, BGB § 463 in: Jauernig BGB, Kn. 18; SAENGER, BGB § 463 in: Nomos Kommentar, Kn. 4; WERTENBRUCH, Johannes, Soergel BGB – Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 6/2 Schuldrecht 4/2 §§ 454-480 (begründet von Dr. Hs. Th. Soergel, Bayer. Hofrat - neu herausgegeben von Dr. W. Siebert, o. Professor der Rechte in Heidelberg), 13. neubearbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2009, BGB § 463 in: Soergel BGB

Dolayısıyla, tıpkı Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi, hak sahibinin bilgilendirilmesi ile birlikte de kullanım süreleri işlemeye başlar. Önalım hakkı kullanıldıktan sonra bozucu koşulun gerçekleşmesi halinde ise, bu durumun, önalım hakkına etkisinin ne olacağı tartışmalıdır. Zira bozucu koşul mahiyeti itibariyle geçmişe etkili değildir. Bunun sonucu olarak önalım olayına etkisi de en nihayetinde ileriye yöneliktir. Yani, önalım olayı en nihayetinde gerçekleşmiş ve fakat daha sonra sona ermiş olur. Hal böyle olunca da teknik anlamda önalım olayının ortadan kalkması söz konusu değildir<sup>31</sup>.

Alman hukukunda meselenin çözümünde şu şekilde bir yaklaşım benimsenmektedir: Bozucu koşul her ne kadar ileriye etkili olsa da en nihayetinde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin bir unsurunu (*Bestandteil des Vertragverhältnisses*) oluşturmaktadır. Koşul gerçekleştiği takdirde de bu sözleşme ilişkisi sona ermiş olur. Bu sebeple, önalım hakkı sahibinin iktisabı önalım olayının bulunmaması sebebiyle hukukî sebepten yoksun kalır. Hal böyle olunca da hakkın konusu şeyin iadesi gerekir<sup>32</sup>.

Bozucu koşulun önalım olayı ve hakkın konusu şeye etkisi bu şekilde olmakla birlikte önalım hakkına etkisinin ne olduğu sorusunun cevabı ile alınması gereken bir diğer sorundur. Öğretide yer alan bir görüşe göre, koşulun gerçekleşmesi ile birlikte önalım hakkının kullanımı geçersiz olmakta ve henüz kullanılmamış olan önalım hakkı da kural olarak sona ermektedir<sup>33</sup>. Taraflar istiyorsa eğer bu hususta aksi yönde kararlaştırmaya elbette yer verebilir<sup>34</sup>.

Öğretide yer alan ve bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise önalım hakkının kullanımını etkisizleştiren ya da hakkı sona erdiren bir yorum, kanaatimizce, önalım hakkı sahibi bakımından hakkaniyete uygun bir çözüm yolu sunmaktan oldukça uzaktır. Müesseseyi düzenleyen Alman Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerindeki lafız da buna cevaz

---

Kommentar, Kn. 59; **SCHURIG**, Klaus, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht (Geschichte, Dogmatik, ausgewählte Fragen), Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1975, s. 139.

<sup>31</sup> **SCHURIG**, s. 139.

<sup>32</sup> **SCHURIG**, s. 139; **FAUST**, BGB § 463 in: BeckOK BGB, Kn. 28; **WESTERMANN**, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 18.

<sup>33</sup> **SCHURIG**, s. 140, dpn.639'daki yazarlar.

<sup>34</sup> **GRUNEWALD**, BGB § 463 in: Erman BGB, Kn. 13.

verir nitelikte değildir<sup>35</sup>. Böyle bir durumda, önalım olayının hiç gerçekleşmediğini kabul etmek ve önalım hakkını ayakta tutmak bize göre daha adil bir sonuç olarak gözükmektedir<sup>36</sup>.

Alman hukukunda geciktirici koşula bağlı hukukî işlemlerde de tıpkı bozucu koşulda kabul edilen çözüm yolu benimsenmiştir. Gerçekten de öğretilerdeki hâkim görüş geciktirici koşula bağlı hukukî işlemin kurulmasıyla birlikte önalım olayının gerçekleştiği yönündedir<sup>37</sup>. Zira hukukî işlem geciktirici koşula bağlı olsa da en nihayetinde geçerli olarak kurulmuştur<sup>38</sup>. Ancak burada hakkın kullanımı yönünden bir hususa dikkat çekmekte fayda vardır. Önalım hakkı hukukî işlemin kurulmasıyla değil; en nihayetinde sözleşmede öngörülen koşulun gerçekleşmesiyle birlikte kullanılabilir<sup>39</sup>. Ancak, hakkın kullanım sürelerinin başlangıç anı koşulun gerçekleştiği an değil; hak sahibine koşulun gerçekleştiğinin bildirildiği andır<sup>40</sup>.

Alman hukukunda benimsenen bu çözüm yolu her ne kadar Türk-İsviçre hukukunda yer alan benzer pratik sonuca sahip olsa da münhasıran Alman hukukunda uygulanabilir niteliktedir. Zira, mutlak kullanım sürelerine yer veren Türk-İsviçre hukukunda benzer çözüm yolunu benimsemek salt iradî koşula bağlı hukukî işlemler dışında pratik açıdan oldukça zordur. Gerçekten de koşulun TBK md. 242'de öngörülen iki yıllık sürenin dolmasından sonra gerçekleşmesi halinde önalım hakkının

<sup>35</sup> SCHURIG, s. 140. Herhangi bir gerekçe sunmaksızın aynı doğrultuda bkz.: WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 18.

<sup>36</sup> SCHURIG, s. 140; DAUM, BGB § 463 in: BeckOGK BGB, Kn. 81.

<sup>37</sup> ALPMANN-PIEPER, BGB § 463 in: jurisPK-BGB, Kn. 29; SAENGER, BGB § 463 in: Nomos Kommentar, Kn. 4; BERGER, BGB § 463 in: Jauernig BGB, Kn. 18. Aksi yöndeki görüş için bkz.: WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 18; FAUST, BGB § 463 in: BeckOK BGB, Kn. 28; GRUNEWALD, BGB § 463 in: Erman BGB, Kn. 13; SCHURIG, s. 140 vd.; DAUM, BGB § 463 in: BeckOGK BGB, Kn. 80. Önalım hakkı henüz tesis edilmeden hakkın konusu şey geciktirici koşula bağlı bir satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Böyle bir durumda, hak tesis edildikten sonra geciktirici koşul gerçekleşse bile söz konusu satış bir önalım olayını oluşturmaz. Bu yönde bkz.: WERTENBRUCH, BGB § 463 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 59; DAUM, BGB § 463 in: BeckOGK BGB, Kn. 80.

<sup>38</sup> WERTENBRUCH, BGB § 463 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 59; SCHURIG, s. 140.

<sup>39</sup> ALPMANN-PIEPER, BGB § 463 in: jurisPK-BGB, Kn. 29; WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 18.

<sup>40</sup> WERTENBRUCH, BGB § 463 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 59.



kullanım imkânı hiç doğmamakta ve önalım hakkı da kullanılmama sebebiyle zaten sona ermiş olmaktadır.

Alman hukukunda, hak sahibine, geciktirici koşula bağlı önalım olayının varlığı halinde önalım hakkını kullanma imkânının tanınması gerektiği savunulmaktadır<sup>41</sup>. Burada kastedilen, önalım hakkının, önalım olayındaki geciktirici koşulun gerçekleşmesi şartına bağlı olarak kullanılmasından ibarettir<sup>42</sup>. Çünkü önalım olayı koşula bağlanmış olsa da taraflar arasında halihazırda kurulmuş bir hukukî işlem söz konusudur. Bu sebeple de önalım hakkı sahibi, henüz hakkı kullanamayacak durumda olsa bile, buna ilişkin kararı verebilecek imkâna sahip olmalıdır<sup>43</sup>. Bunun sebebi, koşulun gerçekleşip gerçekleşmemesine ilişkin bildirim, önalım hakkı yükümlüsünün bildirim yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmiyor oluşudur<sup>44</sup>.

Önalım hakkının, geciktirici koşulun gerçekleşmesi şartına bağlı olarak kullanıldığı hallerde geciktirici koşul gerçekleşmezse hakkın kullanımı geçersiz hale gelmektedir. Ancak, önalım hakkı varlığını sürdürmeye devam her halükârda devam eder<sup>45</sup>.

### C. Değerlendirme ve Kanaat

Koşula bağlı işlemlerin önalım olayına etkisi Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde ikili bir ayırıma tabi tutularak incelenmiştir. İlk olarak, bozucu koşula bağlı hukukî işlemler üç hukuk sisteminde de aynı etkiye sahiptir. Yani, hukukî işlemin kurulmasıyla birlikte önalım olayı da gerçekleşmiş sayılmaktadır. Ancak buradaki tartışmalı konu daha ziyade koşulun gerçekleşmesinin önalım hakkına ve hakkın kullanımına etkisidir.

Bize göre olması gereken, bozucu koşula bağlı hukukî işlemi tıpkı koşula bağlı olmayan bir hukukî işlem gibi ele almaktır. Yani, hukukî işlem kurulduktan sonra önalım olayı gerçekleşmiş olarak kabul edilmeli

<sup>41</sup> WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 18.

<sup>42</sup> WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 18; SCHURIG, s. 141.

<sup>43</sup> SCHURIG, s. 141.

<sup>44</sup> SCHURIG, s. 141.

<sup>45</sup> WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 18; WERTENBRUCH, BGB § 463 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 59.

ve bildirimle birlikte de hakkın kullanım süreleri işlemeye başlamalıdır. Bu noktada belki şu ihtimaller akla gelebilir: Birincisi, kullanım süresinin başlamasından sonra ve fakat önalım hakkı kullanılmadan önce bozucu koşul henüz kullanım süresi dolmadan gerçekleşmiş olabilir. İkincisi, bozucu koşul kullanım süresi dolduktan sonra gerçekleşmiş olabilir. Üçüncüsü, önalım hakkı sahibi kullanım süresi içerisinde önalım hakkını kullanmış ve fakat önalım olayını oluşturan hukukî işlemde yer alan bozucu koşul gerçekleşmiş olabilir. Son olarak ise, bozucu koşulun gerçekleşeceği ana dek önalım hakkı sahibine gerekli bilgilendirme yapılmamış ve bu esnada bozucu koşul gerçekleşmiş olabilir.

Kanaatimizce yukarıda anılan tüm ihtimallerde mesele bozucu koşul görmezden gelinmek suretiyle çözümlenmelidir. Yani ilk durumda hak sahibinin kullanım süresi içerisinde hakkı kullanabileceğini; ikinci durumda hakkın kullanılmama sebebiyle sona erdiğini; üçüncü durumda hak sahibi ile yükümlü arasında satış ilişkisinin geçerli olarak kurulduğunu ve son durumda ise mutlak süreler dolmadığı müddetçe hak sahibinin hakkı kullanabileceğini kabul etmek gerekir. Bunun dışında, meseleyi Alman hukukundaki gibi karmaşık hale getirmenin anlamı yoktur. Zaten Türk-İsviçre hukukunda meselenin bozucu koşul yönünden tartışmalı olmamasının sebebi de, kanaatimizce, öngördüğümüz şekilde bir çözümün benimsenmiş olmasıdır<sup>46</sup>.

Geciktirici koşula bağlı hukukî işlemlere bakıldığında ise Türk-İsviçre hukukunda tesadüfî koşula bağlı hukukî işlemler ile Alman hukukunda genel olarak geciktirici koşula bağlı hukukî işlemlerin kurulma anının önalım olayının gerçekleşme anı olarak kabul edildiği görülmektedir. Aralarındaki tek fark ise salt iradî koşula bağlı hukukî işlemler bakımından söz konusudur. Zira Türk-İsviçre hukukunda salt iradî koşula bağlı hukukî işlemlerde önalım olayının gerçekleşme anı koşulun gerçekleştiği an iken; Alman hukukunda bu hususta bir ayırımı yer verilmeksizin yeknesak bir çözüm yolu benimsenmiştir<sup>47</sup>. Dolayısıyla Türk-İsviçre

<sup>46</sup> Nitekim Türk-İsviçre hukukunda bozucu koşulun önalım hakkına ve hakkın kullanımına etkisi yönünden herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.

<sup>47</sup> Türk-İsviçre hukukunda salt iradî koşul bakımından getirilen bu istisnaî sonuç kanaatimizce salt iradî koşula yönelik yaklaşımdan kaynaklanmaktadır. Zira Türk-İsviçre hukukunda, salt iradî koşulun varlığı halinde sözleşmenin geçerli olarak kurulup kurulmadığı

hukukunda hakkın kullanımına ilişkin mutlak süreler salt iradî koşulun gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlar. Hak sahibine yapılacak bir bilgilendirme ile birlikte de ister tesadüfî ister salt iradî koşula bağlı olsun nisbî kullanım süreleri işlemeye başlar. Ancak bu bilgilendirme, Alman hukukunda her zaman koşul gerçekleştikten sonra yapılmalıdır. Bilgilendirmenin kapsamında da koşulun gerçekleştiğine ilişkin bilgi kanaatimizce yer almalıdır<sup>48</sup>.

Türk-İsviçre hukukuna bakıldığında ise durum oldukça farklıdır. Salt iradî koşula bağlı hukukî işlemlerde Alman hukukundaki ile benzer sonuca<sup>49</sup> ulaşılsa da tesadüfî koşula bağlı hukukî işlemlerde, bilgilendirme, hukukî işlem kurulduktan sonra yapılmalıdır. Ayrıca, bilgilendirme için geciktirici koşulun gerçekleşmesini beklemeye de gerek yoktur. Aksi takdirde, nisbî süreler içerisinde hakkın kullanımı mutlak sürelerin varlığı sebebiyle mümkün olmayabilir. Dolayısıyla, geciktirici koşula bağlı hukukî işlemlerin sürelere etkisi yönünden Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemleri arasında yeknesak bir çözüm yolu sunmak oldukça zordur. Bu noktada da kanaatimiz Türk-İsviçre hukukunda geciktirici koşulun türlerine göre yapılan bir ayırıma yer vermeksizin meseleyi çözmek gerektiğidir.

Gerçekten de Türk-İsviçre hukukunda tesadüfî koşula bağlı hukukî işlemler bakımından önalım olayının gerçekleşme anı koşulun gerçekleştiği an olarak kabul edilebilir. Böylelikle, mutlak kullanım sürelerinin yarattığı olumsuz sonuç da bertaraf edilmiş olmaktadır. Tesadüfî ve salt iradî koşul arasında bir ayırım bize göre meselenin çözümünü oldukça karmaşık hale getirmektedir. Somut bir olayda da önalım hakkı sahibi ile yükümlüsünden önalım olayında yer alan bir koşulun niteliğine yönelik bu yönde bir ayırımı yapmasını beklemek de anlamsızdır. Bu sebeple,

---

meselesi tartışmalı bir konudur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: GÜNDAY, Alım Hakkı, s. 190; BUZ, s. 126; SCHUEMER, Hans Theodor, Das obligatorische Vorkaufsrecht Theorie und Begriffsbestimmung, Diss. Recht Zürich, Gutzwiller Verlag, Zürich 1925, s.47 vd.

<sup>48</sup> Bu yönde ayrıca bkz.: SCHURIG, s. 141.

<sup>49</sup> Zira, önalım olayının gerçekleşme anı farklı olsa da bilgilendirme yükümlülüğünün doğma anı ile kullanım sürelerinin başlama anı aynıdır.

yeknesak bir çözüm, teorik olduğu kadar pratik açıdan da daha doğru gözükmektedir.

### III. İPTAL EDİLEBİLİRLİK MÜEYYİDESİNE TABİ HUKUKİ İŞLEMLER

#### A. Türk – İsviçre Hukuku

Türk-İsviçre hukukunda iptal edilebilirlik müeyyidesine tabi olan hukukî işlemlerde önalım olayının hukukî işlemin yapıldığı anda gerçekleştiği kabul edilmektedir<sup>50</sup>. Ancak örneğin; aşırı yararlanma veya irade sakatlığı halinde önalım hakkı yükümlüsü sözleşmeyle bağlı olmadığını ileri sürer ise önalım olayı ortadan kalkmaktadır<sup>51</sup>. Aynı durum, önalım hakkı konusu şeyin iradî açık artırma yoluyla satılıp daha sonra TBK md. 281 ve OR Art. 230 hükmü gereğince iptali halinde de geçerlidir<sup>52</sup>. Böyle

<sup>50</sup> RÜEGG, Kn. 550 ve 553; MEIER, s. 143; BINDER, OR Art. 216d in: CHK-Handkommentar, Kn. 8; MEIER-HAYOZ, ZGB Art. 681 in: Berner Kommentar, Kn. 186; ALLGÄUER, s. 120; BRÜCKNER, Kn. 87; LIPS/RICKENBACHER, OR Art. 216d in: Orell Füssli Kommentar, Kn. 7; GIGER, OR Art. 216 in: Berner Kommentar, Kn. 130; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Kn. 1918; DEMİRSATAN, Barış: “Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 145-146, 2016, s. 922; OKUR, Önalım, s. 174; AKBAY, s. 724; KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 144 vd.

<sup>51</sup> MEIER-HAYOZ, Vorkaufsfall, s. 272, dpn.49; BINDER, OR Art. 216d in: CHK-Handkommentar, Kn. 8; RÜEGG, Kn. 550; GIGER, OR Art. 216 in: Berner Kommentar, Kn. 130; ALLGÄUER, s. 120; BRÜCKNER, Kn. 87; LIPS/RICKENBACHER, OR Art. 216d in: Orell Füssli Kommentar, Kn. 7; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB Art. 681-682 in: Zürcher Kommentar, Kn. 34; MEIER-HAYOZ, ZGB Art. 681 in: Berner Kommentar, Kn. 186; SCHMID, s. 80; STREBEL, Kn. 275; SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 466. İrade sakatlığının bulunduğu bir hukukî işlemde meseleyi iradî koşula benzetmek suretiyle ele alan ve hukukî işleme onay verildiği ya da iptal edilmeyeceğinin anlaşıldığı andan itibaren önalım olayının gerçekleştiğini kabul eden görüşün isabetli olmadığı yönünde bkz.: OKUR, Önalım, s. 174. Hükümsüzlüğün alıcının şahsından kaynaklandığı durumlarda aksi yönde sonuca ulaşan görüş için bkz.: OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Kn. 1918; DEMİRSATAN, s. 922.

<sup>52</sup> SUTTER-SOMM, s. 280; BRÜCKNER, Kn. 87; BINDER, OR Art. 216d in: CHK-Handkommentar, Kn. 8; MEIER-HAYOZ, ZGB Art. 681 in: Berner Kommentar, Kn. 187; SIMONIUS/SUTTER, § 11 N. 57; STREBEL, Kn. 277. İradî açık artırma yoluyla satışta açık artırmanın iptalinin önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyeceği yönündeki aksi görüş ve bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: ALLGÄUER, s. 120 vd.; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB Art. 681-682 in: Zürcher Kommentar, Kn. 36; MEIER-HAYOZ, Vorkaufsfall, s. 272 dpn.49; SCHMID, s. 80 vd.

bir durumda da önalım hakkı sahibi halihazırda önalım hakkını kullanmış ise bu kullanım geçersiz olmaktadır<sup>53</sup>.

Türk-İsviçre hukukunda iptal edilebilirlik müeyyidesine tabi hukukî işlemler bakımından kabul edilen bu hâkim görüş iptal sebebinin kaynağına göre bir ayırım yapmamaktadır<sup>54</sup>. Yani, iptal sebebi ister alıcının ister satıcının (önalım hakkı yükümlüsünün) şahsından kaynaklanmış olsun, iptal ile birlikte önalım olayı geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta ve hak sahibi bu durumdan etkilenmektedir. Hatta, Alman hukukundan farklı olarak, önalım hakkının kullanılma anı da bu noktada hiçbir öneme sahip değildir. Önalım hakkı sahibi, önalım hakkını kullandıktan sonra dahi önalım olayının iptali ona karşı ileri sürülebilir niteliktedir<sup>55</sup>.

## B. Alman Hukuku

Alman hukukunda iptal edilebilir nitelikte olup henüz iptal edilmeyen hukukî işlemler, hâkim görüşüne göre, önalım olayının gerçekleşmesi sonucunu doğurur<sup>56</sup>. Mamafih, hukukî işlemin iptali halinde, iptal müeyyidesi BGB § 142 gereğince geçmişe etkili sonuç doğuracağından, önalım olayı hiç gerçekleşmemiş kabul edilir. Böyle bir durumda, bir önalım olayının varlığından söz edilemeyeceğinden hakkın geçerli bir şekilde

<sup>53</sup> MEIER, s. 143; RÜEGG, Kn. 551; MEIER-HAYOZ, ZGB Art. 681 in: Berner Kommentar, Kn. 185. Türk hukukunda dolaylı olarak bu yönde bkz.: AKBAY, s. 724.

<sup>54</sup> MEIER-HAYOZ, ZGB Art. 681 in: Berner Kommentar, Kn. 186; STREBEL, Kn. 275; SIMONIUS/SUTTER, § 11 N. 57; SUTTER-SOMM, s. 280.

<sup>55</sup> Oysa İsviçre hukukunda yer alan ve artık kabul görmeyen eski görüşüne göre iptal edilebilirlik müeyyidesine tabi bir hukukî işlem yine önalım olayının gerçekleşmesi sonucunu doğurmaktaydı. Ancak, hukukî işlemin iptali, hak sahibinin halihazırda önalım hakkına dayanarak hakkın konusu şeye yönelik iktisabını engelleyen bir durum oluşturmamaktaydı. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: ALLGÄUER, s. 120 vd.; SCHMID, s. 80 vd.

<sup>56</sup> ALPMANN-PIEPER, BGB § 463 in: jurisPK-BGB, Kn. 29; FAUST, BGB § 463 in: BeckOK BGB, Kn. 29; DAUM, BGB § 463 in: BeckOGK BGB, Kn. 71; GRUNEWALD, BGB § 463 in: Erman BGB, Kn. 11; WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 17; SAENGER, BGB § 463 in: Nomos Kommentar, Kn. 4; WERTENBRUCH, BGB § 463 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 60; BGHZ 67, 395 = NJW 1977, 762.

kullanımından bahsetmek de mümkün olmaz<sup>57</sup>. Doğal olarak, önalım hakkı da varlığını korur<sup>58</sup>.

Alman hukukunda iptal edilebilirlik müeyyidesinin önalım olayına etkisi genel olarak bu şekilde olmakla birlikte, iptal sebebinin, önalım hakkının kullanımı neticesinde kurulan satış sözleşmesinde önalım hakkı sahibine karşı da ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesi tartışmalıdır.

İlk olarak, iptal hakkı sahibi eğer önalım olayındaki alıcı üçüncü kişi ise meselenin çözümü iptal hakkının kullanılma anına göre belirlenmektedir. Buna göre, önalım hakkı yükümlüsü, alıcıyı aldatmış ya da onun yanılmasına sebep olmuşsa, önalım hakkı sahibi, alıcı tarafını oluşturduğu satış sözleşmesini ayakta tutma yetkisine sahiptir<sup>59</sup>. Daha doğru bir deyişle, iptal sebebi bu durumda önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez. Bu sebeple de hakkın kullanımı geçerli kalmaya devam eder<sup>60</sup>. Yeter ki, önalım hakkının kullanımından önce önalım olayını oluşturan hukukî işlem alıcı tarafından iptal edilmemiş olsun<sup>61</sup>. Bu yönüyle de aslında TBK md. 241/II ve OR Art. 216d/II hükümlerine paralel bir çözüm yolu benimsenmiştir.

<sup>57</sup> WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 17; DAUM, BGB § 463 in: BeckOGK BGB, Kn. 71; SCHURIG, s. 143; WERTENBRUCH, BGB § 463 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 60. Önalım hakkı kullanıldıktan sonra hukukî işlemin iptal edilmesinin BGB § 142 hükmüne rağmen önalım hakkına etkisinin bulunmadığına ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz.: ALPMANN-PIEPER, BGB § 463 in: jurisPK-BGB, Kn. 29; BGH v. 11.02.1977-V ZR 40/75-BGHZ 67, 395-399.

<sup>58</sup> DAUM, BGB § 463 in: BeckOGK BGB, Kn. 71; SCHURIG, s. 143; WERTENBRUCH, BGB § 456 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 60.

<sup>59</sup> WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 17; WERTENBRUCH, BGB § 463 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 60. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz.: DAUM, BGB § 463 in: BeckOGK BGB, Kn. 71.1. Zira böyle bir durumda, önalım hakkı yükümlüsünün, hakkın konusu şeyi satmaya yönelik gerçek ve geçerli bir iradeye sahip olduğu yönünde bkz.: OKUR, Önalım, s. 176.

<sup>60</sup> WERTENBRUCH, BGB § 463 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 60. Zira bu durumda, önalım hakkı yükümlüsü, iptal edilen hukukî işlemdeki şartlarla hakkın konusu şeyi satmak istemektedir. Bu yönde bkz.: GRUNEWALD, BGB § 463 in: Erman BGB, Kn. 11.

<sup>61</sup> WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 17; SAENGER, BGB § 463 in: Nomos Kommentar, Kn. 4; SCHURIG, s. 145; OLG Hamm OLG 2001, 172. Alıcı üçüncü kişi tarafından sözleşmenin iptal edilmesinin önalım olayının gerçekleşmesine hiçbir etkisi olmadığı şeklinde aksi yöndeki görüş için bkz.: BERGER, BGB § 463 in: Jaurnig BGB, Kn. 18.

İkinci olarak, iptal hakkına önalım hakkı yükümlüsünün sahip olduğu durumlarda ise mesele artık iptal sebebi göz önüne alınarak çözümlenir. Buna göre, önalım hakkı yükümlüsü tarafından önalım olayı iptal edilmiş ise artık önalım hakkı kullanılamaz<sup>62</sup>. Önalım hakkı kullanıldıktan sonra iptal sebebinin hak sahibine karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği sorusu ise iptal müeyyidesi ile korunan menfaat göz önüne alınarak cevaplanır.

İlk olarak, önalım hakkı yükümlüsü, üçüncü kişi ile hukukî işlemi korkutma veya yanılma gibi sebeplerle yapmış olabilir. Böyle bir durumda, hukukî işlemin iptali ile birlikte önalım olayı hiç gerçekleşmemiş kabul edilir. Önalım hakkı kullanılmış ise hakkın kullanımı da geçersiz olur<sup>63</sup>. Örneğin; önalım hakkı yükümlüsünün korkutularak hukukî işlemi yapması halinde durum böyledir.

İkinci olarak, iptal sebebinin kaynağını, kimi zaman, önalım hakkı yükümlüsünün bilhassa ekonomik menfaatlerinin korunmasına yönelik düşünce oluşturabilir. Daha doğru bir deyişle, irade sakatlığının sebebi alıcının önemli niteliklerine ilişkin olabilir<sup>64</sup>. Örneğin; alıcının şahsına ve yahut da finansal ödeme yönünden güvenilirliğine ilişkin yanılma hallerinde durum böyledir<sup>65</sup>. Böyle bir durumda, önalım hakkı kullanılmasına rağmen hak sahibine karşı iptal sebebinin hala ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesi ayrıca tartışmalıdır.

Öğretideki bir görüş, önalım hakkı kullanıldıktan sonra, hak sahibine karşı iptal sebebinin hiçbir şekilde ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır<sup>66</sup>. Öğretide yer alan ikinci görüş ise meseleyi önalım hakkının fonksiyonlarından hareket ederek ele almaktadır. Bu görüşe göre, önalım hakkı koruma fonksiyonu gözetilerek kurulmuşsa hak sahibine karşı iptal

<sup>62</sup> DAUM, BGB § 463 in: BeckOGK BGB, Kn. 72; WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 17; SCHURIG, s. 144 vd.

<sup>63</sup> SCHURIG, s. 144.

<sup>64</sup> SCHURIG, s. 144.

<sup>65</sup> WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 17; SCHURIG, s. 144.

<sup>66</sup> DAUM, BGB § 463 in: BeckOGK BGB, Kn. 72; WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 17; SCHURIG, s. 144; FAUST, BGB § 463 in: BeckOK BGB, Kn. 29.

sebebi her zaman ileri sürülebilir<sup>67</sup>. Buna karşın, hakkın iktisap fonksiyonu ön planda ise aynı çözüm yolunu benimsemek hakkın iktisap fonksiyonuna zarar verir. Dolayısıyla da iptal sebebinin hak sahibine karşı artık ileri sürülemeyeceği kabul edilmelidir<sup>68</sup>.

Öğretide yer alan üçüncü görüşe bakıldığında ise bu görüşün de ikinci görüş ile aynı sonuca ulaştığı görülmektedir. Zira bu fikri savunan yazarlara göre de önalım hakkı yükümlüsü iptal sebebinin hak sahibine karşı ileri sürülebilmektedir. Ancak bunun tek istisnasını hakkın kullanımından sonraki zaman diliminde önalım olayının iptal edilmiş olması ve bu iptal sebebinin de önemli nitelikte olmadığı kabul edildiği haller oluşturur<sup>69</sup>.

İlk görüş, taraf menfaatlerini önalım hakkı yükümlüsü aleyhine bozması; ikinci görüş ise subjektif ve tayini güçlük arz eden taraf saiklerine göre meseleyi çözmeye çalışması yönüyle eleştiriye açıktır. Bu sebeple de somut olaya göre çözüm yolu sunan üçüncü görüş bize göre en makul yaklaşım olarak gözükmektedir.

### C. Değerlendirme ve Kanaat

İptal müeyyidesine tabi olan hukukî işlemlerin önalım hakkına etkisi Türk, İsviçre ve Alman hukukunda ikili bir ayırımı tabi tutularak ele alınmıştır. Bu kapsamda, önalım hakkı henüz kullanılmamış ise üç hukuk sisteminde de benimsenen çözüm yolu aynıdır. Önalım olayı geçmişe etkili olarak ortadan kalkmış olur. Eğer önalım hakkı kullanılmış ise bu kullanım da geçersiz olur<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> SCHURIG, s. 144; GRUNEWALD, BGB § 463 in: Erman BGB, Kn. 11. Koruma fonksiyonunda temel amaç hakkın konusu şeyin üçüncü kişiye satışını engellemektir. Dolayısıyla, önalım hakkı sahibi, iptal sebebi kendisine karşı ileri sürülebilecek olsa bile önalım hakkını normal şartlarda kullanmak niyetinde değildir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: ALPMANN-PIEPER, BGB § 463 in: jurisPK-BGB, Kn. 7; GRUNEWALD, BGB § 463 in: Erman BGB, Kn. 1; WERTENBRUCH, BGB § 463 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 10-11.

<sup>68</sup> SCHURIG, s. 144; DAUM, BGB § 463 in: BeckOGK BGB, Kn. 72. İktisap fonksiyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: ALPMANN-PIEPER, BGB § 463 in: jurisPK-BGB, Kn. 6; GRUNEWALD, BGB § 463 in: Erman BGB, Kn. 1; WERTENBRUCH, BGB § 463 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 10-11.

<sup>69</sup> GRUNEWALD, BGB § 463 in: Erman BGB, Kn. 11.

<sup>70</sup> Türk hukuku bağlamında, bu cümleyi, “Önalım davası açılmış ise bu dava konusuz kalır” şeklinde anlamak gerekir.



İptal müeyyidesinin önalım hakkı kullanıldıktan sonraki etkisi ise Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde tamamen farklıdır. Türk-İsviçre hukuku bu konuda aynı çözüm yolunu benimsemektedir. Yani iptalin etkisi önalım hakkının henüz kullanılmadığı aşamadaki gibidir. Dolayısıyla hakkın kullanılmış olup olmaması hiçbir şekilde dikkate alınmaz. Bu yönüyle de önalım hakkı yükümlüsünü koruyan bir çözüm yolu benimsenmiştir. Alman hukukunda ise mesele ikili bir ayırımı tabi tutularak çözüme kavuşturulmuştur. Eğer iptal hakkı sahibi alıcı ise önalım hakkının kullanımı geçerli olmaya devam etmekte ve hak sahibi korunmaktadır. İptal hakkı sahibinin önalım hakkı yükümlüsü olduğu durumlarda ise somut olay adaletine göre sonucun belirlendiği bir çözüm yolu benimsenmektedir.

Kanaatimizce, Türk-İsviçre hukuku bakımından, Alman hukukunda yer alan çözüm yolunu benimsemek daha doğru gözükmektedir. Zira her şeyden önce, Türk ve İsviçre kanun koyucuları, hakkın kullanılma anına TBK md. 241/II ile OR Art. 216d/II hükümlerinde<sup>71</sup> özel bir anlam yüklemiştir. Benzer düzenlemeye yer vermeyen Alman hukukunda Türk-İsviçre hukukundaki anlayışa paralel bir çözüm yolu benimsenmiş iken, bizatihi Türk-İsviçre hukukunda farklı bir sonuca ulaşmak bize göre doğru değildir.

İkinci olarak, iptal sebebinin alıcı üçüncü kişinin şahsından kaynaklandığı durumlarda, önalım hakkı yükümlüsünün satışa ilişkin iradesi geçerli ve o bu iradeyi de önalım hakkını nazara alarak açıklamaktadır<sup>72</sup>. Önalım hakkı sahibi ise önalım hakkı yükümlüsünün sözleşmede tarafını serbestçe belirlediği bir kişidir. Eğer onun bu seçimi sakata uğramış olsa idi zaten önalım hakkı sözleşmesi ayrıca iptal edilebilirlik müeyyidesine sahip olur idi. Dolayısıyla, alıcı üçüncü kişinin sahip olduğu iptal hakkı bu açıdan hiçbir öneme sahip olmamalıdır.

Üçüncü olarak, iptal sebebinin önalım hakkı yükümlüsünden kaynaklandığı durumlarda ise somut olaya göre değerlendirme yapılması en isabetli yol gibi görünmektedir. Bu kapsamda, hak sahibine karşı önalım

<sup>71</sup> İlgili hükümlerin kapsamında iptal edilebilirlik müeyyidesine tabi hukukî işlemler yer almamaktadır.

<sup>72</sup> RÜEGG, Kn. 552; OKUR, Önalım, s. 175.

olayını oluşturan hukukî işlemin iptalinin ileri sürülebileceği sonucuna ulaşıyor ise önalım hakkı hiç kullanılmamış kabul edilmelidir. Önalım hakkının kullanılma anına kadar geçen süre de sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmamalıdır. Bu sebeple, önalım olayının daha sonra tekrar gerçekleşmesi durumunda kullanım süreleri en baştan işlemeye başlamalıdır. Kullanım sürelerinin hak düşürücü niteliği de kanaatimizce bunu gerektirmektedir. Bunun gibi, önalım hakkının kullanılmasyla beraber kurulan satış sözleşmesi de önalım olayının iptali ile hukukî sebebinin yitirmekte ve geçersiz olmaktadır. Başka bir deyişle, hakkın kullanımını da geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır<sup>73</sup>. Eğer önalım hakkı sahibi, önalım hakkı yükümlüsüne bir ödeme yapmış ise bu ödemeyi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilmelidir.

#### IV. ASKIDA HÜKÜMSÜZLÜK MÜEYYİDESİNE TABİ HUKUKİ İŞLEMLER

##### A. Türk – İsviçre Hukuku

Önalım olayını oluşturan hukukî işlemin askıda hükümsüz olduğu durumlar söz konusu olabilir. Türk-İsviçre hukuku bu tür hukukî işlemlerde meselenin çözümünü askıda hükümsüzlük sebebinin kaynaklandığı tarafa göre belirlemektedir.

İlk olarak, askıda hükümsüzlük, önalım olayını oluşturan hukukî işlemdeki alıcı taraftan kaynaklanmış olabilir. Örneğin; alıcı üçüncü kişinin sınırlı ehliyetsiz olması sebebiyle işleme veli ya da vasinin icazeti gerekebilir. Böyle bir durumda, önalım olayı, TBK md. 241/II ve OR Art. 216d/II hükümleri gereği hukukî işlemin yapıldığı anda gerçekleşmiş kabul edilir<sup>74</sup>. Böylelikle, iki yıllık mutlak süre bu andan itibaren; üç aylık nisbî süre ise hak sahibinin bilgilendirilmesiyle birlikte işlemeye başlar.

TBK md. 241/II ve OR Art. 216d/II hükümlerinin öngördüğü çözüm yolu kanaatimizce isabetlidir. Zira, hukukî işleme icazet verilmesine

<sup>73</sup> AKBAY, s. 724.

<sup>74</sup> BINDER, OR Art. 216d in: CHK-Handkommentar, Kn. 10; BRÜCKNER, Kn. 96; SIMONIUS/SUTTER, § 11 N. 61; STREBEL, Kn. 220 ve 431; OKUR, Önalım, s. 181-182; ARAL/AYRANCI, s. 263-264; DEMİRBAŞ, s. 260; AKBAY, s. 724; KIZIR, s. 1788; SİR-MEN, s. 473. Böylelikle, Türk-İsviçre hukuk öğretisi ve uygulamasında halihazırda kabul edilen bu yaklaşım TBK md. 241/II ve OR Art. 216d/II hükümleri ile birlikte hukukî dayanağa kavuşturulmuştur.

yönelik işlem her ne kadar bir salt iradî koşul gibi düşünülebilirse de, bu yetki, en nihayetinde velayet ya da vesayetin kötüye kullanılmaması şartına bağlı olarak sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla salt iradî koşuldaki gibi bir keyfiyet burada yer almaz. Bu sebeple de tesadüfî nitelikteki geciktirici koşulda kabul edilen çözüm yolunun benimsenmesi daha isabetlidir. Ancak bu noktada, benzerliğin, yalnızca önalım olayının gerçekleşme anı bakımından bulunduğunu da söylemek gerekir. Bunun dışında, hak sahibi ile yükümlü arasında kurulan satış sözleşmesi TBK md 241/II ve OR Art. 216d/II hükümlerinin açık lafzı karşısında herhangi bir koşula bağlı olmaksızın kurulmuş sayılır. Daha açık bir deyişle, önalım hakkı sahibinin tarafı olduğu satış sözleşmesi önalım olayına icazet verilmesi koşuluyla bağlı olarak kurulmuş olmaz. Dolayısıyla da sözleşme kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Mamafih, bu sonucun, önalım hakkı sahibi açısından önemli bir sakıncası bulunmaktadır. Özellikle önalım hakkının kullanımına ilişkin saikin temelini koruma fonksiyonunun<sup>75</sup> oluşturduğu hallerde bu durum daha belirgindir<sup>76</sup>.

Gerçekten de önalım olayının askıda hükümsüz olduğu ve fakat önalım olayının gerçekleşme anının hukukî işlemin kurulma anı olarak kabul edilmesi durumunda şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır: Önalım hakkı sahibinin hakkın koruma fonksiyonu kapsamında asıl amacı hakkın konusu şeyin üçüncü kişilerce iktisabını engellemekten ibarettir. Yoksa, hakkın konusu şeyi iktisap etme amacı yoktur. Ancak askıda hükümsüz işlemlerde bu iktisabın engellenip engellenemediği konusunda bir belirsizlik söz konusudur. Zira önalım olayının ayakta kalıp kalmayacağı henüz bilinmemektedir. Ancak öte yandan da hakkın kullanım süreleri<sup>77</sup> işlemeye başlamaktadır. Eğer önalım hakkı sahibi, üç aylık süre içerisinde hakkı kullanmaz ve daha sonra önalım olayına icazet verilir ise hak sahibi hakkın konusu şeyi iktisap etme imkânını kaybetmektedir.

<sup>75</sup> Önalım hakkında, koruma fonksiyonu, hakkın konusu şeyin üçüncü kişilere satışını engellemeyi ifade eder. Yani önalım hakkı sahibinin esas amacı aslında hakkın konusu şeyi satın almak değildir. Önalım hakkının asıl amacı yalnızca önalım hakkının tesisi sağlamak suretiyle bu amaca ulaşmaktan ibarettir. Önalım hakkının kullanılması ise son çaredir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: GÜNDAY, Alım Hakkı, s. 75 vd.

<sup>76</sup> RÜEGG, Kn. 570.

<sup>77</sup> Üç aylık sürenin başlaması için elbette bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi şartı burada da aranmaktadır.

Ancak o, üç aylık süre içerisinde hakkı kullanmak konusunda da henüz karar verebilmiş değildir. Çünkü önalım olayına icazet verilmeyecek ise hak sahibi açısından hakkın kullanılmaması daha makul ve ekonomik bir yoldur. İşte bu sebeple, İsviçre hukukunda haklı olarak, önalım hakkı sahibinin, önalım hakkını koşula bağlı olarak kullanabileceği savunulmaktadır<sup>78</sup>. Yani, hak sahibi, önalım olayına ilişkin hukukî işleme icazet verilmesi koşuluna bağlı olarak önalım hakkını kullanabilmelidir.

Askıda hükümsüzlüğün önalım hakkı yükümlüsünden kaynaklandığı durumlarda ise önalım olayının gerçekleşme anı icazetin verildiği andır<sup>79</sup>. Örneğin; önalım hakkının konusu bir aile konutu ise aile konutunun satışında diğer eşin rızası ile birlikte önalım olayı gerçekleşmiş olur<sup>80</sup>. Yani bu durumda, sanki bir salt iradî koşula bağlı işlem varmış gibi mesele çözümlenmektedir.

Türk-İsviçre hukukunda bu görüş oldukça eleştirilmiştir. Bunun sonucu olarak, askıda hükümsüzlüğün önalım hakkı yükümlüsünden kaynaklandığı durumlarda da önalım olayının gerçekleşme anının hukukî işlemin yapıldığı an olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>81</sup>. Bunun en temel gerekçelerinden biri ise İsviçre Federal Mahkemesi'nin askıda hükümsüz işlemlerde, icazetin, önalım hakkının kullanımı için bir ön şart olmadığını ifade ettiği karardır<sup>82</sup>. Buna ilaveten, icazetin, teknik anlamda bir koşul

<sup>78</sup> RÜEGG, Kn. 570.

<sup>79</sup> BINDER, OR Art. 216d in: CHK-Handkommentar, Kn. 10; MEIER-HAYOZ, Vorkaufsfall, s. 272, dpn.49; SIMONIUS/SUTTER, § 11 N. 61; STREBEL, Kn. 219 vd. ile 239 vd.; OKUR, Önalım, s. 180-181; KIZIR, s. 1788.

<sup>80</sup> RÜEGG, Kn. 571.

<sup>81</sup> Türk Hukukunda OKUR bu görüşü şu cümlelerle eleştirmektedir: “Geciktirici-tesadüfi şartla askıda hükümsüz işlem arasında kurulacak benzerlik sonrasında, geciktirici şartla bağlı işlemde önalım olgusunun gerçekleştiği tarih sözleşmenin kurulduğu tarih kabul edildiğine göre, yetkili makamın onayına kadar askıda hükümsüz olan satış işleminde de önalım olgusunun gerçekleştiği tarih, askıda hükümsüz işlemin gerçekleştiği tarih olmalıdır. Halbuki İsviçre uygulaması bu durumda önalım olgusunun gerçekleştiği tarih olarak mahkemenin yani vesayet makamının kararını açıkladığı tarihi esas almıştır. Bahsedilen benzerlik dükkate alındığında, sözleşmenin yapılması önalım olgusunun gerçekleştiği tarih olarak kabul edilmeli, vesayet makamının onayı beklenmeksizin şufa hakkı alacaklısı hakkını kullanabilmelidir. Eğer vesayet makamı onay vermezse önalım olgusu da hükmünü yitirecek ve önalım alacaklısının önalım hakkını kullanmaya dönük beyanı geçersiz olacak veya önalım hakkını kullanmak üzere açmış olduğu yenilik doğuran dava düşecektir.” (OKUR, Önalım, s. 181-182’den naklen).

<sup>82</sup> BGE 73 II 162 ff. (166 f.), E. 4a (RÜEGG, Kn. 569, dpn.1107’den naklen).

olmamakla birlikte bir hukukî koşul olarak ele alınabilirliği de ileri sürülen bir diğer gerekçeyi oluşturmaktadır<sup>83</sup>.

Türk-İsviçre hukukunda askıda hükümsüzlüğün önalım hakkı yükümlüsünden kaynaklandığı hukukî işlemler bakımından önalım olayının icazetin verildiği anda gerçekleştiğini kabul eden görüşe öncelik vermek, hakkın muhtevası ve usul ekonomisi göz önüne alındığında, kanaatimizce daha isabetli gözükmektedir. Zira bu tür askıda hükümsüz işlemlerde önalım hakkı yükümlüsünün satışa ilişkin iradesi henüz tamamlanmaya muhtaçtır. Dolayısıyla da önalım hakkı yükümlüsünün satışa yönelik tam ve geçerli bir iradesinden bahsetmek pek mümkün gözükmemektedir. Bu kapsamda, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ortaya koyduğu içtihadın aksine, burada önalım hakkı yükümlüsünün satışa yönelik açık ve geri dönülemez nitelikte bir iradesinden bahsetmek oldukça güçtür.

Öte yandan, önalım olayının gerçekleşip gerçekleşmemesi meselesi tamamen önalım hakkı yükümlüsünün iradesine bağlı bir husustur<sup>84</sup>. Oysa, askıda hükümsüzlüğün önalım hakkı yükümlüsünden kaynaklandığı hallerde ise bu irade henüz tam değildir. Askıda hükümsüzlüğün üçüncü kişiden kaynaklandığı durumda ise önalım hakkı yükümlüsünün satışa yönelik iradesini tam ve geçerli kabul etmek gerekmektedir. İşte bundan dolayıdır ki, Türk-İsviçre hukukunda askıda hükümsüzlüğün kaynağına göre bir ayırım yapılmak suretiyle mesele ele alınmıştır.

Son olarak, önalım hakkı sahibine hakkı kullanma imkânını tanıyıp daha sonra icazetin verilmediği durumlarda hakkın kullanımını geçersiz kılmanın da pratik hiçbir faydası yoktur. Bundan dolayı da TBK md. 241/II ve OR Art. 216d/II hükümlerinin kapsamı bilinçli bir şekilde "*alıcının şahsından kaynaklanan*" sebeplerle sınırlandırılmıştır. Çünkü, önalım hakkı yükümlüsünün şahsından kaynaklanan sebeplerin varlığı halinde

<sup>83</sup> RÜEGG, Kn. 573.

<sup>84</sup> GÜNDAY, Alım Hakkı, s. 93; ISLER, Leana Maira, Die im Grundbuch vormerkbaren persönlichen Rechte Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht, Miète und Pacht und ihre steuerrechtliche Behandlung, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1989, s. 14; RÜEGG, Rn.532; GIGER, OR Art. 216 in: Berner Kommentar, Kn. 79, 88 ve 116; WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 1; WERTENBRUCH, BGB § 463 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 1 ve ayrıca dipnot 125'te yer alan açıklamalar.

olması gereken, bize göre, icazetin verilip verilmeyeceğine ilişkin bir karar verilmesi için karşı tarafa makul bir süre tanımaktır. Eğer bu sürenin sonunda hala icazet verilmemiş ise önalım olayı artık hiç gerçekleşmemiş kabul edilmelidir.

### B. Alman Hukuku

Alman hukukunda önalım olayının gerçekleşme anına ilişkin olarak askıda hükümsüzlük müeyyidesine tabi hukukî işlemlere yaklaşım oldukça farklıdır. Gerçekten de Alman hukuk öğreti ve uygulaması askıda hükümsüzlüğün kimden kaynaklandığı noktasında bir ayırımı yer vermeden meseleyi ele almaktadır. Dolayısıyla tartışmalar, Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak, daha ziyade önalım olayının gerçekleşme anı noktasında toplanmaktadır. Bu noktada tartışmaların odağında ise geciktirici koşul müessesesi yer almaktadır<sup>85</sup>.

Nitekim Alman hukukunda **SCHURIG** ve **LARENZ** bu konuyu incelerken askıda hükümsüz ve geciktirici koşula bağlı işlemler arasındaki şu farka dikkat çekmişlerdir: Her iki hukukî işlem de aslında hüküm ve sonuçlarını doğurabilme bakımından bir bekleme sürecindedir. Ancak geciktirici koşula bağlı bir hukukî işlem unsurları bakımından tam ve kurulmuş haldedir. Oysa askıda hükümsüz bir işlemde hala tamamlanması gereken bir onay aşaması vardır<sup>86</sup>. Ancak bunun yanında aralarındaki benzerlik de göz ardı edilemez. Bu sebeple söz konusu iki hukukî işlem için farklı çözüm önerilerini sunmayı gerektirecek açık ve net bir sebepten bahsetmek mümkün değildir<sup>87</sup>.

Öğretide taraftar bulmayan ve **WESTERMANN** tarafından ileri sürülen ilk görüşe göre, önalım olayı, askıda hükümsüz işlemin yapıldığı anda gerçekleşmiş olur. Bunun sonucu olarak önalım hakkının kullanımı

<sup>85</sup> Alman hukukunda, geciktirici koşul müessesesi, askıda hükümsüz hukukî işlemlere ilişkin tartışmalarda önemli bir yere sahiptir. Bunun sebebi, geciktirici koşuldan ayrılan bir çözüm yolunun benimsenip benimsenmemesi gerektiğine ilişkin sorunun cevabının uzunca bir süre yanıtız kalmış olmasıdır.

<sup>86</sup> **SCHURIG**, s. 146.

<sup>87</sup> **SCHURIG**, s. 146.

da mümkündür<sup>88</sup>. Hal böyle olunca, hakkın kullanımına ilişkin süreler de bilgilendirme ile birlikte işlemeye başlar.

Öğretide yer alan baskın ikinci görüşe göre ise askıda hükümsüz işlemler adeta henüz bitmemiş birer hukukî işlemlerdir. Bundan dolayı da henüz tamamlanmadan bir önalım olayı teşkil etmeleri mümkün değildir<sup>89</sup>. Bu sonuç hem yetkili makam hem de yasal temsilci tarafından verilecek olan onay hallerinin tümü için geçerlidir<sup>90</sup>. Ne zaman ki hukukî işlemdeki eksik unsur tamamlanır, önalım olayı, işte o zaman gerçekleşmiş kabul edilir. Bu sebeple de önalım hakkı sahibinin, bekleme ve işlemin tamamlanması halinde bu hususta kendisinin bilgilendirilmesini bekleme hakkı vardır<sup>91</sup>. Bilgilendirme yapıldığı andan itibaren de kullanım süresi işlemeye başlar<sup>92</sup>. Aksi yönde bir yorum, önalım hakkının muhtevasında bulunan bilhassa koruma fonksiyonu ile taraflar arasındaki menfaat dengesini yanlış yorumlamak olur<sup>93</sup>. Son olarak, askıda hükümsüz işlemlerde de önalım hakkının, tıpkı geciktirici koşula bağlı

<sup>88</sup> WESTERMANN, Harry, Sachenrecht: Ein Lehrbuch, 5., neu bearb. Aufl., C.F. Muller Verlag, Karlsruhe 1966, s. 624.

<sup>89</sup> SCHURIG, s. 145-146; DAUM, BGB § 463 in: BeckOGK BGB, Kn. 82; FAUST, BGB § 463 in: BeckOK BGB, Kn. 27; GRUNEWALD, BGB § 463 in: Erman BGB, Kn. 14; WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 18; WERTENBRUCH, BGB § 463 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 58; ALPMANN-PIEPER, BGB § 463 in: jurisPK-BGB, Kn. 29; BGH v. 04.06.1954 - V ZR 18/53 - BGHZ 14,1-6; BGH v. 15.06.1960 - V ZR 105/59 - BGHZ 32, 383-390. Askıda hükümsüz hukukî işlemin kurulmasından sonra tesis edilen bir önalım hakkında ilgili hukukî işlemin daha sonra geçerli hale gelmesi halinde bir önalım olayının varlığından bahsedilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz.: DAUM, BGB § 463 in: BeckOGK BGB, Kn. 84.

<sup>90</sup> WERTENBRUCH, BGB § 463 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 58; FAUST, BGB § 463 in: BeckOK BGB, Kn. 27.

<sup>91</sup> BGHZ 23, 342 (344) = NJW 1957, 830; BGHZ 32, 383 (388) = NJW 1960, 1808; BGHZ 110, 232 (235) = NJW 1990, 1473; OVG Magdeburg LKV 2002, 187.

<sup>92</sup> ALPMANN-PIEPER, BGB § 469 in: jurisPK-BGB, Kn. 9; WERTENBRUCH, BGB § 463 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 58 ve BGB § 469 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 6. Askıda hükümsüz hukukî işlemin henüz tamamlanmadan kullanım süresinin başlamayacağı yönündeki görüş için ayrıca bkz.: ALPMANN-PIEPER, BGB § 463 in: jurisPK-BGB, Kn. 29. Aslında bu sonuç, geciktirici koşula bağlı önalım olayında kabul edilen çözümlere birebir aynıdır. Aradaki tek fark ise önalım olayının gerçekleşme anıdır. Ancak, Alman hukukunda, kullanım süreleri bakımından mutlak bir süreye yer verilmemiştir. Nisbî kullanım sürelerinin başlangıcı ise aynıdır. Hal böyle olunca da iki müessese arasındaki fark yalnızca teorik olup pratik anlamda hiçbir fark ortaya çıkmamaktadır.

<sup>93</sup> SCHURIG, s. 146.

hukukî işlemlerde olduğu gibi, hukukî işleme onay verilmesi koşuluna bağlı olarak kullanılabileceğini kabul etmek gerekir<sup>94</sup>.

### C. Değerlendirme ve Kanaat

Türk-İsviçre hukukunda askıda hükümsüz hukukî işlemlerin önalım olayına etkisi ikili bir ayırımı tabi tutularak incelenmiştir. Alman hukukunda ise meseleye yaklaşım oldukça yeknesaktır.

Alman hukukunda askıda hükümsüz hukukî işlemler tamamlayıcı unsur ile birlikte önalım olayının gerçekleşmesi sonucunu doğurur. Türk-İsviçre hukukunda da askıda hükümsüzlüğün önalım hakkı yükümlüsünden kaynaklandığı hallerde çözüm bu şekildedir. Bunun dışında, askıda hükümsüzlüğün alıcıdan kaynaklandığı durumlar ise TBK md. 241/II ve OR Art. 216d/II'de düzenlenmiştir. Bu noktada bizim kanaatimize göre olması gereken ise, Türk-İsviçre hukukundaki ilgili düzenlemelere yer verilmemiş olsa idi, Alman hukukundaki çözüm yolunun benimsenmesi gerektiği yönündedir. Zira askıda hükümsüz bir hukukî işlem henüz tamamlanmaya muhtaç bir hukukî işlemdir. Ancak, Türk-İsviçre kanun koyucuları, alıcıdan kaynaklı askıda hükümsüzlüğü hükmün muhtevasına almak suretiyle önalım hakkı sahibini korumayı tercih etmiştir. Bu noktada, Türk-İsviçre hukukunda, önalım hakkı yükümlüsünden kaynaklı askıda hükümsüzlük hallerinde, önalım olayının hukukî işlemin yapılması ile birlikte gerçekleşmesi gerektiğini savunan görüşün sunduğu gerekçeler ise isabetsiz gözükmektedir. Çünkü kanaatimiz TBK md. 241/II ve OR Art. 216d/II hükümlerinin istisnaî nitelikte oldukları yönündedir. Bu sebeple, hükmün kapsamını genişleten bir yoruma gidilmesi mümkün değildir.

Son olarak, askıda hükümsüz bir hukukî işlem henüz önalım hakkı tesis edilmeden yapılmış ve daha sonra önalım hakkı tesis edilmiş olabilir. Böyle bir durumda, hukukî işleme onay verilmesi halinde önalım hakkının kullanılabilir olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Türk-İsviçre hukukunda bu soruyu ele alıp cevaplayan bir görüşe rastlanmamaktadır.

<sup>94</sup> WERTENBRUCH, BGB § 463 in: Soergel BGB Kommentar, Kn. 58; DAUM, BGB § 463 in: BeckOGK BGB, Kn. 82; FAUST, BGB § 463 in: BeckOK BGB, Kn. 27; OLG Frankfurt (30.11.06) OLG 16, 412; OLG Frankfurt (11.6.07) Recht 1908; BGH WM 1991, 1811; BGHZ 139, 920 = NJW 1998, 2352.



Alman hukukunda bizim de katıldığımız baskın görüş ise meseleyi tıpkı koşula bağlı hukukî işlemlerdeki gibi çözmektedir. Yani böyle bir durumda bir önalım olayından bahsedilemez. Askıda hükümsüzlüğün geçmiş etkili olarak ortadan kalkması da aksi yönde bir yorumu gerekli kılmaz<sup>95</sup>. Çünkü burada önalım hakkı sahibini koruma düşüncesi artık söz konusu değildir<sup>96</sup>.

## SONUÇ

Önalım hakkı, hak sahibine, tek taraflı olarak bir satış sözleşmesi kurma ve böylelikle hakkın konusu şeyin mülkiyetini iktisap etme imkânı veren bir yenilik doğuran haktır. Hak sahibinin sahip olduğu bu yetkinin kullanımı ise bir önalım olayının gerçekleşmesine ihtiyaç duyar.

Önalım olayı, hakkın konusu şeyi konu alan satış veyahut da ekonomik anlamda satışa eşdeğer bir hukukî işlemi ifade eder. Önalım olayının gerçekleşmesi ise bu hukukî işlemin geçerli olarak kurulması anlamına gelir.

Önalım olayının gerçekleşme anı bakımından koşula bağlı, iptal edilebilir ya da askıda hükümsüz hukukî işlemler önemli bir yere sahiptir. Bu noktada koşula bağlı hukukî işlemlerde meseleyi bozucu ve geciktirici koşul şeklinde ikili bir ayırım yaparak ele almak gerekir. İlk olarak bozucu koşula bağlı hukukî işlemlerin önalım olayının gerçekleşmesine etkisini tıpkı koşula bağlı olmayan hukukî işlemlerdeki gibi kabul etmektir. Geciktirici koşula bağlı hukukî işlemler bakımından ise önalım olayının gerçekleşme anını yeknesak bir şekilde koşulun gerçekleştiği an olarak tayin etmek en makul çözüm yoludur.

İptal edilebilirlik müeyyidesine tabi olan hukukî işlemler bakımından ise en isabetli çözüm yolunu, kanaatimizce, hakkın kullanılma anı ve iptal sebebinin kaynağını dikkate alarak meseleyi ele alan Alman hukuku sunmaktadır. Bu kapsamda, iptal hakkına alıcının sahip olduğu durumlarda önalım hakkının kullanımını geçerli kabul etmek ve önalım hakkını sahibini korumak gerekmektedir. İptal hakkına önalım hakkı

<sup>95</sup> WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 18; LG Frankfurt NJW-RR 1996, 1080.

<sup>96</sup> WESTERMANN, BGB § 463 in: Münchener Kommentar, Kn. 18.

yükümlüsünün sahip olduğu hallerde ise somut olay adaletine göre meseleyi çözmek en makul yoldur.

Askıda hükümsüzlük müeyyidesine tabi hukukî işlemlerde ise kural olarak tamamlayıcı unsurla birlikte önalım olayı gerçekleşmiş kabul edilmelidir. Ancak, Türk-İsviçre hukukunda yer alan TBK md. 241/II ve OR Art. 216d/II hükümleri, askıda hükümsüzlüğün alıcıdan kaynaklandığı durumlar için bu kuraldan ayrılan istisnaî bir düzenlemeye yer vermiştir. Olması gereken ise, bize göre, tıpkı Alman hukukundaki gibi askıda hükümsüzlük müeyyidesine tabi hukukî işlemlerde de yeknesak bir çözüm yolu ortaya koymaktır. Bu ise TBK md. 241/II ve OR Art. 216d/II hükümlerinin askıda hükümsüzlüğe ilişkin düzenlemelerinin ilgası ya da önalım hakkı yükümlüsünden kaynaklı askıda hükümsüzlük hallerinin de bu hükümlerin kapsamına dahil edilmesiyle mümkündür.

## KAYNAKÇA

- AKBAY**, Direnç: “Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Arasında Yapılan Önalm Hakkı İçeren Sözleşmeler”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 77, Sayı 2, 2019, 697-746.
- AKÇAAL**, Mehmet: Eşya Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- ALLGÄUER**, Oskar: Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuches, H. R. Sauerländer & Co. Verlag, Aarau 1918.
- ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- ATAMULU**, İsmail: “Önalm Hakkı Vasiyeti”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 30, Sayı 3, 2022, 1481-1513.
- BECK-OK BGB** - Beck'sche Online-Kommentare (Herausgegeben von Prof. Dr. Wolfgang Hau und Prof. Dr. Roman Poseck), 69. Edition, C.H.Beck Verlag, München 2024.
- BRÜCKNER**, Christian: Der Grundstückkauf Vorkaufsvertrag, Kaufrechtsvertrag, Begründung von Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechten, Erschienen in: Alfred Koller, Der Grundstückkauf - § 10 Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufsrechts), 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2001.
- CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge (Michael Hochstrasser/Tina Huber-Purtschert/Eva Maissen), 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2023.
- DEMİRBAŞ**, Feride: “Sözleşmeden Doğan Önalm Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 65, Sayı 2, 2016, 249-278.
- DEMİRSATAN**, Barış: “Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalm Hakkı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 145-146, 2016, 905-946.

**EREN**, Fikret: “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XII, Sayı 1-2, 2008, 103-126. (Kısaltılmışı: **EREN**, Yasal Önalım)

**EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019. (Kısaltılmışı: **EREN**, Borçlar Özel)

**ERMAN BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar** mit Nebengesetzen (AGG, BVerSTG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhaftG, VBVG, VersAusglG, WEG – teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht, (Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann/Prof. Dr. Barbara Grunewald/Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer), 17. neu bearbeitete Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Koeln 2023.

**FASEL**, Urs: Kommentar zur Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich 2013.

**FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin: Şu’fa Hakkı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1959. (Kısaltılmışı: **FEYZİOĞLU**, Şu’fa Hakkı)

**FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin: “Şu’fa Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XIX, Sayı 1-2, 1953, 222-269. (Kısaltılmışı: **FEYZİOĞLU**, Şu’fa Hakkının Kullanılması)

**GIGER**, Hans: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, 3. Abschnitt: Der Grundstückkauf Art. 216–221 OR, Stämpfli Verlag AG, Bern 1997.

**GROSSKOMMENTAR BGB** - (Gesamtherausgeberschaft für das Zivilrecht: Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann), C.H.Beck Verlag, München 2024.

**GÜNDAY**, Harun Mirsad: Alım Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021. (Kısaltılmışı: **GÜNDAY**, Alım Hakkı)

**GÜNDAY**, Harun Mirsad: “Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Önalım Hakkı Sürelerine İlişkin Hukukî Düzenlemeler”, Kırkkale Hukuk Mecmuası, Cilt 4, Sayı 2, 2024, 555-597. (Kısaltılmışı: **GÜNDAY**, Önalım Hakkı)

- HAAB**, Robert/**SIMONIUS**, August/**SCHERRER**, Werner/**ZOBL**, Dieter: Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, 1909, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1977.
- ISLER**, Leana Maira: Die im Grundbuch vormerkbaren persönlichen Rechte Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht Miete und Pacht und ihre steuerrechtliche Behandlung, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1989.
- J. VON STAUDINGERS – Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch** mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse §§ 433 – 480 (Kaufrecht), Neubearbeitung von Roland Michael Beckmann/Annemarie Matusche-Beckmann/Martin Josef Schermaier (Redaktor: Michael Martinek), Sellier de Gruyter Verlag, Berlin 2014.
- JAUERNIG BÜRGERLICHES GESETZBUCH** mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO (Herausgegeben von Prof.Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner), 19. Auflage, C.H.Beck Verlag, München 2023.
- JURIS PRAXISKOMMENTAR BGB**, Band I: Allgemeiner Teil §§1-240 (Verfasserangabe: Klaus Vieweg), (Gesamtherausgeber: Prof. Dr. Maximilian Herberger/Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek M.C.J./Helmut Rüßmann/Prof. Dr. Stephan Weth), 5. Auflage, juris GmbH, Saabrücken 2010.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan**: Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- KİZİR**, Mahmut: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, 1773-1796.
- MEIER**, Robert: “Das neue Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht - vier Neuerungen und drei Auslegungsfragen”, Aktuelle Juristische Praxis, 1994, 139-146.

**MEIER-HAYOZ**, Arthur: "Der Vorkaufsfall", Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Sayı 45, 1964, 257-272. (Kısaltılmışı: **MEIER-HAYOZ**, Vorkaufsfall)

**MEIER-HAYOZ**, Arthur: Berner Kommentar, zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband: Grundeigentum II (ZGB Art. 680-701), Stämpfli&Cie AG Verlag, Bern 1975. (Kısaltılmışı: **MEIER-HAYOZ**, ZGB in: Berner Kommentar)

**MÜNCHENER KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 4 Schuldrecht – Besonderer Teil I §§ 433 – 534, Finanzierungsleasing – CISG (Redakteur: Dr. Dres. H.c. Harm Peter Westermann), 8. Auflage, C.H.Beck Verlag, München 2019.

**NOELPP**, Christoph: Eine Studie zur rechtlichen Erfassung des Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufrechts, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel und Frankfurt am Main 1987.

**NOMOS HANDKOMMENTAR – Bürgerliches Gesetzbuch**, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse (Herausgegeben von Schulze/Dörner/Ebert u.a.), 12. Auflage, Nomos Verlag, Baden 2024.

**OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, Güncellenmiş ve Eklemeler Yapılmış 24. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

**OKUR**, Sinan: "Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori: Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m. 240/Art. 216c OR)", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt 9, Sayı 1, 2019, 101-258. (Kısaltılmışı: **OKUR**, Önalım)

**OKUR**, Sinan: "Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, 2019, 31-101. (Kısaltılmışı: **OKUR**, Koşul)

**OR KOMMENTAR Schweizerisches Obligationenrecht - OFK - Orell Füssli Kommentar** (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 4. überarbeitete und erweiterte Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2023.

- PFÄFFLI**, Roland/**BYLAND**, Daniela: "Vorkaufsrecht, Kaufsrecht, Rückkaufsrecht An Grundstücken", *Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes*, S. 6/7, 2013, 289-294.
- REY**, Heinz: "Die Neuregelung der Vorkaufsrechte in ihren Grundzügen", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Sayı 113, 1994, 59-72.
- RÜEGG**, Jonas: *Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken*, Schulthess Verlag, Basel 2014.
- SALZGEBER-DÜRIG**, Erike: *Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien*, Schulthess Juristische Medien AG Verlag, Zürich 1970.
- SCHMID**, Hans Peter: *Das Vorkaufsrecht*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 1934.
- SCHUEMER**, Hans Theodor: *Das obligatorische Vorkaufsrecht: Theorie und Begriffsbestimmung*, Diss. Recht Zürich, Gutzwiller Verlag, Zürich 1925.
- SCHURIG**, Klaus: *Das Vorkaufsrecht im Privatrecht (Geschichte, Dogmatik, ausgewählte Fragen)*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1975.
- SIMONIUS**, Pascal/**SUTTER**, Thomas: *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band 1: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 1995.
- SİRMEN**, Lale: *Eşya Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- SOERGEL BGB – BÜRGERLICHES GESETZBUCH** mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 6/2 Schuldrecht 4/2 §§ 454-480 (begründet von Dr. Hs. Th. Soergel, Bayer. Hofrat - neu herausgegeben von Dr. W. Siebert, o. Professor der Rechte in Heidelberg), 13. neubearbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2009.
- STREBEL**, Joseph Lorenz: *Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht*, Schulthess Verlag, Zürich 2009.
- SUTTER-SOMM**, Thomas: "Einige Überlegungen zum Vorkaufsrecht", *Schweizerische Juristenzeitung*, Cilt 18, Sayı 81, 1985, 277-287.

**TAMAN ŞIPKA**, Şükran: Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK. m. 659) Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, Alfa Basım Yayım, İstanbul 1994.

**WESTERMANN**, Harry: Sachenrecht: Ein Lehrbuch, 5., neu bearb. Aufl., C.F. Müller Verlag, Karlsruhe 1966.



## AİLE UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ BAĞLAMINDA ARABULUCULUK TÜRLERİ VE MODELLERİ

Dr. Mubin Burak ÇELİK\*

### Öz

İnsan doğası ve hayatın olağan akışı, etkileşimin olduğu her ortamda uyuşmazlıkları ve çatışmaları kaçınılmaz kılmaktadır. Uzak veya yakın fark etmeksizin kişiler arasında vuku bulan ihtilâflar ise, toplumsal yaşamın ve hukukun konusu olmaktadır. Hukuk bilimi, kapsam alanına giren uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması amacıyla çeşitli yöntemler kullanmaktadır. Aile arabuluculuğu, geçmişte olduğu üzere günümüzde de hukuk alanını ilgilendiren uyuşmazlıklar bağlamında en çok kullanılan yöntemlerden birisini teşkil etmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından olan bu yöntem; somut olayın kendine özgülüğü, toplumsal ve kamusal otoritenin süreçteki rolü, tarafların niteliği ve niceliği gibi çeşitli belirleyiciler doğrultusunda farklı türler ve modeller çerçevesinde işlerlik kazanmaktadır. Bu çalışmada kapsamında, söz konusu türler ve modeller, geleneksel ve modern hukuk sistemlerindeki uygulamalar üzerinden ayrıntılı olarak incelenmiştir.

### Anahtar Kelimeler

• Aile Hukuku • Aile Uyuşmazlıkları • Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri • Arabuluculuk • Aile Arabuluculuğu

\* Avukat/Uzman Arabulucu | Lawyer/Expert Mediator

✉ m.b.celik@hotmail.com • ORCID 0000-0003-2768-234X.

✎ **Atf Şekli** | **Cite As:** ÇELİK, Mubin Burak: "Aile Uyuşmazlıklarının Çözümü Bağlamında Arabuluculuk Türleri ve Modelleri", SÜHFD, C. 32, S. 3, 2024, s. 1533-1568.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## MEDIATION TYPES AND MODELS IN FAMILY DISPUTES RESOLUTION

### Abstract

Human nature and the ordinary course of life make disagreements and conflicts inevitable in every environment where interaction occurs. Disputes that occur between people, regardless of whether they are distant or close, are the subject of social life and law. Legal science uses various methods to resolve disputes within its scope. Family Mediation, as in the past, constitutes one of the most used methods in the context of disputes concerning the field of law today. This method, which is one of the alternative dispute resolution methods; it operates within the framework of different types and models in line with various determinants such as the specificity of the concrete event, the role of social and public authority in the process, and the quality and quantity of the parties. In this study, these types and models are examined in detail through practices in traditional and modern legal systems.

### Key Words

- Family Law • Family Disputes • Alternative Dispute Resolution Methods
- Mediation • Family Mediation

### GİRİŞ

Uyuşmazlıkların toplumsal düzenin bir parçası olduğu insan hayatında önemli olan, bu uyuşmazlıkların çözümü amacıyla tercih edilen araçlar ve takip edilen yollardır. Zira doğru araçlar ve yollar, hem toplumsal barışın sürdürülebilirliğine katkı sağlar hem de kamu otoritesi üzerindeki iş yükünü hafifletmek<sup>1</sup> sûretiyle adâlete erişimi kolaylaştırır. Arabuluculuk bu noktada, kadim tarihi arka planı, insan odaklı yaklaşımı ve barışçıl süreç yönetimi ile önemli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak modern hukuktaki yerini ve kullanım sahasını her geçen gün güçlendirmekte ve genişletmektedir.

Öte yandan aile uyuşmazlıkları, taraflar arasındaki iletişimin ve bağın asgarî düzeyde dahi devamını gerektiren sui generis yapısı<sup>2</sup> ile diğer

<sup>1</sup> **BARRETT**, Jerome T./**BARRETT**, Joseph P., A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement, 9. Baskı, San Francisco 2004, s. 14.

<sup>2</sup> **KARAGÖZOĞLU**, Nursen: "Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik", Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017, s. 57; **PARKINSON**, Lisa, Aile Arabuluculuğu (Family Mediation)-Yeni Aile Adalet Sistemine Dair Uygun Uyuşmazlık Çözüm

alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ve ihtisas arabuluculuklarından farklı bir yaklaşımı ve çözüm şeklini zorunlu kılar. Bir ihtisas arabuluculuğu olan aile arabuluculuğu, aile kurumunu ilgilendiren konularda ihtilâfa düşen tarafların aralarındaki sorunları kamu otoritesinin gözetiminde ya da bu otoriteden belirli sınırlarda bağımsız olarak ve üçüncü kişilerin uzmanlığından ve aracılığından yararlanmak sûretiyle çözüme kavuşturmaya çalıştıkları bir süreç yönetimini ifade eder.

Geçmişten bugüne, çeşitli hukuk sistemlerinde aile arabuluculuğuna, aile uyuşmazlıklarının çözümü bağlamında farklı görünüşleri ile varlık ve işlerlik kazandırılmıştır. Özellikle son yirmi yıldır farklı iç hukuklarda uygulama alanı giderek genişleyen aile arabuluculuğu<sup>3</sup>, modern anlamda ilk olarak Anglo-Sakson hukukunun başat temsilcisi olan Amerika Birleşik Devletleri'nde "boşanma arabuluculuğu" odağında pozitif hukuk kapsamına dâhil edilmiş, sonrasında ise Avrupa Birliği düzenlemelerinin de etkisiyle Türkiye'nin de parçası olduğu Kara Avrupası hukukunda güçlü ve uygulama çerçevesi daha geniş<sup>4</sup> bir yasal zemine oturtulmuştur. Kadim hukuk sistemlerinden İslâm Hukuku ise; asırları aşan bir birikimle ilerleyen söz konusu müesseseyi, günümüz hukukunda çok sayıda devletin iç hukukunda tatbik edilir kılmıştır. Söz konusu hukuk sistemlerinde aile arabuluculuğu; "nitelik", "taraf iradesinin belirleyiciliği", "kamu otoritesinin sürece katılımı", "ihtilâfın çözümünde öncelenen odak" gibi çeşitli değişkenler üzerinden farklı görünüşleri (türleri ve modelleri) ile uygulanagelmiştir.

Aile uyuşmazlıklarının çözümüne katkı sağlayabilecek alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden sürdürülebilir, etkin ve çözüm odaklı sonuçlar elde edilebilecek şekilde yararlanılması çalışmalarına katkıda bulunulması amacıyla hazırlanmış olan bu çalışma kapsamında aile

---

Yöntemi, Bristol 2017, s. 20; DAĞLIOĞLU, Duygu: "Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk", ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, 2020, s. 562; ROBERTS, Marian, Developing the Craft of Mediation: Reflections on Theory and Practice, 1. Baskı, Londra 2007, s. 4.

<sup>3</sup> ŞİMŞEK, Erdem: "Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü için Düzenlenmesi Gereken Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme", Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 2018, s. 74; PARKINSON, s. 18.

<sup>4</sup> PARKINSON, s. 9.

arabuluculuğunun türleri ve modelleri, hukuk doktrininde ve pozitif hukuktaki yasal düzenlemelerde yer alan tanımlamalar ve sınıflandırmalar dikkate alınarak ele alınmıştır. Aile arabuluculuğuna ilişkin genel bir bilgi takdiminin ardından, önce aile arabuluculuğu türleri, akabinde ise aile arabuluculuğu modelleri inceleme konusu kılınmıştır.

## I. GENEL OLARAK AİLE ARABULUCULUĞU

Aile arabuluculuğu; pozitif hukukun kapsam alanına dâhil olan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu yönüyle de her hukukî olgu ve müesese gibi bir hukukî tanıma, amaca, ilkelere ve gelişim sürecine sahiptir. Çalışmanın bu bölümünde söz konusu başlıklar altında genel bir bilgilenirmede bulunulmuştur.

### A. Tarihî Gelişim Süreci

Tarihin ilk zamanlarından modern çağa dek insanlar ve toplumlar daima var olmuş, bu var olma hâli de ikili-çoklu ilişkiler ile birlikte çeşitli anlaşmazlıkları da kaçınılmaz kılmıştır. Yazılı kaynaklar incelendiğinde yüzlerce yıllık kadim bir geçmişe sahip olduğu görülen aile arabuluculuğu, farklı medeniyetlerin ve hukuk sistemlerinin katkısı ile günümüze kadar birikimli bir gelişim süreci göstermiştir. Öyle ki; Asur, Babil, Sümer ve Mısır medeniyetlerinde belirli yönleriyle aile arabuluculuğu olarak nitelendirilebilecek (insanların nefsinin ve diğer insanlar ile arasını ıslah etme rolünü icra eden, yeri geldiğinde bir hakem olarak nihaî takdirde bulunan, yeri geldiğinde ise tarafları uyuşmazlık çözümü anlamında bir karar almaya zorlayan) örnekler bulunmaktadır.<sup>5</sup>

Öte yandan, insanlık tarihinde önemli izler bırakmış olan İslâm Medeniyeti'nin yanı sıra Antik Yunan, Roma ve Uzak Doğu uygarlıklarında da arabuluculuk yönteminden aile uyuşmazlıklarının çözümü bağlamında yararlanıldığı görülmektedir. Yazılı kaynaklar, bu anlamda

<sup>5</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. ÖZMUMCU, Seda: "Arabuluculuğun Doğuşu ve Gelişmelerine Genel Bir Bakış", İstanbul Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, 2014, s. 33-34; TAZICI, Hande: Boşanmanın Hukuki Sonuçlarına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, s. 9; COŞAR, Vedat Ahsen: "Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı", Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2011, s. 7 vd.; ŞAHİN, Hüseyin Güngör, Arabuluculuk, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 11.

gerçekleşen ilk uygulamaların ise Mezopotamya ve Anadolu coğrafyalarında olduğunu ortaya koymaktadır.<sup>6</sup>

Geleneksel aile arabuluculuğundan modern anlamdaki arabuluculuk uygulamalarına geçiş sürecindeki ilk adımlar, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin altlığı oluşturan 1899 ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri ile atılmıştır.<sup>7</sup> Bununla birlikte, aile arabuluculuğu da dâhil olmak üzere modern arabuluculuğa en yakın uygulamalar ise, ilk olarak 1960'lı yıllarda ABD'de yürürlüğe giren Yurttaşlık Kanunu ile hayata geçirilmiştir.<sup>8</sup> Öte yandan, Avrupa'da aile arabuluculuğuna dair ilk uygulamalar, sivil toplum kuruluşları ve uzmanlaşmış özel sektör temsilcilerinin katılımıyla İngiltere'de gerçekleştirilmiştir.<sup>9</sup> Bu uygulamaların ardından söz konusu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi Almanya ve Fransa gibi ülkelerin iç hukukunda gelişim göstermeye başlamış ve özellikle Avrupa Komisyonu tarafından 19 Nisan 2002 tarihinde hazırlanmış olan Yeşil Kitap (Green Paper) ile sağlam bir hukukî zemine oturmuştur.<sup>10</sup>

Kara Avrupası Hukuku'na dâhil olan Türkiye'de de Avrupa'daki gelişim sürecine benzer şekilde çalışmalar gerçekleştirilmiş olup 7

<sup>6</sup> PARKINSON, s. 17; KEKEÇ-KISMET, d. 106; ÖZMUMCU, s. 33-34; ŞAHİN, s. 11.

<sup>7</sup> BARRETT/BARRETT, s. 6.

<sup>8</sup> ÖZBEK, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 632; MCMANUS, Michael/SILVERSTEIN, Brianna: "Brief History of Alternative Dispute Resolution in the United States", Cadmus (Promoting Leadership in Thought That Leads to Action), C. 1, 2011, s. 101 vd.; YILMAZ, Muzaffer Ercan: "Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk Süreci", KHUKA, C. 9, 2006, s. 97; TAŞPOLAT-TUĞSAVUL, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), 1. Baskı, Ankara 2012, s. 33 vd.; YILDIZ, Pervin: "Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğuna İlişkin Gelişmeler/Developments in Turkish Law Regarding Family Mediation", Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 2018, s. 35; ERICKA B. Gray: "Creating History: The Impact of Frank Sanderon ADR in the Courts", Negotiation Journal, C. 22, 2006, s. 445.)

<sup>9</sup> ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim", Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C. 4, 2006, s. 907 vd.; KEKEÇ-KISMET, s. 31-32; MOORE, Christopher W. (Çeviren: Kaçmaz, Tarkan/Tercan, Mustafa): Arabuluculuk Süreci Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 89.

<sup>10</sup> DENDORFER, Renate: "Mediation in Germany: Structure, Status Quo and Special Issues", CMC, Civil Mediation Council Fifth National Conference, 2011, s. 1-2; TAŞPOLAT-TUĞSAVUL, s. 39; KEKEÇ-KISMET, s. 33.

Haziran 2012’de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çıkarılmış ve aile uyuşmazlıklarının da belirli şartlarda alternatif yöntemlerle çözüme kavuşturulmasının önünü açan arabuluculuk ilk kez yasal altyapıya kavuşturulmuştur<sup>11</sup>.

### B. Kavramsal Çerçeve, Amaç ve İlkeler

Çağdaş hukuk sistemlerinde özgün ve ayrı bir uyuşmazlık çözüm yolu şeklinde yapılandırılan ve en sade biçimde “*üçüncü bir kişinin katkısıyla yürütülen müzâkere süreci*”<sup>12</sup> olarak tanımlanan arabuluculuk, çeşitli tanımların ortak vurgularından hareketle<sup>13</sup>; “ *tarafların iddialarını ve taleplerini*”<sup>14</sup> özgür bir şekilde dile getirerek aralarındaki uyuşmazlığı menfaâtleri doğrultusunda sonlandırmaya gayret ettikleri bir uyuşmazlık çözüm yöntemi” veya “*kişilerin aralarındaki uyuşmazlığı emredici bir rolü olmayan*”<sup>15</sup> tarafsız üçüncü kişinin (arabulucunun) çabasıyla çözmek için yürüttükleri faaliyet” şeklinde tanımlanabilir.

Aile kurumuna odaklanan bir ihtisas arabuluculuğu olan aile arabuluculuğunun ise Öğretideki farklı tanımların<sup>16</sup> özünü ve hülâsasını ihtiva edecek şekilde “*çeşitli konularda uyuşmazlık yaşayan aile kurumu ilgililerinin (eşler, çocuklar, diğer aile yakınları vb.) aralarındaki ihtilâfi tarafsız ve alanında uzman üçüncü kişilerin yardımıyla barışçıl bir şekilde çözmelerini*

<sup>11</sup> **YILMAZ**, Demet: Türk İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2020, s. 5.

<sup>12</sup> **MACTURK**, Christopher H.: “Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions”, American Journal of Trial Advocacy, C. 19, 1995, s. 413.

<sup>13</sup> Bu konuda yapılmış olan çeşitli tanımlar için bkz. **PARKINSON**, s. 286; **YAZICI**, Hilal: “Bazı Hakların Korunması Açısından Boşanma Sürecinde Arabuluculuk: Beklenti, Endişe ve Öneriler”, Kadın ve Demokrasi Derneği Dergisi, C. 4, 2018, s. 105-106; **KARAGÖZOĞLU**, s. 57.

<sup>14</sup> **STULBERG**, Joseph B., “The Theory and Practice of Mediation: A Reply to Professor Susskind”, Vermont Law Review, C. 6, 1981, s. 89-90.

<sup>15</sup> **MOWATT**, Joan G.: “Alternative Dispute Resolution: Some Points to Ponder”, Comparative and International Law Journal of Southern Africa, C. 25, 1992, s. 49-50.

<sup>16</sup> **PARKINSON**, s. 20; **PHEAR**, W. Patrick: “Family Mediation: A Choice of Options”, The Arbitration Journal, C. 39, 1984, s. 29; **EMERY**, Robert, Renegotiating Family Relationships Divorce, Child Custody and Mediation, 2. Baskı, New York 2012, s. 2; **ERICKSON**, Stephen K., Family Mediation Casebook Theory and Process, 1. Baskı, New York 1988, s. 3.

*sağlamak üzere yapılandırılmış olan uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak nitelendirilmesi mümkündür.*

Bir ihtisas arabuluculuğu olan aile arabuluculuğu, genel arabuluculuk yöntemine benzer şekilde üç temel amaç çerçevesinde icra edilen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Aile arabuluculuğunun öncelikli amacı, tarafların farklı beklentilerini asgarî müşterekte dengeleyerek ihtilâfı kalıcı bir şekilde sona erdirmektir. Bu amaç doğrultusunda; sürecin başarısını anlaşılmaya varma ile ölçen çözüm odaklı arabulucu(lar) koordinasyonunda yürütülen bir faaliyet ile taraflar arasındaki uyuşmazlığın kesin olarak ortadan kaldırılmasına odaklanılır.<sup>17</sup>

Aile arabuluculuğunun ikincil amacı ise, uyuşmazlığın taraflarının mevcut ve müstakbel uyuşmazlıklara bakış açılarının değiştirilmesi sûretiyle kişisel gelişimlerine katkıda bulunulmasıdır.<sup>18</sup>

Söz konusu uyuşmazlık çözüm yönteminin bir diğer amacı ise; “taraflarda farkındalık oluşturmak”, “karşı tarafı anlamaya yardımcı olmak” ve “anlaşma yapmak” olmak üzere üç odak doğrultusunda hareket ederek anlaşmazlığın bütün tarafları için pozitif toplamı (dağıtıcı sonuçlardan ziyâde bütünleyici sonuçları merkeze koyan) çözümlere ulaşılmasıdır.<sup>19</sup>

Aile arabuluculuğu, arabuluculuğun bir uzmanlık türüdür. Bu yönüyle de esas olarak diğer arabuluculuk türlerinde olduğu gibi dört temel ilke çerçevesinde yürütülür. Bu ilkeler; tarafların aralarındaki ihtilâf bağlamında herhangi bir sonuca zorlanamamasını ifade eden irâdîlik ilkesi, arabuluculuk sürecine ilişkin belge ve bilgilerin kural olarak kullanılmamasını ifade eden gizlilik ilkesi, arabuluculuk sürecinin tarafları arasında

<sup>17</sup> **DOLTO**, Franchoise (Çeviren: Yiğitler, Nuriye): Çocuk ve Boşanma, 1. Baskı, İstanbul 1992, s. 32.

<sup>18</sup> **GÖZLER**, Kemal, Hukuka Giriş, 10. Baskı, Bursa 2013, s. 254; **KEKEÇ-KİSMET**, Elif, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 51.

<sup>19</sup> **ÖZCAN**, Cem: “Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 5, 2017, s. 386; **AKKAYA**, Tolga: “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı”, Ankara Barosu Dergisi, C. 4, 2014, s. 23-62, 31; **BİLEN**, Mürüvvet, Sağlıklı İnsan İlişkileri, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 75.

meydana gelmesi muhtemel güç dengesizliğinin önlenmesini ifade eden eşitlik ilkesi ve arabulucunun taraflara eşit yakınlıkta olmasını ifade eden tarafsızlık ilkesidir<sup>20</sup>. Bununla birlikte, aile arabuluculuğu bağlamında “kişi güvenliği ilkesi”, “kendi kaderini tayin etme ilkesi” ve “çocuğun hakları ile ihtiyaçlarına odaklanma ilkesi” de süreç yönetiminde dikkate alınan diğer ilkelere<sup>21</sup>.

## II. KARŞILAŞTIRMALIHUKUKTA AİLE ARABULUCULUĞU TÜRLERİ

Aile arabuluculuğu, öğretilerde; uyuşmazlığın çözümüne ilişkin yaklaşım tarzı, sürecin başlama, ilerleme ve sona erme usûlleri, faaliyetin niteliği gibi birtakım belirleyiciler üzerinden çeşitli türlere ayrılarak nitelendirilmiştir.<sup>22</sup> Bu bölümde, aile arabuluculuğu türleri; “nitelik”, “tarîhî arka plan”, “yaklaşım tarzı”, “yönteme başvurma biçimi” ve “başvurudaki iradîlik durumu” gibi kriterler üzerinden ayrıntılı olarak incelenmiştir.

### A. Niteliğine Göre Aile Arabuluculuğu Türleri

Aile arabuluculuğu, niteliğine göre “âdî arabuluculuk” ve “nitelikli arabuluculuk” olmak üzere iki farklı şekilde yürütülebilir.<sup>23</sup>

Geleneksel aile arabuluculuğu uygulamalarına yakınsayan bir arabuluculuk türü olan âdî aile arabuluculuğu, ihtilâfa taraf olan kişilerce uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunabileceği düşünülen herhangi bir

<sup>20</sup> ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Anayasal Hak ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı Raporu, Ankara 2010, s. 138; TANRIVER, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 64, 2006, s. 151; YAZICI-TIKTIK, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 233.

<sup>21</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı”, DEÜHFD, C. 7, 2005, s. 86.

<sup>22</sup> ERTÜRK, Mustafa, Arabuluculuk Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara 2019, s. 37; EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018, s. 63; DÜR, Orhan, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 114.

<sup>23</sup> ÖZBAY, İbrahim: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, 2006, s. 461 vd.



üçüncü kişinin arabulucu olarak tayin edilebildiği ve usûl işlemleri ile esasa dair birçok konuda yasal düzenlemelere uyma zorunluluğunun bulunmadığı arabuluculuk türüdür.<sup>24</sup> Bu arabuluculuk türünde, genel olarak tüm taraflarda saygınlık uyandıracak nüfûz sahibi kişiler sürece dâhil edilir, sülh temelli sonuçlara odaklanan bir yaklaşımla ihtilâfın giderilmesine dönük bir çaba sarf edilir ve faaliyet sonucunda ulaşılan sonuçlar taraflar için bağlayıcılık teşkil etmez.<sup>25</sup>

Öğretide yer yer resmî arabuluculuk olarak da adlandırılan nitelikli aile arabuluculuğu ise, aile uyuşmazlıklarının alternatif yöntemlerle çözüme kavuşturulmasına ilişkin uygulama ilkelerinin ve prosedürlerinin hukuk düzenlemeleri ile belirlenmiş olduğu aile arabuluculuğu türüdür. Bu arabuluculuk türü, kamu otoriteleri tarafından belirlenmiş kriterleri hâiz tarafsız üçüncü kişiler aracılığıyla işlerlik kazanır ve faaliyetin neticeleri bakımından taraflar için bağlayıcılık arz eder.<sup>26</sup>

### B. Uygulama Geçmişine Göre Aile Arabuluculuğu Türleri

Köklü bir tarihî arka plana sahip olan aile arabuluculuğu, uygulama geçmişine göre “geleneksel aile arabuluculuğu” ve “modern aile arabuluculuğu” olmak üzere iki türe ayrılmaktadır.<sup>27</sup>

Uyuşmazlıkların çözümünde toplumda güven duyulan kişilerin arabulucu olarak belirlendiği geleneksel aile arabuluculuğu, örf-adet ve geleneklerine sadık topluluklarda yoğun bir şekilde tercih edilen, özellikle İslâm dininin yaygın olduğu ülkeler ile uyum felsefesini önemseyen Uzak Doğu toplumlarında geniş bir uygulama alanı bulan, bireysel

<sup>24</sup> YARAR, Güven: Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, Antalya 2019, s. 15; ER-TÜRK, s. 37; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI, s. 64.

<sup>25</sup> YEŞİLİRMAK, Ali: “Arabuluculuk Nedir?”, Yeşilirmak, Ali/Kekeç-Kısmet, Elif (Editörler), Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 1. Baskı, Ankara 2019, s. 36; ÖZBEK, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 632; DÜR, s. 115.

<sup>26</sup> TAŞ, Serdar: Hukuk ve Siyaset Türkiye’de Arabuluculuk Tartışmaları ve Düzenlemeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 53; ALKAN, Derya: Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 58.

<sup>27</sup> MOORE, s. 57; ÖZBAY, s. 467.

çıkardan ziyâde kolektif yararı önceleyen ve iyileştirici adâlete katkıda bulunmak üzere yapılandırılmış bir arabuluculuk türüdür.<sup>28</sup>

Toplumsal faydadan çok bireylerin menfaâtlerine ve ihtiyaçlarına odaklanan modern aile arabuluculuğu ise; ilk örnekleri Batı toplumlarında gelişim göstermeye başlamış olan, arabulucudan ziyâde taraf egemenliğini esas alan, pozitif hukuk düzenlemeleri çerçevesinde belirlenmiş kişiler, araçlar ve kriterler ile yürütülen arabuluculuk türüdür.<sup>29</sup>

### C. Yaklaşım Tarzına Göre Aile Arabuluculuğu Türleri

Tarafsız üçüncü kişinin uyuşmazlığın çözümü bağlamında sergilediği yaklaşıma göre arabuluculuk; “aktif veya pasif aile arabuluculuğu”, “öze, kişiye veya ortama dönük aile arabuluculuğu” ve “menfaât temelli ya da hak temelli aile arabuluculuğu” olmak üzere farklı türlere ayrılabilir.<sup>30</sup>

Aktif aile arabuluculuğu; arabulucunun ihtilâfın çözümü sürecinde başat bir role sahip olduğu, taraflara çözüme yönelik somut önerilerde bulunduğu ve sonuca büyük ölçüde etki ettiği arabuluculuk türüdür.<sup>31</sup> Pasif aile arabuluculuğu ise; arabulucunun uyuşmazlık çözüm sürecinde tarafları kendi çözümlerini üretmek konusunda tamamen serbest bıraktığı ve istisnâî hâller hâricinde müdâhaleci eylem ve söylemlerden imtinâ ettiği arabuluculuk türüdür.<sup>32</sup>

Aile arabuluculuğu faaliyeti, arabulucunun uyuşmazlığın çözümü anlamında neyi ve kimi odağa yerleştirdiğine göre de çeşitli türlerde incelenebilir. Somutlaştırmak gerekirse; ihtilâfı taraflara odaklanarak çözüme çalışan arabuluculuk türü kişiye dönük aile arabuluculuğunu ifade etmekte iken, merkeze uyuşmazlığın bizatihi kendisinin koyulduğu arabuluculuk kişiye dönük arabuluculuk, müzâkere ortamını

<sup>28</sup> ŞAHİN-CEYLAN, Şule: Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 147.

<sup>29</sup> TAŞPOLAT-TUĞSAVUL, s. 32; ŞAHİN-CEYLAN, s. 147. ; ÖZBEK, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 590 vd.

<sup>30</sup> ÖZMUMCU, Seda: “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, 2013, s. 1375 vd.

<sup>31</sup> YAZICI-TIKTIK, s. 48.

<sup>32</sup> ÖZMUMCU, s. 1375 vd.

iyileştirmeyi/güçlendirmeyi hedefleyen arabuluculuk türü ise ortama dönük arabuluculuk olarak nitelendirilebilir.<sup>33</sup>

Yaklaşım tarzına göre yapılan bir diğer tür sınıflandırması bakımından ise; arabuluculuk faaliyetinin hak temelli mi yoksa menfaât temelli mi yürütüldüğü belirleyici olmaktadır. Dünya’da daha yaygın bir uygulama alanı olan menfaât temelli arabuluculukta, uyuşmazlığın çözümü bağlamında tarafların çıkarları esas alınırken; hak temelli arabuluculuk türünde ise, ihtilâfın devlet yargısına taşınması durumunda verilebilecek en yakın karara ulaşmayı amaçlayan bir süreç yönetimi gerçekleştirilir.<sup>34</sup>

#### D. Yönteme Başvurma Biçimine Göre Aile Arabuluculuğu

##### Türleri

Aile arabuluculuğu, yöneme başvurma biçimine göre farklı türlere ayrılmaktadır. Bu türlerden ilki mahkemeye yakın aile arabuluculuğudur. Bu arabuluculuk türünde; mahkemenin hâkimi, 4787 sayılı Kanun’un 7. maddesinin 1. fıkra hükmü uyarınca<sup>35</sup> arabuluculuk faaliyetine doğrudan müdâhil olmaz. Bununla birlikte davaya ara vermek sûretiyle taraflara aralarındaki ihtilâfı çözmek üzere uygun bir zaman ve zemin sunar.<sup>36</sup>

Arabuluculuk görevinin uyuşmazlığın taşındığı mahkemenin hâkimi tarafından bizzat üstlenildiği arabuluculuk türü olan mahkeme içi

<sup>33</sup> **SIĞRI**, Ünal/**VAROĞLU**, A. Kadir: Müzakere ve Arabuluculuk-İş, Yönetim, Diplomasi ve Hukukta Uyuşmazlıkların Çözümü, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 336; **DÜR**, s. 126.

<sup>34</sup> **AKYOL-ASLAN**, Leyla: “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 15’inci Maddesi ile Arabulucunun Çözüm Önerisi Getirebilmesine Olanak Sağlayan Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, THD, C. 145, 2018, s. 34 vd.; **KAYMAZ**, Emine/**KAYMAZ**, Mehmet Devran: “İş Hukukunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk”, Kadim Akademi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 4, 2020, s. 9; **ÖZBEK**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 736.

<sup>35</sup> Anılan düzenleme hükmü şu şekildedir: “Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanmadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.”

<sup>36</sup> **DÜR**, s. 129.

aile arabuluculuğunda; hâkim, arabuluculuk süreci ile varılan sonucu bütün hukukî neticelerini doğurmak üzere kayıt altına aldırır.<sup>37</sup>

Yönteme başvurma biçimi bakımından Dünya’da en yaygın arabuluculuk türü olan mahkeme dışı aile arabuluculuğu ise, uyuşmazlığın taraflarının devlet yargısına başvurmadan önce aralarındaki ihtilâfı gidermeyi amaçladıkları ve kamu otoritesinin doğrudan müdâhalesi olmaksızın yürütülen bir arabuluculuk türüdür.<sup>38</sup>

### E. Başvurudaki İradîlik Durumuna Göre Aile Arabuluculuğu Türleri

Sürece başvurma bağlamındaki iradeye göre aile arabuluculuğu; “ihtiyarî aile arabuluculuğu” ve “zorunlu aile arabuluculuğu” olmak üzere iki türde icra edilmektedir.<sup>39</sup>

Aile arabuluculuğu kural olarak gönüllülük prensibi ile yürütülen bir faaliyettir.<sup>40</sup> İhtiyarî aile arabuluculuğu, bu aslî prensibe uygun bir şekilde yürütülen, daha somut bir ifadeyle uyuşmazlığın taraflarının aralarındaki ihtilâfı sona erdirmeye anlamında arabuluculuk sürecine başvurup başvurmama konusunda özgür oldukları arabuluculuk türünü ifade eder.<sup>41</sup>

Zorunlu aile arabuluculuğu ise; arabuluculuğa başvurmuş olmanın devlet yargısına başvurmanın ön şartı olarak düzenlenmiş olduğu arabuluculuk türüdür. Önemle belirtmek gerekir ki; bu arabuluculuk türündeki zorunluluk, faaliyete başvurmak anlamında olup taraflara faaliyeti sürdürmek ve sulh ile sonuçlandırmak bakımından herhangi bir mecburiyet yüklenmez.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> DÜR, s. 128.

<sup>38</sup> İLDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), 1. Baskı, Ankara 2003, s. 43.

<sup>39</sup> AŞÇI, Mehmet Saim: “Zorunlu Arabuluculuk Uygulamasının Olumlu ve Olumsuz Yönleri”, Uluslararası Hukuk ve Sosyal Bilim Araştırmaları Dergisi, C. 1, 2019, s. 83.

<sup>40</sup> ÖZTÜRK, Necla/YARAR, Güven: “AB 2008/52/EC Arabuluculuk Direktif Hükümlerinin Bazı Üye Devlet ve Türk Hukukunda Yansımaları”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan II, 2015, s. 1331 vd.

<sup>41</sup> YAZICI-TIKTIK, s. 36 vd.

<sup>42</sup> AŞÇI, 83-84.

## II. KARŞILAŞTIRMALIHUKUKTA AİLE ARABULUCULUĞU MODELLERİ

Modern hukuk sistemlerinde aile uyuşmazlıklarının çözümü için farklı aile arabuluculuğu modellerinden yararlanılmaktadır. Sürece katılan üçüncü kişilerin niteliği ve niceliğinin yanı sıra, uyuşmazlık çözümü sürecinde odaklanılan konular, arabuluculuk faaliyeti ile ulaşılmak istenen nihaî amaç, arabulucunun faaliyetindeki rolü, uyuşmazlık çözüm sürecinde yararlanılan araçlar gibi çeşitli belirleyiciler üzerinden oluşturulan bu modeller; “değerlendirici”, “kolaylaştırıcı”, “dönüştürücü”, “problem çözücü”, “yapılandırıcı”, “öyküsel”, “ekosistemik”, “terapötik”, “online”, “mekik” ve “eş” aile arabuluculuğu başlıkları çerçevesinde aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

### A. Değerlendirici Aile Arabuluculuğu Modeli

Hukuk alanında ve arabuluculuk mesleğinde yeterli deneyime sahip olan arabulucuların katılımıyla yürütülen değerlendirici aile arabuluculuğu modelinde, çatışmanın özüne ve taraflarca anlaşmaya varılması için karşılanması gereken asgarî taleplere/ihtiyaçlara odaklanılır.<sup>43</sup> Bu modelde arabulucu; uyuşmazlığın taraflarının iddialarına ve taleplerine bir hâkimin bakış açısıyla yaklaşmakta ve onların uyuşmazlık bağlamındaki güçlü ve zayıf yönlerine dikkat çekmek sûretiyle muhtemel bir anlaşmanın-anlaşmamanın her bir taraf için olumlu-olumsuz yönleri ortaya koymaktadır.<sup>44</sup>

Değerlendirici modelde; kendisine “tarafların uyuşmazlık alanını ilgilendiren güçlü ve zayıf yönlerini tespit etmek”, “uyuşmazlık konusu sorunun çözümüne yönelik seçenekler geliştirerek taraflara öneriler sunmak” ve “uyuşmazlık konusunun davaya dönüşmesi hâlinde verilebilecek kararlara ilişkin tahminde bulunmak” olmak üzere üç ana görev yüklenmiş olan arabulucu; uyuşmazlık çözüm sürecini aktif bir metot, sulh

<sup>43</sup> MOORE, Mediation, s. 56.

<sup>44</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. YEŞİLİRMAK, s. 37; AKYOL-ASLAN, s. 36; DÜR, s. 119.

temelinde anlaşmaya yönelik bir yaklaşım ve çözüm odaklılık çerçevesinde hızlı bir seyirle yönetir.<sup>45</sup>

Çıkarlardan ziyâde âdil sonuçlara odaklanan ve tarafsız üçüncü kişinin hukukî bilgisinden, tecrübesinden ve değerlendirmelerinden azamî düzeyde yararlanılmasını hedefleyen<sup>46</sup> değerlendirici modelin olumlu ve olumsuz yönlerinin olduğu ifade edilebilir.

Değerlendirici model; deneyimli ve objektif bir üçüncü kişinin değerlendirmelerinden ve önerilerinden aracısız ve masrafsız olarak yararlanılmasını sağlar; taraflarla paylaştığı öngörüler ve tavsiyeler ile anlaşmaya dönük taraf iradesini kuvvetlendirir ve uzlaşma odaklı işleyişi ile ihtilâfın hızlı ve sürdürülebilir bir şekilde giderilmesine katkıda bulunur.<sup>47</sup>

Bununla birlikte, öğretide söz konusu modelin; arabulucunun baskın yönlendirmesi ile taraf iradesinin sakatlanması, arabulucunun hatalı içtihatları nedeniyle tarafların çıkarlarına hanel gelmesi, muhtemel hukukî sonuç paylaşımından ötürü psikolojik üstünlüğü kaybeden taraf için negatif çözümler dayatması ve tam olarak karşılanmayan taraf ihtiyaçları nedeniyle ileriye dönük bastırılmış çatışmalar doğurması gibi olumsuz yönlerinin bulunduğu da savunulmaktadır.<sup>48</sup>

## B. Kolaylaştırıcı Aile Arabuluculuğu Modeli

Aile uyumsuzluklarının esasına ve olası hukukî sonuçlarına ilişkin değerlendirmelerden kaçınan ve ihtilâfın taraflarına aralarındaki sorunun ortadan kaldırılması için kendi çözümlerini üretmeleri konusunda yardımcı olmayı amaçlayan kolaylaştırıcı aile arabuluculuğu modeli,

<sup>45</sup> **LOWRY**, L. Randolph: Evaluative Mediation, Ann, Milne/Folberg, Jay/Salem, Peter (Editörler), Divorce and Family Mediation Models, Techniques, and Applications, New York 2004, s. 73; **ADKINS**, Mary: "Moving Out of the 1990s: An Argument for Updating Protocol on Divorce Mediation in Domestic Abuse Cases", Yale Journal of Law and Feminism, C. 22, 2010, s. 104.

<sup>46</sup> **ROBERTS**, Family Disputes, s. 195-196; **ADKINS**, s. 105.

<sup>47</sup> **LOWRY**, s. 76 vd.

<sup>48</sup> **LOWRY**, s. 74-75.

tarafsız bir üçüncü kişinin sonuca etki eden belirleyici değerlendirmelerinden ziyâde taraf egemenliği çerçevesinde işlerlik kazanan bir modeldir.<sup>49</sup>

Kolaylaştırıcı aile arabuluculuğunda, taraflar çözüme ulaşma konusunda ana aktörlerdir. Bu sebeple de arabulucudan uyuşmazlığın esasına ilişkin ayrıntılı değerlendirmelerde bulunmayı gerektirecek bir bilgi ve deneyime sahip olması beklenmez; taraflar arasında iletişim tesis etmek, var olan iletişim ortamını iyileştirmek/güçlendirmek ve süreç içerisinde gerçekleştirilen müzâkerelerde genel koordinasyon ve eşgüdüm rolünü icra etmek arabulucu için yeterli olarak kabul edilir.<sup>50</sup>

Sonuç ve anlaşmadan çok süreç ve iyi iletişim odaklı olarak yürütülen bu model kapsamında tarafların hukuken korunması gereken haklarına değil ortak bir paydada buluşturulabilecek çıkarlarına odaklanılır.<sup>51</sup> Bu çerçevede arabulucu, taraf iradelerini etkileyecek tahminlerden, değerlendirmelerden ve önerilerden kaçınır.<sup>52</sup>

Öğretide kolaylaştırıcı modelin olumlu yönlerine ilişkin çeşitli değerlendirmeler bulunmaktadır.<sup>53</sup> Bu değerlendirmelerden hareketle ifade etmek gerekirse kolaylaştırıcı aile arabuluculuğu; taraflar arasındaki iletişim hem süreç esnasında hem de süreç sonrasında güçlendirir, tarafların sonuçlarına katlanacakları çözümleri bizzat üretmelerini sağlar, taraflar için kaliteli bir müzâkere ortamı sunarak güç dengesizliklerinin önüne geçer ve taraf egemenliği ile yürütülen faaliyet neticesinde tarafları tatmin edecek daha uygulanabilir anlaşma belgelerinin oluşturulmasını

<sup>49</sup> LEVIN, Murray S.: "The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns About the Nature and Quality of an Evaluative Opinion", *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, C. 16, 2001, s. 267-268.

<sup>50</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. RISKIN, Leonard L.: "Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed", *Harvard Negotiation Law Review*, C. 1, 1996, s. 28-29; ALFINI, James J.: "Evaluative Versus Facilitative Mediation: A Discussion", *Florida State University Law Review*, C. 24, 1997, s. 919.

<sup>51</sup> ROBERTS, *Family Disputes*, s. 193.

<sup>52</sup> LEVİN, s. 271; ÖZMUMCU, *Arabulucunun Rolü*, s. 1372.

<sup>53</sup> MAYER, Bernard, "Facilitative Mediation", Milne, Ann L./Folberg, Jay/Salem, Peter (Ed.), *Divorce and Family Mediation Models, Techniques, and Applications*, The Guilford Press, New York 2004, s. 38-39.

temin eder.<sup>54</sup> Bununla birlikte, kolaylaştırıcı model, tarafların iyi niyetli olmadığı uyuşmazlıklar bağlamında arabuluculuktan beklenen yararı elde edilmesi hususunda yetersiz kalabilir.

### C. Dönüştürücü Aile Arabuluculuğu Modeli

Günümüz hukukunda aile uyuşmazlıklarının çözümü bağlamında kullanım alanı giderek genişlemekte olan dönüştürücü aile arabuluculuğu modeli; ihtilâfın tarafları nezdinde “muhabatı tanıma” ve “iletişimi güçlendirme” şeklinde iki ana tesir oluşturarak çatışmaları yıkıcı olmaktan yapıcı olmaya dönüştürmeyi amaçlar. Bu model; taraflarda ihtilâfa (ve uyuşmazlığı ilgilendiren kişisel zayıflıklara) dair farkındalık oluşturan, tarafları birçok açıdan iyileştiren (toplumsal ilişkilerde daha anlayışlı ve duyarlı olma, daha özgüvenli ve özsaygılı olma, sosyal uyum yeteneğini kazanma, müstakbel sorunlarla daha iyi bir şekilde baş etme vb.) ve taraf gereksinimlerinin karşılıklı olarak anlaşılmasına yardımcı olmak sûretiyle anlaşmazlıkları dostâne bir şekilde sona erdirmeyi hedefleyen bir model olarak öne çıkmaktadır.<sup>55</sup>

Dönüştürücü model bağlamında esas olan; tarafların karşılaştıkları ve/veya karşılaşacakları uyuşmazlıkları yönetme bağlamındaki kişisel gelişimlerine katkıda bulunmaktır. Bu sebeptir ki, dönüştürücü arabuluculuk faaliyeti kapsamında rol alan arabulucu, ihtilâfın hâlli sürecinde geçici bir fonksiyon üstlenmez, bilakis tarafları kısa-orta vadede takip ederek, onların iyi anlamda dönüşümüne katkıda bulunmaya gayret eder.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> STITT, Allan J., *Mediation: A Practical Guide*, 1. Baskı, Londra 2004, s. 3.

<sup>55</sup> BARUCH, Robert A./FOLGER, Joseph P. (Çeviren: Şart, Gamze), *Arabuluculuk ve Getirileri-Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı*, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 22-23; BERKEL, Hans Georg, *Father to Son the Mediation of Family Firm Succession Conflict*, 1. Baskı, Köln 2007, s. 99.

<sup>56</sup> ÖZMUMCU, Seda: “Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli”, İÜHFİM, C. 73, 2015, s. 325; KIYAK, Emre, *Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması*, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 109 vd.; SEAMAN, Roger, *Explorative Mediation at Work the Importance of Dialogue for Mediation Practice*, 1. Baskı, Londra 2016, s. 165;. FRANZ, Patricia L: “Habits of a Highly Effective Transformative Mediation Program”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, C. 13, 1998, s. 1042.



Dönüştürücü aile arabuluculuğunu diğer arabuluculuk modellerinden farklı kılan birtakım özellikler bulunmaktadır. Öğretideki değerlendirmelerin ortak paydasından hareketle özetlemek gerekirse bu model; taraflara ilişkin kesin bir önyargısızlık ve güçlü bir hazır bulunuşluk ile işlerlik kazanır, tarafların ihtilâfa esas sorunlara dair derinlemesine düşünme ve farklı perspektifler kazanma yetisini güçlendirmeye odaklanır ve süreç neticesinde ulaşılan sonuçların sorumluluğunu taraflara bırakır.<sup>57</sup>

Öte yandan söz konusu model; belirli açılardan bakıldığında bir alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminden ziyâde bir tür terapi uygulamasına yakınsar. Bu yönüyle aile içi şiddet ve istismâr konulu uyuşmazlıklara karşı koymakta çeşitli güçlükler doğurabilir. Bununla birlikte, uzun vadede erişilmesi mümkün ideal sonuçlara odaklanmasından ötürü kısa vadeli çözümlere ihtiyaç duyuran anlaşmazlıklar bağlamında istenen düzeyde etki oluşturmayabilir.<sup>58</sup>

#### **D. Problem Çözücü Aile Arabuluculuğu Modeli**

Arabulucu tarafından uyuşmazlığa ilişkin olarak yapılacak mevcut durum değerlendirmesine dayanan bir model olan problem çözücü aile arabuluculuğu, hukukî anlamda yetkin, meslekî anlamda tecrübeli, somut uyuşmazlık dosyası konusunda ise bilgi sahibi, tarafsız üçüncü kişinin belirleyici olduğu bir süreç yönetimi ile işlerlik kazanır.<sup>59</sup>

Karma bir arabuluculuk yöntemi olan bu modelde; ihtilâfı, taraf çıkarlarını öncelemeक्सizin çözmeyi hedefleyen bir anlayış hâkimdir. Bu anlayışa uygun olarak arabulucu, taraflara üzerinden mutabakat sağlanabilecek somut çözüm önerileri sunmak sûretiyle onları anlaşmaya varılması hususunda ikna etmeye çabalar.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> PARKINSON, Aile Arabuluculuğu, s. 37-38.

<sup>58</sup> MCKINNEY, Bruce C.: "A Critical Analysis of Transformative Mediation", Peace Research, C. 29, 1997, s. 42; PARKINSON, Aile Arabuluculuğu, s. 38.

<sup>59</sup> BEARDSLEY, K./QUINN, D./BISWAS, B./WILKENFELD, J.: "Mediation Style and Crisis Outcomes", The Journal of Conflict Resolution, C. 50, 2006, s. 77.

<sup>60</sup> VUKOVIC, Sinisa, International Multiparty Mediation and Conflict Management Challenges of Cooperation and Coordination, 1. Baskı, New York 2016, s. 26.

### E. Yapılandırıcı Aile Arabuluculuğu Modeli

Yapılandırıcı aile arabuluculuğu, arabuluculuk faaliyetinin arabulucu ve taraflar arasında varılmış olan çerçeve kurallar doğrultusunda çok aşamalı bir süreç şeklinde icra edildiği bir modeldir.<sup>61</sup>

Modern hukukta, son yıllarda özellikle boşanma konulu aile uyuşmazlıkları kapsamında sıklıkla tercih edilmekte olan yapılandırıcı model; boşanmanın hukukî ve mâlî sonuçlarına (ve bu sonuçların müzâkeresi sürecinde taraf çıkarlarına) odaklanır.

Taraflarda âdil sonuçlar üretildiği düşüncesi oluşturan bir süreç yönetim rehberi çerçevesinde uygulanan bu modelde, sorun tanımlama-vâkıâ tespiti-çözümüne ilişkin seçeneklerin değerlendirilmesi-olumlu/olumsuz sonuçlandırma olmak üzere dört aşmaktan oluşur, arabulucunun etkin yönetiminde sonuç odaklı olarak yürütülür ve esas olarak taraflar arasındaki iletişimin sürecin sona ermesinden sonra devam edip etmemesi ile ilgilenmez.<sup>62</sup>

### F. Öyküsel Aile Arabuluculuğu Modeli

Aile uyuşmazlıklarının çözümü bağlamında anlaşmadan ziyâde ihtilâfı ilgilendiren hikâyeleri olumlu anlamda değiştirmeye/yeniden inşa etmeye odaklanan bir model olan öyküsel aile arabuluculuğu, taraflara aralarındaki sorunlara farklı bir perspektiften bakma hususunda yardımcı olmayı önceleyen bir ihtisas arabuluculuğudur. Bu modelde arabulucu; tarafların ilgisini olumlu anlamda belirli bir yöne çekmek, ihtilâfa konu bakış açısını yeniden yapılandırmak ve çatışmaya dönük öyküleri iş birliğine dâir hikâyelere dönüştürmek üzere çaba sarf eder.<sup>63</sup>

Öğretideki farklı görüşlerin ortak noktalarından hareketle ifade etmek gerekirse, öyküsel arabuluculuk modeli; uyuşmazlıkların temelinde insan öyküleri olduğunu kabul eder. Çift dinleme tekniğinden yararlanan

<sup>61</sup> COOMBS, Russell M.: "Noncourt-Connected Mediation and Counseling in Child-Custody Disputes", *Family Law Quarterly*, C. 17, 1984, s. 472.

<sup>62</sup> NOLAN, Jacqueline M./VOLPE, Maria R.: "Teaching Mediation As a Lawyering Role", *Journal of Legal Education*, C. 39, 1989, s. 581; HOBBS, Steven H.: "Facilitative Ethics in Divorce Mediation: A Law and Process Approach", *University of Richmond Law Review*, C. 22, 1988, s. 343-344; FISKE, John A.: "Divorce Mediation: an Attractive Alternative to Advocacy", *Suffolk University Law Review*, C. 20, 1986, s. 56.

<sup>63</sup> TAYLOR, s. 134-135; KEKEÇ-KISMET, s. 245.

bu model, içsel varsayımlardan kaçınır, sorunu ilgilendiren hikâyelerin paylaşılması bağlamında kişileri olaylardan ayırır ve tarafların birlikte çözüm odaklı yeni bir öyküyü inşa etmelerine yardımcı olur.<sup>64</sup>

### G. Ekosistemik Aile Arabuluculuğu Modeli

Arabuluculuk müessesesine ilişkin çeşitli teorileri ve pratikleri ihtiva eden karma bir model olan ekosistemik aile arabuluculuğu modeli, aile uyuşmazlıklarının çözümünde eşleri (yetişkinleri) merkeze yerleştiren bir yaklaşımı değil çocuk odaklı bir süreç yönetimini esas almaktadır.

Bu modelde, hassasiyetle yönetilen uyuşmazlık çözüm sürecinde tarafların (ve ihtilâfın ilgilendirdiği üçüncü kişilerin) beklentileri, ihtiyaçları ve talepleri hukukî, ekonomik, psikolojik ve toplumsal açıdan ayrıntılı bir şekilde değerlendirilir.<sup>65</sup>

Ekosistemik modelde aile arabuluculuğu faaliyeti; eşler, çocuklar, ilgili diğer aile üyeleri, taraf vekilleri, devlet yetkilileri ve alanında uzman meslek mensuplarından oluşan bir ekosistemde yürütülür ve ihtiyaç duyulması hâlinde arabuluculara mahkemeler ile eşgüdüm içinde çalışma fırsatı sunarak taraflarca istenen düzeyde içselleştirilmiş barışçıl çözümlere ulaşılmasına vesile olur<sup>66</sup>.

Ekosistemik aile arabuluculuğu; boşanmanın/ayrılığın gerçekleşmiş olduğu anlaşmazlıklarda dahi tarafları bir bütünün parçası olarak görür, anlaşmazlıkların hukukî ve mâlî sonuçlarından ziyâde orta-uzun vadede taraflarca yapılabilecek iş birliğini merkez koyar. Bu model; ihtilâftan etkilenen gençlerin ve özellikle çocukların fikirlerinin çözüme alabilmişliği etki etmesini sağlar ve birden fazla aktör/araç yardımıyla tüm taraflar için her anlamda üzerinde durulmuş/çalışılmış sürdürülebilir çözümler üretir<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> WINSLADE, John/MONK, Gerald, *Practicing Narrative Mediation Loosening the Grip of Conflict*, 1. Baskı, San Francisco 2008, s. 2-3; MOORE, s. 50; KEKEÇ-KISMET, s. 245.

<sup>65</sup> PARKINSON, *Family Mediation*, s. 116.

<sup>66</sup> PARKINSON, Lisa: "Expanding the Model Without Breaking the Mould: Developing Practice and Theory in Family Mediation", *Fam Law*, 2016, C. 46, s. 111.

<sup>67</sup> PARKINSON, *Aile Arabuluculuğu*, s. 41 vd.

## H. Terapötik Aile Arabuluculuğu Modeli

Aile terapisinin teorik ve pratik tecrübelerini arabuluculuk müessesine taşıyan terapötik model, kişisel (tarafklar nezdinde) ve kurumsal (aile kurumu nezdinde) bir değişimin olmadığı durumlarda, uyuşmazlık çözümlerinin kalıcı ve başarılı olmayacağı yaklaşımına dayanır. “Genel Terapötik Model”, “Bowen Aile Sistemleri Teorisi” ve “Çıkmazlara Yönelik Arabuluculuk” olmak üzere farklı türleri bulunan terapötik modelde, arabuluculuk faaliyeti; değerlendirme (hazırlık/tarama), önleme (danışmanlık/terapi), müzâkere etme (ortak arabuluculuk) ve izleme (arabuluculuk sonrası takip) olmak üzere dört adımda yürütülür.<sup>68</sup>

Alanında iyi yetişmiş arabuluculara bir eğitimci rolü veren terapötik model; taraf vekillerinin sürece katılımını belirli açılardan sınırlar, anlaşmaya ulaşmaktan ziyâde tarafların iyileştirilmesini hedefler, süreç boyunca empatik bir müzâkere ortamı oluşturmayı önemser, kontrolün taraflarda kalmasını amaçlar ve uzun süreli bir arabuluculuk faaliyeti (terapi hizmeti) sonucunda taraflara kendi durumlarına en uygun çözümlere barışçıl ve kalıcı bir şekilde ulaşmaları için yardımcı olur.<sup>69</sup>

Uzmanlaşmış terapötik aile arabuluculuk modellerinden; “Çıkmazlara Yönelik Aile Arabuluculuğu” modelinde, derin çatışma ile aile içi şiddet içeren (bu yönüyle de çocukları ağır bir şekilde etkileyen ayrılık ve boşanma konulu) ihtilâflara odaklanılır. Bu modelde; taraflara çocuklarının ihtiyaçlarının anlaşılması, aile içi çatışmaların yönetilmesi ve aile kurumunu ilgilendiren ihtilâflarla daha iyi bir şekilde başa çıkılması gibi konularda eğitim ve terapi hizmetleri verilmesi amaçlanır.<sup>70</sup>

“Bowen Aile Sistemleri Teorisi”ni esas alan terapötik model bağlamında ise; aile arabulucuları tarafından altı aşamalı bir arabuluculuk faaliyeti icra edilerek uyuşmazlık taraflarının kendilerine ve birbirlerine yönelik bakış açılarının/yaklaşımalarının yeniden yapılandırılması

<sup>68</sup> ÖZMUMCU, Seda: “Aile Uyuşmazlıklarının Çözümünde Terapötik Arabuluculuk Modelinin Değerlendirilmesi”, BAÜHFD, C. 13, 2018, s. 11.

<sup>69</sup> ÖZMUMCU, Terapötik Arabuluculuk, s. 11 vd.

<sup>70</sup> TAYLOR, s. 128 vd.; PRUETT, s. 95.

hedefiyle aile terapisi esaslarından ve tekniklerinden yararlanan bir süreç yönetimi gerçekleştirilir.<sup>71</sup>

### I. Online (Çevrimiçi) Aile Arabuluculuğu Modeli

Online aile arabuluculuğu modeli, ihtilâfın taraflarını videokonferans ve telekonferans araçları gibi teknolojik iletişim yöntemlerini kullanarak uzaktan erişim metoduyla bir araya getiren alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.<sup>72</sup>

Çevrimiçi arabuluculuk modeli olarak da isimlendirilen söz konusu model, teknolojinin gelişimiyle birlikte Anglo-Sakson ve Kara Avrupası hukuklarında gelişme göstermeye başlamış ve 2015 yılından itibaren yürürlüğe giren Avrupa Birliği Tüketici Şikâyetleri Direktifi ile birlikte birçok Avrupa ülkesinde özel bir arabuluculuk modeli olarak yaygın bir şekilde tercih edilmeye başlamıştır.<sup>73</sup>

Avrupa ülkelerinde, Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü Uygulamaları adı altında bağımsız olarak oluşturulmuş internet tabanlı dijital platformlar aracılığıyla yoğun bir şekilde kullanılan online arabuluculuk modeli, günümüzde gelişen web ve mobil odaklı iletişim araçlarının da katkısıyla genel olarak telekonferans ve/veya videokonferans uygulaması şeklinde uygulanan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.<sup>74</sup>

Online arabuluculuk; taraflara arabulucuyu seçme hususunda daha geniş bir hürriyet alanı sunar, uyuşmazlık yaşayan kişileri son derece zengin bir zaman ve mekân alternatifiyle buluşturur, özellikle iletişimin koptuğu ihtilâflarda gerginliği ve güç dengesizliğini azaltıcı bir işlev görür, sürecin daha hızlı ve esnek bir şekilde yürütülmesine olanak tanır.

<sup>71</sup> REGINA, Wayne F, Applying Family Systems Theory to Mediation A Practitioner's Guide, 1. Baskı, Lanham MD 2011, s. 25.

<sup>72</sup> APPELGATE, Amy/HALE, Darrell/BECK, Connie J. A.: "Shuttle and Online Mediation: A Review of Available Research and Implications for Separating Couples Reporting Intimate Partner Violence or Abuse: IPV and Mediation", ResearchGate/Family Court Review, 2017, s. 394-395.

<sup>73</sup> GOODMAN, Andrew (Çeviren: Bıçaksız, Adnan ve Alkın, Zeynep): Preparing for Mediation a Guide for Consumer/Arabuluculuğa Hazırlanmak-Arabuluculuktan Yararlanacaklar İçin Rehber), 1. Baskı, Ankara 2017, s. 11.

<sup>74</sup> GOODMAN, s. 30-31.

Öte yandan; bu model, yürütüldüğü araçlardan ötürü gizlilik ilkesi açısından tehdit oluşturur ve ancak yüz yüze gelmek sûretiyle çözüme kavuşturulması mümkün ihtilâflar bakımından istenen düzeyde başarılı olmayabilir.<sup>75</sup> Bununla birlikte; online modelde, arabulucunun süreçteki rolü zayıf kalabilir ve sürecin anlaşma ile sona erdiği durumlarda taraf imzalarının/onayının alınması anlamında çeşitlik zorluklar yaşanabilir.<sup>76</sup>

### İ. Boşanma Arabuluculuğu Modeli

Aile arabuluculuğunun modern hukuktaki ilk örneklerine boşanmanın hukukî ve mâlî sonuçlarını ilgilendiren uyuşmazlıklar bağlamında rastlanmaktadır. Elli yılı aşkın bir uygulama tecrübesi neticesinde bir ihtisas arabuluculuğu olarak gelişen boşanma arabuluculuğu, kendine özgü araçları ve teknikleri ile boşanmayı ilgilendiren anlaşmazlıkları ele alan bir modeldir.

Boşanma arabuluculuğunun konusunu teşkil eden anlaşmazlıklar; tarafların kişilik özellikleri, beklentileri, ihtiyaçları ile taleplerinden etkilenen ve tolere edilebilir yumuşak çekişmelerden fiziksel/psikolojik şiddete varabilecek şiddetli çatışmalara varan geniş bir uyuşmazlık alanını ifade eder.<sup>77</sup>

Konu odaklı düşük düzeyli ihtilâflarla başlayan boşanma konusu anlaşmazlıklar, belirli bir yaşanmışlığın etkisiyle vukû bulan orta düzeyli anlaşmazlıklar ve tarafların karakterleri, geçmiş yaşantıları, geleceğe ilişkin beklentileri gibi çok sayıda değişkenden etkilenen uzun soluklu/yüksek düzeyli anlaşmazlıklar şeklinde de ortaya çıkabilir.<sup>78</sup>

Boşanma arabuluculuğunun konusu olan anlaşmazlıklar; uyuşmazlığın şiddeti, sürekliliği, tekrar sayısı gibi ölçütler üzerinden sınıflandırılan; boşanma öncesinde, boşanma esnasında ve boşanma sonrasında cereyan edebilen anlaşmazlıklardır. Bu anlaşmazlıklar, hem olumlu hem

<sup>75</sup> WILSON-EVERED, Elisabeth/THOMSON, Mark/MACFARLANE, Deborah/ZELENIKOW, John: "Towards an Online Family Dispute Resolution Service in Australia", ResearchGate, 2011, s. 3.

<sup>76</sup> EBNER, Noam: "E-Mediation", Abdel Wahab, M. S./Katsh, E./Rainey, D. (Ed.), Online Dispute Resolution: Theory and Practice, 1. Baskı, New York 2012, s. 359.

<sup>77</sup> ÖZBEK, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1467.

<sup>78</sup> ÖZBEK, Aile Arabuluculuğu, s. 73.

de olumsuz sonuçlar doğurmaya adaydır. Bu bağlamda önemli olan söz konusu anlaşmazlıklara yıkıcı değil de yapıcı bir zâviyeden yaklaşmak ve eşler arasındaki dengeli/sınırlı/ölçülü anlaşmazlıkları evliliğin doğal bir parçası olarak görmektir.<sup>79</sup>

Boşanmayı ilgilendiren uyuşmazlıklar yalnızca eşlerden kaynaklanmaz, yer yer ebeveyn-çocuk ilişkisinden yer yer eşler ile eşlerin yakınları/arkadaşları arasındaki ilişkiden de kaynaklanabilir. Söz konusu anlaşmazlıklar, doğru yönetildiğinde boşanmayla sonuçlanmaz, bilakis eşler arasındaki bağları onararak evlilik birliğini güçlendirir.<sup>80</sup>

Belirtilen anlaşmazlıkların taraflar için oluşturabileceği negatif etkileri pozitifçe çevirmeye, azaltmaya ya da ortadan kaldırmaya odaklanan boşanma arabuluculuğu modeli; tarafları sürece eşit ve etkin bir şekilde dâhil eden, süreç içinde meydana gelebilecek gerginlikleri ve güç dengesizliklerini azaltacak/ortadan kaldıracak önlemleri alarak hassasiyetle takip eder. Bu model; çocukların üstün yararına odaklanan ve boşanmadan etkilenmesi muhtemel üçüncü kişilerin menfaâtlerini de gözeten bir modeldir.<sup>81</sup>

“Çocuk dâhil”, “çocuk odaklı” ve “çocuğu bilgilendirici” olmak üzere farklı teknikler ile yürütülmesi mümkün olan ve modern hukuk sistemlerindeki yayılım alanını her geçen gün arttıran boşanma arabuluculuğu; aile içi istismâr ile şiddet içeren uyuşmazlıklar bağlamında etkin bir taramayı gerekli kılar ve arabulucuya hem şiddetten/istismârdan etkilenen kişilere hem de kamu otoritesine karşı önemli bir görev ve sorumluluk yükler.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> KEKEÇ-KISMET, s. 60.

<sup>80</sup> ÖZCAN, s. 389; SPENCER, David/BROGAN, Michael, Mediation Law and Practice, 1. Baskı, Cambridge 2006, s. 75; ARAS, Bahattin: “Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözümü Teşviki”, Yargıtay Dergisi, C. 31, 2005, s. 306.

<sup>81</sup> ROBERTS, Family Disputes, s. 146 vd.; PARKINSON, Aile Arabuluculuğu, s. 138 vd.

<sup>82</sup> Çocuk odaklı arabuluculuk modelinin gelişimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. MCINTOSH, Jennifer: “Child-Inclusive Divorce Mediation: Report on a Qualitative Research Study”, Mediation Quarterly, C. 18, 2000, s. 55 vd.; MCINTOSH, Jennifer: “Child-Focused and Child-Inclusive Divorce Mediation: Comparative Outcomes from a Prospective Study of Postseparation Adjustment”, Family Court Review, C. 46, 2008, s. 105 vd.

Boşanma arabuluculuğunun “mekik arabuluculuğu” ve “ortak (eş) arabuluculuk” olmak üzere iki farklı alt modeli bulunmaktadır.

### 1. Mekik Arabuluculuğu Modeli

Boşanma sürecini ilgilendiren aile uyuşmazlıkları bağlamında taraflar arası güç dengesizliklerinin olduğu durumlarda tercih edilen bir model olan mekik arabuluculuğu; uyuşmazlık çözüm sürecinde meydana gelmesi ve taraflardan birisi aleyhine sonuç doğurması muhtemel olan baskı kurma, şiddet uygulama ve zarar verme eğilimlerinin önüne geçmek sûretiyle taraf iradelerinin çözüm sürecine etkin ve sürdürülebilir bir şekilde yansımaları sağlayan modeldir.<sup>83</sup>

Taraflarca mutlak güven duyulan tarafsız bir üçüncü kişinin (arabulucunun) yönetiminde yürütülen mekik arabuluculuğu; arabulucuya taraflar ile özel oturumlar kapsamında ayrı ayrı çok sayıda görüşme yapma imkânı tanır. Tarafların fiziksel olarak bir araya gelmelerinin mümkün olmadığı durumlarda (tarafların farklı ve uzak yerleşim yerlerinde olduğu vâkîalarda) ihtilâfın mahkemeye gidilmeksizin çözüme kavuşturulmasına somut katkıda bulunur. Bununla birlikte; taraflar arası iletişimin kopmuş olduğu/kopma noktasına geldiği uyuşmazlıklar kapsamında gerilimi azaltıcı, ifade özgürlüğü alanını genişletici ve anlaşmazlığın olumsuz sonuçlarını mümkün mertebede bertaraf edici bir işlev görür<sup>84</sup>.

### 2. Ortak (Eş) Arabuluculuk Modeli

Boşanmayı ilgilendiren uyuşmazlıklar çerçevesinde iki ya da daha fazla arabulucunun katılımıyla işlerlik kazanan ortak (eş) arabuluculuk; taraflarca ihtilâfa düşülen konuların farklı meslekî uzmanlık bilgisine ve uygulama deneyimine sahip tarafsız üçüncü kişilerce farklı açılardan ele alınmasını sağlayarak uyuşmazlıkların daha düşük mâliyetlerle, hızlı bir

<sup>83</sup> ZYLSTRA, Alexandra: “The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, C. 27, s. 78; ZYLSTRA, Alexandra: “Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators”, *University of Missouri School of Law Scholarship Repository*, C. 1, 2001, s. 267.

<sup>84</sup> PARKINSON, Aile Arabuluculuğu, s. 27, 79, 110.



şekilde ve taraf beklentilerine/ihtiyaçlarına uygun biçimde çözüme kavuşturulmasına olanak tanır.<sup>85</sup>

Ortak arabuluculuk modeli; farklı beşerî bilimlerin ve meslekî uzmanlıkların tecrübelerinden yararlanır, uyuşmazlığa farklı cinsiyetlerin (kadın ve erkeğin) bakış açısıyla bakabilme fırsatı sunar, ihtilâfa sebep olan konuları her bir arabulucu için azaltır/daraltır ve taraf ile konu bakımından kompleks bir yapı arz eden ihtilâflar bağlamında iş yükünü hafifleterek anlaşmazlıklar için sağlıklı, etkin ve sürdürülebilir çözümler üretilmesini sağlar<sup>86</sup>.

## J. Aile Meclisi Modeli

Aile uyuşmazlıklarının çözümü bağlamında kadim bir tarihî arka planla uygulanan aile meclisi modeli, köken itibarı ile Kur'ân-ı Kerim'deki Nîsâ Sûresi'nin 35. âyeti olan "Eğer karı ile kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır."<sup>87</sup> hükmüne dayanır.

Söz konusu hükme istinâden yüzlerce yıl boyunca içtihat hukuku uygulamaları ile işlerlik kazanan aile meclisi uygulamasının yazılı bir yol haritası şeklinde kayda alındığı ilk yasal düzenleme, Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde yürürlük kazanmış olan 1917 tarihli Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'dir.<sup>88</sup> Söz konusu düzenlemenin 130. maddesi ile getirilen uygulamaya göre<sup>89</sup>; aile uyuşmazlıklarının çözümü bağlamında aile meclisi

<sup>85</sup> EPSTEIN, Joe/ EPSTEIN, Susan: "Co-Mediation", Alternative Dispute Resolution, C. 35, 2006, s. 21.

<sup>86</sup> EPSTEIN/EPSTEIN, s. 23; PARKINSON, Aile Arabuluculuğu, s. 93-94.

<sup>87</sup> Bkz. <https://kuran.diyenet.gov.tr/tefsir/Nîsâ-suresi> (Erişim Tarihi: 09.05.2024).

<sup>88</sup> DÜR, s. 68.

<sup>89</sup> Kararnamede yer alan 130. madde hükmü şu şekildedir: "Zevceyn beyninde nizâ' ve şikâk zuhûr edib de tarafeynden biri hâkime müracaat ederse, hâkim, tarafeyn ailelerinden birer hakem tâyin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tâyin olunacak kimse bulunamaz veya bulunup da hakem olacak evsâfi hâiz olmazsa, hâriçten münasiplerini tâyin eyler. Bu sûretle teşekkül eden aile meclisi, tarafeynin ifadât ve müdâfaâtını tedkik ile beynlerini islâha çalışır. Kâbil olmadıği sûrette, kusur zevcede ise, beynlerini tefrik eder. Ve zevcede ise, mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlea eyler. Hakemler ittîfak edemezler ise, hâkim, evsâf-ı lâzımayı hâiz diğêr bir heyet-i hakemiyle veya tarafeyne karabeti olmayan üçüncü bir hakem tâyin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm, kat'î ve nâ-kâbil-i itirazdır." (Bu konuda

modeli inşa edilmiş olup, eşler arasındaki ihtilâfların her iki tarafın ailesinden (veya bunun mümkün olmaması hâlinde ise dışarıdan) seçilen üçüncü kişilerin (hakemlerin) katılımıyla çözüme kavuşturulmasını hedefleyen bu modele, modern hukuktaki arabuluculuk-tahkim (med-arb)<sup>90</sup> müessesesine benzer bir şekilde işlerlik kazandırılmıştır.<sup>91</sup> Söz konusu modelde; uyuşmazlığın taraflarının ilk olarak arabuluculuğa gitmeleri, arabuluculuk faaliyeti sonunda sülh olunmaması hâlinde ise bağlayıcı tahkime başvuruları öngörülmektedir.

## GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Aile arabuluculuğu; aile müessesesini ilgilendiren uyuşmazlıkların çözümüne odaklanan bir ihtisas arabuluculuğudur. Bu sebeple de; ilk toplumlardan ulus devletler çağına kadar yüzlerce yıllık bir birikimle ilerlemiş ve somut olaya, tarafların niteliğine/niceliğine, faaliyet ile ulaşılmak istenen sonuca, kamu otoritesinin ve arabulucunun süreçteki rolüne ve daha birçok değişkene göre çeşitli türler ve modeller üzerinden uygulanmıştır.

Çalışma boyunca üzerinde durulan aile arabuluculuğu türleri ve modellerine ilişkin değerlendirmeler şu şekildedir:

(1) Aile arabuluculuğu modellerinden “yapılandırıcı arabuluculuk”, “öyküsel arabuluculuk”, “terapötik arabuluculuk”, “dönüştürücü arabuluculuk” ve “ekosistemik arabuluculuk” modellerinde; en az uyuşmazlığı sulh temelinde çözmek kadar, ihtilâfın taraflarının kişisel gelişimlerine katkıda bulunmak ve bu yolla taraflar arasında ileriye dönük

---

ayrıntılı bilgi için bkz. ÇEKER, Orhan, Osmanlı Hukuk-u Aile Kararnamesi, 1. Baskı, Konya 2017, s. 16 vd.)

<sup>90</sup> Başlıca alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi olan arabuluculuk yolunun, bu yolla çözüme ulaşmada başarısız olunması ihtimaline binaen tahkim yoluyla tamamlandığı karma bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk-tahkim yolunda, amaç, arabuluculuğun başarıya ulaşmadığı ihtilafların devlet mahkemelerine başvurmaya gerek kalınmaksızın bağlayıcı bir çözüm aşamasına getirilmesi ve giderilmesidir. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BALCI, Muharrem: İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, 1. Baskı, İstanbul 1999.)

<sup>91</sup> TEMEL, Ahmet: “İslâm Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları”, Darülfunun İlahiyat, C. 30, 2019, s. 324.

sürdürülebilir ilişkiler tesis etmeye yönelik bir süreç yönetimi gerçekleştirilir.

(2) Aile arabuluculuğu modellerinden olan “değerlendirici arabuluculuk” ve “problem çözücü arabuluculuk” modelleri, hukuk bilminde ve arabuluculuk mesleğinde bilgi ve tecrübe anlamında yetkin olan taraf-sız bir üçüncü kişinin somut çözüm önerileri ve sonuca etkili yönlendirmeleri işlerlik kazanır. Diğer taraftan “kolaylaştırıcı arabuluculuk” ve “mekik arabuluculuğu” gibi modellerde ise mutlak olarak taraf egemenliği esastır ve arabulucu yalnızca taraflar arasında müzâkere altyapısını iyileştirici (iletişimi güçlendirici) bir rol icra eder.

(3) Aile arabuluculuğu; kural olarak taraf iradesini ve gönüllülüğü ilke edinmiş olan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bununla birlikte, hem geleneksel hukuk düzenlerinde hem de modern hukuk sistemlerinde en azından sürece başvurma anlamında zorunlu (dava şartı) arabuluculuğu teşvikeden yazılı düzenlemelere de sıklıkla rastlanmaktadır.

(4) İlk uygarlıklar döneminde büyük ölçüde taraf yakınları ve toplum nezdinde saygınlığı olan kanaat önderleri aracılığıyla âdî arabuluculuk şeklinde uygulanan aile arabuluculuğu, özellikle yirminci yüzyılın son çeyreğinden itibaren farklı ülke iç hukuklarında gerçekleştirilen yasal düzenlemelerin ardından büyük ölçüde nitelikli (resmî) arabuluculuk şeklinde varlık göstermektedir.

(5) Aile arabuluculuğunun icrâsı anlamında tercihe şayan öncelikli tür; tarafların aralarındaki uyuşmazlığı devlet yargısına taşımadan önce çözmeye çalıştıkları mahkeme dışı arabuluculuk türüdür. Bununla birlikte, özellikle son yıllarda, arabuluculuk faaliyetinin taraflarca daha ziyâde önemsenmesine/içselleştirilmesine yardımcı olmak üzere farklı ülkelerin iç hukuklarında mahkeme içi arabuluculuk ve mahkemeye yakın arabuluculuk türlerinden yararlanılmasına yönelik somut ve ayrıntılı mevzuat düzenlemeleri yapılmıştır.

(6) Aile arabuluculuğu anlamında genel eğilim, sürecin taraf çıkarları odağında yürütülmesidir. Ancak, özellikle “değerlendirici arabuluculuk” ve “problem çözücü arabuluculuk” modellerinin uygulandığı uyuşmazlık çözüm süreçlerinde tarafları anlaşmaya varmak konusunda teşvik

etmek amacıyla hak temelli arabuluculuk türünden yararlanılması, son yıllarda özellikle uzayan yargılama süreçlerinin olumsuz çıktılarından korunması amacıyla sıklıkla başvuru olan bir yol hâline gelmiştir.

(7) Türk hukukunda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeden hareketle aile arabuluculuğu; 2013 yılından itibaren ihtiyarî ve nitelikli arabuluculuk temelinde ve kural olarak mahkeme dışı ve menfaât odaklı arabuluculuk türü üzerinden varlık ve işlerlik kazanmaktadır.

(8) Türk hukukundaki aile uyuşmazlıkların çözümü çerçevesinde; aslî olarak kolaylaştırıcı arabuluculuk modeli uygulanmakta, ancak istisnâ olarak dahi olsa değerlendirici ve problem çözücü modellere yakınsayan süreç yönetimleri de gerçekleştirilmektedir.

(9) 6325 sayılı Kanun düzenlemesi ile arabuluculuk için belirlenmiş olan kapsam alanı, aile uyuşmazlıklarının bu alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminden yararlanılarak çözüme kavuşturulmasına büyük ölçüde engel olmaktadır.

(10) Türk aile hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıklar bağlamında arabuluculuk yönteminden daha etkin ve sürdürülebilir bir şekilde yararlanılabilmesi için söz konusu arabuluculuk yöntemi müstakil bir yasa ile ayrıntılı olarak düzenlenmelidir. Bu kapsamda, aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklar bağlamında en azından ihtiyarî ve kolaylaştırıcı arabuluculuk türünden/modelinden yararlanılabilmesinin önü açılmalıdır. Bununla birlikte, aile arabuluculuğu türlerine ve modellerine ilişkin açık kanunî atıflar yapılmalı; hangi tür aile uyuşmazlıkları için hangi modelin tercih edilebileceği ve hangi nitelikleri taşıyan arabulucuların görev yapabileceği, söz konusu kanuna dayanılarak çıkarılacak mevzuat düzenlemeleri (uygulama tebliği, usûl-esas, rehber vb.) çerçevesinde saçık bir şekilde ortaya koyulmalıdır.

## KAYNAKÇA

- ADKINS**, Mary: "Moving Out of the 1990s: An Argument for Updating Protocol on Divorce Mediation in Domestic Abuse Cases", *Yale Journal of Law and Feminism*, C. 22, 2010, s. 97-131.
- AKKAYA**, Tolga: "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 4, 2014, s. 23-62.
- AKYOL-ASLAN**, Leyla: "6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15'inci Maddesi ile Arabulucunun Çözüm Önerisi Getirebilmesine Olanak Sağlayan Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi", *THD*, C. 145, 2018, s. 29-44.
- ALFINI**, James J.: "Evaluative Versus Facilitative Mediation: A Discussion", *Florida State University Law Review*, C. 24, 1997, s. 919.
- ALKAN**, Derya: *Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- APLEGATE**, Amy/**HALE**, Darrell/**BECK**, Connie J. A.: "Shuttle and Online Mediation: A Review of Available Research and Implications for Separating Couples Reporting Intimate Partner Violence or Abuse: IPV and Mediation", *ResearchGate/Family Court Review*, 2017, s. 390- 403.
- ARAS**, Bahattin: "Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözümüne Teşviki", *Yargıtay Dergisi*, C. 31, 2005, s. 303-309.
- AŞÇI**, Mehmet Saim: "Zorunlu Arabuluculuk Uygulamasının Olumlu ve Olumsuz Yönleri", *Uluslararası Hukuk ve Sosyal Bilim Araştırmaları Dergisi*, C. 1, 2019, s. 80-91.
- BALCI**, Muharrem: *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, 1. Baskı, İstanbul 1999.
- BARRETT**, Jerome T./**BARRETT**, Joseph P.: *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*, 9. Baskı, San Francisco 2004.
- BARUCH**, Robert A./**FOLGER**, Joseph P. (Çeviren: Şart, Gamze): *Arabuluculuk ve Getirileri-Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı*, 1. Baskı, Ankara 2013.

- BEARDSLEY, K./QUINN, D./BISWAS, B./WILKENFELD, J.:** "Mediation Style and Crisis Outcomes", *The Journal of Conflict Resolution*, C. 50, 2006, s. 58-86.
- BERKEL, Hans Georg:** *Father to Son the Mediation of Family Firm Succession Conflict*, 1. Baskı, Köln 2007.
- BİLEN, Mürüvvet:** *Sağlıklı İnsan İlişkileri*, 1. Baskı, Ankara 2004.
- COOMBS, Russell M.:** "Noncourt-Connected Mediation and Counseling in Child-Custody Disputes", *Family Law Quarterly*, C. 17, 1984, s. 469-495.
- COŞAR, Vedat Ahsen:** "Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı", *Türkiye Barolar Birliği*, Ankara 2011, s. 5-14.
- ÇEKER, Orhan, Osmanlı Hukuk-u Aile Kararnamesi**, 1. Baskı, Konya 2017.
- DAĞLIOĞLU, Duygu:** "Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, 2020, s. 551-587.
- DENDORFER, Renate:** "Mediation in Germany: Structure, Status Quo and Special Issues", *CMC, Civil Mediation Council Fifth National Conference, 2011*, s. 1-10.
- DOLTO, Franchoise (Çeviren: Yiğitler, Nuriye):** *Çocuk ve Boşanma*, 1. Baskı, İstanbul 1992.
- DÜR, Orhan:** *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, 1. Baskı, Ankara 2018.
- EBNER, Noam:** "E-Mediation", *Abdel Wahab, M. S./Katsh, E./Rainey, D. (Ed.), Online Dispute Resolution: Theory and Practice*, 1. Baskı, New York 2012.
- EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat:** *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 1. Baskı, İstanbul 2018.
- EMERY, Robert:** *Renegotiating Family Relationships Divorce, Child Custody and Mediation*, 2. Baskı, New York 2012.
- EPSTEIN, Joe/EPSTEIN, Susan:** "Co-Mediation", *Alternative Dispute Resolution*, C. 35, 2006, s. 21-23.
- ERICKA B. Gray:** "Creating History: The Impact of Frank Sanderon ADR in the Courts", *Negotiation Journal*, C. 22, 2006, s. 445-454.

- ERİCKSON**, Stephen K.: Family Mediation Casebook Theory and Process, 1. Baskı, New York 1988.
- ERTÜRK**, Mustafa: Arabuluculuk Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara 2019.
- FISKE**, John A.: "Divorce Mediation: an Attractive Alternative to Advocacy", Suffolk University Law Review, C. 20, 1986, s. 55-66.
- FRANZ**, Patricia L.: "Habits of a Highly Effective Transformative Mediation Program", Ohio State Journal on Dispute Resolution, C. 13, 1998, s. 1039-1070.
- GOODMAN**, Andrew (Çeviren: Bıçaksız, Adnan ve Alkın, Zeynep): Preparing for Mediation a Guide for Consumer/Arabuluculuğa Hazırlanmak-Arabuluculuktan Yararlanacaklar İçin Rehber), 1. Baskı, Ankara 2017.
- GÖZLER**, Kemal: Hukuka Giriş, 10. Baskı, Bursa 2013.
- HOBBS**, Steven H.: "Facilitative Ethics in Divorce Mediation: A Law and Process Approach", University of Richmond Law Review, C. 22, 1988, s. 325-376.
- ILDIR**, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), 1. Baskı, Ankara 2003.
- KARAGÖZOĞLU**, Nursen: "Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2017.
- KAYMAZ**, Emine/**KAYMAZ**, Mehmet Devran: "İş Hukukunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk", Kadim Akademi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 4, 2020, s. 1-29.
- KEKEÇ-KISMET**, Elif: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016.
- KIYAK**, Emre: Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması, 1. Baskı, Ankara 2018.
- LEVIN**, Murray S.: "The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns About the Nature and Quality of an Evaluative Opinion", Ohio State Journal On Dispute Resolution, C. 16, 2001, s. 267-268.
- LOWRY**, L. Randolph: Evaluative Mediation, Ann, Milne/Folberg, Jay/Salem, Peter (Editörler), Divorce and Family Mediation Models, Techniques, and Applications, New York 2004.

- MACTURK**, Christopher: "Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions", *American Journal of Trial Advocacy*, C. 19, 1995, s. 411-434.
- MAYER**, Bernard: "Facilitative Mediation", Milne, Ann L./Folberg, Jay/Salem, Peter (Ed.), *Divorce and Family Mediation Models, Techniques, and Applications*, 1. Baskı, New York 2004.
- MCINTOSH**, Jennifer: "Child-Focused and Child-Inclusive Divorce Mediation: Comparative Outcomes from a Prospective Study of Postseparation Adjustment", *Family Court Review*, C. 46, 2008, s. 105-124.
- MCINTOSH**, Jennifer: "Child-Inclusive Divorce Mediation: Report on a Qualitative Research Study", *Mediation Quarterly*, C. 18, 2000, s. 55-70.
- MCKINNEY**, Bruce C.: "A Critical Analysis of Transformative Mediation", *Peace Research*, C. 29, 1997, s. 41-52.
- MCMANUS**, Michael/**SILVERSTEIN**, Brianna: "Brief History of Alternative Dispute Resolution in the United States", *Cadmus (Promoting Leadership in Thought That Leads to Action)*, C. 1, 2011, s. 100-105.
- MOORE**, Christopher W. (Çeviren: Kaçmaz, Tarkan/Tercan, Mustafa): *Arabuluculuk Süreci Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler*, 4. Baskı, Ankara 2016
- MOWATT**, Joan G.: "Alternative Dispute Resolution: Some Points to Ponder", *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, C. 25, 1992, s. 44-58.
- NOLAN**, Jacqueline M./**VOLPE**, Maria R.: "Teaching Mediation As a Lawyering Role", *Journal of Legal Education*, C. 39, 1989, s. 571-586.
- ÖZBAY**, İbrahim: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, 2006, s. 459-475.
- ÖZBEK**, Mustafa Serdar: "Anayasal Hak ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk", *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı Raporu*, Ankara 2010, s. 107-154.



- ÖZBEK**, Mustafa Serdar: “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı”, DEÜHFD, C. 7, 2005, s. 71-102.
- ÖZBEK**, Mustafa Serdar: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 4. Baskı, Ankara 2016.
- ÖZBEK**, Mustafa Serdar: “Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim”, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C. 4, 2006, s. 907-927.
- ÖZCAN**, Cem: “Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 5, 2017, s. 383-396.
- ÖZMUMCU**, Seda: “Aile Uyuşmazlıklarının Çözümünde Terapötik Arabuluculuk Modelinin Değerlendirilmesi”, BAÜHFD, C. 13, 2018, s. 9-51.
- ÖZMUMCU**, Seda: “Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli”, İÜHFMD, C. 73, 2015, s. 325-356.
- ÖZMUMCU**, Seda: “Arabuluculuğun Doğuşu ve Gelişmelerine Genel Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, 2014, s. 33-42.
- ÖZMUMCU**, Seda: “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, 2013, s. 1369-1390.
- ÖZTÜRK**, Necla/**YARAR**, Güven: “AB 2008/52/EC Arabuluculuk Direktif Hükümlerinin Bazı Üye Devlet ve Türk Hukukunda Yansımaları”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan II, 2015, s. 1351-1386.
- PARKINSON**, Lisa: “Expanding the Model Without Breaking the Mould: Developing Practice and Theory in Family Mediation”, Fam Law, C. 46, 2016, s. 110-116.
- PARKINSON**, Lisa: Aile Arabuluculuğu (Family Mediation)-Yeni Aile Adalet Sistemine Dair Uygun Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi, Bristol 2017.
- PHEAR**, W. Patrick: “Family Mediation: A Choice of Options”, The Arbitration Journal, C. 39, 1984, s. 22-30.
- REGINA**, Wayne F: Applying Family Systems Theory to Mediation A Practitioner’s Guide, 1. Baskı, Lanham MD 2011.

- RISKIN**, Leonard L.: "Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed", *Harvard Negotiation Law Review*, C. 1, 1996, s. 28-29;
- ROBERTS**, Marian: *Developing the Craft of Mediation: Reflections on Theory and Practice*, 1. Baskı, Londra 2007.
- SEAMAN**, Roger, *Explorative Mediation at Work the Importance of Dialogue for Mediation Practice*, 1. Baskı, Londra 2016.
- SİĞRİ**, Ünal/**VAROĞLU**, A. Kadir: *Müzakere ve Arabuluculuk-İş, Yönetim, Diplomasi ve Hukukta Uyuşmazlıkların Çözümü*, 1. Baskı, Ankara 2013.
- SPENCER**, David/**BROGAN**, Michael, *Mediation Law and Practice*, 1. Baskı, Cambridge 2006.
- STITT**, Allan J.: *Mediation: A Practical Guide*, 1. Baskı, Londra 2004, s. 3.
- STULBERG**, Joseph B.: "The Theory and Practice of Mediation: A Reply to Professor Susskind", *Vermont Law Review*, C. 6, 1981, s. 85-118.
- ŞAHİN**, Hüseyin Güngör: *Arabuluculuk*, 1. Baskı, İstanbul 2008.
- ŞAHİN-CEYLAN**, Şule: *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- ŞİMŞEK**, Erdem: "Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü için Düzenlenmesi Gereken Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme", *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, 2018, s. 57-76.
- TANRIVER**, Süha: "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 64, 2006, s. 151-177.
- TAŞ**, Serdar: *Hukuk ve Siyaset Türkiye'de Arabuluculuk Tartışmaları ve Düzenlemeleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- TAŞPOLAT-TUĞSAVUL**, Melis: *Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*, 1. Baskı, Ankara 2012.
- TAZICI**, Hande: *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.

- TEMEL**, Ahmet: "İslâm Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları", *Darülfunun İlahiyat*, C. 30, 2019, s. 311-336.
- VUKOVIC**, Sinisa: *International Multiparty Mediation and Conflict Management Challenges of Cooperation and Coordination*, 1. Baskı, New York 2016.
- WINSLADE**, John/**MONK**, Gerald: *Practicing Narrative Mediation Loosening the Grip of Conflict*, 1. Baskı, San Francisco 2008.
- WILSON-EVERED**, Elisabeth/**THOMSON**, Mark/**MACFARLANE**, Deborah/**ZELENİKOW**, John: "Towards an Online Family Dispute Resolution Service in Australia", *ResearchGate*, 2011, s. 1-11.
- YARAR**, Güven: *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, Antalya 2019.
- YAZICI**, Hilal: "Bazı Hakların Korunması Açısından Boşanma Sürecinde Arabuluculuk: Beklenti, Endişe ve Öneriler", *Kadın ve Demokrasi Derneği Dergisi*, C. 4, 2018, s. 101-118.
- YAZICI-TIKTIK**, Çiğdem: *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, 1. Baskı, İstanbul 2013.
- YEŞİLIRMAK**, Ali: "Arabuluculuk Nedir?", *Yeşilirmak, Ali/Kekeç-Kismet, Elif (Editörler), Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, 1. Baskı, Ankara 2019.
- YILDIZ**, Pervin: "Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğuna İlişkin Gelişmeler/Developments in Turkish Law Regarding Family Mediation", *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, 2018, s. 33-52.
- YILMAZ**, Muzaffer Ercan: "Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk Süreci", *KHUKA*, C. 9, 2006, s. 96-104.
- ZYLSTRA**, Alexandra: "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", *University of Missouri School of Law Scholarship Repository*, C. 1, 2001, s. 253-300.
- ZYLSTRA**, Alexandra: "The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled",

Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, C.  
27, s. 69-104.

<https://kuran.diyagnet.gov.tr/tefsir/Nisâ-suresi> (Erişim Tarihi: 09.05.2024).

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6325.pdf> (Erişim Tarihi:  
05.05.2024).

## SAĞLIK HİZMETLERİNİN FİNANSMANINDA DEVLETİN MALİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ANAYASAL ÇERÇEVESİ

Dr. Öğr. Üyesi İsmail YAZICIOĞLU\*

### Öz

Sağlık hakkı, anayasalarda ve pek çok uluslararası hukuk metinlerinde yer verilen sosyal bir haktır. Sosyal hakların güvence altına alındığı, sosyal devlet anlayışını benimseyen anayasalarda sağlık hakkı bakımından devletlerin olumlu edimde bulunması gerekmektedir. 1982 Anayasası da sosyal haklar arasında, 56. maddede sağlık hakkıyla ilgili düzenlemelere yer vererek sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi bakımından devletin yükümlülüklerinin bulunduğunu kabul etmiştir. Bu yükümlülüklerin bir maliyet ortaya çıkaracağı gerçeği karşısında, Anayasanın 65. maddesinde devletin sosyal haklardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesinin sınırı düzenlenmiş ve devlete bu alanlardaki görevlerini öncelikler gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirme imkânı verilmiştir. Bu çalışmada Anayasadaki düzenlemeler ve Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda inceleme yapılarak, yaşama, maddi ve manevi varlığı koruma hakkı gibi klasik haklarla yakın ilişkili olan sağlık hakkının öncelikli olarak korunması, sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde devletin mali yükümlülüklerinin kapsamının diğer sosyal haklardan daha geniş güvencelere kavuşturulması gerektiği ileri sürülmektedir.

\* Dr. Öğr. Üyesi. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Social Sciences University of Ankara, Faculty of Law, Department of Constitutional Law, Ankara, Türkiye.

✉ ismail.yazicioglu@asbu.edu.tr • ORCID 0000-0003-0937-4941.

✎ **Atf Şekli** | Cite As: YAZICIOĞLU, İsmail: "Sağlık Hizmetlerinin Finansmanında Devletin Mali Yükümlülüğünün Anayasal Çerçevesi", SÜHFD, C. 32, S. 3, 2024, s. 1571-1609.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

• Sağlık Hakkı • Sağlık Hizmetlerinin Finansmanı • 56. Madde • Devletin Mali Yükümlülüğü • 65. Madde

## CONSTITUTIONAL FRAMEWORK OF THE STATE'S FINANCIAL OBLIGATION IN THE FINANCING OF HEALTH SERVICES

### Abstract

The right to health is a social right included in constitutions and many international law texts. In constitutions that guarantee social rights and adopt a social state approach, states are required to take positive actions in terms of the right to health. The 1982 Constitution also included regulations regarding the right to health in Article 56, among social rights, and accepted that the State has obligations in terms of providing health services. In view of the fact that these obligations will create a cost, Article 65 of the Constitution regulates the limits of the State's fulfilment of its obligations arising from social rights and allows the State to fulfil its duties in these areas to the extent of the adequacy of its financial resources by considering priorities. In this study, by analysing the regulations in the Constitution and the decisions of the Constitutional Court, it is argued that the right to health, which is closely related to classical rights such as the right to life and the right to protection of material and moral existence, should be protected as a priority, and that the scope of the financial obligations of the state in the fulfilment of health services should be provided with broader guarantees than other social rights.

### Key Words

• Right to Health • Financing of Health Services • Article 56 • Financial Obligation of the State • Article 65

## GİRİŞ

Günlük hayatta, hasta olmama halini ifade etmek için kullanılan sağlık terimi, çeşitli hukuki düzenlemelerle daha geniş bir biçimde tanımlanmıştır. 1946 yılında kabul edilen Dünya Sağlık Örgütü (WHO) Anayasasında sağlık, sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil; bedensel, ruhsal ve sosyal yönlerden tam bir iyilik hali olarak açıklanmıştır<sup>1</sup>. Benzer bir

<sup>1</sup> <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.01.2024).

tanıma 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinde de yer verilmiştir<sup>2</sup>. Bu tanımlarda önemli olan, sağlıklı olmanın yalnızca biyolojik anlamda sağlam olmayı değil; bireyin mutlu, müreffeh ve toplumda saygın bir konuma sahip olmasını da kapsadığıdır<sup>3</sup>. Sağlıklı bir bireyin, içinde bulunduğu duruma uygun olarak hareket edebilmesi ve toplum içinde sahip olduğu görevleri normal bir biçimde yerine getirebilmesi gerekmektedir.

Sağlık hakkı, diğer insan hakları gibi kişinin sırf insan olması sebebiyle sahip olduğu, her yerde ve herkes için geçerli olan haklardandır. Bu bakımdan sağlık hakkı, evrensel bir insan hakkı olarak kabul edilmektedir<sup>4</sup>. Özellikle 1946 Dünya Sağlık Örgütü Anayasasında, sağlık hakkının; herkesin ulaşılabilir en yüksek seviyede yararlanması gereken, temel bir hak olduğunun kabul edilmesiyle birlikte insan haklarıyla ilgili uluslararası pek çok anlaşmada sağlık hakkının düzenlenmesi ve bununla ilgili hükümlere yer verilmesi yaygın hale gelmiştir<sup>5</sup>. Bu bağlamda 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.25/1'de sağlık hakkı, kişilerin yeterli bir yaşam düzeyine sahip olması kapsamında ifade edilmiştir<sup>6</sup>. 1966 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi ise sağlık hakkına, ayrı bir maddede yer vermiştir. Sözleşme m.12/1'de, Dünya Sağlık Örgütü Anayasasındaki düzenlemeye paralel bir biçimde, herkesin ulaşılabilir en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir<sup>7</sup>. Bunların dışında Kadınlara Karşı

<sup>2</sup> Sağlığın farklı yönlerden tanımları hakkında bilgi için bkz. **SOMUNOĞLU**, Sinem, "Kavramsal Açıdan Sağlık", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 4, S. 1, 1999, s. 51-62.

<sup>3</sup> **ÖZTEK**, Zafer, "Sağlıkta Kavramlar", Yeni Türkiye Dergisi, Sağlık Özel Sayısı, S. 39, 2001, s. 294-295.

<sup>4</sup> **GEVERS**, Sjeff, "The Right to Health Care", European Journal of Health Law, Vol. 11, 2004, s. 29.

<sup>5</sup> **LEARY**, Virginia A., "The Right to Health in International Human Rights Law", Health and Human Rights, Vol. 1, No. 1, 1994, s. 25-26.

<sup>6</sup> <https://www.un.org/en/documents/udhr/>, (Erişim Tarihi: 10.01.2024).

<sup>7</sup> <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>, (Erişim Tarihi: 10.01.2024).

Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi m.12’de, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m.24’te ve bölgesel düzeyde kabul edilmiş pek çok sözleşmede sağlık hakkı düzenlenmiştir<sup>8</sup>.

Sağlık hakkı, insan haklarının konularına göre sınıflandırılması bakımından sosyal haklar kapsamında yer almaktadır<sup>9</sup>. Sosyal haklar, toplumsal eşitsizlikleri giderme, sosyal adaleti sağlama ve çeşitli açılardan güçsüz durumda bulunan kimseleri koruma amacı taşımaktadır<sup>10</sup>. Bu amacın gerçekleşmesi bakımından ise sosyal hakların devlete olumlu ya da pozitif edimde bulunma yükümlülüğü getirdiği sıklıkla vurgulanmaktadır<sup>11</sup>. Sağlık hakkı bakımından da devletin olumlu edimlerde bulunması gerektiği açıktır.

1982 Anayasası, sağlık hakkıyla ilgili düzenlemeye, ekonomik ve sosyal haklar arasında “Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması” başlığını taşıyan 56. maddede yer vermiştir. Aynı maddede devletin sağlık hizmetlerini yerine getirmesi ve denetimi ile ilgili hükümler de düzenlenmiştir. Devlet, olumlu edim gerektiren diğer haklarda olduğu gibi sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde de finansmana ihtiyaç duymaktadır. Anayasanın 65. maddesinde ise devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini, öncelikler gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği belirtilmektedir. Temel bir hak olan sağlık hakkının çok sayıda hakka göre öncelikli olarak korunması gerektiği muhakkaktır. Zira

<sup>8</sup> Avrupa Sosyal Şartı m.11, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı m.16, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Alandaki Ek Protokolü m.10 gibi. Ayrıca bkz. **HENDRIKS**, Aart, “The Right to Health in National and International Jurisprudence”, *European Journal of Health Law*, Vol. 5, No. 4, 1998, s. 390.

<sup>9</sup> **TEMİZ**, Özgür, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, *AÜSBFD*, C. 69, S. 1, 2014, s. 168; **ŞAHBAZ**, İbrahim, “Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı”, *TBB Dergisi*, S. 86, 2009, s. 405 vd.; **BULUT**, Nihat, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, İstanbul 2009, s. 202 vd.

<sup>10</sup> **TANÖR**, Bülent/ **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 177; **BULUT**, *Sosyal Haklar*, s. 62; **GÜZEL**, Ali, “Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar”, *Kaboğlu, İbrahim Ö.*, (Editör), *Anayasal Sosyal Haklar; Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye*, İstanbul 2012, s. 279.

<sup>11</sup> Sosyal hakların olumlu edim gerektiren haklar olduğu görüşünün eleştirisi için bkz. **TANÖR**, Bülent, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, 2. Baskı, İstanbul 2022, s. 11-15.



sağlık hakkının korunmadığı veya yeterli düzeyde güvence altına alınmadığı bir yerde pek çok hakkın varlığı anlamını yitirecektir. Diğer yandan ise söz konusu hükme dayanarak, sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak maliyetin mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde karşılanabileceği ileri sürülebilecektir. Bu çalışmada, sağlık hakkının niteliği ve gereği olarak yerine getirilen sağlık hizmetlerinin ortaya çıkacağı finansmanda, devletin mali yükümlülüğünün kapsamının ne olacağı sorusuna Anayasadaki düzenlemeler ve Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı doğrultusunda cevap aranmaktadır.

## I. SAĞLIK HİZMETLERİNİN FİNANSMANINDA DEVLETİN ROLÜ

Sağlık hizmetleri, genel bir ifade ile sağlığın korunması ve bireylerin sağlıklı bir biçimde yaşamlarını sürdürebilmeleri için sunulan hizmetlerdir. Sağlık hizmetlerini, hastalık durumunda ortaya çıkan tedavi edici hizmetlerden ibaret görmek eksik olacaktır. Nitekim 224 sayılı Kanun sağlık hizmetlerini, *“insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler”* olarak tanımlamaktadır (m.2). Buradan hareketle sağlık hizmetlerinin; bireyleri ve toplumu hastalıktan korumak, hasta olanların tedavilerini sağlamak ve hastalığın birtakım etkiler bıraktığı hallerde bu etkileri ortadan kaldırarak veya olabildiğince azaltarak bireyleri toplumsal hayata kazandırmak gibi durumları kapsadığı söylenebilir.

Sağlık hizmetlerinin temel amacı, toplumun tamamının sağlıklı olmasını sağlayabilmekken, bunu gerçekleştirebilmek için bazı finansal kaynaklara ihtiyaç duyulmaktadır<sup>12</sup>. Sağlık alanında bu finansal kaynakların harekete geçirilmesi ve kullanımı, sağlık hizmetlerinin finansmanı olarak ifade edilmektedir<sup>13</sup>. Bireylerin farklı ekonomik koşullara sahip ol-

<sup>12</sup> **TEKİN**, Fazıl, “Türkiye’de Sağlık Hizmetleri ve Finansmanı Sorunu”, III. Türkiye Maliye Eğitimi Sempozyumu (23-26 Nisan 1987 Gebze), İstanbul 1988, s. 57.

<sup>13</sup> **LEE**, Kelley/ **GOODMAN**, Hilary, “Global Policy Networks: The Propagation of Health Care Financing Reform since the 1980s”, Lee, Kelley/ Buse, Kent/ Fustukian, Suzanne (Editors), Health Policy in a Globalising World, Cambridge 2002, s. 98.

duğu düşünülürken, herkesin aynı ölçüde sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtimali güçleşmektedir. Sağlık hizmetlerinin finansmanı, ödeme gücü olmayan veya sağlık hizmetlerine yaptığı ödeme nedeniyle yoksullaşan kişilerin sorunlarının azaltılması veya ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır<sup>14</sup>.

Sağlık hizmetlerinin finansmanında kullanılan yöntemler ise kamu kaynaklı ve özel kaynaklı olmaları bakımından temelde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Vergilerle finansman ve sosyal sağlık sigortaları, kamu kaynaklı finansman yöntemleri arasında; özel sağlık sigortaları ve kişisel olarak yapılan ödemeler ise özel kaynaklı finansman yöntemleri arasında değerlendirilmektedir<sup>15</sup>. Devletler, sağlık hizmetlerinin finansmanı bakımından söz konusu yöntemlerden herhangi birine başvurabileceği gibi bu yöntemleri birlikte de uygulayabilirler. Çalışmanın konusu dışında kaldığından bu yöntemler açıklanmayacak; devletin sağlık hizmetlerinin finansmanı sürecindeki rolüne odaklanılacaktır. Bu noktada, öncelikle devletin sağlık hizmetleri piyasasına müdahale etmesini gerekli kılan piyasa kaynaklı nedenler açıklanacak, ardından sosyal devlet anlayışı üzerinde durulacaktır. Daha sonra ise sosyal devlet anlayışının 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi kararlarındaki görünümü ortaya koyularak konunun ülkemiz özelinde incelenmesine zemin oluşturulacaktır.

<sup>14</sup> The World Health Report 2000, Health Systems: Improving Performance, Geneva, s. 95, <https://www.who.int/publications/i/item/924156198X>, (Erişim Tarihi: 13.01.2024).

<sup>15</sup> Sağlık hizmetlerinin finansmanında kullanılan yöntemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. UĞURLUOĞLU, Ece/ ÖZGEN, Hacer, "Sağlık Hizmetleri Finansmanı ve Hakaniyet", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 11, S. 2, 2008, s. 136 vd.; TATAR, Mehmet, "Sağlık Hizmetlerinin Finansman Modelleri: Sosyal Sağlık Sigortasının Türkiye'de Gelişimi", Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 1, S. 1, 2011, s. 105 vd.; ÇELİKAY, Ferdi/ GÜMÜŞ, Erdal, "Türkiye'de Sağlık Hizmetleri ve Finansmanı", Eskişehir Osmaniye Üni-versitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 11, S. 1, 2010, s. 186 vd.; HSIAO, William C./ LIU Yuanli, "Health Care Financing: Assessing Its Relationship to Health Equity", Evans, Timothy/ Whitehead, Margaret/ Diderichsen, Finn/ Bhuiya, Abbas/ Wirth, Meg (Editors), Challenging Inequities in Health: From Ethics to Action, New York 2001, s. 262-263.

## A. Devletin Sağlık Hizmetleri Piyasasına Müdahalesini Gereklil Kılan Nedenler

Sağlık hizmetlerinin doğru biçimde yürütülmesi ve sunulması açısından üst bir gücün varlığı herkesin sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına sahip olmasıyla açıklanabilir. Sağlık hizmetlerinin, bireylerin yaşamlarını layık oldukları biçimde sürdürebilmeleri bakımından herkese en iyi şekilde sağlanması gerekmektedir. Sağlık hizmetlerinden yararlanmanın piyasa koşullarına bırakılması halinde bunun gerçekleşmesi oldukça zordur. Bu bakımdan devlet, çeşitli gerekçelerle sağlık hizmetleri piyasasına ve bu piyasanın finansmanına müdahalede bulunur. Bu gerekçeler, bireylerin satın alma gücündeki farklılıklar ve sağlık hizmetleri piyahasındaki piyasa aksaklıkları olarak iki noktada toplanabilir<sup>16</sup>.

Sağlık hizmetlerinin sağlanmasının belli bir maliyet ortaya çıkaraacağı muhakkaktır. Bu maliyet, hizmet alanlara yansıtıldığı takdirde, satın alma gücündeki farklılıklar nedeniyle herkes tarafından karşılanamayabilir. Bir yanda sağlık hakkının temel bir insan hakkı olduğu gerçeği; diğer yanda satın alma gücündeki farklılıklar ve herkesin aynı ödeme gücüne sahip olmaması, sağlık hizmetlerinden herkesin yararlandırılması açısından devletin müdahalesini gerektirmektedir<sup>17</sup>. Aksi bir düşünce ödeme gücüne sahip olmayanların bu hizmetlerden yararlanamaması sonucunu doğurur. Bu sonucun ise öznesi herkes olan sağlık hakkının niteliğine uygun düşmeyeceği açıktır.

Devletin sağlık hizmetlerinin finansmanına müdahale etmesi piyasa koşulları ve piyasanın etkin olup olmamasıyla da ilgilidir. Piyasanın etkinliği, mevcut kaynakların en iyi şekilde kullanılarak, ulaşılabilir en fazla faydanın en az maliyetle elde edilmesi olarak açıklanabilir<sup>18</sup>. Tam rekabet piyasaları için geçerli olan piyasa etkinliğinin, tam rekabet piyasalarının oluşmadığı durumlarda meydana gelmesi beklenemez. Zira ortaya çıkan ve piyasa aksaklıkları olarak adlandırılan bazı haller, piyasa

<sup>16</sup> STIGLITZ, Joseph E. (Çeviren: Batirel, Ömer Faruk), Kamu Kesimi Ekonomisi, 2. Baskı, İstanbul 1994, s. 350.

<sup>17</sup> ÇELİKAY/ GÜMÜŞ, s. 183.

<sup>18</sup> SARISOY, Sinan, "Düzenleyici Devlet ve Regülasyon Uygulamalarının Etkinliği Üzerine Tartışmalar", Maliye Dergisi, S. 159, 2010, s. 280.

etkinliğinin sağlanamamasına neden olmaktadır<sup>19</sup>. Sağlık hizmetleri piyasası da tam rekabet piyasasından farklı olarak etkin değildir ve yapısı gereği birtakım piyasa aksaklıklarını barındırmaktadır<sup>20</sup>. Devlet müdahalesi, bu piyasa aksaklıklarını düzeltmek ve piyasada dengeyi sağlamak için yapılmaktadır<sup>21</sup>. Sağlık hizmetleri piyasasındaki aksaklıklar; sağlık hizmetini sunanlar arasındaki aksak rekabet, sağlık hizmetini alanlar arasındaki eksik bilgi ve dışsallıklar olarak üç kısımda incelenebilir<sup>22</sup>.

Aksak rekabet, sağlık hizmetleri piyasasında tam rekabetin bulunmaması ve hizmet sunanları seçmek bakımından, hizmet alanların geniş bir alternatifte sahip olmamasıdır. Sağlık hizmetlerine olan talebin sürekli olduğu düşünüldüğünde; piyasada rekabetin bulunmaması, sunulan hizmetin niteliğini olumsuz olarak etkilerken, fiyatların artmasına neden olacaktır. Bu noktada devlet, rekabeti sağlamak adına yasal düzenlemeler yaparak, kendisi hizmet üreterek veya üretilen hizmeti fiyatlandırma yoluna giderek piyasaya müdahale etmektedir<sup>23</sup>. Böylece sağlık hizmetleri, bireyler için daha erişilebilir kılınmakta ve herkesin bu hizmetlerden yararlanması sağlanmaktadır.

Sağlık hizmetleri piyasasında eksik bilgi, hastanın almış olduğu hizmet hakkında yeterli bilgiye sahip olmamasıdır. Bir başka deyişle sağlık hizmetleri piyasasında, hizmeti sunanlar ve hizmeti alanlar arasında

<sup>19</sup> **ARDIYOK**, Şahin, Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No. 9, Ankara 2002, s. 11; **STIGLITZ**, s. 350; **SARISOY**, s. 280.

<sup>20</sup> **ALTAY**, Asuman, "Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Yeni Açılımlar ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi", Sayıştay Dergisi, S. 64, 2007, s. 37.

<sup>21</sup> **SHIELL**, Alan, "Market Failure is Bad For Your Health But Social Injustice is Worse", Journal of Public Health, Vol. 32, No. 1, 2010, s. 12; **ÇAKAL**, Recep, Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, DPT Uzmanlık Tezi, Ankara 1996, s. 7.

<sup>22</sup> **STIGLITZ** s. 350. Olumlu ve olumsuz şekilde ortaya çıkan dışsallıklar, piyasa aksaklıklarının en bilinen ifadesidir. Bkz. **LEE**, Dwight R./ **CLARK**, J. R., "Market Failures, Government Solutions and Moral Perceptions", The Cato Journal, Vol. 33, No. 2, 2013, s. 287 vd.

<sup>23</sup> **ÖZTÜRK**, Nazım/ **BAYRAKTAR**, Yüksel, "Aksak Rekabetin Önlenmesinde Devletin Rolü" Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, C. 4, S. 2, 2009, s. 88-89.

bilgi farklılığı vardır. Bu durum asimetrik bilgi olarak da ifade edilmektedir<sup>24</sup>. Bireyler, çoğunlukla kendilerini rahatsız hissettiklerinde, bu rahatsızlığın ne olduğunun tespit edilmesi ve hangi tedavi yöntemlerinin uygulanması gerektiğini öğrenmek amacıyla doktora giderler. Yani bireyler sağlıkları hakkında sınırlı bilgiye sahip olup, çoğunlukla doktorların bilgi ve görüşünü dikkate almak durumundadırlar<sup>25</sup>. Bunun sağlık hizmetleri piyasası bakımından sonucu ise bireylerin aldıkları hizmetin kendilerine ne ölçüde fayda getireceğini bilmemesi ve bunun sonucunda hizmete değer belirlenmesinin mümkün olmamasıdır<sup>26</sup>. Bu durum piyasanın etkin olmamasına neden olacak ve etkinliğin sağlanması bakımından devlet müdahalesi gerekecektir.

Herkesin sağlık hizmetlerinden yararlandırılması, bireylerin bu hakka sahip olmasının yanında toplumsal bir nitelik taşımaktadır. Zira bir bireyin sağlığını kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalması halinde gerekli tedbirlerin alınmaması veya sağlığını kaybetmesi halinde tedavisinin yapılmaması diğer bireyleri ve nihayetinde toplumu etkiler. Bu durum sağlık hizmetlerinin dışsallık özelliğine sahip olmasıyla açıklanmaktadır<sup>27</sup>. Sağlık hizmetleri bakımından dışsallık; sağlık faaliyetlerinin, piyasa dışı yollarla başka unsurların refahını etkilemesi şeklinde ifade edilebilir<sup>28</sup>. Özellikle bulaşıcı hastalıklar ve çevre ile ilgili sağlığa zarar veren unsurlar, başta sosyal ve ekonomi ile ilgili olmak üzere diğer unsurları

<sup>24</sup> **BİLGİLİ**, Emine/ **ECEVİT**, Eyyup, "Sağlık Hizmetleri Piyasasında Asimetrik Bilgiye Bağlı Problemler ve Çözüm Önerileri", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 11, S. 2, 2008, s. 204.

<sup>25</sup> **AKALIN**, Güneri, Kamu Ekonomisi, 2. Baskı, Ankara 1986, s. 272; **STIGLITZ**, s.354

<sup>26</sup> Krş. **ÇAKAL**, s. 9. Hatta muayene ücretinin düşük olması çoğu zaman, alınacak hizmetten beklenen faydanın yüksek olmayacağını düşündürmektedir.

<sup>27</sup> **YILMAZ**, Binhan Elif/ **YARAŞIR**, Sevinç, "Bir Küresel Kamusal Mal Olarak Sağlık ve Finansmanında Resmi Kalkınma Yardımlarının Rolü", Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Dergisi, S. 55, 2011, s. 10; **ÇELİKAY/ GÜMÜŞ**, s. 181-182.

<sup>28</sup> **ROSEN**, Harvey S./ **GAYER**, Ted, Public Finance, Eight Edition, Singapore 2008, s. 71.

olumsuz olarak etkileyebilmektedir. Bu bakımdan devletin piyasaya müdahalesi kaçınılmaz olmaktadır<sup>29</sup>.

Özetle devletin, gerek sağlık hizmetlerinin finansmanını sağlayarak gerekse de farklı yollarla sağlık piyasasına olan müdahaleleri, piyasanın etkinliğini temin etme ve herkesi bu hizmetlerden yararlandırma amacı gütmektedir. İyi işleyen ve herkesin ulaşabildiği bir sağlık piyasasında bireylerin huzuru toplumun huzurunu sağlayacak ve böylece sosyal refah artacaktır.

## B. Sosyal Devlet Anlayışı

Devletin sağlık hizmetleri piyasasına müdahalesi, görünürdeki bir takım nedenlerin yanında, benimsenen devlet anlayışından kaynaklanmaktadır. Bu anlayış, bireylere insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyi sağlamayı amaç edinen sosyal devlet anlayışıdır<sup>30</sup>. Devletin, bireylere insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyi sağlama amacını gerçekleştirebilmesi için öncelikle sosyal adaleti temin etmesi gerekmektedir<sup>31</sup>. Sosyal adalet ise adil bir paylaşımı esas alan ve bu paylaşımında toplumdaki her bireyin ve grubun hakça varlığını kabul eden adalet yaklaşımıdır<sup>32</sup>. Bu anlamda sosyal adalet; başta maddi durumu iyi olmayan kişiler olmak üzere toplumun tamamına, sosyal devletin asıl amacı olan insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyi sağlanmasında bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> ALTAY, s. 39; ÇEVİK, Savaş, "Kamu Sağlık Harcamalarının Sağlık Sonuçları Üzerindeki Etkisi: Ülkelerin Gelir Seviyelerine Göre Bir Karşılaştırma", İÜSBFD, No. 48, 2013, s. 115; ÇELİKAY/ GÜMÜŞ, s. 181-182; YILMAZ/ YARAŞIR, s.10.

<sup>30</sup> ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2020, s. 141; GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 26. Baskı, Bursa 2021, s.73; GÜMÜŞ, Ali Tarrık, Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü, İstanbul 2010, s. 183; GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, Ankara 2011, s. 125; BULUT, Sosyal Haklar, s. 56-57; GÖREN, Zafer, "Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi", Anayasa Yargısı, C. 14, 1997, s. 100; BULUT, Nihat, "Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?", AÜHFD, C. 52, S. 2, 2003, s. 174.

<sup>31</sup> GÜMÜŞ, s. 183-184; BULUT, Küreselleşme, s. 174.

<sup>32</sup> AZRAK, A. Ülkü, "Sosyal Devlet ve 1961 Türk Anayasasının Sistemi", İÜHFM, C. 27, S. 1-4, 1961, s. 209; SUNAL, Onur, "Sosyal Politika: Sosyal Adalet Açısından Kuramsal Bir Değerlendirme", AÜSBFD, C. 66, No. 3, 2011, s. 286.

<sup>33</sup> BULUT, Sosyal Haklar, s. 59; GÜMÜŞ, s.184.

Devlet, sosyal adaleti temin etmek için sosyal ve ekonomik yaşama aktif olarak müdahalede bulunmaktadır<sup>34</sup>. Dolayısıyla sosyal devlet; devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahalesini gereksiz ve ekonominin doğal kanunlarının işleyişini bozacağından zararlı bulan jandarma devlet anlayışından ayrılmaktadır<sup>35</sup>. Jandarma devlet anlayışının ilham aldığı liberal düşüncede devlet; bireylerin şahıs ve mallarını saldırılar karşısında korumak ve güvenliği sağlamakla yükümlüyken<sup>36</sup>, ekonomik ve sosyal yaşam bakımından bireyleri piyasa koşulları ile baş başa bırakmaktadır. Sosyal devlet anlayışında, bireyleri piyasa koşulları ile baş başa bırakmanın birtakım eşitsizlikler meydana getirebileceği göz önünde bulundurulmuş ve bu eşitsizliklerden bireylerin en az derecede zarar görebilmesi için devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahale etmesi gerektiği kabul edilmiştir<sup>37</sup>. Diğer yandan sosyal devlet anlayışında toplumsal refahın artırılması hedeflenmekte ve devletin üretim kapasitesini artırarak ekonomik ve sosyal yaşama müdahale etmesiyle bu hedefin gerçekleştirilebileceği öngörülmektedir<sup>38</sup>. Briggs'in ifadesiyle sosyal devlet, bireylerin asgari yaşam standardına sahip olduğu; hastalık, yaşlılık, işsizlik gibi durumlarda yaşanabilecek güvensizliğin en aza indirildiği; tüm bireylere herhangi bir ayırım yapılmaksızın sosyal hizmetlerin en iyi şartlarda sunulduğu bir anlayışı esas almaktadır<sup>39</sup>.

Kısacası sosyal devlet anlayışının temel amacı bireylere insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyi sağlamak olup, bunu gerçekleştirebilmek için sosyal adaleti temin etmek gerekmektedir; sosyal adaleti temin için ise devlet, ekonomik ve sosyal hayata müdahale etmektedir. Diğer

<sup>34</sup> ÖZBUDUN, s. 138; BULUT, Küreselleşme, s. 174.

<sup>35</sup> ÖZBUDUN, s. 138; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 74; BULUT, Küreselleşme, s. 174.

<sup>36</sup> GÖZE, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 11. Baskı, İstanbul 2007, s. 361; ÖZBUDUN, s. 138; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 74.

<sup>37</sup> BULUT, Küreselleşme, s. 192.

<sup>38</sup> YILMAZ, Hasan/ ACAR, Alpcan, "Sosyal Devlet Olabilmenin Anahtarı: Sosyal Politikalar Geliştirebilmek", OPUS-Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, C. 17, S. 37, 2021, s. 4747.

<sup>39</sup> BRIGGS, Asa, "The Welfare State in Historical Perspective", European Journal of Sociology, Vol. 2, No. 2, 1961, s. 228.

yandan, devletin aktif müdahalesini ve olumlu edimlerini isteme hakkının bireylere tanınması ve bunun hukuksal güvencelere kavuşturulması sosyal devlet anlayışı açısından zorunludur. Yani sosyal devlet anlayışının tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için bireylerin; kişinin hakları ve siyasi haklar yanında sosyal haklara da sahip olması gerekmektedir<sup>40</sup>. Sosyal haklar daha önce de belirtildiği gibi sosyal eşitsizlikleri giderme, sosyal adaleti sağlama ve çeşitli açılardan güçsüz durumda bulunan kimse-leri koruma amacına yönelik haklardır<sup>41</sup>. Bu durum sosyal haklar ile sosyal devlet arasında zorunlu bir ilişki olduğunu ve sosyal devletin amacına ulaşabilmesi için bireylere sosyal hakların tanınması gerektiğini ortaya koymaktadır<sup>42</sup>. Sağlık hakkı da sosyal bir hak olduğundan sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde sosyal devlet anlayışı gereği devletin yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu kapsamda sosyal devlet anlayışının 1982 Anayasasına ve Anayasa Mahkemesi kararlarına yansımalarını ele almak devletin yükümlülüklerinin çerçevesini belirlemek bakımından önem arz etmektedir.

### C. Sosyal Devlet Anlayışının 1982 Anayasasına ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Yansımaları

1982 Anayasası sosyal devlet anlayışını benimsemiş ve ona büyük önem atfetmiştir. Anayasanın 2. maddesinde cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan sosyal devlet, Anayasanın 4. maddesi ile değiştirilemeyecek hükümler arasında kabul edilmiştir. Anayasanın 5. maddesinde ise *“kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, in-*

<sup>40</sup> GÖZE, s. 365; GÜMÜŞ, s. 221-225; BULUT, Küreselleşme, s. 179. Kişinin hakları ve sosyal haklar, biri diğeri yerine tercih edilebilen haklar olmayıp, birbirlerini tamamlayan haklardır. Gerçek hürriyet düzeninin tesisi her iki hak kategorisinin senteziyle sağlanır. Bkz. KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara 1993, s. 83-84.

<sup>41</sup> TANÖR, s. 79-81; TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan, Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla), İstanbul 2012, s. 1.

<sup>42</sup> TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, s.1; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.75.



sanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır<sup>43</sup>. Bu anlamda sosyal devlete biçilen rol, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini herhangi bir engelle karşılaşmadan kullanabilmesini sağlamak, engelle karşılanması halinde ise bu engelleri ortadan kaldırmaya çalışmaktır.

Sosyal devletin temel amacı olan, bireylere insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyi sağlamak, Anayasanın 5. maddesinin gerekçesinde belirtilmiştir. Buna göre sosyal devlet, bireylerin huzurunu, refahını ve mutluluğunu sağlayan, hayat mücadelelerini kolaylaştıran ve onların insan haysiyetine uygun bir ortamda yaşamasını gerçekleştiren devlettir<sup>44</sup>. Anayasanın başlangıç kısmı 6. paragrafına göre ise her Türk vatandaşının doğuştan sahip olduğu, onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisinin kullanılmasına, devlet sosyal adalet gereğince imkân sağlamakla yükümlüdür. Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında sosyal devleti, başlangıç kısmındaki söz konusu düzenlemeye paralel biçimde açıklamış<sup>45</sup>, insan onuruna uygun bir yaşam sürdürme ve sosyal adalet ilkelerini ayrıca vurgulamıştır<sup>46</sup>. 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararda Yüksek Mahkeme, sosyal adaletin temininin önemine dikkat çekerek sosyal devleti “güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet” olarak tanımlamıştır<sup>47</sup>. Başka bir

<sup>43</sup> Anayasada sosyal devlet kavramı tek başına değil, hukuk devleti kavramıyla beraber geçmekte (2. ve 5. maddelerde olduğu gibi) ve “sosyal hukuk devleti” şeklinde kullanılmaktadır.

<sup>44</sup> Bkz. İZGİ, Ömer/ GÖREN, Zafer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt I (Madde 1-78), Ankara 2002, s. 70. Ayrıca bkz. AYM, E.1986/16, K.1986/25, 21/10/1986.

<sup>45</sup> AYM, E.1987/16, K.1988/8, 19/04/1988; AYM, E.1989/6, K.1989/42, 07/11/1989.

<sup>46</sup> Anayasa Mahkemesi’ne göre, “...insan haysiyeti kavramı, insanın hangi durum ve koşullar arasında bulunursa bulunsun, sırf insan olmasının kendisine tanıtıp kazandırdığı değerini, gerek öteki bireyler gerekse toplumca tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu, öyle bir davranış ve tanıma çizgisidir ki, ondan aşağı düşünülünce yapılan işlemler, insanı insan olmaktan çıkarmış demektir.” Bkz. AYM, E.1971/2, K.1971/36, 06/04/1971; AYM, E.1970/22, K.1971/20, 18/02/1971. Aynı yönde AYM, E.1963/132, K.1966/29, 28/06/1966; AYM, E.2000/34, K.2005/91, 25/11/2005.

<sup>47</sup> AYM, E.1972/16, K.1972/49, 17/10/1972. Anayasa Mahkemesi’nin sonraki kararları incelendiğinde sosyal devletle ilgili açıklamalarında sıklıkla bu tanımdan yararlandığı görülmektedir. Bkz. AYM, E.2006/95, K.2009/144, 15/10/2009; AYM, E.2006/119,

kararında Mahkeme, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine uygun ortamın, toplumda yoksul ve muhtaç insanlara devlet tarafından yardım edilerek, onlara insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlanarak meydana gelebileceğini ortaya koymuştur<sup>48</sup>. Bu anlamda Mahkemeye göre sosyal devlet, insan onurunun korunmasını ve vatandaşlarına asgari bir yaşama düzeyi sağlamayı amaçlayan, bunun için sosyal adaleti sağlamaya çalışan anlayışı ifade etmektedir<sup>49</sup>.

Sosyal devletin gereklerinden olan, devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahalesi ile ilgili Anayasada genel bir madde bulunmamasıyla birlikte<sup>50</sup>, bu konuda Anayasanın çeşitli maddelerinde düzenlemelere yer verilmiştir<sup>51</sup>. Anayasa Mahkemesi ise “*Anayasa’nın ‘kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamak’ görevini Devlete veren 5. maddesi, ‘özel teşebbüslerin millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri’ almakla görevlendiren 48. maddesi, ‘ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı ...’ planlama görevi veren 166. maddesi ve Devletin ‘para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı önlemleri alacağını’ öngören 167. maddesi*” hükümlerinin devletin gerektiğinde ekonomik ve sosyal hayata müdahale edebileceğini gösteren düzenlemeler olduğunu ifade etmiştir<sup>52</sup>. Bu düzenlemelerden Anayasanın 5. maddesinde devletin ekonomik ve

---

K.2009/145, 15/10/2009; AYM, E.2008/57, K.2010/26, 04/02/2010; AYM, E.2007/65, K.2010/43, 25/02/2010; AYM, E.2008/110, K.2010/55, 01/04/2010; AYM, E.2009/19, K.2011/4, 06/01/2011; AYM, E.2007/114, K.2011/36, 10/02/2011; AYM, E.2008/15, K.2011/57, 30/03/2011; AYM, E.2008/56, K.2011/58, 30/03/2011.

<sup>48</sup> AYM, E.1988/19, K.1988/33, 26/10/1988; AYM, E.2001/378, K.2004/13, 11/02/2004.

<sup>49</sup> AYM, E.2011/136, K.2012/72, 17/05/2012; AYM, E.2011/132, K.2012/82, 24/05/2012.

<sup>50</sup> 1961 Anayasası’nın 41. maddesinde devletin ekonomik ve sosyal hayata müdahalesini düzenleyen genel bir hüküm bulunmaktaydı. Maddenin 1. fıkrası, iktisadi ve sosyal hayatın, “*adâlete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacıyla göre*” düzenleneceğini; 2. fıkrası yatırımların, “*toplum yararının gerektirdiği önceliklere*” yöneltilmesinin devletin ödevi olduğunu belirtmekteydi. Bkz. ÖZBUDUN, s.141.

<sup>51</sup> ÖZBUDUN, s.141. Bu durumu Anayasa Mahkemesi bir kararında, “*Anayasa’nın çeşitli maddelerinde yer alan bazı hükümler de, Devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek, tedbirler almak ve gerektiğinde bu alana müdahale hususunda görevli kılındığını ortaya koymaktadır*” diyerek ifade etmiştir. Bkz. AYM, E.2001/33, K.2002/56, 19/06/2002.

<sup>52</sup> AYM, E.2002/32, K.2003/100, 20/11/2003; AYM, E.1985/16, K.1986/5, 04/03/1986.

sosyal hayata müdahalesini gerektiren husus, Anayasanın sosyal devlet anlayışını benimsemesi ve bu anlayışa bağlanan sonuçlarla ilgilidir. Kuşkusuz bu durum, devletin ekonomik ve sosyal hayata müdahale edebileceğini gösteren diğer düzenlemeler için de ileri sürülebilir. Ancak bahsi geçen düzenlemeler bakımından devletin müdahalesini gerektiren bazı spesifik durumlar bulunmaktadır. Bu bağlamda Anayasanın 166. maddesinde devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahalesinin bir plân çerçevesinde yapılması düzenlenmektedir<sup>53</sup>, Anayasanın 48. ve 167. maddesi bakımından ise devlet müdahalesinin, piyasa ekonomisinin işleyişinden kaynaklanan aksaklıkların önüne geçmek, serbest rekabeti sağlamak, tüketiciyi korumak gibi amaçlarla gerçekleştirilebileceği düşüncesi ortaya çıkmaktadır<sup>54</sup>.

Sosyal devlete bu niteliğini kazandıran diğer önemli bir husus olan sosyal haklar<sup>55</sup> ise ülkemizde ilk kez 1961 Anayasasında sistematik biçimde tanınmış, 1982 Anayasasının İkinci Kısım Üçüncü Bölümünde “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlığı altında düzenlenmiştir. Sosyal hakların daha önce de açıklandığı gibi toplumsal eşitsizlikleri giderme, sosyal adaleti sağlama ve çeşitli açılardan güçsüz durumda bulunan kimseleri koruma amacına yönelik haklar olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Anayasanın bu bölümünde düzenlenen hakların tamamının bu amaçları gerçekleştirebileceği söylenemez<sup>56</sup>. Sağlık hakkının (m.56) da aralarında bulunduğu bazı hakların ise bireylere insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyi sağlamak bakımından tanınmış haklar olduğu ve Anayasada sosyal amaçlar dikkate alınarak düzenlendiği ifade

<sup>53</sup> AYM, E.1997/62, K.1998/52, 16/09/1998.

<sup>54</sup> AYM, E.2000/8, K.2003/104, 26/12/2003.

<sup>55</sup> Sosyal devlet olma bakımından sosyal hakların önemine vurgu yapan Anayasa Mahkemesi bir kararında “*kişilerin sosyal hakları ve asgarî yaşam düzeyleriyle ilgilenerek onların refah, huzur ve mutluluk içinde yaşamalarını*” sağlamanın sosyal devletin temel amaç ve görevlerinden olduğuna hükmetmiştir. Bkz. AYM, E.1997/18, K.1998/42, 30/06/1998.

<sup>56</sup> Örneğin Anayasanın çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48. maddesi, işverenlerin sendika kurma hakkını düzenleyen 51. maddesi ve lokavt hakkını düzenleyen 54. maddesi ekonomik nitelikte haklardır. Bkz. ÖZBUDUN, s.152.

edilebilir<sup>57</sup>. Bu noktada öncelikle sağlık hakkıyla ilgili anayasal düzenleme incelenerek, devletin sosyal devlet anlayışı bağlamında sağlık hizmetlerinin finansmanını sağlama yükümlülüğünün değerlendirilmesi gerekmektedir.

## II. 1982 ANAYASASINA GÖRE SAĞLIK HİZMETLERİNİN FİNANSMANININ SOSYAL DEVLET ANLAYIŞI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Sağlık Hakkıyla İlgili Anayasal Düzenleme

1982 Anayasası, ekonomik ve sosyal haklar arasında yer verdiği sağlık hakkını 56. maddede “Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması” başlığı altında düzenlemiştir. Her ne kadar Anayasanın 176. maddesine göre madde kenar başlıkları metne dahil olmasa da söz konusu maddenin içeriği incelendiğinde sağlık hakkını ayrı ve açık bir biçimde düzenlemediği görülmektedir<sup>58</sup>. Bu anlamda Anayasanın 56. maddenin 1. fıkrasında, herkesin “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına” sahip olduğu düzenlenmiştir<sup>59</sup>.

Daha önce de belirtildiği gibi sağlık hakkı, başta yaşama hakkı olmak üzere diğer insan haklarıyla yakından ilgilidir. Sağlık hakkının, çevre hakkı ile ilişkisi de bu kapsamda düşünülebilir. Ancak söz konusu hükümlerin çevre hakkını da tam olarak karşıladığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre Anayasada düzenlenen, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkıdır ve bu hak üçüncü kuşak haklardan (dayanışma hakları) olan

<sup>57</sup> Eğitim hakkı (m.42), çalışma hakkı (m.49), adil ücret hakkı (m.55), sosyal güvenlik hakkı (m.60-61), konut hakkı (m.57) gibi haklar bu kapsamda Anayasada yer verilen diğer haklardır. Bkz. ÖZBUDUN, s.146-148; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.76-77.

<sup>58</sup> DÖNER, Ayhan/ KELEK, Mücahit, “Negatif Yükümlülükler Açısından Sağlık Hakkı”, EÜHFD, C. XIX, S. 3-4, 2015, s. 13. Algan’a göre, sahip olduğu önem göz önünde bulundurularak, gerek ulusal gerekse de uluslararası hukuk düzenlemelerinde kendisine mutlaka yer verilen sağlık hakkının, 1982 Anayasasında ayrı bir maddede bağımsız bir hak şeklinde düzenlenmemesi ilginçtir. Bkz. ALGAN, Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Ankara 2007, s.266-267.

<sup>59</sup> Sağlıklı ve dengeli çevre ile neyin kastedildiği Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtilmektedir. Mahkemeye göre sağlıklı ve dengeli çevre kavramı, doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmeyle meydana gelen hava ve su kirliliğinin önlenmesi, belli bir plan ve programa göre düzenlenen çevreyi ifade etmektedir. AYM, E.2006/129, K.2009/121, 01/10/2009; AYM, E.1985/11, K.1986/29, 11/12/1986.

çevre hakkını karşılamamaktadır. Bu anlamda sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, Anayasada sosyal bir hak şeklinde değerlendirilmiş ve düzenlenmiştir<sup>60</sup>. Daha çok kabul gören diğer görüşe göre ise söz konusu hüküm çevre hakkını düzenlemekte ve bu hakka Anayasada sağlık hakkıyla beraber yer verilmektedir. Çevre hakkının sağlık hakkıyla ilişkilendirilerek düzenlenmesi, diğer hak kategorilerine göre yeni olan üçüncü kuşak hakların Anayasada ayrı bir bölümde bulunmaması ile ilgilidir. Çevre hakkına, Anayasada ekonomik ve sosyal haklar arasında yer verilse de bu durum onun dayanışma hakkı olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır<sup>61</sup>. Kanaatimizce buradaki temel sorun 56. maddenin kaleme alınış şekliyle ilgilidir. Maddenin 1. fıkrası çevre hakkını, sağlık ve yaşama hakkı ile ilişkilendirerek açıkladığı izlenimini uyandırmaktadır. Nitekim maddenin 2. fıkrasında çevreyi geliştirme, çevre sağlığını koruma ve çevre kirlenmesini önleme bakımından devletin ve vatandaşın yükümlü olduğu belirtilmektedir. Bu anlamda, Anayasanın 56. maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği gibi çevrenin korunmasının kazandığı önem, bireylerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamasının sağlanması bakımından onlara sosyal hak tanınmasını zorunlu kılmış<sup>62</sup> ve aslında sosyal bir hak olmayan çevre hakkı, Anayasada “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” şeklinde formüle edilerek sosyal haklar arasında düzenlenmiştir.

Şu halde maddenin ilk iki fıkrasının sağlık hakkını düzenleme noktasında yeterli olmadığı ve çevre hakkına ilişkin hükümler içerdiği söylenebilir. Sonraki fıkralar ise devletin sağlık hizmetlerini yerine getirmesi ve denetimi ile ilgili hükümlerden oluşmaktadır. Bu anlamda yapılması gereken sağlık hakkı ve çevre hakkının ayrı maddelerde düzenlenerek, bireylere açık bir biçimde tanınması olmalıdır<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> ALGAN, s.268.

<sup>61</sup> KUZU, Burhan, “Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkının Gelişim Süreci”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, 1996, s. 150; HAMAMCI, Can, “Çevre Hakkı Üzerine Düşünceler”, İnsan Hakları Yıllığı, S. 5-6, 1984, s. 176-177; TUNÇ, Hasan/ GÖVEN, Yusuf, “Çevre Hakkı ve 1982 Anayasası”, EÜHFD, C. I, S. 1, 1997, s. 113.

<sup>62</sup> Bkz. İZGİ/ GÖREN, s. 593.

<sup>63</sup> Nitekim yeni anayasa yapmak amacıyla oluşturulan ve 2011-2013 yılları arasında çalışmalar yapan Anayasa Uzlaşma Komisyonu’nun uzlaştığı maddeler arasında olan

Anayasanın 56. maddesinin 3. fıkrası ise “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; ... amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler” hükmüne yer vermektedir. Buna göre bireylerin sağlıklı bir şekilde hayatını devam ettirmesini sağlamak bakımından devlete yükümlülük getirilse de hükmün devamında sağlık hizmetlerinin planlanıp düzenlenmesinin vurgulanması, devletin söz konusu yükümlülüğünü geri planda bırakmaktadır<sup>64</sup>. Bu bakımdan gerekçede ifade edildiği gibi, maddenin de açık bir şekilde vatandaşların beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamanın devletin ödevi olduğunu belirtmesi<sup>65</sup> isabetli olurdu. Nitekim 1961 Anayasası’nın 49. maddesinin 1. fıkrasında herkesin sağlıklı yaşayabilmesini

sağlık ve çevre hakkı, Komisyon tarafından ayrı maddelerde düzenlenmiş ve herkesin bu haklara sahip olduğu açık bir biçimde ortaya konulmuştur Anayasa Uzlaşma Komisyonu’nun uzlaştığı taslak metinde sağlık hakkı aynen şu şekilde düzenlenmiştir:

“Sağlık Hakkı (m.33)

(1) Herkes sağlık hakkına sahiptir.

(2) Hiç kimse temel sağlık hizmetlerinden yoksun bırakılamaz. Devlet temel sağlık hizmetlerini ücretsiz olarak sağlar.

(3) Hasta hakları dahil sağlık hakkının esasları, yaşam hakkı ile sağlığın korunması da gözetilerek, kanunla düzenlenir.

(4) Her kadın üreme sağlığı ve doğurganlık hakları konusunda ücretsiz hizmet alma hakkına sahiptir.

(5) Devlet sağlık hakkının gerçekleşmesi için gerekli her türlü tedbiri almakla yükümlüdür. Devlet, sağlık alanındaki görevini, kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kuruluşlardan yararlanmak suretiyle etkili bir sağlık hizmeti ağı kurarak, onları denetleyerek yerine getirir.”

Komisyonun uzlaştığı çevre hakkının konumuz bakımından yer verilmesi gereken ilk iki fıkrası ise şu şekildedir:

“Çevre Hakkı (m.35)

(1) Herkes çevre hakkına sahiptir. Bu hak insani gelişimi mümkün kılan, sağlıklı, ekosistem açısından dengeli bir çevrede yaşama, çevrenin etkili biçimde korunmasını isteme haklarını da kapsar.

(2) Gelecek kuşaklara yönelik sorumlulukları da gözeterek çevreyi geliştirmek, çevre değerlerini korumak, çevre kirliliğini önlemek, çevre kalitesini yükseltmek ve gıdaların doğallığını sağlamak herkesin ve devletin ödevidir.”

Bkz. BARIN, Taylan, Türkiye’nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi, İstanbul 2014, s. 162-163.

<sup>64</sup> ALGAN, s. 267-268.

<sup>65</sup> Bkz. İZGİ/ GÖREN, s. 592.

ve tıbbi bakım görmesini sağlamak, açık bir biçimde devletin ödevi olarak düzenlenmişti<sup>66</sup>.

Anayasanın 56. maddesinin 3. fıkrası ile ilgili değinilmesi gereken diğer önemli nokta, devletin sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemesidir. Kuşkusuz burada sağlık hizmetlerinin devlet tekelinde yürütülmesi değil, devlet tarafından planlanması ve düzenlenmesi vurgulanmaktadır<sup>67</sup>. Bu anlamda 56. maddenin 4. fıkrası ve madde gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, özel kesimlerin sağlık ve sosyal kuruluşları kurmasının desteklendiği, sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi bakımından bu kuruluşlardan yararlanılacağı ve devletin bunları denetimle yükümlü olduğu ifade edilebilir<sup>68</sup>.

Anayasanın 56. maddesinin 5. fıkrası ise sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi bakımından genel sağlık sigortası kurulabilmesi konusunda kanuna yetki tanımıştır. Buna bağlı olarak 5510 sayılı kanunun 3. maddesi genel sağlık sigortasını, *“kişilerin öncelikle sağlıklarının korunmasını, sağlık riskleri ile karşılaşmaları halinde ise oluşan harcamaların finansmanını sağlayan sigorta”* şeklinde tanımlamıştır. Vatandaşların katılma payı ödedikleri genel sağlık sigortası sisteminde, yoksul ve dar gelirli vatandaşlara devlet yardımı sağlanmaktadır<sup>69</sup>. Böylece bütün vatandaşların sağlık hizmetlerinden yararlanması amaçlanmaktadır.

<sup>66</sup> ALGAN, s. 267. 1961 Anayasasında devletin yükümlülüğü, 1982 Anayasasındaki düzenlemelerin yanında herkesin tıbbi bakım görmesinin sağlanmasını da içermektedir. Bu durum 1961 Anayasası'nda sağlık hakkının içeriğinin, 1982 Anayasası'na göre daha net olarak belirtildiği şeklinde yorumlara neden olmuştur. Bkz. TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, s. 165.

<sup>67</sup> ALGAN, s. 267.

<sup>68</sup> Bkz. İZGİ/ GÖREN, s.592. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında şu ifadeleri kullanmıştır: *“... Devlet, sağlık hizmetlerini yürütürken herkesin bu hizmetten yararlanmasını amacıyla eşgüdüm sağlayacak genel esasları belirleyecektir. Maddede yer alan Devletin bu görevini kamu ve özel kesimdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak onları denetleyerek yerine getireceğine ilişkin kural da bu görüşü doğrulamakta, tüm sağlık hizmetlerinin sadece Devlet tarafından değil, fakat onun gözetim ve denetimi altında aynı alanda hizmet veren kurum ve kuruluşlarca da görülebileceğini ortaya koymaktadır.”* Bkz. AYM, E.2006/111, K.2006/112, 15/12/2006.

<sup>69</sup> Bkz. İZGİ/ GÖREN, s. 592.

## B. Devletin Sağlık Hizmetlerinin Yerine Getirilmesinden Doğan Harcamalarının Sınırı

Sağlık hakkı, devlete olumlu edimde bulunma yükümlülüğü getiren, sosyal bir hak olarak Anayasada düzenlenmiştir. Bunun yanında Anayasanın 2. maddesinde benimsenen sosyal devlet anlayışı, 5. madde ile birlikte değerlendirildiğinde kişilerin temel hak ve hürriyetlerini herhangi bir engelle karşılaşmadan kullanabilmesini sağlamak, engelle karşılaşılması halinde, bu engelleri ortadan kaldırmaya çalışmak bakımından devlete görevler yüklemiştir. Bu anlamda devletin, sosyal bir hak olan sağlık hakkından doğan birtakım ödevleri bulunmakta ve Anayasanın 56. maddesine göre bu ödevler sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi esasına dayanmaktadır.

Devletin sunduğu diğer hizmetlerde olduğu gibi sağlık hizmetlerini yerine getirmesi bakımından da belli bir ekonomik gücün varlığı zorunludur. Bu ekonomik gücün nasıl kullanılacağına ilişkin hüküm ise Anayasanın 65. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre *“Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”* Söz konusu hüküm, devletin ekonomik gücünün kullanımına ilişkin sınırı ortaya koymaktadır. Bu sınır, devletin ekonomik ve sosyal alanlardaki ödevleri bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Yani bu alanlarda, devletin olumlu edimini gerektiren haklar için söz konusu olan bu sınır, devletin olumlu edimde bulunmakla yükümlü olmadığı sendika, toplu sözleşme, grev gibi haklar bakımından uygulanmayacaktır<sup>70</sup>. Şu halde devletin olumlu edimde bulunmakla yükümlü olduğu, sağlık hakkından doğan ödevleri yönünden de böyle bir sınırın uygulanacağı açıktır.

<sup>70</sup> ÖZBUDUN, s. 153; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 78; TANÖR/ YÜZBAŞI-OĞLU, s. 178-179; KARAOSMANOĞLU, Fatih, İnsan Hakları, Ankara 2012, s. 93. Bu durumu göz önünde bulunduran Algan, sosyal hakları tanımlarken devletin olumlu edimlerde bulunma yükümlülüğünün olduğu düşüncesinden hareket etmiştir. Algan'a göre sosyal haklar, bireyin hem toplumun üyesi olması hem de toplumun diğer üyeleriyle ilişkiler kurması bakımından sahip olduğu ve onun sosyal statüsü ile ilgili olan haklardır. ALGAN, s. 26.



Anayasanın 65. maddesindeki sınır, devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki ödevlerini amaçlarına uygun öncelikler gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmesine ilişkindir. 2001 yılında değişikliğe uğrayan madde, değişiklikten önce “*bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek*” ifadesi yerine “*ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek*” ifadesine yer vermekteydi<sup>71</sup>. Ekonomik istikrarın korunması gibi içeriği belirli olmayan ve sosyal hakların alanını daraltan bir kavramın maddeden çıkarılarak, devletin sosyal ve ekonomik ödevlerini amaçlarına uygun öncelikler gözeterek yerine getirmesinin düzenlenmesi olumlu bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir<sup>72</sup>. Mevcut düzenlemeyle sosyal alanlar devletin mali politikalarının seçeneğini belirlemede etkili hale gelecek<sup>73</sup> ve devlet ödevlerini yerine getirirken optimal biçimde hareket edecektir<sup>74</sup>. Bu anlamda devlet, sosyal devlet ilkesi gereği öncelikle ihtiyaç sahibi olan kimseleri ve temel ihtiyaçları göz önüne alacaktır<sup>75</sup>. Öte yandan ekonomik istikrarın korunmasını gözetme ifadesinin Anayasa’dan çıkarılması, devletin ekonomik ve sosyal alanlardaki ödevlerini yerine getirirken ekonomik istikrarı göz önünde bulundurmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır<sup>76</sup>. Zira devletin söz konusu ödevlerini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmesiyle, ekonomik istikrarın bozulmasının önüne geçilmektedir<sup>77</sup>.

<sup>71</sup> 4709 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle Anayasanın 65. maddesinin kenar başlığı da tekrar düzenlenmiştir. Buna göre “Sosyal ve ekonomik hakların sınırı” olan başlık, “Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları” şeklinde değiştirilmiştir. Madde gerekçesinde, madde kenar başlığının bu şekilde içerikle uyumlu hale getirildiği ifade edilmiştir. Bkz. İZGİ/ GÖREN, s.648.

<sup>72</sup> ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2021, s. 122; ALGAN, s. 281; KABOĞLU, İbrahim Ö., “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, Kaboğlu, İbrahim Ö., (Editör), Anayasal Sosyal Haklar; Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye, İstanbul 2012, s. 29.

<sup>73</sup> KABOĞLU, Anayasa’da Sosyal Haklar, s. 18.

<sup>74</sup> ALGAN, s. 281.

<sup>75</sup> ATAR, s. 122.

<sup>76</sup> GÖREN, Anayasa Hukuku, s. 146. Aksi yönde açıklamalar için bkz. GÖZLER, Kemal, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, <https://www.anayasa.gen.tr/teblig2002.pdf> (Erişim Tarihi: 15.02.2024).

<sup>77</sup> Bkz. İZGİ/ GÖREN, s. 648; GÖREN, Anayasa Hukuku, s. 146.

Bu noktada devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki ödevlerini yerine getirirken dikkate alacağı “*mali kaynaklarının yeterliliği*” kriterine ayrıca değinmek gerekmektedir. Zira mali kaynaklarının yeterliliği kriteri, 1982 Anayasasının 65. maddesinde yapılan değişiklikten etkilenmemiş ve maddenin ilk halinden itibaren varlığını sürdürmüştür. Ayrıca 1982 Anayasasındaki düzenlemeye karşılık gelen, 1961 Anayasasının 53. maddesi de bu kritere yer vermiştir<sup>78</sup>. Devletin sınırsız harcama gücüne sahip olmadığını, harcamalarını imkânlarının elverdiği ölçülerde yerine getireceğini ifade eden<sup>79</sup> mali kaynakların yeterliliği kriteri, 1961 Anayasasından itibaren üzerinde durulan bir konu olmuştur. Özellikle de böyle bir sınırın Anayasada düzenlenmesinin, devlete ekonomik ve sosyal ödevlerini yerine getirmekten kaçınma imkânı tanıyıp tanımadığı hususu sıklıkla tartışılmıştır.

Belirtmek gerekir ki mali kaynakların yeterliliği kriterine Anayasada yer verilmesi doğal bir durumu yansıtmaktadır<sup>80</sup>. Zira devletin ekonomik ve sosyal alanlarda ödevlerini yerine getirmesi maddi imkânlarının varlığına bağlıdır. Böyle bir sınırın Anayasada düzenlenmemesi, devletin söz konusu ödevlerini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirebileceği gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır<sup>81</sup>. Ancak Anayasada bu sınıra yer verilmemesi halinde devletin, ekonomik ve sosyal ödevlerini tam anlamıyla yerine getirmemesi, Anayasa ihlallerine neden

<sup>78</sup> 1961 Anayasasının “*Devletin İktisadî ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı*” başlıklı 53. maddesi aynen şu şekilde düzenlenmişti: “*Devlet, bu Bölümde belirtilen iktisadî ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadî gelişme ile mâlî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.*”

<sup>79</sup> **DİNLER**, Veysel, “Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı' Açısından İdarenin Sorumluluğu”, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 1, S. 1, 2008, s. 5.

<sup>80</sup> Bu bakımdan Gören, mali kaynakların yeterliliği kriterine yer veren Anayasanın 65. maddesinin gereksiz olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **GÖREN**, Anayasa Hukuku, s. 144.

<sup>81</sup> **GÖZLER**, 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği; **KAPANİ**, Münci, “Tartışmalar”, içinde Talas, Cahit, “Türkiye’de Sosyal ve Ekonomik Haklar”, Türkiye’de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968) Tebliğler-Tartışmalar, Ankara 1970, s. 237; **ÇİFCİ**, Hasan Basri, “Devletin Sosyal ve Ekonomik Ödevlerinin Malî Kaynaklarıyla Sınırlı Olması: Vergi Ödevinin Haklılığı Açısından Bir Tartışma”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022/1, s. 644.

olacaktır<sup>82</sup>. Bunun önüne geçmek üzere Anayasada düzenlenen mali kaynakların yeterliliği kriteri, ekonomik gerçekliğin bir ifadesidir<sup>83</sup>. Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında sosyal ve ekonomik ödevlerin tamamının devlet tarafından derhal yerine getirilmesinin güçlüğüne dikkat çekerek, mali kaynakların yeterliliği kriterine işaret etmiştir<sup>84</sup>.

Bununla birlikte mali kaynakların yeterliliği kriterine Anayasada yer verilmesinin, devlete bu kriterin arkasına sığınma, yani mali kaynaklarının yeterli olmadığını öne sürerek, ekonomik ve sosyal alanlardaki ödevlerini yerine getirmekten kaçınma imkânı tanıdığı belirtilmektedir<sup>85</sup>. Kanaatimizce bu görüşün, devletin ekonomik ve sosyal ödevlerini gerçekleştirme konusundaki yükümlülüğünün kapsamı, gerçekleştirmediği takdirde başvurulacak hukuki bir yolun ve bireylerin talep hakkının bulunup bulunmadığı ve konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi kararları göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Doktrinde genel kabul gören görüşe göre, devlete olumlu edim yükleyen sosyal haklar doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayıp, program hükümler niteliğindedir. Yani bu haklar yasama organına yol gösterici niteliktedir ve uygulanmadığı halde bireyler için subjektif dava ve talep hakkı doğurmazlar<sup>86</sup>. Anayasanın 65. maddesinin gerekçesinde de söz konusu hükmün, hiç kimseye devletten sosyal ve ekonomik hakları gerçekleştirmesini isteme hakkı vermediği, bu hakların yalnızca devlete yüklenen ödevleri belirttiği ifade edilmiştir<sup>87</sup>. Bu bakımdan öncelikle ekono-

<sup>82</sup> TANÖR/ YÜZBAŞIOĞLU, s. 178; KAPANİ, Tartışmalar, s.237.

<sup>83</sup> KAPANİ, Tartışmalar, s.237; TEZİÇ, Erdoğan, "Tartışmalar", içinde Talas, Cahit, "Türkiye'de Sosyal ve Ekonomik Haklar", Türkiye'de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968) Tebliğler-Tartışmalar, Ankara 1970, s. 234.

<sup>84</sup> AYM, E.1990/7, K.1990/11, 21/06/1990; AYM, E.1988/34, K.1989/26, 21/06/1989; AYM, E.1984/10, K.1985/2, 22/01/1985.

<sup>85</sup> GÖREN, Anayasa Hukuku, s. 144; TALAS, Cahit, "Türkiye'de Sosyal ve Ekonomik Haklar", Türkiye'de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968) Tebliğler-Tartışmalar, Ankara 1970, s. 232; TANÖR/ YÜZBAŞIOĞLU, s.178.

<sup>86</sup> ÖZBUDUN, s. 153; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 77.

<sup>87</sup> İZGİ/ GÖREN, s. 648. Eren'e göre, gerekçede de ifade edilen bu yaklaşım insan hakları tanımına uygun değildir. Zira insan haklarının olduğu yerde devlete karşı taleplerde bulunulur. Vurgulanması gereken husus, sosyal hakların bireyler için talep edi-

mik ve sosyal ödevlerin yerine getirilmesinde siyasi iktidarın politikalarının etkili olduğu ve yasama organının takdir yetkisinin bulunduğu vurgulanmaktadır<sup>88</sup>. Buna karşılık Gören'e göre, Anayasanın bağlayıcılığı düzenleyen 11. madde karşısında, tavsiye niteliğinde olan ve bağlayıcılığı bulunmayan hükümlerden bahsetmek mümkün değildir. Yasama organının takdiri, devlete olumlu edim yükleyen sosyal hakların gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesi konusunda olmayıp, bu hakların ne ölçüde gerçekleştirilebileceği ile ilgilidir<sup>89</sup>. Kaboğlu da sosyal güvenlik hakkı bakımından yaptığı değerlendirmede, Anayasanın 65. maddesinde getirilen sınırlamaların bu hak karşısında uygulanmasının oldukça zor olduğunu ifade etmektedir<sup>90</sup>. Sağlık hakkı ve devletin sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinden doğan yükümlülüklerinin Anayasanın 65. maddesi karşısında dava ve talep edilebilirliği bakımından da lehte ve aleyhte görüşler bulunmaktadır<sup>91</sup>.

Anayasa Mahkemesi ise 1961 Anayasası döneminde verdiği çoğu kararında, olumlu edim gerektiren haklar bakımından devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırını düzenleyen Anayasanın 53. maddesindeki mali kaynakların yeterliliği ölçüsüne bağlı kalmış ve devletin ödevlerinin sınırlarını denetleme yoluna gitmemiştir<sup>92</sup>. Yüksek Mahkeme bir kararında, Anayasanın 53. maddesi bakımından kanun koyucunun sosyal güvenlik alanında bazı hakları vermemeye veya sadece bir kısmını vermeye

---

lebilir olmaması değil, devletin bu talepleri mali imkânları ölçüsünde karşılama yükümlülüğüdür. Bkz. **EREN**, Abdurrahman, Anayasa Hukuku Dersleri; Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2022, s. 441.

<sup>88</sup> **ÖZBUDUN**, s.153; **ATAR**, s.122. Gözler'e göre Anayasanın 65. maddesi, sosyal devlet ilkesini düzenleyen Anayasanın 2. ve 5. maddesi karşısında özel hüküm niteliğindedir ve maddeler arasında çatışma olması halinde 65. madde uygulanmalıdır. Bkz. **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku, s. 78.

<sup>89</sup> **GÖREN**, Sosyal Devlet İlkesi, s. 116; **İZGİ/ GÖREN**, s. 659. Aynı yönde **SOYSAL**, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11. Baskı, İstanbul 1997, s. 160; **TANÖR**, s.332.

<sup>90</sup> **KABOĞLU**, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2002, s. 466.

<sup>91</sup> **ELTİMUR**, Dilara, "Anayasa Hukuku Kapsamında Sağlık Hakkı ve Dava Edilebilirlik Sorunu", İzmir Barosu Dergisi, Yıl 87, S. 2, s. 384-397.

<sup>92</sup> **YILMAZ**, Zülfiye, "Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları", İÜHFİM, C. LXXII, S.1, 2014, s. 716; **TANÖR**, s. 333; **ÇİFCİ**, s. 629.

yetkili olduğunu belirterek yasama organının takdir yetkisine işaret etmiştir<sup>93</sup>.

Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlara bakıldığında da genel itibariyle benzer yaklaşımının devam ettiği görülmektedir<sup>94</sup>. Mahkeme sosyal hakların dava edilebilirliği konusunda hak temelli genel bir yaklaşım benimsememiş, olaya özgü tespitler yaparak karar vermiştir<sup>95</sup>.

Mahkeme, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda prime esas alınacak yeni alt ve üst göstergeler sisteminin belirlenmesinin Anayasanın 65. maddesine uygunluğunu denetlediği kararında, önceki tek tablo sisteminin Sosyal Sigortalar Kurumu kaynaklarını yeteri kadar besleyememesi ve Kurum'un sosyal güvenliği yerine getirebilme görevinden uzaklaşması nedenleriyle yeni düzenlemenin yapıldığını belirtmiştir. Mahkeme, Anayasanın 65. maddesinde belirtilen devletin yükümlülüklerinin sınırlarını hatırlatarak, getirilen düzenlemenin devletin en büyük sosyal güvenlik kuruluşunun finansman sorunlarının çözümüne yardımcı olmak amacını taşıdığını ifade etmiş ve kanun koyucunun takdir yetkisine müdahale etmeyerek düzenlemeyi Anayasanın 65. maddesine aykırı bulmamıştır<sup>96</sup>.

Anayasa Mahkemesi, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 92. maddesinde yer alan ve iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortası ile malluk, yaşlılık ve ölüm sigortaları için kısmen sigortalıya kısmen de işverene yükümlülük getiren düzenlemenin iptalinin istendiği davada, "... her iki sigorta türüne ait aylık ve gelirlerin tam olarak ödenmesi öngörülseydi, Kurumun aktüeryal dengesini sağlamak amacıyla gerek sigortalılardan, gerekse işverenlerden tahsil edilen prim oranlarının artırılması gerekecekti" değerlen-

<sup>93</sup> AYM, E.1963/138, K.1964/71, 11/12/1964.

<sup>94</sup> ÇİFCİ, s. 629-630.

<sup>95</sup> YOLCU, Serkan, Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, Ankara 2018, s. 316.

<sup>96</sup> AYM, E.1990/5, K.1990/28, 14/11/1990.

dirmesini yapmış ve düzenlemenin Anayasanın 65. maddesinde belirtildiği biçimde devletin malî olanaklarına bağlı ve bu görevlerin amaçlarına uygun olduğunu ifade etmiştir<sup>97</sup>.

Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir başka davada ise 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 64. maddesinde Kurumca finansmanı sağlanmayacak sağlık hizmetleri arasında düzenlenen “*Yabancı ülke vatandaşlarının; genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayıldığı tarihten önce mevcut olan kronik hastalıkları*” hükmünün Anayasanın 17., 56. ve 60. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede, söz konusu kurulla “*diyaliz hastası, hemofili hastalığı, organ yetmezliği gibi kronik hastalığı olan yabancı ülke vatandaşlarının ülkemize gelerek, ikamet izni almaları ve bir yılın sonunda da genel sağlık sigortalısı olarak tedavi giderlerini genel sağlık sigortasından ödemelerinin önüne geçilerek verilen hakkın kötüye kullanımının engellemek istendiği*” ni belirtmiştir. Anayasanın 65. maddesine dikkat çeken Mahkeme, genel sağlık sigortalısı kişinin bazı giderlerinin karşılanmasında belirli hastalıklara ödeme yapılmaması ya da bazılarına belli oranda ödeme yapılmasının devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yasa koyucunun takdirinde olduğunu ifade ederek Anayasaya aykırılık istemini reddetmiştir<sup>98</sup>.

Anayasa Mahkemesi, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa eklenen, sigortalının kendisi için gereken protez, araç ve gereç bedellerinin %20'sinin asgari ücretin bir buçuk katını geçmemek üzere sigortalıdan alınmasını düzenleyen hükmün iptalinin istendiği davada<sup>99</sup>, herkesin Anayasanın 56. maddesine göre sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına, 60. maddesine göre ise sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu belirtmiş ve söz konusu hükümleri 65. madde ile birlikte değerlendirmiştir. Mahkeme, uluslararası sözleşmelerde de ağır bir yük getirmeyecek şekilde sağlık yardımları için sigortalıdan katkı payı alınabileceğinin düzenlendiğini vurgulamış ve Kanun'a eklenen hükmün sosyal güvenlik

<sup>97</sup> AYM, E.2001/351, K.2003/10, 11/03/2003. Bu kararın ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. YILMAZ, s. 720-722.

<sup>98</sup> AYM, E.2008/56, K.2011/58, 30/03/2011.

<sup>99</sup> AYM, E.1999/42, K.2001/41, 23/02/2001.

hakkını ortadan kaldırmadığı gibi onu kullanılamayacak ölçüde güçleştirecek nitelikte olmadığını belirterek Anayasaya aykırı görmemiştir. Bununla birlikte Mahkemenin kararında yer verdiği şu ifadelerle dikkat çekmek gerekir: “... sosyal güvenlik vatandaşlar için bir hak, Devlet için ise görevdir. Bu bağlamda Devlet, vatandaşların sosyal güvenliğini sağlama görevini malî olanakları ölçüsünde yerine getirirken sosyal sigortacılığın teknik gereklerine uygun kimi sınırlamalar yapabilirse de sosyal hakları kullanılamayacak hale getirecek düzenlemelerde bulunamaz.” Mahkemenin bu yaklaşımı, devletin mali kaynaklarının yetersizliğini ileri sürerek sosyal güvenlik hakkından doğan ödevlerini hiç yerine getirmemesi şeklinde bir sonuca varılamayacağını vurgulaması bakımından önemlidir.

Anayasa Mahkemesinin dikkat çekici bir başka kararı<sup>100</sup> ise 506 sayılı Kanunda sağlık yardımı süresini 18 aya kadar sınırlayan hükmün iptaline ilişkindir. Söz konusu hükmün Anayasanın 10, 17, 56 ve 60. maddelerine uygunluğunun incelendiği kararda aynı zamanda Anayasanın 65. maddesine göre de değerlendirme yapılmıştır. Mahkeme, 18 aylık süre sınırlamasının zorunluluktan doğmadığını belirterek söz konusu sınırlamanın eşitlik ilkesine uygunluğunu yaşama hakkı bağlamında ele almıştır. Mahkeme kararında, “Devletin mali gücünden kaynaklanan bir zorunluluktan söz edilebilirse de Devlet, sosyal güvenliği sağlama ödevini yerine getirirken alacağı önlemlerde gücünü, temel haklar yönünden kişiler arasında farklılıklar yaratmayacak biçimde kullanmak durumundadır. Çünkü, bu düzenlemeler kapsamındaki kimselerin “yaşama hakkı” bakımından birbirlerine bir üstünlük sağlamaması gerekir. Hukuksal yönden farklılıklar, ancak, yaşama hakkı dışındaki diğer özellikler yönünden farklı bir uygulamayı haklı kılabilir” ifadelerine yer vererek söz konusu düzenlemenin Anayasanın 10. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir.

Aynı kararda 18 aylık süre sınırlamasının Anayasanın 17. maddesine uygunluğu incelenirken ise Mahkeme'nin hakkın özüne dokunmama ölçütünü kullandığı görülmektedir. Mahkemeye göre, “Sosyal güvenliği sağlayacak olan kuruluşların yasal düzenlemeleri “yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarını” zedeleyecek veya ortadan kaldıracak hükümler içermemesi gerekir... ” ... 18 aya kadar ...” sınırlaması, sağlık yardımı

<sup>100</sup> AYM, E.1990/27, K.1991/2, 17/01/1991.

*sonunda henüz iyileşmemiş ve tedavisi sürmekte olan kişinin gerek yaşama hakkının gerekse maddi ve manevi varlığını koruma hakkının özünü zedeler bir nitelik taşıdığından Anayasa'nın 17. maddesine aykırı görülmüştür<sup>101</sup>."*

Anayasa Mahkemesi 18 aylık süre sınırlamasının Anayasanın 56. maddesine uygunluğunu incelerken ise devletin sağlık hizmetlerini düzenleme, denetleme ve organize etme gibi yükümlülükleri bulunduğu, kişilerin bu hizmetlerden yararlanmalarının sosyal güvenlik kurumlarıyla mümkün olduğuna dikkat çekmiş ve söz konusu düzenlemenin kişilerin yaşamlarını sağlıklı biçimde sürdürme hakkını sınırlandığına belirterek Anayasanın 56. maddesine aykırılığına karar vermiştir<sup>102</sup>.

Anayasa Mahkemesi aynı kararda 18 aylık süre sınırlamasının 60. maddede düzenlenen sosyal güvenlik hakkına uygunluğunu incelerken, 65. maddede yer alan "mali kaynakların yeterliliği" kriteri ile ilgili de önemli tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme, 18 aylık süre sınırlaması ile Anayasada sosyal bir hak olarak düzenlenen sosyal güvenlik hakkının unsurlarından olan sağlık yardımının bir süre sonra etkisiz hale geldiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, 65. maddede sosyal haklar bakımından getirilen sınırlama ile 18 aya kadar sağlık yardımında bulunulacağı düzenlemesi arasında bir ilişki kurulamaz. Zira 60. maddede düzenlenen sosyal güvenlik hakkı ile 17. maddede düzenlenen yaşama, maddi ve manevi varlığı koruma hakkı arasında sıkı bir bağlantı bulunmaktadır. Mahkeme, devletin ekonomik ve sosyal haklardan doğan yükümlülüklerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda yaşama hakkını ortadan kaldıracak düzenlemeler yapamayacağını belirterek, 65. maddedeki sınırlamaların, 18 aya kadar sağlık yardımında bulunulabileceği düzenlemesine uygulanamayacağına ve söz konusu hükmün 60. maddeye aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>103</sup>.

Anayasa Mahkemesi, bu yaklaşımını 1479 sayılı Kanunun Ek 14. maddesinin a bendinin 2. fıkrasında yer alan ve hastalık hallerinde yataklı tedavi kurumlarında yapılacak sağlık yardımlarının tedaviye başlanan

<sup>101</sup> AYM, E.1990/27, K.1991/2, 17/01/1991.

<sup>102</sup> AYM, E.1990/27, K.1991/2, 17/01/1991.

<sup>103</sup> AYM, E.1990/27, K.1991/2, 17/01/1991.



tarihten itibaren 6 ayı geçemeyeceğini düzenleyen hükmü iptal ettiği kararında da sürdürmüştür<sup>104</sup>. Mahkeme kararında, Anayasanın 60. maddesinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkı ile 17. maddesinde yer alan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkının bağlantılı olduğuna, devletin ekonomik ve sosyal alanlardaki ödevlerini yerine getirirken yaşama hakkını sınırlayan veya ortadan kaldıran kurallar koyamayacağına ve söz konusu düzenlemenin Anayasanın 65. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca, devletin kişilerin beden ve ruh sağlığı içinde hayatını sürdürmelerini sağlama amacının bulunduğunu, sağlık yardımını sınırlayan bu düzenlemenin, kişinin beden ve ruh sağlığı içinde hayatını sürdürme hakkı ile yaşama hakkının özüne dokunduğunu ifade ederek Anayasanın 17. ve 56. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>105</sup>.

Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlara dayanarak sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde, Anayasanın 65. maddesinde yer alan mali kaynakların yeterliliği kriterini nasıl değerlendirdiği hakkında bazı çıkarımlarda bulunulabilir<sup>106</sup>. Mahkeme, 65. maddenin uygulanması açısından genel itibariyle yasama organının takdirine saygı duymakta ve sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde 65. madde kapsamında sınırlar konulabileceğini kabul etmektedir. Bu anlamda Mahkemeye göre, sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde devletin yükümlülükleri mutlak olmayıp, 65. madde göz önünde bulunularak sağlık hizmetleri için bedel belirlenebilir<sup>107</sup>. Nitekim Mahkeme, 3359

<sup>104</sup> AYM, E.1996/17, K.1996/38, 16/10/1996.

<sup>105</sup> AYM, E.1996/17, K.1996/38, 16/10/1996.

<sup>106</sup> Yolcu, 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin sosyal haklara bakış açısını üç döneme ayırmaktadır. Yazara göre, 80'li yılları kapsayan birinci dönemde Mahkeme ürkek bir tavır izlemiş, 90'lı yılları kapsayan ikinci dönemde Mahkeme, sosyal haklar konusunda açılım yaparak cesur kararlar vermiş, 2000'li yıllardan itibaren ortaya çıkan üçüncü dönemde ise Mahkemenin sosyal haklar konusundaki açılımı duraklama dönemine girmiş ve kararlarda gelgit yaşanmıştır. Bkz. YOLCU, s. 320 vd.

<sup>107</sup> ODER, Bertil Emrah, "Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/1, s. 227.

sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda yer alan özel sağlık kuruluşlarının ücretleri ile kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşlarında her türlü hizmetin fiyatlarının Sağlık Bakanlığınca belirleneceği hükmünün iptalinin istendiği davada, klasik idare hukukunun bedelsiz-meccanî olmasını ilk koşul saydığı kamu hizmeti kavramının, giderek değişikliğe uğradığını, günümüzde yararlananlardan ödeme güçleri oranında bir ücret alınması uygulamasının yaygınlaştığını açıkça belirtmiştir. Mahkeme kararında, *“Sağlık hizmetlerinin devletçe saptanan bir bedeli olması, bu hizmetlerin Anayasa’nın öngördüğü düzeyde yerine getirilmesini sağlamak içindir. Anayasa’nın 65. maddesinin gerçekleştirme koşulu olarak getirdiği ‘malî kaynakların yeterliliği ölçüsü’ devleti kimi düzenlemeler getirmek zorunda bırakmaktadır. Koruyucu ve iyileştirici tüm sağlık hizmetlerinin maliyeti, ekonomik koşullar yüzünden giderek yükselmektedir. Devletin malî kaynaklarının yeterliliği, ekonomik-akçalı gücü, sağlık hizmetlerinin parasız sunulmasına elvermediği gibi, Anayasa böyle bir zorunluluk da öngörmemiştir”* diyerek söz konusu düzenlemeleri Anayasanın 56. maddesine aykırı bulmamıştır<sup>108</sup>.

Bununla birlikte, Mahkeme getirilen düzenlemenin hakkın özüne dokunması halinde mali kaynakların yetersizliğinin ileri sürülemeyeceği görüşündedir<sup>109</sup>. Mahkemenin kararlarında, devlete olumlu edim yükleyen sosyal hakları, klasik haklardan ayrı görmeyerek hakların bütünselliği<sup>110</sup> olarak ifade edilebilecek bir yaklaşımı benimsediği de tespit edilebilir. Bu bağlamda devletin sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinden doğan yükümlülüklerini, Anayasanın 17. maddesinde düzenlenen yaşama, maddi ve manevi varlığı koruma hakkı ile birlikte değerlendirmek, 65. maddedeki sınırlamaların uygulanmasını engellemekte ve söz konusu

<sup>108</sup> AYM, E.1987/16, K.1988/8, 19/04/1988. Ayrıca bkz. AYM, E.1999/43, K.2001/46, 27/02/2001; AYM, E.2005/52, K.2007/35, 03/04/2007.

<sup>109</sup> ODER, s. 221-224.

<sup>110</sup> Hakların bütünselliği ya da bütünlüğü, hakların birbirini tamamladığını ve bir bütün halinde ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bu yaklaşıma göre hakların çeşitli açılardan sınıflandırılmasına derin anlamlar yüklemek gerekir. Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. ANAYURT, Ömer, “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”, Türkiye’de İnsan Hakları, Ankara 2000, s. 47-57.

yükümlülüklerin daha geniş çapta bir korumadan yararlanmasını sağlamaktadır<sup>111</sup>.

## SONUÇ

Sağlık hakkı, devletin olumlu edimde bulunmakla yükümlü olduğu sosyal bir haktır. Devlet, sağlık hizmetleri piyasasına bir yandan piyasa kaynaklı nedenlerle, diğer yandan ise sosyal devlet anlayışı gereği müdahale eder. Böylelikle önce tek tek bireylerin ve nihayetinde toplumun iyilik hali sağlanmaya çalışılır. Sosyal devlet anlayışını benimseyen 1982 Anayasasında da sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi bakımından devlete ödevler yüklenmiştir. Devlet bu ödevleri yerine getirebilmek için mali güce ihtiyaç duymaktadır. Kaynakların sınırsız olmadığı bir ülkede, mali gücün de bir sınırının olacağı muhakkaktır. 1982 Anayasasının 65. maddesi, 'Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı' açısından iki ölçüt getirmektedir. Bunlardan birincisi "görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözetmek", ikincisi de "malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmek" tir. Söz konusu sınırların sosyal bir hak olan sağlık hakkı ve devletin sağlık harcamaları bakımından da uygulanacağı düşünülebilirse de 65. maddeyi, Anayasada temel ilke olarak belirlenen sosyal devlet anlayışı çerçevesinde yorumlamak gerekmektedir. Bu maddeye göre devlet öncelikli olan ihtiyaçlarını belirleyecek, bunları yaparken ise "malî kaynakların yeterliliği" ölçüsünde hareket edecektir. Diğer bir deyişle, 65. madde bakımından yasama organının takdir yetkisinin, devletin yükümlülüklerini gerçekleştirip gerçekleştirmemesi konusunda değil, bu yükümlülükleri yerine getirirken mali kaynaklarının hangi ölçüde yeterli olduğunu belirlemek konusunda olduğunu kabul etmek gerekir<sup>112</sup>. Aksi bir yaklaşım, devlete sosyal alandaki ödevlerini yerine getirmekten kaçınabilmesi için potansiyel bir mazeret sunma imkânı sağlar ki bu durumun sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmayacağı açıktır.

<sup>111</sup> ODER, s. 224-225; ENGİN, Murat, "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Karşılıklı İlişkisinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/1, s. 244.

<sup>112</sup> GÜLMEZ, Mesut, "Sosyal Haklarda 'Yeni' Değil 'İleri' Anayasa", Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu IV; Bildiriler, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi (18-19 Ekim 2012), İstanbul 2012, s. 64; GÖREN, Anayasa Hukuku, s. 144-145. AYM, E.2008/15, K.2011/57, 30/03/2011; AYM, E.2008/56, K.2011/58, 30/03/2011.

Sağlık hakkı, niteliği gereği diğer haklarla yakından ilgilidir. Sağlık hakkının varlığı diğer hakların kullanılmasını sağlamakta, örneğin sağlık hakkının güvence altına alındığı bir devlette en temel hak olan yaşama hakkı anlam kazanmaktadır<sup>113</sup>. Bu yönüyle sağlık hakkının diğer sosyal haklara nazaran öncelikli olarak korunması ve devletin sağlık hakkından doğan yükümlülüklerini sonuna kadar yerine getirmesi gerekmektedir<sup>114</sup>. Anayasa Mahkemesi de kararlarında Anayasanın 65. maddesi bakımından yasama organının takdir yetkisine vurgu yapmakla birlikte, sağlık hakkı söz konusu olduğunda 65. maddeyi koşulsuz uygulamamaktadır. Mahkeme, sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde hakkın özüne dokunabilecek bir sınırlamanın getirilmesi ya da sınırlamanın yaşama, maddi ve manevi varlığı koruma hakkı gibi klasik hakları da etkilemesi halinde 65. maddede yer alan ölçütleri hakkı koruyucu şekilde yorumlama eğilimindedir.

Yorum ya da içtihat yoluyla ortaya çıkan farklı sonuçları en aza indirmek için Anayasadaki sağlık hakkıyla ilgili düzenlemelerin ve Anayasanın 65. maddesindeki ölçütlerin sağlık harcamaları bakımından tekrar değerlendirilmesinde yarar vardır. Anayasanın 56. maddesinde çevre hakkıyla ilişkilendirilerek düzenlenen sağlık hakkı, devletin sağlık hizmetlerini yerine getirmesindeki yükümlülüklerine açıkça yer verilerek ayrı bir maddede düzenlenmelidir. 65. maddede kapsamında ise sağlık hakkı ve sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde devletin mali yükümlülüklerinin, diğer sosyal haklardan daha geniş güvencelere kavuşturulması isabetli olacaktır.

---

<sup>113</sup> BULUT, Sosyal Haklar, s. 206.

<sup>114</sup> Aynı yönde bkz. ELTİMUR, s. 401.

## KAYNAKÇA

- AKALIN**, Güneri: Kamu Ekonomisi, 2. Baskı, Ankara 1986.
- ALGAN**, Bülent: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Ankara 2007.
- ALTAY**, Asuman: "Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Yeni Açılımlar ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi", Sayıştay Dergisi, S. 64, 2007, s. 33-58.
- ANAYURT**, Ömer: "Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi", Türkiye'de İnsan Hakları, Ankara 2000, s. 47-57.
- ARDIYOK**, Şahin: Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No. 9, Ankara 2002.
- ATAR**, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2021.
- AZRAK**, A. Ülkü: "Sosyal Devlet ve 1961 Türk Anayasasının Sistemi", İÜHFİM, C. 27, S. 1-4, 1961, s. 208-224.
- BARIN**, Taylan: Türkiye'nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi, İstanbul 2014.
- BİLGİLİ**, Emine/ **ECEVİT**, Eyyup: "Sağlık Hizmetleri Piyasasında Asimetrik Bilgiye Bağlı Problemler ve Çözüm Önerileri", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 11, S. 2, 2008, s. 201-228.
- BRIGGS**, Asa: "The Welfare State in Historical Perspective", European Journal of Sociology, Vol. 2, No. 2, 1961, s. 221-258.
- BULUT**, Nihat: "Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?", AÜHFİM, C. 52, S. 2, 2003, s. 173-197 (Küreselleşme).
- BULUT**, Nihat: Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul 2009 (Sosyal Haklar).
- ÇAKAL**, Recep: Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, DPT Uzmanlık Tezi, Ankara 1996.
- ÇELİKAY**, Ferdi/ **GÜMÜŞ**, Erdal: "Türkiye'de Sağlık Hizmetleri ve Finansmanı", Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 11, S. 1, 2010, s. 177-216.
- ÇEVİK**, Savaş: "Kamu Sağlık Harcamalarının Sağlık Sonuçları Üzerindeki Etkisi: Ülkelerin Gelir Seviyelerine Göre Bir Karşılaştırma", İÜSBFD, No. 48, 2013, s. 113-133.

- ÇİFCİ**, Hasan Basri: “Devletin Sosyal ve Ekonomik Ödevlerinin Malî Kaynaklarıyla Sınırlı Olması: Vergi Ödevinin Hakkı Açısından Bir Tartışma”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022/1, s. 625-647.
- DİNLER**, Veysel: “Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı' Açısından İdarenin Sorumluluğu”, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 1, S. 1, 2008, s. 1-19.
- DÖNER**, Ayhan/ **KELEK**, Mücahit: “Negatif Yükümlülükler Açısından Sağlık Hakkı”, EÜHFD, C. XIX, S. 3-4, 2015, s. 3-21.
- ELTİMUR**, Dilara: “Anayasa Hukuku Kapsamında Sağlık Hakkı ve Dava Edilebilirlik Sorunu”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 87, S. 2, s. 357-416.
- ENGİN**, Murat: “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Karşılıklı İlişkinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/1, s. 233-248.
- EREN**, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri; Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2022.
- GEVERS**, Sjef: “The Right to Health Care”, European Journal of Health Law, Vol. 11, 2004, s. 29-34.
- GÖREN**, Zafer: “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi”, Anayasa Yargısı, C. 14, 1997, s. 93-153, (Sosyal Devlet İlkesi).
- GÖREN**, Zafer: Anayasa Hukuku, Ankara 2011 (Anayasa Hukuku).
- GÖZE**, Ayferi: Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 11. Baskı, İstanbul 2007.
- GÖZLER**, Kemal: "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", <https://www.anayasa.gen.tr/teblig2002.pdf> (Erişim Tarihi: 15.02.2024) (3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği).
- GÖZLER**, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 26. Baskı, Bursa 2021 (Türk Anayasa Hukuku).
- GÜLMEZ**, Mesut: “Sosyal Haklarda ‘Yeni’ Değil ‘İleri’ Anayasa”, Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu IV; Bildiriler, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi (18-19 Ekim 2012), İstanbul 2012, s. 43-87.
- GÜMÜŞ**, Ali Tarık: Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü, İstanbul 2010.

- GÜZEL**, Ali: “Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar”, Kaboğlu, İbrahim Ö., (Editör), Anayasal Sosyal Haklar; Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye, İstanbul 2012, s. 279-288.
- HAMAMCI**, Can: “Çevre Hakkı Üzerine Düşünceler”, İnsan Hakları Yılı, S. 5-6, 1984, s. 171-180.
- HENDRIKS**, Aart: “The Right to Health in National and International Jurisprudence”, European Journal of Health Law, Vol. 5, No. 4, 1998, s. 389-408.
- HSIAO**, William C./ **LIU** Yuanli: “Health Care Financing: Assessing Its Relationship to Health Equity”, Evans, Timothy/ Whitehead, Margaret/ Diderichsen, Finn/ Bhuiya, Abbas/ Wirth, Meg (Editors), Challenging Inequities in Health: From Ethics to Action, New York 2001, s. 260-275.
- <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.01.2024).
- <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx>, (Erişim Tarihi: 10.01.2024).
- <https://www.un.org/en/documents/udhr/>, (Erişim Tarihi: 10.01.2024).
- İZGİ**, Ömer/ **GÖREN**, Zafer: Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Cilt I (Madde 1-78), Ankara 2002.
- KABOĞLU**, İbrahim Ö.: “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, Kaboğlu, İbrahim Ö., (Editör), Anayasal Sosyal Haklar; Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye, İstanbul 2012, s. 15-35 (Anayasa’da Sosyal Haklar).
- KABOĞLU**, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2002.
- KAPANİ**, Münci: “Tartışmalar”, içinde Talas, Cahit, “Türkiye’de Sosyal ve Ekonomik Haklar”, Türkiye’de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968) Tebliğler-Tartışmalar, Ankara 1970, s. 236-238 (Tartışmalar).
- KAPANİ**, Münci: Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara 1993.
- KARAOSMANOĞLU**, Fatih: İnsan Hakları, Ankara 2012.
- KUZU**, Burhan: “Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkının Gelişim Süreci”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, 1996, s. 143-152.
- LEARY**, Virginia A.: “The Right to Health in International Human Rights Law”, Health and Human Rights, Vol. 1, No. 1, 1994, s. 24-56.

- LEE, Dwight R./ CLARK, J. R.: "Market Failures, Government Solutions and Moral Perceptions", The Cato Journal, Vol. 33, No. 2, 2013, s. 287-297.
- LEE, Kelley/ GOODMAN, Hilary: "Global Policy Networks: The Propagation of Health Care Financing Reform since the 1980s", Lee, Kelley/ Buse, Kent/ Fustukian, Suzanne (Editors), Health Policy in a Globalising World, Cambridge 2002, s. 97-119.
- ODER, Bertil Emrah: "Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/1, s. 199-231.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2020.
- ÖZTEK, Zafer: "Sağlıkta Kavramlar", Yeni Türkiye Dergisi, Sağlık Özel Sayısı, S. 39, 2001, s. 294-298.
- ÖZTÜRK, Nazım/ BAYRAKTAR, Yüksel: "Aksak Rekabetin Önlenmesinde Devletin Rolü" Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, C. 4, S. 2, 2009, s. 74-93.
- ROSEN, Harvey S./ GAYER, Ted: Public Finance, Eight Edition, Singapore 2008.
- SARISOY, Sinan: "Düzenleyici Devlet ve Regülasyon Uygulamalarının Etkinliği Üzerine Tartışmalar", Maliye Dergisi, S. 159, 2010, s. 278-298.
- SHIELL, Alan: "Market Failure is Bad For Your Health But Social Injustice is Worse", Journal of Public Health, Vol. 32, No. 1, 2010, s. 12-13.
- SOMUNOĞLU, Sinem: "Kavramsal Açısından Sağlık", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 4, S. 1, 1999, s. 51-62.
- SOYSAL, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11. Baskı, İstanbul 1997.
- STIGLITZ, Joseph E.: (Çeviren: Batırel, Ömer Faruk), Kamu Kesimi Ekonomisi, 2. Baskı, İstanbul 1994.
- SUNAL, Onur: "Sosyal Politika: Sosyal Adalet Açısından Kuramsal Bir Değerlendirme", AÜSBFD, C. 66, No. 3, 2011, s. 283-305.
- ŞAHBAZ, İbrahim: "Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı", TBB Dergisi, S. 86, 2009, s. 405-423.
- TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan: Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla), İstanbul 2012.



- TALAS**, Cahit: “Türkiye’de Sosyal ve Ekonomik Haklar”, Türkiye’de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968) Tebliğler-Tartışmalar, Ankara 1970, s. 217-233.
- TANÖR**, Bülent/ **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2001.
- TANÖR**, Bülent: Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, 2. Baskı, İstanbul 2022.
- TATAR**, Mehtap: “Sağlık Hizmetlerinin Finansman Modelleri: Sosyal Sağlık Sigortasının Türkiye’de Gelişimi”, Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 1, S. 1, 2011, s. 103-133.
- TEKİN**, Fazıl: “Türkiye’de Sağlık Hizmetleri ve Finansmanı Sorunu”, III. Türkiye Maliye Eğitimi Sempozyumu (23-26 Nisan 1987 Gebze), İstanbul 1988, s. 56-85.
- TEMİZ**, Özgür: “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, AÜSBFD, C. 69, S. 1, 2014, s. 165-188.
- TEZİÇ**, Erdoğan: “Tartışmalar”, içinde Talas, Cahit, “Türkiye’de Sosyal ve Ekonomik Haklar”, Türkiye’de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968) Tebliğler-Tartışmalar, Ankara 1970, s. 234.
- The World Health Report 2000, Health Systems: Improving Performance, Geneva, <https://www.who.int/publications/i/item/924156198X>, (Erişim Tarihi: 13.01.2024).
- TUNÇ**, Hasan/ **GÖVEN**, Yusuf: “Çevre Hakkı ve 1982 Anayasası”, EÜHFD, C. I, S. 1, 1997, s. 103-127.
- UĞURLUOĞLU**, Ece/ **ÖZGEN**, Hacer: “Sağlık Hizmetleri Finansmanı ve Hakkaniyet”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 11, S. 2, 2008, s. 133-159.
- YILMAZ**, Binhan Elif/ **YARAŞIR**, Sevinç: “Bir Küresel Kamusal Mal Olarak Sağlık ve Finansmanında Resmi Kalkınma Yardımlarının Rolü”, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Dergisi, S. 55, 2011, s. 1-33.
- YILMAZ**, Hasan/ **ACAR**, Alpcan: “Sosyal Devlet Olabilmenin Anahtarı: Sosyal Politikalar Geliştirebilmek”, OPUS–Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, C. 17, S. 37, 2021, s. 4738-4759.
- YILMAZ**, Zülfiye: “Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları”, İÜHFM, C. LXXII, S.1, 2014, s. 695-728.

**YOLCU**, Serkan: Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, Ankara 2018.

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

- AYM, E.1986/16, K.1986/25, 21/10/1986.  
AYM, E.1989/6, K.1989/42, 07/11/1989.  
AYM, E.1971/2, K.1971/36, 06/04/1971  
AYM, E.1970/22, K.1971/20, 18/02/1971.  
AYM, E.1963/132, K.1966/29, 28/06/1966.  
AYM, E.2000/34, K.2005/91, 25/11/2005.  
AYM, E.1972/16, K.1972/49, 17/10/1972.  
AYM, E.2006/95, K.2009/144, 15/10/2009.  
AYM, E.2006/119, K.2009/145, 15/10/2009.  
AYM, E.2008/57, K.2010/26, 04/02/2010.  
AYM, E.2007/65, K.2010/43, 25/02/2010.  
AYM, E.2008/110, K.2010/55, 01/04/2010.  
AYM, E.2009/19, K.2011/4, 06/01/2011.  
AYM, E.2007/114, K.2011/36, 10/02/2011.  
AYM, E.2008/15, K.2011/57, 30/03/2011.  
AYM, E.1988/19, K.1988/33, 26/10/1988.  
AYM, E.2001/378, K.2004/13, 11/02/2004.  
AYM, E.2011/136, K.2012/72, 17/05/2012  
AYM, E.2011/132, K.2012/82, 24/05/2012.  
AYM, E.2001/33, K.2002/56, 19/06/2002.  
AYM, E.2002/32, K.2003/100, 20/11/2003.  
AYM, E.1985/16, K.1986/5, 04/03/1986.  
AYM, E.1997/62, K.1998/52, 16/09/1998.  
AYM, E.2000/8, K.2003/104, 26/12/2003.  
AYM, E.1997/18, K.1998/42, 30/06/1998.  
AYM, E.2006/129, K.2009/121, 01/10/2009.  
AYM, E.1985/11, K.1986/29, 11/12/1986.  
AYM, E.2006/111, K.2006/112, 15/12/2006.

- AYM, E.1990/7, K.1990/11, 21/06/1990.  
AYM, E.1988/34, K.1989/26, 21/06/1989.  
AYM, E.1984/10, K.1985/2, 22/01/1985.  
AYM, E.1963/138, K.1964/71, 11/12/1964.  
AYM, E.1990/5, K.1990/28, 14/11/1990.  
AYM, E.2001/351, K.2003/10, 11/03/2003.  
AYM, E.1999/42, K.2001/41, 23/02/2001.  
AYM, E.1990/27, K.1991/2, 17/01/1991.  
AYM, E.1996/17, K.1996/38, 16/10/1996.  
AYM, E.1987/16, K.1988/8, 19/04/1988.  
AYM, E.1999/43, K.2001/46, 27/02/2001.  
AYM, E.2005/52, K.2007/35, 03/04/2007.  
AYM, E.2008/56, K.2011/58, 30/03/2011.



## SİBER RİSK SİGORTASI:

### ALMAN SİBER RİSK SİGORTASI GENEL ŞARTLARI ÇERÇEVESİNDE BİR İNCELEME

Doç. Dr. Aydın Alber YÜCE\*

#### Öz

İnternet teknolojisi ve insan hayatında kapladığı alan, 2010'lu ve 2020'li yılların dünyasında, geçmiş on yıllara göre mukayese edilemeyecek derecede değişmiştir. Siber dünyanın gerçek dünya ile olan yoğun ilişkisi, işlenen suçların ve kişilerle işletmelerin hukuka aykırı fiiller sebebiyle karşı karşıya kaldıkları zararların siber ortama taşınmasına sebep olmuştur. O halde, sigorta hukuku açısından, gerçek dünyada olduğu gibi sanal dünyada da gerçekleşebilecek rizikolar teminat altına alınmalıdır. Bu ihtiyaca yönelik sigorta, siber risk sigortasıdır.

Uygulamada sıklıkla akdedilen siber risk sigortası sözleşmeleri için, ülkemizde genel şart niteliğinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu çalışmada, Alman hukukunun hukuk sistemimize olan yakınlığı sebebiyle Alman Siber Risk Sigortası Genel Şartları, siber risk sigortasının açıklanması amacıyla incelenecektir.

\* Doç. Dr. Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye ✉ Assoc. Prof. Dr., Eskişehir Osmangazi University, Faculty of Law, Department of Private Law, Commercial Law Department, Eskişehir, Türkiye.

✉ aydinalberyuce@gmail.com • ORCID 0000-0002-6178-9143.

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: YÜCE, Aydın Alber: "Siber Risk Sigortası: Alman Siber Risk Sigortası Genel Şartları Çerçevesinde Bir İnceleme", SÜHFD, C. 32, S. 3, 2024, s. 1611-1655.

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

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

•Sigorta Sözleşmesi •Sigorta Ettiren •Sigortacı •Siber Risk •Siber Risk Sigortası

## CYBER RISK INSURANCE:

## AN ANALYSIS IN THE CONTEXT OF THE GENERAL CONDITIONS OF GERMAN CYBER SECURITY INSURANCE

### Abstract

Cyber technology and the space it occupies in human life have changed incomparably in the world of the 2010s and 2020s compared to previous decades. The dense correlation of the cyber world with the real world has caused the crimes committed and the damages faced by individuals and businesses due to unlawful acts to be transferred to the cyber environment. Hence, in terms of insurance law, the risks that may occur in the virtual world as well as in the real world should be covered. Insurance for this need is cyber risk insurance.

In Turkish law, there is no regulation in the nature of a general condition for cyber risk insurance contracts, which are frequently concluded in practice. This article will discuss the German General Terms and Conditions of Cyber Risk Insurance in order to explain cyber risk insurance due to the similarity of German law to our legal system.

### Keywords

•Insurance Contract •Policyholder •Insurer •Cyber Risk •Cyber Security Insurance.

## GİRİŞ

Siber risk sigortaları, siber rizikolara karşı sigorta ettireni korumayı amaçlar<sup>1</sup>. Siber risk teriminin anlaşılabilmesi için öncelikle siber sözcüğünün açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır. İngilizce-Fransızca “cyber” sözcüğünden Türkçe’ye “siber” olarak aktarılan bu sözcük güncel Türkçe sözlüklerde, “genel ağa veya bilgisayara ait olan” şeklindeki karşılığıyla yer almaktadır<sup>2</sup>. İngilizcede “cyber” kelimesi, bilgisayarlara, bilgi

<sup>1</sup> TEKİN, Ufuk: “Hukukî Açıdan Siber Risk Sigortası”, Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu, 11-12 Ekim 2019, 2020, İstanbul, s. 675.

<sup>2</sup> <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 14/5/2024.

teknolojilerine ve sanal gerçekliğe ait olan anlamına gelir<sup>3</sup>. “Siber olay” ise, bilişim ve endüstriyel kontrol sistemlerinin, bu sistemler tarafından işlenen bilginin gizliliğinin, bütünlüğünün ya da erişilebilirliğinin ihlâl edilmesi veya buna teşebbüste bulunulması olarak tanımlanmıştır<sup>4</sup>. Siber saldırı da bilgisayar ortamında yahut internete bağlı mobil cihazlarda<sup>5</sup>, bilgi teknolojileri kullanılarak bilgi işlem sistemlerinde saklanan verilere veya doğrudan bu sistemlere yönelik bir saldırıdır<sup>6, 7</sup>.

Günümüz Türkiye’inde, bireyler ve bireylerle kamu veya özel hukuk tüzel kişileri arasındaki hukukî ilişkilere ait veriler büyük oranda dijital ortamlarda saklanmaktadır. Hatta bu tür hukukî ilişkiler kâğıt formundan kurtarılmış olarak doğrudan internet ortamında başlamakta ve bitmektedir<sup>8</sup>. Dijitalleşmenin bu kadar yaygın olması siber saldırıların kişiler ve işletmeler üzerindeki tehlikesini artırmaktadır. Ülkemizde, siber

<sup>3</sup> New Oxford American Dictionary, (Çevrimdışı Elektronik Sözlük); “cyber” sözcüğünün benzer bir açıklaması için bkz. [https://www.duden.de/rechtschreibung/cyber\\_](https://www.duden.de/rechtschreibung/cyber_), Erişim Tarihi: 16/1/2022.

<sup>4</sup> Siber Olaylara Müdahale Ekiplerinin Kuruluş, Görev ve Çalışmalarına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, m. 3/1-e, RG, 11.11.2013/29059.

<sup>5</sup> Siber saldırı ve siber güvenlik, çoğu zaman, internete bağlı bilgisayarlar ve bunlarla bağlantılı verilerle ilgili olarak düşünülse de aslında mobil teknolojiler de bunun bir parçası haline gelmiştir. Öyle ki bugün sayısı milyarları bulan akıllı telefonların içindeki bilhassa bankacılık uygulamaları, bilgisayar korsanlarının hedefi haline gelmekte ve bu da bu cihazları da siber güvenlik sigortasının kapsamına sokmaktadır. Akıllı telefonlar yanında, internet teknolojisini kullanan taşınabilir nitelikteki her türlü diğer araç (örneğin, taşınabilir oyun konsolları) da bu bağlamda değerlendirilmelidir.

<sup>6</sup> Siber saldırı, siber riske (tehdit) göre daha dar kapsamlı bir kavramdır. Zira siber tehdit, siber saldırı potansiyelini de içeren daha geniş bir anlam ifade eder. Bkz. **CE-BECİ**, İpek: “Türkiye’de Siber Risk Sigortalanna İlişkin Bir Değerlendirme”, Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi-Third Sector Social Economic Review, S. 2021-56/1, s. 165. Bir kişi ya da işletme için salt siber riskin bulunması, mutlaka bir zararın da ortaya çıkacağı anlamına gelmez. Böyle bir halde, sigorta ettiren rizikonun gerçekleşmesine sebep olabilecek mevcut tehdidi ortadan kaldıracak tedbirleri almalıdır.

<sup>7</sup> Siber riskin, işletmelerde bilgi teknolojilerinin kullanımından ve özellikle bu işletmelerin elektronik veri transferi imkânını kullanmasından ileri geldiği yönünde bkz., **SCHEUERMANN**, James E.: “Cyber Risks, Systemic Risks, and Cyber Insurance”, Penn State Law Review, S. 2018-122/3, s. 616.

<sup>8</sup> Benzer şekilde Almanya’da da bu yöndeki artan eğilimle ilgili değerlendirmeleri için bkz., **ERICHSEN**, Sven: “Cyber-Risiken und Cyber-Versicherung: Abgrenzung und/oder Ergänzung zu anderen Versicherungssparten”, CCZ-Corporate Compliance, S. 2015-06, s. 247, 248.

saldırıların en çok haberleşme, ulaşım, enerji, bankacılık, finans ve sağlık sektörlerini etkilediği bilinmektedir<sup>9</sup>. Almanya’da da yıllık yaklaşık doksan bin siber saldırının gerçekleştiği<sup>10</sup> ve bu saldırılarda her iki işletmeden birinin mutlaka etkilendiği ve sonuç olarak ülke ekonomisine yıllık yaklaşık elli beş milyar Euro zarar verildiği tahmin edilmektedir<sup>11, 12</sup>. Dünya ölçeğinde, konu daha çarpıcı bir görünüm arz etmektedir. Araştırmalara göre, siber saldırıların dünya genelinde sebep olduğu ekonomik zararların altı trilyon dolar olduğu düşünülmektedir<sup>13</sup>.

İşte, işletmelerin siber saldırılara karşı bir acil durum planlarının bulunması ve siber rizikolar gerçekleştiğinde bunlardan olabildiğince az etkilenmeleri hatta mümkünse hiç zarara uğramadan kurtulmaları siber risk sigortasıyla mümkün olabilir<sup>14</sup>. Çünkü, sigorta şirketleri, gerçekleşen zararlar için teminat sağlamalarının yanında sigorta ettirene ve sigortaya gerekli konularda profesyonel destek de sağlar.

<sup>9</sup> Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı (2020-2023), Cumhurbaşkanlığı Genelgesi 2020/15, s. 1, RG, 29.12.2020/31349.

<sup>10</sup> Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, §24, **GEBERT/KLAPPER**, N. 9; örneğin 2014 yılında, Almanya’da sadece Ddos atağı şeklinde 32.000 siber saldırı gerçekleşmiştir. Bkz. **ERICHSEN**, s. 248. Ddos atağı, saldırının hedefi olan makinanın (örneğin, bir internet sitesini barındıran sunucunun, makinanın teknik kapasitesinin çok üzerinde iletişim isteğine maruz bırakılarak sonunda çevrimdışı hale gelmesine sebep olan bir siber saldırıdır ([https://tr.wikipedia.org/wiki/Servis\\_dışı\\_bırakma\\_saldırısı](https://tr.wikipedia.org/wiki/Servis_dışı_bırakma_saldırısı), Erişim Tarihi: 15/5/2024).

<sup>11</sup> Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, §24, **GEBERT/KLAPPER**, N. 7.

<sup>12</sup> Bazı somut olaylarda, sadece bir kötü amaçlı yazılım (örneğin, NotPetya) tüm ekonomik sistem içinde on milyar dolar civarında zarara yol açabilir. Bkz. **MALEK**, Paul/**SCHÜTZ**, Camilla: “Cyberversicherung: Rechtliche und praktische Herausforderungen”, r+s – recht und schaden, S. 2019-8, s. 421. Microsoft Windows tabanlı sistemlere saldıran bu şifreleyici kötü amaçlı yazılımla ilgili bilgi için bkz. [https://en.wikipedia.org/wiki/Petya\\_\(malware\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Petya_(malware)), Erişim Tarihi: 21/1/2022.

<sup>13</sup> **FRENCH**, Christopher: “Insuring Against Cyber Risk: The Evolution of an Industry”, Penn State Law Review, S. 2018-122/3, s. 608. Özellikle, Amerika Birleşik Devletleri, siber suçların kaynaklandığı ve bu suçların etkilerinin görüldüğü ülkelerin başındadır. Bkz. **VICEVICH**, David L.: “The Case for a Federal Cyber Insurance Program”, Nebraska Law Review, S. 2018-97/2, s. 556. Bu sebeple, Amerikan hukukunda konu hukuk gündeminde önemli bir yerdedir. Hatta, biraz da ironik bir şekilde, Birleşik Devletler’de şirketlerin siber saldırıya uğrayanlar ve uğrayacak olanlar olmak üzere ikiye ayrıldığı vurgulanmaktadır. Bkz. **FRENCH**, s. 607.

<sup>14</sup> Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, §24, **GEBERT/KLAPPER**, N. 22.



Ülkemizde siber risk sigortalarının uygulaması yaygın olmakla beraber; bu tür sigortalar henüz genel şart düzeyinde bir düzenlemeye konu olmamıştır. Bununla birlikte, Almanya açısından da oldukça yeni olan siber risk sigortaları, Alman hukukunda genel şartla düzenlenmiştir<sup>15</sup>. Bu çalışmada, siber risk sigortaları, Alman Siber Risk Sigortaları Genel Şartları (*Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Cyberrisiko-Versicherung, AVBC*) çerçevesinde incelenecektir.

## I. SİBER RİSK SİGORTASININ KONUSU VE SİGORTA TÜRLERİ İÇİNDEKİ YERİ

### 1. Konusu

Siber risk sigortası (*Cyberrisiko-Versicherung*), siber rizikolar sebebiyle ortaya çıkması muhtemel sonuçlara karşı teminat sağlar<sup>16</sup>. Bu sigorta teminatının konusu, bilgi güvenliğinin ihlâli sebebiyle ortaya çıkan malvarlığı zararlarıdır (AVBC, A1-1). Burada sigorta teminatı, ortaya çıkan tüm zararları değil; Genel Şartlar'da teminat kapsamında olduğu belirtilen zararları kapsar<sup>17</sup>. Ayrıca, bilgi güvenliğinin ihlâli ve ortaya çıkan malvarlığı zararları arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır<sup>18</sup>.

Siber risk sigortası teminatı, münferit bir sözleşme ile ya da başka türden bir sigorta sözleşmesi içinde siber rizikolarla yönelik klozlar ile sağlanabilir. Örneğin, deniz ticareti hukuku alanında siber rizikolar bu şekilde teminat altına alınabilmektedir<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> 2010'lu yılların sonu için Alman işletmelerinin % 34'ünün siber risk sigortası ile sigortalı olduğunu belirtilmektedir. Bkz. Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, §24, **GEBERT/KLAPPER**, N. 26.

<sup>16</sup> **SELBY**, Judy: "Understanding Cyber Insurance", International Journal for the Data Protection Officer, Privacy Officer and Privacy Counsel, S. 2011-2/11, s. 21; Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **ERICHSEN**, Vorbemerkungen, N. 5. Yeri gelmişken belirtmek isteriz ki hem ülkemizde hem de Almanya'da siber risk sigortası isteğe bağlı sigortalardandır. Almanya için bkz. Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, §24, **GEBERT/KLAPPER**, N. 24.

<sup>17</sup> Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-1, N. 1.

<sup>18</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-1, N. 1.

<sup>19</sup> **ALGANTÜRK LIGHT**, Didem: "Taşıma Sektöründe Siber Riskler ve Etkileri", Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar Sempozyumu I, 2019, İstanbul, s. 91.

## 2. Sigorta Türleri İçindeki Yeri

Siber risk sigortaları zarar sigortalarındandır<sup>20</sup>. Alman hukukunda zarar sigortaları, sigortacının riziko adı verilen bir olayın gerçekleşmesiyle, sigorta ettirenin ya da sigortalının malvarlığının aktif kısmında gerçekleşecek bir azalma ya da pasif kısmında meydana gelebilecek bir artıştan kaynaklanabilecek zararlarını karşılamayı sigorta sözleşmesine göre kararlaştırdığı sigortalardır<sup>21</sup>. Bu sigortalarda, sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan sigorta bedeli, sigortacının ediminin üst sınırını oluşturur<sup>22</sup>. Böylelikle bu tür sigortalarda, sadece gerçekleşen (somut) zararların karşılanması amaçlandığından, sigorta tazminatının ödenmesiyle ortaya bir zenginleşmenin çıkması, zenginleşme yasağı kapsamında istenmeyen bir durumdur<sup>23</sup>. Alman hukukunda yapılan ayrıma göre, zarar sigortaları aktifin ya da pasifin sigortası şeklinde yapılabilir<sup>24</sup>.

Türk hukukunda da zarar sigortaları, sigortalının para ile ifade edilebilen bir menfaatinde, rizikonun gerçekleşmesiyle ortaya çıkan zararlarının teminat altına alındığı sigortalardır<sup>25</sup>. Türk Ticaret Kanunu (TTK) hükümlerine göre zarar sigortaları mal sigortaları ve sorumluluk sigortaları olmak üzere ikiye ayrılır. Bu açıdan bakıldığında, sigorta sözleşmelerinin tasnifi açısından Alman hukuku ve Türk hukuku açısından büyük benzerlik olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, siber risk sigortalarının sigorta türleri arasındaki yeri açısından, (AVBC’de yer alan özel hükümler bir kenara bırakılırsa) Alman hukuku bağlamında yapılacak genel değerlendirmeler Türk hukuku açısından geçerli olacaktır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde siber risk sigortaları, duruma göre hem mal sigortası hem de sorumluluk sigortası

<sup>20</sup> KARAYAZGAN, Ahmet: Hukuk Gözüyle Siber ve Sigorta, 1. Bası, Aristo, İstanbul, 2021, s. 48.

<sup>21</sup> LORENZ, Egon: “§ 1. Einführung”, içinde: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Auflage, C. H. Beck, 2015, München, N. 83.

<sup>22</sup> HÖRA, Knut/SCHUBACH, Arno: “§ 1 Grundlagen des Privatversicherungsrechts”, içinde: Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, Höra/Schubach, 5. Auflage, C.H. Beck, 2022, München, N. 69.

<sup>23</sup> LORENZ, N. 83.

<sup>24</sup> LORENZ, N. 84.

<sup>25</sup> AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Yetkin, Ankara, 2020, s. 9.

özelliği taşıyabilir<sup>26</sup>. Gerçekten bu sigortalarda sigorta ettiren, bir yandan sigortaya konu rizikonun bir siber saldırı sonucu gerçekleşmesiyle uğradığı zararların teminat altına alınmasını sağlar<sup>27</sup>. Diğer yandan sigorta ettiren anılan sigorta ile, sorumluluk sigortası anlamında bir hukukî koruma da talep edebilmektedir. Genel Şartlar'ın A3-1 hükmüne göre siber risk sigortası teminatı, sigorta ettirene sağlanan teminat için gerçekleşmesi gerekli rizikolar çerçevesinde, sigorta ettirenin (rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle) zarara uğrayan bir üçüncü kişi tarafından sorumluluk hukuku anlamında dava edilmesi halinde de geçerlidir. Bu ihtimal, sigorta ettirenin veri güvenliğinin ihlâli sebebiyle üçüncü kişilere karşı bir tazminat yükümlülüğü altında kalması durumunda ortaya çıkar<sup>28</sup>. Öğretide “üçüncü taraf riskleri<sup>29</sup>” olarak adlandırılan bu halde, sigorta ettirenin genel hükümlere dayalı tazminat taleplerine karşı korunması sorumluluk sigortalarının özel bir görünümünü oluşturur<sup>30</sup>. Bu yüzden, siber risk sigortaları salt mal ya da sorumluluk sigortası olarak nitelendirilemez; aksine, siber risk sigortaları (sigorta ettirenin talep ettiği hukukî himayeye göre şekillenen) karma bir yapıdadır.

## II. BİLGİ GÜVENLİĞİNİN İHLÂLİ KAVRAMI

### 1. Genel Olarak

Bilgi güvenliğinin ihlâli, sigorta ettirenin elektronik verilerinin veya meslekî faaliyetleri için kullandığı veri işleme sistemlerinin<sup>31</sup>

<sup>26</sup> TEKİN, s. 677.

<sup>27</sup> TEKİN, s. 677.

<sup>28</sup> ALTUNTAŞ, Eda/KARA, Emine/SOYLU, Abdullah Buğra/KIRKBEŞOĞLU, Erdem: “Siber Sigortalar: Son Gelişmeler, Uygulamalar ve Sorunlar”, Bankacılık ve Sigortacılık Araştırmaları Dergisi, S. 2018-12, s. 13.

<sup>29</sup> ALTUNTAŞ/KARA/SOYLU/KIRKBEŞOĞLU, s. 13.

<sup>30</sup> FORTMANN, Michael: “Cybersicherung: ein gutes Produkt mit noch einigen offenen Fragen”, r+s recht und schaden, S. 2019-8, s. 432; Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A3-1, N. 1; Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, ERICHSEN, A3-1, N. 1.

<sup>31</sup> Veri işleme sistemi ya da bilgi işlem sistemleri kavramları geniş yorumlanmakta olup; sigorta ettirenin meslekî faaliyetlerinde kullanıldığı müddetçe, bilinen teknolojinin en güncel haline göre bütün bilgi teknolojileri altyapıları bu kapsamdadır. Bkz. Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-2, N. 8. Bunlara örnek olarak, sunucular, cep telefonları, ağ bağlantılı üretim makineleri ve ağ bağlantılı yazıcılar sayılabilir. Bkz. Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-2, N. 8. Home Office şeklindeki çalışmalar bakımından özel bilgisayarlar da bu kapsamdadır. Bkz. Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-2, N. 9. Önemli olan, bu sistemlerin bir siber saldırıdan

*kullanılabilirliğinin, bütünlüğünün ve gizliliğinin* ihlâl edilmesidir (AVBC, A1-2.1). Bu açıdan, sigorta ettirenin elektronik verilerinin veya bu verilerin işlendiği sistemlerin, onun derhal müdahale edebileceği bir alanda olup olmamasının ya da sigorta ettirenin *harici* bir servis sağlayıcı kullanımının önemi yoktur (AVBC, A1-2.2). Dolayısıyla, sigorta ettirenin örneğin mülkiyetinde bulunan ya da kiraladığı bilgi işlem sistemlerinin yanı sıra bu nitelikte olmayan aynı tür sistemler için de siber risk sigortası yapılabilir.

Bilgi güvenliğinin ihlâlını doğuran siber riskler açısından veri, önemli bir kavramdır. Veri, genel anlamda bilgileri ifade eder. Buna göre elektronik veri, elektronik olarak saklanan (örneğin, bir taşınabilir bellek üzerinde ya da Google Drive gibi bir bulut depolama alanında muhafaza edilen) verileri ifade eder<sup>32</sup>. Siber risk sigortası anlamında “veri”, yazılım ve programları da kapsamaktadır (AVBC, A1-2.3). Fakat, siber risk sigortası anlamında bilgi güvenliğinin ihlâli kâğıt formundaki verileri değil; elektronik verileri kapsar<sup>33</sup>. Burada, elektronik veri kavramı geniş yorumlanıp yorumlanmayacağı tartışılabilir. Zira veri, doğrudan bilgi işlem sisteminde ya da kendisine doğrudan erişimin bulunmadığı CD ya da DVD gibi materyaller üzerinde de bulunabilir<sup>34</sup>. Alman hukukunda bizim de katıldığımız bir kanaate göre, siber risk sigortası, sadece okunması ve işlenmesi kendisi aracılığıyla sağlanabilen bilgi işlem sistemlerinde saklanan verileri kapsamalıdır<sup>35</sup>. Zira, sigorta ettirenlerin çoğunlukla, ellerinde bulundurdukları verilere ya da çalıştırdıkları bilgi işlem sistemlerindeki en son teknik gelişmelere aşina olmamaları sebebiyle sigorta korumasının kapsamının bu şekilde uygulanması, genel şart hükmünün geniş yorumlanması anlamına gelir<sup>36</sup>.

Siber risk sigortalarında rizikonun gerçekleşmesine yol açan olgularla ilgili önceden kesin bir belirleme yapılamaz. Çünkü, bilgi

---

doğrudan etkilenebilir özellikte olmasıdır. Bkz. Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-2, N. 5.

<sup>32</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 3.

<sup>33</sup> Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-2, N. 6; Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 4.

<sup>34</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 3.

<sup>35</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 3.

<sup>36</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 3.

teknolojileri son derece değişken dinamiklere sahiptir<sup>37</sup>. Ancak, siber riskin genel hatlarıyla tarif edilmesi ve ileride ortaya çıkabilecek teknik gelişmelere göre hukukî ve teknik tedbirler alınması mümkün olabilir. Bu doğrultuda, bilgi güvenliğinin ihlâli sayılan olaylardan bazıları, bir siber saldırı formunda gerçekleşirken (kötü niyetli eylem); bazı rizikoların herhangi bir kasıtlı davranış olmaksızın gerçekleştiği söylenebilir<sup>38</sup>. Özellikle işletmeler bakımından, sigorta teminatının sağlanması borcunu doğuran bu nitelikteki bazı rizikolar aşağıdaki şekilde gösterilebilir<sup>39</sup>:

	<b>İşletme İçi</b>	<b>İşletme Dışı</b>
<b>Rizikonun Gerçekleşmesine Yönelik Kötü Niyetli Eylemler</b>	<p>a- Aşağıdaki amaçlarla, verilere ve bilgi işlem sistemlerine kötü niyetli çalışanlar tarafından yapılan yetkisiz erişim;</p> <p>i- Şirkete ait verilerin çalınması, yok edilmesi, şifrelenmesi</p> <p>ii- Şirketin bilgi işlem sistemlerine kötü amaçlı yazılımlar veya kodlar yerleştirmek</p> <p>iii- Gerçek olmayan işlemler ve hukuka aykırı para transferlerinde bulunmak.</p> <p>b- Kötü niyetli çalışanların erişim</p>	<p>a- Aşağıdaki amaçlarla, verilere ve bilgi işlem sistemlerine, bilgisayar korsanı (<i>hacker</i>) gibi kişilerin yetkisiz erişimi;</p> <p>i- Yazılım, donanım ya da verilerin çalınması, yok edilmesi, şifrelenmesi</p> <p>ii- İşletmenin bilgi işlem politikasını etkilemek için, bilgi işlem sistemlerine kötü amaçlı yazılım yüklenmesi</p> <p>iii- Gerçek olmayan işlemler yapılması</p>

<sup>37</sup> TEKİN, s. 673.

<sup>38</sup> SCHEUERMANN, s. 631.

<sup>39</sup> Tablolar, SCHEUERMANN, s. 631-633'ten (seçilerek ve kısmen tercüme edilerek) naklen alınmıştır. Benzer bir sınıflandırma için bkz. CEBECİ, s. 165.

	<p>izni olan alanlarda, bu izinlerini aşacak şekilde işlem gerçekleştirmeleri</p> <p>c- Verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi ve saklanması</p>	<p><i>iv- Fidyeye istenmesi, şantajda bulunulması.</i></p> <p>b- Aşağıda sayılan eylemlerin bir neticesi olarak, istem dışı erişilebilir hale gelen verilere erişim, bu verilerin çalınması veya hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi;</p> <p><i>i- Bir bilgi işlem sisteminin, üçüncü kişilerin müdahalesine açık olacak şekilde yanlış yapılandırılması</i></p> <p><i>ii- Gizli verilerin şifrelenmeden veya güvenlik altına alınmadan transfer edilmesi.</i></p> <p>c- Verilerin muhafaza edildiği bilgi işlem sistemlerine veya internet altyapılarına doğrudan saldırı.</p>
--	--	--

	İşletme İçi	İşletme Dışı
<p><b>Rizikonun Gerçekleşmesine Yönelik İstem Dışı Eylemler ve Durumlar</b></p>	<p>a- İşletme personelinin kimlik avı dolandırıcılığı gibi dış tehditler sonucu</p>	<p>a- Telefon ya da bilgisayar gibi cihazların kaybedilmesi ya da çalınması.</p>

	<p>operasyonel bir hata yapması.</p> <p>b- İşletmeye ait bir yazılımda ortaya çıkan fonksiyonel hata.</p> <p>c- İşletmenin bilgi işlem altyapısında bulunan ve üçüncü taraf bilgi işlem sistemlerine zarar veren hatalar.</p> <p>d- Haksız rekabet hükümlerine aykırı ya da sınaî mülkiyet haklarını ihlâl edici dijital içerik üretilmesi.</p> <p>e- İşletmenin donanımsal ve altyapısal eksikliklerinin sistem hatalarına yol açması.</p> <p>f- Verilerin istem dışı olarak hukuka aykırı elde edilmesi ve saklanması.</p>	<p>b- Üçüncü kişiler tarafından işletmeye ait bilgi işlem sistemlerine virüs gibi zararlı yazılımların bulaştırılması.</p> <p>c- Tedarik zincirinde virüs bulaşmış ürünlerin işletmeye girmesi.</p> <p>d- Satıcı ya da müşteri gibi kişilerin şirketin kritik verilerini istem dışı paylaşması.</p> <p>e- İşletmenin donanımsal ya da altyapısal bir kusuru bulunmaksızın, genel bir elektrik kesintisi ya da internet ağındaki bağlantı kopukluğunun sistem hatalarına yol açması.</p>
--	--	---

## 2. Bilgi Güvenliğinin İhlâli Sayılan Olaylar

### A. Genel Olarak

Siber risklerin ortaya çıkmasına yol açan hukuka aykırı eylemler, sırf zarar vermeye ve hedefin işletmesel faaliyetlerini sekteye uğratmaya yöneliktir<sup>40</sup>. Ayrıca, işletmelerden veri sızdırılması, fidye istenmesi ya da kişisel menfaatler doğrultusunda kullanmak amacıyla veri çalınması da rizikonun ortaya çıkmasına sebep olabilir<sup>41</sup>. Alman Siber Risk Sigortası Genel Şartları'na göre, siber risk sigortasıyla teminat altına alınan riziko, aşağıdaki olayların gerçekleşmesinden kaynaklanır<sup>42</sup> (AVBC, A1-2.4):

- Elektronik verilere veya bu verilerin işlendiği sistemlere yönelik siber saldırılar.

- Elektronik verilere yetkisiz olarak erişilmesi.

- Bilgi işlem sistemlerine yönelik müdahaleler.

- Sigorta ettirenin bir eylemi ya da ihmâli sonucu, verilerin korunmasına yönelik hukuk kurallarının ihlâli.

- Elektronik verilere ya da bu verilerin işlendiği bilgi işlem sistemlerine yönelik tehdit oluşturan virüs, trojan<sup>43</sup> gibi kötü amaçlı programlar (*malware*<sup>44</sup>).

Aşağıda, bilgi güvenliğinin ihlâli olarak işaret edilen rizikoların ve-  
rilerin tamamı için gerçekleşmesi ya da sayılan hallerin tamamının birden

<sup>40</sup> MEHRBREY, Kim Lars/SCHREIBAUER Marcus: "Haftungsverhältnisse bei Cyber-Angriffen Ansprüche und Haftungsrisiken von Unternehmen und Organen", MMR-Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, S. 2016-2, s. 75.

<sup>41</sup> MEHRBREY/SCHREIBAUER, (n 37) 75, 76.

<sup>42</sup> Genel Şartlarda yapılan bu sayım sınırlayıcıdır. Bkz. Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-2, N. 1. Bununla beraber, teknolojinin gelişimine göre başka rizikolar da siber risk sigortasıyla teminat altına alınabilir.

<sup>43</sup> Trojan, kullanıcının bilgisayarına hukuka uygun yazılım kılığında (örneğin, bir ofis programı görünümünde) yüklenerek, bilgisayardaki verilere erişim elde ederek bunu başka bir hedefe aktarmaya yarayan programlara verilen genel bir addır (<https://www.kaspersky.com.tr/resource-center/threats/trojans>, Erişim Tarihi: 17/5/2024).

<sup>44</sup> Malware, İngilizce *malicious software* (Türkçe, *kötü amaçlı yazılım*) kelimelerinin kısaltılmasından oluşan ve hukuka aykırı işlevleri olan bilgisayar programlarını ifade eden bir kavramdır. Bu yazılımlar, bilgisayarlarda istenmeyen reklamları göstermek, yetki bulunmayan verilere erişim sağlamak ya da bilgisayar veya mobil cihazların fonksiyonlarını bozmayı amaçlar (<https://tr.wikipedia.org/wiki/Malware>, Erişim Tarihi: 17/5/2024).



gerçekleşmesi gerekli değildir. Sigorta sözleşmesi bağlamında rizikonun gerçekleşmesi için olasılıklardan birinin verilerin bir kısmı için gerçekleşmesi yeterlidir<sup>45</sup>.

## B. Verilerin ve Sistemlerin Kullanılabilirliği, Bütünlüğü ile Gizliliği

Siber risk sigortasının teminat altına aldığı riziko, verilerin ve sistemlerin kullanılabilirliğinin, bütünlüğünün veya gizliliğinin zarar görmesidir. Verilerin ve bilgi işlem sistemlerinin *kullanılabilirliği*, sigorta ettirenin istediğinde bu verilere ulaşabilmesi ve bilgi işlem sistemlerinin amacına uygun olarak kullanabilmesidir<sup>46</sup>. Aşağıdaki hallerde verilerin veya sistemlerin kullanılabilirliği zarar görmüş ve riziko gerçekleşmiş demektir<sup>47</sup>:

- Verilerin sigorta ettirenin rızası dışında silinmesi.
- Verilerin sigorta ettirenin rızası dışında şifrelenmesi<sup>48</sup>.
- Verilerin geçici veya sürekli olarak okunamaması.
- Bilgi işlem sistemlerinin arızalanarak fonksiyonlarını yitirmesi.

Verilerin ve bilgi işlem sistemlerinin *bütünlüğü*, bunların eksiksiz veya değiştirilmemiş olmasını gerektirir<sup>49</sup>. Bir veri yetkisiz olarak değiştirildiğinde veya bir bilgi işlem sistemine kötü amaçlı yazılım yüklendiğinde verilerin bütünlüğü bozulur<sup>50</sup>. Diğer bir ifadeyle, verilerin takip edilemeyecek şekilde değiştirildiği durumlarda verilerin bütünlüğünün bozulmasından söz etmek mümkündür<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-2, N. 4.

<sup>46</sup> **MALEK**, Paul/**SCHILBACH** Dan: "Versichertes Risiko in der Cyber-Versicherung – Umfang und Grenzen des Deckungsschutzes", *VersR-Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht*, S. 2019-21, s. 1322; Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-2, N. 3; Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 12.

<sup>47</sup> **MALEK/SCHILBACH**, s. 1322; Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 12.

<sup>48</sup> Uygulamada, özellikle muhasebe işletmelerinin sistemlerine yönelik siber saldırılarda mükelleflerin işletme ve şirketlerine ait verilerin şifrelendiği; ardından, bu şifrelerin çözülmesi karşılığında fidye istendiği bilinmektedir. Siber risk sigortası burada önemli bir ihtiyaca cevap vererek, verilere erişimin kaybolmasından doğan zararların giderilmesini sağlar. Bkz. **CEBECİ**, s. 66.

<sup>49</sup> **MALEK/SCHILBACH**, s. 1322; Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 13.

<sup>50</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 13.

<sup>51</sup> Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-2, N. 3.

Verilerin *gizliliği*yle kastedilen, yetkisiz erişime karşı korunmadır<sup>52</sup>. Bir kişinin yetkisi bulunmadığı halde, gizli tutulması gereken verileri sadece okuması dahi rizikonun gerçekleşmesi demektir<sup>53</sup>. Bu noktada verilerin gizliliğinin bozulması açısından, verilere ulaşan kişinin kasıtlı hareket edip etmediği önem taşımaz<sup>54</sup>. Bu yüzden, verilerin gizliliğinin sağlanması bu verilere sadece yetkili kişilerin erişebilmesini ve veriler üzerinde çalışabilmesini gerektirir<sup>55</sup>.

Rizikonun gerçekleşmesi için bu üç halden birinin ortaya çıkması (verilerin kullanılabilirliğinin, bütünlüğünün ya da gizliliğinin zarar görmesi) yeterlidir. Bununla beraber, sayılan olasılıklardan birinin gerçekleşmesi diğerlerinin gerçekleşmeyeceği anlamına gelmez<sup>56</sup>. Aksine, tipik bir siber saldırıda, sayılan her üç bilgi güvenliği ihlâlinin tamamı ya da bir kısmı gerçekleşmektedir<sup>57</sup>. Örneğin, kötü amaçlı bir yazılımın sigorta ettirenin bilgi işlem sistemlerine girmesi durumunda, bazı verilerin yok edilmesi ve başka bir bulut depolama alanına taşınması durumunda hem gizlilik hem de kullanılabilirlik zarar görür. Ayrıca, siber rizikonun gerçekleşmiş sayılması için mutlaka verilerin tamamen yok olması ya da bilgi işlem sisteminin tamamen çalışamaz duruma gelmesi aranmaz; kısmî fonksiyon ya da veri kaybı sonucu zarara uğranması da rizikonun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir<sup>58</sup>.

### 3. Meslekî Kullanımın Gerekliliği

Sigorta teminatının kapsamı açısından, verilerin ya da bilgi işlem sistemlerinin sigorta ettirenin meslekî veya ticarî faaliyeti için kullanılıyor olması şarttır<sup>59</sup>. Diğer bir ifadeyle, sadece kişisel kullanıma özgü veriler ve sistemler siber risk sigortası kapsamında teminat altına alınmamıştır<sup>60</sup>. Bununla beraber, bazı sistem ve gereçlerin hem kişisel hem de meslekî

<sup>52</sup> MALEK/SCHILBACH, s. 1322; Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-2, N. 14.

<sup>53</sup> Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-2, N. 14.

<sup>54</sup> MALEK/SCHILBACH, s. 1322.

<sup>55</sup> Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, PAWIG-SANDER, A.1-2, N. 3.

<sup>56</sup> MALEK/SCHILBACH, s. 1322.

<sup>57</sup> Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-2, N. 15; MALEK/SCHILBACH, s. 1322.

<sup>58</sup> Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-2, N. 15; Benzer yönde bkz. TEKİN, s. 679.

<sup>59</sup> Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-2, N. 7.

<sup>60</sup> Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, PAWIG-SANDER, A.1-2, N. 5; Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-2, N. 10.

veya ticarî amaçlar için kullanılması mümkündür. Örneğin, bir çalışanın kişisel bilgisayarını şirketteki görevleri kapsamında da kullanıyor olması mümkündür. Bu halde, siber risk sigortası teminatı kısmî işletmesel kullanımlar için de geçerlidir<sup>61</sup>.

#### 4. Harici Servis Sağlayıcıların Kullanılması

Harici servis sağlayıcı, sigorta ettirenin işletmesindeki bazı işleri yürütmeye veya iş süreçlerini yönetmeye dışarıdan yardım aldığı diğer bir işletmedir<sup>62</sup>. Örneğin, bir işletmenin müşterilerine ait verilerin saklandığı (*iCloud, Google Drive gibi*) bulut depolama alanları ya da haberleşmenin gerçekleştirilmesinde kullandığı (*Gmail, Outlook gibi*) bir e-posta hizmeti bu anlamda harici servis sağlayıcıdır. Yine, bir işletmenin güvenlik amacıyla, faaliyette bulunduğu mekanlarda kullandığı internet bağlantılı güvenlik kamera sistemlerini kuran ve bakımını yapan bir şirket de harici servis sağlayıcıdır.

AVBC, A1-2.2, ilk cümleye göre siber risk sigortası teminatı, sigorta ettirenin harici bir servis sağlayıcı kullanması durumunda da geçerlidir. Ancak sigorta teminatı, harici servis sağlayıcı tarafından sunulan hizmette bir arızanın ortaya çıkması ya da bu hizmetin kesilmesi gibi durumları kapsamaz. Burada teminat kapsamı sınırlandırılmaktadır. Zira böylelikle, örneğin bir bulut depolama alanını yöneten şirkete yönelik siber saldırılarda olduğu gibi, birçok başka şirketi etkileyebilecek böyle bir saldırının dolaylı sonuçlarının sigorta şirketini, altından kalkamayacağı tazminat yükümlülükleri ile karşı karşıya bırakmaması hedeflenmektedir<sup>63</sup>. Aksinin kabulü, sigorta sözleşmesiyle sigortacının harici servis sağlayıcının sigorta ettirene karşı edimini de temin etmesi anlamına gelir<sup>64</sup> ki bu şekilde bir rizikonun öngörülemez sonuçları olduğu kuşkusuzdur.

<sup>61</sup> Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-2, N. 10; Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 8.

<sup>62</sup> **MALEK/SCHILBACH**, s. 1327.

<sup>63</sup> **MALEK/SCHILBACH**, s. 1327; Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-2, N. 15; Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 16.

<sup>64</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 16.

### III. BİLGİ GÜVENLİĞİNİN İHLÂLİ BAKIMINDAN TEMİNAT ALTINA ALINAN RİZİKOLAR

#### 1. Temel İlkeler

Riziko, sigorta sözleşmesi çerçevesinde sigortacının ödeme yükümlülüğünün doğmasına sebep olan gerçekleşmesi şüpheli bir olaydır<sup>65</sup>. AVBC, A1-4/I anlamında riziko ise, genel şartların “sigortanın konusu” başlıklı A1-1 hükmünde öngörülen tespit edilebilir ve doğrulanabilir malvarlığı zararlarının gerçekleşmesidir<sup>66</sup>. Alman hukukunda bu zarar, sigorta sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını ifade ettiği zaman dilimi içerisinde gerçekleşmiş olmalıdır (AVBC, A1-4/II).

Bahsedilen rizikoların gerçekleşmesiyle sigorta teminatının sağlanması, bir malvarlığı zararına uğranılmış olmasına, daha açık bir ifadeyle *fiilî zararın* varlığına bağlıdır<sup>67</sup>. Aksine, zararın gerçekleşmiş olabileceği yönündeki salt şüphe yeterli değildir<sup>68</sup>. Zarar, tespit edilebilir olmalıdır<sup>69, 70</sup>. AVBC A1-4'e göre, zararın varlığı konusundaki tespit, yeniden gözden geçirmeye imkân verecek şekilde kontrol edilebilir olmalıdır. Ayrıca, bilgi güvenliğinin ihlâl line yol açan vakıanın (örneğin bir siber saldırının) değil; aksine sadece zararın tespit edilebilir olması gerekir<sup>71</sup>.

<sup>65</sup> KARA, Hacı, Sigorta Hukuku, Oniki Levha, İstanbul, 2021, s. 47; YAZICIOĞLU, Emine/ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra: Sigorta Hukuku, 3. Bası, Filiz, İstanbul 2020, s. 74; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 136.

<sup>66</sup> Siber risklere çok sayıda örnek verilebilir. Bu konuda Alman Allianz sigorta şirketinin yaptırdığı bir araştırmaya göre siber risk sigortasıyla teminat altına alınan rizikolar nitelikleri itibarıyla üç kategoridir: *Teknik hatalar* (donanım ve yazılım bakımından uygun olmayan araçların kullanılması, özellikle eski ve uyumsuz yazılımların kullanılması); *Operasyonel hatalar* (donanım ve yazılımın yanlış kullanımı, bir yazılımın yanlış yüklenmesi, yazılımcı hataları); *Siber saldırılar* (kötü amaçlı yazılımlar ya da bilgi işlem sistemlerine yetkisiz erişim), Allianz Risk Barometer, Top Business Risks for 2019, 12 vd., <https://www.agcs.allianz.com/content/dam/onemarketing/agcs/agcs/reports/Allianz-Risk-Barometer-2019.pdf>, Erişim Tarihi: 25/5/2022.

<sup>67</sup> Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-4, N. 4.

<sup>68</sup> Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-4, N. 4.

<sup>69</sup> Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-4, N. 5.

<sup>70</sup> Siber rizikolara karşı önceden tüm olasılıkları öngörerek tedbir almak ve özellikle işletme içi tehditler (örneğin huzursuz çalışanlar) dolayısıyla, bir siber saldırı gerçekleştiğinde nasıl bir zarar gerçekleşeceğini önceden kesin olarak belirlemek güçtür. Bkz. CEBECİ, s. 165.

<sup>71</sup> Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-4, N. 6.

Yoksa, bilgi güvenliğinin ihlâlâine yol açan sebebin başlangıçta ne olduğunun bilinmemesi, sigorta teminatının sağlanmasına engel değildir<sup>72</sup>.

Zararın varlığı konusundaki tespiti, sigorta ettiren veya rizikonun gerçekleşmesiyle zarara uğrayan kişi ya da bir üçüncü kişi yapabilir<sup>73</sup>. Rizikonun gerçekleştiği ve bu olgunun aşağıda sayılacak vakialara dayandığı yönündeki ispat yükü sigorta ettirenin üzerindedir<sup>74</sup>.

## 2. Siber Risk Sigortası Bakımından Riziko Çeşitleri

Siber risk sigortasında rizikonun gerçekleşmesine yol açabilecek tehditler, kısa ve uzun vadeli tehditler olarak sınıflandırılabilir<sup>75</sup>. Kısa vadeli tehditler, kişi veya kurumların günlük faaliyetlerini etkilemeye yönelik dolandırıcılık, kimlik hırsızlığı gibi siber eylemlerdir<sup>76</sup>. Uzun vadeli tehditler de (millî güvenliğe tehdit oluşturan saldırılarda olduğu gibi) etkileri daha uzun müddet zarfında gözlenebilir olan ve daha geniş bir alanda (örneğin daha geniş insan topluluklarını etkileyen) etkisini gösteren tehditlerdir<sup>77</sup>. AVBC, A1-2.4 bendinde ise, bilgi güvenliğinin ihlâlâi oluşturan haller teminat altına alınmıştır. Bunlar, sigorta ettirenin bilgi güvenliği sistemlerine saldırı, sigorta ettirenin elektronik verilerine yetkisiz erişim, sigorta ettirenin bilgi işlem sistemlerine yapılan yetkisiz müdahaleler, bir yapma ya da yapmama şeklindeki fiil ile birlikte sigorta ettirenin verilerin korunmasına dair hükümlere aykırı davranmasına yol açmak, sigorta ettirenin verilerine ya da bilgi işlem sistemlerine zarar veren kötü amaçlı yazılım üretmek ve bunları çalıştırmaktır. Bu sayım sınırlayıcı olmakla birlikte<sup>78</sup>, bir siber saldırının aynı zamanda birden fazla rizikonun<sup>79</sup> ortaya çıkmasına sebep olması da olasıdır. Dolayısıyla, yapılan sınırlayıcı sayıma dair olguların birbirinden soyut olarak ortaya çıkması

<sup>72</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-4, N. 6.

<sup>73</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-4, N. 7.

<sup>74</sup> Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-2, N. 27.

<sup>75</sup> **CEBECİ**, s. 165.

<sup>76</sup> **CEBECİ**, s. 165.

<sup>77</sup> **CEBECİ**, s. 165.

<sup>78</sup> Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-2, N. 18; Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 26.

<sup>79</sup> AVBC, A1-2.4 hükmünde belirtilmiş olaylar bu rizikolara örnek olarak gösterilebilir.

şart değildir<sup>80</sup>. Önemli olan, rizikonun gerçekleşmesiyle yapılan siber saldırı arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır<sup>81</sup>.

Bilgi güvenliğine yönelik *saldırının* bilinçli bir eylem sonucu gerçekleşmiş olması gerekli olup; bunun için özel olarak bir malvarlığı zararının ortaya çıkması amacıyla hareket etmek şart değildir<sup>82</sup>. Bilgi güvenliğine zarar vermek için yapılan siber saldırı, belirli bir kişiye ya da kişi grubuna yönelmiş olabilir. Fakat bu şart değildir. Aksine, fidye talebine yönelik kötü amaçlı bir yazılımın internet ortamındaki lisanssız yazılımlara entegre edilmesinde olduğu gibi belirli olmayan bir kişi çevresine yönelik tehdit de mümkündür<sup>83</sup>. Bunun gibi, bilgi işlem sisteminin şifre ve veri çıkarılması amacıyla gözetlenmesi de rizikonun gerçekleşmesini tetikleyici bir saldırıdır<sup>84</sup>. Örneğin, bir siber saldırı sonucu internet hatlarında yaşanan kesintinin radar iletişimini etkilemesi ve bunun sonucunda bir çatma olayının yaşanmasında da bir (siber) saldırının varlığından pekâlâ söz edilebilir<sup>85</sup>.

Sigorta ettirenin verilerine *yetkisiz erişim*, bu verilerin kopyalanması, başka bir veri taşıyıcıya aktarılarak taşınması ya da sadece bu veriler üzerinden not alınmasıyla gerçekleşebilir<sup>86</sup>. Yetkisiz erişim ile verilerin gizliliği ihlâl edildiğinden; ayrıca verilerin bütünlüğü ya da kullanılabilirliğinin de zarar görmesi şart değildir<sup>87</sup>. Ancak, verilere her türlü erişim, rizikonun gerçekleştiği anlamına gelmez. Aksine, erişimin yetkisiz olması gerekir. Yetkisiz erişim, erişim sağlayan kişinin hiçbir surette böyle bir yetkisinin olmamasından ileri gelebileceği gibi; yetkinin aşılması suretiyle de gerçekleşebilir<sup>88</sup>. Örneğin, sigorta ettirenin bir çalışanın yetkisini aşarak erişiminin mümkün olduğu verilere ulaşması, bunları

<sup>80</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 27.

<sup>81</sup> Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-2, N. 18; Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 28.

<sup>82</sup> Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-2, N. 19; Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 29.

<sup>83</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 29.

<sup>84</sup> Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-2, N. 19.

<sup>85</sup> **ALGANTÜRK LIGHT**, s. 83.

<sup>86</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 30.

<sup>87</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 30.

<sup>88</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 31.

herhangi bir şekilde kullanması ya da sızdırılmasına sebep olması halinde durum böyledir<sup>89</sup>, <sup>90</sup>. Burada, yetkisiz erişimde bulunan kişinin kusurlu olması şart değildir<sup>91</sup>. Ancak, rizikonun gerçekleşmesine yol açan eylemde kusur da bulunabilir. Örneğin, taşımacılık yapan bir kara taşıtının GPS sistemine yapılan bilinçli bir saldırı sonucu eşyanın tesliminde yaşanan gecikmelerden doğan zararlar için siber risk sigortası teminatı sağlanmış olabilir<sup>92</sup>.

Sigorta ettirenin bilgi işlem sistemlerine yapılacak bir *yetkisiz müdahale* için de somut bir eylem gerekmektedir<sup>93</sup>. Örneğin, bir bilgisayar korsanının trafikte otonom olarak seyreden bir aracı işletene zarar verme kastıyla trafik altyapısına müdahale etmesi ve sonuç olarak bir zararın ortaya çıkması halinde bir yetkisiz müdahale söz konusudur<sup>94</sup>. Yine, otonom ya da internet teknolojisini kullanarak seyreden bir geminin -söz gelimi- Süveyş Kanalı'ndan geçerken devre dışı, çalışamaz duruma getirilmesi halinde hem doğrudan etkilenen gemiyi işleten kişinin hem de kanyaldaki muhtemel tıkanıklık sebebiyle yaşanan gecikmelerden ötürü diğer kişilerin zararları ortaya çıkabilir<sup>95</sup>. Örneklerdeki gibi bilinçli müdahaleler dışında, doğa olayları sebebiyle ortaya çıkan elektrik kesintileri gibi aksaklıklar sigorta kapsamında değildir<sup>96</sup>. Yetkisiz müdahalenin rizikonun gerçekleşmesine sebep olmasındaki insan davranışının kasit ya da

<sup>89</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 31; Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-2, N. 20.

<sup>90</sup> Almanya'da yapılan bir araştırmaya göre, siber saldırılar sonucu rizikonun gerçekleşmesinde etkili olan kişilerin yaklaşık %52'si, işletmenin halihazırdaki ya da eski çalışanlarıdır. Bu araştırmaya göre, organize suç şebekelerinin siber saldırılarda aldığı rol %11'de kalmaktadır. Bkz. Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, §24, **GEBERT/KLAPPER**, N. 16.

<sup>91</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 31.

<sup>92</sup> **ALGANTÜRK LIGHT**, s. 85.

<sup>93</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 32.

<sup>94</sup> **BUĞRA**, Ayşegül: "Otomatik Yönlendirme Seviyesi Yüksek Kara Araçları ve Sigorta", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: İnsansız Araçlar, Sorumluluk ve Özel Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu-18 Ocak 2019, Ed. Serap Amasya, 2020, İstanbul, s. 28.

<sup>95</sup> **KARA**, Hacı: "Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, S. 2020-10/1, s. 27.

<sup>96</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 33.

ihmal ile ortaya çıkması önemli değildir<sup>97</sup>. Bu konuda bir görüşe göre, hatalı veya kötü amaçlı bir yazılım ya da donanımın bilgi işlem sistemine bağlanması sonucu ortaya çıkan zararlar da bilgi güvenliğinin ihlâli kapsamında sayılır<sup>98</sup>. Öğretide diğer bir görüşe göre ise, rizikonun gerçekleşmesi sonucu ortaya çıkan zarar bir kişiden değil de doğrudan hatalı bir yazılımdan kaynaklanmış ise, burada genel şartlar anlamında yetkisiz müdahale yoktur. Bu sebeple, siber risk sigortası bağlamında teminat altında olan bir rizikodan da söz edilemez<sup>99</sup>. Kanaatimizce, burada ikili bir ayırım yapılmak suretiyle ilk görüşe üstünlük tanımak gereklidir. Eğer, verilere ve bilgi işlem sistemlerine saldırı veya buralarda saklanan verilerin gizliliğinin ihlâlî sistemin bir parçası sayılan yazılımlardaki fonksiyon eksikliğinden kaynaklanıyorsa sigorta teminatı söz konusu olmamalıdır. Buna karşılık, verilerin kullanılabilirliği, gizliliği ve bütünlüğü bir kötü amaçlı yazılım sebebiyle bozulmuşsa bu dışsal tehdide karşı sigorta teminatı sağlanmalıdır.

Siber risk sigortası anlamındaki bir diğer riziko, sigorta ettirene atfedilebilecek, *bilgi güvenliğini korumaya yönelik hükümlerin ihlâlîdir*. İhlâl için gerekli olan, sigorta ettirenin yapma ya da yapmama şeklinde gerçekleşen kasıtlı veya ihmali fiilidir<sup>100</sup>. Örneğin, müşterilere ait gizli kalması gereken bilgilerin sigorta ettirene isnat edilebilecek bir eylem veya ihmâl sonucu hukuka aykırı olarak aleniyet kazanmasında durum böyledir<sup>101</sup>. Burada rizikoya sebep olan olgu, bir insan eylemi olup, kasıt ya da ihmâl ile ortaya çıkabilecek bu eylem, sigorta ettirenin gerekli tedbirleri alınmaması dolayısıyla icra edilebilmektedir<sup>102</sup>. Gerekli tedbirlerin alınmaması, işletmesel süreçlerin kişisel verilerin korunmasına dair mevzuata uygun hale getirilmemesinden ileri gelebilir<sup>103,104</sup>. Dolayısıyla, tüm dünyada

<sup>97</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 34.

<sup>98</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 35.

<sup>99</sup> Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-2, N. 21.

<sup>100</sup> Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-2, N. 24.

<sup>101</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 36.

<sup>102</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-2, N. 37.

<sup>103</sup> Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-2, N. 23.

<sup>104</sup> Örneğin, yakın geçmişte, yemeksepeti.com isimli şirketin yaklaşık 22 milyon müşterisine ait verileri bir siber saldırı sonucu çalınmıştır. Şirket tarafından yapılan savunmada, bu veri gizliliği ihlâlının "Yemek Sepetine ait bir web uygulama sunucusu



kabul edildiği üzere, müşterilerinin verilerini bilgi işlem sistemlerinde taşıyan, bu verileri kullanan işletmeler bu bilgilerin korunması ve gizli kalmasından da sorumludur. Bu anlamdaki tazminat sorumluluğuna ilave olarak, siber saldırıya uğrayan işletmeler, siber saldırının dolaylı etkileriyle karşılaşabilecek müşterilerini (ve kamuoyunu) saldırıdan haberdar etmeli, yetkili makamların konu ile ilgili yürüttüğü soruşturmalara yardım etmelidir<sup>105</sup>.

Siber risk sigortasında rizikonun gerçekleşmesine yol açacak *kötü amaçlı yazılım*, üçüncü kişilerin verileri ve bilgi işlem sistemleri üzerinde istenmeyen değişikliklerin ortaya çıkmasına yol açan programlardır<sup>106</sup>. Dolayısıyla, burada rizikonun gerçekleşmesi doğrudan bir insana bağlı bir davranışı gerektirmemektedir<sup>107</sup>.

### 3. Siber Risk Sigortasının Öncelikli Olarak Uygulanması

Bir siber riziko için birden fazla sigorta sözleşmesi ya da bu sözleşmelerde yer alan klostlar ile aynı zamanda teminat sağlanması ihtimaller dâhilindedir. Örneğin, bir tacir işletmesi için bir sigortacıyla (siber rizikoları da -bir ilave kloz ile- teminat altına alan) mesleki sorumluluk sigortası yaptırmış ve ardından, bu kez başka bir sigortacıyla, işletmesindeki bazı veya bütün siber rizikolar için ticarî siber risk sigortası sözleşmesi de akdetmiş olabilir. Siber risk sigortalarında bu ihtimal Genel Şartlar'da öngörülmüştür. Genel Şartlar'ın A1-12 hükmüne göre, bir siber riziko için AVB-Cyber anlamında bir poliçeye ek olarak başka bir poliçe ile de teminat sağlanmışsa, siber risk sigortasına ilişkin kurallar çerçevesinde zarar öncelikle siber risk sigortası kapsamında karşılanır.

Genel Şartlar A1-12'in bir amacı, aynı konuya ilişkin birbirinden farklı iki sözleşmenin çelişen hükümler içermesi sebebiyle ortaya

---

üzerinde bir açıklık bulunmasından ve bu açıklıktan yararlanılarak, uygulama kurulmasından ve komut çalıştırılmak suretiyle sunucuya erişilebilmesinden" ileri geldiği açıklanmıştır, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6936/Kamuoyu-Duyurusu-Veri-Ihlali-Bildirimi-Yemek-Sepeti-Elektronik-Iletisim-Perakende-Gida-Lojistik-AS>, Erişim Tarihi: 28/12/2021; Ayrıca, konunun basında bulunduğu yer ile ilgili örnek olarak bkz. <https://shiftdelete.net/binlerce-yemeksepeti-kullanicisinin-verileri-calindi-iddiasi>, Erişim Tarihi: 28/12/2021.

<sup>105</sup> FRENCH, s. 609.

<sup>106</sup> Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-2, N. 38.

<sup>107</sup> Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, PAWIG-SANDER, A.1-2, N. 25.

çıkabilecek hukukî güvenlik ilkesine aykırı belirsizliklerin önüne geçektir<sup>108</sup>. Aynı zamanda bu kural ile, rizikonun gerçekleşmesi ihtimalinde sigortacıyı sürece olabildiğince erken dâhil etmek olanaklı olur<sup>109</sup>. Sigortacının sürece mümkün olan en kısa sürede katılmasıyla birlikte sigorta ettiren, zararın artmasının engellenmesi konusunda profesyonel bir desteğe kavuşur<sup>110</sup>. Dolayısıyla, AVBC A1-12 sigorta ettirenin menfaatinedir<sup>111</sup>. Hükmün amacı ve bu niteliği göz önünde bulundurulduğunda, birden fazla sigortacının aynı siber rizikonun gerçekleşmesiyle ortaya çıkan zararı birlikte karşılamasının yasaklanmamış olduğu sonucu da çıkarılabilir<sup>112</sup>. Ancak, sigorta hukukunun temel prensiplerinden olan zenginleşme yasağı burada da uygulama alanı bulur.

#### IV. SİGORTANIN KONUSU OLARAK MALVARLIĞI ZARARLARI

##### 1. Genel Olarak

Zarar sigortalarında (ve bu kapsamda siber risk sigortalarında) sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünün doğması için sadece rizikonun gerçekleşmesi gerekmez; aynı zamanda bir zararın da ortaya çıkması gerekir<sup>113</sup>. Rizikonun, söz gelimi bilgi işlem sistemlerine yönelik bir siber saldırının gerçekleşmesine rağmen, güvenlik duvarı sayesinde bu saldırı zarara uğramaksızın atlatılmışsa, sigortacı tazminat ödemez<sup>114</sup>. Bu anlamda zarar, bir kişinin (sigorta ettirenin) malvarlığının, zarara yol açan olay (riziko) gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı durum ile mevcut durumu arasındaki farktır<sup>115</sup>. Genel Şartlar ise, malvarlığı zararlarını

<sup>108</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-12, N. 1.

<sup>109</sup> **SCHILBACH**, Dan: "Die Musterbedingungen des GDV für die Cyberrisiko-Versicherung", SpV-Spektrum für Verisicherungsrecht, S. 2018-1, s. 3; Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **SALM**, A.1-12, N. 3.

<sup>110</sup> Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **SALM**, A.1-12, N. 3.

<sup>111</sup> **ACHENBACH**, Matthias: "Die Cyber-Versicherung – Überblick und Analyse", VersR-Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht, S. 2017-24, 2017, s. 1498.

<sup>112</sup> **ACHENBACH**, s. 1498.

<sup>113</sup> **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 11.

<sup>114</sup> **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 11.

<sup>115</sup> **ANTALYA**, Osman Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu-Borçlar Hukuku Genel Hükmümler Cilt V/1, 2, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s. 458; **DOĞAN**, Murat/**ŞAHAN**,

olumsuz bir sayım yaparak tanımlamıştır. Buna göre, sigorta teminatı kapsamındaki malvarlığı zararları; ölüm, yaralanma ya da insan sağlığının herhangi bir şekilde zarar görmesi gibi kişisel zararlar yahut hasar veya eşyanın zıyaı gibi eşyaya bağlı zararlar veya bu tür zararlarla doğrudan bağlantılı *olmayan* zararlardır (AVBC, A1-3/I).

Kapsam dışı tutulan zararlar, aynı zamanda sigorta teminatının dışındadır. Zira, genel şartların ilk maddesi, (aslında AVBC, A1-3/I'de tanımlanan) malvarlığı zararlarının sigorta teminatı içinde olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, elektronik veriler, genel şartlar kapsamında eşya sayılmaz. Her ne kadar bir eşyanın doğrudan uğradığı zararlarla bağlantılı zararlar AVBC, A1-3/I anlamında sigorta teminatı içinde sayılmasa da eşyanın yok olması sonucu veri kaybı sigorta teminatı içindedir (AVBC, A1-3/II). Görüldüğü üzere Genel Şartlar, yalnızca saf malvarlığı zararlarının teminat altına alınmasını öngörmektedir<sup>116</sup>. Bunun dışında, kişisel ya da eşyaya bağlı zararlar ile bunlarla bağlantılı dolaylı zararlar teminat kapsamında olan zararlar değildir<sup>117</sup>.

## 2. Sigorta Teminatı İçinde Yer Alan Malvarlığı Zararları ve Eşya Kavramı

Klasik anlamda eşya, kişiliğin unsurları ile bağlantısı bulunmayan, para ile ölçülebilir bir değer üzerinden ifade edilebilen, üzerinde fiilî veya hukukî hakimiyet kurulabilen maddî varlıktır<sup>118</sup>. Elektronik verilerin ise, Genel Şartlar anlamında eşya olmadığı özellikle belirtilmiştir; çünkü, aksinin kabulünde, bir siber risk sigortası sözleşmesinden beklenen yarar sağlanamaz<sup>119</sup>. Zira elektronik verilerin eşya kavramına dâhil kabul edilmesi, tipik bir siber saldırı sonucunda zarar görecektir unsurların kapsamının oldukça daraltılmış olmasından dolayı sigorta teminatını zayıflatır<sup>120</sup>.

---

Gökhan/ATAMULU, İsmail: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 201.

<sup>116</sup> ACHENBACH, s. 1497; SCHILBACH, s. 3.

<sup>117</sup> ACHENBACH, s. 1497; SCHILBACH, s. 3.

<sup>118</sup> AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku I-Zilyetlik Tapu Sicili, 13. Bası, Seçkin, Ankara, 2016, s. 40; ANTALYA, Osman Gökhan/TOPUZ, Murat: Marmara Hukuk Yorumu-Eşya Hukuku Cilt: IV/1, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, N. 38.

<sup>119</sup> Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A.1-3, N. 2.

<sup>120</sup> Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A.1-3, N. 2.

Genel şartlarda sigorta teminatı bir başka açıdan daha genişletilmiştir. Buna göre, bir eşyanın yok olması veri kaybına yol açıyorsa bu durumda da sigorta teminatı vardır. Örneğin, bir USB belleğin kaybolması ya da bilgisayarın çalınması durumunda, bu veri taşıyıcılardaki verilere erişim sağlanamamasında durum böyledir<sup>121</sup>. Ancak, bir veri taşıyıcının fiziksel olarak parçalanması veya yok edilmesi sonucu veri kaybı yaşanırsa sigorta teminatı yoktur<sup>122</sup>. Yine, bir eşyanın yok olması sonucu yaşanan iş kesintisi gibi dolaylı sonuçlar da sigorta teminatı dışındadır<sup>123</sup>.

## V. SÖZLEŞME SONA ERDİKTEN SONRA SİGORTACININ SORUMLULUĞU

Siber risk sigortası genel şartlarına göre (AVBC, A1-5), bazı durumlarda sigorta ilişkisi sona ermesine rağmen sigorta teminatı devam eder<sup>124</sup>. Özellikle, rizikonun gerçekleşmesiyle zararın ortaya çıkması arasında geniş bir zaman dilimi varsa, sonraki sorumluluğun kabul edilmesi işlevseldir<sup>125</sup>. Sigortacının sözleşmenin sona ermesinden sonraki sorumluluğunun kabulü için, sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiğini bilmiyor olması gerekir<sup>126</sup>. Bu doğrultuda, sigorta ilişkisinin, teminat altına alınan rizikonun tamamen ya da kalıcı olarak sona ermesi sebebiyle veya bu ilişkinin sigortacı ya da sigorta ettiren tarafından sona erdirilmesi

<sup>121</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A.1-3, N. 3.

<sup>122</sup> Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-3, N. 3; Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A.1-3, N. 4. Bu özellikteki bir veri taşıyıcının kötü amaçlı bir yazılım sebebiyle fizikî olarak zarar görmesi de eşyaya bağlı bir zarar niteliğinde olup; sigorta teminatı dışındadır. Bkz. Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, **PAWIG-SANDER**, A.1-3, N. 1.

<sup>123</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-3, N. 4.

<sup>124</sup> Genel Şartların bu hükmü, amacı bakımından TTK m. 1484/2 hükmüne benzer. Anılan TTK hükmüne göre, sigorta ilişkisinin sona ermesi, zarar görene karşı ancak, sigortacının sözleşmenin sona erdiğini veya ereceğini yetkili mercilere bildirmesinden bir ay sonra hüküm doğurur. Sorumluluk sigortaları bakımından sigortacının rizikoyu taşıma yükümlülüğünün süre bakımından kapsamını artıran bu kural, zarar göreni korumayı hedefler. Bkz. **ÜNAN**, Cilt II, s. 424; **HACİÖMEROĞLU**, Abdülhamid Oğuzhan: “Zorunlu Sorumluluk Sigortacısının Sonraki Sorumluluğu”, **BATİDER**, S. 2020-36/2, s. 167.

<sup>125</sup> **MALEK/SCHÜTZ**, s. 426.

<sup>126</sup> **MALEK/SCHÜTZ**, s. 426.

halinde<sup>127</sup> sigorta teminatı bazı koşullarla, gerçekleşen zararlar bakımından devam eder. Bunun için, sigorta sözleşmesinin geçerli olduğu zaman dilimi içinde bir bilgi güvenliğinin ihlâli gerçekleşmiş olmalıdır. Fakat, sigorta ilişkisi sona erdiği anda henüz tespit edilememiş malvarlığı zararları için söz konusu sonuç, aşağıdaki koşullarda ve ölçüde geçerlidir:

- Sigorta teminatı, sigorta ilişkisinin sona erdirildiği andan itibaren başlamak üzere, sigorta poliçesinde kararlaştırılan süre boyunca devam eder.

- Sigorta teminatı, sigorta ilişkisinin sona erdirilmesine dair şartlar çerçevesinde sözleşmenin sonra ermesinden sonraki sorumluluk için belirlenen zaman dilimi boyunca da geçerlidir. Ancak bu teminat, sigorta ilişkisinin sona erdiği yıl için geçerli olan ancak kullanılmamış bulunan sigorta bedeli kadar güvence sağlar.

AVBC, A1-4/II hükmüne göre riziko, sigorta sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını ifade ettiği zaman dilimi içinde gerçekleşmelidir. Bu hükme göre sigorta sözleşmesinin sona ermesi, sigorta teminatının kesilmesine sebep olur. Fakat, sigorta ettirenin, bilgi güvenliğinin ihlâline yönelik fiillerin devam eden sonuçlarından da korunması gerekli olduğundan, sigorta sözleşmesi kapsamında sigortacının devam eden sorumluluğu kabul edilmiştir<sup>128</sup>. Bu anlamda sonraki sorumluluğun kabul edilmesi, sigorta ettirenin malvarlığında sigorta sözleşmesinin sona ermesinden sonra ortaya çıkabilecek olan zararların da belirli koşullarla teminat altına alınmasını sağlar<sup>129</sup>. Böylece, örneğin, sigorta sözleşmesinin süresi içinde gerçekleşmiş ancak fark edilmemiş ve malvarlığına zarar verici etkisi daha sonra ortaya çıkmış olan siber saldırıların sonuçlarından da sigorta ettireni korumak mümkün olur<sup>130</sup>.

<sup>127</sup> Sigorta sözleşmesinin sona ermesine yönelik bu sayım sınırlayıcıdır. Dolayısıyla, sözleşmenin iptal sebebiyle sona ermesi durumunda anılan sonraki sorumluluk söz konusu olmaz. Bkz. Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A.1-5, N. 2.

<sup>128</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-5, N. 1.

<sup>129</sup> Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **SALM**, A.1-5, N. 1.

<sup>130</sup> Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **SALM**, A.1-5, N. 2.

## VI. SİGORTA ETTİREN VE SİGORTALI

### 1. Sigorta Ettiren

Sigorta sözleşmesinin tarafları, sigortacı ve sigorta ettirendir. Zarar sigortalarında (ve bu kapsamda siber risk sigortalarında) sigorta ettiren, belirli bir prim karşılığında, kendisinin para ile ölçülebilir bir menfaatine, riziko (inceleme konusu bakımından siber risk) dolayısıyla gelebilecek zararların teminat altına alınması konusunda sigortacıyla sözleşme yapan kişidir<sup>131</sup>. Genel Şartlar'a göre sigorta teminatı, sigorta poliçesinde adı geçen sigorta ettiren ve yine aynı yerde belirtilen işletmeler için geçerlidir (AVBC A1-7/I).

### 2. Sigortalı

Genel olarak sigortalı, rizikonun gerçekleşmesiyle zarar görme ihtimali olan ve sigorta sözleşmesinden doğan hakların sahibi olan kişilerdir<sup>132</sup>. Sigorta ettiren, başkasının menfaatini de (başkası hesabına sigorta şeklinde) sigorta ettirebilir. Dolayısıyla, sigorta ettiren ve sigortalı, aynı şahıslar olabileceği gibi; farklı kişiler de olabilir<sup>133</sup>. Bununla bağlantılı olarak, siber risk sigortası anlamında sigortalı kişiler, sigorta ettirene ya da sigortalı işletmeye bir iş ya da hizmet sözleşmesiyle bağlı olarak çalışan işçiler ve geçici işçi pozisyonundaki kişilerdir. Ayrıca, usulüne uygun olarak seçilmiş ve görevlendirilmiş organ üyeleri de bu anlamda sigorta kapsamına dâhil kişiler arasındadır<sup>134</sup> (AVBC A1-7/II).

Rizikonun gerçekleşeceği işletmeler çeşitli büyüklükte olabilir. Sadece büyük şirketlerin siber saldırıların hedefi olabileceği söylenemez. Aksine, büyük şirketler topluluklarından tek kişi işletmelerine kadar birçok kategorideki işletmeler siber saldırıların hedefi olabilir<sup>135</sup>. Bununla birlikte, çalışan sayısı yüz ila beş yüz arasında olan işletmelerin daha sık

<sup>131</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 130.

<sup>132</sup> KENDER, Rayegan: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 14. Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2014, s. 220; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 89; KARA, Sigorta Hukuku, s. 146.

<sup>133</sup> KENDER, s. 220.

<sup>134</sup> Dolayısıyla, sahip oldukları pay oranına göre şirket yönetiminde etkili olan ve fiilî organ sıfatına sahip kişiler bu kapsamda değildir. Bkz. Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-7, N. 2.

<sup>135</sup> Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, §24, GEBERT/KLAPPER, N. 19.

bu saldırıların hedefi olduğu ve siber risk sigortasına ihtiyaç duyduğu da bir gerçektir<sup>136</sup>.

Sigorta sözleşmesinde sigorta ettiren için geçerli olan tüm sözleşme hükümleri, sigortalı işletme ya da kişiler için de uygun düştüğü ölçüde geçerlidir (AVBC A1-8/I). Dolayısıyla, hem sigorta ettirenin elektronik verileri ve bilgi işlem sistemleri hem de sigortalılara ait veri ve sistemler sigorta teminatı kapsamındadır<sup>137</sup>.

## VII. SİGORTACININ ZARARI TAZMİN BORCUNUN

### MUACCELİYETİ

#### 1. Üçüncü Kişilerin Talepleri

Sigorta ettirenin, bilgi güvenliğinin ihlali sebebiyle gerçekleşen riziko dolayısıyla üçüncü bir kişiye karşı bir özel hukuk hükmü gereğince sorumlu olması mümkündür. Üçüncü kişiye ait bir zararın ortaya çıktığı bu hallerde de sigorta teminatı söz konusudur (AVBC A3). Bu doğrultuda, sigortacı, üçüncü bir kişinin sigorta ettireni yerine getirmek zorunda bırakan talebinin bir kesin hüküm, kabul veya uzlaşma ile tespit edildiği tarihten itibaren iki hafta içinde sigorta ettireni söz konusu üçüncü kişinin talebinden kurtarmalıdır. Talepte bulunan üçüncü kişi, sigorta ettiren tarafından tatmin edilmişse; sigortacı, üçüncü kişiye ödeme tarihinden itibaren iki hafta içinde gerekli tazminatı sigorta ettirene öder (AVBC A1-13.1<sup>138</sup>).

#### 2. Sigorta Ettirenin Zararının Karşılanması

Sigortacının tazminat ödeme borcu, sigortacının zararın karşılanması talebine dair sebep ve miktar yönünden tespitleri tamamlandığında muaccel olur. Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiğine ve zararın ortaya çıktığına dair bildirimden bir ay sonra, duruma göre en az ödenmesi gerekli tutarı bir avans ödemesi olarak talep edebilir (AVBC A1-13.2).

#### 3. Zararların Tazmini İçin Yapılacak Ödemelerin Ertelenmesi

Sigortacı, aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi halinde zararların tazmini için gerçekleştirilecek ödemeleri erteleyebilir (AVBC A1-13.3):

<sup>136</sup> Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, §24, GEBERT/KLAPPER, N. 19.

<sup>137</sup> Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-8, N. 1.

<sup>138</sup> Karş. VVG §100.

- Sigorta ettirenin zararın tazmini için yapılacak ödemeleri alma konusundaki hakkı ile ilgili şüpheler varsa.

- Sigorta ettiren veya temsilcisi hakkında, sigortaya konu rizikonun gerçekleşmesiyle ilgili idari veya cezai bir takibatın yapılıyor olması durumunda.

#### 4. Tazminat Talebinin Temlik Edilebilirliği

Siber saldırılar sonucu zarara uğrayan işletmelerin, üretim ya da tedarik zincirinin bozulması sebebiyle üçüncü kişilere karşı olan yükümlülüklerini yerine getirememeleri ve sonuç olarak bu kişilere karşı sözleşme uyarınca sorumlu olmaları mümkündür<sup>139</sup>. Bu sorumluluk, sigorta ettireni üçüncü kişiye karşı konusu belirli bir miktar paranın ödenmesi yükümlülüğü altına sokabilir. *Sigorta ettirenin üçüncü kişilere karşı yerine getirmek zorunda olduğu bu tür taleplerden kurtarılma hakkı*<sup>140</sup> bazı şartlarla temlik edilebilir. Buna göre, kurtarılma yönündeki talebin kapsam ve sınırları kesin olarak tespit edilmeden önce bu hak, sigortacının onayı olmaksızın, başkasına devredilemeyeceği gibi rehnedilmesi de mümkün değildir. Fakat, sigortalı sorumluluk teminatı kapsamında sigortacıya karşı sahip olduğu bu hakkını zarar gören üçüncü kişiye temlik edebilir (AVBC A1-14.1<sup>141</sup>).

Sigortacıdan tazminat ödenmesini talep etme hakkı, muacceliyetten önce sadece sigortacının muvafakatı ile devredilebilir. Sigorta ettiren açısından haklı sebeplerin varlığı halinde bu muvafakat verilmek zorundadır (AVBC A1-14.2). Görüldüğü üzere, AVBC A1-14.1 ile 14.2 arasında, sigortalının zarar gören üçüncü kişilerin taleplerinden kurtarılma hakkı ile ve kendisinin uğradığı zararlar için tazminat talep hakkının temliki bakımından ayırım yapılmıştır.

### VIII. SİGORA TEMİNATINI SINIRLANDIRAN ŞARTLAR

#### 1. Muafiyet

Rizikonun gerçekleşmesi ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda, belirli bir muafiyet tutarının öngörülmesiyle, sigortacının yüksek tutarlarda tazminat ödeme ihtimali ile karşı karşıya kalmasından doğabilecek

<sup>139</sup> MEHRBREY/SCHREIBAUER, s. 80.

<sup>140</sup> Bu hak, AVBC A3 uyarınca sigortacıya karşı ileri sürülebilir.

<sup>141</sup> Karş. VVG §108.



dezavantajlı durumun önüne geçilmeye çalışılır<sup>142</sup>. Siber risk sigortasına konu rizikoların coğrafi olarak kaynaklanabileceği alanların ve çeşitlerinin geniş kapsamlı olması ve tamamen kontrol edilemezliği de sigorta şirketlerinin bu sözleşme kapsamında bir risk havuzu oluşturmasını güçleştirmekte<sup>143</sup> ve bu sigorta türünün olabildiğince yaygınlaşmasını engellemektedir<sup>144</sup>. Bu sebeple, siber risk sigorta sözleşmesinde sigortacıyı koruyan özel şartların bulunması doğaldır. Bu düşüncelerle, sigorta hukukunda, sigortacıyı korumaya yönelik muafiyet prensibi kabul edilmiştir. Bu prensibe göre, sigorta ettiren, özel olarak kararlaştırılmış olması kaydıyla, rizikonun gerçekleşmesi halinde AVBC A2-A4 hükümleri doğrultusunda ve her seferinde sigorta poliçesinde gösterilmiş olan tutar kapsamında, zararın muafiyet tutarı veya oranındaki kısmına kendisi katlanır. Başka türlü kararlaştırılmamış olduğu müddetçe, sigortacı bu halde de haksız tazminat taleplerine karşı koruma yükümlülüğü altındadır. Gerçekleşen zararın sigorta bedelinden yüksek olduğu durumlarda, muafiyet tutarı gerçekleşen zarar tutarından düşülür.

## 2. Seri Zarar Klozu

Sigortanın hüküm ve sonuçlarını ifade ettiği bir zaman dilimi içerisinde gerçekleşmiş rizikolar, aşağıdaki koşulların ortaya çıkması şartıyla, seri zararlar bağlamında ve ilk rizikonun gerçekleşmesi anında vuku bulmuş tek bir riziko sayılır:

- Rizikoların,

o bilgi güvenliğinin ihlâli anlamında *aynı* olguya (örneğin, farklı zamanlarda gerçekleşen rizikoların tek bir siber saldırıya dayanması) ya da

o bilgi güvenliğinin ihlâli anlamında *benzer* ve özellikle zamansal ve nesnel açıdan aynı bağlam içinde bulunan olgulara dayanıyor olması (örneğin, bir merkezden idare edilen ancak farklı zamanlarda ortaya çıkan aynı amaçlı *malware*, *phishing*<sup>145</sup> ya da *ddos* gibi siber saldırıların bulunması).

<sup>142</sup> GÜNAY, M. Barış: Sigorta Hukuku, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 161.

<sup>143</sup> MALEK/SCHÜTZ, s. 421.

<sup>144</sup> VICEVICH, s. 557; ALTUNTAŞ/KARA/SOYLU/KIRKBEŞOĞLU, s. 12.

<sup>145</sup> *Phishing* (oltalama), kullanıcıların e-posta adreslerine, onları maddî açıdan cezbedici şekilde hediye, ödül ya da ikramiye vermek gibi sahte vaatlerle kandırarak kişisel veriler başta olmak üzere kullanıcıya ait bazı bilgilerin elde edilmesini hedefleyen

Seri bir şekilde gerçekleşen zararların varlığını ispat yükü sigortacının üzerindedir<sup>146</sup>.

## IX. SİGORTA ETTİRENİN RİZİKONUN GERÇEKLEŞMESİNDEN ÖNCEKİ TEKNİK YÜKÜMLÜLÜKLERİ (AVBC A1-16)

Sigorta hukukuna dair temel ilkelerden biri de sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesinin kurulmasından sonraki aşamada, süreklilik oluşturacak şekilde sigortacının aleyhine ve rizikonun gerçekleşmesi ihtimalini artırıcı davranışlardan kaçınması yükümlülüğüdür<sup>147</sup>. Zira, sözleşmenin başlangıcındaki prim ve riziko dengesi o anki şartlara göre kurulmuştur<sup>148</sup>. Rizikonun gerçekleşmesine yol açacak şekilde durumun kötüleşmesi sigortacının aleyhinedir. Konuyu ele alan TTK m. 1444'e göre sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasından sonra, sigortacının izni olmadan rizikoyu veya *mevcut durumu ağırlaştırarak tazminat tutarının artmasını etkileyici davranış ve işlemler*de bulunamaz. Bu bağlamda sigorta ettiren, rizikonun gerçekleşmesinden önce, üzerine düşen tüm sözleşmesel yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır. Bunun için özellikle, bilgi işlem sistemlerinin bireysel kullanıcıları ve dijital hiyerarşisi arasında ayırım yapmış olması gereklidir. Bunun gerçekleşmesi, *tüm kullanıcıların* bilgi işlem sistemlerine yeteri kadar karmaşık parolalarla korunan bir erişimini gerektirir. Tüm gerçek kişi kullanıcılar için tek bir erişim çiftinin (kullanıcı adı-parola) tanımlanması artan bir risk anlamına geleceğinden; tüm gerçek kişiler için ayrı ayrı kullanıcı adı ve parola belirlenmesi, sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesinden önceki yükümlülüklerindedir<sup>149</sup>. Bu anlamda yönetici erişimi, yalnızca yöneticiler (*administrators*) için ve yönetsel faaliyetlerin icrası için saklı tutulmalıdır.

Sigorta ettiren aynı zamanda bilgi işlem sistemlerini, bu sistemler artan bir riske maruz kaldıklarında yetkisiz erişime karşı ilâve bir koruma

---

bir siber saldırı türüdür, <https://it.bilgi.edu.tr/tr/guvenlik/phishing/>, Erişim Tarihi: 22/05/2024.

<sup>146</sup> Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, *SALM*, A.1-15, N. 11.

<sup>147</sup> YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 149.

<sup>148</sup> ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap-Sigorta Hukuku, Cilt I, Oniki Levha, İstanbul, 2016, s. 464.

<sup>149</sup> Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, *SALM*, A.1-16, N. 7.

ile donatmak zorundadırlar. Örneğin, internet üzerinden erişilebilir cihazlarda ya da internet erişimine sahip mobil cihazlara yönelik bu maddede artan bir risk var demektir. Oysa, internet erişiminin bulunmadığı iş istasyonları için artan bir risk yoktur ve sigorta ettirenin bunlar için ek tedbirler alması gerekmemektedir<sup>150</sup>. Artan risklerden korunmak adına alınabilecek ek koruma tedbirleri şunlar olabilir: Cihazların güvenlik duvarı ile korumaya alınması; sunucular bakımından iki faktörlü kimlik doğrulama sisteminin getirilmesi; seri taşıyıcı ve mobil cihazların şifrelenmesi; hırsızlığa karşı koruma önlemleri.

Sigorta ettiren bilgi işlem sistemlerini otomatik olarak güncellenebilen ve kötü amaçlı yazılımlara karşı koyabilen koruyucu yazılımlarla muhafaza etmelidir. Bu tür yazılımlar şunlar olabilir: Virüs tarayıcı programlar; kod imzalama sertifikaları<sup>151</sup>; uygulama güvenlik duvarları<sup>152</sup>.

Sigorta ettirene ait bilgi işlem sistemleri, gerekli ve ilgili güvenlik yamalarını derhal sisteme entegre ederek yükleyebilen bir yapıda olmalıdır. Bilgi teknolojileri dünyasında bilinen güvenlik açıklarına sahip sistemler ve uygulamalar, bu güvenlik açıklarına yönelik uygun ek güvenlik tedbirleri olmaksızın kullanılmamalıdır.

Sigorta ettiren, bilgi işlem sistemlerini haftada en az bir kez yedekleme işlemine tabi tutmalıdır. Bu sayede veriler ayrı olarak ve fizikî bir şekilde taşınma imkânına sahip olur. Böylelikle, sigorta sözleşmesine konu riziko gerçekleştiğinde orijinal ve yedek kopyalara aynı anda erişilememiş olunur ki bu, verilerin manipüle edilmesi ya da yok edilmesinin engellenmesi demektir. Sigorta ettiren, söz konusu yedekleme sürecini periyodik olarak yönetir.

<sup>150</sup> Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, **SALM**, A.1-16, N. 10.

<sup>151</sup> Kod imzalama sertifikaları, bir yazılımcının yaratmış olduğu kodların, imzalama tarihinden itibaren değiştirilmemiş ya da bozulmamış olduğunu garanti etmeye yarayan belgelerdir, [https://en.wikipedia.org/wiki/Code\\_signing](https://en.wikipedia.org/wiki/Code_signing), Erişim Tarihi: 22/05/2024.

<sup>152</sup> Güvenlik duvarı (*firewall*), internet kullanıcısının siber saldırılardan korunması için gerekli ilk savunma mekanizmasını oluşturan ve kötü amaçlı bir yazılım veya bir siber korsanın internet kullanıcısına ait kişisel verileri ele geçirmesini engelleyen donanım ya da yazılımlardır, <https://www.mcafee.com/tr-tr/antivirus/firewall.html>, Erişim Tarihi: 22/05/2024.

Sigorta ettiren ayrıca, bütün yasal, idarî ve sözleşmesel güvenlik hükümlerine uymak zorundadır. Sigorta ettiren, sigortacının talebi üzerine, tehlike arz eden durumları makul bir süre içinde ortadan kaldırmak durumundadır. Hasarla sonuçlanması muhakkak bir durum tehlikeli sayılır. Fakat, her iki tarafın sigorta sözleşmesi çerçevesindeki karşılıklı menfaatleri değerlendirildiğinde bu tür tedbirlerin alınması beklenemez ise anılan gereklilikten söz edilemez.

## X. TEMİNAT DIŞI HALLER (AVBC A1-17)

Sigorta sözleşmesine konu olan rizikonun herhangi bir istisna tanınmaksızın tamamen teminat altına alınması, akdedilen birçok sözleşme vesilesiyle, sigortacıyı altından kalkılamayacak tazminat yükleriyle karşı karşıya bırakabilir<sup>153</sup>. Bu sebeple, sigorta sözleşmelerinde her bir özel sigorta konusuna göre teminat dışında olan durumlar özel olarak belirtilir. Genel Şartlar'a göre de bazı hallerin gerçekleşmesi bu hallerin gerçekleşmesine sebep olan olgular dikkate alınmaksızın sigorta teminatını ortadan kaldırır<sup>154</sup>. Bir hususun sigorta teminatı dışında olduğu konusundaki ispat yükü sigortacıdadır<sup>155</sup>. Zira bu vakaadan kendi lehine (sigorta tazminatından sorumlu olmama yönünde) hak çıkaran taraf sigortacıdır.

Genel Şartlar'a göre aşağıdaki haller sigorta teminatı dışındadır:

### 1. Sözleşme Öncesi Bilgi Güvenliği İhlalleri

#### A. Kural

Sigorta sözleşmesinin yapıldığı sırada zaten gerçekleşmiş olan ya da gerçekleşme ihtimali bulunmayan bir riziko sigorta edilemez<sup>156</sup>. Böyle

<sup>153</sup> KENDER, s. 296.

<sup>154</sup> Sigorta teminatının istisna klozlarıyla sınırlandırılarak, sigortacının teminat sağlama borcunun kapsamının daraltılması eğilimi uluslararası hukukta da söz konusudur. Örneğin, bu manada, denizcilik sigortalarında kullanılan CL380 klozu ile sigortanın; bir bilgisayarın, birden fazla bilgisayardan oluşan bir sistemin, bir yazılımın, kötü niyetli kodun, bilgisayar virüsünün veya bilgisayarda yapılmış bir işlemin ya da başka bir elektronik sistemin doğrudan ve bizzat zarar verme aracı olarak kullanılmasından kaynaklanan zararları kapsamayacağı belirtilmiştir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KARAYAZGAN, Ahmet: Hukuki Yönüyle Siber Sigorta ve Sessiz Siber Teminatının Çalışma Esasları, Legal Hukuk Dergisi, C. 18, S. 215, Y. 2020, <https://legalbank.net/belge/hukuki-yonuyle-siber-sigorta-ve-sessiz-siber-teminatini-calisma-esaslari/4281775>, E.T. 1.09.2024.

<sup>155</sup> Prölss/Martin VVG, KLIMKE, AVBC, A1-17, N. 2.

<sup>156</sup> YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 74.

bir riziko sigorta edilmiş olsa dahi sözleşme imkânsızlık sebebiyle geçersizdir<sup>157</sup>. Geçmişe etkili sigortayı düzenleyen TTK m. 1458 hükmü de bu doğrultudadır. Zira bu hükme göre, sigorta, sigorta koruması sözleşmenin yapılmasından önceki bir tarihten itibaren sağlanacak şekilde yapılabilir. Ancak, rizikonun gerçekleştiğinin bilindiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkmış olduğu, sözleşmenin yapılması sırasında, sigortacı ile sigorta ettiren ve sigortadan haberi olmak şartıyla, sigortalı tarafından biliniyorsa *sözleşme geçersizdir*. Bu doğrultuda, siber risk sigortası sözleşmesinin akdedilmesinden önceki dönemde ortaya çıkan bilgi güvenliği ihlallerinden kaynaklanan zararlar da teminat dışındadır. Bununla beraber, siber saldırıların ne zaman gerçekleştiği yönündeki kesin tespit güç olduğu için, yine de yüz seksen günlük bir periyodun bir siber saldırının varlığının anlaşılması için yeterli olabileceği ifade edilmektedir<sup>158</sup>. Siber saldırının gerçekleşme zamanı ile ilgili kesin bir belirlemenin yapılamadığı hallerde, gerçekleşen zararın teminat dışında olduğu ileri sürülemez<sup>159</sup>.

## B. Geçmişe Etkili Koruma

Genel şartlarda, teminat dışı bırakılan hallerin bazıları için sözleşmeyle teminat sağlanması imkânı getirilmiştir<sup>160</sup>. Özellikle, geçmişte gerçekleşmiş ancak uzun süre fark edilememiş siber saldırıların etkilerini sonradan göstermesinden kaynaklanan zararlar da sigorta teminatı altına alınmış olur<sup>161</sup>. Buna göre, AVBC A1-17.1 hükmünden farklı olarak, sigorta sözleşmesinin akdedildiği sırada tespit edilememiş olan (bilinmeyen), sigorta poliçesinde belirtilen zamandan (geçmişe etki tarihinden) sonra ortaya çıkan ve aynı zamanda sigorta sözleşmesinin başlangıcından önce (teminat başlangıcı ile geçmişe etki tarihi arasındaki geçmişe etki süresinde) gerçekleşen bilgi güvenliği ihlallerinden kaynaklanan zararlar da teminat kapsamındadır (AVBC A1-6). Sigorta ettirene ya da onunla

<sup>157</sup> ÜNAN, Cilt II, s. 77.

<sup>158</sup> Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, SALM, A.1-17, N. 1'de dn. 1.

<sup>159</sup> FORTMANN, s. 432.

<sup>160</sup> Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, SALM, A.1-6, N. 1.

<sup>161</sup> Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, SALM, A.1-6, N. 1.

bağlantılı bir üçüncü kişiye atfedilebilecek müspet vukuf, hükmün uygulanmasını engeller<sup>162</sup>.

## 2. Savaş

Rizikonun gerçekleşmesi veya zararın ortaya çıkması bir savaş yüzünden ise sigorta teminatı yoktur. Bu anlamda savaş, iki ülkenin silahlı kuvvetlerinin çarpışması, işgal, iç savaş, ayaklanma, devrim, isyan ve sivil ya da askeri darbe girişimlerini içeren geniş bir kavramdır.

Teknolojinin sağladığı imkânlarla sanal dünyada yapılan siber savaşların da (*Cyberkrieg*) bu anlamda savaş kavramı içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği akla gelebilir. Öncelikle, bu türden bir savaşın sigorta teminatı dışında bırakılması isteniyorsa mutlaka sigorta sözleşmesinde bu yönde bir istisna hükmüne ihtiyaç olduğu belirtilmektedir<sup>163</sup>. Kanaatimizce, siber savaş olarak nitelendirilecek çapta geniş bir sanal (ve büyük olasılıkla yasadışı) mücadelenin genel şartlarla bir istisna hükmü olarak belirlenmesi, yasadışı bir zeminde gerçekleşen aksiyonların etki ve sonuçlarının kapsamının belirlenmesinde yaşanabilecek güçlükler sebebiyle taraflar arasındaki hukukî uyumsuzlukları artıracabilecek niteliktedir. Dolayısıyla, resmî makamların “savaş” olarak nitelendirmediği mücadelelerin sigorta teminatına istisna edilmemesi gerekir. Zaten, aksinin kabulü halinde, sigortacının bir siber saldırının yabancı bir devletten kaynaklandığını ispatı gerekir ki bunun güçlüğü de ortadadır<sup>164</sup>. Bu yüzden, siber savaşın gerçekleşebileceği zeminde bulunacak kadar kritik ve geniş çaplı işletmeler için de sigorta teminatının sağlanması ve sözleşmelerde bu yönde istisnai hükümlere yer verilmemesi isabetli olur. Elbette, rizikonun niteliğine göre sigorta priminin miktarının değişebileceği de göz ardı edilmemelidir.

## 3. Siyasî Kargaşa ve Tehditler

Rizikonun gerçekleşmesi veya zararın ortaya çıkması düşmanca eylemlere, bir iç isyana veya iç kargaşaya, genel veya yasadışı greve dayanıyorsa sigorta teminatı bulunmamaktadır.

<sup>162</sup> Prölss/Martin VVG, **KLIMKE**, AVBC, A1-6, N. 3.

<sup>163</sup> Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, **SALM**, A.1-17, N. 1.

<sup>164</sup> **MALEK/SCHÜTZ**, s. 427.

#### 4. Terör Eylemleri

Rizikonun gerçekleşmesine ya da zararın ortaya çıkmasına yol açan olgu bir terör eylemi ise bu hâl sigorta teminatı dışındadır. Genel Şartlar'a göre terör eylemi; politik, dinî, etnik ya da ideolojik amaçlara ulaşmak için yapılan yasadışı faaliyetlerdir. Ancak bu faaliyetlerin terör eylemi sayılabilmesi için söz konusu faaliyetlerin, toplumun tamamı ya da bir kısmında korku ve dehşet yaymaya, böylelikle devlet kurumları üzerinde etki yaratmaya yönelik ve buna uygun olması gerekir.

#### 5. Kusurlu Altyapı

Eksik ve hatalı altyapının bulunması gerçekleşen rizikoyu teminat dışı bırakır. Gerçekten de sigortacının, ilgili bölgedeki genel bir elektrik kesintisine dayanan ve bundan kaynaklanan bir bilgi güvenliğinin ihlâli eylemine karşı sorumluluğunu sınırlandırmakta özel bir yararı vardır<sup>165</sup>. Çünkü sigortacı, eksik ya da hatalı altyapı bağlantılı tek bir olayın gerçekleşmesiyle çok sayıda etkilenmiş işletmenin tazminat talebi ile karşı karşıya kalabilir ve böylelikle sigorta şirketinin finansal yapısı sarsılabilir<sup>166</sup>. Bu olumsuz durumdan kurtularak, gerçekleşen olayın teminat dışında olduğunu iddia edebilmek amacıyla altyapıda bir noksanlıktan bahsedebilmek için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir:

- Ülkenin belirli bir bölgesini oluşturan çeşitli büyüklükteki mülkî idarî amirliklerin ya da bunların il, ilçe, belediye veya köy gibi önemli kısımlarının rizikoya yol açan eksiklikten etkilenmiş olması.

- Bölgelerarası bilgi transferine imkân sağlayan telefon, internet ya da radyo ağları gibi yapıların söz konusu eksiklikten etkilenmiş olması.

- Toplumun genel yararına hizmet eden kurum ve kuruluşların aşağıdaki hizmetlerinin altyapı eksikliğinden etkilenmiş olması:

- o Katı atık tahliye sistemleri.
- o İçme suyu temini.
- o Atık su tahliyesi.
- o Elektrik ve doğalgaz temin sistemleri.
- o Kısa ve uzun mesafe toplu taşıma sistemleri.
- o Sair altyapı işletmeleri.

<sup>165</sup> Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, SALM, A.1-17, N. 9.

<sup>166</sup> FORTMANN, s. 434.

## 6. Taşıtlarla İlgili Riziko ve Zararlar

Kara, hava, demiryolu ya da denizyolu taşıtlarıyla ilgili riziko ve zararlar teminat dışındadır. Bu kural aynı zamanda hava sahası, trafik gözetim, yönlendirme ve idare sistemleri için de geçerlidir.

## 7. Fidyeye ve Şantaj

Kötü amaçlı yazılım kullanılarak siber saldırıya hedef olan kişiden fidye istenmesi ya sistemin tamamen kilitlenmesi suretiyle ya da belirli dosyaların şifrelenmesi suretiyle gerçekleştirilir<sup>167</sup>. Bu kitleme ya da şifrelemenin çözülmesi için siber saldırıdan zarar gören kişiden belirli miktar parayı bir hesaba aktarması istenir ve aktarımın ardından kitleme ya da şifrelemenin çözüleceği vaat edilir<sup>168</sup>.

Fidyeye istenmesi ve şantaj yapılması sonucu ödenen paralar (ve bitcoin gibi diğer ekonomik değerler<sup>169</sup>) sigorta teminatı dışındadır. Teminat dışında olan ve fidye konusunu oluşturan edim parasal bir edim olup; sigorta ettireni (örneğin belirli bir malın belirli bir süre için tedarik edilmesine yönelik edimlerde olduğu gibi) belirli bir biçimde davranmak zorunda bırakan, konusu para dışında olan fiiller sigorta teminatı içindedir<sup>170</sup>.

## 8. Finansal Piyasa İşlemleri

Kıymetli evrakın, emtianın, türev araçların, dövizin, tahvilin ve benzeri yatırım araçlarının her türlü alımı ve satımı sebebiyle veya bu işlemlerle bağlantılı olarak ortaya çıkan zarar veya rizikolar teminat dışındadır. Çünkü, finansal piyasalarda (muhtemel) sigorta ettirenin karşılaşılabileceği zarar rizikosunu ile kâr beklentisi birbirini dengeler ve zarar rizikosunun teminat altına alınması sigorta sözleşmesinden beklenen bir yarar olamaz<sup>171</sup>.

## 9. Varlık Akışı

Bir bilgi güvenliğinin ihlâliyle bağlantılı olarak sigortalıya ait olan malvarlığı değerlerinin (örneğin bir hırsızlık sebebiyle) dışarı akışından

<sup>167</sup> BEUKELMANN, Stephan: "Cyber-Attacken – Erscheinungsformen, Strafbarkeit und Prävention", NJW-Neue Juristische Wochenschrift Spezial, S. 2017-12, s. 376.

<sup>168</sup> BEUKELMANN, s. 376.

<sup>169</sup> FORTMANN, s. 434.

<sup>170</sup> FORTMANN, s. 434.

<sup>171</sup> Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, SALM, A.1-17, N. 18.



ötürü ortaya çıkan riziko ve zararlar teminat kapsamı dışındadır. Bununla beraber, uygulamada birçok sigorta şirketi özel kloxlar ile siber hırsızlıklara karşı sigorta ettirenlere teminat sunmaktadır<sup>172</sup>.

### 10. Bir Yükümlülüğün Kasıtlı İhlâli

Bir kanun hükmüne, karara, temsile yönelik bir yetkilendirme işlemine ya da talimata kasıtlı olarak veya (sonucunu öngörmeyerek de olsa) bilinçli bir davranış sonucu aykırı davranarak zarara ya da rizikonun gerçekleşmesine sebep olan kişilerin sigorta sözleşmesine ilişkin talepleri teminat dışındadır.

### 11. Kamusal Tedbirler ve Cezalar

Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, sigorta ettirene karşı uygulanan kamusal icraî işlemler ve emirler, özgürlüğü kısıtlayıcı cezalar ya da para cezaları gibi yaptırımlardan kaynaklanan riziko veya zararlar teminat kapsamında değildir.

### 12. Fikrî Mülkiyet Haklarının İhlâli

Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, Marka, patent, telif hakkı gibi fikrî mülkiyet unsurlarına ilişkin hakların; lisans veya lisans ücretine ilişkin hakların, rekabet ve haksız rekabet hukukuna ilişkin kuralların; kişilik haklarının ihlâlinden kaynaklanan ya da bunlarla bağlantı içinde olan zararlar veya rizikonun gerçekleşmesi olgusu teminat dışındadır.

### 13. Nükleer Enerji

Nükleer enerji, radyasyon ya da radyoaktif maddelerin etkisiyle ortaya çıkan zararlar veya rizikolar da teminat dışındadır.

### 14. Ayrımcılık

Özellikle Genel Eşit Davranma Yasası'na (*Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*) dair hükümler olmak üzere, ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına dair hükümlere aykırı davranılması sebebiyle ortaya çıkan zarar veya rizikolar teminat kapsamı dışındadır.

## XI. TÜRKİYE'DE SİBER GÜVENLİK SİGORTASI ÖRNEKLERİ

Ülkemizde siber risk sigortası, henüz gelişim aşamasındadır. Türkiye'de 2024 yılı ortaları itibariyle siber risk sigortasına dair genel şart şeklinde bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir<sup>173</sup>. Fakat

<sup>172</sup> Rüffer/Halbach/Schimikowski VVG, *SALM*, A.1-17, N. 20.

<sup>173</sup> Siber risk sigortaları için Meslekî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın (RG, 26.5.2013/28658) geçerli olacağı belirtilmektedir. Bkz.

uygulamada, siber risk sigortası sözleşmelerinin yaygın olarak yapıldığı görülmektedir. Siber risk sigortalarının, “*Dijital Güvenlik Sigortası*<sup>174</sup>”, “*Risk (Veri Koruma) Sigortası*<sup>175</sup>”, “*Siber Sorumluluk Sigortası*<sup>176</sup>”, “*Bireysel Siber Güvenlik Sigortası*<sup>177</sup>”, “*Ticarî Siber Güvenlik Sigortası*<sup>178</sup>” ve “*Siber Koruma Sigortası*<sup>179</sup>” adları altında yapıldığı görülmektedir<sup>180, 181</sup>.

Türkiye özelinde ele alındığında, siber risk sigortalarıyla teminat altına alınan rizikoların genel itibariyle aşağıdaki gibi olduğu söylenebilir<sup>182</sup>:

---

ALTUNTAŞ/KARA/SOYLU/KIRKBEŞOĞLU, s. 12. Ancak, anılan genel şartlar sorumluluk sigortalarını konu edinmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, siber risk sigortaları hem zarar hem de sorumluluk sigortaları şeklinde yapılabilir. O halde, bu sigorta türüne özel bir genel şart düzenlemesi gereklidir.

<sup>174</sup> <https://www.somposigorta.com.tr/dijital-guvenlik-sigortasi>, Erişim Tarihi: 8/1/2022.

<sup>175</sup> <https://phillipsigorta.com.tr/siber-risk-veri-koruma-sigortasi/>, Erişim Tarihi: 8/1/2022.

<sup>176</sup> [https://www.allianz.com.tr/tr\\_TR/urunler/diger-urunler/sorumluluk-sigortalari-finansal-sigortalar.html](https://www.allianz.com.tr/tr_TR/urunler/diger-urunler/sorumluluk-sigortalari-finansal-sigortalar.html), Erişim Tarihi: 8/1/2022.

<sup>177</sup> <https://www.anadolusigorta.com.tr/urunler/size-ozel-sigortalar/bireysel-siber-guvenlik-sigortasi>, Erişim Tarihi: 8/1/2022.

<sup>178</sup> <https://www.dogasigorta.com/urunler/ticari-siber-guvenlik-sigortasi>, Erişim Tarihi: 8/1/2022.

<sup>179</sup> <https://www.aksigorta.com.tr/urunler/kurumsal-urunler/diger-sigortalar/siber-koruma-sigortasi>, Erişim Tarihi: 8/1/2022.

<sup>180</sup> Siber risk sigortasıyla ilgili uygulamada, Almanya’da kullanılan terimler de farklılık göstermektedir. Bu kavramlardan bazıları şunlardır: “*Cybercrime-Versicherung, Cyberrisiko-Versicherung, Computer-Missbrauch-Versicherung, Hacker-Versicherung, Anti-Hacker-Versicherung, Datenschutz-Versicherung, Elektronik-Versicherung, IT-Versicherung, Web-Versicherung, Online-Schutz-Versicherung, Multimedia-Versicherung, Cyber-Space-Versicherung*”. Bkz. Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, §24, **GE-BERT/KLAPPER**, N. 2’den naklen.

<sup>181</sup> Bu noktada, öğretilerdeki bireysel/ticari siber risk sigortası ayrımının uygulamaya da yansımış olduğu söylenebilir. Söz konusu ayrım için bkz. **TEKİN**, s. 676.

<sup>182</sup> Teminat altına alınan rizikolar açısından bu yönde bkz. <https://www.aksigorta.com.tr/urunler/kurumsal-urunler/diger-sigortalar/siber-koruma-sigortasi>, <https://www.anadolusigorta.com.tr/urunler/size-ozel-sigortalar/bireysel-siber-guvenlik-sigortasi>, <https://www.isbank.com.tr/siber-guvenlik-sigortasi>, <https://www.turkiyesigorta.com.tr/urunlerimiz/diger-sigortalar/finansal-siber-koruma-sigortasi>, <https://www.yapikredi.com.tr/bireysel-bankacilik/sigorta-ve-emeklilik/siber-guvenlik-sigortasi>, <https://www.raysigorta.com.tr/kendim-ve-ailem-icin/diger-sigortalar/cyberella-siber-guvenlik>, <https://www.halkbank.com.tr/tr/bireysel/sigorta/diger/finansal-siber-koruma-sigortasi.html>, Erişim Tarihi: 23/5/2024.

- Tüketici ekonomisine yönelik rizikolar ve özellikle,
  - o İnternet alışverişlerinde karşılaşılabilecek ödeme problemleri.
  - o Kredi kartı ve benzeri araçların izinsiz kullanımı.
  - o Kişisel teknolojik cihazlarda yaşanabilecek teknik sorunlar.
  - o Siber saldırılar sonucu kişisel hesaplardaki tutarların başka hesaplara aktarılması.

- Kişisel bilgilerin güvenliğine dair rizikolar ve özellikle,
  - o Sigorta ettirene ya da sigortalıya ait sosyal medya hesaplarının siber saldırıya uğraması.

- o Sigorta ettirene ya da sigortalıya ait bilgisayar ve bilgi işlem sistemlerindeki verilerin izinsiz olarak çalınması, yayılması ve değiştirilmesi.

- o Sigorta ettirene ya da sigortalıya ait kişisel bilgilerin deep web ve dark web olarak da isimlendirilen, internetin derin ve yasadışı katmanlarında alınıp satılması.

- o Sigorta ettirene ya da sigortalıya ait kişisel şifrelerin çalınması.

- İşletme ekonomisine yönelik rizikolar, zararlar ve özellikle,
  - o Siber saldırı sonucu iş durmasından kaynaklanan zararlar.

- o Bir siber saldırıyla bağlantılı fidye talepleri.

- o İşletmeyle ilgili müşteri çevresi, plan ve hesap gibi gizli kalması gerekli bilgilerin bir siber saldırı ile çalınması.

- o Verilerin muhafazası için kullanılan bilgi işlem sistemlerine verilen hasarlar.

- Sorumluluk hukuku anlamında karşılaşılabilecek rizikolar ve özellikle,

- o Bir kamu otoritesine karşı ödenmek durumunda kalınan para cezaları.

- o Verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi sebebiyle karşılaşılan tazminat talepleri.

- Kişisel haklara ve saygınlığa ilişkin rizikolar ve özellikle,

- o Kişisel verilerin çalınması sonucunda bilhassa dijital dünyadaki marka itibarına ve kişisel saygınlığa zarar verilmesi.

Bir sigorta ilişkisinde en kritik noktalardan biri, sigorta teminatının kapsamıdır. Başka bir deyişle, sigortacının ortaya çıkan zararı karşılama borcu için teminat dışı hallerin neler olduğunun tespiti sigorta

ilişkisinden beklenen yararın sağlanması için önemlidir. Uygulamada, siber risk sigortası kapsamında akdedilen sözleşmelerde bu konuda yeknesak ya da birbirine yakın veya benzer bir uygulamanın sağlanması için AVB-Cyber benzeri bir genel şart düzenlemesinin ortaya konması sigorta şartlarındaki yeknesaklığı artırarak muhtemel hukukî uyumsuzlukları azaltacaktır<sup>183</sup>.

## SONUÇ

İşletmelerin müşterilerine sundukları malların ya da hizmetlerin önemli bir kısmının internet üzerinden ve bilgisayar teknolojileri kullanılarak arz edilmesi, bu işletmeleri siber saldırıların açık hedefi haline getirmektedir. Özellikle müşterilerine ait kişisel verileri sistemlerinde muhafaza eden şirketler bakımından, bu verilerin hukuka aykırı olarak ifşası halinde üçüncü kişilere (müşterilere) karşı sorumluluk da söz konusu olabilir.

Çeşitli kamusal, ticari ve bireysel gereklilikler sebebiyle, özellikle kişisel verilerin internet ortamında saklanması zorunluluğu göz önünde bulundurulduğunda, siber saldırıların sadece işletmeleri değil, aynı zamanda bireyleri de tehdit ettiği söylenebilir. Bilhassa, bireylerin sosyal medya kullanımlarının, devletlerle olan ilişkilerinin kısmen internet ortamına kaymasının etkisiyle, bireyler de siber saldırı tehdidinin muhatabı haline gelmiştir.

Siber rizikolara karşı sigorta ettireni korumayı amaçlayan sigorta türü ise siber risk sigortalarıdır. Siber risk sigortaları, ülkemizde ve Almanya'da yaygın olarak kullanılmakta ise de Almanya'nın aksine ülkemizde siber risk sigortaları için bir genel şart düzenlemesi bulunmamaktadır. Oysa, siber rizikoların bilinemezliği, gerçekleşen zararın kapsamını belirlemenin zorluğu ve tarafların bu zararlar karşısındaki hukukî durumlarını anlamak etmek bakımından ilgili sözleşme bakımından hak ve borç dağılımını net olarak tespit etmek son derece önemlidir. Siber risk sigortası genel şartlarının belirlenerek uygulamaya konulması, ülkemizde de bu alanda akdedilen sözleşmelerdeki yeknesaklığı sağlayacaktır. Siber risk sigortaları açısından bugün gelinen nokta bir yana, geleceğe

<sup>183</sup> Alman hukuku açısından bu yöndeki bir tespit için bkz. Rüffer/Halbach/Schimirowski VVG, ERICHSEN, Vorbemerkungen, N. 2.

yapılacak kısa bir bakışta, bu tür sigorta sözleşmelerinin sayısının katlanarak artacağı söylenebilir. Zira, sadece ülkemizde değil tüm dünyada bilgisayar ve internet teknolojilerinin kullanımı asla azalmayacak, belki insan hayatının yüzde yüzünü işgal ediyor olacaktır. O halde, hukuk gelişen ihtiyaçlara cevap vermesi gereken bir araç olduğundan ötürü, ülkemiz de dünyadaki gelişmeleri takip etmeli, belki de bu ilerlemeye öncülük etmelidir. Bu bağlamda, çalışmamızın inceleme konusunu oluşturan genel şartlar benzeri bir düzenleme ivedilikle ve muhakkak gerçekleştirilmelidir. Alman Siber Risk Sigortası Genel Şartları bu konuda Türk hukukunda yapılması düzenlemeler açısından bir örnek niteliğindedir.

Alman Siber Risk Sigortası Genel Şartları'nın içeriği incelendiğinde bu sigortaların zarar sigortaları içinde tasnif edilebileceği görülür. Bu değerlendirme, Türk ve Alman sigorta hukukları arasında sigorta hukukunun temel prensipleri açısından söz konusu olan benzerlik göz önünde tutulduğunda Türk hukuku açısından da geçerlidir. Dolayısıyla, Türk hukukunda mevcut durumda genel şartlar olmaksızın uygulanan siber risk sigortaları zarar sigortaları arasındadır.

Alman hukukunda siber risk sigortaları, zarar sigortalarından mal ve sorumluluk sigortalarına ait teminatlar sunmaktadır. Bu durum Türk hukuku açısından, mevcut durumda genel şartlar olmaksızın sigorta şirketleri tarafından sunulan poliçe içeriğine göre değişir. Türk hukukunda, sigorta genel şartları anlamında ileride yapılması muhtemel bir düzenlemede, sorumluluk sigortaları anlamında teminatlar sunulması ihtimali de göz önünde tutulmalıdır. Çünkü, özellikle veri güvenliğinin ihlali sebebiyle sigorta ettirenlerin karşılaşması olası olan tazminat talepleri bu suretle genel şart hükümlerine tabi olarak teminat altına alınabilir.

## KAYNAKÇA

- ACHENBACH**, Matthias: “Die Cyber-Versicherung – Überblick und Analyse”, *VersR-Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht*, S. 2017-24, 2017, s. 1493-1500.
- ALGANTÜRK LIGHT**, Didem: “Taşıma Sektöründe Siber Riskler ve Etkileri”, *Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar Sempozyumu I*, 2019, İstanbul, s. 83-95.
- Allianz Risk Barometer, Top Business Risks for 2019, <https://www.agcs.allianz.com/content/dam/onemarketing/agcs/agcs/reports/Allianz-Risk-Barometer-2019.pdf> (Erişim Tarihi 25/5/2022).
- ALTUNTAŞ**, Eda/**KARA**, Emine/**SOYLU**, Abdullah Buğra/**KIRKBEŞOĞLU**, Erdem: “Siber Sigortalar: Son Gelişmeler, Uygulamalar ve Sorunlar”, *Bankacılık ve Sigortacılık Araştırmaları Dergisi*, S. 2018-12, s. 8-22.
- ANTALYA**, Osman Gökhan: *Marmara Hukuk Yorumu-Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.*
- ANTALYA**, Osman Gökhan/**TOPUZ**, Murat: *Marmara Hukuk Yorumu-Eşya Hukuku Cilt: IV/1, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.*
- AYAN**, Mehmet: *Eşya Hukuku I-Zilyetlik Tapu Sicili, 13. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.*
- AYHAN**, Rıza/**ÇAĞLAR**, Hayrettin/**ÖZDAMAR**, Mehmet: *Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Yetkin, Ankara, 2020.*
- BEUKELMANN**, Stephan: “Cyber-Attacken – Erscheinungsformen, Strafbarkeit und Prävention”, *NJW-Neue Juristische Wochenschrift Spezial*, S. 2017-12, s. 376-377.
- BUĞRA**, Ayşegül: “Otomatik Yönlendirme Seviyesi Yüksek Kara Araçları ve Sigorta”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: İnsansız Araçlar, Sorumluluk ve Özel Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu-18 Ocak 2019*, Ed. Serap Amasya, 2020, İstanbul, s. 1-35.
- CEBECİ**, İpek: “Türkiye’de Siber Risk Sigortalarına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi-Third Sector Social Economic Review*, S. 2021-56/1, s. 163-188.

- DOĞAN**, Murat/**ŞAHAN**, Gökhan/**ATAMULU**, İsmail: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.
- ERICHSEN**, Sven: "Cyber-Risiken und Cyber-Versicherung: Abgrenzung und/oder Ergänzung zu anderen Versicherungssparten", CCZ-Corporate Compliance, S. 2015-06, s. 247-250.
- FORTMANN**, Michael: "Cyberversicherung: ein gutes Produkt mit noch einigen offenen Fragen", r+s recht und schaden, S. 2019-8, s. 429-444.
- FRENCH**, Christopher: "Insuring Against Cyber Risk: The Evolution of an Industry", Penn State Law Review, S. 2018-122/3, s. 607-612.
- GÜNAY**, M. Barış: Sigorta Hukuku, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.
- HACIÖMEROĞLU**, Abdülhamid Oğuzhan: "Zorunlu Sorumluluk Sigortacısının Sonraki Sorumluluğu", BATİDER, S. 2020-36/2, s. 165-192.
- HÖRA**, Knut/**SCHUBACH**, Arno: "§ 1 Grundlagen des Privatversicherungsrechts", içinde: Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, Höra/Schubach, 5. Auflage, C.H. Beck, 2022, München.
- KARA**, Hac: "Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, S. 2020-10/1, s. 17-51.
- KARA**, Hac: Sigorta Hukuku, Oniki Levha, İstanbul, 2021. (Anılış: Sigorta Hukuku)
- KARAYAZGAN**, Ahmet: Hukuk Gözüyle Siber ve Sigorta, 1. Bası, Aristo, İstanbul, 2021.
- KARAYAZGAN**, Ahmet: Hukuki Yönüyle Siber Sigorta ve Sessiz Siber Teminatının Çalışma Esasları, Legal Hukuk Dergisi, C. 18, S. 215, Y. 2020, <https://legalbank.net/belge/hukuki-yonuyle-siber-sigorta-ve-sessiz-siber-teminatının-calisma-esaslari/4281775>.
- KENDER**, Rayegan: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 14. Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2014.
- LORENZ**, Egon: "§ 1. Einführung", içinde: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Auflage, C. H. Beck, München, 2015.

- MALEK, Paul/SCHILBACH, Dan:** “Versichertes Risiko in der Cyber-Versicherung – Umfang und Grenzen des Deckungsschutzes”, *VersR-Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht*, S. 2019-21, s. 321-1330.
- MALEK, Paul/SCHÜTZ, Camilla:** “Cyberversicherung: Rechtliche und praktische Herausforderungen”, *r+s – recht und schaden*, S. 2019-8, s. 421-429.
- MEHRBREY, Kim Lars/SCHREIBAUER, Marcus:** “Haftungsverhältnisse bei Cyber-Angriffen Ansprüche und Haftungsrisiken von Unternehmen und Organen”, *MMR-Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung*, S. 2016-2, s. 75-82.
- PRÖLSS/MARTIN,** *Versicherungsvertragsgesetz: VVG-mit Nebengesetzen, Vertriebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen*, 31. Auflage, München 2021. (Anlış: Prölss/Martin VVG, Yazar)
- RÜFFER, Wilfried/HALBACH, Dirk/SCHIMIKOWSKI, Peter:** *Versicherungsvertragsgesetz*, 4. Auflage, Baden-Baden 2020. (Anlış: Ruffer/Halbach/Schimikowski VVG, Yazar, A-, N.-)
- SCHEUERMANN, James E.:** “Cyber Risks, Systemic Risks, and Cyber Insurance”, *Penn State Law Review*, S. 2018-122/3, s. 613-644.
- SCHILBACH, Dan:** “Die Musterbedingungen des GDV für die Cyberisiko-Versicherung”, *SpV-Spektrum für Verischerungsrecht*, S. 2018-1, s. 2-4.
- SELBY, Judy:** “Understanding Cyber Insurance”, *International Journal for the Data Protection Officer, Privacy Officer and Privacy Counsel*, S. 2011-2/11, ss. 21-24.
- TEKİN, Ufuk:** “Hukukî Açıdan Siber Risk Sigortası”, *Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu*, 11-12 Ekim 2019, 2020, İstanbul, ss. 671-683.
- ÜNAN, Samim:** *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap-Sigorta Hukuku, Cilt II, Oniki Levha*, İstanbul, 2016. (Anlış: Cilt II)
- ÜNAN, Samim:** *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap-Sigorta Hukuku, Cilt I, Oniki Levha*, İstanbul, 2016.
- VEITH, Jürgen/GRÄFE, Jürgen/GEBERT, Yvonne:** *Der Versicherungsprozess-Ansprüche und Verfahren Praxishandbuch*, 4.



Auflage, Baden-Baden 2020. (Anılış: Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, §24, Yazar, N. -)

**VICEVICH**, David L.: "The Case for a Federal Cyber Insurance Program", Nebraska Law Review, S. 2018-97/2, s. 555-605.

**YAZICIOĞLU**, Emine/**ŞEKER ÖĞÜZ**, Zehra: Sigorta Hukuku, 3. Bası, Filiz, İstanbul 2020.





## İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA KESİN HÜKMÜN OLUMLU ETKİSİ

Dr. Öğr. Gör. Alkım AKTAŞ İNAM \*

### Öz

Uyuşmazlıkların nihayete kavuşmasını sağlayan kesin hüküm, hukuk devletinin olmazsa olmazı olarak hukukun temel prensipleri içinde karşımıza çıkmaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda kesin hüküm ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda genel hükümlere dair bir düzenleme mevcut olmadığında ilk akla gelen Medeni Usul Kanunu'na atıf yapıp yapılmadığının değerlendirilmesi olup, kesin hüküm konusunda atfa yer verilmemiştir. Bu sebeple idari yargı alanında kesin hükmün sonuçları konusunda belirsizlik hali sürmektedir. Kesin hüküm, olumlu ve olumsuz olmak üzere iki etkiye sahiptir. Çalışmanın asıl konusunu kesin hükmün olumlu etkisi olan bağlayıcılık unsuru oluşturduğundan, olumlu etkinin hukuki niteliği ayrıntılı olarak değerlendirilmiş, bağlayıcılığın sonuçları diğer yargı alanları ile mukayeseli olarak incelenmiştir. Değerlendirme yapılırken, idari yargılama alanında kesin hükmün bağlayıcılığının delil ve karine niteliği tartışılmış ve mahkemelerin verdiği kararların aynı ve farklı yargı kolları üzerindeki sirayetine kapsamlı bir şekilde yer verilmiştir.

\* Dr. Öğr. Gör., Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, Güvenlik Bilimleri Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Ph.D. Lect., Gendarmerie and Coast Guard Academy, Faculty of Security Sciences, Department of Administrative Law, Ankara, Türkiye.

✉ alkimaktas@gmail.com • ORCID 0000-0003-4277-9086.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: AKTAŞ İNAM, Alkım: "İdari Yargılama Hukukunda Kesin Hükmün Olumlu Etkisi", SÜHFD, C. 32, S. 3, 2024, s. 1657-1687.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



## Anahtar Kelimeler

• İdari Yargılama Hukuku • Karine • Kesin Hüküm • Kesin Delil • Mahkeme Kararları

## POSITIVE EFFECT OF THE FINAL JUDGMENT IN THE ADMINISTRATIVE JURISDICTION

### Abstract

A final judgment, which brings a dispute to an end, is one of the fundamental principles of law as a requirement of the rule of law. The Administrative Procedure Act does not regulate final judgments and does not refer to the Code of Civil Procedure. Therefore, the consequences of a final decision in the field of administrative jurisdiction are uncertain. A final decision has two effects, positive and negative. This study assesses the legal nature of the positive effect in detail and analyses the consequences of the binding effect in comparison with other jurisdictions. In the course of the evaluation, the evidential and presumptive nature of the binding effect of a final judgment in administrative jurisdiction is discussed, and the effect of court decisions in the same jurisdiction and in different jurisdictions on each other is comprehensively discussed.

### Key Words

• Administrative Jurisdiction • Presumption • Final Judgment • Final Evidence • Judicial Decisions

## GİRİŞ

Kesin hüküm, her yargılamanın özünde bulunan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu kavram, uyuşmazlıkların sonuçlanması amacıyla hizmet etmektedir. Kesin hüküm genel olarak olağanüstü durumlar dışında değiştirilmesi mümkün olmayan, kanuni hakikat vasfına sahip esasa ilişkin mahkeme kararları olarak tanımlanabilecektir. Kesin hükmün birbiri ile ilişkili iki farklı etkisi bulunmaktadır. Bunlardan ilki aynı davanın tekrarlanmasının önüne geçmeyi amaçlayan olumsuz etki iken, diğeri aynı dava koşulları sağlanmasa da verilen kesin hükmün bir başka uyuşmazlıkta bağlayıcı hale gelmesini öngören olumlu etkidir. Doktrinde çoğunlukla olumsuz etki konusunda detaylı incelemeler yapılmış ve bir fikir birliğine varılmıştır. Ancak çalışmamızın konusunu oluşturan olumlu etki konusunda tartışmalar devam etmekte ve hatta çoğu zaman bağlayıcılık reddedilmekte veyahut sirayetinin kapsamı dar tutulmaktadır. Ancak kesin hükmün olumlu etkisinin mevzu bahis olmadığı bir hukuk sisteminde, mahkemelerin birbirlerinin

kararlarına güven duymaması ve devamında daha önceden tartışılıp kabul edilmiş hususların sırf başka taraflar veya başka talepler içermesi dolayısıyla farklı bir uyuşmazlıkta tekrar tartışılması gündeme gelebilecektir. Bu sebeple olumlu etkinin niteliğinin ve kapsamının genel bir çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir. İfade edilen amaç doğrultusunda çalışmada öncelikli olarak idari yargıda kesin hükme ve etkilerine, daha sonra konumuzu oluşturan kesin hükümün olumlu etkisi olan bağlayıcılığın idari yargı alanında delil ve karene kapsamında nitelendirilmesine ve devamında idari yargı makamları ve diğer yargı makamları tarafından verilen kararların bağlayıcılığına yer verilmiştir.

## I. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA KESİN HÜKÜM

Kesin hüküm, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenleme altına alınmamış<sup>1</sup> ve Kanun'un 31. maddesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanacak hükümleri içerisinde de düzenlenmemiştir. Kesin hüküm, mahkeme tarafından verilen esasa ilişkin nihai kararlar hakkında başka bir olağan kanun yoluna gidilmesinin mümkün olmaması, kesinleşmesi ve değiştirilemeyen gerçeklik niteliği kazanması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kesin hüküm kurumunun uygulanmaması halinde, bir dava hakkında verilen karar sürekli olarak değişime uğrayabilecek, dava hakkında son kararın verilmesi ise mümkün olmayacaktır. Bunun sonucunda kişilerin hukuka olan güvenlerinin de sarsılması gündeme gelecek ve hatta hukuk devleti ilkesinin de ihlali gibi durumlar ortaya çıkabilecektir<sup>2</sup>. Zira hukuki güvenlik ilkesi, uyuşmazlıkların bir sonuca bağlanmasını zorunlu kılmaktadır<sup>3</sup>. Tüm bu sebepler de aslında idari yargılama alanında kesin hükümün uygulanması gerektiğini ortaya koymaktadır<sup>4</sup>. Asıl olarak kesin hüküm kurumunu herhangi bir yargılama usulüne değil, hukukun genel ilkelerine bağlamak nitelik

<sup>1</sup> İYUK'un birçok maddesinde hüküm yerine karar kavramı kullanılmıştır. Aslında söz konusu kavram, yalnızca hükümleri değil ara kararları, nihai kararları, hükümleri kapsayan üst bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Karar kavramının uygulamada sorun teşkil etmemesi için hüküm ve karar kavramlarının ayrı olarak düzenlenmesi gerekmektedir, detaylı açıklama için bkz. AKTAŞ, Alkım, İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 2022, s. 85.

<sup>2</sup> Y. HGK, 02.10.2013, E. 2013/183, K. 2013/1428; Y. 8. HD, 07.12.2016, E. 2016/12234, K. 2016/16643 (Lexpera, Erişim Tarihi: 08.04.2024).

<sup>3</sup> YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, İstanbul 1987, s. 6.

<sup>4</sup> KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Bursa 2023, s. 431.

açısından daha uygun olacaktır. Kesin hüküm her yargılamanın özünde bulunmaktadır<sup>5</sup>.

Kesin hüküm kendi içerisinde ikiye ayrılmakta olup, bunlar; şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hükmüdür. Şekli anlamda kesin hüküm süresi içerisinde kesinleşerek, başka kanun yolları aracılığı ile değiştirilemeyen esasa ilişkin nihai kararları ifade etmektedir. Belirtmek gerekir ki; bir hüküm şekli anlamda kesinleşmediği sürece, maddi anlamda da kesin hüküm niteliğini kazanamayacaktır. Bu sebeple aslında maddi anlamda kesin hükmün ortaya çıkış şartı, şekli anlamda kesin hükmün varlığıdır. Maddi anlamda kesin hüküm, şekli olarak kesinleşmiş hükümlere kanuni hakikat vasfının yüklenmesidir<sup>6</sup>.

## II. KESİN HÜKMÜN ETKİLERİ

Kesin hükmün olumlu ve olumsuz olmak üzere iki etkisi bulunmaktadır. Kesin hükmün olumsuz etkisi, esasa ilişkin olarak verilmiş ve kesinleşmiş mahkeme kararına konu edilmiş bir uyuşmazlık hakkında tekrar aynı davanın açılmasının önüne geçilmesini sağlamaktadır. Olumsuz etkinin ortaya çıkması için gerekli olan dava ayniyeti; dava taraflarının, konularının ve sebeplerinin aynı olduğu uyuşmazlıkları tanımlamaktadır<sup>7</sup>. Olumsuz etkinin bir anlık var olmadığı varsayımında, kesin hükme bağlanmış bir uyuşmazlığın sürüncemede kalması, uyuşmazlığın hiçbir zaman tam anlamıyla çözümlenememesi gibi sorunların yanında aynı konuda birbirine ters düşen kararların verilmesi de gündeme gelebilecektir. Doktrinde kesin hüküm denildiğinde ilk akla gelen çoğunlukla söz konusu etki olmaktadır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan olumlu etki ise, kısaca bağlayıcılık anlamına gelmektedir<sup>8</sup>. Olumsuz etkiyi doğuran şartların oluşmadığı, başka bir ifade ile taraf, konu ve sebep açısından tam bir birliğin sağlanmadığı durumlarda kesin hükmün olumlu etkisi ortaya çıkabilecek ve kimi hallerde diğer mahkemelerin önceki kesin hükmü dikkate

<sup>5</sup> D. 13. D, 12.05.2022, E. 2017/1742, K. 2022/1998 (Lexpera, Erişim Tarihi: 08.04.2024).

<sup>6</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, "İdari Yargıda Kesin Hüküm", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 1999, s. 124.

<sup>7</sup> D. 13. D, 14.02.2022, E. 2021/5040, K. 2022/403 (Lexpera, Erişim Tarihi: 08.04.2024).

<sup>8</sup> HMK gerekçesinde kesin hükmün olumlu etkisi, "*maddî anlamda kesin hükmün, kesin hükümle mahkemenin ve davanın taraflarının bağlı olması, özellikle lehine karar verilen kişinin hakkının inkâr edilememesi biçiminde*" ifade edilmiştir, <https://www.tbmm.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 08.04.2024); Y. CGK., 02.06.1986, E. 1986/78 K. 1986/324 (Lexpera, Erişim Tarihi: 08.04.2024).

almadan yargılama yapmasının önüne geçilebilecektir. Şunu da belirtmek gerekir ki, söz konusu etkiler pek tabiidir ki birbirinden tamamen bağımsız değildir. Her iki etki de kesin hükümün sonucu olduğuna göre birbirleri ile etkileşim halindedir.

### III. KESİN HÜKMÜN OLUMLU ETKİSİ KAPSAMINDA BAĞLAYICILIK

Kesin hüküm bağlayıcı kabul edilmediği sürece, toplumsal barış ve düzeni sağlama amacına hizmet eden uyuşmazlıkların çözümü süreci uzayabilecek veyahut çelişkili kararlar yaygınlaşabilecek ve en nihayetinde hukuk düzeni tehlike altına girebilecektir<sup>9</sup>. Buradan da anlaşılacağı üzere olumlu etki kapsamında bağlayıcılık yargılamanın tam olarak amacına ulaşmasına hizmet etmektedir.

Kesin hüküm ile uyuşmazlıkların kesin olarak çözülmüş olması yanında, tespit edilen hususlar da kanuni hakikat olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla mahkemeler birbirlerinin tespitlerinden tamamen bağımsız hareket edemeyeceklerdir. Tekrar ifade etmek gerekir ki söz konusu gerçeklik, yalnızca hukuki veya yargısal boyut ile sınırlıdır.

Kesin hükümün olumlu etkisinin olmadığı fikrini benimsemek; taraf, konu ve sebepler bakımından yalnız birinde farklılık olan ve fakat birbiri ile doğrudan ilişkili olan uyuşmazlıklarda tespit edilen hususların diğer yargı mercileri tarafından kabul edilmemesini beraberinde getirecektir. Bir başka deyişle, aslında kesin hükümün olumlu etkisi mahkemelerin daha önce bir kesin hükümle tespit edilmiş hususlar hakkında birbirine güvenme zorunluluğunu aktarmaktadır. Olumlu etki daha öncesinde tespit edilen ortak maddi olguların yeniden değerlendirilmesine gerek duyulmamasını sağlamaktadır.

Kesin hükümün diğer davalar için bağlayıcı kabul edilmesinin temelinde ön sorun veya ön şart meselesi yer almaktadır. Bir davada tespit edilmiş bir olgu, başka bir davanın sonuca bağlanmasında ön sorun olarak karşımıza çıkmakta ise, verilen kesin hüküm bağlayıcı kabul edilmelidir<sup>10</sup>. Bir örnek üzerinden değerlendirildiğinde, kesin hüküm ile birlikte sorumluluğa dair karar verilmiş ise ve daha sonra bu sorumluluğa dair tazminat gibi farklı bir dava açıldığında ilk karar, diğer mahkeme

<sup>9</sup> SELÇUK, Sami, "Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm Şartları - Kesin Hüküm İtirazı", Adalet Dergisi, C. 64, S. 11, 1973, s. 937.

<sup>10</sup> BLOOMEYER, Arved (Çeviren: YAZMAN, İrfan), "Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, 1968, s. 230.

için bağlayıcı olacak ve ikinci davada mahkeme, sorumluluğun tespiti veya esasları ile ilgili değerlendirme yapamayacaktır<sup>11</sup>.

Kesin hükmün olumlu etkisi olan bağlayıcılık hakkında çeşitli nitelendirmeler yapılmıştır. Doktrinde kesin hükmün yalnızca bağlayıcı olduğunu ifade eden yazarların yanında<sup>12</sup>, bağlayıcılığın hukuki niteliğinin kesin delil olmasından kaynaklandığını belirten<sup>13</sup> ve olumlu etkinin karine teşkil ettiğini ifade eden görüşler<sup>14</sup> de bulunmaktadır. Dolayısıyla bağlayıcılık özünde kabul edilmekte, çoğunlukla nitelikte tartışmalar çıkmakta ve bunun yanında özellikle bağlayıcılığın kapsamında görüş birliği bulunmamaktadır.

### A. Kesin Hükmün Kesin Delil Niteliği

Doktrinde çoğunluk sahibi görüş, kesin hükmün bağlayıcılığı olan olumlu etkiyi kesin delil niteliği ile açıklamaktadır<sup>15</sup>. Kesin delilin varlığı halinde mahkeme, kararda bulunan hususlara ilişkin tekrar bir inceleme yapamayacak, tespit edilen hukuki ilişkiler ve vakıalar ile bağlı olacaktır<sup>16</sup>. Kesin delil olma niteliğinin, iki davanın taraf ve dava sebepleri aynı olurken dava konusunun farklılık taşıması halinde mümkün olabileceği ifade edilmektedir<sup>17</sup>. Benzer şekilde tarafları farklı olan davalarda ise kesin hükmün güçlü bir delil olduğu da ifade edilmekte ve doğrudan bağlayıcı olamayacağı da ileri sürülmektedir<sup>18</sup>. Kanaatimizce bağlayıcı-

<sup>11</sup> OLG Hamm, 29.10.2007, 3 U 170/06 (Beck-Online: 08.04.2024).

<sup>12</sup> **ATALI**, Murat/**ERMENEK**, İbrahim/**ERDOĞAN**, Ersin, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2018, s. 557.

<sup>13</sup> **ÇAĞLAYAN**, Yargı, s. 417.

<sup>14</sup> **TOSUN**, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. 1, 3. Baskı, İstanbul 1981, s. 290.

<sup>15</sup> **ARSLANDOĞAN**, Birce, Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 86; **ATAY**, Ender Ethem, İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2023, s. 82.

<sup>16</sup> Y. 9. HD, 03.06.2010, E. 2008/25343, K. 2010/16169; Y. 3. HD, 02.10.2012, E. 2012/14110 K. 2012/20492 (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.03.2024); **İYİLİKLİ**, Ahmet Cahit, Hukuk Yargılamasında Kesin Hükmün, Ankara 2016, s. 464; **ŞENSÖZ MAL-KOÇ**, Ebru, Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, Ankara 2017, s. 28.

<sup>17</sup> **İYİLİKLİ**, s. 462; **AKKAN**, Mine, "Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, 2009, s. 14.

<sup>18</sup> **KURU**, Baki/**ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014, s. 727; **YILDIRIM**, Mehmet Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 224; Aksi görüş için bkz.



lık kural olarak taraflar arasında olsa dahi, aynı taraflar veya aynı konuya ilişkin olmayan durumlarda da kesin hüküm, yeni yargılamada değerlendirilmesi gereken bir duruma ilişkin ise, bağlayıcı kabul edilmelidir<sup>19</sup>.

Kesin delilin ortaya çıkması için ikinci kez açılan davanın aynı dava olması gerekliliği de savunulan bir görüş olarak kendisinin göstermektedir<sup>20</sup>. Ancak UMAR'ın da ifade ettiği gibi dava ayniyeti HMK madde 303/1'de düzenlenmekte ve bu hususlar maddi anlamda kesin hüküm sebebi ile yeniden dava açılmasını engelleyecek halleri oluşturmaktadır<sup>21</sup>. Belirtilen hallerde kesin delilden bahsetmek, dava açılması söz konusu olamayacağı için mümkün değildir. Kanaatimizce dava sebebi, konusu ve tarafları aynı olduğunda tekrar dava açılmayacağı için<sup>22</sup> bunun olumlu etki ile değil, aynı davanın tekrarlanmasının önüne geçen olumsuz etki ile açıklanması uygun olacaktır<sup>23</sup>.

Kesin delil görüşü hukuk yargılamasından dayanağını almaktadır. Bu sebeple görüşün idari yargılama usulüne uygunluğunun değerlendirilmesi, bağlayıcılığın hukuki niteliğini açıklamak açısından faydalı görülmektedir.

## 1. İdari Yargılama Hukukunda Delil Türleri

Dava konusu uyuşmazlığın konusunu oluşturan olayın ispatlanabilmesi için kullanılan vasıtalara delil ismi verilmektedir<sup>24</sup>. Deliller ispat aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Delil türleri HMK'da genel olarak ikiye ayrılmaktadır. İlk tür, kanunlar tarafından bağlayıcılığı belirlenmiş

---

**BELGİN GÜNEŞ**, Derya, Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri, İstanbul 2019, s. 236.

<sup>19</sup> Benzer görüş için bkz. OVG Berlin-Brandenburg, 02.02.2012, 2 N 84.09 (Beck-Online, Erişim Tarihi: 28.04.2024).

<sup>20</sup> **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 730.

<sup>21</sup> **UMAR**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s. 872.

<sup>22</sup> D. 13. D, 28.01.2021, E. 2018/87, K. 2021/351 (Lexpera, Erişim Tarihi: 12.03.2024).

<sup>23</sup> Benzer şekilde HMK gerekçesinde "*maddî anlamda kesin hükmün menfi etkisinden maksat, karara konu kılmın uyuşmazlığın yeni bir davanın konusunu oluşturamaması; oluşturmuşsa böyle bir davanın dinlenmeyip usulden reddedilmesidir*" ifadesi ile olumsuz ve olumlu etkinin farkları açıklanmıştır, <https://www.tbmm.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.02.2024).

<sup>24</sup> **AKYILMAZ**, Bahtiyar/**SEZGİNER**, Murat/**KAYA**, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2023, s. 713.

kesin deliller iken diğeri, delil takdirinin serbestçe yapılabildiği, bağlayıcılığı olmayan takdiri deliller olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>25</sup>.

Medeni usul hukukunun bu özelliği karşısında, İYUK'da takdiri ve kesin delil şeklinde bir ayırım yapılmamasından kaynaklı olarak doktrinde idari yargılama alanında kesin delillerin var olmadığı görüşünü kabul edenlerin yanında<sup>26</sup>, kesin delillerin uygulama alanı bulabildiğini kabul edenler de yer almaktadır<sup>27</sup>. Söz konusu düzenleme yoksunluğu idari yargılama hukukunda delil serbestisinin uygulandığını göstermektedir. Zira aksi durumda hangi vakıaların hangi deliller ile ispat edilebileceği ve bağlayıcı deliller gibi unsurlar tıpkı HMK'da olduğu gibi İYUK'ta da yer almalıdır.

Takdiri delil sisteminin bir sonucu olarak idari yargılama hukukunda hakim, delilin uyumsuzluğunun çözümü ve gerçeğe ulaşmayı sağlama gücü doğrultusunda kendi kanaati ile değerlendirme yapabilecektir. Takdiri delil sisteminde deliller arasında bir üstünlük derecesi bulunmamaktadır<sup>28</sup>. Şunu hemen belirtmek isteriz ki, doktrinde takdiri delil sistemi veyahut delil serbestisi ilkesi, çoğunlukla resen araştırma ilkesinin kesin bir sonucu olarak gösterilmektedir<sup>29</sup>. Konunun açıklığa kavuşturulması açısından resen araştırma ilkesi üzerinde durmak faydalı görülmektedir.

İYUK madde 20/1'de "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler*" ifadesi ile düzenleme altına alınan ilke, resen araştırma ilkesidir. Maddede belirtildiği üzere aslında ilke hakimin tarafların iradesine bağlı kalmadan, kendiliğinden gerçeğe ulaşması için çaba

<sup>25</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2023, s. 333; KAPLAN, s. 495.

<sup>26</sup> ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, 3. Baskı, İstanbul 1966, s. 1980.

<sup>27</sup> TAN, Turgut/GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, İdare Hukuku, C. 2, 8. Baskı, Ankara 2016, s. 1084.

<sup>28</sup> TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Kamile, İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler, Ankara 2019, s. 167.

<sup>29</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 936; ÇAĞLAYAN, Yargı, s. 333; ÖZMUMCU, Seda, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2016, s. 151.

gösterebilmesi anlamına gelmektedir. Resen araştırma ilkesinin karşısında ise taraflarca hazırlanma<sup>30</sup> veyahut tasarruf ilkesi yer almaktadır. Belirtilen ilke, davaya ve savunmaya ilişkin olay ve delillerin mahkemeye taraflarca sunulması ve hakimin tarafların sunduğu delil ve olaylar üzerinden inceleme yaparak karar vermesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla belirtilen ilkelerin esas ortaya çıkış sebebi, kanaatimizce uyumsuzluk tarafları arasındaki eşitlik meselesinden kaynaklanmaktadır. Taraflar eşit konumda ise taraflarca hazırlanma ilkesinin uygulanması önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak özellikle idari yargılama hukuku veya ceza yargılaması hukuku gibi bir tarafın üstün olduğu durumlarda taraflara delilleri sunma zorunluluğu getirilirse, üstün konumdaki tarafta bulunan belgelere ulaşılma imkanı ortadan kalkabilecektir. Bu sebeple İYUK madde 20/1'de yer alan resen araştırma ilkesinden yola çıkarak hakimin hiçbir delil ile bağlı olmaması, kesin delil kurumunun uygulanmaması gibi bir sonuca kati bir biçimde ulaşmak çok mümkün değildir. Bu düzenlemenin amacı, mahkemenin tarafların sunduğu delillerle bağlı kalarak yaptığı incelemenin idarenin denetlenmesinde<sup>31</sup> ve hatta duruma göre gerçeği ortaya çıkarmakta yetersiz kalabilmesidir. Oysaki delil serbestisi, kanunda herhangi bir vakianın hangi delil ile ispat edileceğine dair hüküm bulunmaması, ispatın her türlü delille sağlanabilmesi halidir<sup>32</sup>. Kanaatimizce resen araştırma ilkesi, bazı delillerin bağlayıcı olması önünde engel değildir. Taraflarca getirme ilkesindeki bağlayıcılık ile kesin delili birbirine karıştırmamak gerekir. Burada belirtilen bağlayıcılık, hakimin yalnızca tarafların öne sürdüğü delilleri değerlendirebilmesi, kendisinin delil araştırması yapamaması anlamına gelir. Dolayısıyla taraflarca getirilme ilkesi takdiri delilleri doğrudan engelleyemeyeceği gibi, resen araştırma ilkesi de kesin delillerin kati bir şekilde uygulanmadığı bir sistemi gerektirmemektedir. Davaya ilişkin olan malzemeler ister hakim ister taraflar aracılığı ile ortaya konulsun, hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesinin önüne geçme-

<sup>30</sup> Taraflarca hazırlanma ilkesi, "*bana vakıaları-delilleri ver, ben de sana hakkı vereceğim*" ifadesi ile açıklanmaktadır, **ULUKAPI**, Ömer, "Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Yargılamaya Hakim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1-2, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, 1998, s. 716.

<sup>31</sup> **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, s. 45.

<sup>32</sup> **SUNAY**, Süheyla Şenlen, İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları, İstanbul 1997, s. 57.

yecektir<sup>33</sup>. İdari yargı alanındaki kural tüm delillerin takdiri olması yönünde olsa da istisna şekilde bağlayıcı olan kesin delillere Kanun'da yer verilmesi delil serbestisi ilkesinin özüne dokunmak anlamına gelmeyecek ve bu ilkeye aykırılık oluşturmayacaktır<sup>34</sup>.

## 2. Kesin Hükümün Delil İçerisindeki Yeri

Kesin delil görüşü kesin hükmün bağlayıcılığını ifade etmek için kullanılmış ve hukuk muhakemeleri kapsamında kesin delillerin uygulama alanı bulabilmesinden kaynaklı olarak tabii bir şekilde ortaya çıkmıştır. Söz konusu görüşümüzü destekleyecek şekilde kesin hükmün delil olduğunu vurgulayanlar, HMK düzenlemelerinin kesin hükmün kesin delil olarak kabul edilmesinin önünü açtığını savunmaktadır<sup>35</sup>. HMK madde 204/1'e göre, ilamlar sahteliği tespit edilinceye kadar kesin delil sayılmaktadır. Kesin hüküm de ilam içerisinde kabul edilerek kesin delil olarak değerlendirilmektedir. Ancak düzenlemede kanaatimize göre maddi anlamda kesin hükmün niteliğinden değil herhangi bir mahkeme kararının niteliğinden bahsetmektedir. Kesin hükmün bağlayıcılık vasfının ilamların sahteliği tespit edilinceye kadar geçerli olması halinden daha üstün olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Adı geçen madde, ara kararları dahil bir ilamın sahteliği ortaya çıkıncaya kadar kararda yer aldığı şekliyle olduğunu, sahte olarak düzenlenmediğini göstermektedir<sup>36</sup>. Ancak kesin hüküm, içeriğinde yer alan hususların kanuni olarak doğru kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla kesin hükme saygı ilkesi ilamların korunmasından daha üst bir nitelik taşımaktadır.

Kesin hükmün olumlu etkisini kesin delil kavramı ile açıkladığımızda, uygulamada bazı olumsuzlukların meydana gelebileceğini düşünmekteyiz. Kesin deliller bilindiği üzere hakim tarafından doğrudan kabul edilen delillerdir. Ancak kesin delilin karşısında başka bir kesin

<sup>33</sup> ERDÖNMEZ, Güray, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. 1, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 844.

<sup>34</sup> Bu konuda delil serbestisinin uygulandığı ceza yargılamasından örnek verilebilecektir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 71. maddesinin 1. fıkrasında; grev veya lokavtın kanun dışı olup olmadığının tespiti halinde söz konusu kararın ceza davaları için kesin delil teşkil edeceği düzenleme altına alınmıştır.

<sup>35</sup> KALE, Serdar/KESER Salih, "Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 21, S. 2, 2015, s. 712.

<sup>36</sup> BELGİN GÜNEŞ, s. 155.

delil olması durumunda kesin hükmün sirayeti tam olarak açıklanamayacaktır. Zira kesin delillerin aksi de başka kesin deliller ile ispat edilebilecektir. Kaldı ki kesin hükmün kesin delil niteliğini vurgulayan görüşe göre de, kesin hükmün aksinin başka bir delil ile belirlenmemesi gerekmektedir<sup>37</sup>. HMK 204/1 düzenlemesinin kesin hükmü kapsadığı düşüncesinden yola çıkılsa dahi kavram karmaşası devam edebilecektir. Zira madde düzenlemesi sahteliğin ortaya çıkarılması ile ilamın ortadan kalabileceğini belirtmektedir. Oysa kesin hükümle tespit edilen hususların aksinin ispatı, yargılamanın yenilenmesi ile hükmün ortadan kaldırılması gibi olağanüstü durumların ortaya çıkması ile mümkün olabilecektir. Bir başka deyişle, kesin hüküm etkisiz hale getirilmeden içeriğinde yer alan tespitlerin ortadan kalkması mümkün değildir.

Benzer şekilde kesin delil niteliği her yargılamanın niteliğine uygun bir ifade de sayılamayacaktır. Her ne kadar delil serbestisinin kabul edildiği yargılamalarda kesin delilin mutlak bir şekilde olmayacağı görüşüne katılmasak da bunun kanunlarda şartları ayrıca ve detaylı olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu durum da, kesin hükmün kesin delil olmadığını gösterebilecek niteliktedir. Belirtmek gerekir ki; delil vasfına dayanak gösterilen HMK düzenlemesinde dahi kesin hüküm deliller kısmında düzenleme altına alınmamıştır<sup>38</sup>. Tüm bu sebeplerle kesin hükmün olumlu sonucunun kesin delil olarak değerlendirilmesi kanaatimizce uygun değildir. Kesin hükme saygı ilkesinin tereddütsüz uygulanabilmesi için olumlu etkiyi tüm yargılamaların niteliğine uygun bir kavram ile açıklamak gerekmektedir.

## B. Kesin Hükümün Karine Niteliği

Varsayım anlamına gelen karine, varlığı bilinmeyen bir olgu hakkında sonuç çıkarma konusunda yol gösterebilecek belirti olarak ifade edilebilecektir<sup>39</sup>. Kesin hükmün bağlayıcılığı konusunu kesin delil değil, kesin karine kapsamında değerlendiren görüşler bulunmaktadır<sup>40</sup>. Söz konusu görüş savunucuları, özellikle delil serbestisinin hakim olduğu yargılamalarda kesin delil kavramının doğurabileceği olumsuzluklardan yola çıkmaktadırlar. Daha önce ifade ettiğimiz üzere ceza muhake-

<sup>37</sup> İYİLİKLİ, s. 495.

<sup>38</sup> Hüküm başlığı altında Kanun'un 5. Kısmında düzenleme altına alınmıştır.

<sup>39</sup> KARAKAŞ, Fatma Tülay, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 3, 2013, s. 731.

<sup>40</sup> TOSUN, s. 290; ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 330.

mesi hukukunda ve idari yargılama hukukunda takdiri delil sistemi benimsenmiştir. Aslında bu sebeple bağlayıcılık tam olarak delil kavramı ile açıklanamamakta ve delil kesin hüküm gücünü izah etmekte yetersiz kalmaktadır<sup>41</sup>. İzah edilen gerekçe sebebiyle kanaatimizce kesin hükmün kesin delil niteliğinden ayrı bir bağlayıcılığı bulunmakta ve bu bağlayıcılık, ancak aksinin ispat edilmesi zor ve istisnai koşullara bağlanmış bir kavramla açıklanabilmektedir. Yalnızca böyle bir durumda kamu düzeni tarafından koruma altına alınan bir kesin hükümden bahsetmek mümkün olabilecek ve uygulamada birlik sağlanabilecektir.

Savunulan görüşle aynı yönde olarak kesin hükmün olumlu etkisinin karine kurumuna yaklaştığını düşünmekteyiz. Zira kesin hüküm ile tespit edilmiş bir husus başka bir uyuşmazlıkta ön sorun olarak karşımıza çıktığında eski kesinleşmiş mahkeme kararı bağlayıcılık kazancak ve bunun üzerinden bir sonuç değerlendirmesi yapılacaktır. Dolayısıyla kesin hükme konu olan objektif durum diğer mahkeme tarafından değerlendirilemeyecektir<sup>42</sup>.

Doktrinde kesin hükmün karine niteliğine sahip olması yönünde bir diğer farklı görüş ise, kesin hükmün unsurları olan taraf, konu ve sebep birliği olmaması ve hatta konu ve sebep birliği olup taraflarda farklılık olması halinde fiili karinenin ortaya çıkacağına yöneliktir<sup>43</sup>. Ancak kesin hükmün bağlayıcılık etkisi tekrar yargılama yasağına dair tüm şartların bir araya gelmediği durumlarda meydana geleceği için, taraf birliği veya konu birliği olmayan durumlarda kesin hükmün bağlayıcılığı ortaya çıkacak ve ilk yargılamada karara konu olmuş maddi olgular sonraki yargılamada kural olarak geçerli kabul edilecektir. Söz konusu durumu fiili karineye bağlamak, kesin hükmün bağlayıcılık etkisini zayıflatacak niteliktedir. Zira fiili karineler tecrübe kurallarına dayanmakta ve aksi diğer deliller ile ispat edilebilmektedir.

İdari yargılama hukukunda da kesin hükmü aksi ispat edilemeyen karine olarak kabul edenler bulunmaktadır<sup>44</sup>. KUNTER ise, aksi ispat edilemeyecek hiçbir kanuni karine olmadığını ancak karinenin çürütül-

<sup>41</sup> BELGİN GÜNEŞ, s. 153.

<sup>42</sup> Örneğin; haksız fiil tespiti mahkeme aracılığı ile yapılmış ise, tazminata ilişkin davada mahkeme kesin hükme konu olan haksız fiilin var olup olmadığını araştıramayacaktır.

<sup>43</sup> İYİLİKLİ, s. 495; SELÇUK, s. 943.

<sup>44</sup> CİN KARAGÖZ, Emine, İdare Hukukunda Karine ve Varsayım, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2016, s. 81.

mesinin şartlara bağlanabileceğini vurgulamaktadır<sup>45</sup>. Kesin hükümün aksinin ortaya konulması ancak yargılamanın yenilenmesi yolu gibi olağanüstü durumlarda olabilecektir. Dolayısıyla kesin hüküm aslında kesin karine olarak kendisini göstermektedir. Başka bir ifade ile karinenin temeli olan kesin hüküm ortadan kaldırılmadığı sürece hükümde yer alan objektif hususların aksinin ispatlanması mümkün olamayacaktır.

Yargıtay ise bir kararında, kişi hakkında verilen ilamın üçüncü kişiler için yalnızca zayıf bir karine olabileceğini ifade etmiştir<sup>46</sup>. Söz konusu durumdan çıkarılan sonuca göre doktrinde kesin hükümlerin üçüncü kişileri bağlamasının mümkün olmayacağı ancak bunun aksi ispat edilebilecek bir kanaat uyandıracığı düşünülmektedir. Ancak maddi vakıa tespitinde bulunan bir kesin hükümün kural olarak bağlayıcı olmadığını söylemek, kesin hüküm ilkesini zedeleyebilecektir. Bu sebeple, yargılama birliği ilkesini zedelememek adına verilen kesin hükümlerin kural olarak karine teşkil ettiğini, aksi ortaya konulmadıkça bağlayıcılığın asıl olduğunu ifade etmek uygun olacaktır<sup>47</sup>. Bağlayıcılığı yalnızca dava ayniyetinde kabul etmek olumsuz etkinin alanına müdahale doğuracak, tarafların ayrılması durumunda olumlu etkinin sirayetinin her olayda farklı olarak değerlendirilmesine sebebiyet verebilecektir. Bunun yerine kesin hükme bağlanmış objektif maddi vakıanın, söz konusu maddi vakıayı çözümlenmeyi gerektiren uyuşmazlıklarda bağlayıcı olarak dikkate alınması gerektiğini ifade etmek kesin hükümün değiştirilemeyeceğini vurgulamak için yeterli olacaktır.

Belirtilen sebeplerle kesin hükümün üçüncü kişiler hakkında sonuç doğurmayacağı fikrine katılmamaktayız. Kesin hükümün hukukun temel ilkelerinden, yargı birliği ve otoritesinden kaynaklı kendisine has özellikleri bulunan bir kesin karine olduğunu düşünmekteyiz. Şunu da ifade etmek gerekir ki, olumlu etki kapsamında bağlayıcılık kanuni gerçeklikten gelmektedir. Aslında mahkeme kararı ile daha önce kesin olarak tespit edilmiş bir husus doğrudan besbelli bir değer taşımaktadır ve bunun tekrar ispat edilebilmesi, değerlendirilmesi mümkün olamayacağı gibi aksi de dayanak ortadan kalkmadan ispat edilemeyecektir. Tekrar

<sup>45</sup> KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1981, s. 478.

<sup>46</sup> Y. HGK, 03.04.1963, 5/6: AKCAN, Recep, "Yargıtay Kararlarındaki "Güçlü Delil" Kavramının Hukuki Niteliği", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, 2004, s. 15.

<sup>47</sup> Benzer görüş için bkz. TOSUN, s. 290.

ispatın önündeki engel, ancak belli olmayan durumların ispat konusu olabilmesinden kaynaklıdır<sup>48</sup>. Oysa daha önce çözülmüş bir maddi olgu zaten bilinmezlikten kurtulmuştur.

#### IV. BAĞLAYICILIĞIN HÜKÜM FIKRASI VE GEREKÇELERİ KAPSAMASI

Konuya ilişkin bir diğer önemli husus ise, bağlayıcılığın hükmün hangi kısmını kapsadığını belirlemek ile ilgilidir. Kesin hükmün yalnızca hüküm kısmını kapsaması ve ancak hüküm fıkrası için geçerli olması doktrinde savunulan bir görüş olarak kendisini göstermektedir<sup>49</sup>. Kesin hükmün kapsamını yalnızca hüküm fıkrası ile sınırlı tuttuğumuzda idari yargı mercileri tarafından verilen kararların bağlayıcılığının bir işlemin iptal edilmesi veya edilmemesi, tazminat verilmesi gibi konuların dışına çıkmayacağını kabul etmek gerekecektir. Zira hüküm fıkrası, istem sonuçlarının reddi veya kabulünü kapsayan mahkemenin son sözünü ifade ettiği kısım olarak kendisini göstermektedir<sup>50</sup>.

Yargı mercileri ise kesin hükmün, hüküm fıkrası yanında gerekçeyi de kapsayabileceği yönünde görüş bildirmektedir<sup>51</sup>. Genel olarak doktrinde gerekçe sıkı sıkıya hüküm fıkrasına bağlı ise, kesin hükümden ayrılmaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>52</sup>. Kanaatimize göre, idari yargı davalarında kesin hükmün gerekçe kısmına da sirayet etmesi gerekmektedir. Zira mahkeme, gerekçede iptal davalarında işlemin tüm detayları ile değerlendirmesini yaparak hukuka uygun veya aykırı olduğu sonucuna ulaşacak ve benzer şekilde tam yargı davalarında idarenin sorumluluğunu nitelendirecektir. Bu sebeple maddi vakianın tespitinin yapılması ve hükmün gerekçesine konu olması diğer mahkemeleri bağlayıcı sonuçlar doğurabilecektir<sup>53</sup>. Dolayısıyla gerekçede yer alan değerlendirmelerden bağımsız bir şekilde hüküm kurulması mümkün değildir.

<sup>48</sup> KUNTER, s. 468.

<sup>49</sup> TELLİ, S. Tekin, "İdari Yargıda Kesin Hüküm", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III, 1980, s. 124.

<sup>50</sup> SELÇUK, s. 951.

<sup>51</sup> D. 6. D, 07.02.2022, E. 2018/6845, K. 2022/1117; D. 5. D, 06.11.2002, E. 1999/2310, K. 2002/4242; D. 12. D, 13.06.2017, E. 2016/5520, K. 2017/3138; D. 4. D, 16.12.2022, E. 2022/3075, K. 2022/8013 (Lexpera, Erişim Tarihi: 22.05.2024).

<sup>52</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 724.

<sup>53</sup> D. İDDK, 13.04.2023, E. 2023/11, K. 2023/23 (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.05.2024).



## V. FARKLI MAHKEME KARARLARININ BİRBİRLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Kesin hükümün hukuki niteliğinin kesin kanuni hakikat karinesi içerisinde değerlendirilmesi görüşüne sahip olduğumuzu belirttikten sonra kesin hükümlerin birbirleri üzerindeki etkisini farklı mahkeme kararları açısından değerlendirmek önemli görülmektedir. Kesin hüküm aynı yargı alanı içinde veyahut farklı yargı kolları tarafından verildiğinde bağlayıcılığın ne şekilde olacağı konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, farklı yargı kolunda yer alan mahkemelerin verdikleri kararların birbirlerinden bağımsız olduğu ve kural olarak birbirlerine etki etmemesi gerektiği çoğunlukla savunulan görüş olarak kendisini göstermektedir<sup>54</sup>. Yargı alanlarının değişmesi ile birlikte usulün farklılık göstermesi başta olmak üzere, delillerin farklı şekilde değerlendirilmesi veyahut yargılamanın amacının maddi gerçeğe ulaşmak olması gibi haller bu görüşe dayanak oluşturmaktadır<sup>55</sup>. Ancak kanaatimizce hukuk yargılamasının veyahut başka bir yargılama kolunun maddi gerçeğe ulaşma amacının olmadığını söylemek çok doğru bir ifade değildir. Her muhakemenin amacı maddi gerçeğe ulaşmak olup sadece ulaşmak için uygulanan yöntem farklılık arz etmektedir<sup>56</sup>. İster aynı alanda olsun ister farklı alanlarda, objektif olarak maddi bir tespit yapılan esasa ilişkin kesin kararların konuyla ilişkili başka bir mahkeme kararında göz ardı edilmesi mümkün olmamalıdır<sup>57</sup>. Bu sebeple yargılama alanına bakılmaksızın, daha önce kesin hükme bağlanmış bir hususun aynı konuyu ön sorun olarak değerlendirme zorunluluğu olan bir başka davada bağlayıcı olarak kabul edilmesi, maddi gerçeğe ulaşmak önünde bir engel değildir. Zira daha önce verilmiş kesin hükümle söz konusu vakıa, kanuni hakikat vasfını zaten elde etmiştir.

<sup>54</sup> **ATALI**, Murat, Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, C. 3, 15. Baskı, Ankara 2017, s. 2074; **TANER**, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1950, s. 104.

<sup>55</sup> Görüş ayrıntıları için bkz. **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 729; **YURTCAN**, s. 588.

<sup>56</sup> **GÖKPINAR**, Mahmut, "Ceza Muhakemesinin Amaçlarından Biri Olarak Maddi Gerçeğe Ulaşmak "Maddi gerçeğe ulaşmak mı? Hükmi bir gerçeklik tesis etmek mi?", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2, 2023, s. 968; **ARAS**, Bahattin, "Sahtecilik İddiası Bakımından Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 124, 2016, s. 359.

<sup>57</sup> İlk davada kişi hakkında mülkiyet hakkı tespit edilmiş ise, sonraki iade davasında mülkiyet tespiti kararı bağlayıcı hale gelecektir; **GLAUSSNER**, Irmgard, Zivilprozessrecht, 4. Baskı, Heidelberg 2018, s. 140.

Başka bir ifade ile yargısal olarak geçerliliği kabul edilmiştir. Bu durumda mahkeme tarafından kesin hükme konu edilmiş bir olgunun başka bir mahkeme tarafından yok sayılıp baştan araştırılması hem kesin hükme saygı ilkesinin ihlal edilmesine hem de başta hukuki istikrar olmak üzere, kamu düzeni, usul ekonomisi gibi ilkelere aykırılığa sebebiyet verebilecektir.

İdari yargı alanında bir işlemin iptal edilerek hukuk düzeninden silinmesi halinin başka bir yargı alanında bağlayıcı olmadığını ifade etmek mümkün olamayacağı gibi, bir senedin sahte olduğunun hukuk mahkemesi aracılığı ile tespit edilmesinin de başka mahkemeler için bağlayıcı olmadığını söylemek kabul edilemeyecektir. Aksi durum, aynı konunun sürekli uyuşmazlık haline getirilip maddi gerçeğin tekrar tekrar ve hatta birbiri ile çelişkili şekilde tespit edilebilmesine sebebiyet verecektir. Dolayısıyla bir kararda belirlenmiş hukuki gerçekler, başka bir uyuşmazlığın içeriğini etkilemekte ise bağlayıcılık beraberinde gelmektedir<sup>58</sup>.

### **A. İdari Yargı Mercileri Tarafından Verilen Kararların Bağlayıcılığı**

İdari yargı mercileri tarafından verilmiş kesin kararlar, idari bir işlem iptal edildiğinde söz konusu kararın diğer yargı mercilerini bağlamayacağını ifade etmek mümkün değildir. Aksi durumda aynı idari işlem bir yargı yeri tarafından hukuka uygun, başka bir yargı yeri tarafından sakat kabul edilebilecektir. Böyle bir durumda ise mahkeme kararlarının uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle idari yargı alanında verilen kararların da kesin hüküm olarak karine niteliğine sahip olabileceği kabul edilmelidir. Önem teşkil eden asıl kısım ne tür kararların bağlayıcı olduğunun belirlenmesidir. Konuyu iptal ve tam yargı davaları için ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

İdari yargı alanında kesin hükmün kapsamlı bir şekilde bağlayıcılığı daha çok iptal davalarında karşımıza çıkabilecek bir durumdur. Bir işlemin iptaline yönelik dava açılması ve işlemin yargı yeri tarafından kesin hükümle iptal edilmesi halinde bağlayıcı ve kesin bir kararın ortaya çıktığından şüphe etmemek gerekir. Örneğin, iki farklı kişinin hem imar planına hem de buna bağlı olarak ruhsat verilmemesi işlemine karşı dava açması halinde bu davalardan öncelikle görülenin diğer dava

<sup>58</sup> SAENGER, Ingo, Zivilprozessordnung, 10. Baskı, Baden-Baden 2023, § 322, parag. 12-16.

açısından da bağlayıcı olacağı tartışmasızdır<sup>59</sup>. Konuya ilişkin bir Danıştay kararında; “*daha önce verilen iptal kararı, işlemle ilişkisi bulunan kişilerin, aynı işlemin iptali istemiyle açacakları davalarda kesin hüküm etkisini göstermektedir*”<sup>60</sup> ifadesine yer vermiştir. Kararda yer alan kesin hüküm ifadesi değerlendirildiğinde, kesin hükümün olumlu sonucu olan bağlayıcılıktan bahsedildiği fark edilmektedir. Olumsuz etkinin doğmamasının sebebi ise tarafların farklı olması dolayısıyla davanın aynı olmamasıdır<sup>61</sup>. Bilindiği üzere iptal kararları objektif etkiler doğurmakta ve herkesi ilgilendirmektedir. Bu sebeple bir kişinin düzenleyici işleme karşı açtığı iptal davasında verilen iptal kararının herkes için sonuç doğuracağı kuşkusuz olup, başka bir kişinin aynı işlem için dava açmasına gerek olmayacaktır. İptal kararının verildiği davanın tarafları dışında üçüncü bir kişinin tekrar dava açması durumunda veyahut uygulamada sıklıkla karşımıza çıkabilecek bir dava görülürken diğerinin sonuçlanması durumunda kesin hükümün olumsuz sonucundan ziyade olumlu etkisi sebebiyle davada karar vermeye yer olmadığına dair karar verilecektir<sup>62</sup>. Dolayısıyla bir iptal kararı ile birlikte söz konusu işlemin hukuka aykırı olduğuna ve hukuk düzeninden silinmesine karar verildiği için, bu işlemi uyumsuzluk konusu edinen veyahut uyumsuzluğun çözümünde işlemin ön sorun olduğu davalarda ilk verilen kesin hüküm bağlayıcı nitelikte olacaktır.

Bahsi geçen durumdan çıkarılacak başka bir sonuç ise birel işlemlerin iptali kararlarının da kesin hüküm bakımından bağlayıcı olabilmesidir. Zira taraf, sebep ve konu birliğinden yalnız birisinin sağlanmadığı durumlarda verilen iptal kararları farklı bir iptal davasında olduğu gibi tam yargı davasında da bağlayıcılık etkisi gösterebilecektir<sup>63</sup>. İdari işleme yönelik iptal davası sonucunda tam yargı davası açılması halinde mahkeme, iptal edilen işlemin hukuka uygun olup olmadığını tekrar

<sup>59</sup> YASİN, Melikşah, İdari Yargılama Usulünde İspat, İstanbul 2015, s. 153.

<sup>60</sup> D. 8. D, 08.10.2015, E. 2014/11377, K. 2015/8278 (Lexpera, Erişim Tarihi: 12.03.2024).

<sup>61</sup> D. 13. D, 28.01.2021, E. 2018/87, K. 2021/351; Kesin hüküm sonuçları için ayrıca bkz. D. 13. D, 14.02.2022, E. 2021/5040, K. 2022/403; D. 13. D, 04.11.2019, E. 2013/1467, K. 2019/3413 (Lexpera, Erişim Tarihi: 12.03.2024).

<sup>62</sup> D. 12. D, 19.12.1973, E. 1973/1830, K. 1973/3381 (DD, Sayı: 14-15, s. 554); D. DDK, 25.06.1961, E. 1960/57, K. 1965/582 (DKD, Sayı: 95-96, s. 142).

<sup>63</sup> ÇAĞLAYAN, Yargı, s. 384.

değerlendiremeyecektir<sup>64</sup>. Bu konudaki kesin hükümle birlikte işlemin hukuka aykırılığı konusunda kesin bir karine ortaya konulmaktadır.

İptal davalarındaki gibi tam yargı davalarında da kimi durumlarda kesin hükme konu olan maddi değerlendirmenin başka bir mahkeme için de bağlayıcılık teşkil edebileceğini kabul etmek gerekir. Birkaç kişinin idarenin aynı eyleminden dolayı zarara uğradığı varsayımında herhangi birisinin davası için verilmiş idarenin kusur türünü belirleyen karar diğer kişiler için de karine niteliğinde olacaktır. Örneğin, belediyenin yaptığı bir çalışma sonrası yolun çökmesi halinde bu eylemden zarar gören bir kişinin açtığı davada hizmet kusurunun tespit edilmesi, aynı konuda belediyeye açılan davada karine niteliğini taşıyacaktır<sup>65</sup>.

İdari yargı makamları tarafından verilen kararlar yalnızca diğer idari mercileri bağlamamaktadır. Aynı şekilde verilen kararların adli yargı alanında da kesin hüküm olarak sonuç doğurması mümkündür<sup>66</sup>. Örneğin bir düzenleyici işlemin mahkeme tarafından iptal edilmesi halinde buna dayanılarak adli yargıda açılacak bir davada karar bağlayıcı olarak kabul edilecektir<sup>67</sup>. Aksinin kabul edilmesi yürürlükte olmayan bir işlemin adli yargı mahkemeleri tarafından yürürlükte olduğu sonucuna ulaşılmasına sebep olabileceğinden gerçeklik olgusuna ters düşmektedir. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında ise; vergi mahkemesi tarafından verilecek kararın dava dosyası ile ilişkili olduğu, aynı hukuki ilişkiden doğduğu, bekletici sorun yapılarak mahkeme tarafından verilecek kararın kesinleşmesinin beklenmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>68</sup>. Bu karardan da anlaşılacağı üzere aynı hukuki ilişkiye dayanan idari yargı ve adli yargı davalarının birbirinden tamamen bağımsız olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira başlangıçta mahkeme bekletici sorun kararı vererek, bir bakıma verilecek karar ile bağlı olduğunu baştan kabul

<sup>64</sup> YASİN, s. 154.

<sup>65</sup> Benzer görüş için bkz. YASİN, s. 156, Ancak yazar kesin hükmün bağlayıcılığını görüşümüz aksine kesin delil olarak değerlendirmektedir.

<sup>66</sup> Y. 13. HD, 10.12.2001, E. 2001/8829, K. 2001/11575 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 15.04.2024).

<sup>67</sup> "Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun bu kararda açıkça ve sarih olarak Tüzüğü'nün 49 'uncu maddesi iptal edilmiştir. Hal böyle olunca 1. fıkrasının dışındaki fıkraların hayatîyetlerini koruduğundan sözetmeye bu kesin yargı kararı karşısında olanak yoktur", Y. HGK, 05.12.1979, E. 1978/325, K. 1979/1439 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 15.04.2024).

<sup>68</sup> Y. 15. HD, 24.04.2018, E. 2018/44, K. 2018/1700 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 15.04.2024).

etmektedir<sup>69</sup>. Benzer şekilde kamulaştırmanın bedel tespitine yönelik davalarda bağlayıcılık gündeme gelebilecektir. İdari yargıda açılmış kamulaştırmanın iptali davasında verilen kararlar söz konusu dava için bağlayıcı niteliktedir<sup>70</sup>.

Bir yerel mahkeme kararında yer alan olayda ise davacı, Rekabet Kurulu kararına konu olan kartel sebebiyle yüksek faizden dolayı oluşan zararın giderilmesi için dava açmıştır. Asliye ticaret mahkemesi ise olayda, Rekabet Kurulu kararının iptaline yönelik açılan davada verilen iptal kararının, bu davada bağlayıcı olduğuna ve davacının dayanağını oluşturan rekabet ihlallerinin karar ile birlikte gerçekleşmediği ortaya konulduğu için davanın reddine karar vermiştir<sup>71</sup>. Görüldüğü üzere davada taraflar ortak ancak dava konuları tamamen birbirinden farklıdır. Hatta davalar farklı yargı kollarında görülmektedir. Buna rağmen, verilen iptal kararının bağlayıcı olduğu ticaret mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Bunun nedeni ise iptal kararı verilirken gerekçe içerisinde Rekabet Kurulunun eksik incelemeye dayandığına yönelik tespitlerin yer alması ve bunun sonucunda para cezasının hukuka aykırılığının belirlenmiş olmasıdır. Dolayısıyla bu olayda olduğu gibi, maddi vakıaya ilişkin tespit hükümleri, mahkemeler tarafından kesin karine olarak kabul edilmelidir<sup>72</sup>.

İdare mahkemeleri tarafından verilen kesin hükümlerin hukuk mahkemelerinde olduğu gibi ceza mahkemeleri için de bağlayıcı olması mümkündür. Örneğin idare mahkemesi tarafından bir kişinin ruhsata aykırı yapı yaptığı ortaya konulmuş ise, ruhsata aykırı bina yapmak konusunda ceza mahkemesinde açılan bir davada artık kişinin yapısının ruhsata uygun olup olmadığı değerlendirilemeyecektir<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> AKKAŞ, Ahmet Hulusi, Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi, Ankara 2016, s. 203; TANER, s. 105; KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 778.

<sup>70</sup> Bursa BAM, 8. HD, 04.02.2019, E. 2018/1270, K. 2019/116; Samsun BAM, 6. HD, 09.06.2017, E. 2017/1229, K. 2017/1243 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 15.04.2024).

<sup>71</sup> Kayseri 2. ATM, 11.01.2024, E. 2016/1026, K. 2024/17, (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 15.04.2024).

<sup>72</sup> Benzer şekilde, uyuşmazlık konusu taşınmazın orman olarak kesin hükümle nitelendirilmesinde hukuk mahkemesinin idare mahkemesi kararı ile bağlı olmaması mümkün değildir. Aksi durum taşınmazın niteliğinin her mahkeme tarafından farklı nitelendirilmesine sebebiyet verebilecektir, YILDIRIM, s. 223.

<sup>73</sup> AKKAŞ, s. 80.

Bu konuda ifade etmek istediğimiz bir diğer husus, iptal veya tam yargı davalarının esaslan kabul edilmesinin yanında reddedilmesinin de kimi durumlarda kesin hükmün olumlu sonucunu ortaya koyabileceğidir. Bağlayıcılık niteliği davanın kabul edilmesine veya reddedilmesine değil, hükümde yer alan konuların maddi bir vakıanın tespitine yönelik olmasına bağlı olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla taraflarda veya konularda farklılık olan hallerde dahi esaslan ret kararının içeriğinde bulunan olaya ilişkin tespitlerin bağlayıcı kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Danıştay, çoğunlukla kararlarında iptal davasının esaslan reddedilmesinin kesin hüküm oluşturmayacağını ifade etmekte, bu durumda yeni sebepler ile birlikte dava açılabilirliğini, bağlayıcılığın yalnız taraflar için geçerli olduğunu ve üçüncü kişilere sirayet etmeyeceğini belirtmektedir<sup>74</sup>. Ancak bu durum kesin hükmün olumsuz etkisinin ortaya çıkmayacağını, tekrar dava açma yasağının söz konusu olmayacağını ifade etmektedir<sup>75</sup>. Belirtmek gerekir ki kişilerin dava açabilmesinde bir engel yoktur. Ancak mahkeme eski kesin hüküm ile tespit edilmiş hususları göz ardı etmemelidir. Bu sebeple sonraki davada kesin hükümle hukuka uygun kabul edilmiş bir işlemin olumlu etki kapsamında bağlayıcı kabul edilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce kesin hükmün olumlu etkisi kapsamındaki bağlayıcılık kuralı, hükme konu olan durumun dikkate alınmaması ise istisna olarak kendisini göstermektedir.

### **B. Ceza Mahkemeleri Tarafından Verilen Kararların Bağlayıcılığı**

Ceza mahkemeleri tarafından verilen kararların idari yargı alanında kesin hüküm teşkil etmesi özellikle disiplin cezaları kapsamında karşımıza çıkabilmektedir. Devlet memurlarına ilişkin bir düzenleme olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde yer alan hükme göre; *"disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, filin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez"*. Bu düzenlemeden yola çıkıldığında disiplin kovuşturması ile ceza kovuşturmalarının bağımsız olduğu sonucuna varılmakta ve disiplin soruşturması ve ceza soruşturması birbirinden ayrı

<sup>74</sup> Aksi görüş için bkz. D. İDDK, 13.04.2023, E. 2023/11, K. 2023/23 (Lexpera: 12.06.2024).

<sup>75</sup> Bu durumda dahi idari yargılama hukukunda yer alan resen araştırma ilkesinin bir gereği olarak hakimin tüm sebeplere yönelik değerlendirme yaptığı kabul edilerek eleştiri gündeme gelebilecektir, KAPLAN, s. 261.

yürütülmektedir<sup>76</sup>. Bu nedenle kural olarak cezai soruşturma kapsamında verilmiş bir karar, disiplin cezasına ilişkin süreci doğrudan etkilemeyecektir. Ancak her iki kovuşturmanın bağımsız yürütülmesinden yola çıkılarak, birbirleri üzerinde hiç etkileri olmayacağını söylemek mümkün değildir.

Söz konusu düzenleme örneğin, bir memur hakkında rüşvet suçundan dolayı ceza soruşturması veya kovuşturması yapılmasının disiplin soruşturmasına başlanılmasına veya ceza verilmesine engel teşkil etmemesini sağlamaktadır<sup>77</sup>. Ancak ceza mahkemesi tarafından verilmiş bir beraat kararının disiplin soruşturma ve kovuşturmasına etkisi olmayacak mıdır veyahut verilen karar idare mahkemesini hiç etkilemeyecek midir? Söz konusu sorunun cevabı ise kesin hükümün bağlayıcı niteliğinde saklıdır.

Danıştay, konuya ilişkin bir kararında kamu görevlisi hakkında ceza mahkemesi tarafından suçun unsurlarının oluşmaması veyahut kişi tarafından işlenmediğinin sabit olmasına bağlı olarak beraat kararı verilmişse, kararın bağlayıcı olacağını ve ceza mahkemesi tarafından verilen bazı kararların idare mahkemeleri üzerinde etkileri olduğunu ifade etmiştir<sup>78</sup>. Bu karardan yola çıkıldığında asıl amaç, bir kişinin işlemediği bir suçtan dolayı, salt kişinin eylemi yaptığı gerekçesi ile disiplin cezası verilmesinin önüne geçmektir. Böyle bir durumda kişinin o eylemi yapmadığı kesinleşmiş olacaktır. Bu durum, ceza mahkemesi tarafından verilen her beraat kararını kapsamamaktadır. Aslında asıl mevzu, ceza mahkemesinin maddi vakıayı tam olarak tespit edip edemediğine ilişkindir. Bir kişinin eylemi kesinlikle ifa etmediği bir durumda salt bu eyleme dayanarak disiplin cezası verilmesi pek tabiidir ki mümkün olmamalıdır. Zira söz konusu eylem, kişinin ürünü değildir.

Delil yetersizliği gibi sebeplere dayanılarak verilmiş bir ceza mahkemesi kararı, idari yargıda doğrudan bağlayıcı olarak nitelendirileme-

<sup>76</sup> Alman Federal Disiplin Kanunu'nun 22. maddesinde ise, kişi hakkında suç dolayısıyla kamu davası açılmışsa, disiplin soruşturması başlatılabileceği ve fakat kamu davası karara bağlanıncaya kadar disiplin yargılamasının ertelenmesi gerektiği düzenleme altına alınarak tam bir bağımsızlığın olamayacağı haller düzenlenmiştir.

<sup>77</sup> OĞURLU, Yücel, "Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu "Ne Bis İn İdem" Kuralı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 2, 2003, s. 112.

<sup>78</sup> D. 10. D, 26.10.1989, E. 1987/1637, K. 1989/1877 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 15.04.2024).

yecektir. Böyle bir durumda aslında “beraat kararı tam aklanma niteliği taşımamakta”<sup>79</sup>, buna bağlı olarak da idari yargı alanında mutlak bağlayıcılık kapsamına dahil edilememektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere maddi gerçeğin tam olarak tespit edilememesi durumu, karine niteliğini ortadan kaldırmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin 2013 tarihli bireysel başvuru kararında bu temel ilkedeki farklı olarak yorumlanabilecek ifadeler bulunmaktadır. Söz konusu kararın ilk kısmında disiplin kovuşturması ve ceza kovuşturmasının bağımsızlığına değinilirken, ilerleyen kısımlarında “delil yetersizliğine dayalı olsa bile kişi hakkında verilen beraat kararına aykırı olarak kişinin suçsuz olmadığı yönünde değerlendirmelerden kaçınılması gerekir”<sup>80</sup> ifadesine yer verilmiştir. Bu karardan yola çıkıldığında delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı verilse dahi ceza mahkemesi kararının disiplin kovuşturmasını etkileyeceği akla gelebilecek olsa da aslında Mahkeme, masumiyet karinesi dolayısıyla disiplin sürecinde ceza mahkemesinin nitelendirmelerine aykırı olarak kişinin suçlu olduğuna dair karar verilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Ancak kanaatimizce Mahkeme’nin yalnızca ceza mahkemesinin gerekçesine dayanarak, karar aleyhine disiplin cezası vermesi hali hukuka aykırılık taşımamakta olup, olaydaki eylemlerin disiplin açısından problem oluşturup oluşturmadığına dikkat etmek önem teşkil edecektir. Kararda aslında mahkemelerin yine tespit edilen maddi olgularla bağlı olduğu vurgulanmaktadır. Asıl mevzu kesin hükme konu olan maddi vakianın bulunup bulunmamasında gizlidir.

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, yargı kararlarında kişinin suçu işlememesi veyahut suçun unsurlarının oluşmaması halinde verilen beraat kararlarının, kişiye bu eylemi ile alakalı disiplin cezası verilmesinin önüne geçtiği genel kabul görmektedir. Ancak kanaatimizce disiplin ve ceza alanlarının birbirinden ayrılan değerleri koruma altına alması sebebi ile ceza mahkemeleri tarafından verilen suçun unsurlarının oluşmaması hasebiyle verilmiş beraat kararlarının da kural olarak disiplini konu edinen idari davada kati bağlayıcılık teşkil etmemesi gerekmektedir<sup>81</sup>. Belirtilen karardaki maddi olgu manevi unsura veyahut hukuka uygunluk nedenlerine yönelik olacak ve disipline mutlak etkisi olamayacaktır. Ancak kişinin suçu kesin olarak işlemediğinin sabit bu-

<sup>79</sup> D. 10. D, 27.10.1987, E. 1987/2015, K. 1987/1721 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 15.04.2024).

<sup>80</sup> AYM, 07.11.2013, B. No. 2012/998, (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.04.2024).

<sup>81</sup> ONAR, s. 1835.



lunduğu beraat kararları bağlayıcı olarak kabul edilmelidir. Aksi durum ceza mahkemesi tarafından tespit edilen maddi vakıaların yok sayılmasına sebep olabilecektir. Ceza ve disiplin kovuşturmaları birbirinden bağımsız yürütülebilecek olsa da, bağlayıcı niteliğe sahip olabilecek ceza mahkemesi kararının bekletici sorun yapılması kesin hükümün niteliğine uygun bir çözüm olacaktır<sup>82</sup>.

Yargıtay; ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemeleri üzerindeki etkilerine değindiği iş akdinin feshine yönelik bir kararında hukuk mahkemelerinin kural olarak beraat kararı ile bağlı olmadığını ancak “*aynı olay nedeniyle ceza yargılamasında hükme dayanak yapılan maddi olgular ile bağlı olduğu gibi, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararları da bağlayıcıdır*”<sup>83</sup> ifadelerine yer vermiştir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, ceza mahkemesi tarafından verilmiş bir kesin hükümde yer alan maddi vakıalar başka bir mahkeme tarafından değerlendirilemeyecek ve bağlayıcılık teşkil edecektir<sup>84</sup>. Esas olarak doğrudan bir karar için bağlayıcı veya değil ifadeleri kullanmaktansa hükme konu olan maddi vakıaları yargısal kesinlik içinde değerlendirmek uygun görülmektedir.

Bu başlık altında kısaca ceza mahkemeleri tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının niteliğini değerlendirmenin faydalı olduğunu düşünmekteyiz. Adı geçen karar, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Madde düzenlemesinden yola çıkıldığında; hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilecek ve kişi hakkında denetimli serbestlik uygulanarak cezası infaz olunmadan ıslah edilecektir<sup>85</sup>. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, mahkûmiyet kararının verilmesi ancak bu kararın sonuçlarının ertelenmesi olarak nitelendirilebilecektir. Bahsi geçen karar, kesin hükümün olumlu etkisi olan bağlayıcılık açısından değerlendirildiğinde ise; öncelikle kararın kesin hüküm vasfına sa-

<sup>82</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 703.

<sup>83</sup> Y. 22. HD, 17.03.2016, E. 2015/1919, K. 2016/8611 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 15.04.2024).

<sup>84</sup> OVG Magdeburg, 21.08.2023, 3 M 56/23; Benzer görüş için bkz. BVerwG, 17.05.2018, 4 C 2. 17 (Beck Online, Erişim Tarihi: 12.02.2024); Kararda, Res judicata’nın anlamı ve amacına göre, önceki yargılamada suçun yasal bir unsuruna göre belirlenen vakıalar, sonraki yargılamada yine bu suç unsuruna göre belirlenecekse, aynı hususun kabul edilmesi gerekir ifadesi yer almaktadır.

<sup>85</sup> GÜNGÖR, Devrim/OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 1954.

hip olmadığı ifade edilmelidir. Dolayısıyla bağlayıcılığa sahip bir karar değildir<sup>86</sup>. Ancak kanaatimizce hükmün açıklanmasının geri bırakılması, içerisinde mahkumiyet kararını da barındırdığı için buna yönelik bir disiplin cezası verilmesi ve idari yargıda davaya konu olması halinde deliller kapsamında değerlendirilebilecek ve suçun işlenmesinin disipline etkisi kapsamında kişiye disiplin cezası verilmesi mümkün olabilecektir.

Ceza mahkemeleri tarafından verilen kararların bağlayıcı olarak nitelendirilmesi, kabahatler alanında da kendisini gösterebilmektedir. Keza eski Maden Kanunu zamanında sulh ceza hakimliği tarafından verilen usulsüz tebliğ dolayısıyla işlemin kaldırılmasına yönelik karar, idare mahkemesi ve Danıştay tarafından ruhsat talebinin reddine ilişkin işleme karşı açılan davada kesin hüküm olarak bağlayıcı kabul edilmiştir<sup>87</sup>. Farklı yargı kollarına ilişkin kararların bağlayıcı olması göz ardı edilecek olursa, davaya konu olan olayda idari yargının tekrar usulsüz tebliğ olup olmadığını değerlendirmesi veyahut bundan bağımsız bir şekilde ruhsat talebinin reddini uygun kabul etmesi gündeme gelebilecek ve bu da hukuk düzenini olumsuz etkileyebilecektir. Ancak ister farklı yargı alanlarında olsun isterse aynı yargı kolu içerisindeki farklı mahkemeler arasında olsun, bir kesin hükümle ortaya konulmuş maddi tespitler başka davayı ilgilendirmekte ise kesin hükmün bağlayıcılığı ortaya çıkacaktır.

Tüm hususlar göz önünde bulundurulduğunda ceza mahkemeleri tarafından kesin hükme konu edilmiş maddi olgular idari mahkemeler açısından da bağlayıcılık teşkil edecektir. Ancak özellikle doktrinde ifade edilen delil yetersizliği, manevi unsurlarının oluşmaması veyahut hukuka uygunluk gibi durumlar sebebiyle verilen beraat kararlarının doğrudan bağlayıcı olmayacağı<sup>88</sup> yerine kesin hükme konu edilen maddi tespitlere sonuç bağlamak daha uygun görülmektedir<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> D. 16. D, 12.05.2016, E. 2015/22267, K. 2016/3188; Ankara BİM 12. İDD, 19.12.2017, E. 2017/1459, K. 2017/1551; Ankara BİM 12. İDD, 15.11.2016, E. 2016/398, K. 2016/250 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 15.04.2024).

<sup>87</sup> D. 8. D, 24.05.2023, E. 2019/10270, K. 2023/2805 (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.04.2024).

<sup>88</sup> **ULUSOY**, Ali D., İdari Yaptırımlar, İstanbul 2013, s. 131.

<sup>89</sup> Konunun vergi hukuku kapsamındaki değerlendirmesi için bkz. **CANDAN**, Turgut "Ceza Mahkemesinin Kararının Vergi Cezalarına Etkisi", [https://turgutcandan.com/2022/02/20/ceza-mahkemesinin-kararinin-vergi-cezalarina-etkisi/#\\_ftnref5](https://turgutcandan.com/2022/02/20/ceza-mahkemesinin-kararinin-vergi-cezalarina-etkisi/#_ftnref5), 2022, (Erişim Tarihi: 12.04.2024).

### C. Hukuk Mahkemeleri Tarafından Verilen Kararların Bağlayıcılığı

Bir hukuk mahkemesi tarafından verilen kesin hüküm pek tabiidir ki aynı taraflar arasında aynı sebeplere dayanan ancak konuları farklı olan uyuşmazlıklarda kesin karine olarak bağlayıcı olacaktır<sup>90</sup>. Hukuk mahkemeleri tarafından verilen bir karar belli hallerde idari yargı alanında da kesin karine teşkil edebilmektedir. İdari yargı mahkemelerinde görülen bir uyuşmazlığa ilişkin tespit edilmesi gereken vakıalar, hukuk mahkemelerinin görev alanına girmekteyse, bu vakıalara ilişkin hukuk mahkemeleri tarafından verilen kararlar idari yargı mahkemelerini bağlayıcı nitelikte olacaktır<sup>91</sup>. Buna ilişkin bir Danıştay kararında; asliye hukuk mahkemesi tarafından davacı köy muhtarı hakkında bulunduğu köyde gerekli tüm kolluk önlemlerini alması gerekirken bunu yapmadığı ve yazılı emrin varlığına rağmen görevini yerine getirmediği ortaya konulduğu için söz konusu kararı esas alarak görevden uzaklaştırma kararının hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir<sup>92</sup>. Benzer nitelikteki bir başka Danıştay kararında ise olay, davacıya şehit yetim aylığı bağlanmasına ilişkin olup Yüksek Mahkeme bu kararında da asliye hukuk mahkemesinin davacının şehit olan kişinin kızı olması hakkında verdiği kesin hükmü bağlayıcı olarak kabul etmiş ve esas göstermiştir<sup>93</sup>.

Hukuk mahkemeleri tarafından verilen bazı kararlar kanun koyucu tarafından da doğrudan bağlayıcı nitelikte belirlenmiş olabilir. Buna örnek olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 82. maddesinin 7. fıkrası gösterilebilecektir. Bu maddeye göre; *"bir tacirin saklamakla yükümlü olduğu defterler ve belgeler; yangın, su baskını veya yer sarsıntısı gibi bir afet veya hırsızlık sebebiyle ve kanuni saklama süresi içinde ziyaa uğrarsa tacir ziyayı öğrendiği tarihten itibaren onbeş gün içinde ticari işletmesinin bulunduğu yer yetkili mahkemesinden kendisine bir belge verilmesini isteyebilir"*. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere belgenin ziyayı kararına bir hukuk mahkemesi karar vermektedir. Bu karar elbette ki vergi ziyasına ilişkin davalarda veyahut vergiye ilişkin açılacak tüm davalarda bağlayıcı kabul edilecektir. Konuya ilişkin bir Danıştay kararında da, asliye hukuk mahkemesi tarafından kişinin tüm belgelerini araçla birlikte yandığı tespit edilerek zayi

<sup>90</sup> YILDIRIM, s. 222.

<sup>91</sup> YASİN, s. 158.

<sup>92</sup> D. 8. D. 03.11.1983, E. 1982/650, K. 1983/2113 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 15.04.2024).

<sup>93</sup> D. 10. D. 19.04.1989, E. 1987/2311, K. 1989/849 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 15.04.2024).

belgesi düzenlendiği ve buna bağlı olarak da “indirim konusu yapılan katma değer vergilerinin ilişkin bulunduğu faturaların kanuni defterlere kaydedilip kaydedilmediği hususunun araştırılmasına gerek bulunmadığı”<sup>94</sup> ifade edilmiştir. Dolayısıyla asliye hukuk mahkemesinin hükmü karara sirayet etmiştir.

HMK’nın 214. maddesinin 1. fıkrasında düzenleme altına alınan belgenin sahte olmadığına dair verilen kararın ceza mahkemesinde bağlayıcılık teşkil etmesi<sup>95</sup> pek tabiidir ki aynı konuda açılan disiplin cezasına ilişkin bir dava olursa karine olarak kendisini gösterebilecek ve idari yargıda etki doğurabilecektir. Belirtmek gerekir ki belgenin sahteliği ve yaş tahsisi konularında mevzuatta özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu şekilde tartışmasız bir bağlayıcılık hali ortaya konulmuştur.

Değinilen tüm sebepler aslında hukuk mahkemeleri tarafından verilen kararların yalnızca objektif maddi vakialara ilişkin olanlarının bağlayıcı kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Örneğin kişinin asliye hukuk mahkemesi kararıyla “floş kaçakçılığı operasyonunda vazife aldığına”<sup>96</sup>, “defter ve belgelerinin yandığına”<sup>97</sup>, “bir yerin orman olduğuna”<sup>98</sup> karar verilmesi halleri tamamen maddi vakiaların tespit edilmesi ile alakalı olduğu için idare mahkemeleri tarafından bağlayıcı kabul edilmişlerdir. Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki, hukuk mahkemeleri tarafından kesin hükme bağlanmış olgular, yargısal gerçek olarak kabul edildiği için kural olarak idare mahkemeleri bu hususlar hakkında tekrar inceleme yapamayacaktır<sup>99</sup>.

<sup>94</sup> D. 7. D, 08.11.2001, E. 2000/6033, K. 2001/3504 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 15.04.2024).

<sup>95</sup> **ATALI**, s. 2080; Benzer durum yaş tashihi davalarında da karşımıza çıkmaktadır, **SOYASLAN**, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2014, s. 381; **DEMİR**, Remzi, “Ceza Mahkemesi Kararının Hukuk Davasına Etkisine Teori ve Uygulama Açısından Bakış”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2019, s. 266.

<sup>96</sup> D. 10. D, 17.10.1983, E. 1982/3159, K. 1983/1960 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 15.04.2024).

<sup>97</sup> D. 4. D, 19.10.2006, E. 2006/824, K. 2006/1975 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 15.04.2024).

<sup>98</sup> D. 6. D, 24.05.2016, E. 2012/207, K. 2016/3113 (Hukuktürk, Erişim Tarihi: 15.04.2024).

<sup>99</sup> Örneğin Boşanma kararları ve babalığın tespiti gibi durumlar, bkz. **POSSER**, Herbert/**WOLFF**, Heinrich Amadeus/**DECKER**, Andreas, BeckOK VwGO, 69. Baskı, Münih 2024, § 86, parag. 39.

## SONUÇ

Kesin hükümün olumlu etkisi olan bağlayıcılık hususunun hukuki niteliği ve kapsamı hakkında uygulamada ve doktrinde tam bir ortak görüş sağlanamamıştır. Daha çok kesin hüküm olumsuz etkisi olan tekrar dava edilememesi üzerinde durulmuş ve kural olarak dava ayniyeti veyahut taraf birliği sağlanmadığı sürece bir mahkeme tarafından kesin hükme konu olan hususların başka mahkeme için bağlayıcı olmadığı ifade edilmiştir. Ancak kesin hükümün asıl amacı, yargılamanın nihai sonuca ulaşmasının yanında tespit edilen maddi vakıaların da tekrar tartışılmasının önüne geçilmesidir. Bu amaç, özünde mahkemelerin birbirlerinin verdiği kararlara güvenmesi, saygı duyması ve devamında kişilerin hukuka olan güvenlerinin korunmasını sağlamaktadır. Belirtilen karışıklıklar tüm yargılama alanlarında geçerli olup özellikle hükümün İYUK'ta düzenleme altına alınmamış ve hatta 31. madde aracılığı ile atıf kapsamına dahil edilmemiş olmasından dolayı idari yargıda bilinmezliğini sürdürmektedir. Ancak kesin hükümün şartlar dahilinde idari yargılama alanında da bağlayıcı olabilmesi kanuna atıf yapılması veya mutlaka mevzuat içinde yerini almasına bağlı değildir. Kesin hüküm eğer ki maddi vakıayı ortaya koymuş ve açılan diğer davada da söz konusu vakıa çözülmeden asıl uyuşmazlık çözülememekte ise, bağlayıcılık kendisini gösterecektir. Aksi durum, kesin niteliğe haiz olan ve aksi yargılamanın yenilenmesi yolu ile ispat edilinceye kadar geçerli olan hükümün anlamsızlaştırılması ve uygulamada aynı konunun farklı şekillerde değerlendirilmesine neden olacaktır.

Kesin hükümün olumlu etkisinin niteliği farklı kavramlar ile açıklansa dahi değişmeyecek tek durum, maddi vakıanın ön sorun teşkil etmesine bağlı olarak bağlayıcılığın ortaya çıkacağıdır. Ancak unutulmamalıdır ki nitelendirilmede yapılan farklılıklar kesin hükümün kuvvetini de etkileyebilmekte, bağlayıcılığın sınırını değiştirebilmektedir. Özellikle kesin hükümün olumlu etkisinin kesin delil olarak adlandırılması yalnızca yargılamanın yenilenmesi yolu ile ortadan kaldırılabilecek bir hükümün başka deliller ile ispat edilebileceğini ifade etmek ile eş değerdir. Bu sebeple kimi yargılama türlerinin özelliklerine de tam anlamıyla uygun düşmeyen kesin delil ifadesi kesin hükümün olumlu etkisini açıklamak için yeterli değildir. Bundan mütevellit kesin hükümün hem hüküm fıkrası hem de gerekçesinde yer alan maddi olguların bağlayıcılığı kanuni hakikat olarak değerlendirilmeli ve buna göre aksi çok zor koşullarda ispat edilebilecek bir karine olarak kabul edilmelidir. Ancak bu

kabul ile birlikte objektif olan hususların diğer yargılamalarda kural olarak bağlayıcı olduğu vurgulanabilecektir. İster aynı yargılama usulünde ister farklı yargılama usullerinde olsun amaç yargı otoritesini, hukuki güvenliği korumak ve birliği sağlamak olduğu için kesin hükmün olumlu etkisinin varlığını tereddütsüz kabul etmek gerekmektedir. Yalnızca kişileri ilgilendiren veyahut maddi olgular içermeyen tespitlerin ise taraflara sirayet edebileceğini kabul etmekte bir sakınca yoktur. Bu sebeple, kesin hükmün olumlu etkisinin kapsamı istisnai hallerde sınırlandırılmalıdır. Kesin hüküm, amacına yalnızca belirtilen şartlar dahilinde ulaşabilecektir.

## KAYNAKÇA

- AKCAN**, Recep: “Yargıtay Kararlarındaki “Güçlü Delil” Kavramının Hukuki Niteliği”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, 2004, s. 7-24.
- AKKAN**, Mine: “Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, 2009, s. 3-61.
- AKKAŞ**, Ahmet Hulusi: Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi, Ankara 2016.
- AKTAŞ**, Alkım: İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 2022.
- AKYILMAZ**, Bahtiyar/**SEZGİNER**, Murat/**KAYA**, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2023.
- ARAS**, Bahattin: “Sahtecilik İddiası Bakımından Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi”, TBB Dergisi, S. 124, 2016, 357-406.
- ARSLANDOĞAN**, Birce: Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti, 2. Baskı, Ankara 2020.
- ATALI**, Murat/**ERMENEK**, İbrahim/**ERDOĞAN**, Ersin: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2018.
- ATALI**, Murat: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. 3, 15. Baskı, Ankara 2017.
- ATAY**, Ender Ethem: İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2023.
- BELGİN GÜNEŞ**, Derya: Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri, İstanbul 2019.
- BLOOMEYER**, Arvved (Çeviren: YAZMAN, İrfan): “Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, 1968, s. 225-238.
- CANDAN**, Turgut: “Ceza Mahkemesinin Kararının Vergi Cezalarına Etkisi”, [https://turgutcandan.com/2022/02/20/cezamahkemesinin-kararinin-vergi-cezalarına-etkisi/#\\_ftnref5](https://turgutcandan.com/2022/02/20/cezamahkemesinin-kararinin-vergi-cezalarına-etkisi/#_ftnref5), 2022, (Erişim Tarihi: 12.04.2024).
- CİN KARAGÖZ**, Emine: İdare Hukukunda Karine ve Varsayım, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2016.

- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: “İdari Yargıda Kesin Hüküm”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 1999, s. 123-141.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2023. (Yargı)
- DEMİR**, Remzi: “Ceza Mahkemesi Kararının Hukuk Davasına Etkisine Teori ve Uygulama Açısından Bakış”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2019, s. 259-283.
- ERDÖNMEZ**, Güray: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- GLAUSSNER**, Irmgard: Zivilprozessrecht, 4. Baskı, Heidelberg 2018.
- GÖKPINAR**, Mahmut: “Ceza Muhakemesinin Amaçlarından Biri Olarak Maddi Gerçeğe Ulaşmak “Maddi gerçeğe ulaşmak mı? Hükmi bir gerçeklik tesis etmek mi?”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2, 2023, s. 962-999.
- GÜNGÖR**, Devrim/**OKUYUCU ERGÜN**, Güneş: “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 1951-1965.
- İYİLİKLİ**, Ahmet Cahit: Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Ankara 2016.
- KALE**, Serdar/**KESER** Salih: “Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 21, S. 2, 2015, s. 701-726.
- KAPLAN**, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Bursa 2023.
- KARAKAŞ**, Fatma Tülay: “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 3, 2013, s. 729-759.
- KUNTER**, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1981.
- KURU**, Baki: Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016.
- KURU**, Baki/**ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014.
- OĞURLU**, Yücel: “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu "Ne Bis İn İdem" Kuralı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 2, 2003, s. 101-124.
- ONAR**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, 3. Baskı, İstanbul 1966.
- ÖNEN**, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.



- ÖZMUMCU**, Seda: “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2016, s. 145-171.
- POSSER**, Herbert/**WOLFF**, Heinrich Amadeus/**DECKER**, Andreas: BeckOK VwGO, 69. Baskı, Münih 2024.
- SAENGER**, Ingo: Zivilprozessordnung, 10. Baskı, Baden-Baden 2023.
- SELÇUK**, Sami: “Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm Şartları — Kesin Hüküm İtirazı”, Adalet Dergisi, C. 64, S. 11, 1973, s. 937-956.
- SOYASLAN**, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2014.
- SUNAY**, Süheyla Şenlen: İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları, İstanbul 1997.
- ŞENSÖZ MALKOÇ**, Ebru: Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, Ankara 2017.
- TAN**, Turgut/**GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref: İdare Hukuku, C. 2, 8. Baskı, Ankara 2016.
- TANER**, Tahir: Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1950.
- TELLİ**, S. Tekin: “İdari Yargıda Kesin Hüküm”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III, 1980, s. 99-130.
- TOSUN**, Öztekin: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. 1, 3. Baskı, İstanbul 1981.
- TÜRKOĞLU ÜSTÜN**, Kamile: İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler, Ankara 2019.
- ULUKAPI**, Ömer: “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Yargılamaya Hakim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1-2, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, 1998, s. 713-732.
- ULUSOY**, Ali D.: İdari Yaptırımlar, İstanbul 2013.
- UMAR**, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014.
- YASİN**, Melikşah: İdari Yargılama Usulünde İspat, İstanbul 2015.
- YILDIRIM**, Mehmet Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- YURTCAN**, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1996.





## AİHM VE YARGITAY KARARLARI DOĞRULTUSUNDA CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA BİR SORUŞTURMA YÖNTEMİ OLARAK TEŞHİS

Dr. Öğr. Üyesi Hüsnü Sefa ERYILDIZ \*

Arş. Gör. Merve ŞAHİN AKDEMİR \*

### Öz

Teşhis, ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın “kişi” olarak tespiti amacıyla başvurulmuş bir işlemdir. Güvenilirliği tartışmalı olsa da teşhise delil elde etme amacına yönelik olarak uygulamada sıklıkla başvurulmaktadır. Bu nedenle, teşhis işleminin doğru bir şekilde yapılması, elde edilen delilin hukuka uygun olması, maddi gerçeğe ulaşılması bakımından oldukça önemlidir. Teşhis işlemi farklı yöntemlerle yapılmakta ve bu yöntemler güvenilirlik seviyesine bağlı olarak kategorize edilmektedir. Bu çalışmada teşhis yöntemlerinden olan; yüz yüze görüntü teşhisi, fotoğraf teşhisi, ses teşhisi ve parmak izi teşhisi tanımlanmış ve

\* Dr. Öğr. Üyesi. Atatürk Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Ana Bilim Dalı, Erzurum, Türkiye | Asst. Prof., Ataturk University, Faculty of Law, Department of Public Law, Department of Criminal and Criminal Procedure, Erzurum, Türkiye.

✉ [sefa.eryildiz@atauni.edu.tr](mailto:sefa.eryildiz@atauni.edu.tr) • ORCID 0000-0003-4964-0888.

\* Arş Gör. Atatürk Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Ana Bilim Dalı, Erzurum, Türkiye | Research Asst., Ataturk University, Faculty of Law, Department of Public Law, Department of Criminal and Criminal Procedure, Erzurum, Türkiye.

✉ [mervesahin@atauni.edu.tr](mailto:mervesahin@atauni.edu.tr) • ORCID 0000-0003-4043-1959.

✂ **Atıf Şekli** | Cite As: ERYILDIZ Hüsnü Sefa/ ŞAHİN AKDEMİR Merve: “AİHM ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda Ceza Muhakemesi Hukukunda Bir Soruşturma Yöntemi Olarak Teşhis”, SÜHFD, C. 32, S. 3, 2024, s. 1689-1730.

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

✂ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



uygulama koşulları bakımından dikkate alınması gereken hususlar öğreti ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başta olmak üzere yargı kararları ışığında ortaya konulmuştur.

### Anahtar Kelimeler

- Teşhis • Ses Teşhisi • Parmak İzi Teşhisi • Yüz Yüze Görüntü Teşhisi
- Fotoğraf Teşhisi

## IDENTIFICATION AS AN INVESTIGATION METHOD IN CRIMINAL PROCEDURE LAW IN LINE WITH THE SUPREME COURT DECISIONS

### Abstract

Identification is a procedure used in criminal proceedings to identify the suspect or defendant as a "person". Even though its reliability is controversial, identification is frequently used in practice for the purpose of obtaining evidence. For this reason, it is very important that the identification process is carried out correctly, that the evidence obtained is in accordance with the law, and that the material truth is reached. The identification process is carried out by different methods and these methods are categorized depending on the level of reliability. In this study, face-to-face image identification, photo identification, voice identification and fingerprint identification, which are among the identification methods, are defined and the issues to be taken into consideration in terms of application conditions are put forward in the light of the doctrine and judicial decisions, especially the European Court of Human Rights.

### Keywords

- Identification • Voice Identification • Fingerprint Identification
- Face-to-Face Image Identification • Photo Identification

## GİRİŞ

Teşhis; sözlükte “*bir kimseyi tanıma, seçme*” olarak tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Ceza muhakemesinde teşhise, sanığın “kişi” olarak tespitini yapmak için başvurulur. Teşhis işlemi; şüpheli veya dış görünümündeki benzerlik nedeniyle şüpheli olarak nitelendirilebilecek olan kişilerin, yüz yüze

---

<sup>1</sup> AYVERDİ, İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük Kubbealtı Lügatı, C. 3, İstanbul 2005, s. 3143.

veya fotoğraf veya video kayıtları üzerinden tanık veya mağdura gösterilmesiyle gerçekleştirilir<sup>2</sup>. Ayrıca, kişi bulunamıyor veya görüntü kaydı mevcut değilse ses kayıtlarının dinletilmesi, yani ses teşhisi veya parmak izi teşhisi yöntemlerine de başvurulmaktadır. Böylelikle, şüphelinin vücudu, delil elde etme yöntemi olarak kullanılmaktadır<sup>3</sup>.

Öğretide teşhis işlemine ilişkin farklı tanımlara rastlamak mümkündür. Örneğin bir tanıma göre teşhis işlemi; gözaltına alınan kişinin, suçu işleyen fail olup olmadığını tespit etmek amacıyla tanık veya mağdura gösterilerek şüpheliler arasından belirlenmesidir<sup>4</sup>. Benzer bir tanımda teşhis; gözaltına alınan şüphelinin, suçu işleyen fail olup olmadığının anlaşılmasının zorunlu olduğu hallerde Cumhuriyet savcısının talimatı üzerine, kolluğun gerçekleştirmiş olduğu işlem olarak tarif edilmiştir<sup>5</sup>. Bir başka tanımda ise teşhis işlemi; mağdur veya tanığın, şüpheliyi veya suçta kullandığı suç aletini, bir grup insan veya eşya arasından<sup>6</sup>, görüntüsü, sesi veya fotoğrafı kullanılmak suretiyle seçmesi şeklinde ifade

<sup>2</sup> Video görüntüsü varsa teşhis işleminin yapılmasına gerek olmadığına dair görüş için bkz. **DÜLGER**, Murat Volkan/ **ŞABAN**, Cankat Taşkın, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2023, s. 670.

<sup>3</sup> **CENTEL**, Nur/ **ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2020, s. 368.

<sup>4</sup> **ERYILMAZ**, Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 599. Benzer tanım için bkz. **YENİSEY**, Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987, s. 211.

<sup>5</sup> **ÖZBEK**, Veli Özer/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2021, s. 219.

<sup>6</sup> Eşya teşhisi, yasal dayanağı bulunmayan ve öğretilerde çok fazla tartışılmayan bir işlem olsa da uygulamada yer yer karşılaşılmaktadır. Eşya teşhisi ile ilgili verilen bir Yargıtay kararında: *“Sanıkların Ankara’daki adreslerinde çok sayıda inşaat malzemesinin ele geçtiği, katılanın 2 spiral, bir matkap ile 150 ve 200 metrelik kabloları teşhis ettiği, yargılamada alınan beyanında ise, teşhis ettiği eşyaların ayırt edici özelliklerinin bulunmadığını, eşyayı teşhis ettiği tutanakta isimleri bulunmayan aynı inşaatta çalışan tanıklar Muammer ve Mustafa’nın eşyaları teşhis ettiğini beyan ettiği, tanık Muammer ise teşhis ettiği elektrik malzemelerinin ayırt edici özelliklerinin bulunmadığını, teşhis ettiği malzemelerin kesin olarak kendilerine ait olduğunu söyleyemeyeceğini, her yerde bulunan malzemeler olduğunu diğer eşyaları ise katılanın teşhis ettiğini beyan ettiği, katılanın beyanına göre iki spiral ve bir matkabi teşhis eden tanık ...’nın ise vefat ettiği için beyanına başvurulmadığı, sanıkların aşamalarda teşhis edilen eşyaların ayırt edici özellikleri bulunmadığını, bu eşyaların kendilerine ait olduğunu, Çorum’a hiç gitmediklerini, yargılama aşamasında vefat eden ... ile husumetli olduklarından bu şekilde suçlayıcı beyanda bulunduğunu beyan ederek suçlamayı reddettiklerinin anlaşılması karşısında; sanıkların, yüklenen suçu işlediklerine ilişkin vefat eden*

edilmiştir<sup>7</sup>. Yargıtay'a göre teşhis; "Olaydaki failin, gözaltına alınan şüpheli ile aynı kişi olup olmadığının belirlenmesi bakımından mağdur veya tanığa Cumhuriyet savcısının talimatıyla kolluk tarafından yaptırılan yüzleştirme işlemidir"<sup>8</sup>.

Teşhis, güvenilirliği bakımından tartışmalı bir muhakeme işlemidir. Billhassa fotoğraf ve ses teşhisi, mağdurun veya tanığın hafızasındaki yanılığını nedeniyle telafisi güç sonuçlar yaratabilir<sup>9</sup>. Bu nedenle, teşhis işleminde bulunan tanık veya mağdur, beyanını öncelikle şüphelinin dış görünüşüyle ilgili olarak kendisinin doğrudan bilgi sahibi olduğu hususlara dayandırılmalıdır. Dolaylı tanık konumu bulunan, yani olay hakkında doğrudan bilgi sahibi olmayıp sonradan elde ettiği bilgilere dayanarak teşhis işlemini yapan kişinin, yapmış olduğu bu teşhise dayalı olarak karar verilmesi sakıncalıdır. Ayrıca, teşhis işlemini yapan mağdur veya tanık, işlemi gerçekleştirirken birtakım şartları da sağlamalıdır, zira insanın sahip olduğu dış görünüş zaman ve koşullara göre değişiklik göstermekte<sup>10</sup> hatta bazen bilinçli bir şekilde değiştirilmektedir.

---

*sanık ...'in suç atma niteliğindeki beyanları ile müşteki ve tanık Muharrem'in suçta konu eşyayı teşhis ettiklerine dair soyut beyanları dışında, sanıkların hükümlülüğüne yeterli, kesin ve inandırıcı hukuka uygun kanıtlar bulunmadığı gözetilmeden beraatları yerine yazılı biçimde hükümlülüklerine karar verilmesi..." bozmayı gerektirmiştir. Y. 13. CD, 14.05.2015, E. 2014/23084, K. 2015/9229 (Lexpera, Erişim Tarihi: 26.07.2024).*

<sup>7</sup> **BIÇAK**, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 689.

<sup>8</sup> Y. 13. CD, 04.05.2015, E. 2015/6673, K. 2015/8330 (Lexpera, Erişim Tarihi: 26.07.2024).

<sup>9</sup> Bu durum, susma hakkının kullanıldığı bir davada görülmüştür. Susma hakkını kullanan sanığın, mağdur tarafından yargılama esnasında teşhis edilmesi, buna rağmen sanığın herhangi bir açıklama yapmaması karşısında suçlu olduğu kabul edilmiş ve cezalandırılmıştır. Hindistan Yüksek Mahkemesi, Diamond v. State, Başvuru No: 24467, 1924, [https://casetext.com/case/diamond-v-state-30?\\_\\_cf\\_chl\\_tk=g15SowI\\_kqoRzy74t\\_EwADHxpVDTmtV1CP4VQ3QGH6w-1721984512-0.0.1.1-6335](https://casetext.com/case/diamond-v-state-30?__cf_chl_tk=g15SowI_kqoRzy74t_EwADHxpVDTmtV1CP4VQ3QGH6w-1721984512-0.0.1.1-6335) (Erişim Tarihi: 26.07.2024).

<sup>10</sup> Örneğin, gecenin karanlığında işlenen bir hırsızlık suçu bakımından, görüntü, teşhis etme hususunda belirleyici bir rol almamaktadır. Bu durumda, ses teşhisi veya parmak izi teşhisi gibi başka teşhis yöntemlerinden faydalanmak, yanıltıcı bir delil elde etmemek adına faydalı olmaktadır. Ses teşhisi için de ayırt edici kabul edilebilecek tarzda bir ses tonu veya aksanın bulunması aranmalıdır. Daha fazlası için bkz. **CLARENCE**, Alexander, Law of Arrest in Criminal and Other Proceedings, Dennis 1949, s. 802.

İşlemin yapılış şekli de teşhis edenin görgü sahibi olması gereken hususlar kadar önem arz eder. Bu bağlamda; tanığın veya mağdurun, şüpheli olarak görülen tek bir kişi ile karşı karşıya bırakılması oldukça hatalıdır. Benzerlikler arz eden birden fazla kişi arasından, şüphelinin teşhis edilmesi ve kolluk güçlerinin herhangi bir yönlendirmede bulunmaması işlemin sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesi için zorunlu bir koşuldur<sup>11</sup>.

Teşhise ilişkin hükümler 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) Ek m.6'nun 9 ila 17 fıkraları arasında yer almaktadır. Madde fıkraları genel itibarıyla yüz yüze teşhis işlemine ilişkin olup fotoğraf teşhisi ise 16. fıkroda düzenlenmiştir. Öğretide, teşhis işlemine ilişkin düzenlemenin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılması gerektiği ileri sürüldüğü gibi, işlemin savcı tarafından yapılmasının, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından getirilen hâkim güvencesinin önüne geçtiği yönünde eleştiriler de getirilmektedir<sup>12</sup>.

Teşhis işlemi, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını amaçlayan bir delil elde etme aracı olarak işlev görmektedir. Dolayısıyla, teşhis işleminin doğru bir şekilde yapılması, elde edilen delilin hukuka uygunluğu bakımından önemlidir.

## I. TEŞHİS TÜRLERİ

Yabancı öğretilerde birçok teşhis yönteminden söz edilmekte ve bu yöntemler güvenilirlik seviyesine bağlı olarak sınıflandırılmaktadır. Daha az güvenilir bulunan yöntemler yüz yüze veya fotoğraf teşhisi ile giysi ve kişisel eşyalar kullanılarak gerçekleştirilen teşhis yöntemleridir<sup>13</sup>. Güvenilirlik seviyesi daha yüksek olan ve kullanılmaya daha elverişli görülen ilk teşhis türü ise **parmak izi teşhisidir**. Amerika Birleşik Devletleri'nde 1924 yılından sonra parmak izlerinin daha sonra veri olarak kullanılması için bir havuz oluşturulmuştur. **Ayak izi, dudak izi ve kulak**

<sup>11</sup> CLARENCE, s. 801.

<sup>12</sup> GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat/ ALŞAHİN M. Emin/ ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2022, s. 378.

<sup>13</sup> GÜNEŞ, İsmail: "Eşkâl Tanımlaması ve Suçun Aydınlatılması", Ceza Hukuku Dergisi, C. 2, S. 3, 2007, s. 181.

**izleri de** teşhisin gerçekleştirilmesi noktasında faydalanılabilir gözükmele beraber, yaygın bir şekilde kullanılmamaktadır. **Diş teşhisi** bir başka güvenli teşhis yöntemidir, zira diş röntgenleri ve diş kayıtları karşılaştırıldığında doğruluğu oldukça yüksek sonuçlara ulaşılması mümkündür. **İskelet** ve **saç teşhisi** ise diğer teşhis yöntemleridir. Özellikle saçlar, failin yabancı olması halinde ırkların belirlenmesinde önemli rol oynayabilmekte iken<sup>14</sup>; bazı ırklar bakımından ise belirleyici özellik göstermez. Örneğin, Hint ırkının saç rengi, ten rengi ve göz rengindeki tekdüzelik teşhis işlemi gerçekleştirilirken güvenilirlik düzeyinde azalmaya neden olmaktadır<sup>15</sup>.

**El yazısı teşhisi** de teşhis türü olarak kabul edilmektedir<sup>16</sup>. Bu teşhis türü, dolandırıcılık suçu üzerine açılan bir davada büyük rol oynamış ve dava sonucunda, yüz yüze teşhisin yanıltıcı sonuçlara yol açtığı gözlemlenmiştir. Suçu işlediği düşünülen kişi, yüz yüze teşhis neticesinde mahkûm edilmiş, ancak kendisi hakkında yargılama devam ederken suçun da işlenmeye devam edildiğinin tespit edilmesi üzerine el yazısı teşhisi gerçekleştirilmiş ve neticede yargılanan sanığın masum olduğu ortaya çıkmıştır. Davadan, özellikle el yazısı teşhisinin mümkün olduğu hallerde, yüz yüze teşhis yöntemine dayalı olarak doğrudan mahkûmiyet kararı verilmemesi gerektiği sonucu çıkarılmıştır<sup>17</sup>.

Türk hukukunda el yazısı ile teşhis mevzuatta öngörülmemiştir. Bu teşhis türü, şüphelinin “aktif katılım” sağlaması yolu ile gerçekleştirildiğinden, işleme katılmak istemeyen şüphelinin fotoğraf teşhisi ve yüz yüze teşhisin aksine zorlanması mümkün değildir. Bu durumda zorlama hapsi de açıkça öngörülmediğinden uygulanamayacaktır<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Bkz. RUSSEL, S. Fischer, Forensic Pathology: A Handbook for Pathologists, ABD 1977, s. 67-68.

<sup>15</sup> GALTON, Francis, Finger Prints, New York 1982, s. 150.

<sup>16</sup> Okuma yazma yeteneği bulunmayan bazı toplumlarda el yazısıyla teşhis türü güvenli değildir, zira yazma yeteneği bulunmadığı için bir grubun içinde bulunan herkes yaklaşık aynı işaretleri kullanmakta ve ayırt edici özellik azalmaktadır. GALTON, s. 150.

<sup>17</sup> Bkz. ORDWAY, Hilton, Handwriting Identification vs. Eye Witness Identification, Chicago 1956, s. 212.

<sup>18</sup> YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2023, s. 681.



**Konumuz bağlamında incelenecek olan teşhis türleri, yüz yüze görüntü teşhisi, fotoğraf teşhisi, ses teşhisi ve parmak izi teşhisi olacaktır.**

### **A. Yüz Yüze Görüntü Teşhisi ve Fotoğraf Teşhisi**

Yüz yüze teşhis ile fotoğraf teşhisi diğer teşhis türlerinden farklı olarak mevzuatta özel olarak düzenlenen teşhis türleridir. Yürürlükteki mevzuata göre; yüz yüze teşhis haricinde, failin teşhisi yalnızca fotoğraf kullanılması yolu ile mümkün olup video görüntülerinden veya el ile çizilen resimlerden teşhis söz konusu değildir<sup>19</sup>.

“Yüz yüze görüntü” teşhisi şüpheli ve ona benzer kişilerin ya tek tek mağdura gösterilmesi ya da toplu bir biçimde sıralanması ve mağdurun bunlar arasından şüpheliyi tespit etmesi şeklinde gerçekleşmekte iken; “fotoğraf teşhisi”, şüphelinin yakalanması amacıyla belli durumlarda tanığa, belli durumlarda ise mağdura birden fazla birbirine benzeyen kişinin fotoğrafının gösterilmesi ve tanığın veya mağdurun ise bu görüntüler arasından failin kim olduğunu tespit etmesi işlemidir.

Yüz yüze teşhis işleminden elde edilen delil, belge delili olarak nitelendirilir, zira bu halde taraflar birbirini görmeseler de bir araya getirilerek değiştirilmesi mümkün olmayan bir durum oluşmakta ve neticesinde teşhis tutanağı düzenlenmektedir. Söz konusu teşhis tutanağı, resmi olarak tutulan bir belge olup, bu yolla elde edilen delil, belge delili olarak kabul edilmelidir.

Fotoğraf kullanılarak teşhis işleminin delil niteliği ise tartışmalıdır. Öğretide fotoğraf teşhisini beyan delili<sup>20</sup>, belge delili<sup>21</sup> veya belirti delili<sup>22</sup> olarak nitelendiren görüşler mevcuttur. Bizim de iştirak ettiğimiz son gö-

<sup>19</sup> GÖKCEN/ BALCI/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 380.

<sup>20</sup> YENİSEY, Feridun: “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 2, S. 4, 2007, s. 23-24.

<sup>21</sup> BIÇAK, s. 490.

<sup>22</sup> GÜNGÖR, Devrim, Ceza Muhakemesinde Deliller, Ankara 2014, s. 87.

rüş, bugün dijital verilerin yapısının kolaylıkla değiştirilebileceğini dikkate alarak, bu durumun delillerin güvenilirliğini azalttığı ve bilirkişi incelemesini gerekli kıldığı yönündedir.<sup>23</sup>

Fotoğraf teşhisine ilişkin temel esaslar PVSİK Ek m.6'da düzenlenmiştir<sup>24</sup>. Buna göre;

- Polis, olaydaki failin, gözaltına alınan şüpheli ile aynı kişi olup olmadığının belirlenmesi bakımından zorunlu olması halinde, Cumhuriyet savcısının talimatıyla teşhis yaptırabilir (fıkra 9).
- Tanıklıktan çekinebilecek olanlar, teşhiste bulunmaya zorlanamaz (fıkra 10).
- İşleme başlanmadan önce, teşhiste bulunacak kişinin faili tarif eden beyanları tutanağa bağlanır (fıkra 11).
- Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birden fazla ve aynı cinsten olması, aralarında yaş, boy, ağırlık, giyinme gibi görünüşe ilişkin hususlarda benzerlik bulunması gerekir. Teşhis için gerekli olması halinde, şüphelinin görünüşü ile ilgili gerekli değişiklikler yapılabilir. Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin her birinde, teşhis sırasında bir numara bulundurulur (fıkra 12).
- Teşhiste bulunan kişi ile teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birbirini görmemesi gerekir. Teşhis işlemi en az iki kez<sup>25</sup> tekrarlanır ve teşhiste bulunması istenen kişiye, şüphelinin teşhis edilecek kişiler arasında yer almıyor olabileceği hatırlatılır (fıkra 13 ve 14).

<sup>23</sup> Yargıtay'a göre sadece fotoğraf teşhisi üzerinden mahkûmiyet hükmü kurulması isabetli değildir: "Yakmanın soruşturma aşamasında olay yeri büro amirliğinde kendisine gösterilen sabıkalı şahıslar albümünde yaptığı fotoğraf teşhisi dışında sanığın yüklenen suçu işlediğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve somut, mahkûmiyet hükmü kurmaya yeterli delil bulunmadığı gözetilmeden, sanığın beraati yerine, yazılı biçimde mahkûmiyet kararı verilmesi ..." Y. 2. CD, 25.02.2014, E. 2013/16489, K. 2014/5015 (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.07.2024).

<sup>24</sup> Düzenleme yerinin tartışılması mümkün olsa da, daha önce yalnızca uygulamaya dayalı olarak yapılan bu işlemin kanunla ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinin yerinde olduğuna dair görüş için bkz. ŞAHİN, Cumhur/ GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 12. Baskı, Ankara 2022, s. 39.

<sup>25</sup> ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAĞSIZ'a göre; bu hususla ilgili olarak Kanun'da "en az iki kez" ifadesi kullanıldığından, bu işlemin ikiden fazla gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu kurala uyulduğu ve işlemin bu şekilde gerçekleştirildiği tutanakta mutlaka ifade edilmelidir., s. 221.

- Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin, bu işlem sırasında birlikte fotoğrafları çekilerek veya görüntüleri kayda alınarak, soruşturma dosyasına konulur (fıkra 15).
- Şüphelinin fotoğrafı üzerinden de teşhis yaptırılabilir. Ancak tek bir fotoğraf veya aynı kişinin farklı fotoğrafları üzerinden teşhis yaptırılamaz. Değişik kişilerin fotoğraflarının aynı büyüklük ve özellikte olmaları gerekir. Teşhis işlemi tutanağa bağlanır (fıkra 16 ve 17).

**Teşhis işleminin yapılabilmesi için, öncelikle, şüphelinin gözaltına alınmış olması gerekir<sup>26</sup>. Gözaltına alınan her şüphelinin teşhis işlemine tabi tutulması ise mümkün değildir. Bunun için teşhis işleminin yapılmasında zorunluluk bulunmalıdır.** Zorunluluktan anlaşılması gereken; gözaltına alınan şüphelinin, suçu işleyen faille aynı kişi olup olmadığının belirlenmesi bakımından mecburiyetin bulunmasıdır<sup>27</sup>. İşlemin yapılabilmesi için aranan bu şart, teşhis işleminin delil elde etme amacıyla kullanılmasının ikincil olması, yani başka bir şekilde delil elde edilebiliyor ise bu yönetime başvurulmaması gerektiği anlamına gelir. Somut olayda, zorunluluk şartına ilişkin kanaatin gerekçeleriyle birlikte işlem sonucunda tutulan tutanağa açıkça yazılması hukuka uygunluk denetimi bakımından önem taşır<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Yargıtay kararında bu durum: “Şüphelinin teşhise tabi tutulabilmesi için gözaltına alınmış olması gerekir. Şüphelinin yakalanmış olması teşhis için yeterli değildir. Ayrıca Cumhuriyet Savcısı tarafından verilmiş bir gözaltı kararının olması gerekir. Öyleyse gözaltı kararı verilmeden yapılmış teşhis işlemleri hukuka uygun değildir...” şeklinde ifade edilmiştir. Y. 6. CD, 25.01.2024, E. 2023/16282, K. 2024/1150; aynı yönde, Y. 6. CD, 23.05.2023, E. 2022/123, K. 2023/10783 (Lexpera, Erişim Tarihi: 03.07.2024). Öğretide aynı yönde, KAYA GÖÇMEN, Özen, teşhisin, gözaltı işleminin amacını sağlamaya yönelik bir işlem olduğunu vurgulamaktadır, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Yakalama ve Gözaltı Koruma Tedbirleri, Ceza Hukuku Monografileri, Ankara 2021, s.150; ÖZTÜRK, Bahri’ye göre; yakalanan kişi, öncelikle gözaltına alınmalıdır. Gözaltına alma kararı verilebilmesi için soruşturma yönünden zorunluluk bulunması gerekir. Gözaltına alma kararı verilebilmesi için aranan bu koşul, teşhis yapılabilmesi için aranan zorunlu olma koşulu ile paralellik arz etmektedir., Ana hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2023, s. 281; YENİDÜNYA, Caner A/ İÇER, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s. 311.

<sup>27</sup> ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 219.

<sup>28</sup> ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 219-220.

Şüphelinin teşhis işlemine katılması zorunludur<sup>29</sup>. Teşhise katılmakla yükümlü olan diğer kişiler, tanık veya mağdurdur<sup>30</sup>. Bu kişiler, teşhis işlemine katılmaktan kaçınmaz. İstisnai olarak, tanıkların teşhis işlemini gerçekleştirirken çekinme hakkı bulunmaktadır. Yalnızca bu halde tanık, teşhis işlemi yapmaya zorlanamaz<sup>31</sup>. Bu nedenle, tanığa çekinme hakkının bulunduğunun hatırlatılması gerekir.

**Şüphelinin teşhis işlemine katılması bakımından dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, tek başına bu işleme tabi tutulmamasıdır<sup>32</sup>.** Cinsiyet, boy ve ağırlık gibi özellikleri aynı olan birden fazla kişi teşhis işlemi gerçekleştirilirken mağdur veya tanık karşısında bulunmalıdır<sup>33</sup>. Daha sonra bu kişiler, teşhis edecek olan kişinin önünde sıralandı-

<sup>29</sup> BİÇAK, s. 690.

<sup>30</sup> DEMİRBAŞ, Timur; şüphelinin, teşhis işlemine katılmaktan kaçınmayacağı, bu durumda, aleyhe delil verme yasağının söz konusu olmadığını dile getirmektedir., Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara 2024, s. 228.

<sup>31</sup> GÖKCEN/ BALCI/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 381.

<sup>32</sup> Yargıtay bir kararında bu hususa ilişkin olarak: "04.02.2008 ve 06.02.2008 tarihli teşhis tutanaklarına göre katılanlar M. ve H.'ye sadece sanıklar gösterilerek, katılanlar F. ve S.'ye ise sadece sanıkların bilgisayar ortamındaki fotoğrafları gösterilerek teşhis yaptırılması nedeniyle teşhisin usule uygun olmaması, katılanlar M. ve H.'nin olay sonrası eşkâl bilgisi vermedikleri ve şüphelendikleri kimse olmadığını beyan ettikleri halde aradan zaman geçtikten sonra sanıkları teşhis etmeleri, katılan M.. G..'nın sanıklar A.. İ.. ve Ü.. B..'i hastanede gördüğüne ilişkin beyanının olmaması, katılan F.. D..'in kolluk aşamasında kurumdan çıkarken kendisini sanık A.. İ..'in sıkıştırdığını beyan ettiği halde yargılama aşamasında sanık M.. K..'ın kendisini sıkıştırdığı şeklindeki çelişkili beyanları dikkate alındığında dosya kapsamına göre sanıkların üzerlerine atılı suçları işlediklerine dair hukuka uygun, şüpheden uzak, kesin, yeterli ve inandırıcı delil bulunmadığı halde sübut bulmayan suçtan beraatları yerine yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle ile yazılı biçimde mahkûmiyetlerine karar verilmesi..." şeklindeki tespitleri doğrultusunda bozma kararı vermiştir Y. 2. CD, 04.05.2015, E. 2014/7095 K. 2015/9507 (Lexpera, Erişim Tarihi: 15.07.2024).

<sup>33</sup> GÖKCEN/ BALCI/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 381. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında ses teşhisi işlemi ile bağlantılı olarak; "Ayrıntılı düzenleme olmaması teşhis işleminin gelişigüzel yapılacağı anlamına gelmez. Bu kapsamda mağdur veya tanığın fail ya da faillerin sesini dinleyerek karar vereceği bir teşhis işleminde mağdur veya tanıktan sesin sahibinin cinsiyeti, yaş durumu, sesinin özellikleri, şivesinin bulunup bulunmadığı gibi hususlar öğrenilip, aynı cinsiyet, benzer yaş grubu ve şiveye sahip birden çok kişinin teşhise katılmaları sağlanarak eşit sürede konuşturulmaları gerekmektedir." şeklindeki açıklamalara yer verilmiştir. YCGK, 17.09.2019, E. 2018/623, K. 2019/551 (Lexpera, Erişim Tarihi: 15.07.2024).

ılmak suretiyle, suçu işleyen failin hangisinin olduğunun tespiti yapılmalıdır. Teşhis edilen kişilerin numaraları ve yerleri değiştirilerek işlem tekrarlanmalıdır<sup>34</sup>.

Teşhis işlemi, kolluk tarafından gerçekleştirilebilen bir işlemdir, ancak şüpheli çocuk ise teşhisin mutlaka savcı huzurunda yapılması gerekir<sup>35</sup>. Yine, hayata karşı suçlar ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar gibi, suçun maddi konusunun ve hukuki niteliğinin önem taşıdığı suçlara ilişkin teşhisi işleminin de Cumhuriyet savcısı huzurunda gerçekleştirilmesinin, işlem güvenilirliğinin sağlanması açısından gerekli olduğu dile getirilmektedir<sup>36</sup>.

Teşhis işlemine hazırlık işlemleri usulüne uygun bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Teşhisi yapacak olan mağdur ve tanığın, işleme başlamadan önce, teşhis edeceği kişi ile ilgili fiziksel özelliklerine dair bilgileri ayrıntılı bir şekilde ve yazılı olarak vermesi gerekir<sup>37</sup>. *E.M.K./Bulgaristan* kararında AİHM, *mağdura teşhis işlemi yaptırılmadan önce failin fiziksel özellikleriyle ilgili ayrıntılı ifadesinin alınması gerektiğini vurgulayarak, dava konusu somut olayda mağdura başlangıçta failin fiziksel özelliklerinin sorulmayarak hemen birden fazla kişinin kendisine gösterilmesini ve mağdurun aralarından birini fail olarak tespit etmesini, teşhis işlemi gerçekleştirdikten sonra ise tutanağın yetkili kişilerce imzalanmamasını ve bu şekilde edilen delillerin tutuklama veya mahkûmiyet kararı için yeterli olmamasını dikkate alarak ihlal kararı vermiştir*<sup>38</sup>.

Alınan bilgiler doğrultusunda, şüphelinin de aralarında bulunduğu teşhis işlemine katılan kişilerin fiziksel özelliklerinde buna uygun değişiklikler yapılmalıdır. Örneğin, şüphelinin sakallı olduğu belirtilmişse,

<sup>34</sup> POLAT, s. 2129, 2130.

<sup>35</sup> Çocuk Koruma Kanunu m.15’de bu hususa vurgu yapılmıştır.

<sup>36</sup> POLAT, s. 2129.

<sup>37</sup> Bir Yargıtay kararının karşı oy yazısında mevzuatta açıkça ifade edilmeyen önemli bir hususa vurgu yapılarak; *“Teşhisi yapacak kişi, teşhis yaptırılacak yakalanan kişi ya da şüpheliyi önceden tanıyorsa, bu husus tanık tarafından beyan ediliyorsa ya da ifadesi alınırken anlaşılırsa artık teşhis yapılmamalıdır. Zaten böyle bir durumda yapılacak teşhisin anlamı yoktur.”* açıklamalarına yer verilmiştir Y. 13. CD, 04.05.2024, E. 2015/6673, K. 2015/8330 (Lexpera, Erişim Tarihi: 04.07.2024).

<sup>38</sup> AİHM, 18.01.2005, *E.M.K./Bulgaristan*, Başvuru No: 43231/98, § 68.

sakalı olmayan kişilerin teşhis işlemine tabi tutulması durumunda teşhis işleminin hukuka aykırı bir şekilde gerçekleşmesi söz konusu olmaktadır<sup>39</sup>.

Teşhis işleminin yapılabilmesi için, failin fiziki özelliklerinin teşhisi yapacak kişi tarafından bilinmesi gerekir. Mağdurun, sanığı bizzat görmediği, sanığın daha önceki söylemine dayalı olarak teşhis işlemini yaptığı ancak olayı bizzat gören başka bir tanığın bulunduğu bir olayda Yargıtay<sup>40</sup>; *“Sanığın atılı suçu işlemediğini savunması, müştekinin sanığın aracının camını kırarak hırsızlık yaptığını bizzat görmemesi, fakat camı kıracağını alt komşusuna söyleyen kişinin sanık olduğunu fotoğraflardan teşhis etmesi, müşteki ile sanığı gördüğü belirtilen müştekinin komşusuna sanığın canlı olarak teşhis ettirilememesi karşısında; sanığın atılı suçları işlediğine ilişkin, müştekinin aracının camını kıracağını söyleyen kişinin fotoğraf teşhisine göre sanık olduğuna yönelik tespiti dışında delil bulunmaması nedeniyle sanığın müşteki ile komşusu olan tanığa teşhis ettirilmeden eksik inceleme ile ceza verilmesi...”* üzerine bozma kararı vermiştir.

**Teşhis işleminin sıhhati açısından işlemin yapılacağı yer de önem arz etmektedir.** Elde edilen delilin hukuka uygun olması için teşhis işlemi, bu işlem için kolluk birimlerinde özel olarak ayrılan bir yerde gerçekleştirilmelidir. Sıradan bir yerde teşhis işlemi yapılmamalıdır<sup>41</sup>.

Usulüne uygun bir teşhis işleminin ne şekilde yapılması gerektiği hususunda bir Yargıtay kararında<sup>42</sup>; *“İdeal bir teşhiste; teşhisi yapacak olan ile teşhis edilecek şahıs/shahıslar arasında aynalı cam olmalı, teşhis için kullanılan manken kişiler ile şüpheli ya da sanığın fiziksel özellikleri ve kıyafet tarzları benzer olmalı, aynalı cam bulunan teşhis odasına şüpheli ve sanık dışında en az üç dört adet manken şahıs konulmalı, şahısların yerleri ve duruma göre kılık kıyafetleri vs. değiştirilerek işlem birkaç kez tekrarlanmalıdır. Her seferinde şüpheli ya da sanık teşhis odasında olmayabilir. Her teşhis işleminden önce teşhisi yapı-*

<sup>39</sup> BALCI, Murat: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis ve Yüzleştirme”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 5, S. 12, 2010, s. 191.

<sup>40</sup> Y. 13. CD, 22.04.2015, E. 2015/7191, K. 2015/7469 (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.07.2024).

<sup>41</sup> POLAT, s. 2129, 2130.

<sup>42</sup> Y. 17. CD, 09.02.2016, E. 2015/9056, K. 2016/1283 (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.07.2024).

*cak olan şüpheli ya da sanığın teşhis odasında bulunan kişiler arasında olmaya bileceği de hatırlatılarak teşhis yapılması istenmeli ve tüm işlemler tutanağa bağlanmalıdır.”* şeklindeki açıklamalara yer verilmiştir. Öğretide, en az sekiz kişinin teşhis işlemine katılması gerektiği savunulduğu<sup>43</sup> gibi şüphelinin yanında üç veya beş kişinin işleme katılmasının yeterli olduğu da dile getirilmektedir<sup>44</sup>.

Teşhis işleminin icrası sırasında kanuni sınırlar içerisinde kalınması hukuka uygun delil elde edilmesi bakımından önemlidir. **İşlem sırasında, teşhis eden ve edilen kişiler birbirlerini görmemeli ve teşhis işlemini gerçekleştiren kişi tarafından yönlendirme yapılmamalıdır**<sup>45</sup>. Ayrıca, teşhis işleminde, teşhis edenin heyecan ve korku içerisinde davranmasına sebep olunmamalıdır<sup>46</sup>.

Aynı şekilde, fotoğraf teşhisi işleminin usulüne uygun bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için teşhis eden mağdur veya tanığın herhangi bir yönlendirme ve baskıya maruz kalmaması gerekir. Somut olayda mağdurun buna yönelik beyanı, teşhis işleminin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi nedeniyle hükme esas alınamamasına neden olur. Yargıtay'ın bir kararında bu husus: *“Soruşturma aşamasında eşkâl bilgilerini verdiği ve görse tanıyabileceğini beyan ettiği sanığı fotoğraflardan teşhis eden mağdurun kovuşturma aşamasında sanığı görmediğini ve teşhis işlemini polislerin % 90 bu şahıstır demeleri üzerine yaptığını beyan etmesi, soruşturma aşamasında sanığı aynı şekilde fotoğraflardan teşhis eden tanık ...'ın kovuşturma aşamasında kesin bir şekilde teşhis edemediğini beyan etmesi ve sanığın da aşamalarda tutarlı savunmaları ile eylemi gerçekleştirmediğini beyan etmesi karşısında; sanığın beraatı yerine yetersiz gerekçe ile mahkûmiyetine karar verilmesi...”*<sup>47</sup> şeklinde ifade edilmiştir.

Tamamlanmasının ardından teşhis işleminin ne şekilde yapıldığına ilişkin ayrıntıların açıkça tutanağa aktarılması gerekir. Mağdur veya tanığın, numaralandırılmak suretiyle sıralanan teşhise tabi tutulan kişilerden

<sup>43</sup> Bkz. BIÇAK, s. 690.

<sup>44</sup> POLAT, s. 2130.

<sup>45</sup> GÖKCEN/ BALCI/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 382.

<sup>46</sup> BIÇAK, s. 690.

<sup>47</sup> Y. 17. CD, 28.05.2019, E. 2018/7208, K. 2019/8341 (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.07.2024).

hangisinin suçun faili olduğuna dair tespitine ilişkin beyanı ve teşhise tabi tutulan kişilere ait numaralar ile yerlerin değiştirilmesiyle yapılan tekrarlama işleminden sonraki tespitine ilişkin beyanın ne olduğu tutanağa yazılmalı, bu hususta şüphe bulunması halinde şüphenin ne olduğuna ilişkin husus ayrıntılı şekilde tutanakta belirtilmelidir<sup>48</sup>. Ayrıca, tutanağın düzenlemeye yetkili kişilerce imzalanması gerekir<sup>49</sup>.

Müdafiiin teşhis işlemi esnasında hazır bulunması gerekip gerekmediği hususu öğreti ve uygulamada tartışmalıdır. Öğretilerde, müdafiiin teşhis işlemine katılması gerekliliğine vurgu yapılırken<sup>50</sup>; uygulamada teşhis işlemi esnasında müdafiiin hazır bulunmasına gerek olmadığı görüşü benimsenmektedir<sup>51</sup>. Kanaatimizce teşhis işleminin yerine getirilmesi esnasında müdafiiin hazır bulunmasına imkân sağlanması isabetli olacaktır.

<sup>48</sup> POLAT, s. 2129, 2130.

<sup>49</sup> BIÇAK, s. 691.

<sup>50</sup> BIÇAK, müdafiiin teşhis işlemine katılmasını, teşhis işleminde yönlendirmenin yapılmaması için önemli bir güvence olarak değerlendirmektedir., s. 691; GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 383; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 221-222. Aynı yönde, SEVDİREN, Öznur: “Çelişmeli Yargılama ve Silahların Eşitliği İlkeleri Bağlamında Teşhis İşlemi ve Bu İşleminde Müdafiiin Hazır Bulunma Yetkisi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 1, 2019, s. 50. Zorunlu müdafii atanması gereken suçlar bakımından, teşhis yapılırken avukatın bulunması gerektiğine dair görüş için bkz. BALCI, s. 199. Müdafiiin, söz konusu işlem sırasında bir gözlemi olarak hazır bulundurulması gerektiğine dair görüş için bkz. İNCİ, Z. Özen: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 22, S. 85, 2009, s. 131.

<sup>51</sup> “Teşhis işlemi gerektiğinde fotoğraf üzerinden de yapılabilecek olan ve bu yönüyle de şüphelinin imzasının alınmamasını bile zorunlu olmadığı bir tanıma işlemidir. Şüpheli buna pasif olarak katılmakta ve teşhis sırasında herhangi bir beyanı da alınmamaktadır. Bu işlemde aktif olarak rol alan kişi olayın mağduru veya tanığıdır. Bu nedenle ifade alma, keşif ve yer gösterme işlemlerinde olduğu gibi müdafiiin teşhiste hazır bulundurulma zorunluluğu bulunmamaktadır. Aksinin kabulü halinde soruşturma aşamasındaki bütün işlemlerde örneğin; gözaltı giriş ve çıkış raporlarının alınması gibi ... müdafiiin hazır bulunması gerekebilecek hatta başından sonuna kadar gözaltı süresince müdafiiin, şüphelinin sürekli yanında bulundurulması gerekebilecektir. Bununla birlikte müdafiiin teşhiste bulunmaması, şüphelinin teşhise karşı müdafiiin hukuki yardımından yararlanmasına, teşhisten önce veya sonra müdafii ile görüşmesine engel teşkil etmeyeceği de açıktır. Öte yandan uygulamada bazen mağdur veya tanık ile şüphelinin yüz yüze getirilerek karşılıklı beyanlarının alınması şeklinde, dolayısıyla yüzleştirme tarzında icra edilen işlemlere de teşhis denilmektedir. Böyle bir durumda şüpheli, mağdur veya tanık ile yüz yüze geldiği ve beyanı alındığı için artık sadece bir teşhis işlemi söz konusu olmayıp aynı zamanda şüphelinin aktif olarak katıldığı ifade alma işlemi gerçekleştirildiğinden bu durumda müdafiiin katılımı zorunludur. Bu itibarla, kolluk tarafından



AİHM'nin vermiş olduğu *Türk/Türkiye* kararında; “Teşhis işlemi gerçekleştirilmeden önce teşhis işlemine tabi tutulan kişinin haklarının bildirilmesi ve avukat yardımından yararlanma hakkının bulunduğu hatırlatılması gerektiği, hakları hatırlatılmadan ve bildirilmeden gerçekleştirilen teşhis işleminden elde edilen delilin hukuka aykırı olacağı ve adil yargılanma hakkını zedeleyeceği” açıklanmıştır<sup>52</sup>.

Yüz yüze görüntü teşhisi veya fotoğraf teşhisine başvurma ihtiyacı, suça ve işleme şekline göre değişiklik göstermektedir. Örneğin, aile içi şiddette mağdurun faili tanınması veya işlenen suçun mağdurunun faili görmemesi hallerinde teşhis işleminin gerçekleştirilmesinde zorunluluk bulunmamaktadır<sup>53</sup>. Dolayısıyla, fotoğraf teşhisinin ve yüz yüze teşhisin yapılmasına ihtiyaç bulunmadığı hallerde bu yönteme başvurulmamalıdır. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin bir kararında<sup>54</sup>: “Mağdurenin soruşturma evresinde verdiği ifadesinde suça sürüklenen çocuğun olay anında konuşmayıp arkadan sarıldığı için yüzünü görmediğini belirtip kıyafetine göre eşkâl vermesi üzerine polis memurlarınca temin edilerek gösterilen bir başka kişiyi yanlış teşhis etmesi sonrasında yapılan araştırmada dört ay kadar sonra bulunan suça sürüklenen çocukla ilgili yaptırılan ses teşhis işlemine istinaden kamu davası açılması, suça sürüklenen çocuğun aşamalarda inkârâ yönelik savunması ve tüm dosya içeriği nazara alındığında, atılı suçu işlediği hususunda cezalandırılmasına yeter her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı anlaşıldığından, beraatına karar verilmesi yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine hükmedilmesi...” şeklindeki açıklamalara yer verilerek, mağdurun faili hiç görmediği durumlarda görüntü teşhisi olanağının bulunmadığı ortaya konulmuştur.

---

şikâyetçiye yaptırılan teşhiste müdafinin bulunması zorunluluğu olmadığı gibi, somut olayda yapılan teşhis işleminde yürürlükteki mevzuata göre herhangi bir usulsüzlük de bulunmadığından Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir...” YCGK, 15.04.2008, E. 2008/71, K. 2008/85 (Lexpera, Erişim Tarihi: 06.07.2024).

<sup>52</sup> AİHM, 05.09.2017, *Türk/Türkiye* kararı, Başvuru No: 22744/07, § 43.

<sup>53</sup> See New York State District Attorneys Association Best Practice Committee: New York State Photo Identification Guidelines, 2010. <https://www.daasny.com/wp-content/uploads/2014/08/Photo-Identification-Procedures-10-21-10.pdf> (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

<sup>54</sup> Y. 14. CD, 23.06.2016, E. 2015/3356, K. 2016/6280 (Lexpera, Erişim Tarihi: 06.07.2024).

Bu gibi durumlarda, ses veya parmak izi teşhisine dayalı olarak fizik kimliği tespitinin yaptırılması ve buna dayalı olarak karar verilmesi mümkündür.

İhtiyaç halinde yüz yüze görüntü teşhisi ile fotoğraf teşhisi yöntemlerinden ilk olarak hangisine başvurulması gerektiği belirsizdir<sup>55</sup>. Yüz yüze teşhis yönteminin öncelikli olarak uygulanması gerektiği hususunda mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Yargıtay'ın vermiş olduğu bazı kararlarda buna işaret edilmiş, örneğin; “Müştekiler ile sanığın yüz yüze getirilmesiyle müştekilere canlı teşhis yaptırılması, mümkün olmadığı takdirde sanığın teşhise elverişli fotoğrafları getirtilip müştekilere teşhis yaptırılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması...”<sup>56</sup> ve “Suç tarihinden 8 yıl sonra 09.04.2015 tarihli duruşmada kafasına botla vurunu fotoğraftan sanık ... olarak belirlediği ve bu teşhis işlemine dayalı olarak hüküm verdiği anlaşılmakla; olaydan 8 yıl sonra ve ne zaman çekildiği belli olmayan fotoğraf üzerinden teşhis yapılması, bizzat yüzleştirme yapılarak teşhis yaptırılmaması nedeniyle işlemin usulsüz olduğu gözetilmeden eksik inceleme ile hüküm tesisi ...”<sup>57</sup> hukuka aykırı bulunmuştur.

Fotoğraf teşhisi işlemi gerçekleştirilirken dikkat edilmesi gereken bir başka nokta, gösterilen fotoğrafların aynı kişiye ait olmamasıdır. Bir Yargıtay kararında bu husus: “Fotoğraf teşhisinde teşhiste bulunana, farklı kişilere ait birden çok fotoğraf gösterilir ve faile ait olanının teşhis edilmesi istenir...” şeklinde vurgulanmıştır<sup>58</sup>. İşleminin hazırlık aşamasında, teşhis edilecek kişilere ait fotoğraflar yan yana konularak numaralandırılmalı ve işlem, fotoğrafların yerleri ve numaraları değiştirilerek tekrarlanmalı

<sup>55</sup> See New York State District Attorneys Association Best Practice Committee: New York State Photo Identification Guidelines, 2010. <https://www.daasny.com/wp-content/uploads/2014/08/Photo-Identification-Procedures-10-21-10.pdf> (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

<sup>56</sup> Y. 22. CD, 18.11.2015, E. 2015/5624, K. 2015/7335 (Lexpera, Erişim Tarihi: 06.07.2024).

<sup>57</sup> Y. 1. CD, 06.07.2022, E. 2022/5294, K. 2022/6340 (Lexpera, Erişim Tarihi: 06.07.2024).

<sup>58</sup> Y. 17. CD, 27.06.2018, E. 2017/6165, K. 2018/9472 (Lexpera, Erişim Tarihi: 06.07.2024).

dır. Ayrıca, işlem sonucunda fotoğraflar ilgisine iade edilmemeli, soruşturma dosyasına teşhis edilenlerin numaraları belli olacak şekilde konulmalıdır<sup>59</sup>.

Fotoğraf teşhisi işlemi için bir araya getirilen görüntülerde, kişinin cezaevinde olduğuna dair veya tutuklu ise tutukluluk halini belirtir şekilde bir işaret veya emare bulunmaması, işlemin hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi bakımından oldukça önemlidir<sup>60</sup>. Ayrıca, fotoğraf teşhisi gerçekleştirilirken “körleme” metodunun yaygın bir şekilde kullanıldığı gözlemlenmektedir. “Körleme” metodunda şüpheliye benzeyen birden fazla kişinin fotoğrafının aynı anda gösterilerek, mağdurun, şüpheliyi teşhis etmesi sağlanmaktadır. “Çift körleme” yönteminde ise şüpheli ve ona benzer kişilerin resimlerinin ayrı ayrı zarflara koyularak mağdura bu şekilde gösterilmesi ile benzetme ihtimalinin öne geçilmesi sağlanmaktadır. “Çift körleme” yöntemine daha az başvurulmakta ancak kimi durumlarda teşhis bu şekilde gerçekleştirilmektedir.

Fotoğraf teşhisi işlemi yapılırken şüpheliye ait fotoğrafın güncel bir fotoğraf olması gerekir<sup>61</sup>. Nitekim Yargıtay’ın bir kararında: “*Katılan ...’a soruşturma aşamasında sanığın nüfus cüzdanı talep belgesi üzerindeki fotoğraftan yaptırılan teşhisin 2559 sayılı PVSK’nın Ek-6 maddesine uygun olmadığı gözetilip sanık ile katılanın aynı oturumda bir araya getirilmesi, bunun sağlanamaması halinde suç tarihindeki fotoğrafların mahkemece temin edilmesi suretiyle usulüne uygun olarak teşhis işleminin yaptırılmaması...*”<sup>62</sup> hukuka aykırı bulunmuştur.

Fotoğraf teşhisi işlemi, bazen çok kısa bir süre içerisinde, bazen de oldukça uzun bir süreç neticesinde elde edilen bilgilerin kullanılması yo-

<sup>59</sup> POLAT, s. 2130.

<sup>60</sup> Bu hususa canlı teşhis esnasında da özen gösterilmelidir. Yargıtay kararına konu bir olayda mağdurlardan biri, şüpheliyi, sırf elinde kelepçe bulunması nedeniyle teşhis ettiğini ifade etmiştir: “*Ben teşhis sırasında polisim bulunduğu yerde teşhis sırasında korktuğumdan şahsı da eli kelepçeli gördüğümden ve bize tacizde bulunan şahsa da benzediği için bir an önce orada işlemin bitmesi açısından ‘odur’ dedim.*” YCGK, 28.09.2010, E. 2010/109, K. 2010/177 (Lexpera, Erişim Tarihi: 06.07.2024).

<sup>61</sup> POLAT, s. 2130.

<sup>62</sup> Y. 23. CD, 15.06.2016, E. 2015/9121, K. 2016/7831 (Lexpera, Erişim Tarihi: 03.07.2024).

luyla tamamlanır. İlk duruma örnek olarak; banka soygununu gerçekleştiren kişinin turuncu bir elbise giymesi, 1.80 cm boyunda olması gibi bilgilerin olay anında doğrudan elde edilmesi ve ardından failin yakalanması verilebilir. İkinci durumda ise bilhassa cinayet ve tecavüz olaylarında, görgü tanıklarının tek tek dinlenmesi, adli tıp verilerinin değerlendirilmesi ve kapsamlı bir soruşturmanın gerçekleştirilmesinin ardından elde edilen bilgilerden yola çıkarak failin teşhis edilmesi söz konusu olabilmektedir.

**Belirtmek gerekir ki; suçun işlenmesinden kısa bir süre sonra failin teşhis edilmesi daha güvenilirdir, zira aradan geçen uzun süre hatırlamayı zorlaştırır**<sup>63</sup>. Ancak bazen çok uzun bir zaman geçmemesine rağmen kişinin fiziksel görüntüsünde ciddi değişiklikler gerçekleşmiş olabilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında; ergenlik çağında bulunan bir kişi için on aylık süreyi, fiziksel değişimi hızlı bir şekilde gerçekleştirdiğinden teşhis işlemindeki güvenilirliği azaltması nedeniyle uzun olarak değerlendirmiştir: *“10 aylık zaman dilimi gelişim çağında olan çocuklar için uzun bir süre olup daha önceden tanımadığı ve sadece bir kez, üstelik gece saatinde gördüğü bir kişinin 10 ay önceki fotoğrafına bakıp hiç tereddütsüz teşhis yapmasının hayatın olağan akışına uygun düşmediği açıktır... Kendi beyanına göre hayatında bir kez böyle bir yağma olayına karışan mağdurun olayın ayrıntıları konusunda çelişkili beyanlarda bulunmasına rağmen, aradan geçen 11 yıllık süreye rağmen sanığı tereddütsüz teşhis etmesi yaptığı teşhislerin inandırıcılığını şüpheye düşürmektedir. Gelişim çağında olan sanığı 11 yıl sonraki görüntüsü ile tereddütsüz teşhis etmesi kabul edilemez...”*<sup>64</sup>

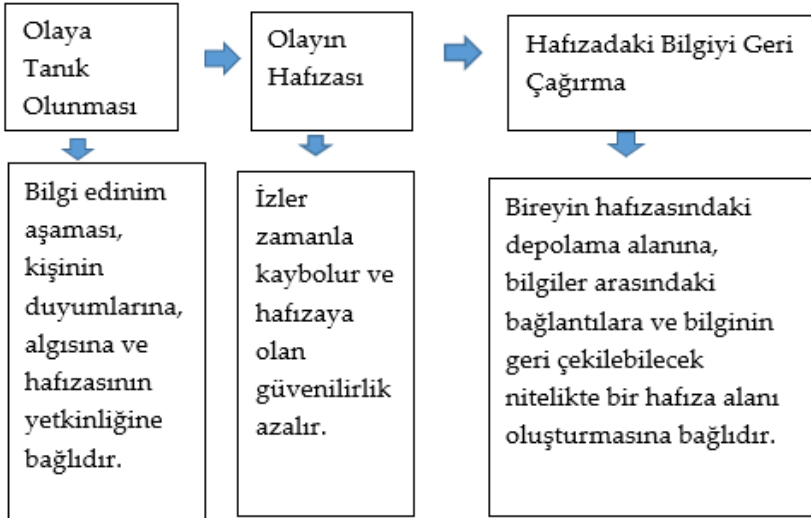
Olayın üzerinden geçen zaman nedeniyle mağdurun faili tam olarak teşhis edememesi hayatın olağan akışına uygun bir durumdur, zira hafızada meydana gelen değişimler ve edinilen yeni bilgi ve görgüler, eskiye dair bazı bilgilerin hatırlanamamasına neden olur. Ancak, öncesinde hatırlanmayan bir bilgi ve görgünün daha sonra hatırlanması veya hatırlanmasının ileri sürülmesi durumlarına ihtiyatla yaklaşılmalıdır. Yargıtay bir kararında; *“Tanığın olaydan kısa bir süre sonra kendisine gösterilen fotoğ-*

<sup>63</sup> GÖKCEN/ BALCI/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 379.

<sup>64</sup> YCGK, 18.10.2016, E. 2016/589, K. 2016/363 (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.07.2024).

rafi teşhis edememiş olmasına rağmen, bu tarihten 5 yıl sonra yani olay tarihinden 8 yıl sonra yapmış olduğu teşhise niçin itibar edildiği hususunda mahkemece yeterli gerekçe gösterilmeden...” şeklindeki açıklamalara yer vererek, bu şekilde yapılan teşhis işlemi neticesinde elde edilen delilin mahkûmiyete esas alınamayacağını kabul etmiştir.<sup>65</sup>

Faili gören mağdur veya tanığın hafızasında meydana gelen muhtemel değişimler de fotoğraf teşhisi işleminden elde edilen delilin kural olarak tek başına mahkûmiyet kararına dayanak oluşturmasını engelleyebilir. AİHM, Karahan/Türkiye kararında, “Mahir” kod adlı terör örgütü üyesinin kimliğini açığa çıkarmak amacıyla yürütülen soruşturmada fotoğraf teşhisi yönteminin kullanıldığını, örgütle ilgili bilgi veren ve bir dönem örgüt içerisinde yer alan tanığa fotoğrafların gösterildiğini, tanığın sanığı teşhis ettiğini, daha sonra alınan ifadelerinde ise tam olarak hatırlamadığını söylediğini, ihtimale dayalı olarak beyanda bulunduğunu, kovuşturma aşamasında ise yüz yüze teşhisin yaptırılmadığını ve bunun yapılabilmesi için mahkemece herhangi bir işlem de yapılmadığını, çelişkinin giderilmesi gerektiğini, zira kararın bu delile dayalı olarak verildiğini, böylelikle mahkemenin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini açıklamıştır<sup>66</sup>.



<sup>65</sup> Y. 3. CD, 08.04.2015, E. 2015/9327, K. 2015/12509 (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.07.2024).

<sup>66</sup> AİHM, 16.03.2021, *Fikret Karahan/Türkiye*, Başvuru No: 53848/07, § 55, 56.

Tablo 1<sup>67</sup>

Yüz yüze görüntü teşhisi ve fotoğraf teşhisi yöntemine sadece fiziksel görüntüsü tam olarak hatırlanmayan bir failin teşhisi için başvurulmaz. Örneğin, takma (kod) ad kullanan fail, esasında mağdur tarafından oldukça iyi tanınmasına rağmen, gerçek ismi tespit edilemediği için soruşturma sürüncemede kalabilir. İşte bu gibi durumlarda da teşhis işlemine başvurma zorunluluğu gündeme gelir.

Teşhis işlemine katılan tanık veya mağdurun yaşı ile fiziksel ve ruhsal durumu da işlemin sıhhati açısından belirleyicidir. Yargıtay'ın bir kararında bu husus; *"Yakınanın ise beyanlarında herhangi bir eşkal vermediği, soruşturma aşamasında sadece fotoğraftan teşhis yaptığı, yargılama aşamasında da yakınının zihin bulanıklığı içinde olduğunun gözlemlendiği, pedagog tarafından verilen raporda da, yaşlılığa bağlı olarak algılamada azalma, dikkatsizlik, daha yavaş düşünme, hareketlerde azalma olduğunun saptandığı, Yakınının hükmünden sonra 15.04.2014 günü de vefat ettiği, 17.10.2007 tarihli fotoğraf teşhis tutanağının ise; yakına suçun failinin de içlerinde bulunduğu hangi benzer resimler gösterilip bu fotoğraflar içinden teşhisi yaptırıldığı dosya kapsamından anlaşılabilmesi karşısında; suçun failinin sanık K. Y.. olup olmadığı yönünde duraksamalar olduğu bir muhakkaktır. Bu sorunun çözülebilmesi için; öncelikle teşhise dayanıklı belgeler getirtilip incelendikten, teşhise konu resmin arşive alınma tarihi ile teşhis tarihine göre de, sanığın fiziki görünümünü gözlemlenip, denetime olanak verecek şekilde duruşma tutanaklarına yansıtılıp olayın gerçekleştiği banka ve çevresinde bulunan suç tarihindeki kamera kayıtları, araştırılıp temini halinde incelendikten sonra delillerin bir bütün halinde takdiri gerekirken eksik inceleme ile yetinilip, 17.10.2007 günlü fotoğraf teşhis tutanağından başka cezalandırılmasına yetecek delillerin neler olduğu da denetime olanak verecek şekilde karar yerinde gösterilmeden, yerinde ve yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir..."* şeklinde ifade edilmiştir<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Tablo 1: Mağdurun, kendisine karşı suç oluşturan fiili gerçekleştiren şüphelinin görüntüsüne dair bilgisi, veri toplama aşamasında sahip olduğu algıya, duygularına ve hafızasının yeterliliğine bağlıdır. Çünkü bu bilgiler zaman içerisinde bozulmakta veya bilinçaltında bulunan bazı veriler nedeniyle kirlenmektedir. Mağdur, olayla ilgili ayrıntıları tamamı ile hatırlayamamaktadır. ALBRIGHT, Thomas, Identifying the Culprit: Assessing Eyewitness Identification, Washington 2014, s. 38.

<sup>68</sup> Y. 6. CD, 15.12.2014, E. 2012/990, K. 2014/22699 (Lexpera, Erişim Tarihi: 15.07.2024).

**Konuya ilişkin AİHM ve Yargıtay kararlarında; şüphede kalınan teşhis işleminden elde edilen delillerin kullanılmaması gerektiği, şüpheden uzak delillerin elde edilmesi için tekrar yüzleştirme yapılması ve ardından bilirkişi raporu alınması önemle vurgulanmıştır.** Bu bağlamda; soruşturma evresinde mağdurun, hatırlamadığı için bazı faileri fotoğraf üzerinden teşhis edememesine rağmen, kovuşturma evresinde aynı fotoğraf üzerinden teşhis etmesi neticesinde oluşan çelişkili durumlarda Yargıtay, kovuşturma aşamasında tanzim edilen teşhis tutanağına bağlı olarak karar verilmemesi ve çelişkinin giderilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme bir kararında bu hususu; *“Fotoğraf teşhis tutanağına göre müştekinin, kendisine gösterilen fotoğraflardan suça sürüklenen çocuk ...’ı kesin olarak teşhis etmesine karşın,...’ın yanında olan şahsın temyize konu olmayan diğer sanık ... veya sanık ... olduğunu, fotoğrafların birbirine benzemesi nedeniyle net olarak teşhis edemediğini, 3. şahsın 10 yaşlarında çocuk olduğunu, araç içindeki 4. şahıs olan şoförü ise hiç görmediğini belirtmesi, buna karşılık 28.09.2009 tarihli duruşmada sanıkları fotoğraflarından teşhis ettiğini ifade etmesi, sanığın ve diğer sanıkların üzerlerine atılı suçu her aşamada inkar etmeleri karşısında; müştekinin fotoğraf teşhis tutanağındaki beyanı ile duruşmadaki ifadeleri arasındaki çelişkiler giderilerek, gerektiğinde ikinci kez teşhis işlemine başvurulurken sonucuna göre sanığın hukuki durumunu belirlemek gerektiği ...”* şeklindeki tespitleriyle bozma nedeni olarak değerlendirmiştir.<sup>69</sup>

Benzer şekilde, mağdurun fotoğraftan teşhis işlemi net bir şekilde yapmasına rağmen, sonraki canlı teşhis işleminde faili teşhis edememesi halinde de giderilmesi gereken bir çelişki oluşmaktadır. Bu hususta verilen bir Yargıtay kararında; *“Olay günü sabah saatlerinde yolda yürümekte olan müştekinin elinden cüzdanının çalındığı, müştekinin hazırlık aşamasında alınan ifadesinde kaçan şahsın fiziki özelliklerini ayrıntılı olarak anlattığı ve olaydan iki saat sonra emniyette yaptırılan çoklu fotoğraf teşhisi işlemi sırasında hiçbir tereddüde yer kalmadan sanığı kesin olarak teşhis ettiği, bu teşhis işlemi üzerine aynı gün yakalanan sanığın emniyet tarafından yaptırılan çoklu ve canlı teşhis işlemi sırasında bu sefer müşteki tarafından kesin olarak teşhis edilmeyeceği, müştekinin kovuşturma aşamasında ise beyanının alınmadığı ve sanığın aşamalarda alınan savunmasında suçlamayı kabul etmediğinin anlaşılması karşısında;*

<sup>69</sup> Y. 2. CD, 15.09.2014, E. 2014/22144, K. 2014/20741 (Lexpera, Erişim Tarihi: 15.07.2024).

*müştekinin beyanının alınarak, hazırlık aşamasında fotoğraf üzerinden ve canlı olarak yaptırılan teşhis işlemleri arasındaki çelişkinin giderilmesinden sonra delillerin bir bütün halinde değerlendirilmesi suretiyle sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri ...” gerektiği ifade edilmiştir<sup>70</sup>.*

Yargıtay’a göre birden fazla mağdurun bulunduğu olaylarda, tüm mağdurların ayrı ayrı faili teşhis etmesi ve buna ilişkin bir çelişkinin ortaya çıkmaması gerekir<sup>71</sup>. Ayrıca, birden fazla mağdurun bulunduğu olaylarda kural olarak bütün mağdurlar bakımından aynı teşhis yöntemi uygulanmalıdır.

İşlenen suçun tek delilinin kanuni sınırların dışına çıkılarak yapılan teşhis işlemi olması, kovuşturma evresinde ise teşhis eden ve teşhis edilen arasında yüzleştirme işleminin yapılmaması durumunda, teşhis işlemi neticesinde düzenlenen tutanağın hükme esas alınmaması gerekir. Bu hususta verilen bir Yargıtay kararında; “*Sanığın cezalandırılması için tek delil olarak kabul edilen teşhis işleminin PVSK Ek-6. maddesinde belirtilen yöntemlerle yapılmaması, duruşmada da yüzleştirmenin olmaması karşısında, yüzleştirme yapıldıktan sonra hüküm kurulması yerine usulüne uygun olmayan teşhis*

<sup>70</sup> Y. 13. CD, 17.01.2017, E. 2015/11845, K. 2017/132 (Lexpera, Erişim Tarihi: 15.07.2024).

<sup>71</sup> Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda; “*Sanık ... hakkında yapılan yargılama sırasında; katılanlar özetle önceki iddialarını tekrarlar birlikte, 16.09.2013 tarihli fotoğraf teşhis tutanağının altındaki imzaların kendilerine ait ve içeriğinin doğru olduğunu, 2 numaralı fotoğraftaki kişinin, paralarını alıp, kendilerine bıçak çeken sanık olduğunu beyan etmişler; buna karşın kendisine ulaşılmadığı için hakkında çıkartılan yakalama emri sonrası mahkeme huzurunda alınan savunmasında sanık ‘... iddia edilen suç tarihinde ...İlçesi’nde çalıştığımı, katılanları tanımadığımı’ belirterek özetle inkara dayalı savunmada bulunup, 16.09.2013 tarihli fotoğraf teşhis tutanağı gösterilip, okunup, sorulduğunda; ‘kendisine gösterilen fotoğrafların, hiçbirisinin kendisine ait olmadığını’ söylemiş; yargılama sırasında katılanlar ile sanığın, SEGBİS üzerinden yaptırılan canlı teşhis işleminde katılanlardan ... 30.12.2015 tarihli celsede, ‘şu anda bana SEGBİS ekranında gösterilen şahıs bizi yağmalayan şahıstır. Bu şahıs olduğuna eminim’ şeklindeki beyanı ile sanığı teşhis etmiş, diğer katılan ... ise 27.05.2016 tarihli celsede ‘... olay tarihinde bana yağma eyleminde bulunan şahıs şu anda SEGBİS sisteminde bana göstermiş olduğunuz şahıs değildir. Ben bundan eminim’ şeklindeki beyanı ile kendisini yağmalayan şahsın huzurdaki sanık olmadığını belirtmekle; tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde; katılanların, suçun faili konusunda şüpheye düştüklerine dair yukarıda açıklanan fotoğraf ve canlı teşhis işlemleri ile sanığın da, sadece tek ifadesinin alındığı mahkeme huzurunda inkâr dayalı savunmada bulunmuş olması ve SEGBİS aracılığıyla yaptırılan yüzleştirme işlemi sonucunda da katılanların beyanı arasında çelişki olması karşısında...*” şeklinde açıklamalarda bulunulmuştur. Y. 6. CD, 16.01.2017, E. 2016/5907, K. 2017/31 (Lexpera, Erişim Tarihi: 15.07.2024).



tutanağı esas alınarak yazılı şekilde hüküm kurulması..." hukuka aykırı bulunmuştur<sup>72</sup>.

## B. Ses Teşhisi

Ses teşhisi ve bu işlemin uygulanma şekline ilişkin olarak mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle öğretici ve yargı kararları yol gösterici mahiyettedir. Uygulamada ses teşhis tutanakları delil olarak kullanılmaktadır<sup>73</sup>.

Ses teşhisinin delil niteliği ise tartışmalıdır. Bir görüş, ses teşhisi yapmak için elde edilen ses kayıtlarını "belge delili" olarak nitelendirmektedir<sup>74</sup>. Bu görüşün dayanağı, ses kayıtlarının okunamaması ve yazılı olmamasıdır. Buna göre, okunamayan ve yazılı olmayan her delil, belge delili olarak değerlendirilebilir. Başka bir görüş ise, ses teşhisinin belirti delili olduğunu, bu delil türünün değişikliğe açık olması nedeniyle taşıdığı sınırlı ispat gücünün, delilin keşfe tabi tutulması sonucunu doğurduğunu savunmaktadır<sup>75</sup>.

**Ses teşhisi, mağdurun faili fiziksel özellikleri bakımından tanımlayamadığı veya tespit edemediği hallerde kullanılan bir teşhis türüdür<sup>76</sup>.** Doğal olarak, ses teşhisinin yapılabilmesi için öncelikle mağdurun, failin sesine ve konuşmasına ilişkin bilgisinin olması gerekir.

Ses teşhisi, diğer adıyla "konuşma spektrografisi", sesin "spektrograf" adı verilen cihaz ile sese ilişkin görsel bir temsil aracına dönüştürülmesidir. Açığa çıkan ses grafiği, sesin düzeyini ve kelimeleri belirleme bakımından yol gösterici nitelik taşır. Bu yöntemde, sesler karşılaştırılır ve kayıtlarda birbirine karşılık gelen kelimeler seçilerek failin teşhis edilmesi sağlanır. Kayıttan 16 kelime seçilir ve seçilen kelimelerin kıyaslaması yapılır. Örneğin, ben, sen, bana, sana kelimeleri bu teşhis yönteminde yaygın olarak eşleştirme için kullanılmaktadır<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> Y. 6. CD, 10.03.2022, E. 2021/15981, K. 2022/3219 (Uyap Karar Arama, Erişim Tarihi: 06.07.2024).

<sup>73</sup> GÖKCEN/ BALCI/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 380.

<sup>74</sup> BIÇAK, s. 689.

<sup>75</sup> GÜNGÖR, s. 88.

<sup>76</sup> CARRACHER, Craig, Voice Identification Evidence, Legal Service Bull, 1991, s. 28.

<sup>77</sup> "Voiceprint Identification", Criminal Justice Systems Review, C. 2, 1974, s. 334-335.

Ses teşhisi yönteminin ceza muhakemesinde delil olarak kullanıldığı ilk dava *People v. Straeble* davasıdır. Bu davada, kumar oynandığına dair ihbarda bulunulan kolluğun baskın yapacağı kumarhaneye bir polis memuru tarafından önceden haber verilmiştir. Bunun üzerine haberi verdiği düşünülen polis memuru hakkında soruşturma başlatılmış, hakkında bu delil üzerine iddianame düzenlenip dava açılmıştır. Polis memurunun dinlenmesinin hemen ardından kayıt dinlenmiş ve spektrograf kayıtları gösterilmiştir<sup>78</sup>.

Öğretide, ses teşhisi yönteminin parmak izi teşhisi yöntemi kadar güvenilir olduğunu ileri sürülmektedir. Buna göre; sesler, parmak izleri gibi eşsizdir ve benzetilemez<sup>79</sup>. Yapılan testler ve deneyler neticesinde, kişilerin ergenlikten yaşlılığa ses tonlarında değişiklik oluşsa da grafiğinin değişmeyeceği değerlendirilmiştir. Daha sonra yapılan inceleme ve değerlendirmelerde ise bilim insanları, spektrografi sonuçlarının güvenilirliğinin parmak izi teşhisinde olduğu kadar yüksek olmadığı kanaatine varmıştır. Böylelikle, sesin değişmez olmadığı, aynı insanın farklı sesleri çıkarmasının mümkün olduğu, yani sesin benzersiz olduğuna dair değerlendirmenin hatalı olduğu ileri sürülmüştür. Örneğin, iki konuşmacı benzer sesleri üretebilmektedir<sup>80</sup>.

**Ceza muhakemesinde ses teşhisi yöntemine başvurulması ve buna dayalı olarak karar verilmesinin önündeki diğer engeller; failin suç işlerken bilinçli olarak sesini değiştirmesi, fiziksel anlamda yaşamış olduğu değişimler, fısıltı ile konuşma ve sesteki tonlamanın değişimi olarak gösterilebilir.** Fısıltı ile konuşan failin sesinin teşhisinin güvenilirliğinin büyük ölçüde azaldığı ve bu seviyedeki bir ses tonu ile teşhis işleminin gerçekleştirilebilmesi için normal bir teşhis için aranan tape uzunluğunun üç katı kadar olması gerektiği ileri sürülmüştür. Ayrıca tonlamadaki değişimin bir örneği olarak görülen kızginken çıkarılan ses

<sup>78</sup> "Voiceprint Identification", s. 333.

<sup>79</sup> Bilhassa, failin cinsiyetinden kaynaklı olarak değişen ses tonu, mağdurun hafızasında en belirgin şekilde tespit edilebilen unsur olarak görülmektedir. Zira çok bariz bir kadın veya erkek ses tonu, bireyin kim olduğunun tespiti noktasında yardımcı rol üstlenmektedir. Bkz. CLIFFORD, Brian R.: "Voice Identification by Human Listeners: On Earwitness Reliability", *Law and Human Behavior*, C. 4, S. 4, 1980, s. 382.

<sup>80</sup> "Voiceprint Identification", s. 336-338.

ile normal konuşma arasında ses teşhisi bakımından doğruluk oranı yarı yarıya düşmekte ve tespit zorlaşmaktadır<sup>81</sup>.

**Ses teşhisinde değişiklik yaratabilecek bir başka husus; failin cinsiyeti ve konuştuğu dildir.** Tanık veya mağdurun, suç işlediğinden şüphelenilen kişinin teşhisi noktasında hafızasında bulunan en temel bilgiler, kişinin cinsiyetine bağlı olarak değişen sesi ve konuştuğu dildir. Teşhis işlemi yapılırken, teşhisi yapanın hafızasında yer edenler temelde, ses ve dile ilişkin ayırt edici bilgilerdir. Ayrıca, tanığın veya mağdurun kendi dilinde teşhis işlemi doğru bir şekilde gerçekleştirmesi, daha önce hiç duymadığı dile kıyasla daha kolay olmakta ve kişiler daha net hatırlanmaktadır<sup>82</sup>.

**Telefon konuşma kayıtları vasıtasıyla ses teşhisi işleminin gerçekleştirilmesi, yaygın bir şekilde kullanılan ve güvenilirliği yüz yüze ses teşhisine benzer olan bir yöntemdir.** Yapılan incelemeler, telefon kayıtlarının dinlenmesi yoluyla delil elde edilmesi ve bu kayıtların teşhisinin, yüz yüze ses teşhisi ile farklılık arz etmediğini, mağdur ve tanığın aynı şekilde teşhis işlemi yapabildiğini göstermiştir<sup>83</sup>. Ayrıca, bir sese maruz kalma süresinin uzaması<sup>84</sup>, yani mağdurla yapılan görüşmenin

<sup>81</sup> CLIFFORD, s. 380. Bu nedenle, Yargıtay kararına konu bir olayda, sanığın sesi önce fısıltı ardından yüksek tonlama ile ayrı ayrı dinletilmiştir: “02.03.2005 tarihli ses teşhis tutanağında; sanığın Jandarma Karakolunun idari kısım odasına alındığı, kapının aralık bırakılıp katılanın gizlice kapının önüne getirildiği, sanığın önce alçak sesle üç dakika kadar konuşturulup ardından tartışma ortamı hazırlanarak beş dakika kadar daha yüksek sesle konuşmasının sağlandığı, katılanın tereddütsüz şekilde ‘Beni gasp ve darbeden kişinin sesi ile bana dinlettiğiniz ses aynıdır. Kesin eminim.’ dediği, ardından sanığın iki şahısla birlikte yemekhanede katılana gösterildiği, katılanın ‘Boy ve şekil olarak bu şahıs beni tabanca ile kafama vurarak darp etti. Bana ait para ve şahsi malzemelerimi gasp eden bu şahıstır. Ancak yüzünü görmedim. Ses, boy ve kalıp olarak eminim.’ diyerek sanığı teşhis ettiği...” YCGK, 17.09.2019, E. 2018/623, K. 2019/551 (Lexpera, Erişim Tarihi: 17.07.2024).

<sup>82</sup> THOMPSON, Charles P.: “A Language Effect in Voice Identification”, Applied Cognitive Psychology, C. 1, 1987, s. 129-130.

<sup>83</sup> YARMEYS, A. Daniel: “Voice Identification Over the Telephone”, Journal of Applied Social Psychology, C. 21, S. 22, 1991, s. 1869.

<sup>84</sup> Yargıtay’ın konuya ilişkin bir kararında; “Mağdure şikâyetini gündeme getirdiği 01.08.2006 tarihli dilekçesinden yaklaşık 6 ay sonra ilk kez sanık ...’a da suç isnadında bulunmuş ve bu kez iddialarını eşi ve eşinin kardeşlerinin tanıklığına dayandırmıştır. Ki bu iddia da mağdurun yakın akrabası tanıkların ses teşhisine dayanmaktadır. Mağdure kendisinin iki yıldır telefonla rahatsız edildiğini bildirdiği halde, sanığı sesinden tanımak suretiyle ortaya

daha uzun olması da telefon kaydı üzerinden gerçekleştirilen ses teşhisini, yüz yüze ses teşhisi kadar etkilemektedir. Süre uzadıkça, teşhis daha kolay hale gelmektedir<sup>85</sup>.

Ses teşhisi yönteminden, parmak izi ve görüntü teşhisi yöntemlerine göre daha sınırlı bir alanda faydalanılsa da son yıllarda kullanımında artış görülmektedir. Ses kayıtlarının daha sonra yapılan yargılamada teşhis amacı ile kullanılması işlenen bazı suçlar bakımından oldukça elverişli bir yöntemdir. Örneğin, kişinin telefonla taciz edilmesi, bomba tehditleri veya yağma fiillerinde<sup>86</sup> kişilerin görüntüsüne ve parmak izine ulaşılması mümkün olmadığında söz konusu suçların faillerinin tespit edilmesinde zorluk yaşanmaktadır. Bu nedenle ses teşhisi bazı suçlarda, muhakeme sürecinde failin kimliğinin belirlenmesi bakımından güvenilir ve bazen esaslı delil niteliği taşımaktadır<sup>87</sup>. **Bu sürecin sağlıklı bir şekilde işlemesi**

---

*çıkan iddiaları ilk şikâyetinin ardından yaklaşık 6 aylık bir süre geçtikten sonra husule gelmiştir. Yine suçun işlendiği uzunca bir süre boyunca sanığı önceden tanıyan mağdur ve yakın akrabalarının bu uzun süre boyunca sanığı sesinden teşhis edip gündeme getirmeleri olanaklı bulunduğu halde bu yöndeki iddialarını ilk kez bu tarihte dile getirmişlerdir..."* şeklindeki tespitlere yer verilmiştir. Y. 4. CD, 05.11.2015, E. 2015/21397, K. 2015/37260 (Erişim Tarihi: 06.07.2024)

<sup>85</sup> YARMEYS, s. 1874

<sup>86</sup> *"Ceza muhakemesi hukukunda serbest delil sistemi geçerli olduğundan teşhis, uygulamada özellikle yağma gibi bir kısım suçlarda yaygın biçimde başvurulmuş beyana dayalı bir delildir. Yağma suçlarında eylemin sabit olup olmadığı hususu somut olayda da olduğu gibi çoğu zaman yalnızca mağdurun anlatımlarından hareket edilerek ulaşılan delillerle belirlenebilmektedir. Bu nedenle mağdur anlatımlarının doğruluğunun, elde edilen diğer deliller de değerlendirilerek her türlü şüpheden uzak bir şekilde ispatı gerekir. Teşhise dayalı olarak sanığın mahkûmiyetine karar verilebilmesi için teşhisin her türlü şüpheyi ortadan kaldıracak şekilde gerçekleştirilmesi zorunludur."* YCGK, 17.09.2019, E. 2018/623, K. 2019/551 (Lexpera, Erişim Tarihi: 17.07.2014); *"Suç konusu ve/veya alet olayın bir parçası iken, olay yerinde kalan her türlü iz ve eser, belirti delil olup, olayı temsil eden dolaylı delildir. Yağma olaylarında genelde tanık yoktur, bu nedenle mağdurun beyanı ve teşhisi önemlidir."* Y. 6. CD, 05.02.2014, E. 2013/26246, K. 2014/3298 (Lexpera, Erişim Tarihi: 17.07.2024).

<sup>87</sup> Yargıtay'ın vermiş olduğu aşağıdaki kararda teşhis işlemi yargılamada esaslı delil olarak kullanılmıştır: *"Olay tarihinde sanık ...'in, mağdurun aradığı marketin yerini göstermek bahanesiyle mağdurun sevk ve idaresindeki araca binerek, cebinden çıkardığı tabancayı göstermek suretiyle 55,00 TL parasını aldığı, mağdurun olayı kolluk kuvvetlerine bildirmesi üzerine aynı gün akşam saatlerinde sanığın başka bir yağma olayı nedeniyle kovalamaca sonucunda yakalandığı, üst aramasında ise kurusıkı tabanca ele geçirildiği, aynı gün mağdura yaptırılan canlı teşhis işlemi ve ses teşhis işlemi sonucunda, sanığı kesin ve net olarak teşhis ettiğinin dosya kapsamından anlaşılması karşısında; mağdurun sanığı suçtan kurtarmaya yönelik mahkeme beyanına itibar edilerek, nitelikli yağma eyleminden mahkûmiyeti yerine,*

ve elde edilen delillerin hukuka uygunluğunun sağlanması için ses teşhisi işlemi için de gerekli şartların açıkça düzenlenmesi, hâkim güvencesinden yoksun bırakılmaması, süreci gerçekleştiren görevlilerin usulüne uygun şekilde hareket etmelerinin sağlanması, sesi teşhis edilen kişiye gerekli itiraz yollarının açık tutulması ve bilimsel incelemenin gerekli teknik araçlar kullanılarak gerçekleştirilmesi gerekir.

Görüntü teşhisinde olduğu gibi, ses teşhisinde de dikkat edilmesi gereken, mağdurdan öncesinde alınan bilgiler doğrultusunda birden fazla benzer kişinin sesinin eşit sürede dinletilmesinin sağlanmasıdır.

AİHM *Botea/Romanya*<sup>88</sup> kararında; “Ulusal mahkemenin yapmış olduğu yargılamada, duruşmada dinletilen kayıtlara dayalı olarak yapılan teşhis işleminin ardından mağdurun faili teşhis etmesi üzerine, sanıkların buna ilişkin itirazlarını belirtmeleri halinde yapılması gerekenin bu hususta bilirkişi raporu alınması, teşhis işleminin profesyonel bir şekilde bağımsız bir bilirkişi tarafından tamamlanması, kaydın bunu almaya yetkili bir kişi tarafından oluşturulması, örneğin, kayıtların alınmasına karar verilmesi yetkisi hâkimde ise savcının buna ilişkin kararı vermemesi gerektiği belirtilmiştir.” şeklindeki açıklamalara yer verilerek, ses kayıtlarının duruşma esnasında dinlenmesi, sanığın kayıt-

---

kanıtların takdirinde yanlıya düşülerek yerinde ve yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi...” Y. 6. CD, 14.01.2020, E. 2017/1419, K. 2020/66 (Lexpera, Erişim Tarihi: 17.07.2024). Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda, yapılan teşhis işleminde sesin tanınmaması nedeniyle şüpheden sanık yararlanır ilkesi doğrultusunda karar vermiştir: “Mahkemeye tüm dosya kapsamına göre; sanığın atılı suçlamayı kabul etmeyerek üvey kızı ... tarafından ... numaralı hattın kullanıldığını belirttiği, tanık olarak dinlenen ...'nin de bahse konu numarayı kullandığını kabul ettiği, ancak bahse konu mesajların kendisi tarafından çekilmediğini söylediği, tanıklar...’ın da sanık beyanlarını doğruladığı, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının cevabi yazısı ekinde bulunan HTS kayıtlarından 0534 585 \*\* \*\* numaralı hat kullanıcısı ile olay tarihine yakın tarihlerde görüşme yapan soruşturma sırasında dinlenen ve bilgisi olmadığı için kovuşturma aşamasında tekrar dinlenmeyen tanıkların bahse konu hattın kim tarafından kullanıldıklarını bilmediklerini ve sanığı tanımadıklarını beyan ettikleri ve katılan mağdurenin babası olan tanık ...'nin mesaj çekme olayından sonra sanıkla telefonda görüştüğünü söylemesi nedeniyle yapılan ses teşhisi işleminde tanığın sanığa ait ses kaydının olay tarihine yakın tarihlerde görüştüğü ve mesajı çektiğini düşündüğü kişiye ait olmadığını belirtmesi karşısında şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca atılı suçun sanık tarafından işlendiği sabit olmadığından beraatına...” Y. 9. CD, 18.05.2023, E. 2021/19871, K. 2023/3253 (Lexpera, Erişim Tarihi: 17.07.2024).

<sup>88</sup> AİHM, 10.03.2014, *Botea/Romanya* kararı, Başvuru No: 40872/04, § 31-44.

taki sesi dinleme imkânına sahip olması, teşhis edenin sanığın sesi ile kayıttaki sese ilişkin benzerlik hususunda tereddütsüz bir şekilde hareket etmesi ve ilgili kaydın oluşturuluş biçiminin ulusal mevzuatta öngörülen güvenceler bakımından eksiklik taşımaması gerektiği hususları vurgulanmıştır.

Teşhis işlemini yaptıran merciin buna yetkili olması, teşhis işleminin hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi ve hukuka uygun delil elde edilmesi bakımından zorunlu bir koşuldur. Yargıtay bir kararında; *“Sanık hakkında güveni kötüye kullanma suçundan şikayette bulunulduğu ve bu kapsamda müştereklerin bildirdiği ve sanığa ait olduğunu söyledikleri cep telefonu numarasının zabıt katibi tanık ... tarafından arandığı, adliyeden aradığını söyleyip adres ve kimlik bilgilerini istediği, sesi hoparlöre verilen şahsın katılanın adını ve katılana ait olmayan bir adres verdiği, müştereklerin ve tanık ...'nin sanığı sesinden teşhis ettiği şeklindeki olayda, tanık ...'ın savcılık beyanında, sanığın katılana ait kimlik numarasını bildirdiğini ifade etmesine rağmen 06.05.2014 tarihli görüşme tutanağında bu hususun yer almadığı, ayrıca 5271 sayılı CMK'ya göre zabıt katibinin adli kolluk yetki ve görevinin bulunmadığı, aynı Kanun'un 157.maddesi ve devamında belirtilen soruşturma usul ve esaslarına uygun olmayan işlemlerin delil kabul edilerek yargılamaya devamla karar verildiği gözetilerek, atılı suçun yasal unsurları oluşmadığından sanığın beraatına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...”* şeklindeki tespitlere yer vermek suretiyle teşhis işlemini yaptırmaya yetkili merciin önemine işaret etmiştir<sup>89</sup>.

Belirtmek gerekir ki; teşhis işlemi açısından mevzuatta yer alan kuralara riayet edilmemesi bazı AİHM kararlarında doğrudan ihlal sonucunu doğurmamıştır. Örneğin, *Khan/Birleşik Krallık* davasında AİHM; *ses teşhisi yapmak için oluşturulan kayıtların telefon görüşmelerinin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suretiyle elde edildiğini, kayıtların tek delil olduğunu ve buna dayanılarak mahkûmiyet kararı verildiği hallerde, kararın doğrudan Sözleşme'nin 6. maddesindeki hakkaniyet gereklerine aykırılık oluşturmayacağı, ancak bir bütün olarak yargılamanın değerlendirilebileceğini açıklamıştır*<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> Y. 16. CD, 10.09.2015, E. 2015/4696, K. 2015/2434 (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.07.2024).

<sup>90</sup> AİHM, 12.05.2000, *Khan/Birleşik Krallık*, Başvuru No: 35394/97, § 34.

Mahkeme Botea/Romanya kararında<sup>91</sup> da; “ses teşhisinin tek delil olarak kullanılmasının ve bu delilin hukuka aykırı olmasına rağmen mahkeme kararında mahkûmiyet hükmünde esas alınmasının Sözleşme’nin 6.maddesine aykırılık oluşturmayacağı, bir bütün olarak yargılamanın değerlendirilmesi gerektiği, ancak başvuruçunun Sözleşme’nin 6.maddesinin ihlal edildiğine dair iddiasında haklı olduğu, zira mahkemenin sanığın, sesin kendisine ait olmadığına dair iddiasını göz önünde bulundurması ve alınan bilirkişi raporunu görmezden gelmesinin kabul edilemez olduğu” tespitlerinde bulunmuştur.

AİHM Beraru/Romanya davasında ise “ses teşhisinin yapıldığı telefon kayıtlarının hukuka uygun bir şekilde elde edilmediğini, kaydı almaya yetkili makamın taraflı olan savcılık değil, mahkeme olması gerektiğini, önce tek hâkimle yapılan yargılamaya sonradan ikinci bir hâkimin dâhil olduğunu, ikinci hâkimin, sanığın teşhise konu kayıtlara olan itirazlarını ve kayıtları incelemeye, ses kayıtlarının kendisine ait olmadığına dair itirazı kapsamında bilirkişi raporu alınması gerektiğine dair talebin önce kabul edilip sonra rapor alınmasına ihtiyaç bulunmadığına karar verildiğini, sanığın avukatının kayıtlara ulaşma talebinin reddedildiğini ve dosya inceleme hakkının tanınmadığını dikkate alarak bu şekilde gerçekleştirilen yargılamanın bir bütün olarak adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine” karar vermiştir<sup>92</sup>.

Teşhise işlemine yönelik şüphenin doğduğu hallerde, bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır. Teşhis işleminin doğru şekilde yapılmaması veya yapıldıktan sonra şüphenin ortaya çıkmasına rağmen tekrarlanmaması halinde mahkemenin bu hususu araştırması gerekir. Yargıtay’ın bir kararında konuya ilişkin olarak; “Katılanların soruşturma evresinde, yüzleri görünmeksizin sadece göz, alın ve burun yapısından sanıklardan ...’i teşhis etmeleri, sanık ...’i ise sesinden teşhis etmiş olmaları, ancak kovuşturma evresinde sanıklarla aynı oturumda hazır bulundurulmuş yakınların, kendilerine yönelik yağma eylemini gerçekleştiren kişilerin sanıklar olduğuna ilişkin kesin bir teşhise yönelik anlatımlarının bulunmaması karşısında; olay yerinde konuşlandırılmış güvenlik kamera kayıtlarına yansımış görüntülerdeki şahısların biyometrik özellikleriyle, sanıkların arşivlenmiş, yoksa hâlihazırdaki, reel biyometrik özellikleri

<sup>91</sup> AİHM, 10.03.2014, Botea/Romanya kararı, Başvuru No: 40872/04, § 31-44.

<sup>92</sup> AİHM, 18.03.2014, Beraru/Romanya, Başvuru No: 40107/04, § 63-81.

bağlamında bir karşılaştırma yapılması için Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi Başkanlığı'ndan uzman görüşü içeren rapor aldırılması gerektiğinin gözetilmemesi..." şeklindeki tespitlere yer verilmiştir<sup>93</sup>.

Yargıtay, kişinin telefonda aranarak taciz edilmesi şeklinde suçun işlendiği bir olayda, teşhis işleminin de aynı yöntem kullanılarak gerçekleştirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Buna göre; "Katılan 16.03.2005 tarihli şikâyet dilekçesinde 09.03.2005 tarihinden itibaren sürekli şekilde ev telefonunun arandığını ileri sürdüğünden, bu tarihlere ait görüşme kayıtlarının ilgili kurumdan istenip sanığın kullandığı telefonda arama yapıp yapılmadığının belirlenmesi, ayrıca sanığın büfesinde bulunan telefonda katılana ait telefonun arandığının tespit edilmiş olması ve katılanın eşi tanık P.'nin de konuşulanları duyduğu yönündeki beyanları da nazara alınarak, sanık ve diğer manken kişiler ile katılan ve tanık P. arasında karşılıklı telefon konuşması suretiyle ses teşhisi yaptırılıp arayan kişinin sanık olup olmadığı hususları saptandıktan sonra hukuki durumun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması ..." bozmayı gerektirmiştir<sup>94</sup>.

### C. Parmak İzi Teşhisi

Parmak izi teşhisi, suç işleyen failin tespiti için kullanılan ve izin doğru bir şekilde elde edilmesi durumunda güvenilir sonuçlar veren bir işlemdir. Parmak izi, olaydan geriye kalan bir iz olduğundan ve eşleştirme yapılmadığında tek başına sonuç vermediğinden belirti niteliği taşımaktadır. Elde edilen parmak izinin bilirkşi marifetiyle incelenmesi söz konusu olduğundan şahsa ait bir "belirti delili" olduğu kabul edilmektedir<sup>95</sup>.

Parmak izinin bir teşhis yöntemi olarak kullanılması, günümüz dünyasında zaman içerisinde meydana gelen gelişmelerin neticesinde olmuştur. Eski zamanlarda, kişilerin teşhis edilmesinin sağlanması için "dövmeleme" yöntemi kullanılmıştır. Bu yöntemde, işlenen suçun ağırlığına göre kişilerin vücudunda özel izler bırakılmıştır. Bu izler acımasız

<sup>93</sup> Y. 6. CD, 12.07.2018, E. 2015/8694, K. 2018/5283 (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.07.2024).

<sup>94</sup> Y. 5. CD, 24.06.2010, E. 2006/8980, K. 2010/3901 (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.07.2024).

<sup>95</sup> ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2020, s. 586; Parmak izini, ayrı bir delil olarak kabul eden görüş için bkz. BIÇAK, s. 513; TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 177.



araçlar kullanılarak oluşturulmuştur. Böylece failin daha önce hangi suçta işlediği bilinebileceği gibi bir suçun kim tarafından işlenmiş olabileceğine dair tahminde bulunma olasılığı da oluşturulmuştur<sup>96</sup>.

Parmak izinin teşhiste kullanılması başlangıçta ticari amaçla gerçekleştirilmiş ve ticari belgelerde taklit ve sahteciliğin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Daha sonraları ise izlerin suç işleyen failerin tespit edilebilmesi için de kullanılabilirliğine ve bu tespitin yapılması için bir sistemin kurulması gerektiğine işaret edilmiştir. Böylelikle, parmak izi sayesinde suçluların tespit edilmesi hususunda hızlı bir ilerleme kaydedilmeye başlanmıştır<sup>97</sup>.

Bugün parmak izinden dünyanın birçok yerinde farklı alanlarda yararlanılmaktadır. Ceza hukukunda suçun failini tespit etmek amacıyla kullanılmasının yanı sıra, güvenliğin üst seviyede sağlanması gereken yerlere giriş-çıkış yapılırken, bazı özel bankacılık işlemleri gerçekleştirilirken parmak izinin denetlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu açıdan parmak izinin alınmasında, güvenli ve hızlı bir sisteme sahip olunmasının önemi büyüktür<sup>98</sup>.

**Parmak izi, diğer teşhis yöntemlerinde yararlanılan ses ve görüntü araçlarının aksine bir insanın doğumundan ölümüne kadar herhangi bir dönemde değişiklik göstermediği için en güvenilir teşhiste bulunma aracı olarak kabul edilmektedir.** Bunun yanı sıra, parmak izi görüntü ve sesteki farklı bir şekilde ayırt edicilik sağladığından, yani bir kişinin parmak izinin diğer kişinin parmak izi ile aynı olmaması nedeniyle özellik taşıyan bir delil türü olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>99</sup>.

Parmak izi, teşhis yöntemleri arasında en güvenilir sonuçları sunan yöntemdir. Zira olay yaşanırken faili tam anlamıyla teşhis edebilecek şekilde gören mağdur veya tanığı bulma noktasında zorluk yaşanmaktadır. Ayrıca, olaydan geriye kalan izler genel olarak failin parmak izi, ayak izi,

<sup>96</sup> "The Science of Fingerprint Identification", The American Journal of Police Science, C. 2, S. 4, 1931, s. 304.

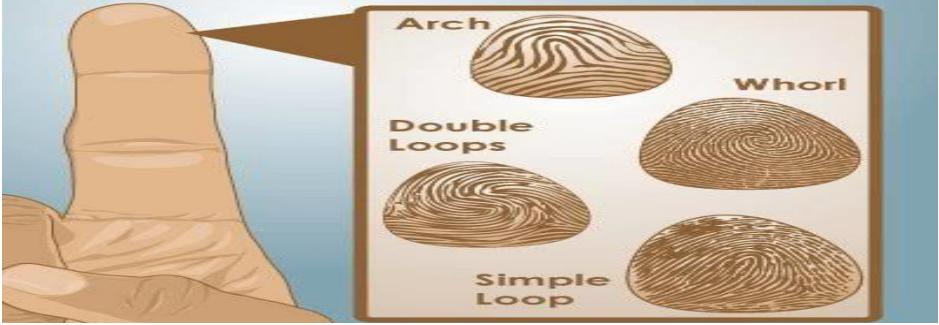
<sup>97</sup> "The Science of Fingerprint Identification" s. 303.

<sup>98</sup> SZEKELY, Eva Nikodemusz/ SZEKELY, Vladimir: "Image Recognition Problems of Fingerprint Identification", Microprocessors and Microsystems, C. 17, S. 4, 1993, s. 215.

<sup>99</sup> "The Science of Fingerprint Identification." s. 304.

saç teli gibi bireysel özelliklerini ortaya koyabilecek niteliktedir<sup>100</sup>. Bunun yanı sıra, failin, suçu işlediğine dair gerçekliği yalanlama veya sessiz kalma gibi davranışları sergilemesi mümkün iken; parmak izi teşhisinde, failin değiştiremediği, yalanlayamadığı veya sessiz kalamadığı bir gerçeklik mevcuttur<sup>101</sup>.

**Bilimsel olarak tespit edilen dört tür parmak izi bulunmaktadır ve bu izler, teknolojik gelişmeler sayesinde kolaylıkla tespit edilebilmektedir**<sup>102</sup>. Tıp bilimindeki karşılığıyla parmak izi türleri “*arches, loops, whorls and composites*” şeklinde ifade edilmektedir<sup>103</sup>. “*Arches*” modeli parmak izinde, parmak izindeki mevcut çıkıntılar bir uçtan diğer uca doğru uzanmakta ve karşılaşmamaktadır. “*Loops*” modeli parmak izinde, çıkıntılar geriye doğru birbirine uzanmakta ve delta şekli almaktadır. “*Whorls*” modeli parmak izinde, birden fazla delta ve en az bir tam dönüş yapan çıkıntılar mevcuttur. “*Composites*” modeli parmak izinde ise “*arches, loops ve whorls*” modeli parmak izlerinin kombinasyonu söz konusudur<sup>104</sup>.



<sup>100</sup> FRANKEL, Harold, Homicide Investigation: A Pocket Companion for the District Attorney, Lawyer and Detective with Complete Digest of Evidence Pertaining to Homicide, London 1931, s. 24.

<sup>101</sup> CLARENCE, s. 815.

<sup>102</sup> Bu yöntemin güvenilirliğini engelleyen bazı faktörler de gündeme gelebilir. Örneğin, suç işlendikten sonra failde bir deri hastalığı oluşmuş ise parmak izleri bulanıklaşır. Yine, parmakta meydana gelen kesik nedeniyle iz tespiti zorlaşabilir. Detaylı bilgi için bkz. FRANKEL, s. 26.

<sup>103</sup> Bu izler çeşitli şekil ve modeller esas alınarak isimlendirilmiştir. Bkz. FRANKEL, s. 24.

<sup>104</sup> FRANKEL, s. 24.

Tablo 2<sup>105</sup>

Parmak izleri, kişinin parmağını mürekkebe batırması ve bir uçtan diğer uca doğru bastırarak ve yuvarlayarak alınması nedeniyle mürekkeplenmiş, diğer bir deyişle yuvarlanmış parmak izi olarak isimlendirilmektedir. Bu şekilde parmak izinin alınması yönteminde, on parmağın ve avuç içlerinin tamamının izinin alınması nedeniyle kişinin kimliği de aynı anda teşhis edilebilir hale gelmektedir<sup>106</sup>.

Kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde depolanması veya paylaşılması söz konusu değilse ve elde edilme aşamasında bireye işkence ve benzeri gibi zorlayıcı müdahaleler gerçekleştirilmediyse parmak izinin delil olarak kullanılması mümkündür. Ayrıca, beyan delillerinin aksine parmak izinin tek bir noktasının dahi değiştirilememesi, delilin güvenilirliği bakımından önem taşımaktadır<sup>107</sup>.

Parmak izi delilinin yargılamada kullanılması için, izin tam anlamıyla tespit edilmesi gerekir. Parmak izi tam olarak tespit edilemiyor veya yarım halde kalmışsa kullanılmaması ve hükme esas alınmaması gerekir. Nitekim AİHM *Alekseyeva/Rusya* kararında, *cinayette kullandığı iddia edilen bıçağın yüzeyinin engebeli olması ve suçu işleyen faille ilişkin parmak izinin elde edilebilecek boyutta olmaması nedenleriyle parmak izi teşhisinin yapılmasının uygun görülmemesine dair ulusal mahkeme kararını Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı bulmamıştır*<sup>108</sup>. O halde, sanık hakkındaki mahkûmiyet kararına esas alınabilmesi için teşhise elverişli bir parmak izinin bulunması gerekir. Nitekim bir Bölge Adliye Mahkemesi kararında konuya ilişkin

<sup>105</sup> Tablo 2 bkz. <https://www.slideshare.net/slideshow/biology-form-5-chapter-6-variation-61/38294851> (Erişim Tarihi: 16.07.2024).

<sup>106</sup> LAWSON, F. Tamara: "Can Fingerprints Lie: Re-Weighing Fingerprint Evidence in Criminal Jury Trials", *American Journal of Criminal Law*, C. 31, S. 1, 2003, s. 10.

<sup>107</sup> Tıp biliminin gelişmesi ile plastik cerrahların parmak derisi üzerinde bazı müdahalelerde bulunarak parmak izini değiştirebilecekleri iddiası ortaya atılmıştır. Müdahaleler her ne kadar değişikliği sağlasalar da her parmak üzerinde (hem el hem ayak parmakları) bu işlemin gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Ayrıca, cerrahi müdahalelerde az da olsa müdahalenin yapıldığına dair bir yara izi veya kesik görüntüsü kalmaktadır. Bu nedenle ortaya atılan bu iddianın tümüyle bir geçerliliği bulunmamaktadır. Yine, parmak ucunda bulunan sürtünme derisi vücudun yalnızca bu bölümünde değil, birçok bölümünde bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. CLARENCE, s. 815.

<sup>108</sup> AİHM, 19.12.2013, *Alekseyeva/Rusya*, Başvuru No: 22490/05, § 57.

olarak; “ATM’ye ait kamera görüntülerinde sanığın suça konu aparatı ATM’ye taktığına ilişkin herhangi bir görüntünün bulunmaması, yapılan parmak izi incelemesinde de aparat üzerindeki parmak izlerinin teşhise elverişli olmaması dikkate alındığında, sanığın atılı suçu işlediğine dair; somut, yeterli ve inandırıcı delil elde edilemediğinden maddi hakikate ulaşılamamış hukukun evrensel prensibi olan ‘şüpheli sanık lehine değerlendirilir’ ilkesi de nazara alınarak sanığın CMK’nın 223/2-e maddesi gereğince beraatı yerine mahkûmiyetine ilişkin hükmün kurulmasının hukuka aykırı olduğu anlaşılmıştır.” şeklindeki açıklamalara yer verilmiştir<sup>109</sup>.

Parmak izi teşhisinin depolanma şekli, delilin kullanılmasında ortaya çıkan dezavantajlardan biridir. Parmak izi, teşhis yöntemleri içerisinde her ne kadar güvenilir görülse de AİHM tarafından her koşulda depolanabilir bir veri olarak kabul edilmemektedir. Mahkeme’nin M.K./Fransa kararında bu husus vurgulanmış; parmak izinin suç işlediğinden şüphelenilen ancak hakkında mahkûmiyet kararı verilmemiş bir kişi açısından depolanmaması gerektiği, parmak izinin depolanabileceğine dair mevzuat hükümlerinin açık ve öngörülebilir olmasına rağmen, devletin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması noktasında takdir hakkını kullanması bakımından önemli bir sınır aşımı yapıldığı, bu durumun kişilerin özel hayatına saygı hakkını demokratik toplum gerekleriyle bağdaşmayacak şekilde aştığı ve orantısız bir müdahale olarak görüldüğü tespitlerinde bulunulmuştur<sup>110</sup>.

Mahkeme, P.N./Almanya kararında da; “Parmak izinin alınması ve depolanması işleminin özel hayatın gizliliğine saygı hakkına müdahale teşkil ettiğine ve bu şekildeki müdahalelerin kanunla öngörülseler dahi depolandıktan sonra ne zaman silineceklerine dair düzenleme bulunmaması durumunda kabul edilebilir olmayacağına, yapılacak bu tür müdahalelerin somut olayla sınırlı bir şekilde gerçekleştirildikten sonra müdahalenin öngörülemez bir şekilde genişletilmemesi gerektiğine” karar vermiştir<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> İzmir BAM, 14. CD, 01.03.2019, E. 2019/912, K. 2019/803 (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.07.2024).

<sup>110</sup> AİHM, 18.04.2013, M.K./Fransa, Başvuru No:19522/09, § 46.

<sup>111</sup> AİHM, 11.06.2020, P.N./Almanya, Başvuru No: 74440/17, § 73.

Parmak izlerinin tutuldukları sistemde ortaya çıkan hatalar da bu teşhis yönteminin güvenilirliğini azaltmaktadır. Örneğin, Yargıtay kararına konu bir olayda, başkasına ait kimlik bilgilerini kullanan şahıstan alınan parmak izinin sisteme kaydedilmesi sonrasında, somut olayla ilgili olmayan bir başka kişinin sanık konumuna getirilmesi isabetsiz bulunmuştur. Karara göre; *“Otomatik parmak izi teşhis sistemi veri tabanında Ş. Ç. olarak geçen kişi ile dava dosyasındaki sanığın aynı kişi olup olmadığının tespiti amacıyla sanığın ve kardeşi Ö. Ç. ’nin parmak izlerinin alınıp müştekiye ait evde ele geçirilen parmak izleri ile karşılaştırmasının yapılmasından sonra sonuca göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi...”* bozmayı gerektirmiştir<sup>112</sup>.

Yargıtay kararlarında; otomatik parmak izi teşhis sisteminde zaman zaman başka kimliklerle kayıtlı olan kişilere ait parmak izleriyle karşılaştırılması nedeniyle, parmak izlerinin sistemde kayıtlı olan kişiye ait olup olmadığının tespitinin ardından, uyuşma söz konusu ise bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin; *“Katılanın evinde parfüm kutusu üzerinden elde edilen parmak izinin otomatik parmak izi teşhis sisteminde kayıtlı parmak izi ile karşılaştırma yapıldığında suçta sürüklenen çocuğa ait olduğunun bildirilmesi karşısında; suçta sürüklenen çocuğun parmak izi örnekleri alınarak, olay yerinden elde edilen parmak izleri ile uzman bilirkişiye karşılaştırmasının yaptırılarak suçta sürüklenen çocuğa ait olup olmadığının araştırılıp sonucuna göre delillerin bir bütün halinde değerlendirilerek suçta sürüklenen çocuğun hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik inceleme sonucu yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi...”*<sup>113</sup> bozmayı gerektirmiştir.

Otomatik parmak izi teşhis sisteminde karşılığı bulunmayan parmak izlerinin söz konusu olması halinde, bu parmak izlerinin sanıklara ait olup olmadıklarının tespiti için de bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır. Nitekim Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda; *“Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü Olay Yeri İnceleme ve Kimlik Tespit Şube Müdürlüğüne düzenlenen 30.09.2012 ve 22.10.2012 tarihli ekspertiz raporlarında; suç konusu esrarın bu-*

<sup>112</sup> Y. 13. CD, 27.10.2014, E. 2014/5604, K. 2014/29609 (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.07.2024).

<sup>113</sup> Y. 13. CD, 11.09.2019, E. 2019/6295, K. 2019/12247 (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.07.2024).

lunduğu siyah renkli poşetler üzerinde otomatik parmak izi teşhis sisteminde karşılığı bulunmayan 1 adet teşhise elverişli parmak izi olduğunun belirtilmesi ve tespit edilen bu izin sanıklar A. ve A.'ya ait parmak izleriyle karşılaştırmasının yapılmamış olması karşısında; sanıkların yöntemine uygun şekilde parmak izleri aldırılarak, poşetler üzerinde tespit edilen parmak izinin sanıklar A. ve A.'ya ait olup olmadığı konusunda uzman bir kurum veya kuruluştan rapor alınması<sup>114</sup> gerektiği açıklanmıştır.

Parmak izinin ne kadar süreyle bir cisim üzerinde kalabildiğinin tespiti de önem arz etmektedir. Yargıtay'ın bu hususta vermiş olduğu bir kararda, parmak izi ile ilgili olarak herhangi bir şüphenin bırakılmaması gerektiği vurgulanmıştır. Karara göre; "Sanığın suç tarihinde kullandığı cep telefonu hatlarının tespit edilerek olay günü hangi baz istasyonlarından sinyal aldığı araştırılarak yine ekspertiz raporunu düzenleyen kurumdan herhangi bir obje üzerindeki parmak izinin ne kadar süre ile kalabileceği hususu ile sanık ve müştekiden satılan fotoğraf makinesinin sanığın parmak izinin çıktığı kutu içinde satılmış olup olmadığı sorularak sonuca göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi..." bozmayı gerektirmiştir<sup>115</sup>.

Zaman zaman birden fazla parmak izinin aynı yerde bulunması söz konusu olduğunda bu parmak izlerinin tamamının incelenme konusu yapılması gerekir. Nitekim bir Yargıtay kararında; "Şikayetçiye ait ikamet içerisinde elde edilen parmak izlerinin otomatik parmak izi teşhis (afis) sisteminde kayıtlı parmak izleri ile karşılaştırmasının yapılması sonucunda içlerinden birinin diğer sanık ...'e ait olduğunun belirlenmesi üzerine ulaşılan diğer sanık ...'ün suçları sanık ... ile birlikte işlediğini ikrar etmiş olmasına karşılık sanık ...'ün tüm aşamalarda atılı suçları işlemediğini ifade etmiş olması karşısında; öncelikle sanık ...'ün parmak izi örneklerinin alınması ve olay yerinden alınıp kime ait olduğu belirlenemeyen dört adet parmak izinin uzman bilirkişiye karşılaştırmasının yaptırılarak sanık ...'e ait olup olmadığının araştırılıp, sonucuna göre delillerin bir

<sup>114</sup> Y. 10. CD, 14.05.2015, E. 2014/9059, K. 2015/31447 (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.07.2024).

<sup>115</sup> Y. 13. CD, 11.12.2014, E. 2014/15917, K. 2014/35598 (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.07.2024).

*bütün halinde değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik inceleme sonucu yazılı şekilde sanığın mahkumiyetine dair kararlar verilmesi..." hukuka aykırı bulunmuştur<sup>116</sup>.*

## SONUÇ

Ceza muhakemesi hukukunda şüpheli veya sanığın "kişi" olarak tespiti amacıyla başvurulmuş bir delil elde etme yöntemi olarak teşhis, farklı yöntemlerle yapılmakta ve bu yöntemler güvenilirlik seviyesine bağlı olarak sınıflandırılmaktadır. Yüz yüze veya fotoğraf teşhisi ile giysi ve kişisel eşyalar kullanılarak gerçekleştirilen teşhis daha az güvenilir bulunan yöntemler olarak değerlendirilirken; parmak, ayak, dudak ve kulak izi teşhisi, diş teşhisi veya iskelet ve saç teşhisi gibi yöntemler ise daha güvenilir yöntemler olarak ön plana çıkmaktadır.

Türk hukukunda yüz yüze teşhis ile fotoğraf teşhisi diğer teşhis türlerinden farklı olarak mevzuatta özel olarak düzenlenmiş olan teşhis türleridir. Yürürlükteki mevzuata göre; yüz yüze teşhis haricinde, failin teşhisi yalnızca fotoğraf kullanılması yolu ile mümkün olup video görüntülerinden veya el ile çizilen resimlerden teşhis söz konusu değildir.

Yüz yüze teşhis üzerine düzenlenen teşhis tutanağı, resmi olarak tutulan bir belge olup bu yolla elde edilen delil, belge delili olarak kabul edilirken; fotoğraf teşhisi kanaatimizce bir belirti delili olarak dijital verilerin yapısı kolaylıkla değiştirilebileceğinden bilirkişi incelemesini gerektirmektedir. Yargıtay'a göre de; sadece fotoğraf teşhisi üzerinden mahkûmiyet hükmü kurulması mümkün değildir.

Teşhis işleminin yapılabilmesi için, şüphelinin gözaltına alınmış olması bir ön koşul olarak aranmaktadır. Ayrıca, gözaltına

<sup>116</sup> Y. 6. CD, 23.03.2021, E. 2020/7294, K. 2021/5696 (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.07.2024).

alınan şüphelinin, suçu işleyen faille aynı kişi olup olmadığının belirlenmesi bakımından teşhis işlemine başvurma mecburiyetinin bulunması gerekir.

Teşhise hazırlık işlemlerinin usulüne uygun bir şekilde yürütülmesi, elde edilecek olan delillerin sıhhati açısından önemlidir. Teşhisten önce mağdur ve tanığın teşhis edeceği kişi ile ilgili bilgileri mutlaka ayrıntılı bir şekilde ve yazılı olarak vermesi gerekir. Ayrıca, alınan bilgiler doğrultusunda, şüphelinin de aralarında bulunduğu teşhis işlemine katılan kişilerin özelliklerinde buna uygun değişiklikler yapılmalıdır.

Teşhis işleminin yapılış şekli de hukuka uygun delil elde edilmesi açısından önem arz eder. Öncelikle, şüpheli tek başına teşhis işlemine tabi tutulmamalıdır. Ayrıca, işlem sırasında, teşhis eden ve edilen kişiler birbirlerini görmemeli ve teşhis işlemini gerçekleştiren kişi tarafından yönlendirme yapılmamalıdır. Bu açıdan, işlemin yerine getirilmesi esnasında müdafinin hazır bulunmasına imkân sağlanması isabetli olacaktır. Teşhisin tamamlanmasının ardından işlemine ilişkin ayrıntılar tutanağa aktarılmalıdır.

Öncelikli olarak uygulanması gerektiği hususunda mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, uygulamada fotoğraf teşhisi yönteminden önce mümkünse yüz yüze teşhis yöntemine başvurulması gerektiği kabul edilmektedir.

Suçun işlenmesinden kısa bir süre sonra failin teşhis edilmesi daha güvenilirdir, zira aradan geçen uzun süre hatırlamayı zorlaştırabilir. Öncesinde hatırlanmayan bir bilgi ve görgünün daha sonra hatırlanması veya hatırlandığının ileri sürülmesi durumlarına ise ihtiyatla yaklaşılmalıdır. Ayrıca, teşhis işleminin sıhhati açısından işleme katılan tanık veya mağdurun yaşı ile fiziksel ve ruhsal durumunun da belirleyici olduğu göz ardı edilmemelidir. AİHM ve Yargıtay kararlarında; şüphede kalınan teşhis işleminden elde edilen delillerin kullanılmaması gerektiği, şüpheden uzak delillerin elde edilmesi için tekrar yüzleştirme yapılması ve ardından bilirkişi raporu alınması önemle vurgulanmıştır.



Delil niteliği tartışmalı olmakla birlikte uygulamada başvuru- rulan diğer bir teşhis yöntemi olan ses teşhisi neticesinde elde edilen delillere güvenilirliği kesin değildir. Failin suç işlerken bilinçli olarak sesini değiştirmesi, fiziksel anlamda yaşamış olduğu değişimler, cinsiyeti ve konuştuğu dil, fısıltı ile konuşması ve sesindeki tonlamanın değişimi ses teşhisi yöntemine başvurulması ve buna dayalı olarak karar verilmesinin önündeki engeller olarak gündeme gelmektedir. Ses teşhisi sürecinin sağlıklı bir şekilde işlemesi ve elde edilen delillerin hukuka uygunluğunun sağlanması için işleme dair şartların açıkça düzenlenmesi, hâkim güvencesinden yoksun bırakılmaması, süreci gerçekleştiren görevlilerin usulüne uygun şekilde hareket etmelerinin sağlanması, sesi teşhis edilen kişiye gerekli itiraz yollarının açık tutulması ve şüphe halinde başvurulacak bilimsel incelemenin gerekli teknik araçlar kullanılarak gerçekleştirilmesi gerekir.

Son olarak, belirti delili niteliğinde olduğu kabul edilen parmak izi; ses ve görüntü araçlarının aksine bir insanın doğumundan ölümüne kadar herhangi bir dönemde değişiklik göstermediği için en güvenilir teşhiste bulunma aracı olarak görülmektedir. Kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde depolanması veya paylaşılması söz konusu değilse ve elde edilme aşamasında bireye karşı zorlayıcı müdahaleler gerçekleştirilmediyse parmak izinin delil olarak kullanılması mümkündür.

### KAYNAKÇA

**ALBRIGHT**, Thomas: Identifying the Culprit: Assessing Eyewitness Identification, Washington 2014.

**AYVERDİ**, İlhan: Misalli Büyük Türkçe Sözlü Kubbealtı Lügatı, C. 3, İstanbul 2005.

**BALCI**, Murat: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis ve Yüzleştirme", Ceza Hukuku Dergisi, C. 5, S. 12, 2010, Sayfa: 187-202.

**BIÇAK**, Vahit: Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018.

- CARRACHER**, Craig: Voice Identification Evidence, Legal Service Bull, 1991, s. 27-32.
- CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2020.
- CLARENCE**, Alexander: Law of Arrest in Criminal and Other Proceedings, Dennis 1949.
- CLIFFORD**, Brian R: "Voice Identification by Human Listeners: On Earwitness Reliability", Law and Human Behavior, C. 4, S. 4, 1980, s. 373-394.
- DEMİRBAŞ**, Timur: Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara 2024.
- DÜLGER**, Murat Volkan/**ŞABAN**, Cankat Taşkın: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2023.
- ERYILMAZ**, Bedri: Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 1. Baskı, 2012.
- FRANKEL**, Harold: Homicide Investigation: Pocket Companion for the District Attorney, Lawyer and Detective with Complete Digest of Evidence Pertaining to Homicide, London 1931.
- GALTON**, Francis: Finger Prints, New York 1982.
- GÖKCEN**, Ahmet/**BALCI**, Murat/**ALŞAHİN** M. Emin/**ÇAKIR**, Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2022.
- GÜNEŞ**, İsmail: "Eşkâl Tanımlaması ve Suçun Aydınlatılması", Ceza Hukuku Dergisi, C. 2, S. 3, 2007, s. 179-196.
- GÜNGÖR**, Devrim: Ceza Muhakemesinde Deliller, Ankara 2014.
- İNÇİ**, Z. Özen: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 22, S. 85, 2009, s. 105-136.
- KAYA GÖÇMEN**, Özen: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Yakalama ve Gözaltı Koruma Tedbirleri, Ceza Hukuku Monografileri, Ankara 2021.
- LAWSON**, Tamara F: "Can Fingerprints Lie: Re-Weighing Fingerprint Evidence in Criminal Jury Trials", American Journal of Criminal Law, C. 31, S. 1, 2003, s. 1-66.
- ORDWAY**, Hilton: Handwriting Identification vs. Eye Witness Identification, Chicago 1956.

**ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2021.

**ÖZTÜRK**, Bahri: Ana hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2023.

**POLAT**, Halil: Cumhuriyet Savcısının El Kitabı, C. 2, 8. Baskı, Ankara 2024.

**RUSSEL**, S. Fischer: Forensic Pathology: A Handbook for Pathologists, ABD 1977.

See New York State District Attorneys Association Best Practice Committee: New York State Photo Identification Guidelines, 2010. <https://www.daasny.com/wp-content/uploads/2014/08/Photo-Identification-Procedures-10-21-10.pdf>. (Erişim Tarihi: 16.07.2024).

**SEVDİREN**, Öznur: “Çelişmeli Yargılama ve Silahların Eşitliği İlkeleri Bağlamında Teşhis İşlemi ve Bu İşlemden Müdafinin Hazır Bulunma Yetkisi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 1, 2019, s. 15-55.

**SZEKELY**, Eva Nikodemusz/**SZEKELY**, Vladimir: “Image Recognition Problems of Fingerprint Identification”, Microprocessors and Microsystems, C. 17, S. 4, 1993, s. 215-218.

**ŞAHİN**, Cumhur/**GÖKTÜRK**, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku II, 12. Baskı, Ankara 2022.

“The Science of Fingerprint Identification”, The American Journal of Police Science, C. 2, S. 4, 1931, s. 302-305.

**THOMPSON**, Charles P: “A Language Effect in Voice Identification”, Applied Cognitive Psychology, C. 1, 1987, s. 121-131.

**TURHAN**, Faruk: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.

**ÜNVER**, Yener/**HAKERİ**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2020.

“Voiceprint Identification”, Criminal Justice Systems Review, C. 2, 1974, s. 331-373.

**YARMEYS**, A. Daniel: “Voice Identification Over the Telephone”, Journal of Applied Social Psychology, C. 21, S. 22, 1991, s. 1868-1876.

**YENİDÜNYA**, Caner A/İÇER, Zafer: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016.

**YENİSEY**, Feridun: "Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil", Ceza Hukuku Dergisi, C. 2, S. 4, 2007, s. 5-60.

**YENİSEY**, Feridun: Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987.

**YENİSEY**, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2023.

## ULUSLARARASI HUKUKTA SESSİZLİK

Dr. Öğr. Neslihan ÖZKERİM GÜNER \*

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ERHAN BULUT\*\*

### Öz

Uluslararası hukuk kuralları devletlerin iradeleri ile oluşur, ancak bu irade her zaman açıkça belirtilmeyebilir. Devletlerin belli bir duruma sessiz kalmaları zımni irade beyanı olarak yorumlanabilir. Dolayısıyla sessizlik de bazen açık irade beyanı gibi hukuki sonuçlar doğurabilir. Bu husus ulusal hukukta belli alanlarda düzenlenmiştir, ancak uluslararası hukukta sessizliğin koşulları ve sonuçlarına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla somut olaydaki özelliklerine göre sessizliğin anlam yüklenmektedir. Bunu özellikle uluslararası yargı kararlarında görmekteyiz. Makalede sessizliğin doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından kabullenme, *Estoppel*, zamanaşımı ile kazanım ve zımni anlaşma kavramları incelenmiştir. Sessizlik her somut olayda farklı anlama gelebilir, bazen sessiz kalan devlete hak doğururken bazen yükümlülük yükleyebilir. Ayrıca sessiz kalma bir hakkın kullanımından vazgeçme anlamına gelebilir. Bu yüzden sessiz kalmanın nedenleri ve kim tarafından ne amaçla sessiz

\* Dr. Öğr. Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Çankırı, Türkiye | Asst. Prof., Çankırı Karatekin University Faculty of Law, Department of Public Law, International Law Department, Çankırı, Türkiye.

✉ nozkerim@karatekin.edu.tr • ORCID 0000-0001-8130-9461

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Çankırı, Türkiye | Asst. Prof., Çankırı Karatekin University Faculty of Law, Department of Public Law, International Law Department, Çankırı, Türkiye.

✉ zeynep@karatekin.edu.tr • ORCID 0000-0002-5766-126X.

✘ Atıf Şekli | Cite As: ÖZKERİM GÜNER, Neslihan/ ERHAN BULUT, Zeynep, "Uluslararası Hukukta Sessizlik", *SÜHFD.*, C. 32, S. 3, 2024, s. 1731-1776

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

✘ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

kalındığının önemi de bulunmaktadır. Uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının oluşumu ve bunlarla bağlanma durumunda da sessizliğin sonuçları bulunmaktadır. Son başlıkta özellikle evrensel, bölgesel ve özel örf ve adet hukuk kurallarında sessizliğin anlamı tartışılmış, aralarındaki farklar ortaya koyulmuştur.

### **Anahtar Kelimeler**

• Kabullenme • Estoppel • Zamanaşımı • Sessizlik • Opinio Juris

## **SILENCE IN INTERNATIONAL PUBLIC LAW**

### **Abstract**

International law rules are formed by the intention of states, but this intention may not always be clearly stated. States' silence on a certain situation can be interpreted as a tacit consent. Therefore, silence can sometimes have legal consequences, just like a clear declaration of intention. This issue is regulated in certain areas in national law, but there is no clear regulation in international law regarding the conditions and consequences of silence. Therefore, silence is given meaning according to its characteristics in the concrete case. We see this especially in international judicial decisions. In the article, the concepts of acceptance, *Estoppel*, prescription and tacit agreement are examined in terms of the legal consequences of silence. Silence may have different meanings in each concrete case; sometimes it may create rights for the silent state, and sometimes it may impose obligations. Additionally, remaining silent may mean giving up the exercise of a right. Therefore, the reasons for remaining silent and who remains silent and for what purpose are also important. Silence also has consequences in the case of the formation of and adherence to customary international law rules. In the last title, the meaning of silence, especially in universal, regional and special customary law rules, is discussed and the differences between them are argued.

### **Keywords**

• Acquiescence • Estoppel • Silence • Prescription • Opinio Juris

## **GİRİŞ**

Uluslararası hukukta sessizlik, uluslararası hukukun kişileri üzerinde hak ve yükümlülük yaratma gücüne sahip olan pasif bir eylemdir. Ancak bunun hukuki sonuçları herhangi bir uluslararası düzenlemenin konusu olmamıştır. Bu nedenle *sui generis* bu eylemin sonuçları ve koşulları farklı bakış açılarını ve tartışmaları beraberinde getirmiştir. Zira sessiz kalmaya bağlanacak olan hukuki sonuç devletler arasındaki ilişkileri etkileme gücüne sahiptir. Dolayısıyla sessizlik birçok uluslararası yargı

kararında da yer bulmuştur. Bu çalışmada uluslararası hukukta sessizlik iki başlık altında incelenmiştir.

İlk başlıkta uluslararası hukukta sessizliğe ilişkin kavramlar ve bu kavramlar arasındaki farklar ele alınmıştır. Sessiz kalma bazen kabullenme, bazen itiraz hakkının düşmesi, bazen zamanaşımı ile kazanım bazen de zımni andlaşma olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla sessizliğin hukuki sonuçları farklı olduğu gibi bu sonuçlara götüren koşullar da farklılaşmaktadır. Bu bakımdan ilk başlık altında kabullenme, *Estoppel*, zamanaşımı ve zımni andlaşma kavramları alt başlıklarda incelenmiştir.

İkinci başlık altında ise örf ve adet hukukunda sessizlik incelenmiştir. Sessiz kalma genel/evrensel örf ve adet hukuku kuralında zımni bir kabul olarak değerlendirilirken yerel/bölgesel örf ve adet hukuku kuralında reddin karinesi olarak yorumlanmaktadır. Çalışmada da bu ayrımlar üzerinde durularak sessizliğin anlam ve sonuçları incelenmekte ve Uluslararası Adalet Divanının (UAD) özellikle yerel/bölgesel örf ve adet hukuku kurallarının oluşumu bakımından getirdiği sessizlik yorumlamasına değinilmektedir. Son olarak özel örf ve adet hukuku kuralları tartışılarak sessizliğin bu kuralların oluşumu üzerindeki etkileri analiz edilmiştir.

## I- ULUSLARARASI HUKUKTA SESSİZLİĞE İLİŞKİN KAVRAMLAR

Uluslararası ilişkiler reaksiyon üzerine kuruludur. Genellikle bir devletin eylemi başka bir devletin tepkisi ile karşılaşır. Ancak tepkinin her durumda verildiği görülmemekte, devletler bazen sessiz kalmayı tercih etmektedir. Sessizliğe uluslararası hukuk kurallarının oluşumu ya da ikili ilişkilerin düzenlenmesi bakımından bir anlam yüklenmektedir. Ko-pela'ya göre sessizliğin objektif ve sübjektif unsurları olabilir. Eğer sessizlik iradeye dayanıyorsa devletin sessizce isteğini belirttiğini kabul etmektedir (*volontarizm*). Ancak *objektivizmde* sessizlik devletin iradesine bakmadan, doğrudan sonuçlarına odaklanılarak ele alınır<sup>1</sup>. İradeci görüşe göre amaç sessiz kalan devletin haklarını korumakken, objektivizmin uluslararası hukuki güvenliğin korunması iddiası vardır<sup>2</sup>. Sessiz kalmanın amacının ne olduğunu tespit etmek çok zordur.

<sup>1</sup> KOPELA, Sophia: "The Legal Value of Silence as State Conduct in the Jurisprudence of International Tribunals", Australian Year Book of International Law, C. 29, s. 99-103.

<sup>2</sup> KOPELA, s. 99-103.

Sessizlik farklı biçimlerde karşımıza çıkabilir: Rıza, kabullenme, *Es-toppel* (direnmemeye ya da itiraz hakkının düşmesi). Bu başlık altında uluslararası hukuk açısından sessizliğin yüklendiği anlamlar incelenecektir.

### A- Kabullenme (*Acquiescence*)

Kabullenme özellikle bir eyleme tepki verilmesi gerektiği durumlarda tepkinin verilmemesi halini ifade etmektedir. Latince'de *qui tacit consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* şeklinde ifade edilen bu cümleye göre bir kişinin tepki vermesi gerekirken sessiz kalması mevcut durumu kabullendiği anlamına gelir<sup>3</sup>.

Kabullenme hususunun uluslararası hukuk literatürüne girmesi ise görece yeni bir durumdur. Diğer birçok uluslararası hukuk kuralı gibi önce devletlerin iç hukuklarında ortaya çıkmış; 19. yy nin başlarına denk gelen bir dönemde uluslararası hukukun uygulanmasında başvurulmaya başlanmıştır<sup>4</sup>. Kabullenme ile ilgili literatür taraması yapıldığında, bunun daha çok özel hukuk ilişkileri ve ticaret anlaşmalarına konu olduğu tespit edilmiştir; ilk olarak da Anglo Amerikan hukuk sisteminde görülmüştür<sup>5</sup>. Özellikle batılı devletlerin uluslararası hukukta baskın hale gelmesiyle birlikte bu husus uluslararası hukuk kurallarının -uluslararası örf ve adet hukuku kuralı- oluşumunda etkili olmaya başlamıştır. Her ne kadar 21. yy da uluslararası anlaşmalar yaygınlaşsa da uluslararası örf ve adet hukuku kuralları halen uluslararası anlaşmaların yorumlanması, kuvvet kullanma, insancıl hukuk gibi alanlarda önemini korumaktadır<sup>6</sup>. Örf ve adet hukuku kurallarının oluşumunda sessizliğin *opinio juris* oluşturması konusunda tartışmalar mevcut olsa da tepki verilmemesinin kabullenme anlamına gelmesi özellikle *sürekli itiraz eden devlet* hususunun varlığında önem teşkil etmektedir. Dolayısıyla uluslararası alanda bir tepkinin bulunmaması zımni onay, kabul olarak değerlendirilmektedir<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> **Diccionario Panhispánico de Español Jurídico**, 2023, <https://dpej.rae.es/lema/qui-tacet-consentire-videtur-ubi-loqui-potuit-et-debuit> (19.03.2024)

<sup>4</sup> **SCHWEIGER**, Elisabeth: "Listen Closely: What Silence Can Tell Us About Legal Knowledge Production", *London Review of International Law*, C. 6, S. 3, 2018, s. 394.

<sup>5</sup> **BOUWERS**, Garth J.: "Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts—A Turkish Study", *Scientific Cooperations 2nd International Conference on Social Science*, 2-3 April 2016 İstanbul, s. 169-181.

<sup>6</sup> **SCHWEIGER**, Listen Closely, s. 394.

<sup>7</sup> **GARWOOD-GOWERS**, A.: "'Israel's Airstrike on Syria's Al-Kibar Facility: A Test Case for the Doctrine of Pre-Emptive Self-Defence?'" *Journal of Conflict and Security Law*, C. 16, 2011, s. 265.



Sessizliğin kabullenme olarak görülmesi için sessizliğin hukuki bir anlam içermesi gerekir. Dolayısıyla sessizlik nitelikli olmalıdır. Burada harekete geçme niyetinin olmamasının tespit edilmesi gerekir ki sessizlik kabullenme olarak yorumlanabilsin. Ayrıca sessizliğin hukuki ya da politik nedenleri olabilir; nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonunun (UHK) *Uluslararası Örf Adet Hukuku Kurallarının Belirlenmesine İlişkin Raporunda* da tepkisizliğe hukuki bir anlam yüklemeyen önce devletler arası ilişkilerin göz önüne alınması gerektiği belirtilmiştir<sup>8</sup>.

Sessizliğin uluslararası hukuktaki yeri de yadsınamaz hale gelmiş; birçok uluslararası yargı kararında yer bulmuştur. İlk kez Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın (USAD) 1927 tarihli *Bozkurt-Lotus Davasında*<sup>9</sup> uluslararası hukukta sessizlik değerlendirilmiştir. Türkiye'nin açık denizdeki bir çatma sonucu yargılama yetkisini kullanması, USAD'a taşınmış ve bu olayda Türkiye'nin bu yargılama yetkisini kullanmasına engel bir uluslararası hukuk kuralının olmayışı nedeniyle yargılama yetkisini kullanmasının hukuka uygun olduğu iddiası kabul edilmiştir. Dolayısıyla uluslararası hukukun bu konudaki sessizliği *kabul* olarak görülmüştür<sup>10</sup>.

Daha sonraki yıllarda da uluslararası yargı kararlarında kabullenme hususu incelenmiş; sessizlik bazen kabullenme bazen de olumsuz cevap olarak değerlendirilmiştir<sup>11</sup>. Örneğin *Balıkçılık Yetki Davasında (BİRleşik Krallık ve Kuzey İrlanda v. İzlanda)* Mahkeme, kıyı balıkçılığına özel bir bağımlılık durumunda balıkçılık bölgesinin 12 deniz mili sınırına kadar genişletilmesine atıfta bulunarak, bunun 'şu anda genel olarak kabul edildiği görülmektedir' ve 'kıyı devletleri için imtiyazlı haklar kavramının artan ve yaygın bir şekilde kabul edildiğini' belirtmiştir<sup>12</sup>. Mahkeme aslında,

<sup>8</sup> ILC, 'Third Report on identification of customary international law' Third Report of Special Rapporteur Michael Wood, Sixty-seventh Session, A/CN.4/682, 2015.

<sup>9</sup> PCIJ, Twelfth (Ordinary) Session, The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey Judgment, No 9, 07.09.1927.

<sup>10</sup> QUANE, Helen: "Silence in International Law", British Yearbook of International Law, C. 84, S. 1, 2014, s. 255.; ÇİFTÇİ, Barış: "Bozkurt-Lotus Davası'nın Hukuki Değerlendirmesi ve Türkiye için Önemi", Journal of Political Administrative and Local Studies, C. 6, S. 1, 2023, s. 50.

<sup>11</sup> ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland) Merits Judgment of 25 July 1974, s. 40.

<sup>12</sup> ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland) Merits Judgment of 25 July 1974, prg. 52.

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne (BMDHS) dâhil edilecek olan Münhasır Ekonomik Bölge (MEB) rejimine doğru bir geçiş adımı olan, kıyı devletinin işlevsel haklarını açıkça ifade etmiştir.

Sessiz kalmanın farklı nedenleri de olabilir; toleranstan, sorunu açık tutma isteğinden ya da bilgisizlikten kaynaklanabilir<sup>13</sup>. Bu nedenle sessizliğin amacının araştırılmasından önce bunun hukuki sonuçlar doğurup doğurmadığına bakmak gerekir<sup>14</sup>. Hangi koşullarda sessiz kalındığına bakılması gerekir<sup>15</sup>. Bazı kararlarda da sessizlik kabullenme olarak değerlendirilmese ve bu husus karara hiç etki etmese de kabullenme hususu tartışılmış ve bunun anlaşılmasına katkıda bulunulmuştur<sup>16</sup>. Karşı oy yazıları ya da dava dilekçelerindeki iddiaların da kavramın anlaşılmasına yardım ettiği görülmektedir<sup>17</sup>.

Kabullenmenin uluslararası hukuk alanında sübjektif etkisi bulunmaktadır. Anlaşmazlıkların tarafları, andlaşmalar, haritalar, diplomatik yazışmalar, resmi belge ve notlar, kayıtlar ve arşivler ve devletlerin ilgili davranışları gibi deliller yoluyla iddiaları öne sürmek veya reddetmek için buna başvururlar. Ancak sessizlik bazen kabullenme olarak değerlendirilse de bazen de sessizliğe hiçbir anlam yüklenmediği görülmektedir.

Uluslararası hukukta en çok ülke sınırlarının ve deniz yetki alanlarının belirlenmesi gibi durumlarda kabullenmeye başvurulduğu görülmektedir. Bunun yanı sıra özellikle andlaşmaların yorumlanması, değiştirilmesi, uygulanması, çekinceler, üçüncü kişinin andlaşmalara katılımı alanında da kendisine yer bulmaktadır. Örf ve adet hukukunun oluşumunda ise etkisi yadsınamaz, özellikle sessiz kalınması, tepki verilmesi uluslararası örf ve adet hukuku kuralının oluşumunun kabul edilmesi olarak yorumlanmaktadır. Devletlerin tanınması, uluslararası örgütlerde oy kullanma gibi hususlarda da sessizlik kabullenme olarak

<sup>13</sup> **MACGIBBON**, Iain C.: "The Scope of Acquiescence in International Law", *British Yearbook of International Law*, C. 31, 1954, s. 172-174.

<sup>14</sup> **KOPELA**, s. 103.

<sup>15</sup> **KOPELA**, s. 104.

<sup>16</sup> **ICJ**, North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/ Denmark; Federal Republic of Germany /Netherlands) Judgment Of 20 February 1969, prg. 30.

<sup>17</sup> **ICJ**, Passage Through The Great Belt (Finland v. Denmark) Counter-Memorial Submitted By The Government Of The Kingdom Of Denmark Volume 1, May 1992, prg. 797.

değerlendirilebilir. “Uluslararası Örf ve Âdet Hukukunun Belirlenmesine İlişkin Taslak Sonuçlar Metni” madde 10’a göre tepki vermemek de *opinio juris* in kanıtı olabilir<sup>18</sup>. Bu husus UHK’nin Özel Raportörü Wood’un Raportunda da ele alınmış, tepki verilmesi gereken bir durumda sessiz kalmanın kabullenme olacağı belirtilmiştir<sup>19</sup>.

Sessizliğin uluslararası bir uyuşmazlıkta kabullenme olarak görülmesi ya da görülmemesi her olay için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Yukarıda bahsi geçen *qui tacit consentire videtur* (sessiz kalan kabul etmiş sayılır) ifadesine karşı *qui tacit neque negat, neque utique fatetur* (sessiz kalan ne reddetmiş ne kabul etmiş sayılır) ifadesi kullanılmaktadır. Uluslararası hukuktaki uygulamasında ise orta bir yol tercih edilmektedir. Sessizlik ancak mevcut koşullar değerlendirilerek mevcut olayın durumuna göre kabul anlamına gelir. Dolayısıyla karar vericinin hukukun genel ilkelereinden iyi niyet ilkesine göre bir değerlendirme yapması beklenmektedir. Ayrıca bazı durumlarda sessizlik rıza anlamına gelmez, hukuka aykırı bir duruma karşı sessiz kalınması kabul etmeme anlamına da gelebilir. Bazen de mevcut durumun korunması için sessiz kalma tercih edilebilir.<sup>20</sup> Bu nedenle her olayda uluslararası hukuk kurallarının ya da uluslararası toplumun davranışlarının ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bununla birlikte sessiz kalanın kim olduğunun da önemi bulunmaktadır. Herhangi bir tepki vermesi beklenmeyen devletin sessiz kalması kabul anlamına gelmeyecektir. Yine sessizliğin süresi ve sessiz kalmanın sonuçlarının biliniyor olması da sessizliği kabullenme olarak değerlendirmede dikkate alınması gereken unsurlardır<sup>21</sup>.

Sessizliğin kabullenme olarak görülmesinin koşulları bulunmaktadır. Her şeyden önce sessizlik, hiçbir protestoya yol açmayan bir devlet uygulamasıyla algılanan bağlantısı nedeniyle rıza olarak yorumlanmaktadır. Dolayısıyla sessizlik, tepkisel bir eylem olduğundan hukuki sonuçları başka bir devletin eylemine veya iddiasına bağlıdır<sup>22</sup>. Sessizliğin nedenleri, olası devlet uygulamaları, eylemler, teklifler veya iddialar olabilir. *UAD’nin Malezya v. Singapur Davasında* belirttiği gibi diğer devletin

<sup>18</sup> ILC, Draft Articles on Identification of International Customary Law, 2011, m. 10

<sup>19</sup> ILC, Third Report by Sir Michael Wood, Special Rapporteur, s. 106.

<sup>20</sup> HOLVIK, Natalie: Silence is Consent Acquiescence and Estoppel in International Law, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Örebro Üniversitesi, Örebro-İsveç 2018, s. 9-13.

<sup>21</sup> HOLVIK, s. 9-13.

<sup>22</sup> SCHWEIGER, s. 751.

davranışı bir yanıt gerektiriyorsa “sessizlik pekâlâ rıza anlamına gelebilir”<sup>23</sup> dolayısıyla sessizlik de konuşabilir. Sessizliğin konuşabilmesinin, yani sessizlikle iletişim kurulabilmesinin belli değişkenleri bulunmaktadır. Schweinger’e göre sessizliğin konuşabilmesi şunların varlığına bağlıdır: (1) Eylem karşısında bir tepki bekleniyorsa, (2) tepkinin bir anlamı olacaksa, (3) tepki gösterecek kişinin buna ilişkin bir gücü varsa ve son olarak (4) tepki eylemle bağlantılıysa; sessizlik konuşur ve anlam ifade eder<sup>24</sup>. Ayrıca yukarıda da belirtildiği gibi bir devlet uygulamasının tepki gerektirip gerektirmediği, koşulların -nihai olarak öznel- yorumlanmasına bağlıdır.

Uluslararası hukukta sessizliğin kabullenme olarak yorumlanması, uygulamanın geçerli olup olmadığı sorusuyla ilişkilendirilmiştir. Sessizliğin kabullenme olarak yorumlanmasının koşulları şunlara bağlıdır: (1) Kamuya açık olarak görülmesi ve açıkça bilinmesi, (2) hukuki taahhüt gösterdiği ve genel, hukuki bir iddiayı ileri sürdüğünün anlaşılması, (3) yeterli bir süre boyunca tutarlı ve kalıcı olarak görülmesi ve (4) sessiz devletlerin çıkarlarını etkilemesi. Eylemlerin kamuya açık olması gerekliliği, sessiz devletlerin uygulamaya ilişkin fiili veya yapıcı bilgisinin önemiyle bağlantılıdır. Sonuç olarak bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının ortaya çıkıp çıkmadığını tespit etmede sessizliğine güvenilen devlet, uygulama hakkında gerçek bilgiye sahip olmalı veya koşullar ilgili devletin bu tür bilgiye sahip olduğunu varsayacak şekilde olmalıdır<sup>25</sup>. Başka bir ifadeyle kabullenme şuna dayandırılmaktadır: “[w]hen one could have spoken, and should have spoken, silence means consent” (konuşabiliyorken, konuşması gerekirken, sessiz kalmışsa kabul etmiştir).

UAD’nin yargılama yetkisini kabul etme şekillerinden biri olan *forum prorogatum* da kabullenmeye dayanmaktadır. UAD’nin somut olaydaki yargı yetkisini kabul etmemiş bir devlete karşı yapılan başvuruda Divanın yargılama yetkisine itiraz etmeyip işin esasına girerek savunma yapılması durumunda Divanın yargılama yetkisinin kabul edildiği

<sup>23</sup> ICJ, Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Merits, Judgment, Report 12, 23.05.2008, prg. 121.

<sup>24</sup> SCHWEIGER, Listen Closely, s. 400.; KOPELA, s. 105 vd.

<sup>25</sup> SCHWEIGER, Elisabeth: “‘Targeted Killing’ and The Lack of Acquiescence”, Leiden Journal of International Law, C. 32, 2019, s. 752.

sonucuna varılmaktadır<sup>26</sup>. Dolayısıyla sessizlik kabullenme olarak yorumlanmaktadır. Burada da uyuşmazlığın tarafı devlet yargı yetkisine itiraz edebileceğini biliyor, edebilecek durumdayken bu hususta sessiz kalıyorsa sessizliği onay anlamındadır.

Yine devletlerin tanınması konusunda da sessizlik, kabullenme yani zımni/örtülü tanıma anlamına gelebilir. Örneğin, başlangıçta devlet olarak varlığı tartışmalı olmakla birlikte birçok uluslararası andlaşmaya taraf olması ve bazı uluslararası örgütlere üye olması neticesinde andlaşmaya taraf olan diğer devletlerin sessiz kalması, kabullenme - Vatikan'ın devlet olarak tanınması- şeklinde değerlendirilmiştir<sup>27</sup>. Belirtmek gerekir ki her zaman aynı çok taraflı andlaşmanın tarafı olmak ya da aynı uluslararası örgüte üye olmak tanıma anlamına gelmez. Ancak bu hususta olumlu oy kullanılması kabullenme, zımni tanıma olarak görülmektedir<sup>28</sup>. Ayrıca kabullenme ile tanıma sadece devlet ve uluslararası örgütlere kişilik bahşetmekle sınırlı değil, uluslararası hukukun diğer süjelerinin de tanınmasını, hak ve yetkilerinin tanınmasını içerir<sup>29</sup>.

Kabullenmenin olduğunun varsayıldığı diğer bir husus diplomatik misyonun dokunulmazlığı ile ilgilidir. Yangın, tecavüz, tehlike gibi durumlarda ev sahibi devletin açık rızayı beklemeden müdahale edebileceği kabul edilmektedir.<sup>30</sup> Her ne kadar bu konuda açık bir hüküm yoksa da bazı yargı kararlarında tartışılmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi *Boos v. Barry Davasında*<sup>31</sup> diplomatik misyonun korunmasının ev sahibi devletin yükümlülüğü olduğunu belirtmiş ve bunu 1961 Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesinin 22/2. maddesine dayandırmıştır<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> PAZARCI, Hüseyin: "Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap" 4. Baskı, Ankara 2020, s. 57.

<sup>27</sup> SHAW, Malcolm N. (çeviri Ed. İbrahim Kaya, çeviren Yücel Acer ve Diğerleri): Uluslararası Hukuk, Ankara 2017, s. 187.

<sup>28</sup> SHAW, Uluslararası Hukuk, s. 328.

<sup>29</sup> Örneğin 1949 Cenevre Sözleşmeleri ile Uluslararası Kızılhaç Örgütüne belli yetkiler verilmiştir. Ör: Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi (Cenevre, 12 Ağustos 1949), m. 14.

<sup>30</sup> PAZARCI, Hüseyin: "Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap", 6. Baskı, Ankara 2019, s. 140.

<sup>31</sup> Supreme Court Cases, *Boos v. Barry*, 485 US 312 (1988).

<sup>32</sup> Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi, 18 Nisan 1961.

Ayrıca kabullenme hukukun genel ilkelerinden olan *iyi niyet ilkesine* dayandırılmaktadır<sup>33</sup>. Devletlerin bir hakka sahip olması o hakkı istediği gibi kullanabileceği ya da suiistimal edebileceği anlamına gelmez, hakkın iyi niyetle (*bona fide*) kullanılması gerekir. Bir taraf, taraflar arasındaki ilişkilerin temelini tek taraflı olarak değiştirerek haksız avantaj elde edemez.

Kabullenmenin koşullarına geri dönersek: Sessiz kalmanın kabullenme anlamına gelmesinin bir diğer koşulu yani sessizliğin belli süre devam etmesi ve tutarlı olması gerekir. Sürekli olarak devam etmesi özellikle örf ve adet hukuku kurallarının oluşumundaki *opinio juris*in tespiti bakımından da önemlidir<sup>34</sup>. Bu husus aşağıda örf ve adet hukuku başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Ancak belirtmek gerekir ki sessizlik her zaman kabullenme anlamına gelmez, hukuki olarak farklı sonuçları ya da anlamları olabilir. Bu nedenle kabullenmenin, *Estoppel* (itiraz hakkının düşmesi), tanıma ya da zamanaşımı (*prescription*) ile karıştırılmaması gerekir. Özellikle *Estoppel* ile kabullenme iç içe geçmiş ve ayırt edilmesi zor kavramlardır. Bu husus uluslararası yargılamalarda da dile getirilmiştir<sup>35</sup>. Ancak *Estoppel* ile kabullenme arasındaki birinci ayırım, *Estoppel*de bir eyleme karşı çıkma durumu söz konusuysen kabullenmede böyle bir durum yoktur. İkinci fark ise “bilme” unsurudur. Bilme, kabullenmenin koşullarından biriyken, *Estoppel*’in değildir.<sup>36</sup> Uluslararası yargılamalarda da kabullenme ve *Estoppel* arasındaki fark net olarak belirtilmemişse de *Norveç ve Birleşik Krallık arasındaki Balıkçılık Davasında* Hakim Read karşı oyunda, kabullenmenin gerçekleşmesi için tüm uluslararası toplumun sessiz kalması gerektiğini belirtmiştir<sup>37</sup>, oysa *Estoppel*de sadece itiraz etmesi beklenen tarafın sessiz kalması yeterli olacaktır. Bunun yanı sıra kabullenme, itiraz etmesi gereken süje tarafından yapıлып, *Estoppel*in unsurlarını karşılırsa *Estoppel* olarak karşımıza çıkar<sup>38</sup>. Ayrıca kabullenmede rızanın varlığı aranırken,

<sup>33</sup> SHAW, Uluslararası Hukuk, s. 367.

<sup>34</sup> ILC, Third Report, s.

<sup>35</sup> ICJ, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, 1. C.J. Reports 1984, prg. 130.

<sup>36</sup> BROWN, Christopher: “A Comparative and Critical Assessment of Estoppel in International Law”, U. Miami L. Rev., C. 50, S. 369, 1996, s. 401.

<sup>37</sup> ICJ, Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951, Dissenting Opinion of Judge J. E. Read, s. 85.

<sup>38</sup> Aktaran BOWETT, D. W., “Estoppel before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence”, BRIT. Y.B. INT’L L. C. 33, 1957, s. 202.

*Estoppelde* rızanın yokluğunu ileri sürme engellenmektedir<sup>39</sup>. Kabullenmede rızanın varlığının ispatı görece daha kolay olurken, *Estoppelde* rızanın yokluğuna itiraz engellenmektedir<sup>40</sup>.

Bu iki kavram arasındaki farklar yargı kararlarında da ele alınmıştır. Örneğin *Maine Körfezi Davasında* UAD kavramlar arasındaki farkları şu şekilde ifade edilmiştir: Kabullenme, diğer tarafın rıza olarak yorumlayabileceği tek taraflı davranışla ortaya çıkan zımnî tanımayaya eşdeğerdir; *Estoppel* ise engelleme fikriyle bağlantılıdır. Aynı gerekçeler, zararın varlığı dışında, hem kabullenme hem de *Estoppel* ile ilgili olduğundan, iki kavram, tek ve aynı kurumun farklı yönleridir<sup>41</sup>.

Bu iki kavram arasındaki farkın bazen açıkça ortaya konulması gerekir. UAD'nin *Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler Davasında* bu husus şöyle dile getirilmiştir: Bu davada Nikaragua UAD'nin yargı yetkisini kabul etmemesine rağmen ve 38 yıl boyunca bununla ilgili bir beyanda bulunmamıştır. Buna rağmen Divan, Nikaragua'nın USAD'ın yargı yetkisini kabul etmesi ve Divanın yargılama yetkisine ilişkin Deklarasyonunu kabul etmesini gerekçe göstererek yargılama yetkisini kabullendiğini belirtmiştir<sup>42</sup>. Ancak bu görüş bazı yazarlar tarafından kabul edilmemekte; Divanın Nikaragua ile ilgili yargılama yetkisinin bu davada *Estoppel* olarak görülmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>43</sup>. Yine Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin (UDHM) *ARA Libertad Davasında* Karşı oylarında Hakimler Wolfrum ve Cot *Estoppelin* Mahkeme tarafından tespit edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Gana'nın esasa ilişkin savunma yapması Mahkemenin yargılama yetkisinin kabulüne dair

<sup>39</sup> WASS, Jack: "Jurisdiction by Estoppel And Acquiescence In International Courts and Tribunals" *The British Yearbook of International Law*, C. 86, S. 1, 2015, s. 156.

<sup>40</sup> WASS, s. 157.

<sup>41</sup> ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Delimitation of The Maritime Boundary In The Gulf Of Maine Area (Canada/United States of America) Judgment of 12 October 1984 Given By The Chamber Constituted by The Order Made by The Court On 20 January 1982, prg. 130.

<sup>42</sup> ICJ, Reports Of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States Of America) Jurisdiction Of The Court And Admissibility Of The Application Judgment Of 26 November 1984, prg. 39-41.

<sup>43</sup> ROSENNE, S.: *The Law and Practice of the International Court 1920–2005*, C 2, 4. Baskı, 2006, s. 598'den aktaran WASS, 159.

*Estoppel* olduğu belirtilmiştir<sup>44</sup>. Aşağıdaki başlıkta *Estoppel* ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

### **B- Estoppel**

*Estoppel*in de ortaya çıkışı Anglo Amerikan hukuku kaynaklıdır ve *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (kimse kendi hatasından avantaj sağlayamaz) ilkesine dayanır. *Estoppel* uluslararası hukukun genel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir<sup>45</sup>. Uluslararası hukukun genel ilkeleri, UAD Statüsü'nün 38. maddesine göre uluslararası uyumsuzlukların çözümünde başvurulacak asli kaynaklardan birisidir. Kapsamı ve oluşumu bakımından birçok tartışmaya sebep olan ilkelerin tanımı 38. maddede verilmemiştir. Öğretide kabul edilen tanıma göre ise genellikle devletlerin iç hukukunda uygulanan ve uluslararası bir uyumsuzluğun çözümü kapsamında uluslararası alana aktarılmasında mantıksal veya devletlerin değer yargıları bakımından bir engel bulunmayan ve devletlerin ortak değeri olarak kabul edilebilecek kurallardır<sup>46</sup>.

Hukukun genel ilkesi olan *Estoppel* devletlerin "belli bir vaka veya hukuki durum karşısındaki tutumlarında tutarlı" olması zorunluluğunu ifade etmektedir<sup>47</sup>. Bu ilkenin temel amacı iş birliği öngören uluslararası ilişkiler düzeninde istikrar ve öngörülebilirlik sağlamaktır<sup>48</sup>. Bu kapsamda *Estoppel*, bir devletin başka devlet zararına olacak şekilde tutarsız

---

<sup>44</sup> ITLOS, Reports Of Judgments, Advisory Opinions And Orders The "Ara Libertad" Case (Argentina v. Ghana) List Of Cases: No. 20 Provisional Measures Order Of 15 December 2012 Joint Separate Opinion Of Judges Wolfrum And Judge Cot, prg. 51-69.

<sup>45</sup> CRAWFORD, James: Brownlie's Principles of Public International Law, 9. Basım, Oxford 2019, s. 92-93'den aktaran OVCHAR, Alexander: "Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ a Principle Promoting Stability Threatens to Undermine it," Bond Law Review, C. 21, S. 1, 2009, available at: <http://publications.bond.edu.au/blr/vol21/iss1/5>, s. 1.

<sup>46</sup> PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri, Gözden Geçirilmiş 21. Bası, Ankara 2022, s. 118, THIRLWAY, Hugh: The Sources of International Law, Evans, Malcolm D., (Editör), International Law, 2. Bası, Oxford 2006, s. 128. SHAW, Malcolm N.: International Law, Cambridge, 6. Bası, 2008, s. 99.

<sup>47</sup> GÜNEYSU, Gökhan: "Gana ve Fildişi Sahili Arasındaki Deniz Sınırına İlişkin ITLOS Kararı Bağlamında Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Bazı Meseleler", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 13, 2019, s. 219.

<sup>48</sup> OVCHAR, s. 1.



davranmasını engelleyen bir uygulamadır<sup>49</sup>. MacGibbon da farklı zamanlarda gerçekleştirilen tutarsız davranışların devletler arasında güvensizlik yaratan tehlikeli bir uygulama olacağına dikkat çekmektedir<sup>50</sup>.

*Estoppelin* kabul edilebilir olması için üç temel unsura ihtiyacı vardır: (1) *Estoppelin* oluşmasına sebep olan beyanın açık ve şüpheye yer vermeyecek şekilde yapılmış olması, (2) beyanın gönüllü, şartsız ve yetkili bir kişi tarafından verilmiş olması, (3) bir tarafın temsiline diğer tarafın iyi niyetle güvenmiş olması veya temsilde (veya beyanda) bulunan tarafın lehine/yararına veya güvenen karşı tarafın zararına bir sonuç ortaya çıkmış olmasıdır<sup>51</sup>. Yukarıda belirtildiği gibi UDHM'nin 23 Eylül 2017 tarihli Gana ve Fildişi Sahili arasındaki deniz sınırına ilişkin uyuşmazlıkta, Gana *Estoppel* başvurmuştur. Gana'ya göre *Estoppelin* oluşması için üç temel unsurun gerçekleşmiş olması gerekmektedir: (1) Bir devlet tarafından belirli bir durumun ortaya çıkmasına sebep olan davranış veya uygulama (2) diğer devletin böyle bir davranışa iyi niyetle güvenmesi (3) bir devletin bu güven neticesinde zarar görmüş olması<sup>52</sup>. *Bangladeş v. Myanmar Davasında* da UDHM *Estoppel* yönelik şartları değerlendirmektedir. Bu karara göre bir devlet bir davranışıyla ortaya çıkan durumu açıkça kabullendiyse sonrasında o duruma katılmadığını veya o durumu tanımadığını iddia edemez. *Estoppelin* etkisi devletleri bu iddiaları ileri sürmekten menetmek üzerine kuruludur<sup>53</sup>.

*Estoppelin* ortaya çıkma formu ise "tek taraflı irade açıklaması" veya "zımni kabul" şeklinde gerçekleşebilir<sup>54</sup>. İlk durumda geleneksel tek taraflı uluslararası hukuk işleminden bahsetmek mümkündür. *Estoppelin* oluşumu bakımından en önemli tek taraflı irade açıklamalarının "bildirim" ve "tek taraflı söz verme" olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bildirim, "hukuksal sonuçlar doğuracak nitelikte belli bir olayı, bir

<sup>49</sup> RUBIN, Alfred P.: "The International Legal Effects of Unilateral Declarations." American Journal of International Law, C. 71, S. 1, 1977., ss. 19-20.

<sup>50</sup> MACGIBBON, Iain C.: "Estoppel in International Law", Int and Comp L. Q. C. 7, 1958, s. 477'den aktaran WAGNER, Megan L.: "Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice." Calif. L. Rev., C. 74, 1986, s. 1778.

<sup>51</sup> WAGNER, s.1779-1780.

<sup>52</sup> ITLOS, Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Judgment, ITLOS Reports 2017, prg. 230.

<sup>53</sup> ITLOS, Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012, prg. 119-125.

<sup>54</sup> WAGNER, s. 1779-1781.

durumu, bir eylemi ya da bir belgeyi üçüncü kişilerin bilgisine resmen sunma" işlemidir<sup>55</sup>. Tek taraflı söz verme ise "bir uluslararası hukuk kişisinin belli bir konuda belli bir biçimde davranacağını hiçbir karşılık koşulu koymadan ve öteki kişilerce kabul edilmesini aramadan belirten tek taraflı irade açıklamasıdır"<sup>56</sup>. Wagner da devletlerin *Estoppel* oluşturabilecek iki tür tek taraflı hareketinden bahsetmektedir: Tek taraflı vaatle bulunma yani söz verme ve tek taraflı bildirim<sup>57</sup>.

UAD beyanın ancak "açık" ve "tutarlı" olması halinde *Estoppel* oluşturabileceğini kabul etmektedir<sup>58</sup>. Örneğin 1992 tarihli *El Salvador v. Honduras Davasında* Divan *Estoppel* için gerekli şartların varlığını saydıktan sonra Nikaragua'nın çıkarları doğrultusunda körfezin doğasına yönelik görüşlerini ortaya koyduğunu kabul etmiştir. Fakat bu görüşlerin hiçbirinin kabul, tanıma veya bildirim niteliğinde olmadığını başka bir ifade ile *Estoppel* oluşturacak kadar açık ve net ifade edilmediğine karar vermiştir<sup>59</sup>.

*Estoppel*in oluşumu bakımından birçok tartışmaya sebep olan zımni kabul ise yine muhatap devletin sessiz ve tepkisiz kalması üzerine kuruludur. Zira *Estoppel* bir devletin başka bir devletin beyan veya uygulamalarına sessiz kalması halinde de ortaya çıkabilir. Buna göre *Estoppel*in oluşmasına sebep olabilecek uygulamalara veya beyana sessiz kalarak diğer devlette güven yaratan devlet, güvenen devlet aleyhine veya zararına bir sonuç yaratacak şekilde bu durumdan dönemeyecektir. UAD de sessizliğin *Estoppel* oluşturabileceğini kabul etmektedir fakat sessizliğin hangi koşullarda *Estoppel* oluşturabileceği konusundaki kararlarının tutarlı olduğunu belirtmek güçtür<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, 2022, s. 128.

<sup>56</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, 2022, s. 133.

<sup>57</sup> WAGNER, s. 1779-1781.

<sup>58</sup> ICJ, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1998, s. 303.

<sup>59</sup> ICJ, Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application to Zntewene, Judgment, I.C.J. Reports 1990, s. 118, prg. 63. Aynı nitelikteki diğer kararlar için bkz: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, s. 415., ICJ, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1998, s. 303.

<sup>60</sup> OVCHAR, s. 8. Çalışmanın devamında UAD'nin çelişkili kararlarının bazılarını yer verilecektir.

Divan kararlarında olduğu gibi literatürde de hangi koşullarda sessizliğin *Estoppel* oluşturacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. *Tapınak Davasında* karşı görüş veren Hakim Alfaro *Estoppeli* oldukça temel öneme sahip bir ilke olarak yorumlamaktadır. Bunun temelini iyi niyet ilkesine dayandırmaktadır<sup>61</sup>. *Estoppel* herhangi bir hukuki meselede tarafların haklarını ve yükümlülüklerini doğrudan etkileme gücüne de sahiptir. Bu nedenle devletler arasında ortaya çıkan hukuki anlaşmazlıklarda, devletlerin haklarını ve yükümlülüklerini doğrudan *Estoppel* çerçevesinde sonuca bağlamak mümkündür<sup>62</sup>. Bu kapsamda Hakim Alfaro sessizliğin tek başına *Estoppel* oluşturma gücünün varlığını kabul eder. Buna göre bir devletin uygulamasına sessiz kalan devlet bu uygulamaya karşı çıkma hakkını kaybeder<sup>63</sup>. Sessiz kalmak suretiyle kabullenme hukuki bir norm gibi hüküm doğurur. Buna göre sessizliğin tek başına *Estoppeli* oluşturmaması kesindir ve aksi kanıtlanamaz<sup>64</sup>.

Diğer görüş ise sessizliğin tek başına *Estoppel* oluşturduğunu kabul etmez ve sessizliğin sürdürüldüğü koşulların ve fiili durumun değerlendirilmesi gerektiğini savunur. Bu görüşe göre sessizlik, sürdürüldüğü koşulların da değerlendirilmesi suretiyle “kabul” veya “rıza” olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle *Estoppel*in oluşması bakımından sessizlik aksi ispat edilebilecek varsayımsal bir kanıttır<sup>65</sup>. *Estoppeli* bu iki görüş üzerinde inceleyen Ovchar, Divan’ın *Estoppel* oluşumu bakımından sessizliği bazen kesin kabul bazen de yalnızca delil olarak kabul ettiğini iddia etmektedir<sup>66</sup>. Zira Divan birçok kararında yalnızca sessiz kalınıp kalınmadığını incelemiş ve sessizliğin koşulları ve nedenleri ile ilgilenmemiştir<sup>67</sup>. Örf ve adet hukuku kurallarının oluşumu bakımından önem arz eden tepki gösterilmesi gereken durumun karşı tarafça bilinip bilinmediği veya sessiz kalınmasının esas gerekçesi ile ilgilenmemiştir.

*Tapınak Davasında* verilen Karara göre de *Estoppel* bir kişinin kendi tutarsızlığından yararlandırılmaması (*allegans contraria non audiendus est*)

<sup>61</sup> ICJ, Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962, I.C. J. Reports 1962, Separate Opinion of Judge Alfaro.

<sup>62</sup> Temple of Preah Vihear, Separate Opinion of Judge Alfaro.

<sup>63</sup> Temple of Preah Vihear, Merits, Separate Opinion of Judge Alfaro.

<sup>64</sup> OVCHAR, s. 12.

<sup>65</sup> Temple of Preah Vihear, Merits, Dissenting Opinion of Judge Spender.

<sup>66</sup> OVCHAR, s. 12.

<sup>67</sup> Detaylı karar analizleri için bkz: OVCHAR, s. 12.

anlamına gelmektedir<sup>68</sup>. Dava konusu Tayland ve Kamboçya arasındaki sınır uyuşmazlığı doğrultusunda Preah Vihear Tapınağı'nın hangi ülke sınırları içinde kaldığıdır. Her iki devlet de tapınağın kendi ülkesi sınırları içinde kaldığı iddiasındadır. Kamboçya bu iddiasını 1907 yılında Tayland'ın talebi üzerine Fransızlar tarafından çizilen haritaya dayandırmaktadır. İlgili harita hiçbir şüpheye yer vermeksizin tapınağı Kamboçya sınırları içinde göstermektedir. Fakat Tayland bu haritaya o dönemde itiraz etmemiş aksine Fransız yetkililere teşekkür etmek suretiyle haritanın örneklerini istemiştir<sup>69</sup>.

Tayland davanın görülmesi sırasında Preah Vihear Tapınağı'nı Kamboçya sınırları içerisinde gösteren haritada maddi hata olduğunu gerekçesiyle haritayı reddetmiştir<sup>70</sup>. Tayland, tapınağın fiilen kendi kontrolünde olması nedeniyle sessiz kaldığını ileri sürmüştür. Zira Tayland'a göre hiçbir zaman kabul edilmeyen bir uygulama için reddetme iradesinin ortaya konulması gereksizdir<sup>71</sup>. Fakat Divan herhangi bir duruma sessiz kalan bir tarafın daha sonrasında bu durumun hukukiliğini sorgulamayacağına hükmetmiştir<sup>72</sup>. Şayet bir taraf kendi tutum ve davranışları ile bir hatanın oluşmasına sebep olmuş ve hatanın sonuçlarını ortadan kaldıracabilecekken kaldırmamış ise artık bunun hata olduğunu ileri sürmesi mümkün değildir zira bu davranışları ile karşı tarafta güven yaratmıştır<sup>73</sup>.

*Tapınak Davasında* karşı görüş veren Hakim Koo, Tayland'ın sessiz kalmasının tek başına rıza olarak değerlendirilemeyeceğini iddia etmektedir. İtiraz edilmesi gereken bir durumda, itiraz edebilecekken sessiz kalan kişi durumu kabul etmiştir yönündeki Roma Hukuku kuralına atıf yapan Koo, bu kuralın Tayland'a uygulanamayacağını ifade etmektedir<sup>74</sup>. Zira Tayland'ın sessiz kalmasının temel gerekçesi fiili olarak egemenlik

<sup>68</sup> Temple of Preah Vihear, Merits, s. 39.

<sup>69</sup> Temple of Preah Vihear, Merits, s. 6, Detaylı bilgi için ayrıca bkz: **AKSAR**, Yusuf: Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 54.

<sup>70</sup> Temple of Preah Vihear, Merits, s. 21.

<sup>71</sup> Temple of Preah Vihear, Merits, s. 35.

<sup>72</sup> Temple of Preah Vihear, Merits. Detaylı bilgi için ayrıca bkz: **SHAW**, International Law, s. 102., **AKSAR**, s. 54.

<sup>73</sup> Temple of Preah Vihear, Merits, s. 6., Detaylı bilgi için ayrıca bkz: **SHAW**, International Law, s. 102., **AKSAR**, s. 54.

<sup>74</sup> Temple of Preah Vihear, Merits, Dissenting Opinion of Judge Koo, prg. 46.

yetkisinin icrasıdır. Bu nedenle sessizliğin tek başına *Estoppel* oluşturması mümkün değildir. Daha da önemlisi Tayland'ın dava konusu tapınak bölgesi üzerinde Kamboçya'nın egemenlik iddiasını açıkça tanıdığına veya kabul ettiğine dair açık bir beyan veya eylemin varlığı ispatlanamamıştır<sup>75</sup>. Mahkemenin aksine Koo, sessizliğin gerekçesi incelenmek sizin tek başına *Estoppel* varmasını kabul etmemektedir.

*Tapınak Davasının* aksine, *Danimarka v. Norveç Davasında* da sessizliğin tek başına *Estoppel* oluşturması kabul edilmemiştir. Dava konusu uyuşmazlık Danimarka'ya ait Grönland adası ile Norveç'e ait Jan Mayen adası arasında toplam kıyı mesafesi 250 deniz mili olmasına rağmen Danimarka'nın Grönland adası için 200 deniz mili MEB ve kıta sahanlığı talebinde bulunmasıdır<sup>76</sup>. Norveç ise eşit uzaklık kuralının uygulanmasını talep etmektedir<sup>77</sup>. Norveç, eşit uzaklık uygulamasının yaklaşık on yıldır devam ettiğini ve Danimarka Hükümetinin genel davranış örüntüsünün kendi hükümetince kabul olarak yorumlandığını bu nedenle Danimarka'nın eşit uzaklık uygulamasını artık sorgulayamayacağını başka bir ifade ile 200 deniz mili balıkçılık bölgesi ve kıta sahanlığı alanının Norveç'e karşı ileri sürülmesinin mümkün olmadığını iddia etmektedir<sup>78</sup>.

Divan bu kararında sessizliğin gerekçesine özel bir hassasiyet göstermiştir<sup>79</sup>. İki devlet arasında gerçekleşen diplomatik müzakere sonuçlarını inceleyen Divan, eşit uzaklık uygulamasının Norveç tarafından gündeme getirildiğini ve Danimarka'nın bu yönde bir uygulamayı kabul edilemez bulduğunu müzakere görüşmelerinden çıkarmaktadır.<sup>80</sup> Divana göre, Danimarka'nın sessiz kalmasının sebebi, sınırları tartışmalı olan deniz alanlarının kesin bir şekilde belirlenmesine kadar durumun

<sup>75</sup> Temple of Preah Vihear, Merits, Dissenting Opinion of Judge Koo, prg. 46.

<sup>76</sup> ICJ, Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993.

<sup>77</sup> ICJ, Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993, prg. 33.

<sup>78</sup> ICJ, Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993, prg. 33.

<sup>79</sup> ICJ, Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993, prg. 36.

<sup>80</sup> ICJ, Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993, prg. 36.

kötüleşmesini engellemektir<sup>81</sup>. Danimarka Hükümeti, endişeleri nedeniyle sınırlandırma konusunun gündeme gelmesini o dönemde uygun bulmamıştır<sup>82</sup>. Ovchar'ın da ifade ettiği üzere Divan, dava konusu bu uyuşmazlıkta sessizliğe tek başına hukuki bir sonuç bağlamamıştır<sup>83</sup>.

Sonuç olarak *Estoppel*in oluşumu bakımından sessizliğin nasıl yorumlanacağı başka bir ifade ile sessizliğin *Estoppel* oluşturması için gerekli olan diğer koşullarının neler olduğu belirsizdir. Kanaatimizce sessizliğin tek başına *Estoppel* oluşturduğunu kabul etmek ilkenin ruhuna aykırıdır. Güven üzerine kurulu bu ilkenin oluşumunda yalnızca sessizliğe odaklanıp diğer öznel koşulların değerlendirilmemesi sessiz kalan devlet aleyhine aşırı bir çıkarım olacaktır. Bu nedenle *Estoppel*in oluşumu bakımından sessizliğin değerlendirilmesinde de ilgili tüm sebeplerin incelenmesi yerinde bir uygulama olacaktır.

#### C- Zamanaşımı (*Prescription*)

Kabullenme ve *Estoppel* kavramlarıyla ilişkili bir diğer kavram ise zamanaşımıdır (*prescription*). Bu kavram eşya hukukuna dayanmaktadır. Aslında özel hukuka ait olan bu kurumun uluslararası hukukta kullanılması uluslararası düzenin korunması ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Zamanaşımının hak düşürücü (*extinctive*) ve kazandırıcı (*acquisitive*) zamanaşımı olmak üzere türleri vardır. Hak düşürücü zamanaşımı "*hakım varlığını ortadan kaldırır.*"<sup>84</sup> Kazandırıcı zamanaşımından ise "*uzunca süre devam eden ve itiraza uğramayan zilyetliğe dayanarak hak kazanılması anlaşılır. Bir kimse kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmazı edinirken, önceki hak sahibi hakkını kaybeder.*"<sup>85</sup>

Ayrım yapılması gereken nokta kazandırıcı zamanaşımının farklarındadır. Kazandırıcı zamanaşımı hatırlanamayacak kadar uzun zamandır elde bulundurma (*immemorial possession*)<sup>86</sup> ve Roma hukukuna

<sup>81</sup> ICJ, Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993, prg. 35.

<sup>82</sup> ICJ, Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993, prg. 35.

<sup>83</sup> OVCHAR, s. 17.

<sup>84</sup> ERTAŞ, Şeref: "Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3093.

<sup>85</sup> ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, 2006 Ankara, s. 315.

<sup>86</sup> GROTIUS, Hugo (Çeviren Meray, Seha L.): Savaş ve Barış Hukuku, İstanbul 2011, s. 104-105.

dayanan müruruzaman<sup>87</sup> (*usucapio*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Uzun zamandır elde bulundurmada mülkiyetin hukuki yollarla mı yoksa hukuka aykırı bir şekilde mi elde edildiği bilinmemektedir ve çok uzun zamandır zilyetlik devam ettiği için bunun önemi de kalmamıştır. Roma hukukunda müruruzaman ile mülkiyetin kazanılması için belli şartların bir arada bulunması gerekir. Bunlar: (1) Mülkiyetin zamanışı ile kazanımına uygun bir şey (*res habilis*) (2) kusurlu bir tapu da olsa, satış, hediye veya miras gibi bir tür tapu (*justus titulus*) (3) iyi niyet (*fides*) (4) zilyetlik (*possessio*), fiziksel kontrol (*corpus*) ve malik olma niyetiyle elde bulundurma (*animus*) ve (5) zilyetliğin belli bir süre devam etmesi (*tempus*)<sup>88</sup>.

Müruruzaman yolu ile kazanımda bir hata olduğu bellidir ve zamanışı yolu ile hatanın düzeltilmesi amaçlanmaktadır. Uluslararası toplumun devamı adına hukuk, fiilen var olan duruma makul koşullar altında onay vermelidir. Bunun uluslararası hukuktaki kabulü ise tartışmalıdır. Martens, River ve Louter tarafından *hatırlanamayacak kadar uzun zamandır elde bulundurma* yoluyla kazanım kabul edilmesine rağmen müruruzamanın uluslararası hukuktaki varlığı reddedilmektedir.<sup>89</sup> Ayrıca Grotius ve Vasquez'in bu husustaki görüşlerine bakıldığında da müruruzamanın medeni hukuka ilişkin bir kavram olduğunu ve bunun uluslararası hukukta kabul edilmediğini görmekteyiz.<sup>90</sup> Özellikle yukarıda belirtilen iyi niyet şartının devletler için ispatlanmasının zorluğu ve bunun gerçekten müruruzaman ile kazanmada koşul olarak gerekip gerekmediği üzerinde durulmakta ve müruruzaman ile kazanım, iyi niyet ile kazanım ve kötü niyet ile kazanım olarak ikiye ayrılmaktadır.

Kazandırıcı zamanışı hususu uluslararası yargı kararlarına da konu olmuştur. 1897 yılında İngiliz Guyanası ve Venezuela arasında çıkan uyuşmazlık nedeniyle Birleşik Krallık ve ABD arasında Hakem Sözleşmesi imzalanmıştır. Andlaşmaya göre bir yerin elli yıl boyunca siyasi kontrolünün yanı sıra, buraya fiili olarak da yerleşmesi ve burada özel kişilere tapu verilmesi kazandırıcı zamanışı olarak

<sup>87</sup> Müruruzaman, zamanın geçişi, akışı anlamına gelir. Bkz: TDK, <https://soz-luk.gov.tr/> (16.03.2024).

<sup>88</sup> JOHNSON, D. H. N.: "Acquisitive Prescription in International Law", British Year Book of International Law, C. 27, 1950, s. 334-335.

<sup>89</sup> Aktaran JOHNSON, s. 333.

<sup>90</sup> GROTIUS, s. 100.

değerlendirilmiştir<sup>91</sup>. Ancak 1899 tarihli Kararda kazandırıcı zamanaşımına pek değinilmemiştir<sup>92</sup>.

Bu hususun tartışıldığı bir diğer Hakem Kararı ise Meksika ve ABD arasındaki 1910-11 yılları arasındaki *Chamizal Tahkimidir*<sup>93</sup>. Amerika'nın kesintisiz ve uzun süreli zilyetliği nedeniyle zamanaşımı ile kazanma iddiası olsa da bunun itirazsız ve kesintisiz olmaması sebebiyle iddiası reddedilmiştir<sup>94</sup>.

Zamanaşımıyla kazanıma ilişkin en önemli dava ise 1928 tarihli *Palmas Adası Davası*dır. Bu davada Hakem adanın Hollanda'ya mı Amerika'ya mı ait olduğuna ilişkin karar vermeliydi. Hakem, Hollanda'nın egemenliğinin sürekli ve barışçıl bir şekilde sergilenmesi ve ABD'nin sessiz kalması nedeniyle Hollanda lehine karar vermiştir<sup>95</sup>. Ancak bu gerekçelerden hangisinin daha önemli olduğunu veya tek başına yeterli olup olmayacağı belirtilmemiştir. Bu nedenle bunların eşit öneme sahip olduğu varsayılmalıdır.

Zamanaşımı ile toprak kazanılması iç hukukun ilkesi olarak kabul edilmekte ve bu sadece belli koşulların varlığı halinde uluslararası hukukta kabul görmektedir. Her şeyden önce zamanaşımı ile kazanıldığı iddia edilen yerin başka bir devlete ait olmaması gerekir. Eğer iddia sahibi devlet, o yerde başka bir devletin hak sahipliğini daha önce kabul etmişse bu yolla toprak kazanılması mümkün değildir. 1878'i takip eden dönemde Büyük Britanya'nın Kıbrıs üzerinde zamanaşımı yoluyla ülke kazanması imkânsızdı; zira 4 Haziran 1878'de İstanbul'da imzalanan İngiliz-Osmanlı Andlaşmasına göre Büyük Britanya, Osmanlı'nın Kıbrıs üzerinde devam eden egemenliğini tanımıştı<sup>96</sup>. Benzer durum Bosna-Hersek

<sup>91</sup> Treaty of Arbitration between Great Britain and the United States of Venezuela Washington D.C., 2 February 1897, Rules (a).

<sup>92</sup> ICJ, Reports of International Arbitral Awards, Award regarding the Boundary between the Colony of British Guiana and the United States of Venezuela 3 October 1899 VOLUME XXVIII ss. 331-340.

<sup>93</sup> ICJ, Reports of International Arbitral Awards, The Chamizal Case (Mexico, United States) 15 June 1911 Volume XI s. 309-347.

<sup>94</sup> ICJ, Reports of International Arbitral Awards, The Chamizal Case (Mexico, United States), s. 328.

<sup>95</sup> ICJ, Reports of International Arbitral Awards, Island of Palmas case (Netherlands, USA) 4 April 1928 VOLUME II, s. 871.

<sup>96</sup> Convention of Defensive Alliance Between Great Britain and Turkey with Respect of the Asiatic Provinces of Turkey. Signed at Constantinople, 4th June 1878.



için de geçerlidir. Avusturya-Macaristan bu bölgenin kendisine ait olduğunu iddia edemedi; çünkü 1878 Berlin Andlaşması ile Osmanlı'nın egemenliği kabul edilmişti<sup>97</sup>. Dolayısıyla egemenliğin başka bir devlete ait olduğunun açıkça kabul edildiği durumlarda fiili egemenlik ne kadar uzun sürerse sürsün zamanaşımı ile kazanım mümkün değildir<sup>98</sup>.

İkinci olarak zamanaşımı ile kazanımın mümkün olması için iddia eden devletin egemenliğinin bulunması<sup>99</sup> ve bunun barışçıl ve uzun süreli olmasıdır. Devletin iddia ettiği yerdeki varlığına diğer devletler tarafından itiraz edilmesi durumunda bu koşul yerine getirilmemiş sayılır. Bu husus yukarıda adı geçen *Palmas Adası Davası*nda açıkça vurgulanmıştır<sup>100</sup>. Ayrıca buradaki varlığın uluslararası toplum tarafından açıkça biliniyor olması gerekir. Aksi takdirde bir itirazın yokluğunun ileri sürülmesi mümkün değildir.

Kazandırıcı zamanaşımı için belli bir sürenin geçmiş olması gerekir. Her ne kadar Birleşik Krallık ve Amerika arasındaki Hakem Andlaşmasında bu husus 50 yıl olarak kararlaştırılmış olsa da bu sürenin uzunluğunun ne kadar olması gerektiğine ilişkin fikir birliği bulunmamaktadır; her olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Sonuç olarak kazandırıcı zamanaşımı, uluslararası hukuka göre bir devletin karada veya denizde egemenlik hakkını kullanması ve o devletin söz konusu alan üzerinde belirli bir süre boyunca otoritesini sürekli, kesintisiz ve barışçıl bir şekilde kullanması durumuna bağlıdır.

#### D- Zımnî Andlaşma (*Tacit Agreement*)

Zımnî andlaşma (*tacit agreement*) ile kabullenme birbirine çok benzese de zımnî andlaşmanın aktif bir sözleşme kabullenmenin ise pasif bir sözleşme yapısında olduğu belirtilmektedir<sup>101</sup>. Zımnî andlaşma 16 yy da Grotius'un eserinde de yer bulmuştur. Javolenus gerek kamusal sözleşmelerde gerekse özel sözleşmelerde zımnî andlaşma imkanı olduğunu

<sup>97</sup> Treaty between Great Britain, Germany, Austria, France, Italy, Russia, and Turkey for the Settlement of Affairs in the East: Signed at Berlin, July 13, 1878, m. 25.

<sup>98</sup> CRAWFORD, James: *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9. Basım, Oxford 2019, s. 222.

<sup>99</sup> SHAW, *Uluslararası Hukuk*, s. 371.

<sup>100</sup> ICJ, *Reports of International Arbitral Awards*, Island of Palmas case (Netherlands, USA) 4 April 1928 VOLUME II, s. 857.

<sup>101</sup> ANTUNES, Nuno Sérgio Marques: *Oxford Public International Law Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*, 2006, s. 6.

belirtmiştir<sup>102</sup>. Yazılı andlaşmalar dışında bazı işaretlerle ya da davranışlarla da zımni andlaşma kurulabilir. Buna özellikle ateşkes talebini sembolize eden beyaz bayrak örnek olarak gösterilebilir. Bu tarz işaretlerle sözsüz/zımni andlaşma kurulması Antik çağlara kadar dayanmaktadır, Makedonya’da kargıları havaya kaldırmak Romalılarda zeytin ağacı uzatmak gibi.

Elçilerin dokunulmazlığı ile ilgili de 16 yy da zımni andlaşma yapılmaktaydı. Kendisine elçi gönderilmesini kabul eden devlet, elçinin dokunulmazlığına ilişkin bir andlaşma varmış gibi davranmak zorundaydı<sup>103</sup>.

Zımni andlaşma devletlerin ardıllığı konusunda iki taraflı andlaşmaların devam etmesi durumunda da kabul edilir. Özellikle sömürge sonrası bağımsızlığını ilan eden devletlerin sömürgeci devlet ile başka bir devlet arasında yaptığı andlaşmayı devam ettirmesi durumunda yeni devletle zımni bir andlaşma kurulduğu kabul edilmektedir<sup>104</sup>.

1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde (VAHS) de andlaşmaların yazılı andlaşmalarla sınırlı olmayacağı belirtilmiştir<sup>105</sup>. Ancak yazılı olmayan andlaşmaların ispatının çok zor olması nedeniyle bu andlaşmalar VAHS’nin konusu dışında bırakılmıştır<sup>106</sup>. Ancak VAHS zımni andlaşmaları düzenlemese bile bunları reddetmemektedir; nitekim bu husus 1966 tarihli Taslak Maddelerin yorumlarında ele alınmıştır<sup>107</sup>.

Zımni andlaşmalar da aslında diğer yazılı andlaşmalar gibi tarafların iradesi ile kurulur. Ancak buradaki güçlük andlaşmanın varlığının ispatındadır. Nitekim *Nikaragua v. Honduras Davasında* zımni andlaşmanın ispatı için sıkı bir delil rejimi (*a stringent evidentiary regime*) gerekir denmiştir<sup>108</sup>. Ancak katı bir ispat rejimi ile kastedilen delillendirme derecesi

---

<sup>102</sup> GROTIVS, s. 373.

<sup>103</sup> GROTIVS, s. 169.

<sup>104</sup> SHAW, Uluslararası Hukuk, s. 708.

<sup>105</sup> Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 1969, md. 2-3.

<sup>106</sup> D’ASPROMONT, Jean: “The International Court of Justice and Tacit Conventionality”, QIL, C. 18, 2015, s. 5.

<sup>107</sup> ILC, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966, Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, s. 190.

<sup>108</sup> ICJ, International Court Of Justice Reports Of Judgments, Advisory Opinions And Orders Case Concerning Territorial And Maritime Dispute Between Nicaragua And

açık değildir. Hatta *Peru v. Şili Davasında* Divan bunun da ilerisine giderek ispat standartını yükseltmek konusunu iyice güçleştirmiştir. Öyle ki bu husus *legal cementing* (delillendirmenin çok sıkı bir şekilde yapılması) diye ifade edilmektedir<sup>109</sup>. *Peru v. Şili Davasında* yazılı materyaller yardımcı delil olarak kullanılmış; taraflar arasında akdedilmiş dört yazılı sözleşme incelenerek zımni andlaşmanın ruhu (*animus contrahendi*) ispat edilmeye çalışılmıştır<sup>110</sup>.

Bazı yazarlar ise zımni andlaşmanın varlığını reddetmektedirler. Cassese zımni andlaşma diye ifade edilen durumun geleneksel örf ve adet hukuku kuralından farksız olduğunu belirtmektedir. Örf ve adet hukuku kurallarına itiraz etmeyen devletler bununla bağlı sayılır ya da örneğin denize kıyısı olan devletler arasında oluşturulan örf ve adet hukuku kuralları kıyısı olmayanları da bağlar, zımni andlaşma diye ifade edilen durumun da tam olarak buna karşılık geldiğini belirtmektedir<sup>111</sup>.

Kelsen'e göre de zımni andlaşma yoktur, *opinio juris* oluşması ve bunun devlet davranışlarıyla da onaylanması ile uluslararası hukukun bağımsız kaynaklarından olan uluslararası örf ve adet hukuku oluşur. Bunu andlaşma olarak tanımlamaya gerek yoktur. Üstelik örf ve adet hukuku kuralı ile devletlerin bağlı olduğunu ispatlamak için tek tek devletlerin iradesinin incelenmesine gerek yokken zımni andlaşmada böyle bir delillendirme istenmektedir. Bu nedenle aslında zımni andlaşmanın politik kurgu (*political fiction*) olduğunu belirtmektedir<sup>112</sup>. Clapham da Kelsen'e benzer ifadeler kullanarak bunun bir kurgu olduğunu ve zımni andlaşmaların hukuk felsefesi bakımından temellendirilmesinin zor olduğunu belirtmiştir<sup>113</sup>.

Ayrıca uluslararası toplumun geneli tarafından kabul edilen bir kuralın uluslararası kamu hukuku kuralı haline gelmesi de Batı merkezli

---

Honduras In The Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras) Judgment of 8 October 2007, prg. 248.

<sup>109</sup> D'ASPREMONT, s. 10-11.

<sup>110</sup> ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Maritime Dispute (Peru v. Chile) Judgment of 27 January 2014, s. 24-151.

<sup>111</sup> CASSESE, Antonio: International Law, 2. Baskı, OUP, Oxford 2005, s. 153-162'den aktaran LARSSON, Thomas: Customary International Law Developments Towards A Non-Consensual Source Of International Law?, Uppsala Universitet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uppsala 2014, s. 44.

<sup>112</sup> Aktaran LARSSON, s. 45.

<sup>113</sup> LARSSON, s. 45.

uluslararası hukuk literatürü tarafından desteklenmektedir<sup>114</sup>. Dolayısıyla girişte bahsettiğimiz sessizliğin uluslararası hukukta yer edinmesi ile örf ve adet hukuku kurallarının kaynak haline gelmesinin çıkış noktası aynıdır.

## II- ULUSLARARASI ÖRF VE ADET HUKUKU KURALLARININ OLUŞUMUNDA SESSİZLİK

### A. Örf ve Adet Hukuku Kurallarının Unsurları ve Türleri

Bir örf ve adet hukuku kuralının oluşumu veya başka devletlere karşı ileri sürülmesi açısından “sessiz kalmanın” hukuki sonuçları birçok farklı dinamiği içinde barındıran oldukça karmaşık bir konudur. Sessiz kalmanın sonuçlarının doğru yorumlanabilmesi için ortaya çıkan yapılaşmış kuralının yerel/bölgesel ve genel/evrensel nitelikte olup olmadığı, hangi devletlerin irade beyanında bulunma yükümlülüğünün olduğu ya da her devletin rızasının aranıp aranmadığı, sessiz kalmanın farklı durumlarda farklı sonuçlar doğurup doğurmadığı, ısrarlı itirazın her devlet bakımından zorunlu olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu kapsamda öncelikle örf ve adet hukukunun tanımı, unsurları ve türleri üzerinde durulacaktır. Devamında ise sessiz kalmanın hukuki sonuçları yerel/bölgesel-genel/evrensel örf ve adet hukuku kuralları bakımından mahkeme ve hakem kararları ışığında değerlendirilecektir.

UAD Statüsü’nün 38. maddesine göre uluslararası örf ve adet, uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak uluslararası hukuk kaynakları arasında yer almaktadır. Statü örf ve adet hukuku kuralını “hukuk kuralı olarak kabul edilen bir genel uygulamanın kanıtı” olarak kabul etmektedir. UHK’nin 1950 tarihli Raporuna göre uluslararası örf ve adet hukuku kuralının ortaya çıkması için bazı zorunlu kriterler bulunmaktadır. Buna göre bir örf ve adet kuralının oluşumu; uluslararası ilişkiler alanına giren herhangi bir konuda birçok devletin aynı yönde ve “uyumlu uygulamalarına”, günümüz açısından tartışmalı olsa da uygulamanın “uzun süre devam ettirilmesi ve tekrarlanması”,<sup>115</sup>

<sup>114</sup> TUNKIN, G. I.: “Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law”, Calif. L. Rev., C. 49, 1961, s. 427.

<sup>115</sup> Günümüzde de aynı kriterlerin arandığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Ancak ikinci kriter olarak aranan uygulamanın uzun süre devam ettirilmesi kısıtı yerini uygulamanın “istikrarlı” olmasına bırakmıştır. UAD 1969 tarihli Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği kararında; kısa sürenin geçmesinin örf ve adet hukuku kuralının oluşumuna engel teşkil etmediğini ancak çıkarları özel olarak etkilenen tüm ilgili devlet uygulamalarının sık ve istikrarlı olması gerektiğine karar vermiştir. ICJ, North Sea

uygulamanın var olan uluslararası hukuk bakımından “tutarlı ve gerekli olmasına” ve son olarak uygulama bakımından diğer “devletlerin genel rızasına” bağlıdır<sup>116</sup>. Buna göre uluslararası örf ve adet hukuku kuralları, uluslararası hukuk sükelerinin<sup>117</sup> yerine getirilmesini hukuki bir zorunluluk gibi hissettikleri (*opinio juris*) ve istikrarlı bir şekilde takip ettikleri uygulamalardır<sup>118</sup>.

Örf ve adet hukuku kurallarının oluşumu bakımından maddi ve manevi olmak üzere iki öğenin varlığı aranmaktadır. Maddi öğe aynı durumlarda aynı davranış ve tutumların sık ve istikrarlı tekrarlanması ifade etmektedir<sup>119</sup>. Örf ve adet hukukunun oluşumunda önemli olan kısa bir süre içerisinde gerçekleşse bile uygulamanın tutarlı ve istikrarlı olmasıdır. Söz konusu bu davranışların olumlu veya olumsuz şekilde tezahür etmesi de mümkündür. Yani örf ve adeti oluşturacak olan tutum ve davranışlar “bir şeyi yapmak”, “yapılmasına karşı çıkmak” veya “yapılmasına karşı çıkmamak” biçiminde gerçekleşebilir<sup>120</sup>.

Genellikle hukuki bir görüş olarak anılan *opinio juris*, manevi unsur veya psikolojik unsur, “söz konusu davranışın isteğe bağlı değil zorunlu olduğuna dair devletlerin sahip olduğu öznel kanaattir”<sup>121</sup>. Bu nedenle, herhangi bir davranış veya uygulamanın örf ve adet hukuku kuralı oluşturup oluşturmadığının her iki öğe bakımından da kontrol edilmesi gerekmektedir. UAD de kararlarında bu iki öğenin birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğunu kabul etmektedir. Divana göre uluslararası örf ve adet

---

Continental Shelf Cases (Federal Republic Of Germany / Denmark; Federal Republic of Germany / Netherlands) Judgment, I.C.J. Reports 1969, prg. 74.

<sup>116</sup> Yearbook of the International Law Commission 1950, Documents of the Second Session Including the Report of the Commission to the General Assembly, [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1950\\_v2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf), s. 26.

<sup>117</sup> Örf ve adet hukukunun oluşumunu sağlayacak olan davranışlar öncelikle devletlerin davranışlarından oluşmaktadır. Ancak uluslararası örgütler, uluslararası yargı ve hakemlik kararları da çeşitli örf ve adet hukuku kuralının oluşmasına katkıda bulunmuştur.

<sup>118</sup> SHAW, International Law, ss. 72-88.

<sup>119</sup> HILLIER, T.: Sourcebook on Public International Law, 1998, s. 66.

<sup>120</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, 2022, s. 109.

<sup>121</sup> HILLIER, s. 66. Brigitte ise *opinio juris*'in uluslararası toplumun baskın ideolojisini temsil ettiğini eleştirel bir dille ifade etmektedir. Zira bu normların oluşması özellikle bazı devletler tarafından istenilmektedir. Diğer bazı devletler ise bu oluşuma yalnızca boyun eğmekte veya katlanmaktadır. STERN, Brigitte: "Custom at the Heart of International Law", Duke J. Comp. & Int'l L., C. 11, 2001, s. 108.

hukukundan söz edebilmek için genel olarak kabul edilen bir uygulamanın varlığı tek başına yeterli olmayıp böyle bir uygulamanın zorunlu olduğuna dair inancın varlığı da (*opinio juris*) gereklidir<sup>122</sup>. Zira *opinio juris*, sayısız diyebileceğimiz devlet işlem ve eylemlerinin hangilerine hukuki sonuç bağlanacağını tespit eden bir unsurdur<sup>123</sup>. Buna göre örf ve adet hukuku “eylem” ve “algıdan” oluşan iki temel bileşene sahiptir<sup>124</sup>.

Örf ve adet hukuku kuralları, uygulama alanları ve bağlayıcılıkları bakımından genel/evrensel ve yerel/bölgesel olmak üzere iki ana katedride incelenmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz üzere UAD Statüsünün 38. maddesi örf ve adet hukuku kuralını genel bir uygulamanın kanıtı olarak tanımlamıştır. Fakat bu tanım hem örf ve adet hukuku kuralının nasıl oluştuğuna dair bilgi vermemesi hem de “genel” teriminin neyi nitelediğinin belirsiz olması nedeniyle eleştirilmiştir.<sup>125</sup> Öktem’e göre genel olan “uygulama”dır<sup>126</sup>. Ayrıca genel sıfatı “mekan” değil “zaman” için de kullanılmış olabilir<sup>127</sup>. Sur da aynı hususu değerlendirme konusu yaparak “genellik” sıfatının “bütün devletleri” mi yoksa uygulamanın “evrenselliğini” mi nitelediğini sorgulamaktadır<sup>128</sup>. Madde metninden bölgesel/yerel örf ve adet hukuk kuralının kabul edilemeyeceği gibi bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. Kaldı ki bölgesel/yerel örf ve adet hukuk

<sup>122</sup> ICJ, North Sea Continental Shelf Cases, Judgment, prg. 77., See also ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, s. 109; ICJ, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, prg. 55. *Opino juris*, “muhtelif durumlarda muhtelif davranış biçimlerinin hukuki anlam ve önemi hususunda devletlerin müşterek anlayışlarını temsil etmekle yaygın konsensüsü yansıtır”. ÖKTEM, Emre: Uluslararası Teamül Hukuku, İstanbul 2013, s. 106.

<sup>123</sup> D’AMATO, Anthony: “Trashing Customary International Law”, American Journal of International Law, C. 81, S. 1, ss. 101-105’den aktaran ÖKTEM, s. 106.

<sup>124</sup> Daha detaylı bilgi için bkz: ILC, ‘Third Report on identification of customary international law’ Third Report of Special Rapporteur Michael Wood, Sixty-seventh Session, A/CN.4/682, 2015, s. 5.

<sup>125</sup> ÖKTEM, s. 78., SUR, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 15. Baskı, İstanbul 2023, s. 84.

<sup>126</sup> ÖKTEM, s. 78.

<sup>127</sup> ÖKTEM, s. 78.

<sup>128</sup> SUR, s. 84. Ayrıca bkz: WRIGHT, Quincy.: “Custom as a Basis For International Law in The Post-War World.” Tex. Int’l LF, C. 2, 1966, s. 147.

kurallarının varlığı tartışma konusu yapılmamıştır<sup>129</sup>. Bu nedenle genel sıfatının mekandan ziyade uygulamaya yönelik olduğu kabul edilmelidir.

Herhangi bir devlet uygulamasının dünyanın değişik bölgelerine yayılması ve diğer devletlerin bu uygulamayı kabul etmesi halinde “genel” bir örf ve adet hukuku kuralının varlığından söz edilebilir<sup>130</sup>. Bu genel uygulamanın örf ve adet hukuku kuralı haline gelebilmesi için ısrarlı ve istikrarlı bir şekilde ve belirli bir süre boyunca uygulanması gerekir<sup>131</sup>. Bölgesel/yerel örf ve adet hukuku kuralları ise genel örf ve adet hukuku kurallarının istisnası olarak kabul edilmektedir. Zira bölgesel/yerel örf ve adet hukuku kuralları yalnızca o bölge içerisinde olan devletler bakımından bağlayıcı olacaktır. Bölgesel teriminden yalnızca coğrafi bir sınırlama değil, “tarihi, etnik, kültürel, ideolojik ve hatta dini benzerlikler gösteren, hatta ilgili teamül kuralının sağladığı menfaatten başka paylaşacak şeyleri olmayan devletler arasındaki ilişkiler bütünü söz konusu olabilir”<sup>132</sup>.

Villiger da bölgesel örf ve adet ve bölgesel olmayan “özel” örf ve adet hukuku kurallarını ikiye ayırmak suretiyle değerlendirmiştir. Bölgesel olanı coğrafi bölge ile sınırlamasına rağmen bölgesel olmayan özel örf ve adet hukuku kurallarının sosyo-ekonomik veya ideolojik çıkarları paylaşan devletler arasında ortaya çıkabileceğini ifade etmektedir<sup>133</sup>. Villiger ikinci kategoride mekânsal sınırların ötesinde bir kategorinin varlığını kabul etmektedir. Kanaatimizce de örf ve adet hukuku kurallarını genel/evrensel ve özel örf ve adet hukuku kuralları şeklinde kategorize etmek daha uygun olacaktır. Zira bölgesel veya yerel örf ve adet hukuku

<sup>129</sup> ÖKTEM, s. 66.

<sup>130</sup> SUR, s. 85.

<sup>131</sup> KIRDIM, Şahin Eray, DEMİRKOL, Atahan: “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Bir Kaynağı Olarak Uluslararası Örf ve Âdet Hukuku”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 4, 2021, s.386. ICJ, North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic Of Germany / Denmark; Federal Republic of Germany / Netherlands) Judgment, I.C.J. Reports 1969, prg. 74.

<sup>132</sup> ÖKTEM, s.66. AKEHURST, Michael: Custom as a Source of International Law, Koskeniemi, Martti, (Editör), Sources of International Law, Routledge 2017, ss. 251-303. Örneğin bazı uygulamalar yalnızca kapitalist devletler arasında, bazıları komünist devletler veya İngiliz Milletler Topluluğu'ndaki devletler arasında ortaya çıkabilir. AKEHURST, 251-303.

<sup>133</sup> VILLIGER, Mark Eugen: “Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations, with Special Consideration of The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties” C. 7, Brill, 1985, s. 33.

kuralları genellikle belirli bir mekâna veya alana yönelik olması nedeniyle dar bir kapsama sahiptir. Ancak bazı örf ve adet hukuku kuralları ne genel örf ve adet kategorisinde ne de -aynı coğrafi bölgede olmamaları nedeniyle- bölgesel örf ve adet kategorisindedir. İngiliz Milletler Topluluğu ülkeleri gibi arasında ortaya çıkan örf ve adet hukuku kuralı<sup>134</sup> veya Budist örf ve adet hukuku kuralı gibi<sup>135</sup>. Bu tür örf ve adet hukuku kurallarını tanımlamak üzere “özel örf ve adet” terimi kullanılmalıdır. Özel örf ve adet terimi bölgesel/yerel nitelikteki örf ve adet hukuku kurallarını da kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır.<sup>136</sup>

### B. Uluslararası Örf ve Adet Hukuku Kurallarının Oluşumunda Sessizliğin Anlamı

Yerel/bölgesel ve genel/evrensel örf ve adet hukuku kurallarının oluşumu bakımından iki ana süreç bulunmaktadır. Bu sürecin bir tarafında bir hakkın iddiası diğer tarafında ise bu iddiaya onay verme veya razı olma süreci bulunmaktadır<sup>137</sup>. Shaw’a göre de örf ve adet hukuku kuralının oluşumunun bir tarafında bir hak iddiasında bulunan devlet diğer tarafında ise bu iddiayı protesto etmeyen veya sessiz kalmak suretiyle kabul eden devletler bulunmaktadır<sup>138</sup>. Thirlway de örf ve adet kurallarının oluşum sürecini bir tür zımni andlaşma (*pactum tacitum*) olarak değerlendirmektedir<sup>139</sup>.

Sessiz kalma uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının oluşumu bakımından eylemsizlik kategorilerinden birini oluşturmaktadır. Eylemsizlik; pasif uygulamaları, eylem yapmaktan kaçınmayı ve ihmali kapsar.

<sup>134</sup> AKEHURST, 251-303.

<sup>135</sup> Temple of Preah Vihear, Merits, s. 6

<sup>136</sup> AKEHURST, 251-303.

<sup>137</sup> MACGIBBON, Iain C.: "Customary International Law and Acquiescence." Brit. YB Int'l L., C. 33, 1957, s. 117.

<sup>138</sup> SHAW, International Law, s. 70-71.

<sup>139</sup> THIRLWAY, s. 121. Uluslararası örf ve adet kurallarının devletler arasında gerçekleşen zımni bir andlaşma olduğu yönündeki tanımlamalar Kelsen tarafından eleştirilmiştir. Kelsen’e göre, devletlerin zımni olarak bir örf ve adet hukuku kuralını kabul etmesi egemen devlet teorisine göre mümkün değildir. Bu nedenle Kelsen uluslararası hukukun oluşturulması bakımından “zımni uluslararası andlaşmalar” bir araç olarak kabul etmez. KELSEN, Hans: Thborie du droit international coutumier, Revue internationale de la thborie du droit, 1939, 253-274, s. 269’dan aktaran MULLER, Till: "Customary Transnational Law: Attacking the Last Resort of State Sovereignty." Ind. J. Global Legal Stud., C. 15, 2008, s. 116-117.



Fakat bu eylemsizlik türleri örf ve adet hukuku oluşumu bakımından ciddi bir önemi haizdirler. Bir eylemsizlik türü olan “sessiz kalma” örf ve adet hukuku kuralının oluşması bakımından gerekli olan *opinio juris*’un kanıtı olma potansiyeline sahiptir. Çünkü sessizlik genel örf ve adet hukuku kuralının oluşumu ve ileri sürülmesi bakımından örtülü/zımni bir kabullenme anlamına da gelmektedir.

Eylemsizliğin birçok sebebi bulunabilir, bunlar arasında önemseme veya herhangi bir çıkarın bulunmaması, kapasite yetersizliği veya nezalet kuralları bulunabilir. Bu nedenle her sessizliği kabul olarak değerlendirmek mümkün değildir. MacGibbon yalnızca “nitelikli” bir sessizliğin kabul anlamına gelebileceğini ifade etmektedir<sup>140</sup>. Bu kapsamda sessizliğin veya eylemsizliğin hukuki değeri veya ne anlama geldiği ilgili durumun “özüne” bağlıdır<sup>141</sup>. Antunes’e göre de sessizlik fiili olaya ve ilgili devletler arasındaki ilişkinin durumuna göre yorumlanmalıdır<sup>142</sup>.

UAD, kararlarında menfaatleri etkilenen devletlerin tepki vermesini kabul olarak değerlendirmektedir. Örneğin *Malezya v. Singapur Davasında*, tepki olmamasını rıza/onay olarak değerlendirmiştir<sup>143</sup>. Karara göre sessizlik de bir konuşma biçimidir<sup>144</sup>. Tepkisiz kalmanın bir konuşma veya irade beyanı olarak kabul edilebilmesi için ise sessiz kalan devletin yanıt veya tepki vermesi gereken bir durumun varlığı gerekmektedir<sup>145</sup>.

Sessizliğin kabul olarak değerlendirilebilmesinin ikinci koşulu, tepki göstermesi beklenen devletin ilgili durumu bilmesi veya bilebilecek durumda olmasıdır. Devletler bilerek sessiz veya tepkisiz kalmış iseler gerçekleşen uygulamaların hukukiliğini sorgulamaktan vazgeçmiş sayılacaklardır<sup>146</sup>. Buna göre kendisine karşı hak iddiasında bulunulan

<sup>140</sup> MACGIBBON, “The Scope of Acquiescence in International Law”, s. 143-145.

<sup>141</sup> ANTUNES, prg. 19.

<sup>142</sup> ANTUNES, prg. 19.

<sup>143</sup> ICJ, Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008, prg. 121.

<sup>144</sup> ICJ, Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008, prg. 121.

<sup>145</sup> ICJ, Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008, prg. 121.

<sup>146</sup> SONG, Yan: “Acquiescence and Its Role in the Settlement of Island Disputes: “Silence May also Speak”, But to What Extent?”, Chinese Journal of International Law, C. 20, s. 3, 2021, s. 502.

devletin başka bir ifade ile menfaatleri etkilenen devletin ortaya çıkan uygulamaları bilmesi/bilebilecek durumda olmasına rağmen tepki göstermemesi gerekmektedir<sup>147</sup>. Aksi halde devletin sessiz kalması kabul olarak değerlendirilmeyecektir.

*Eritre v. Yemen Davasında* “bilme” unsuruna dikkat çekilmiştir. Mahkeme, Yemen’in Eritre’nin adalar üzerindeki uygulamalarını bilmesi veya bilmemesi üzerine ortaya çıkacak hukuki sonuçları ayrı ayrı değerlendirmiştir. Şayet Yemen, Eritre deniz kuvvetlerinin uyuşmazlık konusu adalardaki varlığını bilmiyorsa bu durumda kendi iddiaları asılsız kalacaktır. Zira Yemen’in iddialarına göre adalarda Yemenli balıkçılar yerleşmiş durumdadır, adalar çevresinde Yemen’in deniz kuvvetleri devriye gezmektedir ve Yemen tarafından garnizonlar kurulmuştur<sup>148</sup>. Adalarda bu denli etkin bir egemenlik yetkisi kullandığını iddia eden Yemen’in, Eritre’nin varlığından haberdar olmaması hayatın olağan akışına uygun gözükmemektedir. Mahkeme Yemen’in, Eritre’nin varlığını bilmesine rağmen uygulamalara itiraz etmemesi ihtimalini iki şekilde yorumlamıştır. Buna göre Yemen’in ya adalar üzerinde egemenlik iddiası ya da en azından adalar üzerinde etkin bir kontrolü yoktur<sup>149</sup>.

Bu genel koşulların başka bir ifade ile menfaati etkilenen devletin uygulamayı bilmesi veya bilebilir durumda olmasına rağmen sessiz kalarak tepki göstermemesi örf ve adet hukuku kuralının evrensel/genel veya yerel/bölgesel olması bakımından farklı hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Sessizlik evrensel (genel) örf ve adet hukuku kuralının oluşumunda kabul anlamına gelirken bölgesel örf ve adet hukuku kuralının oluşumuna itiraz anlamına gelebilmektedir.

Genel örf ve adet hukuku söz konusu olduğunda genel bir uygulamadan bahsederek devletlerin tamamının aynı yönde uygulamalar içinde olması aranmamaktadır. UAD 1969 tarihli *Kuzey Denizi Kıta Saharlığı Davasında* özellikle ilgili devletlere atıf yaparak “menfaatleri özellikle

<sup>147</sup> Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (Eritrea and Yemen), 9 October 1998, RIAA, Vol. XXII, prg. 307.

<sup>148</sup> Yemen uzun yıllar boyunca (1965-1977) kendi deniz kuvvetlerinin adalar çevresinde devriye gezdiğini iddia etmektedir. Devriye gezen kuvvetlerin adaların demirleme yerlerine demir attıklarını, asker ve subaylarının yaya olarak devriye gezdikleri de iddiaları arasındadır. Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (Eritrea and Yemen), October 1998, RIAA, Vol. XXII, prg. 311. Balıkçı yerleşimciler için bkz: prg. 38. Garnizonların varlığı iddiası ve reddi için bkz: prg. 324.

<sup>149</sup> Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (Eritrea and Yemen), prg. 307.

etkilenen devletlerin” muhakkak içinde yer alması suretiyle “geniş bir uygulamanın” yeterli olduğuna hükmetmiştir<sup>150</sup>. Buna göre her ne kadar tüm devletlerin katılımı zorunlu olmasa da kendisine karşı ileri sürülmesine mani olmak isteyen devletlerin ısrarlı itirazcı olmak suretiyle irade açıklamasında bulunması zorunludur. Başka bir ifadeyle genel bir örf ve adet hukuku kuralının oluşumunda sessiz kalmak (şüpheye yer bırakmayacak şekilde ısrarla itiraz etmemek) zımnen kabul anlamına gelecektir<sup>151</sup>.

Genel/evrensel örf ve adet hukuku kuralı oluşumuna sessiz kalarak rıza gösterilmesi o uygulamanın ilgili devlet bakımından meşru kabul edildiğinin göstergesidir. Bu kapsamda uygulamanın meşruluğunu bozmak için protesto etmek hukuki bir zorunluluktur. Aksi halde o uygulamanın hukuki sonuç doğurmasına izin verilmiş olacaktır. *Maine Körfezi Davasında* karar verildiği üzere kabullenme (*acquiescence*), bir tarafın uygulanagelen durumu tek taraflı davranışları ile sessiz bir şekilde tanımasıdır<sup>152</sup>. Şayet bir devletin sergilediği davranış diğer ilgili devletin (menfaatleri etkilenen devletin) reaksiyonunu gerektiriyor ve bu devlet makul süre içinde herhangi bir tepki/protesto göstermiyorsa o durumu kabullenmiştir<sup>153</sup>.

Bölgesel ve yerel örf ve adet hukuku kurallarında ise devletlerin alanı daraldığı ve bölgedeki ya da yereldeki tüm devletler ‘ilgili’ taraf haline geldikleri için irade açıklaması bir zorunluluğa dönüşmektedir. Buna göre bölgesel ya da yerel örf ve adet kuralının ilgili olan devlete karşı ileri sürülebilmesi, ilgili devletin olumlu iradesini kuşkuya yer bırakmayacak şekilde açıklamış olmasına bağlıdır. Genel örf ve adet hukuku kurallarının oluşumunun aksine yerel ve bölgesel örf ve adet hukuku kurallarında ilgili devletin sessiz ve hareketsiz kalması ortaya çıkan kuralın o devlete karşı ileri sürülemeyeceğine yönelik bir karine oluşturur<sup>154</sup>.

<sup>150</sup> North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic Of Germany / Denmark; Federal Republic of Germany / Netherlands) Judgment, prg. 74.

<sup>151</sup> **KIRCHMAIR**, Lando: “What Came First: The Obligation Or the Belief-A Renaissance of Consensus Theory to Make the Normative Foundations of Customary International Law More Tangible”, German YB Int’l L., C. 59, 2016, s. 299-300.

<sup>152</sup> **ICJ**, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, 1. C.J. Reports 1984, prg. 130.

<sup>153</sup> **ICJ**, Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Judgment, I.C.J. Reports 2021.

<sup>154</sup> **PAZARCI**, Uluslararası Hukuk, 2022, s. 113.

UAD, Kolombiya ve Peru arasındaki 1950 tarihli *Sığınma Hakkı Davasında* örf ve adet hukuku kuralının ileri sürülebilmesi bakımından hem genel hem de bölgesel nitelikte değerlendirme yapmıştır. Karara göre dava konusu uyuşmazlık bakımından bir örf ve adet hukuku kuralının varlığını iddia eden taraf bunu ispat etmekle yükümlüdür<sup>155</sup>. Divan diplomatik sığınma bakımından devlet uygulamalarının belirsiz, çelişkili ve tutarsız olduğunu bu nedenle genel nitelikli bir örf ve adet hukuku kuralının olmadığına karar vermiştir<sup>156</sup>. Sadece belirli Latin Amerika devletleri arasında (bölgesel) bir örf ve adet hukuku kuralı varlığı kabul edilse dahi bunun Peru'ya karşı ileri sürülemeyeceğine hükmetmiştir<sup>157</sup>. Zira Peru hem politik sığınma uygulamalarına karşı çıkararak hem de sığınma konusundaki 1933 ve 1939 tarihli Montevideo Konvansiyonlarına<sup>158</sup> taraf olmayarak bu yöndeki uygulamaları reddettiğini ortaya koymuştur.

*Sığınma Hakkı Davasının* en önemli sonucu UAD'nin evrensel/genel örf ve adet hukuku kuralının aksine bölgesel örf ve adetin oluşumunda devletin yeni bir uygulamaya sessiz kalmasını 'itiraz' olarak değerlendirmesidir<sup>159</sup>. Divana göre bölgesel örf ve adette sessiz kalmak veya muğlak bir reaksiyon göstermek uygulanan yeni kuralın reddi anlamına gelmektedir<sup>160</sup>. Bu karar ile UAD, evrensel örf ve adet hukuk kuralının devletler üzerinde bağlayıcı olmasını engellemek için beklenen yüksek sesle ve sık sık yapılması beklenen itirazın tam tersine sessizliği ret olarak kabul etmiştir.

Divanın bu görüşü muğlak bulunarak eleştirilmiştir. Karardaki 'ilgili devletlerden' kimlerin kastedildiği belli değildir. Buna göre yerel örf ve adet hukuku kuralı yalnızca kuralın oluşumuna bilfiil katılan devletlere mi, yoksa kuralın oluşumuna iştirak etmese bile kuralın oluştuğu

<sup>155</sup> ICJ, Colombian-Peruvian Asylum Case, Judgment of November 20th 1950, I.C. J. Reports 1950.

<sup>156</sup> Asylum case (Columbia v Peru), s. 277.

<sup>157</sup> Asylum case (Columbia v Peru), s. 277.

<sup>158</sup> Regional Refugee Instruments & Related, Treaty on Asylum and Political Refuge, 4 August 1939, : <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3833.html>> erişim tarihi 8 Ocak 2024.

<sup>159</sup> Daha detaylı bilgi için bkz: BEDERMAN, David J.: "Acquiescence, Objection and The Death of Customary International Law", Duke J. Comp. & Int'l L., C. 21, 2010, s. 32.

<sup>160</sup> Asylum case (Columbia v Peru).

bölge ya da alana mensup olan devlete karşı mı ileri sürülebilecektir<sup>161</sup>. Öktem fiilen katılmayan devletlerin de yerel örf ve adet hukuku kuralı ile bağlı olduğunu iddia etmektedir<sup>162</sup>. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere örf ve adet hukuku kuralının oluşumu zımnî andlaşma niteliğindedir. O nedenle genel teamülün oluşması bakımından sessizlik zımnî kabul olarak değerlendirilirken yerel veya bölgesel örf ve adet hukuku kuralı oluşumunda sessiz kalmayı uygulamanın reddine karine olarak kabul etmekte hukuki bir yarar yoktur. Bu karine nedeniyle bu yönde bir örf ve adet hukuku kuralının varlığını iddia eden taraf, bahsi geçen bu uygulamanın karşı tarafı bağlayıcı olduğunu ispatla yükümlüdür<sup>163</sup>. Zira aynı bölgede olan bir devletin, uygulamayı görüp bilmesine rağmen sessiz kalması kabul olarak değerlendirilmelidir. Bu kapsamda sessizliğin hukuki sonuçları genel ve bölgesel örf ve adet hukuku kuralları bakımından aynı olmalıdır<sup>164</sup>.

Bazı yazarlar ise bölgesel örf ve adet hukuku kuralı bakımından değil ancak özel örf ve adet hukuk kuralının oluşumu bakımından menfaati olan tüm devletlerin açık veya ima ederek ama her halükarda kuşkuya yer vermeyecek şekilde irade açıklamasının gerekli olduğu kanaatindedir<sup>165</sup>. Zira bölgesel kurallar belli bir homojenliğe sahip devletler topluluğuna yöneliktir. Bu homojenliğin sonucu olarak sürekli tekrarlanan veya uygulanan davranış diğer devletler tarafından bilinebilir durumdadır. Bu bakımdan sürekli ve ısrarla itiraz etmeyen devletler üzerinde bağlayıcıdırlar. Özel örf ve adet hukuku kuralları ise yalnızca bazı devletler topluluğunun farklı çıkar ve değerlerine hizmet etmektedir. Bu nedenle özel örf ve adet hukuku kuralları oldukça sınırlı sayıdaki devletler arasında geçerli olmaktadır. Bu nedenle özel örf ve adet hukuku kuralları menfaati etkilenen devletler tarafından açıkça tanınmadıkça bağlayıcı güce sahip olamayacaktır<sup>166</sup>.

<sup>161</sup> ÖKTEM, s. 73.

<sup>162</sup> ÖKTEM, s. 74.

<sup>163</sup> Asylum Case (Columbia v Peru). Bu durumun temel sebebi evrensel nitelikte yargılama yapan Mahkemenin yerel veya bölgesel nitelikteki bir örf ve adet hukuk kuralını bilmesinin mümkün olmamasıdır. Bu nedenle bölgesel örf ve adet hukuku kuralının oluştuğunu iddia eden taraf ispat ile de yükümlüdür. ÖKTEM, s. 73. Ayrıca bkz: AKSAR, s. 43.

<sup>164</sup> ÖKTEM, s. 74.

<sup>165</sup> VILLIGER, s. 33-34.

<sup>166</sup> VILLIGER, s. 33-34.

Bu kuralın uygulanması gereken diğer bir alan ise muhatap devlet sayısı ile bağlantılıdır. Örneğin iki taraflı özel bir örf ve adet hukuku kuralının varlığından söz edebilmek için her iki tarafın da olumlu irade beyanında (oy birliği) bulunması gerekmektedir<sup>167</sup>. UAD'nin 1960 tarihli *Geçiş Hakkı Davası*nda da iki devlet arasında örf ve adet hukuku kuralı oluşabileceği teyit edilmektedir<sup>168</sup>. Dava konusu uyuşmazlığın konusu, Portekiz'in Hindistan'ın iç kesimlerindeki Goa bölgesine Hindistan'ın engellemeleri nedeniyle ulaşamamasıdır. Goa bölgesi Portekiz'in deniz aşırı toprak parçası (kolonisi) olarak kabul edilmektedir. Portekiz kendisine ait olduğunu iddia ettiği bu bölgeye Hindistan ülkesinden geçerek ulaştığını ve bu uygulamaya yönelik bölgesel (yerel) bir örf ve adet hukuku kuralının oluştuğunu iddia etmektedir. Hindistan dönem itibarıyla dekolonizasyon sürecini desteklemesinin de bir yansıması olarak<sup>169</sup> bu iddiayı reddetmiş ve bir devletin kendi egemenlik alanından başka bir devlete geçiş hakkı verip vermemesini devletin münhasır yetkisi olarak değerlendirmiştir. Ayrıca Hindistan iki devlet arasında örf ve adet hukuku kuralı oluşamayacağını iddia etmiştir<sup>170</sup>.

Fakat Divan, Hindistan'ın iddiasını "uzun süreli uygulama temelinde kurulan bir yerel örfün, sadece iki devlet arasında kurulması gerektiğinde neden devlet sayısının mutlaka ikiden fazla olması gerektiği anlaşılmamaktadır" gerekçesiyle reddetmiştir<sup>171</sup>. Buna göre diğer koşulların sağlanması halinde iki devlet arasında da örf ve adet hukuku kuralının oluşması ve taraflara hak ve yükümlülük getirmesi mümkündür<sup>172</sup>. Sonuç olarak Divan, iki devlet arasındaki uzun ve sürekli uygulamaların bölgesel örf ve adet hukuku kuralı doğurabileceğini kabul ederek Portekiz lehine karar vermiştir. Divan örf ve adet hukuku kuralı oluşup oluşmadığını tespit etmek amacıyla geçmişe yönelik Hindistan'ın Portekiz'e geçiş hakkı tanıyan bir uygulamasının olup olmadığını incelemiştir. Divan, sivil geçişleri bakımından bir örf ve adet hukuku kuralının varlığını kabul

<sup>167</sup> ÖKTEM, s. 80.

<sup>168</sup> ICJ, Rights of Passage over Indian Territory Case (Portugal v. India), ICJ Reports, 1960.

<sup>169</sup> Daha detaylı bilgi için bkz: BEDERMAN, s. 32.

<sup>170</sup> Rights of Passage over Indian Territory Case (Portugal v. India), s. 37. Ayrıca bkz: Yusuf AKSAR, s. 44-45.

<sup>171</sup> Rights of Passage over Indian Territory Case (Portugal v. India), s. 37.

<sup>172</sup> Rights of Passage over Indian Territory Case (Portugal v. India), s. 37. Ayrıca bkz: Yusuf AKSAR, s. 44-45.

etse de hem asker ve polis kuvvetlerinin geçişi konusunda hem de silah ve cephane taşınması konusunda verilen geçiş izin uygulamalarının “nezaketen” yapıldığını bu nedenle de manevi unsurun oluşmadığına karar vermiştir. Manevi unsurun yokluğu nedeniyle ikinci durum bakımından örf ve adet hukuku kuralı oluşmadığını belirtmiştir.

Sonuç olarak örf ve adet hukuku kuralının oluşumu ve bağlayıcı olması bakımından devletlerin sessiz kalması farklı hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Örf ve adet hukuku kuralının genel/evrensel olması halinde sessizlik kabul olarak değerlendirilirken yerel/bölgesel olması halinde ret karinesi olarak kabul edilmektedir.

## SONUÇ

Sessiz kalmaya bağlanacak olan hukuki sonuç uluslararası hukukta devletlere hem hak hem de yükümlülük yaratma gücüne sahip olup hasasiyetle incelenmesi gereken bir konudur. Sessiz kalmanın hukuki bir sonuç doğuracak şekilde rıza veya ret olarak değerlendirilebilmesi için sessizliğin devletin niyetiyle örtüşmesi gerekmektedir. Bu nedenle yukarıda bahsi geçen her hukuki olgu bakımından sessiz kalma ayrı ayrı değerlendirilmiş ve devletin sessiz kalmasının gerçek niyetiyle örtüşüp örtüşmediği analiz edilmiştir. Devletin gerçek niyetinin değerlendirilebilmesi için ise sessizliğin gerekçesi, devletin tepki göstermesi gereken (muhatab- ilgili) bir durum olup olmadığı, devletin ilgili durumu bilip bilmediği, sessizliğin süresi, sessizliğin coğrafi bir sınırlamaya tabi tutulup tutulmadığı, sessizliğin hangi durumda kabul hangi durumda ret olarak yorumlanması gerektiği incelenmiştir. Bu kapsamda bu çalışmada sessizliğin hukuki sonuç yarattığı; kabullenme, *Estoppel*, zamanaşımı, zımni andlaşma hususları ve bunlar arasındaki farklar incelenmiş; daha sonrasında ise uluslararası örf ve adet kurallarının oluşumunda sessizlik inceleme konusu yapılmıştır.

Kabullenme esas olarak özel hukuk ve Anglo-Sakson hukuku kaynaklı olmasına rağmen 19. yy itibarıyla uluslararası hukukun da konusu haline gelmiştir. Uluslararası hukukun farklı düzenleme alanlarında kabullenmenin tartışıldığı görülmektedir: Devletlerin zımni tanınması, olağanüstü durumlarda diplomatik misyona girilmesine izin verilmesi, deniz yetki alanlarının belirlenmesi gibi. Ancak her sessizlik kabullenme olarak görülmez, bunun belli koşulları bulunmaktadır. Bunlar: Sessiz kalan devletin sessiz kalınan olayı bilip bilmediği, sessizlikten etkilenip etkilenmediği ve belli bir sürenin geçmesidir. Bazen sessizlik tolerans ya da önemsememe ya da tepki gösterme anlamına da gelebilir. Bu nedenle bu

hususla genel geçer koşulların belirlenmesi çok zordur, her olay kendi koşullarına göre değerlendirilmelidir.

*Estoppel*in ise temel amacı uluslararası alanda öngörülebilirlik yaratarak devletler arasında güven sağlamaktır. Bu nedenle de herhangi bir uygulamaya uzun süre sessiz kalan devlet artık bu uygulamaya itiraz edemeyecek ve hukukiliğini sorgulamayacaktır. Fakat *Estoppel*in oluşumu bakımından zımni kabul yöntemi yani sessiz kalmanın hukuki sonuçları UAD kararları kapsamında tartışmalıdır. Zira yukarıda da incelediğimiz üzere Divan birçok kararında sessiz kalmayı tek başına *Estoppel*in oluşması için yeterli bulmuş ve sessizliğin gerekçesi ile ilgilenmemiştir. Bazı kararlarında ise sessizliği *Estoppel* bakımından yalnızca bir delil olarak değerlendirmiş ve sessizliğin gerekçesine referans vererek hüküm kurmuştur. Sessiz kalma, devletleri bağlayıcı nitelikte hukuki sonuçlar doğurma gücüne sahip bir eylemdir. Bu nedenle sessizliğin gerekçesi veya ön koşulları değerlendirilmeksizin tek başına hukuki sonuç doğuracak şekilde yorumlanması devlet rızasına dayalı uluslararası hukuk sistemine aykırılık teşkil edecektir. Kanaatimizce sessizliğin *Estoppel* oluşturabilmesi için sessizlik gerekçesinin ve bilme unsurunun hassasiyetle irdelenmesi gerekmektedir.

Zamanaşımı ile kazanımda da sessizlik tartışılmaktadır. Esasen iç hukukun konusu olan zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması uluslararası hukukta da tartışılmıştır. Ancak buradaki zamanaşımı, kazandırıcı zamanaşımı anlamındadır, bu da hatırlanamayacak kadar uzun zamandır elde bulundurma ve müruruzaman ile kazanım olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hatırlanamayacak kadar uzun zamandır elde bulundurma şeklindeki kazanım konusunda bir fikir ayrılığı olmamakta, bu hususun uluslararası hukuk bakımından da uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Ancak müruruzaman ile kazanım konusunda tartışmalar mevcuttur. Bazı yazarlar bunun tamamen ulusal hukuka ve özel hukuka ait olduğunu söylemektedir. Ancak uluslararası hukukta da belli koşulların bir araya gelmesi durumunda müruruzaman ile kazanım olanağı kabul edilmektedir. Bunlar: egemenliğin başka bir devlete ait olduğunun bilinmemesi/açıkça kabul edilmemiş olması, o yer üzerinde fiili ve gerçek egemenliğin kurulması, bu bilginin kamuya açık olması ve zilyetliğin üzerinden belli bir zaman geçmesidir.

Sessizlik bazı durumlarda da zımni andlaşma olarak kabul edilir. Her ne kadar bazı yazarlar zımni andlaşma diye bir durumun söz konusu olmadığını bunun örf ve adet hukuku kuralını kabul anlamına geldiğini



belirtse de emarelerle ya da sözsüz biçimde andlaşma kurma olanağı da kabul edilmektedir. Örneğin sömürge sonrası bağımsızlığını kazanan devletlerin, sömürgeci devletin daha önce başka bir devletle yapmış olduğu andlaşmayı devam ettirmesi yani andlaşmaların ardılığı durumu bu husus içerisinde değerlendirilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki zımni andlaşmaların ispatı çok zordur, delillendirmenin çok sıkı bir şekilde yapılması gerekir ve bazen yazılı delillerle desteklenmesi gerekir. Burada Mahkemenin özellikle andlaşma yapma isteğini tespit etmesi beklenmektedir.

Sessiz kalmanın en çok tartışıldığı alan uluslararası hukukun asli kaynaklarından olan örf ve adet hukukunun oluşumudur. Örf ve adet hukukunun zımni bir andlaşma olarak değerlendirilmesi bu alandaki tartışmaların özünü oluşturmaktadır. Sessiz kalmanın genel/evrensel ve yerel/bölgesel örf bakımından farklı şekilde yorumlanması ve UAD'nin kararlarında da bu ayrıma yer vermesi nedeniyle farklı tartışmalar ortaya çıkmıştır. UAD genel/evrensel örf ve adet hukuku kurallarının aksine yerel/bölgesel örf ve adet hukuku kuralları oluşmasında ilgili devletin hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde iradesini açıklamasının gerekliliğine vurgu yapmakta ve sessiz kalmayı dolaylı olarak ret kabul etmektedir. Yukarıda izah edildiği üzere sessizliğin genel uygulamanın aksine yerel/bölgesel örf ve adet hukuku kurallarının oluşumunda ret olarak değerlendirilmesi, bölgede bulunan devletlerin uygulanan davranışı bilmesi veya bilebilir durumda olması ön kabulüne dayanmaktadır. Kanaatimizce yerel/bölgesel örf ve adet hukuku kuralları oluşumunda da bilme unsuru incelenmeli ve sessizliğe bağlanacak hukuki sonuç buna göre belirlenmelidir. Uluslararası hukukun temel dayanağını oluşturan devlet iradesinin doğru yorumlanması devletler arası ilişkilerin sağlıklı yürütülmesinin en temel ögesidir. Bu kapsamda bir devletin bazı kurallarla bağlı olduğunu devletin bilgisinden dolayısıyla iradesinden bağımsız olarak kabul etmek kanaatimizce mümkün değildir.

## KAYNAKLAR

- AKSAR**, Yusuf: Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk, 2. Baskı, Ankara 2021.
- ANTUNES**, Nuno Sérgio Marques: Oxford Public International Law Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL], 2006.
- BEDERMAN**, David J.: "Acquiescence, Objection and The Death of Customary International Law", Duke J. Comp. & Int'l L., C. 21, 2010, s.31-45.
- BOUWERS**, Garth J.: "Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts– A Turkish Study", Scientific Cooperations 2nd International Conference on Social Science, 2-3 April 2016 İstanbul, s. 169-181.
- BOWETT**, D. W.: "*Estoppel* before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence", Brit. Y.B. Int'l L., C. 33, 1957, s. 176-202.
- BROWN**, Christopher: "A Comparative and Critical Assessment of *Estoppel* in International Law", U. Miami L. Rev., C. 50, S. 369, 1996, s. 369-412.
- BYERS**, M.: Customs, Power and The Power of Rules International Relations and Customary International Law, Cambridge 1999.
- CRAWFORD**, James: Brownlie's Principles of Public International Law, 9. Basım, Oxford 2019.
- ÇİFTÇİ**, Barış: "Bozkurt-Lotus Davası'nın Hukuki Değerlendirmesi ve Türkiye için Önemi", Journal of Political Administrative and Local Studies, C. 6, S. 1, 2023, s. 43-55.
- D'AMATO**, Anthony: "Trashing Customary International Law", American Journal of International Law, C. 81, S. 1, 1987, s. 101-105.
- D'ASPREMONT**, Jean: "The International Court of Justice and Tacit Conventionality", QIL, C. 18, 2015, s. 3-17.

- ERTAŞ**, Şeref: "Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhältnisse) Zamaşımı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3093-3104.
- ERTAŞ**, Şeref: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, 2006 Ankara.
- GARWOOD-GOWERS**, A.: "'Israel's Airstrike on Syria's Al-Kibar Facility: A Test Case for the Doctrine of Pre-Emptive Self-Defence?'" Journal of Conflict and Security Law, C. 16, S. 2, 2011, s. 263-291.
- GROTIUS**, Hugo (Çeviren Meray, Seha L.): Savaş ve Barış Hukuku, İstanbul 2011.
- GÜNEYSU**, Gökhan: "Gana ve Fildişi Sahili Arasındaki Deniz Sınırına İlişkin ITLOS Kararı Bağlamında Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Bazı Meseleler", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 13, 2019, s. 213-231.
- HILLIER**, T.: Sourcebook on Public International Law, 1998.
- HOLVIK**, Natalie: Silence is Consent Acquiescence and *Estoppel* in International Law, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Örebro Universitet, Örebro-İsveç 2018.
- JOHNSON**, D. H. N.: "Acquisitive Prescription in International Law", British Year Book of International Law, C. 27, 1950, s. 332-354.
- KIRCHMAIR**, Lando: "What Came First: The Obligation Or the Belief-A Renaissance of Consensus Theory to Make the Normative Foundations of Customary International Law More Tangible", German YB Int'l L., C. 59, 2016, s. 289-320.
- KIRDIM**, Şahin Eray, **DEMİRKOL**, Atahan: "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Bir Kaynağı Olarak Uluslararası Örf ve Âdet Hukuku", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 4, 2021, s. 379-434.
- KOPELA**, Sophia: "The Legal Value of Silence as State Conduct in the Jurisprudence of International Tribunals", Australian Year Book of International Law, C. 29, s. 87-134.

**MACGIBBON**, Iain C. :“The Scope of Acquiescence in International Law”, British Yearbook of International Law, C. 31, 1954, , s. 143- 145.

**MACGIBBON**, Iain C.: "Customary International Law and Acquiescence." Brit. YB Int'l L., C. 33, 1957, s. 115- 145.

**MACGIBBON**, Iain C.: “*Estoppel* in International Law”, Int and Comp L. Q, C. 7, 1958, s. 468-513.

**MULLER**, Till: "Customary Transnational Law: Attacking the Last Resort of State Sovereignty." Ind. J. Global Legal Stud., C. 15, 2008, s. 19-48.

**LARSSON**, Thomas: Customary International Law Developments Towards A Non-Consensual Source Of International Law?, Uppsala Universitet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uppsala 2014.

**OVCHAR**, Alexander: "*Estoppel* in the Jurisprudence of the ICJ a Principle Promoting Stability Threatens to Undermine it," Bond Law Review, C. 21, S. 1, 2009, available at: <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol21/iss1/5>

**ÖKTEM**, Emre: Uluslararası Teamül Hukuku, İstanbul 2013.

**PAZARCI**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap, 6. Baskı, Ankara 2019.

**PAZARCI**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap, 4. Baskı, Ankara 2020.

**PAZARCI**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 21. Bası, Ankara 2022.

**QUANE**, Helen: “Silence in International Law”, British Yearbook of International Law, C. 84, S. 1, 2014, s. 240-270.

**RUBIN**, Alfred P.: "The International Legal Effects of Unilateral Declarations." American Journal of International Law, C. 71, S. 1, 1977, s. 1-30.

**SCHWEIGER**, Elisabeth: ““Targeted Killing’ and The Lack of Acquiescence”, Leiden Journal of International Law, C. 32, 2019, s. 741–757.

- SCHWEIGER**, Elisabeth: "Listen Closely: What Silence Can Tell Us About Legal Knowledge Production", *London Review of International Law*, C. 6, S. 3, 2018, s. 391–411.
- SHAW**, Malcolm N.: *International Law*, Cambridge, 6. Bası, 2008.
- SHAW**, Malcolm N. (çeviri Ed. İbrahim Kaya, çeviren Yücel Acer ve Diğerleri): *Uluslararası Hukuk*, Ankara 2017.
- SONG**, Yan: "Acquiescence and Its Role in the Settlement of Island Disputes: "Silence May also Speak", But to What Extent?", *Chinese Journal of International Law*, C. 20, S. 3, 2021, s. 499–532.
- STERN**, Brigitte: "Custom at the Heart of International Law." *Duke J. Comp. & Int'l L.*, C. 11, 2001, s.
- SUR**, Melda: *Uluslararası Hukukun Esasları*, 15. Baskı, İstanbul 2023.
- TDK**, <https://sozluk.gov.tr/> (16.03.2024).
- THIRLWAY**, Hugh: *The Sources of International Law*, Evans, Malcolm D., (Editör), *International Law*, 2. Bası, Oxford 2006.
- TUNKIN**, G. I.: "Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law", *Calif. L. Rev.*, C. 49, 1961, s. 419-430.
- VILLIGER**, Mark Eugen: "Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations, with Special Consideration of The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties" C. 7, Brill, 1985.
- WAGNER**, Megan L.: "Jurisdiction by *Estoppel* in the International Court of Justice." *Calif. L. Rev.*, C. 74, 1986, s. 1777-1804.
- WASS**, Jack: "Jurisdiction by *Estoppel* And Acquiescence In International Courts and Tribunals" *The British Yearbook of International Law*, C. 86, S. 1, 2015, s. 155–195.
- WRIGHT**, Quincy.: "Custom as a Basis For International Law in The Post-War World." *Tex. Int'l LF*, C. 2, 1966, s. 147-166.

## Raporlar ve Sözleşmeler

Convention of Defensive Alliance Between Great Britain and Turkey with Respect of the Asiatic Provinces of Turkey. Signed at Constantinople, 4th June 1878.

ILC, 'Third Report on identification of customary international law' Third Report of Special Rapporteur Michael Wood, Sixty-seventh Session, A/CN.4/682, 2015.

ILC, Draft Articles on Identification of International Customary Law, 2011.

Treaty of Arbitration between Great Britain and the United States of Venezuela Washington D.C., 2 February 1897.

Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi (Cenevre, 12 Ağustos 1949).

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 1969.

Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi, 18 Nisan 1961.

Reports of International Arbitral Awards, The Chamizal Case (Mexico, United States) 15 June 1911 Volume XI.

Treaty between Great Britain, Germany, Austria, France, Italy, Russia, and Turkey for the Settlement of Affairs in the East: Signed at Berlin, July 13, 1878.

### **Kararlar**

ICJ, Reports of International Arbitral Awards, Award regarding the Boundary between the Colony of British Guiana and the United States of Venezuela 3 October 1899 VOLUME XXVIII ss. 331-340.

ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Delimitation of The Maritime Boundary In The Gulf Of Maine Area (Canada/United States of America) Judgment of 12 October 1984 Given By The Chamber Constituted by The Order Made by The Court On 20 January 1982.

ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Delimitation of The Maritime Boundary

In The Gulf Of Maine Area (Canada/United States of America) Judgment of 12 October 1984.

**ICJ**, Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962, I.C. J. Reports 1962, Separate Opinion of Judge Alfaro.

**ICJ**, Colombian-Peruvian Asylum Case, Judgment of November 20th 1950, I.C. J. Reports 1950.

**ICJ**, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, 1984.

**ICJ**, Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951, Dissenting Opinion of Judge J. E. Read.

**ICJ**, International Court Of Justice Reports Of Judgments, Advisory Opinions And Orders Case Concerning Territorial And Maritime Dispute Between Nicaragua And Honduras In The Caribbean Sea (Nicaragua V. Honduras) Judgment Of 8 October 2007.

**ICJ**, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012.

**ICJ**, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1998.

**ICJ**, Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application to Zntewene, Judgment, I.C.J. Reports 1990.

**ICJ**, Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993.

**ICJ**, Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Judgment, I.C.J. Reports 2021.

**ICJ**, North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic Of Germany / Denmark; Federal Republic of Germany / Netherlands) Judgment, I.C.J. Reports 1969.

**ICJ**, Passage Through The Great Belt (Finland v. Denmark) Counter-Memorial Submitted By The Government Of The Kingdom Of Denmark Volume 1, May 1992.

- ICJ**, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Maritime Dispute (Peru v. Chile) Judgment of 27 January 2014.
- ICJ**, Reports Of Judgments, Advisory Opinions and Orders Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States Of America) Jurisdiction Of The Court And Admissibility Of The Application Judgment Of 26 November 1984.
- ICJ**, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland) Merits Judgment of 25 July 1974.
- ICJ**, Reports of International Arbitral Awards, Island of Palmas case (Netherlands, USA) 4 April 1928 VOLUME II ss. 829-871
- ICJ**, Rights of Passage over Indian Territory Case (Portugal v. India), ICJ Reports, 1960.
- ICJ**, Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Merits, Judgment, Report 12, 23.05.2008.
- ICJ**, Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008.
- ILC**, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966, Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II.
- ITLOS**, Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Judgment, ITLOS Reports 2017.
- ITLOS**, Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012.
- ITLOS**, Reports Of Judgments, Advisory Opinions And Orders The "Ara Libertad" Case (Argentina v. Ghana) List Of Cases: No. 20 Provisional Measures Order Of 15



December 2012 Joint Separate Opinion Of Judges Wolfrum And Judge Cot.

**ITLOS**, Reports Of Judgments, Advisory Opinions And Orders The “Ara Libertad” Case (Argentina v. Ghana) List Of Cases: No. 20 Provisional Measures Order Of 15 December 2012 Joint Separate Opinion Of Judges Wolfrum And Judge Cot.

**PCIJ**, Twelfth (Ordinary) Session, The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey Judgment, No 9, 07.09.1927.

Supreme Court Cases, Boos v. Barry, 485 US 312 (1988).





## AN ANALYSIS OF INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORKS ON MARITIME BOUNDARY DELIMITATION: JUDICIAL CASE EXAMPLES

Dr. Öğr. Üyesi ASM Mahmudul HASAN \* Md Syful ISLAM\*\* Minhajul  
Abedin CHOWDHURY\*\*\*

### Abstract

This study explores the historical evolution and complexities of maritime boundary delineation, focusing on relevant international legal frameworks. It highlights modern developments in maritime boundary law, detailing key methods like the Median and Thalweg Lines. The research examines pivotal

\* Dr. Öğr. Üyesi, Karabük Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, Karabük, Türkiye | Ass. Prof., Karabuk University, Department of International Relations, International Law Department, Karabuk, Türkiye

✉ abusalehhasan@karabuk.edu.tr • ORCID 0000-0001-8833-5101

\*\* Doktora Öğrencisi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Deniz Hukuku Programı, Ankara, Türkiye | Ph.D. Student, Ankara University, Institute of Social Sciences, Maritime Law Program, Ankara, Türkiye.

✉ syful.au.bd@gmail.com • ORCID 0000-0002-3092-0858

\*\*\* Öğr. Üyesi, Bangladesh University of Business and Technology, Hukuk ve Adalet Bölümü, Dhaka, Bangladeş | Ass. Prof., Bangladesh University of Business and Technology, Department of Law and Justice, Dhaka, Bangladesh.

✉ minhazbd@proton.me • ORCID 0009-0008-7560-4120

✉ **Atf Şekli** | Cite As: : **HASAN, ASM Mahmudul/ ISLAM, Md.Syful/ CHOWDHURY, MMA.**: Analysis of International Legal Frameworks on Maritime Boundary Delimitation: Bangladesh Case Study”, SÜHFD, C. 32, S. 3, 2024, s. 1777-1806.

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

✉ Bu eser Creative Commons Atif-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



legal documents, such as the 1958 Geneva Conventions and the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). Additionally, it discusses reliable approaches to boundary delimitation, including jurisprudence constante, the equidistance method, and the role of relevant circumstances. The study emphasizes predictability, legal stability, and equitable solutions, stressing the importance of geographical factors. Judicial decisions from international courts, including the International Court of Justice (ICJ) and the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), are analyzed. Landmark cases like the North Sea Continental Shelf and Bangladesh vs. Myanmar are explored, revealing the challenges of applying delimitation principles. The study concludes with recommendations to improve maritime boundary delimitation.

### Keywords

• Maritime Boundary • Equidistance Principle • UNCLOS • ITLOS • Judicial Case Decisions

## DENİZ ALANLARININ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ULUSLARARASI HUKUKİ ÇERÇEVELERİN ANALİZİ: ADLİ DAVA ÖRNEKLERİ

### Öz

Bu çalışma, deniz sınırlarının belirlenmesinin tarihsel gelişimi ve karmaşıklıklarını uluslararası hukuk çerçevesinde ele almaktadır. Orta Hat ve Talveg çizgisi gibi yöntemlerle deniz sınırı belirleme süreçlerini ve modern hukuki gelişmeleri incelemektedir. Özellikle 1958 Cenevre Sözleşmeleri ve Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (UNCLOS) gibi önemli belgelerin katkılarını tartışmaktadır. Çalışma, deniz sınırı belirleme yöntemlerini, eşit uzaklık ve jurisprudence constante uygulamalarını vurgularken, öngörülebilirlik ve hukuki istikrarın önemine dikkat çekmektedir. Ayrıca, Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) ve Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin (ITLOS) kararlarını analiz etmekte, Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği ve Bangladeş-Myanmar davaları gibi önemli örnekler üzerinden deniz sınırı belirlemedeki zorlukları ortaya koymaktadır. Sonuç olarak, adil çözümler sunma ve deniz sınırlarının belirlenme süreçlerinin iyileştirilmesine yönelik öneriler getirmektedir.

### Anahtar Kelimeler

• Deniz Sınırı • Eşit Uzaklık İlkesi • UNCLOS • ITLOS • Adli Dava Kararları

## INTRODUCTION

The delimitation of maritime boundaries is a critical aspect of international law, significantly influencing global geopolitics, economic interests, and environmental conservation. Historically, maritime delimitation has been contentious, as highlighted by the renowned author Higgins<sup>1</sup>, who emphasizes the importance of equitable marine resource allocation over mere claim validation. The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) introduced additional complexities, particularly concerning Exclusive Economic Zones (EEZs) and Continental Shelf (CS) claims.

The evolution of maritime boundary delimitation traces practices from early state methods, such as median and thalweg lines, to formal frameworks like the 1958 Geneva Conventions and UNCLOS. This transition in legal thought has moved from equity-based principles to normativity, illustrated by key cases such as the North Sea Continental Shelf (NSCS) and maritime disputes involving Bangladesh, India, and Myanmar.<sup>2</sup> Notably in Bangladesh related cases, Bangladesh's preference for meridian-based boundaries extending to the continental margin beyond 200 miles contrasts with the equidistance principle.<sup>3</sup> Bangladesh has addressed these disputes through international legal platforms, with significant cases resolved by UNCLOS-related tribunals, including the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)'s 2012 ruling on the Bangladesh-Myanmar boundary<sup>4</sup> and the 2014 arbitral tribunal decision on the Bangladesh-India boundary.

This comprehensive assessment, focusing on judicial case decisions, offers valuable insights into the intricacies and challenges of

---

<sup>1</sup> HIGGINS, R., "Problems and process: international law and how we use it." Oxford University Press, 1995. 28(3): p. 129.

<sup>2</sup> ANDERSON, D.H., "Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)." *American Journal of International Law*, 2012. 106(4): p. 824.

<sup>3</sup> HASAN, M.M., et al., "Protracted maritime boundary disputes and maritime laws." *Journal of International Maritime Safety, Environmental Affairs, and Shipping*, 2019. 2(2): p. 90.

<sup>4</sup> SHAH, R., "Bangladesh-Myanmar ITLOS Verdict: Precedence for India?" *Strategic Analysis*, 2013. 37(2): p. 178.

establishing maritime boundaries in accordance with international law. The article adopts a multidisciplinary research methodology, blending legal analysis, historical case studies, and geopolitical insights to thoroughly explore maritime boundary delimitation. The structure navigates from the historical evolution of maritime boundary principles to modern legal frameworks, examining key legal instruments such as the Geneva Conventions and UNCLOS. It includes an analysis of international cases and specific disputes, highlighting their geopolitical implications, and concludes with a summary of findings and strategic recommendations for future maritime boundary disputes and policy development.

## I. HISTORICAL APPROACHES TO MARITIME BOUNDARY DELINEATION

The practice of determining maritime boundaries, with origins dating back to the 11th century, has undergone significant evolution, especially since the 1800s. This change is characterized by a shift from traditional techniques such as the thalweg line, perpendicular line, and extension of land boundaries, to the now more commonly used median line principle.

### A. Median Line

The median line method, creating equally distant boundaries from nearby mainlands or islands of respective states, has been key in maritime boundary setting. Notably, the 1924 Finland-Norway Convention applied this in dividing waters between Finmark and Petsamo Territory.<sup>5</sup> Other examples include the 1809 Sweden-Russia treaty for the Gulf of Bothnia and Aaland Sea, and the 1925 Maine, USA-New Brunswick, Canada maritime boundary.<sup>6</sup> This principle was often

---

<sup>5</sup> BRAVENDER-COYLE, P., "The emerging legal principles and equitable criteria governing the delimitation of maritime boundaries between states." *Ocean Development & International Law*, 1988. 19(3): p. 219.

<sup>6</sup> RHEE, S.-M., "Sea Boundary Delimitation Between States Before World War II." *American Journal of International Law*, 1982. 76(3): p. 562.

integrated with the thalweg line in state practices, demonstrating its flexibility and adaptability.

Fisher<sup>7</sup> highlights the median line's prominence in the last centuries, noting its role in balancing legal, geographic, and non-geographical factors to achieve fair outcomes. This principle played a critical role in resolving the East China Sea dispute, as detailed by Kim<sup>8</sup>, where it provided a basis for negotiation and compromise in oil and gas development. The Aegean Sea dispute further illustrates the median line's adaptability. The Aegean Sea dispute exemplifies the median line's versatility, where, according to Dyke<sup>9</sup> it was adapted to the region's unique geography, factoring in coastlines and island influences. These examples underscore the median line's significance as both a legal framework and a negotiable tool in resolving maritime disputes, marking its evolution from a historical practice to a contemporary standard in maritime boundary delimitation.

## B. Thalweg Line

In river law, defining the thalweg deepest part of a river or navigation channel, is important in river law for fairly dividing waterways between nations. Not as common as the median line in maritime boundaries, it has been crucial in historical cases like the 1903 Alaska Boundary Arbitration between the U.S. and Britain.<sup>10</sup>

In the realm of maritime law, it's sometimes merged with the median line, as seen in the 1846 U.S.-Britain treaty for the Oregon

---

<sup>7</sup> FISHER, M.H., *An environmental history of India: from earliest times to the twenty-first century*. Vol. 18. 2018: Cambridge University Press. p. 280.

<sup>8</sup> KIM, S.K., "China and Japan Maritime Disputes in the East China Sea: A Note on Recent Developments." *Ocean Development and International Law - OCEAN DEV INT LAW*, 2012. 43: p. 297.

<sup>9</sup> DYKE, J.M.V., "The Role of Islands in Delimiting Maritime Zones: The Case of the Aegean Sea." *Ocean Yearbook Online*, 1989. 8(1): p. 54.

<sup>10</sup> BOURNE, G.B. and D.M. McRae, "Maritime Jurisdiction in the Dixon Entrance: The Alaska Boundary Re-Examined." *Canadian Yearbook of international Law/Annuaire canadien de droit international*, 1977. 14: p. 179.

boundary and the 1912 France-Germany agreement for Dahomey and Togo.<sup>11</sup>

The integration of median and thalweg lines in maritime law led to the “Equidistance/Special Circumstances rule.” This acknowledges that simply using the median line might not be fair due to unique geographical or historical factors. Thus, combining median and thalweg lines addresses these complexities and has influenced international maritime boundary laws.<sup>12</sup> Furthermore, Sir Creek dispute<sup>13</sup> exemplifies the varied interpretations and applications of the thalweg principle in international boundary issues.<sup>14</sup>

## II. DEVELOPMENT OF MARITIME BOUNDARY LEGISLATION

The development of maritime boundary laws began with the Hague Conference, 1930, but was initially unsuccessful due to the complexities involved and the onset of World War II. Post-war, the

---

<sup>11</sup> **STEINER**, Z.S. and K. Neilson, “Britain, Germany and France, 1912–14: Flexibility and Constraint, in *Britain and the Origins of the First World War.*” 2003, Macmillan Education UK: London. p. 101.

<sup>12</sup> **VİNATA**, R.T., M.T. Kumala, and C. YustisiaSerfiyani, “Climate change and reconstruction of Indonesia’s geographic basepoints: Reconfiguration of baselines and Indonesian Archipelagic Sea lanes.” *Marine Policy*, 2023. 148: p. 2.

<sup>13</sup> The Sir Creek dispute is a territorial conflict between India and Pakistan over a 96 km strip of water in the marshes of the Rann of Kutch, Gujarat, which opens into the Arabian Sea. The disagreement centers on differing interpretations of the maritime boundary line between the two countries. India claims the boundary should follow the mid-channel, based on the Thalweg Principle of international law, while Pakistan asserts that the entire creek belongs to it, citing a 1914 resolution. The dispute dates back to 1908 and remains unresolved, despite attempts at dialogue and joint surveys. Sir Creek is strategically important due to its rich fishing grounds, potential oil and gas reserves, and ecological significance. The unresolved status often leads to the arrest of fishermen who inadvertently cross the perceived border. You can see: Misra, A., “The Sir Creek Dispute: A Case of Compromise Driven by Common Interests. In: *India-Pakistan*” Palgrave Series in Asian Governance, Palgrave Macmillan, New York, 2010. PP. 139-155.;also, <https://byjus.com/free-ias-prep/sir-creek-dispute-between-india-and-pakistan/>

<sup>14</sup> **MISHRA**, R., “The ‘Sir Creek’ Dispute: Contours, Implications and the Way Ahead. *Strategic Analysis*, 2015. 39(2): p. 190.



United Nations and declarations like the Truman Proclamation prompted the need for clear legal guidelines, leading to the pivotal 1958 Geneva Conventions that established basic principles for maritime boundaries.<sup>15</sup> The Geneva Conventions represented a key development in transitioning from an ad-hoc approach to a more formalized and legally recognized framework for maritime boundary delimitation. This codification process, though not exhaustive, laid the groundwork for future developments and negotiations in maritime law.

### **A. The Geneva Conventions, 1958: Equidistance/Special Circumstances**

This convention resulting from the 1st UN Conference on the Law of the Sea, laid foundational rules for maritime boundary delimitation. Key aspects are found in the Convention on the TS and the Convention on the CS, particularly focusing on the "Equidistance/Special Circumstances rule." This rule, outlined in Article 12 (TS) and Article 6 (CS), establishes that maritime boundaries should typically follow a median line, but allows adjustments for unique geographical features or historical rights.

The dual approach to this rule, adopted during the drafting process, emphasized starting with an equidistant line and then adapting for special conditions. This approach, reflecting the work of the International Law Commission, considered equidistance as a general rule, with exceptions for extraordinary circumstances.

The rule has been key in international legal discourse, with cases like the Gulf of Maine highlighting its application in considering geographical and historical nuances. The Geneva Conventions thus significantly advanced maritime delimitation law, setting a precedent

---

<sup>15</sup> **SCOVAZZI, T.**, R. Barnes, and R. Long, "Frontiers in International Environmental Law: Oceans and Climate Challenges: Essays in Honour of David Freestone, in Chapter 8 The Frontier in the Historical Development of the International Law of the Sea." 2021, Brill | Nijhoff. p. 229.

for equidistance as a norm but allowing for equitable adjustments, a concept later refined in the UNCLOS framework.<sup>16</sup>

### **B. The UNCLOS: Equidistance v. Equity**

UNCLOS significantly advanced maritime boundary laws, addressing limitations of the Geneva Conventions, 1958, and earlier UNCLOS versions. It focused on refining TS dimensions and fishing limits and introduced regulations for international seabed exploitation. Critical debates during this period, especially within Negotiating Group 7, were influenced by prior case laws like the NSCS case and new technological capabilities for seabed resource utilization. While UNCLOS upheld the Equidistance principle from the Geneva Conventions for TS boundaries in Article 15, it faced challenges in applying it to EEZ and CS delimitations. Articles 74 and 83, responsible for EEZ and CS boundaries, emphasized equitable solutions through agreements grounded in international law, yet lacked a definitive delimitation method, instead referring to the broader framework of international laws as per Article 38 of the ICJ Statute.

During the final stages of UNCLOS, Articles 74 and 83 were crafted with general language to bridge differences between the two groups. Twenty-two states pushed for the “Equidistance/Special Circumstances rule”, suggesting delimitation should typically follow a median line, adjustable for unique cases. Meanwhile, twenty-nine states favored an approach centered on equity and relevant circumstances, advocating for a flexible, fairness-oriented delimitation method.<sup>17</sup> This division underscored the persistent debate in maritime law over balancing equidistance with equity principles in determining maritime boundaries. The conference concluded with these differing views

---

<sup>16</sup> EVANS, M.D., “Less Than an Ocean Apart: The St Pierre and Miquelon and Jan Mayen Islands and the Delimitation of Maritime Zones.” *International and Comparative Law Quarterly*, 1994. 43(3): p. 690.

<sup>17</sup> COTTIER, T., “Equitable principles of maritime boundary delimitation.” 2015: Cambridge University Press. p. 518

unresolved, signifying the ongoing evolution and complexities in maritime boundary law.<sup>18</sup>

### C. Progression of Equitable Principles in Maritime Law

The role of equity in maritime boundary decisions has significantly advanced through influential court rulings and international agreements. The concept was first established as a customary rule in maritime law by the ICJ in the NSCS case, drawing inspiration from the Truman Proclamation, 1945. This case highlighted the importance of equitable principles in delimitation, focusing on specific circumstances like land continuity, avoidance of encroachment, and balance. Subsequent cases, such as the Tunisia-Libya Continental Shelf case<sup>19</sup>, further emphasized equity as a core principle of international law. Key rulings in cases like the Gulf of Maine (1984), Libya/Malta (1985), Guinea/Guinea Bissau (1985), and St Pierre and Miquelon (1992) continued to reinforce and evolve these principles, though they faced some decline and critique in the early 1990s.<sup>20</sup>

### D. Transition to Norm-Based Maritime Delimitation

Since the 1990s, there's been a notable shift in maritime delimitation from equity-focused to norm-based approaches. This change was significantly influenced by the 1977 Anglo-French Continental Shelf case. Here, the Court of Arbitration's interpretation of Article 6 of the 1958 Continental Shelf Convention marked the "equidistance-special circumstances rule" as a broader normative principle, prioritizing equitable delimitation in the absence of bilateral

---

<sup>18</sup> ØSTRENG, W., et al., "Ocean Law Debates: The 50-Year Legacy and Emerging Issues for the Years Ahead, in Chapter 7 Small States in the Decision-Making Process of UNCLOS." 2018, Brill | Nijhoff. p. 216.

<sup>19</sup> BROWN, E.D., "The Tunisia-Libya continental shelf case: A missed opportunity." *Marine Policy*, 1983. 7(3): p. 142.

<sup>20</sup> OUDE ELFERINK, A.G. and A.G.O. Elferink, "The Law of Maritime Boundary Delimitation: A Case Study of the Russian Federation." Chapter II The Case Law concerning Maritime Delimitation. 2021: Brill | Nijhoff. p. 50.

agreements.<sup>21</sup> Subsequent key rulings by the ICJ and the Permanent Court of Arbitration in cases like Greenland/Jan Mayen (1993), Qatar/Bahrain (2001), Romania/Ukraine (2009), Eritrea/Yemen (1999), and Barbados/Trinidad and Tobago (2006) and Guyana/Suriname (2007), further cemented this trend towards the Equidistance/Relevant Circumstances principle.<sup>22</sup> These decisions reflect a growing preference for codified rules and predictability in setting maritime boundaries.

The Anglo-French Continental Shelf case marked a significant shift in maritime delimitation, transitioning from a focus on equity in specific cases to an emphasis on applying codified rules for fairness and predictability in maritime boundary disputes. This shift is reflected in the decisions of the aforementioned cases, marking a significant evolution in the principles governing maritime delimitation.<sup>23</sup>

### III. MARITIME BOUNDARY DELIMITATION: EQUIDISTANCE/RELEVANT CIRCUMSTANCES PRINCIPLE

The “Equidistance/Relevant Circumstances Principle” is a dependable method for determining maritime boundaries, consistently yielding equitable and stable results in line with legal standards. This principle, emphasized in the 2006 Barbados/Trinidad and Tobago case and examined by Kwiatkowska<sup>24</sup>, balances fairness, practicality, and legal stability in boundary delineation.<sup>25</sup> Its effectiveness is bolstered by

---

<sup>21</sup> **BOYLE**, A.E., “The Law of Treaties and the Anglo-French Continental Shelf Arbitration.” *International and Comparative Law Quarterly*, 1980. 29(2-3): p. 502.

<sup>22</sup> **TANAKA**, Y., “Reflections on Maritime Delimitation in the Romania/Ukraine Case Before the International Court of Justice.” *Netherlands International Law Review*, 2009. 56(3): p. 403.

<sup>23</sup> **GARCÍA** Ch, M.C. and J. Gupta, “Environmental and sociocultural claims within maritime boundary disputes.” *Marine Policy*, 2022. 139: p. 2.

<sup>24</sup> **KWIATKOWSKA**, B., “The 2006 Barbados/Trinidad and Tobago Award: A Landmark in Compulsory Jurisdiction and Equitable Maritime Boundary Delimitation.” *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2007. 22(1): p. 12.

<sup>25</sup> **KWIATKOWSKA**, B., “Barbados/Trinidad and Tobago. Award on Jurisdiction and Merits.” *The American Journal of International Law*, 2007. 101(1): p. 152.

broad judicial endorsement, the predictability inherent in the Equidistance method, and the legal framework surrounding “relevant circumstances.”

This principle aims to achieve a fair and equitable division of ocean space by considering an equal distance from the nearest points on the coasts of the respective states involved. Relevant circumstances, such as geographical features, economic interests, and historical usage, are also taken into account to ensure that the division does not disproportionately favor one state over another. By integrating both equidistance and relevant circumstances, the principle seeks to balance legal precision with practical fairness in maritime boundary disputes.

International courts have increasingly applied the “Equidistance/Relevant Circumstances rule” in maritime boundaries, reflecting the *Jurisprudence Constante* doctrine. Recognized in cases like *Eritrea/Yemen* (1998) and *Barbados/Trinidad and Tobago* (2006), this approach has become a standard in maritime law.<sup>26</sup> Its regular use, also seen in *Guyana/Suriname* (2007) and *Romania/Ukraine* (2008), demonstrates a consistent legal trend, aligning with established treaties like the Geneva Convention, 1958, and UNCLOS. This trend indicates a predictable application of the “Equidistance/Relevant Circumstances Principle” in resolving maritime disputes.

The equidistance principle is notable for its precision in maritime boundary setting due to its mathematical basis. The ICJ in the *Nicaragua/Honduras* case (2007) highlighted its scientific and practical nature.<sup>27</sup> In the *Barbados/Trinidad and Tobago* (2006) and *Romania/Ukraine* (2009) cases, it was emphasized as a fundamental and

---

<sup>26</sup> ANTUNES, N.S.M., “The 1999 Eritrea–Yemen Maritime Delimitation Award and The Development of International Law.” *International and Comparative Law Quarterly*, 2001. 50(2): p. 304.

<sup>27</sup> PATEL, B.N. and B. Patel, “The World Court Reference Guide and Case-Law Digest: Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice (2001-2010) and Case-Law Digest (1992-2010), in *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*.” 2014, Brill | Nijhoff. p. 412.

objective method in delimitation processes.<sup>28</sup> Legal perspectives, like Kolb<sup>29</sup>, acknowledge its necessity due to the emphasis on geographical factors, making equidistance a logical and predictable approach in maritime boundary delimitation.

The evolution of the “Equidistance/Relevant Circumstances Principle” has led to its recognition for providing certainty and predictability in line with established legal frameworks, particularly under UNCLOS Articles 74 and 83. This principle is now viewed as the primary approach in maritime delimitation. It involves a two-stage process used by international courts: initially drawing an equidistance line, followed by a thorough assessment of relevant circumstances to ensure a fair boundary determination. These circumstances cover a range of geographical and non-geographical factors, forming a part of a detailed yet non-exhaustive analysis. The approach seeks to balance the equidistance line with the need for equity, ensuring that the final boundary is fair and just. This process illustrates the dynamic nature of maritime delimitation, where a variety of factors are meticulously considered to uphold the principles of international maritime law.

Geographical factors are essential in maritime delimitation, guided primarily by the “Equidistance/Relevant Circumstances” principle, which has brought predictability to this domain, especially in judicial and arbitral settings. This principle emphasizes considering the actual geographical situation, such as whether coasts are opposite or adjacent, rather than their general direction. Typically, a provisional median line is established between opposite coasts, while an equidistance line is drawn for adjacent coasts, with deviations only in exceptional cases. Regarding small islands, as per Article 121 of the UNCLOS, they can generate their own TS, EEZ, and CS, but rocks not supporting human habitation or economic activities are excluded. Islands are typically not included as baselines during the initial phase of

---

<sup>28</sup> MIRON, A., “A Practitioner’s Guide to Maritime Boundary Delimitation Maritime Boundary Delimitation: The Case Law. Is It Consistent and Predictable?” *European Journal of International Law*, 2020. 31(1): p. 374.

<sup>29</sup> KOLB, R., “Selected Problems in the Theory of Customary International Law.” *Netherlands International Law Review*, 2003. 50(2): p. 125.

delimitation unless they are integral to the coastal configuration. Their impact might be minimized or ignored if their presence results in unbalanced delimitation lines. Additionally, the proportionality principle, stemming from the NSCS case (1969)<sup>30</sup>, dictates that delimitation should take into account the relationship between the maritime areas assigned to each party and the length of their respective coastlines. This principle, initially a final check for equity, has evolved to be considered during the delimitation process, especially in situations with significant disparities in coast lengths, thereby ensuring fair and equitable delimitation outcomes.

Non-geographical elements are key in the “Equidistance/Relevant Circumstances” approach for maritime boundary setting, as demonstrated in numerous international legal decisions. Factors such as reliance on natural resources, poverty rates, and access to resources like fish and oil are often considered. However, their impact as relevant circumstances in boundary delimitation can vary. The ICJ, in cases such as Tunisia/Libya (1982) and Libya/Malta (1985), has generally not considered economic development factors as altering the delimitation line, viewing them more as economic and political processes.<sup>31</sup> In maritime delimitation, the treatment of natural resource access, particularly for fisheries and oil, is varied. Some rulings, like Greenland/Jan Mayen (1993), recognize its importance, while others, give it less emphasis. The behavior of involved parties, especially regarding resource utilization and agreements, can influence boundary adjustments, as seen in the Cameroon/Nigeria (2002) and Barbados/Trinidad and Tobago (2006) cases, where oil activities affected the delimitation. Additionally, the role of third States is significant, often impacting the delimitation’s endpoint, as in Eritrea/Yemen (1998) and Romania/Ukraine (2009), where third-party agreements played a part. These instances highlight the critical role of non-geographical factors in maritime boundary setting under the “Equidistance/Relevant

---

<sup>30</sup> MARSTON, G., “North Sea Continental Shelf Cases.” *Federal Law Review*, 1969. 3(2): p. 285.

<sup>31</sup> CIARLI, S. and K. McLachlan, “A Bibliographic Review: Studies of Libya’s International Borders.” *Libyan Studies*, 1996. 27: p. 90.

Circumstances Principle,” contributing to the development of more predictable guidelines in international maritime law.

#### IV. SOME JUDICIAL DECISIONS AND CASE EXAMPLES

##### A. North Sea Continental Shelf Case

The NSCS Case in 1969, adjudicated by the ICJ, was a landmark moment in maritime delimitation, involving Denmark, the Netherlands, and the Federal Republic of Germany. This case significantly altered the application of the equidistance principle in international maritime law. The dispute required the ICJ to provide guidance on the principles and rules of international law relevant to maritime delimitation.<sup>32</sup> Denmark and the Netherlands favored delimitations based on the equidistance principle, as stated in Article 6 of the 1958 Geneva Convention. However, the ICJ found that Germany, not being a signatory to this Convention, was not bound by Article 6. Furthermore, the Court concluded that the equidistance principle was neither an intrinsic part of CS rights nor a rule of customary international law.

ICJ observed that the equidistance principle in the 1958 Geneva Convention’s Article 6 was not a developing rule of customary international law, noting the allowance for reservations in contrast to other core articles. The Court considered the distinct coastal shapes of the involved states, highlighting the disparity between Denmark and the Netherlands’ convex coasts and Germany’s concave coast. It concluded that using the equidistance line would unfairly limit Germany’s share of the NSCS, leading to an inequitable outcome. The ICJ recognized the equidistance method’s practicality and reliability but did not make it a mandatory principle in maritime delimitation.<sup>33</sup> This decision shifted focus from strict equidistance application to a more flexible and fair

---

<sup>32</sup> NELSON, L.D.M., “The North Sea Continental Shelf Cases and Law-Making Conventions.” *The Modern Law Review*, 1972. 35(1): p. 53.

<sup>33</sup> THIRLWAY, H., “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989: Part Seven.” *The British Yearbook of International Law*, 1996. 66(1): p. 50.



approach, emphasizing the importance of unique geographic and equitable factors in maritime boundary decisions.

### **B. Tunisia and Libyan Arab Jamahiriya Continental Shelf Delimitation Case**

In the 1982 CS case between Tunisia and the Libyan Arab Jamahiriya, the ICJ addressed vital international maritime law principles for delimiting the CS between neighboring states. The key issue was defining the CS boundaries between the two nations. They sought the ICJ's guidance to apply equitable principles and relevant circumstances under UNCLOS for boundary demarcation.<sup>34</sup> Building on insights from the 1969 NSCS Case, the ICJ noted that while the equidistance method could be used for fairness, it wasn't obligatory if it resulted in inequity. Both countries had reservations about the strict use of equidistance due to potential unfair outcomes but remained open to its use if equitable.

In this case, the ICJ modified the equidistance line in the area's second sector to achieve a fairer division of maritime space between the states involved. This illustrates the Court's commitment to a contextual approach that balances strict legal rules with fairness, making adjustments when necessary to account for the unique aspects of each case. This method involves drawing an equidistance line between the coastlines of the disputing states as a starting point. However, instead of strictly adhering to this line, the ICJ adjusts it based on relevant circumstances to ensure an equitable outcome. These circumstances can include factors like the length of the coastlines, the presence of islands, the economic interests of the states, and other geographical or socio-economic considerations. This method has since become a guiding framework in international maritime law, setting a precedent for how territorial disputes between adjacent states should be resolved, especially when opposite coasts are involved.

### **C. Bangladesh vs. Myanmar Maritime Delimitation Case (2012)**

---

<sup>34</sup> NALDI, G.J., "Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)." *International and Comparative Law Quarterly*, 1995. 44(3): p. 685.

On March 14, 2012, the ITLOS delivered a key judgment on the maritime boundary dispute between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal. This case, significant for being ITLOS's first venture into maritime boundary delimitation, involved defining three boundaries: the territorial sea, a combined EEZs and the continental shelf boundary beyond 200 nautical miles. This ruling set important precedents in international law for maritime boundary delimitation and introduced the concept of "grey zones" - areas beyond one state's 200-mile limit but within another's.<sup>3536</sup> The decision has been pivotal in shaping the complex field of maritime law.

In the northeastern Bay of Bengal, Bangladesh's concave coastline raised potential maritime conflicts with India and Myanmar.<sup>37</sup> Despite negotiations since the 1970s, no clear maritime boundaries were established by 2009. Tensions escalated when Bangladesh leased hydrocarbon-rich areas to foreign companies, leading to territorial disputes. Seeking resolution, Bangladesh pursued legal arbitration under the UNCLOS. In 2009, they initiated proceedings against both India and Myanmar to delineate TS, EEZ, and CS boundaries. Myanmar agreed to resolve its dispute with Bangladesh at the ITLOS, while the Bangladesh-India issue proceeded under an Annex VII tribunal, expected to deliver a verdict by 2013 or 2014.<sup>38</sup> The ITLOS decision in the

---

<sup>35</sup> **CHURCHILL**, R., "Bangladesh/Myanmar Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation." *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012. 1: p. 137.

<sup>36</sup> **TAN**, K.Y. and A.A. Faruque, "Asian Yearbook of International Law, Volume 18 (2012). Judgment in Maritime Boundary Dispute between Bangladesh and Myanmar: Significance and Implications under International Law." 2016: Brill | Nijhoff. 70.

<sup>37</sup> **ISLAM MS**, "Maritime Diplomacy and Regional Cooperation Mechanisms: Insights from the Black Sea and Bay of Bengal." *Millennial Asia*, 2024, (0): p. 15

<sup>38</sup> **KALDUŃSKI**, M. and T. Wasilewski, "The International Tribunal for the Law of the Sea on Maritime Delimitation: The Bangladesh v. Myanmar Case." *Ocean Development & International Law*, 2014. 45(2): p. 130.

Bangladesh/Myanmar case was set to inform the ongoing Bangladesh/India tribunal.<sup>39</sup>

The dispute centered around the end of their land border at the “Naaf River” mouth. Here, the coasts of both countries are relatively straight, and nearby lies St. Martin’s Island, a part of Bangladesh’s territory. The ITLOS examined Bangladesh’s claim that a TS boundary was already established in the 1974 Agreed Minutes, a record of past discussions between the two countries. However, ITLOS ruled these minutes as a conditional understanding, not a legally binding agreement. This decision was based on factors like the lack of proper authority by the Myanmar delegation head under the Vienna Convention on the Law of Treaties and the absence of constitutional processes for such international agreements. Additionally, ITLOS found insufficient evidence to support Bangladesh’s claim of an implicit agreement based on the two nations’ conduct over three decades.<sup>40</sup> Furthermore, ITLOS did not find Bangladesh’s argument of *estoppel* (preventing Myanmar from denying a previously agreed territorial sea boundary) compelling, as the necessary conditions for *estoppel* in international law were not met.<sup>41</sup>

In the absence of an agreement between the states, ITLOS, guided by UNCLOS Article 15, rejected Myanmar’s claim that St. Martin’s Island was a special circumstance affecting the equidistance line. ITLOS decided on a boundary based on equidistance from both countries’ coasts, starting at the Naaf River mouth and running

---

<sup>39</sup> **KALDUŃSKI**, M. and T. Wasilewski, “The International Tribunal for the Law of the Sea on Maritime Delimitation: The Bangladesh v. Myanmar Case.” *Ocean Development & International Law*, 2014. 45(2): p. 130.

<sup>40</sup> **RIESENBERG**, D.P., “International Tribunal for the Law of the Sea: Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar).” *International Legal Materials*, 2012. 51(4): p. 850.

<sup>41</sup> **PAN**, K., “A Re-Examination of Estoppel in International Jurisprudence.” *Chinese Journal of International Law*, 2018. 16(4): p. 761.

southwest and then southeast, aligning closely with the 1974 Agreed Minutes.<sup>42</sup>

In this case, ITLOS followed the “equidistance/relevant circumstances” method for setting the single maritime boundary. The process involved creating a provisional equidistance line, then adjusting it if necessary for fairness, and ensuring proportional maritime area allocation. The proportional maritime area allocation refers to coastal length. ITLOS chose base points for the equidistance line, excluding St. Martin’s Island to prevent bias. The tribunal adjusted the boundary only for Bangladesh’s concave coastline, disregarding arguments about St. Martin’s Island and the Bengal depositional system, emphasizing geographical factors.

Adjusting the line, ITLOS selected a starting point where the initial equidistance line unfairly restricted Bangladesh’s maritime projection. The Tribunal followed an azimuth of 215° from this point, coincidentally similar to Bangladesh’s proposed angle-bisector method, ensuring equitable access to maritime zones for both states. In the final stage, ITLOS postponed the proportionality assessment to after delimiting the continental shelf beyond 200 miles, focusing on comparing area ratios allocated to each state with their respective coast lengths. The defined “relevant area” for this assessment included regions beyond 200 miles and was calculated to be 283,471 km. Despite the parties’ differing estimates, ITLOS found that the division of the area was proportionate, with no significant disparities necessitating further adjustments to the boundary.

ITLOS addressed the CS boundary beyond 200 nautical miles, tackling its jurisdiction over this area and deciding to exercise it. ITLOS affirmed its authority over the entire shelf, both within and beyond 200 miles. Although UNCLOS requires states with CS claims beyond 200 miles to submit to the CLCS, ambiguity arises when overlapping claims exist. With both Bangladesh and Myanmar having submitted their

---

<sup>42</sup> CHURCHILL, R., “Bangladesh/Myanmar Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation.” *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012. 1: p. 137.

claims but lacking mutual consent for CLCS consideration, ITLOS deemed it necessary to proceed with delimitation to avoid jurisdictional stalemates and clarify uncertainties. ITLOS confirmed that both countries had valid claims to the shelf beyond 200 miles based on Article 76(4) of UNCLOS, focusing on geological criteria rather than natural prolongation arguments.<sup>43</sup> For the delimitation, ITLOS applied the “equidistance/relevant circumstances approach” uniformly, not differentiating between areas within and beyond 200 miles. The tribunal prioritized geographical features, particularly Bangladesh’s concave coastline, over geological and geomorphological factors.<sup>44</sup> Thus, the final boundary was established as an extension of the single maritime boundary, ensuring it did not infringe upon the rights of third parties like India.

ITLOS’s decision in this case to delimit the CS beyond 200 miles, while carefully reasoned, suggests that future international courts might need to approach similar situations with caution. In cases where entitlements and overlaps are less apparent, courts could face challenges in making judgments on complex geological facts. Nonetheless, the resolution of this case before ITLOS has cleared the way for the CLCS to consider the individual submissions of Bangladesh and Myanmar, effectively circumventing the potential “jurisdictional black hole” described by Bangladesh.

ITLOS made a significant clarification regarding the concept of a “grey zone” in maritime law. This concept arises when an area falls outside 200 nautical miles from one state but within the same distance from another, creating potential jurisdictional overlap. Specifically, ITLOS’s ruling resulted in a grey zone on the Bangladesh side of the boundary, pertaining only to the continental shelf and not overlapping with Myanmar’s EEZ. ITLOS emphasized that both nations should

---

<sup>43</sup> **VEGA-BARBOSA, G.**, “The Admissibility of Outer Continental Shelf Delimitation Claims Before the ICJ Absent a Recommendation by the CLCS.” *Ocean Development & International Law*, 2018. 49(2): p. 111.

<sup>44</sup> **QIU, W.** and **W. Gullett**, “Quantitative analysis for maritime delimitation: Reassessing the Bay of Bengal delimitation between Bangladesh and Myanmar.” *Marine Policy*, 2017. 78: p. 49.

exercise their rights and responsibilities in this grey zone in accordance with the UNCLOS, particularly Articles 56, 58, 78, and 79. These articles highlight the need for states to consider each other's rights and duties in overlapping maritime areas. This decision by the Tribunal is unprecedented in international maritime law and brings about a complex scenario for both Bangladesh and Myanmar. Each country must now carefully balance their rights over the continental shelf and the EEZ, adhering to international law and respecting each other's maritime claims.<sup>4546</sup>

The practical implications of this grey zone are considerable. It necessitates that both Bangladesh and Myanmar prudently manage activities such as resource exploration or fishing in the water column and activities on the seabed. Such actions must be conducted in a manner that respects the entitlements of both nations, adhering to UNCLOS principles. This grey zone scenario, relatively rare in maritime delimitation cases, presents a complex situation for the involved states. The ITLOS<sup>47</sup> ruling sets an important precedent in international maritime law for handling such unique jurisdictional overlaps, emphasizing the need for cooperation and mutual respect between nations in managing their maritime spaces.

#### **D. Bangladesh vs. India Maritime Delimitation Case (2014)**

On July 7, 2014, the Arbitration Tribunal under Annex VII of UNCLOS resolved the maritime boundary dispute between Bangladesh and India in the Bay of Bengal. Initiated by Bangladesh in 2009, the tribunal's decision marked the conclusion of a long-standing disagreement. The case focused on defining the territorial sea, exclusive

---

<sup>45</sup> **NDIAYE**, T.M., "The judge, maritime delimitation and the grey areas." *Indian Journal of International Law*, 2015. 55(4): p. 495.

<sup>46</sup> **NORDQUIST**, M.H., et al., "Legal Order in the World's Oceans: UN Convention on the Law of the Sea. Chapter 8 ITLOS at Twenty: Reflections on Its Contribution to Dispute Settlement and the Rule of Law at Sea." 2017: Brill | Nijhoff. 190.

<sup>47</sup> **ISLAM MS**, "Maritime Security in a Technological Era: Addressing Challenges in Balancing Technology and Ethics." *Mersin University Journal of Maritime Faculty*, 2024, 6(1): p. 5.

economic zone, and continental shelf boundaries. Notably, this ruling was the second instance of a tribunal addressing the continental shelf delimitation beyond 200 nautical miles, contributing significantly to the evolution of international maritime boundary law.<sup>48</sup>

The Arbitral Tribunal confirmed its jurisdiction based on UNCLOS provisions, with no objections from either country. Given the absence of any declarations in line with Article 287(3) of the UNCLOS, and no written exclusions of dispute types as per Article 298 UNCLOS, the Tribunal unanimously affirmed its jurisdiction. It was noted by the Tribunal that submissions by both countries regarding the outer limits of the CS beyond 200 nautical miles were under consideration by the CLCS in accordance with Article 76 UNCLOS.<sup>49</sup> The Tribunal's decision followed the precedent set in the Bangladesh/Myanmar case, emphasizing that UNCLOS allows for delineation of the CS and dispute resolution to proceed concurrently. This approach clarified that the delineation process is not a prerequisite for delimitation under international law.

The Arbitral Tribunal undertook the task of delineating a unified boundary line that would encompass the TS, EEZ, and the CS. This process was divided into three distinct phases, each tailored to the specific legal considerations relevant to these different maritime zones. The Tribunal's approach involved first delimiting the TS, then the EEZ and CS within 200 nautical miles, and finally, addressing the CS extension beyond 200 nautical miles. The decision on the delimitation line, while largely agreed upon, included a partial dissent by one of the Tribunal members, Rao.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> **KALDUŃSKI**, M., "A Commentary on Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India Concerning the Bay of Bengal." *Leiden Journal of International Law*, 2015. 28(4): p. 828.

<sup>49</sup> **JAFARI**, a., A. Shaheydar, and s. rasoulpourNalkiyashary, "Maritime Delimitation zones in the Light of Judicial and Arbitratory Awards (Case Study of Bengal Bay)." *The Quarterly Journal of Judicial Law Views*, 2023. 25(90): p. 59.

<sup>50</sup> **SUAREZ**, S.V., "The Arbitral award in the Bangladesh/India Maritime Delimitation in the Bay of Bengal and Its Contribution to International Maritime Boundary Law: A Case Commentary." *Maritime Safety and Security Law Journal*, 2016(2): p. 83.

The Arbitral Tribunal conducted a thorough delimitation of the TS, EEZ, and the CS up to and beyond 200 nautical miles, in line with UNCLOS standards. For the TS, the Tribunal employed the “median/equidistance principle,” as outlined in Article 15 of UNCLOS. The provisional equidistance line was drawn using key points from both Bangladesh and India, with adjustments made for special circumstances, such as the alignment with the Radcliffe Award’s land boundary terminus.<sup>51</sup>

For the EEZ and continental shelf within 200 nautical miles, the Arbitral Tribunal applied the “equidistance/relevant circumstances method” as per UNCLOS, adjusting the provisional equidistance line for geographical and socio-economic factors. This addressed Bangladesh's concerns about its concave coastline and fishing dependence. The same method was extended to the CS beyond 200 nautical miles, again adjusting for the coastline’s concavity to ensure equitable maritime boundaries for both Bangladesh and India. In all stages of the delimitation, the Tribunal conducted a thorough examination of geographical, legal, and socio-economic aspects, ensuring an equitable distribution of maritime spaces between Bangladesh and India, while also setting a precedent in maritime delimitation jurisprudence. This case was a rare opportunity to refine legal guidelines for such delimitations. However, the Tribunal’s approach didn’t fully explore the issue. It missed clarifying the overlap of entitlements to the extended shelf, a crucial aspect of delimitation. The claim for a shelf beyond 200 nautical miles requires geological evidence, as per UNCLOS Article 76(4), but the Tribunal relied on the mutual recognition of claims by the countries, simplifying the process. This approach left key legal and geological aspects of extended continental shelf claims underexplored, not fully utilizing the opportunity to set a precedent in international maritime law.

---

<sup>51</sup> FARHANA, F., “Consistency and Predictability in International Tribunals Decision on Maritime Delimitation Cases From 2009 to 2019.” Indonesian Journal of International Law., 2020. 18: p. 23.



The Tribunal created a “grey area” beyond 200 nautical miles from Bangladesh but within India's 200-mile limit. This led to a unique arrangement where Bangladesh has rights over the CS resources, while India controls the EEZ above. The countries were directed to collaboratively manage this overlap. This scenario mirrors a similar “grey area” in the Bangladesh/Myanmar case, allowing Bangladesh CS access beneath its neighbors' EEZs. The Tribunal's decision reflects the evolving complexities in maritime boundary delimitation, especially given environmental changes like rising sea levels. Notably, the Tribunal chose not to consider low-tide elevations or potential future coastal changes in their decision-making. This alignment with the ITLOS ruling in the Bangladesh/Myanmar case demonstrates a consistent judicial approach to outer continental shelf delimitation in international law.

## CONCLUSION

Maritime delimitation is a complex and multifaceted issue. Analyzing it reveals important legal, geopolitical, and geographical aspects of international maritime law. The study covers the history of maritime boundary demarcation, emphasizing the shift from traditional methods to modern legal frameworks, mainly under UNCLOS. Initially grounded in practices like the median and thalweg line principles, maritime boundary demarcation has undergone a significant transformation. This evolution is evident in the codification processes of the 1958 Geneva Conventions and the 1982 UNCLOS, which introduced and refined principles like Equidistance/Special Circumstances and Equitable Principles. The research highlights a significant jurisprudential shift from equitable principles to a normativity approach in maritime delimitation. This shift is marked by a growing preference for the Equidistance/Relevant Circumstances principle, seeking a balance between predictability and fairness. The study underscores the role of geographical and non-geographical factors in maritime delimitation. Factors like the general configuration of coasts, the presence of small islands, and proportionality play critical roles in shaping maritime boundaries.

Several case decisions are addressed in this article. The complexities and challenges associated with the application of delimitation principles and strategies to resolve international conflicts are exemplified by these cases. The resolutions achieved under ITLOS, and the Annex VII Arbitral Tribunal underscore the effective application of international law in resolving boundary conflicts.

The findings from this study reveal the criticality of a rule-based approach in international maritime law, particularly emphasizing the Equidistance/Relevant Circumstances principle. This principle, while ensuring predictability and fairness, also accommodates the unique geographical and non-geographical aspects of each maritime boundary dispute. Furthermore, the Bangladesh maritime boundary disputes with India and Myanmar highlight the effective application of international law in resolving complex geopolitical conflicts. These disputes demonstrate the importance of international legal platforms, such as ITLOS and the Annex VII Arbitral Tribunal, in achieving equitable resolutions based on the principles of international maritime law.

The transition from equitable principles to a more normative approach in maritime delimitation underscores the evolving nature of international maritime law. This shift, favoring predictability and stability, reflects a balancing act between adherence to established legal norms and the unique circumstances of each delimitation case. The study also underscores the importance of incorporating scientific methods and technical expertise in the delimitation process. This approach is vital for an objective determination of relevant coastlines and ensuring proportionality in maritime boundary demarcation. Based on the case discussions presented, it is evident that actionable steps are necessary for future maritime disputes and policy-making. These steps should prioritize the clear and consistent interpretation of UNCLOS principles, alongside the integration of scientific methods to objectively determine relevant coastlines and ensure proportionality. International tribunals, in particular, should aim for greater uniformity in applying UNCLOS, especially in cases involving intricate maritime boundaries. Additionally, there is a pressing need for specific legal frameworks to manage overlapping jurisdictions in "grey areas" beyond 200 nautical

miles. The delimitation processes should strike a balance between legal principles and the geopolitical context to arrive at feasible solutions. Furthermore, non-geographical factors such as economic needs and historical usage should be given greater consideration in these processes. Finally, it is essential to establish mechanisms for the regular review and updating of maritime boundaries to accommodate changes in geography and international law.

## REFERENCES

- ANDERSON, D.H., "Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)." *American Journal of International Law*, 2012. 106(4): p. 824.
- ANTUNES, N.S.M., "The 1999 Eritrea–Yemen Maritime Delimitation Award and The Development of International Law." *International and Comparative Law Quarterly*, 2001. 50(2): p. 304.
- BOURNE, G.B. and D.M. McRae, "Maritime Jurisdiction in the Dixon Entrance: The Alaska Boundary Re-Examined." *Canadian Yearbook of international Law/Annuaire canadien de droit international*, 1977. 14: p. 179.
- BOYLE, A.E., "The Law of Treaties and the Anglo-French Continental Shelf Arbitration." *International and Comparative Law Quarterly*, 1980. 29(2-3): p. 502.
- BRAVENDER-COYLE, P., "The emerging legal principles and equitable criteria governing the delimitation of maritime boundaries between states." *Ocean Development & International Law*, 1988. 19(3): p. 219.
- BROWN, E.D., "The Tunisia-Libya continental shelf case: A missed opportunity." *Marine Policy*, 1983. 7(3): p. 142.
- CHURCHILL, R., "Bangladesh/Myanmar Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation." *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012. 1: p. 137.
- CIARLI, S. and K. McLachlan, "A Bibliographic Review: Studies of Libya's International Borders." *Libyan Studies*, 1996. 27: p. 90.
- COTTIER, T., "Equitable principles of maritime boundary delimitation." 2015: Cambridge University Press. p. 518
- DYKE, J.M.V., "The Role of Islands in Delimiting Maritime Zones: The Case of the Aegean Sea." *Ocean Yearbook Online*, 1989. 8(1): p. 54.
- EVANS, M.D., "Less Than an Ocean Apart: The St Pierre and Miquelon and Jan Mayen Islands and the Delimitation of Maritime Zones."

International and Comparative Law Quarterly, 1994. 43(3): p. 690.

**FARHANA, F.**, Consistency and Predictability in International Tribunals Decision on Maritime Delimitation Cases From 2009 to 2019. Indonesian Journal of International Law., 2020. 18: p. 23.

**FISHER, M.H.**, An environmental history of India: from earliest times to the twenty-first century. Vol. 18. 2018: Cambridge University Press. 280.

**GARCÍA CH, M.C.** and J. Gupta, "Environmental and sociocultural claims within maritime boundary disputes." Marine Policy, 2022. 139: p. 2.

**HASAN, M.M.**, et al., "Protracted maritime boundary disputes and maritime laws." Journal of International Maritime Safety, Environmental Affairs, and Shipping, 2019. 2(2): p. 90.

**HIGGINS, R.**, "Problems and process: international law and how we use it." Oxford University Press, 1995. 28(3): p. 129.

**ISLAM MS**, "Maritime Security in a Technological Era: Addressing Challenges in Balancing Technology and Ethics." Mersin University Journal of Maritime Faculty, 2024, 6(1): p. 5.

**ISLAM MS**, "Maritime Diplomacy and Regional Cooperation Mechanisms: Insights from the Black Sea and Bay of Bengal." Millennial Asia, 2024, (0): p. 15

**JAFARI, a.**, A. Shaheydar, and s. rasoulpour Nalkiyashary, "Maritime Delimitation zones in the Light of Judicial and Arbitratory Awards (Case Study of Bengal Bay)." The Quarterly Journal of Judicial Law Views, 2023. 25(90): p. 59.

**KALDUŃSKI, M.** and T. Wasilewski, "The International Tribunal for the Law of the Sea on Maritime Delimitation: The Bangladesh v. Myanmar Case." Ocean Development & International Law, 2014. 45(2): p. 130.

**KALDUŃSKI, M.**, A Commentary on Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India Concerning the Bay of Bengal. Leiden Journal of International Law, 2015. 28(4): p. 728.

- KIM, S.K.**, "China and Japan Maritime Disputes in the East China Sea: A Note on Recent Developments." *Ocean Development and International Law - OCEAN DEV INT LAW*, 2012. 43: p. 297.
- KOLB, R.**, Selected Problems in the Theory of Customary International Law. *Netherlands International Law Review*, 2003. 50(2): p. 125.
- KWIATKOWSKA, B.**, "Barbados/Trinidad and Tobago. Award on Jurisdiction and Merits." *The American Journal of International Law*, 2007. 101(1): p. 152.
- KWIATKOWSKA, B.**, "The 2006 Barbados/Trinidad and Tobago Award: A Landmark in Compulsory Jurisdiction and Equitable Maritime Boundary Delimitation." *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2007. 22(1): p. 12.
- MARSTON, G.**, "North Sea Continental Shelf Cases." *Federal Law Review*, 1969. 3(2): p. 285.
- MIRON, A.**, A Practitioner's Guide to Maritime Boundary Delimitation Maritime Boundary Delimitation: The Case Law. Is It Consistent and Predictable? *European Journal of International Law*, 2020. 31(1): p. 374.
- MISHRA, R.**, "The 'Sir Creek 'Dispute: Contours, Implications and the Way Ahead. *Strategic Analysis*, 2015. 39(2): p. 190.
- NALDI, G.J.**, Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad). *International and Comparative Law Quarterly*, 1995. 44(3): p. 685.
- NDIAYE, T.M.**, "The judge, maritime delimitation and the grey areas." *Indian Journal of International Law*, 2015. 55(4): p. 495.
- NELSON, L.D.M.**, "The North Sea Continental Shelf Cases and Law-Making Conventions." *The Modern Law Review*, 1972. 35(1): p. 53.
- NORDQUIST, M.H.**, et al., "Legal Order in the World's Oceans: UN Convention on the Law of the Sea. Chapter 8 itlos at Twenty: Reflections on Its Contribution to Dispute Settlement and the Rule of Law at Sea." 2017: Brill | Nijhoff. 190.

- ØSTRENG**, W., et al., "Ocean Law Debates: The 50-Year Legacy and Emerging Issues for the Years Ahead, in Chapter 7 Small States in the Decision-Making Process of UNCLOS III." 2018, Brill | Nijhoff. p. 216.
- OUDE ELFERINK**, A.G. and A.G.O. Elferink, "The Law of Maritime Boundary Delimitation: A Case Study of the Russian Federation." Chapter II The Case Law concerning Maritime Delimitation. 2021: Brill | Nijhoff. p. 50.
- PAN**, K., A Re-Examination of Estoppel in International Jurisprudence. Chinese Journal of International Law, 2018. 16(4): p. 761.
- PATEL**, B.N. and B. Patel, "The World Court Reference Guide and Case-Law Digest: Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice (2001-2010) and Case-Law Digest (1992-2010), in Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)." 2014, Brill | Nijhoff. p. 412.
- QIU**, W. and W. Gullett, "Quantitative analysis for maritime delimitation: Reassessing the Bay of Bengal delimitation between Bangladesh and Myanmar." Marine Policy, 2017. 78: p. 49.
- RHEE**, S.-M., "Sea Boundary Delimitation Between States Before World War II." American Journal of International Law, 1982. 76(3): p. 562.
- RIESENBERG**, D.P., "International Tribunal for the Law of the Sea: Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)." International Legal Materials, 2012. 51(4): p. 850.
- SCOVAZZI**, T., R. Barnes, and R. Long, "Frontiers in International Environmental Law: Oceans and Climate Challenges: Essays in Honour of David Freestone, in Chapter 8 The Frontier in the Historical Development of the International Law of the Sea." 2021, Brill | Nijhoff. p. 229.
- SHAH**, R., "Bangladesh–Myanmar ITLOS Verdict: Precedence for India?" Strategic Analysis, 2013. 37(2): p. 178.

- STEINER, Z.S.** and K. Neilson, "Britain, Germany and France, 1912–14: Flexibility and Constraint, in Britain and the Origins of the First World War." 2003, Macmillan Education UK: London. p. 100-116.
- SUAREZ, S.V.**, "The Arbitral award in the Bangladesh/India Maritime Delimitation in the Bay of Bengal and Its Contribution to International Maritime Boundary Law: A Case Commentary." *Maritime Safety and Security Law Journal*, 2016(2): p. 83.
- TAN, K.Y.** and A.A. Faruque, "Asian Yearbook of International Law, Volume 18 (2012). Judgment in Maritime Boundary Dispute between Bangladesh and Myanmar: Significance and Implications under International Law." 2016: Brill | Nijhoff. 70.
- TANAKA, Y.**, "Reflections On Maritime Delimitation In The Romania/Ukraine Case Before The International Court Of Justice." *Netherlands International Law Review*, 2009. 56(3): p. 403.
- TANAKA, Y.**, "The International Law of the Sea." *Chinese Journal of International Law*, 2011. 10(1): p. 173-175.
- THIRLWAY, H.**, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989: Part Seven." *The British Yearbook of INTERNATIONAL LAW*, 1996. 66(1): P. 50.
- VEGA-BARBOSA, G.**, "The Admissibility of Outer Continental Shelf Delimitation Claims Before the ICJ Absent a Recommendation by the CLCS." *Ocean Development & International Law*, 2018. 49(2): p. 111.
- VINATA, R.T.**, M.T. Kumala, and C. Yustisia Serfiyani, "Climate change and reconstruction of Indonesia's geographic basepoints: Reconfiguration of baselines and Indonesian Archipelagic Sea lanes." *Marine Policy*, 2023. 148: p. 2.



## ÇEVRENİN KASTEN VE TAKSİRLE KİRLLETİLMESİ SUÇLARINDA İÇTİMA SORUNU

Arş. Gör. İlbilge Selcen PEKER\*

### Öz

Çevrenin kasten kirletilmesi suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 181’de hüküm altına alınmıştır. İlgili düzenlemede birbirinden bağımsız iki farklı suç tipine yer verilmiştir. Çevrenin taksirle kirletilmesi suçu ise Türk Ceza Kanunu m. 182’de, çevrenin kasten kirletilmesi suçuna benzer şekilde düzenlenmiştir. Türk hukukunda çevreyi korumaya yönelik olarak farklı kanunlarda düzenlenmiş birçok suç ve kabahat yer almaktadır. Bu durum Türk Ceza Kanununda düzenlenen çevrenin kasten ve taksirle kirletilmesi suçları ile diğer suçlar ve çevre kabahatleri arasında içtima sorununun ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Bu çalışmada çevrenin kasten ve taksirle kirletilmesi suçları unsurlarıyla birlikte ayrı ayrı incelenmiştir. Ancak içtima ile doğrudan ilgisi olmaması sebebiyle hukuka aykırılık, kusurluluk, teşebbüs, iştirak, kovuşturma ve yaptırım konularına ilişkin açıklamalarda bulunulmamıştır. Son olarak içtima hakkında genel bilgiler verildikten sonra çevrenin kasten ve taksirle kirletilmesi suçlarındaki içtima ilişkisi doktrindeki tartışmalar ve Yargıtay tarafından verilen karar çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

\* Arş. Gör., KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye | Res. Asst., KTO Karatay University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Konya, Türkiye  
✉ ilbilge.peker@karatay.edu.tr • ORCID 0000-0002-1585-4098

✉ **Atıf Şekli** | **Cite As:** PEKER, İlbilge Selcen: “Çevrenin Kastem ve Taksirle Kirletilmesi Suçlarında İçtima Sorunu”, SÜHFD, C. 32, S. 3, 2024, s. 1807-1860.

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

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

- Çevre Kirliliği • Çevrenin Kasten ve Taksirle Kırletilmesi • Çevre Ceza Hukuku • İctima • Çevreye Karşı Suçlar

## THE PROBLEM OF CONCURRENCE IN THE OFFENSES OF INTENTIONAL AND NEGLIGENT POLLUTION OF THE ENVIRONMENT

### Abstract

The offense of intentional pollution of the environment is regulated under Article 181 of the Turkish Penal Code. Two different types of offenses independent of each other are included in the relevant regulation. The offense of negligent pollution of the environment is regulated in Article 182 of the Turkish Penal Code, similar to the offense of intentional pollution of the environment. In Turkish law, there are many offenses and misdemeanours regulated in different laws in order to protect the environment. This situation has led to the emergence of the problem of concurrence between the crimes of intentional and negligent pollution of the environment regulated in the Turkish Penal Code and other offenses and environmental misdemeanours.

In this study, the offenses of intentional and negligent pollution of the environment are examined separately with their elements. However, since they are not directly related to concurrence, explanations on unlawfulness, culpability, attempt, participation, prosecution and sanction were not made. Finally, after providing general information about concurrence, the relationship of concurrence in the offences of intentional and negligent pollution of the environment is evaluated separately within the framework of doctrinal discussions and the decision of the Court of Cassation.

### Keywords

- Environmental Pollution • Intentional and Negligent Pollution of The Environment • Environmental Criminal Law • Concurrence • Offenses against the Environment

## GİRİŞ

Çevre kirliliği, canlıların yaşamını tehdit eden ve çevresel değerler ile ekolojik denge üzerinde olumsuz etkiler yaratan evrensel bir sorundur. Özellikle sanayileşmenin ve teknolojik gelişmelerin etkisiyle hızla artan bir ivme yakalayan çevre kirliliği, günümüzde oldukça ciddi boyut-

lara ulaşmıştır. Bu artışın en önemli sebeplerinden birisi de dünya genelinde yaşanan çevresel felaketler olmuştur. Amerika Birleşik Devletlerinden Japonya'ya; Ukrayna'dan Avustralya'ya kadar birçok ülkede yaşanan bu felaketlerde zehirli gazlar atmosfere yayılmış, tonlarca petrol denize dökülmüş, yüksek miktarda radyasyon açığa çıkmış, zehirli atıklar toprağa karışmış ve çevresel değerler insanoglu tarafından ciddi şekilde tahrip edilmiştir<sup>1</sup>. Bunlara bağlı olarak bazı bölgelerde ormanlar ve bitki örtüsü yok olmuş, toprak verimliliği azalmış, canlılar yaşamını yitirmiştir<sup>2</sup>. Çevre kirliliği ve çevresel felaketler arasında süregelen bu ilişki zamanla daha büyük ve kalıcı problemlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır: Ekolojik denge bozulmaya başlamış, küresel ısınma artmış, iklim değişiklikleri ile birlikte canlı türleri yok olma tehdidiyle karşı karşıya kalmıştır<sup>3</sup>.

Çevre kirliliğinin tüm dünyayı etkisi altına almaya başlaması özellikle XX. yüzyılın sonlarına doğru uluslararası toplumu harekete geçirmiştir. Çevrenin korunmasına yönelik politikaların geliştirilmesi amacı ile çeşitli konferanslar düzenlenmiş, uluslararası sözleşmeler ve protokoller imzalanmıştır. 1972 yılında Birleşmiş Milletler (BM) tarafından Stockholm İnsan ve Çevre Konferansının gerçekleştirilmesiyle başlayan bu süreç<sup>4</sup>, günümüzde de varlığını sürdürmektedir. Özellikle BM, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliğinin (AB) bu konuda önemli bir rol üstlendiğini söylemek mümkündür. Şimdiye kadar iklim değişikliği, ozon tabakasının incilmesi, hava kirliliği, deniz kirliliği, biyolojik çeşitliliğin azalması gibi

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: **AYGÖRMEZ UĞURLUBAY**, Gülsün Ayhan, Çevreye Karşı Suçlar, Türk ve Alman Ceza Hukukunda Güncel Sorunlar, 1. Baskı, Ankara 2015, s. 27-30. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde Deepwater Horizon isimli petrol platformunun çökmesi neticesinde 11 kişi yaşamını yitirmiş ve 4,1 milyon varil ham petrol 87 gün boyunca Meksika Körfezine yayılmıştır: **STEINZOR**, Rena, "How Criminal Law Can Help Save the Environment," Environmental Law 46, No. 1, 2016, s. 220. Macaristan'daki kırmızı çamur kirliliği neticesinde ise 10 kişi hayatını kaybetmiş, 286 kişi yaralanmıştır. Ayrıca kirliliğin etkisiyle Ogliolo deresindeki tüm yaşam sona ermiştir.: **NAGLY**, Anita, "The Protection of Water through Criminal Law", Journal of Agricultural and Environmental Law 14, No. 26, 2019, s. 140.

<sup>2</sup> **AYGÖRMEZ UĞURLUBAY**, s. 27-30.

<sup>3</sup> <https://www.ipcc.ch/2021/08/09/ar6-wg1-20210809-pr/> (Erişim Tarihi: 20.07.2024); <https://www.hurriyet.com.tr/seyahat/30-binden-fazla-canli-turunun-nesli-tukenme-tehlikesi-altinda-41477278> (Erişim Tarihi: 20.07.2024).

<sup>4</sup> **AŞAN**, Dilek, "1972 Stockholm İnsan ve Çevre Konferansı", Su ve Çevre Teknolojileri Dergisi, S. 169, 2022, s. 37, 38.

çevresel sorunlara ilişkin birçok sözleşme imzalanmıştır<sup>5</sup>. Ayrıca AB tarafından çevrenin ceza hukuku aracılığıyla korunmasını öngören direktifler yayımlanmıştır.

Çevre ve çevre ceza hukukunda yaşanan bu gelişmeler zaman içerisinde Türk hukuk sistemini de etkilemiştir. Türk hukukunda çevrenin korunmasına yönelik olarak farklı kanunlarda birçok suç ve kabahat düzenlenmiştir. 1982 Anayasası m. 56'da her bireyin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca devlete ve vatandaşlara çevrenin geliştirilmesi, çevre kirliliğinin önlenmesi ve çevre sağlığının korunması ödevi yüklenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) m. 1'de ise bu kanunun amaçlarından birisinin çevreyi korumak olduğu ifade edilmiştir. Aynı kanunun "*Çevreye Karşı Suçlar*" başlıklı bölümünde çevrenin kasten kirletilmesi suçu (m. 181), çevrenin taksirle kirletilmesi suçu (m. 182), gürültüye neden olma suçu (m. 183) ve imar kirliliğine neden olma suçu (m. 184) hüküm altına alınmıştır. Bunun dışında TCK m. 172, 173, 174'te, 2863 Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (KTVKK) m. 65'te, 3194 sayılı İmar Kanunu m. 42'de, Orman Kanunu m. 93/2'de, 2872 sayılı Çevre Kanunu (ÇK) m. 20'de, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (KK) m. 36, 38, 41 ve 42'de, Hayvanları Koruma Kanunu (HKK) m. 5/2, m. 28/b'de de çevreyi koruma amacına hizmet eden çeşitli suçlar ve kabahatler düzenlenmiştir<sup>6</sup>. Bu durum TCK'de düzenlenen çevrenin kirletilmesi suçları ile diğer suçlar ve çevre kabahatleri arasında içtima sorununun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Zira çevre suç ve kabahatleri konu, fiil ve manevi unsur yönünden birbirinden farklılaşsa da somut olayın özelliklerine göre kimi zaman içtima ilişkisi çerçevesinde tartışılması gereken durumlar ortaya çıkabilmektedir.

---

<sup>5</sup> GÖRGÉNYI, Ilona, "Environmental Human Rights and the Protection of the Environment through Criminal Law in the Light of Recent Developments", *Journal of Agricultural and Environmental Law* 17, No. 32, 2022, s. 44. Çevre ceza hukukunun uluslararası kaynakları için bkz.: **AYGÖRMEZ UĞURLUBAY**, s. 38-43.

<sup>6</sup> Ayrıca bkz.: 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 282; Karayolları Trafik Kanunu m. 30; 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu m. 36; 6381 sayılı Orman Kanunu m. 81; 3621 sayılı Kıyı Kanunu m. 15; 618 sayılı Limanlar Kanunu m. 11; 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu m. 18; 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun m. 18; 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m. 20, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu: **YOKUŞ SEVÜK**, Handan, *Çevre Hukuku: Doğal Çevrenin Korunması*, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 180.

Bu çalışmada öncelikle çevrenin korunmasında ceza hukukunun rolüne değinilmiştir. Daha sonra çevrenin kirletilmesi suçlarına ilişkin genel açıklamalarda bulunulmuş ve bu suçlar unsurlarıyla birlikte ayrı ayrı incelenmiştir. Ancak suç incelemesi yaparken konunun sınırlarını aşmamak amacıyla hukuka aykırılık, kusurluluk, teşebbüs, iştirak, kovuşturma ve yaptırım konularına ilişkin açıklamalarda bulunulmamıştır. Son olarak suçların içtimasına ilişkin kavramlar kabul ettiğimiz görüşler çerçevesinde açıklanmış ve kabahatler ile suçlar arasındaki içtima ilişkisi incelenmiştir. Çevrenin kasten ve taksirle kirletilmesi suçlarındaki içtima ilişkisi ise doktrindeki tartışmalar ve Yargıtay tarafından verilen karar çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

### I. ÇEVRENİN CEZA HUKUKU ARACILIĞIYLA KORUNMASI

Çevre bilincinin oluşması ve gelişmesi çevrenin korunmasında hukukun etkin bir rol oynaması gerektiği düşüncesini de beraberinde getirmiştir. Ancak hangi hukuk dalına ne zaman başvurulması gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. İlk zamanlarda özel hukuk ve idare hukuku ön plana çıkarken bu yaklaşım zamanla etkisini yitirmiştir. Bu iki hukuk dalının çevreye verilen zararları önleme ve çevrenin korunmasını sağlama konusunda yetersiz kalması üzerine çevrenin ceza hukuku aracılığı ile korunması gerektiği düşüncesi ortaya çıkmıştır<sup>7</sup>. Bazı yazarlar çevrenin ceza hukuku ile korunmasının *ultima ratio* (son çare) ilkesi ile ters düşeceğini ileri sürerken, bazıları çevre ceza hukukunun bu ilke ile uyum içerisinde olduğunu savunmuştur<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> ÜNVER Yener/NUHOĞLU, Ayşe, Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku, İstanbul 1999, s. 25 vd.; BALCI, Meral, "Çevre Ceza Hukukunun İdari Bağlılığı", Journal of Penal Law and Criminology 10, S. 1, 2022, s. 46; JAROLÍMKOVÁ, Andrea, "Enforcement of Environmental Protection through Criminal Law", Common Law Review 11, 2010, s. 33; SINAR, Hasan, "Çevre Ceza Hukukunun Gelişimi ve Çevrenin Ceza Normları ile Korunması Rejimi Yönünden Almanya ve Fransa Örnekleri", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2013, s. 420; ÖZGÜÇ, Levent Emre, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu, 1. Baskı, İstanbul 2020, s. 23. Bu üç hukuk dalı, avantajları ve dezavantajları ile birlikte çevrenin korunması bakımından önemli bir işlev görmektedir. Bunlar hakkında bkz.: MAVİŞ, Volkan, Türk Ceza Kanunu'nda Çevreye Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara 2021, s. 115, 116, 123.

<sup>8</sup> Çevre ceza hukukunun *ultima ratio* ilkesi ile uyum içerisinde olduğuna ilişkin olarak bkz.: AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan, Çevre Ceza Hukuku: Çevre Ceza Genel Hüküm-

Son zamanlarda dünya genelinde yaşanan çevresel felaketler ve çevreye verilen zararlar düşünüldüğünde, çevrenin korunmasında ceza hukukunun gerekliliği artık tartışılmaz bir hal almıştır. Çevrenin korunması, önleme yaklaşımı üzerine kuruluyken<sup>9</sup> diğer hukuk dallarına göre özel ve genel önleme işlevi daha etkin olan ceza hukukunun bu konuda devre dışı bırakılması düşünülemez<sup>10</sup>. Ayrıca günümüzde hakaret ve mala zarar verme gibi bireysel niteliği ön plana çıkan suçlar -suç olmaktan çıkarma eğilimi içerisinde tartışma konusu yapılırsa dahi- birçok ceza kanununda halen varlığını sürdürmektedir. Bu tür fiiller suç olmaya devam ederken toplumsal ve hatta evrensel bir değer olan çevrenin, ceza hukuku aracılığı ile korunmasının *ultima ratio* ilkesi bakımından tartışmaya açılması haklı olarak eleştirilmektedir<sup>11</sup>. Öyle ki, bazı yazarlar korunan hukuki değerler kolektif bir değere ilişkin olduğu hallerde ceza hukukunun ilk ve hatta yegâne çare olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir<sup>12</sup>.

Günümüzde birçok ülke de çevrenin ceza hukuku aracılığı ile korunması gerektiğini kabul ederek ceza kanunlarında çevreye karşı suçlara

---

ler C. I, 1. Baskı, İstanbul 2021, s. 2, 3. Büyük zarar veya tehditlerin söz konusu olduğu, diğer hukuk dallarının yetersiz kaldığı ve toplumu korumak amacıyla son çare olarak ceza hukukuna başvurulması gerektiğine ilişkin olarak bkz.: **NAGLY**, s. 130. Son çare ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **TAŞKIN**, Ozan Ercan, "Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2016, s. 60 vd.

<sup>9</sup> **GÜNEŞ**, Ahmet M., Çevre Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 40.

<sup>10</sup> Aynı yönde bkz.: **ÖZGÜÇ**, s. 24; **YILMAZ**, Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 24; **MAVİŞ**, s. 127; **AYGÖR-MEZ**, s. 2. Özellikle şirket yöneticileri açısından ceza hukukunun devreye girmesinin caydırıcılık için büyük öneme sahip olduğu ifade edilmektedir. **STEINZOR**, s. 214. Ceza hukukunun damgalama etkisinin de çevre suçlarının şirketler bünyesinde işlenmemesi açısından önemli bir etken olduğu belirtilmektedir. **UHLMANN**, David M., "Protection of the Environment through Criminal Law: An American Perspective," Law Review 6, no. 2, 2016, s. 159.

<sup>11</sup> **TAŞKIN**, Ozan Ercan, "Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 3, S. 1, 2015, s. 125, 126. Benzer yönde bkz.: **MAVİŞ**, s. 127.

<sup>12</sup> **TAŞKIN**, Son Çare, s. 84. Çevre ceza hukukunun ilk ortaya çıktığı dönemde birincil araç olarak kullanıldığı ifade edilmektedir.: **FAURE**, Michael G., "The Revolution in Environmental Criminal Law in Europe," Virginia Environmental Law Journal 35, No. 2, 2017, s. 324.

yer vermektedir<sup>13</sup>. Uluslararası alanda ise özellikle AB tarafından önemli adımlar atılmaktadır. AB Konseyi tarafından 2008/99/EC sayılı Direktif ile üye devletlerin ulusal mevzuatlarında çevre suçlarına yer vermesi ve bu suçların ihlali halinde gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de ayrıca yaptırımlara tabi tutulması öngörülmüştür<sup>14</sup>. AB, bu direktiflerle asgari çevre koruma standartlarının oluşturulmasını amaçlamıştır<sup>15</sup>. Ancak tüm bu girişimlere rağmen çevre suçlarında bir düşüş yaşandığından söz etmek mümkün değildir. Nitekim AB Komisyonunun 2008/99/EC sayılı Direktif ile ilgili olarak yaptığı bir değerlendirmeye göre, 2011-2019 yılları arasında AB'ye üye devletlerde işlenen çevre suçları; uyuşturucu kaçakçılığı, sahtecilik ve insan ticareti suçlarından sonra dördüncü en büyük suç kategorisini oluşturmaktadır<sup>16</sup>. Alınan bu sonuçlar çevrenin korunması için daha sert ve kapsamlı düzenlemelerin yapılması gerekliliğini

<sup>13</sup> Bu konuda ilk adım atan ülkelerden birisi ABD'dir. ABD'de 1970 yılından itibaren çevrenin ceza hukuku ile korunmasına yönelik adımlar atılmaya başlanmıştır: **JAROLÍMKOVÁ**, s. 35. Almanya'da ise ilk olarak 1980 yılında Çevre Suçlarıyla Mücadele Kanununu yürürlüğe girmiştir. Daha sonra bu kanunda ve diğer başka kanunlarda yer alan suçlar, ceza kanununun kapsamına alınmıştır. Böylelikle çevre ceza hukukunun da gerçek anlamda bir ceza hukuku dalı olduğunu göstermek ve toplumunun çevre bilincini artırmak amaçlanmıştır: **KRETSCHMER**, Bernhard, "Das Umweltstrafrecht und Das Umweltordnungswidrigkeitenrecht in Deutschland", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, Özel Sayı, 2010, s. 57. Alman Ceza Kanununda hüküm altına alınan çevreye karşı suçların Türkçe çevirisi için bkz.: **YENİSEY**, Feridun/Plagemann, **GOTTFRIED**, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2015.

<sup>14</sup> Direktif metni için bkz.: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0099> (Erişim Tarihi: 15.07.2024). AB Konseyi'nin bu Direktifi, ceza yaptırımlarının -idare ve medeni hukuka nazaran- daha caydırıcı olduğu düşüncesine dayanmaktadır: **JAROLÍMKOVÁ**, s. 33; **GÖRGÉNYI**, s. 48.

<sup>15</sup> **JAROLÍMKOVÁ**, s. 34. Devletler de söz konusu direktifleri kanunlarına yansıtma eğilimi içerisindedirler. Örneğin Macar çevre ceza hukukunun bu direktiflerden önemli ölçüde etkilendiği ifade edilmektedir: **NAGLY**, s. 131.

<sup>16</sup> **GÖRGÉNYI**, s. 49. Almanya özelinde 2010-2020 yılları arasında yapılan bir çalışmada ise çevre suçlarının %3 oranını azaldığı tespit edilmiştir. Ancak bu durumun da daha ziyade düşük bütçe ve personel eksikliğinden kaynaklandığı belirtilmektedir: **SINA**, Stephan/**DUIN**, Laurens/ **TRÖLTZSCH**, Jenny, Umweldelikte 2021 Auswertung von Statistiken, Berlin 2023, s. 98; **RICHTER**, Nancy, Das deutsche Umweltstrafrecht in der Kritik – eine ineffektiv ausgestaltete Rechtsmaterie?, der Hochschule Meißen (FH) und Fortbildungszentrums, Meißen 2021, s. 38.

ortaya koymuştur. Bunun üzerine AB, yeni bir direktif yayımlamak için harekete geçmiştir. Yapılan çalışmalar neticesinde 2024/1203 sayılı Direktif 11 Nisan 2024 tarihinde kabul edilmiş ve 20 Mayıs 2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>17</sup>.

Günümüzde 2008/99/EC sayılı Direktifin yerini 2024/1203 sayılı Direktif almıştır<sup>18</sup>. Bu yeni Direktifle çevre suçlarının kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca çevrenin korunmasında ceza hukukunu da içerisine alan çok yönlü bir yaklaşıma ihtiyaç duyulduğu düşüncesine<sup>19</sup> uygun şekilde gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek birçok tedbire yer verilmiştir<sup>20</sup>. Direktif 5(3)'te ve 7(2)'de çevrenin eski haline getirilmesi veya çevreye verilen zarar için tazminat ödenmesi, ilgili suçun işlenmesine neden olan faaliyetlerin sürdürülmesine yönelik izin ve yetkilerin geri alınması, para cezalarının miktarının çevreye verilen zararın ağırlığı ve süresi ile suçtan elde edilen menfaatler dikkate alınarak belirlenmesi gibi bazı önemli tedbirler öngörülmüştür. Ortaya konulan bu yenilikler doktrindeki "*toolbox*" yaklaşımının bir yansıması niteliğindedir<sup>21</sup>. Bu yaklaşım, çevre suçları için öngörülen tedbirlerin hapis ve para cezası ile sınırlandırılmamasını ve seçenek tedbirler arasından suça en uygun olanının belirlenmesini öngörmektedir. Çevre ceza hukukunda "*toolbox*" anlayışını karakterize eden en önemli unsurlardan birisi, tedbirlerin çeşitlendirilmiş olmasıdır. Yaklaşım bu yönüyle son çare ilkesine de uygun bir nitelik arz etmektedir<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> **AKBULAK**, Yavuz, "Çevreye Karşı Bir 'Özen Yükümlülüğü'nün Oluşturulması mı? Avrupa Birliği 'Çevre Suçları Direktifi'nin Zorlukları ve İlerleme Süreci (Bölüm 1)", <https://legal.com.tr/blog/cevre-hukuku/cevreye-karsi-bir-ozen-yukum-lulugunun-olusturulmasi-mi-avrupa-birligi-cevre-suclari-direktifinin-zorluklari-ve-ilerleme-sureci-bolum-1/> (Erişim Tarihi: 22.07.2024).

<sup>18</sup> Direktif metni için bkz.: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L\\_202401203](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401203) (Erişim Tarihi: 23.07.2024).

<sup>19</sup> **ALI**, Mahrus/**WAHANISA**, Rofi/**BARKHUIZEN**, Jaco/**TERRAPHAN**, Papontee: "Protecting Environment through Criminal Sanction Aggravation," *Journal of Indonesian Legal Studies* 7, No. 1, 2022, s. 194.

<sup>20</sup> Örneğin Alman hukukunda zararın tazmini ve eski hale getirme gibi uygulamalar kullanılmaktadır. **SINAR**, s. 432.

<sup>21</sup> Bkz.: **AKBULAK**. *Toolbox* yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **FAURE**, s. 353-355.

<sup>22</sup> **FAURE**, s. 324.



## II. ÇEVRENİN KASTEN VE TAKSİRLE KİRLLETİLMESİ SUÇLARINA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Çevrenin kasten kirletilmesi suçu TCK m. 181'de düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya verilmesi; ikinci fıkrasında ise atık veya artıkların izinsiz olarak ülkeye sokulması birbirinden bağımsız suçlar olarak hüküm altına alınmıştır<sup>23</sup>. Söz konusu suçların nitelikli halleri, üçüncü ve dördüncü fıkralarda düzenlenmiştir<sup>24</sup>. Son olarak beşinci fıkrada, TCK m. 181/2-3-4'te yer alan fiillerden dolayı tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması kabul edilmiştir. TCK m. 181/1 açısından ise herhangi bir belirleme yapılmamıştır.

Çevrenin kirletilmesi suçlarının düzenlendiği maddelerde veya bu maddelerin gerekçesinde atık, artık, çevre, toprak, su ve hava kavramlarının tanımlarına yer verilmemiştir. Bu kavramlar doktrinde yönetmelikler ve diğer kanunlar ile söz konusu kavramların günlük dildeki karşılıklarından yararlanmak suretiyle açıklanmaktadır. ÇK m. 2'ye göre her türlü madde atık sınıfında yer almaz. Bir maddenin atık olarak nitelendirilebilmesi için bir faaliyet neticesinde ortaya çıkmış olması gerekir. ÇK m. 2'de yer alan atık tanımı bu yönüyle eleştiriye açıktır. Nitekim Atık Yönetimi Yönetmeliği m. 4/1-d'de, ÇK'dekine nazaran daha geniş bir tanım yapılmıştır. İlgili yönetmelikte atığın bir faaliyet neticesinde ortaya çıkmış olması aranmamış, çevreye verilen her türlü madde ve materyal atık olarak nitelendirilmiştir. Artık kavramı ise mevzuatımızda tanımlanmamıştır. Ancak doktrinde artık kavramı, bu kelimenin sözlük anlamından yola çıkmak suretiyle açıklanmaktadır. Buna göre artık; tüketildikten veya kullanıldıktan sonra ondan geriye kalan maddeyi ifade etmektedir<sup>25</sup>. Çevre ise ÇK m. 2'de tanımlanmıştır. Buna göre çevre; canlıların birbirleriyle etkileşim içinde oldukları, ilişkilerini devam ettirdikleri biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortamdır.

<sup>23</sup> YOKUŞ SEVÜK, Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 521. TCK m. 181/2 ile m. 181/1'deki "atık veya artık"lara atıf yapıldığına ve bu sebeple m. 181/2'nin nitelikli hal olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz.: ÖZEN, Mustafa, "Çevreye Karşı Suçlar (TCK M. 181, 182)", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 1, 2010, s. 1419.

<sup>24</sup> TCK m. 181/3'ün hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bu konu "Nitelikli Haller" başlığı altında ayrıntılı şekilde açıklanmıştır.

<sup>25</sup> YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, s. 313

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kanunu m. 3'te toprak "*mineral ve organik maddelerin parçalanarak ayrışması sonucu oluşan, yeryüzünü ince bir tabaka halinde kaplayan, canlı ve doğal kaynak*" olarak ifade edilmiştir<sup>26</sup>. Su kavramı da mevzuatımızda tanımlanmamıştır. Ancak doktrinde suyun kapsamına "*devamlı olarak veya zaman zaman yatağından akan veya durgun olan veya kaynağından doğal olarak çıkan yüzey suyu, doğal dönüşüme katılan tüm yer altı suyu, yeraltı boşluklarında veya ev kuyularındaki akan veya durgun su ve denizler*" in gireceği kabul edilmiştir<sup>27</sup>. Çevrenin kirletilmesi suçunun konusunu oluşturan havanın ise, dünya yüzeyini kaplayan atmosferik hava olduğu ifade edilmiştir<sup>28</sup>.

Çevrenin kasten kirletilmesi suçunun birinci fıkrasında atık veya atıkların alıcı ortama (toprak, su, hava) mevzuatta<sup>29</sup> öngörülen usullere aykırı şekilde verilmesi arandığı için burada bağlı hareketli bir suç söz konusudur<sup>30</sup>. Dolayısıyla teknik usullere aykırılık taşımayan fiiller, tipikliğe uymadığı için bu suça vücut vermeyecektir. Ayrıca madde metninde çevreye zarar verme şartı aranmadığı, ancak "*çevreye zarar verecek şekilde*" ifadesine yer verilerek hareketin tehlikenin gerçekleşmesi açısından elverişli olması arandığı için suç, potansiyel tehlike suçudur<sup>31</sup>. Bu sebeple somut

<sup>26</sup> Ancak bazı yazarlar bu toprak tanımının dar bir kapsamı bulunması sebebiyle çevrenin korunması bakımından yeterli olmadığını, TCK m. 181/1'de yer alan toprak kavramının daha geniş yorumlanması gerektiğini kabul etmektedirler: "*Toprak, doğal denge ve canlıların kullanımı bakımından fonksiyon icra eden yeryüzü katmanını ifade eder*" MAVİŞ, s. 248; "*Toprak kavramı geniş yorumlanmalı, doğanın bir parçası olarak ekolojik fonksiyonları varsa, dünyanın üst kabuğu, akıcı ve gaz şeklindeki türleriyle bu kapsamda kabul edilmelidir*" YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, s. 313.

<sup>27</sup> YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, s. 313.

<sup>28</sup> MAVİŞ, s. 252.

<sup>29</sup> Madde metninde ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırılıktan söz edilmekle birlikte kanunlar ifadesiyle kastedilen ilgili mevzuattır.

<sup>30</sup> ÖZGÜÇ, s. 149; AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, 2015, s. 402; MAVİŞ, s. 260; YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, s. 328; YAŞAR, Osman/ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 4, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 5580. Suçun serbest hareketli bir suç olduğuna ilişkin olarak bkz.: ÖZEN, 2010, s. 19.

<sup>31</sup> Aynı yönde bkz.: AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, 2015, s. 414; YILDIZ, Ali Kemal, "Çevrenin Kasten Kirletilmesi", Özel Ceza Hukuku C. 5: Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar İstanbul 2019, s. 200. Ancak doktrindeki çoğunluk yazar suçun somut tehlike suçu olduğu kanaatindedir. Bkz.: ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2022, s. 733; YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, s.

tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti gerekirse de hareketin tehlikeye elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>32</sup>. Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suç ise serbest hareketli bir suçtur<sup>33</sup>. Atık veya artıkların herhangi bir şekilde ülkeye sokulmasıyla birlikte suç tamamlanmaktadır. Ayrıca bu maddelerin ülkeye sokulması sebebiyle bir zararın ya da zarar tehlikesinin meydana gelmesi aranmadığı için suç soyut tehlike suçu niteliğindedir<sup>34</sup>.

Çevrenin taksirle kirletilmesi suçu ise TCK m. 182'de düzenlenmiştir. Birinci fıkranın ilk cümlesinde atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya taksirle verilmesi suçun temel şekli olarak hüküm altına alınmıştır. Söz konusu atık veya artıkların, bu fiil dolayısıyla alıcı ortamda kalıcı etki bırakması ise fıkranın ikinci cümlesinde suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış şekli olarak düzenlenmiştir<sup>35</sup>. Maddenin ikinci fıkrasında ise suçun nitelikli hali hüküm altına alınmıştır. Çevrenin taksirle kirletilmesi suçunda, TCK m. 181/1'den farklı olarak atık veya artıkların alıcı ortama mevzuatta öngörülen teknik usullere aykırı şekilde verilmesi aranmadığından bu suç serbest hareketli bir suçtur<sup>36</sup>. Ayrıca hareketin tehlikenin gerçekleşmesi açısından elverişli olması yeterli görüldüğü, ancak bir neticenin meydana gelmesi aranmadığı için bu suç da potansiyel tehlike suçudur<sup>37</sup>.

### III. ÇEVRENİN KASTEN KİRLETİLMESİ SUÇU

#### A. Korunan Hukuki Değer

Çevrenin kasten kirletilmesi suçu ile korunan hukuki değer ne ya da neler olduğuna ilişkin olarak doktrinde bir görüş birliği bulunmamak-

---

306, 307; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5582; GÜNGÖR, Mümin, "Çevrenin Kasten Kirletilmesi", Adli Bilimler ve Suç Araştırmaları Dergisi, C. 3, S.1-2, 2021, s. 89.

<sup>32</sup> **AKBULUT**, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2023, s. 484.

<sup>33</sup> **ÖZGÜÇ**, s. 197.

<sup>34</sup> **YILDIZ**, Çevrenin Kasten Kirletilmesi, s. 202; **MAVIŞ**, s. 274; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 5586; **GÜNGÖR**, s. 89; **TAŞKIN**, Çevre Ceza Hukuku, s. 152.

<sup>35</sup> TCK m. 182/1-c. 2'nin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bu konu çevrenin taksirle kirletilmesi suçundaki "Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suç" başlığı altında ele alınmıştır.

<sup>36</sup> **MAVIŞ**, s. 308.

<sup>37</sup> **AKBULUT**, s. 484.

tadır. Madde gerekçesinde bu suç ile AY m. 56'da yer alan hakkın korunduğu ifade edilmiştir. Nitekim doktrinde bir görüşe göre bu suç ile sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı korunmaktadır<sup>38</sup>. Diğer bir görüş de bu suç ile AY m. 56'da yer alan hakkın korunduğunu kabul etmekle birlikte, bunun yanı sıra maddede belirtilen alıcı ortamların da korunduğunu ileri sürmektedir<sup>39</sup>. Bir diğer görüş ise çevrenin kasten kirletilmesi suçu ile kamusal yararın korunduğunu belirtmektedir<sup>40</sup>. Başka bir görüş ise TCK m. 181'de birbirinden bağımsız iki farklı suç tipinin düzenlenmesinden hareket ederek korunan hukuki değere ilişkin her bir fıkra bakımından ayrı bir değerlendirmede bulunulması gerektiğini kabul etmekte ve her iki suç açısından da insan sağlığına ayrı bir vurgu yapılmadığı için öncelikle çevre ve dolaylı olarak da canlıların yaşamının ve sağlığının korunduğunu belirtmektedir<sup>41</sup>. Ayrıca TCK m. 181/2'deki suçun oluşup oluşmaması idarenin izin verip vermemesine bağlı tutulduğundan bu suç ile idari değerlerin de koruma altına alındığını ifade etmektedir<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> YILDIZ, Çevrenin Kasten Kirletilmesi, s. 192; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku, 19. Baskı, Ankara, 2023, s. 223; ÖZEN, s. 26. Temiz ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının korunduğuna ilişkin olarak bkz.: ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 730; ARTUK, Mehmet Emin, "Çevrenin kasten kirletilmesi suçu (TCK M. 181)", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2014, s. 39, 40. Artuk ayrıca insan ve diğer canlıların yaşama hakkı ile malvarlığının da korunduğunu ifade etmektedir: ARTUK, s. 39, 40. Bu suç ile sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının yanı sıra yaşama ve sağlık hakkının da korunduğuna ilişkin olarak bkz.: YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5576, 5577. Yargıtay da çevreye karşı suçlar ile ilgili verdiği birçok kararda AY m. 56'ya vurgu yapmakta ve bu suçlar ile sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının korunduğu kabul etmektedir. "Kamu sağlığını ve çevreyi koruma" prensibi Türk Ceza Kanunu'nun birinci maddesinde Kanun'un amaçlarından birisi olarak öngörülmüş, ayrıca "sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı" başta bu Kanun'un 181 ilâ 184 üncü maddeleri olmak üzere, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda ve diğer bir kısım mevzuatta koruma altına alınmış, çevreyi kirletme eylemi farklı suç ve kabahat türleri ile yaptırıma bağlanmıştır." Y. 4. CD, 26.3.2024, E. 2021/25890 K. 2024/3942 (Lexpera, Erişim Tarihi: 15.07.2024).

<sup>39</sup> YOKUŞ SEVÜK'e göre bu suç uluslararası topluma da atıf yapmaktadır: YOKUŞ SEVÜK, Özel Hükümler, s. 514. Aynı yönde bkz.: YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5576.

<sup>40</sup> YILMAZ, s. 116.

<sup>41</sup> KAYAER, Nebahat, "Atık veya Artıklarla Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu", DEÜ-HFD, C. 21, S. 1, 2019, s. 143; MAVİŞ, s. 244; ÖZGÜÇ, s. 111.

<sup>42</sup> YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, s. 311; MAVİŞ, s. 244.

Kanaatimizce korunan hukuki değer düşünceyle algılanabilen soyut bir değer olduğundan<sup>43</sup> bu suçlar ile korunan hukuki değer çevre veya alıcı ortamlar olan toprak, su ya da hava olduğunu söylemek mümkün değildir. Korunan hukuki değer, ekolojik menfaatlerle birlikte insanın sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı ve diğer canlıların yaşama hakkıdır<sup>44</sup>.

## B. Suçun Unsurları

### 1. Maddi Unsur

#### a. Fail

Maddenin birinci ve ikinci fıkrasında atık veya artığı alıcı ortamlara veren ya da ülkeye sokan “kişi”den söz edilmiş ancak bu kişinin sahip olması gereken niteliğe ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Dolayısıyla her iki suç tipi de herkes tarafından işlenebilen suçlardandır. Türk hukukunda düzenlenmemiş olmakla birlikte bazı ülkelerde failin kamu görevlisi olması nitelikli hal olarak düzenlenmektedir<sup>45</sup>.

Çevrenin kirletilmesi suçları özellikle şirketler bünyesinde işlendiği için son fıkrada tüzel kişileri ilgilendiren özel bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Buna göre göre ikinci fıkrada düzenlenen suç karşılığında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri (TCK m. 60) uygulanır. Buna karşılık birinci fıkradaki suç karşılığında söz konusu tedbirlerin uygulanabilmesi için somut olayda nitelikli hallerden birisinin gerçekleşmesi gerekmektedir. TCK m. 60 hükmünün TCK m. 181/1’in temel şekli işlendiğinde uygulanamıyor oluşu doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir<sup>46</sup>. Nitekim 2008/99/EC sayılı ve 2024/1203 sayılı Direktiflerde çevre suçları bakımından tüzel kişilere özgü yaptırımların düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>47</sup>. Her ne kadar Türkiye AB üyesi olmadığı için bu Direktif bağlayıcı

<sup>43</sup> KARAKEHYA, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2023, s. 70.

<sup>44</sup> ÜNVER/YENER, s. 20; BALCI, s. 59; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 730.

<sup>45</sup> Endonezya örneği için bkz.: ALI/WAHANISA/BARKHUIZEN/TERRAPHAN, s. 210, 211.

<sup>46</sup> YOKUŞ SEVÜK, Özel Hükümler, s. 514; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5577; MAVİŞ, s. 242.

<sup>47</sup> ARTUK, s. 38; TALAS, Serdar, “Türk Ceza Kanunu’nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları”, İÜHFİM, C. 71, S. 1, 2013, s. 1149; TAŞKIN, Son Çare, s. 22.

bir nitelik arz etmiyorsa da çevrenin ve kamu sağlığının etkin şekilde korunabilmesi açısından hem şirketlerin hem de gerçek kişilerin işlenen fiilden sorumlu tutulmaları büyük önem taşımaktadır<sup>48</sup>. Ayrıca TCK m. 60 çerçevesinde uygulanabilecek olan iznin iptali ve müsadere tedbirleri ağır ve caydırıcı etkisi yüksek yaptırımlardır<sup>49</sup>. Bu sebeple kanun değişikliğine gidilerek TCK m. 60 hükmünün TCK m. 181/1'in ihlal edildiği hallerde de uygulanmasını öngören düzenlemelere yer verilmesi yerinde olacaktır.

### b. Mağdur

Maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen suçların mağduru, toplumu oluşturan herkestir. Nitekim bu suçlar “*Toplumla Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmiştir.

### c. Suçun Konusu

Çevrenin kasten kirletilmesi suçlarının konusunun ne olduğu ile ilgili olarak farklı belirlemeler yapılmaktadır. TCK m. 181’de birbirinden farklı iki suç tipine yer verildiği için her bir suç açısından ayrı belirleme yapılması gerekmektedir.

Doktrinde maddenin birinci fıkrasında yer alan suçun konusunun çevre<sup>50</sup>; toprak, su veya hava<sup>51</sup>; atık veya artık<sup>52</sup> olduğuna ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Kanaatimizce suçun konusu hareketin yönelik olduğu eşya veya kişinin fiziksel varlığı olduğuna<sup>53</sup> ve bu suçta verme hareketi alıcı ortama yönelik olarak gerçekleştirildiğine göre bu suçun konusunu toprak, su ve hava oluşturmaktadır<sup>54</sup>. Benzer tartışmalar ikinci fıkradaki suç açısından da geçerlidir. Bazı yazarlar bu suçun konusunun atık veya artıklar olduğunu belirtirken<sup>55</sup> diğer bazı yazarlar bu suçun konusunun

<sup>48</sup> UHLMANN, s. 158, 163.

<sup>49</sup> ÖZEN, s. 25.

<sup>50</sup> ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 733.

<sup>51</sup> ÖZGÜÇ, s. 128; ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 223; TALAS, s. 1151; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5578; YOKUŞ SEVÜK, Özel Hükümler, s. 515; MAVİŞ, s. 247. Çevrenin bu üç bileşenin madde metninde açıkça ifade edilmesinin belirlilik ilkesi bakımından yerinde olduğuna ilişkin olarak bkz.: TALAS, s. 1151.

<sup>52</sup> ÖZEN, s. 26.

<sup>53</sup> AKBULUT, s. 483.

<sup>54</sup> Doktrinde hayvan ve bitkilerin de TCK m. 181/1 kapsamına alınması ve suçun konusunun çevre olarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir: MAVİŞ, s. 247.

<sup>55</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5584.

bulunmadığını ifade etmektedir<sup>56</sup>. Kanaatimizce konusuz suç bulunmayacağından bu görüşe katılmak mümkün değildir<sup>57</sup>. Hareketin yöneldiği şey, ülkeye sokulan atık veya artıklar olduğu için bu suçun konusu atık veya artıklardır. Ayrıca bu maddelerin ülkeye sokulması sebebiyle bir zararın ya da zarar tehlikesinin meydana gelmesi aranmadığı için suç soyut tehlike suçu niteliğindedir<sup>58</sup>.

TCK m. 181/1'in oluşabilmesi için atık veya artıkların madde metninde belirtilen alıcı ortamlara "*çevreye zarar verecek şekilde*" verilmesi gerekmektedir. Bu sebeple söz konusu düzenleme potansiyel tehlike suçu niteliğindedir<sup>59</sup>. Somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti gerekmesede hareketin tehlike yaratmaya elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>60</sup>. Yargıtaya göre madde metninde yer alan çevreye zarar verecek şekilde ifadesi, gerçekleşen somut bir zarar değil, zarar vermeye elverişliliği, zarar ihtimalini ifade etmektedir<sup>61</sup>. Kirletme, kötüleşme, olumsuz değişiklik yaratma, doğal yapıyı bozma veya sağlığı bozma tehlikesinin yaratılması, elverişlilik kapsamında değerlendirilmektedir<sup>62</sup>.

Hareketin tehlike yaratmaya elverişli olması, atık veya artığın niteliği ile bırakıldığı alıcı ortama göre değişiklik göstermektedir. Örneğin aynı nitelik ve yoğunluğa sahip bir atık toprağa verildiğinde çevreye zarar vermeye elverişli bir nitelik taşımazken suya verildiğinde tehlike yaratmaya elverişli olabilmektedir. Dolayısıyla alıcı ortama bırakılan atığın veya artığın suçun konusu üzerinde tehlike yaratmaya elverişli olmadığı,

<sup>56</sup> MAVİŞ, 252.

<sup>57</sup> DÜLGER, Murat Volkan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 2021, s. 382. Konusuz suç bulunabileceğine ilişkin olarak bkz.: TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk (2018). Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Ankara 2018, s. 111.

<sup>58</sup> YILDIZ, Çevrenin Kasten Kirletilmesi, s. 202; MAVİŞ, s. 274; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5586; GÜNGÖR, s. 89; TAŞKIN, Çevre Ceza Hukuku, s. 152.

<sup>59</sup> Aynı yönde bkz.: AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, 2015, s. 414; YILDIZ, s. 200. Ancak doktrindeki çoğunluk yazar suçun somut tehlike suçu olduğu kanaatindedir. Bkz.: ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Kerim, Özel Hükümler, s. 733; YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, s. 306, 307; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5582; GÜNGÖR, s. 89.

<sup>60</sup> AKBULUT, s. 484.

<sup>61</sup> Y. 4. CD., E. 2021/19392 K. 2024/3568 T. 19.3.2024 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.07.2024).

<sup>62</sup> YOKUŞ SEVÜK, Özel Hükümler, s. 519; MAVİŞ, s. 263.

böyle bir ihtimali doğurmadığı hallerde mala zarar verme, genel güvenliği kasten tehlikeye sokma<sup>63</sup> gibi suçların veya KK m. 41, HKK m. 5/2, ÇK m. 20’de yer alan kabahatlerin oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Hatta böyle bir durumda kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun oluşup oluşmadığı dahi değerlendirilebilir. Nitekim Yargıtay fekal atığın toprağa bırakıldığı bir olayda çevrenin kirletildiğinden bahsedilemeyeceği için birinci fıkradaki suçun oluşamayacağını kabul etmekle birlikte TCK m. 123’te yer alan suçta bulunmuş, ancak failin bu maksada sahip olduğunun kanıtlanamaması sebebiyle fail hakkında HKK m. 5/2 çerçevesinde değerlendirme yapılmasını öngörmüşür<sup>64</sup>.

#### d. Fiil

TCK m. 181/1’de öngörülen suçun fiil unsurunu “*ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya verilmesi*” oluşturmaktadır. Atma, bırakma, gömme, salıverme, boşaltma, deşarj etme, karıştırma, serbest bı-

<sup>63</sup> Yargıtay “...hafriyat ve toprağın bir kısmının geçiş menfezinin üst kısmına çevre kirliliğinin neden olmayacak şekilde döküldüğü, daha sonra yağın yağmurlar neticesi dere yatağının taşmasına üzerine menfezin kapanması nedeniyle sel baskınına ve taşkına sebebiyet vermesi” şeklinde gerçekleşen olayda TCK m. 170/1-b’de düzenlenen suçun oluşup oluşmadığının tartışılmamasını bozma sebebi yapmıştır: Y. 4. CD, 22.12.2014, 11804/36813, **OTACI**, Cengiz, “Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçuna (TCK 181, 182) İlişkin Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararlarında Belirlenen İlkeler”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2015, s. 311, dn. 47.

<sup>64</sup> “5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu’nun 5/2. maddesi gereğince hayvan sahipleri, sahip oldukları hayvanlardan kaynaklanan çevre kirliliğini ve insanlara verilebilecek zarar ve rahatsızlıkları önleyici tedbirler almaları yükümlüdürler. Aynı Kanun’un 28/b maddesinde ise 5/2. fıkrada öngörülen hayvanların sahiplenilmesi ve bakımı ile ilgili yasaklara ve yükümlülüklerle uymayan ve alınması gereken önlemleri almayanlara idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Yukarıda (II) nolu kısımda açıklandığı üzere, fekal atık, alıcı ortam olan toprağı kirleten ya da kirletme ihtimali bulunan atık olmadığından alıcı ortam olan toprağın, dolayısıyla çevrenin kirletilmesi suçu oluşmayacaktır. Sanıkların, gübreleri, sırf huzur ve sükûnu bozma maksadıyla katılanın evinin yan tarafına döktüğü de kanıtlanamamıştır. Ancak sanık ve temyiz dışı sanıkların, sahibi olduğu hayvanlardan kaynaklanan fekal atıkları muhafaza ederken, zamanında ve yeterli seviyede tedbir alma yükümlülüğüne aykırı davranarak üçüncü kişileri rahatsız ettiklerinden haklarında idari para cezası verilmiştir.” Y. 18. CD., 17.2.2020, E. 2019/11499, K. 2020/4442 (Lexpera, Erişim Tarihi: 11.07.2024)).



rakma, yığma, zerk etme vb. her türlü eylem verme kapsamında değerlendirilmektedir<sup>65</sup>. Ancak bu suçun oluşabilmesi için atık veya artıkların alıcı ortamlardan herhangi birisine mevzuatta öngörülen teknik usullere aykırı şekilde verilmesi gerekmektedir. Suç bu yönüyle bağlı hareketli bir suç olma niteliğine sahiptir<sup>66</sup>. Madde metninde “*kanunlarla*” belirlenen teknik usullere atıf yapmakla birlikte söz konusu usuller, kanunlara dayalı olarak çıkartılan yönetmeliklerde düzenlenmiştir<sup>67</sup>. Alıcı ortama verilen atık veya artıklar, çevreye zarar vermeye elverişli olmasına rağmen ilgili mevzuatta öngörülen teknik usullere aykırılık teşkil etmiyorsa bu suç oluşmayacaktır. Dolayısıyla hareketin ilgili mevzuatta öngörülen teknik usullere aykırılık teşkil etmesi cezalandırma alanını daraltıcı bir niteliğe sahiptir<sup>68</sup>. Bu husus doktrinde eleştirilmekte ve madde metninin

<sup>65</sup> MAVİŞ, s. 268; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 731; YOKUŞ SEVÜK, Özel Hükümler, s. 518. Depolamak, taşımak gibi eylemlerin bu kapsamda olmadığına ve ÇK kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz.: YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5580.

<sup>66</sup> KAYAER, s. 173; ÖZGÜÇ, s. 149; AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, s. 402; MAVİŞ, 2021, 260; YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, s. 328; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5580. Suçun serbest hareketli bir suç olduğuna ilişkin olarak bkz.: ÖZEN, s. 19.

<sup>67</sup> Maviş, söz konusu maddede genel çerçeve ve cezalandırılması amaçlanan eylemin sınırları çizildiği için kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eden bir durumun söz konusu olmadığını, bunun idare hukukuna bağlılık ilkesinin bir sonucu olduğunu belirtmektedir: MAVİŞ, s. 259. Aynı yönde bkz.: YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5596. Teknik usuller son derece ayrıntılı ve sık sık değiştirilmesi gereken usuller olduğu için kanunlarla belirlenmesinin mümkün olmadığına ilişkin olarak bkz.: YAŞAMIŞ, Firuz D., “Çevre Ceza Hukuku’nda Son Gelişmeler: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu”, TBB Dergisi, S. 58, 2005, s. 140. Bu yönetmelikler için bkz.: YILMAZ, s. 124, 125. Düzenlemenin beyaza hüküm olmadığına ilişkin olarak bkz.: TALAS, s. 1153. Yargıtay da fıkra da sözü edilen “*ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırılık*” halinin “2872 sayılı Çevre Kanunu, 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu, 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu, 3213 sayılı Maden Kanunu gibi kanunların, kapsadıkları alanlarla ilgili olarak “*çevreyi kirletmeme*” ilkesi gereğince çerçeve olarak benimsedikleri düzenlemelere dayanılarak oluşturulan yönetmeliklerde açıklanan ve somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecek olan, arıtma, depolama, inha etme, taşıma, koruma, alıcı ortama verme, uzaklaştırma gibi hususlar bakımından öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranmayı ifade ettiğini” kabul etmektedir: Y. 4. CD., E. 2021/19392 K. 2024/3568 T. 19.3.2024 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.07.2024).

<sup>68</sup> MAVİŞ, s. 260.

daha geniş bir koruma alanı sağlayacak şekilde değiştirilmesi önerilmektedir<sup>69</sup>.

TCK m. 181/1’de düzenlenen suç ile ilgili dikkat edilmesi gereken hususlardan bir diğeri de alıcı ortamların yalnızca toprak, su veya hava olabileceğidir. Bu üç unsur kapsamında sayılmayan bir yere verilen atık veya artıklar, ilgili mevzuatla öngörülen teknik usullere aykırılık teşkil etseler ve hatta çevreye zarar verseler dahi suç oluşmaz.

Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suçun fiil unsurunu ise “*atık veya artıkların izinsiz olarak ülkeye sokulması*” oluşturmaktadır. İlgili düzenlemede atık veya artıkların niteliğine ya da miktarına ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Dolayısıyla suçun oluşması için atık veya artık niteliğindeki herhangi bir maddenin ülkeye sokulması yeterlidir. Ülkeye sokulan bu maddelerin çevreye zarar verecek boyutta olup olmadığı önemsizdir<sup>70</sup>. Doktrinde düzenlemenin kapsamının oldukça geniş olduğu, evsel, tıbbi vb. her türlü atığın TCK m. 181/2 kapsamında değerlendirileceği, bu durumun uygulamada sorunlara yol açabileceği ifade edilmektedir<sup>71</sup>. Kanaatimizce madde metninde yer alan “izinsiz olarak” ifadesi bu sakıncaları bir nebze olsun azaltmaktadır. Zira atık veya artık miktarı ya da sahip olduğu bir özellik gereği izne tabi değilse izinsiz olarak sokulmasından söz edilemeyeceğinden suç yine oluşmayacaktır<sup>72</sup>.

Madde metninde açıkça “*izinsiz olarak*” ifadesine yer verildiği için iznin bulunmaması tipikliğe ait bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple atık veya artıkların izin alınarak ülkeye sokulması tipikliği kaldıran bir neden olarak değerlendirilmelidir<sup>73</sup>. Söz konusu maddelerin bir izne bağlı olarak ülkeye sokulduğu hallerde tipiklik oluşmadığından suç da oluşmayacaktır.

TCK m. 181/2’de atık veya artıkların ülkeye sokulmasından bahsedilmektedir. İlk olarak ülke ile kastedilenin ne olduğu doktrinde tartışmalıdır. Madde metninde veya TCK m. 6’da ülkenin neyi ifade ettiği açık

<sup>69</sup> DURSUN ÖZDEMİR, Gizem, “Ekokırım Suçu ve Bazı Değerlendirmeler”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 18, S. 203, 2023, s. 81.

<sup>70</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5586.

<sup>71</sup> TAŞKIN, Çevre Ceza Hukuku, s. 151.

<sup>72</sup> ÖZGÜÇ, s. 200.

<sup>73</sup> Aynı yönde bkz.: YILDIZ, Çevrenin Kasten Kirletilmesi, s. 207. İzin hukuka aykırılığı kaldıran bir neden olduğuna ilişkin olarak bkz.: GÜNGÖR, s. 87.

bir şekilde ortaya konulmamıştır. Doktrinde bir görüş TCK m. 13'te yer alan evrensellik ilkesinden yola çıkarak ülke ifadesi ile herhangi bir ülkenin kastedildiğini ileri sürmektedir<sup>74</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüş ise ülke ifadesinden Türkiye Cumhuriyeti Devletinin anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir<sup>75</sup>. Zira evrensellik ilkesi yargılama yetkisine ilişkindir. Tipiklikte yer alan kavramların içeriğinin bu ilkedan hareketle doldurulmaya çalışılması, fail bakımından aleyhe sonuç doğuracağı için kıyas yasağının ihlali anlamına gelecektir.

Atık veya artık maddelerin ülkeye sokulması suç olarak düzenlenirken ülkeden çıkarılmasına ilişkin ayrıca bir belirleme yapılmamıştır. Doktrinde bazı yazarlar kanun değişikliğine gidilerek bu tür maddelerin izinsiz şekilde ülkeden çıkarılmasının da suç olarak düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>76</sup>. Zira kanunilik ilkesi gereğince atık veya artıkların izinsiz olarak ülkeden çıkarılması suç teşkil etmeyecektir<sup>77</sup>. Bu durumda ancak ÇK m. 20/u'da yer alan kabahat oluşabilecektir.

## 2. Manevi Unsur

Maddenin birinci ve ikinci fıkrasında yer alan suçlar ancak kasten işlenebilir<sup>78</sup>. Suçun bu unsuru, çevrenin kirletilmesi suçlarını (TCK m. 181/1 ve m. 182/1) birbirinden ayırt etmek bakımından önem arz etmektedir. Failin kastının bulunduğu hallerde TCK m. 181/1'den, kastının bulunmadığı durumlarda ise TCK m. 182/1'den hüküm kurulması gerekmektedir. Yargıtay, sanığın turist teknesinin kaptanı olduğu, denizde köpük partisi verildiği, köpüklerin denize taşığı ve sahil güvenlik komutanlığı tarafından müdahale edilip tekne incelendiğinde köpüklü suyun tahliye deliğinin denize aktığının görüldüğü, alınan bilirkişi raporunda denizin kirletildiğinin, denize dökülen maddenin kimyasal içerikli oldu-

<sup>74</sup> ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 732.

<sup>75</sup> YOKUŞ SEVÜK, Özel Hükümler, s. 521; YILDIZ, Çevrenin Kasten Kirletilmesi, s. 202; AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, s. 430; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5585; MAVİŞ, 272.

<sup>76</sup> YOKUŞ SEVÜK, Özel Hükümler, s. 522; TALAS, s. 1154.

<sup>77</sup> TAŞKIN, Çevre Ceza Hukuku, s. 151.

<sup>78</sup> Suçların doğrudan veya olası kastla işlenebileceğine ilişkin olarak bkz.: YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5587; MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C. 3, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 2982.

ğunun ve suya kalıcı zarar verdiği belirtilen olayda, yerel mahkemece TCK m. 182/1-c. 2 gereğince verilen kararı bozmuştur. Yargıtay olayın meydana geldiği yer ve eylemin işleniş biçimi dikkate alındığında sanığın fiili bilerek ve isteyerek işlediğini kabul etmiş ve sanık hakkında TCK m. 181/1-3'ten hüküm kurulmamasını hukuka aykırı bulmuştur<sup>79</sup>.

### C. Nitelikli Haller

TCK m. 181/3'te "*Atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza iki katı kadar artırılır.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemedeki kalıcı özellik gösterme ile kastedilenin ne olduğu ve dolayısıyla söz konusu düzenlemenin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Çoğunluk görüşüne göre TCK m. 181/3 nitelikli hal düzenlemesidir<sup>80</sup>. Madde gerekçesinde de TCK m. 181/3'te birinci ve ikinci fıkrada yer alan suçların nitelikli şeklinin düzenlendiği ifade edilmiştir.

TCK m. 181/3 düzenlemesinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar esasen maddenin gerekçesinden ve kaleme alınış şeklinden kaynaklanmaktadır. İlgili maddede atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesinden söz edilmiştir. TCK m. 181/3 düzenlemesi, madde gerekçesiyle birlikte ele alındığında bu ifade ile kastedilenin ne olduğu tam olarak anlaşılammamaktadır<sup>81</sup>. Bazı yazarlar bu düzenlemeyle atık veya artıkların doğası gereği kalıcı bir özelliğe sahip olmasının aranıldığını, bu maddelerin özelliğine ilişkin özel bir belirleme yapıldığını, bu sebeple TCK m. 181/3 düzenlemesinin nitelikli hal düzenlemesi olduğunu

<sup>79</sup> Y. 4. CD., E. 2020/32913 K. 2023/15553 T. 28.2.2023 (Lexpera, Erişim Tarihi: 20.07.2024).

<sup>80</sup> GÜNGÖR, s. 81; ARSLAN, Uğur, "Çevre Ceza Hukukunda Nedensellik Bağının Tespiti Sorunu ve Çözüm Önerileri", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 1, 2022, s. 160; YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, s. 346; YILDIZ, Çevrenin Kasten Kirletilmesi, s. 189; MAVİŞ, s. 281; ÖZGÜÇ, s. 212; ÖZENBAŞ, Nazmiye, "Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Kapsamında Çevrenin Kirletilmesi Suçları", International Conference on Eurasian Economies 2013, St. Petersburg 17-18 Eylül 2013, s. 929; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5589; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 733. TCK m. 181/3'ün hem objektif cezalandırma şartı hem de nitelikli hal olması sebebiyle kendine özgü bir düzenleme olduğuna ilişkin olarak bkz.: ÖZEN, s. 22.

<sup>81</sup> YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, s. 345.

kabul etmektedir<sup>82</sup>. Diğer bazı yazarlar ise bu düzenlemeyle atık veya artıkların alıcı ortama bırakıldıktan sonra bu ortamlarda kalıcı bir özellik göstermesinin arandığını kabul etmekte, ancak yine de söz konusu düzenlemeyi nitelikli hal olarak nitelendirmektedir<sup>83</sup>. Bizce madde gerekçesini de dikkate alarak “*kalıcı özellik gösterme*” ifadesiyle atık veya artıkların doğaları gereği kalıcı özellik göstermesinin aranması çevre ceza hukukunun mantığına daha uygun düşecektir. Zira çevre ceza hukukunda eğilim, çevreye karşı suçların tehlike, hatta soyut veya potansiyel tehlike suçu olarak düzenlenmesidir<sup>84</sup>. Eğer bu düzenlemeyle atık veya artıkların alıcı ortamda kalıcı bir özelliğe sahip olması aranacak olursa bu durumda bir zarar suçunun ve neticesi sebebiyle ağırlaşan suçun varlığından söz edilebilecektir. Ayrıca fıkranın bu şekilde anlaşılması, ilgili düzenlemenin TCK m. 181/2 açısından uygulanma ihtimalini de ortadan kaldıracaktır. Oysaki TCK m. 181/3’te verilecek cezanın yukarıdaki fıkralara göre artırılması öngörülmüştür. Ancak tüm bunlara rağmen maddenin yazılış şekli itibarıyla atık veya artığın alıcı ortama verildikten sonra bu ortamda kalıcı özellik göstermesi şeklinde anlaşılmaya oldukça müsait olduğunu, tüm bu tartışmaları sona erdirmek bakımından kanun değişikliğine gidilmesinin en doğru çözüm olduğunu ifade etmeliyiz.

TCK m. 181/4’e göre “*bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin, insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi halinde, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına ve bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur*”. İlgili düzenlemede alıcı ortama verilen atık

<sup>82</sup> YILDIZ, Çevrenin Kasten Kirletilmesi, s. 189; MAVİŞ, s. 281; ÖZGÜÇ, s. 212; YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, s. 346.

<sup>83</sup> AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, s. 436. Kanaatimizce söz konusu ifade, atık veya artıkların alıcı ortamda kalıcı özellik göstermesi şeklinde anlaşılacak olursa bu düzenlemeyi neticesi sebebiyle ağırlaşan suç olarak nitelendirmek gerekecektir.

<sup>84</sup> KRETSCHMER, s. 65. Örneğin İtalya’da çevre ceza hukuku soyut tehlike suçu şeklinde domine edilmiştir: GÖRGÉNYI, s. 55. Çevre suçlarının mümkün mertebe soyut tehlike suçu olarak düzenlenmesi, somut tehlikenin ise suçun nitelikli hali olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz.: TAŞKIN, Çevre Ceza Hukuku, s. 133. Bu sayede çevre ceza hukukunda geçerli olan nedensellik problemlerinin asgari düzeye indirilebileceği de ifade edilmektedir: ARSLAN, s. 160. Soyut tehlike, somut tehlike ve ciddi neticeler modeli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: SINAR, s. 422-426; FAURE, s. 331-339.

veya artıkların sahip oldukları nitelik dolayısıyla failin daha ağır ceza ile cezalandırılması öngörülmüştür. Fıkra bu yönüyle nitelikli hal düzenlemesidir. Ayrıca madde metninde bir zararın ortaya çıkması aranmadığı için suç, tehlike suçu olma özelliğini de korumaktadır.

#### IV. ÇEVRENİN TAKSİRLE KİRLETİLMESİ SUÇU

##### A. Korunan Hukuki Değer

Çevrenin taksirle kirletilmesi suçu ile korunan hukuki değer ne ya da neler olduğuna ilişkin olarak doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Çevrenin kasten ve taksirle kirletilmesi suçları arasındaki benzerlik, doğal olarak suç ile korunan hukuki değer ne olduğu konusundaki tartışmalara da yansımaktadır. Kanaatimizce bu suç ile de insanın sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, diğer canlıların yaşama hakkı ve ekolojik menfaatler korunmaktadır<sup>85</sup>.

##### B. Suçun Unsurları

###### 1. Maddi Unsur

###### a. Fail

TCK m. 182’de atık veya artığı alıcı ortamlara veren “kişi” den söz edilmiş ancak bu kişinin sahip olması gereken niteliğe ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Dolayısıyla bu suç da herkes tarafından işlenebilen bir suçtur. Ancak çevrenin taksirle kirletilmesi suçunda TCK m. 181/5’e benzer bir hükme yer verilmediği için suçun ister temel şekli ister nitelikli şekli işlenmiş olsun TCK m. 60’ta yer alan tedbirin uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Çevrenin kirletilmesi suçlarının daha ziyade şirket bünyesinde işlendiği düşünüldüğünde, bu suç açısından TCK m. 60’ta yer alan tedbirlerin uygulanamıyor oluşu doktrinde eleştirilmektedir<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5612. Ulusal ve uluslararası toplum vurgusu yapmadan sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı olduğuna ilişkin olarak bkz.: ÖZEN, s. 34; YILDIZ, Ali Kemal, “Çevrenin Taksirle Kirletilmesi”, in Özel Ceza Hukuku C. 5: Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar (219-234. ss.), İstanbul 2019, s. 220. Bu suç ile çevre ve bu çevrede yaşayan insan, hayvan ve bitkilerin korunduğuna ilişkin olarak bkz.: YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, s. 373. Aynı yönde bkz.: MAVİŞ, 304.

<sup>86</sup> YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, s. 374.

## b. Mağdur

Çevrenin taksirle kirletilmesi suçunda da mağdur belirli bir kişi veya kişiler değil, tüm toplumdur.

## c. Suçun Konusu

Çevrenin kasten kirletilmesi suçu başlığı altında yapılan tartışmalar çevrenin taksirle kirletilmesi suçu bakımından da geçerlidir. Kanaatimizce bu suçun konusunu da toprak, su ve hava oluşturmaktadır<sup>87</sup>.

## d. Fiil

Çevrenin taksirle kirletilmesi suçunun fiil unsurunu “çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya verilmesi” oluşturmaktadır. TCK m. 181/1’den farklı olarak bu suçun oluşabilmesi için fiilin, mevzuata öngörülen teknik usullere aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. Bu sebeple TCK m. 181/1’de düzenlenen suçun fiil unsuru ile ilgili yapılan açıklamalar mevzuatta öngörülen teknik usullere aykırılık dışında çevrenin taksirle kirletilmesi suçu bakımından da aynen geçerlidir<sup>88</sup>. Ancak Yargıtay çevrenin taksirle kirletilmesi suçu ile ilgili olarak önüne gelen olaylarda da bu kriterle bağlantılı olarak değerlendirme yapmaktadır<sup>89</sup>.

## 2. Manevi Unsur

Çevrenin taksirle kirletilmesi suçu, manevi unsur bakımından TCK m. 181/1’den ayrılmaktadır<sup>90</sup>. Çevrenin kirletilmesi suçlarında manevi unsur suç tipinin değişmesi sonucunu doğurabileceğinden bu unsurun da özenle incelenmesi gerekmektedir.

<sup>87</sup> YILDIZ, Çevrenin Taksirle Kirletilmesi, s. 221; TALAS, s. 1151; MAVİŞ, s. 305.

<sup>88</sup> Bu düzenlemeye yönelik eleştiriler için bkz.: YOKUŞ SEVÜK, 2017, s. 375.

<sup>89</sup> Y. 4. CD., 19.3.2024, E. 2021/19392 K. 2024/3568 (Lexpera, Erişim Tarihi: 11.07.2024).

<sup>90</sup> “Sanık aşamalarda, 23.06.2015 tarihi itibariyle çiftlikten gübre çıkışı yaptıkları, sabah itibari ile havanın güzel olduğunu akşama doğru aniden yağmur bastırıldığını ve şiddetli yağışın etkisiyle buldukları yere göre daha yüksekte olan orman arazisinden yağmur sularının akması nedeniyle arazilerinin içinde bulunan gübrelerin yağmur sularına karışarak dağıldığı, çevreyi kasten kirletme gibi bir durumun olmadığı şeklinde savunmada bulunmuştur... sanığın beyanları ve olay tespit tutanağına göre suça konu atıkların alıcı ortam olan suya karıştığının tespit edildiği, fekal atıkların alıcı ortam olan suyu kirletici nitelikte olduğu, bu suretle olay kapsamında çevre kirliliğine neden olunduğu anlaşılmıştır. Ancak, sanığın savunması dikkate alındığında, neticeten sanığın yüklenen eylemden kast ya da taksir şeklindeki manevi unsurlardan hangisinden sorumlu olduğu tartışılarak, sonucuna göre hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde sanığın

### C. Nitelikli Hal

TCK m. 182/2'de atık veya artıkların belirli nitelikleri taşıması halinde fail hakkında daha ağır ceza verilmesi öngörülmüştür. Verilecek cezanın artırılmasının nedeni atık veya artıkların niteliği olduğu için, ikinci fıkrada yer alan bu düzenleme nitelikli hal düzenlemesidir. Ayrıca madde metninde bir zararın meydana gelmesi aranmadığı için bu düzenleme de tehlike suçu niteliğindedir.

### D. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç

TCK m. 182/1-c.2'deki düzenlemenin neticesi sebebiyle ağırlaşan suç<sup>91</sup> mu yoksa nitelikli hal<sup>92</sup> düzenlemesi mi olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bunun için öncelikle "*kalıcı etki bırakma*" ifadesi ile neyin kastedildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Kanaatimizce ilgili hükmün uygulanabilmesi için atık veya artıkların alıcı ortama verilmesi ve bu ortamda kalıcı bir etki bırakmış olması gerekmektedir<sup>93</sup>. Dolayısıyla madde metninde yer alan "*kalıcı etki bırakma*", "*toprağa, suya veya havaya verme*" hareketine bağlı olarak ortaya çıkan bir netice niteliğindedir. Burada cezanın ağırlaştırılması fiilin işleniş tarzı, işlendiği yer ve zaman, failin niteliği, mağdurun niteliği, fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisi, suçun konusu gibi hususlardan kaynaklanmamaktadır. Cezanın artırılması neticeyle bağlantılı olarak öngörülmüştür. Diğer bir deyişle, alıcı ortamda kalıcı bir etkinin kalmış olması netice unsuruna ilişkindir. Bu sebeple söz konusu düzenlemenin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesi olduğu kanaatindeyiz.

## V. ÇEVRENİN KASTEN VE TAKSİRLE KİRLETİLMESİ SUÇLARINDA İÇTİMA SORUNU

---

*beraatine karar verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur.*" 4. CD., 13.6.2023, E. 2021/11569 K. 2023/19807 (Lexpera, Erişim Tarihi: 20.07.2024).

<sup>91</sup> OLGUN, Eser, Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları: TCK m. 181, 182, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014, s. 121.

<sup>92</sup> YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, 381.

<sup>93</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5614. Ancak yazarlar aynı yönde görüş bildirmekle birlikte söz konusu düzenlemeyi nitelikli hal olarak değerlendirmektedirler.



Türk hukuk mevzuatında çevrenin kirletilmesini önlemeye yönelik birçok düzenleme bulunmaktadır. Bunlar TCK m. 181, m. 182, Orman Kanunu m. 93/2 ve KTVKK m. 65'te düzenlenen suçlar ile KK m. 41, HKK m. 5/2 ve ÇK m. 20'de düzenlenen kabahatlerdir. Ayrıca çevrenin kirletilmesi sonucunda TCK m. 81, 86, 87, 151, 152'de yer alan suçlar da oluşabilir.

KK m. 9'a göre aksine bir belirleme olmadığı sürece kabahatlerin kasten veya taksirle işlenebilmesi mümkündür. Yukarıda bahsi geçen çevre kabahatlerinin taksirle işlenemeyeceğine ilişkin olarak kanunlarda özel bir belirleme yapılmamıştır. Dolayısıyla KK m. 41, HKK m. 5/2 ve ÇK m. 20'de yer alan kabahatlerin çevrenin taksirle kirletilmesi suçu açısından da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Çevre suç ve kabahatleri suçun konusu ve fiil unsuru ile manevi unsur yönünden birbirinden farklılaşsa da kimi zaman somut olayın özelliklerine göre içtima ilişkisi çerçevesinde tartışılması gereken durumlar ortaya çıkabilmektedir. Aşağıda öncelikle içtimaya ilişkin genel bilgiler verildikten sonra çevrenin kirletilmesi suçları açısından ayrıca değerlendirmelerde bulunulmuştur.

## A. Genel Olarak İçtima

### 1. Suçların İçtimaı

Ceza hukukunda kural, fiil sayısı kadar suçun ve cezanın varlığıdır<sup>94</sup>. Fiil, suç ve ceza arasındaki bu ilişki doktrinde gerçek içtima olarak ifade edilmektedir<sup>95</sup>. Gerçek içtimanın varlığı halinde fail, fiil ve suç sayısı kadar yaptırıma tabi tutulmaktadır. Suçların içtimaı ise bu genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Suçların içtimaında bir kimse birden fazla suç işlemesine rağmen, ceza hukukunun sonuçları yalnızca bir suç üzerinden belirlenmektedir<sup>96</sup>. Diğer bir deyişle, birden fazla suç tek bir fail üzerinde

<sup>94</sup> ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 669; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2023, s. 517; S. YILMAZ, s. 130; ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2022, s. 799.

<sup>95</sup> ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2019, s. 549; KOCA/ÜZÜLMEZ s. 517; ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 669.

<sup>96</sup> TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Ankara 2018, s. 358; YALÇIN SANCAR, Türkan/KÖPRÜLÜ, Timuçin, Ceza Hukuku

toplanmakta, fakat ceza siyasetinin bir gereği olarak fail tek bir suçtan cezalandırılmaktadır<sup>97</sup>.

Suçların içtima başlığı altında inceleme konusu yapılması gereken kurumlardan ilki zincirleme suçtur. Bu kurum TCK m. 43/1'de gerçek içtimanın istisnalarından birisini oluşturacak şekilde düzenlenmiştir<sup>98</sup>. Zincirleme suçta fiil ve suç sayısı birden fazla olmasına rağmen failde bir suç işleme kararı bulunduğu için, hakkında verilecek ceza yalnızca işlemiş olduğu bir suç üzerinden kanunda öngörülen oranlarda artırım yapılmak suretiyle belirlenmektedir<sup>99</sup>. Dolayısıyla zincirleme suçta, fiil ile suç arasındaki ilişki gerçek içtimaya uygun olsa da cezalandırma bakımından ondan farklılaşmakta ve genel kuralın dışına çıkmaktadır. Ancak zincirleme suç kuralları, aynı suçun aynı mağdura karşı işlenmesi halinde uygulanma niteliğine sahiptir. Aynı mağdura karşı işlenme şartı, topluma karşı suçlar bakımından tartışmalara neden olabileceğinden maddenin devamında özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, söz konusu kurallar mağdur belirli bir kimse olmasa da uygulanma niteliğine sahiptir. Çevreye karşı suçlar, topluma karşı suçlardan olduğu için söz konusu düzenleme, bu çalışma bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Burada üzerinde durulması gereken husus, topluma karşı suç olmasına rağmen doğrudan doğruya belirli kişi veya kişilerin mağdur olduğu suçlarda nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiğidir. Kanaatimizce artık suçun aynı

---

Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 385; **AKBULUT**, s. 966; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 519.

<sup>97</sup> İçtima sözlükte “*toplanmak, bir araya gelmek*” olarak tanımlanmaktadır: <https://www.luggat.com/>. Suç teklifinin ve suç çokluğunun ifade ettiği anlama ilişkin olarak doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Kanaatimizce suç teklifinin mi yoksa suç çokluğunun mu bulunduğu tespitinde ihlal edilen norm sayısını dikkate alarak bir belirleme yapılması gerekmektedir. Buna göre kanunun bir normu ihlal edilmişse suç teklifi; birden çok normu ihlal edilmişse suç çokluğu bulunmaktadır: **AKBULUT**, s. 967; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 520.

<sup>98</sup> **DEMİRBAŞ**, Timur, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2017, 531; **YALÇIN SANCAR/KÖPRÜLÜ**, 2014, s. 386.

<sup>99</sup> Zincirleme suçla ilişkin suç çokluğu ve suç teklifi tartışmaları için bkz.: **DEMİRBAŞ**, s. 537, 538; **TOROSLU/TOROSLU**, 2018, **a.g.k.**, 366; **CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, İstanbul 2020, s. 526, 527; **ZAFER**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK 1-75, 8. Baskı, İstanbul 2021, s. 607.

mağdura karşı işlendiğinden söz edilemeyeceğinden bu gibi hallerde gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır<sup>100</sup>.

Çevreye karşı suçların işlenmesi ile birlikte kimi zaman kasten öldürme ve kasten yaralama gibi suçlar da oluşabileceği için, TCK m. 43/3'te yer alan düzenlemenin de göz önünde bulundurulması gerekir. Söz konusu düzenleme ile, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına bazı suçlar bakımından bir sınırlandırma getirilmiş ve kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Çevreye karşı suçlarda içtima sorunu incelenirken bu hükmün muhakkak göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Suçların içtimaı bahsinde incelenmesi gereken bir diğer müessese fikri içtimadır. Fikri içtima, gerçek içtimanın istisnalarından birisini oluşturacak şekilde TCK m. 43/2'de ve m. 44'te hüküm altına alınmıştır. Fikri içtimada tek fiilin varlığına rağmen oluşan suç birden fazladır<sup>101</sup>. Bunun için öncelikle fiilin tekliği veya çokluğu ile neyin kastedildiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Bu kavramların anlamına ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir<sup>102</sup>. Kanaatimizce fiil tekliği harekete göre tespit edilmelidir. Doğal anlamda tek bir hareketin bulunduğu ya da doğal anlamda birden fazla hareket bulunmakla birlikte bunların doğal hareket tekliği oluşturduğu durumlarda fiilin tek olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca tipik hareket tekliğinde de fiil tekliği söz konusu olmaktadır<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> **AKBULUT**, s. 1025.

<sup>101</sup> **SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2020, s. 278.

<sup>102</sup> 5237 sayılı TCK'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte fiilin tekliği ve çokluğunun harekete göre belirlenmesi öngörülmüştür: **ÖZGENÇ İzzet**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler). 2. Bası, Ankara 2005, s. 571; **SOYASLAN**, s. 280; **ZAFER**, s. 626. Doktrindeki görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: **İÇEL**, Kayıhan, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul 2018, s. 576, 577; **ÖZBEK/DOĞAN/BA-CAKSIZ/TEPE**, s. 568-573; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 518-522; **DEMİRBAŞ**, s. 545-547.

<sup>103</sup> **KOCA/ÜZÜLMEZ** s. 523. Sırf hareket suçlarında hareket; neticeli suçlarda netice sayısına göre belirleme yapılması gerektiğine ilişkin olarak bkz.: **YALÇIN SAN-CAR/KÖPRÜLÜ**, s., 391; **TOROSLU/TOROSLU**, s. 368; **HAFIZOĞULLARI**, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara

TCK m. 44'te "*işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır*" hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme farklı suçların oluşmasını öngörmesi sebebiyle doktrinde farklı neviden fikri içtima olarak nitelendirilmektedir. Bu durumda fail hakkında verilecek ceza, daha ağır cezayı gerektiren suça göre belirlenmektedir. Aynı neviden fikri içtima ise, TCK m. 43/2'de "*aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da birinci fıkra hükmü uygulanır*" denilmek suretiyle hüküm altına alınmıştır. Aynı neviden fikri içtimada tek fiil ile aynı suçun birden fazla kez işlenmesi söz konusu olmaktadır. TCK m. 43/2'de m. 43/1'e atıf yapıldığı için aynı neviden fikri içtimada fail hakkında verilecek ceza, suç karşılığı öngörülen ceza üzerinden belirli oranlarında artırım yapılmak suretiyle belirlenmektedir. TCK m. 43/3 hükmü aynı neviden fikri içtimanın söz konusu olduğu hallerde de geçerlidir. Fail işlenen her bir suçtan, gerçek içtima kuralları çerçevesinde sorumlu tutulur. Görüldüğü üzere, her iki fikri içtima şeklinde de suç çokluğu bulunmasına rağmen fail hakkında verilecek ceza tek bir suç üzerinden belirlenmektedir.

İçtima kapsamında incelenen müesseselerden bir diğeri görünüşte içtimadır<sup>104</sup>. Görünüşte içtimada suçların içtimadan farklı olarak suçlar arasında bir içtima ilişkisi bulunmamaktadır<sup>105</sup>. Görünüşte içtimada tek bir fiil karşılığında uygulanabilecek birden çok norm varmış gibi görünmektedir. Ancak normlar arasındaki özel ilişkiden dolayı aslında fiile uygulanacak tek bir norm söz konusudur<sup>106</sup>. Bu özel ilişki özel norm-genel norm, tüketen norm- tüketilen norm ve asli norm- tali norm ilişkisi olarak ifade edilmektedir. Görünüşte içtima halinde fiile hangi normun uygulanacağı özel normun önceliği ilkesi, tali normun sonralığı ilkesi ve bir normun diğeri tarafından tüketilmesi ilkesi çerçevesinde belirlenmektedir.

---

2019, s. 355. Buna göre bir kurşun ile iki kişinin yaralanması halinde iki netice gerçekleştiği için fiilin tekliliğinden söz edilemez: **HAKERİ**, Hakan, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2020, s. 631.

<sup>104</sup> Görünüşte içtima doktrinde kanunların içtimai, hükmün tekliliği, görünüşte fikri içtima, kanunların gerçek olmayan içtimai, görünüşte kanunların içtimai gibi farklı şekillerde de ifade edilmektedir: **ÖNDER**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 451.

<sup>105</sup> **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 576. **AKBULUT**, s. 1002.

<sup>106</sup> **ÖZGENÇ**, Gazi Şerhi, 586; **İÇEL**, s. 625; **ÖNDER**, s. 451; **AKBULUT**, s. 1002; **DEMİRBAŞ**, s. 532.

Bu durumda normlardan birisi diğer bir normun suç içeriğini tamamen karşıladığı için diğer norm geri çekilmektedir<sup>107</sup>. Cezanın belirlenmesinde de bu öncelikli norm esas alınmaktadır.

## 2. Suçlar ile Kabahatler Arasındaki İçtima İlişkisi

Suçların içtimaı suçların kendi arasındaki içtima ilişkisini düzenlemektedir. Suçlar ile kabahatler arasındaki içtima ilişkisi ise KK m. 15/3'te hüküm altına alınmıştır<sup>108</sup>. KK m. 15 ile suçların kabahatler karşısında öncelikli olarak uygulanması gerektiği kabul edilmiştir İdari yaptırımlar ancak suçtan dolayı yaptırımın uygulanamadığı durumlarda devreye girmektedir. Benzer bir düzenleme Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu (Ordnungswidrigkeitengesetz) m. 21'de de yer almaktadır<sup>109</sup>. Bu kabulün temel sebebi, hem suçların haksızlık içeriğinin kabahatlerin haksızlık içeriğinden daha fazla olması hem de suç karşılığı öngörülen yaptırımların kabahat karşılığı öngörülen idari yaptırımlara göre daha ağır nitelikte olmasıdır<sup>110</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken, KK m. 15/3'ün yalnızca fiil tekliği durumunda uygulanma niteliğine sahip olduğudur. Fiil çokluğu söz konusu ise failin hem suçtan hem de kabahatten ayrı ayrı sorumlu tutulması gerekmektedir.

Suçlar ile kabahatler arasındaki içtima ilişkisini düzenleyen KK m. 15/3 hükmü, kanunlarda aksine bir düzenleme olmadığı sürece uygulanma niteliğine sahiptir. Zira kanun koyucu bazı özel düzenlemeler ile KK m. 15/3'te öngörülen kuraldan ayrılmış ve hem suçtan hem de kabahatten yaptırım uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Bu çalışma özelinde tartışılması gereken ÇK m. 27'de yer alan düzenlemedir<sup>111</sup>. Bir görüşe göre ÇK'deki kabahatler ile diğer kanunlarda düzenlenmiş olan suç

<sup>107</sup> **AKBULUT**, s. 1003.

<sup>108</sup> Bu düzenleme olmasaydı failin hem kabahatten hem de suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğine ilişkin olarak bkz.: **GÖKTÜRK**, Neslihan, *Fikri içtima*, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 261.

<sup>109</sup> **KRETSCHMER**, s. 62.

<sup>110</sup> **AKBULUT**, s. 1056.

<sup>111</sup> ÇK m. 27'de "bu Kanunda yazılı fiiller hakkında verilecek idari nitelikteki cezalar, bu fiiller için diğer kanunlarda yazılı cezaların uygulanmasına engel olmaz" hükmüne yer verilmiştir.

lar arasındaki içtima ilişkisinin ÇK m. 27 hükmüne göre belirlenmesi gerekmektedir<sup>112</sup>. Başka bir görüşe göre ise ÇK m. 27’de yer alan “*diğer kanunlarda yazılı cezalar*” ifadesi ile idari cezalar kastedildiği için KK m. 15/3 dikkate alınmalıdır<sup>113</sup>. Kanaatimizce KK m. 15/3’ün 2005 yılında yürürlüğe girmesiyle birlikte ÇK m. 27’de yer alan bu hüküm zımnen mülga olmuştur<sup>114</sup>. Bu sebeple ÇK’de yer alan kabahatler ile TCK’de yer alan suçların içtima ilişkisi bakımından da KK m. 15/3 hükmüne göre belirleme yapılması gerekmektedir.

## **B. TCK m. 181/1 Açısından İçtima Hükümlerinin Değerlendirilmesi**

### **1. Zincirleme suç**

TCK m. 181/1’de yer alan suç zincirleme suç şeklinde işlenebilir<sup>115</sup>. Örneğin bir araziye birkaç gün ara ile beş kamyon kimyasal atık dökülmesi halinde TCK m. 43/1 hükmü uygulama alanı bulur<sup>116</sup>. Zira burada bir suç işleme kararı çerçevesinde beş farklı günde işlenmiş (değişik zaman), beş ayrı fiil ve beş ayrı suç (TCK m. 181/1) söz konusudur.

Zincirleme suç kurallarının uygulanıp uygulanmayacağına tespit edilmesi bakımından aranacak ilk şartlardan birisi fiil çokluğudur. Doğal anlamda hareket teklifinin söz konusu olduğu hallerde failin dış dünyaya yansıyan tek bir vücut hareketi söz konusu olduğu için fiil teklifini tespit etmek oldukça kolaydır. Ancak doğal anlamda birden fazla hareketin bulunduğu hallerde somut olayın şartlarına göre fiil çokluğundan veya fiil teklifinden (doğal hareket teklifi anlamında) söz edilebilmesi

<sup>112</sup> ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 735.

<sup>113</sup> AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, s. 478; AYGÖRMEZ, s. 427. Nitekim doktrinde bir görüş m. 27’de yer alan “*cezalar*” ifadesinin “*idari yaptırımlar*” olarak değiştirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir: ÖZDEMİR EKİCİ, Didar, “Türk Ceza Kanunu, Kabahatler Kanunu ve Çevre Kanunu’nda Düzenlenen Gürültü Suç ve Kabahatleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, DEÜHFD, C. 21, S. 2, 2019, s. 1210.

<sup>114</sup> AKBULUT, s. 1060; ÖZGÜÇ, s. 247. YILDIZ, *Çevrenin Kasten Kirletilmesi*, s. 214. Aynı yönde bkz.: TAŞKIN, *Çevre Ceza Hukuku*, s. 152.

<sup>115</sup> HACİFAZLIOĞLU, Ali, *Teori ve Uygulamada Suçların İçtimaı (Bileşik Suç-Zincirleme Suç-Fikri İçtima)*, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 603; ÖZGÜÇ, s. 238; ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 561; YOKUŞ SEVÜK, *Özel Hükümler*, s. 531; AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, 2015, s. 420.

<sup>116</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5591.

mümkündür. Zaman ve mekân bakımından dar bir ilişki içerisinde bulunan birden fazla hareket, tarafsız bir gözlemci tarafından doğal gözlem tarzında bakıldığında bir araya getirilmiş tek hareket olarak görülüyorsa, fiil teklifi kapsamında değerlendirme yapılmaktadır<sup>117</sup>. Örneğin bir kimşenin aynı araziye kısa sürelerle kimyasal atık bırakması halinde doğal anlamda birden fazla hareket bulunmakla birlikte fiilin tek olduğu ve dolayısıyla failin tek bir TCK m. 181/1'den sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir durumda fiil ve suç tek olduğu için zincirleme suç hükümlerinin uygulanma imkânı da bulunmamaktadır. Keza fiilin kesintisiz şekilde gerçekleştirilmesi tipik hareket teklifi kapsamında tek fiil olarak değerlendirildiğinden<sup>118</sup> zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir. Örneğin bir tesisin atıklarının altı ay boyunca toprağa verilmesi halinde suç kesintisiz şekilde işlendiğinden, ortada işlenmiş tek bir suç vardır<sup>119</sup>. Ancak bu durum cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde bulundurulur. TCK m. 181/1'in bu yönüyle muhtemel kesintisiz suç niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte hukuki ya da fiili bir kesintinin söz konusu olduğu, örneğin failin eylemine belirli bir süre ara verip daha sonra tekrar başladığı hallerde ise artık kesintisizlikten söz edilemeyeceği için kesintiden önceki ve sonraki kısımların ayrı ayrı değerlendirilmesi ve failin iki ayrı TCK m. 181/1'den gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılması gerekmektedir<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> **AKBULUT**, s. 971, 972.

<sup>118</sup> **AKBULUT**, s. 991.

<sup>119</sup> **TALAS**, s. 1155; **MAViŞ**, s. 292; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 5591.

<sup>120</sup> "Suça konu atıkların alıcı ortam olan suya karıştığı tespit edildiği, fekal atıkların alıcı ortam olan suyu kirletici nitelikte olduğu, bu suretle olay kapsamında çevrenin kasten kirletilmesi suçunun oluştuğu anlaşılmıştır. Ancak, sanık hakkında, aynı nitelikteki eylem ile ilgili olarak tutulan 20.01.2013 tarihli tutanak uyarınca 14.03.2013 tarihinde düzenlenen iddia-name üzerine yapılan yargılamada, Bandırma 1. Sulh Ceza Mahkemesinin 2013/301 Esas sayılı dosyası ile mahkumiyet kararı verildiği, verilen hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı ve itiraz edilmeden kesinleştiği, aynı yer ile ilgili olarak kirliliğe neden olacak faaliyetin daha önce de gerçekleştirilmesi nedeniyle tutulan 27.10.2012 tarihli tutanak uyarınca, 06.06.2013 tarihinde açılan dava birlikte değerlendirildiğinde hukuki kesintinin oluşmadığı, ilk tutanaktan sonra da kirlilik oluşturacak nitelikteki faaliyete devam edilmesi nedeniyle sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının gerekmesi karşısında" Y. 18. CD., E. 2017/4345 K. 2017/12411 T. 6.11.2017 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.07.2024).

TCK m. 181/1'deki suç seçimlik konulu -hava, su veya toprak- bir suç olduğu için hareket veya hareketlerin farklı konular üzerinde gerçekleştirilmesinin de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Atık maddenin tek fiille birden fazla alıcı ortama verildiği hallerde tek suç oluşacaktır. Örneğin havaya verilen atıkların, bir süre sonra çökme etkisiyle toprağa geçtiği hallerde fail hakkında tek bir TCK m. 181/1'den hüküm kurulacak, ancak tek fiil ile iki farklı alıcı ortamda potansiyel bir tehlike yaratıldığı için bu durum TCK m. 3 ve m. 61 çerçevesinde dikkate alınacaktır<sup>121</sup>. Buna karşılık atık maddenin önce havaya, daha sonra toprağa verildiği hallerde fiil çokluğundan söz edilebiliyorsa ve diğer şartları da varsa TCK m. 43/1 çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır.

Zincirleme suç için işlenen birden fazla suçun aynı suç olması da gerekmektedir. Bir suçun temel ve nitelikli şekli aynı suç kapsamında değerlendirildiğinden çevrenin kasten kirletilmesi suçlarının temel şekilleri ile m. 181/3-4 (nitelikli hal) arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür. Ancak maddenin birinci ve ikinci fıkrasında birbirinden bağımsız suçlar düzenlendiğinden failin atık maddeyi izinsiz olarak ülkeye soktuktan sonra kanunda öngörülen şekilde alıcı ortamlardan birisine vermesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Ayrıca bu durumda fiil teklifinden ve dolayısıyla fikri içtimadan söz etmek de mümkün olmayacağından fail her iki suçtan gerçek içtima hükümlerine göre ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır<sup>122</sup>.

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için failin birden fazla suçu bir suç işleme kararı kapsamında gerçekleştirmiş olması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay, sanığın, farklı türdeki çeşitli atık maddeleri 4 ay ara ile yakıp ortadan kaldırdığı ve bu suretle çevrenin kasten kirletilmesi suçunu işlediği bir olayda, TCK m. 43/1'in uygulanma niteliğine sahip olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın iki ayrı TCK m. 181/1'den hüküm kurulmasını hukuka aykırı bulmuştur<sup>123</sup>. Ancak fail

<sup>121</sup> Aynı yönde bkz.: **KAYAER**, s. 190. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda bu gibi hallerde tek eylemle iki alıcı ortamın, dolayısıyla çevrenin kirletilmesi suçunun oluştuğunu ve TCK'nın 3 ve 61. maddelerinde belirlenen ölçütlere göre cezanın bireyselleştirilmesi yoluna gidilmesi gerektiğini ifade etmektedir.: Y. 4. CD., 27.10.2020, E. 2020/11737, K. 2020/14048 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.07.2024).

<sup>122</sup> Aynı yönde bkz.: **KAYAER**, s. 188.

<sup>123</sup> Y. 4. CD., E. 2011/16198 K. 2014/35422 T. 8.12.2014 (Lexpera, Erişim Tarihi: 12.07.2024).



karşısına çıkan fırsatlardan istifade ediyorsa – örneğin bazı günler etrafta kimsenin olmadığını görünce atıkları arıtma tesisine götürmek yerine nehre döküyorsa- bu durumda bir suç işleme kararının varlığından söz edilemeyeceğinden TCK m. 43/1 uygulama alanı bulamayacak, fail gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılacaktır<sup>124</sup>.

## 2. Fikri içtima

TCK m. 181/1 ile birlikte TCK'de yer alan başka suç tiplerinin ihlal edilmesi söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda fail hakkında fikri içtima hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağının tespit edilmesi bakımından somut olayda fiil teklığının mi yoksa fiil çokluğunun mu bulunduğu özenle incelenmelidir.

İlk olarak çevrenin kasten kirletilmesi suçu neticesinde kişilerin yaralanıp ölebilmesi mümkündür. Bu durumda TCK m. 44'ün mü yoksa gerçek içtima hükümlerinin mi uygulanması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş TCK m. 181/1 neticesinde kişilerin kasten ya da taksirle öldürülmesi veya yaralanması halinde fiilin teklığinden söz edilemeyeceğini, failin gerçek içtima hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir<sup>125</sup>. Aynı sonuca ulaşan başka görüş bir ise bu suçlar ile yaşama hakkı ve vücut bütünlüğünün korunduğunu dikkate alarak gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini, aksi bir değerlendirilmenin failin cezasız kalması anlamına geleceğini belirtmektedir<sup>126</sup>. Buna karşılık diğer bir görüş, TCK m. 44 çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>127</sup>. Esasen bu sorunun çözümünde zarar suçları ile tehlike suçları arasındaki içtima ilişkisinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Doktrinde zarar suçlarının tehlike suçları karşısında asli norm niteliğinde olduğunu belirten yazarlar

<sup>124</sup> MAVİŞ, s. 292.

<sup>125</sup> MAVİŞ, s. 293. Benzer yönde bkz.: KAYAER, s. 189; HACIFAZLIOĞLU, s. 603; MALKOÇ, s. 2985.

<sup>126</sup> Yokuş Sevük ayrıca özel bir içtima düzenlemesine yer verilmesi gerektiğini de ileri sürmektedir: YOKUŞ SEVÜK, Özel Hükümler, s. 530. Gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin olarak bkz.: KAYAER, s. 189.

<sup>127</sup> AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, s. 420; TALAS, s. 1155; YILMAZ, 131. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5591; ÖZGÜÇ, s. 241; OTACI, s. 309.

bulunmakla birlikte<sup>128</sup>, biz iki suç arasında bu türden bir ilişkinin bulunmadığını, fiil tekliliğinin söz konusu olduğu hallerde sorunun fikri içtima hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiğini düşünüyoruz<sup>129</sup>. Dolayısıyla çevrenin kasten kirletilmesi suçunun işlenmesine bağlı olarak yaralama veya ölüm neticesinin meydana geldiği olaylarda TCK m. 44'e göre değerlendirme yapılması gerektiğini kabul ediyoruz. Ayrıca bir olay kapsamında hem farklı hem de aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün olduğundan, çevrenin kasten kirletildiği ve birden fazla kişinin öldüğü hallerde TCK m. 43/3 hükmü gereğince ölen kişi sayısı kadar suç ve cezanın oluştuğunu benimsiyoruz. Diğer bir deyişle, failin her bir öldürmeden dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğini kabul ediyoruz.

Çevrenin kasten kirletilmesi suçunun m. 181/1'de öngörülen şekli ile mala zarar verme suçunun da fikri içtima ilişkisi içerisinde bulunabilmesi mümkündür<sup>130</sup>. Örneğin bir fabrikanın atık suyunu toprağa vermesi neticesinde o bölgedeki ekinlerin çürümesi durumunda hem bu suçun

<sup>128</sup> ÖNDER, s. 455. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: DOĞAN, K. (2014). Tehlike Suçları ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtima Sorunu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 5, S. 16, s. 180 vd.

<sup>129</sup> GÖKTÜRK, s. 239.

<sup>130</sup> "Sanığın Mersin Tarsus Organize Sanayi Bölgesinde faaliyet gösteren Trakya Cam A.Ş isimli işyerinin işletme müdürü olduğu, sorumlusu olduğu işyerinden çevreye atık maddelerin gönderildiği, söz konusu atık maddelerin bir kısmının katılanın Nacarlı Köyü 551 parselde bulunan arazisine de ulaşarak bahçedeki ağaçlara zarar verdiği, katılanın Mersin 3. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2014/7 değişik iş sayılı kararı ile de yaptırdığı keşif sonrasındaki bilirkişi raporuna göre de söz konusu atık maddelerin katılanın bahçesine gelmesi sonucunda ağaçların zarar gördüğünün tespit edildiği, bu şekilde çevrenin kasten kirletildiği iddiasıyla sanık hakkında kamu davası açılmıştır. içeriğine göre çevre kirliliğinin oluştuğu tespit edildiği takdirde sanığın tesis dahilinde kirliliği engellemeye yönelik gerekli tüm tedbirleri alıp almadığı araştırılmak suretiyle yüklenen eylemden kast ya da taksir şeklindeki kusurluluk türlerinden hangisinden sorumlu olduğu tartışılarak hukuki durumunun belirlenmesi ve katılana ait ağaç ve fidanların zarar görmesi nedeniyle olay kapsamında sanığın eylemi ile arasında uygun illiyet bağı bulunup bulunmadığı açısından da kusurluluk durumu tartışılarak TCK'nın 152/1-c maddesinin oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerekirken, eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması hukuka aykırıdır" Y. 4. CD., 14.6.2021, E. 2021/14648 K. 2021/19227 (Lexpera, Erişim Tarihi: 20.07.2024).

hem de mala zarar verme suçunun oluşacağı ve failin ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacağı belirtilmektedir<sup>131</sup>. Keza Yargıtay da toprağa verilen artıkların bahçedeki ağaçlara zarar verdiğinin iddia edildiği bir olayda TCK m. 152/1-c'nin oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Atığın toprağa verilmesi eylemi ile ağaçlara zarar verme neticesi arasında nedensellik bağı kurulup objektif isna-diyet yapılabiliriyorsa fail TCK m. 44 gereğince cezalandırılmalıdır.

Atık veya artıkların alıcı ortama verilmesi suçu ile hakkı olmayan yere tecavüz suçu da bir araya gelebilir. Yargıtay bu gibi hallerde failin ceza sorumluluğunun TCK m. 44'e göre belirlenmesini kabul etmektedir<sup>132</sup>. Doktrinde TCK m. 170, m. 172 ve m. 185 açısından da benzer değerlendirmeler yapılmaktadır<sup>133</sup>.

Atık veya artıkların alıcı ortama verilmesi suçu ile birlikte TCK dışındaki kanunlarda hüküm altına alınan başka suç tiplerinin ihlal edilmesi de mümkündür. Bunlardan birisi de KVTKK m. 65'te yer alan düzenlemedir. Bu suçun konusunu tescil edilen sit alanları ve korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile korunma alanları oluşturmaktadır<sup>134</sup>. Dolayısıyla atık veya artıkların alıcı ortamlara verilmesi suretiyle KTVKK m. 65'te tanımlanan suçun konularından birisine zarar verilmesi halinde tek fiil ile iki farklı suçun oluşması gündeme gelir. Bu durumda

<sup>131</sup> ARTUK, s. 46. Fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin olarak aynı yönde bkz.: GÜNGÖR, s. 91.

<sup>132</sup> "Sanığım, şikayetçiye ait tapulu taşınmaza inşaat atığı, hafriyat, taş ve moloz yığılması eyleminden dolayı sanık hakkında 5237 sayılı TCK.nun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca en ağır cezayı gerektiren fiilden hüküm kurulması, buna göre de sadece 5237 sayılı TCK.nun 154/1. madde ve fıkrası suçundan dolayı sanığım cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, iki ayrı suç kabulü suretiyle yazılı biçimde karar verilmesi," Y. 8. CD., 16.9.2014, E. 2014/2676 K. 2014/19727 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.07.2024).

<sup>133</sup> MAVİŞ, s. 293, 294; YILDIZ, Çevrenin Kasten Kirletilmesi, s. 212; AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, s. 420; YOKUŞ SEVÜK, Özel Hükümler, s. 529; ÖZGÜÇ, s. 241, 242.

<sup>134</sup> 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 65'te "tescil edilen sit alanları ve korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile korunma alanlarının bu Kanuna göre tescil veya ilan edilmiş olmasına rağmen yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarar görmesine kasten sebebiyet verenler" hakkında hapis cezası veya adli para cezası uygulanacağı belirtilmiştir.

da failin ceza sorumluluğu TCK m. 44'e göre belirlenmelidir<sup>135</sup>. Orman Kanunu m. 93/2'de yer alan suç açısından da benzer bir durum söz konusudur<sup>136</sup>. Atık maddenin kesinleşmiş orman sınırları içerisinde bir alana bırakılması ve miktar itibariyle işgal ve faydalanma suçunu oluşturması halinde tek fiile ile her iki suç da ihlal edilmiş olacak ve failin ceza sorumluluğu TCK m. 44'e göre belirlenecektir<sup>137</sup>.

### 3. Kabahatler ile İçtima

Tek fiil ile TCK m. 181/1 ve çeşitli kanunlarda düzenlenen kabahatlerin oluşması da mümkündür. Kabahatlerin haksızlık içeriği suçlara nazaran daha az olduğu için fiilin çevreye zarar vermeye elverişli olmadığı hallerde çevre kabahatlerinin oluşmuş olabileceği her zaman göz önünde

<sup>135</sup> **MAVİŞ**, s. 294. "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu'nun arkeolojik sit alanlarına ilişkin 05/11/1999 tarihli, 658 sayılı ilke kararının 3-b maddesinde, 3. derece arkeolojik sit alanlarına cürüfdökülemeyeceğinin açık olarak belirtildiği, sanıklar M.. A.. ile B.. Ş..'in eylemleri neticesinde çevreyi kasten kirletip, ayrıca 3. derece arkeolojik sit alanına fiziki müdahalede buldukları, bu kapsamda sanıkların eyleminin 2863 sayılı Kanun'un 65/b ve TCK'nın 181/1. maddesinde düzenlenen suçları oluşturacağı, TCK'nın 44 maddesinde düzenlenen fikri içtima kaidesinin objektif koşullarının "tek bir fiilin bulunması" ve "birden fazla kanun hükmünün ihlali"nden ibaret olduğu, sanıkların, işlediği fiille birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet vermeleri karşısında, haklarında eylemine temas eden en ağır hüküm olan 2863 sayılı Kanun'a aykırılık suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, ayrıca çevreyi kasten kirletmek suçundan mahkumiyetlerine ilişkin yazılı şekilde hüküm kurulması," Y. 12. CD., 3.12.2014, E. 2014/2512 K. 2014/24488 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.07.2024).

<sup>136</sup> "Orman Kanunu m. 93/2'ye göre "işgal ve faydalanma suçunun yeniden tarla açmak suretiyle veya yanmış orman sahalarında ya da kesinleşmiş orman kadastrosu sınırları içerisinde işlenmesi halinde verilecek ceza bir kat artırılır."

<sup>137</sup> **YOKUŞ SEVÜK**, Özel Hükümler, s. 532. "Sanıkların, ev inşaatlarından çıkan hafriyatı kadastrosu kesinleşmiş orman sınırları içindeki A.. İ.. C..K., .... numaralı orman bölmesinde kalan dere mevkiine döktükleri anlaşılmıştır. suçun kesinleşmiş orman sınırları içinde işlenmiş olması ve dökülen hafriyatın miktarı da dikkate alındığında, anılan mevzuat ve düzenleyici işlemlere göre atığın; a) Alıcı ortam olan toprağı kirlettiği ya da kirletme ihtimalinin bulunduğu sonucuna varılırsa, işlenen bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşumuna sebebiyet verildiğinden TCK'nın 44. maddesi gereğince TCK'nın 181/1 ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17, 93/1-2 maddelerine göre en ağır cezayı gerektiren suçtan, b) Alıcı ortam olan toprağı kirletmediği ya da kirletme ihtimalinin bulunmadığı sonucuna varılırsa, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17, 93/1-2 maddelerinde tanımlanan suçtan, hüküm kurulması gerekir." Y. 4. CD., 1.12.2014, E. 2012/7009 K. 2014/34659 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.07.2024). Benzer yönde bkz.: Y. 4. CD., 8.3.2021, E. 2020/22782 K. 2021/7939 (Lexpera, Erişim Tarihi: 17.07.2024).

bulundurulmalıdır. Yargıtay KK m. 15/3, ÇK m. 20/son ve m. 27 düzenlemelerini göz önünde bulundurarak suç yargılamasına öncelik tanımakta ve atığın niteliği ve bırakıldığı alıcı ortam itibariyle yapılan değerlendirmede fiilin TCK m. 181/1 kapsamında suç oluşturmadığının anlaşıldığı hallerde kabahatten dolayı idari yaptırım uygulanması yoluna gitmektedir<sup>138</sup>. Ayrıca daha önce idari yaptırım uygulandığından bahisle suçtan hüküm kurulmamasını bozma sebebi yapmaktadır<sup>139</sup>.

KK m. 41'de çevreyi kirletme kabahatleri düzenlenmiştir. Esasen KK m. 41/9 ile bu madde kapsamında yer alan kabahatlerin ancak belediye sınırları içerisinde uygulanabileceği kabul edilmişti. 7196 sayılı Kanun m. 60 ile m. 41/9 yer alan bu hüküm mülga edilmiş ve böylelikle m. 41'de yer alan kabahatlerin hem belediye sınırları içinde hem de belediye sınırları dışında işlenebilmesi mümkün hale gelmiştir. Bu durum TCK m. 181/1 ile KK m. 41 arasındaki ilişkiyi daha da önemli bir noktaya taşımıştır. KK m. 41'de atık veya artıkların niteliğine -evsel, kişisel, inşaat, kesilen hayvan gibi- ilişkin özel bir belirleme yapılmıştır. Doktrinde bir görüş KK. 41'deki atıkların niteliğinden yola çıkarak çevrenin kirletilmesi suçlarındaki atıkları dar bir şekilde yorumlamaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre bireysel ve evsel atıklar çevrenin kirletilmesi kabahatinin konusunu oluşturmaktadır. Çevrenin kirletilmesi suçları ise daha ziyade sanayi atık ve artıkları aracılığıyla işlenmektedir. Bu sebeple bireysel ve evsel nitelikteki atık veya artıkların toprak, su veya havaya verilmesi halinde suçtan

<sup>138</sup> OTACI, s. 284.

<sup>139</sup> "Yerel Mahkeme tarafından sanık hakkında beraat kararı verilmiş, hüküm gerekçesinde sanığın yetkilisi olduğu şirketin bu eylem nedeniyle özel yasa niteliğinde olan 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 20 nci maddesinin (b) bendi ikinci paragrafı gereğince idari para cezası ile cezalandırılması karşısında ayrıca Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen çevreyi kasten kirletme suçundan cezalandırılmasına karar verilmeyeceği, kaldı ki Türk Ceza Kanunu'nun 181 inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen çevreyi kasten kirletme suçunun kast unsuru itibarı ile oluşmadığı, bu suretle sanığın üzerine atılı çevreyi kasten kirletme suçunun unsurunun oluşmadığı belirtilmiştir. Ancak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda çevrenin kirletilmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmesine karşın, aynı Kanun'un 15 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, bir fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlandığı durumlarda, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceğini, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde ise kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanacağı kuralına yer vermiştir. Dolayısıyla öncelikle yargılamaya konu olayda suçun oluşup oluşmadığının tespit edilmesi gerekir." Y. 4. CD., 9.1.2024, E. 2021/19508 K. 2024/180 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.07.2024).

değil, kabahatten yaptırım uygulanmalıdır<sup>140</sup>. Kanaatimizce TCK m. 181/1’de atık veya artıkların niteliğine ilişkin herhangi bir ayrıma gidilmediğinden bu suçun her türlü atık veya artık vasıtasıyla işlenebilmesi mümkündür. Suçun diğer unsurları da gerçekleşmişse evsel ve bireysel atıkların alıcı ortama verildiği hallerde KK m. 15/3 gereğince TCK m. 181/1’den hüküm kurulmalıdır<sup>141</sup>. Yargıtay da evsel atıkların gemiden denize boşaltıldığı bir olayda çevrenin kasten kirletilmesi suçunun oluştuğunu kabul etmiştir<sup>142</sup>.

Çevreyi kirletme kabahatleri ile TCK m. 181/1 arasındaki temel farklılık, gerçekleştirilen fiilin çevreye zarar vermeye elverişli nitelikte olup olmamasından, teknik usullere aykırılık teşkil edip etmemesinden ve alıcı ortamdan kaynaklanmaktadır. KK m. 15/3 hükmü sebebiyle m. 41’den hüküm kurulabilmesi için somut olayda TCK m. 181/1’in uygulanamıyor olması gerekmektedir. Örneğin Yargıtay beton kalıntılarının boş bir araziye (toprak) döküldüğü olayda söz konusu atığın, alıcı ortamı kirletmediğinin veya böyle bir ihtimalin bulunmadığının anlaşılması halinde KK m. 41/4 kapsamında değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir<sup>143</sup>.

<sup>140</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5579, 5580. Aynı yönde bkz.: HACİFAZLIOĞLU, s. 603.

<sup>141</sup> YILDIZ, Çevrenin Kastan Kirletilmesi, s. 213; YOKUŞ SEVÜK, Özel Hükümler, s. 536. “...Sanığım eyleminin çevrenin kasten kirletilmesi suçunu oluşturduğu ve 5326 sayılı Kanununun 15/3. maddesindeki, eylemin hem kabahat hem suç oluşturması halinde sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanır hükmü uyarınca sanık hakkında TCK’nın 181. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, “aynı fiil nedeniyle aynı sanık için önceden verilmiş bir idari yaptırım kararı olduğu” şeklindeki gerekçeyle davanın reddine karar verilmesinin usul ve kanuna aykırı olduğu anlaşılmıştır” Y 4.CD, 24.11.2014, E.2014/17557, K. 2014/34071, OTACI, s. 284, dn. 8.

<sup>142</sup> “Sanığım kaptanlığını yaptığı tekneyle yolcu gezdirdiği sırada teknenin tanklarındaki evsel atıkları denize boşalttığından bahisle çevrenin kasten kirletilmesi suçundan cezalandırılması talebi ile açılan kamu davasında Yerel Mahkemece; sanığım savunması, tanık anlatımı, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamı bir bütün olarak değerlendirilerek sanığım mahkûmiyetine karar verilmiştir.... IV. GEREKÇE Vicdani kanunun olduğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede; sanığım mahkûmiyeti yönündeki Yerel Mahkemenin inanç ve takdirinde hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşılmakla bozma sebepleri dışındaki temyiz istemleri ile vesair nedenler yerinde görülmemiştir.” Y. 4. CD., 12.3.2024, E. 2021/42339 K. 2024/3178 (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.08.2024).

<sup>143</sup> “Sanığım, olay tarihinde yetkilisi bulunduğu .... Tic. Ltd. Şti. Firmasının kamyonu ile beton kalıntıları Karpuzkaya Köyü civarında boş araziye dökmek suretiyle çevre kirliliğine neden olduğu iddia edilmiştir... bilirkişiden, atığın alıcı ortamı kirlettiği ya da kirletme ihtimali

Çevrenin kasten kirletilmesi suçu ve kabahatler açısından hayvan atıklarının da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Kesilen hayvan atıklarının belli başlı yerlere bırakılması KK m. 41/3'te kabahat olarak tanımlanmıştır. Ayrıca bu durumda kesilen hayvanın ne tür bir hayvan olduğuna bağlı olarak HKK m. 14/f'de yer alan kabahatin oluşabilmesi de mümkündür. Yargıtay hayvan sakatatlarının çevreye bırakıldığı bir olayda kabahat yerine TCK m. 181/1'den hüküm kurulmasını hukuka aykırı bulmuştur<sup>144</sup>. Hayvan atıkları açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer durum, sahipli hayvanlardır. HKK m. 5/2'de hayvan sahiplerinin, sahip oldukları hayvanlardan kaynaklanan çevre kirliliğini önleyici tedbirleri almakla ve zamanında ve yeterli seviyede tedbir almamalarından kaynaklanan zararları tazmin etmekle yükümlü oldukları kabul edilmiştir. HKK m. 28/b'de ise buna aykırı hareket eden kişilerin idari para cezası ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Sahipli hayvanların neden olduğu çevre kirliliği denilince ilk akla gelen fekal atıklardır<sup>145</sup>. Fekal atıkların

---

*taşıyıp taşımadığı yönünden, yukarıda (II/2) numaralı kısımda açıklanan yönetmelikler ya da ekleriyle birebir ilişki kurulmak suretiyle Yargıtay denetimine imkân sağlayacak içerikte rapor alınması gerekir. Atığın, anılan mevzuat ve düzenleyici işlemlere göre toprağı kirletmediği ya da kirletme ihtimalinin bulunmadığı sonucuna varılırsa, eylemin, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesi de dikkate alınarak, inşaat atık ve artıklarını bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atmaya yaptırma bağlayan 41/4 maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir." Y. 4. CD., 8.2.2021, E. 2020/15202 K. 2021/3426 (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.08.2024). Benzer şekilde bkz.: "Sanığın trol ağlarını keserek denize bırakma eyleminin ne şekilde "çevreye zarar verecek şekilde atık veya artıkların suya bırakılması" olarak kabul edildiği, bu eylemin su kirliliği yaratacak nitelikte olup olmadığı ve eylemin kasten kirletme suçunu mu yoksa kabahat mi olduğu araştırılıp tartışılmadan, eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile mahkûmiyet kararı verilmesi" 4. CD., 17.6.2013-13941/19045, ZAFER/PAMUK/ÇAKIR, ZAFER, Hamide/ PAMUK, Gülfem/ÇAKIR, Kerim: Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kabahatler Kanunu, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 394.*

<sup>144</sup> "Sanığın, mezbaha harici tek tırnaklı hayvan kesimi yaparak kesim atıkları olan sakatatları da çevreye bırakma biçimindeki yargılamaya konu eylemlerinin, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun 14/f maddesi ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 41/3. maddesine göre idari yaptırımı gerektiren eylemler oldukları gözetilmeden, TCK'nın 181/1. maddesi gereğince mahkûmiyet kararı verilmesinin usul ve kanuna aykırı olduğu anlaşılmıştır." 18. CD., E. 2015/13085 K. 2016/2899 T. 17.2.2016 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.08.2024).

<sup>145</sup> 31.12.2004 tarihli ve 25687 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği m. 3'e göre fekal atık "Bir su kütleinin özellikle bakteriyolojik açıdan kirlenmesine neden olan, insan veya sıcak kanlı hayvanların idrar, dışkı ve kalıntıları" şeklinde tanımlanmıştır

TCK m. 181/1'de yer alan suça vücut verebilmeleri açısından bırakıldıkları alıcı ortam önem arz etmektedir. Yargıtay, alıcı ortamın toprak olduğu hallerde bu atıkların toprağı kirleten ya da kirletme ihtimali bulunan atıklar olmadığını belirterek TCK m. 181/1'deki suçun oluşmayacağını kabul etmektedir. Ancak üçüncü kişilerin rahatsız edildiğı ya da onlar açısından bir zararın ortaya çıktığı hallerde KK m. 5/2 ve 28/b gereğince fail hakkında idari para cezasına hükmedilmesini öngörmektedir<sup>146</sup>. Alıcı ortamın su olduğu veya toprak olmakla birlikte yeraltı suyunun varlığının tespit edildiğı hallerde ise Su Kirliliğı Kontrol Yönetmeliğı m. 3, 4 ve 6'daki yükümlülüklerle aykırı şekilde hareket edildiğinden bahisle çevrenin kasten kirletilmesi suçunun oluştuğuna karar vermektedir. Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere sahipli hayvanlarının fekal atıklarını su alıcı ortama bırakan kişi, tek fiille hem TCK m. 181/1'i hem de HKK m. 5/2'yi ihlal etmiş olacaktır. Bu durumda KK m. 15/3 hükmü gereğince fail hakkında suçtan hüküm kurulması gerekmektedir. TCK m. 181/1'de yer alan suçun oluşmadığı hallerde ise HKK m. 5/2 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>147</sup>.

Atıkların toprağı verilmesi açısından ÇK m. 20/j ve m. 20/s'de yer alan kabahatler de dikkate alınmalıdır. ÇK m. 20/j'de "*Kanunda ve yönetmelikte öngörülen yasaklara veya standartlara aykırı olarak veya önlemleri almadan atıkları toprağı veren*" kişilerin idari para cezası ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. ÇK m. 20/s'de ise umuma açık yerlerde her ne şekilde olursa olsun çevreyi kirleten kişiler hakkında idari para cezasına hükmedilmesi hüküm altına alınmıştır. ÇK m. 20/j ile TCK m. 181/1'i birbirinden ayıran unsur, kabahatin oluşması açısından hareketin çevreye zarar ver-

<sup>146</sup> "Fekal atık, alıcı ortam olan toprağı kirleten ya da kirletme ihtimali bulunan atık olmadığından alıcı ortam olan toprağın, dolayısıyla çevrenin kirletilmesi suçu oluşmayacaktır. Ancak sanığın, sahibi olduğu hayvanlardan kaynaklanan fekal atığı muhafaza ederken, zamanında ve yeterli seviyede tedbir alma yükümlülüğüne aykırı davranarak üçüncü kişileri rahatsız ettiği veya üçüncü kişilere zarar verdiği takdirde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24 ve 5199 sayılı Kanun'un 5/2, 28/b maddeleri gereğince idari para cezası verilip verilmeyeceğinin tartışılması gerekir" 4. CD., 9.11.2021, E. 2021/26586 K. 2021/26659 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.08.2024). Aynı şekilde bkz.: 4. CD., 19.10.2021, E. 2021/17929 K. 2021/24834 T; 18. CD., 27.4.2016, E. 2015/13060 K. 2016/8837; 18. CD., 12.3.2018, E. 2018/1236 K. 2018/3347; 4. CD., 8.3.2021, E. 2021/3319 K. 2021/8063 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.08.2024).

<sup>147</sup> MAVİŞ, s. 296.



meye elverişli olmasının gerekmemesidir. ÇK m. 20/j düzenlemesi bu yönüyle soyut tehlike kabahati niteliğindedir. Dolayısıyla toprağa verilen atığın çevreye zarar vermeye elverişli olması halinde KK m. 15/3 gereğince TCK m. 181/1'den hüküm kurulması; elverişliliğin olmadığı durumlarda ise ÇK m. 20/j hükmü çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>148</sup>. ÇK m. 20/s ile TCK m. 181/1'i birbirinden ayıran unsur ise alıcı ortam ve bırakma hareketinin ilgili mevzuata aykırı olarak çevreye zarar verecek şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğidir. Nitekim Yargıtay tavuk ölülerinin ormanlık alana bırakıldığı bir olayda, söz konusu atıkların ilgili mevzuata göre tehlikeli atık sınıfında olmadığını, bu sebeple alıcı ortam olan toprağın kirlendiğinden söz edilemeyeceğini kabul ederek fail hakkında TCK m. 181/1'den hüküm kurulamayacağını benimsemiştir. Ancak Yargıtay bu olayın ÇK m. 20/s kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılmaksızın fail hakkında beraat kararı verilmesini hukuka aykırı bulmuştur<sup>149</sup>.

ÇK m. 20/s, m. 20/j'de yer alan kabahatlerin birbirinden ayırt edilmesi açısından ise Yargıtay kirliliğin görsel ya da yüzeysel nitelikte olup

<sup>148</sup> “Her türlü atık ve artığın toprak alıcı ortamına verilmesi yasaklanmış ise de, toprağı kirleten ya da kirlenme ihtimali bulunan atıkların neler olduğu yönetmeliklerde gösterilmiştir. Atığın, toprak alıcı ortama verildiği tarih itibarıyla çevrenin kirletilmesi suçunun oluşup oluşmadığı, ilgili yönetmelik ve eklerinde gösterilen atık listelerine göre belirlenmelidir. Dosyanın, üniversitelerin ziraat fakültesi toprak bilimi ve bitki besleme, çevre mühendisliği, kimya mühendisliği bölümlerinde çalışan öğretim üyesi bilirkişilerden oluşacak heyete tevdi edilerek, atığın alıcı ortamı kirlettiği ya da kirlenme ihtimali taşıyıp taşımadığı yönünden, ilgili yönetmelikler ya da ekleriyle birebir ilişki kurulmak suretiyle Yargıtay denetimine imkân sağlayacak içerikte rapor alınıp önce eylemin çevrenin kasten kirletilmesi suçunu oluşturup oluşturmadığı belirlenmeli, oluşmaması durumunda, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 20/j bendi gereğince idari yaptırım kararı verilip verilmeyeceği de tartışılmalıdır.” Y. 4. CD., 22.2.2021, E. 2020/17958, K. 2021/5261 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.08.2024). “...Sanık hakkında “hafriyat atıklarını çevreye zarar verecek şekilde” toprak alıcı ortamına dökerek çevrenin kasten kirletilmesi suçunu işlediği iddiasıyla dava açılmıştır. ... Dosyada bilirkişi raporu bulunmamaktadır. ... Yargıtay denetimine imkân sağlayacak içerikte rapor alınıp, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekir. ... Rapor içeriğine göre atıkların, toprak alıcı ortamını kirleten ya da kirlenme ihtimali bulunan atıklardan olmaması, dolayısıyla çevrenin kasten kirlenme suçunun oluşmaması durumunda, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 20/j bendi gereğince idari yaptırım kararı verilip verilmeyeceği de tartışılmalıdır. 4. CD, 19.12.2014, 1112/36707, OTACI, s. 310, dn. 43.

<sup>149</sup> 18. CD., E. 2017/1954 K. 2017/5763 T. 15.5.2017 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.08.2024)

olmamasına göre ayırım yapmaktadır. Atığın, sadece görsel- yüzeysel kirlilik oluşturduğu hallerde ÇK m. 20/s; kirliliğin yüzeysel nitelikte olmadığı, o seviyeyi aştığı hallerde ise m. 20/j hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı tartışılması gerektiğini kabul etmektedir<sup>150</sup>.

Çevre kabahatleri ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken hususlardan birisi de bu kabahatler karşılığında öngörülen idari para cezalarının miktarlarının oldukça düşük olmasıdır. Örneğin TCK m. 41/4'te söz konusu kabahatin tüzel kişi adına işlenmesi halinde verilecek idari para cezasının azami sınırı beş bin TL olarak belirlenmiştir. Bu miktar tüzel kişinin elde ettiği gelirle kıyaslandığında oldukça düşük olduğu için caydırıcı bir nitelik taşımamaktadır<sup>151</sup>. Diğer taraftan tüzel kişinin temsilcisi veya görev üstlenen bir kişi tarafından katalog suçlardan birisinin işlenmesi durumunda ayrıca tüzel kişilere de idari para cezası uygulanmasını öngören KK m. 43/A, çevreye karşı suçlar açısından uygulanma niteliğine sahip değildir. Zira çevrenin kirletilmesi suçları katalog suçlar arasında sayılmamıştır. Ayrıca KK m. 43/A'da yalnızca söz konusu suçların tüzel kişi yararına işlendiği hallerde uygulanması öngörülmüştür. Dolayısıyla TCK m. 181/1'in işlendiği hallerde yalnızca bu suçu işleyen gerçek kişi -örneğin temsilci- hakkında hapis veya adli para cezası verilmesi söz konusu olacaktır (TCK m. 181/2-3-4 açısından ise TCK m. 60 de hükmü uygulanabilecektir). Oysaki Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu (OWiG) m. 30, çevreye karşı işlenen suçlar açısından da uygulanma niteliğine sahiptir<sup>152</sup>. İlgili düzenlemede bir suç sebebiyle gerçek kişiler hakkında verilecek hapis veya adli para cezanın yanı sıra belirli şartlar altında tüzel kişiler hakkında da idari para cezasına hükmedilebilmesi öngörülmüştür<sup>153</sup>. Bu sayede örneğin gerçek kişinin işlediği suçtan dolayı bir belediye aleyhine de OWiG m. 30 çerçevesinde idari para cezası uygulanabilmesi

<sup>150</sup> 4. CD, 19.12.2014, 37448/36699 OTACI, s. 310.

<sup>151</sup> STEINZOR, s. 235.

<sup>152</sup> Kanun metni için bkz.: [https://www.gesetze-im-internet.de/owig\\_1968/\\_\\_30.html](https://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/__30.html)

<sup>153</sup> Kasten işlenen suçlar karşılığında verilecek para cezası 10 milyon; taksirli suçlar için ise 5 milyon Euro'ya kadar çıkabilmektedir. Eğer işlenen bir suç değil kabahat ise, para cezasının üst sınırı, OWiG m. 30/2 uyarınca, kabahat için öngörülen para cezasının üst sınırına göre belirlenmektedir.: SZESNY, André-M, "Bundesgerichtshof: Geldbuße nach § 30 Abs. 1 OWiG für jede rechtlich selbstständige Anknüpfungstat." <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f71dec79-e4e5-4151-8dbe-8b7596fa9d85> (Erişim Tarihi: 28.07.2024).

mümkün hale gelmiştir<sup>154</sup>. Ayrıca ilgili maddede öngörülen para cezaları oldukça yüksektir. Öyle ki doktrinde OWiG'nin 30. maddesi uyarınca verilen para cezalarının şirketleri yok etmek için kullanılabileceği ifade edilmektedir<sup>155</sup>. Kanaatimizce çevre sorunları ile etkin şekilde mücadele edilebilmesi için kanun değişikliğine gidilerek çevreye karşı suçların işlendiği hallerde gerçek kişiler suçtan dolayı cezalandırılırken tüzel kişiler hakkında da idari para cezasının uygulanmasını öngören düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

### **C. TCK m. 181/2 Açısından İçtima Hükümlerinin Değerlendirilmesi**

#### **1. Zincirleme suç**

TCK m. 181/2'deki suçun da zincirleme suç şeklinde gerçekleştirilebilmesi mümkündür<sup>156</sup>. Örneğin failin elinde bulundurduğu atıkları bir defada ülkeye sokmak yerine birkaç güne yayarak parça parça ülkeye sokması halinde hakkında verilecek cezanın TCK m. 43/1'e göre artırılması gerekir<sup>157</sup>.

#### **2. Fikri içtima**

Sahte olarak düzenlenmiş bir resmî belgeye istinaden atık veya artıkların ülkeye sokulması doktrinde fikri içtima başlığı altında tartışılmaktadır. Örneğin atık veya artıkların ülkeye sokulabileceğine ilişkin herhangi bir izin bulunmamasına rağmen, sahte bir izin belgesi kullanılarak TCK m. 181/2'de öngörülen suç işlenmiş olabilir. Bu gibi hallerde TCK m. 212'de yer alan düzenlemeye atıf yapılarak gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir<sup>158</sup>.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (KMK) m. 3'te kaçakçılık suçları tanımlanmış ve m. 4'te bu suçların nitelikli hallerine yer verilmiştir. Kaçakçılık suçlarının konusunu oluşturan eşyanın atık veya artık niteliğinde olabilmesi de mümkündür (KMK m. 4/7, m. 12/2). Yargıtaya göre

<sup>154</sup> MITSCH, Wolfgang, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, Zweite Auflage, Berlin 2005, s. 168.

<sup>155</sup> KEMPF Eberhard, "Sanktionen gegen juristische Personen und Gesellschaften", *Kritische Justiz*, Vol. 36, No. 4, 2003, s. 468.

<sup>156</sup> YILMAZ, s. 140.

<sup>157</sup> MAVIŞ, s. 292.

<sup>158</sup> KAYAER, s. 191.

KMK m. 4/7 kapsamında belirtilen toplum ve çevre sağlığını tehdit edecek nitelikteki eşya özellikle zararlı atık ve artık madde veya tehlike yaratan eşyadır<sup>159</sup>. Dolayısıyla atık bir maddenin izinsiz şekilde, herhangi bir gümrük işlemine tabi tutulmaksızın ülkeye sokulması hem KMK'yi hem de TCK m. 181/2'yi ihlal edebilecektir. Eğer söz konusu atık madde aynı zamanda çevre veya toplum sağlığını tehdit edecek bir niteliğe sahipse KMK m. 4/7 hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır. Ancak bu halde iki suç arasında asli norm- tali norm ilişkisi bulunduğu için asli norm olan TCK m. 181/2'den hüküm kurulacaktır.

### 3. Kabahatler ile İçtima

TCK m. 181/2 ile birlikte ÇK m. 20/t'de düzenlenen kabahatin ihlal edilmesi söz konusu olabilmektedir. ÇK m. 20/t'deki kabahatin konusunu tehlikeli atıklar oluşturmaktadır. Kanun koyucu bu tür maddelerin ne suretle olursa olsun ülkeye sokulmasını kabahatin oluşması için yeterli görmüştür. TCK m. 181/2 için ise atığın niteliği önemsizdir. Bu atık tehlikeli bir atık olabileceği gibi evsel bir katı atık da olabilir. Dolayısıyla ülkeye sokulan atık, tehlikeli atık niteliğindeyse ve ülkeye izinsiz olarak sokulmuşsa tek fiil ile hem TCK m. 181/2 hem de ÇK m. 20/t oluşacaktır. Doktrinde bir görüş ÇK m. 27 hükmünden yola çıkarak böyle bir durumda failin hem TCK m. 181/2 hem de ÇK m. 20/t gereğince ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>160</sup>. Kanaatimizce KK m.15/3, ÇK m.27'de yer alan hükmü zımnen mülga ettiğiinden failin yalnızca TCK m. 181/2'ye göre cezalandırılması gerekmektedir<sup>161</sup>.

### D. TCK m. 182/1 Açısından İçtima Hükümlerinin Değerlendirilmesi

#### 1. Zincirleme suç

Kanaatimizce taksirli suçların ve dolayısıyla çevrenin taksirle kirletilmesi suçunun zincirleme suç şeklinde işlenebilmesi mümkün değildir. Zira zincirleme suçun varlığı için fiilin bir suç işleme kararına dayalı

<sup>159</sup> 7. CD., E. 2016/2862 K. 2020/267 T. 7.1.2020 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.08.2024).

<sup>160</sup> ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 725; ARTUK, s. 47.

<sup>161</sup> YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, s. 533; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5593; YILDIZ, Çevrenin Kasten Kirletilmesi, s. 215; MAVİŞ, s. 296.

olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Taksirli suçlarda ise bir suç işleme kararının bulunduğu söylenemez<sup>162</sup>. Bu iki müessese nitelik olarak birbiriyle bağdaşmamaktadır.

Çevrenin taksirle kirletilmesi suçunun kesintisiz şekilde gerçekleştirildiği hallerde de tıpkı TCK m. 181/1'de olduğu gibi tek fiil ve tek suç söz konusu olur. Keza atığın tek fiille birden fazla alıcı ortama verilmesi durumunda da failin tek bir çevrenin taksirle kirletilmesi suçundan sorumlu tutulması gerekmektedir. Ancak bu gibi haller TCK m. 61 çerçevesinde göz önünde bulundurulmalıdır<sup>163</sup>.

## 2. Fikri içtima

Çevrenin taksirle kirletilmesi suçu ile birlikte TCK'de düzenlenen başka suç tiplerinin ihlal edilmesi de söz konusu olabilmektedir. İlk olarak çevrenin taksirle kirletilmesi suçu neticesinde kişilerin yaralanıp ölebilmesi mümkündür. Örneğin bir fabrikanın içerisindeki katı atık havuzunda biriken sular yoğun bir şekilde tesisin güneyinde yer alan dereye doğru akarak çevreyi kirletmiş ve bu dere yatağında yüzen bir kişi de zehirlenerek yaşamını yitirmiş olabilir. Doktrinde bazı yazarlar çevrenin taksirle kirletilmesi suçu neticesinde kişilerin taksirle ölmesi veya yaralanması halinde failin gerçek içtima hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>164</sup>. Bizim de aynı görüşleri paylaştığımız bazı yazarlar ise bu durumda fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir<sup>165</sup>. Bu konuda ayrıntılı bilgi için daha önce TCK m. 181/1 için yaptığımız açıklamalara bakılmalıdır.

Çevrenin kasten kirletilmesi suçu ile birlikte m. 172/4, m. 173/2 ve m. 185/2'de düzenlenen suçların taksirli şekilleri içtima ilişkisi içerisine

<sup>162</sup> HAKERİ, 613; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 535; MAVİŞ, s. 315; ÖNDER, s. 468; TOROSLU/TOROSLU, s. 366; YILDIZ, Çevrenin Taksirle Kirletilmesi, s. 230.

<sup>163</sup> YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, s. 385.

<sup>164</sup> YOKUŞ SEVÜK, Çevre Hukuku, s. 385; MAVİŞ, s. 316; HACIFAZLIOĞLU, s. 603.

<sup>165</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5615; AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, s. 461.

girebilir<sup>166</sup>. Bu gibi hallerde failin ceza sorumluluğu TCK m. 44'e göre belirlenmelidir<sup>167</sup>.

### 3. Kabahatler ile İçtima

KK m. 41'de veya ÇK m. 20'de, bu maddeler altında düzenlenen kabahatlerin yalnızca kasten işlenebileceğine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. KK m. 9 hükmü gereğince bu kabahatler kasten veya taksirle işlenebilir. Bu sebeple TCK m. 181/1 ile çevrenin kirletilmesi kabahatine (KK m. 41) ilişkin olarak yapılan tartışmalar TCK m. 182/1 açısından da geçerli olacaktır. Kanaatimizce ilgili suç tipinde atık veya artıkların niteliğine ilişkin herhangi bir ayrıma gidilmediğinden çevrenin taksirle kirletilmesi suçunun kişisel ve evsel atık veya artıklar bakımından işlenebilmesi de mümkündür. Bu durumda KK m. 15/3'ün açık hükmü gereğince failin çevrenin taksirle kirletilmesi suçundan dolayı cezalandırılması gerekmektedir<sup>168</sup>. Her iki düzenleme arasındaki temel farklılık, gerçekleştirilen fiilin çevreye zarar vermeye elverişli nitelikte olup olmamasından ve atık veya artıkların çevreye verilmiş (toprak, su veya hava) şekliyle kaynaklanmaktadır<sup>169</sup>. Bu konuda ayrıntılı bilgi için TCK m. 181/1 açısından içtimanın değerlendirildiği başlığa bakılmalıdır. Failin fiilinin TCK m. 182/1'in tipikliğini oluşturmadığı- örneğin çevreye zarar verecek nitelikte olmadığı- hallerde KK m. 41'e göre değerlendirme yapılabilir.

### SONUÇ

Çevrenin kirletilmesi suçları TCK'de hüküm altına alınmıştır. Suçun kasıtlı şekli m. 181'de; taksirli şekli ise m. 182'de düzenlenmiştir. TCK m. 181'in birinci ve ikinci fıkralarında birbirinden bağımsız iki ayrı suç hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin üçüncü dördüncü fıkralarında

<sup>166</sup> Örneğin taksirli bir davranışla içilecek sulara veya yenilecek, içilecek, kullanılacak ya da tüketilecek her türlü besin veya şeylere zehir katılmasına yahut da bunların bozulmasına neden olma halinde tek fiille TCK m. 185/2'nin işlenebileceği ifade edilmektedir: **YILDIZ**, Çevrenin Taksirle Kirletilmesi, s. 231.

<sup>167</sup> **MAVIŞ**, 316; **YILDIZ**, Çevrenin Taksirle Kirletilmesi, s. 231; **AYGÖRMEZ UĞURLUBAY**, s. 461.

<sup>168</sup> **MAVIŞ**, s. 317.

<sup>169</sup> "Sanığın trol ağlarını keserek denize bırakma eyleminin ne şekilde "çevreye zarar verecek şekilde atık veya artıkların suya bırakılması" olarak kabul edildiği, bu eylemin su kirliliği yaratacak nitelikte olup olmadığı ve eylemin kasten kirletme suçunu mu yoksa kabahat mi olduğu araştırılıp tartışılmadan, eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile mahkumiyet kararı verilmesi" 4. CD., 17.6.2013-13941/19045, **ZAFER/PAMUK/ÇAKIR**, s. 394.

ise bu suçların nitelikli halleri düzenlenmiştir. Çevrenin taksirle kirletilmesine ilişkin düzenlemede ise suçun hem nitelikli haline (m. 182/2) hem de neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekline (TCK m. 182/1-c.2) yer verilmiştir.

Çevrenin kirletilmesi suçları açısından içtima bahsinde ilk değerlendirilmesi gereken husus zincirleme suç hükümleridir. Suçun kasıtlı şekli içerisinde düzenlenen her iki suçun da zincirleme suç şeklinde işlenebilmesi mümkündür. Ayrıca bir suçun temel şekli ile nitelikli şekli aynı suç sayıldığı için TCK m. 181/1 ile m. 181/3 ve m. 181/4 arasında; TCK m. 181/2 ile de m. 181/3 ve m. 181/4 arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür. Ancak birinci ve ikinci fıkrada birbirinden bağımsız suçlar düzenlendiğinden failin atık maddeyi izinsiz olarak ülkeye soktuktan sonra kanunda öngörülen şekilde alıcı ortamlardan birisine vermesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır. Taksirle işlenen suçlarda bir suç işleme kararının varlığından söz edilemeyeceğinden çevrenin taksirle kirletilmesi suçunun zincirleme suç şeklinde işlenebilmesi ise mümkün değildir.

İçtima açısından ikinci olarak değerlendirilmesi gereken fikri içtimadır. TCK m. 181/1 ile birlikte TCK'de veya diğer kanunlarda yer alan başka suç tiplerinin ihlal edilmesi söz konusu olabilmektedir. Örneğin çevrenin kasten kirletilmesine bağlı olarak yaralama, ölüm veya malın zarar görmesi gibi neticeler ortaya çıkabilmektedir. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte bu gibi hallerde fiil tek olduğundan failin ceza sorumluluğunun fikri içtima hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak bir olay kapsamında hem farklı hem de aynı neviden fikri içtima gerçekleşebileceğinden bu suç ile birlikte birden fazla kişinin öldüğü hallerde TCK m. 43/3 hükmü gereğince ölen kişi sayısı kadar suçun oluştuğu kabul edilmeli ve ceza da suç sayısına göre belirlenmelidir. TCK m. 181/1 ile birlikte KTVKK m. 65'te ve Orman Kanunu m. 93/2'de tanımlanan suçların ihlal edilebilmesi de mümkündür. Bu gibi hallerde de tek fiil ile iki farklı suçun oluşması gündeme geleceğinden TCK m. 44'e göre belirleme yapılması gerekmektedir.

İçtima açısından üçüncü olarak değerlendirilmesi gereken, kabahatler ile suçlar arasındaki içtima ilişkisidir. Çevrenin kasten ve taksirle kirletilmesi suçları ile çevre kabahatleri arasındaki ilişki oldukça karmaşık ve tartışmalıdır. Fail tarafından gerçekleştirilen fiilin çevrenin kirletilmesi suçlarına vücut vermediği hallerde çevre kabahatlerinin oluşup

oluşmadığının ayrıca belirlenmesi gerekmektedir. Kabahatlerin haksızlık içeriği suçlara nazaran daha az olduğu için fiilin çevreye zarar vermeye elverişli olmadığı hallerde çevre kabahatlerinin oluşmuş olabileceği her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. ÇK m. 20, KK m. 41 ve HKK m. 5/2'de yer alan düzenlemeler bu açıdan oldukça önemlidir. Tek fiille çevrenin kasten veya taksirle kirletilmesi suçunun ve çevre kabahatlerinin işlendiği durumlarda failin ceza sorumluluğu KK m. 15/3'te yer alan düzenlemeye göre belirlenmelidir. Dolayısıyla tek fiille çevrenin kasten veya taksirle kirletilmesi suçu ile birlikte çevre kabahatleri ihlal edilmişse suçtan dolayı yaptırım uygulanması gerekmektedir. Bu durum söz konusu suçların özellikle şirket bünyesinde işlendiği hallerde sorun yaratmaktadır. Zira tüzel kişinin temsilcisi veya görev üstlenen bir kişi tarafından katalog suçlardan birisinin işlenmesi durumunda ayrıca tüzel kişilere de idari para cezası uygulanmasını öngören KK m. 43/A, çevreye karşı suçlar açısından uygulanma niteliğine sahip değildir. Dolayısıyla kural olarak yalnızca çevrenin kirletilmesi suçlarını işleyen gerçek kişi hakkında hapis veya adli para cezası verilmesi söz konusu olmaktadır. Zira TCK m. 181/1 ve TCK m. 182 açısından tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması da kabul edilmemiştir. Kanaatimizce çevre sorunları ile etkin şekilde mücadele edilebilmesi için kanun değişikliğine gidilerek çevreye karşı suçların işlendiği hallerde gerçek kişiler hakkında verilen hapis veya adli para cezasının yanı sıra tüzel kişiler hakkında idari para cezasının uygulanmasını öngören düzenlemelerin de yapılması gerekmektedir.

### KAYNAKÇA

**AKBULAK**, Yavuz: "Çevreye Karşı Bir 'Özen Yükümlülüğü'nün Oluşturulması mı? Avrupa Birliği 'Çevre Suçları Direktifi'nin Zorlukları ve İlerleme Süreci (Bölüm 1)", <https://legal.com.tr/blog/cevre-hukuku/cevreye-karsi-bir-ozen-yukumlulugunun-olusturulmasi-mi-avrupa-birligi-cevre-suclari-direktifinin-zorluklari-ve-ilerleme-sureci-bolum-1/> (Erişim Tarihi: 22.07.2024).

**AKBULUT**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2023.

**ALI**, Mahrus/**WAHANISA**, Rofi/**BARKHUIZEN**, Jaco/**TERRAPHAN**, Papontee: "Protecting Environment through Criminal Sanction Aggravation," *Journal of Indonesian Legal Studies* 7, no. 1, 2022, s. 191-228.



- ARSLAN**, Uğur: “Çevre Ceza Hukukunda Nedensellik Bağının Tespiti Sorunu ve Çözüm Önerileri”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 1, 2022, s. 95-153.
- AŞAN**, Dilek: 1972 Stockholm İnsan ve Çevre Konferansı, Su ve Çevre Teknolojileri Dergisi, S. 169, 2022, s. 37-38.
- ARTUK**, Mehmet Emin: “Çevrenin kasten kirletilmesi suçu (TCK M. 181)”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2014, s. 37-48.
- ARTUK**, M. Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, M. Emin/**ÇAKIR**, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2022 (Özel Hükümler).
- ARTUK**, M. E./**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, M. E./**ÇAKIR**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2022 (Genel Hükümler).
- AYGÖRMEZ**, Gülsün Ayhan: Çevre Ceza Hukuku: Çevre Ceza Genel Hükümler C. I, 1. Baskı, İstanbul, 2021.
- AYGÖRMEZ UĞURLUBAY**, Gülsün Ayhan: Çevreye Karşı Suçlar, Türk ve Alman Ceza Hukukunda Güncel Sorunlar, 1. Baskı, Ankara 2015.
- BALCI**, Meral: “Çevre Ceza Hukukunun İdari Bağlılığı”, Journal of Penal Law and Criminology 10, S. 1, 2022, s. 41-95.
- CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, İstanbul 2020.
- DEMİRBAŞ**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2017.
- DIRECTIVE (EU) 2024/1203 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL**, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L\\_202401203](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401203) (Erişim Tarihi: 23.07.2024).
- DIRECTIVE 2008/99/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL** <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0099> (Erişim Tarihi: 15.07.2024).

- DOĞAN**, Koray: "Tehlike Suçları ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimal Sorunu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 5, S. 16, 2014, s. 179-208.
- DURŞUN ÖZDEMİR**, Gizem, "Ekokırım Suçu ve Bazı Değerlendirmeler", Terazi Hukuk Dergisi, C. 18, S. 203, 2023, s. 74-83.
- DÜLGER**, Murat Volkan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 2021.
- FAURE**, Michael G. Faure: "The Revolution in Environmental Criminal Law in Europe," Virginia Environmental Law Journal 35, no. 2, 2017, s. 321-356.
- GESETZ über ORDNUNGSWIDRIGKEITEN (OWiG)** [https://www.gesetze-im-internet.de/owig\\_1968/\\_30.html](https://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/_30.html) (Erişim Tarihi: 23.07.2024).
- GÖKTÜRK**, Neslihan: Fikri içtima, 1. Baskı, Ankara 2013.
- GÖRGÉNYI**, Ilona: "Environmental Human Rights and the Protection of the Environment through Criminal Law in the Light of Recent Developments," Journal of Agricultural and Environmental Law 17, no. 32, 2022, s. 130-143.
- GÜNEŞ**, Ahmet M.: Çevre Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2015.
- GÜNGÖR**, Mümin: "Çevrenin Kasten Kirletilmesi", Adli Bilimler ve Suç Araştırmaları Dergisi, C. 3, S.1-2, 2021, s. 73-96.
- HACİFAZLIOĞLU**, Ali: Teori ve Uygulamada Suçların İçtimalı (Bileşik Suç-Zincirleme Suç-Fikri İçtima), 1. Baskı, Ankara 2014.
- HAFİZOĞULLARI**, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2019.
- HAKERİ**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2020.
- İÇEL**, Kayıhan: Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul 2018.
- JAROLÍMKOVÁ**, Andrea: "Enforcement of Environmental Protection through Criminal Law", Common Law Review 11, 2010, s. 33-36.
- KARAKEHYA**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2023.
- KAYAER**, Nebahat: Atık veya Artıklarla Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu. DEÜHFD, C. 21, S. 1, 2019, s. 139-203.

- KEMPF** Eberhard: Sanktionen gegen juristische Personen und Gesellschaften, Kritische Justiz, Vol. 36, No. 4 2003, s. 462-471.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**: İlhan, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2023.
- KRETSCHMER**, Bernhard: "Das Umweltstrafrecht und Das Umweltordnungswidrigkeitenrecht in Deutschland, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, Özel Sayı, 2010, s. 55-77.
- MALKOÇ**, İsmail: Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C. 3, 1. Baskı, Ankara 2013
- MAVIŞ**, Volkan: Türk Ceza Kanunu'nda Çevreye Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara 2021.
- MITSCH**, Wolfgang: Recht der Ordnungswidrigkeiten, Zweite Auflage, Berlin 2005.
- NAGLY**, Anita: "The Protection of Water through Criminal Law," Journal of Agricultural and Environmental Law 14, 2019, no. 26, s. 130-143.
- OLGUN**, Eser: Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları: TCK m. 181, 182, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014.
- OTACI**, Cengiz: "Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçuna (TCK 181, 182) İlişkin Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararlarında Belirlenen İlkeler", Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2015, s. 279-327.
- ÖNDER**, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2019.
- ÖZDEMİR EKİCİ**, Didar: "Türk Ceza Kanunu, Kabahatler Kanunu ve Çevre Kanunu'nda Düzenlenen Gürültü Suç ve Kabahatleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme", DEÜHFD, C. 21, S. 2, 2019, s. 1179-1215.
- ÖZEN**, Mustafa: "Çevreye Karşı Suçlar (TCK m. 181, 182)", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 1, 2010, s. 9-43.
- ÖZENBAŞ**, Nazmiye: "Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Kapsamında Çevrenin Kirletilmesi Suçları", International Conference on Eurasian Economies 2013, St. Petersburg 17-18 Eylül 2013, s. 924-931.

**ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Hukuku, 19. Bası, Ankara 2023.

**ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2005 (Gazi Şerhi).

**ÖZGÜÇ**, Levent Emre: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu, 1. Baskı, İstanbul 2020.

**RICHTER**, Nancy: Das deutsche Umweltstrafrecht in der Kritik – eine ineffektiv ausgestaltete Rechtsmaterie?, Bachelorarbeit, an der Hochschule Meißen (FH) und Fortbildungszentrums, Meißen 2021.

**SINA**, Stephan/ **DUIN**, Laurens/ **TRÖLTZSCH**, Jenny: Umweltdelikte 2021 Auswertung von Statistiken, Berlin 2023.

**SINAR**, Hasan: “Çevre Ceza Hukukunun Gelişimi ve Çevrenin Ceza Normları ile Korunması Rejimi Yönünden Almanya ve Fransa Örnekleri”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2013, s. 417-444.

**STEINZOR**, Rena: "How Criminal Law Can Help Save the Environment," Environmental Law 46, No. 1, 2016, s. 209-240.

**SOYASLAN**, Doğan: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2020.

**SZESNY**, André-M: “Bundesgerichtshof: Geldbuße nach § 30 Abs. 1 OWiG für jede rechtlich selbstständige Anknüpfungstat.” <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f71dec79-e4e5-4151-8dbe-8b7596fa9d85>, (Erişim Tarihi: 25.07.2024).

**TALAS**, Serdar: “Türk Ceza Kanunu’nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları”, İÜHFİM, C. 71, S. 1, 2013, s. 1147-1158.

**TAŞKIN** Ozan Ercan: “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2016, s. 59-91 (Son Çare).

**TAŞKIN**, Ozan Ercan: “Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler”. Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 3, S. 1, 2015, s. 119-166 (Çevre Ceza Hukuku).

**TOROSLU**, Nevzat/ **TOROSLU**, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Ankara 2018.

- UHLMANN**, David M.: "Protection of the Environment through Criminal Law: An American Perspective," *Law Review* 6, no. 2, 2016, s. 144-163.
- ÜNVER Yener/NUHOĞLU**, Ayşe, *Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku*, İstanbul 1999.
- YALÇIN SANCAR**, Türkan/**KÖPRÜLÜ**, Timuçin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*, 1. Baskı Ankara 2014.
- YAŞAR**, Osman/ **GÖKCAN**, Hasan Tahsin/**ARTUÇ**, Mustafa: *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. 4, 2. Baskı, Ankara 2014.
- YAŞAMIŞ**, Firuz D.: "Çevre Ceza Hukuku'nda Son Gelişmeler: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu", *TBB Dergisi*, S. 58, 2005, s. 137-148.
- YENİSEY**, Feridun/**PLAGEMANN**: Gottfried, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2015.
- YILDIZ**, Ali Kemal: "Çevrenin Kasten Kirletilmesi", in *Özel Ceza Hukuku C. 5: Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, İstanbul 2019, s. 181-218 (Çevrenin Kasten Kirletilmesi).
- YILDIZ**, Ali Kemal: "Çevrenin Taksirle Kirletilmesi", in *Özel Ceza Hukuku C. 5: Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, İstanbul 2019, s. 219-234 (Çevrenin Taksirle Kirletilmesi)
- YILMAZ**, Sacit: *Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları*. 1. Baskı, Ankara 2013.
- YOKUŞ SEVÜK**, Handan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2020 (Özel Hükümler).
- YOKUŞ SEVÜK**, Handan: *Çevre Hukuku: Doğal Çevrenin Korunması*, 2. Baskı, Ankara 2017 (Çevre Hukuku).
- ZAFER**, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK 1-75*, 8. Baskı, İstanbul 2021.
- ZAFER**, Hamide/ **PAMUK**, Gülfem/**ÇAKIR**, Kerim: *Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kabahatler Kanunu*, 1. Baskı, İstanbul 2014.
- <https://www.ipcc.ch/2021/08/09/ar6-wg1-20210809-pr/> (Erişim Tarihi: 20.07.2024)

<https://www.hurriyet.com.tr/seyahat/30-binden-fazla-canli-turunun-nesli-tukenme-tehlikesi-altinda-41477278> (Erişim Tarihi: 20.07.2024).

## ANONİM ŞİRKETLERDE DENETÇİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ DAVASI

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK \*

Yakup MACİT \*\*

Arş. Gör. Zehra AVCI \*\*\*

### Öz

Anonim şirketlerde pay sahipliği ve şirket yönetimin birbirinden ayrılması, bunlar arasında bazı çıkar çatışmalarına yol açabilmektedir. Aynı şekilde, bu şirketlerde azlık pay sahiplerini, genelde azlığın hak ve taleplerine karşı kayıtsız olan çoğunluğun iradesine tabi kılmanın oldukça ağır sonuçları olabilmektedir. Çoğunluk ile azlık arasındaki menfaatlerin dengelenmesi anonim şirketlerde gündemde olan bir konudur. Çoğunluk ile azlığın çıkar çatışmasında, kanun koyucu, taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamaya yönelik birtakım haklar öngörmüştür. Azlığa tanınan haklardan birisi de denetçinin değışti-

\* Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye  
| Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt University Faculty of Law, Ankara, Türkiye.

✉ hbozgeyik@aybu.edu.tr • ORCID 0000-0002-9974-7459.

\*\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı, Ankara, Türkiye | Ankara Yıldırım Beyazıt University Social Sciences Institute Private Law Doctorate Program, Ankara, Türkiye.

✉ yakup.macit@anayasa.gov.tr • ORCID 0000-0002-8836-5738.

\*\*\* Arş. Gör., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye  
| Res. Asst., Ankara Yıldırım Beyazıt University Faculty of Law, Ankara, Türkiye.

✉ avcizehra@aybu.edu.tr • ORCID 0000-0003-1071-9740.

✎ **Atf Şekli** | Cite As: **BOZGEYİK**, Hayri/ **MACİT**, Yakup/ **AVCI**, Zehra: "Anonim Şirketlerde Denetçinin Değiştirilmesi Davası", SÜHFD, C. 32, S. 3, 2024, s. 1861-1888.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

rilmesini talep hakkıdır (TTK 399). Çalışmamızda öncelikle, denetçinin değiştirilmesi davasına konu olan şirketlerin neler olduğu belirlenmiş, ardından denetçilerin nitelikleri üzerinde durularak, azlığın dava açma hakkına ilişkin şartlar ve uygulamada karşılaşılan sorunlar ele alınmıştır.

### Anahtar Kelimeler

- Anonim Şirketler • Azlık • Denetim • Denetçi • Denetçinin Değiştirilmesi

## THE AUDITOR REPLACEMENT ACTION IN JOINT STOCK COMPANIES

### Abstract

The separation of shareholding and management in joint stock companies may lead to some conflicts of interest between them. Likewise, subjecting minority shareholders in these companies to the will of the majority, which is generally indifferent to the rights and demands of the minority, can have very serious consequences. Balancing the interests of the majority and the minority is a hot topic in joint stock companies. In the conflict of interest between the majority and the minority, the legislator has foreseen certain rights to ensure the balance of interests between the parties. One of the rights granted to the minority is the right to demand the replacement of the auditor (TTK 399). In our study, firstly, the companies that are subject to the lawsuit for the replacement of the auditor are determined, then the qualifications of the auditors are emphasised, and the conditions regarding the right of the minority to file a lawsuit and the problems encountered in practice are discussed.

### Keywords

- Joint Stock Companies • Minority • Audit • Auditor • Replacement of Auditor

## GİRİŞ

Pay sahipleri, yönetici ve alacaklılar gibi farklı çıkar gruplarını barındıran anonim şirketlerde, çoğunluk ve azlık arasında çeşitli menfaat çatışmaları söz konusu olabilmektedir. Bu durum pay sahipliği ve şirket yönetimin birbirinden ayrı olması nedeniyle ortaya çıkmaktadır<sup>1</sup>.

Anonim şirketin çoğunluk ilkesi genel kurul faaliyetleri bakımından önemli olmaktadır. Zira toplantılarda oylar, sermaye payı oranına göre kullanılmakta ve kararlar buna göre alınmaktadır.

<sup>1</sup> KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 254-255.



Ancak, anonim şirketlerde azlığı, şirketin kontrolünü elinde bulduran çoğunluğa karşı kayıtsız şartsız çoğunluk iradesine tabi kılmanın oldukça ağır sonuçları olabilmektedir. Bu nedenle, genelde çoğunluk olarak farklı menfaat grupları ile azlığın menfaatlerinin dengelemesi anonim şirketlerde sürekli gündeme gelen bir konu olmaktadır<sup>2</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nda genellikle "azlık" kavramı kullanılmış<sup>3</sup>, yalnızca TTK 155'de "azınlık" ifadesine yer verilmiştir. Bu nedenle doktrinde bir görüş söz konusu kavramı azınlık<sup>4</sup> diğer bir görüş ise azlık<sup>5</sup> olarak kullanmayı tercih etmiştir. Çalışmamızda azlık kavramı kullanılmıştır.

Çoğunluk ile azlığın çıkar çatışmasında, kanun koyucu, taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamaya yönelik birtakım haklar öngörmüştür. "Azlık", halka açık veya kapalı anonim şirketlerde belli bir oranında paya sahip olan pay sahiplerini, "azlık hakları" ise azlık payına sahip olmaları itibarıyla bu kişilere tanınmış olan hakları ifade etmektedir<sup>6</sup>. Azlık hakları halka açık şirketlerde sermayenin yirmide bir, kapalı şirketlerde ise onda birine sahip olan pay sahiplerine tanınmıştır (Örneğin, TTK 411/1; 420/1; 531/1).

Azlığa tanınan haklardan birisi de TTK 399'da düzenlenen "denetçinin değiştirilmesini talep etme hakkıdır. Kanunda bu hak, "görevden alma ve yeni denetçi atama davası" şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, Mahkeme (TTK 399/1), anonim şirketlerde sermayenin yüzde onunu, halka açık şirketlerde esas veya çıkarılmış sermayenin yüzde beşini oluşturan pay sahiplerinin istemi üzerine, ilgilileri ve seçilmiş denetçiyi dinleyerek, seçilmiş denetçinin şahsına ilişkin haklı bir sebebin gerek-

<sup>2</sup> GENCER, Hasan: Anonim Şirketlerde Azınlık ve Azınlık Hakları, Ankara 2019, s. 55; AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Ankara 2023, s. 321 vd.

<sup>3</sup> Türk Ticaret Kanunu (TTK), 208, 360, 411, 486, Geçici 6.

<sup>4</sup> PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 2002; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 532; Doktrinde "azınlık" teriminin kullanılmasını, dil biliminde azlığın karşınının "çokluk" olduğu, ancak TTK'da "çokluk" değil "çoğunluk" terimi kullanılması sebebiyle bunun karşıtı olarak "azınlık" teriminin kullanılması gerektiği savunulmuştur, ULUSOY, Erol: Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ulusoy, Erol (Editör), Ankara 2014.

<sup>5</sup> TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2015, s. 330; KENDİGELEN, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 311.

<sup>6</sup> GENCER, s. 57.

tirmesi, özellikle de onun taraflı davrandığı yönünde bir kuşkunun varlığı hâlinde, başka bir denetçi atayabilir (TTK 399/4-b).

Anonim şirketlerde denetim, geniş anlamıyla, ortaklık iradesi ve ortaklığın hareket alanını sınırlandıran bütün işlevleri ifade etmektedir. Azlık hakları ve bireysel haklar da bu kapsamdadır. Dar anlamda denetim ise denetime yetkili kişi veya organların görev ve yetkilerini içermektedir<sup>7</sup>. Dar anlamda denetim, iç veya dış denetim olarak ikiye ayrılmaktadır. Denetim, TTK 397-406 arasında düzenlenmiştir. Burada öngörülen denetim sistemi, anonim şirketin faaliyet ve hesaplarının, genel kurul tarafından seçilen, bağımsız ve aynı zamanda kendi alanında uzman olan denetçiler vasıtasıyla denetlenmesi esasına dayanmaktadır<sup>8</sup>.

Azlığın denetçinin değiştirilmesi davasında üç temel unsur ön plana çıkmaktadır. İlk olarak, davanın süjelerinden birisi olan denetçi ve özellikleri, ikincisi dava açmaya ehil azlığın niteliği ve son olarak davanın konusu ve şartlarıdır. Çalışmamızda bu üç unsur incelenmeden önce, denetçinin değiştirilmesi davasına konu olan şirketlerin neler olduğu belirlenerek denetçilerin nitelikleri üzerinde durulacak, sonrasında azlığın dava açma hakkına ilişkin şartlar ve uygulamada karşılaşılabilecek sorunlar ele alınacaktır.

## I. DAVANIN SÖZ KONUSU OLDUĞU ŞİRKETLER

Azlığın denetçinin değiştirilmesi davasına konu olan anonim şirketler TTK 397/4'de düzenlenen usule göre belirlenen bağımsız denetime tabi anonim şirketlerdir<sup>9</sup>. TTK 397/4 uyarınca denetime tabi olan anonim şirketlerin ve şirketler topluluğunun finansal tabloları denetçi tarafından, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yayımlanan uluslararası denetim standartlarıyla uyumlu Türkiye Denetim Standartlarına göre denetlenir. Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu içinde yer alan finansal bilgilerin, denetlenen finansal tablo-

<sup>7</sup> BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2022, s. 246.

<sup>8</sup> KENDİGELEN, s. 287.

<sup>9</sup> TTK uyarınca Cumhurbaşkanı Kararıyla belirlenen şirketler, bağımsız denetim kapsamına alınmıştır. Bu kapsamda, 23.01.2013 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 2012/4213 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile hangi şirketlerin bağımsız denetime tabi olacağına ilişkin ilk düzenleme yapılmıştır. 06.04.2024 tarihli ve 32512 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Cumhurbaşkanı Kararıyla, 6434 sayılı Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Cumhurbaşkanı Kararında aktif toplamı 150 milyon TL ve üzeri, yıllık net satış hasılatı 300 milyon TL ve üzeri, çalışan sayısı 150 kişi ve üzeri olan şirketlerin bağımsız denetime tabi olmaları belirlenmiştir.

lar ile tutarlı olup olmadığı ve gerçeği yansıtıp yansıtmadığı da denetim kapsamı içindedir.

TTK 397/5'e göre bağımsız denetim dışında kalan anonim şirketler bu fıkra hükümlerine göre denetlenir. Denetime ilişkin usul ve esaslar ile bu fıkra uyarınca denetim yapacak denetçilerin niteliklerine, uyacakları etik ilkelere, görev ve yetkilerine, seçilmelerine, görevden alınmalarına veya ayrılmalarına; denetimin ve denetim raporlarının içeriğine ve raporun genel kurula sunulmasına ilişkin hususlar Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.<sup>10</sup>Kanunun denetçinin sorumluluğuna ilişkin hükümleri, bu fıkra uyarınca denetim yapacak denetçilere de kıyasen uygulanır. Bu açıdan denetçinin değiştirilmesi davası, bu nitelikteki anonim şirketler için söz konusu değildir.

## II. DAVAYA KONU DENETÇİLER VE NİTELİKLERİ

Bağımsız denetime tabi anonim şirketler TTK 400'de belirlenen şartları taşıyan denetçiler tarafından denetlenir. Denetçilerin Kamu Gözetimi ve Denetim Standartları Kurumu tarafından yetkilendirilmiş olması<sup>11</sup>, bağımsız denetim şirketi ortaklıklarının da yeminli mali müşavir (YMM) veya serbest muhasebeci mali müşavir (SMMM) olması gerekmektedir.

Kanunda bağımsız denetçinin yanı sıra özel denetçi ile ilgili düzenlemelere de yer verilmiştir (TTK 438-444). Özel denetçi kanunun öngördüğü hâllerde belirli iş veya işlemlerin denetlenmesi için yetkilendirilen kişidir. Özel denetçinin bağımsız denetimde olduğu gibi SMMM veya YMM sıfatını taşıması gerekmez. Bağımsız denetçi kanunda öngörülen istisnalar dışında genel kurul tarafından seçilirken özel denetçi doğrudan mahkeme tarafından atanır<sup>12</sup>. Özel denetçinin mahkeme tarafından atanması bunların bağımsızlığı konusunda yeterli güvenceyi sağ-

<sup>10</sup> Bağımsız denetime tabi olmayan şirketlerin de denetlenmesiyle ilgili kanunda yapılan düzenleme 11/4/2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak o tarihten bu yana Cumhurbaşkanınca yönetmelik çıkarılmamıştır.

<sup>11</sup> Kamu Gözetim Kurumu, bağımsız denetim ile ilgili konuları içeren *Bağımsız Denetim Yönetmeliği* 26/12/2012 tarihli ve 28509 sayılı Resmi Gazete'de yayımlamıştır. (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121226-5.htm> (Erişim:22/11/2019))

<sup>12</sup> **TOPÇUOĞLU**, Metin: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bağımsız Denetçi ve Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 60.

lamaktadır. Bu sebeple azlığın özel denetçinin değiştirilmesini dava hakkı bulunmamaktadır<sup>13</sup>.

Mahkeme denetçiyi TTK 399/6'da sayılan hallerde atayabilir<sup>14</sup>. Bu hallerde denetçi atama talebi şirket yönetim kurulu, tek başlarına yönetim kurulu üyeleri veya pay sahiplerinden herhangi birisi tarafından yapılmış olabilir.

Kanunda dava açma bakımından özel bir süre öngörülmemiştir. Bu konuda denetçinin seçilme nedenlerinin dikkate alınması gerekir. Örneğin butlana dayalı bir davada, dava açmaya ilişkin bir süre sınırı yoktur. Davacılar davayı şirket tüzel kişiliğine karşı açarlar. Dava pay sahibi tarafından veya yönetim kurulu üyelerinden biri tarafından açılmış ise şirketi yönetim kurulu temsil eder. Davanın yönetim kurulu tarafından açılması halinde, şirket mahkemenin atayacağı bir kayyım tarafından temsil edilir (TMK 427/4)<sup>15</sup>.

İnceleme konumuz olan azlığın denetçinin değiştirilmesini isteme davasının şirket genel kurulunca seçilen denetçiye karşı açılacak bir dava olduğu düşünülebilir. Ancak doktrinde TTK 399/6 gereği *mahkeme tarafından atanan denetçiye karşı* denetçinin görevden alınmasını gerektiren sebepler varsa TTK 399/4 gereği görevden alma davası açılacağı yönünde görüşler mevcuttur<sup>16</sup>. Kanaatimizce, TTK 399/6'de denetçilerin mahkeme tarafından atanmasında esas alınan kriterler ile inceleme konumuz olan TTK 399/4'de düzenlenen koşullar birbirinden farklıdır. Bu açıdan mahkemenin denetçi kararına karşı TTK 399/4'de belirtilen nedenlere dayanılarak dava açılmaması gerekir. Çünkü mahkeme tarafından atanacak denetçi ile ilgili TTK 399/4 kapsamında ileri sürülebilecek iddialar atama kararını veren mahkeme tarafından değerlendirilmesi pekâlâ mümkündür. Sonradan ortaya çıkan nedenlerle ilgili yine

<sup>13</sup> **DEMİRKAPI**, Ertan: Anonim Şirketin Denetimine İlişkin Esaslar Işığında Azınlığın (Azlığın) Denetçinin Değiştirilmesini Dava Hakkı, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ulusoy, Erol (Editör), Ankara 2014, s. 106; **DEMİRKAPI**, Ertan/**MERİÇ**, Nedim: Anonim Şirkette Denetçinin Değiştirilmesi Davasının Azınlık Tarafından Açılması Halinde Usul Hukukuna İlişkin Sorunlar, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 30 S. 2, Haziran 2014, s. 34.

<sup>14</sup> **TOPÇUOĞLU**, s. 86.

<sup>15</sup> **ARI**, Zekeriyya: Şirketler Hukuku, Karahan, Sami (Editör), 2. Baskı, Konya 2013, s. 477.

<sup>16</sup> Bkz. **TOPÇUOĞLU**, 86; Aksi yönde görüş bkz. **DEMİRKAPI**, s. 112; **ÖZKORKUT**, Korkut: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Ankara 2013, s. 283.

kararı veren mahkemeden bu yönde talepte bulunulmasının mümkün olduğu söylenebilir.

### III. DAVANIN ŞARTLARI

#### A. GENEL OLARAK

Denetçilerin seçimi ve görevden alınması kural olarak genel kurulun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır (TTK 408/2-c). Denetçinin görevine şirketin başka bir organı tarafından son verilemez. Kural böyle olmakla birlikte belirli durumlarda denetçinin değiştirilmesine imkân tanınmıştır<sup>17</sup>. Denetçinin denetleme görevi, sadece başka bir denetçi atanması şartıyla mahkeme tarafından da sona erdirilebilir (TTK 399/2)<sup>18</sup>. Mahkemenin yeni denetçi belirlerken aynı anda veya daha sonra eski denetçinin görevine son vermesi kuralı denetçilerin bağımsızlığı ve baskı altında tutulmalarını önlemek için getirilen bir düzenlemedir<sup>19</sup>.

Denetçiyi değiştirme davası (denetçiyi görevden alma ve yeni denetçi atama davası) azlığa tanınan önemli haklardan birisidir. TTK 399/4'de denetçinin şahsına ilişkin haklı sebeplerin varlığı halinde görevden alınması ve yerine yeni denetçi atanması düzenlenmişken<sup>20</sup> TTK 399/6'da sermaye şirketinin denetçisiz kalmaması için mahkemece denetçi atanmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır.

Denetçinin değiştirilmesi davası ile mevcut denetçinin görevine son verilmekte ve yerine yeni denetçi atanmaktadır. Bir inşai hak niteliğinde olduğundan buna ilişkin talep sadece dava yoluyla ileri sürülebilir. Bu yüzden bu davalar yenilik doğuran davalardır<sup>21</sup>.

Davacıların, TTK 399/4'e dayanarak görevden alma talebinde bulunabilmeleri için her şeyden önce usulüne uygun denetçinin seçilmiş ve seçim sürecinin hukuken tamamlanmış olması gerekir. Başka bir ifadeyle seçilen denetçinin hukuka uygun bir usulle seçilememesi halinde TTK

<sup>17</sup> ARI, s. 484.

<sup>18</sup> PULAŞLI, s. 478.

<sup>19</sup> GENCER, s. 120.

<sup>20</sup> Doktrinde bazı yazarlar genel kabulün aksine konuyu yönetim kurulu ve azlığın denetim sözleşmesini feshi başlığı altında konuyu incelemiştir. Bkz. BİLGİLİ//DEMİRKAPI, s. 431; Bkz. BİLGİLİ, Fatih//DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku Dersleri, Bursa 2017, s.354. Bahtiyar, ortaklığın sözleşmeyi sona erdirmesi başlığını kullanmıştır. BAHTİYAR, s.224; Genelde yazarlar bu hakkı denetçinin görevden alınması ve yeni denetçi atama davası şeklinde ifade etmiştir.

<sup>21</sup> BARUT, Halime: "6762 ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunlarında Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, S. 8, 2012, s. 168.

399/4 uyarınca dava açılmaz. Zaten TTK 399/6'da seçilme süreci tamamlanmamış denetçilerle ilgili farklı nedenlerle dava açma imkânı tanınmıştır. Örneğin denetçi seçimine ilişkin genel kurul kararının usulüne uygun yapılmadığı iddia edilerek iptali ya da butlanının talep edilmesi mümkündür. Bu durumda ortada usulüne uygun seçilmiş bir denetçi olmadığı için davanın TTK 399/6'ya göre açılıp sonuçlandırılması gerekecektir.

Denetçiyi görevden alma ve yenisi atama davasında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, yönetim kurulu tarafından genel kurulun onayına sunulan ve genel kurulca denetçi olarak seçilenlerin durumudur. Bazı yazarlara göre, TTK 399/9'a göre yönetim kurulunca geçici olarak seçilen ve onaylanan denetçiler hakkında da aynı maddenin 4. fıkrası gereği dava açılabilirliği mümkündür<sup>22</sup>. Buna göre, genel kurul tarafından onaylama yapılmadan davanın açılıp açılmayacağı ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yönetim kurulu tarafından denetçi seçimi yapıldığında bu yönde bir dava açılma imkânı tanınması yerinde olabilir. Nitekim genel kurul tarafından yönetim kurulu kararı onaylanana kadar denetçinin faaliyette bulunması mümkündür. Bu açıdan ilgililere yönetim kurulu kararı ile dava açma hakkı tanınmalıdır. Özellikle azlığa bu yönde bir hak tanınmasının gerekliliği daha önemlidir.

Yukarıda açıkladığımız üzere TTK 399'a göre mahkemece denetçinin atanması sırasında 4. fıkrada öngörülen *denetçinin şahsına ilişkin haklı sebep ve taraflı davranma iddiası* taraflarca dile getirilebilir ve mahkemece bu husus değerlendirilebilir. Atama kararından sonra ortaya çıkan yeni durumlar dahi mahkemece değerlendirilebilir. Bu usul ekonomisi açısından da tutarlı ve yerinde bir yaklaşımdır.

## B. AZLIĞA İLİŞKİN ŞARTLAR

TTK 399/4'de düzenlenen denetçiyi görevden alma ve yenisinin ataması davasını şirket yönetim kurulu veya "sermayenin yüzde onunu, halka açık şirketlerde esas veya çıkarılmış sermayenin yüzde beşini"<sup>23</sup> oluşturan azlık pay sahipleri açabileceklerdir. Söz konusu dava açmaya yetkili kişiler ya da grup sınırlı olarak sayılmıştır. Maddenin gerekçesine

<sup>22</sup> DEMİRKAPI, s. 115.

<sup>23</sup> TTK'nın diğer bütün maddelerinde (411, 420, 439, 531, 559) hep "sermayenin onda biri ve halka açık şirketlerde yirmide biri" şeklinde bir oran belirtildiği halde sadece bu maddede farklı bir oran kullanılmasının yeknesaklığın sağlanması açısından eksiklik olduğu yönünde, bkz. KENDİGELEN, s. 292.

göre bu kişiler ile azlık sayısının oransal olarak esas sözleşme ile yükseltilmesi mümkün değildir.<sup>24</sup> Aksi çıkarımla esas sözleşme ile bu sayının oransal olarak düşürülmesi söz konusu olabilir<sup>25</sup>. Azlığa ilişkin kanunun belirlediği oranın hafifletilmesi, örneğin kapalı anonim şirketlerde “sermayenin yüzde yedisini” oluşturan pay sahiplerinin bu davayı açabileceğinin belirtilmesi TTK’nın emredici hükümler ilkesi sebebiyle tartışılmıştır. Şöyle ki, azlık haklarının kullanılmasında kanun koyucu bazı hükümlerde sermaye oranını belirlerken “*en az*” ibaresini kullanmıştır (TTK 411, 439, 531). Bazı hükümlerde ise “*en az*” ibaresine yer vermemiş, sadece oranı belirtmiş veya oran da belirtmeksizin azlıktan bahsetmiştir (TTK m. 360, 420, 486, 559). Azlığın genel kurulu toplantıya çağırmasına ilişkin TTK 411’de ise “*esas sözleşmeyle, çağrı hakkı daha az sayıda paya sahip pay sahiplerine tanınabilir.*” denilerek azlık oranının hafifletilmesine açıkça izin verilmiştir. Doktrinde bir görüş TTK 340 bağlamında bir hükümde azlık hakkına ilişkin verilmiş bir iznin tüm azlık haklarının kullanılmasında oranın esas sözleşmeyle hafifletilebileceği anlamı çıkmayacağı<sup>26</sup>, diğer bir görüş ise bazı azınlık hakları bakımından geçerli olan sonucun, diğer azınlık hakları için de tanınmasının gerekliliği; azınlık haklarının tanınma amacının bunu haklı kıldığını ve zamanla Kanun’da belirtilen oranların azınlık lehine değiştirilebileceğini savunmaktadır<sup>27</sup>.

Yönetim kurulu üyelerinin ve pay sahiplerinin ise denetçinin görevden alınmasını ve başka bir denetçinin atanmasını talep hakkı bulunmamaktadır<sup>28</sup>. Azlığın dava hakkına sahip olabilmesi için, seçimin yapıldığı genel kurul toplantısından geriye doğru en az üç aydan beri pay sahibi olması/olmaları gerekir. Bunun ispatı zor olmasa gerektir. Bu

<sup>24</sup> TTK 399 gerekçesi Madde <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?Yasama-KanunId=f72877be-1e9f-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6102#step-2> adresinden erişilmiştir. ET. 1/8/2024. Ayrıca Bkz. KARASU, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 54.

<sup>25</sup> KÖKSAL, s. 378;

<sup>26</sup> KOÇAK, Mahmut Arif: “Denetçinin Görevden Alınması ve Yeni Denetçi Atanması Davası”, Ord.Prof. Dr. Şevket Memed Ali Bilgişin’in Anısına Armağan, İstanbul 2021, s. 496.

<sup>27</sup> HELVACI Mehmet; : “Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 302.

<sup>28</sup> AKSOY, Mehmet Ali / AKSOY, Emine Ebru: “Ticaret Kanunu Kapsamında Sermaye Şirketlerinde Bağımsız Denetim”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2017, s.35.

şart davacı olan tüm pay sahipleri açısından geçerli olduğu gibi davacı azlığın birden fazla pay sahibinden oluşması durumunda dahi her bir paydaş açısından şartın yerine getirilmesi gerekir. Bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hâkim tarafından re'sen dikkate alınır.

Azlığın dava açabilmesi için genel kurulun denetçi seçiminde oy vererek karşı oyunu tutanağa geçirtmiş olması gerekir (TTK 399/5). Seçimde olumsuz oy verme ve karşı oyu tutanağa geçirme şartı genel kurul kararına karşı pay sahibi tarafından açılan iptal davası ile aynı özelliklere sahiptir. Muhalefette gerekçe bulunup bulunmamasının dava şartı olarak dikkate alınmaması gerekir<sup>29</sup>.

Azlık açısından öngörülen bu sınırlamaların nedeni hükmün gerekçesinde belirtilmemiştir. Haklı sebeplerle denetçilerin görevden alınmasındaki menfaat sadece azlığın değil şirketin de menfaatidir. Bu nedenle azlığın dava açma hakkına getirilen sınırlamaların yerinde olmadığı kabul edilebilir<sup>30</sup>. Ancak, azlık ve şirket menfaatinin bu noktada birleştiği düşünülebilirse de azlığa herhangi bir şarta bağlı olmadan dava açma hakkı tanınması azlık tahakkümüne yol açabileceğinden genel sınırlamanın yerinde bir yaklaşım olduğu söylenebilir.

## C. DAVAYA İLİŞKİN ŞARTLAR

### 1. Esasa İlişkin Şartlar

Denetçiyi görevden alma ve yeni denetçi atama davasının esasına yönelik en önemli mesele *haklı neden* olgusudur. Haklı nedenin varlığı her olayın koşullarında hâkim tarafından değerlendirilir. Dava ancak denetçinin şahsına ilişkin haklı bir nedenin varlığında açılacaktır. Kanunda haklı nedenle ilgili tanım yapılmamıştır.

Denetçi ancak haklı sebepler mevcutsa mahkeme tarafından görevden alınabilir<sup>31</sup>. Denetçinin görevden alınması için yeni denetçinin görevlendirilmiş olması gerekir. Şirkette eğer tek denetçi mevcutsa mahkeme eş zamanlı olarak görevden alma ve atama kararı verecektir<sup>32</sup>.

Kanunda haklı nedenlerin ne olduğu açıklanmamıştır. Ancak haklı nedenin denetçinin şahsına yönelik olması ve taraflı davrandığı yönün-

<sup>29</sup> DEMİRKAPI, s. 119.

<sup>30</sup> MEMİŞ, Tekin; Şirketler Hukukunda Denetim, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 151-186, s. 184.

<sup>31</sup> POROY, Reha /TEKİNALP, Ünal /ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku - I, İstanbul 2014, s.464; DEMİRKAPI/MERİÇ, s. 60.

<sup>32</sup> ÜÇŞİK, Güzin/ÇELİK, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku, 1. Cilt, Ankara 2013, s. 651.



de bir kuşkunun bulunması gerekir. Bazı yazarlara göre, denetçinin kişiliğinden doğan, devamlı hastalık, kaza vs. sebeple denetçinin çalışmaması, ehliyetini yitirmesi görevini ifa edememesi gibi hususlar<sup>33</sup> haklı neden olabileceği gibi denetçinin taraflı davrandığı şüphesi de dava nedeni olabilir<sup>34</sup>.

Kanunda denetçinin taraflı davranması, şahsından kaynaklanan bir neden olarak görülmüştür. Denetçinin kişiliği ile ilgili sebepler sınırlayıcı olmayıp kanun gerekçesinde denetçinin mesleki yetersizliği, tarafsız olmayışı veya denetime gerektiği kadar zaman ayıramaması gibi haller denetçinin şahsından kaynaklanan sebepler olarak gösterilebilir<sup>35</sup>.

Alman Ticaret Kanuna göre (HGB § 318/6) denetçi, kabul edilmiş bir denetim işini ancak haklı bir nedenin varlığı halinde feshedebilecektir. Fesih hakkı yalnızca denetçiye tanınmıştır. Denetim raporunun içeriği, sınırlamaları veya reddi konusunda görüş ayrılıklarının olması önemli bir neden sayılmamalıdır (HGB § 319). Örneğin denetçinin ciddi bir şekilde hastalanması veya denetim sırasında denetimi gerçekleştirmek için gerekli bilgiye sahip olmadığını ve bu sorunu çözemeyeceğinin farkına varması durumunda ortaya çıkar. Denetlenen şirketin veya organlarından birinin suç teşkil eden bir faaliyeti tespit etmesi de önemli bir sebep olarak görülebilir.

Kanun'un gerekçesinde nelerin haklı neden olarak değerlendirilebileceği konusunda örnekler verilmiştir<sup>36</sup>. Kuşkusuz her olayın özelliğine göre birçok neden bu kapsamda değerlendirilebilir.

#### a. Tarafsızlık

TTK 400'de denetçi olabilecek kişilerin nitelikleri sayılırken temel alınan kıstasın amacının tarafsızlığı sağlamak olduğu görülür. Tarafsız-

<sup>33</sup> Bu kapsamda ele alınabilecek ve alınmayacak farklı kişisel sebepler için bkz. **YAVUZ, Mustafa**: "Sermaye Şirketlerinde Denetçinin Görevden Alınması ve Yerine Denetçi Atanması İçin Ortakların Dava Açabilme Hakkı" Vergi Dünyası, C. 41, S. 481, Eylül 2021, s. 87.

<sup>34</sup> **DEMİRKAPI**, s. 127-128; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s. 465.

<sup>35</sup> **DEMİRKAPI/BİLGİLİ**, s. 433-434.

<sup>36</sup> Kanun koyucu madde gerekçesinde meslekî yetersizliği yani denetleme elemanlarının bilgilerindeki, okul sonrası uyum eğitimlerindeki noksanlık, yardımcı eleman, uzman, cihaz donanımı eksikliğini, itibar kaybını haklı sebebe örnek göstermiştir. Gerekçeye göre denetçinin çalışma tarzı, şirkete zaman ayıramaması, bilgi sızdırması, taraf tutması da haklı sebep sayılır. Ancak, görüş ayrılıklarının haklı sebep olarak sayılmasının somut olayın desteklemesi halinde kabul edilebileceği belirtilmiştir.

lık, TTK 399/4'de geçen haklı neden içerisinde değerlendirilebilse de kapsamı daha geniştir.

Denetçinin şirkete karşı objektif hareket etmesini engelleyecek birtakım davranışlar içerisinde girmesi, tarafsız olmaması veya tarafsız davranmayacağı yönünde şüpheler olması, bu davranışlar tamamen dürüstlük kuralına aykırı olmasa da bu ihtimali ortaya çıkarması, ancak bunun tamamen soyut olmayıp bu yönde birtakım emarelerin ortaya çıkmış olması<sup>37</sup>, haklı sebep için yeterli görülebilir.

Alman Ticaret Kanunu'nda (HGB § 319) denetçi olarak görev alınamayacak haller sayılmıştır. Bu kapsamda denetçinin ticari, kişisel ve mali irtibatlarının yansız hareket etme ilkesine gölge düşürecek nitelikte olması halinde denetçi denetim faaliyetini icra edemeyecektir.<sup>38</sup> Dolayısıyla bu tespit tarafsızlık açısından haklı neden kavramının kapsamının belirlenmesinde ölçüt olarak değerlendirilebilir. Alman Ticaret Kanunu'nun 318. maddesinin üçüncü fıkrasında taahhüt edilen sermayenin yirmide birine veya 500.000 Euro piyasa değerine tekabül eden hissedarların talebi üzerine 319. maddede sayılan bazı haller gerekçe gösterilerek denetçinin değiştirilmesi ve başka bir denetçi atanmasını talep edebilecekleri belirtilmiştir.

Kanunun denetçiye izin verdiği faaliyetler haklı neden içerisinde değerlendirilemez. Örneğin denetçinin önceki yılın denetim raporunu hazırlaması, denetçi ile şirket arasındaki görüş ayrılıkları bu kapsamda görülemez. Değiştirme davası esasen denetçinin tarafsız ve dürüst davranma yükümlülüğüne riayet edip etmediğinin denetlenmesine imkân veren bir yoldur. Burada tarafsız ve dürüstlüğü aykırı davranmanın ispatı şart değildir. Bu yöndeki bir kuşkunun varlığının ortaya konulması yeterlidir<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> **BAHTİYAR**, Mehmet: Türkiye Barolar Birliği Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Ankara 2008, s.843; **KARAMAN/COŞGUN**, Özlem: "Anonim Şirketlerde Denetçi Seçimine İlişkin Genel Kurul Kararının İptali, Hükümsüzlüğü, Görevden Alınma Davası ve Yeni Denetçinin Seçimi" Terazi Hukuk Dergisi, S: 198, Şubat 2023, s. 59.

<sup>38</sup> **EBKE**, Werner F.: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB, Band 4: Drittes Buch Handelsbücher §§ 238-342r HGB, München 2024, § 319 Rn. 7; **HOPT**, Klau, s.23s J.: Handelsgesetzbuch, Band: 9, München 2024, HGB § 319 Rn. 4, 4a; **BAŞER DOĞAN**, Zehra: Türk ve Alman Hukukunda Anonim Şirketlerde Denetçinin Sır Saklama Yükümlülüğü, Ankara 2018, s. 71.

<sup>39</sup> **DEMİRKAPI**, s. 128-129; **DEMİRKAPI/MERİÇ**, s. 60; **ARI**, Zekeriyya: Anonim Şirketlerde Denetçi Sorumluluğunun Sınırlanması, Ankara 2012, s. 118.

### b. Bilgi Yetersizliği

Kanun gerekçesinde denetçinin mesleki anlamda yetersizliği ile ilgili örnekleyici açıklamalarda bulunulmuştur. Buna göre denetleme elemanlarının bilgi, okul sonrası uyum eğitimlerindeki noksanlık, haklı nedenler içerisinde görülmüştür.

Bu kapsama giren hususlar yargılama sırasında mahkeme tarafından değerlendirilir. Denetçinin mesleki anlamda yetersizliğinin tespiti oldukça zordur. Özellikle ilk kez denetçi olarak seçilenlerle ilgili *mesleki yetersizlik* argümanının ileri sürülmesi için denetçinin bu durumunu ortaya koyan faaliyetlerinin tespiti gerekir. Bunun mümkün olmadığını iddia etmek de pek yerinde değildir<sup>40</sup>. Denetçinin başka bir şirketle ilgili denetim faaliyetlerinde tespit edilen olumsuzluklarının mevcut şirketin denetim faaliyetleri açısından da sorun oluşturabilmesi mümkündür.

Şirketin yürüttüğü faaliyetin teknik niteliği ve bunun denetiminin, denetçilerin farklı özelliklere sahip olmasını gerektirmesi, mesleki yetersizlik kapsamında haklı neden oluşturabileceği ileri sürülmüş ise de<sup>41</sup>, kanaatimizce denetçinin seçilme yeterliliği mevzuatta düzenlenmiş olup bu şartları taşıyan gerçek ya da tüzel kişilerin yeterli formasyona sahip oldukları kabul edilir. Bunun yanında denetlemenin faaliyet ve kapsamı da mevzuatta belirlenmiştir. Anılan örneklerin mesleki yetersizlik kapsamında ileri sürülmesi mümkün görünmemektedir.

### c. Donanım Yetersizliği

Madde gerekçesinde denetçinin yardımcı eleman, uzman, cihaz, donanım eksikliği gibi nedenlerden bahsedilmiştir. Yukarıda izah edildiği gibi bu durum her olayın özelliğine göre değerlendirilecektir. Gerçekten denetçinin denetleme faaliyetini icra etmesi için sahip olduğu iş gücü ve donanımı, denetleyeceği şirketlerin sayı ve kapsam itibarıyla büyük olması karşısında yetersiz olduğu ileri sürülebilir. Ancak bu iddiaların somut bir temele dayandırılması oldukça zordur. Aynı durum denetçinin hastalığı, elemanlarının geçici ya da sürekli olarak azalması halinde de söz konusu olabilir<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> DEMİRKAPI, s. 129. Yazar, denetçinin bu sıfatı elde etmesi için belirli bir meslek mensubu olması yanında mesleki formasyona sahip olmasını zorunlu kıldığını bu iddianın gerekçede zikredilmesinin pek uygun olmadığını ileri sürmüştür.

<sup>41</sup> DEMİRKAPI, s. 130.

<sup>42</sup> DEMİRKAPI, s. 130; DEMİRKAPI/MERİÇ, s. 60.

Esasen denetçinin donanım ve işgücü açısından denetim fonksiyonunu icra edebilecek yeterlilikte olup olmadığının seçimden önce şirket tarafından değerlendirilmesi gerekir. Şirketin bu yönüyle yeterli olup olmadığı objektif olarak tespit edilebilir niteliktedir. Dolayısıyla bu kapsamda ileri sürülebilecek iddiaların denetçi seçiminden önce dikkatli bir araştırma yapılarak önüne geçilmesi mümkündür.

Denetçinin şirketle ilgilenmemesi, denetim işine yeterince zaman ayırmaması veya elde ettiği bilgileri başkasına sızdırması da haklı sebep sayılabilir (Gerekçe TTK 399/4). Ancak görüş ayrılıkları somut olay çerçevesinde ispatlanıyorsa kabul edilebilir. Yine denetçinin devamlı hastalık, kaza ve benzeri sebeplerle görevini ifa edememesi de haklı neden olarak görülebilir<sup>43</sup>.

#### d. Yükümlülüklerle Aykırı Davranışlar

TTK 399/4'ün gerekçesinde haklı sebep olarak sayılan haller, denetçinin denetim faaliyetini yerine getirmesini engelleyecek nitelikteki kişisel kusurlu davranışlarıyla ilgilidir. Gerekçede geçen *itibar kaybı* da bu davranışların doğal bir sonucudur. Ancak farklı davranış biçimleri de denetçinin itibar kaybına yol açabilir. Denetçilik faaliyeti dışında denetçinin güvenilirliğinin sorgulanmasına yol açabilecek davranışlar bu kapsamda değerlendirilebilir. Denetçinin borcu nedeniyle hakkında icra takibi başlatılması, malvarlığına tedbir konulması ya da haczedilmesi gibi durumlar buna örnek olarak gösterilebilir.

TTK 404'de denetçi ve denetçi yardımcıları ile denetim yapılmasına yardımcı olan temsilcilerin sır saklamakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. Bahsedilen kişiler denetim faaliyeti sırasında şirketle ilgili edindikleri sır niteliğindeki bilgileri izinsiz olarak kullanamazlar. Bu bilgilerin başkalarının eline geçmemesi için gerekli özeni göstermeleri gerekir. Özellikle şirketin üçüncü kişilerin öğrenmesini istemediği bilgiler bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>44</sup>. Gerçekten şirketin mali yapısına vakıf olan denetçilerin şirket açısından mahrem sayılabilecek bilgilere sahip olmaları mümkündür. Bu yönüyle sır saklama yükümlüğüne aykırı davranışlar denetçinin değiştirilmesi için yeterli bir neden olarak kabul edilir. Sır saklama yükümlülüğü ile ilgili denetçi hakkında soruş-

<sup>43</sup> ÜÇİŞİK//ÇELİK, s. 651.

<sup>44</sup> BAŞER DOĞAN, s. 78-79.

turma başlatılmış olması da denetçinin değiştirilmesi için yeterli bir sebep olarak kabul edilmelidir<sup>45</sup>.

## 2. Usule İlişkin Şartlar

Medeni usul hukukunda, çekişmeli ve çekişmesiz yargı işleri olarak yapılan tasnif daha çok yargılamanın davacı ve davalı temelinde yürütülmesiyle ilgilidir. Her davada olduğu gibi kanun, denetçinin değiştirilmesi davasında davacı sıfatını taşıyanların, şirketin yönetim kurulu ve kanunda belirtilen oranlara sahip azlık olduğunu hükme bağlamıştır. Kanun'un gerekçesinde *“mahkemeye başvurmaya yetkili olanların, sınırlı sayı ilkesine göre gösterildiği, esas sözleşme ile yetkililer çevresinin genişletilemeyeceği ve azlığa ilişkin yüzdelerin yükseltme yönünde değiştirilemeyeceği, başvuruda bulunacakların ayrıca fıkranın son cümlesindeki şartları taşımaları gerektiği”* ifade edilmiştir.

Kanun koyucunun davacı olarak belirlediği süljelerin sayı ve niteliği ile ilgili kısıtlayıcı bir yaklaşım benimsediği anlaşılmaktadır<sup>46</sup>. Gerekçede, dava açma hakkına sahip azlığın oranının esas sözleşme ile yükseltilemeyeceği ifade edilmiştir. Kuşkusuz bu durum azlığın korunması kaygısından kaynaklanan bir yaklaşımın sonucudur.

Davacı sıfatını taşıyan azlığın niteliği ile ilgili açıklamalar önceki bölümde yapılmıştır<sup>47</sup>. Anılan şartları haiz azlığın dava süresince bu niteliği kaybetmemesi gerekir. Davacı azlığın içerisinde yer alan pay sahiplerinin ya da tek başına kanunda öngörülen oranı karşılayan azlık pay sahibinin, bu sıfatını dava açıldıktan sonra kaybetmesi hâlinde taraf sıfatının ne olacağı belirsizdir. Pay sahipliği sıfatı sona eren bir kişinin davanın devamında hukuki yararı bulunduğunu ispat etmesi halinde taraf sıfatının devam etmesi gerektiği düşünülebilir. Esasen bu davada davacı sıfatı paya değil pay sahipliğine verilmiştir. Çünkü kanunda belli bir süre pay sahibi olanlara dava açma hakkı tanınmaktadır. Ancak kişinin dava açıldığında mevcut pay sahipliği, yargılama devam ederken sona erse dahi dava sonucunda verilecek karar ileride talep edebileceği birtakım haklar açısından belirleyici rol oynayacaksa davaya devam edebilmesine imkân tanınması gerekir. Bunun gibi, yeni pay sahibi olan kişinin davaya katılmasının mümkün olup olmadığı da düşünülebilir. Yukarıda ifade edildiği gibi dava hakkı pay sahipliğine dayandığı için

<sup>45</sup> DEMİRKAPI, s. 131

<sup>46</sup> KARAMAN/COŞGUN, s. 60.

<sup>47</sup> Bkz. yuk. “B. Azlığa İlişkin Şartlar” başlığı altında yapılan açıklamalar.

şirkette yeni pay sahibi olanlar için en az üç aydan beri pay sahibi olma şartı gerçekleşmediğinden davacı sıfatı kazanılmayacaktır. Bu durumda davanın usulden reddi gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır ki bu kanunun amacına uygun olmayacaktır. Bu görüşün aksi de savunulabilir. Pay sahipliği davacı sıfatı için belirleyici unsur pay sahibinin değişmesi halinde yeni gelen pay sahibinin davaya devam edebilmesi gerektiği azlığın korunması ilkesine uygun bir yaklaşımdır.

Şirkette daha önce de pay sahibi olmasına rağmen yeterli orana sahip olmayan bir hissedar başka hisseleri satın almak suretiyle dava açma hakkını elde ederse durumun ne olacağı konusunda ise kanaatimizce dava açma hakkını sağlayan orana genel kurul kararından önceki üç aylık süre içerisinde ulaşılması halinde azlığın dava açamaması gerekir<sup>48</sup>.

Davalı sıfatına kimlerin sahip olduğu kanunda açıkça belirtilmemiştir. Ancak maddede geçen *“ilgili ve seçilmiş denetçiyi dinleyerek seçilmiş denetçinin şahsına ilişkin haklı bir sebebin gerektirmesi özellikle de onun taraflı davrandığı yönünde bir kuşkunun varlığı halinde”* ifadelerinden davanın denetçiye karşı açılacağı anlaşılmaktadır<sup>49</sup>. Kanun koyucu mahkemenin denetçiyi dinlemeden karar veremeyeceği yönünde TTK 399/4’te özel bir düzenleme yapmayı, seçilmiş denetçinin davada davalı sıfatını haiz olması sebebiyle gerekli görmemiştir<sup>50</sup>.

Şirket genel kurulunca birden fazla denetçi seçilmişse ve bunların tamamının değiştirilmesi talep edilmişse davanın tüm denetçilere karşı açılması gerekir. Birden fazla denetçi ortak faaliyet yürütüyorsa ya da haklı sebep tüm denetçiler için ortak nitelik taşıyorsa denetçilerin tamamının değiştirilmesi talep edilebilir. Şirketin davadaki sıfatı konusunda ise kanaatimizce denetçinin değiştirilmesi şirketin hukuki menfaatlerini doğrudan etkileyeceğinden davanın şirkete ihbar edilmesi gerektiği söylenebilir.

<sup>48</sup> KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 293; Karşı yönde, dava açma tarihinden itibaren geriye doğru üç aylık sürede azlık sıfatına sahip olmaya gerek olmadığı, pay sahibi olmanın yeterli olduğu yönünde bkz. KOÇAK, s. 505.

<sup>49</sup> Aynı yönde, bkz. DEMİRKAPI/MERİÇ, s. 56.

<sup>50</sup> KARAMAN COŞGUN, s. 60.

Yeni denetçi ataması davasında öncelikli muhatap şirkettir. Seçilen denetçinin bu taleple ilgili doğrudan hukuksal bir menfaati yoktur. O halde yeni denetçi ataması davasının davalısı da şirket olmalıdır<sup>51</sup>.

Doktrinde yönetim kurulunca açılan davada şirketin taraf olduğunu ifade eden yazarlar<sup>52</sup> olsa da yönetim kurulunun açtığı davanın her zaman şirket adına açıldığını söylemek mümkün değildir. Sermaye şirketlerinde genellikle, genel kurula hâkim olan pay sahipleri yönetim kurulunun şekillenmesinde de belirleyici rol oynamakta, dolayısıyla yönetim kurulu ile genel kurul arasında çatışma pek görülmemektedir. Doktrinde yönetim kurulunun bu davayı şirket adına açacağı belirtilmektedir<sup>53</sup>. Yönetim kurulu davayı kurul olarak açar zira genel kurul kararlarının iptaline ilişkin davada olduğunun aksine burada yönetim kurulu üyelerine dava açma yetkisi tanınmamıştır. Ancak yönetim kurulunun bu sıfatla açacağı davanın şirket adına açıldığını, yönetim kurulunda görev yapan üyelerin aynı zamanda şirket sermayesinin yüzde onuna sahip olmaları halinde -ki çoğunlukla öyledir- buna dayanılarak açılan davanın da kendi adlarına açtıklarının kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Esasen değiştirilmesi istenilen denetçinin şahsından kaynaklanan haklı nedenlerin seçimden sonra ortaya çıkması durumunda genel kurul ve yönetim kurulunun ortak iradeyle hareket edip yönetim kuruluna verilen bu yetkinin kullanılması mümkündür.

### 3. Davada Görev, Yetki ve Yargılama Usulü

Denetçinin değiştirilmesi davasında görevli ve yetkili mahkeme, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesidir (TTK 399/4).<sup>54</sup> Usul hukukundaki genel yetki kurallarına göre davalı

<sup>51</sup> ERİŞ, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, C. II, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 2101.

<sup>52</sup> DEMİRKAPI, s. 123.

<sup>53</sup> DEMİRKAPI/MERİÇ, s. 60.

<sup>54</sup> Doktrinde **KENDİGELEN**, mülga TTK'da kanun maddelerinde Asliye Ticaret Mahkemesi teriminin hiç kullanılmadığını, hatta beş madde dışında ticaret mahkemesi teriminin dahi kullanılmadığını, 6102 Sayılı TTK'da kanun koyucunun farklı bir terimde bulunduğunu, ancak 6335 sayılı kanun 5/3. maddesi gereği asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasında iş bölümü ilişkisinin görev ilişkisine dönüştürülmesi karşısında TTK'daki özel hükümlerin anlamını yitirdiğini belirtmiştir. Bkz. s.30-31; Yargıtay bir kararında, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/3 fıkrası uyarınca dava tarihi itibarıyla Asliye Hukuk Mahkemesi ile Asliye Ticaret Mahkemesi arasındaki ilişki görev ilişkisi olup... 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 397-406. maddeleri arasında Anonim şirketin denetimi hususu ve denetçilik düzenlenmiştir. Bu durumda taraflar arasındaki davanın ticari dava olduğu açıktır. Hal böyle olunca, davaya bakmaya Ticaret Mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili

denetçinin yerleşim yeri mahkemesi de davaya bakmakla yetkilidir. Ancak kanunun bu konudaki açık düzenlemesi karşısında yetkinin kesin olduğu hususunda kuşku bulunmamaktadır. Yani davadaki tek yetkili mahkeme şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir ve bu durum mahkemece resen dikkate alınır. Doktrinde bazı yazarlar TTK'da şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede davanın görüleceğini düzenleyen hükümlerin mutlak yetki kuralı getirdiğini ifade etmiş ve mülga TTK'da şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğuna dair yalnızca altı maddede hüküm olduğunu, yeni TTK'da bu yönde bir belirlemenin bilinçli şekilde yapıldığı hususunda şüpheler olduğunu ifade etmişlerdir. Söz konusu yazarlar HMK 14/2'de öngörülen kuralın kesin yetki kuralı olması karşısında TTK'da bu yönde bir düzenleme yapılmasının gereksiz olduğunu belirtmiştir<sup>55</sup>.

Bazı yazarlar davada şirket ve denetçi arasındaki hukuksal bir ilişkinin sonlandırılması amaçlandığından davanın çekişmeli yargı faaliyeti olması gerektiğini belirtirken<sup>56</sup>, bazıları ise maddede "*ilgiliiler ve denetçiler dinlenerek*" denilmek suretiyle yargılamanın dosya üzerinden yani çekişmesiz olarak yürütüleceği anlamının ortaya çıktığını ancak davanın çekişmeli bir yargılama olarak yürütülmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>57</sup>. Gerçekten de kanundaki bu ibare yargılamanın dosya üzerinden yürütülmesi yani işin çekişmesiz yargı niteliğinde olması halinde önem kazanacaktır.

Aslında dava, doğası gereği seçilmiş denetçiye karşı açılması gerektiğinden denetçinin davalı sıfatına sahip olması ve yargılamanın çekişmeli olması gerekir. Fakat durum böyle kabul edildiğinde *denetçinin dinlenmesinin gerekli olduğunun* kanunda ifade edilmiş olmasının bir anlamı kalmayacaktır. Kanunda geçen bu ibare ancak denetçinin davalı olarak yargılamada yer almaması durumunda söz konusu olabileceği için kanun koyucu tarafından bu husus ayrıca ifade edilmiştir. Kanun koyucu açıkça belirtmese de yargılamanın çekişmesiz olarak dosya üze-

---

*düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup, taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. O halde, mahkemece, davaya bakma görevinin Ticaret Mahkemesine ait olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmesi gerekirken..."* şeklinde karar vermiştir (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 5/2/2019, E.2016/10322, K. 2019/5634).

<sup>55</sup> KENDİGELEN, s. 31-32.

<sup>56</sup> DEMİRKAPI, s. 124.

<sup>57</sup> TEKİNALP, s. 489; DEMİRKAPI/BİLGİLİ, s. 435.



rinden yürütülmesini amaçladığı anlaşılmaktadır. Ancak işin niteliği gereği davanın çekişmeli yargı işi olması gerektiği açıktır.

Bu tartışmaların dışında kanunda geçen bu ibarenin bir diğer sakıncalı yönü de şudur; denetçi yargılamada, davalı sıfatıyla yer alsa da almasa da dinlenmesini zorunlu kılmak, denetçiye ulaşamaması durumunda, yargılamanın gereksiz uzaması sonucunu doğuracaktır. Çünkü dava nitelik itibarıyla dönemselsel bir işlemde kaynaklanan meselenin çözümüne ilişkindir ve kısa sürede sonlandırılması gerekir. Bu ibarenin uygulamada sorun oluşturabileceği düşünülebilir.

Bunun yanında denetçinin değiştirilmesi ve denetçi ataması birbirleriyle bağlantılı talepler olsa da esasen farklı davalardır. Yani denetçinin değiştirilmesi talebinde denetçinin davalı olarak yargılamada yer alması gerektiği ve davanın çekişmeli olduğu rahatlıkla söylenebileceği gibi yeni denetçi atama talebinin hasımsız ve çekişmesiz yargı niteliğinde olduğu söylenebilir.

Bazı yazarlar, yargılamanın uzaması halinde nasıl bir hukuki durumun ortaya çıkacağı ile ilgili olarak kanunda bir açıklık bulunmadığını, işlem güvenliği açısından seçilen denetçinin yargılamanın uzaması halinde gerçekleştirdiği denetim faaliyetinin geçerli olması gerektiğini ifade etmişlerdir.<sup>58</sup>

Yargılama usulü açısından bir diğer sorun ise davada basit ya da yazılı yargılama usulünden hangisinin uygulanması gerektiğidir. TTK'da davanın (TTK 33/3, 34/2, 392/4, 405/1, 412, 1278) dosya üzerinden görüleceğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Birçok davada (TTK 268/3, 437/5, 546/1, 1278/3 ve 1521) basit yargılama usulüne göre sonuçlandırılacaktır. Ancak inceleme konumuz olan dava ile ilgili yargılama usulü maddede açıkça belirtilmemiştir. HMK 316'da basit yargılama usulüne tabi davalar belirlenmiştir. Ancak anılan maddede denetçinin değiştirilmesi davası ile ilgili bir düzenleme yer almamaktadır.

Doktrinde bazı yazarlar, denetçinin değiştirilmesi davasının hangi yargılama usulüne tabi olduğuyula ilgili kanunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte işin niteliğine uygun olanın basit yargılama usulü olduğunu belirtmişlerdir.<sup>59</sup>

TTK 1521'de, ticaret şirketlerinde, ortakların veya pay sahiplerinin şirketle veya birbirleriyle şirket ortaklığından veya pay sahipliğinden

<sup>58</sup> DEMİRKAPI, s. 134.

<sup>59</sup> DEMİRKAPI, s. 124.

kaynaklanan davalarda veya şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, müdürleri, tasfiye memurları ya da denetçilerine karşı açılacak davalarda basit yargılama usulünün uygulanacağı belirtilmiştir. Bizce de davada hangi yargılama usulünün uygulanacağı belirtilmemiş ise de anılan kanun hükmü gereği davanın basit yargılama usulüne tabi olması gerektiği ifade edilebilir.

Denetçinin değiştirilmesi yeni denetçi ataması davasında mahkemenin vereceği karar kurucu niteliktedir<sup>60</sup>. Çünkü seçilmiş denetçi görevden alınacak yerine yeni bir denetçi atanacaktır.<sup>61</sup>

#### 4. Dava Açma Süresi

Denetçinin değiştirilmesi davasının, yönetim kurulu tarafından denetçinin seçimi ve denetleme görevini verdiği denetçiye ilişkin olarak Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yapılan ilandan itibaren üç hafta içerisinde açılması gerekir (TTK 399/1-5). Doktrinde üç haftalık dava açma süresiyle ilgili eleştiriler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar, denetçinin taraflılığı ile ilgili bir kuşkunun varlığını dava açılması için yeterli görürken sürenin üç hafta ile sınırlandırılmasının çelişkiler içerdiğini, denetçinin taraflı davrandığı hususunun üç haftalık süre içerisinde anlaşılamayacağını, dava açma süresi geçtikten sonraki dönemde de taraflı davranmaya karşı dava açılmasına engel bir durumun bulunmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.<sup>62</sup> TTK 400/2’de denetçinin aynı şirket için 10 yıllık süreçte en fazla 7 yıl seçileceği belirtilmiştir. Yani her yıl yeniden seçilmek koşuluyla bir denetçinin iki ya da daha fazla yıl süreyle üst üste aynı şirkete denetçi olarak atanması mümkündür. Dolayısıyla bir önceki yılın denetçisinin ertesi yıl yeniden seçilmesi halinde pay sahipleri nezdinde tarafsızlığı ile ilgili kuşku taşıması mümkündür. Bu nedenle yukarıdaki görüşe tümünden katılmak mümkün değildir.

<sup>60</sup> Bkz. Davanın inşai niteliği ile ilgili **BAHTİYAR**, s. 225 dn.476.

<sup>61</sup> **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s. 464. Aynı yönde **ÖZKORKUT**, s. 283; **ÜÇİŞİK/ÇELİK**, s. 652.

<sup>62</sup> **KENDİGELEN**, s. 292-293. Bkz. aynı yönde **DEMİRKAPI**, s. 125. **BOZKURT**, Tamer: Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2018, s.296; Üç haftalık dava açma süresinin yetersiz olması ve bu süreden sonra da denetçinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili haklı nedenin ortaya çıkması durumunda sürenin haklı nedenin ortaya çıkmasından sonra başlatılması gerektiğine ilişkin bkz. **BAHTİYAR**, s. 225; Karşı yönde bkz. **BİRSEL**, Mahmut T./**SEVİ**, Ali Murat: “Anonim Şirket Denetiminde Yeni Yaklaşımlar”, Ersin Çamoğluna Armağan, İstanbul 2013, s. 55.

Denetçinin TTK 399/9 gereği yönetim kurulu tarafından geçici olarak seçilmesi halinde kararın genel kurul tarafından onaylanması üzerine ilan edilmesi gerekir. İlan ile birlikte üç haftalık dava süreci başlamıştır (TTK 300/9-1). Kanun'da öngörülen 3 haftalık süre hak düşürücü nitelikte olup<sup>63</sup> mahkeme tarafından re'sen dikkate alınması gerekir.

Kanaatimizce kanun koyucunun işin niteliği, dönemsel ve süreli olması gibi nedenlerle dava açma süresini üç haftalık süre ile sınırlamasının, hedeflenen amaca uygun bir yaklaşım olduğu düşünülebilirse de denetim dönemi içerisinde sonradan ortaya çıkan nedenlerin varlığı halinde sebebin ortaya çıktığı tarihten itibaren üç hafta içerisinde de dava açma imkânının tanınması azlık ve şirket menfaatinin korunması açısından doğru bir yaklaşım olacaktır.

Alman Ticaret Kanunu (HGB) § 319 fıkra 3 hükmünde bağımsızlığa engel bir durumun denetçinin seçimi esnasında var olduğunun sonradan öğrenilmesi durumunda, bağımsızlığa engel halin öğrenildiği veya ağır kusur olmadan öğrenilmiş olması gereken tarihten itibaren iki hafta içinde mahkemeye başvurarak denetçinin görevden alınmasının ve yeni denetçinin atanmasının talep edilmesi mümkün kılınmıştır. Ancak TTK 399/4'te denetçinin bağımsızlığa engel durumunun sonradan ortaya çıkması halinde dava hakkının bulunup bulunmadığı ile ilgili bir belirleme yoktur. Doktrinde yazarlar genellikle denetçinin seçiminden sonra haklı sebebin ortaya çıkması halinde üç haftalık sürenin öğrenmeden itibaren başlayacağını kabul etmektedir<sup>64</sup>.

### 5. Yargılama Gideri ve Kanun Yolları

Denetçinin değiştirilmesi davasında yargılama gideri ile ilgili Kanun'da özel bir düzenleme yer almamaktadır. Yargılama giderlerinin HMK'daki genel hükümlere göre çözümlenmesi mümkündür.

Kanun koyucu azlık ve yönetim kurulunun talebi ile atanacak denetçinin ücreti ve diğer masraflarının kim tarafından karşılanacağını belirlememiştir (TTK 399/7). Ancak bu masrafların şirket tarafından karşılanması gerekir<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> TEKİNALP, s. 489; ÖZKORKUT, s. 283; DEMİRKAPI, s. 125; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 652; ŞENER, Oruç Hami: Ortaklıklar Hukuku: Ders Kitabı, Seçkin, Ankara 2015, s. 443.

<sup>64</sup> ARI, s. 99; DEMİRKAPI, s. 125, 126; DEMİRKAPI/MERİÇ, s. 59. Karşı yönde, KOÇAK, s. 513, dn. 82.

<sup>65</sup> GENCER, s. 120; TEKİNALP, s. 486.

Azlık tarafından açılan davada esas itibarıyla şirketin menfaati amaçlandığından dava sonucunda verilebilecek bir ret kararında yargılama giderlerinin şirket üzerinde bırakılması da mümkün olabilir. Her olayın özelliğine göre yargılama giderinin kimin tarafından karşılanacağı belirlenebilir. Dava açmada kötü niyeti tespit edilmeyen davacılar açısından muhtemel bir ret kararında yargılama giderinin şirket üzerinde bırakılması azlık haklarının korunması açısından önemlidir.

Yönetim kurulu tarafından açılan davanın şirket adına açıldığı kabul edilerek yargılama giderlerinin verilecek bir ret kararında şirket üzerinde bırakılması ile azlık tarafından açılan davanın reddinde de aynı uygulamanın yapılmasının şirket menfaati açısından mümkün görülmesi gerekir<sup>66</sup>.

Denetçinin mahkemece atanması kararı kesin olmasına rağmen, denetçinin değiştirilmesi ve yeni denetçi ataması kararının kesin olup olmayacağı tartışmalıdır. Bazı yazarlar TTK 399/4'e göre verilen kararın kesin olmasının maddenin bütününde hedeflenen amaca göre fıkraların birbirini tamamladığını, denetçi atamasının dönemlik iş olması ve kısa sürede uyuşmazlığın çözümünün hedef alınması dikkate alındığında kararın kesin olması gerektiğini ifade etmişlerdir<sup>67</sup>.

Bazı yazarlar ise TTK 399/4'de öngörülen dava ile aynı maddenin 6. fıkrasındaki davanın nitelik itibarıyla birbirlerinden farklı olduğunu, 6. fıkradaki düzenlemede mahkemenin denetçi atamasının denetçi yokluğundan kaynaklandığını, 4. fıkra kapsamında açılan davada denetçinin şahsı ve tarafsızlığı ile ilgili iddiaların tartışıldığı, dolayısıyla çekişmeli yargılamaya konu meselinin sonuçlanması halinde taraflara temyiz hakkı tanınmamasının hak ihlalleri sonucunu doğuracağını belirtilmişlerdir<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> DEMİRKAPI, s. 125.

<sup>67</sup> Bkz. ÖZKORKUT, s. 285; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 652. KENDİGELEN, TTK'nın 399/6. maddesinde mahkemece denetçi ataması kararının kesin olduğu belirtilmesine rağmen benzer bir cümleye 4. fıkrada da yer verilmesi gerektiğini belirtmiştir, s. 294. Aynı yönde ARI, s. 477; GENCER, s. 123; BAHTİYAR, s. 225; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU bu konuda net bir görüş belirtmemiştir. Yazar 399. maddenin 4. ve 6. fıkraları arasında önemli fark olduğunu, 4. fıkra kapsamında açılan davada esasen güven sorunu söz konusu olması nedeniyle kararın kesin olduğunun savunulabileceğini belirtmiştir. s. 464-465.

<sup>68</sup> DEMİRKAPI, s. 134; DEMİRKAPI/BİLGİLİ, s. 435; Kararın temyize tabi olduğu yönünde bkz. TEKİNALP s. 489.

Kanaatimizce davanın çekişmeli işlerden olması ve denetçinin şahsı ve tarafsızlığı ile ilgili subjektif meselelerin çözüme kavuşturulmasının konu edinildiği dikkate alındığında verilen kararın kişisel hakları etkileyeceği açıktır. Bu itibarla özellikle denetçinin değiştirilmesi talebi açısından, kararın temyize tabi olmaması hak ihlallerine neden olabilecektir. Bu açıdan karara karşı kanun yolunun açık olması gerektiğini düşünüyoruz.

Yargıtay konuyla ilgili bir kararında, şirketçe atanan denetçinin görevden alınarak yerine bağımsız bir denetçinin atanması istemine ilişkin açılan davada verilen kararın kesin olduğuna hükmetmiştir<sup>69</sup>.

Denetçinin değiştirilmesi ve yeni denetçi ataması davası ile ilgili mahkemece verilen kararların kesin nitelikte olmasından dolayı uygulama birliğinin sağlanması pek mümkün görünmemektedir. Bunun yanında uygulamada genellikle denetçinin şahsı ve tarafsızlığı ile ilgili iddialar şirket genel kurulunca denetçi seçimine ilişkin kararlara karşı açılan iptal davalarında ileri sürüldüğü görülmektedir. Dolayısıyla denetçi seçiminden sonra denetçinin şahsına ve tarafsızlığına ilişkin itirazları konu alan davalara uygulamada pek sık rastlanmamaktadır.

## 6. Davanın Sonuçları

Mahkeme tarafından denetçinin görevden alınması kararı ile birlikte şirket ile denetçi arasındaki hukuki ilişki sona erecektir. Dava bozucu yenilik doğuran bir dava olduğundan mahkemenin kararı ileriye doğru etki doğuracaktır. Görevden alma kararı ile birlikte yeni denetçinin atamasına da karar verilmesi gerekir. Bu, görevden alma kararının doğal bir sonucudur. Ancak şirkette birden fazla denetçi varsa ve diğer denetçiler şirket için denetim faaliyetini icra etmede yeterli oldukları anlaşılıyorsa mahkeme yeni denetçi atamasına karar vermeyebilir.

Doktrinde görevden alma kararı verilmeden önce denetçinin haklı sebeple fesih talebinde bulunması durumunda mahkemenin davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar vermesi gerektiği ve kanunun son fıkra hükmüne göre, denetçinin yönetim kurulu tarafından atanarak genel kurulun onayına sunulacağı ifade edilmiştir<sup>70</sup>. Kanaatimizce, usul ekonomisi açısından bu yaklaşım yerinde değildir. Zira dava konusu olan bir meselede şirket, yönetim kurulu

<sup>69</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1/7/2014 tarih, E. 2014/5407, K.2014/12581.

<sup>70</sup> DEMİRKAPI, s. 133.

veya azlığın doğrudan ya da dolaylı olarak dahil olduğu bir yargısal süreci sırf bu nedenle sonlandırarak yeniden yönetim kurulu ve genel kurul eliyle denetçi atama sürecinin başlatılmasının hiçbir yararı olmadığı gibi gereksiz zaman kaybına neden olacaktır. Dolayısıyla mahkemenin yargılamayı sonlandırmadan denetçi atamasına karar vermesi uygun olacaktır.

Mahkeme tarafından atanan yeni denetçinin göreve başlayabilmesi için şirketle denetçi arasında sözleşme yapılması gerekir. Atanan denetçinin sözleşmeye imza atmaması da mümkündür. Yargılama sırasında denetçi davayı kabul ederse bu durum sözleşmenin feshi olarak kabul edilerek geçici denetçi atamasının yönetim kurulu tarafından yapılması gerekir.

### SONUÇ

Azlığa denetçinin değiştirilmesini talep hakkı tanınması, anonim şirketlerde hâkim çoğunluk pay sahiplerine karşı azlığın korunması adına şirket içi menfaat dengesini sağlayan önemli araçlardan birisidir. Bu yönüyle denetçinin değiştirilmesi ve yeni denetçi ataması davası da söz konusu dengenin sağlanmasının aracı olarak 6102 sayılı TTK ile öngörülmüştür. Ancak bu hakkın kapsam ve sınırları ile ilgili yapılan düzenlemeler tartışmaya açıktır.

Nitekim doktrinde davanın niteliği ve şartları ile ilgili farklı görüşler ileri sürüldüğü gibi uygulamada da bu görüşlere paralel ortaya çıkabilecek muhtemel problemlerin dava nedeniyle hakkı etkilenecek kişiler açısından olumsuz sonuçlar doğurması mümkündür.

Denetçinin değiştirilmesi davası 6102 sayılı TTK'nın ilk halinde tüm sermaye şirketleri için öngörülmüş olmakla birlikte 6335 sayılı kanun değişikliği ile denetime tabi şirketlerin kapsamı daraltılmıştır. Kapsam dışı bırakılan şirketler faaliyetlerini halen denetimsiz sürdürmektedir. Bu, azlığın denetçinin değiştirilmesini talep hakkını kısıtlayan temel sorunlardan birisidir.

Bununla birlikte azlığın dava açma hakkına getirilen sınırlamalarla ilgili kanun gerekçesinde tatmin edici açıklamalara yer verilmemektedir. Hâkim pay sahipleri ile azlık arasındaki dengenin azlık lehine bozulmaması için dava açma hakkına bazı sınırlamalar getirilmesi doğaldır. Örneğin, belirli pay oranına ulaşan azlığa bu hakkın tanınması gibi. Ancak seçimin yapıldığı genel kurul toplantısı tarihinden itibaren geriye doğru en az üç aydan beri şirketin pay sahibi sıfatını taşıyor olması şar-

tının hangi amaçla getirildiği anlaşıl原因amamaktadır. Olması gereken hukuk açısından, şirkete önemli yatırım yapmış ve ciddi oranda pay sahibi olan paydaşa da dava açma hakkı tanınmalıdır.

TTK 439'da azlığın özel denetçi talebiyle ilgili olarak payları belirli bir itibarî değere ulaşan azlık paydaşa bu hak tanınmışken denetçinin değiştirilmesi davası açma hakkı tanınmaması önemli bir eksiklik olarak görülmektedir.

Dava açma süresinin üç hafta ile sınırlandırılması makul görülebilirse de anılan süre geçtikten sonra ortaya çıkan sebeplere dayanarak azlığın dava açma hakkının kanunda açıkça tanınmaması da bir eksikliktir.

TTK'nın birçok maddesinde davaların hangi yargılama usulüne tabi olduğu ve kararın niteliği ile ilgili düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Denetçinin değiştirilmesi davası ve yine denetçi ataması davası ile ilgili kanunda açık bir düzenleme yapılmaması uygulamada problemlere yol açabilecektir. Ayrıca azlığın dava açma hakkının sınırlandırılmaması açısından yargılama giderlerinin şirket üzerinde bırakılmasına ilişkin düzenlemelerin de yapılması gereklidir.

Bu dava ile ilgili en önemli sorunlardan birisi karara karşı kanun yolunun açık olup olmadığıdır. Niteliği itibariyle davanın denetçinin kişilik haklarına etki eden bir yönü olduğu açıktır. Bunun yanında birtakım nedenlerle şirket yararına hareket edip etmeyeceği tartışmalı olan denetçilerin değiştirilmesi de azlık ve şirket menfaatinin korunması açısından önemli bir sorundur. Tarafların bu konudaki menfaatleri dikkate alındığında kanunda, kanun yolu ile ilgili açık düzenleme yapılması gerekmektedir. Nitekim kanunun yürürlüğe girdiği dönemde Yargıtay'ın iş yükü göz önüne alınarak dava ile ilgili açıkça kanun yolu öngörülmemiş ise de 20/7/2016 tarihinde istinaf kanun yoluna işlerlik kazandırılmasıyla en azından istinaf yolunun bu davalar için öngörülmesi uygun olacak, bu aynı zamanda uygulama birliğinin sağlanmasına da yol açabilecektir.

Netice olarak problemleri yönleri olsa da denetçinin değiştirilmesi ve yeni denetçi atanması talep hakkı azlık haklarının korunması açısından oldukça önemli ve yerinde bir düzenlemedir.

## KAYNAKÇA

- AKSOY**, Mehmet Ali / **AKSOY**, Emine Ebru: "Ticaret Kanunu Kapsamında Sermaye Şirketlerinde Bağımsız Denetim", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2017, s.21-52.
- ARI**, Zekeriyya: Şirketler Hukuku, Karahan, Sami (Editör), 2. Baskı, Konya 2013.
- ARI**, Zekeriyya: Anonim Şirketlerde Denetçi Sorumluluğunun Sınırlanması, Ankara 2012.
- AYHAN**, Rıza/**ÇAĞLAR**, Hayrettin/**ÖZDAMAR**, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Ankara 2023.
- BAHTİYAR**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2022.
- BARUT**, Halime: "6762 ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunlarında Anonim Ortaklıklarda Azınlık Hakları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, S. 8, 2012, s.141-186.
- BAŞER DOĞAN**, Zehra: Türk ve Alman Hukukunda Anonim Şirketlerde Denetçinin Sır Saklama Yükümlülüğü, Ankara 2018.
- BİLGİLİ**, Fatih/**DEMİRKAPI**, Ertan: Şirketler Hukuku, Bursa 2017.
- BİLGİLİ**, Fatih/**DEMİRKAPI**, Ertan: Şirketler Hukuku Dersleri, Bursa 2013 (Şirketler Hukuku Dersleri).
- BİRSEL**, Mahmut T./**SEVİ**, Ali Murat: "Anonim Şirket Denetiminde Yeni Yaklaşımlar", Ersin Çamoğluna Armağan, İstanbul 2013, s. 33-60.
- BOZKURT**, Tamer: Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2018.
- DEMİRKAPI**, Ertan: Anonim Şirketin Denetimine İlişkin Esaslar Işığında Azınlığın (Azlığın) Denetçinin Değiştirilmesini Dava Hakkı, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ulusoy, Erol (Editör), Ankara 2014.
- DEMİRKAPI**, Ertan/**MERİÇ**, Nedim: Anonim Şirkette Denetçinin Değiştirilmesi Davasının Azınlık Tarafından Açılması Halinde Usul Hukukuna İlişkin Sorunlar, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 30 S. 2, Haziran 2014, s. 23-73.
- EBKE**, Werner F.: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB, Band 4: Drittes Buch Handelsbücher §§ 238-342r HGB, München 2024.
- ERİŞ**, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, C. II, 3. Baskı, Ankara 2017.



- GENCER**, Hasan: Anonim Şirketlerde Azınlık ve Azınlık Hakları, Ankara 2019.
- HELVACI** Mehmet; : “Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 297-310..
- HOPT**, Klaus J.: Handelsgesetzbuch, Band 9, München 2024.
- KARASU**, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- KARAMAN/COŞGUN**, Özlem: “Anonim Şirketlerde Denetçi Seçimine İlişkin Genel Kurul Kararının İptali, Hükümsüzlüğü, Görevden Alınma Davası ve Yeni Denetçinin Seçimi” Terazi Hukuk Dergisi, S: 198, Şubat 2023, s. 56-66.
- KENDİGELEN**, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- KENDİGELEN**, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu, 2. Baskı, İstanbul 2012.
- KIRCA**, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan /MANAVGAT, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku C I, Ankara 2013.
- KOÇAK**, Mahmut Arif: “Denetçinin Görevden Alınması ve Yeni Denetçi Atanması Davası”, Ord.Prof. Dr. Şevket Memed Ali Bilgin’in Anısına Armağan, İstanbul 2021, s. 494-498.
- MEMİŞ**, Tekin: “Şirketler Hukukunda Denetim”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 151-186.
- MERİÇ**, Nedim / DEMİRKAPI, Ertan: “Anonim Şirkette Denetçinin Değiştirilmesi Davasının Azınlık Tarafından Açılması Halinde Usul Hukukuna İlişkin Sorunlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 30, S. 2, 2014, s. 23-75.
- ÖZKORKUT**, Korkut: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Ankara 2013.
- POROY**, Reha /TEKİNALP, Ünal /ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku-I, İstanbul 2014.
- PULAŞLI**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2015.
- ŞENER**, Oruç Hami: Ortaklıklar Hukuku: Ders Kitabı, Seçkin, Ankara 2015.

- TEKİNALP**, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2015.
- TOPÇUOĞLU**, Metin: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bağımsız Denetçi ve Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2012.
- TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Ankara 2008.
- ULUSOY**, Erol: Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ulusoy, Erol (Editör), Ankara 2014.
- ÜÇİŞİK**, Güzin/ÇELİK, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku, 1. Cilt, Ankara 2013.
- YAVUZ**, Mustafa: "Sermaye Şirketlerinde Denetçinin Görevden Alınması ve Yerine Denetçi Atanması İçin Ortakların Dava Açabilme Hakkı" Vergi Dünyası, C. 41, S. 481, Eylül 2021.

## 6306 SAYILI KANUN'DA YER ALAN TAPU HARCİ İSTİSNASININ KAT KARŞILIĞI ARSA VE HASILAT PAYLAŞIMI MODELLERİNDE UYGULANMASI

Dr. Ahmet OZANSOY\*

### Öz

Türkiye ciddi deprem riski altında olan bir ülkedir. Yasa koyucu bu nedenle ülkedeki depreme dayanıklılık bakımından risk taşıyan yapıların dönüştürülmesinde vatandaşlarına ek mali külfetler getirmemek amacıyla 6306 sayılı Kanun ile kimi vergisel yükümlülüklere istisna getirmiştir. Bunların başında tapu harcı gelmektedir. Alıcı ve satıcı açısından ayrı ayrı %2 olan ve işlem bakımından toplamda %4'e ulaşan ve çoğunlukla tamamı alıcıya yansıtılan tapu harcı mükellefiyeti, vatandaşlar açısından ciddi bir mali yüküdür. Tapu harcı istisnasının uygulanmasında işlemi yapan ve tapu harcını tahsil eden "Tapu İdaresi", kat karşılığı inşaat sözleşmesi modeline göre yapılan inşaatlar ile hasılat paylaşımı modeline göre yapılan inşaatları vergi hukukundaki kıyas yasağına rağmen karşılaştırarak yorum yoluyla ayırım yapmakta ve hasılat paylaşım modelinde tamamı müteahhit tarafından üçüncü kişilere satılan bağımsız bölümlere istisna uygulamamaktadır. İşbu makalede; her iki sözleşme türünün hukuki durumu ve belge düzeni bakımından işleyişi irdelenerek 6306 sayılı Kanun kapsamındaki tapu harcı istisnasının uygulanma şartları araştırılacaktır.

\* CFO, (E.) Maliye Başmüfettişi, (E.) SPK Daire Başkanı, Ankara, Türkiye | Asst. CFO, Former Financial Inspector, Former Head of Department of Capital Markets Board, Ankara, Türkiye.

✉ aozansoy@gmail.com • ORCID 0000-0001-6012-4556.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: OZANSOY, Ahmet: "6306 Sayılı Kanun'da Yer Alan Tapu Harcı İstisnasının Kat Karşılığı Arsa ve Hasılat Paylaşımı Modellerinde Uygulanması", SÜHFD, C. 32, S. 3, 2024, s. 1889-1913 .

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



## Anahtar Kelimeler

•Tapu Harcı •Riskli Alan •Hasılat Paylaşımı •Vergi İstisnası •Kat Karşılığı İn-  
şaat

## APPLICATION OF THE TITLE DEED FEE EXCEPTION IN LAW NO. 6306 IN LAND FOR FLAT AND REVENUE SHARING MODELS

### Abstract

Türkiye is a country at serious earthquake risk. For this reason, the legislator has introduced exceptions to some tax liabilities with Law No. 6306 in order to avoid additional financial burdens on citizens in the transformation of buildings that are at risk in terms of earthquake resistance in the country. The most important of these is the title deed fee. Title deed fee subscription, which is 2% separately for the buyer and seller and reaches 4% in total for the transaction, with the entire amount being reflected to the buyer, is a serious financial burden in terms of maintenance. In the application of the title deed fee exemption, the "Land Registry Administration", which carries out the transaction and collects the title deed fee, makes a distinction through interpretation by comparing the constructions made according to the construction contract model in return for flats and the constructions made according to the revenue sharing model, despite the prohibition of comparison in the tax law, and in the revenue sharing model, all of them are transferred to third parties by the contractor. It does not apply any exceptions to sold independent sections. In this article; The legal status of both contract types and their functioning in terms of document order will be examined and the application conditions of the title deed fee exemption within the scope of Law No. 6306 will be investigated.

### Keywords

•Title Deed •Fee Risky Area •Revenue Sharing •Tax Exemption •Construction  
in Exchange for Land

## GİRİŞ

Türkiye deprem riski çok yüksek olan bir ülkedir. Bu nedenle; yapı kalitesi bakımından yeterli düzeyde olmayan eski yapı stokunun yıkılarak depreme dayanıklı yeni yapıların inşa edilmesi ülkemiz açısından önemli bir hedeftir. Bu hedefe ulaşabilmek için 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun çıkarılmıştır<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 31.05.2012 tarih ve 28309 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Kanun'un gerekçesinde<sup>2</sup>; çıkarılacak bu kanun sayesinde, başta deprem olmak üzere tabii afetler sebebiyle meydana gelmesi kuvvetle muhtemel can ve mal kayıplarının önleneceği; mülkiyet haklarına saygı, sağlıklı ve düzenli yerleşme, daha az maliyet ile en fazla sosyal faydanın temin edilmesi, kaynakların plânlı, sağlıklı ve verimli kullanılması ilkelelerinin hayata geçirilmesinin de mümkün olacağı; afet riski altında olduğu kabul edilen yerlerde deprem afeti meydana gelmeden önce buralardaki meskenlerin, işyerlerinin ve sanayi tesislerinin yeni alanlara nakledilmesi sayesinde, yerleşme ve yapı emniyetinin temin edileceği ve muhtemel can ve mal kayıpları ile iktisadî ve sosyal diğer zararların en aza indirilmesinin mümkün olacağı; ayrıca, hâlihazırda yaşanabilirlikten uzak, köhneleşmiş, can ve mal emniyeti bakımından riskli ve görüntü itibarı ile de çirkin olan yapılaşmaların ortadan kaldırılabilceği, estetik yapılar inşa edileceği ve halkın daha sıhhatli ve emniyetli şartlar altında ikameti de temin edileceğine vurgu yapılmış; Kanun'un 7'nci maddesinin gerekçesinde de bu amaçla vergi, resim ve harç gibi malî mükellefiyetler için istisnalar getirildiği belirtilmiştir.

Bilahare 7153 sayılı Kanun'un<sup>3</sup> 24'üncü maddesi ile 6306 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin 9'uncu fıkrasında değişiklik yapılmış<sup>4</sup>; bu değişiklik gerekçesinde<sup>5</sup>; 6306 sayılı Kanun kapsamında hangi vergi, harç ve ücretlerin istisna olduğu ve bu istisnalardan kimlerin ve hangi şartlarda faydalanacağı<sup>6</sup> açıkça düzenlenerek uygulamada yaşanan tereddütlerin giderilmesinin amaçlandığı açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, yapılan bu değişiklik sonrasında da uygulamada yaşanan bazı tereddütler giderilememiştir.

<sup>2</sup> <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D24/Y2/T1/WebOnergeMetni/be19ba649bce-498f-8ae1-c9de07bc8f75.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.10.2023).

<sup>3</sup> 10.12.2018 tarih ve 30621 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>4</sup> Değişiklikten önceki metin: *Bu Kanun uyarınca yapılacak olan işlem, sözleşme, devir ve tesciller ile uygulamalar, noter harcı, tapu harcı, belediyelerce alınan harçlar, damga vergisi, veraset ve intikal vergisi, döner sermaye ücreti ve diğer ücretlerden; kullandırılan krediler sebebiyle lehe alınacak paralar ise banka ve sigorta muameleleri vergisinden müstesnadır.*

<sup>5</sup> Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı'nın 26'nci maddesinin gerekçesi.

<sup>6</sup> <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y2/T2/WebOnergeMetni/8f68bb5b-3ce2-47e3-be2b-bf4f0fba2d2a.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.10.2023)

Bunun nedeni Kanun'u uygulamakla görevli idarelerin, kanunu lafzen yorumlamak yerine öteden beri yapageldikleri uygulamaları değiştirme konusunda gösterdikleri dirençtir.

Bu makalede, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ve arsa karşılığı hasılat paylaşımı sözleşmelerinde 6306 sayılı Kanun'da yer alan tapu harcı istisnasının kapsamı ve uygulamada karşılaşılan problemler ile çözüm önerileri incelenecektir.

## 1. VERGİ HUKUKU BAKIMINDAN İSTİSNA VE MUAFİYET KAVRAMLARI

Günlük dilde istisna ve muafiyet kelimeleri çoğu kez aynı anlamda kullanılmakla birlikte vergi hukukunda bunlar arasında ciddi bir teknik ayırım vardır. Vergi muafiyeti; vergi kanunlarına göre vergiyi doğuran bir olayın mükellefi olduğu halde yine aynı ya da başka bir kanuna göre bu mükellefin mükellefiyet dışında bırakılmasıdır.<sup>7</sup> Bunun için muafiyet kapsamına alınan mükellefin kendi şahsı bakımından kanunda tanımlanan bazı özelliklere sahip olması gerekir.<sup>8</sup> Vergi istisnası ise vergi kanunlarına göre vergiyi doğuran bir olayın yine aynı ya da başka bir kanun ile vergi dışında tutulmasıdır.<sup>9</sup>

Kısaca muafiyet kişi ile istisna ise verginin konusuyla ilgilidir. Vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüp eden gerçek ve tüzel kişilerin<sup>10</sup> bazılarının bu kapsamdan çıkartılması halinde muafiyetten; vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğan vergiyi doğuran olayın belirli şartlarla vergi dışı bırakılması<sup>11</sup> ise istisnadan kaynaklanır. Bu muafiyet ve istisnalar somut

<sup>7</sup> AKDOĞAN, Abdurrahman, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 6.Basım, Ankara, 2006, s.46.

<sup>8</sup> YİĞİT, Uğur, Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2008, s.135.

<sup>9</sup> NADAROĞLU, Halil, Kamu Maliyesi Teorisi, Beta Basım Yayım Dağıtım, 10.Baskı, İstanbul, 1998, s.237.

<sup>10</sup> ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 8.Baskı, Ankara, 2000, s.72.

<sup>11</sup> KIZILOL, Şükrü / TAŞ, Metin, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Yaklaşım Yayıncılık, Eylül 2011, Ankara, s.66.

duruma uygulanırken, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esas alınır.<sup>12</sup>

6306 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin 9'uncu fıkrasında tapu harcıyla ilgili olarak düzenlenen vergi avantajı kanunda "istisna" mahiyetinde düzenlenmiştir. Nitekim 492 sayılı Harçlar Kanunu'na ekli 4 Sayılı Tarife'nin I/20-a maddesinde gayrimenkulü devir eden ve devir alanın ayrı ayrı tapu harcı ödeyeceği hükme bağlanmıştır. 6306 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin 9'uncu fıkrası kapsamına giren bir işlem yapıldığında sadece devir edenler değil, devir alanlar açısından da tapu harcı aranılmamaktadır. Yani harcın mükellefleri değil, normalde harcın konusuna giren işlem harç dışı bırakılmakta yani tapu harcını doğuran olay harçtan istisna edilmektedir.<sup>13</sup> Bu detayın önemi, konuyla ilgili olarak aşağıda yapacağımız çözümlerinde açıklanacaktır.

## 2. VERGİ HUKUKUNDA YORUM MESELESİ

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun<sup>14</sup> 3'üncü maddesinde vergi kanunlarının yorumlanması ile ilgili son derece açık bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre; vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluştaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır.

Görüleceği üzere, vergi hukukunda yorum yapabilmek bir ön şartla bağlanmıştır ve bu ön şart lafzın açık olmamasıdır. Eğer lafız açık ise ve anlaşılmasında problem yoksa yorum yapmaya da ihtiyaç yoktur.<sup>15</sup> Anayasa'mızın 73'üncü maddesi gereğince vergi kanunla konulacağı,

<sup>12</sup> **EROL**, Ahmet, Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku, Yaklaşım Yayıncılık, 2008, Ankara, s.52.

<sup>13</sup> **FAHRAN**, Ferhat: "6306 Sayılı Kanun'a Göre Riskli Yapı Kapsamında Olan Binalardaki Tapu Devir İşlemlerinde Harç İstisnasına İlişkin Olarak, Uygulama Yönetmeliğinde 2013 ve 2014 Yıllarında Yapılan Düzenlemeler ve Eklimler", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:266, Şubat 2015, Erişim: <https://portal.yaklasim.com/makale/2015-2/6306-sayili-kanuna-gore-riskli-yapi-kapsaminda-olan-binalardaki-tapu-devir-islemlerinde-harc-istisnasina-iliskin-olarak-uygulama-yonetmeliginde-2013-ve-2014-yillarinda-yapilan-duzenlemeler-ve-eklemeler?term=6306>, (Erişim Tarihi: 06.10.2023).

<sup>14</sup> 10.01.1961 tarih ve 10703 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>15</sup> **BAŞPINAR**, Ahmet, Tax Law&Turkish Tax System, Maliye Bakanlığı Strateji Başkanlığı Yayınları, issue no: 2009/394, Ankara, 2009, s.14.

değiştirileceği veya kaldırılacağı için lafzın açık olduğu durumlarda kıyas veya yorum yoluyla vergi koymak veya istisna hükmü ihdas etmek mümkün değildir. Vergi Ödevi'nin Anayasa'mızda Siyasi Hak ve Ödevler içinde düzenlenmiş olması ve vergileme hakkının doğrudan doğruya parlamentonun varlık sebebi sayılması dolayısıyla vergi hukukunda yorum konusu son derece dikkatli değerlendirilmesi gereken bir konudur. Aksi halde her vergi uygulayıcısının kendisini parlamento yerine koyarak "*aslında şunu demek istedi*" diyerek vergi koyması ya da kaldırması söz konusu olur.

Yasanın sözünden ilk bakışta bir anlam çıkartılamıyorsa, ya da çıkartılan anlam ciddi bir kuşku ve duraksamaya yol açıyorsa yasanın amacı ve özü araştırılacaktır. Bu araştırmada başvurulacak yorum yöntemleri ise Vergi Usul Kanunu'nda öngörülen tarihi, sistematik ve amaçsal yorum yöntemleridir.<sup>16</sup> Lafzı açık olmayan cümlelerin, varsa tarihsel süreç içerisindeki değişimi ve gerekçeleri, yasa sistematigi içindeki yeri ve cümlelerin amacı araştırılarak yorum yapılacaktır. Lafız ilk başta anlam ifade edecek kadar açık ise ayrıca amaç bakımından bir yorum yapmak mümkün değildir.

Vergi hukukunda kıyas yasağı vardır. Kıyas, bir olay hakkında yasadada yer alan kuralın nitelikleri ve koşulları ona benzeyen ama yasadada yer almayan başka bir olaya uygulanmasıdır. Vergi hukukunda kıyasa başvurulması, kanun koyucunun vergiye tâbi olduğunu açıkça öngörmediği olay ve işlemlerin de vergi kapsamına alınmasına veya açıkça vergi dışı bırakmadığı olay ve işlemlerin vergi kapsamından çıkarılmasına neden olabilir. Bu durum verginin yasallığı ilkesine aykırıdır.<sup>17</sup> Görüleceği üzere kıyas yönteminin yükümlü veya Hazine yararına bir sonuç doğuracağı'nın önemi bulunmamaktadır. İster yükümlü ister Hazine yararına olsun kıyas vergi hukukunda kullanılması mümkün olmayan bir yorum yöntemidir.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> ÖNCEL Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami, a.g.e. s.23.

<sup>17</sup> UFUK, Mehmet Tahir, "Vergi Hukukunda Yorum ve Kıyas", Yaklaşım, Mayıs 2001, <https://portal.yaklasim.com/makale/2001-5/vergi-hukukunda-yorum-ve-kıyas?term=vergi%20hukukunda%20yorum> (Erişim Tarihi: 06.10.2023)

<sup>18</sup> KIZILOT, Şükrü / TAŞ, Metin, a.g.e. s.48.



### 3. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE VERGİSEL BELGE DÜZENİ BAKIMINDAN İŞLEYİŞİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, uygulamada ve doktrinde daha yaygın olarak “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” adıyla anılmaktadır. Çok sık karşılaşılan bir sözleşme olmasına rağmen yasalarla düzenlenmiş bir tanımı mevcut değildir ve “atipik” bir sözleşme sayılmaktadır.<sup>19</sup>

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri, arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan ve eser sözleşmelerinin bir türü olan sözleşme tipidir. Bu sözleşmeler, yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölümün mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vadettiği sözleşmelerdir.<sup>20</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, iş görme sözleşmelerinden eser sözleşmesi niteliğini taşımakla birlikte, tipik bir eser sözleşmesi değildir. Çünkü eser sözleşmesinde olduğu gibi yüklenicinin yaptığı işe karşılık arsa sahibi ücret değil, belli arsa paylarının devrini üstlenmektedir. Öte yandan mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmelerden satış sözleşmesi olarak da nitelendirilemez. Çünkü satış sözleşmesi satıcıya bir malın zilyetliğinin devrini, alıcıya ise mala uygun bir bedel ödemeyi yükler.<sup>21</sup> Arsa payı karşılığı inşaat yapım

<sup>19</sup> ALTINKAN, Onur, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Taraflarının Temerrüdü Hâlinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.23.

<sup>20</sup> DUMAN, İlker Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir?, Seçkin Yayınları, 4.Basım, Ankara, 2021, s. 13.

<sup>21</sup> Bu konuya ilişkin Yargıtay 24.01.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun E. 1983/3, K. 1984/1 sayılı kararında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ne sürekli borç ilişkisi ne de ani edimli borç ilişkisi olduğunu, bu yüzden iki borç ilişkisini de içeren sürekli geçici karmaşığı bir borç ilişkisi olduğunu belirtmiştir. Yargıtay buna neden olarak da eserin bir süre geçmeden tamamlanamayacağını bu yüzden de sürekli borç ilişkisi niteliklerini barındırdığını, aynı zamanda satış sözleşmesinin ani edimli bir borç olduğu göz önünde bulundurularak ani edimli borç ilişkisinin de unsurlarını taşıdığını kararında: “İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak “ani edimli” sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içine yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri

sözleşmelerinde ise taraflar birbirinden nakit tahsil etmemekte her iki taraf da karşı tarafa borcunu aynı olarak ödemektedir. Her iki taraf da karşılıklı olarak borçlu ve alacaklı duruma girdiğinden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir.<sup>22</sup>

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, uygulamada arsa payının yükleniciye devri hemen yapılmamakta, ya inşaatın ulaştığı aşamaya göre kısım kısım devir yapılmakta ya da yükleniciye üçüncü kişilere satış yapabilmesi için vekaletname verilmektedir. Bunu nedeni, yüklenici açısından inşaat aşamasında yapacağı satışlarla nakit ihtiyacını karşılamak, arsa sahibi açısından ise başlamamış ya da henüz bitmemiş bir inşaatın yarım kalma riskinden dolayı ağır sonuçları olabilecek tapu devrinin başlangıçta yapılmasının doğuracağı sakıncadan kaçınmaktır.<sup>23</sup> Vekaletname yoluyla yüklenicinin üçüncü kişilere satış yapmasının sağlanmasıyla alınan bedel yüklenici de kalmakta ve yüklenici “satıcı” sıfatını kazanmaktadır.<sup>24</sup>

Konunun faturalaşma ve mali yönü de esasen bu anlayışa uygun şekilde Katma Değer Vergisi Uygulama Genel Tebliği’nde<sup>25</sup> düzenlenmiştir. Tebliğ’e göre; arsa karşılığı inşaat işinde iki ayrı teslim söz konusudur. Bunlardan birincisi, arsa sahibi tarafından konut veya işyerine karşılık müteahhide arsa payı teslimi, ikincisi ise müteahhit tarafından arsa payına karşılık arsa sahibine yapılan konut veya işyeri teslimidir. Tarafların

---

düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri “geçici – sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır” diyerek arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçici sürekli karmaşığı bir özellik taşıdığına karar verilmiştir.

<sup>22</sup> **KAYA**, Ali Burak: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Ve Bu Doğrultuda Uygulanacak Hükümler”, <https://www.ozgunlaw.com/makaleler/arsa-payi-karsiligi-insaat-sozlesmesinin-hukuki-niteligi-ve-bu-dogrultuda-uygulanacak-hukumler-478>, (Erişim Tarihi: 03.10.2023).

<sup>23</sup> 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 1023’üncü maddesine göre, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunacağından arsa sahibinin arsa payı tapusunu baştan devretmesi, bir nevi teminat vazifesi görmektedir.

<sup>24</sup> **ALTINKAN**, a.g.e., s.74.

<sup>25</sup> 26.04.2014 tarih ve 28983 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

KDV mükellefi olmaları durumunda her iki teslim için de KDV uygulanacaktır.

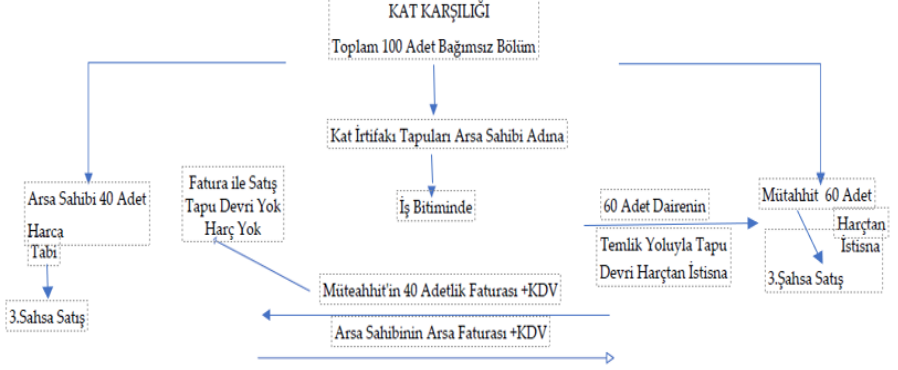
Aşağıdaki Şekil-1 üzerinden konuyu örneklendirecek olursak; arsa sahibi ile yüklenicinin, arsa üzerinde toplam 100 bağımsız bölüm inşa edilmesi ve bunların 40 adedinin arsa sahibinin payı, 60 adedinin ise yüklenicinin payı olarak sözleşme yapıldığı ve sözleşme ekinde de her bir bağımsız bölüm bazında paylaşımın gösterildiğini varsayalım.<sup>26</sup> İnşaatin tamamlanmasıyla birlikte<sup>27</sup> müteahhit arsa sahibine toptan teslim edeceği 40 adet bağımsız bölüm için KDV Kanunu'nun 27'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında yer alan "arsa karşılığı inşaat işlerine ilişkin bedelin tespitinde, müteahhit tarafından arsa sahibine bırakılan konut veya işyerinin, Vergi Usul Kanununun 267 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ikinci sıradaki maliyet bedeli esasına göre belirlenen tutarı esas alınır" hükmü gereğince maliyetini hesaplayarak<sup>28</sup>, KDV Uygulama Genel Tebliği'nde toptan satışlar için belirtilen %5 ilave ederek faturalandıracak; arsa sahibi de yükleniciye aynı tutarda arsa faturası kesecektir. Gerek Tapu İdaresinin uygulaması gerekse yukarıda bahsedilen güvenlik mekanizması gereğince kat irtifakı tapuları zaten arsa sahibi üzerine çıkacağı için yüklenicinin kestiği fatura ile arsa sahibine teslim ettiği bağımsız bölümlerle ilgili tapuda ayrıca bir tapu devrine ihtiyaç bulunmamaktadır. Arsa sahibinin payına düşen bağımsız bölümlerin müteahhit mülkiyetine geçirilmesi için ise "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi"ne istinaden "temlik yoluyla tapu devri" yapılmakta ve bu devir işlemi esnasında tapu harcı aranılmamaktadır. Yüklenicinin üçüncü şahsa satışı bu temlik işleminden sonra gerçekleşmektedir ve başkaca bir istisna ve muafiyet hükmünün bulunmadığı durumda bu devir işlemi tapu harcına tâbidir.

<sup>26</sup> Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde yüzdesel paylaşım oranı yeterli olmayıp, bağımsız bölüm bazında paylaşım cetveli konulması gerekmektedir.

<sup>27</sup> İskân raporunun alınması veya iskân raporu alınmamış olsa bile fiilen oturuma başlanmış olması hali Vergi İdaresi bakımından inşaatın tamamlanması olarak kabul edilmektedir.

<sup>28</sup> Arsa sahibine kalacak konut veya işyerlerine ilişkin arsa payının müteahhide devri söz konusu olmadığından, arsa sahibine bırakılacak konut veya işyerlerinin maliyet bedelinin tespitinde arsa payı dikkate alınmayacaktır.

### Şekil 1: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Tapu İşlemi ve Belge Düzeni İşleyişi



## 4. ARSA KARŞILIĞI HASILAT PAYLAŞIMI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE VERGİSEL BELGE DÜZENİ BAKIMINDAN İŞLEYİŞİ

Hasılat paylaşımı yönteminde ise arsa sahibi arsasını müteahhide satmakta ve karşılığını arsası üzerine yapılan gayrimenkullerin hasılatının belirli bir yüzdesi olarak almaktadır. Bu anlamda arsa sahibi ile müteahhit arasında yapılan sözleşme sıradan bir satış sözleşmesidir. Hasılat paylaşımı sözleşmelerinin tek özelliği sözleşmenin yapıldığı sırada satış tutarının belirli bir rakam olarak kararlaştırılmayıp hasılatın belirli bir yüzdesi olarak belirlenmesidir.<sup>29</sup> Hasılat paylaşımı sözleşmesi ile yapılan işlem, vadeli arsa satışı işlemine benzemektedir. En önemli fark bu satışa ilişkin kesin satış bedelinin satış tarihi itibarıyla belirsiz olmasıdır. Aslında bu belirsizlik, işlemin niteliğini etkilemek yerine satış tarihini etkileyecek bir durumdur.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> ÇETİNOĞLU, Erkan: “İnşaat Sektöründe Hasılat Paylaşımı Modeli Avantajlı mı?”, Yaklaşım Dergisi, Sayı:301, Ocak 2018, Erişim: <https://portal.yaklasim.com/makale/2018-1/i-nsaat-sektorunde-hasilat-paylasimi-modeli-avantajli-mi?term=has%C4%B1lat%20payla%C5%9F%C4%B1m%C4%B1> , (Erişim Tarihi: 04.10.2023).

<sup>30</sup> KÜÇÜK, Muzaffer: “Hasılat Paylaşımı Sözleşmesi Ticari Faaliyetin Karinesi Olur mu?”, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 258, Haziran 2014, Erişim: <https://portal.yaklasim.com/makale/2014-6/hasilat-paylasimi-sozlesmesi-ticari-faaliyetin-karinesi-olur-mu?term=has%C4%B1lat%20payla%C5%9F%C4%B1m%C4%B1> , (Erişim Tarihi: 04.10.2023).

İnşaatin yarım kalma riskinden dolayı ağır sonuçları olabilecek tapunun müteahhide devrinin başlangıçta yapılmaması, sözleşme tipi gereğince de böyle bir zorunluluk olmaması<sup>31</sup> nedeniyle, arsa üzerine inşa edilen bina da ilk aşamada arsa sahibi üzerine olmaktadır. Hasılat paylaşımına konu işlem sonucunda arsa payını da içeren gayrimenkul niteliğinde yeni bir kıymet ortaya çıkartılacak (üretilecek) ve buna ilişkin tapu, mülkiyet sahipleri adına kurulacaktır. Bu ara dönemde, kısım kısım yapılan bağımsız bölüm satışları nedeniyle arsaya ilişkin bir teslim yapılması gerekmesi halinde, arsa payı kısmen, yeni üretilecek kat mülkiyeti sahibine arsa sahibi tarafından payı oranında (arsa payı olarak) devredilecektir.<sup>32</sup> Satışlar esnasında hesaplanan arsa bedelini arsa sahibi inşaatı yapan firmaya fatura etmekte<sup>33</sup>, inşaatı yapan firma ise arsa sahibine bu bedeli ödemektedir. Arsa sahibi, kat karşılığı inşaat modelinden farklı olarak sözleşme gereğince hiçbir biçimde bağımsız bölümün sahibi olmamakta, sadece kat irtifak tapuları (arsa tapusu arsa sahibi adına olduğu için) kendisi adına çıkmaktadır. Arsa/arsa payı faturası karşılığı müteahhit tarafından ödemenin yapılmasıyla birlikte bağımsız bölümlerin “hasılat paylaşım sözleşmesi” gereğince müteahhit üzerine temlikinin yapılması ve müteahhit tarafından da üçüncü şahıslara satılması söz konusu olmaktadır. İnşa edilen bağımsız birimlerin üçüncü kişilere satışının tamamı müteahhit tarafından yapılmaktadır,<sup>34</sup> ve tamamı müteahhit tarafından faturalandırılmaktadır.

<sup>31</sup> **BAHADIR**, Engin: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması”, *Fiscaoeconomia*, Vol.3 (1) 177-201, 2019, s.189. Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/633628> , (Erişim Tarihi: 04.10.2023).

<sup>32</sup> **KÜÇÜK**, Muzaffer, a.g.m.

<sup>33</sup> **ÇALAL**, Salih: “Anonim Şirkete Ait Arsanın Hasılat Paylaşımı Yöntemiyle Elden Çıkarılması”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:280, Nisan 2016, Erişim: <https://portal.yaklasim.com/makale/2016-4/anonim-sirkete-ait-arsanin-hasilat-paylasimi-yontemiyle-elden-cikarilmasi?term=has%C4%B1lat%20payla%C5%9F%C4%B1m%C4%B1> , (Erişim Tarihi: 04.10.2023).

<sup>34</sup> **ALTINIŞIK**, Şener: “Kat Karşılığı (Arsa Payı) Veya Hasılat Paylaşımı Şeklinde Düzenlenen Sözleşmelere Göre Yapılan Bağımsız Bölümlerin Vergilendirme İşlemleri”, *e-Yaklaşım Dergisi*, Sayı:259, Temmuz 2014, Erişim: <https://portal.yaklasim.com/makale/2014-7/kat-karsiligi-arsa-payi-veya-hasilat-paylasimi-sekinde-duzenlenen-sozlesmelere-gore-yapilan-bagimsiz-bolumlerin-vergilendirme-islemleri-e-yaklasim?term=has%C4%B1lat%20payla%C5%9F%C4%B1m%C4%B1> , (Erişim Tarihi: 04.10.2023).

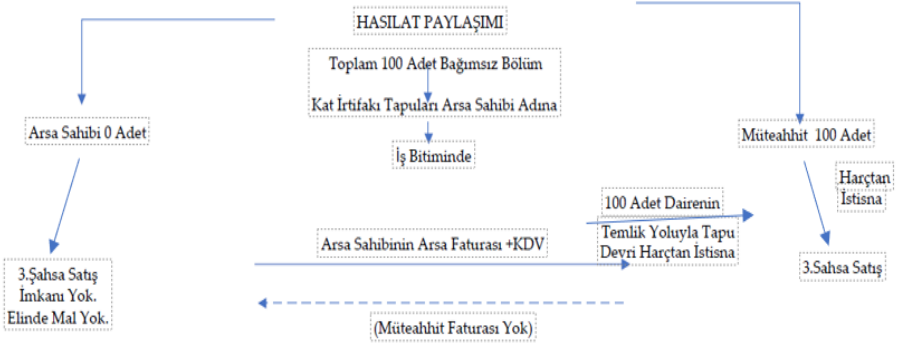
Hasılat paylaşımı modeli, Vergi İdaresi tarafından arsa karşılığı inşaat gibi değerlendirilmektedir ancak bu modelde modelin işleyişi ve faturalandırma usulü tamamen farklıdır. Arsa alım satımını sürekli ve mutlak olarak yapmayan gerçek kişilerin için hasılat paylaşımı yönteminde, müteahhidin bağımsız bölümleri kısım kısım satması nedeniyle arsa payı devirleri, birden fazla devir yoluyla gayrimenkul ticareti kapsamına girmemektedir. Çünkü bu gerçek kişilerin hasılatından aldıkları pay, arsanın karşılığı olarak değerlendirilmekte olup, sadece değer artış kazancı yönüyle gelir vergisine tabi olmaktadır. Oysa kat karşılığı inşaat modelinde arsa sahibinin teslim aldığı bağımsız bölümlerin birden fazlasını satışı ticari kazanç hükümlerine tâbi tutulmaktadır. Ayrıca bu yöntemle inşa edilen gayrimenkullerin satışında faturalandırma ve vergisel işlemlerin müteahhit tarafından yapılması gerektiğinden, arsa sahibinin herhangi bir vergisel yükümlülüğü olmadığı gibi, hukuki prosedürlerle uğraşması da gerekmemektedir.<sup>35</sup> Vergi İdaresinin bu görüşünün, 6306 sayılı Kanun'da yer alan tapu harcı istisnasının uygulanması bakımından önemine aşağıda değinilecektir.

Aşağıdaki Şekil-2 üzerinden konuyu örneklendirecek olursak; arsa sahibi ile yüklenicinin, arsa üzerinde yapılacak bağımsız bölümlerin hasılatını %40 arsa sahibi, %60 müteahhide kalacak şekilde hasılat paylaşımı sözleşme yaptıklarını, müteahhidin toplam 100 adet bağımsız bölüm inşa edip sattığını varsayalım. Bağımsız bölümler satıldıkça müteahhit üçüncü şahsa bağımsız bölüm bedelinin tamamını fatura edecek; arsa sahibi de bu bedelin %40'ını müteahhide arsa payı olarak fatura edecek ve müteahhit bu faturanın bedelini arsa sahibine ödeyecektir. Gerek Tapu İdaresinin uygulaması gerekse yukarıda bahsedilen güvenlik mekanizması gereğince kat irtifakı tapuları zaten arsa sahibi üzerine çıkacağı için müteahhidin üçüncü kişilere satacağı bağımsız bölümlerin müteahhit mülkiyetine geçirilmesi için "Hasılat Paylaşım Sözleşmesi"ne istinaden 6306 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin 9/a fıkrası gereğince tapu harcı

<sup>35</sup> SEZER, Yılmaz: "Hasılat Paylaşımı Yöntemiyle Yapılacak İnşaat İşlerinin Avantajları", Yaklaşım Dergisi, Sayı:269, Mayıs 2015. Erişim: <https://portal.yaklasim.com/makale/2015-5/hasilat-paylasimi-yontemiyle-yapilacak-insaat-islerinin-avantajlari?term=has%C4%B1lat%20payla%C5%9F%C4%B1m%C4%B1>, (Erişim Tarihi: 04.10.2023).

ödenmeksizin “temlik yoluyla tapu devri” yapılması gerekmektedir. Yüklenicinin üçüncü şahsa satışı bu temlik işleminden sonra gerçekleşecektir. Ancak Tapu İdaresi kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yaptığı bu temlik işlemini, “bağımsız bölüm paylaşım cetveli” olmadığı gerekçesiyle hasılat paylaşımı sözleşmelerinde yapmamaktadır. Bunun nedeni, kat karşılığı inşaat sözleşmesine kıyasen fazlaca yaygın olmayan hasılat paylaşımı sözleşmesinin işleyiş mekanizmasının Tapu İdaresi'nce iyi anlaşılabilmesi olsa gerektir. Zira hasılat paylaşımı sözleşmelerinde dahi, sözleşme modeline tamamen aykırı olmasına rağmen paylaşım cetveli talep edilmektedir.

Şekil 2: Hasılat Paylaşımı Sözleşmesi Tapu İşlemi ve Belge Düzeni İşleyişi



## 5. 6306 SAYILI KANUN'DA YER ALAN TAPU HARCİ İSTİSNASININ KAPSAMI

6306 sayılı Kanun'da riskli alanların dönüştürülmesi ile ilgili düzenlemeler yapılırken, dönüşümü teşvik etme amacına yönelik olarak dönüşüm sürecinde ödenmesi gereken kimi vergi ve harçları istisna kapsamına almıştır. Biz iş bu makalede konuyu tapu harcı açısından incelediğimiz için yalnızca tapu harcına değineceğiz.

6306 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin 9'uncu fıkrasında;

*“Bu Kanun uyarınca yapılacak olan ve Bakanlık, TOKİ, İller Bankası Anonim Şirketi, İdare ve dönüşüme konu yapıların inşası işini yüklenen müteahhit*

ile malik ve en az bir yıldır kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olarak riskli yapıyı kullanan gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişilerinden birinin taraf olduğu;

a) Bu Kanun kapsamındaki taşınmazların dönüşüme tabi tutulmadan önce ilk satışı, devri, tescili ve ipotek tesis edilmesi işlemleri ile bu Kanun kapsamında yapılacak uygulamalar neticesinde meydana gelen yeni yapıların malik, işi yüklenen müteahhit ve en az bir yıldır kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olarak riskli yapıyı kullanan gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişilerine ilk satışı, devri, tescili ve ipotek tesis edilmesi işlemleri,

b) Bu Kanun kapsamındaki bir yapıdan dolayı, bu Kanun kapsamındaki parsellerde veya alanlarda veya söz konusu parsel ve alanların dışındaki parsellerde yeni bir yapı yapılması ya da mevcut bir yapının satın alınması veya ipotek tesis edilmesi işlemleri,

c) Kanun kapsamında yapılacak uygulamalar neticesinde meydana gelen yeni yapıların işi yüklenen müteahhit, Bakanlık, TOKİ, İller Bankası Anonim Şirketi, İdare ve bunların iştirakleri tarafından gerçekleştirilecek ilk satışı, devri, tescili ve ipotek tesis edilmesi işlemleri,

....., tapu harcı, .....dan istisnadır." Hükümü bulunmaktadır.

Tablo 1’de özet olarak görüleceği üzere Kanun maddesi incelendiğinde; yeni yapıların (bağımsız bölümlerin) arsa sahibi malik tarafından edinilmesi (arsa sahibi adına tapuların çıkarılması) işlemi ile müteahhit tarafından edinilmesi (tapuda sözleşmeye göre arsa sahibinden müteahhide temlik) ve müteahhit tarafından ilk satışı işlemlerinin tapu harcından istisna olduğu anlaşılmaktadır.

Tablo 1: 6306 Sayılı Kanun’a Göre Tapu Harcı İstisnasının Kapsamı

Kanun kapsamında yapılacak uygulamalar neticesinde meydana	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ malike</li> <li>✓ işi yüklenen müteahhite</li> <li>✓ en az bir yıldır kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olarak riskli yapıyı kullanan gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ İlk satış</li> <li>✓ Devir</li> <li>✓ Tescil</li> <li>✓ İpotek tesisi işlemleri.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ işi yüklenen müteahhit,</li> <li>✓ Bakanlık,</li> </ul>	



gelen <u>YENİ</u> <u>YAPILARIN</u>	✓TOKİ, ✓İlbank A.Ş. İdare ve ✓bunların işti- rakleri		
---------------------------------------	--	--	--

## 6. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE 6306 SAYILI KANUN'DA YER ALAN TAPU HARCİ İSTİSNASININ UYGULANMASI

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi"nde arsa sahibi ve müteahhit yapılacak bağımsız bölümleri "**fiziken**" paylaşmaktadır. İş sonunda müteahhit, arsa sahibine düşen bağımsız bölümleri arsa sahibine fatura etmekte ve fiziken de bunları arsa sahibine teslim etmektedir. Kat irtifakı tapuları zaten arsa sahibi adına olduğu için müteahhidin fatura karşılığı yaptığı bu teslimlerde tapuda ayrıca bir işlem yapılmasına ihtiyaç bulunmadığından tapu harcı doğmamaktadır. Burada bir "istisna" uygulaması söz konusu değildir, zira harcı doğuran olay gerçekleşmemiştir.

Arsa sahibinin müteahhitten sözleşme gereğince ve fatura karşılığında fiziken de teslim aldığı bağımsız bölümlerin arsa sahibi tarafından edinilmesi harcın konusuna girmezken, edinilen bu bağımsız bölümlerin üçüncü şahıslara satışı ise tapuda işlem yapılmasını gerektirdiğinden kural olarak harcın konusuna girmektedir. 6306 sayılı Kanun'da arsa sahibi tarafından edinilen bu bağımsız bölümlerin üçüncü şahıslara satışına dair bir istisna bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu işlem Kanun'un lafzı gereğince harca tâbi olmaktadır. 6306 sayılı Kanuna göre malike (arsa sahibine) satış harçtan istisna iken, malikin yaptığı satış harca tâbidir. Kaldı ki, esasen bu modelde arsa sahibi müteahhide fatura düzenleyip arsa satmakta, müteahhit de fatura düzenleyip arsa sahibine bağımsız bölüm satmaktadır. Bu trampa işlemi Maliye Bakanlığı uygulamalarında iki ayrı satış işlemi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla arsa sahibinin müteahhitten fatura ile aldığı bağımsız bölümlerin, arsa sahibi tarafından satılması zaten ikinci satış olmaktadır. Bu bakımdan da harca tâbi olması gerekmektedir.

Müteahhit açısından ise durum şu şekildedir: Tapu idaresi, kat irtifak tapularını sadece arsa sahibi üzerine çıkarttığından müteahhidin payına düşen bağımsız bölümlerin müteahhide devri sırasında müteahhidin payına düşen bağımsız bölümlerin önce tapudan müteahhit adına temlik işlemi yapılarak tapu senetleri müteahhit adına çıkartılmakta ve bu işlem 6306 sayılı Kanun gereğince, “*yeni yapıların işi yapan müteahhide devri*” kapsamında harçtan istisna edilmektedir. Müteahhidin arsa sahibinden devirlerini aldığı bu bağımsız bölümleri üçüncü şahıslara satışı da “*yeni yapıların müteahhit tarafından ilk satışı*” kapsamında tapu harcından istisna edilmektedir. Burada belirtmek gerekir ki, müteahhitten bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişi de söz konusu satış işleminde kendi payına düşen tapu harcını ödememektedir, zira işlemin kendisi harçtan istisnadır.

Görülebileceği üzere Kanun’un lafzı açıktır. Yeni yapıların hem malike (arsa sahibine) hem de müteahhide **devri** ile müteahhidin üçüncü şahsa **satışı** tapu harcından istisnadır.

## 7. HASILAT PAYLAŞIMI SÖZLEŞMELERİNDE 6306 SAYILI KANUN’DA YER ALAN TAPU HARCİ İSTİSNASININ UYGULANMASI

Yukarıda ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere hasılat paylaşım modelinin işleyişi ve mantığı, kat karşılığı inşaat modelinin işleyiş ve mantığından tamamen farklı olduğu gibi, Vergi Usul Kanunu’na uygun belge ve faturalandırma düzeni de bütünüyle farklıdır.

“Hasılat Paylaşımı Sözleşmesi” modelinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden farklı olarak arsa sahibi hiçbir şekilde fiziken bir bağımsız bölümü teslim **almamaktadır**. Ortaya çıkan bağımsız bölümlerin tamamı “fiziken” de, “hukuken” de müteahhide ait olmakta, dolayısıyla bu bağımsız bölümlerin satışında üçüncü şahıslara düzenlenen tüm faturalar da müteahhit tarafından düzenlenmektedir. Yani ne arsa sahibi tarafından herhangi bir bağımsız bölüm üçüncü şahsa satılarak fatura düzenlenmekte, ne de müteahhit tarafından arsa sahibine bir bağımsız bölüm faturası düzenlenmektedir. Müteahhit tüm bağımsız bölümleri üçüncü şahıslara satarak faturalarını düzenlemekte, arsa sahibi de müteahhide arsa faturası düzenlemektedir. **Esasen hasılat paylaşımı**

**modelinde özünde arsa sahibi fiyatı belirli bir çığaya bağlayarak vadeli arsa satışı işlemi yapmaktadır, oluşan bağımsız bölümlerin hiçbirine sahip olmamaktadır. İnşaat sonucunda ortaya çıkan yeni yapıların tamamı müteahhide aittir ve üçüncü şahıslara ilk satış işlemi müteahhit tarafından yapılmaktadır.**

Hasılat paylaşımı modelinde, kat karşılığı modelinden farklı olarak trampa (karşılıklı iki satış işlemi) yoktur. Arsa sahibi, arsa satmakta ve müteahhitten parasını almakta; müteahhit ise üçüncü şahıslara satış yapmaktadır. **Nitekim; arsa sahibinin aynı zamanda müteahhit olması durumunda yapılan bağımsız bölüm satışlarının tamamına istisna uygulanmasının nedeni de, bu satışların tamamının müteahhit sıfatıyla yapılan ilk satış işlemi olmasıdır.** Zira aynı zamanda arsa sahibi olan müteahhidin kendi kendine fatura keserek "arsa payı karşılığında" kendine satış yapması veya kendi kendine bir paylaşım cetveli düzenlemesi mümkün değildir. Bu nedenle arsa sahibi ile müteahhidin aynı gerçek veya tüzel kişi olması durumunda Kanun'un lafzına ve ruhuna uygun olarak bağımsız bölümlerin tamamına istisna uygulanmaktadır.<sup>36</sup> "Bu satışların şu kadar arsa payı karşılığıdır, şu kadar müteahhit hakkıdır, dolayısıyla sadece müteahhit hakkı kısmına istisna uygulanmalıdır" gibi farazi bir hesap yapılmaktadır. Bu uygulama doğrudur, zira satışı müteahhit yapmaktadır.

Gelir İdaresi'nin hasılat paylaşımı modelinde ticari kazanç mükellefi olmayan arsa sahibinin kazancını "değer artış kazancı" olarak nitelendirilmesi de bu modelde arsa sahibinin hiçbir şekilde bağımsız bölümlerin bir kısmına fiziken de hukuken de sahip olmadığını, bağımsız bölüm satışı yapmadığını sadece arsasını sattığını teyit etmektedir.

## **8. HASILAT PAYLAŞIMI SÖZLEŞMELERİYLE İLGİLİ OLARAK TAPU İDARESİ'NDE 6306 SAYILI KANUN UYGULAMASI BAKIMINDAN ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR**

Uygulamada, kat karşılığı inşaat sözleşmesi çok yaygın olduğundan ve bu tür sözleşmenin faturalandırılma esası bakımından arsa sahibinin fiziken ve kayden de sahip olduğu yeni yapıların arsa sahibi tarafından üçüncü şahsa satışlarının haklı olarak harca tâbi olmasından yola

<sup>36</sup> Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 17.09.2019 tarih ve 2019/10 Sayılı Genelgesi, G-2 Maddesi.

çıkılarak Tapu Müdürlüklerinde “*arsa sahibi hissesine düşen bağımsız bölümler harçtan faydalanamaz, müteahhidin payına düşenler faydalanabilir*” şeklinde bir ezber yerleşmiş durumdadır. Oysa Kanun’da istisna bakımından arsa sahibi payına düşen-müteahhit payına düşen ayrımı yapılmamış<sup>37</sup>, müteahhidin yapacağı “ilk satış” işlemi harçtan istisna edilmiştir.

**Hasılat paylaşımı modelinde ise, noter onaylı sözleşme gereğince; satılan bağımsız bölümlerin tamamının müteahhide ait olduğu** (müteahhit sadece elde ettiği hasıllardan bir kısmını, satın aldığı “arsanın bedeli” olarak fatura karşılığı arsa sahibine ödeyecektir) **kesin olduğundan, arsa sahibi adına çıkarılan kat irtifakı tapularının tamamının hasılat paylaşımı sözleşmesine göre harçsız olarak tapuda müteahhide temlik (devir) edilebilmesi (6306/M.7-9-a) ve temlik sonrası müteahhit tarafından yapılan ilk satış işlemlerinin de (6306/M.7-9-c) tapu harcından istisna olması gerektiği izahtan varestedir.**

Bu konuda Tapu Dairesinde “*hakkaniyet gereği hasılat paylaşımı modelinde arsa sahibine düşen hasılat oranı kadar kısmın her bir bağımsız bölümde harca tâbi tutulması doğru olur*” gibi yasal dayanağı olmayan bir yorum yapılmaktadır. Esasen bu yoruma sadık kalınırsa, hem operasyonel olarak tapuda işlemin icrası zor olacak hem de faturalaşma konusu belge düzeyine uygun düşmeyecektir. Şöyle ki; teorik olarak müteahhidin kendi envanterinde tamamı bulunan bir bağımsız bölümün yarısı için fatura kesmesi, kalan yarısının satılmamış gibi envanterde kalması; arsa sahibinin ise envanterinde hiç olmayan bir bağımsız bölümün yarısı için fatura kesmesi gerekecektir ki, Vergi Usul Kanunu’ndaki fatura nizamına aykırı bir durumdur. Nitekim hasılat paylaşımı modelinin faturalandırma şekli böyle değildir. Bağımsız bölümlerin tamamının faturasını üçüncü şahıslara müteahhit keser.

**Kanunda müteahhit tarafından ilk satışı yapılan yeni yapıların harçtan istisna olduğu lafzen açık olduğu** halde, idarenin kendisini kanun koyucu yerine koyarak yorum yoluyla “*aslında hasılat paylaşımı*

<sup>37</sup> ÖZAY, Osman Levent / DEMİRBAŞ, Feride: “6306 Sayılı Kanun Bakımından Kentsel Dönüşüm Süreci ve Tapu Sicil İşlemleri Bakımından Değerlendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, vol. 8, no. 2, pp. 218, Kasım 2017.

*modelinde de arsa sahibi payına düşen hasılat kadar kısmın harca tâbi olması gerekir*" şeklinde afaki çıkarım yapması hukuka uygun değildir.

Nitekim hukuka uygun olmayan bu yoruma göre istisna uygulaması yapabilmek için ortada noter onaylı hasılat paylaşım sözleşmesi olmasına rağmen "fiziki paylaşım cetveli" talep edilmektedir ki, bunun hasılat paylaşım sözleşmesinde mümkün olamayacağı aşikârdır.

Kaldı ki, eğer bu çıkarım doğru kabul edilirse, aynı uygulamanın arsa sahibi ile müteahhidin aynı gerçek veya tüzel kişi olduğu durumda da uygulanması, arsa sahibi payına düşen bağımsız bölümler- müteahhit payına düşen bağımsız bölümler şeklinde "sanal" bir ayırım yapıp, sanal olarak arsa sahibi payına düşen bağımsız bölümler için tapu harcı istisnasının uygulanmaması gerekir. Bu ise Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinde ifadesini bulan "*Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır*" ilkesine açıkça aykırıdır. Nitekim yukarıda ifade edildiği gibi arsa sahibi ile müteahhidin aynı gerçek veya tüzel kişi olması durumunda Kanun'un lafzına ve ruhuna uygun olarak bağımsız bölümlerin tamamına istisna uygulanmaktadır.

Bağımsız bölümlerin tamamını müteahhidin satması bakımından birbirinin aynı olan hasılat paylaşımı modeli ile arsa sahibi ve müteahhidin aynı kişi olması durumunu işlemin kendisine değil de, işleme kaynak sözleşmenin taraflarına bakarak yorumlamak istisna işlemini muafiyet ile karıştırmak anlamına gelmektedir. 6306 sayılı Kanun'da "*müteahhit tapu harcından muafıtır, arsa sahibi muaf değildir*" şeklinde bir lafız yoktur. Belirli işlemlerin "harçtan istisna edilmesi" söz konusudur. Buna göre de müteahhidin yapacağı ilk satış işlemi harçtan istisnadır. Hasılat paylaşımı modelinde, tüm bağımsız bölümlerin satışını kendi nam ve hesabına müteahhidin yaptığı tartışmasızdır. Elde ettiği hasılatın bir kısmını, arsa bedeli olarak arsa sahibine ödemesi "işlemin" bu mahiyetini değiştirmemektedir. Kanun'da tanımlanan istisna "*müteahhidin payına düşen kısmın üçüncü şahsa satışı*" değil, "*müteahhidin üçüncü şahsa satışı*"dır. Nitekim Gelir İdaresi Başkanlığı'nca verilen bir özeldede<sup>38</sup>; "*6306 sayılı Kanun kapsamında üzerinde riskli yapı şerhi bulunan ... ada ... parselde kayıtlı*

<sup>38</sup> GİB, AVDB, 11.10.2023 tarih ve 449638 sayılı özelge.

*taşınmaz üzerine inşa edilen .... adet<sup>39</sup> bağımsız bölüm için 'Düzenleme Şeklinde Hasılat Paylaşımı Esasına Dayalı Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi' gereğince işi yüklenen müteahhit sıfatıyla .... tarafından sözleşme kapsamında yapılacak devir işlemlerinin tapu harcından istisna tutulması mümkün bulunmaktadır"* denilerek bu husus açıklığa kavuşturulmuştur.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere vergi kanunlarının yorumlanması belirli bir sistematığe bağlı olup, gelişigüzel yorum yapılması mümkün değildir. Her şeyden önce yorum yoluna başvurulabilmesi "lafzın açık olmaması" ön şartına bağlıdır. Lafız açıkken, Tapu İdaresi'nin kendisini kanun koyucu yerine koyarak maksat sorgulaması yapması hukuki dayanaktan açıkça yoksundur, velev ki lafız amaçlanan sonucu doğurmayacak şekilde yazılmış olsun. Böyle bir durumda dahi lafzın uygulanması esastır, gerekli görülürse kanun lafzı yasa koyucu tarafından değiştirilir. Kaldı ki, bahse konu olayda Gelir İdaresi Başkanlığı'nın görüşü de hasılat paylaşımı sözleşmelerinde üçüncü şahsa müteahhit tarafından yapılan tüm satışların 6306 sayılı Kanun kapsamında tapu harcından istisna olduğu yönündedir. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın bu görüşüne rağmen, Tapu Dairelerinin aksi yönde işlem tesis etmeye çalışmaları Anayasa'nın 123'üncü maddesinde ifadesini bulan "idarenin tekliği" prensibine de aykırıdır.

## SONUÇ

Türkiye ciddi deprem riski altında olan bir ülkedir. Yasa koyucu bu nedenle ülkedeki depreme dayanıklılık bakımından risk taşıyan yapıların dönüştürülmesinde vatandaşlarına ek mali külfetler getirmemek amacıyla 6306 sayılı Kanun ile kimi vergisel yükümlülüklere istisna getirmiştir. Bunların başında tapu harcı gelmektedir. Alıcı ve satıcı açısından ayrı ayrı %2 olan ve işlem bakımından toplamda %4'e ulaşan ve çoğunlukla tamamı alıcıya yansıtılan tapu harcı mükellefiyeti, vatandaşlar açısından ciddi bir mali yüküdür. Getirilen istisna hem dönüşüm maliyetlerini azaltmak hem de depreme dayanıklı konut edinmek isteyen vatandaşların maliyetlerini azaltmak amacına matuftur.

<sup>39</sup> Özelgede; tapu harcı istisnasına konu bağımsız bölüm adedi, özelgeye konu hasılat paylaşımı sözleşmesine göre projede yapılacak bağımsız bölümlerin tamamının sayısıdır.

6306 sayılı Kanun'da; yetkili makamlar tarafından riskli alan olarak belirlenen yerlerde inşa edilen yeni yapıların (bağımsız bölümlerin) arsa sahibi malik tarafından edinilmesi (arsa sahibi adına tapuların çıkarılması) işlemi ile müteahhit tarafından edinilmesi (tapuda sözleşmeye göre arsa sahibinden müteahhide temlik) ve müteahhit tarafından üçüncü şahıslara ilk satışı işlemlerinin tapu harcından istisna edilmiştir.

Tapu İdare'since uygulamada yaygın olan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi ile müteahhidin "fiziken" ve "hukuken" paylaştıkları bağımsız bölümlerin arsa sahibi adına tescillerinin yapılması, sözleşmeye göre müteahhide devri (temlik) ve müteahhit tarafından üçüncü şahsa satışı işlemleri harç istisnası kapsamında değerlendirilirken; uygulamada daha seyrek olarak rastlanan hasılat paylaşımı sözleşmelerinde arsa sahibi ve müteahhidin "fiziken" ve "hukuken" paylaştıkları bağımsız bölüm olmamasına, sadece vadeli satış benzeri olarak hasılatın belli bir oranının arsa bedeli olarak kararlaştırılmasına ve tüm bağımsız bölümlerin satışının doğrudan doğruya müteahhit tarafından üçüncü şahıslara faturası kesilerek yapılmasına rağmen tüm bağımsız bölümlerin 6306 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin 9/a fıkrası kapsamında müteahhide devrine izin verilmemekte ve hasılat paylaşımı sözleşmesinin özüne, işleyişine ve belge düzenine tamamen aykırı olarak paylaşım cetveli talep edilmektedir.

Bu durum, "arsa sahibi payına düşen bağımsız bölümlerin üçüncü şahıslara devri tapu harcına tâbi olduğuna göre, hasılat paylaşımı modelinde de arsa sahibi payına düşen kısmın istisnadan faydalanmaması gerekir" şeklinde özetlenecek Kanun'un lafzına ve ruhuna aykırı olarak yapılan bir yorumun neticesidir. Oysa hasılat paylaşımı sözleşmesinde arsa sahibine kalan veya hissesine düşen bir "bağımsız bölüm" söz konusu değildir. Bu nedenle hasılat paylaşımı sözleşmelerinde, tamamı müteahhide ait olan bağımsız bölümlerin sözleşme gereğince doğrudan müteahhit tarafından satılması işlemleri 6306 sayılı Kanun kapsamında tapu harcından istisna tutulmalıdır.

## KAYNAKÇA

- AKDOĞAN**, Abdurrahman: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 6.Basım, Ankara 2006.
- ALTINIŞIK**, Şener: “Kat Karşılığı (Arsa Payı) Veya Hasılat Paylaşımı Şeklinde Düzenlenen Sözleşmelere Göre Yapılan Bağımsız Bö-lümlerin Vergilendirme İşlemleri”, e-Yaklaşım Dergisi, Sayı:259, Temmuz 2014, Erişim: <https://portal.yaklasim.com/makale/2014-7/kat-karsiligi-arsa-payi-veya-hasilat-paylasimi-sek-linde-duzenlenen-sozlesmelere-gore-yapilan-bagimsiz-bolum-lerin-vergilendirme-islemleri-e-yaklasim?term=has%C4%B1lat%20payla%C5%9F%C4%B1m%C4%B1> , (Erişim Tarihi: 04.10.2023).
- ALTINKAN**, Onur: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Taraflarının Temerrüdü Halinde Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- BAHADIR**, Engin: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması”, Fiscoeconomia, Vol.3 (1), 2019, 177-201. Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/633628> , (Erişim Tarihi: 04.10.2023).
- BAŞPINAR**, Ahmet: Tax Law&Turkish Tax System, Maliye Bakan-lığı Strateji Başkanlığı Yayınları, issue no: 2009/394, Ankara 2009.
- ÇALAL**, Salih: “Anonim Şirkete Ait Arsanın Hasılat Paylaşımı Yöntemiyle Elden Çıkarılması”, Yaklaşım Dergisi, Sayı:280, Nisan 2016, Erişim: <https://portal.yaklasim.com/makale/2016-4/anonim-sirkete-ait-arsanin-hasilat-paylasimi-yontemiyle-elden-cikarilmasi?term=has%C4%B1lat%20payla%C5%9F%C4%B1m%C4%B1> , (Erişim Tarihi: 04.10.2023).
- ÇETİNOĞLU**, Erkan: “İnşaat Sektöründe Hasılat Paylaşımı Modeli Avantajlı mı?”, Yaklaşım Dergisi, Sayı:301, Ocak 2018, Erişim: <https://portal.yaklasim.com/makale/2018-1/insaat-sektorunde-hasilat-paylasimi-modeli-avantajli-mi?term=has%C4%B1lat%20payla%C5%9F%C4%B1m%C4%B1> , (Erişim Tarihi: 04.10.2023).
- DUMAN**, İlker Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir?, Seçkin Yayınları, 4.Basım, Ankara 2021.



- EROL**, Ahmet: Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2008.
- FAHRAN**, Ferhat: "6306 Sayılı Kanun'a Göre Riskli Yapı Kapsamında Olan Binalardaki Tapu Devir İşlemlerinde Harç İstisnasına İlişkin Olarak, Uygulama Yönetmeliğinde 2013 ve 2014 Yıllarında Yapılan Düzenlemeler ve Eklmeler", Yaklaşım Dergisi, Sayı:266, Şubat 2015, Erişim: <https://portal.yaklasim.com/makale/2015-2/6306-sayili-kanuna-gore-risk-li-yapi-kapsaminda-olan-binalardaki-tapu-devir-islemlerinde-harc-istisnasina-iliskin-olarak-uygulama-yonetmeliginde-2013-ve-2014-yillarinda-yapilan-duzenlemeler-ve-eklemeler?term=6306> , (Erişim Tarihi: 06.10.2023).
- KAYA**, Ali Burak: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Ve Bu Doğrultuda Uygulanacak Hükümler", <https://www.ozgunlaw.com/makaleler/arsa-payi-karsiligi-in-saat-sozlesmesinin-hukuki-niteligi-ve-bu-dogrultuda-uygulanacak-hukumler-478>, (Erişim Tarihi: 03.10.2023).
- KIZILOĞLU**, Şükrü / **TAŞ**, Metin: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, Eylül 2011.
- KÜÇÜK**, Muzaffer: "Hasılat Paylaşımı Sözleşmesi Ticari Faaliyetin Karinesi Olur mu?", Yaklaşım Dergisi, Sayı: 258, Haziran 2014, Erişim: <https://portal.yaklasim.com/makale/2014-6/hasilat-paylasimi-sozlesmesi-ticari-faaliyetin-karinesi-olur-mu?term=has%C4%B1lat%20p+ayla%C5%9F%C4%B1m%C4%B1> , (Erişim Tarihi: 04.10.2023).
- NADAROĞLU**, Halil: Kamu Maliyesi Teorisi, Beta Basım Yayım Dağıtım, 10.Baskı, İstanbul 1998.
- ÖNCEL**, Mualla/ **KUMRULU**, Ahmet / **ÇAĞAN**, Nami: Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 8.Baskı, Ankara 2000.
- ÖZAY**, Osman Levent / **DEMİRBAŞ**, Feride: "6306 Sayılı Kanun Bakımından Kentsel Dönüşüm Süreci ve Tapu Sicil İşlemleri Bakımından Değerlendirilmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, vol. 8, no. 2, Kasım 2017, s.217-248.
- SEZER**, Yılmaz: "Hasılat Paylaşımı Yöntemiyle Yapılacak İnşaat İşlerinin Avantajları", Yaklaşım Dergisi, Sayı 269, Mayıs 2015. Erişim: <https://portal.yaklasim.com/makale/2015-5/hasilat-paylasimi-yontemiyle-yapilacak-insaat-islerinin>

avantaj-

lari?term=has%C4%B1lat%20payla%C5%9F%C4%B1m%C4%B1 , (Erişim Tarihi: 04.10.2023).

**UFUK**, Mehmet Tahir: “Vergi Hukukunda Yorum ve Kıyas”, Yaklaşım Dergisi, Mayıs 2001, Erişim: <https://portal.yaklasim.com/makale/2001-5/vergi-hukukunda-yorum-ve-kıyas?term=vergi%20hukukunda%20yorum> , (Erişim Tarihi: 06.10.2023).

**TBMM**: <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D24/Y2/T1/WebOnergeMetni/be19ba64-9bce-498f-8ae1-c9de07bc8f75.pdf> , (Erişim Tarihi: 02.10.2023).

**TBMM**: <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y2/T2/WebOnergeMetni/8f68bb5b-3ce2-47e3-be2b-bf4f0fba2d2a.pdf> , (Erişim Tarihi: 02.10.2023).

**YİĞİT**, Uğur: Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2008.