

Hacettepe

Cilt 9, Sayı 1, Yıl 2019

ISSN 1302-4868

Hukuk Fakültesi

Dergisi

Hacettepe Law Review



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 9, Sayı 1, Yıl 2019
ISSN 1302-4868

Hacettepe Law Review



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

YAYININ ADI	HACETTEPE HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YIL	2019 CİLT (9) SAYI (1) AY HAZİRAN
YAYIN SAHİBİNİN ADI	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adına Prof. Dr. A. Haluk ÖZEN
SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ	Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
YAYIN İDARE MERKEZİ	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Beytepe Kampüsü 06800/ANKARA
YAYIN İDARE MERKEZİ TEL.	+90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77
FAKS	+90 (312) 297 62 93
İNTERNET ADRESİ	http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr
E-POSTA	hukukdergi@hacettepe.edu.tr
YAYIN DİLİ	Türkçe ve yabancı diller
YAYIN TÜRÜ	Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, <i>ULAKBİM (Tr-Dizin)</i> indeksinde taranan ve <i>DERGİPARK</i> altyapısı kullanılarak hazırlanan akademik süreli bir yayındır.
YAYINLANMA BİÇİMİ	Haziran ve Aralık aylarında yılda iki kez sadece elektronik ortamda yayımlanır.
YAYIM TARİHİ	10.06.2019
e-ISSN	1302 - 4868

Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Tüm hakları saklıdır. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yahut bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmını ya da tamamı 5846 Sayılı Yasa'nın hükümlerine göre Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara ait olup, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, dergi editörünü, yayın kurulunu veya danışma kurulunu bağlayıcı etkiye sahip değildir

NAME OF THE PUBLICATION	HACETTEPE LAW REVIEW
YEAR	2019 VOLUME 9 NUMBER 1 MONTH JUNE
PUBLISHER	On behalf of Hacettepe University Faculty of Law Deanship Prof. Dr. A. Haluk ÖZEN
RESPONSIBLE MANAGER	Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
ADDRESS	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Beytepe Kampüsü 06800/ANKARA
PHONE	+90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77
FAX	+90 (312) 297 62 93
URL	http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr
E-MAIL	hukukdergi@hacettepe.edu.tr
LANGUAGE	Turkish and foreign languages
TYPE OF THE PUBLICATION	Hacettepe Law Review is an academic periodical journal indexed by <i>ULAKBİM (Tr-Dizin)</i> . <i>DERGİPARK</i> system is being used throughout both in preparation and publication processes.
DATE OF THE PUBLICATION	06.10.2019
FORM OF THE PUBLICATION	Only published online, twice a year in June and December.
e-ISSN	1302 - 4868

Hacettepe Law Review

All rights reserved. No parts of the Hacettepe Law Review can be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means of electronic / mechanical copying unless the prior written permission of the Faculty has been obtained. The views expressed in the Hacettepe Law Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Hacettepe University Faculty of Law, the editors, editorial and advisory boards.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Hakemli Makaleler / Peer-Reviewed Articles

- 1- İDARİ KOLLUK YETKİSİ BAĞLAMINDA ZORUNLU AŞI UYGULAMASI
COMPULSORY VACCINATION IN TERMS OF POLICE POWER
Mine Kasapoğlu TURHAN **1 - 40**
- 2- ROMADAN SOSYALİST TOPLUMA: HUKUKİ BİÇİMLER MİRAS KALIR MI?
FROM ANCIENT ROME TO SOCIALIST SOCIETY: ARE THE LEGAL FORMS INHERITED?
Şeyma SAĞDIÇ **41 - 67**
- 3- YABANCILARIN TÜRKİYE’DE EĞİTİM HİZMETİNDE ÇALIŞMASI
*THE WORKING CONDITIONS OF FOREIGNERS IN THE EDUCATIONAL SERVICE
IN THE SCOPE OF INTERNATIONAL LABOUR LAW*
Gülce GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL **68 - 109**
- 4- ROMA HUKUKUNDA MATERFAMILIAS KAVRAMI
THE CONCEPT OF MATERFAMILIAS IN ROMAN LAW
Duygu TAHAN ORHAN **110 - 128**
- 5- SERMAYE ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİNDE VERGİ SORUMLULUĞU
TAX LIABILITY IN CORPORATE MERGERS
N. Nilay DAYANÇ KUZEYLİ **129 - 158**
- 6- AMERİKAN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI
DELİLLERİN DIŞLANMASI
THE EXCLUSION OF UNLAWFUL EVIDENCES IN AMERICAN CRIMINAL PROCEDURE LAW
Metin KÖSE **159 - 195**
- 7- BİR CEZA YARGILAMASINA ELEŞTİREL BAKIŞ:
YALAN TANIKLIK SUÇU İNCELEMESİ
A CRITIC FOR A SUPREME COURT DECISION ON PERJURY
Mehmet Faruk KOÇAK **196 – 231**

- 8- BRÜKSEL 1BİS TÜZÜĞÜ İLE AVRUPA BİRLİĞİ GENEL VERİ KORUMA TÜZÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE KİŞİSEL VERİLERİN İHLALİNE İLİŞKİN ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA MİLLETLERARASI YETKİ KURALLARI

INTERNATIONAL JURISDICTION RULES FOR CIVIL LAW CLAIMS REGARDING VIOLATIONS OF PERSONAL DATA WITHIN THE CONTEXT OF THE BRUSSELS 1BIS REGULATION AND THE EUROPEAN UNION GENERAL DATA PROTECTION REGULATION

Cansu AKGÜN TEKGÜL

232 – 275

Kitap İncelemeleri / Book Reviews

- 1- THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED

İlknur Rabia TÜRKÖLMEZ

276 - 281

İDARİ KOLLUK YETKİSİ BAĞLAMINDA ZORUNLU AŞI UYGULAMASI

COMPULSORY VACCINATION IN TERMS OF POLICE POWER

Hakemli Makale

Mine KASAPOĞLU TURHAN*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	3
I. ZORUNLU AŞI KAVRAMI	3
II. ÇEŞİTLİ ÜLKELERDE ZORUNLU AŞI UYGULAMALARI	5
III. AŞI UYGULAMASININ HUKUKİ DAYANAKLARI	7
A. Ulusal Düzenlemeler	7
B. Uluslararası Sözleşmeler	12
IV. ZORUNLU AŞI UYGULAMASININ İDARİ KOLLUK NİTELİĞİ	16
V. İDARİ KOLLUK YETKİSİNİN ANAYASAL ve KANUNİ SINIRLARI BAKIMINDAN ZORUNLU AŞI UYGULAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ	18
VI. ZORUNLU AŞI UYGULAMASININ AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	30
SONUÇ	35
KAYNAKÇA	37

DOI: 10.32957/hacettepehdf.491871

Makalenin Geliş Tarihi: 03.12.2018

Makalenin Kabul Tarihi: 27.03.2019

* Dr. Öğr. Üyesi. İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. Eposta: mine.turhan@ieu.edu.tr

ORCID: 0000-0002-7469-3458

ÖZ

İdare, kolluk yetkisi kapsamında güvenlik, dirlik-esenlik ve genel sağlık olmak üzere üç unsurdan oluşan kamu düzenini sağlamak ve korumakla görevlidir. Kamu düzeninin unsurlarından biri olan genel sağlığın korunması için idarenin birtakım tedbirler alması gerekir. Bu tedbirlerden biri de salgın hastalıkları önlemek ve toplumu bulaşıcı hastalıklardan korumak için yapılan aşılama faaliyetleridir. Sağlık Bakanlığı tarafından düzenlenen Genişletilmiş Bağışıklama Programı kapsamında çocuklar doğdukları andan itibaren bazı hastalıklara karşı aşılanmaktadır. İdari kolluk faaliyeti olarak nitelendirilebilecek olan zorunlu aşılama, aynı zamanda vücut bütünlüğünün korunması hakkına yapılan bir müdahale niteliğindedir. Bu noktada, kamu yararı ile kişinin vücut bütünlüğünün korunması hakkı arasındaki dengenin kurulması gerekir. Bu dengenin kurulması için gerek uluslararası sözleşmelerdeki, gerekse Anayasa'daki düzenlemelere uygun kanuni düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu çalışmada zorunlu aşı uygulaması, idare hukuku bakımından ele alınarak, özellikle idari kolluk yetkisinin sınırları bağlamında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İdari kolluk, kamu sağlığı, vücut bütünlüğü, aşılama, kamu yararı

ABSTRACT

The administration, within the scope of police power, is in charge of providing and protecting the public order consisting of three elements: security, welfare and public health. In order to protect public health, which is one of the elements of public order, the administration should take some measures. One of these measures is the vaccination activities to prevent epidemics and protect the community from infectious diseases. Within the scope of the Expanded Programme on Immunization regulated by the Ministry of Health, children are vaccinated against certain diseases from the moment they are born. Compulsory vaccination, which can be described as an administrative police power, is also an intervention to the right to bodily integrity. At this point, the balance between the superior public interest and one's right to bodily integrity must be established. In order to establish this balance, laws are needed in accordance with the regulations in the international conventions and the Constitution. In this study, the compulsory vaccination was considered in the context of administrative law and was evaluated especially in the context of the limits of the authorities of police power.

Keywords: Police power, public health, bodily integrity, vaccination, public interest

GİRİŞ

İdarenin kolluk faaliyetleri, bazı durumlarda bireylere ve topluma müdahale etmeyi gerektiren faaliyetler olup, daha çok emirler, yasaklar ve izinlerden oluşur. Bu faaliyetlerin yürütülmesi sırasında kimi zaman temel hak ve özgürlükler ile kamu yararı arasındaki dengenin kurulması zorlaşır. İdari kolluk faaliyetinin asıl amacı kamu düzeninin sağlanması, korunması ve bozulduğunda geri getirilmesidir. Kamu düzeninin unsurlarından biri olan genel sağlığın, diğere bir deyişle kamu sağlığının korunması için idareye birtakım görevler verilmiştir. İdare bu kapsamda toplumu hastalıklardan korumak için gerekli tedbirleri alır. Bu tedbirlerden biri de toplumun bulaşıcı ve salgın hastalıklardan korunması için bireylerin aşılmasıdır. Aşılama faaliyeti idari kolluk faaliyetleri arasında yer almaktadır. Ancak aşılama, aynı zamanda kişilerin bedeni üzerinde yapılan bir tıbbi müdahaledir. Bu açıdan, zorunlu aşı uygulaması, vücut bütünlüğünün korunması hakkı bakımından da alınmadır. Bu hak ile kamu yararı arasında çatışma bulunmaktadır. Özellikle, Sağlık Bakanlığı'nın Genişletilmiş Bağışıklama Programı kapsamında yer alan zorunlu aşılardan iki yaşına kadar olan çocuklara yapıldığı düşünülduğünde, konunun velinin rızasının olmaması ihtimali bakımından da tartışılması gerekir. Bu çalışmada zorunlu aşı uygulaması, idare hukuku bakımından ele alınarak, özellikle idari kolluk yetkisinin sınırları bağlamında değerlendirilecektir.

I. ZORUNLU AŞI KAVRAMI

Aşı, Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'ne göre "immünolojik ürün" olarak ifade edilmektedir¹. Aşılardan "zorunlu aşılardan" ve "yapılması tavsiye edilen aşılardan"

¹ Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği m.4/f: "Immünolojik ürün, Kolera, BCG, polio ve çiçek aşılardan gibi aktif bağışıklık sağlayan ajanlar; tüberkülin ve tüberkülin PPD, brusella, Schick ve Dick testleri dahil bağışıklık durumunu teşhis etmek için kullanılan ajanlar ve difteri antitoksini, anti-çiçek globulini, antilenfotik globulin gibi pasif bağışıklık sağlamak için kullanılan ajanları içeren tüm aşılardan, toksinler ve serumlar ile allerjen bir ajana karşı kazanılan spesifik immünolojik"

olarak ikiye ayrılabilir. Zorunlu aşıların yapılması devlet tarafından üstlenilmekte ve kişilerin bu aşıları reddetmesi durumunda ülkeden ülkeye değişmekle birlikte bazı yaptırımlar öngörülelebilmektedir.

Aşılama faaliyeti, kişiyi ve dolayısıyla toplumu hastalıklardan korumaya yönelik bir sağlık tedbiridir. Aşılama faaliyeti aynı zamanda bir tıbbi müdahaledir. Aşılama faaliyetinin amacı tek tek bireyleri hastalıklardan korumanın ötesinde toplum bağışıklığını sağlamaktır. Toplum bağışıklığı kavramı, çeşitli nedenlerle aşılanmayan kişilerin de dolaylı olarak korunmasını kapsamaktadır². Bağışıklama, bulaşıcı hastalıkların kontrol altına alınmasıyla yaklaşık 2,5 milyon insanın ölümünü önleyen, hatta bazı hastalıkların yeryüzünden tamamen silinmesini sağlayan, kanıtlanmış bilinen en başarılı ve en uygun maliyetli tıbbi müdahalelerden biri olarak ifade edilmektedir³. Dünya Sağlık Örgütü, 1974 yılında Genişletilmiş Bağışıklama Programı'nı başlatarak, tüm dünyada çocukların belirli hastalıklara karşı aşılanmalarını hedeflemiştir. Bu program kapsamında uygulanan aşılar sayesinde her yıl milyonlarca çocuğun yaşamı kurtulmaktadır⁴. Örneğin 1967-1977 yılları arasında Dünya Sağlık Örgütü tarafından yürütölen bağışıklama kampanyası, tüm dünyada çiçek hastalığının yok edilmesiyle sonuçlanmıştır⁵. Aynı şekilde yine Dünya Sağlık Örgütü tarafından başlatılan çocuk felcine ilişkin kampanya sayesinde, bu hastalık da %99'luk bir oranla yok olma noktasına gelmiştir; difteri, tetanoz, boğmaca, kızamık, Haemophilus

cevabı değiştirmek veya tanımlamak niyeti ile kullanılan allerjen ürünlerden oluşarı beşeri tıbbi ürünleri ifade eder."

² OKYAY, Ramazan Azim/AKBABA, Muhsin/KİRKİT, Ecem, "Aydınlatılmış Onam ve Aşılama", **Turkish Journal of Public Health** Year: 2015, Volume:13, No: 2, s.157.

³ World Health Organization, **Global Vaccine Action Plan 2011-2020**, USA, 2013, s.5, 12 https://www.who.int/immunization/global_vaccine_action_plan/GVAP_doc_2011_2020/en/, (erişim tarihi 03.12.2018)

⁴ AKŞİT, Sadık, "Çocukluk Çağında Aşı Takvimi", **Türk Pediatri Arşivi**, Yıl: 2007; Cilt:42, Sayı:11, s.26.

⁵ FENNER, F./HENDERSON, D.A., **Smallpox and Its Eradication**, World Health Organization, Geneva, 1988, s.vii.

influenzae tip b hastalığı ve epidemik meningokok A menenjitisi gibi bazı hastalıklardan kaynaklanan hastalık, sakatlık ve ölüm oranları da azalmıştır⁶.

Türkiye’de de idare tarafından bebeklere ve çocuklara yönelik aşılama faaliyeti yürütülmektedir. Halen yürütülmekte olan “Genişletilmiş Bağışıklama Programı⁷” Türkiye’de 1981 yılında başlatılmış ve 1985 yılında aşılama faaliyetine aşı kampanyası ile hız verilmiştir⁸.

II. ÇEŞİTLİ ÜLKELERDE ZORUNLU AŞI UYGULAMALARI

Zorunlu aşı kavramı dünyanın birçok yerinde tartışma konusu olmaktadır. Aşılama politikaları da ülkeden ülkeye farklılıklar göstermektedir. Örneğin bazı ülkeler aşılamanın

⁶ World Health Organization, **Global Vaccine Action Plan 2011-2020**, USA, 2013, s.5, https://www.who.int/immunization/global_vaccine_action_plan/GVAP_doc_2011_2020/en/, (erişim tarihi 03.12.2018).

⁷ Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün 13.03.2009 tarihli ve 2009/17 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesi:

“Genişletilmiş Bağışıklama Programı

Bağışıklama hizmetleri, bebekleri, çocukları ya da erişkinleri enfeksiyona yakalanma riskinin en yüksek olduğu dönemden önce aşılayarak bu hastalıklara yakalanmalarını önlemek amacı ile yürütülen önemli bir temel sağlık hizmetidir.

Genişletilmiş Bağışıklama Programı (GBP), Boğmaca, Difteri, Tetanoz, Kızamık, Kızamıkçık, Kabakulak, Tüberküloz, Poliomyelit, Hepatit B, Hemofilus influenza tip b’ye bağlı hastalıklar ile Streptokokus pnömoniya’ya bağlı invaziv pnömokokal hastalıkların morbidite ve mortalitesini azaltarak, bu hastalıkları kontrol altına almak ve hatta tamamen ortadan kaldırmak amacı ile hassas yaş gruplarına enfeksiyona yakalanmalarından önce ulaşıp bağışıklanmalarını sağlamak için yapılan aşılama hizmetlerini içerir.

Temel amaç; doğan her bebeğin aşı takvimine uygun olarak yukarıda sayılan hastalıklara karşı bağışık kılınmasıdır. Genişletilmiş deyimine ise aşısız veya eksik aşıli bebek ve çocukların tespit edildiği anda aşılanmasının sağlanması ve bu uygulamanın ülke genelinde her yerde eşit olarak yapılması anlamını vurgulamak için kullanılmaktadır.

GBP akademisyenlerden oluşan Bağışıklama Danışma Kurulu’nun (BDK) bilimsel desteği ve önerileri doğrultusunda yürütülmektedir. BDK yılda en az iki kez toplanarak güncel gelişmeleri görüşmekte ve önerilerde bulunmaktadır...”

<https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/20726.genisletilmis-bagisiklama-programi-genelgesi-2009doc.doc?0> (erişim tarihi 14.11.2018)

⁸ ÖZMERT, Elif N., “Dünya’da ve Türkiye’de Aşılama Takvimindeki Gelişmeler”, **Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi**, 2008; Cilt: 51, Sayı: 3, s.168.

faydaları konusunda halkı eğiterek tercihi kişilere bırakırken, bazı ülkeler aşlamayı özendirici bir devlet politikası benimseyerek çocuklarını aşılataan ailelere mali teşvikte bulunmaktadır; diğer bir grup ülke ise aşlamayı zorunlu tutmaktadır⁹. Örneğin, Avustralya’da zorunlu aşılama uygulaması yerine devlet, çocuğunu aşılataan velilere ödeme yaparak mali teşvik sunmakta idi; ancak 01.01.2018 itibarıyla yürürlüğe giren bir kanun değişikliği ile çocukların aşılama Avustralya’da da zorunlu hale gelmiştir. Avustralya’da zorunlu aşıları yapılmamış olan çocuklar anaokuluna ve ilkokula kabul edilmemektedir ve aşılamaamış bir çocuğu okula kabul eden okul yönetimine de para cezası uygulanmaktadır¹⁰. Kanada’nın üç bölgesinde okula başlayabilmek için çocukların aşılamaası gerekmektedir. Aynı şekilde Amerika Birleşik Devletleri’nde de tüm eyaletlerde çocukların okula başlayabilmesi için aşılamaaları gerekmektedir; ancak, çoğu eyalet tıbbi, dini ve felsefi sebeplerle bazı kişileri aşılamaadan muaf tutabilmektedir¹¹.

Avrupa bu konuda ikiye bölünmüş durumdadır: Avrupa’da Avusturya, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Almanya, İrlanda, Litvanya, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya, İsveç ve Birleşik Krallık’ta zorunlu aşı uygulaması bulunmamaktadır; diğer ülkelerde ise bu zorunluluk bir aşı (Belçika) ile 12 aşı (Letonya) arasında değişmektedir¹². İtalya’da Temmuz 2017’de yürürlüğe giren kanuni düzenleme ile 10 adet aşı çocuklar için

⁹ WALKINSHAW, Erin, “Mandatory vaccinations: The international landscape”, **Canadian Medical Association Journal (CMAJ)**, 2011 Nov 8; 183(16): e1167–e1168, s.e1167.

<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3216445/> (erişim tarih, 11.11.2018).

¹⁰ 127 Sayılı Kamu Sağlığı Kanunu m.87 (Public Health Act 2010 No 127), <https://www.legislation.nsw.gov.au/#/view/act/2010/127/full> (erişim tarihi 20.11.2018).

¹¹ WALKINSHAW, 2011, s.e1167.

¹² HAVERKATE, M./D’ANCONA, F./GIAMBI, C., v.d., “Mandatory and Recommended Vaccination in the EU, Iceland and Norway: Results of the VENICE 2010 Survey on the Ways of Implementing National Vaccination Programmes” **Euro Surveillance**, 2012, Vol.17, Issue 22, s.3, <https://www.eurosurveillance.org/images/dynamic/EE/V17N22/art20183.pdf> (erişim tarihi 12.11.2018), PUPPINCK, Grégor, “Can one refuse compulsory vaccination? The European Court will soon decide.” <https://eclj.org/conscientious-objection/echr/refus-de-la-vaccination-obligatoire--la-cour-europenne-tranchera-bient> (erişim tarihi, 11.11.2018), BOZZOLA, Elena/ SPINAi, Giulia/RUSSO, Rocco, v.d., “Mandatory Vaccinations in European Countries, Undocumented Information, False News and the Impact on Vaccination Uptake: the Position of the Italian Pediatric Society”, **Italian Journal of Pediatrics**, 2018 (44): 67 <https://ijponline.biomedcentral.com/track/pdf/10.1186/s13052-018-0504-y> (erişim tarihi 03.12.2018).

zorunlu hale getirilmiştir ve aşılınmayan çocuklar okula kaydedilmemektedir. Velilerin kayıt yaptırmak için okula aşı belgesini sunması zorunludur. Ayrıca aşıları yaptırmayan ailelere para cezası da öngörülmektedir¹³. Dünya Sağlık Örgütü'nün Avrupa'da ortaya çıkan büyük kızamık salgınları nedeniyle yaptığı uyarı üzerine, 2018 yılından itibaren Fransa'da da çocuklara yapılan zorunlu aşı sayısı 3'den 11'e çıkarılmıştır¹⁴. Böylelikle Fransa, 11 aşı ile zorunlu aşı uygulamasını en geniş olarak uygulayan ülkelerden biri haline gelmiştir. Fransa'da Halk Sağlığı Kanunu uyarınca, çocukları aşılatmak velilerin sorumluluğunda olup, aşılınmayan çocuklar herhangi bir okul, günlük kreş, yaz kampı veya diğer çocuk topluluklarına kabul edilmez ya da devam edemez¹⁵. Avrupa'da zorunlu aşı sayısının fazla olduğu (dokuz aşı) ülkelerden biri de Çek Cumhuriyeti'dir. Çek Cumhuriyeti'nde de sadece aşılınan çocuklar kreş veya anaokullarına kabul edilirler. Herhangi bir enfeksiyona karşı bağışık olduğu veya sürekli kontrendikasyon nedeniyle aşılanamayacakları yazılı olarak bildirilen çocuklar bu zorunluktan muafir¹⁶.

III. AŞI UYGULAMASININ HUKUKİ DAYANAKLARI

Türkiye'de idare tarafından yürütülen aşılama faaliyetlerine ilişkin ulusal düzenlemeler yanında, ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu ve zorunlu aşılamaya dayanak olabilecek hükümler içeren uluslararası sözleşmeler de bulunmaktadır.

A. Ulusal Düzenlemeler

Anayasa'nın sağlık hakkını düzenleyen 56'ncı maddesine göre "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir*". Ayrıca, devlet herkesin hayatını, beden ve

¹³ <https://www.thelocal.it/20170830/compulsory-italian-school-vaccinations-how-it-works> (erişim tarihi, 11.11.2018).

¹⁴ <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/france-vaccination-mandatory-2018-next-year-children-health-measles-dying-anti-vaxxers-edouard-a7824246.html> (erişim tarihi 11.11.2018).

¹⁵ Code de la sante publique, Article L3111-2.

¹⁶ 258/2000 Sayılı Halk Sağlığını Koruma Kanunu (Zákon č. 258/2000 Sb.) m.50, https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Decisions/pdf/PI_US_16-14.pdf. (erişim tarihi 14.11.2018).

ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlüdür. Yine Anayasa'nın 17'nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, *“tibbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tibbi deneylere tabi tutulamaz”*. Maddeye göre kişinin rızası dışında vücut bütünlüğüne dokunulabilmesi *“tibbi zorunluluklar”* ve *“kanunda yazılı haller”* olmak üzere iki durumda mümkün olmaktadır. *“Kanunda yazılı haller”* ifadesi, bu konuda Anayasa ile çizilen çerçevede kanun koyucunun takdir yetkisi olduğunu göstermektedir. Diğer taraftan *“tibbi zorunluluk”* kavramının tanımı da bulunmadığından bu kavramın içeriği de kanun koyucu tarafından doldurulmalıdır.

Türk Medeni Kanunu'nun 24'üncü maddesine göre *“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldışılan kimse, hâkimden, saldışıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” Buna göre kişilik haklarının zedelenmesi *“kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası”, “daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar”* ya da *“kanunun verdiği yetkinin kullanılması”* durumlarından birinin varlığı halinde hukuka uygun olmaktadır. Zorunlu aşı uygulaması da *“daha üstün nitelikte kamusal yarar”* kavramı içerisinde değerlendirilebilir.

1593 Sayılı Umumi Hışızssıhha Kanunu'nda da idarenin toplumu bulaşıcı hastalıklardan koruma görevi düzenlenmektedir. Kanun'un 1'inci maddesine göre *“Memleketin sıhhi Şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhatli olarak yetiŐmesini temin ve halkı tibbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindedir”*. Ayrıca yine aynı Kanun'un 3'üncü maddesine göre ocuk ölümlerini azaltmak, salgın hastalıkların yurda girmesine engel olmak ve her türlü salgın hastalıkla mücadele etmek Sağlık Bakanlığı'nın görevleri arasında yer alır.

1593 Sayılı Umumi Hışızssıhha Kanunu'nda zorunlu olduğu belirtilen tek aşı ek aşısıdır. 1593 sayılı Kanun'a göre Türkiye sınırları içinde herkes ek aşısı olmak

zorundadır¹⁷. Ancak, Dünya Sağlık Örgütü'nün açıklamalarına göre kitle aşılama sonucunda 1977 yılından beri dünyada çiçek hastalığı görülmediğinden, 1980 yılından beri Türkiye'de çiçek aşısı uygulanmamaktadır¹⁸. Bu durum da göstermektedir ki, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun bazı hükümleri güncelliğini yitirdiği halde, halen yürürlüktedir. Bu Kanun kapsamına giren konuların yeniden ele alınarak günümüz koşullarına uygun kanuni düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç vardır.

Diğer taraftan 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda belirli hastalıkların ortaya çıkması durumunda ihbar yükümlülüğü ve zorunlu aşı uygulaması düzenlenmektedir¹⁹. Söz

¹⁷ 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu

“Madde 88 – Türkiye dahilinde her fert çiçek aşısı ile mükerreren aşılanmağa mecburdur. Bu aşının, icrası tarzı ve vesikaların ne suretle ita olunacağı ve aşılarının fennen geri bırakılması icap eden kimseler 87 nci maddede yazılan yönetmelikte zikredilir.

Madde 89 – Türkiye hudutları dahilinde doğan her çocuk doğumu takip eden ilk dört ay zarfında aşılanır. Çocuğun peder ve validesi aşı mecburiyetinin ifa edilmesinden aynı suretle mesuldürler. Ebeveyni olmayan çocuklar veya ebeveyni nezdinde bulunmayan çocuklar için çocuğu bakmak üzere kabul eden şahıslar veya müesseseler müdürleri mesuldürler.

Madde 90 – Otuz yaşına kadar olan her şahıs çiçek aşısını beş senede bir tekrar ettirmeğe mecburdur. Çiçek salgını vukuunda sıhhat memurları tarafından lüzum görülecek bütün eşhasa çiçek aşısı tatbiki mecburidir.

Madde 91 – Çiçek aşısı Hükümetçe hazırlanır ve meccanen tevzi ve tatbik olunur.

Madde 92 – Askeri makamlar, askeri hizmetlerini ifa esnasında ve kanunen muayyen olan müddetlerde askerlerin çiçek aşılarını muntazaman ifaya mecburdurlar.

Madde 93 – Ticari ve sınai bütün müesseseler sahipleri müstahdemlerini kendi vesaitiyle kanunun gösterdiği müddetlerde çiçek aşısı ile aşılamağa mecburdurlar.

Madde 94 – Kanuni mühlet zarfında mükerreren aşılandığını vesikalarla ispat edemiyenlerin Devlet, belediye hizmetlerinde veya hususi ve umumi ticaret ve sanayi müesseselerinde, büyük çiftliklerde istihdamı veya mekteplere kabulü memnudur.”

¹⁸ ULUKUTLU, Lamia/AYDIN, Ahmet, **Pediatric Ders Notları I**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1991, s.474.

¹⁹ 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu

“Memleket dahilinde sari ve salgın hastalıklarla mücadele

Madde 57 – Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddi tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden

konusu hükümlerdeki zorunlu aşı uygulaması, hastalık ortaya çıkmadan önce değil, ortaya çıktıktan sonra yapılan bir uygulamadır. Diğer bir deyişle, bu uygulama önleyici bir tedbir niteliğinde değil; hastalıkla mücadele amacıyla duruma müdahale niteliğindedir.

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70'inci maddesi uyarınca *"Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır..."*.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun *"Tanımlar"* başlıklı 3'üncü maddesinde korunmaya muhtaç çocuk, *"bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuk"* olarak tanımlanmaktadır. Yine aynı Kanun'un *"Koruyucu ve destekleyici tedbirler"* başlıklı 5'inci maddesinin (d) bendi uyarınca sağlık tedbiri, *"çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna,*

şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduz müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir.

Madde 64 – 57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşri ilâna ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedabirin kaffesini veya bir kısmını tatbika Sıhhat ve İctimai Muavenet Vekaleti salahiyettardır.

Madde 72 – 57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur:

1 - Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşri tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz'ı.

2 - Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki.

3 - Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri.

4 - Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlafi.

5 - Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri.

6 - Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men'i.

7 - Dahilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi."

bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına yönelik tedbirdir”. Söz konusu sağlık tedbiri, zorunlu aşı yaptırmak istemeyen velilere karşı uygulanmıştır. Ancak, daha sonra Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bireysel başvurular sonucunda, Anayasa Mahkemesi zorunlu aşuların sağlık tedbiri uygulanarak yaptırılamayacağı yönünde kararlar vermiştir²⁰.

1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin²¹ 352’nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre Sağlık Bakanlığı’nın görevi herkesin bedeni, zihni ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali içinde hayatını sürdürmesini sağlamaktır. Bu kapsamda Bakanlık’ın görevlerinden biri de *“halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi için çalışmalar yapmak”*tır. Ayrıca *“uluslararası önemi haiz halk sağlığı risklerinin ülkeye girmesini önlemek”* de Sağlık Bakanlığı’nın görevleri arasındadır (m.352/1-c). Yine aynı Kararname’nin 361’inci maddesinde Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü’nün görevleri arasında *“a) halk sağlığını korumak ve geliştirmek, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele etmek, c) bulaşıcı, bulaşıcı olmayan, kronik hastalıklar ve kanser ile anne, çocuk, ergen, yaşlı ve engelli gibi risk gruplarıyla ilgili olarak izleme, sürveyans, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapmak, bunlarla ilgili verilerin toplanmasını sağlamak, belirlenen hedefler doğrultusunda plan ve programlar hazırlamak, uygulamaya koymak, denetlenmesini sağlamak, değerlendirmek ve gerekli önlemleri almak, e) sağlık tehditlerine yönelik erken uyarı ve cevap geliştirilmesi amacıyla gerekli organizasyonu sağlamak, halk sağlığını tehdit eden konularda gereken tüm tedbirleri almak ve gerektiğinde müeyyide uygulamak”* sayılmaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nde de tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, kimsenin rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına

²⁰ Halime Sara Aysal [GK], B. No:2013/1789, 11/11/2015; Esma Fatıma Kızılsu ve Rukiye Erva Kızılsu, B. No:2013/7246, 23/3/2016; Muhammed Ali Bayram, B. No:2014/4077, 29/6/2016; Salih Gökalp Sezer, B. No:2014/5629, 21/11/2017.

²¹ R.G.10.07.2018, 30474.

dokunulamayacağı ifade edilmektedir (m.5/d). Bir diğer düzenleme ise Sağlık Bakanlığı'nın 13.03.2009 tarihli ve 2009/17 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesi'dir²². Söz konusu Genelge'de, toplumda özellikle bebek ve çocuklarda ortaya çıkan ve aşı ile korunabilir hastalıkların ortaya çıkışını, bu hastalıklardan kaynaklanan ölüm ve sakatlıkları engellemek için yapılması gereken aşular ve aşı takvimi düzenlenmektedir.

B. Uluslararası Sözleşmeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde doğrudan doğruya zorunlu aşı uygulamasına ilişkin bir hüküm bulunmasa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü 8'inci maddede düzenlenen özel yaşama saygı hakkı kapsamında değerlendirmektedir²³. Özel yaşamın gizliliği, kişinin özel yaşamının başkalarından gizli tutulması anlamının ötesinde, çok daha geniş bir kavramdır. Örneğin zorla yapılan vücut muayenesi, tıbbi müdahaleler, alkol, kan ve DNA testleri, açlık grevinde olan kişinin zorla beslenmesi gibi durumlar Sözleşme'nin 8'inci maddesi kapsamında değerlendirilmektedir²⁴. Bu müdahaleler, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde öngörülen, vücut bütünlüğüne yönelik ve şiddet içeren²⁵ müdahalelerden daha az yoğun müdahalelerdir²⁶. AİHM, kişinin sağlığına zarar verilmesini de AİHS m.8 kapsamında ele almaktadır²⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bireylerin fiziksel ve ruhsal

²² <https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/20726.genisletilmis-bagisiklama-programi-genelgesi-2009doc.doc?0> (erişim tarihi 14.11.2018).

²³ DIJK, Pieter van/HOOF, Fried van/RIJN, Arjen van/ZWAAK, Leo, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Fourth Edition, Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2006, s.686; ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (Ed.Sibel İnceoğlu), 3.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2013, s.304. Ayrıca bkz. Pretty-İngiltere Davası, Başvuru No.2346/02, 29.07.2002, §61, <https://hudoc.echr.coe.int> (erişim tarihi 20.11.2018).

²⁴ GÖLCÜKLÜ, FEYYAZ/GÖZÜBÜYÜK, ŞEREF, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s.335; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz, **AİHS Işığında Türkiye'de İnsan Hakları Sorunu**, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.388; ARSLAN ÖNCÜ, **2013**, s.305.

²⁵ ARSLAN ÖNCÜ, **2013**, s.304.

²⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, **2004**, s.388.

²⁷ DIJK/HOOF/RIJN/ZWAAK, **2006**, s.688.

bütünlüğü, onlara sağlanan tıbbi bakımın seçimine katılmaları ve bu bağlamda rızalarının ve maruz kaldıkları sağlık risklerini değerlendirmelerine olanak sağlayan bilgilerle erişimleri Sözleşme'nin 8.maddesinin kapsamına girmektedir²⁸. Bu bağlamda zorunlu bir tıbbi müdahale, hangi boyutta olursa olsun, 8.madde kapsamında değerlendirilir²⁹. Nitekim zorunlu aşı uygulaması da Mahkeme tarafından Sözleşme'nin 8.maddesi kapsamında değerlendirilmektedir³⁰.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 12'nci maddesine göre, "Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler". Maddenin ikinci fıkrasına göre ise bu Sözleşme'ye taraf devletlerin, bu hakkın tam olarak kullanılmasını sağlamak için alacakları tedbirlerin amaçları arasında ölü doğum ve çocuk ölümleri oranlarının düşürülmesi ve çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlamak, salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi de yer almaktadır.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın³¹ "Sağlığın Korunması Hakkı" başlıklı 11'inci maddesine göre "Akit Taraflar, sağlığın korunması hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla, ya doğrudan ya da kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde, diğer önlemlerin yanı sıra,

1. Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak;

²⁸ Marie Therese Trocellier-Fransa Davası, Başvuru No:75725/01, 5 Ekim 2006, §1. <http://echr.ketse.com/doc/75725.01-en-20061005/view/> (erişim tarihi 19.11.2018).

²⁹ X-Avusturya Davası, Başvuru No.8278/78, 13.12.1979, <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-74223%3FTID%3Dihgdqbxnfi> (erişim tarihi, 19.06.2018); Örneğin AIHM, başka bir kararında Belçika'da o günün koşullarında, tüberkülin testinin ve göğüs röntgeninin çocuklar için zorunlu tutulmasını Sözleşme'nin 8.maddesi kapsamında değerlendirmiş ve düzenlemeyi bu maddeye aykırı bulmamıştır. Bkz. Acmanne ve Diğerleri-Belçika Davası, Başvuru No.10435/83, 10.12.1984 <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-74749&filename=001-74749.pdf> (erişim tarihi 19.06.2018); Glass-İngiltere Davası, Başvuru No.61827/00, 09.03.2004, <https://hudoc.echr.coe.int> (erişim tarihi 19.06.2018).

³⁰ Carlo Boffa ve diğerleri/San Marino Kararı, Başvuru No:26536/95, 15.01.1998, §4. [file:///C:/Users/Mine%20Turhan/Downloads/BOFFA%20AND%2013%20OTHERS%20v.%20SAN%20MARINO%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Mine%20Turhan/Downloads/BOFFA%20AND%2013%20OTHERS%20v.%20SAN%20MARINO%20(1).pdf) (erişim tarihi 19.11.2018).

³¹ R.G.09.04.2007, 26488.

2. Sağlıklı olmayı teşvik etmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluk duygusunu geliştirmek üzere eğitim ve danışma hizmetleri sağlamak;

3. Kazalar açısından olduğu gibi, salgın, yöresel ve diğer hastalıkları olabildiğince önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı taahhüt ederler.”

Türkiye'nin tarafı olduğu Avrupa Sosyal Şartı'nın bu hükmü uyarınca, taraf devletler sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri ortadan kaldırmak, salgın hastalıkları önlemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdürler. Zorunlu aşı uygulaması da salgın hastalıkların önlenmesi için alınacak tedbirlerden biridir.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 6'ncı maddesine göre, “Taraf devletler, her çocuğun temel yaşama hakkına sahip olduğunu kabul ederler. Taraf devletler, çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı gösterirler.” Yine aynı Sözleşme'nin 24.maddesine göre “1. Taraf Devletler, çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma hakkını tanırlar. Taraf Devletler, hiçbir çocuğun bu tür tıbbi bakım hizmetlerinden yararlanma hakkından yoksun bırakılmamasını güvence altına almak için çaba gösterirler.

2. Taraf Devletler, bu hakkın tam olarak uygulanmasını takip ederler ve özellikle:

a) Bebek ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi;

b) Bütün çocuklara gerekli tıbbi yardımın ve tıbbi bakımın; temel sağlık hizmetlerinin geliştirilmesine önem verilerek sağlanması...

amaçlarıyla uygun önlemleri alırlar...”

Toplumun hastalıklardan korunarak çocuğun en iyi sağlık düzeyine kavuşturulması, bebek ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi amacıyla yapılan aşılama faaliyeti de Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin belirtilen hükümleri kapsamında değerlendirilebilir.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 5'inci maddesine göre “sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.

Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.” Sözleşme'nin 6.maddesine göre ise “...muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir. Kanuna göre bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir. Küçüğün görüğu, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak gözönüne alınacaktır”. Yine aynı Sözleşme'nin “Hakların Kullanılmasının Kısıtlanması” başlıklı 26'ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca, bu Sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında kamu sağlığının korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olan kısıtlamalar getirilebilir. Kamu sağlığının korunması amacıyla gerçekleştirilen zorunlu aşı uygulaması, söz konusu Sözleşme'nin 26.maddesi kapsamında değerlendirilebilir. Bu durumda zorunlu aşılama uygulamasının 26.maddeye göre kanuni bir dayanağının bulunması gerektiği söylenebilir.

Uluslararası Sağlık Tüzüğü de doğrudan doğruya çocuklarla ilgili olmamakla birlikte zorunlu aşı uygulamasına ilişkin bazı düzenlemelere yer vermektedir. 14517 sayılı ve 25.04.1973 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan bu Tüzük'ün 73'üncü maddesine göre, “Sarı humma aşısı uluslararası bir yolculuk yapan ve hastalığın bulaştığı bir bölgeden ayrılan her kişiden istenebilir”. Söz konusu Tüzük'ün 2005 yılında revize edilmiş olan metninde de “Örgütün sarı humma yayılma riskinin mevcut olduğunu saptadığı bir bölgeden ayrılan her bir yolcunun sarı hummaya karşı aşılama istenebilir” ve “Örgütün sarı humma yayılma riski mevcut olduğunu saptadığı bir bölgedeki giriş noktasında çalışan her kişi ve bu giriş noktasını kullanan aracın her mürettebatı, sarı hummaya karşı geçerli bir aşılama sertifikasına sahip olacaktır” şeklindeki düzenlemelere yer verilmiştir. Bu

düzenlemelerden bu hastalığa karşı aşılamanın zorunlu hale getirilebileceği anlaşılmaktadır³².

IV. ZORUNLU AŞI UYGULAMASININ İDARİ KOLLUK NİTELİĞİ

İdarenin en temel iki faaliyeti “kamu hizmeti” ve “idari kolluk faaliyeti”dir. İdari kolluk faaliyetinin amacı kamu düzenini sağlamak, bozulmasını önlemek ve bozulduğunda geri getirmektir. Kamu düzeni düzensizliğin yokluğundan öte pozitif bir anlam da taşımaktadır; düzeni tesis etmek ve devamını sağlamak da bu kavram içinde değerlendirilmelidir³³. Ancak kamu düzeni bir amaç değil, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlayan bir araçtır³⁴. Kamu düzeni kavramının da güvenlik, dirlik-esenlik ve sağlık olmak üç unsuru bulunmaktadır. Kamu düzeninin unsurlarından olan genel sağlık unsuru, toplumun genel sağlığının korunmasını ifade eder. Genel sağlık kavramı sadece hastalıkların önlenmesi amacıyla ibaret değildir. Bu kavram, toplumun sağlıklı koşullarda yaşamasını da hedefleyen çok daha geniş bir kavramdır³⁵. Sağlık, hem hastalıkların, hem de hastalık tehlikesinin yokluğu demek olduğuna göre, halk sağlığını tehdit eden tehlikelerin azaltılması ya da yok edilmesi de idari kolluğun görevleri arasındadır³⁶. Anayasa'nın 56'ncı maddesine göre herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Yine aynı maddeye göre Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlüdür. Genel sağlığa tehdit oluşturacak

³² Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün 2005'de kabul edilen revize edilmiş olan metni Türkiye'de Resmî Gazete'de yayımlanmamıştır. Ancak Uluslararası Sağlık Tüzüğü'ne (2005) Sağlık Bakanlığı Türkiye Hudut ve Sahiller Genel Müdürlüğü'nün internet sitesinde “Taraf Olduğumuz Uluslararası Sözleşmeler ve Anlaşmalar” başlığı altında yer verilmiştir. Bkz. <http://www.hssgm.gov.tr/UluslararasıAntlasmalar> (erişim tarihi 29.05.2018).

³³ OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.32-33.

³⁴ OKAY TEKİNSOY, 2011, s.37.

³⁵ DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982, s.255; YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s.52; TAN Turgut, **İdare Hukuku**, 2.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.391.

³⁶ KIRATLI, Metin, **Koruyucu İdari Hizmetler**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s.34.

tehlikelerin giderilmesi veya azaltılması için alınacak kolluk tedbirleri insanlar, hayvanlar, genel yerler, taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde söz konusu olabilir³⁷. Örneğin, içme suyunun ve gıdaların, okulların, işyerlerinin hijyen koşulları bakımından denetlenmesi, hastalık tarama programları, hayvan hastalıklarının önlenmesi için alınan tedbirler bu unsurun bir parçasıdır³⁸.

Klasik kolluk faaliyetleri dışında idarenin sağlık kolluğu faaliyetleri de bulunmaktadır. Genel sağlık unsuru kapsamında idare, toplumun bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan korunmasını, toplumun sağlıklı koşullarda yaşamasını sağlamakla yükümlüdür³⁹. Nitekim idarenin toplumu bulaşıcı hastalıklardan koruma görevi 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde düzenlenmektedir. Genel sağlık unsurunu, idarenin sağlık kamu hizmeti ile karıştırmamak gerekir. Çünkü sağlık kamu hizmeti, tek tek bireylerin hastalıklarının tedavisini gerektirir. Oysa, sağlık alanındaki kolluk faaliyetleri, genel sağlık koşullarının bozulmasını önlemeyi, bulaşıcı hastalıkların daha oluşmadan önlenerek toplumun genel sağlığını (kamu sağlığını) korumayı amaç edinir⁴⁰. Aynı şekilde bir bulaşıcı hastalık ortaya çıktıktan sonra ise, bu hastalığın toplumun geri kalanına bulaşmasını önlemek de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bir salgın hastalığın ortaya çıkması durumunda belli bir bölgeye giriş-çıkışların yasaklanması, seyahatin sınırlanması buna örnek olarak gösterilebilir⁴¹. Toplumun bulaşıcı hastalıklarından korunması amacıyla yürütölen zorunlu aşılama faaliyetleri de idarenin kolluk faaliyetleri kapsamında, sağlık unsuru içerisinde değerlendirilmelidir⁴².

³⁷ KIRATLI, 1973, s.34; ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.729.

³⁸ OKAY TEKİNSOY, 2011, s.86, 106.

³⁹ GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 10.Baskı, Ankara, 2011, s.292; OKAY TEKİNSOY, 2011, s.37.

⁴⁰ ÖZAY, 2004, s.729.

⁴¹ YAYLA, 1990, s.52.

⁴² ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, İstanbul Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s.1483; YAYLA, 1990, s.52; OKAY TEKİNSOY, 2011, s.86.

V. İDARİ KOLLUK YETKİSİNİN ANAYASAL ve KANUNİ SINIRLARI BAKIMINDAN ZORUNLU AŞI UYGULAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Vücut bütünlüğü kişinin doğuştan sahip olduğu doğal ve organik bütünlük olup, vücut bütünlüğünün korunması hakkı da doğuştan sahip olunan bir haktır⁴³. Aşılama faaliyeti bir tıbbi müdahale olarak kişinin vücut bütünlüğüne dokunur⁴⁴. Ancak bu faaliyette amaç kamu yararadır. Devletin görevlerinden biri yaşam hakkını korumaktır. Ancak yaşam hakkını korurken devletin negatif yükümlülükleri yanında pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bireyin vücut bütünlüğünü koruma ve geliştirerek sürmesini sağlama, devletin yaşatma görevinden kaynaklanmaktadır⁴⁵. Diğer bir deyişle, yaşam hakkı kişinin her yönden gelişmesini de gerektirdiğinden, bu gelişmeyi engelleyen, tehdit eden durumların (hastalık, sakatlık, doğal afet gibi) tamamıyla ortadan kaldırılması da devletin görevleri arasında yer alır⁴⁶. Peki idare, kamu yararı amacıyla, kolluk yetkisini kullanarak kişinin vücut bütünlüğüne rızası olmaksızın zorla dokunulabilecek midir? İdarenin sağlık alanındaki kolluk yetkisinin sınırları nasıl belirlenir? Birey aşığı reddederse, idare zor kullanabilir mi? Bu konunun tartışılması gerekir. Çünkü aşılama faaliyeti her ne kadar genel sağlığı korumaya yönelik bir faaliyet olsa da, aynı zamanda bireyin vücut bütünlüğüne dokunulmasını da gerektiren bir faaliyettir. Bireyin aşığı reddetmesi durumunda, bireyin vücut bütünlüğünün korunması hakkı ile kamu yararı çatışır. İdarenin kamu yararı adına zor kullanma yetkisine sahip olması gerektiği ileri sürülse bile, dokunulacak olan bireyin vücududur ve bireyin temel bir hakkına müdahale söz

⁴³ ZEVKLİLER, Aydın, “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, 1983, s.9.

⁴⁴ “52. Tıbbi müdahale; hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerdir. Bu kapsamda, birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik olarak tanımlanan maddelerin vücuda verilmesi şeklindeki aşı uygulamasının da müdahalenin boyutundan bağımsız olarak vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturduğu açıktır.” AYM, Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015.

⁴⁵ SAVCI, Bahri, **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1980, s.86.

⁴⁶ SAVCI, 1980, s.87.

konusudur⁴⁷. Dolayısıyla bu yetkinin nasıl ve hangi sınırlar ile düzenlenmesi gerektiği üzerinde durulmalıdır.

İdari kolluk, bireylere karşı zor kullanmaya kadar varabilen, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan faaliyetler içerir⁴⁸. Bu nedenle, idari kolluk alanı, bireylerin hak ve özgürlükleri üzerinde idarenin kamu gücünü en somut biçimde hissettirdiği alandır⁴⁹. Kamu düzenini oluşturan unsurlar bir taraftan kolluk makamlarının müdahale alanlarının sınırını çizerken, diğer taraftan kamu düzeninin bozulması veya bozulmasına yönelik tehlikeler idari kolluk faaliyetlerinin gerekçesini oluşturur⁵⁰. İçerisinde genel sağlık unsurunu da barındıran kamu düzeni kavramının kanuni dayanaklarının oluşturularak somutlaştırılması, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından oldukça önemlidir. Bu alanda görev ve yetki, alınması gereken tedbirler, ölçü ve usul kuralları, yaptırımların yasama organı tarafından düzenlenmesi zorunludur⁵¹. Kanunilik ilkesi çerçevesinde, sınırlandırmanın kanunla yapılması, demokratik bir hukuk devletinde vazgeçilmez bir koşul olup, aynı zamanda bireyler bakımından da idari faaliyetlerin belirli olmasını sağlar⁵². Özellikle bu alanda alınacak tedbirlerin bazılarının insan vücudu üzerinde uygulanacağı düşünöldüğünde, kolluk yetkisinin kanuni sınırlarının çizilmesi oldukça önemlidir. Buna zorunlu aşı uygulaması da dahildir. Vücut bütünlüğünün korunması hakkı gibi temel bir hakkı sınırlandıran böyle bir yetkinin idare tarafından kullanılabilmesi için, bu yetkinin kim tarafından, nasıl ve ne şekilde, hangi amaçla kullanılacağını, kapsamını ve bireylerin buna

⁴⁷ İnsan bedeni üzerinde gerçekleştirilen deneyler, zorunlu kısırlaştırma, zorunlu aşı, insandan kan alınması, saç ve sakal biçiminin değiştirilmesi vücut bütünlüğüne müdahaleye örnek olarak gösterilebilir. Kişinin rızası varsa, bu fiiller vücut bütünlüğüne müdahale oluşturmaz. Bkz. İZGİ, Ömer/GÖREN, Zafer, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C.I**, TBMM Basımevi, Ankara, 2002, s.225.

⁴⁸ KIRATLI, **1973**, s.40.

⁴⁹ ÖZAY, İl Han, “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri”, **Anayasa Yargısı**, 2002, Cilt: 19, s.275.

⁵⁰ KABOĞLU, İbrahim, **Özgürlükler Hukuku**, 6.Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002, s.93-94.

⁵¹ ÖZAY, **2004**, s.723.

⁵² OĞURLU, Yücel, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçölülük İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.61.

karşı başvuru yollarını belirleyen kanuni bir düzenlemenin varlığı şarttır⁵³. Kısacası, idari kolluğun, temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren, alınan önlemlere uyulmaması durumunda zor kullanmayı içeren yetkilere sahip olabilmesi için, bu yetkilerin ve sınırlarının kanunla düzenlenmesi gerekir; kolluk makamı kamu yararı amacıyla da olsa, kanundan almadığı bir yetkiyi kullanamaz⁵⁴. Kolluk yetkilerinin hem anayasal hem de kanuni sınırlara uygun olarak kullanılması gerekir.

Kolluk yetkisi temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirdiğinden, kanunla düzenleme yapılırken Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki sınırlamalara tabi olmalıdır⁵⁵. Buna göre, kolluk işlemleri ve eylemleri kanunla düzenlenirken, temel hak ve özgürlüğe getirilecek sınırlama, hakkın özüne dokunmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere dayanmalı, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır⁵⁶. Örneğin, kolluk yetkisini düzenleyen bir kanun hükmünün temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması gerekir. Buna göre, kolluğun yetkili olduğu alanlarda bile, kanunun bir temel hak ve özgürlüğü tamamen ortadan kaldıracı bir yasaklama getirmesi veya eylemde bulunması Anayasa aykırı olur⁵⁷. Böyle bir kanuni düzenleme yapılırken, kanun koyucu tarafından, sınırlama amacı açık bir şekilde ortaya konularak, söz konusu kolluk yetkisinin kullanılmasının kamu düzeninin korunması bakımından zorunlu nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "demokratik toplumda gerekli olma" ölçütünü ele alırken ölçülülük ilkesini kullanmakta ve "zorlayıcı sosyal ihtiyaç" unsurunun varlığını aramaktadır⁵⁸. Zorunlu aşu uygulaması bakımından bu değerlendirme

⁵³ SAVCI, 1980, s.109; OKAY TEKİNSOY, 2011, s.201.

⁵⁴ GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s.813, 818, 826-827; GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, C.II, Ekin Kitabevi, 20.Baskı, Bursa, Eylül 2018, s.545-546.

⁵⁵ TAN, 2013, s.428-429; GÖZLER/KAPLAN, 2018, s.546.

⁵⁶ GÖZLER/KAPLAN, 2018, s.546.

⁵⁷ KIRATLI, 1973, s.41.

⁵⁸ OĞURLU, 2002, s.153; Carlo Boffa ve diğerleri/San Marino (k.k.), B.No: 26536/95, 15.01.1998, §4.

bilimsel verilere dayanılarak yapılmalı ve genel sağlığı tehdit edecek boyutta büyük bir tehlikenin varlığının ortaya konması suretiyle kamu düzeninin korunması gerekliliği, diğer bir deyişle zorlayıcı sosyal bir ihtiyacın varlığı anayasal sınırlar çerçevesinde somutlaştırılmalıdır. Çünkü kolluk tedbirleri, kamu düzenini bozan ya da bozacak nitelikte gerçek bir tehlikenin varlığı sebebine dayanmalıdır⁵⁹. Bu tedbirler zorunlu ve tehlikenin ağırlığı ile orantılı olmalıdır⁶⁰. Tehlikenin ciddiyeti ve boyutu ise, kanunla alınması gereken tedbirlerin ölçüsünü belirler; bu sebeple kamu düzenine yönelik gerçek bir tehdit olmalıdır⁶¹.

Diğer taraftan, temel hak ve özgürlüğe getirilecek sınırlamanın Anayasa tarafından yasaklanmamış meşru bir amaçla yapılması, kanun koyucunun ise bu meşru amaca ulaşmak için gerekli ve orantılı araçları tespit etmede ölçülülük ilkesine uygun hareket etmesi gerekir⁶². Bu konu idarenin takdir yetkisine bırakılamaz⁶³. Sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olabilmesi için, başvuru aracının amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, aracın sınırlama amacı bakımından gerekli olması ve araç ile amaç arasında bir orantının bulunması gereklidir⁶⁴. Bu açıdan bakıldığında, zorunlu aşı faaliyeti, bir araç olarak düşünülürse, bu araç genel sağlığı koruma amacını gerçekleştirmeye elverişlidir; örneğin zorunlu çiçek aşısı ile çiçek hastalığı yeryüzünden silinmiştir. Hem çocuğun kendi sağlığı ve hem de genel sağlığın korunması için aşılamanın gerekli olduğu bir gerçektir⁶⁵; aşılanma yapılmadan toplumu bulaşıcı hastalıklardan korumak oldukça güçtür. Ayrıca, araç olan zorunlu aşı ile amaç olan genel sağlığın korunması arasında bir oran bulunmalıdır. Bu oran, aşılanan kişinin bu aşından zarar görmesinin önlenmesi için aşının güvenilirliğinin garanti

⁵⁹ KIRATLI, 1973, s.42.

⁶⁰ DURAN, 1982, s.259; KABOĞLU, 2002, s.94; ÖZAY, 2004, s.744.

⁶¹ KABOĞLU, 2002, s.94.

⁶² OĞURLU, 2002, s.62-63.

⁶³ SAVCI, 1980, s.110.

⁶⁴ SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s.114.

⁶⁵ KARA Mithat, “Anayasa Mahkemesi’nin Zorunlu Aşıya Yaklaşımı”, **Anayasa Mahkemesi’nin Zorunlu Aşı Kararı Konferansı (22 Aralık 2016)**, İzmir Tabip Odası Yayınları, İzmir, Nisan 2017, s.45.

altına alınması ile olur. Aşı güvenilir olduğu takdirde, hem bireyin, hem de toplumun yararındadır. Ancak, aşılama faaliyetinin kamu yararına olduğuna idare karar veremez. Kolluğun amacı kamu düzeni kavramı ile açıklansa da nihai amaç her zaman kamu yararındır. Ancak idare her faaliyetinde kamu yararının ne olduğunu doğrudan kendisi belirleyemez; idare sadece kanun koyucu tarafından belirlenen kamu yararını hayata geçirmekle yükümlüdür⁶⁶. Diğer bir deyişle, zorunlu aşılama faaliyetinde kamu yararının varlığı, ancak kanuni düzenlemelerle ortaya konulmalı, diğer bir deyişle somutlaştırılmalıdır⁶⁷. Kanuni belirleme yapılmadan, bunu idarenin düzenleyici işlemleri ile belirlemesi hukuk devleti ilkesine aykırı olur.

Zorunlu aşı uygulamasının doğrudan müdahale ettiği vücut bütünlüğüne saygı hakkı Anayasa'nın 17'nci maddesi ile düzenlenmiştir⁶⁸. Anayasa'nın 17'nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*”. Bu fıkra “rıza”, “kanunda yazılı haller” ve “tıbbi zorunluluk” ölçütlerini öngörmektedir⁶⁹. Maddeye göre kişinin rızası dışında vücut bütünlüğüne dokunulabilmesi “tıbbi zorunluluklar” ve “kanunda yazılı haller” olmak üzere iki durumda mümkün olmaktadır. “Kanunda yazılı haller” ifadesi, bu konuda Anayasa ile çizilen çerçevede kanun koyucunun takdir yetkisi olduğunu göstermektedir. Diğer taraftan “tıbbi zorunluluk” kavramının tanımı da bulunmadığından bu kavramın içeriği de kanun koyucu tarafından doldurulması gerekir. Doktrinde tıbbi zorunluluğun varlığını kabul etmek için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerektiği ileri sürülmektedir; bunlardan birincisi, kişinin kendisinden veya varsa kanuni temsilcilerinden hukuken kabul edilebilir rıza alınmasının fiilen mümkün olmaması, ikincisi ise, gecikmeksizin tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde, kişinin ölmesi veya

⁶⁶ KAYA, Cemil, **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.24-25.

⁶⁷ KARA, 2017, s.45.

⁶⁸ KABOĞLU, 2002, s.280. AYM, *Halime Sare Aysal* [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, § 47.

⁶⁹ KABOĞLU, 2002, s.285.

sağlığı açısından telafisi güç veya imkansız bir zarar doğması ihtimalinin varlığıdır⁷⁰. Dolayısıyla, zorunlu aşılama faaliyetinin hukuki dayanağı “tıbbi zorunluluk bulunması hali” olamaz. Diğer taraftan, Anayasa’nın söz konusu maddesine göre “kanunda yazılı hallerde” kişinin rızası olmadan da vücut bütünlüğüne müdahale edilebilir. Örneğin toplum sağlığını korumak gibi meşru bir amaçla, kanunla ayrıntılı olarak düzenlenmek kaydıyla, zorunlu aşı uygulaması hukuka uygun kabul edilebilir.

Türk Medeni Kanunu’nun 24’üncü maddesine göre kişilik haklarının zedelenmesi “*kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası*”, “*daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar*” ya da “*kanunun verdiği yetkinin kullanılması*” durumlarından birinin varlığı halinde hukuka uygun olmaktadır. Burada kişinin rızasının olmadığı varsayıldığında, Medeni Kanunu’nun 24.maddesinde belirtilen “*daha üstün kamusal yarar*” kavramı hukuki bir dayanak oluşturabilir. Örneğin, bulaşıcı hastalıklara karşı yapılan aşılama faaliyeti, tıbbi bir müdahale olsa da, klasik anlamda tedavi amaçlı yapılan tıbbi müdahaleden farklıdır⁷¹. Çünkü aşılama faaliyeti, sadece aşılanan kişiyi değil, tüm toplumun sağlığını korumak için gerçekleştirilmektedir. Aşı ile koruma sağlamak, hem hastalığın oluşması sonucu ortaya çıkacak toplumsal maliyetten çok daha ekonomik olur, hem de aşılama oranlarının yüksek

⁷⁰ ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.48-49; Ayrıca bkz.AYM, *Halime Sare Aysal* [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, § 56.

⁷¹ “*Kişinin cismani bütünlüğüne, yaşamına ve sağlığına dokunulamayacağı prensibini kabul etmiş bulunan 1982 Anayasası, kanunda yazılı kamu sağlığının korunmasına ilişkin durumlarda bazı tıbbi müdahalelerin, kişinin rızası bulunmasa dahi gerçekleştirilebilmesini öngörmüştür. Bu türden tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilebilmesinde kişinin rızasını açıklamasının önemi yoktur. Mesela, bulaşıcı hastalıklarla mücadele sırasında, kanuna uygun olarak yerine getirilmesi gereken aşılama, kişinin açıkça istememesine rağmen zorla yerine getirilebilecektir*”. Hukukumuzda, kamu sağlığının korunmasına ilişkin durumlar MK m.24/II’deki genel kuraldan başka, ayrıca sağlıkla ilgili mevzuatta açıkça belirtilmiştir.” ÇİLİNGİROĞLU, **1993**, s.45-46.

“*Öte yandan toplumun menfaati söz konusu olduğunda, kişinin vücut tamlığını ihlal eder nitelikte bazı müdahalelerde bulunmak zorunlu olabilir. Bu gibi hallerde -kişinin izni olmasa da- yapılan müdahaleler hukuka aykırı sayılmaz. Örneğin salgın bir hastalığa karşı aşı zorunluluğunun getirilmesi halinde, kişinin aşı olmak için rızasının bulunup bulunmadığına bakılmaz. Yapılacak müdahale toplum menfaati gereği hukuka uygun olarak kabul edilecektir... Aslında bu durumda kişinin yaşatılması, sağlığına kavuşturulması ile toplum menfaati de korunmuş olacaktır. ... vücut tamlığına müdahalede kural, ilgilinin rızasının bulunması ise de, belli hallerde ve şartlarda kanun koyucu bu esastan ayrılmaya olanak tanımıştır.*” ÇAKMUT YENERER, Özlem, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003, s.53-54.

olması aşı olmayan kişilerin de hastalığa yakalanma olasılığını azaltır; böylelikle aşılama faaliyeti genel sağlığı koruyarak üstün kamu yararı sağlar⁷². Ancak üstün kamusal yarar kavramının da kanuni düzenlemelerle somutlaştırılması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü bu kavram oldukça soyut ve geniş bir kavram olup, sınırının çizilmesi oldukça zordur. Kanun koyucunun yaptığı düzenlemelerle bu kavramı somutlaştırması gerekir. Bir diğer hukuka uygunluk sebebi “kanunun verdiği yetkinin kullanılması”dır⁷³. Aşılama yapacak görevlilerin ayrıca bu konuda kanunla yetkilendirilmiş olmaları gerekir. Üstün kamu yararı kavramına verilebilecek bir diğer örnek ise kişinin rızası olmadan muayene edilmesi, ilaç verilmesi ve kan alınmasıdır. Örneğin, 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun’un 7’nci maddesine göre, herkes sıtma hastalığı ile ilgili olarak Sağlık Bakanlığı tarafından gerekli görülen umumî veya kısmi muayenelere icabet etmeye, kan alınmasına ve ilaçların uygulanmasına izin vermeye mecburdur. Bu örneklerde vücut bütünlüğünün korunması hakkı ile kamu yararı kavramı çatışmaktadır. Vücut bütünlüğüne saygı hakkı mı yoksa kamu yararı mı üstün tutulmalıdır? Anayasa Mahkemesi, zorunlu aşı uygulamasına ilişkin olan bir kararında, Anayasa’nın 17.maddesinde özel sınırlama sebeplerine yer verilmese de, aynı maddede kanunla düzenleme hükmüne yer verildiğinden, vücut bütünlüğünün korunması hakkının Anayasa’nın 13’üncü maddesindeki kriterlere uygun olarak kanunla sınırlandırılabilceğini ifade etmiştir⁷⁴.

Anayasa Mahkemesi zorunlu aşıya ilişkin kararlarında kanunilik ilkesi üzerinde durmaktadır. Mahkeme’nin çocuklarda zorunlu aşı uygulamasına ilişkin olarak bugüne

⁷² OKYAY/AKBABA/KİRKİT, 2015, s.155-159.

⁷³ “Kamu Sağlığının Korunmasına İlişkin Durumlarda gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin hukuka aykırılığı, ilgili kişinin rızasını açıklamaktan kaçındığı ihtimallerde, üstün nitelikli kamu yararı ve kanunun verdiği özel yetki gibi nedenlerle engellenebilecektir (MK. M.24/II). Zira sözü edilen durumlarda, resmi ehliyetli kişilerin kendilerine hukuken tanınmış özel bir yetkiyi kullanarak gerçekleştirdikleri tıbbi müdahaleler ile kamu sağlığı korunmakta; yani, kamu yararı üstün tutulmaktadır.” Bkz. ÇİLİNGİROĞLU, 1993, s.50.

⁷⁴ AYM, Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, § 57.

kadar dört adet karar yayımlanmıştır⁷⁵. Bu kararlardan ilki olan *Halime Sara Aysal başvurusu* üzerine verilmiştir⁷⁶. Bu başvuru, velayet altında bulunan başvurucuya bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasının ebeveyn tarafından kabul edilmemesi üzerine, bu hususta Mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali iddiasına ilişkindir. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uşak İl Müdürlüğü tarafından Asliye Hukuk Mahkemesinden, çocuğun bebeklik dönemi aşılarının yaptırılmadığı gerekçesiyle 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu uyarınca çocuğun “korunmaya muhtaç çocuk” olduğu ve hakkında sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi talep edilmiştir. Asliye Hukuk Mahkemesi, ebeveynlerin söz konusu aşılarla ilgili olarak bilgilendirildikleri halde aşılama izin vermemesinden dolayı, çocuk hakkında sağlık tedbiri uygulanmasına karar vermiştir. Söz konusu tedbir kararına karşı yapılan itirazın da reddedilmesi üzerine, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 17.maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan vücut bütünlüğü hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisi hakkında karar alabilme hakkına karşılık geldiğini ifade etmiştir⁷⁷. Mahkeme’ye göre, hem fiziksel hem de ruhsal bütünlüğü kapsayan vücut bütünlüğünün korunması hakkı, bu maddede güvence altına alınmakta olup, bu hak tıbbi müdahaleyi ret hakkını da içermektedir⁷⁸.

⁷⁵ AYM, Halime Sara Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015; AYM, Esmâ Fatıma Kızılsu ve Rukiye Erva Kızılsu, B. No: 2013/7246, 23/3/2016; AYM, Muhammed Ali Bayram, B. No: 2014/4077, 29/6/2016; AYM, Salih Gökalep Sezer, B. No: 2014/5629, 21/11/2017.

⁷⁶ AYM, Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015 (R.G. 24/12/2015 – 29572), §1.

⁷⁷ AYM, Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015 (R.G. 24/12/2015 – 29572), §47.

⁷⁸ “Tıbbi müdahaleyi ret hakkı kapsamında fiziksel ve ruhsal bütünlüğe yönelik müdahaleler Sözleşme organlarının içtihadına da sıklıkla konu olmuş, bu kapsamda kişinin alkollü olup olmadığına yönelik kan ve nefes testleri, babalığın tespitine yönelik tahliller, suç faillerinin tespitine yönelik kan ve tükürük örneği temini, bulaşıcı hastalık riskine karşı yapılan kan testleri ve alınan röntgenler, jinekolojik muayene, psikiyatrik muayene ve tedavi, fiziksel tedavi ve ilaç tedavisi gibi kişiye rızası olmaksızın uygulanan tıbbi muameleler, fiziksel ve ruhsal özerkliğe bir müdahale olarak değerlendirilmiştir (Schmidt/Almanya, B. No. 32352/02, 5/1/2006; X./Avusturya, B. No: 8278/78, 13/12/1979, § 4; Glass/Birleşik Krallık, B. No: 61827/00, 9/3/2004, § 70; Y.F./Türkiye, B. No: 24209/94, 22/7/2003, § 34).” Bkz. AYM, Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015 (R.G. 24/12/2015 – 29572), §49.

Mahkeme, zorunlu tıbbi müdahalelerin, vücut bütünlüğünün korunması hakkına müdahale teşkil ettiği, ayrıca ebeveyni tarafından bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasına muvafakat edilmeyen başvuru hakkında, bebeklik dönemi aşılarının yapılması hususunda zorunlu sağlık tedbiri uygulanmasının, başvuruçunun maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına bir müdahale oluşturduğu, vücut bütünlüğünün korunması hakkının Anayasa'nın 17.maddesi uyarınca kanunda belirtilen hallerde ve Anayasa'nın 13.maddesinde düzenlenen ölçütlere uymak kaydıyla sınırlanabileceği, sınırlama getiren kanunun öngörülebilir, açık ve net ifadeler içermesi gerektiği, Çocuk Koruma Kanunu'nun ilgili hükümlerinin öngörülebilirlik niteliğini taşıyamaması nedeniyle kanunilik şartını karşılamadığı, 1593 sayılı Hıfzıssıhha Kanunu'nda ise sadece çiçek aşısının zorunlu aşı olarak düzenlendiği, diğer aşılarda ise Bakanlık Genelgesine dayandığı ve kanunilik şartını karşılamadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 17.maddesinin maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁷⁹. Kısacası, Anayasa Mahkemesi idari kolluk faaliyeti niteliğindeki zorunlu aşı uygulamasının mutlaka kanuni bir dayanağının bulunması ve bu konuda kanunla yapılması gereken düzenlemelerin tereddüte yer vermeyecek açıklıkta ve öngörülebilir olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu noktada sınırları açık bir şekilde çizilmek kaydıyla, kanunla idareye bu konuda yaptırım uygulama (idari para cezası gibi) yetkisi de verilebilir. Çeşitli ülkelerde bu konuda uygulanan yaptırım, aşılınmayan çocuğun okula kaydedilmemesi şeklindedir. Hatta bazı ülkeler, aşılınmayan çocuğun kaydını yapan okul idaresine idari para cezası uygulamaktadır. Aşılınmayan çocuğun okula kaydedilmemesi, çocuğun eğitim ve öğrenim hakkına getirilen bir sınırlama niteliğindedir. Zorunlu aşı uygulaması kapsamında, eğitim ve öğrenim hakkı sınırlandırılabilir mi? Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesinde hiç kimsenin, eğitim hakkından yoksun bırakılmayacağı düzenlenmektedir. Anayasa'nın 42.maddesinde de kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılmayacağı düzenlenmekle birlikte, ikinci fıkrada öğrenim hakkının kapsamının kanunla tespit edilip düzenleneceği belirtilmektedir.

⁷⁹ AYM, Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015 (R.G. 24/12/2015 – 29572).

Ayrıca dördüncü fıkrada, eğitim ve öğrenim hürriyetinin, Anayasa'ya sadakat borcunu ortadan kaldırmayacağı ifade edilmektedir. Söz konusu düzenlemelere bakıldığında, eğitim hakkının mutlak bir hak olmadığı ve kanunla sınırlandırılabilmesi anlaşılmaktadır. Ancak bu sınırlamaların Anayasa'nın 13.maddesinde belirtilen ölçütlere uygun olması gerekir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi eğitim hakkının mutlak bir hak olmadığı ve kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesini ifade etmektedir⁸⁰. Genel sağlığın korunmasıyla hem toplumun sağlığı, hem de tek tek bireylerin sağlığı korunmuş olur. Genel sağlığın korunmadığı bir toplumda eğitim hakkından yararlanmak da zorlaşır. Bu nedenle, böyle bir gerekçeyle eğitim hakkının kanunla sınırlanması durumunda, eğitim hakkının özüne dokunulduğundan söz edilemez. Kanımızca zorunlu aşı uygulamasının amacı olan genel sağlığın korunmasına yönelik kamu yararı ile eğitim ve öğrenim hakkının sınırlanması arasında makul bir denge bulunmaktadır.

Zorunlu aşı konusundaki ikinci karar *Muhammed Ali Bayram başvurusu*⁸¹ üzerine verilmiştir. Söz konusu karar ve gerekçesi, Halime Sare Aysal başvurusu üzerine verilen karar ve gerekçesiyle aynıdır. Tek farklılık, zorunlu aşı uygulaması yanında ayrıca yeni doğan bebekten zorunlu topuk kanı alınmasının da başvuruya konu olmasıdır. Kararda zorunlu aşı uygulaması açısından maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Ancak zorunlu topuk kanı uygulaması açısından Anayasa'nın 17'nci maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın

⁸⁰ “277. Anayasa'nın “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddesinin ilk fıkrasında, “Kimse, eğitim ve öğrenim haklarından yoksun bırakılamaz” denilerek eğitim ve öğrenim hakkı güvence altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise öğrenim hakkının kapsamının kanunla tespit edilip düzenleneceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı, hakkın kapsamını ve sınırlarını belirleme yetkisinin kanun koyucuya ait olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle kanun koyucunun anılan hakkı kamu yararı amacıyla sınırlandırabilmesi mümkündür. Ancak eğitim ve öğrenim hakkının sınırlandırılabilmesi için kamu yararının varlığı yeterli olmayıp temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca eğitim ve öğrenim hakkı, bu hakkın özüne dokunmaksızın yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” AYM, E.2015/41, K.2017/98, 04.05.2017 (R.G., 03.08.2017-30143). Eğitim ve öğrenim hakkının Anayasa'nın 13.maddesindeki ölçütlere göre sınırlandırılabilmesi yönündeki bir başka karar için bkz.AYM, E.2009/59, K.2011/69, 28.04.2011, (R.G., 12.07.2011-27992).

⁸¹ AYM, *Muhammed Ali Bayram*, B.No: 2014/4077, 29/6/2016 (R.G. 26/10/2016- 29869).

korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Mahkemeye göre zorunlu aşı uygulamasının kanuni dayanağı bulunmazken, zorunlu topuk kanı alınmasının kanuni dayanağı bulunmaktadır. Kararda zorunlu topuk kanı alınmasına ilişkin uygulamanın kanuni dayanağının bulunduğu ve dolayısıyla bu konuda idarenin yetkisinin mevcut olduğu belirtilmiştir⁸². Kısacası, Anayasa Mahkemesi, vücut bütünlüğüne müdahale niteliği taşıyan topuk kanı alma işleminin kanuni dayanağının bulunduğunu kabul ederken,

⁸² “90. 1593 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (7) numaralı bentlerinde Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti bütçeleriyle muayyen hatlar dahilinde olarak, doğumu teshil ve çocuk ölümünü tenkis edecek tedbirleri almak ve çocukluk ve gençlik hıfzıssıhhasına ait işlerle çocuk sıhhat ve bünyesinin muhafaza ve tekamülüne ait tesisatın murakabesi hizmetlerinin yürütülmesi ilgili idarenin görevleri arasında sayılmakla birlikte, genel nitelikteki söz konusu düzenlemenin tek başına, bazı hastalıkların tetkik ve teşhisi amacıyla topuk kanı alınması şeklindeki müdahalenin kanuni temelini oluşturmadığı açıktır. Bununla birlikte 3359 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar arasında engelli çocuk doğumlarının önlenmesi için gebelik öncesi ve gebelik döneminde tıbbi ve eğitsel çalışmalar yapılması ve yeni doğan bebeklerin metabolizma hastalıkları için gerekli olan testlerden geçirilerek risk taşıyanların belirlenmesine ilişkin tedbirlerin alınmasına yer verilmiş olup, belirtilen bu düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesi neticesinde, bir kısım metabolizma hastalıklarının teşhisi hususunda yenidoğanlar üzerinde bazı tıbbi testlerin yapılması ve gerekli tedbirlerin alınması hususunda ilgili idareye yetki verildiği anlaşılmaktadır. Zorunlu topuk kanı uygulamasına ilişkin esas ve usulleri ayrıntılı olarak düzenleyen 2006/130 sayılı ve Neonatal Tarama Programı konulu Genelge ile 2014/7 sayılı ve Yeni Doğan Tarama Programı konulu Genelge'nin de belirtilen hükümler kapsamında tanzim edildiği görülmektedir.

91. Bu bağlamda, bir kısım metabolizma hastalıklarının teşhisi amacıyla yenidoğanlar üzerinde bazı tıbbi testlerin yapılması ve gerekli tedbirlerin alınması hususunda belirtilen düzenlemeler temelinde yürütülen başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağladığı anlaşılmaktadır...

98. Başvurucu tarafından zorunlu topuk kanı uygulamasının sağlık açısından bir soruna yol açtığına ilişkin bir iddianın da ileri sürülmediği anlaşılmaktadır. Başvuru formu ve alınması işleminde başvurunun ve kamunun sağlığına ilişkin mevcut yarar karşısında, söz konusu işlemin başvurunun sağlığı açısından olumsuz bir etkisi olduğuna dair bir bulguya da rastlanılmamıştır. İlgili yargısal makamlar tarafından da ilgili mevzuat kapsamında -yukarıda belirtilen unsurlara da değinilmek suretiyle- başvuru hakkında sağlık tedbiri uygulanmasına karar verildiği görülmektedir. Söz konusu tespitler, Derece Mahkemesi kararlarının yeterli bir temele sahip olduğu ve keyfilik içermediğini ortaya koymaktadır.

99. Yukarıda yer verilen tespitler uyarınca başvuruya konu müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı söylenemez.

100. Açıklanan nedenlerle zorunlu topuk kanı uygulaması bağlamında başvurunun Anayasa' nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.” AYM, Muhammed Ali Bayram, B.No: 2014/4077, 29/6/2016 (R.G. 26/10/2016- 29869).

zorunlu aşılar bakımından bir kanuni dayanağın mevcut olmadığını ve kanunda açıkça düzenlenmeden bir aşının zorunlu tutulamayacağını ileri sürmüştür⁸³.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, zorunlu aşıya ilişkin tüm kararlarında vücut bütünlüğünün korunması hakkını hem AIHS m.8, hem de Anayasa m.17 kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, zorunlu tıbbi müdahalelerin -söz konusu müdahalenin boyutu ne kadar küçük olursa olsun- bu hakka müdahale teşkil edeceğini, her ne kadar çeşitli kanunlarda devlete çocuk ölümlerinin azaltılması ve toplum sağlığının korunması için tedbirler alma görevi verilmişse de, somut olarak her zorunlu tutulacak aşı için ayrı ayrı kanuni düzenlemenin varlığının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Mevzuatta zorunlu olduğu belirtilen tek aşı çiçek aşısıdır. Diğer aşılar bakımından idarenin kanundan almadığı bir yetkiyi kullanması söz konusudur. Her ne kadar Halime Sara Aysal kararında yer alan karşıoyda, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda çocuğun (bebeğin) korunmaya muhtaç çocuk olarak kabul edilmesi gerektiği ve bebeklik dönemi koruyucu aşılarının yapılması için mahkeme kararıyla uygulanan "sağlık tedbiri"nin çocuğun vücut bütünlüğüne yapılan müdahalede "kanunilik" şartını sağladığı, bu müdahalenin (aşı yaptırılması yolundaki mahkeme kararının) ölçülü ve orantılı olduğu belirtilse de⁸⁴, söz konusu kanuni düzenleme

⁸³ Zorunlu aşı konusuna ilişkin bir başka Anayasa Mahkemesi kararı ise 2016 yılında verilen Esmâ Fatıma Kızılsu ve Rukiyye Erva Kızılsu kararıdır. Bu kararın gerekçesi, Halime Sare Aysal başvurusu üzerine verilen kararın gerekçesi ile aynıdır. (Bkz.AYM, *Esmâ Fatıma Kızılsu ve Rukiyye Erva Kızılsu*, B. No: 2013/7246, 23/3/2016 (www.anayasa.gov.tr)). Bu konuda Anayasa Mahkemesi tarafından verilen son karar 2017 yılında verilen Salih Gökâl Sezer kararıdır. Bu kararda da zorunlu aşı konusuna ilişkin önceki Anayasa Mahkemesi kararlarına atıf yapılarak, zorunlu aşı uygulamanın kanunilik şartını sağlamadığı gerekçesiyle başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bkz.AYM, *Salih Gökâl Sezer*, B.No:2014/5629, 21/11/2017, §55-56.

⁸⁴ Karşıoy: "5395 sayılı Kanun'un 3/1-a ve 5/1-d maddeleri gözetildiğinde, çocuğun (bebeğin) korunmaya muhtaç çocuk olarak kabul edilerek hakkında bebeklik dönemi koruyucu aşılarının yapılması yolunda mahkeme kararıyla başvuru "sağlık tedbiri"nin çocuğun vücut bütünlüğüne yapılan müdahalede "kanunilik" şartını bu yönü itibariyle de sağladığı açıktır. Ayrıca, bu müdahalenin benimsenen sağlık politikası çerçevesinde, küçük yaşta çocukları ve toplum sağlığını koruma amacına yönelik olduğu, sağlık politikası gereği bu tür uygulamaların yapılmasının, kamu düzeni ve toplum sağlığı gözetildiğinde zorunlu ve gerekli bulunduğu, ülkemizde bulunan üç milyona yakın mültecinin taşıyabileceği hastalık tehlikesi gözetildiğinde ve ülkemizin dünyaya örnek gösterilen zorunlu aşı uygulamasının sonuçları dikkate alındığında ebeveynlerin küçük çocuklarına aşı yapılmasına izin vermemelerinin kamu düzeni ve toplum sağlığı açısından büyük risk oluşturabileceği, dolayısıyla başvurunun çocuğuna aşı yapılması yolundaki müdahalenin (sağlık tedbirinin) "acil bir sosyal ihtiyaç" teşkil ettiği ve çocukların gelişme

doğrudan doğruya zorunlu aşı uygulamasına ilişkin olmayıp, hangi aşılardan, kimler bakımından zorunlu olduğuna ve zorunlu aşı uygulamasında yetki ve usul kurallarına ilişkin hiçbir hükme de yer vermediğinden, vücut bütünlüğünün korunması hakkı bakımından Anayasa m.13'te belirtilen güvenceleri sağlamaktan uzaktır.

VI. ZORUNLU AŞI UYGULAMASININ AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde doğrudan doğruya zorunlu aşı uygulamasına ilişkin bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü 8'inci maddede düzenlenen özel yaşama saygı hakkı kapsamında değerlendirmektedir⁸⁵. Anayasa Mahkemesi de, fiziksel ve ruhsal bütünlüğü, Sözleşme'nin 8.maddesi kapsamında ele almaktadır⁸⁶. Zorunlu bir tıbbi müdahale, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, hangi boyutta olursa olsun, 8.madde kapsamında değerlendirilir⁸⁷. Zorunlu aşı uygulaması da AİHM tarafından Sözleşme'nin 8.maddesi kapsamında değerlendirilmektedir⁸⁸.

sürecinde karşılaşılabilecekleri muhtemel hastalıklara karşı bir önlem niteliğinde olduğu dikkate alındığında, bu müdahalenin (aşı yaptırılması yolundaki mahkeme kararının) ölçülü ve orantılı olduğu, Anayasa'nın işaret edilen maddeleriyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8/2 nci maddesine ve AİHM'nin içtihatlarına uygun düştüğü (Olsson/İsveç, B. No: 10465/83, 24.3.1988, § 67) anlaşılmaktadır”

⁸⁵ DIJK/HOOF/RIJN/ZWAAK, 2006, s.686; ARSLAN ÖNCÜ, 2013, s.304. Ayrıca bkz. Pretty-İngiltere Davası, Başvuru No.2346/02, 29.07.2002, §61, <https://hudoc.echr.coe.int> (erişim tarihi 20.11.2018).

⁸⁶ AYM, Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015 (R.G. 24/12/2015 – 29572), §47.

⁸⁷ X-Avusturya Davası, Başvuru No.8278/78, 13.12.1979, <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-74223%3FTID%3Dihgdqbxnfi> (erişim tarihi, 19.06.2018); Örneğin AİHM, başka bir kararında Belçika'da o günün koşullarında, tüberkülin testinin ve göğüs röntgeninin çocuklar için zorunlu tutulmasını Sözleşme'nin 8.maddesi kapsamında değerlendirmiş ve düzenlemeyi bu maddeye aykırı bulmamıştır. Bkz. Acmanne ve Diğerleri-Belçika Davası, Başvuru No.10435/83, 10.12.1984 <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-74749&filename=001-74749.pdf> (erişim tarihi 19.06.2018); Glass-İngiltere Davası, Başvuru No.61827/00, 09.03.2004, <https://hudoc.echr.coe.int> (erişim tarihi 19.06.2018).

⁸⁸ Carlo Boffa ve diğerleri/San Marino Kararı, Başvuru No:26536/95, 15.01.1998, §4. [file:///C:/Users/Mine%20Turhan/Downloads/BOFFA%20AND%2013%20OTHERS%20v.%20SAN%20MARINO%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Mine%20Turhan/Downloads/BOFFA%20AND%2013%20OTHERS%20v.%20SAN%20MARINO%20(1).pdf) (erişim tarihi 19.11.2018).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre, bir kişinin özel ve aile hakkına saygı hakkı kapsamında içerisinde yer alan vücut bütünlüğünün korunması hakkına yapılacak sınırlamanın ancak kanunla ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda yapılabileceği düzenlenmektedir⁸⁹. Kanımızca, bu hükme göre, genel sağlığın korunması için gerekli bir tedbir olması ve kanunla düzenlenmesi koşuluyla, zorunlu aşılamanın idareye bir kolluk yetkisi olarak verilmesinin mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kanunilik ölçütünü denetlerken, sadece kanuni düzenlemenin varlığını dikkate almakla kalmayıp, kanunun niteliğini de dikkate almaktadır⁹⁰. Burada kanunilik koşulunun gerçekleşebilmesi için, kanunun ulaşılabilir, açık ve öngörülebilir olması ve idare ile yargı organına aşırı ölçüde bir takdir yetkisi verecek belirsizlikte olmaması gerekir⁹¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, temel hak ve özgürlükleri sınırlamanın Sözleşme'ye uygunluğunu “meşru amaç” ölçütü ile denetlemektedir; öngörülen sınırlama nedeni ile belirlenen meşru amaç, demokratik bir toplumda zorunlu tedbir ölçütü (zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın varlığı) ile tamamlanmalı ve getirilen sınırlama ölçülü olmalıdır⁹².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu aşı uygulamasına ilişkin kararlarına bakıldığında, bu uygulamayı özel hayatın korunması hakkı kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Örneğin AİHM, *Carlo Boffa ve Diğerleri/San Marino*⁹³ davasında, zorunlu aşı uygulamasının AİHS m.8 kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, yaptırımı tabi olan zorunlu bir tıbbi tedavi ya da aşı uygulamasının özel hayata saygı

⁸⁹ KABOĞLU, 2002, s.89.

⁹⁰ KABOĞLU, 2002, s.90.

⁹¹ KABOĞLU, 2002, s.90. Anayasa Mahkemesi de zorunlu aşı uygulamasına ilişkin bir kararında kanunun şeklen varolmasının yeterli olmadığını, kanuna yapılan düzenleme kapsamında sınırlamanın erişilebilir, öngörülebilir ve kesin olması gerektiğini, böylece hem idarenin keyfi uygulamalarının önüne geçilebileceğini, hem de kişinin hukuku bilmesine yardımcı olacağını vurgulamıştır. Bkz. AYM, *Halime Sare Aysal* [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015 (R.G. 24/12/2015 – 29572) §62.

⁹² KABOĞLU, 2002, s.92-93.

⁹³ Carlo Boffa ve diğerleri/San Marino (k.k.), B.No: 26536/95, 15.01.1998, §4.

hakkına bir müdahale oluşturabileceğini ifade ettikten sonra, bu değerlendirmeyi yapabilmek için bu uygulamanın AİHS m.8/2⁹⁴ kapsamına girip girmediğinin incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Buna göre, zorunlu aşı uygulaması hem ilgili kişinin, hem de toplum sağlığının korunması amacına yönelik olduğundan, bu amaç meşru amaç olarak kabul edilmelidir. Ayrıca söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının değerlendirilebilmesi için, müdahalenin meşru amaçla orantılı olması ve acil bir sosyal ihtiyaca cevap vermesi gerekmektedir. Amacın ve müdahale şeklinin belirlenmesinde yerel makamlar belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Toplum sağlığının korunması amacını taşıyan aşı uygulamasının, ilgili kişinin hayatı bakımından bir tehlike yaratmaması koşuluyla, demokratik bir toplumda gerekli, amaçla orantılı bir tedbir olduğunu kabul etmek gerekir. Komisyon başvuranın, çocuk açısından söz konusu aşının ciddi sorunlara yol açabileceği olasılığını ortaya koyamadığını belirtmiş ve başvuranın iddialarını açıkça hukuki dayanaktan yoksun bularak kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁹⁵. Mahkeme'nin üzerinde durduğu zorunlu aşının “ilgili kişinin hayatı bakımından tehlike yaratmaması” ölçütü oldukça önemlidir. İlgili kişinin sağlığı bakımından tehdit oluşturan hiçbir müdahalenin, ölçülü ve orantılı olduğu söylenemez. Zorunlu aşı, ancak aşılanan kişinin sağlığına herhangi bir zarar vermeyecekse yapılmalıdır. Toplum sağlığını korumak için kişinin sağlığının ve yaşamının tehlikeye atılması kabul edilemez. Bireyin sağlığı ve yaşamı bakımından ciddi bir risk taşımaması koşuluyla, aşılama faaliyeti gerçekleştirilmelidir.

AİHM, *Solomakhin/Ukrayna*⁹⁶ davasında, fiziksel bütünlüğün özel yaşam kavramına dahil olup AİHS m.8 ile korunduğunu, önemsiz bir zorunlu tıbbi girişimin dahi bu hakka bir müdahale niteliğinde olduğunu, zorunlu aşılamanın da, 8'inci maddede

⁹⁴ *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.8/2*: Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörölmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

⁹⁵ Carlo Boffa ve diğerleri/San Marino (k.k.), B.No: 26536/95, 15.01.1998, §4.

⁹⁶ *Solomakhin/Ukrayna*, B.No: 24429/03, 24.09.2012, § 33-39.

güvence altına alınan, fiziksel ve ruhsal bütünlüğü kapsayan özel hayata saygı hakkına bir müdahale oluşturduğunu vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca böyle bir müdahalenin açıkça kanuna dayandığını ve toplum sağlığının korunması meşru amacını taşıdığını belirtmiştir. Mahkeme, başvuranın fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahalenin, bulaşıcı hastalıkların bölgede yayılmasını kontrol altına alma zorunluluğundan dolayı demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca, yerel mahkemenin bulgularına göre, sağlık personeli aşılama öncesi, kişinin aşılama uygunluğunu kontrol etmiştir. AİHM'ye göre bu da tıbbi müdahalenin, başvurucunun vücut bütünlüğü ile kamu yararı arasındaki çıkarlar dengesini bozacak ölçüde başvuranın zararına olmamasının sağlanması için gerekli tedbirlerin alındığını göstermektedir. Sonuç olarak, Mahkeme, söz konusu aşılamanın başvuranın sağlığına gerçekten zarar verdiğine ilişkin bir kanıt da bulunmadığından, mevcut davada Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Bu konudaki bir diğer dava ise *Pavel VAVŘIČKA ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti Davası*'dir. Çek Cumhuriyeti aleyhine açılan ve halen devam etmekte olan bu dava⁹⁷, çocuklara ebeveynleri tarafından zorunlu aşı yaptırılmaması ve yaptırılmaması nedeniyle yaptırım uygulanmasına (para cezası, okula kabul etmeme gibi) ilişkindir. Çek Cumhuriyeti vatandaşı olan Pavel Vavříčka, iki çocuğuna 13 ve 14 yaşındayken Bakanlık Genelgesi gereği zorunlu olan poliomyelitis, hepatit B ve tetanoz aşılarını yaptırmayı reddetmiştir. Bunun üzerine sağlık merkezi söz konusu yükümlülüğünü yerine getirememesi nedeniyle para cezasına hükmetmiştir. Başvuran, söz konusu düzenlemelerin, din ve felsefi inançlara saygı gösterilmesi hakkı da dahil olmak üzere temel hak ve özgürlüklere aykırı olduğunu iddia ederek itirazda bulunmuştur. Ayrıca aşuların risklerini ve yan etkilerini vurgulayarak, insan sağlığı ile oynandığını ileri sürmüştür. Başvuran ayrıca, sağlık merkezinin, aşılama reddeden çocukların görüşlerini dikkate almadığını belirtmiştir. Sağlık Bakanlığı şikayetçinin itirazını reddetmiş ve başvuranın söz konusu dönemde henüz 15 yaşında olmayan çocuklarının düzenli olarak aşılansından sorumlu olduğunu, başvuranın kamu

⁹⁷ Pavel VAVŘIČKA ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti, B. No: 47621/13, 23.07.2013.
<https://eclj.org/conscientious-objection/echr/pavel> (erişim tarihi 03.10.2018).

sağlığını koruma yükümlülüğünü ihlal ettiğini ve bu davada iddia edilen hiçbir kontraendikasyonun bulunmadığını ileri sürmüştür. Aşılama için kullanılan maddelerin yetkili makam tarafından usulüne uygun olarak onaylandığını ve bu maddelere olası reaksiyonların, aşılardan önlenmeyi amaçladığı enfeksiyonlardan daha az ciddi olduğunu belirtmiştir. Bunun üzerine başvuran, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 5'inci ve 6'ncı maddelerinde düzenlenen tıbbi müdahaleyi reddetme ve kişinin inançlarını özgürce ifade etme haklarının ihlal edildiğini, çocuğun görüşüne saygı duyulmadığını, aşının yapılmamasında kamu sağlığı açısından da bir risk olmadığını ileri sürerek Sağlık Bakanlığı'nın kararına karşı iptal davası açmıştır. Açılan davada yerel mahkeme, Biyotıp Sözleşmesi'nin 26.maddesine göre⁹⁸, kanunla düzenlenmek koşuluyla ve kamu sağlığını korumak amacıyla, tıbbi müdahaleyi reddetme hakkına kısıtlama getirilebileceği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Ancak söz konusu iptal davasının yerel mahkemede reddedilmesi üzerine başvuran, Yüksek İdare Mahkemesi'nde temyize başvurmuştur. Yüksek İdare Mahkemesi temyiz talebini reddetmiştir. Bunun üzerine konu anayasal şikayet başvurusu yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne taşınmış; ancak dava reddedilmiştir. Böylece iç hukuk yollarını tüketmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Söz konusu dava henüz sonuçlanmamıştır⁹⁹.

⁹⁸ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.26/1: Bu Sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlama konulmayacaktır.

⁹⁹ Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi aşılamanın sadece bireyler için değil tüm toplum için faydalı olduğunu ve buna uymayan velilere yaptırım uygulanabileceğini, mevcut bilimsel verilere göre risklerin çok az olduğunu vurgulayarak, zorunlu aşılama düzenlemesine ilişkin iptal istemini reddetmiştir. Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi kararında zorunlu aşılama düzenlemesinin kamu sağlığını koruma gibi meşru bir amaca sahip olduğu, sağlığın korunmasında en etkili yöntemlerden biri olan aşılamanın, enfeksiyon hastalıklarından kaynaklanan ölüm oranında önemli ölçüde azalma sağladığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında da zorunlu aşılamanın kamu sağlığını koruma gibi meşru bir amaçla yapıldığının kabul edildiği vurgulanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, aşılamanın toplumda herkesin ortak sorumluluğunu gerektiren bir sosyal faydası vardır. Toplumun yeterli çoğunluğunun aşılama, bazı hastalıkların yayılmasını önlediğinden, sadece aşılama kişileri değil, aşılama olmayanları da korur. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, çocukların okula kabul edilmesinin ön koşulu olan zorunlu aşı uygulamasının, meşru bir amacının bulunması nedeniyle, anayasal bir hak olan eğitim hakkının ihlali niteliğinde olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. Pl. ÚS 16/14, 27.01.2015, https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Decisions/pdf/Pl_US_16-14.pdf (erişim tarihi 11.11.2018).

Zorunlu aşı uygulamasına ilişkin ve devam etmekte olan bir diğer başvuru ise Makedonya Cumhuriyeti'ne karşı yapılmıştır. Söz konusu davada bebeğine ilgili Kanun'da düzenlenen zorunlu aşılarda yapılmasına izin vermediği için hakkında para cezası verilen başvuru, aşılarda kalitesi ve yan etkileri konusunda yeterince bilgilendirilmediği için rıza vermediğini, bu durumun velayet hakkına ve din ve vicdan özgürlüğüne yapılan haksız bir müdahale niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür¹⁰⁰.

Sonuç olarak, AİHM kararlarına bakıldığında, zorunlu aşı uygulamasının Sözleşme'nin 8.maddesi kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Mahkeme, aşılanmayan çocukların eğitim ve öğrenim hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirmemiştir. Mahkeme kararlarında zorunlu aşı, vücut bütünlüğüne bir müdahale olarak ifade edilmekle birlikte, açık bir kanuni düzenlemenin varlığı halinde, toplum sağlığının korunması meşru amacını taşıyan bu uygulamanın demokratik bir toplumda gerekli, ölçülü ve orantılı olduğu ve bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.8/2'ye uygun olduğu sonucuna varılmaktadır. Kanımızca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında üzerinde durduğu bu kriterlere uyularak yapılan zorunlu aşı uygulaması ile demokratik bir toplumda, hem genel sağlığın korunması mümkün olur, hem de kamu düzeni ile bireyin temel hak ve özgürlükleri arasında makul bir denge kurulmuş olur. İç hukukumuzda da bu kriterlere uyularak yapılacak zorunlu aşı uygulaması, toplumu bulaşıcı hastalıklardan koruyarak kamu düzeninin korunmasına katkıda bulunurken, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine de haksız bir müdahale teşkil etmeyecektir.

SONUÇ

Aşılama faaliyeti ister rızaya dayalı, ister zorunlu olsun, bir tıbbi müdahaledir. Kural olarak tıbbi müdahale için müdahalede bulunulacak kişinin aydınlatılması ve rızası gerekir. Eğer tıbbi müdahalede bulunulacak kişi küçükse, bu durumda veli ya da vasisinin rızası

¹⁰⁰ Aleksandra Skerlevska/Makedonya, B.No: 54372/15, 26.10.2015, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-175404"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (erişim tarihi, 11.11.2018).

aranacaktır. Anayasa'nın 17'nci maddesine göre tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Söz konusu hükme göre, zorunlu aşı uygulamasının gerçekleştirilebilmesi için, bu uygulamanın kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. Türkiye'de iek aşısı dışında kanunda açıkça zorunlu olduğu düzenlenen bir aşı bulunmamaktadır. Bu durum da göstermektedir ki, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun bazı hükümleri, güncelliğini yitirdiği halde halen yürürlüktedir. Bu Kanun kapsamına giren konuların yeniden ele alınarak günümüz koşullarına uygun hale getirilmesi gerekir. Gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, zorunlu aşı uygulamasının kanuni dayanağının bulunması gerektiği vurgulanmaktadır. Dolayısıyla Sağlık Bakanlığı tarafından zorunlu olarak yapılması düşünülen aşıların (Genişletilmiş Bağışıklama Programı kapsamında iki yaşına kadar olan çocuklara uygulanan aşılar gibi) hukuki bir dayanağının olması, diğer bir deyişle kanunda açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekir. Ayrıca, sadece zorunlu aşı uygulamasının değil, zorunlu aşının reddedilmesi durumunda uygulanacak olan idari yaptırımların da kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Örneğin, Avrupa'da bazı ülkelerde aşıları yapılmayan çocuklar okula kabul edilmemektedir. Böyle bir yaptırım, doğrudan doğruya eğitim ve öğrenim hakkının kısıtlanmasına neden olacağından, bunun Anayasa'nın eğitim ve öğrenim hakkını düzenleyen 42'nci maddesine göre kanunla düzenlenmesi gerekir. Sonuç olarak, idari kolluk yetkisi kapsamında, kamu sağlığını koruma amacıyla gerçekleştirilen zorunlu aşı uygulamasının esas ve usullerinin kanunda açıkça düzenlenmesi şarttır. Aksi takdirde, söz konusu uygulama Anayasa'nın 17'nci maddesine, Avrupa insan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasına ve İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 'nin 26'ncı maddesinin birinci fıkrasına aykırı olacaktır.

KAYNAKÇA

AKŐIT, Sadık, “Çocukluk Çağında AŞı Takvimi”, **Türk Pediatri ArŐivi**, Yıl: 2007; Cilt:42, Sayı:11, (s.26-35).

ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (Ed.Sibel İnceoğlu), 3.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2013.

BOZZOLA, Elena/ SPINA, Giulia/RUSSO, Rocco, v.d., “Mandatory Vaccinations in European Countries, Undocumented Information, False News and the Impact on Vaccination Uptake: the Position of the Italian Pediatric Society”, **Italian Journal of Pediatrics**, 2018 (44): 67, (s.1-4). <https://ijponline.biomedcentral.com/track/pdf/10.1186/s13052-018-0504-y> (erişim tarihi 03.12.2018)

ÇAKMUT YENERER, Özlem, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003.

ÇİLİNGİROğLU, Cüneyt, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

DIJK, Pieter van/HOOF, Fried van/RIJN, Arjen van/ZWAAK, Leo, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Fourth Edition, Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2006.

DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982.

FENNER, F./HENDERSON, D.A., **Smallpox and Its Eradication**, World Health Organization, Geneva, 1988.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGEN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2006.

GÖLCÜKLÜ, FEYYAZ/GÖZÜBÜYÜK, ŞEREF, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, C.II, Ekin Kitabevi, 20.Baskı, Bursa, Eylül 2018.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 10.Baskı, Ankara, 2011.

HAVERKATE, M./D'ANCONA, F./GIAMBI, C., v.d., "Mandatory and Recommended Vaccination in the EU, Iceland and Norway: Results of the VENICE 2010 Survey on the Ways of Implementing National Vaccination Programmes" **Euro Surveillance**, 2012, Vol.17, Issue 22, (s.1-6).
<https://www.eurosurveillance.org/images/dynamic/EE/V17N22/art20183.pdf> (erişim tarihi 12.11.2018)

İZGİ, Ömer/GÖREN, Zafer, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu**, C.I, TBMM Basımevi, Ankara, 2002.

KABOĞLU İbrahim, **Özgürlükler Hukuku**, 6.Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002.

KARA Mithat, "Anayasa Mahkemesi'nin Zorunlu Aşıya Yaklaşımı", **Anayasa Mahkemesi'nin Zorunlu Aşı Kararı Konferansı (22 Aralık 2016)**, İzmir Tabip Odası Yayınları, İzmir, Nisan 2017, (s.37-48).

KAYA, Cemil, **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

KIRATLI, Metin, **Koruyucu İdari Hizmetler**, Sevinç Matbbası, Ankara, 1973.

OĞURLU, Yücel, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

OKYAY, Ramazan Azim/AKBABA, Muhsin/KİRKİT, Ecem, "Aydınlatılmış Onam ve Aşılama", **Turkish Journal of Public Health** Year: 2015, Volume:13, No: 2, (s.155-159).

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, İstanbul Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ÖZAY, İl Han, “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri”, **Anayasa Yargısı**, 2002, Cilt: 19, (s.275-286).

ÖZAY, İl Han, **Günişğında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

ÖZMERT, Elif N., “Dünya’da ve Türkiye’de Aşılama Takvimindeki Gelişmeler”, **Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi**, 2008; Cilt: 51, Sayı: 3, (s.168-175).

PUPPINCK, Grégor, “Can one refuse compulsory vaccination? The European Court will soon decide.” <https://eclj.org/conscientious-objection/echr/refus-de-la-vaccination-obligatoire--la-cour-europenne-tranchera-bientt> (erişim tarihi 11.11..2018)

SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982.

SAVCI, Bahri, **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1980.

TAN Turgut, **İdare Hukuku**, 2.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz, **AİHS Işığında Türkiye’de İnsan Hakları Sorunu**, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

ULUKUTLU, Lamia/AYDIN, Ahmet, **Pediatric Ders Notları I**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1991.

WALKINSHAW, Erin, “Mandatory vaccinations: The international landscape”, **Canadian Medical Association Journal (CMAJ)**, 2011 Nov 8; 183(16): (s.e1167–e1168). <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3216445/> (erişim tarihi, 11.11.2018)

World Health Organization, **Global Vaccine Action Plan 2011-2020**, USA, 2013, s.5, https://www.who.int/immunization/global_vaccine_action_plan/GVAP_doc_2011_2020/en/, (erişim tarihi 03.12.2018)

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.

ZEVKLİLER, Aydın, “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, 1983, (s.1-37).

ROMA'DAN SOSYALİST TOPLUMA: HUKUKİ BİÇİMLER

MİRAS KALIR MI?

FROM ANCIENT ROME TO SOCIALIST SOCIETY: ARE THE LEGAL FORMS INHERITED?

Hakemli Makale
Şeyma SAĞDIÇ*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	42
I. MARX VE WEBER: ROMA HUKUKUNUN FARKLI İFADELERİ.....	44
II. SOSYALİST TOPLUMDA HUKUKİ BİÇİMLERİN DURUMU	55
SONUÇ	62
KAYNAKÇA.....	63

DOI: 10.32957/hacettepehdf.541706

Makalenin Geliş Tarihi: 19.03.2019

Makalenin Kabul Tarihi: 26.03.2019

* Arş. Gör. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı. E-Posta: seyma.sagdic@inonu.edu.tr

ORCID: 0000-0001-8627-1060

ÖZ

Marx ve Weber arasında kurulan diyalog, her ikisinin tarihsel analizi ve bununla bağlantılı olarak modern kapitalist toplum değerlendirmeleri arasındaki farkın belirlenmesi ile şekillenir. Söz konusu fark, her ikisinin hukuku ele alma biçimlerinde de ortaya çıkar. Bu bağlamda iki düşünür arasındaki temel ayırmadan beslenen bu çalışma, Roma'daki hukuki biçimlerin modern burjuva toplumuna aktarımının nasıl gerçekleştiği ve bu aktarımın her iki toplumsal formasyonu nasıl ilişkili kıldığına dair saptamalarda bulunur. Çalışmada Roma hukukunun modern burjuva hukukuna mirasının, bir bütün halinde hukuku ve hukuki kavramları tarihsizleştirmeye ve ebedileştirmeye yol açmayacağı, aksi tutumun Weberci tarih anlayışının bir ürünü olacağı ortaya konulmaktadır. Bu tespitin ardından çalışmanın son bölümünde Roma hukuku ile mevcut hukuki biçimler arasındaki ilişkinin, sosyalist toplumda hukuk kurumunun geleceğine dair tartışmalarda nasıl gerçekleşeceği soruşturulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Roma hukuku, hukuki biçimler, Marksizm, tarihsel materyalizm, Weberci tarih anlayışı, sosyalist toplum.

ABSTRACT

The dialogue between Marx and Weber is shaped by the difference between their analysis of history and the modern capitalist societies. The difference arises in the way that the two approach the law as well. Originating from this fundamental difference between the two, this article determines how the transformation of Roman legal forms to modern bourgeois society occurred and how this transformation relates this two social forms to each other. In this study, it is suggested that the legacy of Roman law to modern bourgeois law will not mean to an endless history and eternalization of the law and its legal regulations and that the opposite attitude will be a product of Weberian understanding of history. After this determination in the last part of this article, it is questioned that relationship between Roman law and the existing legal forms will continue in the discussion of the future legal institution of socialist society.

Keywords: Roman Law, legal forms, Marxism, historical materialism, Weberian understanding of history, socialist society

GİRİŞ

Gordon Childe, Roma'nın insanlığın bilgi dağarcığına önemli herhangi bir bilimsel yaklaşım veya buluş katmadığını¹ ifade etmiş olsa da; Roma modern topluma “büyük” bir miras, hukukunu, bırakmıştır. Ancak bir toplumdan diğerine kalan bu

¹ CHILDE, Gordon, **Tarihte Neler Oldu?**, (çev. A. Şenel, M. Tunçay), 5. Baskı, Kırmızı Yayınları, İstanbul, 2009, s. 280.

miras, önemli bir tartışmanın kaynağında yer alır. Zira bu miras ilişkisi hukukçunun kavrayışında:

“Belli tarihi şartlara uymak üzere biçimlendirilen bir sistem, sadece bu şartlara göğüs germekle kalmayıp, politik ve sosyal çevre tamamen değiştiği halde hayatiyetini günümüze kadar bile nasıl muhafaza etmektedir?”² sorusunu gündeme getirir.

Roma hukukuna dair bu temel sorudan yola çıkan hukukçu buradan devam ederek; Roma hukukunun güncelliğini, Roma toplumu ve hukukçularının çok değerli ve gelişmiş fikir dünyasına sahip olmaları veya modern kapitalist toplumlar gibi Roma toplumunun da kapitalist olduğu varsayımıyla açıklamaya girişir. Kapitalizmin varsayım olarak ele alındığı, hukukçuya hâkim olan bu genel yaklaşımın kökenleri Max Weber ve onun tarihsel bakış açısının ürünü olan çalışmalarda yer alır. “Roma özel hukuku ile modern üretim arasındaki ilişkide”³, Roma hukukunu modern kapitalist toplumun kuruluşu açısından esas belirleyici olarak kabul eden Weber, kendisinden sonra gelen Roma hukukçularının temel kaynaklarından biri olmuştur. Böylece Roma hukukunun diğer toplumlarla ilişkisine dair bir değerlendirmede, hâkim yaklaşım olan Weberci tarih anlayışı ve ona karşı geliştirilecek tarihin materyalist yorumu arasında bir tartışma kaçınılmaz olacaktır.

Bu çalışma, Weber’in düşüncelerinden beslenen Weberci tarih anlayışı ve onun karşısında konumlanan tarihsel materyalizm arasındaki tartışmayı temel alarak, hukuki biçimlerin toplumlar arasında aktarılması meselesini bir başka toplum yapısına taşımayı amaç edinmektedir. Bu toplum hiç şüphesiz sosyalist toplumdur. Böylece çalışmada temel amaç, Roma’dan kapitalist topluma miras kalan hukuki biçimleri sosyalist toplumdaki hukuk tartışmalarına taşımak ve bu iki dönemselleştirme arasında ilişki kurarak sosyalist toplumdaki hukukun konumuna dair akıl yürütmektir.

² VINOGRADOFF, Paul, **Ortaçağ Avrupasında Roma Hukuku**, (çev. F. Düzgören vd.), 1. Baskı, Göçebe Yayınları, İstanbul, 1997, s. 21.

³ MARX, Karl, **Ekonomi Politikin Eleştirisine Katkı**, (çev. S. Belli), 7. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 2011, s. 269.

İki bölüme ayrılan bu çalışma, ilk bölümde bir tespit ikinci bölümde ise bu tespitin başka bir örnekleme sorgulanmasını içerir. Buna göre ilk bölümde, Roma hukuki biçimlerinin günümüz hukuk sistemlerine miras kaldığını ve bu miras ilişkisinin tarihin Weberci ve materyalist yorumlarında farklı değerlendirilmelere karşılık geldiği belirlemeleri yer alır. İkinci bölümde ise sosyalist toplumda hukukun durumuna dair tartışmalar bu belirlemeler ile ele alınarak, sosyalist topluma hukuki biçimlerin miras olarak aktarılmasının imkânı soruşturulmaktadır.

I. MARX VE WEBER: ROMA HUKUKUNUN FARKLI İFADELERİ

Marx ve Weber arasında kurulan diyalog, her ikisinin tarih okuması ve bununla bağlantılı olarak modern kapitalist toplum değerlendirmeleri arasındaki farkın belirlenmesi ile şekillenir. Söz konusu fark, her ikisinin hukuku ele alma biçimlerinde de gözlemlenir. Böylece Marksist yöntemle ele alınan hukuki kavram ve kurumların, Weberci hukuksal bir analizden derin farklılıkları ihtiva edeceğini söylemek yeni bir tespit olmayacaktır.

Her iki düşünür arasındaki tarih okumasının farklılığı Roma hukukuna ilişkin kavrayışta da ortaya çıkar. Roma hukuku kavram ve kurumlarının modern burjuva hukuk sistemi içinde yer alması bakımından Marksist ve Weberci yorumlar arasında ciddi bir farklılık söz konusudur. Bu farklılık Roma hukukuna ilişkin genel literatüre yansıyan anlayışa bakıldığında daha da belirgin hale gelir. Zira bugün özel hukuk alanına dair herhangi bir çalışma; ayni hak, şahsi hak, mülkiyet, rehin, zilyetlik gibi Roma hukuku ile pek çok ortak kavramı içerir. Söz konusu kavramsal benzerlik ise hukukçuya Roma hukukunun belirli bir zamana bağlı olmayan her devre ve döneme uygulanması mümkün bir biçimsel değere sahip olduğunu düşündürür.⁴ Roma hukuku ile modern hukuk kavramları arasında benzerliğe odaklanan çalışmaların yoğunluğu, Roma hukuku çalışmalarında Weberci tarih okuması geleneğinin hâkim olması ile bağlantılıdır.

⁴ KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret, **Medeni Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Anahatları**, 1950 tarihli Önsöz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1993.

İlk olarak yapılacak belirleme, Roma dönemi hukuki kavram ve kurumlarının modern hukuk biçimleriyle açık bir ilişkisinin mevcut olduğudur. Bu anlamda Roma, pek çok hukuk kavramının doğduğu yerdir.⁵ Ancak bu tespit iki farklı tarih analizinde, farklı biçimlerde değerlendirilir. Roma hukuku ile kapitalist hukuk sistemi arasındaki ilişkiselliğin kabulü; tarihin materyalist değerlendirilmesinde hukuki biçimlerin gelişim koşullarına dair bir analiz nesnesi iken, Weberci tarih anlayışında kapitalist toplumsal formasyonunun ezeli ve ebediliğini gösteren bir veri niteliğindedir. Bu belirleme daha gelişmiş bir açıklamayı gerekli kılıyor:

Roma hukuku öğretisinde Weberci tarih anlayışı; mülkiyet, miras, sorumluluk gibi hukuki kavram ve kurumların Roma'dan alınmış olmasını bir çeşit çelişkili değerlendirmeye tabi tutar. Mülkiyet kavramına ilişkin tartışmalar bu durumun iyi bir göstergesidir. Buna göre, klasik dönem Roma hukukunda mülkiyet kavramının kişiye bağlı, mutlak ve sınırsız nitelikte olduğu nitelemesinin 12. yüzyıl *Glassatorler* tarafından Roma hukuk kaynaklarının “yanlış” yorumlanması sonucu olduğu ifade edilmektedir.⁶ Söz konusu görüş Roma hukukunun –teorik olarak- tekrar canlandığı bu dönemde, mülkiyet kavramının hukukçular tarafından mutlak ve sınırsız bir hak olarak anlaşıldığını; böylece kavramın Roma hukukunda da modern burjuva hukukunda anlaşıldığı gibi var olduğu yanılması neden olduğunu aktarır.⁷ Bu “yanlış” yorum bunu ileri süren hukukçulara göre; mülkiyetin her toplumda ve her dönemde esnek bir kavram olarak değerlendirilmemesine ve kavramın değişip dönüştüğünün göz ardı edilmesine neden olmaktadır.⁸ Mülkiyet kavramının gelişen sosyo-ekonomik gelişmeler ile zaman içinde anlam kazanıp kaybetmesini vurgulaması açısından doğru bir

⁵ MARX, Karl/ ENGELS, Friedrich, **Alman ideolojisi**, (çev. T. Ok, O. Geridönmez), 1. Baskı, Evrensel Basım Yayın, İstanbul, 2013, s. 32.

⁶ KARADENİZ, ÇELEBİCAN, Özcan, Çağdaş Mülkiyet Anlayışı Dolayısıyla Roma Mülkiyetinin Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu, **BATİDER**, 1986, Cilt: 13, Sayı: 3, s. 170 vd. Glassator döneminin 150 yıllık bir süreci kapsadığı ve bununla birlikte bu dönemin akademik nitelikte bir çalışmaya karşılık geldiği de akılda tutulmalıdır. VINOGRADOFF, **1997**, s. 54, 63.

⁷ Kapitalizmin gelişimiyle mutlak mülkiyet anlayışının paralel olduğu yaklaşımdan hareket eden bu tartışmalar bkz: KARADENİZ, ÇELEBİCAN, **1986**, s. 167-169. Burada ayrıca Wood'un, “mutlak” mülkiyet anlayışı ile kapitalizmi bir araya getirmenin, İngiltere örneği göz önüne alındığında açıkça görüleceği üzere, yanıltıcı olacağı uyarısı dikkate alınmalıdır. WOOD, E. M., **Yurttaşlardan Lordlara Eskiçağdan Ortaçağa Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi**, (çev. O. Köymen), 3. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2017, s. 186, dp. 96.

⁸ KARADENİZ, ÇELEBİCAN, **1986**, s. 157-184.

değerlendirme olan bu görüş, her ne kadar farklı toplum yapılarına uygun olarak mülkiyet kavramının sınırlarının değiştiğini öne sürse de yine de bunu, mülkiyet kavramını ebedileştirmek amacından bağımsız bir biçimde yapamamaktadır. Zira bu değerlendirme, mülkiyetin kapsamı değişse de her toplumda bulunması gerektiği ön kabulü ile hareket etmektedir.⁹ Böylece ön kabulünü gerçekçi kılmak adına hukuki biçimin değiştiğini kabul eder. Ancak hukuki biçimlerin değişmesi asla sönümlenmesi veya yok olması yönünde olmayacağı için, kavramın esnetilmesi veya daralması “özünün” devam edecek olmasına feda edilebilecektir. Bu şekilde içerikten ayrı var olan biçim, tarih boyunca aynı olarak kalırken, içerik her toplumsal yapıya göre farklı nitelik kazanacaktır. Bununla birlikte tarihsel gelişimin doğrudan ele alınmadığı çalışmalarda, “yanlış” yorumlanan mülkiyet kavramının neden “yanlış” yorumlandığı ve bu yanlışlığın neden ticaret yollarının kesiştiği Bologna’da yapıldığı sorgulanmaz. Yine söz konusu “yanlış” yorumun, *dominium*(mülkiyet hakkı)- *imperium*(egemenlik) kavramları arasındaki çatışmaya¹⁰ sistematik bir cevap arayışının ürünü olup olmamasıyla ilişkisi de göz ardı edilir. Aksi halde, dönemin üretim ilişkilerine uygun düşen niteliklerin hukukçuların kişisel çalışmalarına bağlanması ve daha sonra da kapitalizmin gelişiminin, üretim ilişkileri ve üretici güçler arasındaki çelişki dışında rasyonalite, bürokrasi, Romanistler vb. gelişmeler ile açıklanması mümkün olmayacaktır. Böylece tarihsel gelişimi göz ardı etmeden hukuki gelişimi bağlamsal bir temelde açıklamayı amaçlayan hukukçular bile, tarihin materyalist yorumundan imtina ettikçe; kapitalist ilkeleri Roma hukukunda da aynı biçimde bulan ve mülkiyet kavramının ebedi olduğunu kabul eden yaklaşımdan uzaklaşmamaktadır. Bunun olağan sonucu da 12. yüzyılda Roma kaynaklarının gündeme alınması ve Roma hukukuna olan ilginin artmasını, “birden bire¹¹” ortaya çıkan mistik bir durum olarak değerlendirilmesidir.

⁹ GÜRİZ, Adnan, **Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969, s. 338; Aynı Yönde: KARADENİZ, ÇELEBİCAN, **1986**, s. 157-158.

¹⁰ Mülkiyet ve devlet karşılığına paralel olarak Roma toplumu *dominium* ve *imperium* kavramları arasında bir ayırım yapmış *dominium* tam ve kişiye özel mülkiyete karşılık gelirken, *imperium* kamusal egemenliğe, hükümlerlik hakkına karşılık gelir. Ayrıntılı aktarım için bkz: WOOD, **2017**, s. 192 vd.

¹¹ KARADENİZ, ÇELEBİCAN, Özcan, Hukuk Öğretimi Bakımından Roma Hukuku, **AÜHFD**, 1969, Cilt: 26 Sayı: 1, s. 330; CEYLAN Güneş Seldağ, Roma Hukukunun Günümüz Düzenlerine Etkisi,

Hukuki kavramların tarihsel olarak değiştiğini ifade eden, literatürde hâkim sayılabilecek bu görüşün ardından beklenebilecek yorum, hukuki biçimlerin toplumlar arasında miras olarak aktarılmasını kabul etmekle beraber, bu aktarımın “aynı”lık vurgusu ile değil; hukuki biçimlerin tahrip edilerek, yeniden anlamlandırılarak, kısmen bozularak da gerçekleşebileceğidir.¹² Böylece hukuki biçimler yönünden kalıtım ilişkisine sahip toplumların, farklı üretim ilişkileri çerçevesinde örgütlenebildiği değerlendirmesi de mantıksal karşılığını bulur. Ancak Weberci tarih anlayışı çerçevesinde bir yorum, böyle bir değerlendirmeyi materyalist ve alt yapı kurumlarına bağlı olduğu gerekçesi ile kabul etmeyecektir. Aksine tarihsel gelişime uygun olarak değişen ancak her zaman içindeki “özü” koruduğunu ifade ettiği kavramların varlığı, kapitalist toplumun ve onun işleyiş yasalarının ebedi olduğuna dair gerçekliğin karşılığı olarak değerlendirilir. Hâlbuki aynı mantıkla devam edilse dahi, Roma özel hukukunun modern burjuva toplumlarında “aynı” şekilde yaşamasına rağmen, Roma kamu hukukunun neden uygulanmadığının sorgulanması gerekir. Bu anlayış “kurumuş dallar” olarak aktardığı çeşitli hukuki biçimlerin (kölelik, stipulatio, kadınların vesayeti gibi) “kesildiğini” gözlemlerken¹³, modern toplumlarla aynı gelişmişlik seviyesine sahip kabul ettiği Roma toplumunun kamu hukukuna ilişkin kurallarının neden

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, Sayı:8, No. 1-2, s. 81. Aynı şekilde bu görüş Roma hukukunun 12. yüzyılda yeniden canlanmasını, bu dönemde yeni keşfedilen Roma hukuk metinlerinin üniversitelerde okutulmaya başlamasıyla nedenselleştirir. Hâkim olan bu görüş Weber’in Roma hukuku kabulünü yeni bir hukuk *honoratioresinin* oluşmasıyla açıkladığı görüşleriyle bağlantılıdır. (WEBER, Max, **Hukuk Sosyolojisi**, Yarın Yayınları, İstanbul, 2014, s. 347) Ancak Roma hukukunun gelişimine ilişkin doğru bir değerlendirme Roma hukukunun hukukçuların ilgisine tekrar mazhar olmasını; ticaret yollarında bulunan şehirler boyunca, düzenli ve uzun mesafeli ticaretin gelişmesiyle ilişkilendirecektir.(TIGAR, Micheal E./ MADELEİNE, R. Levy, **Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk**, (çev. O. Karahanoğulları), 1. Baskı, Epos Yayınları, Ankara, 2016, s. 86-87.) Ancak bu belirleme de Roma hukukunun yeniden canlanmasında kapitalist gelişim arasında nedensel ve doğrudan bir ilişki kurmak anlamına gelmemelidir.

¹² Buna ilişkin olarak Roma hukuku çalışmalarında bulunan Vinogradoff’un değerlendirmesi bu mantıksal sonucu kısmen içerir. Buna göre: “Tarih asla kendisini tekrar etmese ve on beşinci yüzyıl Avrupa’sındaki ticaret ve endüstri koşulları, Roma İmparatorluğu’nda egemen olanlardan bayağı farklı olsa da, alışveriş ilişkilerine yönelik hukuksal yapılar kurmadaki engin bir deneyimin sonuçları Roma hukuku kitaplarından faydalanmada başarısız olmadı. Bu etki sözleşme hukukunda belirgindir.” VINOGRADOFF, 1997, s. 115-116

¹³ VILLEY, Michel, **Roma Hukuku Güncelliği**, (çev. B.Tahiroğlu), Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 145.

uygulanmadığını¹⁴ sormaz. Aynı anlayışa sahip olan hukukçu hukuki biçimlerin değiştirilerek, yeniden yorumlanarak, tahrip edilerek aktarıldığı bilgisine sahip olmadıkça kaynak hukuk sisteminin en iyi ihtimalle öneminin azaltıldığını, eskisi kadar değer görmediğini ifade ederken bunun sebebini Marksizme bağlamaktan çekinmez.¹⁵ Benzer eğilim hukukçuya, Roma hukukunun güncelliğine dair sorgulamada, “düşmanın” kim olduğunu da net bir biçimde gösterir. Villey’in ifadeleri ile:

“Günümüzde , artık devir değişmiş ve bu doktrin eski önemini kaybetmiştir. *(roma hukukunun öneminden bahsediyor)* Bunun sebepleri tahmin edilebilir: Latince’nin gerilemesi (Roma hukuku ciddi olarak ancak orijinal dilinde incelenebilir) , çağdaş fikri işgal eden tarihi maddecilik (yeni iktisadi alt yapının, tamamen yeni bir hukuk sanatı yaratacağı kanısına varılmıştır), teknik ilerleme (zira üç yüzyıldan beri fen bilimlerdeki gelişme olağan üstüdür ve bugün füzeler yapmayı biliyoruz, Artık Gaius ve Ulpianus’tan öğrenecek bir şeyimiz kalmamıştır)”¹⁶

Villey’in bu eleştirel değerlendirmeleri ile, tarihsel materyalizme açıkça cephe alması münferit bir tavır değildir. O da pek çok hukukçu gibi ekonomik ve toplumsal gerçeklikten ayrı, kendinden menkul bir hukuk olduğu varsayımından hareket etmektedir. Roma’nın güncelliğini adalet ilkeleri çerçevesinden tartışarak, Roma hukuk sistemi içinde kavram ve kurumların modern hukukla aynı olduğunu ortaya koyma amacıyla hareket eder. Ancak böyle bir değerlendirme hukuki kavram ve kurumların dönüştüğü, değiştiği ve yeniden ele alındığı durumları göz ardı etmeye yol açmaktadır. Zira Villey ve benzer yaklaşımı sergileyen hukukçular, Roma hukuku tarihi içinde rahip hukukçulardan itibaren yapılan merasimli hukuk uygulamalarının terk edildiğini, yeni yazılı formulaların oluşturulduğu dönemlere doğru bir değişimin yaşandığını ifade etmelerine rağmen¹⁷, bu değişimin hangi toplumsal gerçekliğe karşı geldiğini

¹⁴ KÜÇÜK, Eşref, 12. yüzyıl Rönesansı ve “yeniden doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku, **AÜHFD**, Cilt: 56, Sayı: 4, 2007, s. 117.

¹⁵ Bkz. VILLEY, **2017**, s. 149.

¹⁶ VILLEY, **2017**, s. 10.

¹⁷ VILLEY, **2017**, s. 30 vd.

değerlendirmemektedirler. Bunun nedeni, yaklaşımlarını Weber'in tarih anlayışı ile uyumlu ve tarihsel materyalizm ile doğrudan karşıtlık içinde konumlandırmalarıdır.

Modern burjuva toplumlarında hukuki biçimlerin Roma'dan miras kalması, tarihi Weberci anlayışla değerlendiren pek çok Roma hukukçusunu hukuki biçimlerin sabit, kesin ve ebedi olduğu inancına götürür. Çünkü onlara göre bu kavramsal “aynılık” (mülkiyet, miras, vasiyetname veya borç, akit, vekalet, şirket gibi hukuk kavramlarının sürekliliği) Romalıların ne ifade biçimlerinin ne de metotlarının sona erdiğinin bir kanıtıdır.¹⁸ Bu durum Roma hukuku çalışmalarını hukuk sistemleri arasında ekonomik toplumsal gelişmeyi dikkate almadan,¹⁹ salt dogmatik hukukla sınırlandırılması sonucunu doğurur. Weber'in kendi çalışmalarında hukuki düşüncelerin kendilerini doğurmuş toplumlardan kopararak betimleyip karşılaştırması²⁰; Weber'i takip eden hukuk çalışmalarını da benzer biçimde, Roma hukuku ile mevzu hukuk kavram ve kurumlarını karşılaştırma ile sınırlamıştır.²¹ Bu çalışmalarda esas olan ise belirlenmiş çelişkilerin, içeriğin boşaltılması yoluyla, gizlenip gözden uzaklaştırılması nedeniyle hukuki biçimlerin ebedi ve sabit gibi algılanıyor oluşudur.²² Ancak hukuki biçimlerin değişmeyen, sabit ve ebedi olduğu yalnızca bir görüntüdür ve hukukun da evrim yasalarına tabi olduğu gerçeğinin göz ardı edilmesinin sonucudur.²³

Hukuk çalışmalarında mevcut genel yaklaşımlara dair belirlemelerin ardından bu yaklaşımın düşünsel evrenini oluşturan kişiye, yani Weber'e ve onun Roma hukukunu nasıl değerlendirdiğine dair açıklamalarına dönmek gerekir. Rasyonel kapitalizm veya modern kapitalizm olarak adlandırdığı kapitalizmin neden Avrupa'da geliştiği sorusuna

¹⁸ VILLEY, 2017, s. 11.

¹⁹ POLAY, Elemer, Sosyalist Ülkelerde Roma Hukuku, (çev. B. Erdoğan), **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 7, 1971, s. 240.

²⁰ TIGAR / MADELEINE, 2016, s.304.

²¹ Alman Roma Hukukçusu Koschaker'in Türkiye'deki Roma hukuk çalışmalarındaki hakim rolü ile de ilişkili olan bu çalışmalara birkaç örnek: OĞUZ, Arzu, Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması, **AÜHFD**, 1990, Cilt: 42, Sayı:1, s. 225-284. ; KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti, **AÜHFD**, 1996, Cilt: 45, Sayı:1, s. 505-531.

²² KARAHANOGULLARI, Onur, Diyalektik Hukuk Bilimi Notları, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015, Cilt: 5, Sayı: 2, s. 279.

²³ KARAHANOGULLARI, 2015, s. 279-280.

cevap ararken Weber, hukukun bu açıdan önemli bir rol oynadığını ileri sürer.²⁴ Weber'e göre Avrupa hukuku kapitalizmin kendisi tarafından belirlenmemektedir. Ekonomik faktör, hukukun belirlenmesinde hukukçulardan veya politik ihtiyaçlardan daha fazla belirleyen niteliğinde değildir.²⁵ Bu belirleme ile bağlantılı olarak Avrupa'da hukukun, kapitalizmin gelişiminde oynadığı role ilişkin bir araştırma da doğrudan Roma hukukunun niteliklerine bakmayı gerekli kılacaktır. Böylece Weber kapitalist ilkelerin kaynağı olarak gördüğü Roma'ya gidecek, bu ilkeleri bulmadan da Roma toplumu değerlendirmesini bitirmeyecektir. Bu değerlendirmede temel ilke ise rasyonalizmdir.

Weber'in Roma hukukunu ele alması da tıpkı toplumların tarihsel gelişimini değerlendirirken temel kavram olarak kullandığı, rasyonelleşme kavramı ile mümkün olur.²⁶ Weber'in tarihsel gelişim çizgisi, rasyonelleşmenin erken dönem Roma'dan başladığı, Roma İmparatorluğu ile çöktüğü; Ortaçağ'da yeniden keşfedilmeyle canlandığı ve Pandekt hukukçuları ile en yüksek seviyesine ulaştığı değerlendirilmesine dayanır.²⁷ Böylece toplumsal yapı ve hukukun değişmesi rasyonelleşme derecesine

²⁴ TRUBEK, David, Max Weber on Law and The Rise Of Capitalism, **Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series**, 1972, s.723; GIDDENS, Anthony, **Siyaset Sosyoloji ve Toplumsal Teori**, (çev. T. Birkan), 3. Basım, Metis Yayınları, İstanbul, 2008, s. 56.

²⁵ TRUBEK, 1972, s. 723-24.

²⁶ Rasyonaliteyi çeşitli yer ve zamanda var olarak değerlendiren Weber, tarihsel gelişmeyi rasyonelleşme eğilimine göre açıklar. Böylece modern burjuva toplumu onun için rasyonel kapitalist iken; Roma "köleler kapitalizmi/ antik kapitalizm" olarak adlandırılır. (WEBER, Max, **Ekonomi ve Toplum 1-2**, (çev. L. Boyacı), 1. Baskı, Yarın Yayınları, İstanbul, 2012) Her iki toplumsal formasyonun kapitalizm olarak adlandırılması, Weber'in kapitalizmi pazar ekonomisi dahilinde ticaret ve kâr elde etme ile açıklamasının sonucudur. (LOVE, John R., **Antiquity and Capitalism, Max Weber and the Sociological Foundations of Roman Civilization**, 1. Published, Routledge, Oxon, 1991, s. 36) Paralel olarak Collins'e göre Antik kapitalizm, modern kapitalizmin rasyonelliğini küçük bir derece de olsa içerir ve antikitede hakim emek biçimi kölelik olmasına rağmen bu durum kesinlikle kapitalizm dışı olarak görülmemelidir. Hatta *emeğin* kendisini alınıp satılan bir meta haline getirmesi bakımından, bu biçimin daha kapitalist olduğu bile söylenebilir. (COLLINS, Randall, **Max Weber Bir Kılavuz**, (çev. T. Banguoğlu), 1. Basım, Phoenix Yayınları, Ankara, 2017, s. 144.)

²⁷ KAIUS, Tuori, Weber and Ideal of Roman Law, (ed. A. Lewis/ M. Lobban), **Law and History: Current Legal Issues**, 2003, vol. 6, yayımlanma tarihi: 2004. Bu değerlendirme, Roma'da kapitalizmin kökenlerinin olduğu ve feodalizmin kapitalist gelişme açısından bir boşluk anlamındaki tarih okumasının bir türevidir. Söz konusu değerlendirme, klasik eskiçağlar ile feodal toplum arasında "derin bir kırılma" olduğu, bu kırılmanın "rasyonalizmin ve ticari toplumun kaçınılmaz zaferini geciktirdiğini" ileri sürer. Bu alandaki yoğun tartışmaları izlemek için bkz: WOOD, 2017, s. 175 vd.; BLACKLEDGE, Paul, **Marksist Tarih Kuramı Üzerine**, (çev. Ş.Alpagut), 1. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2017, s. 158-230. Benzer biçimde hukukçu da Roma hukukunun feodalizmde tamamen yok olduğu ancak 12. yy'da yeniden keşfedildiği gibi bir yorumla Weber'e katılırlar. Bu görüşün Türkçe literatürde bir temsili için: TAHİROĞLU, Bülent/ ERDOĞMUŞ, Belgin, **Roma Hukuku Dersleri: Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 97.

bağlı olduğundan, rasyonalizasyonun yüksek olduğu Roma toplumu ile Pandekt hukukçuları sayesinde rasyonalizasyonun en yüksek seviyesindeki 19. yüzyıl modern burjuva toplumu arasında da bir fark görmemek normal olacaktır.

Analitik bir kavram olarak ele alınan kapitalizm, Weber'in düşüncesinde, antik Babil'e kadar birçok ekonomik üretimin niteliği olabilir.²⁸ Bu itibarla Weber için kapitalizm "Çin'de, Hint'te, Babil'de, Antik çağda, Ortaçağda da var olmuş"²⁹ belirli zamana özgü bir üretim modeli değildir ve ezeldir. Bu değerlendirmenin olağan sonucu ve aynı zamanda meşrulaştırıcı örneği ise Roma hukukundan miras kalan hukuki biçimlerdir. Modern hukuk kavramlarının Roma hukuku ile ilişkisinin Marksist ve Weberci tarih anlayışında farklı değerlendirilmesi, tarihin materyalist okumasının aksine, Weberci okumanın Roma hukuku kavramları ile modern burjuva hukuku kavramlarının aynılığına dikkat çekmesi ile bağlantılıdır. Çünkü bu aynı olma hali Roma toplumsal yapısının da kapitalist olduğu ifadesini destekler. Bu durum Weber'in şu ifadesinde de açıkça görülür:

"Roma hukukundan çıkan sistematizasyonun modern biçiminin hareket noktasını, toplumsal eylemlerin analizi kadar, hukuki önermelerin anlamının mantıksal analizi oluşturur."³⁰

Weber bu ifadesi ile, modern sistematizasyon seviyeleri yönünden toplumsal örgütlenme biçimleri arasında benzerlik kurarak, kapitalizmin ortaya çıkışı için Roma hukuk sisteminin elverişli bir zemin sunduğunu ortaya koyar. Bu, tarihsel analizin üretim biçimi ekseninden yapılmasının reddinin bir sonucudur ki, "tarihsel materyalizmi ampirik olarak çürüttüğünü" ifade eden Weber için olağan bir değerlendirmedir.³¹

Weber'in kapitalizmin analizinde temel aldığı değerlendirme, kapitalist toplumsal formasyonun kavramlarını diğer toplumsal formasyonlar için de kullanma eğilimini

²⁸ COLLINS, 2017, s. 118.

²⁹ WEBER, Max, **Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu**, (çev. M. Köktürk), 3. Baskı, Bilgesu Yayınevi, Ankara, 2017, s. 23.

³⁰ Çeviri yazara ait. WEBER, Max, **Economy and Society**, 1978, açık erişim: <https://archive.org/details/MaxWeberEconomyAndSociety/page/n987>, s. 656. WEBER, 2012, s. 28.

³¹ Weber'in, Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu eseriyle tarihsel materyalizmi çürüttüğü kabulünü ileri süren: GIDDENS, 2008, s. 73.

taşıyacaktır. Ayrıca Weberci tarih anlayışı kapsamında tarihsel materyalizmin reddi, kapitalizmin varlığını da önvarsaymaktadır.³² Bir diğer deyişle Weber için kapitalizm, Avrupa’da gelişen piyasa mekanizmasının biçimi olarak Roma’da ve hatta antik Babil’de dahi var olan bir sistemdir. Bu nedenle Weber’in tarihsel materyalizme karşı sunduğu tarihsel sosyolojisinin merkezinde, bütün tarihi modern kapitalist ekonominin prizmasından geçiren bir kavramsal çerçeve vardır.³³ Wood’un değerlendirmesi, Weber’in Marx ile farkını ortaya koyması açısından önemlidir:

“Kapitalizmden çıkartılan kavramlar diğer toplumsal biçimler için de kullanılır ve sonunda, incelenen toplum biçiminin de kapitalizmin de kendilerine has özellikleri bastırılmış olur. Marx, bu kavramları, kendilerine karşı çevirerek amacına ulaşır. Bunun sonucunda belirli uygulamalar evrenselleştirilemez; kapitalizm öncesi toplumsal biçimlerdeki iktisadi faaliyetler, kapitalizmin basit ya da tam gelişkin olmayan hali olarak görülmez; tam tersine farklılıkların üstünde durularak, daha önce görülmeyen, özgün bir toplumsal biçim olan kapitalizmin, daha önceki biçimlerin olgunlaşması olarak değil, bir dönüşüm olarak nasıl oluşturduğu incelenir.”³⁴

Buradaki değerlendirmenin aksine, Marx’ın Grundrisse’de ifade ettiklerinin³⁵ merkeze alınması sonucunda, özellikle kapitalizmin ilk biçimlerinin, Roma’da geliştiği

³² Kapitalist üretim ilişkilerine özgü bir takım niteliklerin az ya da çok başka bir toplumsal formasyonda da gözlemlenmesi, kapitalizmin pusuya yatmış biçimde bütün halinde var olduğu ve bu toplumsal formasyonda egemen olmayı beklediği gibi bir düşünce bazı Marksistlerce de kabul edilmiştir. Buna ilişkin bir değerlendirme için bkz: WOOD, Ellen M., **Kapitalizm Demokrasiye Karşı Tarihsel Maddeciliğin Yeniden Yorumlanması**, (çev. Ş. Artan), 2. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2016, s. 73.

³³ WOOD, 2016, s. 184.

³⁴ WOOD, 2016, s. 181.

³⁵ “Roma hukukunda *servus*’un hukuki tanımı, o halde, mübadele yoluyla kendi hesabına bir şey edinmeyen kişidir. Demek ki bu hukuk, her ne kadar mübadelenin *kesinlikle* gelişmemiş olduğu bir toplum aşamasına tekabül ediyorsa da, yine de sınırlı bir çerçevede mübadele gelişmiş olduğu için hukuki kişiyi, yani tam deyimle mübadele içindeki bireyi belirleyen karakteristikleri tanımlayabilmiş ve böylece sanayi toplumunun hukukuna (ana hatlarıyla) ve özellikle de yükselen burjuva toplumunun Ortaçağ’a karşı öne sürmek zorunda olduğu hukuka öncülük etmiştir. Oysa bu hukukun gelişmesi, Roma toplumunun çözülme dönemine rastlar.” (MARX, Karl, **Grundrisse Ekonomi Politikin Eleştirisi İçin Ön Çalışma**, (çev. S. Nişanyan), Birikim Yayınları, İstanbul, 2014, s. 237-238) Bu ve buna benzer ifadeler ön plana çıkarılarak, Marx ve Weber arasında tarihsel değerlendirmeleri ekseninde benzerlik kurulur. Ancak bu seçilmiş ifadeler dahi benzerlik kurmaya elverişli değildir. Zira burada da Marx’ın Roma hukukunun modern burjuva hukukuna öncülük

değerlendirmesinin Weber ve Marx'ta benzer olduğu ifade edilir.³⁶ Ancak bu görüşün Marx'ın bütünlüklü bir okuması yapıldığında pek de inandırıcılığı yoktur. Zira Marx da Engels de Roma hukukunun temel ilkelerine başvurmanın burjuvazinin yükselme dönemindeki önemine değinirken, tarihsel materyalizmin sağladığı şu değerlendirmeyi hatırlatırlar: Hukuk da din gibi bağımsız bir tarihe sahip değildir³⁷ ve her üretim biçimi kendi hukuksal ilişkilerini doğurur.³⁸

Bununla beraber yine Alman İdeolojisi'nde farklı toplumsal ilişkiler arasında çeşitli kavram ve kurumların miras kalmasının mümkün olduğu ifade edilir. Roma hukukunun kavramlarının modern burjuva hukuku için temel oluşturması da bu açıdan değerlendirilmelidir. Marx ve Engels'in keskin ifadeleri ile:

"Haklar ve yasaların miras alınması mümkündür. Ama bu durumda onlar artık *egemen* değil *nominaldir*. Antik Roma hukukunun ve İngiliz hukukunun tarihi bize bunun çarpıcı örneklerini sunuyor. Düşüncelerin, bu düşüncelerin temelini oluşturan bireylerden ve ampirik ilişkilerden koparılması yüzünden, filozoflar arasında nasıl bir saf düşünce teorisinin ve tarihinin ortaya çıkabildiğini daha önce gördük. Aynı şekilde burada yine hakkı gerçek temelinden koparıp böylece farklı çağlarda çeşitli değişikliklere uğrayan ve kendi yaratımlarına, yani yasalar içinde kendi bağımsız tarihine sahip olan bir egemenlik sürme iradesi elde edilebilir. Bu suretle siyasal tarih ile burjuva tarih, birbirini izleyen yasaların egemenliğinin ortaya konduğu bir tarih içinde ideolojik bir biçimde tasfiye olur."³⁹

Böylece Marx ve Engels Roma hukuk biçimlerinin modern hukuka miras kaldığını kabul etmekle beraber, bu biçimlerin farklı toplumsal formasyonda aynı anlamları içeren bir öze sahip gibi anlaşılması gerektiğini ifade ederler. Bu suretle tarihin materyalist değerlendirmesi, Roma hukuku ile modern hukuk arasındaki

ettiğini kabul ettiği, ancak bu durumun her iki toplum arasında kapitalist özgül biçimleri içermeye açısından aynılık anlamında değerlendirilemeyeceği açıktır.

³⁶ GIDDENS, Anthony, **Kapitalizm ve Modern Sosyal Teori**, (çev. Ü. Tatlıcan), 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, s. 200.

³⁷ MARX / ENGELS, **2013**, s. 66.

³⁸ MARX, **2011**, s. 243.

³⁹ MARX / ENGELS, **2013**, s. 283, vurgular yazara ait.

ilişkiselliği kabul eder; ancak bu ilişkiselliği bu iki toplumsal formasyonu eşitlemek ve böylece kapitalist kavram ve kurumları evrenselleştirme ve tarihsizleştirme yönüyle kullanmayı mümkün kılmaz. Bunun karşısında Weber'in, Roma hukukunu "site devletliğinden dünya egemenliğine yükselen bir siyasal yapının ürünü" ve bunu geç ortaçağ Pandekt ve kilise hukukçularının *usus modernus*'u olarak değerlendirmesi⁴⁰, Marx ile bir yakınlık kurulmasına engel teşkil ederken, siyasal bir yapının ürünü olarak vurgulanan hukuk kavramlarının, bütüncül bir değişime uğramadığı anlamına gelecektir. Bu anlamda Giddens, Milovonaviç ve diğer pek çok yazarda açığa çıkan, Roma'ya dair açıklamalar üzerinden Weber ile Marx arasında bir köprü kurmak oldukça zorlamadır. Zira Marx ve Weber'in çözümlenmeleri arasında belirli bir benzerlik olsa da en ufak bir dikkatli yaklaşım aralarındaki kayda değer farkları gösterecektir⁴¹ ki bu fark, Marx'ın üretim biçimi kavramının önemine bakılarak pekala bulunabilir.

Üretim biçimi üzerinden toplumların değerlendirilmesi kapitalizmin kendine özgü bir ekonomik biçim olduğunu ve kapitalizm öncesi toplumsal yapı içindeki "ticaret" ve "üretim" in kapitalist biçiminden farklı olduğunu ortaya koymayı sağlar. Kapitalist toplum biçiminin, aynı zamanda diğer toplumsal örgütlenme biçimlerine göre farklılığı, özel mülkiyet ile siyasi iktidar arasındaki ilişkinin erken dönemde özel mülkiyet lehine devredilmesi⁴² olduğundan, ortaya çıkan hukuki biçim de buna göre şekillenecektir. Buna paralel olarak Marx'ın tarih anlayışında üretim tarzı ve toplumun diğer kurum ve etkinlikleri arasındaki çok yönlü etkileşimin toplumsal ilişkilerin zorunlu bir parçası olması, Marksizm içindeki özsel bütünlüğü⁴³ oluştururken, tarihsel materyalizme yönelik Weberci kanattan gelecek eleştirilere karşı da savunma noktasını teşkil eder.

⁴⁰ WEBER, Max, **Sosyoloji Yazıları**, (çev. T. Parla), 6. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004, s. 153.

⁴¹ Jean Marie-Vincent'den akt: LÖWY, Micheal, **Demir Kafes**,(çev. N. Çetinkaya), 1. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2018, s. 154.

⁴² WOOD, 2016, s. 54

⁴³ OLLMAN, Bertell, **Yabancılaşma**, (çev. A. Kars), Yordam Yayınları, İstanbul, 2012, s. 37.

II. SOSYALİST TOPLUMDA HUKUKİ BİÇİMLERİN DURUMU

Roma hukuk biçimlerinin kapitalist toplum içinde yer almasının açtığı tartışmayı, tarihin Weberci veya materyalist değerlendirmesi arasındaki ayrımla ele almak hem tarihsel materyalizme ilişkin bir savunma hem de sosyalist toplumlardaki hukuki biçimlere dair bir bakış açısı sunmak adına önemlidir. Bu açıdan Roma hukukunun ele alınışı üzerinden yapılan bu değerlendirme, bir durum tespiti olmanın yanı sıra yeni bir soruyu da gündeme getirir. Bu kapsamda, modern burjuva hukuku ve Roma hukuku arasında kurulan ilişkiselliğin biraz daha ileriye götürüldüğü ve bunun sosyalist bir toplumda hukuk kurumunun geleceğine yönelik yapılan tartışmalar için temel kabul edildiği duruma dikkat çekmek gerekir. Böylece kapitalist toplumun Roma'dan hukuki biçimleri miras aldığı ancak bunun aynı üretim ilişkilerine sahip toplumsal yapılar anlamına gelmediği tespitinin ardından; sosyalist toplumlardaki hukuk göz önüne alındığında, burjuva hukuk biçimlerini miras almanın mümkün olup olmadığı tartışması yürütülebilecektir. Buna ilişkin tartışmanın eksenini Sovyet dönemi hukuk tartışmalarına çekmekle beraber, yine de bunun bir üst soyutlama ile sosyalist toplumlara ilişkin teorik bir tartışma olduğu akıldan tutulmalıdır. Odaklanılan temel nokta sosyalist toplumun hukuk sistemine dair tartışmalardaki ana iki görüş⁴⁴ olan Sönümlenmecî Hukuk Kuramı ve Sosyalist Hukuk Okulu arasındaki kuramsal tartışmaların, hukuki biçimlerin miras kalması konusundaki muhtemel yaklaşımlarının sorgulanmasıdır.

Bu belirlemelerin ardından öncelikle Sönümlenmecî kuramın “sönümlenmeye” dair açıklamaları ile hukuki biçimlerin aktarılması arasında ilişki kurmak gerekir. Kuram, devrimden sonra 1930'lara kadar baskın hukuk teorisiydi ve destekçileri Goikhbarg, Krylenko, Stuchka ve Pashukanis'di.⁴⁵ Ancak Pashukanis dışındaki devrimin erken dönem hukukçularının Marx ve Engels'in tüm yazılarına hâkim olmadıkları gibi burjuva hukuk kuramcılarında da fazla etkilendikleri ileri

⁴⁴ HAZARD, John N., Marksizm ve Hukuk Tarihsel Deney: Ekim Devrimi Sonrası Sovyet Hukuk Kuramının Oluşumu, (çev. O. Karahanoğulları), **Praksis Dergi**, Sayı: 10, 2003, s. 281 vd.

⁴⁵ GUINS, George C., **Soviet Law and Soviet Society**, Martinus Nijhoff Press, The Hague, 1954, s. 47.

sürülmektedir.⁴⁶ Aralarında özgün ve etkili bir kuramcı olarak dikkate değer olan Pashukanis, kendi kuramını Meta Mübadelesi Okulu altında, sosyalist bir toplumda sosyalist içerikli bir hukuk yaratmaya çabalamamak gerektiğini, zira hukukun mübadele ilişkilerinin bir görünümü olduğu ve mübadele ilişkileri sönümlendikçe hukukun da sönümleneceği fikri üzerine kurmuştur. Sönümlenmeci kuram, Marx'ın kapitalist toplum analizinde olduğu gibi, burjuva hukukçuları tarafından geliştirilen kavram, genelleme ve soyutlamalarından yararlanarak, bunların gerçek anlamlarının sergilenmesi ve hukuki biçimin tarihsel koşullarının ortaya konulması gerektiğini temel almaktadır. Kurama göre meta mübadelesi hem hukukun kökenini oluşturur hem de ona biçimini verir. Buna bağlı olarak sosyalist üretim ilişkileri yeni bir sosyalist içerikli hukuk yaratmayacak; tam aksine sosyalist üretim ilişkileri içerisinde hukuk, sönümlenmek üzere olsa da burjuva nitelikte olacaktır.⁴⁷

Sönümlenmeci kuram hukukun varlığını sınıflı toplumların varlığına dayandırarak, sınıflı toplumların ortadan kalması ile hukukun da varlık nedeninin ortadan kalkacağını ileri sürer.⁴⁸ Sosyalist Hukuk Okulu ile Sönümlenmeci Hukuk Kuramı arasındaki keskin ayrım da bu noktada başlamaktadır. Sosyalist Hukuk Okulu, 1930'dan sonra Sovyetlere hâkim doktrin olarak, sönümlenmeci kuramın öğretilerinin reddine ve sosyalist içerikli yeni bir hukuk yaratmak gerektiği fikrine dayanmaktadır. Zira sosyalist toplum ve kapitalist toplum arasındaki ayrımın, bu iki toplumda biçimlenen hukuku da tamamen farklı kılacağı ifade edilir. Aynı zamanda bu yaklaşım sosyalist toplumdaki yeni hukuk inşasını, sosyalist hukukun burjuva hukukundan daha üstün olduğunu göstermek ve sosyalist hukuku burjuva hukuk karşısında korumak olarak da değerlendirmiştir.⁴⁹ Böylece sosyalist bir yeni hukuk inşası, dolaylı olarak,

⁴⁶ JAWORSKYJ, Michael, **Soviet Political Thought: An Anthology**, The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1967, s. 47-48. Aksi görüş için bkz: HEAD, Micheal, **Evgeny Pashukanis A Critical Reappraisal**, Routledge-Cavendish, Oxfordshire, 2008, s. 113.

⁴⁷ KARAHANOĞULLARI, Onur, Ekim Devriminde Hukuksal Kuruluş, **Mountly Review**, Kasım 2017/4, s. 154.

⁴⁸ USLU, Ateş, Sovyet Hukuk Doktrininde Uluslararası Hukuk Teorileri, içinde, **Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi**, (ed. T. Yelkenci), 1. Baskı, Notabene, Ankara, 2013, s. 201,202.

⁴⁹ QUIGLEY, John, Socialist Law and the Civil Law Tradition, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 37, No.4, Autumn, 1989, s. 796,797.

burjuva hukuk biçimlerinin sosyalist topluma miras kalmasının mümkün olmayacağını ileri sürer.

Sosyalist bir hukuk sistemi inşasının Sönümlenmeci Kuram tarafından en iyi ihtimalle gereksiz olacağını belirtilmesi; modern burjuva hukuk sistemlerinde mevcut hukuki biçimlerin bir kısmının, sosyalist toplum içinde yer alacağı anlamını taşır. Ancak bu belirlemenin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir: Hukuki biçimler nezdinde gerçekleşen devamlılık aynı hukuki sistemler anlamında değil, ancak yeni toplumsal yapı ve ilişkilere uyumlu olarak değişen, bozulan ve dönüşen hukuki kavramlar ve kurumlar aracılığıyla. Burjuva devrimi içinde bu kavramların değişmesi ve dönüşmesi kapitalist topluma uygun biçimde gerçekleştiğine göre; sosyalizmde de sosyalist toplumun kullanımına uygun biçimde değişen, bozulan, yeniden anlam kazanan ve yok olan kavram ve kurumlar olacaktır. Sosyalist bir hukuk inşası ise hukuki biçimlerin miras kalabileceğini reddederek önceki toplumun hukuki biçimlerinin sosyalist toplumla uyuşmaması sorununu, yeni hukuki biçimler yaratarak çözme yoluna gider. Ancak bu yol sosyalist hukuk yaratma çabalarını, hukuki biçimin ölümsüzlüğünü ilan ettiği ve hukuki biçimin, gelişimine izin verilen tarihsel koşullardan soyutlanmış ve sürekli yenilenme yeteneğine sahip kıldığı yönünde eleştiriye⁵⁰ açık bırakır. Zira yalnızca burjuva toplumu tüm sosyal ilişkileri hukuki biçimlerle açıklar⁵¹ ve böylece sürekli yeni hukuki biçimlerin yaratılmasını mümkün kılar.

Bununla beraber Meta Mübadelesi Okulu da pek çok eleştiriye açık yanlarına rağmen⁵², hukuku yaşayan bir olgu olarak üretim ilişkileri ve meta mübadelesi süreçleriyle bağlantılandırarak değerlendirdiğinden,⁵³ Roma hukukunun modern burjuva hukuku ile ilişkiselliğini sosyalist toplum tartışmalarına taşımaya elverişli kılar. Zira

⁵⁰ PASHUKANIS, Evgeny, **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, (çev. O. Karahanoğulları), 2. Baskı, Birikim Yayınları, İstanbul, 2011, s. 56.

⁵¹ KOEN, R., In Defence of Pashukanism, **PER/PELJ**, Vol.14, No.4, 2011, s.145.

⁵² Pashukanis'in Meta Mübadelesi Kuramı gerek çağdaşı hukukçular gerekse de kendisinden sonra gelen pek çok kişi tarafından eleştirilmiştir. Bu eleştiriler kuramının soyut olması, meta mübadelesinin öncel kılınmasının varsayımsal kalması, hukuk anlayışının mübadele ile sınırlanmasıyla tek taraflı bir hukuk anlayışına sahip olması gibi başlıklar altında ele alınabilir. Söz konusu eleştirilere dair açıklama için bkz: WARRINGTON Ronnie, Paşukanis ve Meta Biçimi Teorisi, içinde, **Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi**, (ed. T. Yelkenci), 1. Baskı, Nota Bene, Ankara, 2013, s. 113-145.

⁵³ AKMAN, Şefik Taylan, **Hukuk ve Politika İlişkisi**, 1. Baskı, İmge Kitapevi, Ankara, 2016, s. 267.

Pashukanis, burjuva toplumundan devralınan hukuki biçimlerin eleştirilerek, bozularak, yıpratılarak kullanılmasını ve bu şekilde aşılacağını ön görmüştür.⁵⁴ Pashukanis'in bu belirlemesi Sosyalist Hukuk Okulu ile çatışma konularından en önemlilerinden biri anlamına gelir. Hukuki biçimlerin sosyalist topluma aktarılmasının her iki hukuk okulu nezdinde farkı, özellikle Miras Hukuku'na ilişkin gelişmeler göz önüne alındığında açıktır. Buna göre Sovyet devriminin ilk yıllarında özel mülkiyet gibi miras kurumu da devrimin ilkeleri ile bağdaşmadığı gerekçesiyle reddedilmiş, vasiyetname yoluyla miras edinme terk edilmiş ve yalnızca çalışan kitleler için belirli bir miktar ile sınırlı olarak yasal mirasçılık var olmuştur. Sonrasında NEP dönemiyle birlikte miras kurumu tekrar düzenlenerek, yasal mirasçılık için geçerli olan miktar sınırlaması kalkmış ancak yasal mirasçılar çok yakın akrabalar ile sınırlandırılmıştır. Bu durum, Pashukanis'in ileri sürdüğü gibi, Roma'dan itibaren diğer toplumlara aktarılan hukuki biçimin sosyalist topluma da yıpratılarak aktarılması anlamına gelir. Sosyalist Hukuk Okulu ile çatışmayı oluşturan kısım ise, 1930 sonrası sosyalist içerikli hukuk oluşturulması gelişmelerine paralel olarak, miras kurumunun da yeniden üretilmesi sürecine ilişkindir. Buna göre 1930'lar itibariyle özel mülkiyet (*private ownership*) kavramı yerine, sosyalist topluma uygun olduğu gerekçesiyle, kişisel mülkiyet (*personal ownership*)⁵⁵ kavramı geliştirilmiş ve buna uygun olarak vasiyetname yoluyla mirasın da önü açılmıştır.⁵⁶ Böylece Sosyalist Hukuk Okulu temel doktrinlerine uygun olarak, kişisel mülkiyet anlayışına uygun yeni hukuk biçimi yaratmış ve miras kurumunu sosyalist içeriğe uygun olarak yeniden inşa etmiştir.

Sovyetlerdeki hukuksal kuruluşa ilişkin bu ayrı iki yaklaşımın ortaya koydukları, hukuki biçimlerin miras olarak aktarılması meselesindeki Weberci ve Marksist yorumlarla ilişkilendirildiğinde, bir başka tartışmayı da tekrar gündeme getirir. Buna göre Meta Mübadelesi Okulu'nun mübadele ilişkileri devam ettikçe burjuva nitelikte de

⁵⁴ KARAHANOĞULLARI, 2017, s. 156.

⁵⁵ Civil Code of the Russian Soviet Federated Socialist Republic: An English Translation, (çev. W.Gray, R. Stults), University of Michigan Law School, 1965, Article. 93.

⁵⁶ Burada özeti verilen Sovyet hukuku'nda miras kurumunun gelişimine dair daha detaylı açıklamalar için bkz. IOEFFE, Olympiad S., Soviet Law and Roman Law, **Boston University Law Review**, Vol.62, 1982, s. 710; KANTOROVITCH, Jacob, The Civil Code of Soviet Russia, **Yale Law Journal**, vol. 32, Issue 8, 1923, s. 784,785.

olsa, hukuki biçimlerin sosyalist toplumda da var olduğuna ilişkin yaklaşımı, Weberci tarih anlayışı ile Marksist tarih anlayışı arasında köprü kurmaya çalışan bir yorumda, hatalı bir biçimde, bu iki ayrı tarih analizinin benzerliklerine örnek olarak sunulmaktadır.⁵⁷ Böylece bu yorum Marx ve Weber'in tarih analizlerinin benzerliğini, kapitalist üretimin hem geleneksel toplumu yıktığı hem de ortaya yeni biçimler, yapılar ve imkânlar çıkardığı tespitin her ikisinde ortak oluşuna dayandırmasının⁵⁸ yanı sıra; Meta Mübadelesi Okulunun hukuki biçimlerin farklı toplumlar arasında aktarıldığı görüşünü de bu benzerliğe ek bir dayanak olarak sunar.

Weberci ve Marksist tarih anlayışı arasında benzerlik kurulması, Weber'in "ekonomik ilişkiler radikal dönüşümlere maruz kalırken, belirli koşullar altında hukuki düzen değişmeden kalabilir" ifadesi ile Pashukanis'in sosyalist toplumda burjuva hukuk biçimlerinin olabileceği görüşünü paralel görmenin sonucudur.⁵⁹ Aynı şekilde, bu görüşlerin eşitlenmesi Pashukanis'in de hukuku toplumdaki ayrı ve kendinden menkul bir varlık olarak değerlendirdiği anlamına gelecektir. Bu yanlış değerlendirme Pashukanis'in görüşlerini, biçim ve içeriği ayrı ele alarak⁶⁰, içeriğin değişmesine rağmen biçimin mutlak aynı kalacağı şeklinde hatalı bir yoruma tabi tutmanın gereğidir. Hâlbuki burjuva hukuk biçimlerinin sosyalist toplumda devam edeceği görüşü, Renner'in "içerikleri toplumsal koşullara göre değişse de hukuk kurallarının değişmeden kalacağı" değerlendirmesine dahi izin vermemektedir.⁶¹ Bu durumda bile hukuk kuralları aynı kalmaya devam etmeyip, bulunduğu toplumsal ilişkiye uygun

⁵⁷ Bkz: MILOVANOVIC, Dragan, **Weberian and Marxian Analysis of Law: Development and Functions of Law in a Capitalist Mode of Production**, Ashgate, Burlington, 2002.

⁵⁸ MILAVONOVIC, 2002, s. 198.

⁵⁹ MILOVANOVIC, 2002, s. 52.

⁶⁰ Burada bu eleştirilerin haklılık payı olduğunu ancak eleştirinin odağındaki kişinin yanlış olduğunu ifade etmek gerekir. Zira Ekim devrimini izleyen ilk yıllarda Sönümlenmecî Kurama katkı sağlayan kimi hukukçular biçim ve içeriği ayrı ele alarak, hukukun dönüşüm evresinde burjuva hukukunun yalnızca biçimsel olarak varlığını sürdürdüğünü ancak içeriğin değiştiğini ileri sürdüler. Bu görüş için bkz: I. PODVOLOTSKIĬ, *The Withering Away of Law*, içinde, **Soviet Political Thought: An Anthology**, (ed. M. Jaworskyj), The Johns Hopkins Press Baltimore, 1967, s. 115. Ancak bu görüşü Pashukanis'e atfetmek doğru değildir. İleride değinileceği gibi Pashukanis biçim ve içeriğin birlikteliğini, hukukun boş bir kalıp olarak değerlendirilemeyeceğini defalarca vurgulamıştır. PASHUKANIS, Evgeny, *Lenin ve Hukuksal Sorunlar*, (çev. O. Karahanoğulları), içinde, Karahanoğulları Onur, **Marksizm ve Hukuk**, Ek 2, 1. Baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2018, s. 315.

⁶¹ Renner'dan akt: TIGAR / MADELEINE, 2016, s. 309.

olduğu ölçüde değişir, dönüşür, yeniden yorumlanır, tahrip edilir ve hatta yok edilir. Sosyalist devrim sonrası gerçekleştirilen hukuki düzenlemelerdeki mülkiyet kavramına ilişkin değişiklikler bunun bir örneğidir. Öyle ki, Roma hukuku kaynaklı sahip olma, kullanma, yararlanma ve yok etme yetkilerini içeren; kapitalizmin gelişmesiyle birlikte burjuva hukuk sistemlerine de bu biçimde aktarılan mülkiyet kavramı, Sovyetlerde “devlet mülkiyeti” anlayışı ile dönüşüme uğramıştır. Böylece mülkiyet hakkının içinde yer alan tüm yetkiler 1922 Sovyet Medeni Kanunu’na tanınmasına rağmen, hakkın kullanımında “sosyal ve ekonomik amaçlar” yönünden ve tüm yetkilerin aynı elde toplanmasını engelleyici ek hükümlerle sınırlamalar getirilmiş⁶², kavram tahrip edilerek sosyalist topluma aktarılmıştır.

Yine de hukuki biçimlerin miras alınması hususu, toplumlar arasında aktarılan kavram ve kurumların içerikten ayrı olarak yalnızca biçimsel bir aktarım olarak algılanıp, biçim ve içeriğin ayrı değerlendirildiği eleştirisine açıktır. Bu açıdan özellikle Pashukanis’e yöneltilen biçim ve içeriği ayrı tuttuğu eleştirilerine tekrar dönmek gerekir. Zira Meta Mübadelesi Okulu’nun görüşlerinin biraz daha ileri götürülüp, bu çalışmanın eksenini ile birleştirilmesi nedeniyle de söz konusu eleştirilere karşı bir belirlemeyi ortaya koymak gerekmektedir. Eleştirilerin dayanak noktası, Pashukanis’in biçim ile içerik arasında ayırım yapması neticesinde burjuva hukuk kavram ve terminolojisinin kullandığını, böylece Sovyet hukuku ile burjuva hukuku arasında bir ayırım gözetmemeye yol açtığı belirlemesidir.⁶³ Ancak bu eleştirinin Pashukanis’e yönelmesinin bir karşılığının olmadığını ifade etmek mümkündür. Zira biçimi içerikten ayrı olarak görmeyen Pashukanis için hukuki biçim, sosyal ilişkilerin özgül bir ifadesidir⁶⁴ ve hukuk yeni sınıf içeriği ile doldurulabilecek boş bir kalıp değildir.⁶⁵

⁶² IOEFFE, **1982**, s. 715-719. 1922 Tarihli Medeni Kanun’da ortaya konulan bu yaklaşım, 1964 tarihli Medeni Kanun’da da benzer biçimde yer almıştır. 1964 tarihli Kanun metni, 1922 tarihli metinden farklı olarak sınırlama gerekçesini “sosyal ve ekonomik amaçlar” yerine “komünizme ulaşma sürecindeki sosyalist toplumun amaçları” ifadesiyle oluşturmuştur. (IOEFFE, **1982**, s. 716.) Ayrıca bkz: Civil Code of the Russian Soviet Federated Socialist Republic: An English Translation, (çev. W.Gray, R. Stults), University of Michigan Law School, 1965.

⁶³ Pashukanis’e karşı Yudin’in eleştirisini bu düşünce oluşturur. Bkz: HAZARD, **2003**, s. 292.

⁶⁴ FINE, Bob, Law and Class, içinde, **Capitalism and Rule of Law: From Deviancy theory to Marxism**, (ed. B. Fine vd.), Hutchinson of London, 1979, s. 37.

⁶⁵ PASHUKANIS, **2018**, s. 315.

Bununla birlikte burjuva hukuk biçimlerinin kullanımına dair eleştiriler, Marx'ın burjuva ekonomi politik yaklaşımındaki kategorilerinin, onları yeniden üretmek ya da reddetmek için değil; onları eleştirip aşmak için ele alması⁶⁶ ile düşünüldüğünde de ikna edici olmayacaktır. Marx'ın kullandığı bu yöntemin, hukuki biçimler için neden geçerli olmayacağını bir açıklaması yoktur.

Özetle, hukuki kavramların mantığını meta üretimine bağlı toplumsal ilişkilerin mantığı ile açıklayarak ve yasanın kökeninin tahakküm, boyun eğme veya yalın güçte değil de burada bulunduğu söylendiğinde⁶⁷; toplumsal ilişkilerin mantığı değişikçe hukukun da değiştiği, dönüştüğü kabul edilir. Ancak bu değişim kendinden menkul, tarihsiz hukuki biçimlere karşılık değildir. İlk bölümde yer alan tartışmalarla da bağını kurarak, hukuki biçimlerin bugüne kadar toplumlar tarafından miras alındığı ve bu miras ilişkisinin de bu toplumsal formasyonları eşitlemediği belirlemesi karşısında, sosyalist toplumda hukuki biçimler de Roma hukuku ile ilişkili olacaktır. Ancak bu ilişki sosyalist özel hukukun Roma hukukundan yalnızca (borçlar hukuku gibi) bir takım kuralları aldığını, ancak esasları bakımından bu hukukun sosyalizmin doğasına yabancı bir hukuk olduğu⁶⁸ gibi bir değerlendirme anlamına gelmemektedir. Aksine kabul, esasında biçim ve içerik arasında bir ayrım olduğu ve ayrı değerlendirilmesi gerektiği görüşünün bir yansımasıdır ki, sosyalist hukuk inşası bu açıdan tam da bunu yapmaktadır. İçerik kadar hukuki biçimler de verili tarihsel koşullar altında sosyal ilişkilerin bir görünüm biçimi olarak ortaya çıkmaktadır.⁶⁹ Bu bağlamda burjuva hukuk sisteminden miras kalan hukuki biçimlerin, sosyalist toplumda farklı toplumsal ilişkilerin görünümüne karşılık gelmesi mantıksal bir sonuçtur. Daha net bir ifade ile kapitalist hukuki biçimler Roma hukukundan miras kalmışsa ve bu durum Roma toplumu ile kapitalist toplumun aynı nitelikte olduğu anlamına gelmiyorsa, o zaman, sosyalist toplumda burjuva hukuki biçimlerin kullanılmasının, yeni bir sosyalist hukuk

⁶⁶ WOOD, 2016, s. 39.

⁶⁷ BEIRNE, Piers/ SHARLET, Robert, Paşukanis ve Sosyalist Yasallık, içinde, **Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi**, (ed. T. Yelkenci), 1. Baskı, Notabene, Ankara, 2013, s. 151.

⁶⁸ POLAY, 1971, s. 231.

⁶⁹ FINE, 1979, s. 44.

yaratmadan, sosyalist toplum ile kapitalist toplum arasındaki farkı bulanıklaştıracağına ilişkin endişenin geçerli bir kaynağı yoktur.

SONUÇ

Toplumsal ilişkilerin hukuk alanına sirayeti, hukuki biçimlerle ifade edilmesi ile mümkün olur. Bu anlamda toplumsal ilişkiler, hukuki biçimlere karakterini verirler. Bu durum toplumlar arasında hukuki biçimlerin aktarılamayacağı anlamına gelmemektedir. Bugünün deneyimi ile Roma hukuk sisteminden modern burjuva toplumuna aktarılan hukuki biçimler, bu iki farklı toplumsal formasyonu birbirine eşitlemediği gibi kapitalizmin ve hukukun ezeli ve ebedi olduğunun göstergesi de değildir. Hukuki biçimler, devlet gibi, sürekli bir biçimde ve eş zamanlı olarak için bir dönüşüm süreciyle sosyalist topluma da miras kalacaktır.⁷⁰ Ancak bu, ne kapitalist toplumla sosyalist toplumu eşitlemektedir ne de hukuku yeniden yaratarak sönmelenmesinin önünde engeldir.

Hukuki biçimler, içeriğinden ayrı olmadıkları için, toplumlar arasında aktarılırken kendi formunu sürekli koruduğu ve içeriğin de bulunduğu toplumun niteliklerini taşıdığı değerlendirmesini yapmak, tarihsel materyalist bir anlayış içinde mümkün değildir. Bu nedenle sosyalist toplumda hukuki biçimlerin miras alınması, sosyalist içeriğin burjuva hukuk biçimleri kalıbına oturtulması anlamına gelmemektedir. Roma hukukundan alınan hukuki biçimlerde olduğu gibi bu aktarım, biçim ve içerik için de aynı şekilde gerçekleşmektedir. Aksi halde hukuki kavramları sosyal ve politik ortamlarından kopararak öz değerleri varsayımı ile açıklamak söz konusu olacaktır.

Bu suretle sosyalist bir toplumda hukuki biçimler kısmen bozularak, yeniden anlamlandırılarak ve değiştirilerek devralınacaktır. Bunun sonucunda sosyalist toplumda burjuva hukuk biçimlerinin kullanılmasının, yeni bir sosyalist hukuk yaratmadan, sosyalist toplum ile kapitalist toplum arasındaki farkı bulanıklaştıracağına

⁷⁰ BEIRNE/ SHARLET, 2013, s. 178.

ilişkin endişe de ciddi bir nitelik taşımayacağı gibi tarihin materyalist kavrayışı ile de örtüşür gözükmez.

KAYNAKÇA

- AKMAN, Şefik Taylan, **Hukuk ve Politika İlişkisi**, 1. Baskı, İmge Kitapevi, Ankara, 2016.
- BEIRNE, Piers/ SHARLET, Robert, Paşukanis ve Sosyalist Yasallık, içinde, **Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi**, (ed. T. Yelkenci), 1. Baskı, Notabene, Ankara, 2013.
- BLACKLEDGE, Paul, **Marksist Tarih Kuramı Üzerine**, (çev. Ş.Alpagut), 1. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2017.
- CEYLAN, Güneş Seldağ, Roma Hukukunun Günümüz Düzenlerine Etkisi, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004, Sayı:8, No. 1-2, s. 75-93.
- CHILDE, Gordon, **Tarihte neler oldu?**, (çev. A. Şenel, M. Tunçay), 5. Baskı, Kırmızı Yayınları, İstanbul, 2009.
- Civil Code of the Russian Soviet Federated Socialist Republic: An English Translation, (co. translator W.Gray, R. Stults), University of Michigan Law School, 1965.
- COLLINS, Randall, **Max Weber Bir Kılavuz**, (çev. T.Banguoğlu), 1. Basım, Phoenix Yayınları, Ankara, 2017.
- FINE, Bob, Law and Class, içinde, **Capitalism and Rule of Law: From Deviancy theory to Marxism**, (ed. B. Fine vd.), Hutchinson of London, 1979.
- GIDDENS, Anthony, **Siyaset Sosyoloji ve Toplumsal Teori**, (çev. T. Birkan), 3. Basım, Metis Yayınları, İstanbul, 2008.
- GIDDENS, Anthony, **Kapitalizm ve Modern Sosyal Teori**, (çev. Ü. Tatlıcan), 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.
- GUİNS, George C., **Soviet Law and Soviet Society**, Martinus Nijhoff Press, The Hague, 1954.

- GÜRİZ, Adnan, **Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969.
- HAZARD, John N., Marksizm ve Hukuk Tarihsel Deney: Ekim Devrimi Sonrası Sovyet Hukuk Kuramının Oluşumu, (çev. O. Karahanoğulları), **Praksis Dergi** Sayı: 10, 2003, s. 279-300.
- HEAD, Micheal, **Evgeny Pashukanis A Critical Reappraisal**, Routledge-Cavendish, Oxfordshire, 2008.
- I. PODVOLOTSKIİ, The Withering Away of Law, içinde, **Soviet Political Thought: An Anthology**,(ed. M. Jaworskyj), The Johns Hopkins Press Baltimore, 1967.
- IOEFFE, Olympiad S., Soviet Law and Roman Law, **Boston University Law Review**, Vol.62, 1982, s. 701-728.
- JAWORSKYJ, Michael, **Soviet Political Thought: An Anthology**, The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1967.
- KAIUS, Tuori, Weber and Ideal of Roman Law, (ed. A. Lewis/ M. Lobban), **Law and History: Current Legal Issues**, 2003, vol.6,yayınlanma tarihi: 2004, s. 201-214.
- KANTOROVITCH, Jacob, The Civil Code of Soviet Russia, **Yale Law Journal**, vol. 32, Issue 8, 1923, s. 779-789.
- KARADENİZ, ÇELEBİCAN, Özcan, Çağdaş Mülkiyet Anlayışı Dolayısıyla Roma Mülkiyetinin Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu, **BATİDER**, 1986, Cilt:1, Sayı:3, s.157-184.
- KARADENİZ, ÇELEBİCAN, Özcan, Hukuk Öğretimi Bakımından Roma Hukuku, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1969,Cilt: 26 Sayı: 1, s. 323-347.
- KARAHANOGULLARI, Onur, Diyalektik Hukuk Bilimi Notları, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015, Cilt: 5, Sayı: 2, s. 271-288.
- KARAHANOGULLARI, Onur, Ekim Devriminde Hukuksal Kuruluş, **Mountly Review**, Kasım 2017/4, s.143-157.

- KOEN, R., In Defence of Pashukanism, **PER/PELJ**, Vol.14, No.4, 2011, s. 104-169.
- KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret, **Medeni Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Anahatları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1993.
- KÜÇÜK, Eşref, 12. yüzyıl Rönesansı ve “yeniden doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku, **AÜHFD**, Cilt: 56, Sayı: 4, 2007, s. 111-122.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti, **AÜHFD**, 1996, Cilt: 45, Sayı:1, s. 505-531.
- LOVE, John R., **Antiquity and Capitalism, Max Weber and the sociological foundations of Roman civilization**, 1. Published, Routledge, Oxon, 1991.
- LÖWY, Micheal, **Demir Kafes**,(çev. N. Çetinkaya), 1. Basım,Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2018.
- MARX, Karl, **Ekonomi Politîğin Eleştirisine Katkı**, (çev. S. Belli), 7. Baskı, Sol Yayınları, Ankara, 2011.
- MARX, Karl, **Grundrisse Ekonomi Politîğin Eleştirisi İçin Ön Çalışma**, (çev. S. Nişanyan), Birikim Yayınları, İstanbul, 2014.
- MARX, Karl/ ENGELS, Friedrich, **Alman ideolojisi**, (çev. T. Ok, O. Geridönmez), 1. Baskı, Evrensel Basım Yayın, İstanbul, 2013.
- MILOVANOVIC, Dragan, **Weberian and Marxian Analysis of Law: Development and Functions of Law in a Capitalist Mode of Production**, Ashgate, Burlington, 2002.
- OĞUZ, Arzu, Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması, **AÜHFD**,1990, Cilt: 42, Sayı:1, s. 225-284.
- OLLMAN, Bertell, **Yabancılaşma**, (çev. A. Kars), Yordam Yayınları, İstanbul, 2012.
- PASHUKANIS, Evgeny, **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, (çev. O. Karahanoğulları), 2. Baskı, Birikim Yayınları, İstanbul, 2011.

- PASHUKANIS, Evgeny, Lenin ve Hukuksal Sorunlar, (çev. O. Karahanoğulları), içinde, Karahanoğulları Onur, **Marksizm ve Hukuk**, Ek 2, 1. Baskı, Yordam Kitap, İstanbul, 2018.
- POLAY, Elemer, Sosyalist Ülkelerde Roma Hukuku, (çev. B. Erdoğan), **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 7, 1971, s. 229-243.
- QUIGLEY, John, Socialist Law and the Civil Law Tradition, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 37, No.4 , Autumn, 1989, s. 781-808.
- TAHİROĞLU, Bülent/ ERDOĞMUŞ, Belgin, **Roma Hukuku Dersleri Tarihi Giriş Hukuk Tarihi Genel Kavramlar Usul Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- TIGAR, Micheal E./ MADELEİNE, R. Levy, **Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk**, (çev. O. Karahanoğulları), 1. Baskı, Epos Yayınları, Ankara, 2016.
- TRUBEK, David, Max Weber on Law and The Rise Of Capitalism, **Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series**, 1972, s. 720-753.
- USLU Ateş, Sovyet Hukuk Doktrininde Uluslararası Hukuk Teorileri, içinde, **Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi**, (ed. T. Yelkenci), 1. Baskı, Notabene, Ankara, 2013.
- VILLEY, Michel, **Roma Hukuku Güncelliği**, (çev. B.Tahiroğlu), Der Yayınları, İstanbul, 2017.
- VINOGRADOFF, Paul, **Ortaçağ Avrupasında Roma Hukuku**, (çev. F. Düzgören vd.), 1. Baskı, Göçebe Yayınları, İstanbul, 1997.
- WARRINGTON, Ronnie, Paşukanis ve Meta Biçimi Teorisi, içinde, **Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi**, (ed. T. Yelkenci), 1. Baskı, Nota Bene, Ankara, 2013.
- WEBER, Max, **Ekonomi and Society**, 1978, açık erişim: <https://archive.org/details/MaxWeberEconomyAndSociety/page/n987>.
- WEBER, Max, **Ekonomi ve Toplum 1-2**, (çev. L. Boyacı), 1. Baskı, Yarı Yayınları, İstanbul, 2012.

WEBER, Max, **Hukuk Sosyolojisi**, (çev. L. Boyacı), Yarın Yayınları, İstanbul, 2014.

WEBER, Max, **Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu**, (çev. M. Köktürk), 3. Baskı, Bilgesu Yayınevi, Ankara, 2017.

WEBER, Max, **Sosyoloji Yazıları**, (çev. T. Parla), 6. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004.

WOOD, Ellen M., **Kapitalizm Demokrasiye Karşı Tarihsel Maddeciliğin Yeniden Yorumlanması**, (çev. Ş. Artan), 2. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2016.

WOOD, Ellen M., **Yurttaşlardan Lordlara Eskiçağdan Ortaçağa Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi**, (çev. O. Köymen), 3. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2017.

YABANCILARIN TÜRKİYE’DE EĞİTİM HİZMETİNDE ÇALIŞMASI

*THE WORKING CONDITIONS OF FOREIGNERS IN THE EDUCATIONAL SERVICE IN THE SCOPE
OF INTERNATIONAL LABOUR LAW*

Hakemli Makale

Gülce GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	70
I. TÜRK HUKUKUNDA YABANCI KAVRAMI	70
II. YABANCILARIN ÇALIŞMA VE ÖĞRETİM HÜRRİYETİNE İLİŞKİN ANAYASAL ESASLAR 73	
III. YABANCILARIN EĞİTİM HİZMETİNDE ÇALIŞABİLMELERİ İÇİN YASAL DÜZENLEMELER	77
A. Ön İzin Alınması	78
B. Çalışma İzni veya Çalışma İzni Muafiyeti Alınması	79
1. Çalışma İzni ve Çalışma İzni Muafiyeti Başvurularında Yetkili Makamlar	79
2. Çalışma İzni Başvurusunun Uluslararası İşgücü Politikasına Uygun Olması	80
a. Yabancı Öğretmenlerin Başvurularında Esas Alınması Gereken Ölçütler	80
b. Yabancı Öğretim Elemanlarının Başvurularında Esas Alınması Gereken Ölçütler	81
3. Çalışma İzni Uzatma Başvurusu	81
4. Çalışma İzni Başvurularının Mahiyeti ve Değerlendirilme Süresi	82
5. Eğitim Hizmetinde Çalışacak Yabancıların Alabilecekleri Çalışma İzni Türleri	82
a. Süreli Çalışma İzni	83
b. Süresiz Çalışma İzni	84
c. İstisnaî Çalışma İzni	85
6. Çalışma İzni Muafiyeti Alabilecek Eğitim Personeli	89
7. Çalışma İzni Başvurusunun Reddi	89
a. Yabancı Öğretmenlerin Çalışma İzni Başvurularının Ret Sebepleri (m.9)	89

DOI: 10.32957/hacettepehdf.542280

Makalenin Geliş Tarihi: 20.03.2019

Makalenin Kabul Tarihi: 11.04.2019

* Dr. Öğr. Üyesi. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı.
Eposta: ggumuslu@cankaya.edu.tr

ORCID: 0000-0001-8076-7807

b. Yabancı Öğretim Elemanlarının Çalışma İzni Başvurularının Ret Sebepleri	90
8. Çalışma İzinlerinin Sınırlandırılması ve Çalışma İzninin veya Çalışma İzni Muafiyetinin İptali	
91	
C. Türkiye'ye Hukuka ve Usulüne Uygun Olarak Girilmesi	92
D. Çalışmaya İlişkin Kanunî Sınırlamaya Uyulması	96
1. Yabancı Öğretim Elemanlarının Yükseköğretim Kurumlarında Çalışabilmeleri için Tâbi Olacakları Kanunî Sınırlamalar	96
2. Yabancı Öğretmenlerin Okul Öncesi, İlköğretim ve Ortaöğretim Kurumlarında Çalışabilmeleri için Tâbi Olacakları Kanunî Sınırlamalar	100
a. Özel Öğretim Kurumları	100
b. Türk Resmî Öğretim Kurumları	102
c. Konsolosluk Okulları	103
d. Yabancıların Özel Ders Verebilmesi	104
E. Bildirim Yükümlülüğü	104
A. Sosyal Güvenlik Yükümlülüğü	105
SONUÇ	106
KAYNAKÇA	107

ÖZ

Yabancıların Türkiye’de eğitim hizmetinde çalışabilmeleri, başta 13 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası İşgücü Kanunu (UİK) olmak üzere, diğer ilgili sektörel hukukî düzenlemelere tâbi tutulmuştur. UİK, 2003 tarihli 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunu (YÇİHK) yürürlükten kaldırmıştır. Çalışmamızda yabancı öğretim elemanlarının ve yabancı öğretmenlerin Türkiye’de çalışabilmeleri için kabul edilen usul ve esaslar, YÇİHK ile UİK karşılaştırılarak tespit edilmiştir. Şöyle ki, çalışma izni vermede yetkili makam veya ön izin alınma usulü gibi konularda UİK ile değişikliğe gidilmiştir. Ayrıca, yabancı öğretim elemanları ile yabancı öğretmenlerin Türkiye’de çalışabilmelerine ilişkin usul ve esaslar, tâbi oldukları UİK ve sektörel düzenlemelere göre de farklılık arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası İşgücü Kanunu, yabancı öğretim elemanları, yabancı öğretmenler, çalışma şartları, çalışma izni.

ABSTRACT

Working of foreigners in the educational service is subject to the provisions of the International Labour Force Law, number 6735 and other sectoral legal arrangements. International Labour Force Law entries into force on 13 August 2016 and repealed the previous act named the Law on Work Permits of

Foreigners, number 4817. The provisions of the new Law and the previously law about the foreigner academicians and foreign teachers working in Turkey were compared and the differences between these provisions, for instances provisions on the competent authority giving work permit and the procedure about obtaining pre-authorization, were determined. Besides, foreign academicians or foreign teachers are subject to different sectoral legal arrangements depending on the educational institution which they work and the procedures and principles vary according to these legal arrangements which they are subject.

Keywords: International Labour Law, foreign academic staff, foreign teachers, working conditions in Turkey, working permits.

GİRİŞ

Günümüzde özellikle yabancı dil eğitimi yapan Türk eğitim-öğretim kurumlarında yabancı eğitimcilerin çalışmalarına sıklıkla tanık oluruz. Bu vesileyle yabancılar hukuku alanındaki mevzuatı incelediğimizde yabancıların Türkiye’de eğitim hizmetinde çalışabilmelerinde tâbi olacakları kurallarda güncel değişiklikler yapılmıştır. Çalışmamızda bu değişikliklerle ortaya çıkan yeni hukukî durumun bir bütün hâlinde ortaya konulması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede öncelikle Türk hukukunda yabancı kavramı ve yabancıların çalışma ve öğretim hürriyetine ilişkin anayasal esaslar üzerinde durulacaktır. Ayrıca yabancıların eğitim hizmetinde çalışabilmeleri için tâbi oldukları hukukî düzenlemeler ve sınırlamalar, yabancıların yükseköğretim kurumları ile ilk-orta dereceli eğitim-öğretim kurumlarında çalışabilmeleri şeklinde bir ayırım çerçevesinde ilgili sektörel düzenlemeler de dikkate alınarak değerlendirilecektir. Son olarak, 13.06.2016 tarihinde yürürlüğe giren, 28.7.2016 tarihli ve 6735 sayılı Uluslararası İş Gücü Kanunu (UİK)¹ kapsamında yükseköğretim kurumlarında ve ilk-orta dereceli eğitim-öğretim kurumlarında yabancıların çalışma şart ve usulüne uygulanacak hükümler yer yer YÇİHK hükümleri ile karşılaştırılarak tespit edilecektir.

I. TÜRK HUKUKUNDA YABANCI KAVRAMI

Yabancı’; 1892 yılında Devletler Hukuku Enstitüsü tarafından yapılan Cenevre toplantısında, “bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin vatandaşlığını iddiaya hakkı

¹ Resmî Gazete (RG) 13.08.2016/29800.

olmayan kimse” olarak tanımlanmıştır². Bu tanım doktrinde çeşitli açılardan eleştirilmiştir. İlki, tanımda geçen ‘bulunduğu devletin, vatandaşlığını iddiaya hakkı olmayan kimse’ ifadesinin, sadece gerçek kişileri kapsamına aldığı, tüzel kişileri kapsamına almadığıdır³. İkincisi, vatandaşlık/uyrukluğunun kişinin iddia etmesine gerek olmadan bağımsız olarak varlığını sürdüren bir olgu olmasıdır⁴. Son olarak ise, tanımda geçen ‘ülkede bulunma’ tabirinin, o devletin yetki alanı içinde haklara sahip olunmasına rağmen ülkede fiziksel olarak bulunmayan kişileri dışlamasıdır⁵.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun (YUKK)⁶ 3/ü ve Uluslararası İş Gücü Kanununun 3/1. maddeleri kapsamında ise “yabancı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişidir.”

Bu kapsamda, yabancı gerçek kişiler; Türk vatandaşlığını taşımayan kişiler (yabancı devlet vatandaşları); hiçbir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan kişiler (vatansızlar) (YUKK m.3/ş); göçmenler; Türk vatandaşlığı dışında birden fazla devlet vatandaşlığını taşıyan kişiler⁷ ve YUKK kapsamında uluslararası korumadan (mülteciler, şartlı mülteciler veya ikincil koruma statüsü sahipleri) ve geçici korumadan yararlananlardır⁸. Ayrıca, Türk hukuku açısından özel statülü kişiler de yabancıdır⁹. Özel statülü kişilerden kasıt, yabancı siyasi ve diplomatik temsilciler, Birleşmiş Milletler ve NATO mensupları, Türk Vatandaşlığı Kanununun 28. maddesi kapsamında

² BERKİ, Osman Fazıl, **Devletler Hususî Hukuku, Tâbiyet ve Yabancılar Hukuku**, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1966, s.148.

³ GÖĞER, Erdoğan, **Yabancılar Hukuku**, Üçüncü Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, s.5.

⁴ AYBAY, Rona/DARDAĞAN KİBAR, Esra, **Yabancılar Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s.13; ÇİÇEKLİ, Bülent, **Yabancılar ve Mülteciler Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.24.

⁵ AYBAY/DARDAĞAN KİBAR, **2010**, s.13-14; ÇİÇEKLİ, **2016**, s.24.

⁶ RG. 11.04.2013/28615.

⁷ ALTUĞ, Yılmaz, **Yabancıların Hukukî Durumu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1971, s.9; SEVİÇ, Muammer Raşit, **Devletler Hususî Hukuku, Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s.207-210.

⁸ ÇELİKEL, Aysel/ ÖZTEKİN GELGEL, Günseli (2017), **Yabancılar Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.20-28; EKŞİ, Nuray, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, Beşinci Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.39-54.

⁹ AYBAY/DARDAĞAN KİBAR, **2010**, s.22-23; ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, **2017**, 30-32; EKŞİ, **2018**, s.39; DOĞAN, Vahit, **Türk Yabancılar Hukuku**, Üçüncü Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s.7-18 (Yabancılar); ÇİÇEKLİ, **2016**, s.24.

doğumla Türk vatandaşı olup çıkma yoluyla Türk vatandaşlığını kaybetmiş kişiler ve bu kişilerin üçüncü dereceye kadar altsoyu (Mavi Kart sahipleri), uzun dönem ikamet izni sahipleri¹⁰, süresiz çalışma izni sahipleri¹¹ ve turkuaz kart sahipleridir¹²¹³.

Yabancıların eğitim hizmetinde çalışabilmelerine ilişkin Türk hukukunda yer alan ilgili hukukî düzenlemelerde, ‘yabancı uyruklu’ terimine yer verilmektedir. Oysa ‘uyruklu’, tâbiyet kavramı ile eş anlamlıdır¹⁴. Tâbiyet, gerçek kişi, tüzel kişi ve şeyleri devlete bağlayan hukukî ve siyasi bağ iken vatandaşlık, sadece gerçek kişileri devlete bağlayan hukukî ve siyasi bağdır¹⁵. ‘Yabancı uyruklu’ terimi kullanıldığında, örneğin, vatansız kişiler bu terimin kapsamı dışında kalmaktadır. Bu nedenle, yabancı uyruklu ifadesi yerine yabancı kavramının tercih edilmesi ve yabancı uyruklu teriminin yabancı kişi olarak anlaşılması gerektiğini değerlendirmekteyiz¹⁶.

¹⁰ YUKK’un 42 ve 44. maddeler kapsamında, Türkiye’de en az 8 yıl ikamet izniyle kalan veya Göç Politikaları Kurulunun belirlediği şartlara uyan yabancılara İçişleri Bakanlığının onayı üzerine, valilikler tarafından uzun dönem ikamet izni verilir. Uzun dönem ikamet izni sahipleri, belirli hak ve yükümlülükler dışında Türk vatandaşları ile aynı hak ve yükümlülükleri sahiptirler. Bu kişiler, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme hakkı, kamu görevlerine girme hakkı ve muaf olarak araç ithal etme hakkına sahip değillerdir.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı. Süresiz Çalışma İzni.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı. İstisnai Çalışma İzni.

¹³ DOĞAN, Yabancılar, 2018, s.16.

¹⁴ GÖĞER, Erdoğan, **Türk Tâbiyet Hukuku**, Sevinç Matbaası, Üçüncü Bası, Ankara, 1975, s.6. Ayrıca ‘tâbiyet’, ‘uyruklu’ ve ‘vatandaşlık’ kavramları hakkındaki terminoloji tartışmaları ve bu kavramlar hakkında bilgi için bkz. GÖĞER, 1975, s.2 vd; NOMER, Ergin, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 22. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s.15 vd; DOĞAN, Vahit, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 15. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s.4 vd (Vatandaşlık).

¹⁵ BERKİ, 1966, s.15-16; FİŞEK, Hicri, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1959, s.9,12; GÖĞER, 1975, s.6-7. Ayrıca bkz. GÜNGÖR, Gülin, **Tâbiyet Hukuku, Gerçek Kişiler, Tüzel Kişiler, Şeyler**, Beşinci Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s.1 vd; DOĞAN, Vatandaşlık, 2018, s.6 vd.; TURHAN, Turgut/TANRIBİLİR, Feriha Bilge, **Vatandaşlık Hukuku**, Dördüncü Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.25; ERDEM, Bahadır, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2010, s.6-7.

¹⁶ Aynı yönde bkz. ÇİÇEKLİ, 2016, s.24; ÖZBEK, Nimet, **Türkiye’deki Yabancıların Öğrenim ve Öğretim Özgürlüğü**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 2000, s.3-4

II. YABANCILARIN ÇALIŞMA VE ÖĞRETİM HÜRRİYETİNE İLİŞKİN ANAYASAL ESASLAR

Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olup (Anayasa m.48/1); çalışma herkesin hakkı ve ödevidir (7 Kasım 1982 tarihli 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Anayasa m.49/1¹⁷). Yabancıların öğretim hürriyeti ise, özel olarak Anayasa’da ayrı bir hüküm altında düzenlenmemiştir. Yabancıların öğretim hürriyetini, yani Türkiye’de bulunan okullarda öğretmenlik yapabilmelerini, yabancıların çalışma hak (Anayasa m.49/1) ve hürriyeti (Anayasa m.48/1) kapsamında değerlendirebiliriz. “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42. maddenin 3. fıkrasında, “eğitim ve öğretim hürriyetinin, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmayacağı” düzenlenmiştir. Anayasa’nın 48 ve 49. maddelerinde, ‘Türk’ veya ‘vatandaş’ ifadelerine yer vermeden ‘herkes’ ifadesi tercih edilmiştir. ‘Herkes’ ifadesi, sadece vatandaşları değil, yabancıları da kapsamına alacak şekilde yorumlanmalıdır¹⁸.

Anayasanın 48/1. maddesinde çalışma hürriyeti, sınırlandırma öngörülmeden herkese tanınmış bir hürriyettir. Sadece yabancıların özel teşebbüsler kurması durumunda, bu teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak üzere devletin tedbirler alacağı düzenlenmiştir (Anayasa m.48/2). Ayrıca, Anayasanın 49. maddesinde çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu; Devletin çalışanlarının hayat standartlarını yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için gerekli önlemleri alacağı bildirilmiştir. Bu düzenlemeler ile eşitlik ve genellik sistemi doğrultusunda vatandaş ve yabancı, Türkiye’de çalışma ve öğretim hürriyetine sahip olmada kural olarak eşittir.

Ancak çalışma hakkı ve hürriyetine ilişkin bir sınırlamanın maddede öngörülmemesi, bu hakkın yabancılarla tamamen sınırsız olarak tanındığı anlamına gelmez.

¹⁷ RG. 9.11.1982/17863 Mükerrer.

¹⁸ Anayasa’da eşitlik ve genellik sistemi kabul edilmektedir. Farklı olarak doktrinde, ‘herkes’ ifadesinin, doğrudan ‘yabancıları’ da kapsar şeklinde yorumlanmaması; devletin ekonomik imkânları, siyasî ve toplumsal yapısı ile vatandaş ve yabancı arasındaki farklılığı azaltma amacı göz önüne alınarak yorumlanabileceği belirtilmiştir. Bu değerlendirme 09.07.1961 tarihli 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası döneminde yapılmıştır: bkz. GÖĞER, 1979, s.21-24.

Anayasamızda, temel hak ve hürriyetlerin yabancılar bakımından sınırlandırılabilmesi için ölçütler belirlenmiştir. Buna göre, bir yabancı için temel hak ve hürriyetleri, milletlerarası hukuka uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir (m.16). Anayasanın 16. maddesi yanında 13. maddenin de yabancıların temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında dikkate alınıp alınmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Anayasanın “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” başlıklı 13. maddesine göre, “temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

Bu konuda ortaya konan görüşlerden ilkinde göre; yabancı için temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasında sadece Anayasa m.16 uygulanmalı; yani her temel hak ve hürriyetin sınırlandırılmasında, ilgili olduğu Anayasa maddesinde gösterilen sınırlamalar yabancılar için geçerli olmalıdır¹⁹. Bir diğer görüş doğrultusunda, 1982 Anayasasının 13. maddesi, her türlü temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında genel hüküm olarak dikkate alınmalıdır²⁰. Şöyle ki, “1982 Anayasasının 13 ve 16. maddeleri, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması açısından birlikte uygulanmalıdır. Anayasanın 13. maddesinde belirtildiği üzere temel hak ve hürriyetler, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun biçimde kanunla sınırlanmalı; ancak yabancılar söz konusu olduğunda ek bir güvence getirilerek, bu sınırlandırma milletlerarası hukuka uygun olmalıdır”²¹. Anayasanın 13. maddesinin gerekçesinde, bu maddenin tüm hak ve hürriyetler için geçerli, genel nitelikte sınırlama hükmü olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin 14.07.2016 tarihli kararlarında, yabancı için temel hak ve hürriyetlerinin, Anayasanın 16. maddesinde belirtilen ölçütler

¹⁹ GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015, s.121. 1982 Anayasasının 13. maddesi, 1961 Anayasasının 11. maddesi; 1982 Anayasasının 16. maddesi ise 1961 Anayasasının 13. maddesi ile aynı şekilde kaleme alınmıştır. 1961 Anayasasının 11 ve 13. maddelerinin yorumu için bkz. GÖGER, **1979**, s.26.

²⁰ Anayasa Mahkemesinin bu yönde verdiği kararlara ilişkin bilgi için bkz. TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.236.

²¹ SARGIN, Fügen, “Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye’ye Giriş, Türkiye’de İkamet Etmek ve Çalışma Hakları”, **Yılmaz Altuğ’a Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 1997-1998, Cilt 17-18, Sayı 1-2, s.334-336.

çerçevesinde sınırlandırılmasının Anayasanın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamayacağı vurgulanmıştır²². Anayasanın 16. maddesi ile yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasına ilişkin getirilen ölçüt, bu sınırlandırmanın milletlerarası hukuka uygun olarak sadece kanunla yapılmasıdır; bunun yanında sınırlandırma yapılırken de Anayasanın 13. maddesinde belirtilen ölçütler kanımızca göz önünde bulundurulmalıdır. Anayasanın 13. maddesinde yer alan ‘kanunla sınırlama’ ilkesinin, yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasına ilişkin 16. maddesinde de ifade edilmesi, bu durumun önemini ve teminatını belirtmek içindir.

Bu açıklamalar doğrultusunda bir yabancıların Türkiye’de çalışma hürriyetleri;

- **Milletlerarası hukuka**; yani Devletlerin taraf oldukları iki veya çok taraflı antlaşmalara, milletlerarası teamüllere (örf ve adetler), medenî milletlerce kabul edilen ve temel hukuk prensiplerinden bulunan, iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, Devletler Hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri ve yardımcı kaynak sayılan ilmi ve kazaî içtihadı uygun olarak²³;

- Bu **hakların özlerine dokunulmaksızın**; yani, temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirmeden, amacına ulaşmasına engel olmadan ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımadan²⁴;

- Yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak **kanunla** sınırlandırılabilir.

“Kanun” ibaresi; sadece şeklî ve dar anlamda; yani yasama organı tarafından çıkarılan, içeriğine bakılmadan “kanun” olarak isimlendirilen yasama tasarrufu olarak mı yoksa maddî anlamda, yani diğer düzenleyici işlemleri de kapsamına alacak şekilde mi yorumlanmalıdır?²⁵. Öncelikle, Anayasamızın 104.

²² Anayasa Mahkemesi Kararı, Karar Tarihi 14.7.2016, Esas Sayısı:2016/37, Karar Sayısı: 2016/135; Esas Sayısı: 2016/29, Karar Sayısı: 2016/134; RG.23.09.2016/29836.

²³ Anayasa Mahkemesi Kararı, Karar Tarihi 16.3.1985, E.1984/14, K.1985/7, RG.24.8.1985/18852.

²⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, Karar Tarihi: 14.7.2016, Esas Sayısı:2016/37, Karar Sayısı: 2016/135; Esas Sayısı: 2016/29; Karar Sayısı: 2016/134; RG.23.09.2016-29836.

²⁵ TEZİÇ, 2013, s.15-17; GÖĞER, 1979, s.41-42.

maddesinde temel haklar, kişi hakları ve ödevleri (Anayasa m.17-40²⁶) ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler (Anayasa m. 66-749²⁷), Cumhurbaşkanı kararnamesi ile düzenlenemeyeceği kabul edilmiştir²⁸. Doktrinde bir görüş, sınırlamanın ‘kanun’ ile yapılmasının, uygulamada bir çözüm olmadığını; kanundan alınan yetkiye dayanılarak yürütme organı tarafından yapılan düzenleyici işlemler ile yabancıların haklarının sınırlanabileceğini belirtmektedir²⁹. Bizim de katıldığımız bir diğer görüş, yabancıların haklarının sınırlandırılmasında Anayasa hükmü kapsamında bir güvence getirildiği ve bu güvencenin de sınırlamanın sadece ‘kanun’ ile yapılması gerektiği yönündedir³⁰.

- Son olarak, bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesi arasında sıkı bir bağ içinde olduğunu ve bu ölçütlerin, demokratik bir hukuk

²⁶ Kişi hakları ve ödevlerine örnek olarak, kişinin dokunulmazlığı, kişi hürriyeti, düşünce ve kanaat hürriyeti, özel hayatın gizliliği, yerleşme ve seyahat hürriyeti ve mülkiyet hakkı verilebilir.

²⁷ Siyasi hak ve ödevlere örnek olarak, seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı, parti kurma, kamu hizmetlerine girme hakkı, askerlik ödevi, vergi ödevi ve dilekçe hakkı verilebilir.

²⁸ Anayasamızın 104. maddesinde geçen ‘düzenleme’ ifadesinin, sınırlandırmayı da kapsamına alıp almayacağı da ayrı bir tartışma konusudur. 16.4.2017 tarihli Anayasa değişikliği ile kabul edilen 104. madde, 91. maddeyi yürürlükten kaldırmıştır. Mülga 91/1. maddeye göre, “Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler, kanun hükmünde kararnemelerle düzenlenemez”. Bu hükme ilişkin doktrinde ortaya konan görüşler için bkz. SARGIN, **1997-1998**, s.339-341; SAĞLAM, Fazıl, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, **Anayasa Dergisi**, Yıl 1984, Cilt 1, (s.268); KARAHANOGULLARI, Onur, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi**, Yıl 1997, Cilt 51, Sayı 1, s.394; GÖZLER, **2015**, s.365.

²⁹ AYBAY/DARDAĞAN KİBAR, **2010**, s.82.

³⁰ ERTEN, Rifat, **Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2005, s.82; ERTEN, Rifat, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2015, Cilt XIX, Sayı 1, s.5-6; aynı yönde DOĞAN, Yabancılar, **2018**, s.28.

devletinin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütler oluşturduğunu belirtmiştir³¹.

Sonuç olarak bir yabancının, Türkiye’de çalışabilme hakkına ilişkin getirilecek sınırlandırma, Anayasa m.16 ve 13’e uygun olmalıdır.

III. YABANCILARIN EĞİTİM HİZMETİNDE ÇALIŞABİLMELERİ İÇİN YASAL DÜZENLEMELER

Yabancıların, Türkiye’de çalışma hak ve hürriyetine ilişkin Anayasal esaslar belirtildikten sonra bu bölüm kapsamında eğitim hizmetinde çalışabilmelerinin yasalarla nasıl düzenlendiği üzerinde durulacaktır.

Bir yabancı, eğitim hizmetinde çalışabilmek için öncelikle belirleyici nitelikte olan Uluslararası İş Gücü Kanunundaki esas ve usullere³² ve bunların yanında aşağıda açıklanacağı üzere çalışacağı eğitim hizmetinin türüne göre özel düzenlemelere, örneğin bir yükseköğretim kurumunda çalışacaksa, Yükseköğretim Kanununa veya bir özel öğretim kurumunda çalışacaksa Özel Öğretim Kurumları Kanununa tâbi olacaktır.

Yabancı öğretmenlerin ve öğretim elemanlarının Türkiye’de bir eğitim kurumunda çalışabilmeleri için bazı hususların yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu hususların çoğu aslında genel olarak bir yabancının Türkiye’de çalışabilmesi için UIK kapsamında öngörülen hususlardır.

Bir yabancının Türkiye’de çalışabilmesi için ana şart,

1. Çalışma izninin veya çalışma muafiyetinin mevcudiyetidir.
2. Eğitim hizmetinde çalışacak yabancının, diğer işler ve hizmetlerde çalışacak yabancılardan farklı olarak, çalışma iznini veya çalışma muafiyetini alabilmesi için ön izin alması gerekir³³.

³¹ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 14.7.2016, Esas Sayısı: 2016/37, Karar Sayısı: 2016/135; Karar Tarihi: 14.07.2016, Esas Sayısı: 2016/29; Karar Sayısı: 2016/134: RG.23.09.2016-29836.

³² Bu düzenlemelerin yanında henüz yürürlüğe girmese de Uluslararası İşgücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği Taslağı da mevcuttur.

³³ Ön izin alma şartı, eğitim hizmetinde çalışacak yabancıların yanında sağlık hizmetinde çalışacak yabancılar için de kabul edilmiştir. Ayrıca Ar-Ge personeli olarak çalışacak yabancılar hakkında da,

Bu şartların sağlanması durumunda, aşağıda belirtilen hususların yerine getirilmesi gerekmektedir³⁴:

3. Türkiye'ye hukuka ve usulüne uygun olarak girilmesi;
4. Çalışmaya ilişkin kanunî sınırlamalara uyulması;
5. Bildirim yükümlülüğünün ifası;
6. Sosyal güvenlik yükümlülüğünün ifasıdır.

A. Ön İzin Alınması

Mevzuatta meslekî yeterlilik gerektiren işlerde yabancıların çalışabilmeleri için ön izin gerekmektedir. İşte meslekî yeterlilik gerektiren hizmetlerden biri eğitim hizmetidir (UİK m.8/1). Eğitim hizmetinde çalışmak isteyen yabancıların, çalışma izni başvurusunun değerlendirilebilmesi için ön iznini sunması gerekir. 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun (YÇİHK)³⁵ döneminde ön izin alınması sadece yabancı öğretmenler için zorunluyken; UİK ile birlikte, yabancı öğretim elemanları için de zorunlu hâle getirilmiştir. Böylece, UİK ile gerek özel veya Türk resmî okullarında gerekse yükseköğretim kurumlarında sözleşmeli olarak çalışabilecek yabancıların ön izin almaları şarttır. Ön izni vermeye yetkili makamlar konusunda farklılık yaratılmıştır. Şöyle ki, bir yükseköğretim kurumunda çalışacak yabancı için ön izni verecek makam, Yükseköğretim Kurulu iken yükseköğretim öncesi eğitim-öğretim kurumlarında çalışacak yabancı için ön izni verecek makam, Millî Eğitim Bakanlığıdır.

Yabancı öğretmenlerin ön izin alınmasına ilişkin usul, Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin 29/2. maddesinde belirtilmiştir. Bu usul, UİK ile değişmediği için halen geçerlidir. Buna göre, ön izin belgesi için istenen belgeler, kurum yetkilisince milli eğitim müdürlüğüne teslim edilir; valilik, müdürlükçe kendilerine teslim edilen başvurulardan şartları taşıyanları, beş iş günü içinde MEB'e bildirir; MEB de ayrı bir inceleme yaparak, ön izin belgesini beş iş günü içinde valiliğe gönderir. MEB tarafından ön izin belgesi verilen yabancıların çalışma izinleri, Aile, Çalışma ve Sosyal

çalışma izni verilmeden önce Sanayi ve Teknoloji Bakanlığında olumlu görüş alınması gerekmektedir (UİK m.8/1, 6).

³⁴ DOĞAN, Yabancılar, 2018, s.197-199,237.

³⁵ RG 6.3.2003/25040.

Hizmetler Bakanlığı (AÇSHB) tarafından verilir (Özel Öğretim Kanunu m.8/9; Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği m.26/2; Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği³⁶ m.60). Farklı olarak, yabancı öğretim elemanlarının ön izin alma usulüne ilişkin bir hüküm mevcut değildir.

B. Çalışma İzni veya Çalışma İzni Muafiyeti Alınması

AÇSHB'nca resmî belge şeklinde düzenlenen ve geçerlilik süresi içinde yabancıya Türkiye'de çalışma ve ikamet hakkı veren izin, çalışma izni; Türkiye'de çalışma izni almaksızın çalışma ve ikamet izni veren izin ise 'çalışma izni muafiyeti'dir. (UİK m.3/1/ç, e).

Genel kural, bir yabancı'nın Türkiye'de çalışabilmesi için çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti almasıdır. Ancak UİK m.6/4 uyarınca, doğumla Türk vatandaşlığı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoylarının çalışma hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik³⁷ m.52/2'ye göre, bu kişilerin Türkiye'de çalışmaları, Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yürütülecektir. Böylece, bu kişiler, çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti almadan çalışabilirler. TVK m.28 kapsamındaki kişiler, kamu kurumlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalışabilirler (TVK m.28/3). Sonuç olarak, bu kişiler, Türk resmî eğitim-öğretim kurumlarında kamu memuru olarak çalışamazlar. Ancak kamu ve özel eğitim-öğretim kurumlarında sözleşmeli personel olarak çalışabilirler.

1. Çalışma İzni ve Çalışma İzni Muafiyeti Başvurularında Yetkili Makamlar

Yurt içinden yapılan çalışma izni ve çalışma izni muafiyet başvuruları, doğrudan AÇSHB'na, yurt dışında ise yabancı'nın vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçiliklerine veya başkonsolosluklarına yapılır ve bu kurumlarca AÇSHB'na iletilir (UİK m.7/1;13/2). Ayrıca bu başvurular, yetkili aracı

³⁶ RG. 29.8.2003/25214.

³⁷ RG. 06.04.2010/27544.

kurum tarafından da yapılabilir (m.7/2;13/3)³⁸. Eğitim hizmetlerinde çalışabilmek için de başvurular bu kurumlara yapılacaktır.

2. Çalışma İzni Başvurusunun Uluslararası İşgücü Politikasına Uygun Olması

Genel olarak çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde, uluslararası işgücü politikasına uygunluk aranmaktadır; yabancı öğretmenlerin başvuruları ile yabancı öğretim elemanlarının başvurularının değerlendirilme ölçütlerinde çeşitli farklılıklar bulunmaktadır.

Bu farklılıklara geçmeden önce UİK'nın genel gerekçesinde³⁹ belirtildiği üzere, Türkiye'de nitelikli yabancı çalışanlarının istihdamını sağlama ve yabancıların kayıt dışı çalışmalarının önüne geçmek amacıyla uluslararası işgücü politikasının belirlenmesi hedeflenmektedir. Bu politikanın belirlenmesinde AÇSHB yetkilendirilmiştir⁴⁰. Ayrıca yine bu politikaların tespitinde Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulunun oluşturulacağı, bu Kurulunun kimlerden oluşacağı ve görev alanları UİK'nın 4/4-8. maddelerinde düzenlenmişti; ancak ilgili hükümler, 2.7.2018 tarihinde 703 sayılı KHK'nın 212. maddesi ile kaldırılmıştır.

a. Yabancı Öğretmenlerin Başvurularında Esas Alınması Gereken Ölçütler

Ön okul, ilkokul ve ortaöğretim kurumlarında çalışmak isteyen yabancıların ön izin almalarından sonra çalışma izni ve çalışma izni muafiyeti, uluslararası işgücü politikasına göre değerlendirilir (m.7/4; m.13/4). Uluslararası işgücü politikasının

³⁸ Yetkili aracı kurum; nitelikleri ve görev çerçevesi yönetmelikle belirlenen ve İçişleri Bakanlığı tarafından yetkilendirilen kurum veya kuruluş olarak UİK m.3/i'de tanımlanmıştır; ancak yetkili aracı kurumun nitelikleri, görev çerçevesi ve yetkilendirilmeye ilişkin usul ve esaslar, çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır (m.25/1/i).

³⁹ Uluslararası İşgücü Kanunu Genel Gerekçesi ve Madde Gerekçeleri için bkz. Sayı 31853594-101-1309-1696, 23.06.2016, www.tbmm.gov.tr, erişim tarihi Nisan 2019.

⁴⁰ Yürürlüğe girmeyen UİK Uygulama Yönetmeliği Taslağında ise, uluslararası işgücü politikasının belirlenmesi için Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğüne Türkiye'nin nitelikli işgücü için çekim merkezi olmasına yönelik programları içeren bir politika belgesinin hazırlanmasından bahsedilmektedir (Taslak m.5). Bunun yanında uluslararası işgücü politikasının belirlenmesi, uygulanması ve izlenmesi için Genel Müdürlük tarafından yurt içi ve yurt dışında tanıtım ofislerinin kurulacağı, bu ofislerde nitelikli işgücünün Türkiye'ye yönlendirileceğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır (Taslak m.8).

hazırlanmasında AÇSHB, ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerini (m.13/4 atfıyla m.7/5) ve istihdam ve çalışma hayatına ilişkin gelişmeleri, sektörel ve ekonomik dönemsel değişiklikleri, kalkınma plan ve programlarını, yabancıların uyruğunda bulunduğu ülkeyle ikili ekonomik, sosyal ve kültürel ilişkileri, Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmaları ve uluslararası sözleşmeleri, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı, uluslararası işgücü hareketliliği ve bölgesel gelişmeleri dikkate alarak uluslararası işgücü politikasını belirler (m.4/1,2).

b. Yabancı Öğretim Elemanlarının Başvurularında Esas Alınması Gereken Ölçütler

Ön izni alan yabancı öğretim elemanlarının çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde, uluslararası işgücü politikası esas alınmaz (m.8/4). Bu hüküm, çalışma izni başvurularının değerlendirilmesine ilişkindir. Öte yandan çalışma izni muafiyetinin düzenlendiği 13/4. maddede, çalışma izni muafiyeti başvurularında, genel olarak, uluslararası işgücü politikasının dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Bu durumda yabancı öğretim elemanlarının çalışma izni muafiyetine başvurmaları durumunda, uluslararası işgücü politikasına göre değerlendirme yapılacak mıdır? Kanımızca, yükseköğretim kurumlarında çalışmak üzere izin başvurusunun değerlendirilmesinde dikkate alınmayan şart; evleviyetle çalışma izin muafiyet başvurusunun değerlendirilmesinde de dikkate alınmamalıdır.

3. Çalışma İzni Uzatma Başvurusu

Genel olarak, çalışma izni uzatma başvuruları, çalışma izni süresinin bitimine altmış gün kalmasından itibaren ve her durumda çalışma izni süresi dolmadan önce yapılır; belirtilen sürenin dolmasından sonra yapılan uzatma başvuruları reddedilir (m.7/3).

Çalışma izni uzatma başvurusunun hangi makama yapılacağı düzenlenmemiş olmakla beraber, yetkide paralellik ilkesi gereğince çalışma izni uzatma başvuruları da AÇSHB'na yapılmalıdır.

Ayrıca çalışma izni uzatma başvuruları için de ilgilinin, çalışacağı eğitim kurumuna bağlı olarak Millî Eğitim Bakanlığında veya Yükseköğretim Kurulundan ön izin alması gerekir (m.8/5).

4. Çalışma İzni Başvurularının Mahiyeti ve Değerlendirilme Süresi

Yabancı, çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti almışsa, ayrıca ikamet izni alması gerekmez; bu izinler, ikamet izni yerine geçer (YUKK m.27).

Usulüne uygun olarak yapılan başvuruların değerlendirilmesi, bilgi ve belgelerin tam olması kaydıyla otuz gün içinde tamamlanır (UİK m.7/8). Öte yandan bilgi ve belgelerin eksik olması durumunda, çalışma izni başvurusunun değerlendirilmesi, en fazla otuz gün ertelenir (m.7/7). Ancak eksikliklerin tamamlanmasını geciktiren mücbir sebeplerin varlığının resmî makamdan belgelendirilmesi durumunda, bu süre uygulanmaz (m.7/7). Ayrıca UİK m.13/4'ün m.7/7'ye atfıyla bu usul, çalışma izni muafiyeti başvurusunda bulunan eksikliklerin tamamlanması için de uygulanır; ancak farklı olarak, m.13/4'de, çalışma izni başvurusunun değerlendirilme süresine ilişkin m.7/8'e bir atıf olmadığı için çalışma izni muafiyet başvurusunun değerlendirilmesine ilişkin bir süre öngörülmemiştir.

Ancak yine de kanımızca, çalışma izni başvurularının değerlendirilmesi için öngörülen otuz günlük süre, çalışma izni muafiyet başvurusunun değerlendirilmesinde de uygulanmalıdır.

5. Eğitim Hizmetinde Çalışacak Yabancıların Alabilecekleri Çalışma İzni Türleri

UİK m.10 kapsamında, süreli, süresiz ve bağımsız olmak üzere üç tür çalışma izni belirtilmiştir. Ayrıca 'çalışma izninin istisnaî olarak verilebileceği yabancılar' başlığını taşıyan UİK m.16 kapsamında bu iznin kimlere verilebileceği belirlenmiş; maddenin son cümlesinde, çalışma izni başvuru usulü ve değerlendirilmesine ilişkin 7., çalışma izni başvurusunun ret sebeplerine ilişkin 9. ve çalışma izni türlerine ilişkin 10. maddelerin uygulanmasına ilişkin istisnalar tanınabileceği belirtilmiştir. UİK m.16/son cümlesinde yer alan ifadeden yola çıkarak, 7, 9, 10. maddelerin uygulanmasında mı istisna tanınacağı yoksa UİK'nın yürürlüğe girmesi ile ilga olan YÇİHK'nun yürürlükte

kaldığı dönemde olduğu gibi çalışma izninin dördüncü türü olarak mı anlaşılacağı net değildir. Ancak çalışma izni alınmasına ilişkin UİK m.6 açısından bir istisna tanınmadığından, m.16'da belirlenen yabancılar çalışma izni almalıdırlar. Çalışmamızda, m.16'yı, YÇİHK'nun yürürlükte kaldığı dönemdeki gibi çalışma izninin dördüncü türü olarak kabul edeceğiz.

Yabancı öğretmenlerin veya öğretim elemanlarının çalışma izin başvurularının olumlu değerlendirilmesi hâlinde üç çalışma izni türünden birini alabilirler. Bunlar, süreli, süresiz ve istisnaî çalışma izin türleridir. Bir diğer izin türü olan bağımsız çalışma izni, yabancıya Türkiye'de kendi ad ve hesabına çalışma hakkı veren çalışma izni olduğundan (m.3/1/a)⁴¹ ve “bazı şirket ortakları ile profesyonel mesleklerde kendi işini kuracak olan yabancılara”⁴² verilir. Yabancı kendi açtığı eğitim kurumunda çalışmadığı sürece bu izni alması mümkün değildir. Yabancıların eğitim-öğretim kurumları açabilmeleri için gereken usul ve esaslar, çalışmamızın kapsamı dışında olduğu için bu hususa girilmeyecektir.

a. Süreli Çalışma İzni

UİK m.10/1 kapsamında süreli çalışma izni, yabancının ilk başvurusunda; iş veya hizmet sözleşmesinin süresini aşmamak ve belirli bir işyerinde veya işverenlerin aynı işkolundaki işyerlerinde belirli bir işte çalışma şartıyla en çok bir yıllığına verilir. Yabancı, çalışma iznini uzatma başvurusunda bulunmuşsa, aynı işveren yanında çalışmak şartıyla iki yıl; sonraki uzatma başvurularında üç yıla kadar süreli çalışma izni verilir (m.10/2, ilk cümle). Ancak yabancının farklı bir işveren yanında çalışmak üzere başvurusu, ilk başvuru olarak değerlendirilecektir (m.10/2, son cümle).

⁴¹ Genel olarak bağımsız çalışma izninin, uluslararası işgücü politikası doğrultusunda değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmede, yabancının eğitim düzeyi, meslekî deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi gibi hususlar dikkate alınır (m.10/7). Bağımsız çalışma izni, süre sınırlamasına tâbi olmadan süreli bir şekilde verilir (UİK m.10/8); bunun takdiri AÇSHB tarafından yapılacaktır.

⁴² EKŞİ, 2018, s.231.

b. Süresiz Çalışma İzni

Süresiz çalışma izni, yabancıya, Türkiye’de süresiz çalışma hakkı veren çalışma iznidir. Bir yabancının süresiz çalışma izni alabilmesi için uzun dönem ikamet izni⁴³ veya en az sekiz yıl kanunî çalışma izni alması gerekir (m.10/3). Yabancının bu şartları sağlaması, ona mutlak hak kazandırmaz (m.10/3). Bir diğer deyişle çalışma izni başvurularını değerlendiren AÇSHB, şartları sağlayan her yabancıya süresiz çalışma izni vermeyebilir.

Süresiz çalışma izni alan yabancı, uzun dönem ikamet izninin sağladığı bütün haklardan yararlanır (m.10/4). Bu anlamda söz konusu yabancı, askerlik yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme hakkı ve özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımına ilişkin mevzuat hükümlerine tâbi olmak kaydıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanır (m.10/4). Ancak YUKK m.44/1/ç kapsamında uzun dönem ikamet iznini alan yabancından farklı olarak, süresiz çalışma izni alan yabancının, muaf olarak araç ithal etme hakkına sahip olup olmayacağı UİK m.10/4, son cümlede belirtilmemiştir. Ancak UİK m.10/4, ilk cümlesinde, süresiz çalışma izni alan yabancının, uzun dönem ikamet izninin sağladığı tüm haklardan yararlanacağı kabul edilmiştir. UİK m.10/4, c.1’in YUKK m.44’e atfı ile uzun dönem ikamet izninin, sahibine sağladığı ve sağlamadığı hakları incelediğimizde, uzun dönem ikamet izni sahibinin muaf olarak araç ithal etme hakkına sahip olmadığını görmekteyiz. Böylece, süresiz çalışma izni sahibi yabancının da muaf olarak araç ithal etme hakkına sahip olmadığı sonucuna ulaşabiliriz⁴⁴.

⁴³ Yabancının Türkiye’de kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izniyle kalması şartıyla İçişleri Bakanlığın onayıyla valilikler tarafından uzun dönem ikamet izni verilir (YUKK m.42/1). YUKK m.43’de düzenlenen uzun dönem ikamet izni alınabilmesi için gereken kanunî şartlar; kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izniyle Türkiye’de kalmak, son üç yıl içinde sosyal yardım almamak, kendisi veya varsa ailesinin geçimini sağlayacak yeterli ve düzenli gelir kaynağına sahip olmak, geçerli sağlık sigortasına sahip olmak ve kamu düzeni veya kamu güvenliği bakımından tehdit oluşturmamaktır. Bunun dışında, 2.7.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK’nın 71. maddesi ile kaldırılan Göç Politika Kurulunun uygun gördüğü yabancılar da, uzun dönem ikamet iznini almaktaydı. Bunun için kanunî şartlardan sadece kamu düzeni veya kamu güvenliği bakımından tehdit oluşturmama şartı aranmaktaydı.

⁴⁴ Süresiz çalışma izni sahibi bir yabancı ile uzun dönem ikamet iznine sahip bir yabancı, TVK m.28’de düzenlenen doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden yabancı ve bu yabancının üçüncü dereceye kadar olan alt soylarının sahip oldukları ve olmadıkları

c. İstisnaî Çalışma İzni

İstisnaî çalışma izninin verilebilmesi için bu başvurunun öncelikle AÇSHB tarafından belirlenen uluslararası işgücü politikasına göre değerlendirilmesi esastır. Bu başlık altında konumuzla bağlantılı olabilecek çalışma izninin istisnaî olarak verilebileceği yabancılar (m.16) hakkında açıklamalarda bulunulacaktır.

- Bu yabancılardan ilki, “eğitim düzeyi, ücreti, meslekî deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı vb. özellikleri itibarıyla nitelikli işgücü olarak değerlendirilen ve bilim ve teknolojiye katkısı, yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü vb. özellikleri itibarıyla nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilenlerdir (m.16/1/a, b).

Turkuaz Kart başlığını taşıyan 11/1. maddeye göre, uluslararası işgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, meslekî deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye’deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ve AÇSHB tarafından belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara Turkuaz Kart verilir. Ayrıca 14 Mart 2017 tarihinde yürürlüğe giren Turkuaz Kart Yönetmeliğinin⁴⁵ 5. maddesi de Turkuaz Kart verilebilecek yabancıları belirlemiştir. UİK m.11/1; m.16/a,b ve Yönetmelik m.5’de yer alan ifadeler birbirine benzemektedir⁴⁶. Yönetmeliğin 5/1/a-b. maddesinin lafzına bakıldığında, Kanunun m.16/1/a-b’den tek farkı, “yüksek nitelikli yatırımcı ve yüksek nitelikli işgücü ifadesine yer vermesidir. Kanımızca istisnaî çalışma izninin verilebileceği bu grup, UİK’nın getirdiği yeniliklerden biri olan Turkuaz Kart sahibi olabilecek yabancılardır⁴⁷.

haklardan farklı olarak, muaf ev eşyası ithal etme hakkına sahip olmaktadır (karşılaştırınız: TVK m.28/2, UİK m.10/4 ve YUKK m.44).

⁴⁵ RG.: 14.3.2017/30007.

⁴⁶ Ayrıca UİK m.16/h’de, alanındaki başarısı ile uluslararası düzeyde temayüz eden bilimsel, kültürel, sanatsal veya sportif amaçla Türkiye’ye gelen yabancıların istisnaî çalışma izni alabileceği düzenlenmiştir. Turkuaz Kart Yönetmeliğinin m.5/ç bendine baktığımızda, kültürel, sanatsal veya sportif faaliyetler açısından uluslararası düzeyde başarılı olan yabancıya Turkuaz Kart verilebileceği kabul edilmiştir. Bu iki düzenleme de birbirinin benzeridir.

⁴⁷ Farklı olarak, doktrinde Turkuaz Kart uygulamasının, çalışma izninin bir diğer türü olarak tasnifi için bkz. ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, **2017**, s.197 vd; EKŞİ, **2018**, s.232; DOĞAN, Yabancılar, **2018**, s.206 vd. Yine farklı olarak UİK’nın sistematigine bağlı kalınarak, çalışma izni türlerini üç tane olarak kabul edip, istisnaî çalışma izni ile Turkuaz Kart’ın ayrı değerlendirilmesi için bkz. KARAAĞAÇ, Ömür, “Yabancıların Türkiye’de Çalışmalarına İlişkin Temel Düzenleme Olarak Uluslararası İşgücü

Turkuaz Kart başvurusu, yurt içinden doğrudan AÇSHB Yabancı Başvuru, Değerlendirme ve İzleme Sistemi üzerinden veya yurt dışında yabancının vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türk dış temsilciliği aracılığıyla yapılır (Turkuaz Kart Yönetmeliği m.6/1). Turkuaz Kart başvurusunun değerlendirilmesinde, uluslararası işgücü politikası doğrultusunda Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğünce belirlenen kıstaslar çerçevesinde oluşturulan puanlama sistemi kapsamında yeter puan almak gerekmektedir (Turkuaz Kart Yönetmeliği m.9/1,2).

Turkuaz Karta ilişkin ayrıntılarına girmeden, konumuzla bağlantılı olarak akademik alanda uluslararası kabul görmüş çalışmaları bulunanlar, nitelikli yabancı olarak değerlendirilebilir (UİK m.11/5). Bu kişilerin Turkuaz Kart alabilmeleri için yeterli bir puan alabilmelerinde esas alınacak ölçütler: akademik unvan, ulusal ya da uluslararası alanda bilinen yükseköğretim kurumlarında çalışma veya meslekî deneyim, ulusal veya uluslararası kurumlar tarafından tescillenmiş patent, ticarî marka veya lisans, inovasyon faaliyetleri, Ar-Ge alanında ya da bilişim, savunma, maden, enerji gibi ülke ekonomisi açısından stratejik sektörlerde önemli görevlerde çalışma veya meslekî deneyimdir (Turkuaz Kart Yönetmeliği m.11/1/c).

Turkuaz Kart, öncelikle üç yıllık geçiş süresi kaydıyla verilir ve bu kayıt kaldırıldıktan sonra sahibine süresiz çalışma ve ikamet hakkı; eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına ise sadece ikamet hakkı verir (UİK m.11/2,3,17;Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 4/1/e,17).

Turkuaz Kart sahibi yabancı, süresiz çalışma hakkının sağladığı haklardan yararlanır (UİK m.11/4, Turkuaz Kart Yönetmeliği m.19/1). Böylece, kanımızca, Turkuaz Kart sahibi yabancı, istisnaî çalışma izni almalı; ancak süresiz çalışma hakkının sağladığı haklardan yararlanmalıdır. Turkuaz Kart Yönetmeliğinin 19/1/ç ve 19/2. maddelerinde bu kart sahibi yabancıların çalışmalarına ilişkin işlemlerin, ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuata göre yürütüleceği; ancak özel kanunlarda sadece Türk vatandaşlarının çalışabilmelerine ilişkin koşul aranan meslek veya iş kollarında çalışamayacakları düzenlenmiştir.

Kanununun Genel Değerlendirilmesi”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2018, Cilt 3, Sayı 1, (s.103).

Örneğin, Turkuaz Kart sahibi yabancı, Türk resmî okullarında devlet memuru olarak öğretmenlik yapamaz⁴⁸.

Son olarak, Turkuaz Kart sahibi yabancılar, 25.9.2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun⁴⁹ 12. maddesi kapsamında istisnâî yolla Türk vatandaşlığını kazanabilirler⁵⁰.

- İstisnâî çalışma izninin verilebileceği ikinci grup yabancılar ise, İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığı tarafından Türk soylu olduğu bildirilen yabancılardır.

5543 sayılı İskân Kanununun⁵¹ 7. maddesine göre, Türk soylu yabancıların tayin ve tespiti, Cumhurbaşkanı kararı ile yapılır⁵².

2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun⁵³ m.1, 3 ve Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanunun Uygulanması Hakkındaki Yönetmelik m.1, 3, 11, 12 uyarınca, Türk soylu yabancılar, Türkiye’de ikamet etmek şartıyla Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere Türk vatandaşlarının yapabileceği belirtilen veya Türk vatandaşı olma şartının arandığı mesleklerde ve kamu veya özel kuruluşlarda çalışabilirler.

⁴⁸ Bkz. aşağıda. Bölüm Ç/2/a, Ç/2/b.

⁴⁹ RG.12.06.2009/27256.

⁵⁰ 19/3.maddesinde, geçiş süresinin kaldırılması ve AÇSHB’nin teklifi şartları belirtilmiştir. Ancak Kanunda belirtilmesi gereken şartlara ek şart getiren Yönetmelik hükmünün değerlendirilmesi ayrı bir çalışma konusudur.

⁵¹ RG.26.09.2006/26301.

⁵² 2.7.2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin m.174 uyarınca “ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Dışişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu” ifadesi değiştirilmiştir.

⁵³ RG.29.9.1981/17473.

2527 sayılı Kanun m.3⁵⁴ ve UİK m.8, 16⁵⁵ birlikte yorumlandığında, İçişleri veya Dışişleri Bakanlıkları tarafından Türk soylu oldukları bildirilen yabancı öğretmenler ve öğretim elemanları, MEB veya Yükseköğretim Kurumundan alacakları ön izni takiben AÇSHB tarafından kendilerine verilen istisnaî çalışma izni ile Türkiye’de resmî, özel öğretim kurumları ile yükseköğretim kurumlarında çalışabilirler.

- İstisnaî çalışma izninin verilebileceği üçüncü grup, YUKK uyarınca uluslararası koruma başvurusu sahibi, şartlı mülteci, geçici koruma sağlanan, vatansız ya da mağdur destek sürecinden yararlanan insan ticareti mağduru yabancılardır.

Bu statüdeki yabancı öğretmen ve akademisyenler, çalışma izni muafiyeti kapsamında değillerse, Türkiye’de çalışabilmeleri için istisnaî çalışma izni alabilirler. UİK m.17 ve YUKK m.89/4 uyarınca, uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında nihaî karar verilmemiş yabancılar veya şartlı mülteciler, uluslararası koruma başvurusu tarihinden; geçici koruma sağlanan yabancılar ise geçici koruma kimlik belgesinin düzenlendiği tarihten itibaren altı ay sonra çalışma izni veya çalışma izni muafiyetini almak üzere başvurabilirler⁵⁶. İçişleri Bakanlığının olumlu görüşü alındıktan (UİK m.17/2) sonra AÇSHB tarafından istisnaî çalışma izni, UİK m.10’da belirtilen sürelerle; yani süreli veya süresiz olarak verilebilir (UİK m.17/4). Çalışma izni veya çalışma izni muafiyetinin alınması, yabancılara Türkiye’de mutlak kalış hakkı sağlamaz (m.17/3). Bu kişilerin çalışması, çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti, il, süre, iş veya meslek bakımından, uluslararası işgücü politikası ve İçişleri Bakanlığının görüşü dikkate alınarak AÇSHB tarafından sınırlanabilir (UİK m.17/6).

⁵⁴ Ayrıca bkz. Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanunun Uygulanması Hakkındaki Yönetmelik m.3-6.

⁵⁵ 2527 sayılı Kanun, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanuna (YÇİHK) atıf yapmaktadır. Ancak UİK’nın Temmuz 2016 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra, YÇİHK’ya yapılan atıflar, UİK’ya yapılmış sayılacaktır (UİK m.26/1).

⁵⁶ Uluslararası koruma ve geçici koruma sağlanan yabancıların çalışmalarına ilişkin ayrı yönetmelikler bulunmaktadır. Uluslararası Koruma Başvurusu Sahibi ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik m.6 (RG.: 26.4.2016/29695) ve Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik m.5, (RG.: 15.01.2016/29594) ile UİK m.17 ve YUKK m.89/4 hükümleri paraleldir.

- İstisnaî çalışma izninin verilebileceği son grup, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşı; Avrupa Birliği üyesi ülke vatandaşı; bir Türk vatandaşı ile evli ve eşiyse Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşayan yabancı öğretmen veya öğretim elemanıdır.

6. Çalışma İzni Muafiyeti Alabilecek Eğitim Personeli

Yukarıda belirttiğimiz yabancılar dışında kalan bazı yabancılar, çalışma izninden muafırlar. UİK’da belirtilen, konumuzla ilgili olabilecek kişiler şunlardır:

- UİK m.6/3 uyarınca diğer kanunlarda ya da Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya uluslararası sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabileceği belirtilen yabancılar:

UİK’nın uygulama yönetmeliği henüz yürürlüğe girmediği için Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanuna İlişkin Yönetmelik; halen yürürlükte ve Yönetmeliğin 55/1/a. maddesinde de belirtildiği gibi bu yabancılar, çalışma izninden muafırlar.

- Son olarak, UİK m.14. kapsamında yabancı ülkelerin Türkiye’deki diplomatik ve konsüler temsilciliklerinin bağlı birimi olarak faaliyet gösteren okullarda görevlendirilecek yabancılar, Dışişleri Bakanlığına başvuru yapmalıdırlar; bu başvurulardan uygun görülenler AÇSHB’na bildirilir ve İçişleri Bakanlığının olumlu görüşü alınarak, kendilerine AÇSHB’nca çalışma izni muafiyeti verilir.

7. Çalışma İzni Başvurusunun Reddi

UİK’da genel olarak, çalışma izni ret sebepleri belirtilmiştir. Bunlar aynı zamanda, yabancı öğretmenler ve öğretim elemanlarının çalışma izni başvurularının değerlendirilmesi bakımından da uygulanmaktadır; ancak bu kişilerin başvurularında dikkate alınacak ret sebepleri açısından çeşitli farklılıklar mevcuttur.

a. Yabancı Öğretmenlerin Çalışma İzni Başvurularının Ret Sebepleri (m.9)

Yabancı öğretmenlerin çalışma izni başvuruları hakkında öncelikle uluslararası işgücü politikasına uygun olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılır. Uluslararası işgücü politikasına uygun olmayan; sahte veya yanıltıcı bilgi veya belgelere dayanan; yabancı istihdam edilmesine ilişkin gerekçesi yeterli görülmeyen; diğer kanunlarda

sadece Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve mesleklere ilişkin; kanunî süresi içinde yapılamayan veya eksikleri tamamlanmayan başvurular reddedilir. Ayrıca diğer ret sebepleri, yabancınn ÷lkeye girişine izin verilmeyecek veya vize verilmeyecek veya hakkında sınır dışı etme kararı alınacak yabancılardan olması; kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye’de çalışmasında sakınca gör÷lmesi; yabancınn, Dışışleri Bakanlığının uygun gör÷şü olması durumu hariç, Türkiye Cumhuriyeti’nin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin bulunmadığı ÷lke vatandaşı olmasıdır. Bu ret sebeplerinin yanında, UİK m.7/6 doğrultusunda, AÇSHB’nin belirleyeceği çalışma izni başvurusunun değerlendirme ve çalışma izni puanlama sisteminin oluşturulmasında kullanılacak ölçütleri karşılamayan başvurular da reddedilebilecektir.

Bu ret sebeplerinin dışında UİK’nun 9. maddesinde bir ret sebebi daha düzenlenmiştir. O da, gerekli nitelik ve uzmanlığı taşımadığı anlaşılan yabancıların başvurularının reddedileceğidir. Ancak bu ret sebebi, yabancı öğretmenlerin çalışma izin başvurularında dikkate alınacak ret sebebi değildir (m.8/3 atfıyla). Zaten yabancı öğretmenlerin çalışacağı eğitim hizmeti, meslekî yeterlilik gerektirdiğinden ve ön izin değerlendirilmesi de bu yabancınn meslekî yeterliliği karşılayıp karşılamadığı noktasında yapılacağından; ayrıca bu araştırmanın bir de çalışma izni başvurusu sırasında yapılması gerekmemektedir.

b. Yabancı Öğretim Elemanlarının Çalışma İzni Başvurularının Ret Sebepleri

Yabancı öğretmenlerin Türkiye’de çalışma izni başvurularının reddini gerektiren sebeplerden sadece üçü, yabancı öğretim elemanlarının Türkiye’de çalışma izni başvurularının reddi sebeplerindedir (m.8/4, son cümle). Bu ret sebeplerinden ilki, yabancı öğretim elemanının, İçişleri Bakanlığınca, YUKK kapsamında ÷lkeye girişine izin verilmeyecek, vize verilmeyecek veya hakkında sınır dışı etme kararı alınacak yabancılardan olmasıdır (m.9/1/f). İkincisi, bu yabancınn kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye’de çalışmasında sakınca gör÷lmesi hâlidir (m.9/1/g). Son olarak, başvuruda bulunan yabancınn, Dışışleri Bakanlığının uygun

görüşü haricinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin bulunmadığı ülke vatandaşlığını taşımasıdır (m.9/1/ğ).

Burada dikkat çeken husus, yabancı öğretim elemanının Türkiye'de bir yükseköğretim kurumunda çalışma başvurusunun, uluslararası işgücü politikasına göre değerlendirilmeyecek olmasıdır (m.8/4 atfıyla m.7/4). Bundan dolayı, bu yabancı'nın başvurusunun, AÇSHB'nca belirlenen uluslararası işgücü politikasına uygun olmaması, ret sebebi teşkil etmez.

8. Çalışma İzinlerinin Sınırlandırılması ve Çalışma İzninin veya Çalışma İzni Muafiyetinin İptali

UİK m.12/3'e göre, çalışma izinleri, belirli bir süreliğine veya çalışacakları hizmet sektörü, meslek, işkolu, mülkî veya coğrafî alan itibariyle sınırlandırılabilir. Yabancıların çalışma izinlerinin sınırlandırılmasında, karşılıklılık ilkesi, iş piyasasındaki durum, çalışma hayatındaki gelişmeler, istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür dikkate alınır. Ancak Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı sözleşmelerle sağlanan haklar saklıdır. Bu genel düzenleme, yabancı öğretmen ve yabancı öğretim elemanlarının çalışma izinlerinin sınırlandırılması için de uygulanır. Aynı şekilde çalışma izni ve çalışma izni muafiyetinin hangi hâllerde iptal edileceğine ilişkin düzenleme de yabancı öğretmen ve yabancı öğretim elemanlarının çalışma izinlerinin ve çalışma izin muafiyetlerinin iptali için de geçerlidir. Bu haller şunlardır (m.15/2): Yabancı'nın;

- Çalışma izni veya çalışma izni muafiyetinin geçerlilik tarihinden itibaren altı ay içinde Türkiye'ye gelmemesi,

- İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığının uygun görüşünün bulunması hâli hariç, pasaportunun veya pasaport yerine geçen belgesinin geçerlilik süresinin uzatılmaması,

-Bu Kanunda belirtilen hükümlere aykırı olarak çalıştığının tespiti,

- Çalışmasının herhangi bir nedenle sona ermesi,

- Çalışma izni başvurusunun sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapıldığının sonradan tespiti,

- Turkuaz Kart verilebilecek yabancıların, geçiş süresi içinde talep edilen bilgi ve belgeleri sunmaması ya da bunların niteliklerini kaybettiğinin anlaşılması,

- İçişleri Bakanlığınca, YUKK kapsamında Türkiye'ye girişine izin verilemeyecek, vize verilmeyecek ve hakkında sınır dışı etme kararı alınabilecek yabancı olduğunun bildirilmesi,

- Kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye'de çalışmasında sakınca olduğunun ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca bildirilmesi,

- Sağlık sebepleri veya zorunlu kamu hizmeti gibi mücbir sebepler dışında süreli çalışma izinlerinde aralıksız olarak altı aydan, bağımsız ve süresiz çalışma izinlerinde ise aralıksız olarak bir yıldan uzun süre Türkiye dışında kalması,

- Turkuaz Kart sahibi olması hâlinde yurt dışında kalış süresinin Bakanlıkça belirlenen süreyi aşmasıdır.

Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti, geçerlilik süresinin sona ermesi veya AÇSHB tarafından iptal edilmesi durumunda geçerliliğini kaybeder (m.15/1).

C. Türkiye'ye Hukuka ve Usulüne Uygun Olarak Girilmesi⁵⁷

YUKK kapsamında genel olarak, bir yabancıнын Türkiye'ye hukuka ve usulüne uygun olarak girebilmesi için gereken şartlar şunlardır:

- YUKK m.5 ve 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun⁵⁸ 1. maddesi kapsamında Cumhurbaşkanınca tayin olunan **sınır kapılarından sadece ülkeye giriş ve çıkış yapılmalıdır⁵⁹**.

- **Türkiye'ye geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle giriş yapılması gerekmektedir (YUKK m.5)**. Pasaport ve pasaport yerine geçen vesika çeşitleri, Pasaport Kanunu'nun 12. maddesinde

⁵⁷ DOĞAN, Yabancılar, **2018**, s.197, 45 vd.; EKŞİ, **2018**, s.69 vd.; ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, **2016**, s.80 vd.; ERTEN, **2015**, s.11-19.

⁵⁸ RG. 15.07.1950/5682.

⁵⁹ 2.7.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK m.23 ile "İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca" ifadesi değiştirilmiştir.

sayılmıştır. Pasaportlar; diplomatik pasaport, hususî damgalı pasaport, hizmet damgalı pasaport, umuma mahsus pasaport ve vatansızlara veya tâbiyet durumu belli olmayanlara verilen yabancılara mahsus pasaporttur⁶⁰. Pasaport yerine geçen vesikalar ise, pasavanlar, idarî mektuplar ve hudut geçiş belgeleri; gemi adamı cüzdanları, demiryolu ve hava ulaşım araçları memur ve mürettebatına verilen vesikalar ve mültecilere verilen seyahat belgesidir⁶¹.

- **Türkiye'ye girişine izin verilmeyecek veya hakkında giriş yasağı bulunan yabancılardan olunmamalıdır** (YUKK m.7, 9, m.18/3). YUKK'un 7. maddesinde düzenlenen Türkiye'ye girişine izin verilmeyecek yabancılar üç bent altında düzenlenmiştir. İlki, pasaportu, pasaport yerine geçen belgesi, vizesi, ikamet veya çalışma izni olmayanlar ile bu belgeleri veya izinleri hileli yollarla edindiği veya sahte olduğu anlaşılan yabancılardır. İkincisi, vize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az 60 gün süreli pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar ve son olarak, YUKK'un 15. maddesi kapsamında vize verilemeyecek yabancılardır.

Ayrıca YUKK'un 9/1. maddesinde Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerini alarak, gerekli görmesi hâlinde, Türkiye dışında bulunup da kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye'ye girmesinde sakınca görülen yabancılardan ülkeye girişini yasaklayabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda yabancılara, Türkiye'ye giriş yapmak üzere geldikleri sınır kapılarından giriş-çıkış işlemlerinden sorumlu kolluk birimince tebligat yapılabilir (YUKK m.10; Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik/YUKK Yönetmelik m.9/1/c⁶²). Ayrıca Türkiye'den sınır dışı edilen yabancılardan da, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü veya valilikler

⁶⁰ Bu pasaport çeşitlerinin kim tarafından kimlere verilebileceğine ilişkin düzenlemeler için bkz. Pasaport Kanunu m.13-18.

⁶¹ Pasaport yerine geçen belgelere ilişkin düzenlemeler için bkz. Pasaport Kanunu m.19-20, seyahat belgesine ilişkin olarak YUKK m.84.

⁶² RG.17.3.2016/29656.

tarafından Türkiye'ye girişi yasaklanır (YUKK m.9/2). Bu kapsamdaki yabancılara valilik tebligat yapar (YUKK m.10; YUKK Yönetmelik m.9/1/b). Genel Müdürlük; giriş yasağını kaldırabilir veya bu yasak saklı kalmak kaydıyla geçici süreliğine yabancının Türkiye'ye girişine izin verebilir; bazı yabancılardan da, kamu düzeni veya kamu güvenliği sebebiyle ülkeye girişlerini ön izin şartına bağlayabilir (m.9/7). Türkiye'ye giriş yasağı veya ön izin şartı kapsamında olan yabancılara, vize, ikamet veya çalışma izni almak üzere konsolosluklara başvurmaları hâlinde konsolosluk görevlileri, giriş yasağını veya ön izin şartını tebliğ eder (YUKK Yönetmelik m.9/1/c). Bu yasak süresi en fazla beş yıl olup; kamu düzenine veya kamu güvenliğine ciddi tehdit bulunması durumunda, en fazla on yıl daha artırılabilir (m.9/3). Hakkında sınır dışı kararı alınan, vize veya ikamet izni süresi sona eren ve bu durumları yetkili makamlarca tespit edilmeden önce Türkiye dışına çıkmak için valiliklere başvuran yabancılardan bazılarının Türkiye'ye giriş yasağı bir yılı geçemez (m.9/4). Ayrıca sınır dışı kararı alınanlardan bazılarının, sınır dışı etme kararında belirtmek üzere Türkiye'yi terk edebilmeleri için on beş günden az olmamak üzere otuz güne kadar süre tanınır (m.56/1); bu süre içinde Türkiye'yi terk edenler hakkında giriş yasağı alınmayabilir (m.9/5). Son olarak, Türkiye'ye giriş yasağı kararı alınan yabancının, bu karara karşı itiraz hakkı saklıdır (m.10).

Son olarak, YUKK'un 18. maddesinde Cumhurbaşkanına⁶³ vize ve pasaport işlemleri hakkında tanınan yetkilerden biri de yabancılardan Türkiye'ye girişlerini belli şartlara bağlayıcı veya kısıtlayıcı tedbir alabilme yetkisidir. Bu hükme dayanarak, Cumhurbaşkanı bazı yabancılardan ülkeye girişini yasaklayabilir, girişine izin vermeyebilir veya ülkeye girişi belirli şartlara tâbi kılabilir.

- Vize verilmeyecek yabancılardan olmamak kaydıyla **Türkiye'ye vize ile giriş yapılması** gerekmektedir (YUKK m.11,15). Vize, Türkiye'de en fazla doksan güne kadar kalma hakkı tanıyan ya da transit geçişi sağlayan

⁶³ 2.7.2018 tarihli 703 sayılı KHK m.71 ile maddede yer alan "Bakanlar Kurulu" ifadesi "Cumhurbaşkanı" olarak değiştirilmiştir.

izindir (YUKK 3/1/t). Böylece, Türkiye’de doksan güne kadar kalacak yabancılar, vatandaşı oldukları veya yasal olarak buldukları ülkedeki konsolosluklardan geliş amaçlarını da belirten vize almak zorundadırlar. Vizenin veya vize muafiyetinin Türkiye’de sağladığı kalış süresi, her yüz seksen günde doksan günü geçemez (YUKK m.11/1)⁶⁴. Ancak Türkiye’ye giriş yapacağı tarih itibariyle geçerli çalışma izni veya ikamet izni bulunanlar, vize muafiyetine sahiptir (YUKK m.12; YUKK Yönetmelik m.13). Öte yandan bazı yabancılar vize verilemeyeceği Kanunun 15. maddesinde düzenlenmiştir. Bu yabancılar; talep ettikleri vize süresinden en az altmış gün daha uzun süreli pasaport ya da pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar; Türkiye’ye girişleri yasaklı olanlar; kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından sakıncalı görülenler; kamu sağlığına tehdit olarak nitelendirilen hastalıklardan birini taşıyanlar; Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu anlaşmalar uyarınca, suçluların geri verilmesine esas olan suç veya suçlardan sanık olanlar ya da hükümlü bulunanlar; kalacağı süreyi kapsayan geçerli sağlık sigortası bulunmayanlar; Türkiye’ye giriş, Türkiye’den geçiş veya Türkiye’de kalış amacını haklı nedenlere dayandıramayanlar; kalacağı sürede, yeterli ve düzenli maddi imkâna sahip olmayanlar; vize ihlalden veya önceki ikamet izninden doğan ya da 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre takip ve tahsil edilmesi gereken alacakları ödemeyi kabul etmeyenler veya 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre takip edilen borç ve cezalarını ödemeyi kabul etmeyenlerdir.

Ancak bu madde kapsamında olup da vize verilmesinde yarar görülenlere İçişleri Bakanının onayıyla vize verilebileceği 15/2. maddesinde ifade edilmiştir. Ayrıca Kanunun 18/1/a. maddesinde Cumhurbaşkanı da, vize işlemlerine ilişkin anlaşmalar yapmaya ve gerek gördüğü hallerde bazı

⁶⁴ Vizeye ilişkin düzenlemeler için bkz. YUKK m.11-18; YUKK Yönetmelik m.10-18. Ayrıca yabancıların vize alma zorunluluğu ile ilgili bkz. TEKSOY, Barış, “6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2013, Cilt 62, Sayı 3, s.855-906.

devletlerin vatandaşları için vize zorunluluğunu tek taraflı kaldırmaya, vize kolaylığı getirmeye ve vize sürelerini belirlemeye yetkili kılınmıştır.

D. Çalışmaya İlişkin Kanunî Sınırlamaya Uyulması

Yabancı öğretmenlerin veya öğretim elemanlarının Türkiye’de bir eğitim-öğretim kurumunda çalışabilmeleri için öngörülen kanunî sınırlamalar ayrı incelenecektir.

1. Yabancı Öğretim Elemanlarının Yükseköğretim Kurumlarında Çalışabilmeleri için Tâbi Olacakları Kanunî Sınırlamalar

Yükseköğretimde çalışacak öğretim elemanları, 4.11.1981 tarihinde kabul edilen 2547 sayılı Yükseköğretim Kanuna⁶⁵ tâbidir. Yükseköğretim, ‘milli eğitim sistemi içinde, ortaöğretime dayalı, en az dört yarıyılı kapsayan her kademedeki eğitim ve öğretimin tümüdür’ (m.3/a). Yükseköğretim kurumlarına örnek olarak, üniversite, yüksek teknoloji enstitüleri konservatuvar, araştırma ve uygulama merkezleri, meslek yüksekokulları verilebilir (m.3/c). Bu kurumlarda görevli öğretim elemanları ise; öğretim üyeleri⁶⁶, öğretim görevlileri⁶⁷, okutmanlar⁶⁸ ve öğretim yardımcılarıdır⁶⁹(m.3/l).

Yabancı öğretim elemanlarının Türkiye’de çalışabilmelerine ilişkin temel hüküm ise Yükseköğretim Kanununun 34/1. maddesidir⁷⁰. Buna göre, yabancı öğretim elemanları, ilgili fakülte, enstitü veya yüksekokul yönetim kurulunun önerisi ve

⁶⁵ RG.06.11.1981/17506.

⁶⁶ Profesörler, doçentler ve yardımcı doçentler, öğretim üyeleridir (Yükseköğretim Kanunu, m.3/m).

⁶⁷ Yükseköğretim Kanununda, ders vermek ve uygulama yaptırmakla yükümlü kişi olarak tanımlanmıştır (m.3/n). Uygulamada, bağlı buldukları yükseköğretim kurumunda ders veren veya uygulama yaptıran ancak henüz yardımcı doçent statüsünü kazanmamış doktora tamamlayan kişiler ile henüz tamamlamamış kişiler, öğretim görevlisi olarak kabul edilmektedir.

⁶⁸ Yükseköğretim kurumlarında ortak zorunlu ders olarak belirlenen, dersleri okutan veya uygulayan öğretim elemanlarıdır (Yükseköğretim Kanunu m.3/o). Ortak zorunlu derslere örnek olarak, Türk Dili, Atatürk İlke ve İnkılapları Tarihi, Yabancı Dil, Bilgisayar verilebilir.

⁶⁹ Yükseköğretim kurumlarında belli süreler için görevlendirilen araştırma görevlileri, uzmanlar, çevirciler ve eğitim-öğretim planlamacılarıdır (Yükseköğretim Kanunu m.3/p).

⁷⁰ Bu maddenin başlığında ve içeriğinde yabancı uyruklu öğretim elemanları ifadesi yer almaktadır; ancak bu ifadenin dar bir ifade olduğu ve “yabancı öğretim elemanları” şeklinde anlaşılması gerektiğini değerlendirmekteyiz. Bu nedenle çalışmamız kapsamında “yabancı uyruklu” terimi yerine, “yabancı” terimi kullanılacaktır.

üniversite yönetim kurulunun uygun görüşü üzerine rektör tarafından atanarak, sadece sözleşmeli akademik personel olarak çalışabilirler.

Yükseköğretim Kanununun 34/2. maddesi, çeşitli defalarda değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerden önce, yabancı öğretim elemanları, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun Bakanlar Kurulu kararını gerektiren hükümlerine tâbi olmadan, İçişleri Bakanlığı (İİB) ve Millî Eğitim Bakanlığının (MEB) olumlu görüşü neticesinde atanmaktalardı. Daha sonraları, 17.8.1983 tarihli 2880 sayılı Kanunun 17. maddesi⁷¹ ile MEB'in olumlu görüşü kaldırılmış; Yükseköğretim Kurulu (YÖK) yetkilendirilmiştir. Buna göre YÖK, başvuruları İİB'ne bildirecek ve İİB'nin iki ay içinde vereceği olumlu görüş neticesinde yabancı öğretim elemanları, bir yükseköğretim kurumunda çalışmaya başlayacaktı. Son değişiklik, UİK m.8/4 ile yapılmış ve yabancı öğretim elemanlarının bir yükseköğretim kurumunda çalışabilmeleri için YÖK'ten alacakları ön izni takiben çalışma izninin verilmesinde AÇSHB yetkilendirilmiştir. Ayrıca 2018 yılında 34. maddeye ek bir fıkra ile⁷² yükseköğretim kurumunda sözleşmeli yabancı öğretim elemanı sayısının, dolu öğretim elemanı kadrosu sayısının %2'sini geçemeyeceği ve bu kapsamdaki yabancı öğretim elemanının, yükseköğretim kurumlarına dağılımının, ücretinin, sözleşme süresinin uzatımının veya sona ermesinin YÖK tarafından yapılacağı kabul edilmiştir.

Ancak 25.4.2001 tarihli ve 4652 sayılı Polis Yükseköğretim Kanunu ile kendi kurumlarında görevlendirilecek yabancı öğretim elemanları için özel hükümler kabul edilmiştir⁷³. Kanunun 23. maddesine göre,

“Akademide görevlendirilecek yabancı öğretim elemanları, polis akademisinin ihtiyaç göstermesi, Emniyet Genel Müdürünün teklifi ve Maliye Bakanlığından alınacak olumlu görüş üzerine, İçişleri Bakanının onayı ile sözleşmeli olarak çalıştırılabilirler. Bu şekilde sözleşmeli olarak çalıştırılacak yabancı öğretim elemanlarına ödenecek ücret, Yükseköğretim Personel

⁷¹ RG.19.08.1983/18140.

⁷² 2.7.2018 tarihli 703 sayılı KHK m.43.

⁷³ RG.9.5.2001/24397.

Kanununun 16. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanınca⁷⁴ belirlenecek esaslar çerçevesinde Bakanlıkça tespit edilir”.

Bu hüküm kapsamında, polis akademisinde görevlendirilecek öğretim elemanlarının çalışabilmeleri için öngörülen usul ve yetkili makamlar, UİK ile değiştirilen Yükseköğretim Kanununun 34. maddesinde öngörülen usulden ve yetkili makamlardan farklıdır. Dolayısıyla polis akademisinde görevlendirilecek öğretim elemanları, çalışma izinlerini AÇSHB’den almayacaktır.

Sonuç olarak, Yükseköğretim Kanunu ve Polis Yükseköğretim Kanunu uyarınca yükseköğretimde ve polis akademilerinde görevlendirilecek yabancı öğretim elemanları, ancak sözleşmeli olarak çalışabilirler.

Öte yandan, yabancı öğretim elemanlarına ödenecek ücret ise, 11.10.1983 tarihli ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununun⁷⁵ 16. maddesine tâbi kılınmış ve Cumhurbaşkanınca⁷⁶ belirlenecek esaslar dâhilinde Yükseköğretim Kurulunca (YÖK) tespit edileceği düzenlenmiştir. Önceki dönemde bu yetkinin Bakanlar Kuruluna ait olması ile Bakanlar Kurulu, yabancı uyruklu öğretim elemanlarının sözleşmeli çalışma esasları ve ödenebilecek sözleşme ücretlerinin üst sınırlarına ilişkin 14.10.1983 tarihli 83/7148 sayılı Yükseköğretim Kurumlarında Yabancı Uyruklu Öğretim Elemanı Çalıştırılması Esaslarına İlişkin Karar almış ve bu Karar, çeşitli zamanlarda değişikliğe uğramıştır.

Bu Kararın 8. maddesinin ilk hâline göre, yabancı öğretim elemanlarının sözleşmeli olarak çalışabilmeleri için öncelikle YÖK tarafından yabancı uyruklu öğretim elemanının ücreti konusunda karar alınması ve İİB’nin görüşüne sunulması; olumlu görüş alınmasını takiben ilgili üniversite rektörlüğünce imzalanacak sözleşmenin, vize için Maliye Bakanlığına gönderilmesi gerekirdi. Sözleşme, aynı şartlarla, YÖK’un olumlu görüşü üzerine ilgili üniversite Rektörlüğünce uzatılabilir ve

⁷⁴ 2.7.2018 tarihli 703 sayılı KHK m.154 ile maddede yer alan ‘Bakanlar Kurulu’ ifadesi ‘Cumhurbaşkanı’ olarak değiştirilmiştir.

⁷⁵ RG.13.10.1983/18190.

⁷⁶ 2.7.2018 tarihli 703 sayılı KHK m.137 ile maddede yer alan ‘Bakanlar Kurulu’ ifadesi ‘Cumhurbaşkanı’ olarak değiştirilmiştir.

Maliye Bakanlığına bildirilirdi. Ancak 2.9.1983 tarihli ve 78 sayılı Yükseköğretim Kurumları Öğretim Elemanlarının Kadroları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile bu hüküm değiştirilmiş ve yabancı uyruklu öğretim elemanları ile sözleşme yapılması, bu sözleşmenin süresinin uzatılması ve sona erdirilmesi konusunda sadece YÖK yetkili kılınmıştır. Buna göre:

“2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 34’üncü ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununun 16. maddesine göre yükseköğretim kurumlarında sözleşme ile istihdam edilecek yabancı uyruklu öğretim elemanı sayısı dolu öğretim elemanı kadrosu sayısının %2’sini geçemez. Bu kapsamdaki yabancı uyruklu öğretim elemanının yükseköğretim kurumları itibariyle dağılımı, isim, ücret ve sözleşme örneğinin vizesi, sözleşme süresinin uzatılması ve sona erdirilmesi, Yükseköğretim Kurulu tarafından yapılır”.

83/7148 sayılı Kararın 4. maddesi ile yabancı öğretim elemanlarına ödenecek aylık brüt sözleşme ücretleri ise, “aynı kurumlarda görevli emsali kadrolu öğretim elemanlarına ödenen aylık ve diğer her türlü ödemeler toplamının, öğretim üyeleri, öğretim görevlileri için 6 katını; uzman, okutman, çevirici ve eğitim-öğretim planlamacıları için 4 katını geçemez.” Bu miktarın belirlenmesinde yetkili kurum, YÖK’tür. YÖK, bu miktarı belirlerken, öğrenim durumlarını, uzmanlık alanlarını, mezuniyetlerinden itibaren yürüttükleri hizmetleri ve hizmet sürelerini, öğretim yüklerini, kendi ülkelerinden veya uluslararası kuruluşlardan yardım ve burs alıp almadıklarını, Türkiye’de yerleşip yerleşmediklerini ve kalış sürelerini dikkate almalıdır (Karar m.5). Araştırma görevlisi statüsüyle çalışacak yabancı öğretim elemanlarına ödenecek aylık brüt sözleşme ücretinin, emsali kadrolu araştırma görevlilerine ödenen miktarı geçemeyeceği kabul edilmişti; ancak 2009/15214 sayılı Yükseköğretim Kurumlarında Yabancı Uyruklu Öğretim Elemanı Çalıştırılması Esaslarına İlişkin Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar ile “emsali kadrolu araştırma görevlilerine ödenen miktar” ifadesi, araştırma görevlileri için 2 katını geçemez” ifadesi ile değiştirilmiştir⁷⁷. Ayrıca 83/7148 sayılı Kararın 4. maddesinin son fıkrasında, yabancı

⁷⁷ RG.23.07.2009/27297.

personeler görev aldıkları üniversite tarafından sözleşme esasları içinde lojman veya kalacak yer tahsis edilebilir.

Kararın 10. maddesi kapsamında ise, yabancı öğretim elemanı ile çalışacağı yükseköğretim kurumu arasındaki sözleşme süresi iki yıl olarak belirlenmiştir ve Maliye Bakanlığının olumlu görüşü doğrultusunda her defasında iki yıl olmak üzere bu süre uzatılabilir. Bu hüküm doğrultusunda asgari sözleşme süresi ve sözleşmenin iki yıllık süreler halinde uzatılabileceği tayin edilmiş; kaç defa uzatılmaya gidileceği yönünde herhangi bir kısıtlayıcı düzenleme kabul edilmemiştir.

Son olarak, yabancı öğretim elemanının yıllık izin, doğum izni ve süt izni süreleri ve sosyal güvenliğe ilişkin durumu, 2006/11518 sayılı Yükseköğretim Kurumlarında Yabancı Uyruklu Öğretim Elemanı Çalıştırılması Esaslarına İlişkin Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar⁷⁸ güncellenmiştir. Özetle, sözleşmeli statüde çalışan yabancı öğretim elemanlarının yıllık izin süreleri emsali kadrolu öğretim elemanlarının izin süresi kadardır ve on altı hafta doğum izinleri vardır. Ayrıca bu kişilerin sosyal güvenlikleri, Sosyal Güvenlik Sözleşme hükümleri saklı kalarak, ilgili mevzuat uyarınca tüm sigorta kollarına prim ödenerek sağlanır.

2. Yabancı Öğretmenlerin Okul Öncesi, İlköğretim ve Ortaöğretim Kurumlarında Çalışabilmeleri için Tâbi Olacakları Kanunî Sınırlamalar

Bu başlık kapsamında yabancıların öğretmenlik yapabilme şartları, özel öğretim kurumları, Türk resmî öğretim kurumları ve Türkiye’de bulunan büyükelçilik veya konsolosluk bünyesinde faaliyet gösteren okullar bakımından incelenecektir.

a. Özel Öğretim Kurumları

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun⁷⁹ 1. maddesine göre özel öğretim kurumları, Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri, özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişiler veya yabancılar tarafından açılan kurumlardır. Özel öğretim kurumları içine dâhil olan; “yabancılar tarafından açılan özel okullar”, yabancı okul (Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.2/d) ve “yalnız yabancı

⁷⁸ RG.10.01.2007/26399.

⁷⁹ RG.14.2.2007/264349.

uyruklu öğrencilerin devam ettiği özel öğretim kurumları” ise milletlerarası özel öğretim kurumlarıdır (Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.2/1).

11.10.1985 tarihli ve 9949 sayılı MEB’e Bağlı Bazı Okullarda Görevlendirilecek Yabancı Uyruklu Öğretmenlerin Sözleşmeli Çalıştırılmaları Hakkındaki Esaslara İlişkin Bakanlar Kurulu kararında⁸⁰, istihdam edilecek öğretmenlerin sayısı, görevlendirme süresi, ücretleri, yurt dışına gelir transferi, yol ve ev nakil ücreti, hastalık ve iş kazası sigortası, ders yükü, izinleri, bilgilendirme ve MEB ile yabancı arasında yapılan iş sözleşmesine ilişkin düzenlemeler kabul edilmiştir. Karara göre bir yabancı, MEB’e bağlı eğitim kurumlarında ancak sözleşmeli personel olarak çalışabilir. Bir yabancı öğretmenin çalışma süresi, iki yıldır; birer yıllık dönemler halinde uzatılır ve toplam görevlendirme süreleri beş yılı aşamaz (m.4). Ayrıca Türkiye’de görevlendirilmek üzere sözleşmeli olarak çalışacak öğretmenlerin toplam sayısı, bir öğretim yılında en fazla 400’tür (m.3) ve yabancı öğretmenler, Kararın 5. maddesi kapsamında belirlenecek sözleşme net ücretinin %40’ından fazlasını, Türkiye dışına transfer edemezler.

Bakanlar Kurulu kararına dayanılarak hazırlanan MEB’e Bağlı Bazı Okullarda Sözleşmeli Olarak Görevlendirilecek Yabancı Uyruklu Öğretmenlerin Nitelikleri ve Seçimlerine Dair Yönetmelik⁸¹ kapsamında yabancı öğretmen kadrosuna adayların başvurabilmesi için en az dört yıllık öğrenim alması; 45 yaşını doldurmaması; idarî ve adlî ceza almaması; en az beş yıllık öğretmenlik tecrübesine sahip olması ve bu süre içinde kendi ülkesi mevzuatına göre hakkında verilen raporlarda ortalaması iyi veya pekiyi olması, kendisine verilecek görev yerini kabul etmesi ve sağlık bakımından her türlü iklimde çalışabileceğini belgelemesi gerekir. Bu şartların yanında, ‘ihtisas alanında lisansüstü öğrenim görmesi, yayın yapması, Türkçe bilmesi ve bekâr olması veya evli ise eşinin de öğretmen olması’, tercih sebebi olarak değerlendirilmektedir (m.5).

⁸⁰ RG.2.11.1985/18916.

21.01.2017 tarihinde 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 17. maddesiyle Anayasamıza eklenen Geçici m.21/F ile “bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür”.

⁸¹ RG.7.2.1986/19012.

Ayrıca, Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinde⁸², yabancı okullar ve milletlerarası kurumlarda yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğretici olarak görevlendirilecek yabancılar için gereken nitelikler ayrı olarak düzenlenmiştir. Yönetmeliğin m.28/1/a'ya göre, yabancı okullarda müdür başyardımcısı dışında kurucuların, çalışacak müdür ve öğretmenlerin Türk vatandaşı olması gerekmez.

Sonuç olarak, Özel Öğretim Kurumları Kanunu ve ilgili mevzuatta belirlenen nitelikleri taşıyan yabancı öğretmen, yukarıda belirttiğimiz UİK'da belirlenen usulleri yerine getirmelidir. Yabancı öğretmen, öncelikle MEB'den alacağı öz izni takiben kendisine verilen çalışma izni ile özel öğretim kurumlarında sözleşmeli personel olarak çalışabilir.

b. Türk Resmî Öğretim Kurumları

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda⁸³, yabancıların, MEB'e bağlı okullarda öğretmenlik yapıp yapamayacakları düzenlenmemiştir. Bu Kanunun 43/5. maddesinde, öğretmenlik mesleğini yapabilmek için gereken şartlar konusunda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na (DMK)⁸⁴ atıf yapılmaktadır. DMK'nun devlet memurluğuna atanacaklarda aranacak genel ve özel şartlara ilişkin 48.maddesi kapsamında memur olma, sadece Türk vatandaşlarına hasredilmiştir. Bundan dolayı yabancı öğretmenlerin devlet memuru statüsünde Türk Resmî Öğretim Kurumlarında çalışmaları mümkün değildir.

Ancak bu Kanunun 4/B/2. maddesinde yabancıların, zorunlu hallerde kamu hizmetinde sözleşmeli personel olarak çalıştırılabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca bazı derslerin yabancı dille öğretiminin yapıldığı Millî Eğitim Bakanlığına bağlı okullarda yabancı öğretmenlerin sözleşmeli olarak çalıştırılmasına ilişkin esaslar hakkında 11.10.1985 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı⁸⁵ ve yine Bazı Okullarda Sözleşmeli Olarak Görevlendirilecek Yabancı Uyruklu Öğretmenlerin Nitelikleri Ve

⁸² RG.20.3.2012/28239.

⁸³ RG.24.6.1973/14574.

⁸⁴ RG.23.7.1965/12056.

⁸⁵ RG.2.11.1985/18916.

Seçimlerine İlişkin Yönetmelik⁸⁶ bulunmaktadır. Bu Yönetmelik ve Karar kapsamında, Millî Eğitim Bakanlığına bağlı bir kısım derslerin öğretiminin yabancı dille yapıldığı okullarda, yabancıların sözleşmeli öğretmen olarak çalışabilecekleri düzenlenmiştir. Günümüzde MEB'e bağlı resmî okul öncesi, ilköğretim ve ortaöğretim kurumlarında yabancı dille verilen dersler bulunmaktadır. Bunların yanında, Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Fen Liseleri ve Sosyal Bilimler Liselerinin Öğretmenleri ile Güzel Sanatlar ve Spor Liselerinin Beden Eğitimi, Müzik ve Görsel Sanatlar/Resim Öğretmenlerinin Seçimi ve Atamalarına Dair Yönetmelik⁸⁷ uyarınca da yabancı öğretmenlerin çalışamayacaklarına ilişkin sınırlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kanımızca, gerek Devlet Memurları Kanunu gerekse Milli Eğitim Temel Kanunu ve bu başlık altında değindiğimiz diğer hukukî düzenlemeler kapsamında, ihtiyaç dâhilinde yabancılar, sözleşmeli öğretmen statüsünde Türk resmî okullarında çalışabilirler.

c. Konsolosluk Okulları

Konsolosluk okulları, Türkiye'de bulunan diplomatik temsilciler tarafından açılan okullardır; bu okullar, Türkiye ile çeşitli devletler arasında akdedilen kültür anlaşmaları ile kurulur⁸⁸. Şu ana kadar Türkiye, 98 ülke ile iki taraflı kültür anlaşmalarının yanında iki tane de çok taraflı kültür anlaşması akdetmiştir⁸⁹. Örneğin, bu ülkelerden biri olan Almanya ile 7.5.1958 tarihinde akdedilen kültür anlaşmasının⁹⁰ 1.maddesinde, her iki tarafın ülkesindeki üniversitelerde ve diğer öğretim kurumlarında, diğer ülkenin dili, edebiyatı, kurumları ve tarihi ile ilgilenecek kürsülerin kurulmasının ve bu mevzularda öğretim yapılmasının temin edilmesi kabul edilmiştir. Bu anlaşma esas alınarak Türkiye'de Alman okulları eğitim verebilmektedir. Almanya'nın Ankara Büyükelçiliğinin Okulu ile bu okulun İstanbul ve İzmir şubelerinin eğitim dili, kendi

⁸⁶ RG.7.2.1986/19012.

⁸⁷ RG.19.12.2010/27790.

⁸⁸ ÖZBEK, 2000, s.93.

⁸⁹ Bkz.<http://disiliskiler.kulturturizm.gov.tr/TR-22139/yururlukte-olan-kultur-anlasmalari-kulturel-degisim-pro.html>, erişim tarihi Ocak 2019.

⁹⁰ RG.14.05.1958/19304.

anadilleri olan Almanca'dır; ancak bu öğrencilere Türkçe öğrenmeleri ve Türkçe bilgilerinin gelişimi için de dersler verilmektedir. Bu okullar, Alman hukukuna göre kurulmuş ve Almanya'daki eğitim müfredatını uygulamaktadırlar⁹¹.

UİK'nun 14. maddesi kapsamında yabancı ülkelerin Türkiye'deki diplomatik ve konsüler temsilciliklerinin bağlı birimi olarak faaliyet gösteren okullarda görevlendirilecek yabancılar, Dışişleri Bakanlığına başvuru yapmalıdırlar; bu başvurulardan uygun görülenler AÇSHB'ye iletilir ve İçişleri Bakanlığının olumlu görüşü alınarak, kendilerine AÇSHB'nca çalışma izni muafiyeti verilir. Buna karşın, 18.4.1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi ve 24.4.1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi kapsamında bağlı birimi sayılmayan okullarda görevlendirilecek yabancılar ise çalışma izni almalıdırlar. Yine bu kişiler de başvurularını Dışişleri Bakanlığına yaparlar. Dışişleri Bakanlığı, bu başvuruları AÇSHB'na iletir ve AÇSHB, İçişleri Bakanlığının olumlu görüşünü alarak bu kişilere çalışma izni verir.

d. Yabancıların Özel Ders Verebilmesi

Anayasa hükümleri ve ilgili sektörel kanunlar, yabancıların kamu, özel veya vakıf ayırımına gitmeden belirli bir kurumda çalışabilmelerine ilişkin düzenleme getirmektedir. Bunun dışında bir yabancı, belirli bir kuruma bağlı kalmadan da öğrencilere özel ders verebilir; mevzuatımızda, yabancıların özel ders verebilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme veya sınırlama getirilmemiştir⁹².

E. Bildirim Yükümlülüğü

UİK'nın 22/1. maddesi kapsamında, yabancıların Türkiye'de çalışmaya başlaması ile çalışma izni veya çalışma izni muafiyetinin iptalini gerektirecek hâller, AÇSHB'ye bildirilmelidir. Bildirim yükümlülüğü getirilen kişiler, yabancı öğretmen veya öğretim elemanı çalıştıran işverenler ile süresiz⁹³ çalışma izni bulunan yabancı öğretmen veya öğretim elemanıdır. Bu kişiler, on beş gün içinde AÇSHB'ye bildirimde bulunmak zorundadır. Ancak bu sürenin başlangıcı olarak UİK'da açık bir ifade yer almamaktadır.

⁹¹ Bilgi için bkz. <http://www.tuerkei.diplo.de>, erişim tarihi Mart 2017.

⁹² ÖZBEK, 2000, s.77

⁹³ Hükümde "süresiz veya bağımsız çalışma izni bulunanlar yabancılar" denmektedir.

UİK'nın yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kalkan YÇİHK'nun 18. maddesinde bildirim süresi, yabancıya çalışmaya başladığı tarihten; çalışma izninin verildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde çalışmaya başlamamışsa, bu sürenin bitim tarihinden ve herhangi bir nedenle hizmet akdinin sona erdiği tarihten itibaren başlamaktaydı.

Ancak uygulamada, ilgili kişilerin gerekli bildirimleri ne zaman yapacağı ayrı olarak, ilgili kişilere çalışma izni gönderildiği zaman bildirilmektedir.

A. Sosyal Güvenlik Yükümlülüğü⁹⁴

Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti alan yabancı öğretmen veya öğretim elemanı ile onları çalıştıran işverenler, Türkiye'nin taraf olduğu sosyal güvenlik sözleşmeleri saklı kalmak kaydıyla, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerini kanunî süresi içinde, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁹⁵ hükümlerine göre yerine getirmek zorundadırlar (UİK m.22/2,3).

5510 sayılı Kanun uyarınca karşılıklılık şartına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılan ülke vatandaşlığında olanlar dışında hizmet akdi ile çalışan yabancılar, genel sağlık sigortalısı sayılmaktadır (m.4/1-a, m.4/2-c). Buna karşın uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri saklı kalmak şartıyla yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye üç ayı geçmemek üzere bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tâbi olduğunu belgeleyen kişiler ile Türkiye'de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tâbi olanlar sigortalı sayılmazlar (m.6/1/e).

Ayrıca, Kanun kapsamında isteğe bağlı sigortalılık da düzenlenmiştir. İsteğe bağlı sigortadan yararlanabilmek için gereken şartlar, Türkiye'de ikamet etmek; Kanuna tâbi zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışmamak veya sigortalı olarak çalışmakla birlikte ay içerisinde otuz günden az çalışmak ya da tam gün çalışmamak;

⁹⁴ Sosyal güvenlik yükümlülüğü konusundaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/emekli/yurtdisi_islemler/sosyal_guvenlik_sozlesmeleri, erişim tarihi Nisan 2019. Ayrıca bkz. DOĞAN, 2018, s.236-238.

⁹⁵ RG.16.06.2006/26200.

kendi sigortalılığı nedeniyle aylık bağlanmamış olmak ve on sekiz yaşını doldurmuş bulunmaktır (m.50/2). Yabancı ülke vatandaşlarından Türkiye’de yerleşik olma hali bir yılı doldurmadıkça isteğe bağlı olarak genel sağlık sigortası primi alınmaz ve bu kişiler genel sağlık sigortalısı sayılmaz (m.52/2, son cümle).

Genel olarak yurt içinden yapılan başvurularda çalışma izninin başlama tarihinden yurt dışından yapılan başvurularda ise yabancı çalışanın ülkeye giriş tarihinden itibaren 30 gün içinde SGK sigortalı girişinin yapılma zorunluluğu bulunmaktadır⁹⁶. Ancak Türkiye ile uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılan bir ülke⁹⁷ vatandaşlığını taşıyan yabancıların, mütekabiliyet esasına bağlı olarak Sözleşmelerde öngörülen süreler kadar, sosyal güvenlik yükümlülüğünden muaftırlar; bunun için yabancıların sigorta primlerinin kendi ülkelerinde ödenmeye devam ettiğinin kanıtlanması gerekmektedir⁹⁸.

SONUÇ

UİK’nın genel gerekçesinde belirtildiği üzere yüksek vasıflı işgücünü ülkemize çekmek ve yabancı istihdamı ile işgücü göçü yönetimi konusunda yeni ihtiyaçların karşılanmasına yönelik politikaların oluşturulması amacıyla UİK hazırlanmıştır.

UİK ile meslekî yeterlilik gerektiren bazı hizmetlerde çalışacak yabancılar için ön izin kurumu yeniden düzenlenmiştir. Ön izin şartının kabul edildiği hizmet türlerinden biri eğitim hizmetidir. YÇİHK döneminde ön izin alınma şartı sadece ilk-orta dereceli eğitim-öğretim kurumlarında çalışacak yabancı öğretmenler için iken; UİK ile birlikte yükseköğretim kurumlarında çalışacak yabancı öğretim elemanları için de zorunlu hâle getirilmiştir. Ancak ön izni vermeye yetkili makamlar açısından ayırım yapılmıştır.

UİK düzenlemesine baktığımızda, YÇİHK döneminden farklı olarak çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde temel ölçüt bu başvuruların uluslararası işgücü

⁹⁶ Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü resmi İnternet sayfası.

<https://birim.ailevecalisma.gov.tr/uiqm/contents/yabancilar/sosyalguvenlik>, erişim tarihi Nisan 2019.

⁹⁷ Türkiye ile sosyal güvenlik sözleşmesi imzalamış ülkelerin listesi için bkz. http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/emekli/yurtdisi_islemler/sosyal_guvenlik_sozlesmeleri, erişim tarihi Nisan 2019.

⁹⁸ Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü resmi İnternet sayfası, <https://birim.ailevecalisma.gov.tr/uiqm/contents/yabancilar/sosyalguvenlik>, erişim tarihi Nisan 2019.

politikasına uygun olmasdır. Nitekim ön izni alan yabancı öğretmenlerin çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde bu ölçüt aranırken, ön izni alan yabancı öğretim elemanlarının çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde bu ölçüt aranmayacaktır. Yine yabancı öğretmenler ile yabancı öğretim elemanlarının ülkemizde çalışma başvurularının değerlendirilmesinde esas alınacak ret sebepleri konusunda da farklılıklar söz konusudur.

Bu kişilerin ülkemizde çalışmaları için genel kural çerçevesinde çalışma izni muafiyeti kapsamında değillerse, çalışma izni almaları gerekir. Çalışmamızda bu kişilerin, süreli, süresiz ve istisnaî çalışma izni türlerinden birini alarak çalışabileceklerini değerlendirmekteyiz. Son olarak, yükseköğretim kurumlarında çalışacak ön izni alan yabancı öğretim elemanlarına çalışma izinleri artık AÇSHB'den verilecektir. Böylece UİK ile eğitim sektöründe yer alan herhangi bir kurumda çalışacak yabancılara çalışma izni veren yetkili makamlar arasındaki fark da ortadan kaldırılmıştır.

KAYNAKÇA

- ALTUĞ, Yılmaz, **Yabancıların Hukukî Durumu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1971.
- AYBAY, Rona / DARDAĞAN KİBAR, Esra, **Yabancılar Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.
- BERKİ, Osman Fazıl, **Devletler Hususî Hukuku, Tâbiyet ve Yabancılar Hukuku**, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1966.
- ÇELİKEL, Aysel / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, **Yabancılar Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ÇİÇEKLİ, Bülent, **Yabancılar ve Mülteciler Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- DOĞAN, Vahit, **Türk Yabancılar Hukuku**, Üçüncü Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018 (Yabancılar).

DOĞAN, Vahit, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 15. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018 (Vatandaşlık).

EKŞİ, Nuray, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, Beşinci Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ERDEM, Bahadır, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2010.

ERTEN, Rifat, **Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2005.

ERTEN, Rifat, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2015, Cilt XIX, Sayı 1, (3-51).

FİŞEK, Hicri, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1959.

GÖĞER, Erdoğan, **Türk Tâbiyet Hukuku**, Üçüncü Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

GÖĞER, Erdoğan, **Yabancılar Hukuku**, Üçüncü Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015.

GÜNGÖR, Gülin, **Tâbiyet Hukuku, Gerçek Kişiler, Tüzel Kişiler, Şeyler**, Beşinci Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

KARAHANOGULLARI, Onur, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi**, Yıl 1997, Cilt 51, Sayı 1, (s.387-433).

KARAAĞAÇ, Ömür, “Yabancıların Türkiye’de Çalışmalarına İlişkin Temel Düzenleme Olarak Uluslararası İşgücü Kanununun Genel Değerlendirilmesi”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2018, Cilt 3, Sayı 1, (s.89-121).

NOMER, Ergin, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 22. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

ÖZBEK, Nimet, **Türkiye’deki Yabancıların Öğrenim ve Öğretim Özgürlüğü**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 2000.

SAĞLAM, Fazıl, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, **Anayasa Dergisi**, Yıl 1984, Cilt 1, (261-271).

SARGIN, Fügen, “Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye’ye Giriş, Türkiye’de İkamet Etmek ve Çalışma Hakları”, **Yılmaz Altuğ’a Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 1997-1998, Cilt 17-18, Sayı 1-2, (s.317-354).

SEVİĞ, Muammer Raşit, **Devletler Hususi Hukuku, Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.

TURHAN, Turgut/TANRIBİLİR, Feriha Bilge, **Vatandaşlık Hukuku**, Dördüncü Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

TEKSOY, Barış, “6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2013, Cilt 62, Sayı 3, s.855-906.

TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.

ROMA HUKUKUNDA *MATERFAMILIAS* KAVRAMI

THE CONCEPT OF MATERFAMILIAS IN ROMAN LAW

Hakemli Makale
Duygu TAHAN ORHAN*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	111
I. HUKUK METİNLERİNDE <i>MATERFAMILIAS</i> TANIMI.....	113
II. <i>INIURIA VE LEX IULIA DE ADULTERIIIS COERCENDIS</i> KAPSAMINDA <i>MATERFAMILIAS</i>	119
SONUÇ	124
KAYNAKÇA.....	125

DOI: 10.32957/hacettepehdf.541373

Makalenin Geliş Tarihi: 18.03.2019

Makalenin Kabul Tarihi: 24.04.2019

* Av. Dr. Eposta: duygutahan@gmail.com

ORCID: 0000-0002-9422-654X

ÖZ

Materfamilias kavramı, fonetik karşılığı olduğu düşünülebilen *paterfamilias* kavramından içerik olarak bütünüyle ayrılmaktadır. Hukuki bir anlam taşıyan ve hukuki bir kurum olan ailenin temelinde yer alan *paterfamilias*'ın aksine, *materfamilias* yalnızca, kadının iffetini ve saygınlığını esas alan, bu nedenle iffetli ve saygın kadınlara tanınan sosyal imtiyazdan ibaret olan bir terimdir. Bununla birlikte, bu toplumsal gerçeklik, hukuk metinlerinde de kendisine yer edinmiş; hukukçular *materfamilias*'ın anlamı üzerinde durmuş, bu kavramın neleri kapsadığına ilişkin açıklamalar yapmışlardır. Bunun yanı sıra, bu imtiyaza sahip kadınların ve saygınlıklarının toplum içerisinde hukuken korunmasına özen gösterilmiştir. Bu kapsamda, *iniuria* ve *lex Iulia de adulteriis coercendis* çerçevesinde ayrıca *materfamilias* değerlendirmesi yapmak gerekmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Materfamilias*, kadın, *matrona*, *uxor*, cinsiyetçilik

ABSTRACT

Although the term *materfamilias* gives the sense of phonetical response to *paterfamilias*, *materfamilias* refers to a totally different content. On the contrary to *paterfamilias*, what constitutes the basis of the family as a legal concept, *materfamilias* is a term depending solely on the modesty and honor of the women, and thus a social privilege given to the chaste and respectable women. Yet, this social fact holds a significant place in legal texts; Roman lawyers discoursed on the meaning of *materfamilias*, and made explanations on the content of the term. Furthermore, the women holding this privilege and their honor were paid strict attention to be protected in the community. In this context, it is required to make further evaluation on *materfamilias* regarding *iniuria* and *lex Iulia de adulteriis coercendis*.

Keywords: *Materfamilias*, women, *matrona*, *uxor*, sexism

GİRİŞ

Roma toplumunda son derece büyük öneme sahip bir kurum olan *familia*, Roma Hukuku kaynaklarında, dar anlamda¹ ve geniş anlamda² olmak üzere iki şekilde

¹ D. 50. 16. 195. 2. Ulpianus, *Edictum*, libro 46: "... iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae...", "...doğal ve hukuki olarak tek bir kişinin hakimiyeti altında bulunan kişilere *familia proprio iure* adını veririz..."

² D. 50. 16. 195. 2., Ulpianus, *Edictum*, libro 46: "*Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi, patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.*", "*Paterfamilias* ölmüş olsa bile ve kendi aileleri olmasına rağmen, aynı evden ve soydan

tanımlanmıştır. Her iki tanımın ortak noktası, *paterfamilias* ve aileye dahil olanlar üzerindeki hakimiyetidir³. Bir başka ifade ile, Romalılar aileyi *paterfamilias* ve onun aileye dahil olan kişiler ve eşyalar üzerinde sahip olduğu hakimiyet üzerinden tanımlamaktadır. Bu örgütlenme kapsamında, tabii oldukları baba egemenliğinin sona ermesi halinde, yaş ya da çocuk sahibi olma gibi hususlar gözetilmeksizin tüm erkek evlatlara bahşedilen *paterfamilias* unvanı onları güç ve yetki ile donatmaktadır.

Roma metinlerinde, aile içerisindeki kadınları incelerken, kendi aralarında bağlantı kurulabilecek kavramlar olarak karşımıza *uxor*⁴, *matrona*⁵ ve *materfamilias*⁶ çıkar. Evli kadını ifade eden *uxor*⁷, bu üç kavram arasında anlamı en açık olandır. Zaman zaman birbiri yerine kullanıldığını görebileceğimiz *matrona* ve *materfamilias*'ın ise, kadının sosyal konumuyla daha yoğun ilişki içinde olan kavramlar olduğunu ifade etmek gerekir.

Yukarıda işaret etmiş olduğumuz üzere, *paterfamilias*, dini, hukuki, ekonomik ve sosyal bir örgütlenme olan ailenin hukuki nitelendirilmesinin temelinde bulunan liderini ifade eden babaya verilen unvandır⁸. *Paterfamilias* ile fonetik benzerliğinin aksine, *materfamilias* kavramı ise, en eski devirlerde son derece sınırlı sayıda kadının erişebildiği, zaman içerisinde kapsam genişlese dahi, toplumsal kabulün temeli olabileceği anlaşılan kimi şartların öngörüldüğü ve dolayısıyla esasında kadının

geldikleri için, aynı aileye mensup olan *agnatio* hısımlarının, hala tamamının tek bir aile babasına hukuken bağlı olmaları nedeniyle bir araya getirdikleri topluluğa *familia communi iure* adını veririz.”

³ Bu hakimiyet, *patria potestas*, *manus* ve *dominica potestas* olarak karşımıza çıkar, PARIBENI, Roberto “Roma Hukukunda Aile Kurumu – II”, (Çev. Ş. Talip), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1935, Cilt: 1, Sayı: 2, (s. 232-246), s. 232.

⁴ “Bir eş (karı), evli bir kadın.”, BERGER, Adolf, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1991, s. 757.

⁵ “Bir Roma vatandaşının, *paterfamilias* olmasa ve hala *patria potestas* altında olsa dahi, saygı duyulan karısı.”, BERGER, **1991**, s. 579.

⁶ “Bir kadın, bir Roma vatandaşı, ya *materfamilias*'tır, ya da *filia familias*'tır. ... Temelde, *materfamilias*, bir *paterfamilias*'ın *manuslu* evlilikle evlendiği karısıdır. Daha geniş bir anlamda, etik ve sosyal bir bakış açısından bakıldığında, ‘namussuz’ bir şekilde yaşamayan tüm kadınlar, evli veya dul, doğuştan özgür ya da azatlı olması fark etmeksizin, *materfamilias*'tır.”, BERGER, **1991**, s. 578.

⁷ UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Lügati**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 220.

⁸ TAHAN ORHAN, Duygu, **Roma Hukukunda Manus Kurumu**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 8.

toplumsal statüsünü etkileyen bir kavram olarak varlık göstermektedir. *Paterfamilias*'ın sahip olduklarının aksine, kadını hukuki güçlerle donatmıyor olmasının etkisi dolayısıyla, *materfamilias* kavramı hukuk metinlerinde karşımıza çok sık çıkmaz. Bununla birlikte, kimi zaman toplumsal statüsü gözetilerek *materfamilias*'a özel koruma sağlamak, kimi zamansa ilgili başka kurumlardan söz etmek vesilesi ile, metinlerde *materfamilias*'a ilişkin çeşitli niteleme ya da açıklamalara yer verilmiştir.

Çalışmada ele alınan metinlerin incelenmesinde Watson⁹, Birks/McLeod¹⁰, Poste¹¹ ve Umur'un¹² çevirilerinden faydalanılmıştır.

I. HUKUK METİNLERİNDE *MATERFAMILIAS* TANIMI

Yukarıda işaret etmiş olduğumuz üzere, Roma toplumunun temelini oluşturan Roma ailesi *pater* ve onun *potestas*'ına dayanmaktadır. Ancak her ne kadar erkek egemen bir aile ve devlet örgütlenmesi söz konusu olsa da, kadının varlığı bütünüyle göz ardı edilmemiş, hukuk metinlerinde sıklıkla kadına da yer verilmiştir. Çok geniş bir toplumsal statü yelpazesinde yer alan kadınlar, örneğin kız evlatlar, *manus*'lu evliliklerle aileye dahil olan kadınlar, *sui iuris* kadınlar, *uxor*, *matrona* ve *materfamilias*'lar, *concupina*'lar, azatlı kadınlar, hukuk metinlerinde ele alınmıştır.

Aile kavramı daraltılıp evlilik birliği açısından bir değerlendirme yapıldığında, kocanın karşısında bir kadından söz etmek gerekecektir¹³. Bunun bizi doğrudan doğruya ulaştırdığı kavram, evli kadın anlamına gelen *uxor*'dur¹⁴. *Uxor*'un yanı sıra, Roma

⁹ IUSTINIANUS, **The Digest of Justinian**, (Çeviri Düzenlemesi, WATSON, Alan), Gözden Geçirilmiş Basım, University of Pennsylvania Press, Cilt 1-4, Pennsylvania, 1998.

¹⁰ IUSTINIANUS, **Justinian's Institutiones**, (Çeviri ve Giriş: BIRKS, Peter ve McLEOD, Grant, Latince Metin: KRUEGER, Paul), 1. Basım, Cornell University Press, New York, 1987.

¹¹ POSTE, Edward, **Gai Institviones or Institutes of Roman Law by Gaius**, Edward Poste M.A. Çevirisi ve Yorumu ile, E. A. Whittuck, M.A., B.C.L. gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 4. Baskı, A.H.J. Greenidge'in Tarihi Girişi İle, Oxford, 1904.

¹² IUSTINIANUS, **Institutiones**, (çev: UMUR, Ziya), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1955.

¹³ D. 23. 2. 1, *Modestinus, Regularum, libro 1*: “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”, “Evlenme, erkek ve kadının dini ve beşeri hukuku da içeren, müşterek bir hayat sürmek için bir araya gelmesidir.”

¹⁴ UMUR, 1983, s. 220; BERGER, 1991, s. 757.

hukuku metinlerinde, aile içerisindeki kadına işaret eden diğer iki kavram olarak karşımıza *matrona* ve *materfamilias* çıkar. Metinlerde *matrona* ve *materfamilias* kavramlarının birbiri yerine, belki daha doğru bir ifade ile birbirini kapsayacak şekilde, kullanıldığı görülmektedir¹⁵. Bununla birlikte, Romalı hukukçular ve edebi yazarlar *materfamilias*'ı tanımlamaya çalışmışlar ve *materfamilias*'ı *uxor* ve *matrona*'dan nelerin ayırdığının üzerinde durmuşlardır¹⁶.

Klasik Dönemde çok geniş yelpazede anlam taşıyan *materfamilias*¹⁷, esasında bir toplumsal imtiyaz olarak varlık göstermiştir. Fiori, *materfamilias*'a ilişkin olarak, *manus* altındaki kadın, *sui iuris* kadın, iyi ahlaka uygun yaşayan kadın ve *uxor* olmak üzere en az dört anlamın karşımıza çıktığını ifade etmektedir¹⁸. Nitekim, bu imtiyaz, en dar şekli ile, yalnızca *ius civile*'ye uygun şekilde, *manus*'lu evlilik yapan kadınlara tanınmıştır¹⁹. Hatta, bu imtiyazın *manus*'lu evlilik yapmış ve yalnızca *paterfamilias*'ın karısı olan *uxor*'a özgü olduğu görülmektedir²⁰. Bunun da ötesinde, *Servius*,

¹⁵ MCGINN, Thomas A. J., **Prostitution, Sexuality, and Law in Ancient Rome**, 1. Basım, Oxford, 1998, s. 149, 152; Berger, *materfamilias* tanımının sonunda, eş anlamlısı olarak *matrona*'ya işaret etmektedir, BERGER, 1991, s. 578.

¹⁶ SALLER, Richard P., "Pater Familias, Mater Familias and the Gendered Semantics of the Roman Household", **Classical Philology**, Yıl: 1999, Cilt: 94, Sayı: 2, (s. 182-197), s. 194.

¹⁷ MCGINN, 1998, s. 152.

¹⁸ FIORI, Roberto, "Materfamilias", **Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano**, C. 96-97, Y. 1993-1994, (Basım Yılı: 1996), (s. 455-498), s. 455.

¹⁹ *Cicero, Topica, 3. 14.*: "Genus enim est uxor; eius duae formae: una matrumfamilias, eae sunt, quae in manum convenerunt; altera earum, quae tantum modo uxores habentur.", "Uxor'un iki şekli vardır: İlki *materfamilias*, ki bunlar *manus* altındadır, diğeri de yalnızca *uxor*.", SMITH, William, **A Dictionary of Greek and Roman Antiquities**, Taylor and Walton, Londra, 1842, s. 602; SALLER, 1999, s. 193-194; EVANS GRUBBS, Judith, **Women and the Law In the Roman Empire: A Sourcebook on Marriage, Divorce and Widowhood**, 1. Basım, Routledge, Londra, 2002, s. 19; GARDNER, Jane F., **Women in Roman Law and Society**, Londra ve Sidney, 1986, s. 6; *Gellius* da *manus* altına giren kadınları *materfamilias* olarak nitelemektedir, (*Gellius, Nocte Atticae*, 18, 6, 8-9), FIORI, 1996, s. 463; FAYER, Carla, **La Familia Romana, Aspetti Giuridici ed Antiquari Sponsalia Matrimonio Dote, Parte Seconda**, "L'Erma" di Bretschneider, 2005, s. 227-228.

²⁰ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, "Roma Toplumunda Kadının Konumu", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2013, Cilt: 4, Sayı: 2, (s. 1-31), s. 4; GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ, **Roma Hukukundan Günümüze Velayet – Vesayet Hukuku**, 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 46; GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ, **Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium)**, 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 97; Fiori, XII Levha Kanunları öncesindeki dönemde, *materfamilias*'ın, ya kendisi *sui iuris* olan ya da *sui iuris* bir kimsenin *manus*'u altında olan; bir başka ifade ile, üzerinde başka bir *potestas* bulunmayan kadınlar için kullanıldığını ifade etmektedir, FIORI, 1996, s. 497; Yine Fiori, *Verrius Flaccus*'un, yalnızca *paterfamilias*'ın karısı olan *manus* altındaki kadınların *materfamilias* olabilecekleri görüşüne işaret etmektedir, FIORI, 1996, s. 459, 463, 475; Saller, *materfamilias*'ı *paterfamilias*'ın karısı ile sınırlamaya çabalayan ve bu haliyle *filiusfamilias*'ın karısını

materfamilias'ı yalnızca *coemptio* ile *manus*'lu evlilik yapmış *uxor*'la sınırlamaktadır²¹. Yine, Poste, *Boethius*'un, *Cicero*'nun metnine aynı doğrultuda yaptığı eklemeye işaret etmiştir²². Westrup, *Festus*'a göre çocuk sahibi olmayan *uxor*'a *materfamilias* unvanı verilmeyeceğini aktarmıştır²³.

Ulpianus ve *Papinianus*'un metinleri ile birlikte, ulaşılan nihai noktada, *materfamilias*, evli olsun ya da olmasın, “toplumda itibar gören” tüm kadınlar için kullanılabilir hale gelmiştir²⁴. Kaynağını saygınlıktan alan bu unvanın sonucu olarak, kadın evin düzenine, işleyişine ilişkin işlerde “sahibe” olarak anılmaktadır²⁵. Dolayısıyla, esasında bu kavram, hukuki bir birim olan aileyi tanımlamak için kullanılan bir kavram olan *paterfamilias*'ın karşısında, hukuktan bağımsız, kadının cinsel onuru, saygınlığı gibi toplumsal olgulara dayandırılan ve ev içinde kadını konumlandıran sosyal bir ifade olarak yer almıştır²⁶. Roma'da kadının hukuk karşısındaki konumu, özellikle hakların kullanılması noktasında, hukuki işlem ehliyeti gözetilerek erkekle kıyaslandığı zaman, bunun çok da şaşırtıcı olduğu söylenemez. Aile içerisindeki her kişi ve eşya üzerinde hakimiyete sahip olan *paterfamilias* açısından teklik söz konusu iken ve aile kavramı *paterfamilias*'ın bu tek başına sahip olduğu erk çerçevesinde şekillenirken, aile

ve bir *paterfamilias*'ın annesi olan dul bir kadını kapsam dışında bırakan bu tanımın, bir ailede birden fazla *materfamilias* olmasının yaratacağı kavramsal kargaşayı önlemeye yönelik olduğunu ifade etmektedir, SALLER, 1999, s. 193-194.

²¹ *Maurus Servius Honoratus* tarafından kaleme alınan *In Vergilii Aeneidem Commentarii* kapsamında, 11, 476 ve 11, 581'de, *materfamilias*, *coemptio* ile *manus* altına girerek evlenmiş kadın olarak tanımlanmaktadır, FIORI, 1996, s. 459; FAYER, 2005, s. 289 ve dn. 329.

²² POSTE, 1904, s. 70.

²³ WESTRUP, C. W., *Introduction to Early Roman Law, Comparative Sociological Studies, The Patriarchal Joint Family, Volume I, Part I, The House Community, Section I, Community of Cult*, Bianco Lunos Bogtrykkeri A/S., Danimarka, 1944, s. 72; “*Materfamilias* hukuki bir kavram değildi, yalnızca *manus* altındaki *paterfamilias*'a çocuk doğuran *uxor* için kullanılan bir ifadeydi”, KASER, Max, *Roman Private Law*, (Çev.: R. Dannenberg), Butterwoths, Durban, 1965, s. 68; Ne var ki *materfamilias*, fiziki değil, toplumsal anlamda annelik statüsünde olmayı gerektirir, FIORI, 1996, s. 474.

²⁴ EVANS GRUBBS, 2002, s. 19; Ayrıca bkz. aş. D. 50. 16. 46.

²⁵ WESTRUP, 1944, s. 134, 137-138, 199; Nitekim, Watson'ın çevirisinde *materfamilias* kavramı için “*female head of household*” [(kadın) ev işlerinin başı] ifadesini kullandığı görülmektedir. Bununla birlikte, Saller, *materfamilias*'ın ev işlerinin başı ya da ailenin annesi anlamlarının daha zayıf olduğunu, daha ziyade, saygın Roma *matron*'unun iffetine vurgu yapmak için kullanıldığını ifade etmektedir, SALLER, 1999, s. 196.

²⁶ SALLER, 1999, s. 193; EVANS GRUBBS, 2002, s. 19.

içerisindeki bir başka bireye, bu birey yaşça ya da başka şekillerde *paterfamilias*'a en yakın kişi olması beklenebilecek *paterfamilias*'ın eşi dahi olsa, *paterfamilias*'ın sahip olduğu yetkilerin tanınması²⁷, Roma *familia*'sının teknik nitelikleri kadar ruhuyla da örtüşmeyecektir.

Bununla beraber, yukarıda izah edildiği üzere *materfamilias*'a yüklenen toplumsal anlam, *materfamilias*'ın hukuk metinlerinde incelenmesi ve zaman zaman korunması sonucunu doğurmuştur.

Digesta'da *materfamilias*'a ilişkin çeşitli nitelemelere yer verilmiştir:

D. 43.30. 3. 6, Ulpianus, Edictum, libro 71: "Cum audis matrem familias, accipe notae auctoritatis feminam."

D. 43.30. 3. 6, Ulpianus, Edictum, libro 71: "Materfamilias²⁸ ile iyi üne sahip olan bir kadını anlarız."

D. 50.16.46, Ulpianus, Edictum, libro 59: "Matrem familias accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit: matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt atque separant. Proinde nihil intererit, nupta sit an vidua, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores."

*D. 50. 16. 46, Ulpianus, Edictum, libro 59: " ... Materfamilias olarak, davranışları kendisini diğer kadınlardan ayırt ettiği için, onursuz olarak yaşamamış olan kadını anlamalıyız. Hala evli ya da vidua²⁹ olması, doğuştan özgür ya da azatlı olması önemli değildir zira ne evlilik durumu ne de doğum yapmak *materfamilias* olmayı sağlar, bunu sağlayan iyi ahlaktır."*

²⁷ SCHULZ, Fritz, **Classical Roman Law**, 4. Basım, Clarendon Press, Oxford, 1969, s. 144.

²⁸ Bkz. Yuk. dn. 25.

²⁹ *Vidua*, dul ya da hiç evlenmemiş kadın demektir, BERGER, **1991**, s. 765; Nitekim, *Digesta*'da yer alan *Iavolenus*'a ait bir metin, '*viduae*'nin tanımı bu doğrultuda yapılmıştır, *D. 50. 16. 242. 3, Iavolenus, ex Posterioribus Labenois, libro 2: "Viduam non solum eam, quae aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem, quae virum non habuisset, appellari ait Labeo..." "Labeo der ki, 'vidua' yalnızca eskiden evli olan kadın değildir, aynı zamanda kocası olmamış olan kadındır..."*. Dolayısıyla, *materfamilias* tanımlaması yapılırken, *vidua* kapsamında, dul kadınlar ile birlikte hiç evlenmemiş kadınlar da dikkate alınmalıdır.

D. 48. 5. 11. pr, Papinianus, de Adulteriis, libro 2: “Mater autem familias significatur non tantum nupta, sed etiam vidua.”

D. 48. 5. 11. pr, Papinianus, de Adulteriis, libro 2: “Materfamilias yalnızca evli kadınları değil, aynı zamanda vidua’yı da ifade eder.”

Metinlerden görüleceği üzere, bir kadının *materfamilias* olabilmesi için aranan temel şart iyi ahlaktır. Açık bir şekilde evli, hiç evlenmemiş ya da boşanmış, çocuklu ya da çocuksuz, doğuştan özgür ya da azatlı tüm kadınların *materfamilias* statüsünde bulunabileceklerine işaret edilmiştir.

Ulpianus, aileye ilişkin değerlendirmelerinin olduğu bir metinde, *materfamilias*’ı yukarıda yer alan, iyi ahlak temeline dayanan metinlerde olduğundan farklı bir açıdan ele almıştır.

D. 1. 6. 4, Ulpianus, Institutes, libro 1: “Nam civium Romanorum quidam sunt patres familiarum, alii filii familiarum, quaedam matres familiarum, quaedam filiae familiarum. Patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis sive puberes sive impuberes: simili modo matres familiarum; filii familiarum et filiae, quae sunt in aliena potestate”

D. 1. 6. 4, Ulpianus, Institutes, libro 1: “Roma vatandaşlarının bazıları paterfamilias’tır, bazıları filiusfamilias’tır, bazıları materfamilias’tır ve bazıları filiafamilias’tır. Paterfamilias, kendi hakimiyeti altında olan kişilerdir, erginlik yaşının altında ya da üstünde olmaları fark etmez, aynı durum materfamilias için de geçerlidir; filiusfamilias ve filiafamilias ise, başkasının hakimiyeti altında olan kişilerdir.”

Fiori, *materfamilias*’ın *sui iuris* kadına işaret ettiği tezini bu metne dayandırmaktadır. Metnin, başkasının *potestas*’ına tabi olanlarla olmayan arasındaki ayrımına ilişkin olduğunu ifade eden Fiori, *pater*’in simetrik karşılığı olan *mater*’in *potestas* altında olmak zorunluluğu yokken, *filia* açısından bunun şart olduğunu belirtmektedir. Fiori, metinlerin yorumlanmasında anlamsal değişikliği düşünmenin zorunlu olduğunu; *materfamilias*’ın bu kapsamda, egemenliğe tabi kadından, belirli

özerkliğe sahip kadına işaret eden bir kavrama dönüştüğünü ifade etmektedir³⁰. Saller'e göre, burada, *sui iuris*, bir başka ifade ile kendi hukukuna tabi kişi nitelendirmesinin, metin içerisinde *paterfamilias* ve *materfamilias*'ı aile evlatlarından ayırt etmek için kullanılan bir kriter olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, *paterfamilias* olabilmek için varlığı aranan *sui iuris* olmak şartının *materfamilias* olabilmek için de gerektiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Zira, yukarıda da izah edildiği üzere, *materfamilias* olabilmek imtiyazı, en sıkı şartlarda, *manus*'lu bir evlilikle bir *paterfamilias* ile evlenen *uxor*'a tanınmıştır. Dolayısıyla, en dar yaklaşımda, esasında *materfamilias* olabilmek için aranan bir başka kriterin, *sui iuris* olmanın aksine, bir *paterfamilias*'ın karısı olarak *manus*'u altında bulunmak olduğunu ifade etmek mümkündür³¹. Saller, *materfamilias*'ın buradaki kullanımının, onu aile evladından ayırmak ve *paterfamilias*'ın karşısında, aynı şekilde mülkiyet hakkına sahip olan kadını tanımlamak üzere, evlilikten bağımsız ve mal varlığına ilişkin haklarla sınırlı olduğuna işaret etmektedir³².

Materfamilias'ın, saygın ve ahlaklı yaşamı, yalnızca aile içindeki durumuna ya da yaşama şekline ilişkin değildir. Aynı şekilde, toplumsal yaşamda da saygınlığa sahip olmadı beklenir³³. *Materfamilias* statüsünü iyi ahlak temeline oturtan Romalı hukukçular, iyi ahlak teşkil eden hususların var olmaması nedeniyle, *materfamilias*'tan da söz edilemeyecek durumlara ilişkin örnekleri de değerlendirmişlerdir.

D. 23. 2. 41, Marcellus, Digestorum, libro 26: "Probrum intellegitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent volgoque quaestum facerent, etiamsi non palam. 1. Et si qua se in concubinato alterius quam patroni tradidisset, matris familias honestatem non habuisse dico."

³⁰ FIORI, 1996, s. 465.

³¹ Aileye *manus*'lu bir evlilikle dahil olan *uxor* üzerindeki *manus*'a kimin sahip olduğu, kocanın aile evladı olduğu hallerde doktrinde tartışmalı bir konudur. Ancak burada ele alınan, en dar ve eski anlamda *materfamilias* ile kastedilen, yukarıda da izah edildiği üzere, her halükârda yalnızca *paterfamilias* ile *manus*'lu bir evlilik yapmış olan *uxor* olup, aile evlatları ile evlenen kadınlar, *manus*'lu evlilik yapmış olsalar dahi, tanımın kapsamı dışında bırakılmıştır.

³² SALLER, 1999, s. 194.

³³ FIORI, 1996, s. 487.

D. 23. 2. 41, *Marcellus, Digestorum, libro 26*: “Utanç verici bir yaşam süren ve fahişelikten para kazanan bir kadın, bu açık bir şekilde yapılmasa da, itibarsız olarak değerlendirilir. 1. Eğer bir kadın, kendi patronundan başka birinin *concubin*’i olursa, onun bir *materfamilias* karakterinden yoksun olduğunu söylerim.”

II. INIURIA VE LEX IULIA DE ADULTERIIIS COERCENDIS KAPSAMINDA MATERFAMILIAS

Roma *materfamilias*’ı, çağdaşı örneklerin aksine, saygınlığını, iffetini, cinsel onurunu korumak adına eve mahkûm edilmiş değildir³⁴. Aksine, *materfamilias*’ın itibarı dolayısıyla, toplum içerisine girdiğinde de, kendisine saygı duyulacağından şüphe yoktur. Bunun hukuk metinlerindeki yansıması, iyi ahlaklı kadınların, kendilerine yönelik saldırılar karşısında korunacaklarının açıkça belirtilmesi, başkalarına göre daha üstün korumaya tabi tutulması ve bazı suçların yalnızca *materfamilias* olan kişilerce işlenebilmesi şeklinde tezahür etmektedir. Böylece, *materfamilias* kavramına, toplumsal bir ifade olmasının ötesinde, hukuki bir anlam da yüklenmiştir³⁵.

Materfamilias kavramının üzerine inşa edildiği onur, iffet ve bu gibi sosyal ve manevi değerler, kendisine yönelik saldırılara karşı korumasız bırakılmamıştır. Toplumsal dayanağı iffet ve saygınlık olan, *materfamilias, iniuria*³⁶ suçu karşısında, bu değerlere verilen yüksek önem dolayısıyla, özel olarak korunmuştur:

³⁴ SANFILIPPO, Cesare, *Istituzioni di Diritto Romano*, 10. Basım, Rubettino, Soveria Mannelli, 2002, s. 56-57; GAUDEMET, Jean, “Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu”, (çev.: B. Tahiroğlu), *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yıl: 1972, Cilt: 6, Sayı: 9, (s. 205-230), s. 211.

³⁵ FIORI, 1996, s. 487.

³⁶ En geniş anlamı ile hukuka aykırılığı karşılamak için kullanılan *iniuria, ius civile*’nin tanıdığı dört haksız fiilden birini teşkil etmektedir. Bu kapsamda, varılan son noktada, kişinin fiziki ve manevi bütünlüğüne yönelik tüm saldırılar, *iniuria*’ya vücut vermektedir, SCHULZ, 1969, s. 593; GÜNEŞ PESCHKE, Seldağ “The Reflection of *Volenti Non Fit Iniuria* in Personality Rights in Modern Laws”, *Principios Generales Del Derecho. Antecedentes Históricos Y Horizonte Actual*, (Koordinatör: Fernando Reinoso-Barbero), 1. Basım, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, (s. 869-876), s. 872; PLESCIA, Joseph, “The Development of ‘Iniuria’”, *Labeo*, Yıl: 1977-1, Cilt: 23, (s. 271-289), s. 271.

Ius. Ins. 4. 4. 1.: “Iniuria autem committitur non sloum, cum quis pugno aut fustibus caesus vel etiam verberatus erit, sed etiam si cui convicium factum fuerit, sive cuius bona quasi debitoris possesse fuerint ab eo, qui intellegebat nihil eum sibi debere, vel si quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit composuerit ediderit dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, sive quis matremfamilias aut praetextatum praetextatamve adsectatus fuerit, sive cuius pudicitia attemptata esse dicetur: et denique aliis pluribus modis admitti iniuriam manifestum est.”

*Ius. Ins. 4. 4. 1.: “Iniuria, yalnızca bir kişiye yumruk ya da bir sopa ya da kırbaç ile vurulduğunda değil, aynı zamanda bir kişiye küçük düşürücü sözler sarf edildiğinde; ya da bir kimse kendisine borçlu olmadığını bildiği bir kişinin mallarının zilyetliğine sanki borçluymuş gibi el koyduğunda, ya da bir kişi bir başkasının şerefsizliğine dair bir yazı ya da şiir yazdığında, bestelediğinde ya da yayımladığında, ya da kötü niyetli bir şekilde bunların yapılması sağlandığında, ya da bir kişi bir *materfamilias*'ı ya da ergenliğe ermemiş bir kız ya da erkeği takip ettiğinde, ya da bir kimsenin iffetine saldırıda bulunulduğunda; ve kısaca, pek çok diğer hallerde de işlenmiş olur.”³⁷*

Giysiler, Roma toplumunda sosyal konumu gösteren önemli araçlardır. Giysilerin bu niteliği, hukukçular tarafından da vurgulanmıştır³⁸. *Digesta*'da süs ve giyim eşyaları başlığında yer alan *Ulpianus*'a ait bir metninde, *materfamilias*'ın giysileri tanımlanmıştır.

D. 34. 2. 23. 2, Ulpianus, Sabinum, libro 44.: “... Muliebria sunt, quae matris familiae causa sunt comparata, quibus vir non facile uti potest sine vituperatione, veluti stolae pallia tunicae capitia zonae mitrae, quae magis capitis tegendi quam ornandi causa sunt comparata, plagulae penulae.”

³⁷ *Gai. Ins. 3. 220*'de de *materfamilias*'a yönelik aynı içerik yer almaktadır.

³⁸ McGINN, 1998, s. 154.

D. 34. 2. 23. 2, Ulpianus, Sabinum, libro 44.: “Kadın kıyafeti *materfamilias*’ın kullanımına yönelik olan ve bir erkeğin kınanmadan rahatça giyemeyeceği kıyafettir: örneğin, uzun *stola*³⁹, *palla*⁴⁰, tunik, pelerin, kemer, süslenmekten ziyade başı korumaya yönelik başlık, peçe ve seyahat pelerini.”

Yine, *Ulpianus*’a ait bir başka *Digesta* metninde, iyi ahlaklı bir kadının, kendini korumak için nasıl giyinmesi gerektiğine işaret edilmektedir⁴¹. Daha açık bir ifade ile, *iniuria*’ya maruz kalan kadının giyimi, suçun ağırlığının belirlenmesine esas teşkil edecek şekilde değerlendirilmiştir.

D. 47. 10. 15. 15, Ulpianus, Edictum, libro 77: “*Si quis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas, minus peccare videtur: multo minus, si meretricia veste feminae, non matrum familiarum vestitae fuissentiarum si igitur non matronali habitu femina fuerit et quis eam appellavit vel ei comitem abduxit, iniuriarum tenetur.*”

D. 47. 10. 15. 15, Ulpianus, Edictum, libro 77: “Eğer biri, köle kıyafeti giymiş genç kızlara sarkıntılık ederse, daha hafif bir suç işlemiş sayılır; ve eğer bir *materfamilias* gibi değil de fahişe gibi giyindiyse, daha da hafifler. Yine de, eğer bir kadın bir *matron* gibi giyinmezse ve biri ona sarkıntılık ederse ya da refakatçisini kaçırırsa, *iniuria*’dan sorumlu tutulacaktır.”

Ulpianus’a ait *D. 47. 10. 15. 15* metninin lafzı ile *materfamilias*’ın daha üstün bir korumaya tabi tutulduğu görülecektir. Nitekim, *materfamilias* olarak görünmeyen kişiye

³⁹ “Kadınlar önceleri *toga* giyerlerdi, fakat daha sonra, *stola* olarak adlandırılan, daha farklı bir giysiyi benimsediler; bu giysinin ayaklara kadar inen geniş bir kenarı vardı ve evin dışına çıkarken, üzerine *palla* adı verilen bir çeşit örtü atarlardı.”, WILTON, Mary Margaret Stanley Egerton, Countess of Wilton, R.L. Shep, **The Book of Costume or, Annals of Fashion From the Earliest Period to the Present Time**, by a Lady of Rank, Henry Colburn, Publisher, Londra, 1846, s. 336.

⁴⁰ “*Palla*, Romalı kadınların evden çıkarken örtünmek için kullandıkları uzun dikdörtgen bir kumaş parçasıydı.”, GOLDMEN, Norma, “Reconstructing Roman Clothing”, **The World of Roman Costume**, (Editör: Judith Lynn Sebesta ve Larissa Bonfante), 1. Basım, The University of Wisconsin Press, Wisconsin, 1994, (s. 213-241), s. 228.

⁴¹ SALLER, 1999, s. 196. Bununla beraber, uygun şekilde giyinmemiş olsa dahi, bu durumun, kendisine tacizde bulunan kişinin *iniuria* dolayısıyla sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir.

karşı *iniuria* suçunun işlenmesi halinde, saldırının daha hafif görünümü olan *iniuria levis*'e işaret edilmektedir⁴².

Yine, *materfamilias*'a karşı bir *iniuria*'nın işlenmesi halinde, dava, yalnızca *materfamilias* tarafından değil, *mater*'e yöneltilen bu saldırı nedeniyle kendilerine saldırıda bulunulduğu kabul edilen eş ya da baba tarafından da açılabilir⁴³.

Her ne kadar amaçlanan, üstün nitelikli *materfamilias* onurunun korunması olsa dahi, kadınlara nasıl giyinmeleri gerektiğini söyleyen, *materfamilias*'a uygun olmayan giysiler içindeki kadınların uğradıkları *iniuria*'yı, *materfamilias*'a karşı işlenenin yanında *iniuria levis* olarak nitelendiren ve *materfamilias*'ın uğradığı saldırılar dolayısıyla koca ve babaya da dava açma hakkı tanıyan metinlerin cinsiyetçi kurgusu açık bir şekilde görülmektedir.

Hukuk metinleri, *iniuria*'da olduğu gibi, cinsiyetçi bir yaklaşımla da olsa zaman zaman *materfamilias*'a özel koruma getirmiş, zaman zaman da *materfamilias*'ın durumunu, sahip olduğu statü dolayısıyla ağırlaştırmıştır. *Lex Iulia de adulteriis coercendis* kapsamında, kadının sorumlu tutulabilmesi ancak *materfamilias* ya da *matrona* olması durumunda mümkün olmuştur⁴⁴. Bir başka ifade ile, kadınlar açısından, *stuprum*⁴⁵ ve *adulterium*⁴⁶ suçlarının faili, yalnızca *materfamilias*'ın olabilir⁴⁷. Esasında suçun tanımının yapıldığı metinlerde doğrudan doğruya bu bilgiye işaret edilmez. Ancak hem kanunun devam eden hükümlerinin yer aldığı *Digesta* metinlerinden, hem

⁴² TÜRKÖĞLU, Halide Gökçe, **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, 2. Basım, Seçkin, Ankara, 2017, s. 33, dn. 50.

⁴³ GÜNEŞ PESCHKE, Seldağ, **Roma Hukukundan Günümüze Kişilik Haklarının Korunması (Iniuria)**, 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 114-115; GARDNER, **1986**, s. 118; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, **2013**, s. 24; GAUDEMET, **1972**, s. 217.

⁴⁴ MCGINN, **1998**, s. 147.

⁴⁵ “Evlenmemiş veya dul kalmış bir kadınla bir erkeğin, muvakkat bir müddet için beraber yaşamaları. Devamlı olarak birlikte yaşamak niyeti (*affectio maritalis*) bulunmadığından, evlilik değildi. Evli bir kadının başka bir erkekle münasebeti demek olan *adulterium*'dan farklı idi”, UMUR, **1983**, s. 204.

⁴⁶ “Eşlerden birinin evlilik sadakatine ihaneti. Zina.”, UMUR, **1983**, s. 19.

⁴⁷ MCGINN, Thomas, “Concubinage and the Lex Iulia on Adultery”, **Transaction of The American Philological Association**, Yıl: 1991, Cilt: 121, (s. 335-375), s. 335, dn. 3; GÖNENÇ, Fulya İlçin, **Roma Hukukunda Kadın**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 151; AKSARAY, Buse, **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 94; TAMER, Diler, **Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia de Adulteriis Coercendis**, 1. Basım, Homer Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 175.

de dönemin edebi kaynaklarından bu sonuca ulaşmak mümkündür⁴⁸. Nitekim, *Papinianus*'un *materfamilias*'ı tanımladığı, yukarıda ele aldığımız *D. 48. 5. 11. pr., ad legem Iuliam de adulteriis coercendis* başlığı altında yer almaktadır. Yine, *Papinianus*'a ait bir metinde, suç nitelemesinde *materfamilias* terimine yer verilmektedir.

D. 48. 5. 9. (8). pr., Papinianus, de Adulteriis, libro 2: “Qui domum suam, ut stuprum adulteriumve cum aliena matre familias vel cum masculino fieret, sciens praebuerit vel quaestum ex adulterio uxoris suae fecerit: cuiuscumque sit condicionis, quasi adulter punitur.”

D. 48. 5. 9. (8). pr., Papinianus, de Adulteriis, libro 2: “Evini bilerek kendi karısı olmayan bir materfamilias ile ya da bir erkek ile stuprum ya da adulterium işlenmesi için veren kimse, ya da karısının adulterium’undan gelir elde eden kimse, statüsü ne olursa olsun, adulterium suçundan cezalandırılacaktır.”

Materfamilias tanımları değerlendirildiğinde, *materfamilias* nitelemesinin *concubine* ve *meretrix* ile karşılaştırılarak yapıldığı görülecektir⁴⁹. *Concubinatus, ius civile* tarafından tanınan evlenme hakkına sahip olmayan kişilerin, evlenmeksizin ancak cezai yaptırımlara da tabi tutulmadan sürdürdükleri fiili birlikteliklere verilen isimdir⁵⁰. Öncelikle, *concubinatus, ius civile* tarafından tanınan bir evlilik birliği niteliğinde değildir. Devamla, *Marcianus*'a ait bir *Digesta* metninde, *concubinatus*'un kanundan doğan bir kurum olması dolayısıyla, cezalandırılması uygun görülmemiştir⁵¹. Ayrıca, bu

⁴⁸ TAMER, 2007, s. 175, 176; Kanun kapsamında *matrona*'dan söz edildiği de görülmektedir.

⁴⁹ Bkz. Yuk. *D. 23. 2. 41; D. 47. 10. 15. 15; D. 25. 7. 1. pr. Ulpianus, lex Iulia et Papia, libro 2: “Quae in concubinato est, ab invito patrono poterit discedere et alteri se aut in matrimonium aut in concubinatum dare? Ego quidem probo in concubina adimendum ei conubium, si patronum invitum deserat, quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam quam matrem familias habere.”, “Bir erkekle fiili bir birliktelik yaşayan bir kadın efendisini onun iradesi hilafına terk ederek başka biriyle evlenebilir ya da başka birinin *concubina*'sı olabilir mi? Kanaatimce, bir *concubina*, efendisinin rızası hilafına terk ederse evlenme hakkı tanınmamalıdır, zira bir patron için, azatlı bir kadını *concubina*'sı olarak tutması, *materfamilias* olarak tutmasından daha saygı duyulabilir niteliktedir.”*

⁵⁰ GÜNEŞ CEYLAN, 2010, s. 81.

⁵¹ *D. 25. 7. 3. 1., Marcianus, Institutionum, libro 22: “Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur. Nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est, ut et marellus libro septimo digestorum scripsit.”, “Concubinatus içerisinde bulunan kişiler, adulterium suçu işlemezler. Macellus'un Digesta'nın 7. kitabında ifade ettiği üzere, concubinatus'un kanundan kaynaklanması nedeniyle, kanun tarafından cezalandırılmaz.”*

birliktelikler, *stuprum*'un da kapsamı dışında bırakılmıştır⁵². Dolayısıyla, kadınlar açısından bu suçun işlenebilmesinin *materfamilias* olmak şartına bağlandığı görülmektedir. Kanun, evli *materfamilias* açısından *adulterii*, evli olmayan *materfamilias* açısından ise *stuprum* suçunu öngörmektedir.

D. 48. 5. 6. 1. Papinianus, de Adulteriis, libro 1: "Lex stuprum et adulterium promiscue et καταχρηστικώτερον (kataxrustikwteron) appellat. Sed proprie adulterium in nupta committitur. Propter partum ex altero conceptum composito nomine: stuprum vero in virginem viduamve committitur, quod Graeci φθοράν (fvoran) appellant."

D. 48. 5. 6. 1. Papinianus, de Adulteriis, libro 1: "Yasa, stuprum ve adulterium'a fark gözetmeksizin ve daha ziyade terimleri yanlış kullanarak işaret eder. Ancak asıl anlamı ile kullanılan adulterium evli bir kadın tarafından işlenir, ismini başkasından doğan çocuklardan (alter) alır; stuprum ise bakire ve dul ile işlenir, Yunanlar onu "kötü yol" diye adlandırırılar."

SONUÇ

Roma kadını, hak ve fiil ehliyeti açısından erkeğin karşısında, zaman içerisinde ölçüleri değişmekle birlikte, kısıtlanmış olsa da, her zaman toplumsal hayatın bir parçası olarak varlık göstermiştir. Kadın, bir parçası olduğu toplumda statüsüne göre konumlandırılmıştır. Bu sınıflandırmada, *materfamilias*, erişilmek istenen en üst statü olarak varlık göstermiştir.

İçeriği zaman içerisinde değişiklik gösteren *materfamilias* kavramı, varılan son noktada, bekar, evli, dul ya da çocuk sahibi olması fark etmeksizin, iffetli, saygı duyulan kadınların tamamı için kullanılan bir ifade haline gelmiştir.

Her ne kadar yalnızca sosyal statü çerçevesinde incelenmiş bir imtiyaz görünümüne sahip olsa da, bu toplumsal kurumun hukuk düzenine de yansımaları

⁵² GÜNEŞ CEYLAN, 2010, s. 82.

olmuştur. Hukukçular kavramı tanımlamak için çaba göstermişlerdir. Bunun yanı sıra, kimi hukuki kurumlarda *materfamilias* ayrıca değerlendirme konusu yapılmıştır. Bir başka ifade ile, kadının cinsel onuru ve toplumdaki statüsü etrafında şekillenen *materfamilias* olmak imtiyazı, birtakım hukuki sonuçların da doğmasına neden olmuştur. Bu çerçevede, *iniuria* karşısında *materfamilias*'a yönelik saldırılar açıkça hukuk metinlerinde değerlendirilmiş, *materfamilias*'ın saldırıya uğraması halinde aile babasına da dava açma hakkı tanınmıştır. Kadının cinsel onurunu temel alan bu ifade, *lex Iulia de adulteriis coercendis*'te düzenlenen suçlar olan *stuprum* ve *adulterum* kapsamında ise, *materfamilias*'ın suçun faili olabilecek tek kişi olması sonucunu doğurmuştur.

KAYNAKÇA

- AKSARAY, Buse, **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- BERGER, Adolf, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1991.
- EVANS GRUBBS, Judith, **Women and the Law In the Roman Empire: A Sourcebook on Marriage, Divorce and Widowhood**, 1. Basım, Routledge, Londra, 2002.
- FAYER, Carla, **La Familia Romana, Aspetti Giuridici ed Antiquari Sponsalia Matrimonio Dote, Parte Seconda**, "L'Erma" di Bretschneider, 2005.
- FIORI, Roberto, "Materfamilias", **Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano**, C. 96-97, Y. 1993-1994, (Basım Yılı: 1996), (s. 455-498).
- GARDNER, Jane F., **Women in Roman Law and Society**, Londra ve Sidney, 1986.
- GAUDEMET, Jean, "Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu", (Çev.: B. TAHİROĞLU), **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 1972, Cilt: 6, Sayı: 9, (s. 205-230).

- GOLDMEN, Norma, “Reconstructing Roman Clothing”, **The World of Roman Costume**, (Editör: Judith Lynn Sebesta ve Larissa Bonfante), 1. Basım, The University of Wisconsin Press, Wisconsin, 1994, (s. 213-241).
- GÖNENÇ, Fulya İlçin, **Roma Hukukunda Kadın**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ, **Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium)**, 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ, **Roma Hukukundan Günümüze Velayet – Vesayet Hukuku**, 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- GÜNEŞ PESCHKE, Seldağ, **Roma Hukukundan Günümüze Kişilik Haklarının Korunması (Iniuria)**, 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014
- GÜNEŞ PESCHKE, Seldağ “The Reflection of *Volenti Non Fit Iniuria* in Personality Rights in Modern Laws”, **Principios Generales Del Derecho. Antecedentes Históricos Y Horizonte Actual**, (Koordinatör: Fernando Reinoso-Barbero), 1. Basım, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, (s. 869-876).
- IUSTINIANUS, **Institutiones**, (Çeviren: UMUR, Ziya), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1955.
- IUSTINIANUS, **Justinian’s Institutiones**, (Çeviri ve Giriş: BIRKS, Peter ve McLEOD, Grant, Latince Metin: KRUEGER, Paul), 1. Basım, Cornell University Press, New York, 1987.
- IUSTINIANUS, **The Digest of Justinian**, (Çeviri Düzenlemesi, WATSON, Alan), Gözden Geçirilmiş Basım, University of Pennsylvania Press, Cilt 1-4, Pennsylvania, 1998.
- KASER, Max, **Roman Private Law**, (Çev.: R. Dannenberg), Butterwoths, Durban, 1965.
- McGINN, Thomas, “Concubinage and the Lex Iulia on Adultery”, **Transaction of The American Philological Association**, Yıl: 1991, Cilt: 121, (s. 335-375).
- McGINN, Thomas A. J., **Prostitution, Sexuality, and Law in Ancient Rome**, 1. Basım, Oxford, 1998.

- PARIBENI, Roberto “Roma Hukukunda Aile Kurumu – II”, (Çev. Ş. Talip), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1935, Cilt: 1, Sayı: 2, (s. 232-246).
- PLESCIA, Joseph, “The Development of ‘Iniuria’”, **Labeo**, Yıl: 1977-1, Cilt: 23, (s. 271-289).
- POSTE, Edward, **Gai Institviones or Institutes of Roman Law by Gaius**, Edward Poste M.A. Çevirisi ve Yorumu ile, E. A. Whittuck, M.A., B.C.L. gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 4. Baskı, A.H.J. Greenidge’in Tarihi Girişi İle, Oxford, 1904.
- SALLER, Richard P., “Pater Familias, Mater Familias and the Gendered Semantics of the Roman Household”, **Classical Philology**, Yıl: 1999, Cilt: 94, Sayı: 2, (s. 182-197).
- SANFILIPPO, Cesare, **Istituzioni di Diritto Romano**, 10. Bası, Rubettino, Soveria Mannelli, 2002.
- SCHULZ, Fritz, **Classical Roman Law**, 4. Basım, Clarendon Press, Oxford, 1969.
- SMITH, William, **A Dictionary of Greek and Roman Antiquities**, Taylor and Walton, Londra, 1842.
- SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, “Roma Toplumunda Kadının Konumu”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2013, Cilt: 4, Sayı: 2, (s. 1-31).
- TAHAN ORHAN, Duygu, **Roma Hukukunda Manus Kurumu**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- TAMER, Diler, **Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia de Adulteriis Coercendis**, 1. Basım, Homer Kitabevi, İstanbul, 2007.
- TÜRKOĞLU, Halide Gökçe, **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, 2. Basım, Seçkin, Ankara, 2017.
- UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.
- WESTRUP, C. W., **Introduction to Early Roman Law, Comparative Sociological Studies, The Patriarchal Joint Family, Volume I, Part I, The House Community, Section I, Community of Cult**, Bianco Lunos Bogtrykkeri A/S., Danimarka, 1944.

WILTON, Mary Margaret Stanley Egerton, Countess of Wilton, R.L. Shep, **The Book of Costume or, Annals of Fashion From the Earliest Period to the Present Time**, by a Lady of Rank, Henry Colburn, Publisher, Londra, 1846.

SERMAYE ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİNDE VERGİ SORUMLULUĞU

TAX LIABILITY IN CORPORATE MERGERS

Hakemli Makale

N. Nilay DAYANÇ KUZEYLİ*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ.....	130
I. ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİNDE, BİRLEŞEN ŞİRKETİN VERGİ BORÇLARINA İLİŞKİN ÖDEVLERİNİN BİRLEŞİLEN ŞİRKET AÇISINDAN VERGİ SORUMLULUĞU OLARAK DEĞERLENDİRİLİP DEĞERLENDİRİLEMEYECEĞİ SORUNU.....	131
II. TÜRK TİCARET KANUNU (TTK)'NDA ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER ...	133
III. KVK'DA ÖNGÖRÜLEN BİRLEŞMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER	136
A. Genel olarak	136
B. Birleşme.....	136
1. Tasfiye Memurlarının Sorumluluğu.....	137
2. Birleşilen Şirketin Vergi Sorumluluğu.....	138
a. Birleşme Kârının Beyan Edilmesi	138
b. Birleşme Öncesi Dönemlere Ait, Birleşmeden Sonra Verilmesi Gereken Beyannamelerin Verilmesi ...	140
c. Birleşme Kârı Üzerinden Tarh Edilecek Verginin Ödenmesi.....	140
d. Tahakkuk etmiş vergiler ve itirazlı tarhiyatlar için karşılık ayrılması (KVK m.18/3, KVK m.17/7)	140
e. Birleşme İşleminin Vergi Kanunları Yönünden İncelenmesinin Talep Edilmesi (KVK m.17/8).....	143
3. Birleşme Öncesi Döneme İlişkin Sorumluluk.....	142
C. Devir.....	149
IV. KVK İLE TTK SİSTEMİNİN KARŞILAŞTIRILMASI	152
V. AATUHK'DE ÖNGÖRÜLEN DÜZENLEME	153
SONUÇ.....	153
KAYNAKÇA	155

DOI: 10.32957/hacettepehdf.557884

Makalenin Geliş Tarihi: 25.04.2019

Makalenin Kabul Tarihi: 08.05.2019

* İ.D. Bilkent Üniversitesi Doktora Öğrencisi. Eposta: dayanç@bilkent.edu.tr
Bu makale İ.D. Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında yazılmakta olan “Vergi Hukukunda Sorumluluk” konulu doktora tez çalışmasından türetilmiştir.

ORCID: 0000-0003-2036-3135

ÖZ

Bu makale kapsamında sermaye şirketlerinin birleşmesi ve birleşme neticesinde birleşilen şirketin vergi sorumluluğu incelenecektir. Vergi sorumluluğu, vergi alacağına ilişkin maddi ve şekli ödevlerin, vergiyi doğuran olay kendi kişiliğinde gerçekleşmemiş olan üçüncü kişilerden talep edilebilmesi olarak tanımlanabilir. Şirketlerin birleşmesinde ise birleşilen şirketin, birleşen şirketin vergi ödevlerini yerine getirmemesinden doğan sorumluluğun kendisine atfedilip atfedilemeyeceği, birleşilen şirkete sorumluluk atfedilecek ise, bunun kapsamına ilişkin çeşitli kanunlarda yer alan ve birbirlerinden farklılık gösteren düzenlemeler, bu makale kapsamında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Vergi Sorumluluğu, Birleşme, Devir, Külli Halefiyet

ABSTRACT

In this article, tax liability of the acquiring company is going to be evaluated. Tax liability exists when the substantive and adjective tax duties regarding tax lien claimed from the third parties in whose personality taxable event is not realized. There are different regulations in different laws regarding the liability of acquiring company from the tax obligations of the acquired company. Acquiring company's liability from the tax obligations of the acquired company and the scope of this liability is going to be explained in this article.

Keywords: Tax Liability, Merger, Acquisition, Universal Succession

GİRİŞ

Vergi Hukuku hem özel hukukun hem de kamu hukukunun etkili olduğu ve kavramlarının kullanıldığı bir alan olmakla birlikte vergi mevzuatında bu kavramlarının her zaman bir diğesindeki anlam bütünlüğü gözetilerek kullanılmadığı görülmektedir. Bu durum ise uygulamada ve öğretilerde birbirinden farklı yorumlara yol açmaktadır. Bu çalışma kapsamında da özel hukukta yer alan külli halefiyet ilkesinin sermaye şirketlerinin¹ birleşmesi açısından vergi hukukuna yansımaları değerlendirilecektir. Sermaye şirketlerinin birleşmesinde birleşilen şirketin² sorumluluğunun, vergi sorumluluğu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespitinde, birleşen şirketin birleşmeden önceki vergi borçlarına ilişkin maddi ve şekli ödevlerden birleşilen şirketin sorumlu olup olmadığı incelenirken külli

¹ Birleşmeye ilişkin çeşitli kanunlarda farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu çalışma kapsamında TTK ile KVK karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Her ikisinin de ortak olarak kapsamına sermaye şirketleri ile kooperatifler girmektedir. Şahıs şirketleri, TTK kapsamına dahil olmasına rağmen, KVK kapsamında olmadığı için yapılacak açıklamalar şahıs şirketleri için geçerli değildir.

² TTK birleşme türlerine göre eğer devralma şeklinde birleşme söz konusuysa “devralan şirket” ve “devrolunan şirket”; eğer yeni kuruluş şeklinde birleşme söz konusuysa “yeni kurulan şirket” ve “katılan şirket” ifadesini kullanılmaktadır. Ancak aşağıda (s.37-38) detaylı olarak açıklanacağı üzere, KVK, TTK’da öngörülen bu birleşme türleri açısından bir ayırım yapmamaktadır. Bu nedenle çalışmada “birleşen şirket” ve “birleşilen şirket” ifadeleri her iki türü de kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

halefiyet ilkesi önem taşımaktadır. Çalışmada sermaye şirketlerinin birleşmesinde vergi sorumluluğu incelenirken bu ilkenin vergi borcu ilişkisinden doğan hak ve yükümlülüklerin intikali açısından etkisi ve birleşme devralma gibi bazı kavramların içeriğinin vergi hukukunun bağımsız niteliği karşısındaki durumuna da değinilecektir.

I. ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİNDE, BİRLEŞEN ŞİRKETİN VERGİ BORÇLARINA İLİŞKİN ÖDEVLERİNİN BİRLEŞİLEN ŞİRKET AÇISINDAN VERGİ SORUMLULUĞU OLARAK DEĞERLENDİRİLİP DEĞERLENDİRİLEMeyeceği Sorunu

Şirketlerin birleşmelerinde, bünyesinde birleşilen şirketin, birleşen şirketin birleşmenin tamamlandığı tarihten önceki vergi borçlarından sorumluluğunun, Türk vergi hukuku açısından vergi sorumluluğu hallerinden biri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılabilir.

Tartışmaya açık olmasının ilk sebebi, vergi sorumluluğunu ve vergi yükümlülüğünü birbirinden ayıran temel özellik ile ilgilidir. Vergi sorumlusunu vergi mükellefinden ayırabilmek için vergiyi doğuran olayın kimin şahsında gerçekleştiği önem taşımaktadır. Vergiyi doğuran olay kendi kişiliğinde gerçekleşen kişi verginin mükellefidir.³ Vergiyi doğuran olay, vergi sorumlusunun kişiliğinde gerçekleşmez.⁴ Şirketlerin devrinde de vergiyi doğuran olay birleşen şirkette meydana gelmekte ve birleşme sebebiyle külli halefiyetin öngörüldüğü hallerde, birleşilen şirket, birleşen şirketin yerine geçmektedir, adeta onun devamı niteliğinde olmaktadır. Bu nedenle vergiyi doğuran olayın kimin kişiliğinde gerçekleştiği sorusunun cevabı iç içe geçmiş bulunmaktadır. Birleşme neticesinde şirketlerden biri (birleşen şirket) sona ermekte, diğeri (birleşilen şirket) onun yerine geçmektedir. Dolayısıyla vergi sorumluluğunda önce çıkan vergi sorumlusunun “vergiyi doğuran olayla ilişkisi olmayan üçüncü kişi” niteliği zayıflamaktadır. Diğer taraftan da, söz konusu vergilere ilişkin vergiyi doğuran olayın bizzat birleşilen şirketin kişiliğinde meydana gelmediği de açıktır.⁵

³ ÖNCEL, Mualla, “Vergi Hukuku Açısından Sorumluluk”, Prof. Dr. Fadıl Hakkı Sur’un Anısına Armağan, AÜSBF Yayını No:552, Ankara 1983, s.39-55, s.40. Vergi sorumluluğu da, vergi alacağına ilişkin maddi ve şekli ödevlerin, vergiyi doğuran olay kendi kişiliğinde gerçekleşmemiş olan üçüncü kişilerden talep edilebilmesi olarak tanımlanmaktadır. ÖNCEL, 1983, s.41.

⁴ SABAN, Nihal, **Vergi Hukukunda Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1991, s.9.

⁵ ÖNCEL, 1983, s.49.

İkinci olarak ise, Vergi Usul Kanunu (VUK)'nun 12. maddesi kapsamında düzenlenmiş olan “mirasçılarının sorumluluğu” dışındaki vergi sorumluluğu hallerinde, vergiyi doğuran olay kendi kişiliğinde gerçekleşen kişi -vergi yükümlüsü- ile bu vergi borcuna ilişkin olarak kendisine birtakım maddi ve/veya şekli vergi ödevleri yüklenen kişi -vergi sorumlusu- aynı anda hukuk dünyasında mevcuttur. Ancak, birleşilen şirketin sorumluluğunda mirasçıların sorumluluğunda olduğu gibi vergi yükümlüsü ile vergi sorumlusu aynı anda hukuk dünyasında mevcut değildir. Hatta vergi sorumluluğunun doğması, bir diğerinin hukuk dünyasından çıkmasına bağlıdır, diyebiliriz. Diğer vergi sorumluluğu hallerinden bu anlamda bir farklılık arz etmesi de birleşilen şirketin sorumluluğunun vergi sorumluluğu olarak değerlendirilmesinde tereddüt yaratmaktadır.

Birleşilen şirketin birleşen şirketin vergi borçlarından sorumluluğu, bazı eserlerde vergi sorumluluğu hallerinden biri olarak değerlendirilmemesine⁶ rağmen; bazı vergi hukuku eserlerinde birleşilen şirketin vergi sorumluluğu, vergi sorumluluğu hallerinden biri olarak değerlendirme kapsamına alındığı;⁷ bazı eserlerde ise bu halin, keskin sınırlar içinde belli bir kategoriye dahil edilmediği⁸ görülmektedir. Bizim görüşümüze göre ise, her ne kadar tipik vergi sorumluluğu özelliklerini çok net bir şekilde taşıyorsa da birleşilen şirketin birleşen

⁶ BİLİCİ, Nurettin, **Vergi Hukuku**, 47. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s.41-49; KANETİ, Selim, **Vergi Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s.82-94.; ÖNER, Erdoğan, **Vergi Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.59 vd.; SARILI, Mustafa Ali, **Türk Vergi Hukukunda Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2004, s.50-200.

⁷ GERÇEK, Adnan, “Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 54, Sayı 3, 2005, s. 157-193, s.171. Gerçek'e göre, “devralan vergiyi doğuran olayın kişiliğinde gerçekleştiği asıl borçlu olmamasına rağmen, devir edilen veya bölünen kurumun tüm borçlarını üstlendiği, kendi malvarlığından ödediği ve fiili imkansızlık nedeniyle eski kuruma rücu edemediği için birince derece feri borçlu konumunda vergi sorumlusu niteliğine haiz olmaktadır.” GERÇEK, 2005, s. 171; KARAKOÇ Yusuf, **Genel Vergi Hukuku Ders Kitabı**, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, s.231.; “Bir Teşebbüsü Kül Olarak Devralan Teşebbüsün Sorumluluğu” başlığı altında vergi sorumluluğu kapsamında bir değerlendirme yapmıştır. (KARAKOÇ, 2017, s.231.)

⁸ Öncel, her ne kadar “vergi sorumluluğuna girmeyen durumlar” başlığı altında incelenmiş olsa da, bu hukuki durumu sorumluluk olarak nitelendirmiştir. (ÖNCEL, 1983, s.49) ÖNCEL Mualla / KUMRULU Ahmet / ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku**, 27. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018 (ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, 2018.), s.81,84-85 Yazarların bu durumu, “vergi sorumluluğuna girmeyen durumlar” başlığı altında ancak bu durumlar açıklandıktan sonra bağımsız bir kısımda “külli halefiyette mirasçıların, teşebbüslerin kül olarak devrinde devralan teşebbüsün durumu” olarak adlandırılan ayrı bir kısımda incelenmiş olduğu görülmektedir. Ayrıca, “vergi mevzuatımızda sorumluluğa ilişkin hükümler” in alt başlığı olan, “mirasçıların sorumluluğu” başlığı altında, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 19 ve 20. maddelerine uygun olarak yapılan birleşmelerin vergi sorumluluğu kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. (ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, 2018, s.81-85); MUTLUER, M. Kamil / DAYANÇ, N. Nilay, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s.70. Eserde, kurumların devrinde devrolunan kurumun vergi borçlarının devralan kuruma geçişinden söz edilmiştir.; Fevzi Rıfat Ortaç, **Türk Vergi Hukukunda Sorumluluk**, T.C. Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1990, s. 72, 128-137. Ortaç, “külli halefiyette mirasçıların ve teşekküllerin tüm olarak devrinde devralan teşebbüslerin durumu”nu vergi sorumluluğu kapsamına girmeyen durumlar kapsamında inceledikten sonra “vergi hukukunda yer alan sorumluluk düzenlemeleri” kapsamında birleşme halinde vergi sorumluluğuna yer vermiştir. (ORTAÇ, 1990, s.137.)

şirketin vergi borçlarından sorumluluğunun vergi sorumluluğu olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, VUK'da yer alan vergi sorumluluğuna ilişkin kurallar, ilke olarak tek başına vergi sorumluluğu yaratmamaktadır, aksi münferit yasalarda öngörülmemiş olmak koşuluyla vergi sorumluluğunun genel çerçevesini belirlemektedir.⁹ Dolayısıyla münferit vergi yasalarında öngörülen vergi sorumluluğunun kapsamı ve hukuki özelliklerinin VUK'dan farklı olması mümkündür.¹⁰ Kaldı ki, VUK'da düzenlenmiş olan ve çok benzer özellikler ihtiva eden mirasçılarının sorumluluğu, vergi sorumluluğu hali olarak değerlendirilmektedir. Bu makalenin takip eden bölümlerinde de vardığımız bu sonuç güçlendirilmeye çalışılacaktır.

II. TÜRK TİCARET KANUNU (TTK)'NDA ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Birleşme, bir sözleşme bağlamında, bir veya daha çok ticaret şirketinin malvarlıklarının tasfiye edilmeksizin mevcut veya yeni kurulan bir ticaret şirketi tarafından devralınması, devralınan malvarlıkları karşılığında, devralan şirketin paylarının, önceden belirlenmiş bir değişim oranına göre devrolunan şirket veya şirketlerin ortakları tarafından kendiliğinden iktisap edilmesi ve bu kişilerin devralan şirketin ortağı olmalarıdır.¹¹

Birleşmede devralan şirket kısmında tek bir şirket bulunmaktadır. Buna karşılık, devrolunan şirket sayısı bir veya daha fazla olabilir.¹² Devralan şirket mevcut bir şirkete devralma suretiyle birleşme (Absorptionsfusion¹³) (TTK m.136 (1)(a)) söz konusu olacaktır. Bu halde, iki veya daha fazla sayıda şirket, bütün aktif ve pasifiyle bir diğer şirkete katılarak infisah eder ve katıldıkları şirketin bünyesinde erir. Birleşme için yeni bir şirket kurulacaksa, yeni kuruluş şeklinde birleşme (Kombinationsfusion¹⁴) (TTK m.136 (1)(b)) söz konusu olacaktır. Burada da iki veya daha çok sayıda şirket, birleşme için kurulmuş yeni bir ticaret

⁹ AKKAYA, Mustafa, "Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 46, Sayı 1-4, 1997, (s. 185-208). s.188, dn. 12.

¹⁰ AKKAYA, 1997, s.188, dn. 12.

¹¹ POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s.121, par.141d.

¹² POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, 2019, par.141e.; TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme, Kuramdan Kurala Serisi:4, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.681, par.24-06.

¹³ FusG madde 3/a

¹⁴ FusG madde 3/b

şirketi içinde birleşirler.¹⁵ Bunlar dışında uygulama ve öğretide başka birleşme türlerinin de kabul edildiği görülmektedir.¹⁶

Şirketlerin birleşmesinde, her iki birleşme türünde de devrolunan şirket malvarlığının bir şirketten bir diğerine aktarılması söz konusudur. Genellikle devir sebebiyle bir şirketin malvarlığında artış söz konusu olurken, diğer şirketin malvarlığı bütünüyle devralan şirkete aktarılmaktadır. Bu durumun, vergi hukuku açısından önem taşıyabilecek iki yönlü etkisinden söz edilebilir. Bunlardan ilki, devralan şirkette meydana gelebilecek değer artışıdır. Söz konusu devir ve buna bağlı olarak gerçekleşen değer artışının; kurumlar vergisi, katma değer vergisi, damga vergisi gibi yükleri beraberinde taşıdığı söylenebilir. İkincisi ise, devrolunan şirket açısından; devrolunan şirketin faaliyetlerine bağlı vergilerin güvence altına alınması gerekir. Özel hukuk açısından da, şirketin alacaklıların alacaklarını güvence altına alması ihtiyacı ortaya çıkar. Nitekim bu güvenceyi külli halefiyet ilkesi ve bu ilkeye bağlı olarak ortaya çıkan sorumluluk mekanizması sağlamaktadır.

Birleşme işlemi neticesinde devrolunan şirket veya şirketlerin bütün hak ve borçları devralan şirkete geçer ve bu geçiş külli halefiyet ilkesine bağlı olarak gerçekleşir.¹⁷ Külli halefiyet ilkesi, dağılan şirketin aktif ve pasiflerinin ekonomik ve hukuki bir bütün olarak yeni kurulan veya devralan şirkete intikali anlamına gelir.¹⁸ Bu ilkeye göre, bir kişiye ait malvarlığı unsurları, kanunda öngörülmuş özel devir şekillerine uyulmaksızın tek bir olgu ile bir bütün halinde başkasına veya başkalarına geçer.¹⁹ Külli halefiyet ile yeni kurulan veya devralan

¹⁵ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, 2019, par.142b

¹⁶ Devralma ve yeni kuruluş türü birleşme dışında birleşmede devrolunan şirket tarafında birden çok şirket var ise, tek bir işlemle birden çok ticaret şirketin devralınması söz konusudur ve bu tür birleşmeye de “iki taraflı ve devrolunan şirket birden fazla olan birleşmeler” adı verilmiştir. Çıkmalı ve çıkarmalı birleşme adı verilen birleşme türünde ise, birleşmeye katılan şirketler, ortaklara devralan şirkette pay iktisap etmek yerine payların toplam değerine denk gelen bir ayırma akçesi tanımaktadırlar. Üç köşeli birleşmede ise, ayrılma akçesi ödenerek birleşmeden çıkarılacak ortaklara, nakit ayrılma akçesi yerine başka bir şirketin, çoğu kez topluluğun bir diğer şirketinin payları verilir. Detaylı bilgi için bkz. POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, 2019, s.126, par 142 f,g,h,ı.

¹⁷ Aynı yönde bkz. KILIÇOĞLU, M. Ahmet, **Türk Borçlar Kanunu’nda Kanuni Halefiyet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 448, Ankara, 1979, s.6, dn.11., BOZKURT, Tamer, **Ticaret Hukuku – Cilt II, Şirketler ve Kooperatifler Hukuku**, 8. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s.406; “Tüzelkişiliği sona eren şirketlerin malvarlığı birleşilen şirkette devam eder.” KARAYALÇIN, Yaşar, **Bilanço Hukuku, Kavramlar – İlkeler – Başlıca Sorunlar – Yeni Gelişmeler**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1979, s.111.; YASAMAN, Hamdi, “Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri”, **Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt I, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s.55; AL KILIÇ, Şengül, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2009, s.28.

¹⁸ YALTI, Billur, **Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Sermaye Şirketlerinde Tasfiye, Birleşme, Nev'i Değiştirme**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 1987, s.130.

¹⁹ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, 2019, s.129, par.143a.

şirket, eskilerinin devamı sayılır. Bu açıdan dağılma nedeniyle ilişkilerin kesintiye uğraması veya sona ermesi söz konusu olmaz.²⁰ Böylece, şirketlerin aktif ve pasiflerinde herhangi bir değişiklik olmaksızın aynen yeni kurulan veya mevcut şirkete intikalleri sağlanmış olmaktadır.²¹

Külli halefiyetin söz konusu olabilmesi için kanunda açıkça öngörülmüş olması gerekir.²² Külli halefiyet, TTK'nın 136. maddesinde öngörülmüştür. TTK'nın 136. maddesinin 3. fıkrasına göre; *“birleşme, devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilmesiyle gerçekleşir.”*²³ TTK'nın 136. maddesinin 4. fıkrasına göre de; *“birleşmeyle, devralan şirket devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün halinde devralır.”* Nitekim madde gerekçesinde açıkça külli halefiyet ilkesine yer verildiği ifade edilmiştir.²⁴

Her ne kadar malvarlığı kavramının kapsamına²⁵ herhangi bir ayırım olmaksızın, vergi borçları da dahil olmak üzere bütün hak ve borçların gireceği düşünülse de bu konuya ilişkin, şirketlerin birleşmesinde vergi borçlarının intikali açısından TTK'ya göre daha özel düzenleme niteliğinde olan Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK)'nun da incelenmesi gerekmektedir.

²⁰ YALTI, 1987, s.131.

²¹ MİMAROĞLU, Sait Kemal, **Ticaret Hukuku Cilt II**, Sevinç Matbaası, Ankara 1972, s. 137.

²² Örneğin, TBK 202'de öngörülen malvarlığının veya işletmenin devralınmasına ilişkin maddede açık bir şekilde külli halefiyet düzenlenmemiştir. Sadece borçların kanunen nakline ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. (AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku**, Filiz Kitapevi, 7. Baskı, İstanbul 1993, s.280.) Bu nedenle, malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde vergi borçlarının intikalinin mümkün olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte biz vergi borçlarının da intikalinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki, ticari işletmenin devrinde, işletmeye ait borçlar açısından alacaklılar ile devralan arasında ayrı nakil anlaşmaları yapılmasına gerek kalmadan bir kül olarak kanun hükmü gereği devralana geçmektedir. Ayrıca, ticari işletmenin devri halinde devralanın işletmenin borçlarından dolayı sorumluluğu, tarafların iradesi dışında bir kanun hükmünden kaynaklandığından (TBK 202), devralan kendisi tarafından bilinmeyen borçlardan da sorumlu olacaktır. (ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 24. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 2018, s.45-46.)

²³ Madde gerekçesinde açıkça külli halefiyet ilkesinden söz edilmiş olmasına rağmen madde metninde de “külli halefiyet” ifadesinin bulunması gerektiği ile ilgili bkz. MOROĞLU, Erdoğan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.80.

²⁴ DİNÇ, Mutlu / BAHADIR, Çilem / ÜNER, Ezel, **Türk Ticaret Kanunu** (Gerekçeli- Karşılaştırmalı), 13. Baskı, Libra Mevzuat Dizisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 136. madde gerekçesi, s.230.

²⁵ Malvarlığı unsurları içerisine haklar ile birlikte borçların da gireceği ancak; Alman Hukukunda borçların malvarlığına dahil saymayan görüşün baskın olması sebebiyle bu hususun Alman Hukukunda tartışmalı olduğunu hakkında bkz. DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku**, Cilt 4, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi İstanbul 2017, par.77.

III. KVK'DA ÖNGÖRÜLEN BİRLEŞMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak

KVK'da birleşmeye ilişkin düzenlemelere bakıldığında ilk olarak TTK'nın sistematüğinden ve terminolojisinden farklılığı dikkat çeker. Kısaca açıklamak gerekirse, ister yeni kuruluş ister devralma şeklinde olsun, birleşme; sonucu itibariyle birleşme sebebiyle infisah eden şirket veya şirketlerin birleşme kârını kurumlar vergisine tabi tutan olaydır. Birleşme kârı sebebiyle kurumlar vergisi ödenmesini gerektirmeyen birleşme türüne ise "devir" adı verilmiştir. Bir diğer ifade ile, kurumlar vergisi açısından vergilendirme dışında bırakılmış, bu itibarla teşvik edilmiş birleşmeye, "devir" denilmektedir.²⁶ Dolayısıyla, KVK'da devir olarak adlandırılan durum birleşme işleminden başka bir şey olmamakla beraber, belli koşulların da sağlanması halinde (KVK m.20) vergisel olarak bazı avantajlar getirilmiş olan özel bir birleşme türüdür. Bu nedenle ve karışıklığı da önlemek amacıyla, birleşmeyi ifade etmek için "vergili birleşme", devralmayı ifade etmek için de "vergisiz birleşme" ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir.²⁷ Bu kısımda ilk olarak ilgili düzenlemeler KVK kapsamında açıklandıktan sonra, KVK'nın TTK sistematüğinden ve terminolojisinden farklılığına ilişkin olarak bir değerlendirme yapılacaktır. Nitekim bu husus vergi sorumluluğu konusu açısından önem taşımaktadır.

B. Birleşme

KVK'nın 18. maddesi "birleşme" başlığını taşımaktadır. Maddenin ilk fıkrasında bir veya birkaç kurumun diğer bir kurumla birleşmesinin, birleşme nedeniyle infisah eden kurumlar bakımından tasfiye hükmünde olduğu ancak, birleşmede tasfiye kârı yerine birleşme kârının vergiye matrah olacağı düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, tasfiye kârının tespiti hakkındaki hükümlerin birleşme kârının tespitinde de geçerli olacağı; münfesihi kurumun veya kurumların ortaklarına ya da sahiplerine birleşilen kurum tarafından doğrudan doğruya veya dolaylı olarak verilen değerlerin, kurumun tasfiyesi halinde ortaklara dağıtılan değerler yerine geçeceği; birleşilen kurumdan alınan değerlerin VUK'da yazılı esaslara göre

²⁶ KARAYALÇIN, 1979, s.123.

²⁷ ALTAY, A. Eren, **Şirket Birleşmeleri ve Devralmalarının Kurumlar Vergisi Yönünden İncelenmesi** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2009, s.66,89; GÖKTUNA, H.D. Ege, **Vergi Hukukunda Birleşme, Bölünme ve Hisse Değişimi İşlemleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s.177, 197.; Maliye Hesap Uzmanları Derneği: Beyanname Düzenleme Kılavuzu, MBHUD, İstanbul 2018, (Beyanname Düzenleme Kılavuzu) s.385.; ŞENYÜZ, Doğan / YÜCE Mehmet / GERÇEK Adnan, **Türk Vergi Sistemi**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 16. Baskı, Bursa, 2019, s.246-247.; YALTI, 1987, s.201.

değerleneceği ifade edilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında da KVK'nın 17. maddesine göre tasfiye memurlarına düşen sorumluluk ve ödevlerin, birleşme halinde birleşilen şirkete ait olacağı düzenlenmiştir.

Yapılan doğrudan uygulama atfı sebebiyle birleşilen şirketin vergi sorumluluğunun anlaşılabilmesi için tasfiye memurlarının sorumluluğuna ilişkin hükümlere değinmek gerekir.

1. Tasfiye Memurlarının Sorumluluğu

KVK'nın birleşmeyi düzenlediği 18. maddesinin 3. fıkrasında, birleşilen şirketin vergi sorumluluğu hakkında tasfiye memurlarının sorumluluğuna ilişkin KVK'nın 17. maddesine atıf yapılmıştır. Buna göre, tasfiye memurlarına düşen sorumluluk ve ödevler birleşme halinde birleşilen kuruma ait olacaktır.

Şu noktada belirtmek gerekir ki, tasfiye memurlarının sorumluluğu sadece KVK açısından ele alınmamıştır. Konuya ilişkin KVK dışında hem VUK hem de Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun (AATUHK) kapsamında da düzenleme getirilmiştir. Ancak birleşilen şirketin vergi sorumluluğuna ilişkin atıf doğrudan KVK'nın 17. maddesinde öngörülen tasfiye memurlarının sorumluluğuna ilişkin olduğundan VUK ve AATUHK'da yer alan düzenlemeler burada incelenmeyecektir.

Tasfiye memurlarının sorumluluğu, KVK'nın 17. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, tasfiye memurları, kurumun tahakkuk etmiş vergileri ile tasfiye beyannamelerine göre hesaplanan vergiler ve diğer itirazlı tarhiyatlar için, 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nin 207. maddesine uygun bir karşılık ayırmadan, aynı Kanun'un 206. maddesinin dördüncü sırasında yazılı alacaklılara ödeme ve ortaklara paylaşım yapamazlar.²⁸ Aksi takdirde bu vergilerin asıl ve zamları ile vergi cezalarından şahsen ve müteselsilen sorumlu olurlar.

²⁸ Kanun'un 206. maddesinde bu sıralama belirlenmiştir. Buna göre, birinci sırada: A) İşçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları; B) İşverenlerin, işçiler için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların yaşatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış bulunan tesislere veya derneklere olan borçları; C) İflâsın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacakları yer almaktadır. İkinci sırada ise, velâyet ve vesayet nedeniyle malları borçlunun idaresine bırakılan kimselerin bu ilişki nedeniyle doğmuş olan tüm alacakları yer almaktadır. Üçüncü sırada ise, özel kanunlarında imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklar yer almaktadır.

Vergi alacağından kastedilen ise ortaklığın tahakkuk etmiş borçları ve tasfiye beyannamelerine göre hesaplanan vergilerdir.²⁹ Tahakkuk etmiş vergi borçları açısından konu itibarıyla herhangi bir sınırlama olmaksızın³⁰ tasfiye memurunun sorumluluğu öngörülmüştür; meğer ki, tasfiye memuru tarafından şirketin tahakkuk etmiş olan vergileri ile tasfiye beyannamelerine göre hesaplanan vergiler ve diğer itirazlı kayıtlar için karşılık ayrılmadan bir sonraki sıradaki alacaklılara paylaşırma yapılmış olsun.

Sonuç itibarıyla, birleşilen şirketin vergi ödevleri aşağıdaki gibi olup bu ödevler vergi sorumluluğu³¹ kapsamında değerlendirilebilecektir.

2. Birleşilen Şirketin Vergi Sorumluluğu

Birleşilen şirketin vergi sorumluluğundan söz edebilmek için vergiyi doğuran olayın bileşen şirkette gerçekleştiği bir vergiye ilişkin şekli ve/veya maddi birtakım ödevlerin birleşilen şirkete yüklenmiş olması gerekir. Bu ödevler aşağıdaki şekildedir:

a. Birleşme Kârının Beyan Edilmesi

Birleşen kurumun hesap dönemi başından, birleşme döneminin başlangıç tarihine kadar geçen süreyi kapsayan kıst dönem kurum kazancının, KVK'nın 14. maddesi gereğince beyan edilmesi gerekmektedir.

Vergili birleşme olarak da adlandırılan bu birleşme türünde, birleşen şirket açısından tasfiye söz konusu olacağından beyanname, KVK'nın 17. maddesinin 2. fıkrasına göre tasfiye memurları tarafından verilir. Buna paralel olarak da, KVK'nın, tasfiye memurlarına düşen sorumluluk ve ödevlerin, birleşme halinde birleşilen kuruma ait olacağına düzenlendiği 18. maddesinin 3. fıkrasının atfî sebebiyle beyanname verme ödevinin de birleşilen kuruma ait olacağı sonucu çıkarılabilecektir. Nitekim aksi yönde değerlendirmeler olsa da³², öğretide

²⁹ EŞGİN, Osman, **Ortaklıklarda Tasfiye İşlemlerinin Türk Vergi Sistemi Açısından Değerlendirilmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.183.

³⁰ KVK'nın 17. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenen sorumluluğun kapsamı ile ilgili vergi türlerine ilişkin bir sınırlama yapılmamıştır. Kurumun tahakkuk etmiş bütün vergi borçlarına ilişkin yukarıda bahsedilen sıraya uyulmadan yapılan paylaşırma neticesinde tasfiye memurunun sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

³¹ Bu husus birleşilen şirket açısından vergi sorumluluğu olarak nitelendirilebilecektir; zira vergiyi doğuran olay birleşen şirketin kişiliğinde gerçekleşmiş olmakla birlikte, vergisel yükümlülükleri yerine getirmesi gereken birleşilen şirkettir. Dolayısıyla, vergi sorumluluğuna ilişkin, vergiyi doğuran olay kendi kişiliğinde gerçekleşmemiş olma koşulu sağlanmaktadır.

³² Bu sorumluluğun "Kanuni Temsilcilerin Ödevi" başlıklı VUK'un 10'uncu maddesinden kaynaklanmakta olduğu, söz konusu maddede yer alan sorumluluğun tasfiye memurlarıyla da ilgili olduğu ve bu sorumluluğun KVK'nun 18'inci maddesi gereği birleşilen şirkete yüklenemeyeceği yönündeki görüş için bkz. ALTAY, 2009, s.87.

birçok görüş de birleşme beyannamesinin birleşilen kurum tarafından verilmesi gerektiği yönündedir.³³

Beyan ödevi birleşilen şirkete atfedildiği takdirde, birleşilen şirketin şekli vergi sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilir. Zira vergi sorumluluğu, mükellefin hem şekli hem de maddi ödevlerine ilişkin olabilir.³⁴ Burada da beyan yükümlülüğü birleşilen şirketin vergi sorumluluğu olarak ortaya çıkacaktır.

b. Birleşme Öncesi Dönemlere Ait, Birleşmeden Sonra Verilmesi Gereken Beyannamelerin Verilmesi

Birleşilen şirketin, birleşmenin gerçekleşmesinden önceki dönemlerle ilgili olup, bundan sonra verilmesi gereken beyannameleri verme sorumluluğu da birleşilen şirkete aittir.³⁵ Bu beyannamelerin verilmesi, birleşme kârının beyanından sonraya bırakılmaz. Bu beyannamelerin zamanında verilmemesi halinde ortaya çıkabilecek olan cezalardan da birleşilen şirket sorumlu olacaktır.³⁶ Hiç şüphesiz bu durum da birleşilen şirketin şekli vergi sorumluluğu olarak değerlendirilebilecektir.

c. Birleşme Kârı Üzerinden Tarh Edilecek Verginin Ödenmesi³⁷

Bu maddi ödevin vergi sorumluluğu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği açısından vergiyi doğuran olay kendi şahsında gerçekleşmiş olan şirketin birleşen şirket mi yoksa birleşilen şirket mi olduğu tartışılabilir. Birleşen şirket, bu birleşme işlemi olmasaydı ve tasfiye edilecek olsaydı da ortaya çıkacak olan kâr sebebiyle vergi ödemek durumunda kalacaktı. Nitekim birleşme durumunda, birleşme sebebiyle infisah eden şirketlerin birleşme kârı için tasfiye hükümlerine atıf yapılmıştır (KVK m.18/2). Tasfiye kârı da, tasfiye döneminin sonundaki servet değeri ile tasfiye döneminin başındaki servet değeri arasındaki olumlu farktır (KVK m.17/4). Birleşilen şirketin birleşme kârı üzerinden tarh edilecek vergiyi ödemesi, yukarıdaki açıklamalar ışığında vergi sorumluluğu olarak nitelendirilebilecektir.

³³ Beyanname Düzenleme Kılavuzu, s.385; KAVAK, Ahmet, **Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2009, s. 158; GÖKTUNA, **2013**, s. 186-187; KIZILOĞLU, Şükrü, **Kurumlar Vergisi Kanunu Şerhi ve Uygulaması**, Cilt II, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2000, s. 2354; NAZALI, Ersin, **Vergisel ve Yeni TTK Yönüyle Anonim ve Limited Şirketlerde Tasfiye, Devir, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişimi İşlemleri**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, 4. Baskı, İstanbul, 2015, s.113; ÖZBALCI, Yılmaz, **Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamalar**, Oluş Yayıncılık, Ankara 2012, s.546; YALTI, **1987**, s.201.

³⁴ ÖNCEL, **1983**, s.41.

³⁵ ÖZBALCI, **2012**, s.546.; GÖKTUNA, **2013**, s.187.; KIZILOĞLU, **2000**, s.2354, 2355. YALTI, **1987**, s.201.

³⁶ NAZALI, **2015**, s.113.

³⁷ Beyanname Düzenleme Kılavuzu, s.385.

d. Tahakkuk etmiş vergiler ve itirazlı tarhiyatlar için karşılık ayrılması (KVK m.18/3, KVK m.17/7)

Birleşme halinde, birleşilen şirketin sorumluluğu tayin edilirken, tasfiye memurları için KVK'nın 17. maddesinde öngörülmüş olan sorumluluk hükümlerinin uygulanacağına yukarıda değinilmişti. Buna göre, birleşilen şirket, birleşen şirketin tahakkuk etmiş vergileri ile tasfiye beyannamelerine göre hesaplanan vergiler ve itirazlı tarhiyatlar için uygun bir karşılık ayırmakla yükümlüdür. Eğer sayılan değerler açısından karşılık ayrılmadan başka alacaklılara ödeme veya paylaşırma yapılırsa, söz konusu vergilerin asıl ve zamları ile cezalarının ödenmesinden birleşilen şirket sorumlu olacaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki, karşılık ayırmadan belli nitelikteki alacaklılara ödeme yapmaktan doğan sorumluluk iflas suretiyle yapılan tasfiyelere özgüdür. Birleşmede iflas yolu ile tasfiye söz konusu olmayacağı için bu açıdan bir sorumluluk da yüklenemeyecektir.³⁸ Bu nedenle birleşilen kurumun ödev ve sorumlulukları, itirazlı tarhiyat için karşılık ayrılması ve tahakkuk etmiş vergilerin ödenmesinden doğan sorumluluktur.³⁹

Birleşilen şirketin birleşen şirkete ait tahakkuk etmiş olan vergilerin ödenmesinden doğan sorumluluğun (vergili birleşmede) vergi sorumluluğu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususuna burada detaylı olarak değinmek gerekir.

Kanaatimizce, birleşilen şirketin tahakkuk etmiş olan vergilere ilişkin şekli ve maddi ödevlerin yerine getirilmesinden birleşilen şirketin sorumluluğunun da, vergi sorumluluğu olarak nitelendirilebilmesi gerekir.⁴⁰ Öğretide ise, birleşme (vergili birleşme) halinde, devirden (vergisiz birleşmeden) farklı olarak, vergi sorumluluğu kapsamında değerlendirilmediği görülmektedir. Şöyle ki, Öncel'in "*Vergi Hukuku Açısından Sorumluluk*" başlıklı makalesindeki vergi sorumluluğu halleri değerlendirilirken, "*külli halefiyette mirasçuların ve teşebbüslerin küll olarak devrinde devralan teşebbüsün durumu*" başlığı altında yapılan incelemede, 5422 sayılı KVK'nın sadece vergisiz birleşmelerin düzenlendiği

³⁸ ÖZBALCI, 2012, s.547

³⁹ GÖKTUNA, 2013, s. 187; KIZILOĞLU, 2000, s.2356

⁴⁰ İtirazlı tarhiyatlar için karşılık ayırmak da vergi sorumluluğu olarak nitelendirilmelidir. Nitekim vergi sorumluluğu açısından mutlaka tahakkuk etmiş olan bir vergisinin ödenmesinden doğan sorumluluk olması gerekmez, önemli olan vergiyi doğuran olayın bir başkasının kişiliğinde gerçekleşmiş olan vergiye ilişkin şekli ve/veya maddi ödevlerden sorumluluktur.

maddelere (37-39) atıf yapılmıştır. 5422 sayılı KVK'nın vergili birleşmeleri düzenleyen 36. maddesine değinilmemiştir.⁴¹

Tuncer ve Şanver'in "*Vergi Mükellefiyeti, Vergi Borcu ve Vergi Mesuliyeti*" isimli eserinde vergi halefiyeti grubunda mirasçılar ve devir halini ele alan; tasfiye durumunu ise bu kapsamda değerlendirmeyen de Prof. Blumenstein'in gruplandırmasından söz etmiştir.⁴²

Benzer şekilde, Karakoç, vergi sorumluluğu hallerini incelerken, birleşilen kurumun, birleşen kurumun tahakkuk etmiş veya edecek vergi borçlarını ödemeyi taahhüt etmesinden bahisle vergisiz birleşmeleri vergi sorumluluğu kapsamında değerlendirmiştir. Yazar, "*bir teşebbüsü küll olarak devralan teşebbüsün sorumluluğu*" başlığı altında, sadece sermaye şirketlerinin vergisiz birleşmelerinde külli halefiyete benzer bir durumun söz konusu olduğundan söz etmiş⁴³ ve vergili birleşmeleri vergi sorumluluğunun kapsamı dışında bırakmıştır.

Karayalçın ise, "*Bilanço Hukuku*" isimli eserinde sermaye şirketlerinin birleşmesinde TTK'nın öngördüğü düzen ile KVK'nın öngördüğü düzenin külli halefiyetin öngörülmesi açısından farklı olduğunu belirtmiştir.⁴⁴ TTK'da külli halefiyet birleşmenin sonucu olarak öngörülmüş olmakla birlikte, KVK'da birleşmede (vergili birleşmede) külli halefiyetin söz konusu olmadığı yönünde değerlendirme yapılmıştır.

Bilici ise, şirketlerin devredilmesi durumunda birleşen şirketin vergi borçlarından sorumluluğunun birleşilen şirkete geçeceğini, vergisiz birleşmelere ilişkin olan KVK'nın 20. maddesine atıf yapmak suretiyle belirtmiştir.⁴⁵

Gerçekten de, aşağıda incelenecek olan KVK'nın "devir" olarak nitelendirdiği vergisiz birleşmelerin düzenlendiği 19. maddede, hangi birleşmelerin vergisiz olacağı belirlenirken, birleşen şirketin birleşilen şirket tarafından "bir bütün halinde" devralınmasından söz edilmektedir. Benzer şekilde, 5422 sayılı eski KVK'da da "bir küll halinde" ifadesi yer almaktaydı. Böyle bir ifade, KVK'nın "vergili birleşmeler" in düzenlendiği 19. maddesinde yer almadığı gibi, 5422 sayılı KVK'nın da 36. maddesinde yer almamaktadır. Bu açıdan

⁴¹ ÖNCEL, 1983, s.48-49.

⁴² Bir yandan da bu ayrımı suni kalması nedeniyle eleştirmektedir. TUNCER Selahattin / ŞANVER Salih, "Vergi Mükellefiyeti – Vergi Borcu – Vergi Mesuliyeti", **İktisat ve Maliye Dergisi**, Cilt V, 1959, (s.525-537), s.536.

⁴³ KARAKOÇ, Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.231.

⁴⁴ KARAYALÇIN, 1979, s.123, dn.19.

⁴⁵ BİLİCİ, 2019, s.48, dn.84.

değerlendirildiğinde, TTK'daki külli halefiyet maddesine rağmen, vergisiz birleşmelerden farklı olarak, vergili birleşmelerde külli halefiyetin vergi borcu ilişkisini kapsamadığını söylemek mümkün olabilecek midir?

Vergi borcu ilişkisi açısından külli halefiyet ilkesinin uygulanmayacağı⁴⁶, Kanun'un lafzı sebebiyle (TTK'da öngörülmüş olan külli halefiyet ilkesine rağmen, KVK'nın 18. maddesinde düzenlenmemesinin bilinçli susma olarak değerlendirilmesi neticesinde) savunulabilse de, vergili birleşmelerde Kanun, tasfiye memurlarının sorumluluğuna atıf yapmıştır ve tasfiye memurları da kurumun tahakkuk etmiş vergileri için karşılık ayrılmasından sorumlu tutulmuşlardır. Buna paralel olarak da birleşilen şirket, birleşen şirketin tahakkuk etmiş olan vergilerinin ödenmesinden sorumlu olacaktır. Vergi sorumluluğundan söz edebilmek için mutlaka külli halefiyetin öngörülmüş olmasına da gerek yoktur. Halefiyet, vergi sorumlusu açısından vergi sorumluluğuna göre daha fazla koruma sağlar. Dolayısıyla vergili birleşmelerde külli halefiyet ilkesinin uygulanmayacağı savunulsa bile, bu durum, birleşilen şirketin vergi sorumlusu sıfatını haiz olmasını engellemeyecektir. Kanaatimizce tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçları açısından vergili birleşmelerde ve vergisiz birleşmelerde aynı sonuca varmak gerekir.⁴⁷ Dolayısıyla, vergili birleşmelerde de vergisiz birleşmede olduğu gibi birleşilen şirketin, birleşen şirketin tahakkuk etmiş vergi borçları sebebiyle vergi sorumluluğunun olduğu ifade edilebilir.

e. Birleşme İşleminin Vergi Kanunları Yönünden İncelenmesinin Talep Edilmesi (KVK m.17/8)

Birleşme halinde, birleşilen şirketin birleşme kârının beyanı ile birlikte, birleşme muamelesinin vergi bakımından incelenmesini talep etmesi gerekecektir. Bu şekli ödev de yine birleşilen kuruma aittir ve vergi sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilecektir.

3. Birleşme Öncesi Döneme İlişkin Sorumluluk

Birleşme halinde, KVK'nın 18. maddesinin atfı ile KVK'nın 17. maddesinde tasfiye memurları için öngörülen sorumluluk, birleşilen şirket için de söz konusu olacaktır. Bu sorumluluğun kapsamı ise, yukarıda açıklanmıştır. Birleşen kurumun tahakkuk etmiş vergi borçları açısından birleşilen kurumun sorumlu olduğunda bir şüphe yoktur. Bununla birlikte,

⁴⁶ Burada olsa olsa vergi borcu ilişkisi açısından külli halefiyet ilkesinin uygulanmayacağı ifade edilebilir. Yoksa TTK'daki külli halefiyet ilkesinin KVK 18 nedeniyle geçerli olmayacağını söylemek mümkün değildir.

⁴⁷ Ancak birleşme öncesi döneme ilişkin sorumluluğun tespiti açısından aşağıda tekrar bir değerlendirme yapılacaktır. Nitekim bu halde, tahakkuk etmiş borçlarda olduğu gibi kanunda öngörülmüş açık bir düzenleme yoktur ve külli halefiyet ilkesinin varlığına göre sonuç değişecektir.

birleşmenin gerçekleşmesinden önce yerine getirilmiş olması gereken vergi ödevlerinin yerine getirilmemesinden doğan sorumluluk, yukarıda açıklanan kapsamda yer almamaktadır.⁴⁸ Birleşilen kurumun bu borçlardan sorumlu olup olmadığına ilişkin doğrudan bir düzenleme olmamakta birlikte, birleşme öncesindeki dönemlere ait vergi ödevlerinin yerine getirilmemesinden doğan sorumluluğun o dönemdeki kanuni temsilciye ait olduğuna ilişkin VUK'un 10. maddesinin 4. fıkrasında açık bir düzenleme bulunmaktadır.

Her ne kadar birleşme öncesi döneme ilişkin sorumluluk açısından birleşilen şirketin değil, kanuni temsilcinin sorumlu olması gerektiği yönünde konu net gibi gözükse de külli halefiyet ilkesinin varlığını kabul edersek, bu ilke karşısında, birleşmeden önceki dönemlere ilişkin vergisel yükümlülüklerden neden birleşilen şirketin sorumlu tutulmaması gerektiğinin ve aşağıda ortaya konan diğer sorunların açıklanması gerekir. Bu nedenle, söz konusu vergi ödevlerinin yerine getirilmemesi durumundaki sorumluluk açısından da ayrıca bir değerlendirme yapmak uygun olacaktır.

Acaba kanun koyucu birleşme halinde birleşilen şirketin sorumluluğunu tasfiye memurlarının sorumluluğuna atıf yapmak suretiyle düzenlerken, birleşilen şirketin sorumluluğunu külli halefiyet ilkesine istisna teşkil edecek şekilde sınırlandırmak mı istemiştir, bir başka ifade ile KVK'da getirdiği düzende birleşmeden önceki vergi ödevlerinin yerine getirilmemesinden doğacak olan sorumluluğu özel hükümde düzenlemeyerek bilinçli olarak susmuş mudur⁴⁹ yoksa birleşmeden önceki vergi ödevlerinin yerine getirilmemesi halinde TTK'da açıkça getirilen külli halefiyet ilkesinin varlığına dayanarak ayrıca düzenleme gereği mi duymamıştır? Bununla beraber, VUK'un 10. maddesine rağmen bilinçli susmadan bahsedilebilir mi? Yoksa külli halefiyet ilkesi vergili birleşmeler için vergi borcu ilişkisini kapsamamakta mıdır?

Bu noktada belirtmek gerekir ki, külli halefiyetin öngörülüp öngörülmediğinin cevabı sadece birleşme öncesi vergi borçlarından sorumluluğun muhatabının belirlenmesi açısından değil; vergi borcu ilişkisinden doğan hakların da kullanımını açısından önem taşır. Zira külli halefiyet ilkesinin kabulü ile birleşilen şirket, vergi sorumluluğundan daha geniş yetkiler elde

⁴⁸ Vergileme ile ilgili ödevlerinden zamanında yerine getirilmemiş olmasından doğan sorumluluk bakımından açıklık olmamakla birlikte tasfiye memurunun sorumlu tutulmaması gerektiği hakkında bkz. ÖZBALCI, 2012, s.489.

⁴⁹ Bilinçli susma hallerinde kanun, meseleyi olumsuz bir şekilde çözmüştür. Bu durumda ortada bir kanun boşluğu bulunmadığından, hâkim tarafından boşluk doldurma faaliyeti değil, anılan kanun hükmünün zıt anlamı itibarıyla uygulanması söz konusu olacaktır. (OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, 24. Baskı, İstanbul, 2018, s.97, par.327.)

etmektedir. Nitekim külli halefiyet ile birlikte doğrudan birleşen şirketle vergi idaresi arasındaki ilişkinin, birleşen şirketin yerine geçmek suretiyle tarafı haline gelmektedir.

Kanaatimizce, kanun koyucunun amacı KVK'nın 17. maddesine atıf yapmak suretiyle birleşilen şirketin sorumluluğunu sınırlandırmaktansa, tasfiye döneminin özelliği gereği tereddüt yaratabilecek nitelikteki bazı ödevlerin yerine getirilmesini güvence altına almak için özellikle düzenlemektir. Bununla bağlantılı olarak, aşağıda incelenecek olan diğer bir birleşme türü olan devir (vergisiz birleşme) halinde, tasfiye söz konusu olmadığından, bu tür bir düzenlemeye, devralan şirketin sorumluluğu kapsamında yer verilmemiştir. Kaldı ki, bu tartışmayı bir yönü ile geri planda bırakabilecek nitelikte, doğrudan bu konuya ilişkin başka bir kanun hükmü bulunmaktadır.

Şöyle ki, birleşmenin gerçekleştirilmesinden önce yerine getirilmiş olması gereken herhangi bir vergi ödevi olup da bu ödev yerine getirilmemişse bundan kimin sorumlu olacağına ilişkin VUK'un 10. maddesi bir düzenleme getirmektedir. “*Kanuni temsilcilerin ödevi*” başlığını taşıyan VUK'un 10. maddesi kanuni temsilcilerin sorumluluğunu düzenlemektedir. Kanun'un 10. maddesinin 4. fıkrasına göre, tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını da kaldırmaz. Bu konuyla ilgili biraz daha detaylı düzenleme getiren, VUK'un 10. maddesinin 5. fıkrası ise yakın zamanda VUK kapsamına alınmış olmakla birlikte aslında uzunca bir süredir KVK'nın 17. maddesinin kaldırılan 9. fıkrasında⁵⁰ yer almaktaydı.⁵¹

⁵⁰ Danıştay 17. maddenin 9. fıkrası ile ilgili birçok kararında, söz konusu hüküm 2009'da yürürlüğe girdiği için bu tarihten önceki dönemlerdeki yükümlülüklerle ilişkin tüzel kişiliği sona eren şirketin kanuni temsilcisi adına yapılacak tarhiyatın, vergi hukukunda geriye yürümezlik ve verginin yasallığı ilkelerine aykırı olduğundan yapılan tarhiyatı hukuka uygun bulmamıştır. T.C. Danıştay 9.D, 2013/12003, K.2016/2725, T.13.04.2016 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>); T.C. Danıştay 3. D, 2012/1761, K.2015/3576, T.25.05.2015 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>); T.C. Danıştay VDDGK, E.2014/523, K.2014/823, T.1.10.2014 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>); T.C. Danıştay 9. D., E.2013/11310, K.2013/12989, T.26.12.2013 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>); T.C. Danıştay 9. D., E.2010/10149, K.2013/4858, T.20.05.2013 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>).

⁵¹ Bu hüküm, 03.07.2009 tarihli 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 6. maddesi ile eklenmişti. Söz konusu düzenleme şu şekildeydi: “*Tasfiye edilerek tüzel kişiliği ticaret sicilinden silinmiş olan mükelleflerin tasfiye öncesi ve tasfiye dönemlerine ilişkin olarak salınacak her türlü vergi tarhiyatı ve kesilecek cezalar, müteselsilen sorumlu olmak üzere; tasfiye öncesi dönemler için kanuni temsilcilerden, tasfiye dönemi için ise tasfiye memurlarından herhangi biri adına yapılır. Limited şirket ortakları, tasfiye öncesi dönemlerle ilgili bu kapsamda doğacak amme alacaklarından şirkete koydukları sermaye hisseleri oranında sorumlu olurlar. Şu kadar ki, bu fıkra uyarınca tasfiye memurlarının sorumluluğu, tasfiye sonucu dağıtılan tutarla sınırlıdır.*” Kanun'un gerekçesinde ilgili düzenlemenin “*limited şirket ortakları ve tasfiye memurlarının sorumluluklarına açıklık getirilmesi amacıyla*” getirildiği ifade edilmişti. Ancak daha sonra bu hüküm 7103 sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile mülga edilmiştir. Mülga edilen hüküm benzer şekilde yine 7103 sayılı Kanun ile 21.03.2018 tarihinde VUK'un “kanuni temsilcilerin

Söz konusu hükme göre, tasfiye döneminde kanuni temsilci sıfatıyla vergi ödevlerini yerine getirmekle tasfiye memuru sorumlu iken birleşmenin gerçekleşmesinden önce yerine getirilmiş olması gereken vergi ödevlerinden de ilgili dönemdeki kanuni temsilci sorumlu olacaktır.⁵²

Kanuni temsilcinin sorumlu tutulabilmesi için belli şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu durum, VUK'un 10. maddesinin 2. fıkrasından anlaşılmaktadır. İlgili hükümde, kanuni temsilcilerin ödevlerini yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacakların, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınacağı düzenlenmiştir. Kanuni temsilcinin malvarlığına gidebilmek için sağlanması gereken kümülatif koşullar birlikte var olmadıkça, vergi mükelleflerinin veya sorumlularının vergi borçlarından dolayı bunların kanuni temsilcilerinin takip edilmelerine olanak yoktur.⁵³ Bu koşullardan ilki, vergi alacaklarının vergi mükellefi veya sorumlusunun malvarlığından tamamen veya kısmen alınamamış olmasıdır. İkinci koşul, vergi alacağının tamamen veya kısmen asıl borçlunun malvarlığından tahsil edilememiş olmasının sebebi kanuni temsilcilerin vergi ile ilgili

ödevi" başlıklı 10. maddesinin 5 fıkrasının konusu haline getirilmiştir. 7103 sayılı Kanun ile ilgili düzenlemenin KVK kapsamından çıkartılıp VUK kapsamına sokulmasının gerekçesi özel olarak açıklanmamıştır ancak yapılan değişikliklerin gerekçesi 533 sıra sayılı komisyon raporunda genel olarak açıklanmıştır. Buna göre, değişikliğin "*Kanun tasarisinin 6-15. maddelerinde 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun çeşitli maddelerinde değişikliğe gidilerek vergi tabanının genişletilmesi, çeşitli konularda ihtilafların, belirsizliklerin giderilmesi... amaçlı*" olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu fıkranın VUK'un 10. maddesinin kapsamına sokulmasının yerinde olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki, tüzel kişilerde vergi ile ilgili yükümlükleri kanuni temsilcileri aracılığı ile yerine getirmektedirler; tasfiyeye giren şirketlerde de kanuni temsilci tasfiye memurudur ve vergisel yükümlülükler tasfiye memuru aracılığı ile yerine getirilir. İlgili madde de sadece tasfiye memurlarını değil; kanuni temsilcileri de ilgilendiren genel nitelikli bir düzenlemedir. Dolayısıyla bu düzenlemenin bu konu açısından KVK yerine daha genel nitelikli bir kanun olan VUK'da doğrudan kanuni temsilcilerle ilgili olan madde içeriğinde düzenlenmiş olması daha isabetli olduğu görüşündeyiz. Ancak içerik itibarıyla özellikle de öngördüğü müteselsil sorumluluk esasından ciddi anlamda eleştiriye açık bir düzenlemedir

⁵² "*Birleşilen kurumun birleşen kurumun vergi borcuna ilişkin sorumluluğu tahakkuk etmiş vergiler açısından geçerlidir. Birleşen kurumun birleşme öncesindeki dönemlere ait vergi ödevlerinin yerine getirilmemesinden doğan sorumluluk, gerekli diğer şartların da sağlanması halinde o dönemdeki kanuni temsilciye ait olacaktır.*" GÖKTUNA, **2013**, s.187.; Bu görüşün aksine birleşmenin gerçekleşmesinden önceki dönemleri ilgilendiren ve birleşmenin gerçekleşmesinden önce yerine getirilmesi gereken ödevlerin yerine getirilmesinden, kurum infisah ettiğinden ve kanun bu dönemdeki sorumluluk için tasfiye memurlarına ilişkin hükümlere atıf yaptığından birleşilen şirketin sorumlu olması gerektiği; birleşen şirket ticaret sicilinden silindiğinden birleşme öncesi dönemler için birleşen kurum hakkında bir tarhiyat yapılmasının gerekmesi durumunda bu tarhiyatın, birleşilen şirket adına yapılması gerektiği; bu tarhiyatın her ne kadar infisah eden kurumun sorumluluğunda da olsa hukuken olmayan bir kurum adına işlem yapılamayacağı için tüm işlemlerin birleşilen kurum adına yapılması gerektiği ile ilgili olarak bkz. NAZALI, **2015**, s.113.

⁵³ CANDAN, Turgut, **Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Alacaklardan Sorumluluğu**, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s.94.

ödevlerini yerine getirmemiş olmasıdır. Üçüncü koşul ise bu ödevlerin yerine getirilmemesinin kanuni temsilcinin kusurlu davranışından kaynaklanmış olmasıdır.⁵⁴

Kanuni temsilcinin sorumluluğuna gitmek için aranılan ilk koşulu incelerken- ki bu koşul, vergi alacağının tamamen veya kısmen vergi mükellefinin veya vergi sorumlusunun malvarlığından alınamamış olmasıdır- birleşilen şirketin mi yoksa birleşen şirketin mi malvarlığının esas alınacağı sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Öğretideki hâkim görüşe göre, birleşmenin gerçekleşmesinden önce yerine getirilmiş olması gereken vergileme ödevlerinin yerine getirilmemiş olmasının sorumluluğu birleşilen kuruma yükletilemez.⁵⁵ Ancak bu görüş karşısında da, yukarıda belirttiğimiz üzere, külli halefiyet ilkesine rağmen⁵⁶, birleşmeden önceki dönemlere ilişkin vergisel yükümlülüklerden neden birleşilen şirketin sorumlu tutulmaması gerektiğinin açıklanması gerekir.

Kanuni temsilcinin sorumluluğu ile ilgili ilk koşulun sağlanıp sağlanmadığını incelerken⁵⁷, külli halefiyet ilkesi önem taşımaktadır. Öyle ki, ilk koşul, vergi alacağının tamamen veya kısmen vergi mükellefinin veya vergi sorumlusunun malvarlığından alınamamış olmasıdır. Bu noktada birleşilen şirketin mi yoksa birleşen şirketin mi malvarlığının öncelikle incelenmesi gerektiğinin cevabı külli halefiyet ilkesinin varlığına göre değişebilecektir. Bu noktada iki ihtimalin değerlendirilmesi gerekir:

Birincisi, eğer birleşme öncesinde yerine getirilmesi gereken ancak getirilmemiş bir vergi ödevi varsa, külli halefiyet ilkesi ile birlikte, bunlardan doğan sorumluluğun, önceki şirketin devamı niteliğinde olan, birleşilen şirkete ait olduğu ifade edilebilecektir. Dolayısıyla kanuni temsilcinin sorumluluğuna gitmeden önce birleşilen şirketin malvarlığından söz konusu alacağın tamamen ya da kısmen tahsiline imkân olup olmadığının incelenmesi gerekecektir.

⁵⁴ CANDAN, 2006, s.95.

⁵⁵ ÖZBALCI, 2012, s.548, KIZILOĞLU, 2000, s.2357, GÖKTUNA, 2013, s.187.

⁵⁶ Külli halefiyetin varlığını kabul ettiğimizi varsayarsak.

⁵⁷ Eklenen 5. fıkra, tasfiye edilerek tüzel kişiliği ticaret sicilinden silinmiş olan mükelleflerin, tasfiye öncesi ve tasfiye dönemlerine ilişkin her türlü vergi tarhiyatı ve ceza kesme işleminin, müteselsilen sorumlu olmak üzere, tasfiye öncesi dönemler için kanuni temsilcilerden, tasfiye dönemi için tasfiye memurlarından herhangi biri adına yapılacağını düzenlemektedir. Ticaret sicilinden silinmiş şirketlerle ilgili olarak eğer birleşme işlemi öncesinde yerine getirilmiş olması gereken vergi ödevleri yerine getirilmemişse doğrudan o dönemki kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilecek midir yoksa her şekilde yukarıda sayılan koşulları aramak gerekecek midir sorusu karşısında yukarıda sayılmış olan koşulların aranmaması için geçerli bir neden bulunmadığı söylenebilir. Bu nedenle de şirketin ticaret sicilinden silinmiş olması durumunda daha sonra sona eren şirketin malvarlığından alınamamış bir vergi borcunun ortaya çıkması halinde kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi için kanuni temsilcinin o dönemki vergi ödevlerini gereği gibi yerine getirmemiş olması ve kusurlu olması şartları da aranacaktır.

İkinci ihtimalde, yine diğer şartların da gerçekleşmesiyle ilgili dönemdeki kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilecektir fakat bu durumda külli halefiyet ilkesinden ve söz konusu borçların birleşilen şirkete geçmesinden bağımsız olarak, birleşen şirket sona ermiş olduğu için⁵⁸ bu borcun ondan kısmen veya tamamen tahsiline imkân kalmadığından kanuni temsilciye başvurulacaktır. Nitekim, VUK'un 10. maddesinin 4. fıkrası tüzel kişilerin tasfiye edilmiş olmalarının kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını kaldırmayacağını düzenlemiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, külli halefiyet ilkesinin vergi borcu ilişkisini de kapsayıp kapsamadığı iki açıdan önem taşır; bunlardan birincisi birleşen şirkete ait hakların da intikali açısından, ikincisi de kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilmeden önce birleşen mi birleşilen şirketin mi malvarlığına başvurulacağına tespiti açısından.

TTK'da açıkça öngörülmüş olan külli halefiyet ilkesinin vergi hukukundaki etkisini açıklayabilmek için, vergi hukuku özel hukuk ilişkileri kapsamında değerlendirme yapmak gerekir. Vergi hukuku ve özel hukuk ilişkilerinde genellikle üç durumla karşılaşılır; bunlardan ilki, vergi hukukunun özel hukuka açıkça atıf yapması halidir. Bu durumda özel hukuk kaideleri tamamen vergi hukuku alanında da uygulama alanı bulur.⁵⁹ İkinci hal ise, vergi hukukunun özel hukuka zımnen atıf yapması ya da hiç yapmaması halidir.⁶⁰ Vergi hukuku ve özel hukuk ilişkilerinde tartışma yaratan durum genellikle budur; bir hususun özel hukukta düzenlenip vergi hukukunda düzenlenmediği ve vergi hukuku alanında söz konusu meselenin tereddütlü olması halidir. Üçüncü durumda da vergi hukuku özel hukuktan açıkça ayrılan bir düzenleme getirmesi halidir.⁶¹

⁵⁸ İdarenin tasfiye edilmiş, dolayısıyla tüzel kişiliği ortadan kalmış şirketlerin tasfiye döneminden önceki borçları için tarhiyat yaptığı görülmektedir. Bir başka ifade ile, tüzel kişiliği olmayan topluluklar hakkında bunların hak ehliyeti bulunmamasına rağmen idari işlem tesis edilmektedir. Bununla birlikte, böyle bir tarhiyata karşı açılacak davada tüzel kişiliği bulunmaması sebebiyle davada taraf ehliyetinin de olamayacağından bahisle Danıştay'ın davayı reddettiği kararları da bulunmaktadır. İdarenin uyguladığı yasa gereği, hakkında işlem tesis ettiği bir süreyi, tüzel kişiliği bulunmadığı gerekçesiyle yargısal korunmanın dışında bırakmak, iptal davalarıyla amaçlanan hukuka uygunluk denetiminden sapma anlamına gelecektir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. CANYAŞ, Oytun, "Vergi Yargılaması Hukukunda Ehliyet", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sayı:19, Yıl 5., s.355-414, s.366-371.; Ehliyet yönünden reddedilen kararın onandığı kararlar için bkz. T.C. Danıştay, 4. D., E. 2015/1038, K. 2016/9 T. 20.1.2016 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>); T.C. Danıştay, VDDGK, E. 2017/163, K. 2017/257, T. 26.4.2017 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>).

⁵⁹ ERGİNAY, Akif, "Vergi Hukuku ve Diğer Hukuk Branşlarıyla Münasebeti", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara 1951, Cilt. VII, Sayı. 3-4, s.670-686, s. 681.

⁶⁰ ERGİNAY, 1951, s.682.

⁶¹ Bu durum her ne kadar Erginay'ın eserinde, vergi hukukunun özel hukuku açıkça değiştirmesi olarak ifade edilmiş olsa da, özel hukuk kaidelerinin vergi hukuku alanında uygulanmasının değiştirilmesi olarak anlaşılmalıdır. Yoksa vergi hukukunun özel hukuk alanının etkileyecek bir değişiklik yapması şeklinde

Vergili birleşmelerde külli halefiyetin düzenlenmemiş olması durumunun bilinçli susma olarak değerlendirilip değerlendirilmediğine göre ikinci veya üçüncü kategoride incelenebilecektir. Çünkü bilinçli susma olduğunu düşündüğümüzde ikinci kategoride söz konusu olan belirsizlik ortadan kalkmaktadır. Eğer KVK'nın bilinçli olarak susmak suretiyle bu durumu olumsuz bir şekilde düzenlediği yorumunu yaparsak, bu durum üçüncü kategori kapsamında değerlendirilecek ve külli halefiyetin vergili birleşmeler için öngörülmediği sonucuna bizi götürecektir.

Külli halefiyetin KVK'da vergili birleşmeler için düzenlenmeyerek belirsizliğin olduğu kabul edilirse bu durum ikinci kategoride değerlendirilecektir ve bu halde iki sonuca varılabilecektir:

Birincisi, vergi hukukunun bağımsızlığı gereği vergi hukukunun özel kanun olan KVK'da vergili birleşmeler açısından külli halefiyeti düzenlememek suretiyle külli halefiyeti öngörmediği sonucudur. Nitekim Erginay'ın belirttiği üzere, İtalyan yazar Tesoro'ya göre, vergi hukuku şüphesiz özel hukuk kaidelerinden ayrılabilir, hatta bu ayrılış aynı müessese ismi altında dahi olabilir tıpkı birleşme müessesesi kapsamında olduğu gibi. Fakat böyle hukuki bir müessese iki hukuk branşı bakımından tam bir sistem dahilinde ayrılmış sayılmaz.⁶² Fransız yazar Trotabas'a göre de, vergi kanunlarının hiç atıf yapmadıkları hallerde vergi hukukunun özel hukuk kaidelerine bağlı olacağı iddiası yanlıştır.⁶³ Nitekim bu kategori kapsamında yapılmış olan açıklamalar vergi hukukuna hakim olan vergilerin yasallığı ilkesi açısından ortaya çıkabilecek herhangi bir tereddütü bertaraf edecek niteliktedir.

Yapılabilecek ikinci yorum ise, vergi hukukunun sessiz kaldığı bu durumda özel hukuk kaidelerinin uygulanması gerektiğidir. TTK'da külli halefiyet ilkesi açıkça öngörülmüştür. Bu ilke karşısında, özel hukuk ilişkilerinin tamamının tarafının birleşilen şirket olacağı noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Özel hukuk ilişkilerinin dışında, birleşen şirket ile vergi idaresi arasında vergi borcu ilişkisinden doğan hak ve yükümlülüklerin de geçeceği savunulabilir.

Kanaatimizce vergi borçları açısından, hangi borçlardan birleşilen şirketin sorumlu olacağı, tasfiye memurlarının sorumluluğunu düzenleyen KVK'nın 17. maddesine yapılan atıf

anlaşılmalıdır. KVK'nın bu hususu özel hukuk alanında değiştirdiğini veya aksini öngördüğünü iddia etmek hukukta antinominin varlığını kabul etmek anlamına gelir ki bu mümkün değildir.

⁶² ERGİNAY, 1951, 682.

⁶³ ERGİNAY, 1951, 682.

suretiyle tasfiye dönemindeki belirsizlikleri gidermek amacıyla belirlenmiştir. Madde sadece tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçları için birleşilen şirketin sorumluluğunu öngörmektedir. Bu maddenin kapsamında, birleşmeden önceki dönemlere ilişkin vergi ödevlerinin yerine getirilmemesinden doğan sorumluluk yer almamaktadır. Bu borçlardan diğer şartların da sağlanması halinde o dönemdeki kanuni temsilcinin sorumlu olacağı kabul edilmektedir.⁶⁴ Gerekli şartların sağlanması halinde ilgili dönemdeki kanuni temsilci sorumlu olacağı hususu ayrıca VUK'un 10. maddesinde de düzenlenmiştir. Kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidebilmek için de öncelikle mükelleflerin veya vergi sorumlularının malvarlığından tamamen veya kısmen söz konusu vergi ve buna bağlı alacağın alınamamış olması gerekmektedir.

Her ne kadar söz konusu dönemde temsil edilen kendisi olmadığından bu borçlardan da sorumluluğuna gidilmemesi gerektiği düşünülebilse de, TTK'da öngörüldüğü şekilde külli halefiyet ilkesinin uygulanmaması açısından herhangi bir sebep yoktur. Ayrıca, KVK'da ve VUK'da birleşilen şirketin sorumluluğu ile ilgili getirilen düzenlemeler TTK'ya göre özel nitelikli olmakla beraber külli halefiyet ilkesini ortadan kaldıracak nitelikte bir ayrık düzenleme de bulunmadığından geçmiş dönem vergi borçları için de kanuni temsilcinin sorumluluğuna gitmeden önce vergi sorumlusu sıfatıyla birleşilen şirkete başvurmanın gerekli olduğu kanaatindeyiz.

C. Devir

KVK'nın 19. ve 20. maddeleri devre ilişkindir. KVK 19'da aşağıda yazılı şartlar dahilinde gerçekleşen birleşmelerin devir hükmünde olduğu belirlenmiştir. Bu şartlardan ilki birleşme sonucunda infisah eden kurum ile birleşilen kurumun kanunî veya iş merkezlerinin Türkiye'de bulunmasıdır. Diğer bir ifade ile her iki kurumun da tam mükellef olmasıdır. İkinci şart ise, münfesi kurumun devir tarihindeki bilanço değerlerinin, birleşilen kurum tarafından bir bütün halinde devralınması ve aynen bilançosuna geçirilmesidir.

Bu koşulları sağlayan birleşmeler, devir olarak nitelendirildikten sonra KVK'nın 20. maddesinde belirlenen aşağıdaki şartlara da uyulduğu takdirde, münfesi kurumun sadece devir tarihine kadar elde ettiği kazançların vergilendirileceği; birleşmeden doğan kârların ise hesaplanıp vergilendirilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu şartlar ise, münfesi kurum (devrolunan kurum) ile birleşilen kurumun (devralan kurumun) devir tarihi itibarıyla hazırlayacakları ve müştereken imzalayacakları münfesi kuruma ait kurumlar vergisi beyannamesi ile, devir işleminin hesap döneminin kapandığı aydan kurumlar vergisi beyannamesinin verildiği ayın

⁶⁴ GÖKTUNA, 2013, s.187.

sonuna kadar geçen süre içerisinde yapılması halinde, münfesihi kurumun önceki hesap dönemine ilişkin olarak hazırlayacakları ve müştereken imzalayacakları münfesihi kuruma ait kurumlar vergisi beyannamesini, birleşmenin Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde münfesihi kurumun bağlı bulunduğu vergi dairesine vereceklerdir. Ayrıca, birleşilen kurum, münfesihi kurumun tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer ödevlerini yerine getireceğini münfesihi kurumun birleşme sebebiyle verilecek olan kurumlar vergisi beyannamesinin ekinde vereceği bir taahhütname ile taahhüt edecektir.

Burada KVK'nın 19. maddesinde önem taşıyan husus, münfesihi kurumun devir tarihindeki bilanço değerlerinin, birleşilen kurum tarafından "bir bütün halinde" – Kanun'un eski halindeki ifadesiyle "kül halinde"- devralınmasıdır. Birleşmenin devir olarak nitelendirilebilmesi için önkoşul, bir kül olarak devrin yapılmış olmasıdır. Bu koşul öncelikle sağlanmış olmalı ki, geriye kalan KVK'nın 20. maddesindeki şartların da yerine getirilmesi ile beraber birleşmeden doğan kârlar vergilendirilmesin. Maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere devir halinde külli halefiyet ilkesi öngörülmüştür. Yargı kararları da bu sonucu destekler niteliktedir.⁶⁵

KVK madde 20(b)'de birleşilen kurumun, münfesihi kurumun tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer ödevlerini yerine getireceğini münfesihi kurumun birleşme sebebiyle verilecek olan kurumlar vergisi beyannamesinin ekinde vereceği bir taahhütname ile taahhüt edeceği ve mahallin en büyük mal memurunun, bu hususta birleşilen kurumdaki ayrıca teminat isteyebileceği düzenlenmiştir.⁶⁶ Burada devrolunan şirketin vergi borçlarına ilişkin olarak idareye ek bir güvence getirilmiştir. Bu güvencenin sadece tahakkuk etmiş ve edecek kurumlar vergisi açısından sağlandığı düşünülmemelidir. Bütün vergi ve cezaları kapsayacak şekilde ele alınmalıdır. Ancak külli halefiyet ilkesinin varlığı karşısında,

⁶⁵ "...Bütün aktif ve pasifleriyle devrolunan ticaret şirketlerinin; devirden önceki döneme ilişkin olarak vermek zorunda oldukları beyannamede, yüklendikleri katma değer vergisini indirilecek vergi olarak göstermeleri kanuna uygundur. Türk Ticaret Kanunu'nun 451'inci maddesinde de, bir anonim şirketin diğer bir anonim şirket tarafından bütün aktif ve pasifleri ile birlikte devralınması "tasfiyesiz infisah" olarak kabul edilmiş olup; bu hükümler karşısında, tasfiye, devir ve birleşme gibi işlemlerin, vergiye tabi olmayı gerektiren muameleleri sona erdirmeleri nedeniyle, tasfiye edilen, devir olunan ve birleşen ticaret şirketleri açısından, "işin bırakılması" hükmünde oldukları açıktır." T.C. Danıştay 7. D.,E. 2003/2107, K. 2003/4494 T. 30.10.2003. Külli halefiyet ilkesinin önemi yukarıda da belirtildiği üzere sadece borçların intikali açısından değil; birleşilen şirkete intikal edecek haklar açısından da önem taşır.

⁶⁶ Birleşilen kurumdaki ayrıca teminat istenilebilme hakkına ilişkin düzenleme, borçlu kurumu devralmak suretiyle borçtan kurtarmayı taahhüt eden kurumun alacaklarının durumunu daha kötü bir hale sokmaması açısından getirildiği söylenebilir. Alacaklı idarenin alacağını elde etmesinde şüphe söz konusu olursa asıl borçluyu borçtan kurtarmayı vadeden borçludan yani devralan kurumdaki teminat isteme hakkı düzenlenmiştir.

birleşilen şirket zaten vergi borcu ilişkisinin tarafı haline geleceğinden bu yükümlülükleri yerine getirmek durumunda olacaktır. Dolayısıyla külli halefiyet ilkesi karşısında getirilen bu ek güvencenin önemi olmadığı söylenebilir.⁶⁷

Tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçları açısından birleşilen şirketin vergi sorumlusu olarak nitelendirilmesi mümkündür. Külli halef olan birleşilen şirket evleviyetle vergi sorumlusu olarak da nitelendirilebilecektir. Buna paralel olarak da yine külli halefiyet ilkesinin bir sonucu olarak, birleşme tarihinden önceki dönemlere ilişkin yapılacak vergi incelemeleri sonucu tarh olunacak vergilerin ve kesilecek cezaların muhatabının birleşilen kurum olması gerektiği kanaatindeyiz.⁶⁸

Vergi borcu ilişkisinin tarafı haline gelen birleşilen şirket bunun avantajlarından da faydalanacaktır. Vergi sorumluluğundan söz ettiğimiz için özellikle borçlardan söz edilmiştir ancak hemen belirtmek gerekir ki, birleşilen şirketin vergi borcu ilişkisinden doğan hakları da birleşilen şirket külli halefiyet ilkesi gereği ileri sürebilme imkanına sahip olacaktır.⁶⁹ Belli şartlara uyulması halinde birleşilen kurum, birleşen kurumların birleşme tarihi itibarıyla öz sermaye tutarını geçmeyen zararlarını kazançlarından indirebilmektedir.⁷⁰

⁶⁷ Aynı yönde bkz. “...ek bir taahhütname verilmesinin hangi çıkarları güvence altına aldığı belirsizdir.” YALTI, 1987, s. 215.

⁶⁸ Birleşme tarihinden önceki vergi dönemlere ilişkin yapılacak vergi incelemeleri sonucu tarh olunacak vergilerin ve kesilecek cezaların muhatabının ihbarname kuralı esasına göre birleşen şirket adına olması ancak düzenlenecek ihbarnamenin birleşilen şirket tüzel kişiliğine tebliğ edilmesi, vergi ve caza tahakkuk ettikten sonra yapılacak tüm işlemlerde muhatap olarak birleşilen kurumun esas alınması gerektiği ile ilgili bkz. GÜNGÖR, Serkan, “5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu Uyarınca Devir Olan Kurumlar Hakkında Geçmişe Yönelik Yapılacak Vergi İncelemelerindeki Usul ve İnceleme Sonucu Tarh Edilecek Verginin ve Kesilecek Cezanın Muhatabı”, **Mali Çözüm Dergisi ISMMMO**, Yıl 2008, Sayı:85, s.183-185.

⁶⁹ “...Ayrıca devrolan firmanın KDV iade alacağı, bu bilanço kalemini devralan şirketinize intikal edecek olup...” T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı, Konya Vergi Dairesi Başkanlığı, Mükellef Hizmetleri Gelir Grup Müdürlüğü, 24.11.2015 tarihli, 37009108-130[32.md/2015-254]-28052 Sayılı, “Şirketin devri halinde KDV iade alacağının durumu” başlıklı Özelge. (Erişim tarihi: 10.01.2019) <http://www.gib.gov.tr/sirketin-devri-halinde-kdv-iade-alacaginin-durumu>; Devralınan şirketin kurumlar vergisi borcunun devralan şirketin KDV iadesi alacağından mahsup edilmesinin mümkün olduğu hakkında bkz. T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, Mükellef Hizmetleri Gelir Grup Müdürlüğü, 26.05.2008 tarihli, KDV.MUK.B.07.1.GİB.4.34.17.01.32.4651 sayılı, “Devralınan şirketin kurumlar vergisi borcunun devralan şirketin KDV iadesi alacağından mahsup edilip edilemeyeceği” konulu Özelge; “Tasfiyesiz ifisah eden ... tarafından yüklenilen ve devir tarihine kadar indirilemeyen KDV, firmanız tarafından indirim konusu yapılabilecektir. ...nin 2010 yılında gerçekleştirdiği indirimli orana tabi işlemlerle ilgili olarak yüklenildiği ve indirim konusu yapılamayan KDV nin, firmanız tarafından iadesinin talep edilmesi mümkün bulunmaktadır.” T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı, Muğla Vergi Dairesi Başkanlığı, Mükellef Hizmetleri Gelir Grup Müdürlüğü, 05.01.2012 tarihli, B.07.1.GİB.4.48.15.01-KDV/4-3 sayılı, “Birleşme halinde indirilecek KDV” konulu Özelge. Bu konu hakkında ayrıca bkz. GÜNGÖR, 2008, s.185-186.

⁷⁰ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. GÜNGÖR, 2008, s.185.

IV. KVK İLE TTK SİSTEMİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

KVK'daki düzenlemelerden görüldüğü üzere, birleşme ile ilgili olarak “bir veya birkaç kurumun diğer bir kurumla birleşmesi” ifadesi yer almaktadır. Belli şartları taşıyan birleşmelerin de devralma olarak nitelendirilerek bu şekilde yapılan birleşme işlemlerinden doğan kârın vergilendirilmeyeceği öngörülmüştür. Halbuki TTK sistematığında birleşme, devralan şirket mevcut bir şirketse devralma şeklinde birleşme; birleşme için yeni bir şirket kurulacaksa da yeni kuruluş şeklinde birleşme olarak ikili bir ayırım yapılmıştır. Öğretide TTK'da ve KVK'da birleşmeye ilişkin düzenlemelerin birbiriyle çatışıp çatışmadığı yönünde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.⁷¹

Bir görüşe göre, KVK'daki birleşme ve devralma kavramları, TTK'daki türlerle örtüşmektedir. Bu görüşe göre, TTK'daki “yeni kuruluş şeklinde birleşme” ile KVK'daki “birleşme” özdeşlik gösterirken; TTK'daki “devralma şeklinde birleşme” ile de KVK'daki “devir” özdeştir.⁷² Bir diğer görüşe göre⁷³, TTK ve KVK açısından birleşme kavramı üst bir kavram olarak aynı şeyi ifade etmekle birlikte, devir kavramı farklılık arz eder.⁷⁴

KVK'nın 18. maddesinde herhangi bir ayırım yapılmaksızın “bir veya birkaç kurumun diğer bir kurumla birleşmesi” ifadesi yer almaktadır. Kanaatimizce, bu ifade devralma yoluyla birleşmeleri kapsadığı gibi yeni kuruluş yoluyla birleşmeleri de kapsar.⁷⁵ Dolayısıyla KVK'da bahsi geçen birleşme ile TTK'da düzenlenen birleşme ifadesi üst kavram olarak birbirlerinden farklı değildir. Her ikisi de bir veya birkaç şirketin bir diğer şirketle -yeni kurulmuş olup olmadığından bağımsız olarak- birleşmesi anlamına gelir.

Vergi hukuku, diğer hukuk dalları ile yakından ilişkili olmakla beraber, bağımsız bir hukuk dalıdır; kendine özgü ilke ve kavramları bulunmaktadır.⁷⁶ Bununla beraber hem özel hukukun hem de kamu hukukunun birçok kavramı vergi hukukunda da kullanılır ancak bu

⁷¹ Bu görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. YALTI, 1987, s.166-176.

⁷² ERGİNAY, Akif, **Vergi Hukuku, İlkeler – Vergi Tekniği Türk Vergi Sistemi**, 16. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1998, s.75.

⁷³ ÖNCEL, Mualla, **Bankaların Devir ve Birleşmelerinin Vergi Hukuku Açısından İncelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1978., s.4-5.; YALTI, 1987, s.174.

⁷⁴ YALTI, 1987, s.170.

⁷⁵ Aynı yönde bkz. “Kurumlar Vergisi Kanunu açısından da birleşmeden söz ederken, birleşmenin her iki türünün de gön önüne alınması gerekir.” KIZILOĞLU, 2000, s.2375.

⁷⁶ MUTLUER / DAYANÇ, 2014, s.17.

kavramların yorumlanmasında vergi hukukuna özgü bir değerlendirme yapılmalıdır.⁷⁷ Dolayısıyla devir kavramını da TTK'de yer aldığı şekli ile değil; vergi hukukuna özgü bir şekilde nitelendirmek gerekir.

Sonuç itibariyle, KVK'nın getirdiği düzenlemenin TTK ile çatıştığı söylenemez. KVK'da yer alan düzenlemeleri TTK'yı bütünleyecek şekilde yorumlamak gerekir. Öyle ki, TTK birleşmeyi tanımlamış; ilkelerini ve türlerini ortaya koymuştur. KVK ise, ister yeni kuruluş ister devralma şeklinde olsun belli şartları taşıyan birleşmelere belli birtakım vergisel avantajlar sağlamış ve bu birleşmeleri devir olarak nitelendirmiştir.

V. AATUHK'DE ÖNGÖRÜLEN DÜZENLEME

AATUHK'da da birleşme halinde sorumluluğa ilişkin düzenleme bulunmaktadır ve bu düzenleme TTK'daki düzenleme ile paralellik arz etmektedir. AATUHK'nın 36. maddesi tüzel kişilerin birleşmesi ile ilgili olarak külli halefiyet ilkesini açık bir şekilde öngörmektedir. Maddeye göre; iki veya daha ziyade hükmî şahsın birleşmesi halinde yeni kurulan hükmî şahıs, devir halinde devir alan hükmî şahıs, bölünme halinde bölünen hükmî şahsın varlıklarını devralan hükmî şahıslar, şekil değiştirme halinde yeni hükmî şahıs, birleşen, devir alınan, bölünen veya eski şekildeki hükmi şahıs ve şahısların yerine geçer. Bir başka ifade ile, tüzel kişilerin yeniden yapılandırma işlemlerinde yeniden yapılandırılan şirketin önceki şirketin yerine geçeceği ifade edilmiştir. AATUHK'nın 36. maddesi bütün kamu alacaklarına ilişkin tüzel kişilerin yeniden yapılandırma işlemlerinde uygulama alanı bulacaktır dolayısıyla bu maddenin kapsamı sorumluluk açısından KVK'da öngörülen düzenlemeden daha geniştir. Şirketlerin birleşmesinde sorumluluk ile ilgili olarak VUK'un 10. maddesi ile KVK'nın 17. maddesinin, AATUHK'nın 36. maddesine göre özel hüküm niteliğinde olduğunu söyleyebiliriz. Bu sebeple de vergi ve buna bağlı alacaklarda KVK'nın 17. maddesinin ve VUK'un 10. maddesinin ilgili hükümlerinin; diğer kamu alacaklarında da AATUHK'nın 36. maddesinin uygulanması gerekecektir. Burada külli halefiyet şüphesiz söz konusu olacak ve idare, önceki şirketin kamusal borçlarını sonraki şirketten talep edebilecektir.

SONUÇ

⁷⁷ “Diğer hukuk kollarının kavramları veya kuralları, vergi hukukunun kendi yapısına göre ve ona uymak üzere şekil alacak ve benimsenmiş olacaktır.” ERGİNAY, 1998, s.31.

Vergi hukukunun hem özel hukuk ile hem de kamu hukuku ile yakın ilişkili olmakla birlikte bağımsız bir hukuk dalı olması, hukukun uygulanmasında bazı sorunlara yol açmaktadır. Sorunlardan ilki KVK ve TTK'nın birleşmelere ilişkin terminoloji farklılığından kaynaklanmaktadır. Ancak, bu farklılığa rağmen KVK'nın TTK ile çatıştığı söylenemez. KVK'da yer alan düzenlemeleri TTK'yı bütünleyecek şekilde yorumlamak gerekir. Öyle ki, TTK birleşmeyi tanımlamış; ilkelerini ve türlerini ortaya koymuştur. KVK ise, ister yeni kuruluş ister devralma şeklinde olsun belli şartları taşıyan birleşmelere belli birtakım vergisel avantajlar sağlamış ve bu birleşmeleri devir olarak nitelendirmiştir.

Bir diğer sorun ise, külli halefiyet ilkesinin vergi borcu ilişkisini de kapsayıp kapsamadığı ile ilgilidir. Külli halefiyet ilkesinin vergi sorumluluğu kurumu ile ilişkisi önem taşımaktadır. KVK'nın "devir" olarak nitelendirdiği vergisiz birleşmelerde külli halefiyetin öngördüğü konusunda bir tereddüt yoktur ve vergisiz birleşmelerde aynı mirasçıların vergi sorumluluğunda olduğu gibi birleşilen şirket birleşen şirketin hem tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarını yerine getirecektir hem de birleşme tarihinden önce yerine getirilmiş olması gereken maddi ve şekli yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinden sorumlu olacaktır.

Vergili birleşmelerde ise, tahakkuk etmiş vergi borçları açısından özel hüküm bulunmaktadır. Birleşilen şirketin vergi sorumluluğu hakkında tasfiye memurlarının sorumluluğuna ilişkin doğrudan uygulama atfı bulunmaktadır. Bu hüküm ile, tahakkuk etmiş ve edecek olan vergi borçlarına ilişkin maddi ve şekli ödevlerin yerine getirilmesinden birleşilen şirket sorumlu tutulmuştur. Ancak birleşmeden önceki vergisel ödevlerin yerine getirilmemesi durumunda kimin sorumlu tutulacağı tartışmaya açıktır. Bu konuda VUK'un 10. maddesinde kanuni temsilcilerin sorumluluğunu öngören açık bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak bu sorumluluğun şartlarından biri mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen vergi veya buna bağlı alacağın alınmamasıdır. Bu noktada, külli halefiyet ilkesinin vergili birleşmeleri de kapsadığı ve vergi sorumlusu olarak öncelikle birleşilen şirketin malvarlığına başvurulması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak külli halefiyetin vergi borcu ilişkisini kapsamadığını kabul edersek, birleşilen şirket, birleşen şirketin vergi idaresi ile arasındaki borç ilişkisinin birleşen şirketin yerine geçmek suretiyle tarafı haline gelemeyecektir ve buna bağlı olarak da KVK'da öngörülen ödevler dışında kendisine başka bir sorumluluk yüklenemeyecektir.

Belli hallerde külli halefiyet ile güçlendirilmekle birlikte, her durumda birleşen şirketin vergi borcuna ilişkin maddi ve şekli ödevlerin, vergiyi doğuran olayı kendi kişiliğinde

gerçekleştirmemiş birleşilen şirketten talep edilebilmesi söz konusu olduğundan, birleşilen şirketin vergi sorumlusu olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

AKKAYA, Mustafa, “Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 46, Sayı 1-4, 1997, (s. 185-208).

AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku**, Filiz Kitapevi, 7. Baskı, İstanbul, 1993.

AL KILIÇ, Şengül, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2009.

ALTAY, A. Eren, **Şirket Birleşmeleri ve Devralmalarının Kurumlar Vergisi Yönünden İncelenmesi** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2009.

ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 24. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 2018.

BİLİCİ, Nurettin, **Vergi Hukuku**, 47. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

BOZKURT, Tamer, **Ticaret Hukuku – Cilt II, Şirketler ve Kooperatifler Hukuku**, 8. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

CANDAN, Turgut, **Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Alacaklardan Sorumluluğu**, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.

DİNÇ, Mutlu / BAHADIR, Çilem / ÜNER, Ezel, **Türk Ticaret Kanunu** (Gerekçeli-Karşılaştırmalı), 13. Baskı, Libra Mevzuat Dizisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku**, Cilt 4, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi İstanbul 2017.

ERGİNAY, Akif, **Vergi Hukuku, İlkeler – Vergi Tekniği Türk Vergi Sistemi**, 16. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1998.

ERGİNAY, Akif, “Vergi Hukuku ve Diğer Hukuk Branşlarıyla Münasebeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara 1951, Cilt. VII, Sayı. 3-4, s.670-686. (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/308/3049.pdf>)

EŞGİN, Osman, **Ortaklıklarda Tasfiye İşlemlerinin Türk Vergi Sistemi Açısından Değerlendirilmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

GERÇEK, Adnan, “Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 54, Sayı 3, 2005, s. 157-193.

GÖKTUNA, H.D. Ege, **Vergi Hukukunda Birleşme, Bölünme ve Hisse Değişimi İşlemleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.

GÜNGÖR, Serkan, “5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu Uyarınca Devir Olan Kurumlar Hakkında Geçmişe Yönelik Yapılacak Vergi İncelemelerindeki Usul ve İnceleme Sonucu Tarh Edilecek Verginin ve Kesilecek Cezanın Muhatabı”, **Mali Çözüm Dergisi ISMMMO**, Yıl 2008, Sayı:85.

KANETİ, Selim, **Vergi Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.

KARAKOÇ, Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

KARAKOÇ, Yusuf, **Genel Vergi Hukuku Ders Kitabı**, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017.

KARAYALÇIN, Yaşar, **Bilanço Hukuku, Kavramlar – İlkeler – Başlıca Sorunlar – Yeni Gelişmeler**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1979.

KAVAK, Ahmet, **Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Bölünme İşlemleri**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2009.

KILIÇOĞLU, M. Ahmet, **Türk Borçlar Kanunu’nda Kanuni Halefiyet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 448, Ankara, 1979.

KIZILOT, Şükrü, **Kurumlar Vergisi Kanunu Şerhi ve Uygulaması**, Cilt II, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2000.

Maliye Hesap Uzmanları Derneği: Beyanname Düzenleme Kılavuzu, MBHUD, İstanbul 2018. (Beyanname Düzenleme Kılavuzu)

MİMAROĞLU, Sait Kemal, **Ticaret Hukuku Cilt II**, Sevinç Matbaası, Ankara 1972.

MOROĞLU, Erdoğan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

MUTLUER, M. Kamil / DAYANÇ, N. Nilay, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

NAZALI, Ersin, **Vergisel ve Yeni TTK Yönüyle Anonim ve Limited Şirketlerde Tasfiye, Devir, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişimi İşlemleri**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, 4. Baskı, İstanbul, 2015.

OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, 24. Baskı, İstanbul, 2018.

ORTAÇ, Fevzi Rifat, Türk Vergi Hukukunda Sorumluluk, T.C. Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1990.

ÖNCEL, Mualla, “Vergi Hukuku Açısından Sorumluluk”, Prof. Dr. Fadıl Hakkı Sur’un Anısına Armağan, **AÜSBF Yayımları** No:552, Ankara 1983, s.39-55.

ÖNCEL, Mualla, **Bankaların Devir ve Birleşmelerinin Vergi Hukuku Açısından İncelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1978.

ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, 27. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

ÖNER, Erdoğan, **Vergi Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

ÖZBALCI, Yılmaz, **Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamalar**, Oluş Yayıncılık, Ankara 2012.

POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

SABAN, Nihal, **Vergi Hukukunda Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1991.

SARILI, Mustafa Ali, **Türk Vergi Hukukunda Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul 2004.

ŞENYÜZ, Doğan / YÜCE Mehmet / GERÇEK Adnan, **Türk Vergi Sistemi**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 16. Baskı, Bursa, 2019.

TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme, Kuramdan Kurala Serisi:4, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

TUNCER, Selahattin / ŞANVER, Salih, “Vergi Mükellefiyeti – Vergi Borcu – Vergi Mesuliyeti”, **İktisat ve Maliye Dergisi**, Cilt V, 1959, (s.525-537).

YALTI, Billur, **Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Sermaye Şirketlerinde Tasfiye, Birleşme, Nev'i Değişirme**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 1987.

YASAMAN, Hamdi, “Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri”, **Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt I, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

AMERİKAN CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DIŞLANMASI

THE EXCLUSION OF UNLAWFUL EVIDENCES IN AMERICAN CRIMINAL PROCEDURE LAW

Hakemli Makale
Metin KÖSE*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	161
I. DIŞLAMAYA DAYANAK TEŞKİL EDEN PRENSİPLER.....	164
II. DIŞLAMA KURALLARI	167
A. Anayasa'nın Ek 4. Maddesi Bağlamında Oluşturulan Dışlama Kuralı	168
B. Anayasa'nın Ek 5. Maddesi Bağlamında Oluşturulan Dışlama Kuralı Ve Miranda Dışlama Kuralı	173
C. Anayasa'nın Ek 6. Maddesi Bağlamında Oluşturulan Dışlama Kuralı	176
III. ZEHİRLİ AĞACIN MEYVELERİNİN DIŞLANMASI ÖĞRETİSİ	177
A. Zehirli Ağacın Meyveleri Terimi	177
B. Zehirli Ağacın Meyvelerinin Dışlanması Öğretisinin İşlevi ve Tarihi Gelişimi.....	179
C. Zehirli Ağacın Meyvelerinin Dışlanması Öğretisi ve Miranda Uyarıları	182
IV. ZEHİRLİ AĞACIN MEYVELERİNİN DIŞLANMASI ÖĞRETİSİNİN İSTİSNALARI.....	185
A. İyi Niyet İstisnası	186
B. Bağımsız Kaynak İstisnası	187
C. Zayıflama İstisnası	188
D. Kaçınılmaz Bulgu İstisnası.....	189
SONUÇ	190
KAYNAKÇA.....	191

DOI: 10.32957/hacettepehdf.496663

Makalenin Geliş Tarihi: 13.12.2018

Makalenin Kabul Tarihi: 16.05.2019

* Dr. Eposta: kosem.mkose@gmail.com

ORCID: 0000-0002-5937-933X

ÖZ

Amerikan hukukunda anayasal haklar ihlal edilerek elde edilen deliller dışlanmaktadır. Delillerin dışlanması, Anayasa'nın makul olmayan arama ve el koymalara karşı güvende olma hakkı tanıyan Ek 4. maddesi; kendisine karşı tanıklık yapmaya zorlamama hakkı tanıyan Ek 5. maddesi; ceza yargılamasında sanığa avukat yardımından yararlanma hakkı tanıyan Ek 6. maddesi bağlamında mahkeme kararlarıyla oluşturulmuş dışlama kuralları ve gözaltındaki bir kimseden gönülsüz olarak elde edilen ikrarı değerlendirme dışı bırakan Miranda dışlama kuralı uyarınca yapılmaktadır.

Amerikan hukukunda başlangıçtaki hukuka aykırı davranıştan türetilen deliller zehirli ağacın meyveleri olarak nitelendirilir. Dışlama kuralları zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisiyle türev delilleri kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Böylece yalnız anayasal hakların doğrudan ihlal edilmesiyle elde edilen deliller değil, ayrıca bu ihlalden dolaylı olarak elde edilen deliller de dışlanmaktadır.

Delillerin dışlanmasıdaki amaç kolluğun kötü muamelede bulunmasını engellemektir. Bununla birlikte, dışlama kuralları ve uygulamaları faydasına karşın toplumun yüksek bir maliyet ödediği yönünde geniş eleştiri konusu yapılmıştır. Bu eleştirileri dikkate alan Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi delilleri dışlamanın hukuka aykırı davranışı engelleme olasılığının yetersiz olduğu durumlarda hem birincil hem de türev delillere uygulanabilen birtakım istisnalar getirmiştir. İyi niyet istisnası, bağımsız kaynak istisnası, zayıflatılmış kusur istisnası ve kaçınılmaz bulgu istisnası olarak adlandırılan bu durumlarda polisin yaptığı hukuka aykırı davranış sonucunda elde edilen delilin yargılamada kullanılmasına izin verilir.

Anahtar Kelimeler: Delillerin dışlanması, Miranda kuralı, Zehirli ağacın meyveleri, İyi niyet istisnası, Bağımsız kaynak istisnası.

ABSTRACT

Evidences obtained by violating constitutional rights are excluded in American law. Evidences are excluded with respect to the fourth amendment protecting against unreasonable search and seizure; the fifth amendment providing privilege against self incrimination; the sixth amendment providing right to counsel and the Miranda exclusionary rule excluding involuntary confession obtained from an accused person.

In American law, the evidences derived from initial improper conduct are called fruits of the poisonous tree. The exclusionary rules have been extended to include derivative evidence by fruits of poisonous tree doctrine. Thus, the exclusionary rules are applied not only to evidences obtained directly as a result of police conduct but also to evidences obtained indirectly from that improper conduct.

The goal of exclusion of evidence is to deter improper police conduct. However, exclusionary rules and their applications have been the subject of extensive criticism that society pays a high cost despite their benefits. Considering this criticism The US Supreme Court has developed some exceptions that have been

applied to both primary and derivative evidences when excluding evidences is inadequate against to prevent unlawful behaviors. These exceptions are good faith exception, independent source exception, attenuated taint exception and inevitable discovery exception. In these exceptional situations use of evidence obtained by improper police conduct is permitted.

Keywords: Exclusion of evidence, Miranda rule, Fruit of poisonous tree, Good faith exception, Independent source exception.

GİRİŞ

Ceza muhakemesi, geçmişte gerçekleştiği iddia edilen bir olgunun doğruluğunu mümkün olan en büyük ölçüde maddi gerçeklik olarak saptama amacına sahiptir¹. Maddi gerçek yaşanmış olan gerçek olayın öğrenilmesidir². Geçmişte yaşanmış olayın nasıl gerçekleşmiş olduğunun öğrenilebilmesinin yolu olaydan arta kalan izlerden, olayla ilgili belge ve tanıklardan yararlanmaktan geçer³. O halde, maddi gerçeğe ancak deliller aracılığıyla ulaşılabilir⁴. Vicdani delil sisteminin esas alındığı ceza muhakemesinde kural olarak her şey delil olabilir. Ancak deliller hukukun izin verdiği sınırlar içinde elde edilmeli ve kullanılmalıdır⁵. Bununla birlikte, bazı hallerde hem hukuka uygun hareket etmek hem de maddi gerçeğe ulaşmak imkânsız olabilir⁶. Böyle bir durumla karşılaşıldığında hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir delili ilgili olması halinde değerlendirme dışı bırakmamak⁷, asla değerlendirmemek⁸ veya değerlendirip

¹ ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 68.

² CİHAN, Erol / YENİSEY, Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 1.

³ KARAKEHYA, Hakan, “Ceza Muhakemesinin Amacı”, **İHFM**, Yıl: 2007, Cilt: 65, Sayı: 2, (s. 121-142). s. 127.

⁴ SCHEB II, John M / SCHEB , John M, **Criminal Law and Procedure**, Wadsworth/Thomson Learning, Australia, 2002, s. 518.

⁵ YILDIZ, Ali Kemal, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002, s. 182.

⁶ OPTICAN, Scott, “Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda’da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar” (öz. N. Ziyalar ve M. Özaşçılar), **Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 19.

⁷ Hukuka aykırı olarak elde edilen delilleri değerlendirme dışı bırakmamak yaklaşımı Latince, “Male captem, bene receptum” yani delil “kötü olarak alınmışsa da, iyi alınmış gibi kullanılır” şeklinde ifade edilmiştir. TOSUN, Öztekin, **Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları,

değerlendirmemek konusunda mahkemeye takdir yetkisi vermek⁹ gibi farklı yaklaşım tarzları sergilenmektedir¹⁰.

Hukuka aykırı olarak elde edilen delil karşısında sergilenen yaklaşım tarzı bir ülkede uygulanan siyasi sistemin etkisiyle oluşan ceza siyasetine uygun şekilde ortaya

İstanbul, 1975, s. 19. Bu yaklaşım delillerin kabul edilebilirliğini güvenilirliğin ve ilgiliğin dikkate alınması esaslarına dayandırır. KOHN, Alan C. “Admissibility in Federal Court of Evidence Illegally Seized by State Officers”, **Washington University Law Quarterly**, Year: 1959, Issue: 3, p. 245. http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3328&context=law_lawreview (erişim tarihi: 30.10.2018). Bu yaklaşıma göre, hukuka aykırı yöntemlerle delil elde edilmesi durumunda bunun sonuçları delilin yargılama dışı tutulması için değil, bu yöntemlerle delil elde edenler için çıkarılmalıdır. YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 361. Bu durumda hukuka aykırı olarak elde edilen delil yargılamada kullanılmalı, ancak söz konusu delili elde eden polis memuru cezalandırılmalı veya hakkında disiplin hükümlerine başvurulmalıdır. OPTICAN, **2006**, s.20; TOSUN, Öztekin, **Suç Muhakemesi Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1981, s. 667.

⁸ Hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin hiçbir şekilde değerlendirilemeyeceğini ileri süren yaklaşıma göre, delil ancak hukuka uygun yol ve yöntemlerle elde edilmesi durumunda kullanılabilir. Delilin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi ve ceza muhakemesinde kullanılması halinde yargılamada bir sonuca ulaşılabilecektir, fakat bu sonuç birçok değer kaybı ve zedelenmesi ile ulaşılmış bir sonuç olacaktır. YURTCAN, **2004**, s. 360-361.

⁹ Hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda mahkemeye takdir yetkisi veren yaklaşıma göre, hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin hükme esas alınacağı veya alınmayacağı gibi mutlak bir kural koymak yerine, somut olayın özelliklerine göre her davada hukuka aykırı olarak elde edilen delilin hükme esas alınıp alınmayacağı ayrıca değerlendirilmelidir. BIÇAK, Vahit, “Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Yıl: 1996, Sayı: 17-18, s. 256. http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/fe47225d2744940_ek.pdf?dergi (erişim tarihi: 05.07.2014). İngiliz hukukunda mahkemeler, adil bir yargılamayı güvence altına almak için, gerek genel müşterek hukuk ödevi bağlamında, gerekse 1984 Polis ve Ceza Delilleri Kanunu’nun (1984 Police and Criminal Evidence Act, PACE) 78(1). maddesi bağlamında, usulsüz elde edilen delilleri dışlamak hususunda takdir yetkisine sahiptirler. CHOO, Andrew L.-T. / NASH, Susan, “Improperly Obtained Evidence in the Commonwealth: Lessons for England and Wales”, **The International Journal of Evidence & Prof.**, Year: 2007, Volume: 11, Issue: 2, p. 78. <http://heinonline.org> (erişim tarihi: 23.10.2018). Yeni Zelanda hukukunda hukuka aykırı delillerin değerlendirme dışı bırakılması 2006 Delil Kanunu’nun (Evidence Act 2006) 30. maddesi bağlamında yapılmaktadır. Maddede yer alan düzenlemeye göre, mahkemeler delillerin kabul edilebilirliğini belirlemek için kanun kurallarıyla belirlenmiş faktörleri referans alarak denge işlemi uygulamalıdır. CAENEGEM, William Van, “New Trends in Illegal Evidence in Criminal Procedure: General Report”, **Common Law**, Year: 2007, p. 3. http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/223. (erişim tarihi: 30.10.2018).

¹⁰ PEIRIS, G. L., “The Admissibility of Evidence Obtained Illegally: A Comparative Analysis”, **Ottawa Law Review**, Year: 1981, Volume: 13, Issue: 2, p. 310. <https://commonlaw.uottawa.ca> (erişim tarihi: 23.10.2018); Hukuka aykırı deliller karşısında sergilenen yaklaşımlar Türk hukuk öğretisinde bazı yazarlar tarafından mutlak kabul yaklaşımı, mutlak ret yaklaşımı ve esnek yaklaşım olarak adlandırılmaktadır. BIÇAK, Vahit, **Suç Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 521; KOCA, Mahmut, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”, **AÜEHFD**, Yıl: 2000, Cilt: IV, Sayı: 1-2, s. 110; YENİSEY, Feridun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt: 2, Sayı: 4, s. 51.

çıkılmaktadır¹¹. Bu bağlamda otoriter sistemlerin egemen olduğu ülkelerde ceza muhakemesinin amacı sadece mahkûmiyeti haklı gösterecek delilleri elde etmek olarak anlaşılmakta ve bunun için işkence de dâhil her yol meşru kabul edilmektedir¹². Kişi hak ve özgürlüklerinin ön planda tutulduğu ülkelerde ise, hukuka aykırı olarak elde edilen deliller ya bireylerin menfaatlerini korumak amacıyla değerlendirme dışı bırakılmakta ya da devletin menfaatini güvence altına almak amacıyla sırf biçimsel veya teknik bir sebepten dolayı mahkemeden esirgenmeyerek yargılamada kullanılmaktadır¹³.

Amerikan tarihinde hukuka aykırı olarak elde edilen deliller 1914 yılına kadar ceza yargılamasında çoğu kez kabul edilmiştir¹⁴. 1914’de hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin dışlanması ilişkin ilk kural doğmuştur¹⁵. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi federal bir davada hukuka aykırı delillerin dışlanmasına hükmetmiştir. 1961 yılında ise Yüksek Mahkeme bu kez bir federe davada mahkemelerin bu tür delilleri dışlaması gerektiğini belirtmiştir¹⁶. Bugün Amerika’da mahkemeler bir kaç istisna dışında, anayasal haklar ihlal edilerek elde edilen delilleri, suç ne kadar ağır olursa olsun dışlamakta, yok saymaktadır¹⁷.

Amerikan hukukunda anayasal haklar ihlal edilerek olarak elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılmaması yönündeki dışlama kurallarının temelinde Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi’nin kilometre taşı niteliği taşıyan kararları yer alır. Yüksek Mahkeme’nin Mapp v. Ohio ve Miranda v. Arizona kararları başta olmak üzere

¹¹ YARSUVAT, Duygun, **Ceza Muhakemesi Hukukuna Kanuna Aykırı Delillerin Geçerliliği**, Yıl: 2009, s.1. <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article2.pdf> (erişim tarihi: 05.07.2014).

¹² TOROSLU, Nevzat, “Hukuka Aykırı Deliller Sorunu”, **Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1995, s. 55.

¹³ PEIRIS, **1981**, s. 309.

¹⁴ GARDNER Thomas J. / ANDERSON Terry M., **Criminal Evidence Principles and Cases**, Cengage Learning, Wadsworth, 2010, p. 181.

¹⁵ KACZYNSKI, Stephen. J., “Admissibility of Illegally Obtained Evidence: American and Foreign Approaches Compared”, **101 Mil. L. Rev.**, Year: 1983, p.83. <http://heinonline.org> (erişim tarihi: 23.10.2018).

¹⁶ GARDNER / ANDERSON, **2010**, s. 181.

¹⁷ OPTICAN, **2006**, s. 20.

delillerin dışlanması konusunda verdiği bazı kararlar ile bu konuda getirdiği bir takım sınırlamalar yalnız Amerikan hukukunda değil, birçok ülke hukukunda oldukça etkili olmuştur¹⁸. Bu çalışmada “Amerikan ceza muhakemesi hukukunda hukuka aykırı delillerin dışlanması” konusu ele alınmıştır. Çalışma, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi’nin dışlama rejimine ilişkin kilometre taşı niteliği taşıyan kararları ışığında yürütülmüştür.

I. DIŞLAMAYA DAYANAK TEŞKİL EDEN PRENSİPLER

Hukuka aykırı olarak elde edilen delilleri dışlama rejimleri polisin kötü idaresinin caydırıcılığı, sistematik bütünlüğün korunduğu bir ceza yargılaması sisteminin meşruluğu ve temel hakların korunması prensiplerinden birine dayanır¹⁹.

Bu prensiplerden caydırma prensibi, disiplin prensibi olarak da adlandırılır. Bu prensip delilleri dışlamak konusunda birbirine çok yakın iki amaca sahiptir²⁰. Birinci amaç, hukuka aykırı davranışlarla elde edilen delilleri dışlayarak kolluğu disipline etmektir. Bu sebeple en ufak bir hukuka aykırılık halinde dahi elde edilen deliller hüküm kurulurken değerlendirilmez²¹. Böylece kolluk kendi davranışının ürününden yoksun bırakılarak cezalandırılmış olur²². İkinci amaç, kolluğu gelecekteki hukuka aykırı araştırma yöntemlerinden vazgeçirmek, ona engel olmaktır²³. Kolluk hukuka aykırı olarak elde ettiği delilleri mahkemeye sunduğunda bu deliller değerlendirilirse, kolluğu bundan alıkoyacak bir yaptırım söz konusu olmaz. Çünkü kolluk, kendisine

¹⁸ THAMAN, Stephen C., “Karşılaştırmalı Hukukta Zehirli Ağacın Meyveleri” (çev. H. Akdağ), **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat** (ed.Y. Ünver), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 409-410.

¹⁹ SLOBOGIN, Christopher, “Aramadaki Dışlayıcı Kural ile Elkoyma Davaları Üzerine Karşılaştırmalı Bakış” (çev. S. Ak, E. Çufadar, C. Gökalg ve A. Tekin), **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat** (ed.Y. Ünver), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 679.

²⁰ MELLIFONT, Kerri, **The Derivative Imperative: How Should Australian Criminal Trial Courts Treat Evidence Deriving from Illegally or Improperly Obtained Evidence?** Thesis, Queensland University of Tecnology, 2007, p. 41. [http://eprints.qut.edu.au/16388/1 /Kerri Mellifont Thesis.pdf](http://eprints.qut.edu.au/16388/1/Kerri%20Mellifont%20Thesis.pdf) (erişim tarihi: 30.10.2018).

²¹ KEANE, Adrian, **The Modern Law of Evidence**, Oxford University Press, 2006, p. 65.

²² MELLIFONT, 2007, s.41.

²³ KOHN, 1959, s. 245; MELLIFONT, 2007, s. 42.

yaptırım uygulanmasını isteyecek olan savcılığın sağ koludur²⁴. Ancak, eğer kolluk, hukuka aykırı olarak elde ettiği delillerin mahkemede kullanılmayacağını bilirse, hukuka aykırı davranıştan kaçınmaya özen gösterir²⁵.

Meşruluk prensibi ise, yargının haysiyeti prensibi olarak da bilinir²⁶. Bu prensibe göre, hukuka aykırı olarak elde edilen delilleri dışlamak mahkemenin haysiyetini (dürüstlüğü) muhafaza eder²⁷. Yargının haysiyeti prensibinin amacı adalet sistemine olan kamu güvenini muhafaza etmektir²⁸. Ceza muhakemesinin bölünmezliği varsayımını esas alan ve delillerin toplanması ile değerlendirilmesi arasında çok sıkı bir bağ olduğunu kabul eden bu prensibe göre, delilleri toplayan ve delilleri değerlendiren devlet organları arasındaki görev dağılımının katı sınırlamalar çerçevesinde anlaşılması gerekir. Mahkemeler delillerin nasıl elde edildiği sorununu ele almakla da yükümlüdürler. Hukuka aykırı olarak delil elde edildiğinde kolluğun kusuru söz konusu olsa da, hukuka aykırılığı öğrendikten sonra delilleri kabul eden mahkemeler de bu hukuka aykırı davranışlara zımnî olarak destek vermiş ve bir anlamda ortak olmuş olurlar²⁹. Bu nedenle, mahkemelerin hukuka saygılı olduklarını göstermek ve kendi haysiyetlerini korumak için hukuka aykırı olarak ele geçirilen delilleri iyi niyet içersin ya da içermesin, hangi suç tipi olduğu ile ilgilenilmeksizin ve devletin çıkarlarının önemine bakılmaksızın değerlendirme dışında bırakmaları gerekir³⁰.

Koruma prensibi ise, bir ceza yargılaması sisteminde mahkemelerin sanığın haklarını koruması gerektiği düşüncesine dayanır³¹. Koruma prensibine göre, bireylere tanıdığı hakları ciddiye alan bir hukuk sisteminin, haklarının ihlali sonucu karşılaşılabileceği risklere karşı bireyleri koruması gerekir. Hukuka aykırı yollarla elde

²⁴ TOSUN, 1981, s. 670.

²⁵ KOHN, 1959, s. 246.

²⁶ MELLIFONT, 2007, s. 36.

²⁷ KOHN, 1959, s. 245.

²⁸ MELLIFONT, 2007, s. 36.

²⁹ BIÇAK, 1996, s. 255.

³⁰ BIÇAK, 1996, s. 255; SLOBOGIN, 2014, s. 699; MELLIFONT, 2007, s. 36.

³¹ MELLIFONT, 2007, s. 49.

edilen delillerin değerlendirme dışı bırakılması işte bu tür bir koruma sağlar. Ayrıca bu prensibe göre, kolluğun ihlali kasden mi, ihmal sonucu mu yoksa hata ile mi yapıldığının önemi bulunmamaktadır. Önemli olan hukuka aykırı davranışın neticede sanığı dezavantajlı konuma sokup sokmadığıdır³².

Amerika'da kolluğun görevlerini sık sık kötüye kullanmasından şikâyet edildiği için³³ dışlama rejimi caydırma prensibine dayanır³⁴. Dışlama kuralları ile onarmak değil, engellemek hesaplanır³⁵. Kolluğun kötü muamelede bulunmasını engellemek için³⁶ bazı hallerde toplumsal bakımdan çok ağır sonuçlar doğurabilecek bir yol izlenerek görevini kötüye kullanan kolluk görevlisinin cezalandırılmasının yanı sıra hukuka aykırı olarak elde edilen deliller de muhakemede değerlendirme dışı bırakılır³⁷. Amerikan mahkemeleri bu yolla kolluğa, “kanunu ihlal ederek delil elde edersen bu mahkemede kullanılmayacaktır” mesajı verirler³⁸.

³² BIÇAK, 1996, s. 251.

³³ TOSUN, 1981, s. 672.

³⁴ SLOBOGİN, 2014, s. 697; Kanada'da, Amerikan dışlama anlayışının aksine, caydırıcılık ulaşılması gereken birincil amaç olarak görülmez. Daha çok bireysel ve eyalet menfaatinin birbirine karşı dengelenmesi amaçlanır. SLOBOGİN, 2014, s. 689. Kanada Hak ve Özgürlükler Bildirgesi'nin 24(2). maddesine göre, mahkeme, bildirge ile teminat altına alınan herhangi bir hak veya özgürlüğün ihlali veya inkarı sonucu delil elde edildiği kanaatine vardığı durumda, bütün koşullar dikkate alındığında, söz konusu delilin muhakemede kullanılmasının yargı erkini itibarsızlaştıracağını öngörürse, delilin değerlendirme dışı bırakılmasına hükmeder. SKINNIDER, Eileen, **Improperly Or Illegally Obtained Evidence: The Exclusionary Evidence Rule in Canada**, 2005, p. 7. <http://icclr.law.ubc.ca/files/publications/pdfs/> (erişim tarihi: 30.10.2018); CHOO / NASH, 2007, s. 94.

³⁵ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 180.

³⁶ Amerika'da kolluğun yaptığı soruşturmaları denetim altına almak için üç ana temel hak bulunmaktadır. Bunlardan birincisi kişinin makul sebebe dayanmayan aramalardan korunma hakkıdır. Bu hak ile kolluğun fiziki delil bulması denetim altına alınmıştır. İkinci ve üçüncü hak yakalanma ile ilgili olup, kişinin ifade verme süreci öncesi sahip olduğu haklardır. Susma hakkı ve müdafiden yararlanma hakkından oluşan bu haklar kolluğun fiziki delil elde etmesine yönelik değil, kişinin suçü ikrar etmesine yöneliktir. OPTICAN, 2006, s. 18-20.

³⁷ TOSUN, 1981, s. 672.

³⁸ OPTICAN, 2006, s. 18.

II. DIŞLAMA KURALLARI

Amerikan hukukunda dışlama kuralları basitçe şu anlama gelir. Eğer devlet ajanları delilleri hukuka aykırı bir davranışla elde ederlerse, bu deliller ceza yargılamasında değerlendirme dışı bırakılır³⁹. Dışlama kuralları ile sanığın anayasal ve yasal haklarını ihlal eden kolluk davranışlarını engellemek ve kolluğu bu tür davranışlarda bulunmaktan vazgeçirmek hedeflenir⁴⁰. Amerikan hukuk sisteminde kolluğun işlemlerini denetleyen iki tür kaynak bulunur. Bunlardan biri yazılı kaynaklar⁴¹, diğeri ise hâkimlerin anayasayı ve kanunları yorumlayarak yarattıkları müşterek hukuktur⁴². Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin dışlanması Anayasa'nın ek 4. maddesi, ek 5. maddesi, ek 6. maddesi ve ek 5. maddesine ilave olarak getirilen Miranda kuralı bağlamında yapılmaktadır⁴³. Bu dışlama kurallarının temelinde ise, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin kilometre taşı niteliği taşıyan kararları yer almaktadır⁴⁴. Zira dışlama kuralları kanun yapma yoluyla değil, mahkeme kararlarıyla oluşturulmuştur⁴⁵.

Belirtmek gerekir ki, Amerikan hukukundan farklı olarak Türk hukukunda hukuka aykırı delillerin değerlendirme dışı bırakılmasını düzenleyen kurallar yargı kararlarıyla değil kanun yapma yoluyla oluşturulmuştur. Ayrıca hukuka aykırı delillerin değerlendirme dışı bırakılmasını düzenleyen genel bir kurala yer verilmiştir. Türk hukukunda hukuka aykırı deliller ceza yargılamasında AY m. 38/6, CMK m. 148 ve m. 217/2 bağlamında değerlendirme dışı bırakılmaktadır. AY m. 38/6'da kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların değerlendirme dışı bırakılması öngörülmüştür. CMK m. 148'de yasak ifade ve sorgu yöntemleri ile elde edilen hukuka aykırı delillerin

³⁹ MARCUS, Paul, "Exclusion of Evidence in the United States", **American Journal of Comparative Law**, Supplement U.S. Law in an Era of Democratization , Oxford University Press, Year: 1990, Volume: 38, p.596. <http://www.jstor.org/stable/840561> (erişim tarihi: 30.10.2018).

⁴⁰ GARDNER / ANDERSON, **2010**, s. 180.

⁴¹ OPTICAN, **2006**, s. 18.

⁴² OPTICAN, **2006**, s. 18.

⁴³ MELLİFONT, **2007**, s. 98.

⁴⁴ THAMAN, **2014**, s. 409-410.

⁴⁵ SIEGEL, Larry J. / WORRAL, John L., **Introduction to Criminal Justice**, Cengage Learning, Wadsworth, 2014, p. 306.

değerlendirilme dışı bırakılması düzenlenmiştir. CMK 217/2’de ise, hukuka aykırı delillerin genel olarak değerlendirme dışı bırakılması düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, yasak sorgu yöntemleri dışında elde edilen hukuka aykırı deliller CMK m. 217/2 bağlamında değerlendirme dışı bırakılmaktadır.

A. Anayasa’nın Ek 4. Maddesi Bağlamında Oluşturulan Dışlama Kuralı

Ek 4’ün ihlali suretiyle ortaya çıkan delili değerlendirme dışı bırakma kuralı, ilk dışlama kuralı olarak gelişmiştir⁴⁶. 1914 Weeks v. United States davasına kadar, Anayasa’nın 4. ekinin ihlali suretiyle elde edilen delillerin dışlanması Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi tarafından kabul edilmemiştir⁴⁷. Bu dava ile Anayasa’nın 4. ekinin ihlali suretiyle bulunan ve el koyulan delillerin ceza muhakemesinde kabul edilmemesi fikri ortaya çıkmıştır⁴⁸.

Anayasa’nın 4. eki ile kişilerin bizzat kendileri, evleri, kâğıtları ve kişisel eşyaları makul olmayan arama ve el koymaya karşı korunmaktadır⁴⁹. Amerikan Anayasası’na göre, her türlü aramanın makul şüpheye dayanması gerekir. Özel hayatın gizliliği beklentisinin ihlali söz konusu olduğu hallerde bir fiilin arama olduğundan söz edilir. Arama olduğuna karar verilen bir fiilin makul şüpheye dayanıp dayanmadığının tespiti için ise, denge teorisi uygulanır. Bu durumda terazinin bir kefesine özel hayatın gizliliği beklentisi, diğer kefesine toplum menfaati konur. Özel hayatın gizliliği beklentisi daha

⁴⁶ MELLIFONT, 2007, s. 100.

⁴⁷ BLUMENFELD, Michael B., “Fourth Amendment, Casenotes”, **Constitutional Law Journal**, Year: 1990, Volume: 1, Issue:1, p. 229. <http://heinonline.org> (erişim tarihi: 23.10.2018).

⁴⁸ KACZYNSKI, 1983, s. 87.

⁴⁹ BLUMENFELD, 1990, s. 223; KACZYNSKI, 1983, s. 84; GOTTLIEB, David, “Amerikan Hukukunda Arama” (çev. F. Yenisey), **Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 41; GIBSON, Roger, C., Illegally Obtained Evidence, **31 U Toronto Faculty of Law Review**, Year: 1973, Volume: 3, p. 32. <http://heinonline.org> (erişim tarihi: 23.10.2018); JONES, Luther E., “Admissibility of Confession in a State Prosecution”, **Baylor Law Review**, Year: 1977, Volume: 29, Issue: 1, p. 1. <http://heinonline.org> (erişim tarihi: 23.10.2018); GEE, Donald, “The Independent Source Exception to The Exclusionary Rule: The Burger Court’s Attempted Common Sense Approach and Resulting “Cure-All” to Fourth Amendment Violations”, **28 Howard Law Journal**, Year: 1985, Volume: 28, Issue: 4, p. 1005. <http://heinonline.org> (erişim tarihi: 23.10.2018).

ağır basarsa, somut olayda makul şüphenin bulunmadığından söz edilir ve delil yok sayılır⁵⁰.

Ek 4 ile devletin bireysel özgürlüklere müdahalesine sınırlamalar ve kısıtlamalar koyma, böylece vatandaşların haklarını koruma amaçlanmaktadır⁵¹. Esasen 4. ek, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirme dışı bırakılması gerektiğini açıkça emretmemektedir. Ancak Yüksek Mahkeme, bu tür delilleri değerlendirme dışı bırakmayan, arama ve el koyma düzenlemesinin hiçbir anlam ifade etmeyeceğini vurgulamıştır⁵². Mahkeme, Weeks davasında, makul olmayan arama ve el koymaya karşı Haklar Bildirgesi'nin 4. ekinin korumasında olan hakların polis tarafından ihlali suretiyle ele geçirilen delillerin değerlendirilme dışı bırakılmasına hükmetmiştir⁵³. Dava konusu olan olayda sanık Fremont Weeks federal polis yetkililerince hukuka aykırı amaçlar için posta kullanmakla suçlanmıştır. Weeks yakalandıktan sonra, geçerli bir arama emri bulunmaksızın evi aranmış ve odasında mektup formunda deliller bulunmuştur. Bulunan deliller duruşmada kabul edilmiş ve bunlara dayanılarak Weeks federal suçtan mahkûm edilmiştir. Davanın temyizinde Yüksek Mahkeme makul olmayan arama ve el koymadan elde edilen delillerin federal ceza yargılamasında dışlanmak zorunda olduğunu belirtmiştir⁵⁴. Mahkeme'nin sınır taşı niteliğindeki bu kararı ile 4. ekin ihlal edilmesi suretiyle elde edilen birincil veya türev bütün delillerin değerlendirme dışı bırakılması için gerekli olan kural getirilmiştir⁵⁵.

1914 Weeks kararı ile ilk kez bir federal yargılamada 4. ekin hukuka aykırı arama ve el koymadan elde edilen delillerin kullanılmasını yasakladığını belirten Yüksek Mahkeme⁵⁶, 1961 Mapp v. Ohio kararı ile bu kez dışlama kuralının federe devlet

⁵⁰ OPTICAN, 2006, s. 26.

⁵¹ MELLIFONT, 2007, s. 100.

⁵² BLUMENFELD, 1990, s. 229-230.

⁵³ MELLIFONT, 2007, s. 101; BLUMENFELD, 1990, s. 230.

⁵⁴ SIEGEL / WORRAL, 2014, s. 306.

⁵⁵ MELLIFONT, 2007, s. 101.

⁵⁶ SIEGEL / WORRAL, 2014, s. 306.

mahkemelerinde de uygulanması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁷. Böylece 1914 yılından bu yana federal mahkemeler tarafından uygulanan 4. ekteki dışlama kuralının federe devletler için de bağlayıcı olması sağlanmıştır⁵⁸. Mapp olayında polis memurları bir evi sahte bir arama emri kullanarak zorla aranırlardır. Mahkeme, aramanın kaçakçılığı ortaya çıkarmış olmasına rağmen, makul olmayan arama ve el koymaya karşı koruma sağlayan 4. ekteki yasağı ihlal ettiğini, bundan dolayı hukuka aykırı olarak el konulmuş delilin yargılamada kullanılmayacağını belirtmiştir⁵⁹.

Anayasa'nın 4. ekindeki dışlama kuralı hukuka aykırı arama ve el koymadan türetilen her türlü delile uygulanabilme kapasitesine sahip⁶⁰, mutlak bir dışlayıcı kuraldır. Buna göre herhangi bir zamanda 4. ekin ihlali suretiyle bir delil elde edildiğinde, bu kural söz konusu delili değerlendirme dışı bırakmak için devreye girecektir. Değerlendirme dışı bırakılacak delilin ikrar, maddi delil, birincil veya türev delil niteliğinde olması dışlama açısından herhangi bir fark oluşturmaz⁶¹. Bununla birlikte Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi 4. eke ilişkin dışlama kuralının bir takım alanlarda hukuka aykırı olarak elde edilen delillere uygulanamayacağını belirtmiştir⁶².

Öncelikle, sanığın hiçbir hakkının veya özel yaşamının ihlal edilmediği durumlarda dışlama kuralı uygulanmaz. Ayrıca sanığın davranışları veya sözleri onun mülkiyetinde bulunan bir maldaki özel yaşam (mahremiyet) beklentisinden feragat ettiğini gösteriyorsa, o nesne eski sahibine karşı delil olarak kullanılabilir⁶³. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi kapıya konan çöpün aranmasını arama olarak kabul

⁵⁷ SIEGEL / WORRAL, 2014, s. 307.

⁵⁸ THAMAN, 2014, s. 409; JONES, Luther E., "Fruit of Poisonous Tree" *South Texas Law Journal*, Year: 1966, Volume: 9, Issue: 1, p. 17. <http://heinonline.org> (erişim tarihi: 23.10.2018).

⁵⁹ SIEGEL / WORRAL, 2014, s. 307.

⁶⁰ SALTZBURG, Stephen A. / CAPRA, Daniel.J., *American Criminal Procedure: Cases and Commentary*, Thomson/West, St. Paul, Minn, 2004, p. 535.

⁶¹ MELLIFONT, 2007, s. 101.

⁶² GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 194.

⁶³ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 198-200.

etmemektedir. Mahkeme'ye göre, toplanması için kapının önüne bırakılan çöpte özel hayatın gizliliği beklentisi yoktur⁶⁴.

Dışlama kuralı rızaya dayalı aramalardan elde edilen hukuka aykırı delillere de uygulanmaz⁶⁵. Açık veya örtülü olarak herhangi bir baskı veya cebir uygulanmamış, serbest irade ile verilmiş bir rızaya dayalı olarak yapılan aramalarda makul şüphe olmasa ve hâkimden karar alınmamış olsa dahi aramalar geçerli kabul edilmektedir⁶⁶. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi arama kararı olmaksızın, konutta oturan kişi tarafından verilmiş geçerli bir rızaya dayalı olarak yapılan aramaların geçerli olduğunu uzun süredir kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme, Drayton v. United States davasında rızaya dayalı bir aramadan elde edilen delilin kabul edilebilmesi için, kişinin rıza vermeye yetkili olması ve rızanın gönüllü olarak verildiğinin ispat edilmesi olmak üzere iki gereklilik bulunduğunu belirtmiştir⁶⁷.

Özel bir kişi tarafından yapılan müstakil bir aramada elde edilen deliller de hukuka aykırı bir davranışın sonucu olsa dahi dışlama kuralına tabi olmaz⁶⁸. Amerikan Anayasası'nın ek 4. maddesi makul olmayan arama ve el koymalara karşı koruma sağlamaktadır⁶⁹. Madde sadece teknik anlamda arama ve el koyma sayılan işlemler hakkında uygulanabileceğinden, devlet adına hareket eden kişilerin fiillerini kapsar⁷⁰. Polisin katılımı olmaksızın özel kişiler tarafından gerçekleştirilen arama ve el koyma işlemleri 4. ekte düzenlenmemiştir⁷¹. Dolayısıyla dışlama kuralı yalnızca polislerin ve diğer devlet görevlilerinin hatalarına ve suistimallerine uygulanır⁷².

⁶⁴ OPTICAN, 2006: s. 23.

⁶⁵ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 196-197.

⁶⁶ GOTTLIEB, 2006, s. 46.

⁶⁷ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 196-197.

⁶⁸ GARDNER / ANDERSON, 2010, 194.

⁶⁹ GIBSON, 1973, s. 32; GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 194.

⁷⁰ GOTTLIEB, 2006, s. 41.

⁷¹ GOTTLIEB, 2006, s. 41; KANOVITZ, Jacqueline R., **Constitutional Law for Criminal Justice**, Routledge, Newyork and London, 2015, s. 182.

⁷² GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 194.

Bu durumda kendisine teslim eden paketi kanuna aykırı bir şekilde açıp içinde uyuşturucu madde bulan özel kişinin işlemi arama sayılmaz ve Anayasa'nın ek 4. maddesi kapsamına girmez⁷³. Bunun bir sonucu olarak polis, özel kişilerden aldığı delilleri onların nasıl elde edildiğiyle ilgilenmeksizin kullanabilir. Dahası polis, bir özel kişinin zaten gerçekleştirdiği arama faaliyetini yinelerse de, bu etkinlik bir arama sayılmaz. Örneğin, bir yolcu uçaktan ayrılırken çantasını unutsa, bir hava yolu çalışanı sahibinin kimliğini saptamak amacıyla bu çantayı açsa ve içinde bir kokain şişesi bulunduğu için kapatıp polise teslim etse, bunun üzerine polis çantayı açıp içeriğini kontrol etse, bu işlem bir arama işlemi olarak nitelendirilemez. İlk bakışta bu işlemin bir arama işlemi olduğu düşünülebilir, ancak bir özel kişi bunu gerçekleştirdikten sonra sahibinin makul mahremiyet beklentisinden zaten ödün verilmiştir. Bununla birlikte, polisin etkinliği, özel kişininkini aştığı zaman, yani henüz ihlal edilmemiş mahrem olan alanlara yöneldiği zaman bir arama işlemine dönüşür⁷⁴.

Türk hukukunda da, 2001 Anayasa değişikliğinden önce, özel kişilerin hukuka aykırı yollarla elde ettikleri deliller, CMUK m. 254/2'deki, soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı ifadesi dayanak gösterilerek ceza muhakemesinde kullanılabilirdi⁷⁵. Bu dönemde öğretilerde CMUK m. 254/2'nin sadece soruşturma ve kovuşturma makamlarını bağladığı, özel kişilerin elde ettikleri delillerin yargılamada delil olarak kullanılabileceği konusunda birtakım görüşler ileri sürülmüştü⁷⁶. 2001 yılında Anayasa'nın 38/6. maddesiyle getirilen düzenlemede kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa, sadece kamuyu değil, özel kişileri

⁷³ GOTTLIEB, 2006, s. 41.

⁷⁴ KANOVİTZ, 2015, s. 182.

⁷⁵ ŞEN, Ersan, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**, İstanbul, 1998, s. 176; DEMİRBAŞ, Timur, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 32753.

⁷⁶ ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan vd., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 418; KAYMAZ, Seydi, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 464.

de bağlayacağından, mutlak delil yasağı özel kişiler için de geçerli olacaktır.⁷⁷ 2005 yılında yürürlüğe giren 5271 s. CMK'nın 217/2. maddesiyle getirilen düzenlemede ise, suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği ifade edilerek hukuka aykırı delillerin soruşturma ve kovuşturma organları ile özel kişiler tarafından elde edilmesi bakımından bir ayrıma gidilmemiştir⁷⁸. Böylece hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirme dışı bırakılması hem soruşturma ve kovuşturma organlarının elde ettikleri deliller bakımından, hem de özel kişiler tarafından elde edilen deliller bakımından söz konusu olacaktır⁷⁹.

B. Anayasa'nın Ek 5. Maddesi Bağlamında Oluşturulan Dışlama Kuralı Ve Miranda Dışlama Kuralı

15. yüzyılda İngiltere'de suçun ikrarı genellikle işkence ve şiddet yoluyla elde edilmiştir. Bu suistimaller İngiliz mahkemelerinin “hiç kimse kendisini suçlayıcı nitelikteki beyanlarıyla bağlı değildir” kavramını yaratmasına yol açmıştır. Bu tarihi suistimallere karşı koruma sağlamak için İngiltere'de Avrupa'da ve Amerika'da çeşitli düzenlemeler yapılmıştır⁸⁰. Amerikan Anayasası'nın 5. eki de, hiç kimsenin herhangi bir ceza davasında kendisine karşı tanıklık yapmaya zorlanmamasını sağlar⁸¹. Ek 5'in ihlali suretiyle elde edilen delili dışlama kuralı ikrarın gönüllü olmasına ilişkindir. Amerika'daki müşterek hukuk, İngiltere'deki müşterek hukuka benzer şekilde ikrarın delil olarak kabul edilebilmesi için gönüllü olmasını ve özgürce verilmesini arar⁸². Ek 5'in ihlali suretiyle elde edilen bir ikrar delil olarak değerlendirilemez. Bu kural mutlak nitelikte yasaklama getiren bir kuraldır⁸³. Ayrıca, zorlama neticesi olan ikrardan elde

⁷⁷ DEMİRBAŞ, 2013, s. 327; ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM vd., 2016, s. 415.

⁷⁸ KAYMAZ, 2009, s. 464; ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM vd., 2016, s. 415.

⁷⁹ ÖZBEK, V. Özer/ KANBUR, M. Nihat/ DOĞAN, Koray vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 682; ÜNVER/ HAKERİ, 2012, s. 701.

⁸⁰ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 237-238.

⁸¹ KANOVITZ, 2015, s. 380; MELLIFONT, 2007, s. 109; GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 238.

⁸² MELLIFONT, 2007, s. 109; GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 238.

⁸³ KANOVITZ, 2015, s. 382; MELLIFONT, 2007, s. 109.

edilmiş herhangi bir delil değerinde “meyve” de hangi amaç ile olursa olsun delil olarak kabul edilemez⁸⁴.

Ek 5 iki seviyede koruma sağlar. Bunlar sessiz kalma hakkı ve kendini suçlayıcı nitelikte cevaplar vermeme imtiyazıdır. Sessiz kalma hakkı, vatandaşların normal tanıklık yapma görevinden tam bir muafiyet içerir. Bu koruma şüphelinin gözaltındaki polis sorgulamaları esnasında ve sanığın ceza duruşmasında olmak üzere sadece iki çerçevede mevcuttur. Gözaltındaki şüpheliler sessiz kalma hakkına mutlak bir şekilde sahiptirler. Polisin herhangi bir sorusuna cevap vermek zorunda değildirler. Sorgulama sırasında şüpheli sessiz kalma hakkını kullanırsa, sorgulama kesilmek zorundadır. Sanıklar da, kendi ceza duruşmalarında sessiz kalma hakkına sahiptirler⁸⁵. Eğer bir sanık 5. ekin kendisine sağladığı sessiz kalma hakkını seçerse, savcılık sanığın sessizliğini itham amacıyla ya da suçluluğun ispat edilmesi amacıyla kullanamaz⁸⁶.

Anayasa'nın 5. ekine ilave olarak gönüllü yapılmayan ikrarı değerlendirme dışı bırakan Miranda kuralı vardır. Miranda kuralı şüpheliye susma hakkını da içeren hakları hatırlatılmadan elde edilen ikrarı değerlendirme dışı bırakmaktadır⁸⁷. Amerikan hukukunda uzun yıllar sanığın ikrarının ve açıklamalarının delil olarak kabul edilebilmesini belirleyebilmek için tek sınama aracı gönüllülük olmuştur⁸⁸. 1966 yılında Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi buna ilave bir gereklilik eklemiştir. Yüksek Mahkeme Miranda v. Arizona davasında ikrarın ve açıklamaların delil olarak kabul edilebilirliğini sadece gönüllü olmaya değil, ayrıca ispat yükü savcı üzerinde olan prosedür güvencelerine uyulmasına bağlı tutmuştur⁸⁹. Miranda uyarıları olarak adlandırılan bu prosedür güvencelere göre gözaltındaki bir şüpheli sorgusu sırasında

⁸⁴ CANTRELL, Michael A., “Anayasal Yarı Gölge ve Önleyici Haklar: Müdafiden Yararlanma Hakkı ve Zehirli Ağacın Meyveleri” (çev. S. Kama). **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat** (der. Y. Ünver), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 488.

⁸⁵ KANOVITZ, **2015**, s. 382.

⁸⁶ GARDNER / ANDERSON, **2010**, s. 251.

⁸⁷ MELLIFONT, **2007**, s. 98.

⁸⁸ FERDICO, John N., **Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional**, Calif: Wadsworth/Thomson Learning, Belmont, 2002, p. 464; GARDNER / ANDERSON, **2010**, s. 239.

⁸⁹ GARDNER / ANDERSON, **2010**, s. 239-240.

ikrarda bulunmadan önce 5. ek kapsamında güvence altına alınan kişinin kendisini suçlamama hakkına aykırı olarak, sessiz kalma hakkının bulunduğu; beyanlarının aleyhine delil olarak kullanılabilmesi; sorgulamada avukat hazır bulundurabileceği; mali gücü yetmiyorsa kendisine bir avukat tayin edilebileceği konularında uyarılmamışsa, elde edilen ikrar değerlendirme dışı bırakılacaktır⁹⁰.

Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi Miranda kararı ile gözaltındaki şüphelinin sorgulama esnasında verdiği ifadelerle uygulanabilen bir dışlama kuralı getirerek⁹¹ 5. Ekteki kendi aleyhine tanıklık yasağının gözaltındaki sorgulama evresine genişletilebileceği kabul edilmiştir⁹². Gözaltına alınmak Anglo –Amerikan hukukunda başlı başına baskı altında olmak olarak değerlendirilir. Gözaltındaki bir kişi tek başınadır ve kimseyle görüşmemiştir. Böyle bir durumda kişinin kendi aleyhinde bilgi vermesi ihtimali vardır. Kişinin üstündeki baskıyı azaltmaya yönelik olarak susma hakkı ve müdafiden yararlanma hakkı tanınmıştır⁹³. Polis gözaltındaki bir kimseden ifade almaya başlamadan önce bu uyarıları hatırlatmak zorundadır⁹⁴. Yüksek Mahkeme’ye göre ifade alma doğrudan soru sormadır. Fakat doğrudan soru sorulmayan hallerde polisin ifade almaya yönelik davranışları, örneğin polisin ben şunu yaparsam suçu ikrar eder gibi bir düşünceyle soru sorması da ifade alma sayılır⁹⁵.

Belirtmek gerekir ki, Miranda dışlayıcı kuralı bağlamında mahkeme ikrarın gerçekten gönüllü olarak yapılıp yapılmadığını dikkate almalıdır. Ancak, Miranda uyarılarının hatırlatılmadığı yerlerde, kural dışlamayı gerektirdiği için, ikrarın gerçekten gönüllü olarak yapılıp yapılmadığı önemsizdir⁹⁶. Çünkü Yüksek Mahkeme, Miranda

⁹⁰ MELLIFONT, 2007, s. 111; GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 240-241; SCHEB II / SCHEB, 2002, s. 442; SIEGEL / WORRAL, 2014, s. 300; THAMAN, 2014, s. 410.

⁹¹ SCHEB II / SCHEB, 2002, s. 442.

⁹² CANTRELL, 2014, s. 488.

⁹³ OPTICAN, 2006, s. 29.

⁹⁴ SIEGEL / WORRAL, 2014, s. 300.

⁹⁵ OPTICAN, 2006, s. 31.

⁹⁶ MELLIFONT, 2007, s. 111.

dışlayıcı kuralının amacının, kolluğun Miranda uyarılarını hatırlatmadan önce ikrar elde etmesini engellemek olduğunu belirtmiştir⁹⁷.

C. Anayasa'nın Ek 6. Maddesi Bağlamında Oluşturulan Dışlama Kuralı

Ek 6'nın ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delilleri dışlama kuralı bütün ceza davalarında sanığın, savunma avukatından yardım alma hakkıyla ilgilidir. Bu hak hem soruşturma evresi için, hem de kovuşturma evresi için geçerlidir⁹⁸. Belirtmek gerekir ki, Miranda kuralı savunma avukatının daha önceki bir aşamada ve yalnızca 5. ekteki kendini suçlama yasağına karşı gerçekleştirilen ihlallerden korunmak için hazır edilmesini sağlar. Oysa 6. ek şüphelinin savunulması ve yargılamaya hazırlanması gibi tüm amaçlar için savunma avukatının yardımından yararlanmasını sağlar⁹⁹.

Avukat hakkı, adil yargılanma için önemli iki işlevi icra eder. Öncelikle avukat haksız mahkûmiyetlerden korunmak için gereklidir. Ortalama bir insan etkili bir savunma ortaya koymak için ihtiyaç duyulan hukuki becerilerden yoksundur. Bu durum avukatsız sanıkların masum olmasına rağmen suçlu olma tehlikesiyle karşılaşabilmesine yol açar. Bu yüzden avukat tutmak için mali gücü yetmeyen sanıklara yönelik avukat bulundurma zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca avukat, gözaltındaki bir sorgulamada esnasında şüphelinin sessiz kalma hakkını ileri sürme ya da hukuka aykırı bir aramanın zehirli meyvesinin dışlanması isteme gibi anayasal haklarının korunmasını istemek için gereklidir¹⁰⁰.

Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi *Massiah v. United States* kararı ile 6. ekte düzenlenen avukat yardımından yararlanma hakkı ihlal edilerek devlet kurumlarına yapılan itiraf ve kabullerin ceza yargılamasında değerlendirme dışı bırakılması kabul edilmiştir¹⁰¹. Bu davada bir denizci olan *Massiah* ile *Colson* adındaki bir kişi kokain ithal etmek, saklamak ve satışına yardım etmekle suçlanmışlardır. Aleyhlerine bu

⁹⁷ MELLIFONT, 2007, s. 115.

⁹⁸ MELLIFONT, 2007, s. 107.

⁹⁹ CANTRELL, 2014, s. 510.

¹⁰⁰ KANOVITZ, 2015, s. 412.

¹⁰¹ THAMAN, 2014, s. 410.

suçlardan dava açılan sanıklar kefaletle serbest bırakılmışlardır. Birkaç gün sonra Colson, Massiah'ın bilgisi olmaksızın federal ajanlarla işbirliği yapmayı kabul etmiş ve otomobilinin ön koltuğuna bir radyo vericisi yerleştirilmesine müsaade etmiştir. Daha sonra, planlandığı üzere Colson Massiahla birlikte oldukça uzun bir görüşme yapmış ve bu esnada federal ajanlar kısa mesafe ötedeki bir araçta konuşulanları dinlemişlerdir. Massiah'ın duruşmasında federal ajanlardan biri radyo vericisi vasıtasıyla kulak misafiri olduğu suçlayıcı beyanlarla ilgili olarak tanıklık etmiştir. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, Massiah'ın zaten aleyhine dava açılmış olduğundan ve duruşmayı beklemekte olduğundan, 6. ekteki haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, aleyhine dava açıldıktan sonra, avukatının yokluğunda federal ajanlar tarafından kasıtlı olarak sanıktan sağlanan suçlayıcı kelimeler daha sonra duruşmada kendisine karşı kullanıldığı zaman sanık 6. ekin korumasından yoksun bırakılmış olur¹⁰².

Ek 6'daki avukat yardımından yararlanma hakkı, polise iki konuda sınırlama getirmektedir. Bunlardan birincisine göre polis, avukat yardımından yararlanma hakkından geçerli bir feragatin varlığından emin olmak zorundadır; aksi halde soruşturmanın önemli aşamalarından önce avukatın hazır edilmesiyle ilgilenmelidir. İkincisine göre ise polis, avukat müvekkil ilişkilerine, özel görüşmeleri gizlice izleme, kaydetme, telefon konuşmalarını engelleme gibi uygunsuz müdahalelerde bulunmaktan kaçınmak zorundadır¹⁰³. Bu tür davranışlar delillerin değerlendirme dışı bırakılmasına ve olağanüstü davalarda dosyadan çıkarılmasına yol açar¹⁰⁴.

III. ZEHİRLİ AĞACIN MEYVELERİNİN DIŞLANMASI ÖĞRETİSİ

A. Zehirli Ağacın Meyveleri Terimi

Zehirli ağacın meyveleri terimi, Anglo Amerikan müşterek hukukunda yasa dışı soruşturma, arama, yakalama ve sorgulama sonucunda elde edilen hukuka aykırı

¹⁰² GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 254.

¹⁰³ KANOVITZ, 2015, 418.

¹⁰⁴ KANOVITZ, 2015, 419.

delillerin mahkemede dışlanıp dışlanamayacağı düşüncesine dayanır¹⁰⁵. Amerikan Anayasası'nın 4. eki bağlamındaki dışlama kuralı hukuka aykırı arama ve el koymadan türetilen her türlü delile uygulanabilme kapasitesine sahiptir¹⁰⁶. Dolayısıyla, sadece hukuka aykırı polis davranışının doğrudan ürünü olan deliller değil, aynı zamanda bu hukuka aykırı davranıştan dolaylı olarak elde edilen deliller de, yargılamada değerlendirme dışı bırakılır¹⁰⁷. Amerikan hukukunda polisin başlangıçtaki hukuka aykırı davranışının sonucunda ortaya çıkan delilin kullanılması yasağı zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması olarak adlandırılır¹⁰⁸. Bir delilin belirli bir parçasının hukuka aykırı bir arama ve el koymadan türetilip türetilmediğini belirlemek genellikle zordur. Yüksek Mahkeme bu tür türeme sorularına cevap verme aracı olarak “zehirli ağacın meyveleri” terimini bulmuştur¹⁰⁹.

Zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisindeki zehirli ağaç hukuka aykırı polis davranışını gösterir¹¹⁰. Meyveler ise, hem bu hukuka aykırı davranış sonucunda doğrudan elde edilen birincil delilleri, hem de yine bu hukuka aykırı davranış sonucunda dolaylı olarak elde edilen türev delilleri ifade eder. Örneğin hukuka aykırı bir arama işlemi sırasında finansal kayıtlar saptanmış olsun. Burada hukuka aykırı arama işlemi zehirli ağacı; hukuka aykırı arama işlemi sonucunda doğrudan, birincil delil olarak elde edilen finansal kayıtlar ise meyveleri ifade eder. Şayet bu finansal kayıtlar daha sonra polis tarafından soruşturmayı yönlendirmek için kullanılır ve bunun sonucunda birtakım deliller elde edilirse, bu deliller de hukuka aykırı arama işlemi sonucunda dolaylı olarak elde edilen, türev delil kategorisinde meyveleri ifade eder¹¹¹.

¹⁰⁵ GEYER, Florian, “Zehirli Ağacın Meyvesi” (çev. B. Başak Uluçay ve B. Hocaoglu), **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat** (der.Y. Ünver), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 458.

¹⁰⁶ SALTZBURG / CAPRA, **2004**, 535.

¹⁰⁷ FERDICO, **2002**, 81; GARDNER / ANDERSON, **2010**, 183.

¹⁰⁸ GARDNER / ANDERSON, **2010**, 183; MELLIFONT, **2007**, 99; JONES, **1966-1967**, 17.

¹⁰⁹ SALTZBURG / CAPRA, **2004**, 535.

¹¹⁰ GARDNER / ANDERSON, **2010**, 187.

¹¹¹ MELLIFONT, **2007**, s. 99.

B. Zehirli Ağacın Meyvelerinin Dışlanması Öğretisinin İşlevi ve Tarihi Gelişimi

Zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisine göre dışlama kuralları sadece anayasal hakların doğrudan ihlal edilmesiyle elde edilen delillere değil, ayrıca böyle bir ihlalden dolayı olarak elde edilen delillere de uygulanır¹¹². Dolayısıyla anayasaya aykırı olarak elde edilen birinci nesil bir delilin sonucu olarak elde edilen ikinci nesil türev delil de değerlendirme dışı bırakılmalıdır¹¹³. Başka bir deyişle, hukuka aykırı bir arama ve el koymadan türetilen deliller de yargılamada kabul edilemez¹¹⁴. Örneğin, hukuka aykırı bir şekilde bir eve giren (zehirli ağaç) polis evde bulduğu kilitli depoya ait anahtar hukuka aykırı girişin doğrudan sonucu olduğu için (birinci nesil meyve) delil olarak değerlendirilemez. Polisin bu anahtarı kullanmak suretiyle kilitli depoyu açarak bulduğu yasadışı maddeler ise, hukuka aykırı girişin dolaylı sonucu (ikinci nesil, türev meyveler) olduğu için değerlendirme dışı bırakılır¹¹⁵.

Zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisi dışlama kurallarını türev delilleri kapsayacak şekilde genişlettiğinden¹¹⁶, türev delil kuralı¹¹⁷ olarak da, adlandırılır¹¹⁸. Belirtmek gerekir ki, bu öğretiye göre hukuka aykırı surette elde edilmiş delillerdeki hukuka aykırılık, bu deliller vasıtasıyla elde edilen delillere de sirayet ettiği için ve onları da hukuka aykırı hale getirdiğinden¹¹⁹, elde edilen türev delillerden türetilen diğer türev deliller de hukuka aykırı hale gelir¹²⁰. Örneğin, şüphelinin ifadesinin Miranda gereklerine uyulmadan veya işkence yapılarak alınması durumunda elde edilebilecek ikrar polisin hukuka aykırı davranışının ürünü olacağı için delil olarak değerlendirilemez. İkrarda bulunan şüphelinin polise cinayet silahını sakladığı yeri

¹¹² SIEGEL / WORRAL, 2014, s. 307.

¹¹³ CANTRELL, 2014, s. 487.

¹¹⁴ SCHEB II / SCHEB, 2002, s. 412.

¹¹⁵ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 183.

¹¹⁶ SIEGEL / WORRAL, 2014, s. 307.

¹¹⁷ Derivative evidence rule

¹¹⁸ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 183; FERDICO, 2002, s. 81; SIEGEL / WORRAL, 2014, s. 307.

¹¹⁹ DEMİRBAŞ, 2013, s. 353; ŞEN, 1998, s. 151.

¹²⁰ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 183.

söylemesi halinde, polis bu silahı hukuka uygun bir davranışla elde etmese bile başlangıçtaki hukuka aykırı davranışın ürünü olduğundan şüphelinin suç ile olan bağlantısını ispatlamak için zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisine göre delil olarak kullanılamaz. Ayrıca bu öğretiye göre yalnızca silah değil, aynı zamanda bu silahtan elde edilecek parmak izi, balistik test gibi herhangi bir delil de değerlendirme dışı bırakılacaktır¹²¹.

Zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisinin temeli 1920 tarihli Silverthroner Lumber Co. v. United States davasına¹²² dayanır. Bu davada Yüksek Mahkeme, olaydaki arama ve el koyma işleminin 4. eki ihlal ettiğine; arama ve el koymanın zehirli ağaç, orijinal belgelerden üretilen fotoğraf ve kopyaların ise, bozulmuş meyveler olduğuna; bu meyvelerin hiçbir şekilde Silverthroner'a karşı delil olarak kullanılamayacağına hükmetmiştir¹²³.

Yüksek Mahkeme 1939 tarihli Nardone v United States davasında zehirli ağacın meyveleri terimini kullanmıştır¹²⁴. Nardone v United States davasına kadar zehirli ağacın meyveleri metaforu kullanılsa da, esasen uygulama bu yönde olmuştur¹²⁵. Nardone v United States davasında değerlendirme dışı bırakılan delil, dinleme

¹²¹ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 183.

¹²² Silverthroner Lumber Co. v. United States davasında Frederick W. Silverthroner federal kanunu ihlalden tutuklanmıştır. Bu tutuklamanın ardından Silverthroner Kereste Şirketi'nin ofisine giden polis arama işlemi gerçekleştirmiş, aranan tüm materyalleri fotoğraflamış ve kopyalamıştır. Yerel mahkeme orijinal kitap ve dokümanların Silverthroner'a geri verilmesini emretmiştir. Ancak Büyük Jüri, orijinal kitap ve dokümanları mahkemeye istemiş ve yerel mahkeme de bu çağrıya uyulmasını emretmiştir. Fakat Silverthroner orijinal kitap ve dokümanları getirmeyi reddetmiştir. Yerel mahkeme bu belgelerin fotoğraf ve kopyalarına dayanarak Silverthroner Kereste Şirketi'ni 250 dolara mahkûm etmiş ve mahkemeye itaatsizlikten dolayı Silverthroner'un tutuklanmasını emretmiştir. Mahkeme hükmünün Yüksek Mahkeme'deki temyiz davasında Yüksek Mahkeme söz konusu olaydaki arama ve el koyma işleminin 4. Eki ihlal ettiğine; arama ve el koymanın zehirli ağaç, orijinal belgelerden üretilen fotoğraf ve kopyaların ise, bozulmuş meyve olduğuna; bu meyvelerin hiçbir şekilde Silverthroner'a karşı delil olarak kullanılamayacağına hükmederek yerel mahkemenin para cezası ve mahkemeye itaatsizlik hükmünü bozmuştur. CANTRELL, 2014, s. 497-498.

¹²³ CANTRELL, 2014, s. 496.

¹²⁴ SALTZBURG / CAPRA, 2004, s. 535.

¹²⁵ CANTRELL, 2014, s. 496.

cihazlarının hukuka aykırı kullanımı suretiyle yapılan bir dinleme işleminde görüşmenin içeriğinden elde edilmiştir¹²⁶.

Yüksek Mahkeme 1963 tarihli Wong Sun v. United States davasıyla ise, zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisini 4. ekin ihlali suretiyle elde edilen ve tanıklığa dayanan delilleri değerlendirme dışı bırakmak için genişletmiştir¹²⁷. Wong Sun olayında narkotik ajanları hukuka aykırı bir şekilde Toy'a ait çamaşırhaneye girmiş ve onu konakladığı bölümde yakalayarak kendisine kelepçe takmışlardır. Toy, Yee'nin uyuşturucu sattığını ajanlara söylemiştir. Bunun üzerine ajanlar Yee'nin evine gitmişlerdir. Yee onlara, eroini kendisine Toy ve Wong Sun'ın verdiğini söylemiş, ardından ajanlar Wong Sun'ın izini bulmuş ve onu yakalamışlardır. Kefaletle serbest bırakılan Wong Sun birkaç gün sonra gönüllü olarak geri dönmüş ve narkotik ajanlarına sözlü itiraflarda bulunmuştur. Toy ve Wong Sun birlikte yargılanmışlardır. Toy, kendi ifadelerinin ve el konulan eroinin hukuka aykırı olarak yapılan arama ve yakalama işlemlerinin meyveleri olduğunu iddia etmiştir¹²⁸. Yargılamada hem Toy'un odasında söylediği sözler hem de Yee'nin teslim ettiği eroin delil olarak kabul edilmiş ve sanıkların her ikisi de suçlu bulunarak mahkûm edilmişlerdir. Temyiz yargılamasında ise, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi Toy'un yatak odasında söylediği sözleri ve Yee tarafından teslim edilen eroini zehirli ağacın meyveleri olarak nitelendirmiştir¹²⁹.

Belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda AY m. 38/6 ve CMK m. 217/2 karşısında delillerin elde edilişi sırasında herhangi bir şekilde hukuka aykırılığın yapılmış olması, söz konusu delillerin hükme esas alınmasına kesin bir şekilde engeldir. Hukuka aykırı delillerin elde edilişlerinin doğrudan doğruya ya da dolaylı olmasının hiçbir önemi yoktur.¹³⁰ Hem hukuka aykırı olarak elde edilen delil, hem de bu delilden türetilen ve kendisi de hukuka aykırı olan türemiş delil aynı hükümlere tabidir¹³¹. Bu nedenle zehirli

¹²⁶ MELLIFONT, 2007, s. 99.

¹²⁷ CANTRELL, 2014, s. 496.

¹²⁸ FERDICO, 2002, s. 83.

¹²⁹ CANTRELL, 2014, s. 499.

¹³⁰ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM vd., 2016, s. 415.

¹³¹ CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 745.

ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisinin Türk hukuku bakımından da uygulanabilir olduğunu ifade edebiliriz. Bununla birlikte Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 29.11.2005 gün, 2005/7-144 E. ve 2005/150 K. sayılı kararında¹³² hukuka aykırı delillerin uzak etkisini kabul etmemiştir¹³³.

C. Zehirli Ağacın Meyvelerinin Dışlanması Öğretisi ve Miranda Uyarıları

Zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisi sadece kişilerin anayasal hakları ihlal edildiği zaman uygulanır. Eğer ihlal anayasal boyutta değilse ne dışlama kuralı ne de zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisi uygulanır¹³⁴. Buna göre, Anayasası'nın 4. ekini ihlal eden polis davranışları söz konusu olduğunda, hukuka aykırı arama ve el koyma neticesinde elde edilen deliller değerlendirme dışı bırakılır¹³⁵. Zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisi, 4. ekin amaçlarını gerçekleştirmek için hukuka aykırı polis davranışının engellenmesini ve bunun için meyvelerin değerlendirme dışı bırakılmasını haklı görür¹³⁶. Polisin Miranda uyarılarını hatırlatmaması durumunda ise, Miranda dışlama kuralı Miranda ihlallerinin sonucu olarak elde edilen birinci nesil delillerin kendiliğinden dışlanması sonucunu doğurur¹³⁷. Miranda dışlama kuralının ihlalinin anayasal bir ihlal olarak kabul edilmesi zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisine zemin hazırlar¹³⁸. Amerikan mahkemeleri Miranda dışlama kuralı ihlalinin anayasal bir ihlal olarak kabul edilmesi ve böyle bir ihlal neticesinde elde edilen deliller hakkında zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması

¹³² “Hukuka aykırı yapılan aramadan bir gün sonra, adli kollukta şüpheliden alınan ifadenin hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği, bu ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma aşamalarında sanığın hakkındaki ihbarla uyum gösteren ve hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında, uyuşturucu madde elde etmek amacıyla izinsiz hint keneviri ekmek suçunun sübut bulunduğu sonucuna oy çokluğu ile varılmıştır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.11.2005 tarih ve 2005/7-144 Esas ve 2005/150 Karar sayılı kararı için bkz. ŞEN, Ersan, **Yorumluyorum-Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 151-152.

¹³³ ŞEN, 2011, s. 151-152.

¹³⁴ FERDICO, 2002, s. 81.

¹³⁵ JONES, 1966-1967, s. 17.

¹³⁶ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 187.

¹³⁷ CANTRELL, 2014, s. 508.

¹³⁸ CANTRELL, 2014, s. 491.

öğretisinin uygulanması konusunda¹³⁹ farklı kararlar vermiştir¹⁴⁰. Örneğin, Dickerson v. United States davasında Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, Osburn v. State davasında ise Arkansas Yüksek Mahkemesi Miranda dışlama kuralı ihlalinin anayasal nitelikte bir ihlal olduğu görüşünü savunmuştur.

2000 yılındaki Dickerson v. United States davasında başvuru Dickerson banka soygunu gerçekleştirmek, banka soygunu için kumpas kurmak ve cebir suçu işlemek için ateşli silah kullanmak fiillerini işlemekle suçlanmıştır. Dickerson duruşmadan önce federal sorgulama ofisinin bir bürosunda vermiş olduğu ifadelerin, sorgulamadan önce kendisine Miranda uyarıları hatırlatılmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılmasını talep etmiştir. District Mahkemesi Dickerson'ın bu talebini kabul etmiştir¹⁴¹. Davanın temyizinde Amerikan Yüksek Mahkemesi Miranda uyarılarının anayasal nitelikte kurallar olduğuna kanaat getirmiştir¹⁴².

Arkansas Yüksek Mahkemesi tarafından 25 Haziran 2009 yılında karara bağlanan Osburn v. State davasında ise, Mahkeme 17 yaşındaki Casey Clowder'in ölümü ile sonuçlanan olayda sanık Kenneth Ray Osburn hakkında verilen ölüm cezası hükmünü bozmuştur. Osburn'un Clowder'i öldürdüğününe ilişkin her iki itirafı da Mahkemece kabul edilmemiştir. Mahkeme, ilk itirafı polisin Miranda savunma avukatından yararlanma uyarısını ihlal ederek elde ettiği için, ikinci itirafı ise, Miranda uyarısı ihlalinin zehirli ağacın meyvesinin dışlanması öğretisini sonuçlayan 5. ek ihlali olduğunu kabul ettiği için geçerli saymamıştır¹⁴³.

Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi Knapp v. State ve Patane v. United States davalarında ise, Miranda uyarılarının anayasal nitelikte olmayan önleyici kural

¹³⁹ Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisi yalnızca anayasal ihlalin söz konusu olduğu hallerde uygulanır. Oysa Miranda müdafiden yararlanma hakkı anayasal bir hak değil, 5. Ekteki kendini zorla suçlama yasağını güvence altına almak için tasarlanan bir tedbir niteliğindedir. Dolayısıyla zorlayıcı olmayan Miranda ihlali zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisini harekete geçirmez. CANTRELL, 2014, s. 507.

¹⁴⁰ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 187.

¹⁴¹ SCHEB II / SCHEB, 2002, s. 442.

¹⁴² THAMAN, 2014, 435.

¹⁴³ CANTRELL, 2014, 492.

olduğuna kanaat getirmiştir. Knapp v. State davasına konu olayda, soruları cevaplandırmak üzere polis merkezine davet edilen bir cinayet şüphelisi bunun için hazırlanırken, kendisini polis merkezine götürecekle polis memuruna evinde beklemesi için izin vermiştir. Polis memuru Miranda uyarılarını hatırlatmaksızın şüpheliye önceki gece, yani cinayet gecesi ne giydiğini sormuştur. şüpheli bir kazağı işaret etmiş ve polis memuru bu kazağa el koymuştur. Sonrasında DNA testleri kazağın üzerinde kurbanın kanının varlığını ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine diğer delillere de dayanılarak şüpheli cinayete suçlanmıştır. Sanık hem Miranda uyarıları öncesinde polise yaptığı açıklamaların hem de bu açıklamalar sonucunda el konulan fiziksel delillerin dışlanması gerektiğini ileri sürmüştür. Savcılık ise, sanık açıklamalarının dışlanması gerektiğini, fakat fiziksel delillerin kabul edilmek zorunda olduğunu ileri sürmüştür. Wisconsin Yüksek Mahkemesi fiziksel delillerin zehirli ağacın meyveleri olarak dışlanması gerektiğine hükmetmiştir. Buradaki zehirli ağaç sanığa Miranda uyarısını kasten hatırlatmamaktır. İhlal kasıtlı olduğundan, mahkeme delilin değerlendirme dış bırakılması gerektiği sonucuna varmıştır. Wisconsin Yüksek Mahkemesi'nin kararı Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi tarafından bozulmuş ve dava iade edilmiştir. Bunun üzerine Wisconsin Yüksek Mahkemesi 2005 yılında vermiş olduğu kararda Wisconsin Devlet Anayasası'nın 1. maddesinin 8. fıkrasına uyarınca kasıtlı polis davranışı söz konusu olduğu için fiziksel delilin dışlanmak zorunda olduğuna hükmetmiřtir¹⁴⁴.

2004 yılındaki Patane v. United States davasında ise, 10. Temyiz Mahkemesi polisin Miranda uyarısını hatırlatmadaki ihmali sonucu elde edilen fiziksel delillerin değerlendirme dış bırakılmasına hükmetmiştir. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi ise, 5. ekin kendi kendini suçlamama maddesinin, Miranda uyarıları hatırlatılmaksızın gönüllü açıklamaların bir sonucu olarak elde edilen fiziksel delillerin dışlanmasını

¹⁴⁴ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 188-189.

gerektirmediği gerekçesiyle¹⁴⁵ Miranda uyarılarının anayasal nitelikte olmayan önleyici kurallar olduğu görüşünü savunmuştur¹⁴⁶.

IV. ZEHİRLİ AĞACIN MEYVELERİNİN DIŞLANMASI ÖĞRETİSİNİN İSTİSNALARI

Polisin suistimalini engelleme ihtiyacı dolayısıyla savunulan¹⁴⁷ dışlama kuralları ve uygulamaları geniş eleştiri konusu yapılmıştır. Kurallara karşı temel itiraz, dışlamanın güvenlik koruması faydası karşılığında toplumun yüksek bir maliyet ödediğidir¹⁴⁸. Dışlama kuralları savunucuları genellikle bu kuralların polislerin hukuka aykırı davranışlarını engellemek için gerekli olduğunu ve engellemeyi gerçekleştirmek için tek pratik alternatif olduğunu iddia etmişlerdir¹⁴⁹. Bu görüşe karşı olanlar ise, dışlama kurallarının amacı olan uygunsuz polis davranışını engellemenin teorik olarak bütün vatandaşlara fayda sağladığını; fakat çoğu olayda kurallardan doğrudan doğruya yararlananların, eğer delil değerlendirme dışı bırakılmasaydı mahkûm edilecek kişiler olduğunu¹⁵⁰, böylece kuralların topluma bir polis memurunun hatasından dolayı suçluların özgür olması gibi yüksek bir maliyeti dayattığını ileri sürmüşlerdir¹⁵¹.

Bu maliyeti dikkate alan Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi bazı hallerde anayasal hakların ihlal edilmediğine ilişkin kararlar vermiştir¹⁵². Yüksek Mahkeme fayda-maliyet analizini göz önünde bulundurarak, delilleri değerlendirme dışı bırakmanın hukuka aykırı davranışı engelleme olasılığının yetersiz olduğu durumlarda

¹⁴⁵ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 188.

¹⁴⁶ THAMAN, 2014, s. 435; Sterling v. United States davasında ise, 4. Temyiz Mahkemesi Miranda uyarıları hatırlatılmaksızın sanığın yaptığı açıklamalar neticesinde ele geçirilen silahın delil olarak kabul edilmesini onaylamıştır. Mahkeme açıklamaların gönüllü olduğu sürece fiziksel delillerin asla zehirli ağacın meyveleri olamayacağı sonucuna varmıştır. GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 188.

¹⁴⁷ SCHEB II / SCHEB, 2002, s. 412.

¹⁴⁸ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 194.

¹⁴⁹ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 181.

¹⁵⁰ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 194.

¹⁵¹ SCHEB II / SCHEB, 2002, s. 412.

¹⁵² OPTICAN, 2006, s. 20.

hem birincil hem de türev delillere uygulanabilen birtakım istisnalar getirmiştir¹⁵³. Bu istisnalar, iyi niyet istisnası, bağımsız kaynak istisnası, zayıflama (veya tasfiye edilmiş kusur) istisnası ve kaçınılmaz bulgu istisnasıdır¹⁵⁴.

Öğretide Değirmenci'ye göre, hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde kullanılmaması, ceza muhakemesinin sağlıklı işlememesi, işlenen suçların ortaya çıkarılmaması, suç işleyen kişiler bakımından cezasız kalması gibi etkilere sahip olacaktır. Bu etkiler Amerikan hukukunda olduğu üzere yargı kararlarıyla istisnalar yaratılmak suretiyle giderilebilir¹⁵⁵. Kanaatimizce Amerikan hukukunda delilleri dışlamanın hukuka aykırı davranışı engelleme olasılığının yetersiz olduğu hallerde hem birincil hem de türev deliller açısından getirilen istisnalar Türk hukuku bakımından uygulanamaz. Çünkü Amerikan hukukundaki dışlama kuralları ve uygulamaları kolluğun kötü davranışını engelleme amacına dayandırılmaktadır. Oysa Türk hukukundaki dışlama kuralları yalnız kolluğa değil, herkese hitap etmektedir. Bununla birlikte, sanık lehine olduğu tespit edilen hukuka aykırı delilin masum bir kişinin cezalandırılmaması için istisnai olarak soruşturma ve kovuşturmada değerlendirilebileceği görüşündeyiz. Böylece, sanığı aklayan ya da en azından onun hakkındaki suçun ispatını şüpheli hale sokan hukuka aykırı fakat güvenilir bir delil ortaya çıktığında, sanık suçsuz olduğu bilindiği halde ya da en azından şüphayle mahkûm edilmemiş olacaktır¹⁵⁶.

A. İyi Niyet İstisnası

İyi niyet istisnası¹⁵⁷ polislin hâkimden bir arama emri talep ettiği zaman iyi niyetli olarak hareket ettiği takdirde, teknik olarak kusurlu olsa bile bu arama emrini kullanarak

¹⁵³ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 184; MELLIFONT, 2007, s. 123; DÜLGER, Murat Volkan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyveleri Öğretisi)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.521.

¹⁵⁴ MELLIFONT, 2007, s. 123 vd.

¹⁵⁵ DEĞİRMENCİ, Olgun, **Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil**. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 435.

¹⁵⁶ ŞEN, Ersan, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 116.

¹⁵⁷ “The Good Faith Exeption”

elde ettiği delillerin ceza yargılamasında kullanılabilceği prensibine dayanır¹⁵⁸. Amerikan Yüksek Mahkemesi, iyi niyet istisnasını Anayasa'nın 4. ekinin devlet görevlilerince yapılan aramalar üzerindeki kısıtlamaları sınırlandırmak üzere 1984 yılında Leon v. United States davasında kullanmıştır¹⁵⁹. Bu davada polis memurları geçerli olduğuna iyi niyetli olarak inandıkları, ancak aslında kusurlu olan bir arama emrini icra etmişlerdir¹⁶⁰. Yüksek Mahkeme, hukuka aykırı delileri dışlama kuralının, polisin tarafsız ve bağımsız bir hâkim tarafından verilmiş bir arama kararına makul olan bir güvenle hareket ederek elde ettiği delillerin, sonradan hatalı bulunan arama kararından dolayı kullanılmasını engellemek için uygulanmaması gerektiğini belirtmiştir¹⁶¹. İyi niyet istisnası şüphelinin temel anayasal haklarını ihlal etmeyen, teknik bir hata içeren bir arama emrinin icrası suretiyle elde edilen delillerin kullanılabilmesine müsaade eder.¹⁶² Mahkeme dışlama kuralının hâkimlerin hatalarını cezalandırmaktan ziyade polisin kötü davranışlarını engellemeyi düzenlediğini ifade etmiştir¹⁶³. Bununla birlikte, bir hâkimin kasıtlı bir şekilde yanıtılması veya makul olmayan şekilde eksik olan bir arama emrinin polis tarafından bilinerek kullanılması delil dışlama kuralına temel teşkil eder¹⁶⁴.

B. Bağımsız Kaynak İstisnası

Bağımsız kaynak istisnası anayasal ihlal neticesinde elde edilen hukuka aykırı bir delilin aynı zamanda tamamen bağımsız bir kaynaktan da elde edilmesi halinde ceza yargılamasında kullanılabilmesine izin verir¹⁶⁵. Bağımsız kaynak öğretisine göre, polisin hukuka aykırı davranışı sonucunda bir delil elde edilebilir. Aynı delil, aynı zamanda hukuka uygun olarak başka bir kaynaktan da elde edilebilir. Şayet hukuka

¹⁵⁸ SIEGEL / WORRAL, 2014, s. 307.

¹⁵⁹ BLUMENFELD, 1990, s. 233; FERDİCO, 2002, s. 85; GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 208.

¹⁶⁰ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 208.

¹⁶¹ BLUMENFELD, 1990, s. 233.

¹⁶² GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 208.

¹⁶³ FERDİCO, 2002, s. 85; GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 208.

¹⁶⁴ SIEGEL / WORRAL, 2014, s. 307.

¹⁶⁵ FERDİCO, 2002, s. 85; SIEGEL / WORRAL, 2014, s. 307.

uygun olan ikinci delil kaynağı bağımsız ise ve hukuka aykırı davranışla bozulmamış ise, bu delil yargılamada kabul edilebilir¹⁶⁶. Bağımsız kaynak istisnası hemen hemen değerlendirme dışı bırakma kuralı kadar eskidir. 1920’de Silverthorn Lumber Co. Inc. v. United States davasında mahkeme hukuka aykırı polis davranışı sebebiyle elde edilen gerçeğin kutsal ve ulaşılmaz olmadığını ifade etmiştir¹⁶⁷. Bir başka olayda, bir umumi mağazaya hukuka aykırı şekilde giren federal ajanlar burada esrar balyaları görmüşlerdir. Federal ajanlar daha sonra, hukuka aykırı girişi referans yapmadan arama iznine başvurmuşlardır. Yüksek Mahkeme haklı gerekçe ile izin verilen arama işleminin, reddedilen delilin bağımsız kaynağı olup olmadığının tespiti dolayısıyla davayı olay mahkemesine geri göndermiştir¹⁶⁸.

C. Zayıflama İstisnası

Zayıflama öğretisine göre, hukuka aykırı polis davranışlarının dolaylı bir sonucu olarak delillerle karşılaştığında, soruşturma, hukuka aykırı davranış ve bulgu arasındaki bağlantının zayıflama derecesine odaklanır¹⁶⁹. Şayet hukuka aykırı polis davranışı meydana geldikten kısa süre sonra bu davranış başka bir delilin bulunmasına yol açmışsa, zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisi hukuka aykırı davranış ile söz konusu delil arasındaki bağlantının varlığı konusunda makul bir çıkarım yapabilir. Ancak hukuka aykırı davranış ile yeni delil arasında kayda değer bir zaman aralığı bulunuyorsa,¹⁷⁰ hukuka aykırılık ve yeni delil (türev delil) arasındaki nedensel bağlantı, bozukluğu yok edecek kadar zayıflayabilir¹⁷¹. Böyle bir durumda söz konusu delili elde

¹⁶⁶ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 185 .

¹⁶⁷ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 185; FREY, William F., “Criminal Procedure- Fruit of The Poisonous Tree-Exclusionary Rule Applied with Greater Reluctance to Live Witness Testimony”, 25 **Wayne Law Review** Year: 1979, Volume: 25, Issue: 3, p. 936. <http://heinonline.org> (erişim tarihi: 23.10.2018).

¹⁶⁸ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 185 .

¹⁶⁹ FERDICO, 2002, s. 82.

¹⁷⁰ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 186.

¹⁷¹ KACZYNSKI, 1983, s. 90.

edebilecek bağımsız bir kaynak da yoksa bu delil ceza yargılamasında kabul edilebilir¹⁷².

Zayıflama istisnası ilk olarak 1939 Nardone v. United States davasında ortaya çıkmıştır¹⁷³. 1963 tarihli Wong Sun v. United States davasında ise, Mahkeme Wong Sun'ın hukuka uygun bir ithamın ardından kefaletle serbest bırakıldığını ve birkaç gün sonra beyanda bulunmak için gönüllü olarak geri döndüğünü; yakalama ve beyan arasındaki bağlantının bozulmayı yok edecek kadar zayıflattığını ifade etmiştir¹⁷⁴.

D. Kaçınılmaz Bulgu İstisnası

Kaçınılmaz bulgu istisnasına göre, polisin hukuka aykırı davranışı bazı delillere bulaşmış ve bunları bozmuşsa/lekelemişse, bu deliller ve bunlardan türeyen diğer deliller ceza yargılamasında kullanılamaz¹⁷⁵. Ancak polisin yaptığı hukuka aykırı davranışa rağmen, aynı delillerin sürmekte olan soruşturmanın gidişatına göre zaten kesin olarak bulunacağı ve polisin de, bulguyu hızlandırmak için kötü niyetle hareket etmediği ispatlanırsa, bu deliller yargılamada kabul edilebilir¹⁷⁶.

Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi kaçınılmaz bulgu öğretisini 1984 Nix v. Williams davasında kabul etmiştir. Davaya konu olayda, kaybolan on yaşındaki bir kız çocuğu için polis bir arama başlatmıştır. Arama devam ederken polis bir şüpheliyi hukuka aykırı bir şekilde sorgulamış ve kurbanı ait cesedin yerini öğrenmiştir. Kurbanın cesedi arama yapılacak alanda bulunarak aramaya son verilmiştir. Sanığın, cesedin bulunmasına yol açan ancak hukuka aykırı olarak elde edildiği için cesede ilişkin delilleri kabul edilmez kılan beyanına rağmen mahkeme delilleri kabul etmiştir¹⁷⁷. Mahkeme'ye göre, ceset görünür durumda olduğundan ve çok sayıda polis

¹⁷² FERDICO, 2002, s. 82.

¹⁷³ FERDICO, 2002, s. 84.

¹⁷⁴ FERDICO, 2002, s. 83.

¹⁷⁵ GARDNER / ANDERSON, 2010, s. 185.

¹⁷⁶ KACZYNISKI, 1983, s. 91.

¹⁷⁷ FERDICO, 2002, s. 84.

memuru onu aradığından dolayı sanığın hukuka aykırı olarak sorgulanmasından sağlanan bilgi olmasaydı dahi her halükârda cesede ulaşılmış olacaktı¹⁷⁸.

SONUÇ

Günümüz ceza muhakemesinde hukuka aykırı delillerin akıbeti söz konusu olduğunda ilk akla gelen yaklaşımlardan biri, “zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisi”, dolayısıyla Amerikan hukukundaki dışlama rejimidir. Geçmiş dönemlerde hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında çoğu kez kabul edildiği Amerikan hukukunda, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi’nin 1914 yılında *Weeks v. United States* davasında verdiği kilometre taşı niteliği taşıyan karardan itibaren dışlama rejimi tercih edilmektedir. Amerikan hukukundaki dışlama rejimi caydırıcılık prensibi temelinde, Amerikan Haklar Bildirgesi’nde yer alan ekler bağlamında mahkeme kararlarıyla oluşturulmuş dışlama kurallarından, bunların uygulamalarından ve istisnalarından meydana gelmektedir. Dışlama kuralları zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisiyle türev delilleri kapsayacak şekilde genişletildiğinden, yalnızca anayasal hakların doğrudan ihlal edilmesiyle elde edilen deliller değil, ayrıca böyle bir ihlalden dolayı olarak elde edilen delillere de dışlanmaktadır.

Görüşümüze göre, zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisi Türk hukuku bakımından da uygulanabilir. Nitekim Türk hukukunda AY m.38 ile CMK m.217/2 hükümlerine göre, doğrudan veya dolaylı bir şekilde hukuka aykırı olarak elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz. Bununla birlikte Amerikan hukukunda delilleri dışlamanın hukuka aykırı davranışı engelleme olasılığının yetersiz olduğu hallerde hem birincil hem de türev deliller açısından getirilen istisnalar Türk hukuku bakımından uygulanamaz. Çünkü Amerikan hukukundaki dışlama kuralları ve uygulamaları kolluğun kötü davranışını engelleme amacına dayandırılmaktadır. Oysa Türk hukukundaki dışlama kuralları yalnız kolluğa değil, herkese hitap etmektedir. Bunun bir sonucu olarak özel kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı deliller de dışlama rejimine tabi tutularak değerlendirme dışı bırakılmaktadır.

¹⁷⁸ SIEGEL / WORRAL, 2014, s. 308.

KAYNAKÇA

- BIÇAK, Vahit, **Suç Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.
- BIÇAK, Vahit, “Usulsuz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Yıl: 1996, Sayı: 17-18, (s. 247-259). http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/fe47225d2744940_ek.pdf?dergi (erişim tarihi: 05.07.2014).
- BLUMENFELD, Michael. B., “Fourth Amendment”, **Casenotes. Constitutional Law Journal**, Year: 1990, Volume: 1, Issue:1, (pp.223-254). <http://heinonline.org> (erişim tarihi: 23.10.2018).
- CAENEGEM, William Van, “New Trends in Illegal Evidence in Criminal Procedure: General Report”, **Common Law**, Year: 2007 (1-31). http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/223 (erişim tarihi: 30.10.2018).
- CANTRELL, Michael A., “Anayasal Yarı Gölge ve Önleyici Haklar: Müdafiden Yararlanma Hakkı ve Zehirli Ağacın Meyveleri” (çev. S. Kama). **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat** (ed.Y. Ünver), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, (s. 487-521).
- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.
- CHOO, Andrew L.-T. / NASH, Susan, “Improperly Obtained Evidence in the Commonwealth: Lessons for England and Wales”, **The International Journal of Evidence & Prof**, Year: 2007, Volume: 11, Issue: 2 (pp. 75-105). <http://heinonline.org> (erişim tarihi: 23.10.2018).
- CİHAN, Erol / YENİSEY, Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukuku**. Beta Yayınevi, İstanbul, 1998.
- DEĞİRMENCİ, Olgun, **Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil**. Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- DEMİRBAŞ, Timur, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

- DÜLGER, Murat Volkan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyveleri Öğretisi)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- FERDICO, John N., **Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional**, Calif: Wadsworth/Thomson Learning, Belmont, 2002.
- FREY, William F., “Criminal Procedure- Fruit of The Poisonous Tree-Exclusionary Rule Applied with Greater Reluctance to Live Witness Testimony”, **25 Wayne Law Review**, Year: 1979, Volume: 25, Issue: 3 (pp. 935-950). <http://heinonline.org> (erişim tarihi: 23.10.2018).
- GARDNER, Thomas J. / ANDERSON Terry M., **Criminal Evidence Principles and Cases**, Cengage Learning, Wadsworth, 2010.
- GEE, Donald, “The Independent Source Exception to The Exclusionary Rule: The Burger Court’s Attempted Common Sense Approach and Resulting “Cure-All” to Fourth Amendment Violations”, **28 Howard Law Journal**, Year: 1985, Volume: 28, Issue: 4 (pp. 1005-1050) (erişim tarihi: 23.10.2018).
- GEYER, Florian, “Zehirli Ağacın Meyvesi” (çev. B. Başak Uluçay ve B. Hocaoğlu), **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat** (ed.Y. Ünver), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, (s. 457-487).
- GIBSON, Roger, C., “Illegally Obtained Evidence”, **31 U Toronto Faculty of Law Review** Year: 1973, Volume: 31 (pp. 23-44). <http://heinonline.org> (erişim tarihi: 23.10.2018).
- GOTTLIEB, David, “Amerikan Hukukunda Arama” (çev. F. Yenisey), **Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, **2006**, (s. 41-47).
- JONES, Luther E., “Fruit of Poisonous Tree” **South Texas Law Journal**, Year: 1966, Volume: 9, Issue:1 (pp. 17-22). <http://heinonline.org> (erişim tarihi: 23.10.2018).
- JONES, Luther E., “Admissibility of Confession in a State Prosecution”, **Baylor Law Review**, Year: 1977, Volume: 29, Issue:1 (pp. 1-29). <http://heinonline.org> (erişim tarihi: 23.10.2018).

- KACZYNSKI, Stephen. J., "Admissibility of Illegally Obtained Evidence: American and Foreign Approaches Compared", **101 Military Law Review**, Year: 1983, Volume: 101 (pp.83-166). <http://heinonline.org> (erişim tarihi: 23.10.2018).
- KANOVITZ, Jacqueline R., **Constitutional Law for Criminal Justice**, Routledge, Newyork and London, 2015.
- KARAKEHYA, Hakan, "Ceza Muhakemesinin Amacı", **İHFM**, Yıl: 2007, Cilt: 65, Sayı: 2, (s. 121-142).
- KAYMAZ, Seydi, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- KEANE, Adrian, **The Modern Law of Evidence**, Oxford University Press, 2006.
- KOCA, Mahmut, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı", **AÜEHFD**, Yıl: 2000, Cilt: IV, Sayı: 1-2, (s. 105-146).
- KOHN, Alan C. Admissibility in Federal Court of Evidence Illegally Seized by State Officers, **Washington University Law Quarterly**, Year: 1959, Issue: 3 (pp. 229-260).http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3328&context=law_lawre view (erişim tarihi: 30.10.2018).
- MARCUS, Paul, "Exclusion of Evidence in the United States", **American Journal of Comparative Law**, Supplement U.S. Law in an Era of Democratization, Oxford University Press, Year: 1990, Vol: 38 (pp. 595-610). <http://www.jstor.org/stable/840561> (erişim tarihi: 30.10.2018).
- MELLIFONT, Kerri, **The Derivative Imperative: How Should Australian Criminal Trial Courts Treat Evidence Deriving from Illegally or Improperly Obtained Evidence?** Thesis, Queensland University of Tecnology, 2007, [http://eprints.qut.edu.au/16388/1/Kerri Mellifont Thesis.pdf](http://eprints.qut.edu.au/16388/1/Kerri%20Mellifont%20Thesis.pdf) (erişim tarihi: 30.10.2018).
- OPTICAN, Scott, "Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda'da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar" (öz. N. Ziyalar ve M. Özaşçılar), **Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, (s. 18-40).

- ÖZBEK, V. Özer/ KANBUR, M. Nihat/ DOĞAN, Koray vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan vd., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- PEIRIS, G. L., “The Admissibility of Evidence Obtained Illegally: A Comparative Analysis”, **Ottawa Law Review**, Year: 1981, Volume: 13, Issue: 2 (pp. 309-343). <https://commonlaw.uottawa.ca> (erişim tarihi: 23.10.2018).
- SALTZBURG, Stephen A. / CAPRA, Daniel.J., **American Criminal Procedure: Cases and Commentary**, Thomson/West, St. Paul, Minn, 2004.
- SCHEB II, John M / SCHEB, John M, **Criminal Law and Procedure**, Wadsworth/Thomson Learning, Australia, 2002.
- SIEGEL, Larry J. / WORRAL, John L., **Introduction to Criminal Justice**, Cengage Learning, Wadsworth, 2014.
- SKINNIDER, Eileen, **Improperly Or Illegally Obtained Evidence: The Exclusionary Evidence Rule in Canada**, 2005, (pp. 1-82). <http://icclr.law.ubc.ca/files/publications/pdfs/> (erişim tarihi: 30.10.2018).
- SLOBOGIN, Christopher, “Aramadaki Dışlayıcı Kural ile Elkoyma Davaları Üzerine Karşılaştırmalı Bakış” (çev. S. Ak, E. Çufadar, C. Gökalp ve A. Tekin), **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat** (ed.Y. Ünver), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, (s. 679-708).
- ŞEN, Ersan, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**, İstanbul, 1998.
- ŞEN, Ersan, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- ŞEN, Ersan, **Yorumluyorum-Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

- THAMAN, Stephen C., “Karşılaştırmalı Hukukta Zehirli Ağacın Meyveleri” (çev. H. Akdağ), **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat** (ed.Y. Ünver), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, (s. 409-410).
- TOROSLU, Nevzat, “Hukuka Aykırı Deliller Sorunu”, **Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1995, (s. 55-58).
- TOSUN, Öztekin, **Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975.
- TOSUN, Öztekin, **Suç Muhakemesi Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1981.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- YARSUVAT, Duygun, **Ceza Muhakemesi Hukukuna Kanuna Aykırı Delillerin Geçerliliği**, Yıl: 2009. <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article2.pdf> (erişim tarihi: 05. 07. 2014).
- YENİSEY, Feridun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt: 2, Sayı: 4, (s. 5-60).
- YILDIZ, Ali Kemal, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.
- YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2004.

BİR CEZA YARGILAMASINA ELEŞTİREL BAKIŞ: YALAN TANIKLIK SUÇU İNCELEMESİ

A CRITIC FOR A SUPREME COURT DECISION ON PERJURY

Hakemli Makale
Mehmet Faruk KOÇAK*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	198
I. KARARA KONU OLAY HAKKINDA ÖN AÇIKLAMALAR	198
A. Olay	198
B. Çözümü Gereken Hukuki Sorun	200
C. Mercilerin Problemi Çözüm Tarzları	200
1. Savcılıkta ve Mahkemede Verilen Beyanlar Arasındaki Çelişkinin Yalan Tanıklık Suçunu Oluşturacağı	200
2. Adliyenin Yanıtılmaması Nedeniyle Maddi Unsurların Oluşmadığı, Halihazırda Aleyhinde Suçu Bildirmemeden Ötürü Süren Kovuşturma Nedeniyle Failden Kendisini Suçlayıcı Beyan Vermesinin Beklenemeyeceği	200
3. Beyanlar Arasındaki Çelişkinin Dolaylı Anlatım Nedeniyle Oluşan Bir Yorum Farkı Olduğundan Bahisle Manevi Unsurun Oluştuğunun Söylenemeyeceği	201
II. YALAN TANIKLIK SUÇU İNCELEMESİ	201
A. Korunan Hukuki Değer	201
B. Suçun Unsurları	202
1. Maddi Unsurlar	202
a) Fail	202
b) Mağdur	205
c) Konu	206
d) Fiil	206
2. Manevi Unsur	210
3. Hukuka Aykırılık Unsuru	212
4. Nitelikli Unsurlar	212

DOI: 10.32957/hacettepehdf.542221

Makalenin Geliş Tarihi: 20.03.2019

Makalenin Kabul Tarihi: 28.05.2019

* İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

ORCID: 0000-0002-9595-3474.

C. Kusurluluk.....	212
D. Suçun Özel Görünüş Biçimleri.....	213
III. DEĞERLENDİRMELER.....	215
A. Tartışması Yapılmamış Hukuki Sorunlar.....	215
B. Manevi Unsurun Değerlendirilmesi	217
C. Hukuka Aykırı Delil Tartışması.....	218
D. Nemo Tenetur İlkesi ve Kusurluluk	221
SONUÇ.....	227
KAYNAKÇA.....	228

ÖZ

Bu çalışmada Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2014 yılında yalan tanıklık suçu ile ilgili verdiği bir kararın analizi ile beraber yalan tanıklık suçunun incelemesi yapılmıştır. İlk olarak, karara konu olay izah edildikten sonra hangi yargı merciinin ne yönde karar verdiği açıklanmıştır. Bu şekilde mercilerin olayı çözüm tarzlarının ve çözülmesi gereken hukuki sorunun belirlenmesini takiben örnek yargı kararları ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ışığında yalan tanıklık suçunun incelemesi yapılmıştır. Son olarak ise karar metninde bulunmayan fakat olay dahilinde çözülmesi gereken hukuki sorunlar hakkında değerlendirilmede bulunmuş, yargı mercilerin birtakım görüşleri eleştirilmiştir. Manevi unsur hakkında değerlendirme yapılırken yalan tanık beyanları hakkındaki psikolojik araştırmalardan faydalanılmış, kusurluluk başlığında ise kişinin kendini suçlamaya zorlanamayacağını ifade eden *nemo tenetur* ilkesi, *istenemezlik* ilkesi çerçevesinde irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yalan tanıklık suçu, nemo tenetur ilkesi, kişinin kendisini suçlamaya zorlanamaması, karar analizi, istenemezlik ilkesi.

ABSTRACT

In this study, the General Assembly of Criminal Chambers of the Turkish Supreme Court's (*Yargıtay Ceza Genel Kurulu*) judgement on a case of perjury dated on 01.04.2014 was analyzed. Firstly, decisions of different judicial authorities were described in the frame of the concrete case. Thus, the legal problems that are to be resolved by the jurisdiction was determined. Secondly, the perjury was subjected to a review in the light of precedents and the comparative law. At the end of the article, legal problems rooted from the concrete case that were not discussed by the General Assembly of Criminal Chambers of the Supreme Court within the scope of their judgement were evaluated and certain decisions of judicial authorities were criticized. Surveys conducted by psychologists were taken into consideration in evaluating the *mens rea* element of the crime and the concept of faultiness was interpreted through discussing principles of *nemo tenetur* and impossibility of expectation.

Keywords: Perjury, nemo tenetur, not to be compelled to testify against himself or to confess guilt, judgement review, principle of impossibility of expectation.

GİRİŞ

İnsan doğasının nitelikleri gereği beş duyu organı ile algılanan bir olay, insan belleğine bir bilgisayara kaydedildiği gibi kaydedilmemektedir. Algılanan ve belleğe yerleşen veriler bir kez daha kullanılmak istendiğinde, beyin bu verileri tekrar yapılandırıp yorumlayarak “geri çağırılmaktadır”. Dolayısıyla bireyler, tanık oldukları olayları hakikate aykırı bir şekilde hatırlayabilmekte ve olayın hatırladıkları gibi gerçekleştiğine samimi şekilde inanabilmektedir. İnsan beyninin bu özelliği, yalan tanıklık suçunun manevi unsuru bakımından oldukça önemlidir.

Yalan tanıklık suçunun özellik gösterdiği bir başka nokta, kişinin kendini suçlamaya zorlanamayacağını ifade eden *nemo tenetur* ilkesiyle¹ ilgilidir. Kanun koyucu bu ilke doğrultusunda tanıktan kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmasını beklememiş, ona tanıklıktan çekinme hakkı tanımıştır. Bununla da sınırlı kalınmamış, tanığa bu hakkının bildirilmemesi yahut yalan tanıklık suçunu kendisinin veya yakınlarının soruşturulmasını gerektirebilecek bir hususla ilgili işlemesi halinde, ona ceza verilmeyeceği veya cezasının azaltılacağı yönündeki TCK m.273 hükmünü getirmiştir. Bununla beraber *nemo tenetur* ilkesi somut olay bazında değerlendirildiğinde, söz konusu ilkenin kusurluluk başlığı altında ve *istenemezlik* hali kapsamında da tartışılabileceği görülmektedir.

I. KARARA² KONU OLAY HAKKINDA ÖN AÇIKLAMALAR

A. Olay

Bir eğitim kurumunda öğrenci olan A'nın cinsel saldırı suçunun mağduru olduğu iddiasıyla adli soruşturma başlatılmıştır. Aynı kurumda öğretmen olarak görev yapan M, bu soruşturma kapsamında önce *savcılıkta*, sonra ise *mahkemede* tanık sıfatıyla dinlenmiştir. Fakat M, savcı huzurunda “A'nın kendisine *iğfal* edildiğini söylediğini” beyan etmesine rağmen duruşmada “tecavüz edildiğini söylemediğini, taciz edildiğini söylediğini” beyan etmiştir. Bunun üzerine M hakkında suçu bildirmeme ve yalan tanıklık suçları ile ilgili soruşturma başlatılmıştır.

¹ Öğretide yaygın olarak “*nemo tenetur* ilkesi” olarak anıldığı görülen söz konusu ilkenin adı, Latince “kimse kendine ihanet etmek zorunda değildir (*nemo tenetur se ipsum prodere*)” ve “kimse kendini suçlamak zorunda değildir (*nemo tenetur se ipsum accusare*)” deyimlerinden türemiştir. Kavram birliğinin temin edilmesi amaçlanarak bu çalışmada da “*nemo tenetur* ilkesi” terimi tercih edilmiştir. Detaylı açıklamalar için bkz. *Aşağıda* 117. dipnot ve III. kısmın D başlığı.

² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 01.04.2014, 2013/498 E., 2014/154 K. (lexpera.com.tr).

Sanık M bunun üzerine, yalan tanıklık suçu nedeniyle Boğazlıyan Ağır Ceza Mahkemesi'nde ("derece mahkemesi") yürütülen yargılama neticesinde 1 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Müdafinin talebi üzerine temyizen inceleme yapan Yargıtay 8. Ceza Dairesi, derece mahkemesinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünde değerlendirme yapmaması nedeniyle bozma kararı vermiştir. Derece mahkemesi, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin bozma kararına uyarak yeni bir yargılama yapmış ve somut olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılması şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle ilk mahkûmiyet hükmünü aynen tekrarlamıştır. Uygulamada *eylemlî uyma kararı* olarak adlandırılan bu kararın da müdafî tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya Yargıtay 4. Ceza Dairesinin ("Daire") önüne gelmiştir. Daire, yalan tanıklık suçunun olduğu ve suçu bildirmeme olgusunun halihazırdaki dosyayı etkilemeyen farklı bir suç olması gerekçeleriyle tebliğnamedeki görüşe iştirak etmeyerek derece mahkemesinin hükmünü onamış ve karar böylece kesinleşmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ("savcılık"), somut olaydaki *iğfal* olgusunun ancak bilirkişi marifetiyle belirlenebileceği; söz konusu tanık beyanı nedeniyle adliyenin yanıtılmadığı; tanığın olayı bizzat görmeyip yalnızca mağdurun beyanı üzerine bilgisine başvurulduğu; tanığın algılama biçiminin psikolojisi de dahil olmak üzere birçok etkenden etkilenebileceği; M'nin cinsel saldırı olgusunu öğrendiğini beyan etmesinin aleyhinde suçu bildirmeme ile ilgili soruşturma açılmasına neden olacağı için ondan beklenemeyeceği; soruşturma ve kovuşturma aşamalarındaki beyanlarının benzer olduğu ve *iğfal* olgusunun taciz şeklinde yorumlanmasının yalan tanıklık için "kesin delil oluşturamayacağı"³ gerekçeleriyle itiraz olağanüstü kanun yoluna başvurmuştur.

Dosya bunun üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ("Genel Kurul") önüne gelmiştir. Genel Kurul, sanığın olayı bizzat görmeyip yalnızca A'dan duyduklarını aktarması; A'nın olayı anlattığı sırada sanığın yanında bulunan diğer tanıkların da benzer ifadeler vermeleri; duyduklarını aktaran sanığın savcılıkta ve mahkemede verdiği beyanlar arasındaki kısmi çelişkinin olayı bizzat görmemesinden kaynaklı yorum farkı olarak değerlendirilebilecek mahiyette olması; cinsel saldırı suçundan yargılama yapan mahkemece kurulan mahkûmiyet hükmünde sadece sanık beyanına değil başka delillere de dayanılması hususlarını göz önünde bulundurmuş ve sanığın olay hakkında yalan söylediği veya tanıklık konusunu oluşturan hususlar hakkında bilgiyi bilerek kısmen veya tamamen sakladığı konusunda mahkûmiyeti

³ Türk Ceza Muhakemesi hukukunda kesin delil – kesin olmayan delil ayrımının bulunmadığı hakkında bkz. *Aşağıda* 91. dipnot. Bu çalışma ile söz konusu yargılamanın eleştirilmesi amaçlandığından mercilerin argümanları bu bölümde aynen aktarılmış, çalışmanın ilerleyen kısımlarında ise eleştirilmiştir.

gerektirecek derecede delil bulunmadığından bahisle suç unsurlarının oluşmadığına karar vererek oy çokluğu ile bozma kararı vermiştir. Altı üyeden oluşan azınlık görüşü ise atılı suçun oluştuğu düşüncesindedir.

B. Çözümü Gereken Hukuki Sorun

Derece mahkemesi ile Daire ve Genel Kurul görüşleri değerlendirildiğinde çözümü gereken hukuki sorun, savcılıkta ve mahkemede verilen tanık beyanları arasındaki çelişkinin yalan tanıklık suçunu oluşturup oluşturmadığı hususu olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat M'nin mahkemede tanık sıfatıyla beyan verdiği sırada daha önce savcılıkta verdiği ifadenin içeriği nedeniyle suçu bildirmeme suçundan ötürü kovuşturuluyor olması, *nemo tenetur* ilkesi ile yalan tanıklık suçu arasındaki ilişkiyi de çözülmesi gereken bir hukuki sorun haline getirmektedir.

C. Mercilerin Problemi Çözüm Tarzları

1. Savcılıkta ve Mahkemede Verilen Beyanlar Arasındaki Çelişkinin Yalan Tanıklık Suçunu Oluşturacağı

Derece mahkemesi, Yargıtay 8. ve 4. Ceza Daireleri ile Yargıtay Ceza Genel Kurulunun altı muhalif üyesinin savunduğu bu görüşe göre somut olaydaki veriler yalan tanıklık suçunun oluştuğuna işaret etmektedir. M'nin suçu bildirmemekten ötürü yargılanıyor oluşu ise yalan tanıklık suçundan yargılandığı davadan farklı bir yargılama olup bu davaya etki edemeyecek durumdadır.

2. Adliyenin Yanıtılmaması Nedeniyle Maddi Unsurların Oluşmadığı, Halihazırda Aleyhinde Suçu Bildirmemeden Ötürü Süren Kovuşturma Nedeniyle Failden Kendisini Suçlayıcı Beyan Vermesinin Beklenemeyeceği

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ileri sürdüğü bu görüşe göre M bizzat gördüğü bir olayı değil, kendisine yapılan bir anlatımı dolaylı tanık olarak aktarmaktadır. Verdiği ifade neticesinde soruşturma açılması veya mahkûmiyet kurulması da söz konusu olmamış, adliye yanıtılmamıştır. Kaldı ki tanık beyanı mahiyeti gereği özellik arz etmektedir: Beyanın kaynağı olan insanın psikolojisi, yaşadığı ortam, algılama biçimi, kişisel yorumu, eğitimi, yaşı, cinsiyeti gibi hususlar beyanı etkilemekte ve hatta insanın olayı unutması dahi söz konusu olabilmektedir. Ayrıca M'nin *iğfal* olayını öğrendiğini beyan etmesi de ondan beklenemez; zira bu ihtimalde kamu görevlisinin öğrendiği suçu bildirmemesi suçundan yargılanması gerekir ki zaten halihazırda bu davada da yargılanmaktadır. Neticede savcılık ve mahkeme aşamalarındaki beyanlar birbirine benzerdir; failin *iğfal* olayını taciz şeklinde

yorumlaması ise yalan tanıklık için *kesin delil* niteliğinde olmayıp, ancak vicdani kanı oluşturabilir.

3. Beyanlar Arasındaki Çelişkinin Dolaylı Anlatım Nedeniyle Oluşan Bir Yorum Farkı Olduğundan Bahisle Manevi Unsurun Oluşturduğunun Söylenemeyeceği

Ceza Genel Kurulunun çoğunluğunun benimsediği bu görüş de esasen savcılıkla benzer kanaatte olmakla beraber, kararda, M'nin söz konusu tanıklığı yaptığı sırada suçu bildirmemeden ötürü de yargılanmaya devam ettiği hususuna, savcılığın aksine, değinilmemiştir. Genel Kurul kararında odaklanılan hususlar; A'nın olayı M'ye anlatırken yanında bulunanların da M ile benzer ifade vermeleri ve olayın sair özellikleri nedeniyle, M'nin yalan söylediğinden veya kasti şekilde söz konusu olay ile ilgili bilgileri kısmen veya tamamen gizlediğinden bahisle mahkûmiyet hükmü kurulmasını gerektirecek derecede delilin bulunmamasıdır.

II. YALAN TANIKLIK SUÇU İNCELEMESİ

A. Korunan Hukuki Değer

Adli faaliyetlerin yasal düzenlemelerle öngörülen düzlemde ve surette sürdürülebilmesi devlet egemenliğinin bir gereğidir; zira devletin en temel fonksiyonlarından birisi adli faaliyetleri yürütmektir⁴. Yalan tanıklık suçunun, TCK'nın "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlığı altında düzenlenmiş olmasının mantığı burada yatmaktadır.

Öğretide suç ile korunan hukuki değer; "yargılamanın yalan tanık beyanlarıyla gerçeğe aykırı şekilde yönlendirilmesinin engellenmesi suretiyle adaletin doğru tecelli ettirilmesi amacı"⁵, "adalet organlarının isabetli karar vermesi ve kanıt vasıtalarını koruma"⁶ ve adil yargılanma hakkı⁷ olarak gösterildiği de görülmektedir. Yargıtay kararlarında ise suçla korunan hukuki değer, "yargılamanın işleyişinin dürüstlüğü ve yargılamada kullanılan

⁴ ÖZEK, Çetin, "Adliyeye Karşı Suçların Hukuki Konusu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1997, Cilt: 55, Sayı: 3, (s. 13-50), s. 17.

⁵ ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar / TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku – Özel Hükümler**, 13. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 1173.

⁶ SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 11. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 738.

⁷ YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Cilt: 6, 2. Basım, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 7931.

delillerle delil araçlarının doğruluğunu, içtenliğini ve bütünlüğünü koruma amacı” olarak belirtilmektedir⁸.

Yalan tanıklık olgusu, devletin suç şüphesini araştırma faaliyetlerine yöneltilmiş “bir saldırı”⁹ olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla bu suç ile öncelikle devletin yargılama fonksiyonunu koruma hedefinin güdüldüğü ifade edilebilir. Belirtilmelidir ki tek suç normu ile birden fazla hukuki değer korunmasının amaçlanması mümkündür¹⁰. Devletin yargılama fonksiyonunun, “adil yargılama zorunluluğu” altında olmadığı ise kabul edilebilir bir düşünce değildir. Bu açıdan bakıldığında suçla korunan hukuki değer devletin yargılama fonksiyonu olduğunu savunmak, bu suçla bireylerin adil yargılanma hakkının korunduğu savını dışlamamaktadır.

B. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a) Fail

TCK m.272/1 hükmü, *tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimsenin* cezalandırılacağını öngörmektedir. Dolayısıyla tipikliğin fail unsuru hakkındaki değerlendirmelerde tanıklık kavramının önemi bulunur. Zira bir olayın tanığı olmak ile yetkili makam önünde beyanda bulunmak suretiyle “tanıklık etmek” farklı durumlardır¹¹ ve suçun faili, *yetkili* makam önünde *tanıklık* ettiği kabul edilen kişilerdir. Hemen belirtmelidir ki bu suçun faili, tanık statüsü ile beyan veren her gerçek kişi olabilir¹².

⁸ Bkz. MERAN, Necati: **AİHM Kararları ile İçtihatlı – Açıklamalı Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret – İftira Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları**, 2. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 303, dn. 193.

⁹ TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 13. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 1130.

¹⁰ Bkz. İÇER, Zafer: “Yalan Tanıklık Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2012, Cilt: 18, Sayı: 2, (s. 179-226), s. 180, dn. 2. Yazara göre “yalan tanıklık suçunda da çoğu zaman bireyin mağduriyeti söz konusu olmaktadır. Aynı zamanda adaletin gerçekleşmesi tehlikeye girdiğinden, bu suçla kamusal değerlerin de eşdeğerde koruma altına alındığına kuşku bulunmamaktadır.”
3 Alman CK.’

¹¹ YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 494.

¹² ÜNVER, Yener, **İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma**, 4. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 184; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, **2018**, s. 1174.

Tanık, kendi aleyhinde yürütülmeyen bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında beş duyu organı ile algıladığı hususları açığa vuran kimsedir¹³. Öğretide herkesin tanık olma ehliyetine sahip olduğu ifade edildiği gibi¹⁴, bir kimsenin tanık olabilmesi için muhakeme konusu olayı algılama ve aktarabilme yeteneğine sahip olması gerektiğinin ileri sürüldüğü de görülmektedir¹⁵.

Kanımızca tanık beyanı, insanın sübjektif algılamalarının ürünü olması hasebiyle zaten her bir olay bakımından tanığın kişisel durumunun ve psikolojisinin etkisinde şekillenen öznel bir ürün olmaktadır. Bu bakımdan söz konusu kişi tanıklık etmeye ehil kabul edilsin ya da edilmesin verdiği beyanın niteliği zaten “öznel bir algılamamanın ürünü” olmanın ötesine geçmemektedir. Tanığın ehliyet durumu, tanık beyanının ispat gücüne ilişkin bir husustur ki bu husus her bir somut olayda hâkim tarafından değerlendirilmelidir. Arz olunan gerekçelerle herkesin tanıklık ehliyetine sahip olduğu görüşünün daha isabetli olduğu ifade edilebilir.

Beş duyu organıyla doğrudan doğruya algılanan olayın anlatılması kadar, olay hakkında başkalarından duyulanların “dolaylı tanık” sıfatıyla aktarılması da (*second-hand testimony*¹⁶, *hearsay*) tanık beyanına vücut verir¹⁷. Bununla beraber, öğretide ancak ve ancak “yargılanan uyuşmazlığın objesi olan fiili doğrudan doğruya” algılamış kişilerin beyanlarının tanık beyanı olabileceğinin savunulduğu da görülmektedir¹⁸.

Öğretide, hâkimin ve savcının da tanıklık yapabileceği fakat bu durumda artık kendi yerlerine başka hâkim ve savcının görevlendirilmesi gerektiği¹⁹; müdafinin tanıklık

¹³ CENTEL, Nur / ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 263.

¹⁴ YENİSEY/NUHOĞLU, **2018**, s. 494; ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 234; CENTEL/ZAFER, **2018**, s. 263.

¹⁵ ÖZTÜRK, Bahri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 298.

¹⁶ ÖLMEZ, Gökhan, **Yalan Tanıklık Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 64, dn. 183.

¹⁷ CENTEL/ZAFER, **2018**, s. 263. Aynı yönde bkz. ÖZTÜRK, **2015**, s. 299; ÜNVER/HAKERİ, **2018**, s. 233; ÖLMEZ, **2013**, s. 64.

¹⁸ YENİSEY/NUHOĞLU, **2018**, s. 494

¹⁹ “Tanıklık hakimlikten önce gelir.” Bkz. ÜNVER/HAKERİ, **2018**, s. 235; Savcının tanıklık yapabileceği durumlara örnek olarak şüphelinin savcılık ifadesinde suçunu ikrar etmiş olması halleri gösterilmektedir. Bkz. CENTEL/ZAFER, **2018**, s. 263-265; “Hâkimin yerine başka bir hâkim bulmak mümkün, tanığın yerine başka bir tanık bulmak her zaman mümkün değildir.” Bkz. ÖZTÜRK, **2015**, s. 301.

yapabileceği ve hatta savunmasında kendi tanık beyanına dayanabileceği²⁰; suç ortaklarının, mağdurların, şikayetçilerin, katılanın ve kolluk görevlilerinin tanık sıfatı ile dinlenilebileceği fakat şüpheli veya sanıkların kendileri ile ilgili olaylarda tanık sıfatı ile dinlenemeyeceği²¹ ifade edilmektedir. Bir yargılamada şüpheli veya sanık olan kimsenin, aynı yargılamada tanık sıfatı ile dinlenilememesi, bu kimsenin yalan tanıklık suçunun faili olamayacağı anlamına gelmektedir.

Kavramlar hakkında yapılan bu ön açıklamalardan sonra öğretide suçun fail unsuru hakkında sürdürülen tartışmalara değinilmesi gerekir²². Bir görüşe göre suçtan zarar gören ve mağdur, davada katılan sıfatını alıp alamamalarına bakılmaksızın tanıklık suçunun faili olamazlar²³. Başka bir görüş²⁴, mağdurun katılan sıfatını almaksızın tanık olarak dinlenmesi halinde fail olabileceğini belirterek bu düşünceye karşı çıkmakta iken, bir diğer görüşe göre ise²⁵ CMK m.236²⁶ hükmü uyarınca mağdur, katılan sıfatı alıp almadığına bakılmaksızın bu suçun faili olabilir.

Anayasanın m.38/5 hükmüne göre *hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Kanun hükümlerinin ne anlama geldiği hususu, Kelsen'in normlar hiyerarşisi kuramına uygun*

²⁰ CENTEL/ZAFER, **2018.**, s. 266; ÜNVER/HAKERİ, **2018**, s. 235; Müdafinin de tıpkı hâkim ve savcılar gibi yargı görevi yapan kişilerden birisi olması nedeniyle, tanıklık yaptığı yargılamadaki statüsünün yalnızca tanık olması gerektiği hakkında bkz. ÖZTÜRK, **2015**, s. 300.

²¹ Centel ve Zafer, mağdur ve şikayetçinin tanık olarak dinlenebileceğini fakat bunun “tanık beyanı” değil “şüpheli/sanıktan başka taraf beyanı” olacağını savunmaktadır. Bkz. CENTEL/ZAFER, **2018**, s. 266-268; ÖZTÜRK, **2015**, s. 300; ÜNVER/HAKERİ, **2018**, s. 235.

²² Tanığın uyuşmazlığın tarafı olamayacağı ve şüpheli sıfatının tanıklık ile ilişkisi hakkında bkz. FEYZİOĞLU, Metin: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Us-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 32-64.

²³ Zira bu kişiler “makam olarak değil ama kişi olarak davaya taraftır.” Bkz. ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 1220; Anayasanın m.38/5 hükmü gereğince kişiler kendi aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanamaz, bu bağlamda mağdurun yalan beyanlarını cezalandırmak “pek uygun gözükmemektedir, zira mağdurun mutlak doğruyu söylemesi düşünülemez. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, **2018**, s. 1175; Mağdur, “uyuşmazlığın kişi itibarıyla tarafı olduğu için mağdur veya şikayetçi davaya katılsın veya katılmasın yalan tanıklık suçunun faili olamaz.” Bkz. CENTEL/ZAFER, **2018**, s. 267; Aynı yönde bkz. ÖLMEZ, **2013**, s. 66; Aynı yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 9. CD., 20.02.2013, 2012/11127 E., 2013/2434 K. (MERAN, **2014**, s. 318, 319).

²⁴ ÜNVER, **2016**, s. 184.

²⁵ Bu görüşü savunanların haklı olarak dikkat çektiği üzere, CMK m.236 uyarınca dinlenecek olanların, kanun uyarınca beyanlarından evvel hâkim tarafından *yalan tanıklıkta bulunmaları halde cezalandırılacakları* hususunda uyarılmaları gerekir. Dolayısıyla söz konusu kişilerin TCK m.272’de düzenlenen suçun faili olamayacağı görüşü ile CMK m.236 hükmünün çeliştiği ifade edilebilir haldedir. Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **2016**, s. 1131; NAS, Ali Murat, **Yalan Tanıklık Suçu Psikolojik ve Hukuki Sınırlar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 114.

²⁶ *Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır.*

şekilde yorumlanarak ortaya konmalıdır. Bu bakımdan TCK m.272/1 düzenlemesinde ifade edilen “tanıklık yapmak” kavramının çerçevesi, Anayasa m.38/5 hükmünün ışığında anlaşılmalıdır. Kanaatimizce bu madde ile anayasa koyucu, bir suçun mağdurunun bu suça ilişkin yargılamada cezai sorumluluğunu doğurabilecek nitelikte beyan vermeye zorlanmasını yasaklama iradesi göstermektedir. Zira mağdurun tanık beyanında bulunabileceği kabul edildiğinde, mağdur, müdafinin duruşmada sorduğu sorulara cevap vermek durumunda kalarak kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanabilecektir. Bu bağlamda tıpkı şüpheli veya sanığın kendi yargılamalarında tanık beyanında bulunamıyor olmaları gibi mağdur veya şikâyet edenin de içinde yer aldıkları yargılamada ortaya TCK m.272/1 anlamında bir “tanık beyanı” koyamayacakları kabul edilmelidir. Dolayısıyla her ne kadar tanık oldukları olayla ilgili bilgileri ortaya koyup, belge delili teşkil edecek tutanaklara kaynak olmaları mümkün olsa da bu olgu TCK m.272/1 anlamında “tanıklık yapmak” olarak anlaşılmalı, bu delil ise “tanık beyanı” olarak kabul edilmemelidir. Neticede mağdurun ve şikâyet edenin, kanunda ön görülen failer arasında olmadığı kabul edilmelidir.

Tanıklık statüsü ile ilgili bir başka tartışma, tanığın çağırılma ve dinlenilme usulüne aykırılık durumunda suçun oluşup oluşmayacağı konusunda yoğunlaşmaktadır. Vurgulanmalıdır ki Yargıtay eski tarihli bir kararında, tanığa çekinme hakkı ve yeminsiz dinlenme hakkı olduğu bildirilmediği takdirde suçun oluşmayacağını; zira bu şartların suçun ön koşulları olduğunu belirtmektedir²⁷. Kanaatimizce “tanık beyanının” hukuka uygun şekilde alınmaması halinde, beyanın kaynağı olan kişinin “tanık statüsünün” oluşmayacağından değil, hukuka aykırı bir delil elde edildiğinden söz edilmesi gerekir. Öğretide de tanığın usulüne uygun çağırılmamasının kişinin tanık sıfatını kazanmaya engel olmadığı ifade edilmektedir²⁸.

b) Mağdur

Suçun koruduğu hukuki değerın devletın yargılama fonksiyonu olmasının neticesi, suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olmasıdır²⁹. Bununla beraber suç ile beraber yargılama işleyişi ismen belirli kişiler aleyhine sonuçlanmışsa, bu kişiler de suçun mağduru

²⁷ Yarg. 4. CD., 06.05.2002, 2002/5840 E., 2002/7908 K. (ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, 2018, s. 1179).

²⁸ GÖKTÜRK, Neslihan, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 20, Sayı: 1, (s. 347-409), s. 369; İÇER, 2012, s. 196.

²⁹ TCK'nın ikinci kitabının üçüncü ve dördüncü kısımlarındaki suçların tamamının mağdurunun kural olarak toplumu oluşturan herkes olduğu yönünde bkz. KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 107; Yalan tanıklık suçunun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğu yönünde bkz. ÖLMEZ, 2013, s. 72.

olacaktır³⁰. Öğretide katılmadığımız görüşlere göre suçun mağduru devlet³¹ veya aleyhine tanıklık yapılan kişi³² olarak da ifade edilmektedir.

c) Konu

Tıpkı her suç gibi yalan tanıklık suçunun da bir konusu vardır³³. Tanığın beyanda bulunduğu soruşturma veya kovuşturma çerçevesinde aydınlatılmak istenen vaka, yalan tanıklık suçunun konusunu oluşturur³⁴. Bu bağlamda soruşturulan vaka haricindeki vakalar suçun konusunu oluşturmayacağı için bu hususlarda gerçeğe aykırı beyanlarda bulunulsa dahi konu unsuru oluşmadığından suçun maddi unsurlarının tamamlanmadığı söylenmelidir. Öğretide de yargılama konusunu teşkil eden olaylarla ilgili olmayan hususlarda gerçeğe aykırı tanıklık yapmanın cezalandırılmaması gerektiğinin savunulduğu görülmektedir³⁵.

d) Fiil

Yalan tanıklık suçunun serbest hareketli, âni bir sırf hareket suçu olduğu ve suçun oluşabilmesi için somut bir neticenin gerekmediğinden bahisle bir soyut tehlike suçu niteliği gösterdiği hususlarında öğretide genel kabul olduğu görülmektedir³⁶. Bununla beraber suçun fiil unsurunun oluşması için söz konusu fiilin, ceza yargılamasını yanlış yola sevk etmeye muktedir bir nitelikte olmasının veya hükme etkili olma imkanının bulunmasının gerektiğini savunan görüşlere de rastlanmaktadır³⁷.

TCK m.272/1 düzenlemesi ile beraber suçun fiil unsurunun *hukuka aykırı fiil nedeniyle başlatılan soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapmak*³⁸ olarak belirlendiği görülmektedir. Dolayısıyla özellikle

³⁰ KOCA / ÜZÜLMEZ, 2014, s. 107.

³¹ Aynı yönde bkz. ASLAN, Şükran Tamer: **Yalan Tanıklık Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 47.

³² MERAN, 2014, s. 305.

³³ KOCA / ÜZÜLMEZ, 2014, s. 108.

³⁴ ÖLMEZ, 2013, s. 71; “Bu suçun konusu, maddi gerçeğin ta kendisidir.” Bkz. GÖKTÜRK, 2016, s. 354.

³⁵ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2015, s. 1217.

³⁶ GÖKTÜRK, 2016, s. 355; ÖZBEK / DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, 2018, s. 1184; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, 2016, s. 1130; ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, 2015, s. 1215; ÜNVER, 2016, s. 206; İÇER, 2012, s. 204. Maddenin ilk fıkrasının suçun temel şekli, 2. ve 3. fıkralarının nitelikli halleri, 4. ve 8. fıkralarının neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri olduğunu belirtilerek; neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin zarar suçu olduğunun savunulduğu görülmektedir. Bkz. GÖKTÜRK, 2016, s. 380; ÖLMEZ, 2013, s. 73; İÇER, 2012, s. 205-208.

³⁷ NAS, 2013, s. 135; ÖLMEZ, 2013, s. 52.

³⁸ “Tanık” kelimesinin, 8 ilâ 11. yüzyıllar arası Orta Asya Türkçesinde kullanılan ve “konuşmak, söz söylemek” anlamına gelen “tanu” kelimesinden türediği söylenmektedir. Bkz. NAS, 2013, s. 19. Alman Ceza

soruşturma, tanık dinlemeye yetkili merciler ve gerçeğe aykırı tanıklık kavramlarının kapsamlarının ortaya konması gerekir.

Madde metnindeki *hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan soruşturma* ifadesinden, bir ceza muhakemesi hukuku terimi olan ve iddianamenin hazırlanarak ara muhakeme devresine geçilmesinden önceki yargılama aşaması anlamına gelen kavram anlaşılmalıdır³⁹. Kanun koyucunun bu ifadeyi kullanmaktan muradı, söz konusu suçun fiil unsurunun ceza hukuku yargılamalarını aşarak farklı hukuk dallarındaki uyumsuzluklar ile ilgili *yargılamaları*⁴⁰ da kapsayacak şekilde yorumlanmasıdır. Bu bağlamda tahkim de dahil olmak üzere hukuk muhakemesinde, meclis soruşturması esnasında⁴¹ ya da idari soruşturma yapan merciler önünde gerçekleşen gerçeğe aykırı tanıklık da suçun fiil unsurunu oluşturur⁴².

Yukarıda arz olunduğu gibi bir soruşturma kapsamında olsa dahi, *tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul* önünde gerçekleştirilmeyen tanıklık suçun fiil unsurunu oluşturmayacaktır. Öğretide, beş duyu organı ile algılanan olayların, *ancak* kovuşturma aşamasında ve mahkemeye yahut mahkemenin yetkili kıldığı organa anlatılması halinde “tanık beyanı” anlamına geleceği ifade edilmektedir⁴³. Bununla beraber baskın görüş, tanık olunan olayların hâkim veya savcıya anlatılması durumunda da fiil unsurunun oluşacağını savunur⁴⁴. Bununla beraber, her ne kadar öğretide aksi de savunuluyor olsa da⁴⁵ baskın görüşe⁴⁶ göre kolluk

Kanunu'nun 153 ilâ 161. maddeleri; “yemin etmeksizin yapılan yalan tanıklık”, “yalan yere yemin”, “yemin ile eşdeğerdeki doğrulama”, “gerçek dışı bir şekilde yemin yerine geçen temin etme” ve “taksirle işlenen yalan yere yemin suçu; taksirle işlenen yemin yerine gerçek dışı teminde bulunma” suçları ile beraber bu suçlara özel kusurluluk, gönüllü vazgeçme, iştirak ve teşebbüs hallerini düzenlemektedir. Bkz. YENİSEY, Feridun / PLAGEMANN Gottfried, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 254-258. Alman ceza hukukunda bu suçun taksirle de işlenebilir oluşu dikkat çekicidir.

³⁹ GÖKTÜRK, 2016, s. 362. Karşı görüşteki yazara göre madde metnindeki “soruşturma” ifadesini ceza soruşturması olarak anlamak *kanunilik ilkesinin* bir gereğidir. Kanımızca hukuk devleti ilkesinin ceza hukukundaki görünümü olan *suçta ve cezada kanunilik ilkesinin* hiçbir yorumlama faaliyetine izin vermediği düşünülemez; zira “yorum”, bir metnin ne anlama geldiğini belirleme yönündeki faaliyettir. Bu nedenle yazarın bu tespitine iştirak edememekteyiz. Bkz. SÖZÜER, Adem, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, yy., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015, s. 6.

⁴⁰ Suç ile korunan hukuki değer devletin yargılama fonksiyonu olduğu düşünüldüğünde, söz konusu soruşturmanın devletin bu fonksiyon kapsamına giren faaliyetleri olduğu söylenebilir.

⁴¹ GÖKTÜRK, 2016, s. 366.

⁴² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, 2015, s. 1217.

⁴³ YENİSEY/NUHOĞLU, 2018, s. 495.

⁴⁴ ÖZTÜRK, 2015, s. 298; CENTEL/ZAFER, 2018, s. 263; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, 2018, s. 1178.

⁴⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, 2018, s. 1178.

görevlilerine verilen beyanlar suçun fiil unsurunu oluşturmamaktadır; zira kolluğun tanık dinleme yetkisi yoktur⁴⁷. Bir başka açıdan, 4483 sayılı Kanun kapsamında yürütülen soruşturmalarda ön inceleme yapan kişinin tanık dinleme yetkisi bulunduğu için söz konusu soruşturmalarda yapılacak gerçeğe aykırı tanıklık fiil unsuruna vücut verir⁴⁸.

Öğretide ileri sürülen görüşlere göre kanuni tanımda tarif edilen “gerçeğe aykırı tanıklık yapmak”; tanık beyanının *yalan* oluşunu, gerçeğin *inkâr edilmesini*, gerçeğe uygun beyana *gerçeğe aykırı hususlar eklenmesini* veya söz konusu olaya ilişkin verilerin *kısmen veya tamamen saklanması* kapsar⁴⁹. Yalan, yargılamaya konu vakanın gelişimini olduğundan başka surette aktarmak şeklinde tarif edilebilir. Fakat tanığın beyanının, beş duyu organı ile sahip olduğu algılamaların dışı vurumu olduğu kabul edilirse yalanın varlığından söz edilmemesi gerekir. Pek çok içtihatla da tanığın salt yargılamanın farklı aşamalarında verdiği beyanlar arasında çelişki olmasının, suç unsurlarının olduğu anlamına gelmediği ifade edilmektedir⁵⁰. Kanaatimizce öğretide ve içtihatlarda yapılan bu tarifler, suçun fiil unsurundan ziyade manevi unsurunu ilgilendirmektedir. Zira “yalan söylemek” veya “saklamak” ifadeleri kasti bir nitelik taşır. Suçun fiil unsurunun “gerçeğe aykırılık” teşkil eden beyan verme fiili olduğunu söylemek daha isabetli görünmektedir. Bu fiiller, duruşma içinde konuşmak kadar bir kâğıt üzerine resmetmeyi veya tanığın mimikleri ile imada bulunması hallerinde de söz konusu olabilir⁵¹.

Gerçeğe aykırılığın tespiti noktasında ise Alman öğretisinin; objektif, subjektif ve yükümlülük teorisi olarak adlandırılan üç farklı görüş geliştirdiği ifade edilmektedir⁵². *Objektif teoriye göre*, tanık beyanının, olayın nesnel bir bakış açısı ile gerçekte cereyan ediş şekli ile çelişmesi halinde gerçeğe aykırılık olduğu söylenmelidir⁵³. Bu durumlarda tanığın

⁴⁶ Kolluk, uygulamada, söz konusu kişileri “ifade sahibi” sıfatıyla dinlemektedir. Bkz. GÖKTÜRK, 2016, s. 364.

⁴⁷ Yarg. 9. CD., 03.07.2013, 2013/3407 E., 2013/10140 K.; Yarg. 9. CD., 06.06.2013, 2013/3768 E., 2013/8644 K. (Bkz. TANERİ, Gökhan, **Uygulama ve Doktrinden Kürsüye Onaylanmış Örnek Hükümlerle 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Sık Karşılaşılan Suçlar**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014).

⁴⁸ ÜNVER, 2016, s. 196; GÖKTÜRK, 2016, s. 366.

⁴⁹ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, 2015, s. 1217-1219; FEYZİOĞLU, 1996, s. 241.

⁵⁰ Samsun BAM 2. CD., 24.03.2017, 2017/410 E., 2017/397 K.; Yarg. 16. CD., 10.06.2016, 2015/6892 E., 2016/3992 K. (Bkz. PARLAR, Ali / ÖZTÜRK, Mustafa, **İstinaf ve Yargıtay Emsal Kararlarıyla İftira Yalan Tanıklık ve Gerçeğe Aykırı Bilirkişilik Suçları**, Aristo Yayınları, İstanbul, 2017, s. 195).

⁵¹ ÖZTÜRK, 2015, s. 356.

⁵² Sözü geçen teoriler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÜNVER, 2016, s. 190-193; ÖLMEZ, 2013, s. 48-49; Yükümlülük teorisini subjektif teorisinin parçası olarak inceleyen görüş için bkz. İÇER, 2012, s. 192.

⁵³ Objektif teoriyi savunan bir görüş için bkz. ÖZBEK /DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, 2018, s. 1180.

nesnel gerçeğin farkında olmayışı ve fakat samimi şekilde algılamalarını aktarması durumunda TCK m.30 hükmü uygulama alanı bulur. Öte yandan *sübjektif teori*, aktarılanların tanığın öznel algılayışı ile çelişmesi halinde gerçeğe aykırılık olacağını ifade eder⁵⁴. *Yükümlülük teorisine* göre ise tanık, gerçeğin ortaya çıkarılması için şart olan yargılama usulüne riayet etmezse gerçeğe aykırılık söz konusu olacaktır.

Gerçeğe aykırı beyanın tespitinde sübjektif teorinin esas alınmasının daha makul olduğu ifade edilebilir⁵⁵. İnsan belleği kusursuz çalışan bir makine değildir. Nitekim konusunu trafik kazalarının oluşturduğu bir deneyde, görgü tanıklarının kazaya karışan araçların hızı, kazanın zamanı ve araçların uzaklıkları gibi hususlarda aslında var olan objektif gerçeklikten *kayda değer bir şekilde* farklı beyanlar verdikleri anlaşılmıştır⁵⁶. Açıkçası, tanık beyanının gerçeği tamamen veya kısmen yansıtmadığının kabul edilebilmesi için öncelikle kendi algılaması veya kendi “gerçekliği” ile beyanlarının çelişmesi icap eder.

Bir diğer açıdan, *in dubio pro reo* ilkesinin *özüne* en uygun olanın da sübjektif teori olduğu ifade edilebilir. Zira bu teoriyle beraber, suç inceleme sistematikindeki tartışma fiil unsurunda yoğunlaşarak, fail lehine bir durum meydana gelmektedir. Halbuki objektif teoriye göre değerlendirme yapıldığında, *gerçeğe aykırılığın tespitinde* tanığın olayı algılama biçimi gündeme gelmemekte, nesnel gerçeklik ile beyan arasındaki çelişkinin varlığı fiil unsurunun oluştuğunun kabulü için yeterli olmaktadır. Böylece tanığın öznel algılamasının ne yönde olduğu hususu ancak manevi unsurda veya TCK m.30 çerçevesinde gündeme gelebilmektedir.

Tanık, söz konusu olaya ilişkin algıladığı tüm içeriği tam olarak anlatmakla yükümlüdür. Bu bakımdan var olanı inkâr etmek veya çekinme hakkının kullanılmadığı varsayımında, sorulan sorunun cevabı bilinmesine rağmen cevap vermemek *gerçeğe aykırılık* anlamına gelecektir. Tanık, özel olarak sorulmamış olsa bile, olaya ilişkin tüm bildiklerini aktarmak zorundadır⁵⁷. Tanığın, belirsiz ve karışıklığa yol açan kaçamak beyanlarının da fiil

⁵⁴ Sübjektif teoriyi savunan bir görüş için bkz. SOYASLAN, 2016, s. 740.

⁵⁵ Türk ve İtalyan öğretisinde hâkim görüşün sübjektif teoriyi benimsediği hakkında bkz. ÜNVER, 2016, s. 295. Yargıtay’ın objektif ve sübjektif teorilerin sentezinden meydana getirdiği bir yorum biçimi uygulamakta olduğu hakkında bkz. NAS, 2013, s. 139.

⁵⁶ LOFTUS, Elizabeth F. / PALMER, John C., “Reconstruciton of Automobile Destruction: An Example of the Interaction Between Language and Memory”, **Journal of Verbal Learning and Verbal Behaviour**, Yıl: 1974, Sayı: 13, (s. 585-589), s. 586.

⁵⁷ *Common Law* sisteminde yalan tanıklık (*perjury*) suçu, ancak tanığın kendisine sorulan sorulara yalan cevap vermesi ile oluşmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri’nde, *Bronston v. United States* davasında *Supreme Court’un*, eksik ve yanlış kanaat uyandıracak şekilde tanıklık yapan kimsenin bu fiilinin suçu oluşturmayacağına; zira savcı ve avukatın bu hallerde soru sormaya devam etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. ÖLMEZ, 2013, s. 46-47.

unsurunu teşkil edeceği ifade edilebilir⁵⁸. Hemen ifade edilmelidir ki tanığın beş duyu organıyla algıladığı bir olay hakkındaki değerlendirmelerini, kanaatini, analizini veya hislerini samimi biçimde açıklaması bu suçun fiil unsurunu oluşturmamaktadır⁵⁹.

2. Manevi Unsur

Yalan tanıklık suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Bu bakımdan failin suçun tüm unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması, kastının suçun tüm unsurlarını kapsamaması gerekmektedir. Söz gelimi fail, fiili işlerken tanık sıfatı ile ifade verdiğinin bilincinde olmalıdır. Samimi şekilde gerçeği belirttiği zannındaki tanığın bu suçu işleme kastının olduğu söylenemeyecektir⁶⁰. Gerçekten de suçun manevi unsuru ile insan psikolojisi arasında oldukça sıkı bir bağ bulunur. İçtihatlar incelendiğinde, her ne kadar suçun manevi unsuru başlığında detaylı tartışmalara rastlanmasa da Yargıtay'ın da durumu göz önünde bulundurduğu görülmektedir⁶¹.

Yapılan çalışmalarda insanların geçmişte yaşanmış olayları bilinçsiz şekilde kendi imgelerine uyacak şekilde yeniden yapılandırdıkları⁶², tecrübe ettikleri olayları mevcut bilgileri çerçevesinde yeniden kurguladıkları (*reconstructive memory*) anlaşılmıştır⁶³. Psikoloji alanında 1997 yılında yapılan bir çalışmada⁶⁴, bazı beyin içi fenomenlerinin (*suggestion, imagination*), esasen gerçekte yaşanmamış olan “hatıraların” bellek içinde oluşmasına neden olduğu görülmüştür.

⁵⁸ NAS, 2013, s. 134.

⁵⁹ ÜNVER, 2016, s. 189.

⁶⁰ Yazar, *Belgesay'dan* alıntılanarak; hafızaya alınan şeylerin ekilmiş tohumlara benzediğini, tohumun topraktan zamanla büyüyerek şeklini değiştirmesine benzer şekilde tanık hafızasındaki olayların da zaman içinde mahiyetinin değişebileceğini söylemektedir. Bkz. NAS, 2013, s. 144.

⁶¹ NAS, 2013, s. 144.

⁶² “(b)ir çalışmada, daha önce oldukça sorunlu bir ev yaşantısından geçmiş oldukları için bir süre psikiyatri kliniğinde kalmış çocuklarla 30 yıl sonra görüşülmüş, daha durağan ve geleneksel bir yaşam kurmuş olanların, çocukluklarını “daha normal” hatırladıkları bulunmuştur. Bir diğer ifadeyle, bu insanlar geçmişte yaşadıkları deneyimlere ilişkin hatıraları, bugünkü durumları üzerinden yeniden yapılandırmaktadırlar ve kuvvetle muhtemel böylece olumsuz olayların etkisini azaltmak mümkün olmaktadır.” Bkz. KARAKELLE, Şerife Sema, “Bellek II”, *Psikolojiye Giriş I*, yy., İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Sosyoloji Bölümü, 2017, (14.2.) alt başlığı.

⁶³ Bartlett bir çalışmasında, üniversite öğrencilerinden bazı hikâyeler okumalarını istemiş ve sonra da nasıl hatırladıkları incelemiştir. Neticede, öğrencilerin hikâyeyi hatırlarken bir hayli değiştirdikleri ve mevcut bilgileri çerçevesinde yeniden yapılandırdıkları anlaşılmıştır. Öğrenciler; hikâyeyi basitleştirmiş, bazı detayları orijinale aykırı şekilde vurgulamış ve kendi birikimlerine göre değiştirmiştir. Bkz. KARAKELLE, 2017, (14.2.) alt başlığı.

⁶⁴ LOFTUS, Elizabeth F., “Creating False Memories”, *Scientific American*, Yıl: 1997-Eylül, (s. 70-75), b.a.

Bu hususla ilgili olarak 1983 yılında gerçekleştirilen bir çalışmadaki bulguların izahı, suçun fiil unsurunun kasıtlı olarak işlenip işlenmediğinin değerlendirmesi açısından önem arz eder⁶⁵. Bir otobüs terminalinde yürütülen bu çalışmada, çalışmayı yürüten ekibe mensup bir kişi, bekleme salonundaki bankın üzerine yerleştirilmiş iki adet bavulun yanına gelmiş ve paltosunun altına bir şey gizlemiş gibi yapıp oradan uzaklaşmıştır. Bunun üzerine yine bu ekibe mensup bir kişinin bankın yanına gelerek “teybim çalınmış” diye bağırması üzerine güvenlik görevlileri çevredeki tanıkların olay hakkındaki beyanlarını almıştır. Bu olayda, aslında herhangi bir teyp söz konusu olmamasına rağmen tanıkların ayrıntılı şekilde bir teyp tarifi verildiği görülmüştür.

Bellek üzerindeki bir başka araştırma ile “hatıra ve tecrübe edilen olayın birbirinin birebir kopyası olacağı inancının” şüpheli hale getirildiği ve bu sayede devletin yargısal faaliyetlerine katkıda bulunduğu ifade edilmektedir⁶⁶. Arz olunan çalışmalar göstermektedir ki, tanık olay anında beş duyu organıyla algıladığı hususları dahi beyanda bulunduğu esnada kendi algılamalarına aykırı olacak şekilde ifade edebilmektedir.

Tanığın *gerçeğe aykırı* olduğu tespit edilen beyanı hata, dalgınlık yahut unutma gibi etkenler nedeniyle vermiş olduğunu, kastı bulunmadığını hâkim takdir edecektir⁶⁷. Tanığın yargılamanın çeşitli aşamalarındaki beyanları arasında çelişki bulunması, bilirkişi raporu veya diğer beyan delilleri ile çelişmesi; kastın varlığını ispat açısından yeterli değildir⁶⁸. Özellikle yanlış anlama, unutma, yorumlama ile tahmin yürütme gibi hususlar kastın söz konusu olup olmadığı değerlendirmesinde önem arz eder⁶⁹.

Öğretide bir fikir birliği bulunmamakla beraber⁷⁰ baskın görüş, yalan tanıklık suçunun olası kast ile de işlenebildiğini kabul etmektedir⁷¹.

⁶⁵ KARAKELLE, 2017.

⁶⁶ MORI, Naohise, “Styles of Remembering and Types of Experience: An Experimental Investigation of Reconstructive Memory”, **Integrative Psychological and Behavioral Science**, Yıl: 2008, Sayı: 42, (s. 291-314), s. 311.

⁶⁷ ÖLMEZ, 2013, s. 78.

⁶⁸ ÜNVER, 2016, s. 194; ÖLMEZ, 2013., s. 79.

⁶⁹ ÜNVER, 2016, s. 210.

⁷⁰ Bu suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceği görüşü için bkz. MERAN, 2014, s. 314.

⁷¹ ÖZBEK /DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, 2018, s. 1184; ÜNVER, 2016, s. 209; ÖLMEZ, 2013, s. 80; GÖKTÜRK, 2016, s. 386.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Yalan tanıklık suçu açısından TCK kapsamında ön görülen hukuka uygunluk nedenleri olan meşru savunma, kanun hükmünü yerine getirme, hakkın kullanılması veya ilgilinin rızası gibi düzenlemelerin hiçbirisi özellik göstermemektedir.

4. Nitelikli Unsurlar

Suçun nitelikli unsurları, madde metninin 2. ve 3. fıkrasında düzenlenen haller olup, 4. ilâ 8. fıkralar ise suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerini düzenlemektedir⁷².

TCK m.272/2 düzenlemesine göre gerçeğe aykırı tanıklık olgusunun mahkeme huzurunda yahut yemin ettirerek tanık dinlemeye yetkili kimse veya kurul önünde gerçekleşmesi ilk nitelikli unsurdur. CMK uyarınca Cumhuriyet Savcısı, 4483 sayılı Kanun uyarınca ön inceleme yapan kimse, 657 sayılı Kanun uyarınca Yüksek Disiplin Kurulları ve Avukatlık Kanunu uyarınca disiplin soruşturması yapan kimselerin yemin ettirerek tanık dinleme yetkileri bulunmaktadır.

Maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeye göre, suçun fiil unsurunun, üst sınır olarak üç yıldan fazla hapis cezası ön görülen suçların soruşturma veya kovuşturması çerçevesinde işlenmesi de bir diğer nitelikli haldir.

Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerini, aleyhe gerçeğe aykırı tanıklıkta bulunulan kişi hakkında *gözüaltına alma ve tutuklama dışında bir koruma tedbiri uygulanmış olması; hapis cezası dışında adli veya idari yaptırım uygulanması* ile söz konusu kişinin *hapis cezasına mahkûm olması ve mahkûm olduğu hapis cezasının infazına başlanması* olarak sıralamak mümkün gözükmemektedir.

C. Kusurluluk

Kusur, elinde hukuka uygun davranma imkânı olmasına rağmen haksızlık işlemeyi tercih etmesi nedeniyle fail hakkında yürütülen kınama yargısı olarak tarif edilmektedir⁷³. Günümüz ceza hukuku, birey hakkında bu kınama yargısını yürütmek için öncelikle bu kişinin kusur yeteneğine sahip olmasını aramaktadır⁷⁴. Fakat TCK kapsamında kusur yeteneğinin doğrudan ve net bir tanımı yapılmamıştır ki bu boşluk doktrin tarafından

⁷² ÖLMEZ, 2013, s. 73-74; GÖKTÜRK, 2016, s. 380.

⁷³ KOCA / ÜZÜLMEZ, 2014, s. 290; Bir başka bakış açısında göre *kusur yeteneği ve haksızlık bilinci, kusurun kurucu unsurları olup kusur yeteneğinin bulunmaması veya kaçınılmaz yasak hatası kusuru kaldıran nedenlerdir*. Bkz. SÖZÜER, 2015, s. 33.

⁷⁴ KOCA / ÜZÜLMEZ, 2014, s. 292.

doldurulmaya çalışılmaktadır. Bir görüşe göre⁷⁵, *işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama* ve bu doğrultuda *davranışlarını yönlendirme yeteneğinin*⁷⁶ varlığı, kusur yeteneğinin varlığı anlamına gelir. Bireyin davranışlarından ötürü sorumlu oluşu da onun irade yeteneğinin; “şahsi hürriyetinin ve onurunun bir sonucudur”⁷⁷.

Kanun koyucu, bazı hallerde failin kendisinden başka türlü davranmasının *istenemeyeceğini*, başka türlü davranmasının ondan *beklenemeyeceğini*, bu doğrultuda da kusurlu sayılmayacağını yahut cezalandırılmayacağını öngörmektedir⁷⁸. Kusurluluğun tespitinde dikkate alınacak olan bu hususlar, yalan tanıklık suçu açısından da gündeme gelebilecektir. Öğretide bu durumlara bir örnek olarak, kişinin tehdit altında gerçeğe aykırı tanıklık yapmak durumunda kalması hali gösterilmektedir⁷⁹. Yargıtay’ın, işten çıkarılma tehdidi altında gerçeğe aykırı tanıklık yapılması halinde kusurluluğu kaldıran nedenden bahsedilebileceği⁸⁰ ve kaçırılarak tehdit edilen sanığın ifadesini söz konusu baskı altında değiştirmiş olması nedeniyle TCK m.28 hükmünün tartışılması gerektiği⁸¹ yönünde içtihatları bulunmaktadır.

D. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Her ne kadar pek de rastlanılabilecek bir durum olmasa dahi⁸², yalan tanıklık suçuna *teşebbüsün* teorik olarak mümkün olduğu söylenebilir⁸³. Zira her ne kadar bu suç ani bir soyut

⁷⁵ KOCA / ÜZÜLMEZ, 2014, s. 291.

⁷⁶ ARSLAN’ın Alman öğretisinden aktardığı “iradenin özgür olabilmesinin koşulları” ile bu kavram arasında ilişki kurulması mümkün gözükmemektedir. Söz edilen kavrama göre irade ancak kişi farklı şekilde arzuda bulunma imkanına sahipse, yaptığı seçim kendi belirlemesi ise, verilen karar anlaşılabilir nedenlere dayanıyorsa ve karar uyarınca girilen eylem kendi hakimiyetinde gerçekleşiyorsa özgürdür. Bkz. ARSLAN, Mehmet, “Şüphelinin İfade Verme Özgürlüğü”, **Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan**, (der: F. Yenisey vd.), Ankara, 2018, (s. 787-815), s. 798.

⁷⁷ KOCA / ÜZÜLMEZ, 2014, s. 294. Bireyin, “insanlık onuru” nedeniyle kendi davranışlarından sorumlu tutulduğu düşüncesi hakkında bkz. RACHELS, James, **The Elements of Moral Philosophy**, 4. Edition, McCraw-Hill, New York, 2003, s. 130-133, 138-140.

⁷⁸ Kanun koyucunun bu düzenlemelerine örnek olarak TCK m.25/2 ve m.28 düzenlemeleri ile CMK m.223/3-b hükmü ileri sürülebilir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 3, (s. 338-360), b.a.; Bu konuda bir başka görüş, söz konusu durumları *mazeret nedenleri* başlığında incelemektedir: *Bu nedenler var olduğunda kusur etkilenmekte, haksızlık ve kusurunun içeriği azalmakta ancak bütünüyle ortadan kalkmamaktadır. Çünkü mazeret nedeni oluşturan hallerde fail hem kusur yeteneğine hem de haksızlık bilincine sahiptir. Bundan dolayıdır ki, mazeret sebepleri haksızlığı ve kusuru azaltan neden olarak görülmektedir. Ancak bu hallerde cezaya layık olma sınırına varılmadığı için, kanun koyucu cezasızlık öngörmektedir.* Bkz. SÖZÜER, 2015, s. 34-35.

⁷⁹ ÜNVER, 2016, s. 211.

⁸⁰ Yarg. 4. CD., 29.11.2006, 2006/10566 E., 2006/17048 K. (NAS, 2013, s. 143).

⁸¹ Yarg. 4. CD., 13.11.2012, 2010/28878 E., 2012/24815 K. (NAS, 2013, s. 143).

⁸² ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, 2018, s. 1185.

tehlike suçu olsa da icrai hareketlerin bölünebildiği durumlarda, failin gerçeğe aykırı tanıklığı elinde olmayan sebeplerle yarıda kesilebilecektir. Bununla beraber İtalyan öğretisinin söz konusu suçun teşebbüse elverişli olmadığı hususunda müttefik olduğu aktarılmaktadır⁸⁴.

Öğretide, söz konusu suçun “bizzat işlenebilen suç” (*eigenhaendiges Delikt*) olduğu ifade edilmektedir⁸⁵. Bu açıdan yalan tanıklığa birlikte fail olarak *iştirak* etmek mümkün değildir. Fakat tanığı bu yönde cesaretlendiren, mahkemeye tedarik eden veya gerçeğe aykırı tanıklıkta bulunması hususunda ikna eden kişiler azmettiren veyahut yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulabilir. Öte yandan m.272/5 düzenlemesinde ön görülen neticenin gerçekleşmesi durumunda, gerçek içtima hükümleri devreye girecek ve fail ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır.

Uygulamada yalan tanıklık suçu ile *içtima* ilişkisi doğma ihtimali en kuvvetli suçların iftira ve suç uydurma suçları olduğu söylenebilir. Öğretide, gerçekte işlemediğini bildiği bir suçu işlediğinden bahisle bir kimseye suç yüklenirse *iftira* suçunun, isim verilmeden yalnızca bir suç işlendiğinin ifade edilmesi halinde ise *suç uydurma* suçunun yalan tanıklıkla beraber fikrî içtima hükümleriyle cezalandırılması gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁶

Tanıklık, TCK m.6/1-c düzenlemesi uyarınca bir kamu faaliyetidir. Bu bakımdan tanıklık faaliyeti yürütüldüğü esnada tanık ceza hukuku anlamında kamu görevlisi sıfatı taşır. Dolayısıyla somut olayın koşullarına bağlı olarak rüşvet veya irtikap suçlarının da oluştuğu varsayımında fail, yalan tanıklıkla beraber bu suçlardan da *gerçek içtima* hükümlerine göre cezalandırılacaktır⁸⁷.

Yalan tanıklık suçu çoğu zaman, aleyhine gerçeğe aykırı beyanda bulunulan kişiye karşı hakaret suçunun haksızlığını da içermektedir⁸⁸. Bu nedenle tüketen-tüketilen norm ilişkisi gündeme gelmeli ve görünüşte içtima kuralları gereğince fail yalnızca yalan tanıklıktan sorumlu tutulmalıdır. Bununla beraber, eğer fail söz konusu kişiye aynı zamanda “şerefsiz” gibi kişisel sövgülerde de bulunursa bu durumda yalan tanıklık suçu, söz konusu haksızlığı bünyesinde barındırmayacak ve *tüketen-tüketilen norm ilişkisi* doğmayacağı için gerçek

⁸³ ÜNVER, 2016, s. 228.

⁸⁴ SOYASLAN, 2016, s. 741.

⁸⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 2016, s. 1141; İÇER, 2012, s. 202.

⁸⁶ ÜNVER, 2016, s. 232; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, 2018, s. 1186-1187; SOYASLAN, 2016, s. 741; Bu durumda iftira suçunun oluşmayacağı hakkında bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, 2016, s. 1140.

⁸⁷ PARLAR / ÖZTÜRK, 2017, s. 192.

⁸⁸ Bu paragraftaki görüşler ve örnekler için bkz. GÖKTÜRK, 2016, s. 405.

içtima kurallarının uygulanması gerekecektir. Benzer şekilde, gerçeğe aykırı tanıklık sayesinde halihazırda soruşturma altında olan kişilerin tutuklamadan yahut yakalamadan kaçmaları imkânı temin edilmiş ise veya gerçeğe aykırı şekilde suç faili olduğu beyan edilmişse; tüketen-tüketilen norm ilişkisi gündeme gelmeli ve fail suçluyu kayırma veya suç üstlenme suçlarından değil, yalnızca yalan tanıklıktan sorumlu tutulmalıdır⁸⁹.

Failin, gerçeğe aykırı beyanlarından müteşekkil tanıklığını aynı yargılamanın farklı aşamalarında tekrarlaması yahut beyanın içeriğinden birden fazla kişinin ismini geçirmesi durumlarında *zincirleme suç* hükümleri uygulanmayacaktır⁹⁰. Zira tanıklık aynı vaka hakkındadır ve bu nedenle hukuki anlamda tek fiilin var olduğu kabul edilmelidir. Fakat tanıklığın farklı merciler huzurunda gerçekleşmesi halinde, örneğin savcılık ve mahkeme önünde gerçeğe aykırı tanıklığın tekrarlanması durumunda bu fiillerin hukuki anlamda farklı fiiller olacağı da savunulmaktadır⁹¹.

III. DEĞERLENDİRMELER

A. Tartışması Yapılmamış Hukuki Sorunlar

Öncelikle, mercilerin karara konu olay hakkındaki tüm hukuki problemler açısından yeterli değerlendirme yapmamış olduğu kanısındayız. Gerçekten de birinci görüşü savunanlar, suç unsurlarının olduğu yönündeki kanaatlerine gerekçe olarak yalnızca tanık beyanlarının çelişmesini göstermiş; ikinci görüşü savunanlar, manevi unsur ve kusurluluk açısından yeterli değerlendirme yapmadan yalnızca delil yetersizliğine değinmiş⁹² ve üçüncü görüşe sahip olanlar ise sadece mahkûmiyet için yeterli delil olmaması nedeniyle suçun oluşmadığını savunarak TCK m.273 hükmündeki cezasızlık hallerinin tartışılmasına gerek görmemiştir. Böylece kişinin kendi aleyhinde beyan vermeye zorlanamayacağı yönündeki anayasa hükmü somut olayda değerlendirilmemiştir.

⁸⁹ NAS, 2013, s. 148.

⁹⁰ ÜNVER, 2016, s. 232.

⁹¹ GÖKTÜRK, 2016, s. 401. Her ne kadar savcılığın suçun oluşmadığı yönündeki mütalaasında, “*iğfal* kelimesinin taciz şeklinde yorumlanmasının yalan tanıklık suçu için *kesin delil* teşkil etmediği” savunulmuş olsa da vicdani delil ilkesini benimsemiş CMK sisteminde “kesin delil” ve “kesin olmayan delil” gibi bir ayırım bulunmamaktadır. Bu açıdan *kesin delil* teriminin ispat ve delil sistemi açısından isabetsiz olduğu ifade edilebilir. Bkz. ÜNVER, a.g.e., s. 235.

Kanaatimizce, insan psikolojisi ile tanıklık olgusu arasındaki sıkı ilişki nedeniyle, fiil ve failin psişik durumu, olayın özellikleri ile bağlantılı olarak detaylıca tartışılmalıdır⁹³. Psikolojik çalışmalar ortaya koymaktadır ki tanığın bir olayı deneyimlemesi, bu olayı yorumlaması anlamına gelmektedir⁹⁴. Bundandır ki tanık, beyanda bulunurken ister istemez olaya yorumunu katmakta, “gerçeği” kendi perspektifinden aktarmaktadır⁹⁵.

Bir diğer önemli husus, tanıklıktan çekinme hakkı bulunan M'nin bu hakkını kullanmaması noktasındadır. M'ye tanıklık haklarının bildirilmemiş olması ihtimalinde, CMK'nın öngördüğü usul izlenmemiş olacaktır ki bunun sonucu, aşağıda izah edilen anayasal hüküm uyarınca söz konusu beyanın delil olarak kullanılamamasıdır. İlgili CMK hükmü gereği, sübuta mutlak surette etki edecek delil içermeyen iddianamenin iadesi icap eder. Dolayısıyla M'ye tanıklık haklarının bildirilip bildirilmediği hususunun da tartışılması gerektiği görüşündeyiz.

Son olarak aleyhinde zaten bir kovuşturma süren M'nin, aynı olayla ilgili bir başka yargılamada tanık olarak dinlenmesi nedeniyle *nemo tenetur ilkesinin* tartışılması gerekmektedir. Bu değerlendirmenin ise kusurluluk başlığı altında ve *istenemezlik ilkesi* doğrultusunda yapılması uygun olacaktır⁹⁶.

⁹³ Şüphesiz ki kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, AİHS sisteminde de korunan ve Türk hukuku bakımından da temel hak ve özgürlükler arasında olan mühim bir haktır. İnsan, haksız yere mahkûm edilmek bir yana, haksız yere itham edildiğinde dahi ciddi zarar gören bir varlıktır. Beccaria'nın deyiimiyle *cezanın amacı ne duyarlı bir varlık olan insanı üzüp bunaltmaktır ne de daha önce işlenmiş olan bir suçu işlenmemişçesine yadsınmak, yok saymaktır*. Bkz. BECCARIA, Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (çev. S. Selçuk), 3. Basım, İmge Kitabevi, Ankara, 2013, s. 69. Birçok suçun *fiil* unsurunun değerlendirilmesinde bilirkişilere müracaat edildiği gibi, yalan tanıklık suçu için de *manevi* unsur değerlendirmesinde gerek görüldüğü takdirde psikolog yahut psikiyatrilerle bilirkişi sıfatıyla danışılabilir, zira bu suç bakımından manevi unsur oldukça önem arz eder.

⁹⁴ NAS, 2013, s. 20; Bkz. İkinci bölümün Manevi Unsur alt başlığı.

⁹⁵ Bu nedenle tanık beyanı doğası gereği bir olayı ispat etme bakımından tek başına yeterli kabul edilmemelidir. Yediden fazla tanık beyanına dayanılarak kurulan yanlış mahkûmiyet hakkında trajik bir örnek şu şekilde aktarılmaktadır: “9 yaşında bir kız çocuğunun bir ormanlık arazide ölü bulunması olayında Kirk Bloodsworth, 8 Mart 1985 tarihinde tecavüz ve cinayetten ömür boyu hapis cezasına çarptırıldı. Kim tarafından yapıldığı bilinmeyen belirsiz bir telefon, cinayet günü küçük kızın Bloodsworth ile olduğunu söylemiş, polis çizdiği robot resim, bir görgü tanığınca teşhis edilmişti. Beş görgü tanığı Bloodsworth'u küçük kızla gördüğüne dair tanıklık etmişti. Bloodsworth o gün arkadaşlarına, evliliğini olumsuz yönde etkileyebilecek bir şey yaptığını söylemişti. Tüm bunları bir araya getiren jüri, onu ömür boyu hapse mahkûm etti. Fakat, delillerin tekrar test edilmesi istemi sonucu 1993 yılının haziran ayında yazılan resmi raporda, Bloodsworth'un olaydan sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşıldı.” (Düzenlenmiştir.) Bkz. TEKİN, Serra, **Görgü Tanıklığı: Olay Sonrası Yanlış Bilgide Kategori Faktörünün Etkisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 2009, s. 3.

⁹⁶ Kanaatimizce failin kusurlu olduğu neticesine ulaşılsa dahi, bu sefer *nemo tenetur* ilkesine aykırı şekilde elde edilen bu tanık beyanının hukuka aykırı delil vasfı olup olmadığı, suçu bildirmeme suçu hakkında sürdürülen yargılama mercilerince tartışılmalıdır.

Bu yöndeki görüşlerimizin beyanından evvel, savcılık mütalaasında fiil unsuru hakkında ileri sürülen bir argümanın eleştirilmesi gerekir. Yukarıda detaylarıyla arz edildiği üzere yalan tanıklık suçu bir soyut tehlike suçu olup suçun oluşması için söz konusu fiilin adaleti yanıltması gerekmemektedir. Dolayısıyla adaletin yanıltılmamış olduğu durumlarda da pekâlâ yalan tanıklık suçu oluşabilir. Bu bakımdan savcılık mütalaasında *beyana dayanarak soruşturma açılmaması ve hüküm kurulmaması nedeniyle adliyenin yanıltılmamasının*, suçun oluşmamasının gerekçeleri arasında gösterilmesi isabetli olmamıştır. Zira suçun fiil unsuru açısından sadece adliyeyi yanıltmaya elverişli bir beyan yeterli olup, bu neticenin gerçekleşmesi aranmamaktadır.

B. Manevi Unsurun Değerlendirilmesi

Yalan tanıklık suçunun manevi unsurunun müphem niteliği nedeniyle, bu yargılamalarda “titiz bir değerlendirme” ve “özel bir dikkat” gerekmektedir⁹⁷. Fakat karar metninde detaylı veri bulunmadığından dolayı, bu başlıkta sınırlı bir yorumlama yapıp, yalnızca tartışılması gerektiği düşünülen hususlar açıklanacaktır.

İfade edilmelidir ki yüz yılı aşkın bir süredir birçok farklı bilim insanı tarafından yapılan çalışmaların neticesinde, yordayıcı değişkenlerin görgü tanıklarının beyanlarının doğruluğuna etki ettiği görüşmüştür⁹⁸. Buna göre olayın özellikleri ile tanığın cinsiyeti, yaşı, zihinsel kapasitesi, ırkı, kişiliği ve olayın tanık bünyesinde yarattığı stres ve uyarılma gibi hususlar, yanlış beyan verme isteğinde olmayan tanık beyanının doğruluğuna etki edebilmektedir. Beccaria'nın deyiimiyle, tanığın *sözleri söylendikleri biçimiyle gerçeğe uygun olarak yinelemesi neredeyse olanaksızdır; tutkular, önyargılar ve benzeri etkenler tanığı durmaksızın örseler*⁹⁹.

Görgü tanıkları üzerinde yaptığı çalışmalarla tanınan psikolog Loftus, 1975 yılında yayınladığı makalesine şu cümlelerle başlamıştır¹⁰⁰:

“Kendi gözlerimle gördüm.” Birçok tartışma, bir tarafın bu sözü söylemesiyle bitirilir. Zira çoğu insan için görmek, inanmak demektir; ama öyle olmamalı. Kişinin tanık

⁹⁷ NAS, 2013, s. 170.

⁹⁸ TEKİN, 2009, s. 8-17. Yordayıcı değişken (*predictor variable*), bağlanım analizi araştırmalarında kullanılan bağımsız değişkenleri ifade eden teknik bir araştırma terimidir. Detaylı bilgi için bkz. ALLEN, Justin P., “Predictor Variable”, **Encyclopedia of Research Design**, Editör: Neil J. Salkind, Cilt: 2, Sage Publications, New York, 2010, s. 1078-1081.

⁹⁹ BECCARIA, 2013, s. 73.

¹⁰⁰ LOFTUS, Elizabeth F., “Reconstructing Memory: The Incredible Eyewitness”, **Jurimetrics Journal**, Yıl: 1975-Bahar, (s. 188-193), s. 188.

olduğu olay anı ve bunu başkasına anlattığı an arasında geçen sürede, söz konusu olayın hafızadaki sureti sert şekilde değişebilmektedir.

Loftus, sorulan soruların mahiyetinin dahi tanıgın olayı hatırlama şeklini değiştirebildiğini ifade etmekte ve birçok tanıgın samimi ve doğru bir beyanda bulunmak istemesine rağmen neden objektif gerçekliğe aykırı beyanda bulunduğunu anlamamanın yolunun, insan belleğinin doğasını anlamaktan geçtiğini ifade etmektedir¹⁰¹. Buna göre insan belleği, bir olaya şahit olduğunda bunu sonradan açıp okumak üzere dosyalanamamaktadır; bunun yerine, olayın hatırlanması anında (*the time of recall*) geçmişte birçok farklı kaynaktan edinilmiş bilgileri kullanarak olayı yeniden inşa (*reconstruct*) etmektedir¹⁰².

Dolayısıyla Genel Kurul'un somut olayda suçun manevi unsuru hakkında yaptığı değerlendirmenin; M'nin yaşı, A'nın öğretmeni oluşu ve olayın halihazırda çalıştığı eğitim kurumu içinde gerçekleşmesi hususlarının tartışılmamış olması nedeniyle eksik olduğu kanısındayız. Nitekim olayın tüm özellikleri bir arada değerlendirildiğinde failin bünyesinde ciddi bir stres, uyarılma, heyecan ve korku oluşmuş olabileceği hususu, gerçekten de yargılama açısından önem arz etmektedir.

C. Hukuka Aykırı Delil Tartışması

Ceza muhakemesi, maddi gerçeğe *insani değerlere zarar vermeksizin* ulaşmayı hedefler.¹⁰³ Yargılamada hukuka aykırı delillerin kullanılmasının ulusüstü insan hakları hukukunun¹⁰⁴ ihlali anlamına gelebileceği, dolayısıyla da ceza muhakemesinin hedefi ile çatışacağı söylenebilir. Vurgulanmalıdır ki İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin başlangıcı, insan onuru (*human dignity*) kavramı ile insanın eşit ve devredilemez hakları olduğu hususlarına yapılan vurgu ile öne çıkmaktadır ve metnin bütününde, dünyada *ancak bunların*

¹⁰¹ LOFTUS, 1974, s. 190.

¹⁰² LOFTUS, 1974, s. 190.

¹⁰³ CENTEL / ZAFER, 2018, s. 788; İnsani değerlere zarar verilerek yapılacak bir yargılamanın topluma da zarar vereceği söylenebilir. Bununla beraber “*Hepimizin ortak yararı, suçların sadece işlenmemesinde değil, işlendikleri zaman topluma verdikleri zararın da hiç değilse çok az olmasındadır.*” BECCARIA, 2013, s. 45.

¹⁰⁴ Öğretide, başta Prof. Dr. Mehmet Semih Gemalmaz olmak üzere *İstanbul ekolü* olarak da adlandırılabilir görüş bu hukuk dalını “ulusüstü (*supranational*) insan hakları hukuku” olarak adlandırmakta ve incelemektedir. Bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 1, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Basım, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, b.a. Ulusüstü kavramı, devletin egemenlik hakları ve insan hakları hukuku ilişkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. SAVCHYN, M. V., “The Constitution and Supranationality in Law: Challenges and Solutions”, **Journal of Comparative Law**, Yıl: 2016, Cilt: 11, Sayı: 2, (s. 136-150), s. 139-150; GEMALMAZ, Mehmet Semih, “Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 1990, Cilt: 15, Sayı: 18, (s. 156-164), b.a.

tanınması ile barışın, özgürlüğün ve adaletin temin edilebileceği tespiti yapılmaktadır.¹⁰⁵ Delilin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi veya değerlendirilmesi hallerinde, temel insan hakları belgelerinde yer alan adil yargılanma hakkı ve özel yaşamın korunması hakkı ihlal edilebilir.¹⁰⁶

Türk hukukunda da bu doğrultuda birçok düzenleme yapıldığı görülmektedir. Anayasanın m.38/6 hükmü “kanuna aykırı elde edilen bulguların” delil olarak kabul edilmesini yasaklarken, CMK’nın m.206/2-a hükmü “kanuna aykırı elde edilen delilin” ortaya konulması talebinin reddedilmesini gerektirmekte ve CMK m.217/2 düzenlemesi yüklenen suçun “hukuka aykırı” şekilde elde edilmiş delil ile ispat edilemeyeceğini ifade etmektedir.

İfade edilmelidir ki tanığın kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı, küçük düşürücü sorulara muhatap olmama hakkı, özel hayatına ilişkin sorular sorulacağında duruşmanın kapalı yapılmasını talep etme hakkı, koşulları varsa tanıklıktan çekinme hakkı ve korunma hakkı da dahil olmak üzere bir dizi hakkı bulunduğu, bunların en başında ise söz konusu haklarını öğrenme hakkı olduğu belirtilmektedir¹⁰⁷.

Somut olayda, savcılığın, konusunu cinsel saldırı suçunun oluşturduğu soruşturma çerçevesinde M’nin ifadesini alırken ona haklarını anlatıp anlatmadığı hususu, delilin hukuka aykırı şekilde elde edilip edilmediği değerlendirmesi açısından önem arz etmektedir. Zira söz konusu olayda Anayasa m.38/5¹⁰⁸ ile CMK m.48¹⁰⁹ düzenlemeleri ve *nemo tenetur* ilkesi gereği, M’nin kendisini ceza kovuşturmasına uğratabilecek sorulara cevap vermeme hakkı bulunmaktadır. Tıpkı diğer hakları gibi bu hakkının da ona tanıklık gerçekleşmeden önce bildirilmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir¹¹⁰; tanığa soru sorulmadan evvel bu hakkının ona bildirilmemesi ise söz konusu tanıklık delilini hukuka aykırı hale getirir¹¹¹. Neticede

¹⁰⁵ GEMALMAZ, 2012, s. 78.

¹⁰⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının çerçevesi, Strasbourg organlarının içtihatları ile şekillenmektedir. Mahkeme hukuka aykırı delillerin kullanılmasını kategorik olarak reddetmemekte, somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapmaktadır. Bkz. İNCEOĞLU, Sibel: “Adil Yargılanma Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Editör: Sibel İnceoğlu, 3. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 248; CENTEL / ZAFER, 2018, s. 792-794.

¹⁰⁷ YENİSEY / NUHOĞLU, 2018, s. 494.

¹⁰⁸ *Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*

¹⁰⁹ *Tanık, kendisini veya 45 inci Maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir. Tanığa cevap vermektan çekinebileceği önceden bildirilir.*

¹¹⁰ CENTEL / ZAFER, 2018, s. 277.

henüz savcılık nezdinde tanıklığa başlamadan evvel söz konusu hakkı M'ye bildirilmemiş ise bu tanık beyanı da hukuka aykırı delil vasfında olacaktır.

İfade edilmelidir ki mevzuatta savcılığın iddianameyi hazırlarken ve mahkemenin ise iddianameyi değerlendirirken delilin hukuka aykırılı olup olmadığını tartışmasını öngören bir düzenleme bulunmamaktadır¹¹². Bununla beraber CMK m.174/b hükmüne göre *suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen iddianamelerin* iade edilmesi gerekmektedir.

Öğretide ileri sürülmüş sert bir düşünceye göre, muhakeme kurallarına aykırı hareket edilerek elde edilen tanık beyanının suçun sübutuna *etki* etmemesi gerekmektedir¹¹³. Nitekim Anayasa m.38/5 hükmü “kanuna aykırı” elde edilen bulguların delil olamayacağı hususunda mutlak bir kural getirmekte, CMK m.289/1-i düzenlemesi ise *hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile* dayanılarak hüküm konamayacağını ortaya koymaktadır. Bu düşünceye göre değerlendirme yapıldığında; M'nin tanık beyanını vermesinden evvel yasak ifade alma ve sorgulama yöntemlerinden birine başvurulması suretiyle ona haklarının anlatılmamış olduğu bulgusuna ulaşırsa, söz konusu tanık beyanı hukuka aykırı delil niteliği kazanacaktır¹¹⁴. Savcılığın yalan tanıklık suçu bakımından düzenlediği iddianamede yalnızca bu delile dayanmış olması ihtimalinde ise iddianamenin kabulü kararı da hukuka aykırı olacaktır. Bu düşünceyi destekler mahiyette bir Yargıtay kararında¹¹⁵ tanık beyanları arasındaki çelişkinin, karşılaştırılan beyanlardan birisinin hukuka aykırı delil olmasından kaynaklandığı ve gerçeğe aykırı tanıklık yapıldığının da başkaca bir delili bulunmadığı hallerde failin yalan tanıklık suçundan sorumlu tutulamayacağı neticesine ulaşmıştır.

Yalan tanıklık suçunun fiil unsurunu oluşturan bir tanık beyanın *muhakeme kurallarına aykırı şekilde alınması nedeniyle* suç unsurlarının tamamlanmadığını yahut sırf bu nedenle

¹¹¹ YENİSEY / NUHOĞLU, **2018**, s. 498; GÖKTÜRK, **2016**, s. 369. 2016 yılında verilen bir yargı kararında da “*Yargıcın tanığa görevinin önemini anlatmadan dinlemesi halinde, elde edilen kanıt CMK'nın 206/a, 230/b, 217. maddelerinde öngörülen hukuka uygun kanıtlardan sayılmaz. Tanığın yalan tanıklık suçu da oluşmaz*” denmektedir. Bkz. Gaziantep BAM 3. CD., 26.10.2016, 2016/17 E., 2016/21 K. (PARLAR / ÖZTÜRK, **2017**, s. 218).

¹¹² CENTEL / ZAFER, **2018**, s. 787.

¹¹³ “(u)sulüne uygun olarak alınmayan tanık beyanının muhakeme sonunda verilecek karara *etki etme imkânı yoktur*.” Bkz. GÖKTÜRK, **2016**, s. 369.

¹¹⁴ Tanığa doğruyu söyleme yükümlüğünün hatırlatılmamasının haksızlık yanılığısı teşkil etmeyeceği hakkında bkz. İÇER, **2012**, s. 199.

¹¹⁵ Yarg. 8. CD., 09.11.2009, 2009/9930 E., 2009/13934 K. (ÜNVER, **2016**, s. 238).

failin mahkûm edilemeyeceğini düşünmek hatalıdır.¹¹⁶ Bu düşünce, adli makamların muhakeme kurallarına uymadığı her durumda tanıkların gerçeğe aykırı beyanda bulunabileceği anlamına gelir ki bu da kanun koyucunun suç ile devletin yargılama fonksiyonunu koruma amacına tezat teşkil eder¹¹⁷. Tanıklara haklarının bildirilmemesi halinde dahi doğruyu söyleme yükümlülüğü devam eder; tanıklıktan çekinme hakkı kendisine bildirilmeyen kişilerin gerçeğe aykırı beyanda bulunmaları halinde dahi suçun oluşacağı söylenmelidir. Kanun koyucu da bu doğrultuda hareket etmiş ve TCK m.273/1-a düzenlemesi uyarınca failin kendisinin soruşturma ve kovuşturmayaya uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması halinde de suçun oluşacağını ve fakat verilecek cezada indirim yapılabileceğini yahut ceza verilmeyebileceğini hükme bağlamıştır.

Dolayısıyla bu başlık altında arz edilenlerin yalan tanıklık suçunun işlendiğine dair yegâne delilin hukuka aykırı bir delil olduğu durumlarla sınırlı ve ispat hukuku ile ilgili hususlar olarak anlaşılması gerekir. Suç hakkında hukuka aykırı olmayan başkaca herhangi bir delilin mevcut olması halinde sanık pekâlâ cezalandırılabilir.

D. Nemo Tenetur İlkesi ve Kusurluluk

Kişinin suçsuz olduğunu ispat etmeye veya adli mercilere bu yönde yardıma bulunmaya zorlanmaması; yargılamadaki pasif tutumunun aleyhine yorumlanmaması ve bu doğrultuda da kendini suçlamaya zorlanmaması, *nemo tenetur* ilkesini ifade eder¹¹⁸. Bu ilke

¹¹⁶ Hukuka aykırı delil öğretisinin temelinde Kıta Avrupası açısından temel hak ve hürriyetleri koruma altına almak ve Anglo-Sakson anlayışında ise kolluk kuvvetlerini disipline etmek düşüncesi yatar. Bkz. CENTEL / ZAFER, 2018, s. 790-791. Fakat cezanın genel ve özel önleme amaçlarının göz önünde bulundurulması ile suçların cezasız kalmasının topluma zararlı olduğu hususunun unutulmaması gerekir. Nitekim Locke'un anlayışına göre devletin var oluşu dahi vatandaşların bizzat ceza verme hakkının ona devredilmesi üzerinde yükselmektedir. Gary Gray'in yönettiği *Law Abiding Citizen* isimli sinema eserinde, hukuka aykırı delil kavramının Anglo-Sakson hukukuna yansımaları olan *exclusionary rule* (dışlama kuralı, dosya dışı bırakma kuralı) uygulamasının yol açabileceği toplumsal trajedinin boyutları çarpıcı şekilde işlenmektedir.

¹¹⁷ Aynı yönde bkz. GÖKTÜRK, 2016, s. 370.

¹¹⁸ Bu ifade, Latincedeki "suçlayan olmadıkça ceza verilmez (*nemo punitur sine accusatore*)" ve "kimse kendi ayıbını açıklamak zorunda değildir (*nemo tenetur detegere turitudinem suam*)" ifadelerini de kapsayan "kimse kendine ihanet etmek zorunda değildir (*nemo tenetur se ipsum prodere*)" ve "kimse kendini suçlamak zorunda değildir (*nemo tenetur se ipsum accusare*)" deyimlerinden türemiştir. Bkz. İTİŞGEN, Rezzan, **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanmaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 3; "Talmut hukukunda "sanığın kendisine karşı yapacağı tanıklığının sanığın hüküm giymesi açısından yeterli olmayacağı" düşüncesi *nemo tenetur* ilkesinin yansımasıdır. Kanonik hukukta açığa çıkmamış, sadece sanık tarafından bilinmekte olan hususlar konusunda sanığa açıklama yükümlülüğü hiçbir şekilde yüklenilemez." "Günümüzdeki anlamıyla ise *nemo tenetur* ilkesi ilk olarak İngiltere'de oluşmuştur. İlke *Common Law* temel ilkesi olarak anlaşılmalı ve kişinin kendi varlığını devam ettirmesine yönelik doğal hukuk hakkı ile gerekçelendirilmiştir." Bkz. KILIÇ, Ümmügülüm, "Nemo Tenetur İlkesi İşığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2010, s. 25.

kişiyeye, sorulan sorulara kendisini suçlama anlamına gelen cevaplar vermektan kaçınması imkânını getirmektedir. Farklı hukuki düzenlemelerde bu imkânın, sanığın ve tanığın da aralarında olduğu çeşitli yargılama sùjelerine tanındığı görùlmektedir. Konuya tanıklar perspektifinden bakıldığında, ifade kapsamında kendi kovuşturulmasına yol açabilecek cevaplar verebileceğinin bilincinde olan tanığa çekinme hakkı tanınarak onun yalan söylemesine neden olmamanın amaçlandığı görùlür¹¹⁹. Gerçekten de hiçbir birey, kendisini suçlayıcı beyan vermesi gerekebilecek bir duruma sokulmamalıdır. Bu durum insan doğasına aykırı olduğu gibi söz konusu beyanın sağlıklı veya işe yarar olma ihtimali zayıf, uzun vadede toplum düzenine zarar verme ihtimali ise kuvvetlidir.

Öğretilde *nemo tenetur* ilkesinin, itham sisteminin doğasının bu ilkeyi gerektirmesi,¹²⁰ delillerin ve ikrarın güvenilirliğini sağlama amacı¹²¹, kişi onur ve haysiyetini koruma amacı¹²², özel hayatın gizliliğine saygı gösterme gereği¹²³, Locke'un sosyal sözleşme teorisinin bunu gerektirmesi¹²⁴ ve aile içi ilişkileri koruma amacı¹²⁵ ile temellendirildiği görùlmektedir¹²⁶.

¹¹⁹ İTİŞGEN, 2012, s. 80.

¹²⁰ Anglo-Sakon hukukunun tabi olduğu itham sisteminde mahkemelerin re'sen harekete geçmemesi ve jüri gibi olgular, sıkı bir delil sisteminin öngörmektedir. Bkz. İTİŞGEN, 2012, s. 52.

¹²¹ Kişinin sıkıntılı olduğu durumdan kaçınmak için gerçeğe aykırı beyanlarda bulunabileceğinden dolayı, delil güvenliğinin sağlanması için tanığın gönüllü şekilde beyanda bulunması gerektiği savunulmakta, zira bu şekilde kolluk görevlilerinin yargılamada kullanılmayacağı için yasak ifade alma usullerini uygulamayacağı ifade edilmektedir. Bkz. İTİŞGEN, 2012, s. 53.

¹²² Bu görüşe göre insan bir araç değil, bilakis onurlu bir varlıktır. Bundandır ki suçlu bir birey dahi saygı görmeyi hak eder, bireysel otonomisinin korunması icap eder. Bkz. İTİŞGEN, 2012, s. 55; Hakkında bir soruşturma açılmasıyla beraber şüpheli veya sanık her halükârda onurunun zarar görmesi, özgür hareket kabiliyetini kaybetmesi ve bazı haklarını kaybetme tehlikesini de yaşar. Bu şartlar altında kişiyeye kendini suçlayacak beyanlarda bulunma zorunluluğu getirilirse, kişi bir nesne halinde gelir ve onuruna müdahale edilmiş olur. Bkz. KILIÇ, 2010, s. 26; Aynı yönde bkz. ARSLAN, 2018, s. 790.

¹²³ Sanığın, bir birey olması hasebiyle, yargılama mercilerin dahi ihlal etmemesi gereken bir mahrem alanının bulunduğu ifade edilmektedir. Madem ki kişi kendi düşüncelerini kontrol edebiliyorsa, ne söyleyeceğini seçme özgürlüğüne de sahip olmalı, bu hususta zorlanmamalıdır. Bkz. İTİŞGEN, 2012, s. 56.

¹²⁴ Teoriye göre vatandaşlar, devleti yargılama ve cezalandırma haklarından feragat ederek kurmuşlardır. Fakat bazı hakları uhdelerinde tutmaya da devam ederler; ihlal edilmeleri halinde işte bu haklarını kendilerini korumak için kullanabilirler. Bu görüş farklı açılardan ve hararetle eleştirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İTİŞGEN, 2012, s. 59.

¹²⁵ Türk hukukuna göre ilkenin aile içi ilişkileri de koruma altına aldığı ileri sürülmektedir. Bireylerin yakınları hakkında tanıklıkları güvenilir olmadığı gibi hukuk düzeninin de kişiyeye yakınlarını suçlama hususunda vicdaniyla baş başa bırakılmaya da zorlanmaması gerekir. İTİŞGEN, 2012, s. 60.

¹²⁶ *Nemo tenetur* ilkesinin eleştirisi mahiyetindeki görüşe göre; birey suç işleyerek kendini koruma ve özel hayatın gizliliği hakkının korunmasını talep etme hakkını kaybetmektedir. Devlet bu doğrultuda kişinin sosyal yükümlülüklerini yerine getirmesi için gönüllü olmaması halinde onu zorlayabilir. Bkz. İTİŞGEN, 2012, s. 50.

Söz konusu ilkenin teorik temelleri bir yana, normatif dayanakları da ulusal düzeyden ulusalüstü düzeye değin birçok metinde kendine yer bulmaktadır. Söz gelimi, ilkenin Türk Anayasasına yansımaları, *hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz* hükmünü getiren 38. maddenin 5. fıkrasında¹²⁷ yer alırken, CMK'daki görünümü ise 45., 48., 147. ve 148. maddelerinde yer almaktadır.

Keza Anayasanın 17. maddesi uyarınca herkes *manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına* sahiptir. “Herkes” kavramına tanıkların da dahil olduğu ve bu anlamda kendi manevi varlıklarını kendilerinin geliştirmeye hakları olduğunu kabul etmemek için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Bu hak, düşüncelerini biçimlendirme kadar hangi sözleri söyleyeceğine karar verme yetkisini de bünyesinde barındırmaktadır. Bireylerin bu çerçevede sahip olduğu kendini koruma içgüdüsü, var oluşları ve hatta insan türünün korunması ve devamı için elzem niteliktedir: Bu açıdan tanıktan kendi eliyle kendisini cezai kovuşturma ile karşı karşıya bırakmasını beklemek, kendini koruma içgüdüsüne tamamen aykırıdır¹²⁸.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin m.14/3-g hükmüne göre, *cezalandırılabilir bir davranışından dolayı hakkında kamu davası açılmış bir kişi kendisine karşı tanık olarak ifade vermeye veya kendisini kusurlu tanımaya zorlanamaz*. Bu sözleşme bakımından ilkenin yalnızca sanık bakımından uygulandığı gözden kaçırılmamalıdır. AİHM ise AİHS'in adil yargılanma hakkını koruyan m.6 hükmü çerçevesinde ortaya koyduğu içtihatlarla, kişinin kendini suçlamaya karşı imtiyaz hakkının (*privilege against self incrimination*) olduğunu vurgular¹²⁹.

Konu karşılaştırmalı hukukta irdelendiğinde, Amerika Birleşik Devletleri'nde 1970'li yıllara kadar yürürlükten kalan “mutlak bağışıklık” (*transactional immunity*) düzenlemesinin, tanığın kendi beyanı ile ilgili hiçbir suçtan soruşturulamayacağını hükme bağlandığı görülmektedir¹³⁰. Benzer şekilde Polonya Ceza Kanunu'nda da *kendisi veya yakını hakkında*

¹²⁷ Suçu bildirmeme suçunun TCK'daki ilk hali, yakın akrabalık durumunun bir cezasızlık hali olarak ayrık tutulmaması nedeniyle, Anayasa Mahkemesi tarafından 2011 yılında Anayasanın m.38/5 hükmüne aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bkz. AYM 30.06.2011, 2010/52 E., 2011/113 K. (*Resmî Gazete*).

¹²⁸ Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. ARSLAN, 2018, s. 192.

¹²⁹ İTİŞGEN, 2012, s. 5; Yazarlar, *nemo tenetur* ilkesinin AİHS m.6/2 çekirdek alanına dahil olduğunu ifade etmektedir. Bkz. ÜNVER/HAKERİ, 2018, s. 72.

¹³⁰ *Ullmann v. United States* davasında mutlak bağışıklığın Amerikan federal anayasa hukukunun bir parçası olduğu vurgulanmış, *Counselman v. Hitchcock* davasında ise bağışıklık tanındığı takdirde, bu tanıklıkla kişi aleyhine elde edilen diğer delillerin de kullanılmayacağı belirtilmiştir. Bkz. İTİŞGEN, 2012, s. 22; AİHS m.6 ve m.7 düzenlemelerinin, kişinin kendisini suçlamaya veya bu yönde delil göstermeye zorlanamamasını

ceza takibi yapılacağı korkusuyla susan veya cevap vermeyen kimse cezalandırılmayacağı düzenlemesi ile beraber *nemo tenetur* ilkesine mevzuat içinde yer verilmiştir¹³¹.

İlkenin tanığa yalan söyleme hakkını verip vermediği hususunda öğretide bir fikir birliği bulunmamaktadır. Vurgulanmalıdır ki katıldığımız görüş, gerçeğe uygun beyanda bulunmanın kendisini suçlamak anlamına geldiği hallerde tanığın yalan ifade vermesinin bir mazeret nedeni olarak kusurluluk başlığı altında tartışılması gerektiğini savunur¹³². Bu görüşü benimseyerek, *nemo tenetur* ilkesinin suç inceleme sistematüğinde kusurluluk bahsinde göz önüne alınması icap eden bir hukuki bakış açısı olduğunu savunmaktayız.

Hemen belirtilmelidir ki tanık beyan için zorlanmamış olduğunda, bir başka deyişle gönüllü olarak beyan verdiğinde *nemo tenetur* ilkesi uygulama alanı bulmayacaktır¹³³. Bu bakımdan somut olayda bir zorlama olup olmadığı hususunun belirlenmesi oldukça önemli bir hal alır. Söz gelimi, Amerika Birleşik Devletleri'nde görülen *Miranda v. Arizona* davasında, kişiye gözaltında iken soru sormak dahi bir zorlama olarak kabul edilmiştir¹³⁴. Neticede kusurluluk tartışmasını yaparken dayanak noktamız, kişinin tanıklıkta bulunurken fiziken olmasa dahi manen zorlanmış olduğu varsayımdır. İşte bu noktada TCK'nın 28. maddesinde¹³⁵ kendisine yer bulduğu savunulabilecek olan *istenemezlik ilkesinden* bahsetmek gerekir.

Hafizoğulları, modern ceza hukuku literatüründe önemli bir yere sahip olduğu savunulan ve İtalyanca *l'inesigibilita*, Almanca *nichtzumutbarkeit* adıyla anılan kurumu, *istenemezlik ilkesi* adıyla Türkçeleştirmektedir¹³⁶. Bu kurama göre, içinde buldukları durumda farklı şekilde davranmanın kendilerinden beklenemediği kişiler kusurlu addedilemezler¹³⁷.

gerektirdiği ve bu yönüyle aşağıda arz edilen *istenemezlik* ilkesine sözleşme sisteminde yer verilmiş olduğu görüşü için Bkz. HAFIZOĞULLARI, 2008, s. 362.

¹³¹ ÜNVER, 2016, s. 212.

¹³² İTİŞGEN, 2012, s. 20.

¹³³ İTİŞGEN, 2012, s. 119.

¹³⁴ İTİŞGEN, 2012, s. 119.

¹³⁵ **Madde 28** – (1) Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.

¹³⁶ HAFIZOĞULLARI, 2008, s. 338.

¹³⁷ Yazar, bu ilkenin uygulamada pek çok tartışmayı beraberinde getirdiğini ifade etmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI, 2008, s. 339.

Açıkçası, kusurluluğun üzerinde görüş birliği olan bir tanımı ve tarifi bulunmamaktadır: Doğal hukuk anlayışında fail ile fiil arasındaki psişik bağı ifade eden kusurluluk, pozitif hukuk perspektifinde aksi imkânı da olmasına rağmen ödev aykırı davranan iradenin kınanabilirliği anlamına gelir¹³⁸. İstenemezlik ilkesinin de pozitif hukuk anlayışına bağlı olarak geliştirildiği ifade edilmektedir¹³⁹. Bu ilkeye göre kişi iradesinin oluşma süreci istisnai etkenlerle bozulduğunda, hukuka uygun davranması ondan istenebilir olamamakta, böylece de kişinin kusuru kalkmaktadır¹⁴⁰. Hemen belirtilmelidir ki istenemezlik ilkesinin gündeme geldiği ve değerlendirildiği her olayda failin kusurunun ortadan kalktığını söylemek isabetli olmayacaktır. Öğretide de istenemezlik ilkesinin sınırlarının, onun kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmesini engelleyecek derecede belirsiz olduğu yönünde eleştiriler mevcuttur¹⁴¹. Bununla beraber TCK m.25/3 ve m.28 hükümleri ile CMK m.223/3-b düzenlemesi, Anayasa m.38/5 ve *nemo tenetur* ilkesi ışığında değerlendirildiğinde, istenemezlik ilkesini çalışmaya konu olay bakımından tartışmak zorunlu gözükmektedir.

Anayasa m.38/5'in mantığı (*ratio*), insanın zayıf, naif ve kırılgan bir hüviyete sahip olması olarak gösterilmektedir: “*Hukuk kimseden ne kahramanlık ne de azizlik bekler*”¹⁴². İnsan zayıflığının bir görünümü de insanın kendisini ve yakınlarını koruma güdüsüdür. Dolayısıyla ilkenin anayasal dayanağının m.38/5 hükmü olduğu ifade edilebilir. Meseleye Türk ceza hukuku mevzuatı çerçevesinden bakıldığında ise istenemezlik ilkesinin özellikle manevi cebir kavramı açısından tartışılabilir olduğu görülmektedir¹⁴³. Bu kavram TCK m.28 hükmünde, kişinin *karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu* suç işlediği takdirde cezalandırılmayacağı düzenlemesi ile karşımıza çıkmaktadır.

¹³⁸ HAFIZOĞULLARI, 2008, s. 340.

¹³⁹ HAFIZOĞULLARI, 2008, s. 340.

¹⁴⁰ Yazara göre kanun, insanı manen hür olduğundan dolayı *gütmektedir*. Bu nedenle istenemezlik ilkesinin de ön gördüğü üzere manen hür olmayan insanın kusurlu olmayacağından bahsedilebilir. Goldschmidt ise istenemezlik ilkesini bireyin tözündeki “ödev normunun” sınırı olarak görür; bu açıdan kusurluluğu kaldıran nedenleri kanun metninde ifade edilenlerle sınırlamamak ve hatta daha da ilerletmek gerekmektedir. Benzer şekilde Freudenthal da farklı bir biçimde davranabilme erkinin olmadığı hallerde kınanabilirliğin ve kusurun ortadan kalktığını ileri sürmektedir. Bu bakımdan Freudenthal’ın görüşüne göre de istenemezlik halinin kanunun öngördüğü kusurluluk nedenleriyle sınırlı şekilde yorumlanmaması gerekmektedir. Franki Goldschmidt ve Freudenthal’ın kusurluluk hakkındaki görüşleri hakkında detaylı bilgi için bkz. HAFIZOĞULLARI, 2008, s.341-357.

¹⁴¹ Bkz. HAFIZOĞULLARI, 2008, s. 358.

¹⁴² Hiç kimse, hiç kimseden kendisini suçlamasını ne isteyebilir ne bekleyebilir. Yazara göre bu durumda bulunan kimse davranışlarından ötürü kınanamaz, öyleyse kusurlu sayılamaz. HAFIZOĞULLARI, 2008, s. 361.

¹⁴³ Bkz. HAFIZOĞULLARI, 2008, s. 361.

Hafizoğulları, bu hükümdeki hallerde failin cezalandırılmayacak oluşunun nedenini, onun kanun koyucu tarafından kusurlu addedilemiyor oluşuna bağlar ve argümanını şu şekilde izah eder¹⁴⁴: Failin içinde olduğu koşullarda *maddi cebir*¹⁴⁵ söz konusu ise bu durumda bu cebrin konusu olan kişi, cebir uygulayan kişinin adeta bir “uzanmış eli” (*longa manus*) durumundadır. Dolayısıyla cebre maruz kalan kişinin herhangi bir irade taşıdığı söylenemez; o, adeta bir parmağın çektiği cansız ve iradesiz bir tetik gibidir. Fakat eğer bir *manevi cebir* söz konusu ise fail ve fiil arasında sınırlı da olsa bir bağ bulunur; failin çok sınırlı hüviyette olsa dahi direnmesi yahut karşı koyması mümkündür, dolayısıyla iradenin söz konusu olmadığı ifade edilemez. Madem ki TCK m.28 hükmü korkutma veya tehdit gibi *manevi cebir* hallerinde kişinin cezalandırılmayacağını öngörmektedir, öyleyse kişinin iradi sayılan fiilinden dolayı sorumlu tutulmamasının tek açıklaması, kanun koyucunun bu kimseyi kusurlu görmeyişidir: Fiili iradi olmakla beraber fail bundan dolayı kınanamamaktadır.

Gerçekten de kişiden kendi *erkinin* ötesinde olan bir şey beklenemez, bunun aksini düşünmek de insanî değildir. Dolayısıyla TCK m.28 hükmünde ifade edilen durumların, faile yönelen dış etkenlerden kaynaklı manevi cebir halleri ile sınırlı olmadığı, fiilin işlenmesine yol açmış manevi cebir niteliğindeki olağan dışı faktörleri de kapsadığı ifade edilebilir¹⁴⁶. Gerçekten de halihazırdaki koşullar dikkate alındığında kişiden daha farklı davranmasının ondan “insanî”¹⁴⁷ olarak beklenemediği, istenemediği hallerde kişinin kınanması mümkün olmamalıdır. Bu doğrultuda TCK m.28 metninde ifade edilen “karşı konamayan veya kaçılmaz” nitelikteki *muhakkak ve ağır bir korku* veya *tehdidin*, beşerî kırılmalık ve zayıflık çerçevesinden bakılarak değerlendirilmesi gerektiği savunulabilir haldedir¹⁴⁸.

Açıkçası, insanın kendini suçlamaya zorlanması hem kendi doğasına aykırılık hem de *manevi bir işkence* niteliğinde kabul edilebilir. *Nemo tenetur* ilkesinin özünü teşkil eden bu düşünce, kişinin kendi aleyhinde beyan vermesinin insanî olmadığını, bunun ondan beklenemeyeceğini ifade eder. Somut olayda aleyhinde bir cezai kovuşturma yürütülmekte olan M, gerçeğe uygun beyanda bulunduğu takdirde kendisini adeta kendi elleriyle mahkûm

¹⁴⁴ HAFIZOĞULLARI, 2008, s. 363.

¹⁴⁵ *Vis absoluta* (maddi cebir) ve *vis compulsiva* (manevi cebir) kavramları hakkında değerlendirmeler için bkz. ARSLAN, 2018, s. 805.

¹⁴⁶ HAFIZOĞULLARI, 2008, s. 367. Neticede yazar, TCK'nın 92. ve 147. maddelerindeki gibi “zorunluluk hali” başlığı taşıyan düzenlemelerin m.25/2 hükmünün değil, m.28 hükmünde yer verilen istenemezlik halinin özel görünümü olduğunu ileri sürmektedir. Şüphesiz ki hukuka aykırı nitelikteki mahkûmiyet hükümleri kadar, haksız beraat kararları da ceza hukukunun amacına aykırıdır.

¹⁴⁷ HAFIZOĞULLARI, 2008, s. 368.

¹⁴⁸ HAFIZOĞULLARI, 2008, s. 368.

edecektir. Bu açıdan eleştiriye konu yargılama sürecinde M'nin kusurluluk durumu hakkında bir tartışma yapılmamasının eksiklik olduğu kanısındayız.

SONUÇ

Yalan tanıklık suçunun özellikle fiil unsuru ile manevi unsur arasındaki bağ ve kusurluluk açısından nitelik gösterdiği ifade edilebilir. Bununla beraber çalışmaya konu Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararından görüldüğü kadarıyla yargı uygulaması suçun bu yönlerini yeterli derecede değerlendirmemektedir.

Yalan tanıklık suçunun bir soyut tehlike suçu olması nedeniyle, suçun oluşması için gerçeğe aykırı tanıklık ile beraber bir soruşturma açılmasına ya da mahkûmiyet hükmü kurulmasına gerek yoktur. Gerçekten de suçun koruduğu hukuki değerlerin devletin yargılama fonksiyonu olması hasebiyle yargı mercilerin yanıltılması neticesi, suçun tamamlanması açısından gerekli değildir. Bu bakımdan “adliyenin yanıltılmamış” olması nedeniyle suçun oluşmadığı şeklinde görüşte isabet bulunmamaktadır.

Psikolojik çalışmalar tanığın, tanıklık olgusunun doğası gereği, bilinçsiz şekilde farklı zamanlarda aynı olay hakkında farklı ve hatta çelişkili beyanlar verebildiğini ortaya koymaktadır. Yalnızca beyanlar arasında çelişkinin bulunuyor olması gerekçesiyle suçun oluştuğu kanaatine varılmasının isabetsiz olduğu görülmektedir. Yalan tanıklık suçu, fiil ve manevi unsur arasındaki ilişki açısından detaylı şekilde değerlendirilmelidir.

Kişinin tanıklık yaptığı vaka nedeniyle halihazırda aleyhinde kovuşturma bulunması hali, kişinin kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ilkesi ile doğrudan ilgilidir. Bu bakımdan bu kişi aleyhinde aynı olay nedeniyle süren yargılamalar, bunların farklı suçlar hakkında olması nedeniyle, gerçeğe aykırı tanıklık olgusu ile ilgisiz görülemez.

İfade edilmelidir ki TCK m.273, *nemo tenetur* ilkesinin uzantısı olan, kişinin kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı yönündeki Anayasa m.38/5 düzenlemesine uygun olarak, bu durum çerçevesinde kalan hallerde ceza verilmeyeceğini veya cezanın azaltılacağını düzenlemektedir. Makalede eleştiriye tabi tutulan yargılamaya konu olay açısından düşünüldüğünde bu husus, kusurluluk bahsinde ve istenemezlik ilkesinin ışığında da tartışılabilir niteliktedir. Zira bu hallerde tanıktan hukuka uygun davranmasının beklenemeyeceği savunulabilir. Tartışmanın sonunda failin kusursuz olmadığı sonucuna

ulaşılacak olsa dahi, “yargıç Herkül’den” yine de failin kusur durumunu değerlendirmesinin beklendiği pekâlâ ifade edilebilir.

KAYNAKÇA

- ALLEN, Justin P., “Predictor Variable”, **Encyclopedia of Research Design**, Editör: Neil J. Salkind, Cilt: 2, Sage Publications, New York, 2010.
- ARSLAN, Mehmet, “Şüphelinin İfade Verme Özgürlüğü”, **Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan**, (der: F. Yenisey vd.), Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, (s. 787-815).
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- ASLAN, Şükran Tamer, **Yalan Tanıklık Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- BECCARIA, Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (çev. S. Selçuk), 3. Basım, İmge Kitabevi, Ankara, 2013.
- CENTEL, Nur / ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Us-A Yayıncılık, Ankara, 1996.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 1, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Basım, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 1990, Cilt: 15, Sayı: 18, (s. 156-164).
- GÖKTÜRK, Neslihan, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 20, Sayı: 1, (s. 347-409).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 3, (s. 338-360).
- İÇER, Zafer, “Yalan Tanıklık Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2012, Cilt: 18, Sayı: 2, (s. 179-226).

İNCEOĞLU, Sibel, “Adil Yargılanma Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Editör: Sibel İnceoğlu, 3. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

İTİŞGEN, Rezzan, **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

KARAKELLE, Şerife Sema, “Bellek II”, **Psikolojiye Giriş I**, yy., İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Sosyoloji Bölümü, 2017.

KILIÇ, Ümmügülsüm, “Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2010.

KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

LOFTUS, Elizabeth F. / PALMER, John C., “Reconstruciton of Automobile Destruction: An Example of the Interaction Between Language and Memory”, **Journal of Verbal Learning and Verbal Behaviour**, Yıl: 1974, Sayı: 13, (s. 585-589).

LOFTUS, Elizabeth F., “Reconstructing Memory: The Incredible Eyewitness”, **Jurimetrics Journal**, Yıl: 1975-Bahar, (s. 188-193).

LOFTUS, Elizabeth F., “Creating False Memories”, **Scientific American**, Yıl: 1997-Eylül, (s. 70-75).

MERAN, Necati, **AİHM Kararları ile İçtihatlı – Açıklamalı Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret – İftira Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları**, 2. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

MORİ, Naohise, “Styles of Remembering and Types of Experience: An Experimental Investigation of Reconstructive Memory”, **Integrative Psychological and Behavioral Science**, Yıl: 2008, Sayı: 42, (s. 291-314).

NAS, Ali Murat, **Yalan Tanıklık Suçu Psikolojik ve Hukuki Sınırlar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

ÖLMEZ, Gökhan, **Yalan Tanıklık Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku – Özel Hükümler**, 13. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ÖZEK, Çetin, “Adliye Karşı Suçların Hukuki Konusu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1997, Cilt: 55, Sayı: 3, (s. 13-50).
- ÖZTÜRK, Bahri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- PARLAR, Ali / ÖZTÜRK, Mustafa, **İstinaf ve Yargıtay Emsal Kararlarıyla İftira Yalan Tanıklık ve Gerçeğe Aykırı Bilirkişilik Suçları**, Aristo Yayınları, İstanbul, 2017.
- RACHELS, James, **The Elements of Moral Philosophy**, 4. Edition, McCraw-Hill, New York, 2003.
- SAVCHYN, M. V., “The Constitution and Supranationality in Law: Challenges and Solutions”, **Journal of Comparative Law**, Yıl: 2016, Cilt: 11, Sayı: 2, (s. 136-150).
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 11. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- SÖZÜER, Adem, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, yy., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015.
- TANERİ, Gökhan, **Uygulama ve Doktrinden Kürsüye Onaylanmış Örnek Hükümlerle 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Sık Karşılaşılan Suçlar**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.
- TEKİN, Serra, **Görgü Tanıklığı: Olay Sonrası Yanlış Bilgide Kategori Faktörünün Etkisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 2009.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 13. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- ÜNVER, Yener, **İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma**, 4. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- YAŞAR, Osman / GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Cilt: 6, 2. Basım, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.

YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

YENİSEY, Feridun / PLAGEMANN Gottfried, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 2. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

**BRÜKSEL 1BİS TÜZÜĞÜ İLE AVRUPA BİRLİĞİ GENEL VERİ KORUMA
TÜZÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE KİŞİSEL VERİLERİN İHLALİNE İLİŞKİN ÖZEL
HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA MİLLETLERARASI YETKİ KURALLARI**

*INTERNATIONAL JURISDICTION RULES FOR CIVIL LAW CLAIMS REGARDING VIOLATIONS OF
PERSONAL DATA WITHIN THE CONTEXT OF THE BRUSSELS 1BIS REGULATION AND THE
EUROPEAN UNION GENERAL DATA PROTECTION REGULATION*

Hakemli Makale
Cansu Akgün TEKGÜL*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	234
I. BRÜKSEL 1BİS TÜZÜĞÜ'NÜN UYGULAMA ALANI VE KİŞİSEL VERİLERİN İHLALİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR BAKIMINDAN MİLLETLERARASI YETKİ KURALLARI	240
A. UYGULAMA ALANI	240
B. GENEL YETKİYİ DÜZENLEYEN KURAL	242
C. ÖZEL YETKİYİ DÜZENLEYEN KURALLAR	244
1. Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıklar Bakımından Özel Yetkiyi Düzenleyen Kural	245
2. Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar Bakımından Özel Yetkiyi Düzenleyen Kural	250
3. Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar Bakımından Özel Yetkiyi Düzenleyen Kural	254
4. Haksız Fiilden Doğan Uyuşmazlıklar Bakımından Özel Yetkiyi Düzenleyen Kural	255
II. GVKT'NİN UYGULAMA ALANI VE KİŞİSEL VERİLERİN İHLALİNDEN DOĞAN ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARI BAKIMINDAN MİLLETLERARASI YETKİ KURALI	260
A. UYGULAMA ALANI	260
B. MİLLETLERARASI YETKİYE İLİŞKİN KURAL	261
III. GVKT M. 79(2)'DEKİ MİLLETLERARASI YETKİ KURALININ BRÜKSEL 1BİS TÜZÜĞÜ'NDEKİ MİLLETLERARASI YETKİ KURALLARI İLE İLİŞKİSİ	265
SONUÇ	271
KAYNAKÇA	273

DOI: 10.32957/hacettepehdf.551973

Makalenin Geliş Tarihi: 10.04.2019

Makalenin Kabul Tarihi: 27.05.2019

* Dr. E-Posta: cansuakgn@gmail.com

ORCID: 0000-0003-1148-9318

ÖZ

24 Mayıs 2016 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen ve 25 Mayıs 2018 itibariyle tüm üye ülkeler bakımından doğrudan bağlayıcı hale gelen 2016/679 sayılı Avrupa Birliği (AB) Genel Veri Koruma Tüzüğü (GVKT) AB kişisel verilerin korunması hukuku bağlamında getirdiği birçok önemli yenilikle yürürlüğe girdiği andan bu yana gerek AB içinde gerek dışında hukuk uygulayıcıların ve öğretinin ilgisini çekmiş olsa da GVKT'nin maddi ve bölgesel kapsamı itibariyle uygulama alanı bulduğu kişisel verilerin ihlaline ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisi meselesi kapsamlı bir araştırmaya konu olmamıştır. Esasen, genel itibariyle kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde işlenmesinden kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlıklarında üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından GVKT'nin yürürlüğe girmesinden önce, 1215/2012 sayılı Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel 1Bis Recast Tüzüğü (Brüksel 1Bis Tüzüğü) uygulama alanı buluyordu. Dolayısıyla, bir yandan Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki genel ve özel yetki kurallarının, bir yandan GVKT m. 79 ile veri sahibinin kişisel verisini işleyen veri sorumlusu veya işleyiciye karşı GVKT'ye aykırı işlemenin bertaraf edilmesine yönelik açılacak özel hukuk davalarına ilişkin milletlerarası yetki kuralının varlığı, bu tür davaların hangi üye ülke mahkemesinde görüleceği konusunda karmaşıklığa yol açmaktadır. Zira GVKT'nin Brüksel 1Bis Tüzüğü ile olan ilişkisi konusunda Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından henüz geliştirilmiş bir içtihat yoktur ve bugüne kadar yapılan çalışmalar da oldukça sınırlıdır. Bu itibarla, GVKT ile getirilen milletlerarası yetki kuralının, veri sahibinin kişisel verilerinin GVKT'ye aykırı işlenmesinden doğan yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından adil ve etkin bir yetki esası sağlayıp sağlamadığı ve bu kuralın Brüksel 1Bis Tüzüğü'nde yer alan ve niteliği itibariyle bu tür uyuşmazlıklar bakımından uygulanabilir olan genel ve özel milletlerarası yetki kurallarıyla ne derece örtüşüğünün incelenmesi önem kazanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü, Brüksel 1Bis Tüzüğü, kişisel verilerin korunması, Milletlerarası yetki, Kişisel verilerin ihlali

ABSTRACT

The European Union (EU) General Data Protection Regulation (GDPR) No. 2016/679, which was adopted by the European Parliament on May 24, 2016 and became directly legally binding on all Member States as of May 25, 2018, has attracted the attention of both law practitioners and academia within and outside the EU as it introduces several significant novelties concerning the EU data protection law, yet the question of international jurisdiction of the Member States courts on the cross border civil law claims over personal data violations which falls within the regional and material scope of application of the GDPR has not been subject to an in depth analysis. As a matter of fact, Court of Justice of the European

Union has not yet developed a case law on the relationship of the GDPR with Regulation No 1215/2012 Brussels 1Bis Recast (Brussels 1Bis Regulation), and the academic studies conducted so far on this matter are quite limited. Prior to the entry into force of GDPR, Brussels 1Bis Regulation was applicable to the international jurisdiction over civil law claims arising from the unlawful processing of personal data. In this context, on the one hand, the general and special jurisdiction rules under the Brussels 1Bis Regulation, on the other hand, Article 79 of the GDPR on the jurisdiction of the Member State courts to adjudicate claims against a controller or processor for the infringement of a data subject's rights under the GDPR leads to a complexity as regards to which Member State court(s) have international jurisdiction over such actions. Therefore, whether the special jurisdiction rule introduced by GDPR provides a fair and effective jurisdictional ground for the resolution of cross border private law disputes arising from processing of a data subject's personal data contrary to the GDPR and to what extent Article 79 of the GDPR is compatible with the general and special jurisdiction rules adopted by the Brussels 1Bis that are applicable to such disputes needs to be examined.

Keywords: European Union General Data Protection Regulation, Brussels 1Bis Regulation, protection of personal data, international jurisdiction, infringement of personal data

GİRİŞ

Yirmi yılı aşkın süredir yürürlükte kalan ve Avrupa Birliği (AB) hukukuna tabi üye ülkeler bakımından kişisel verilerin korunmasına ilişkin minimum standartlar getiren 95/46/EC Kişisel Verilerin İşlenmesi Ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Direktifi'nin¹ (Veri Koruma Direktifi) farklı üye ülkelerin ulusal hukukunda farklı şekillerde yorumlanması sonucunda aynı konularda birbirinden farklı kuralların kabul edilmesi ve değişen bilgi ve iletişim teknolojilerinin beraberinde getirdiği kişisel veri hırsızlığı ve verilerin kötüye kullanılması gibi riskler AB kişisel verilerin korunması hukukunun yeknesaklaştırılması ve modernize edilmesi gerekliliğini doğurmuştur².

¹ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data. Direktifin İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>

(erişim tarihi:22.03.2019).

² KÜZECİ, Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, Turhan Yayınevi, 3. Bası, Ankara, 2019, s. 193; IT Governance Privacy Team, **EU General Protection Regulation (GDPR), An Implementation and Compliance Guide**, 2.Baskı, IT Governance Publishing, İngiltere, 2016-2017, s. 11-12.

Bu çerçevede başlayan uzun süreli reform çalışmaları sonucunda Veri Koruma Direktifi'ni yürürlükten kaldıran AB Genel Veri Koruma Tüzüğü (GVKT)³ 24 Mayıs 2016 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilmiş ve 25 Mayıs 2018 itibariyle tüm üye ülkeler bakımından herhangi bir iç hukuk düzenlemesi gerektirmeksizin doğrudan bağlayıcı hale gelmiştir⁴. 173 paragraflık gerekçe (*recital*) bölümü haricinde 99 maddeden oluşan ve gerçek kişi veri sahibinin (*data subject*)⁵ kişisel verilerinin (*personal data*)⁶ etkin korunması konusunda oldukça kapsamlı haklar⁷, veri işleyenler (hem veri sorumlusu-*controller*, hem veri işleyicisi-*processor*)⁸ bakımından genişletilmiş sorumluluklar ve genel anlamda AB kişisel verilerin korunması hukukuna ilişkin yenilikler⁹ getiren GVKT gerçek kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi (*processing*)¹⁰ faaliyetiyle bağlantılı korunmasına ve kişisel verilerin serbest

³ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and repealing Directive 95/46/EC. Tüzüğün İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN> (erişim tarihi: 22.03.2019).

⁴ VOSS, W. Gregory, “European Union Data Privacy Law Reform: General Data Protection Regulation, Privacy Shield, and the Right to Delisting”, **The Business Lawyer**; Vol. 72, Winter 2016–2017, s. 222.

⁵ GVKT m.4(1)'e göre veri sahibi, özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı ya da kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilen bir gerçek kişidir.

⁶ GVKT m. 4(1)'e göre kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, **6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.29 vd.

⁷ Bkz. Gerekçe para.2 ve 14. Veri sahibinin hakları için bkz. GVKT 3. Bölüm. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. DEVELİOĞLU, **2017**, s.82 vd.

⁸ GVKT m.4(8)' de veri işleyicisi, veri sorumlusu adına kişisel verileri işleyen bir gerçek ya da tüzel kişi, kamu kuruluşu, kurumu veya diğer herhangi bir organ; m.4(7)'de ise, veri sorumlusu, yalnız başına veya başkalarıyla birlikte kişisel verilerin işlenmesine ilişkin amaçlar ve yöntemleri belirleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu kuruluşu, kurumu veya diğer herhangi bir organ olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede, örneğin bir avukat veya avukatlık şirketi kendi çalışanları hakkındaki veriler açısından 'veri sorumlusu'; müvekkil şirketlerinin çalışanlarına ilişkin tuttuğu kişisel veriler açısından ise 'veri işleyicisi' konumundadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. IT Governance Privacy Team, **2016-2017**, s. 18-20; DEVELİOĞLU, **2017**, s. 41-44.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. VOSS, **2016-2017**, s. 225-226; BAŞALP, Nilgün, “Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu'nun Temel Yenilikleri”, **MÜHF- HAD**, C. 21, S. 1, 2015, s. 85 vd.; DEVELİOĞLU, **2017**, s. 82-117.

dolaşımına ilişkin kuralları kapsamakta¹¹ ve veri sahiplerinin, kendi verileri üzerinde daha fazla kontrol sahibi olmalarını sağlayarak kişisel verilerinin korunmasına dönük gerekli önlemlerin alınmasına yönelik hükümler içermektedir¹². GVKT, bölgesel uygulama alanı bakımından da geniş olup, yalnızca AB içerisinde faaliyet gösteren veri işleyicileri veya sorumlusunun faaliyetleri bağlamındaki kişisel verilere değil, belli şartların varlığı halinde¹³ AB içerisinde bulunan veri sahiplerinin kişisel verilerinin AB dahilinde işletmesi bulunmayan bir veri sorumlusu veya işleyicisi tarafından işlenmesinde de uygulanmaktadır¹⁴.

GVKT ile getirilen en önemli düzenlemelerden biri GVKT'nin uygulama alanı bulunduğu durumlarda kişisel verilerin korunmasına yönelik kuralların ihlali¹⁵ karşısında

¹⁰ GVKT m. 4(2)'ye göre işleme faaliyeti manuel ya da otomatik yöntemlerle, kişisel veri veya kişisel veri setleri üzerinde gerçekleştirilen toplama, kaydetme, düzenleme, yapılandırma, saklama, uyarılma veya değiştirme, geri alma, kullanma, iletim yoluyla açıklama, dağıtım veya başka bir şekilde kullanılabilir hale getirme, ya da gruplama, kısıtlama, silme veya imha gibi herhangi bir işlem veya işlem dizisidir.

¹¹ Bkz. GVKT m 1. Ayrıca GVKT'nin "Maddi Kapsam" başlığını taşıyan m. 2(1) uyarınca GVKT, kişisel verilerin tamamen ya da kısmen otomatik araçlarla işlenmesine ve kişisel verilerin otomatik araçlar haricinde bir dosyalama sisteminin parçasını oluşturan veya bir dosyalama sisteminin parçasını oluşturması amaçlanan araçlarla işlenmesine uygulanır. Bu çerçevede GVKT, veri sorumlusu ve veri işleyici kişilere uygulanacak ve veri korunmasına ilişkin sorumluluklar bu kişiler üzerinde vuku bulacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Stronger Protection, New Opportunities - Commission Guidance on the Direct Application of the General Data Protection Regulation as of 25 May 2018, COM/2018/043 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2018:43:FIN> (erişim tarihi: 25.3.2019); DOVE, Edward S., **The EU General Data Protection Regulation: Implications for International Scientific Research in the Digital Era**, University of Edinburgh School of Law Research Paper Series 2018/28, Edinburgh, 2018, s. 9, 12-13 ; BU-PASHA, Shakila, "Cross-Border issues under EU Data Protection Law with regards to Personal Data Protections", **Information & Communications Technology Law**, Vol. 26, No. 3, 2017, s. 237.

¹² GVKT m. 1; Gerekçe para. 7. Ayrıca bkz: AZZİ, Adèle, The Challenges Faced by the Extraterritorial Scope of the General Data Protection Regulation, **JIPITEC**, Vol. 9, I. 2, 2018, s. 127; DOVE, **2018**, s. 7.

¹³ Bölgesel kapsama ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. AZZİ, **2018**, s. 127 vd.; VOSS, **2016-2017**, s. 222-223; BU-PASHA, **2017**, s. 218-219.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. KÜZECİ, **2019**, s. 196; BAŞALP, **2015**, s. 88; SVANTESSON, Dan Jerker B., "European Union Claims of Jurisdiction over the Internet, An Analysis of Three Recent Key Developments", **JIPITEC**, Vol. 9, I. 2, 2018, s. 116 vd.

¹⁵ GVKT m. 4(12)'ye göre kişisel verilerin ihlali iletilen, saklanan veya işlenen kişisel verilerin kazara veya yasa dışı yollarla imha edilmesi, kaybı, değiştirilmesi, yetkisiz şekilde açıklanması veya bunlara erişime yol açan bir güvenlik ihlalidir.

benimsenen yaptırımların ağırlığı ve elverişli çözüm yollarının çeşitliliğidir¹⁶. GVKT kapsamındaki veri ihlallerine karşı denetleyici/düzenleyici kurumlarca yerine getirilen idari denetim mekanizması ve ihlal edildiği tespit olunan kişisel verinin düzeltilmesi, silinmesi, yok edilmesi, işleme faaliyetinin sınırlandırılması veya veri işleyen aleyhine idari para cezası uygulanması gibi idari yaptırımlar ağırlığını korusa da GVKT ile, kişisel verilerin korunmasına ilişkin haklarının güçlendirilmesini teminen veri sahiplerine kişisel verilerinin işlenmesinin GVKT’yi ihlal ettiğini değerlendirdiği durumlarda hem bir denetim makamına şikayette bulunma hakkı¹⁷ hem de mevcut idari veya adli olmayan (*non judicial*) çözüm yolları saklı kalmak koşuluyla ve fakat bu yolların tüketilmesi şartı aranmaksızın doğrudan veri işleyenlere karşı etkili ve bağımsız bir kanun yoluna başvurma hakkını getirmiştir¹⁸. Bir diğer ifadeyle, GVKT ile AB hukuku bağlamında ilk kez, kişisel verilerinin GVKT’ye aykırı olarak işlenmesi sonucu meydana gelen veri ihlallerinin bertaraf edilmesine yönelik olarak veri işleyenlerin hukuki sorumluluğu ele alınarak veri sahibinin veri işleyenlere karşı özel hukuka özgü koruma yollarına başvurabileceği benimsenmiştir¹⁹. “Etkili bir kanun yoluna başvurma hakkı”nın kapsamı ve genel anlamda koruma yolları konusunda GVKT sessiz kalarak yaptırımların türü ve usulünün tespitini üye ülkelerin kanun koyucularına bırakmakta

¹⁶ AZZİ, 2018, s.132; KÜZECİ, 2019, s.274; GALETTA, Antonella/DE HERT, Paul, “The Proceduralisation of Data Protection Remedies under EU Data Protection Law: Towards a More Effective and Data Subject-oriented Remedial System?”, **Review of European Administrative Law**, Vol. 8, No. 1, 2015, s. 129.

¹⁷ GVKT’nin “Çözüm yolları, sorumluluk ve yaptırımlar” alt başlıklı 8. Bölümünde yer alan m. 77(1) uyarınca her veri sahibi, kendisi ile alakalı kişisel verilerin işlenmesinin GVKT’yi ihlal ettiğini değerlendirmesi durumunda, başka bir idari veya adli çözüm yoluna hanel gelmeksizin, mutad meskeninin, iş yerinin veya iddia edilen ihlalin olduğu yerdeki üye ülkedeki başta olmak üzere bir denetim makamına şikâyette bulunma hakkına sahiptir. Ayrıca m. 78 (1) uyarınca başka bir idari veya adli olmayan çözüm yoluna hanel gelmeksizin, her gerçek veya tüzel kişinin bir denetim makamının kendileriyle ilgili yasal bağlayıcılığı olan bir kararına karşı etkili bir kanun yoluna başvurma hakkı vardır. GVKT ile tanınan kanun yolları, sorumluluk, idari cezalar ve tazminat hakkı için bkz. GVKT 8. Bölüm. Denetim makamlarına karşı açılacak davalar idari yargı kapsamında olduğundan bu çalışmada ele alınmayacaktır. İdari denetim mekanizmaları ve yaptırımlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. GALETTA/DE HERT, 2015, s. 142-145; European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, **Handbook on European Data Protection Law**, Publications Office of the European Union, Lüksemburg, 2018, s. 247-248.

¹⁸ Bkz. GVKT m. 79(1) ve Gerekeçe para. 141.

¹⁹ LUNDSTEDT, Lydia, **International Jurisdiction over Crossborder Private Enforcement Actions under the GDPR**, Faculty of Law, Stockholm University, Research Paper No. 57, Stockholm, 2018, s. 221.

ise de²⁰, kişisel verileri GVKT'ye aykırı olarak işlenmesi sonucunda uğradığı maddi ve manevi zararların tazminine yönelik veri sahibinin veri işleyenlere karşı hukuk davası açabilmesine ilişkin ayrı bir hüküm içermektedir²¹.

GVKT kapsamındaki kişisel verilerin özel hukuk davaları yoluyla korunmasına ilişkin bu kuralların etkin şekilde uygulanabilmesi, kişisel veri ihlallerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen kurallarının hukuki belirlilik (*legal certainty*) ilkesi bağlamında net, uyuşmazlığın taraflarınca öngörülebilir olmasını ve tüm üye ülke hukuklarında aynı şekilde yorumlanmasını gerektirmektedir. Nihayetinde, karmaşık milletlerarası yetki kuralları, veri sahiplerinin kişisel verilerinin korunmasına yönelik olarak GVKT ile getirilen yaptırım mekanizmalarını etkin bir şekilde kullanmalarının önünde potansiyel bir engel oluşturacaktır.

Zira ilerinde inceleneceği üzere GVKT, uygulama alanına giren kişisel veri ihlallerine ilişkin uyuşmazlıklarda hangi üye ülke mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin tespiti, üye ülkeler bakımından hukuki ve ticari uyuşmazlıklarda bağımsız milletlerarası yetki kuralları sistemini benimseyerek üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin kuralları yeknesak hale getiren Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel 1Bis Recast Tüzüğü'ndeki (Brüksel 1Bis Tüzüğü)²² yetki kurallarına ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) bu kuralların yorumlanmasında geliştirdiği ilkelere bırakmak yerine özel bir yetki kuralı getirmiştir. Oysa ki, genel itibariyle AB

²⁰ GVKT kapsamındaki veri ihlallerine uygulanacak hukuki yaptırımların yeknesak bir şekilde düzenlenmemiş ve üye ülke hukuklarının birbirinden farklı düzenlemelerine ve kanun koyucularının geniş takdir yetkisine terk edilmiş olmasına ilişkin doktrindeki eleştiriler hakkında bkz. GALETTA/DE HERT, 2015, s. 148-150.

²¹ GVKT m. 82(1) uyarınca GVKT'ye ilişkin bir ihlal sonucu maddi veya manevi zarar gören herhangi bir kişi, yaşanan zarara ilişkin olarak veri sorumlusu veya işleyiciden tazminat alma hakkına sahiptir. İşlemeye karışmış olan tüm veri sorumluları zararın giderilmesinden müteselsilen sorumludurç GVKT kapsamında tazminat hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018, s. 246; DEVELİOĞLU, 2017, s.126,127.

²² Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (RECAST). Tüzüğün İngilizce metni için <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:PDF> (erişim tarihi: 25.3.2019).

hukukunda kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde işlenmesinden kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, GVKT yürürlüğe girmeden önce, GVKT'nin yerine geçtiği Veri Koruma Direktifi'nde bu konuda açık bir hüküm bulunmadığı için Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki milletlerarası yetki kurallarına göre belirleniyordu²³.

Dolayısıyla, bir yandan Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki yetki kurallarının, bir yandan GVKT m. 79 ile veri sahibinin kişisel verisini işleyen sorumlu veya işleyiciye karşı GVKT'ye aykırı işlemenin bertaraf edilmesine yönelik açılacak özel hukuk davalarına ilişkin ilk kez benimsenen milletlerarası yetki kuralının varlığı, bu tür davaların hangi üye ülke mahkemesinde görüleceği konusunda karmaşıklığa yol açmaktadır. AB sınırları içinde yabancı unsurlu somut kişisel verilerin ihlalinden kaynaklanan bir özel hukuk uyuşmazlığının çözümü bakımından hem GVKT hem de Brüksel 1Bis'in uygulama alanı bulduğuna kanaat getirildiğinde, davanın açılacağı üye ülke mahkemesinin yetkisi GVKT'ye mi Brüksel 1Bis'e göre mi tespit edilecektir?

GVKT, yürürlüğe girdiği andan itibaren hem AB içinde hem de dışında hukuk uygulayıcıları ve doktrini tarafından oldukça ilgi çekse de, GVKT'nin genelde AB milletlerarası usul hukuku özelde ise, Brüksel 1Bis Tüzüğü ile olan ilişkisi konusunda bugüne kadar yapılan çalışmaların oldukça sınırlı olduğu dikkate alındığında, GVKT ile getirilen yetki kuralının, veri sahibinin kişisel verilerinin GVKT'ye aykırı işlenmesinden doğan yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından adil ve etkin bir yetki kıstası sağlayıp sağlamadığı ve bu kuralın Brüksel 1Bis Tüzüğü'nde yer alan ve maddi kapsamı itibarıyla bu tür uyuşmazlıklar bakımından uygulanabilir olan genel ve özel milletlerarası yetki kurallarıyla ne derece örtüştüğünün incelenmesi önem kazanmaktadır.

Bu çalışmada önce, Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün yabancı unsurlu veri ihlali uyuşmazlıklarında üye ülkeler bakımından uygulama alanı bulan milletlerarası yetki

²³ REVOLIDIS, Ionnais, "Judicial Jurisdiction Over Internet Privacy Violations and the GDPR, A Case of "Privacy Tourism?", *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 11, No. 1, 2017, s. 12.

kuralları, ilgili ABAD kararları ışığında irdelenecek, daha sonra veri sahiplerinin kişisel verilerinin GVKT'ye aykırı bir şekilde işlenmesi sonucu GVKT kapsamında sayılan haklarının ihlal edildiğini değerlendirdiği hallerde bu ihlalin bertaraf edilmesini teminen veri işleyenlere karşı açtıkları özel hukuk davaları için üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen kural ele alınacak²⁴, nihayetinde GVKT'deki milletlerarası yetki kuralının, Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün aynı nitelikli kurallarını tamamladığı mı yoksa bu kuralların yerine geçerek uygulanmasını bertaraf ettiği mi hususu incelenerek, GVKT ile Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün temelinde yatan amaçlar arasında bir denge kurulması suretiyle hukuki belirlilik ilkesine hizmet eden milletlerarası yetki esasları tespit olunmaya çalışılacaktır.

I. BRÜKSEL 1BİS TÜZÜĞÜ'NÜN UYGULAMA ALANI VE KİŞİSEL VERİLERİN İHLALİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR BAKIMINDAN MİLLETLERARASI YETKİ KURALLARI

A. UYGULAMA ALANI

Brüksel 1Bis Tüzüğü Danimarka dışında üye ülkeler arasında²⁵ mahkemenin niteliğine bakılmaksızın yabancı unsurlu²⁶ hukuki ve ticari uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı kazanmaktadır²⁷. Hukuki ve ticari konular kavramının yorumu ile Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün uygulama alanının belirlenmesinde ABAD, kamu hukuku-özel hukuk ayrımı veya dava konusu olayın görüldüğü mahkemenin niteliği veya

²⁴ GVKT kapsamındaki kişisel verilerin ihlaline karşı öngörülen idare hukukuna özgü koruma yolları ve buna ilişkin üye ülke mahkemelerinin yetkisini düzenleyen GVKT kuralları, bu tür uyuşmazlıkların çözümünde tarafların her ikisinin de özel hukuk kişisi olmaması nedeniyle Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki yetki kurallarının uygulanması söz konusu olmayacağından bu çalışma kapsamı dışında bırakılmıştır.

²⁵ Bkz. Gerekçe para. 8.

²⁶ Yabancılık unsuru Brüksel 1Bis Tüzüğü kapsamında ele alınmamıştır. Konuya ilişkin olarak, ABAD'ın Owusu (Case C- 281/02 Andrew Owusu v. N.B. Jackson 2015) kararında, Brüksel Konvansiyonu'nun uygulama alanı bulabilmesi için uyuşmazlığın konusu ya da davanın taraflarının ikametgahlarının farklı üye ülkelerle bağlantılı olması gerektiği, üye ülke ile üçüncü bir üye ülkenin dahil olduğu uyuşmazlıkların da yabancılık unsuru taşıdığı belirtilmiş olup, ayrıntılı bilgi için bkz. MAGNUS, Ulrich / MANKOWSKI, Peter/ CALVO CARAVACA Alfonso-Luis, **Brussels 1 Regulation, European Commentaries on Private International Law**, Sellier - European Law Publishers GmbH, 2. Bası, 2011, s. 51-52.

²⁷ Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün kapsamı ve uygulanmayacağı durumlar için bkz. Tüzük m.1.

davaya konu olan talebin ve hakların içeriği ve türüyle bağlı kalmaksızın, uyuşmazlığın taraflarından en az birinin kamu otoritesini kullanan kamu tüzel kişiliğini haiz olup olmadığı kıstasından hareket etmiştir. Bu çerçevede, şayet davanın taraflarından biri olan kamu tüzel kişisi, kamu otoritesini kullanarak hareket ediyorsa Brüksel 1Bis Tüzüğü uygulama alanı bulmayacak, ancak davada kamu otoritesinden kaynaklanan yetkisini kullanmaksızın özel hukuk tüzel kişisi olarak bulunuyorsa Brüksel 1Bis Tüzüğü uyuşmazlık konusu olaya uygulanabilecektir²⁸.

Veri ihlallerinden doğan uyuşmazlıkların hukuki ve ticari uyuşmazlıklar bağlamında ele alınıp alınamayacağı, diğer bir ifadeyle kişisel verilerin korunmasının Brüksel 1Bis Tüzüğü kapsamındaki hukuki ve ticari konulardan sayılıp sayılmayacağı hususunda ABAD'ın yukarıda değinilen içtihadı, Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün her yabancı unsurlu veri ihlalinin doğan uyuşmazlık bakımından uygulama alanı bulacağına dair önceden (*a priori*) bir sonuca varılmasını engellemektedir. Disiplinlerarası özellik taşıyan kişisel verilerin korunması hukukuna tabi davalarda taraflardan ikisi de özel hukuk kişisiyse Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün uygulama alanı bulacağı konusunda sıkıntı yoktur. Bu durumda, veri sahibi tarafından kamu yetkisi kullanmayan veri işleyene karşı kişisel verilerinin hukuka aykırı işlendiği gerekçesiyle açtığı tazminat veya kişisel verilerin düzeltilmesi/silinmesi, ihtiyati tedbir vs. talepli hukuk davalarında üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespitinde Brüksel 1Bis Tüzüğü uygulanabilecektir²⁹. Öte yandan, davanın taraflarından birinin kamu tüzel kişiliğini taşıması halinde, ki denetleyici/düzenleyici kurumların veya kamu tüzel kişisi olan veri işleyenlerin veri ihlalinin doğan davaların bir tarafı olması oldukça olasıdır, Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki milletlerarası yetki esaslarının uygulanıp uygulanmayacağı, bu

²⁸ Bu yönde LTU v. Eurcontrol Case 29/76, 1976; Frahuil Case C-265/02, 2004; Steenbergen v. Baten Case C-271/00, 2002; Sonntag v. Waidmann, Case C-172/91, 1993. Ayrıntılı bilgi için bkz. BRKAN, Maja, "Data Protection and European Private International Law: Observing a Bull in a China Shop", **International Data Privacy Law**, Vol. 5, No. 4, 2015, s. 261-262; MAGNUS / MANKOWSKI/CALVO CARAVACA, **2011**, s. 54- 60.

²⁹ BRKAN, **2015**, s. 9

tarafça kamu otoritesinden kaynaklanan yetkinin kullanılıp kullanılmadığına göre her somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilecektir³⁰.

Veri sahibinin kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesinden doğan yabancı unsurlu uyuşmazlıkta Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün uygulama alanı bulacağına davanın açıldığı üye ülke mahkemesince kanaat getirildikten sonra, genel yetki kuralına veya aşağıda ele alınacak bazı özel yetki kurallarına (*special jurisdiction*) göre üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisi gündeme gelecektir.

B. GENEL YETKİYİ DÜZENLEYEN KURAL

Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 4'te yer alan genel yetki kuralı, davalı veya davacının vatandaşlığına bakılmaksızın, davalının ikametgahının bulunduğu üye ülke mahkemesinin yetkisine tabi olacağına ilişkin *actor sequitur forum rei* ilkesine dayanmaktadır³¹. Üye ülke vatandaşı olmayan davalı da ikamet ettiği üye ülkenin yargı yetkisine tabidir (asimilasyon prensibi, m. 4/2) Öte yandan, davalı bir üye ülke dışında üçüncü bir ülkede ikamet ediyorsa kural olarak Brüksel 1Bis Tüzüğü uygulanmayacak, milli yetki kuralları dikkate alınacaktır (m. 6/1)³².

Öte yandan, tarafların AB içinde ikamet edip etmediğine bakılmaksızın, taraflar arasında Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 25³³ uyarınca anılan Tüzük'teki yetki esaslarında belirtilen üye ülke mahkeme/mahkemelerinden başka bir mahkeme/mahkemeyi yetkili kıldıkları bir yetki anlaşması (*prorogation of jurisdiction*) yapılmışsa ve bu mahkemenin münhasır yetkisi konusunda aksi kararlaştırılmamışsa, veya tüketici veya

³⁰ Örneğin, GVKT m.78'e göre denetim makamlarının yasal olarak bağlayıcı kararlarına karşı ilgili kişilerin kanun yoluna başvurma hakkı mevcut olup, denetim makamına karşı açılacak davalar denetim makamının kurulu bulunduğu üye ülke mahkemelerinde açılır. Bu davalarda davalı denetim makamı kamu otoritesinden kaynaklanan yetkisini kullanarak hareket ettiği için bu uyuşmazlık Brüksel 1Bis Tüzüğü çerçevesinde hukuki ve ticari bir uyuşmazlık olarak nitelendirilemeyecek ve Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki yetki kurallarına başvurulmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BRKAN, **2015**, s. 261.

³¹ MAGNUS / MANKOWSKI/ CALVO CARAVACA, **2011**, s. 78; ÖZKAN, Işıl/ SÜRAL, Ceyda/ TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur, **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 34-35; KÜÇÜKYALÇIN, Arzu, "Brüksel I. Tüzüğü'nde Tüketici Akitlerine İlişkin Milletlerarası Yetki Kuralları", **TBB Dergisi**, Sayı 55, 2004, s. 346.

³² Ayrıca bkz. Gerekçe para. 14.

³³ Yetki anlaşmasına ilişkin Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAN / SÜRAL / TÜTÜNCÜBAŞI, **2016**, s. 72 vd; MAGNUS / MANKOWSKI/ CALVO CARAVACA, **2011**, s. 84.

işçinin korunması bağlamında bu tür uyuşmazlıklarda üye ülke mahkemelerinin münhasır yetkisine ilişkin sırasıyla Tüzük m. 17-19 ve m. 20-23 tatbik alanı buluyorsa veya m. 24³⁴ uyarınca bir başka üye ülkenin mahkemesi bu maddede sayılan sebeplerle (ki bunlar taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar veya kiralama hakkı, şirketlerin kuruluşu veya feshi, kamu siciline tescile, fikri mülkiyet haklarının geçerliliği veya tesciline ilişkin davalardır) münhasır yetkiye (*exclusive jurisdiction*) sahipse genel milletlerarası yetki kuralı bertaraf edilerek, somut uyuşmazlıkta hangi madde uygulama alanı buluyorsa o maddede belirtilen üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisi gündeme gelecektir.

Yabancı unsurlu veri ihlalden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki genel yetki kuralı ile m. 6/1 şu şekilde işleyecektir: üye ülkelerden birinde ikametgahı bulunan bir veri sahibi, kişisel verilerinin hukuka aykırı işlendiği iddiasıyla, örneğin internette arama motoru hizmeti sağlayan ABD'de yerleşik bir ticari şirkete karşı hukuk davası açmak isterse, mahkemenin milletlerarası yetkisi Brüksel 1Bis Tüzüğü'ne göre değil, tabi olduğu ülke hukukundaki milletlerarası yetki kurallarına göre belirlenecektir. Zira Brüksel 1Bis Tüzüğü kapsamında aşağıda görüleceği üzere sözleşmenin zayıf tarafı olduğu kabul edilen tüketici ve işçiler için davalının ikametgahının üye bir ülkede olup olmadığına bakılmaksızın belirli koşullar altında getirilen özel yetki esasları, veri sahipleri lehine de benimsenmiş değildir. Uygulamada Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki genel yetki kuralı, AB içinde ikamet eden bir veri sahibinin, ikametgahı üçüncü bir ülkede bulunan veri işleyiciyi ancak işleyicinin tabi olduğu ülkenin milletlerarası yetki kurallarında işaret edilen ülke mahkemesinde dava edebilmesi, şayet bu kurallar veri sahibinin tabi olduğu üye ülke mahkemesine yetki tanımıyorsa, davayı davalı veri işleyicinin ikametgahı mahkemesinde açmak durumunda kalması anlamına gelecektir³⁵. Öte yandan, veri sahibi ile veri işleyen arasında Brüksel 1Bis Tüzüğü sırasıyla m. 17-19 ve m. 20-23 anlamında tüketici veya bireysel iş sözleşmesi varsa, veya yukarıda sayılan durumlarda bir yetki anlaşmasının veya bir üye ülke mahkemesinin münhasır yetkisinin varlığı halinde davalı veri

³⁴ Münhasır yetkiye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAN / SÜRAL / TÜTÜNCÜBAŞI, 2016, s. 67 vd.

³⁵ MAGNUS / MANKOWSKI / CALVO CARAVACA, 2011, s. 265.

işleyenin ikametgahının üçüncü bir ülkede bulunmasına bakılmaksızın sözkonusu maddelerde veya yetki sözleşmesinde düzenlenen üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisi gündeme gelebilecek olup, bu konu aşağıda daha detaylı olarak ele alınacaktır.

Genel yetki kuralının oluşturulmasında bağlama noktası olan “ikametgâh” kavramının tespitinin hangi hukuka göre yapılacağı, gerçek kişiler için Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 62’de, tüzel kişiler için m. 63’de belirtilmiştir. Gerçek kişilere ilişkin m. 62’ye göre bir tarafın üye ülkede ikamet edip etmediği dava açılan mahkemenin kendi hukukuna (*lex fori*) göre belirlenir. Eğer taraf, dava açılan üye ülke mahkemesinde ikamet etmiyorsa, başka bir üye ülkede ikamet edip etmediğinin belirlenmesi için o ülke hukuku uygulanır. M.63 ise şirketlerin, diğer özel hukuk tüzel kişileri veya özel veya tüzel kişi derneklerin ikametgahını, bunların yasal merkezi (*statutory seat*), yani tüzel kişiliğin kuruluş yeri, idare merkezi (*central administration*), yani tüzel kişiliğin yönetim ve kontrol merkezi veya asli işyeri (*principal place of business*) yani tüzel kişiliğin esas işlerinin yürütüldüğü yer olarak tespit ederek alternatifli yetki kuralı getirmiştir³⁶. Tüzel kişinin ikametgahının tespitinde geniş bir tutumla kaleme alınan bu kural uygulama alanı buluyorsa, davalı veri işleyen yasal merkezi, idare merkezi ve asli işyerinin farklı üye ülkelerde bulunması halinde veri sahibi veri işleyeni bu üye ülke mahkemelerinden herhangi birinde dava edebilecektir³⁷.

C. ÖZEL YETKİYİ DÜZENLEYEN KURALLAR

Brüksel 1Bis Tüzüğü, belli durumlar bakımından davalının ikametgahının bulunduğu ülke mahkemesi dışında bir başka üye ülke mahkemesinde de dava edilebilmesini mümkün kılan özel yetki kuralları getirmiştir. Bu doğrultuda, Tüzük m. 7’de, sözleşmeye, haksız fiile, ceza davasıyla bağlantılı tazminat veya eski hale iade taleplerine, kültürel malların sahibi tarafından geri alınmasına, şube, acenta ve diğer tüzel kişilere, “trust” a ve yük ve navlun yararına yapılan kurtarma ve yardım hizmetine ilişkin davalarda özel yetki kuralları benimsenerek, davacıya, davalıya karşı dilerse

³⁶ Bu kurallar arasında bir hiyerarşi veya hariç tutma olmadığına ilişkin bkz. ÖZKAN / SÜRAL / TÜTÜNCÜBAŞI, 2016, s. 36.

³⁷ LUNDSTEDT, 2018, s. 229.

genel yetkili mahkeme olan davalının ikametgahının bulunduğu dilerse de özel yetkili üye ülke mahkemelerinde dava açabileceğine dair seçimlik hak getirilmiştir. Bu haliyle, özel yetki genel yetki kuralını ortadan kaldırmayıp, onunla birlikte uygulanmaktadır³⁸.

Brüksel 1Bis Tüzüğü'nde ayrıca sosyal ve ekonomik olarak hukuki ilişkinin zayıf tarafını korumak amacıyla sigorta sözleşmeleri (3. Bölüm), tüketici sözleşmeleri (4. Bölüm) ve bireysel iş sözleşmelerinden (5. Bölüm) doğan uyuşmazlıklar için ayrı milletlerarası yetki kuralları getirilmiştir.

Aşağıda bu yetki kurallarından, yabancı unsurlu kişisel verilerin korunmasıyla bağlantılı uyuşmazlıklarda üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespitinde uygulama alanı bulabilecek olanlar konuyla ilgili olduğu ölçüde ele alınacaktır.

1. Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıklar Bakımından Özel Yetkiyi Düzenleyen Kural

Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 7(1-a)'ya göre taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklarda bir üye ülkede ikamet eden kişi, ikametgahının bulunduğu üye ülkeden başka sözleşmenin ifa edileceği üye ülke mahkemelerinde (*place of performance of the obligation*) dava edilebilir³⁹. Tüzük m 7(1-b)'de mal satım ve hizmet sözleşmeleri bakımından yetki kıstasları özel olarak tespit edilmiş olup, buna göre taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça ifa yeri, mal satım sözleşmeleri bakımından malın teslim edildiği veya teslim edilmesi gereken üye ülke, hizmet sözleşmeleri bakımındansa hizmetin sağlandığı veya sağlanması gereken üye ülkedir. Taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan ve *for* mahkemesince mal satım veya hizmet sözleşmesi olarak vasıflandırılmayan sözleşmenin türü, vasıflandırma hukukuna başvurularak belirlendikten sonra sözleşmenin türüne göre ifa yeri, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuka göre tespit edilecektir⁴⁰.

³⁸ ÖZKAN / SÜRAL / TÜTÜNCÜBAŞI, 2016, s. 31,47; KÜÇÜKYALÇIN, 2004, s. 341.

³⁹ Bu özel yetki kuralının m.4(1)'deki genel yetki kuralına alternatif (*facultative*) olduğuna ilişkin bkz. MAGNUS / MANKOWSKI / CALVO CARAVACA, 2011, s. 112.

⁴⁰ LUNDSTEDT, 2018, s. 229. Sözleşmenin türü itibarıyla yapılacak vasıflandırmada hizmet veya mal satım sözleşmesi kategorilerinden birine yerleştirememesi halinde ifa yerinin, davanın açıldığı *for* mahkemesinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre sözleşmeye uygulanacak hukukun (*lex causae*) maddi hukuk kurallarınca belirleneceğine ilişkin ABAD'ın Tessili, Case 12/76 Industrie Tessili Italiana v Dunlop AG, 1976 ve Falco Privatstiftung ve Rabitsch, Case C-533/07 Falco Privatstiftung and

Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün maddi ve bölgesel kapsamı itibariyle somut olay bakımından veri ihlalinden doğan yabancı unsurlu uyuşmazlıkta uygulanacağı konusu açıklığa kavuşturulduktan sonra, veri sahibi ile işleyen arasında sözleşmesel bir ilişkisi bulunuyorsa, veri işleyenin bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde veri sahibinin açacağı davalarda milletlerarası yetkili mahkeme/mahkemeler Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 7(1)'deki sözleşmeler için getirilen yetki kuralına göre belirlenebilecektir⁴¹. Kişisel verilerin ihlalinden doğan uyuşmazlığın, veri işleyen ile veri sahibi arasındaki sözleşmesel bir ilişkiden kaynaklanıp kaynaklanmadığı ise, her somut olay bazında davanın görüldüğü mahkemece ele alınacaktır⁴².

Genel itibariyle, kişisel verilerin korunması rejiminin taraflar arasında müzakereye açık ilkelere dayanarak oluşmaması ve verilerin korunmasına ilişkin kuralların ihlalinin her halükarda sözleşmenin ihlali anlamına gelmeyeceği, kişisel verilerin ihlalinden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında milletlerarası yetkili mahkemenin tespiti için m. 7(1)'e başvurulmasını güçleştirmektedir. Yine de doktrinde verilerin korunması/işlenmesi rejiminin, sözleşme koşullarının tamamlayıcısı ve ayrılmaz parçasını (*integral part*) oluşturduğu hallerde ve doğrudan GVKT'nin veya uyuşmazlıkla ilgili üye ülke hukukunda kişisel verilerin korunmasına yönelik hukuki düzenlemelerin değil, bu sözleşme koşullarının ihlali halinde veri sahibinin Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 7(1)'deki yetki esasından yararlanabileceği ileri sürülmektedir⁴³. Diğer bir ifadeyle, taraflar arasındaki sözleşmenin ayrılmaz parçasını oluşturan veri koruma/işleme ilkelerinin kapsamına, GVKT'yi üye ülkelerin ulusal hukuklarına

Rabitsch , 2009 kararları için bkz. ÖZKAN / SÜRAL / TÜTÜNCÜBAŞI, **2016**, s.50. Öte yandan, bu vasıflandırmanın *lex fori*, *lex causae* veya herhangi başka bir üye ülke hukukuna göre değil, AB Hukukuna göre yapılması gerektiği hakkında bkz. MAGNUS / MANKOWSKI / CALVO CARAVACA, **2011** s. 144.

⁴¹ LUNDSTEDT, **2018**, s. 229.

⁴² ABAD'ın kararlarında bağımsız yorum çerçevesinde “sözleşme” teriminin üye ülke hukuklarının farklı alanlarına bağlı olduğu ve disiplinlerarası olduğu, dolayısıyla m. 7(1)'in doğrudan sözleşmenin kendisiyle ilgili uyuşmazlıklarla sınırlı olmayıp, sözleşmeye ilişkin tüm konuları kapsadığına ve davanın sözleşmeyle ilgili olup olmadığının AB Hukukuna göre tespit edilebileceğine ilişkin bkz. ÖZKAN / SÜRAL / TÜTÜNCÜBAŞI, **2016**, s. 53-54.

⁴³ BRKAN, **2015**, s. 266.

aktaran (*incorporation*) hukuki düzenlemenin⁴⁴ maddi içeriğinin dahil edilmesi veya bu hukuki düzenlemeye açıkça atıfta bulunulması halinde veri koruma/işleme rejiminin bu kısmının ihlali nedeniyle veri sahibi tarafından açılacak davalarda Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün uygulanması için hukuki zemin oluşacaktır. Uygulamada örneğin, veri sahibinin kişisel verilerinin, ikametgahı AB'de bulunan veri sorumlusu tarafından AB dışında üçüncü bir ülkede mukim olan veri işleyicisine aktarımına ilişkin olarak veri sorumlusu (*data exporter* sıfatıyla) ile veri işleyicisinin (*data importer* sıfatıyla) asgari yükümlülükleri ve verilerin hukuka aykırı işlenmesi halinde doğacak hukuki sorumluluğa ilişkin bir standart sözleşme hükümlerinin (*standart contractual clause*) bu iki taraf arasında yapılacak sözleşmeye dercedilmesi halinde⁴⁵, veri sahibi bu sözleşmenin bir tarafı olmasa bile yararlanıcısı olduğu için, ikametgahı AB içinde bulunan veri sorumlusuna karşı sözleşmede belirtilen yükümlülüklerine aykırı davranması halinde meydana gelen zararının tazmini için hukuki koruma yollarına başvurabilecek olup bu kapsamda açacağı davalarda yetki, Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 7 (1)'e göre belirlenebilecektir⁴⁶.

Kişisel verilerin ihlalinden doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkinin Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 7(1)'in uygulama alanına girip girmediğinin tespiti bazı açılardan sıkıntı teşkil edebilir. Bu çerçevede, internet üzerinden yazılım (*software*) programları veya e-kitap gibi dijital ürünlerin (*digitized products*) satışında veri sahibinin, kişisel verilerinin alım-satım ilişkisi kapsamında belirli bir amaca dönük olarak veri işleyen tarafından kullanılmasına rıza gösterdiği ancak verilerinin veri işleyen tarafından amacı

⁴⁴ GVKT, "Tüzük" olarak kabul edilmesinden ötürü üye ülke hukuklarında herhangi bir yasal düzenlemeye gerek olmaksızın doğrudan etki doğursa da, üye ülkelerin GVKT'nin konusuna giren hususlarda yürürlükte olan ulusal mevzuatlarını değiştirmeleri veya iptal etmeleri gerekmekte olup, bu yasal zemin için GVKT Gerekeçe m. 8'de "aktarma" (*incorporation*) terimi kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Stronger Protection, New Opportunities- Commission Guidance on the Direct Application of the General Data Protection Regulation as of 25 May 2018, COM/2018/043 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2018:43:FIN> (erişim tarihi: 25.3.2019).

⁴⁵ Bu konuda Veri Koruma Direktifi'nin yürürlükte olduğu dönemde bu Direktifle bağlantılı olarak Avrupa Komisyonu tarafından alınan "Kişisel Verilerin Avrupa Parlamentosu Ve Konsey 95/46 / EC Direktifi Uyarınca Üçüncü Ülkelerde Kurulan İşleyicilere Aktarılmasına İlişkin Standart Sözleşme Hükümleri Hakkında Karar" (2010/87/EU) için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0087> (erişim tarihi: 12.3.2019).

⁴⁶ Komisyon Kararı No. 2010/87/EU, para. 19-20 ve madde 6(1). Ayrıca bkz. BRKAN, 2015, s. 266.

aşılarak kullanıldığı bir durumda veri sahibince veri işleyen dava edilirse, yetkili mahkemenin Brüksel 1Bis kapsamında belirlenebilmesi için bu tür ürünlerin “mal” olarak kabul edilip edilemeyeceği önsorununun açıklığa kavuşturulması gerekir⁴⁷. Nihayetinde milletlerarası yetkinin tespitinde m. 7 (1-a) veya 7 (1-b)’den hangisinin işletileceği bu önsorunun çözümüne bağlıdır.

Ayrıca, mal satım sözleşmeleri hakkında m. 7(1-b)’de öngörülen malın teslim edildiği yer bağlama noktası, kişisel verilerin ihlaline ilişkin yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarına da uygulanırsa, alıcının örneğin e-kitabı veya müzik dosyasını bilgisayarına indirdiği üye ülke mahkemesinin milletlerarası yetkisi gündeme gelecektir ki, internet yoluyla gerçekleştirilen kişisel veri ihlaline konu içeriğin indirildiği yerin tespitinin her zaman kolay olmaması ve uyuşmazlık konusu sözleşme ile yetki kuralıyla yetkili kılınan ülke mahkemesi (içeriğin indirildiği yer) arasında yakın ve gerçek bir bağ tesis edilip edilmediğinin tartışmalı olması nedeniyle bu yetki kıstasının hukuki belirlilik ilkesini karşılamadığı doktrinde bazı yazarlarca ileri sürülür⁴⁸. Alternatif olarak, “malın teslim edildiği” ifa yeri olarak alıcının ikametgahının olduğu üye ülke mahkemesinin milletlerarası yetkili kılınması, *actor sequitur forum* ilkesiyle bağdaşmayacak, satıcının ikametgahının olduğu ülke mahkemesine yetki tanınması halindeyse aynı sonuca zaten m 4(1) kapsamındaki genel yetki kuralıyla da varılabilecektir⁴⁹.

Hizmet sözleşmeleri bağlamında “hizmetin sağlandığı yer” bağlama noktasının kişisel verilerin ihlalinden doğan uyuşmazlıklara tatbikinde de aynı muğlak durum

⁴⁷ LUNDSTEDT, 2018, s. 229.

⁴⁸ Tarafların yeterli açıklıkta hangi üye ülke mahkemesinin milletlerarası yetkili olacağını öngörebilmeleri gerektiğini ve Brüksel 1Bis Tüzüğü m 4(1) ile benimsenen *actor sequitur forum* kuralının söz konusu Tüzük’le belirlenen istisnalarının, istisnai nitelikteki kurallar olmalarından dolayı dar yorumlanmasını öngören hukuki belirlilik ilkesine ilişkin bkz. Gerekeç para. 15. Ayrıca konuyla ilgili ABAD kararları için bkz. Lutzi, s. 21-22. Bu kararlar arasında özellikle davalının internet sitesi üzerindeki telif haklarının ihlaline ilişkin uyuşmazlıkta milletlerarası yetki meselesini ele alan Hejduk Cases, C-441/13 Hejduk, 2015 kararı doğrudan veri ihlali uyuşmazlıklarıyla ilgili olmasa da önemlidir.

⁴⁹ LUTZI, Thomas, “Internet Cases in EU Private International Law, Developing a Coherent Approach”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 66, I. 3, 2017, s. 10.

geçerlidir⁵⁰. İnternet üzerinden sunulan depolama alanı, bulut hizmetleri (*cloud services*), müzik/video vs. akış (*streaming*) platformu gibi hizmetlere ilişkin yukarıda ele alındığı üzere servis alıcısının (veri sahibinin) kişisel verilerinin korunmasına ilişkin sözleşme koşullarını da içeren sözleşmenin ifa yerinin uyuşmazlığa konu eylemin/işlemin yapıldığı yer mi (örneğin içeriğin servis sağlayıcısı, yani veri işleyen tarafından internete yüklendiği yer) mi bu eylemin/işlemin sonuçlarını meydana getirdiği yer mi (içeriğin servis alıcısı tarafından indirildiği yer) olduğunun tespiti zordur. Bu meseleler ABAD tarafından henüz incelenmemiştir⁵¹ ve doktrinde de görüş birliği yoktur⁵².

Özetle, kişisel verilerin korunması hukukunun tarafları arasında sözleşmesel bir ilişkinin varlığı halinde kişisel verilerin sözleşmeye aykırı olarak işlenmesinden doğan uyuşmazlıklarda üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespiti için m 7(1)'in uygulanması, prensip itibariyle davalı veri işleyenin ikametgahının olduğu üye ülke mahkemesinin yetkisine alternatif olarak mümkün olmakla birlikte, ABAD'ın maddedeki ifa yeri bağlama noktasını ve "mal" ve "hizmet" kavramlarını bu tür uyuşmazlıklar bakımından tanımladığı bir içtihadının yokluğuna rağmen, benzer kararlarında ifa yeri olarak tespit ettiği bağlama noktalarının bu uyuşmazlıklara uyarlanması çoğu zaman yetkili milletlerarası mahkemenin tespitinde karışıklığa neden olacak; hukuki belirlilik ve milletlerarası yetki kurallarında esas alınan, bağlama noktasının taraflar veya dava konusu hukuki ilişki ile yeterli ve gerçek bağlantı içinde olmasına ilişkin yakınlık (*proximity*) ilkesi gibi AB yargılama hukukunun temel ilkeleriyle örtüşmeyecektir. Bu nedenle, bu hususlar ABAD tarafından aydınlığa

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. LUTZI, 2017, s. 10; MAGNUS / MANKOWSKI / CALVO CARAVACA, 2011, s. 188-189.

⁵¹ ABAD'ın yalnızca fiziksel olarak teslim edilen mallara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası yetkili mahkemenin tespitine ilişkin verdiği kararlar hakkında bkz. LUTZI, 2017, s. 10.

⁵² Birinci husus bakımından dijital ürünlerin, maddi mal (*corporal object*) niteliğini taşımadığından dolayı yetki bakımından 7 (1-b) yerine 7(1-a)'ya etki tanınarak ifa yerinin sözleşmeye uygulanacak ülke hukukunun maddi hukuk kurallarıyla (*lex causae*) belirleneceği, ikinci husus bakımından ise, hizmetin ifa yerinin, uyuşmazlık konusu içeriğin internete yüklendiği yer olacağı, ancak alternatif olarak ifa yerinin servis sağlayıcısının işyeri de olabileceği yönünde görüşler için bkz. MAGNUS / MANKOWSKI / CALVO CARAVACA, 2011, s. 189-190; BRKAN, 2015, s. 270. Karşıt görüş için bkz. ÖZKAN / SÜRAL / TÛTÛNCÛBAŞI, 2016, s. 51; standart yazılım ürünlerinin "mal" kapsamında, veritabanı araştırmasının "hizmet" kapsamında kabul edilebileceğine ilişkin bkz. MAGNUS / MANKOWSKI / CALVO CARAVACA, 2011, s. 151-152.

kavuşturuluncaya kadar somut olayda veri ihlalinin doğan yabancı unsurlu uyuşmazlığa bakan üye ülke mahkemesince milletlerarası yetki kuralının tespitinde, m. 7(1) ile benimsenen bağlama noktası arasındaki bağlantı çok zayıfsa genel yetki kuralına sadık kalınması olumlu yetki çatışmalarının da önüne geçecektir.

Sigorta, tüketici ve bireysel iş sözleşmeleri ise m.7(1)'in kapsamına girmeyip bunlar hakkında ayrı yetki esasları getirilmiştir. Aşağıda çalışma konusu itibariyle ilgili olan tüketici ve bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki yetki esasları ve bu kuralların kişisel verilerin ihlalinin doğan yabancı unsurlu davalara uygulanabilirliği ele alınacaktır.

2. Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar Bakımından Özel Yetkiyi Düzenleyen Kural

Tüketici sözleşmelerinden doğan yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin Brüksel 1Bis Tüzüğü'nde koruyucu yetki kuralları olarak da anılan özel yetki esasları getirilmesinin nedeni sözleşmenin diğer tarafına göre sosyal ve ekonomik açıdan daha güçsüz ve hukuki meseleler konusunda tecrübesiz olduğu varsayılan tüketicinin diğer yetki kurallarıyla korunamayacağı yönündeki yaklaşımdır⁵³.

Brüksel 1Bis Tüzüğü m.17-19⁵⁴,da düzenlenen tüketici sözleşmelerine ilişkin milletlerarası yetki kurallarında, sözkonusu uyuşmazlığın m.17'de tanımlanan şekilde bir tüketici sözleşmesinden doğması koşuluyla⁵⁵, tüketicinin davalı ve davacı olduğu haller ayrı ayrı göz önünde bulundurularak tüketicinin açtığı davalarda üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından tüketiciye getirilen seçimlik hak çerçevesinde karşı tarafın ikametgahının bulunduğu üye ülke mahkemeleri veya karşı

⁵³ BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm, “Brüksel 1 Tüzüğü Hükümleri Uyarınca Tüketicinin Korunması”, *Legal Hukuk Dergisi, Rona Aybay'a Armağan Sayısı*, Legal Yayıncılık, 2014, s. 534, 539; MAGNUS / MANKOWSKI / CALVO CARAVACA, 2011, s. 365.

⁵⁴ Anılan maddelerde sırasıyla, tüketici sözleşmelerinin anlam ve kapsamı (m. 17), özel yetki kurallarıyla getirilen esaslar (m. 18) ve tüketici sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde özel yetki kuralını bertaraf eden yetki anlaşması yapabilmek koşulları (m. 18) ele alınmaktadır.

⁵⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAN / SÜRAL / TÜTÜNCÜBAŞI, 2016, s. 144 vd.; MAGNUS / MANKOWSKI / CALVO CARAVACA, 2011, s. 370 vd.

tarafın üye bir ülkede ikametgahının bulunup bulunmadığına bakılmaksızın⁵⁶ tüketicinin ikametgahının bulunduğu üye ülke mahkemeleri, tüketiciye karşı açılacak davalar bakımından ise, tüketicinin menfaatine en uygun olan tüketicinin ikametgahının bulunduğu üye ülke mahkemesi yetkili kılınmıştır (m. 18(1,2)). Bu şekilde, tüketici sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü bakımından davalının ikametgahına ilişkin genel yetki kuralı veya m. 7’de yer alan özel yetki kuralları uygulanmayacaktır⁵⁷.

Veri sahibi (tüketici sıfatıyla), ticari veya mesleki amacı dışında özel bir amaçla kendi ikametgahının bulunduğu üye ülkede mesleki ya da ticari faaliyette bulunan veya söz konusu faaliyetlerini herhangi bir şekilde veri sahibinin ikametgahının bulunduğu üye ülkeye veya bu ülkeyi de içeren birkaç üye ülkeye yönelten (*directing*) veri işleyicisi veya sorumlusu ile bu tür faaliyetler kapsamında kabul edilecek bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeye aykırılık halinde veri sahibi olan tüketici, veri işleyeni, kendi ikametgahının veya veri işleyenin ikametgahının bulunduğu üye ülke mahkemelerinden herhangi birinde dava edebilecektir. Örneğin, veri sahibi kişisel ve özel ihtiyaçları doğrultusunda internet üzerinden satılan mal veya sağlanan hizmetlerden yararlanmaya yönelik bir sözleşme ilişkisi içine girerse ve kişisel verileri bu sözleşme dahilinde hukuka aykırı olarak işlenirse, tüketici sözleşmesinin türü ve kurulma şartlarına ilişkin m. 17’deki diğer şartların da varlığı halinde veri sahibi tüketici sözleşmeleri için benimsenen yetki esasına başvurabilecektir⁵⁸. Öte yandan veri sahibine karşı tüketici

⁵⁶ Tüketici sözleşmelerine ilişkin koruyucu yetki kuralının uygulama alanı bakımından m. 17(1)’de, davalının ikametgahının AB üyesi olmayan üçüncü bir ülkede bulunduğu hallere ilişkin olan m. 6 hükmü saklı tutulmuştur. Davalının ikametgahı üye ülkelerden birinde değilse, her üye ülke mahkemesinin yetkisinin kural olarak kendi hukukuna göre belirleneceğine dair düzenleme getiren m. 6(1)’de, tüketici tarafından açılacak davalara ilişkin m. 18(1) hükmü saklı tutulmuştur. Ayrıca, tüketici ile sözleşme yapan tarafın üye ülkelerden birinde ikametgahının bulunmaması ancak herhangi bir üye ülkede şubesinin, acentasının veya diğer işletmesinin bulunması durumunda, söz konusu şube, acenta veya işletmenin yaptığı işlemlerden doğan uyuşmazlıklar bakımından o üye ülkede yerleşik sayılacağını hükme bağlayan m. 17(2) ile de m. 6 hükmüne ikinci bir istisna getirilmiştir. Dolayısıyla, Brüksel 1Bis Tüzüğü kapsamında korunan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tüketici tarafından açılan davalar bakımından davalının ikametgahı üye ülkelerden herhangi birinde bulunmasa dahi üye ülke mahkemelerinin yetkisi Tüzük hükümlerine göre belirlenecektir. Ayrıca, m. 17(1)’deki açık hüküm gereği, şubenin, acentanın veya işletmenin yaptığı işlemlerden doğan uyuşmazlıkların söz konusu şube, acenta veya işletmenin bulunduğu yer mahkemelerinde açılabilmesine ilişkin m. 7(5) tüketici sözleşmeleri bakımından da uygulanacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAN / SÜRAL / TÜTÜNCÜBAŞI, **2016**, s. 139-143; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, **2014**, s. 535.

⁵⁷ MAGNUS / MANKOWSKI / CALVO CARAVACA, **2011**, s. 365, 370.

⁵⁸ BRKAN, **2015**, s. 267.

sözleşmesinden doğan davalar bakımından yalnızca veri sahibinin ikametgahının bulunduğu üye ülke mahkemesinin milletlerarası yetkisi söz konusudur.

Bu yetki esasının işletilebilmesi bakımından gerekli koşullardan biri olan veri sahibinin m.17 anlamında tüketici olarak kabul edilmesi internet üzerinden sağlanan hizmetlerin niteliği gereği sıkıntı yaratabilir, şöyle ki veri sahibi sosyal medya veya e-posta hesabı gibi bu tür hizmetleri çoğu zaman hem kişisel ihtiyacını karşılamaya yönelik özel amaçları hem de mesleki veya ticari faaliyetleri bakımından kullanabilecektir. Böyle bir ikili amacın varlığı durumunda ABAD, “tüketici” kavramını dar yorumlayarak somut olayda tüketici olduğunu iddia eden tarafın sözleşmedeki mesleki veya ticari amacının ihmal edilebilir (*negligible*) olduğunu kanıtlayamadığı sürece m. 17’yle getirilen korumadan yararlanmayacağını belirtmiştir⁵⁹. Öte yandan, kısmen kişisel kısmen mesleki veya ticari amaçlarla yapılan sözleşmeler bakımından ABAD tarafından getirilen “ihmal edilebilirlik” kuralının sosyal medya hizmet sözleşmeleri bakımından nasıl uygulanacağı konusu Avusturyalı hukuk öğrencisi Schrems’in Facebook’a karşı açtığı kişisel verilerin ihlali davasına konu olmuş olup, ABAD bu kararında, tüketici kavramının tespitinin, uyumsuzluğa konu sosyal medya (Facebook) hizmet sözleşmesinde tüketici olduğunu iddia eden tarafın, sözleşmenin kapsadığı konularda var olan bilgi, deneyim veya faaliyetleriyle bağlantılı ele alınmaması gerektiğini, dolayısıyla böyle bir durumda da Brüksel 1Bis Tüzüğü ile tüketici sözleşmelerine getirilen koruyucu yetki kuralından yararlanabileceğini belirtmiştir⁶⁰.

Veri sahibinin uyumsuzluğa konu sözleşmedeki tüketici sıfatının zaman içinde değişmesi halinde sözleşmenin Brüksel 1Bis Tüzüğü kapsamında tüketici sözleşmesi olarak sayılıp sayılmayacağı konusu da yine Schrems davasında gündeme gelmiş, ABAD, uzun süreli sosyal medya hizmet sözleşmeleri bakımından “tüketici” statüsünün zaman içinde değişebileceğini belirterek, sözleşmenin yararlanıcısı konumunda olan tarafın Brüksel 1Bis Tüzüğü kapsamında tüketici olarak kabul edilmesi için

⁵⁹ Gruber Case C-464/01, 2005. Tüketici kavramının ABAD tarafından dar yorumlandığı diğer kararlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAN / SÜRAL / TÛTÛNCÛBAŞI, 2016, s. 147-149; MAGNUS / MANKOWSKI / CALVO CARAVACA, 2011, s. 374 vd.

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. LUNDSTEDT, 2018, s. 232,233.

sözleşmenin akdedildiği andaki ağırlıklı olan kişisel amacın (*predominantly private use*), sözleşmenin ifa edildiği süreç içinde herhangi bir zamanda, örneğin davanın açıldığı tarihte ağırlıklı olan mesleki veya ticari amaca (*predominantly professional*) dönüşmemiş olması gerektiğine karar vermiştir⁶¹.

Veri sahibi, m. 17 anlamında tüketici olarak kabul edilse bile, tüketici sözleşmesine ilişkin koruyucu yetki kuralının uygulanabilmesi için m. 17'deki diğer şartların da varlığı gereklidir. Bu bağlamda, sözleşmenin karşı tarafı olan girişimci sıfatıyla veri işleyen faaliyetinin hangi hallerde veri sahibinin ikametgahının bulunduğu üye ülkeye “yöneltilmiş” sayılacağına tespiti sıkıntı yaratabilir. ABAD, tüketici hukukunu ilgilendiren bazı kararlarında, söz konusu faaliyetlerin belirli bir üye ülkeye yöneltilmiş sayılması için başta girişimcinin bu yöndeki subjektif amacının (*subjective intention*) varlığı olmak üzere gerekli kriterleri kapsamlı olarak ele almış olmakla birlikte⁶², kişisel verilerin korunması hukukunun kendine has özellikleri ve özellikle veri işleme faaliyetinin yapıldığı yerin tespitinin zorluğu dikkate alındığında, m.17'deki koruyucu yetki kuralının kişisel veri ihlalden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde de uygulanabilmesi için ABAD kararlarında belirlenen kriterlerin bu uyuşmazlıklara uyarlanması gerekmektedir⁶³.

Esasen aşağıda görüleceği üzere zaten GVKT m. 79(2), Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün tüketiciye tanıdığı özel konuma benzer bir şekilde veri sahibi lehine koruyucu yetki kuralı getirdiği için bu tür uyuşmazlıklar bakımından Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 17'ye başvurulmasına gerek olmadığı değerlendirilmektedir.

⁶¹ Schrems Case C-498/16, 2018. ABAD'ın bu kararının Brüksel 1Bis Tüzüğü ile tüketici sözleşmeleri bakımından tanınan koruyucu yetki kuralının amacı ve kaleme alınmış şekliyle uyumlu oluşuna ilişkin bkz. LUNDSTEDT, 2018, s. 231-232.

⁶² Bu yönde bkz. Pammer ve Hotel Alpenhof Case C-585/08, 2010; Muñlleitner Case C-190/11, 2012.

⁶³ BRKAN, 2015, s. 268.

3. Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar Bakımından Özel Yetkiyi Düzenleyen Kural

Bireysel iş sözleşmelerinden kaynaklanan yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisi kural olarak m. 20-23'teki⁶⁴ özel yetki kurallarına göre belirlenecek olup, m. 4 (1)'deki genel yetki kuralı veya m. 7'deki özel yetki kuralları bu uyuşmazlıkların çözümünde dikkate alınmayacaktır⁶⁵.

Veri sahibinin veri işleyicisi veya sorumlusunun işçisi konumunda olması, üye ülkelerden birinde ikametgahının bulunması⁶⁶ ve uyuşmazlığın bireysel iş sözleşmesinden kaynaklanması⁶⁷ hallerinde, veri sahibinin işleyici veya sorumluya karşı açacağı davalar bakımından, işveren sıfatıyla veri işleyen üye ülkelerden birinde ikamet ediyor ise ikametgahının bulunduğu; AB dışında üçüncü bir ülkede ikamet ediyor ise, işçi sıfatıyla veri sahibinin işini mutaden ifa ettiği, veya son kez ifa ettiği; veri sahibinin işini mutaden yaptığı bir yer bulunmuyor ise, dahil olduğu işin yürütüldüğü üye ülke mahkemelerinden herhangi birinin milletlerarası yetkisi gündeme gelecektir (m. 21).

Söz konusu özel yetki kuralı, örneğin veri sahibinin, işyerindeki kişisel verilerinin işveren tarafından hukuka aykırı şekilde veya rızası dışında bilgi işlem araçları yoluyla kaydedilmesi ve/veya işlenmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü bakımından üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespitinde uygulama alanı bulabilecektir. Bu konuda, m. 20-23'teki yetki esaslarına etki tanınması için gerekli olan

⁶⁴ Bu çerçevede m.20 bireysel iş sözleşmeleri hakkında Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün hangi maddelerinin uygulanacağını, m.21 işveren aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkemeyi, m. 22 işçi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkemeyi, m.23 ise bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yetki anlaşması yapılabilme şartlarını ele almaktadır.

⁶⁵ Öte yandan, m. 20(1)'de, m. 6, m. 7(5) ve işveren aleyhine açılacak davalar bakımından m. 8(1)'deki yetki esasları bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından saklı tutulmuş olup, tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası yetkiye ilişkin yukarıda yapılan benzer açıklamalar bu konu bakımından da geçerliliğini korumaktadır.

⁶⁶ Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 22(1) işçi aleyhine açılacak davalar bakımından yalnızca işçinin ikametgahının bulunduğu üye ülke mahkemesine yetki tanıdığı için bireysel iş sözleşmelerine ilişkin yetki kuralının işletilebilmesi için diğer şartların yanında işçinin ikametgahının bir üye ülkede olması gerektiği anlaşılmaktadır. Zaten genel itibarıyla Brüksel 1Bis Tüzüğü hükümlerindeki yetki kuralları yalnızca üye ülke mahkemelerini yetkili kılabilmekte, tüm yetki kurallarının mutlaka bir üye ülke mahkemesini işaret etmesi gerekmektedir.

⁶⁷ Brüksel 1Bis Tüzüğü anlamında bireysel iş sözleşmesi kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MAGNUS / MANKOWSKI / CALVO CARAVACA, 2011, s. 394 vd.

uyuşmazlığın “bireysel iş sözleşmesiyle bağlantılı konular”dan⁶⁸ kaynaklanmasına ilişkin koşul ABAD tarafından geniş bir yorumla ele alınmış olup, yalnızca bireysel iş sözleşmesinin ihlaline ilişkin iddiaları değil, işçi statüsündeki veri sahibinin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin hak ve taleplerini de kapsamaktadır⁶⁹.

4. Haksız Fiilden Doğan Uyuşmazlıklar Bakımından Özel Yetkiyi Düzenleyen Kural

Yabancı unsurlu kişisel verilerin ihlalinden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında veri sahibi ile veri işleyen arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmuyorsa⁷⁰, veri sahibinin veri sorumlusu veya işleyiciye karşı verilerinin ihlal edildiği iddiasıyla açacağı hukuk davalarında üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisi genel yetki kuralının yanı sıra m. 7(2)’deki haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetki esasına göre tespit edilebilecektir⁷¹. Bu davaların konusunu uygulamada daha ziyade veri sahibinin kişisel verilerinin rızası dışında veri işleyen tarafından internet ortamında kullanıldığı ve bu verilerin internetten kaldırılması için ihtiyati tedbir veya oluşan zararın tazminini talep ettiği haller, bir diğer ifadeyle internet yoluyla kişisel verilerin ihlali durumu oluşturmaktadır⁷².

Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 7(2)’ye göre, bu tür uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkili mahkeme zarar verici olayın (haksız fiilin, cürümün *-delict* veya yarı cürümün- *quasi delict*) gerçekleştiği veya gerçekleşebileceği yer mahkemesidir. Haksız fiilin ika yeri ise internet yoluyla kişisel verilerin ihlalinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda çoğu zaman net değildir. ABAD, internet yoluyla kişilik hakları ihlali konusunda verdiği, iki birleşik

⁶⁸ Bkz. Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 20(1).

⁶⁹ ABAD’ın veri ihlaliyle ilgili olmayan başka bir davada verdiği aynı yönde karar için bkz. Holterman Ferho Exploitatie ve diğerleri Case C-47/14, 2015. Ayrıntılı bilgi için bkz. LUNDSTEDT, **2018**, s. 233.

⁷⁰ Brüksel 1Bis Tüzüğü kapsamında haksız fiile ilişkin yetki kuralının işletilebilmesinin ön şartının uyuşmazlığa konu hukuki ilişkinin sözleşmesel zemini olmaması olduğuna ilişkin bkz. MAGNUS / MANKOWSKI / CALVO CARAVACA, **2011**, s. 231-233.

⁷¹ Dava konusunun haksız fiilden kaynaklanıp kaynaklanmadığına ilişkin ABAD’ın, davalının sorumluluğunu doğuran ve m. 7(1) kapsamına girmeyen davalar bakımından yetkinin m. 7(2)’ye göre tespit edileceğine yönelik içtihadı için bkz. ÖZKAN / SÜRAL / TÜRÜNCÜBAŞI, **2016**, s. 55.

⁷² BRKAN, **2015**, s. 19.

davadan oluşan, *eDate Advertising ve Martinez*⁷³ kararında, mağdurun, haksız fiil sonucu meydana gelen zararının tümü için davayı yalnızca hukuka aykırı internet paylaşımını yapan davalının işletmesinin (*establishment*) olduğu üye ülke mahkemesinde değil, temel menfaatlerinin merkezi (*centre of interests*) olan üye ülke mahkemesinde de açabileceğini belirtmiştir. Kararda ayrıca, haksız fiil davasının, ihlal içeren internet paylaşımına ulaşılabilen her bir üye ülke mahkemesinde de açılacağı, bu durumda davaya bakan *for* mahkemesinin yalnızca *for* ülkesinin sınırları içinde meydana gelen zararlarla sınırlı olarak yargılama yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir⁷⁴.

Karar, kişilik haklarının, hukuki niteliği itibariyle kişisel verilerin korunması hakkıyla olan paralelliği temelinde (*per analogy*) kişisel verilerin ihlalden kaynaklanan yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında milletlerarası yetki bakımından ele alındığında şu üye ülke mahkemelerinin alternatif olarak yetkisi gündeme gelmektedir: meydana gelen zararın tümü bakımından yargılama yetkisine sahip olmak üzere veri işleyen işletme merkezinin veya veri sahibinin temel menfaatlerinin merkezindeki yerin olduğu üye ülke mahkemeleri ve ABAD'ın mozaik ilkesine göre yargılama yetkisi *for* üye ülke sınırları içerisinde meydana gelen zararlarla sınırlı olmak üzere internete yüklenen ihlal içeren verinin içeriğinin ulaşılabilir olduğu her bir

⁷³ Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Ltd Case C-509/09, 2011 davası İngiliz bir gazetecinin Fransız bir aktörün özel hayatına ilişkin bilgileri bir internet sitesinde yayınlaması suretiyle meydana gelen kişilik haklarının ihlaline, *eDate Advertising GmbH v X* davası ise, Avusturya'daki bir internet sitesi üzerinden bir Alman vatandaşa ait iftira içeren haberin paylaşılmasına ilişkin olup, ayrıntılı bilgi için bkz. SVANTESSON, 2018, s.121-122. ABAD, *eDate Advertising ve Martinez* kararını, Shevill Case C-68/93, 1995 davasındaki yaklaşımı üzerine kurmuştur. Münhasıran kişisel verilerin internet yoluyla ihlali konusunda olmasa da ilk kez aynı anda birden fazla ülkede kitle iletişim araçları yoluyla meydana gelen (*ubiquitous mass media publication*) kişilik haklarının ihlali davasında Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün uygulanabilirliğinin ele alındığı Shevill kararında, İngiltere'de mukim Shevill'in kendisiyle ilgili Fransa'da yayınlanan ve İngiltere dahil başka üye ülkelerde de satışı gerçekleşen bir gazetede çıkan haberin kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği iddiasıyla İngiltere'de açtığı tazminat davasında milletlerarası yetkili üye ülke mahkemesinin tespiti konusunda Brüksel 1Bis Tüzüğü'ne başvuran ABAD, haksız fiil mağduru tarafından davalının ikametgahının bulunduğu üye ülke mahkemesinin yanı sıra, zararı oluşturan eylemin yapıldığı üye ülke veya zararın meydana geldiği üye ülke mahkemelerinden birinde de dava açılacağına hükmetmiştir. Böylece ihlal teşkil ettiği ileri sürülen yayının dağıtıldığı her bir üye ülke mahkemesi, *for* ülkesi sınırları içinde meydana gelen zararlarla sınırlı olmak üzere yetkili kılınmıştır. İlk kez Shevill kararıyla gündeme gelen mozaik ilkesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. LUTZI, 2017, s. 4 vd; MAGNUS/ MANKOWSKI/ CALVO CARAVACA, 2011, s. 208 vd.

⁷⁴ REVOLIDIS, 2017, s. 15-16.

üye ülke mahkemesi⁷⁵. İlk iki bağlama noktası bakımından yetkili üye ülke mahkemeleri ihlal teşkil eden veri içeriğinin kaldırılması/düzeltilmesi yönünde diğer üye ülke hukukları bakımından da etki doğuran ihtiyati tedbir (*injunctive relief*) kararları verebilirken, ihlal teşkil eden veri içeriğinin internet üzerinden erişilebilir olduğu üye ülke mahkemelerinin böyle bir yetkisi yoktur⁷⁶.

ABAD'ın haksız fiilden doğan yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümü bakımından çok sayıda milletlerarası yetkili mahkemeyi davacının seçimine sunan bu kararının yabancı unsurlu kişisel veri ihlalinden kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi üye ülke mahkemesinde görüleceğinin tespiti için uygulanması bazı açılardan sorun arz eder. Genel olarak m. 7(2)'deki yetkilendirme esasının, daha zayıf olan haksız fiil mağdurunu korumak amacından ziyade belirli bir davada mahkemenin yargı yetkisinin dava konusu olayla ilintili usul işlemlerine yakınlığını sağlamak amacını taşıdığı dikkate alındığında⁷⁷, ABAD'ın söz konusu kararının genel olarak m. 7'deki özel yetki kurallarının istisnai yorumunu gerektiren benimsenme amacını aştığı görülmektedir⁷⁸. Davacı taraf menfaatine koruma sağlama adına hukuki belirlilik ilkesini ve yargılama hukuku bağlamında davacı-davalı taraf arasındaki dengeyi tehlikeye atarak ilave milletlerarası yetki esasları getiren kararın kişisel verilerin ihlalinden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında milletlerarası yetki bakımından tatbiki özellikle veri işleyen birden fazla üye ülkede işletmesinin olması durumunda, "işletme merkezi" bağlama noktasının, yalnızca verinin işlendiği yer mi yoksa veri işlemeyle doğrudan ilintili olmayan diğer ekonomik aktivitelerinin istikrarlı ve etkin olarak yürütüldüğü yer mi olarak yorumlanacağı belirsizliğe yol açabilir. ABAD kararlarında münhasıran haksız fiilden doğan yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından işletme kavramı henüz tanımlanmamış olup, ABAD'ın önüne gelen başka hukuki ilişkiler bakımından geniş

⁷⁵ REVOLIDIS, 2017, s. 16-17.

⁷⁶ LUNDSTEDT, 2018, s.239,240. Ayrıca bkz. ABAD'ın aynı yönde verdiği Bolagsupplysningen OÜ Ingrid Ilsjan v. Svensk, Case C194/16, 2017.

⁷⁷ Bu sonuca Gerekçe para. 15 ve 16'dan, ayrıca ABAD'ın Tessili v Dunlop Case C-12/76, 1976 ve Besix v Kretzschmar Case C-256/00, 2001 kararlarından varılmaktadır.

⁷⁸ Karara ilişkin eleştiriler ve kararın özellikle Brüksel IBis Tüzüğü'nün esasını oluşturan *actor sequitur forum rei* ilkesine aykırı düştüğü yönünde görüşler için bkz. LUTZI, 2017, s. 6 vd., REVOLIDIS, 2017, s. 18 vd.

yorumladığı kavram⁷⁹ kişisel verilerin ihlalden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarına da tatbik edilirse, zararı meydana getiren veri işleme faaliyetinin aktif olarak yapıldığı yer veri sorumlusu veya işleyicinin yasal merkezi, idare merkezi veya asli işyerinin bulunduğu üye ülkelerden başka, veri işleyene ait ek işletmelerin (*secondary/subsidiary establishment*, örneğin şube, acenta veya diğer işletmelerinin) bulunduğu yer ise, bu üye ülke mahkemesinin yetkisi de gündeme gelecektir⁸⁰. İşletme merkezi bağlama noktası GVKT m. 79(2)'de de tercih edilmiş olup, konu ilgili bölümde ele alınacaktır.

Aynı doğrultuda, kişisel verilerin ihlaldine ilişkin haksız fiil davaları bakımından alternatif bağlama noktalarından biri olan veri sahibinin temel menfaatlerinin merkezinin neresi olduğu konusu ABAD tarafından ele alınmamıştır. Kişilik haklarının ihlaldinde olduğu gibi kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde işlenmesi sonucu meydana gelen zarar kişinin bütünlüğüyle ilgili olduğundan, bu zararın en çok hukuka aykırı işlemenin yapıldığı anda mağdurun temel menfaatlerinin merkezi olan yerde sonuçlarını doğurması muhtemeldir. Bu yer çoğu zaman veri sahibinin mutad meskeninin (*habitual residence*) olduğu üye ülke olarak tezahür etse de kişisel veri ihlaldine ilişkin her somut uyuşmazlık bakımından böyle olmak durumunda değildir⁸¹. Özellikle, veri sahibinin sürekli olarak mutad meskenini değiştirmesi durumunda mutad meskenin hangi kıstasa göre belirleneceği belirsizdir ve bu da davalının aleyhine açılan davada milletlerarası yetkinin kendi ikametgahının bulunduğu üye ülke dışında hangi üye ülke

⁷⁹ ABAD'ın "işletme" kavramını Brüksel 1Bis Tüzüğü'ne kıyasla geniş yorumladığı kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. LUNDSTEDT, **2018**, s. 235-237. Öte yandan, ABAD'ın eMartinez kararında internet yoluyla veri ihlali davaları bakımından işletme kavramının dar yorumladığına ilişkin bkz. BRKAN, **2015**, s. 271.

⁸⁰ Esasen böyle bir durumda, haksız fiile ilişkin yetki kuralına başvurmaya da gerek yoktur; çünkü Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 7(5)'deki özel yetki kuralı uygulama alanı kazanır. Tüzel kişinin kendisinin bir üye ülkede, ek işletmesinin bir başka üye ülkede olmasını düzenleyen bu maddeye göre davalı, ikametgahının bulunduğu üye ülke mahkemesinin yanı sıra, şayet başka bir üye ülkede şube, acenta veya diğer işletmeleri varsa bunların faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından şube, acenta veya diğer işletmenin bulunduğu ülke mahkemelerinde dava edilebilir. Ek işletme, şube, acenta ve diğer işletmelerin tanımı Brüksel 1Bis Tüzüğü kapsamında yapılmamış olup, buna ilişkin ABAD kararları için bkz. ÖZKAN / SÜRAL / TÜTÜNCÜBAŞI, **2016**, s. 59-61.

⁸¹ REVOLIDIS, **2017**, s. 16. Ayrıca davacının mutad meskeninin bulunduğu üye ülke mahkemesine Brüksel 1Bis Tüzüğü'nde açıkça sayılan durumlar dışında yetki tanınmasının Tüzüğün amacına ve ruhuna aykırı düşeceğine ilişkin ABAD kararları hakkında bkz. LUTZI, **2017**, s. 8, dn. 79.

mahkemesinde olduğunu öngörebilmesini engellemektedir⁸².

Ayrıca, veri sahibinin ihlal teşkil eden veri içeriğinin internet üzerinden erişilebilir olduğu her bir üye ülke mahkemesinde, *for* mahkemesinin ülkesinde meydana gelen zararlarının tazmini talebiyle sınırlı olarak dava açabilmesi esası uygulamada farklı üye ülke mahkemelerinin aynı olayda birbiriyle çelişkili kararlar vermesinin önünü açarak, hukuki belirlilik ilkesini zedeleyebilecektir. Esasen bu yol veri sahibi için pratikte işler de değildir, zira kişisel verisinin hukuka aykırı olarak işlenmesinden doğan tüm zararını karşılayabilmesi için zararın olduğu her bir üye ülke mahkemesinde ayrı dava açarak, her dava bakımından ileri sürdüğü iddiaları kanıtlamak durumunda kalacaktır⁸³. Bu nedenlerle, sözleşmeden doğan veri ihlali davaları bakımından getirilen özel yetki kuralının uygulanabilirliğine ilişkin yukarıda sözü edilen çekinceler bu konu başlığı altında da geçerlidir. Kişisel verilerin ihlaline ilişkin yabancı unsurlu özel hukuk davalarında milletlerarası yetki bakımından ABAD, m. 7(2)'de getirilen ika yeri bağlama noktasını, bu davaların kendine has özellikleri çerçevesinde uyarlamadığı sürece, ABAD'ın yukarıda anılan kararları ışığında *for* mahkemesince m. 7(2)'ye başvurulması, çok sayıda üye ülke mahkemeleri arasında olumlu yetki çatışmasına sebep olabilecektir⁸⁴. Yine de, m. 7 (2)'deki milletlerarası yetki esaslarının uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin değerlendirmenin somut olay bazında yapılması uygun olacaktır.

⁸² LUTZI, 2017, s. 6-7. Genel olarak temel menfaat merkezi bağlama noktasına getirilen eleştiriler için bkz. LUTZI, 2017, s. 8 vd.

⁸³ LUTZI, 2017, s. 4-7. Bir bütün olarak m. 7'deki özel yetki kurallarının ve özelde haksız fiilden doğan uyuşmazlıklar bakımından özel yetki esasının getiriliş amacının, davacının menfaatlerini davacı-davalı dengesini bozmak suretiyle korumak değil, aksine birden fazla üye ülke mahkemesinin yetkisinin tanınmasıyla bu mahkemelerin aynı uyuşmazlık bakımından birbiriyle çelişik kararlar vermesinin önlenmesi gerektiğini ifade eden adalet yönetiminin (*administration of justice*) etkin sağlanmasına ve özel yetkili kılınan mahkeme ile davanın konusu arasında yakın ve gerçek bir bağ tesis edilmesine dönük olduğuna ilişkin bkz. Gerekçe para. 16 ile ABAD'ın Besix v Kretzschmar Case C-256/00, 2001 kararı. Söz konusu kararda özel yetkiye ilişkin bu maddenin benimsenme amacının adil ve etkili bir yargılamanın sağlanması olduğu ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. REVOLIDIS, 2017, s. 19-20.

⁸⁴ Aynı doğrultuda bkz. LUTZI, 2017, s. 21,23.

II. GVKT’NİN UYGULAMA ALANI VE KİŞİSEL VERİLERİN İHLALİNDEN DOĞAN ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARI BAKIMINDAN MİLLETLERARASI YETKİ KURALI

A. UYGULAMA ALANI

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Gerekçe para. 2 uyarınca GVKT’nin uygulama alanı bulması için veri sahibinin uyrukluğu veya meskeninin AB sınırları içinde olmasına gerek olmayıp, veri sahibinin kendisinin fiziksel olarak AB sınırları içerisinde bulunması yeterlidir. Veri sorumlusu veya işleyicinin AB sınırları içinde bulunmasının GVKT’nin uygulanmasının ön koşulu olup olmadığına ilişkin ise m. 3’te ikili bir ayrıma gidilmiştir. M. 3(1)’e göre GVKT, AB sınırları içerisinde bulunan veri sorumlusu veya işleyicinin işletmesinin faaliyetleriyle kapsamında işlenen kişisel veriler için, işlemenin AB sınırları içerisinde gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın uygulanmaktadır. Kuralın istisnalarına ise m. 3(2)’de yer verilmiş olup, GVKT, AB sınırları dahilindeki gerçek kişi veri sahiplerinin kişisel verilerinin AB dahilinde işletmesi bulunmayan veri sorumlusu veya veri işleyiciler tarafından işlenmesi halinde, işleme faaliyetinin AB sınırları içindeki veri sahiplerine mal veya hizmet sunulmasıyla veya AB sınırları dahilinde gerçekleşen davranışlarının gözetlenmesiyle ilgili olduğu durumlarda⁸⁵ uygulanır. Diğer bir ifadeyle, AB içerisindeki veri sahiplerine ücretsiz olsa dahi mal veya hizmet sunan veya AB içerisinde söz konusu veri sahiplerinin davranışlarını gözetleyen veri sorumluları ve işleyicileri AB’de bulunmasa dahi bu kapsamdaki veri işleme faaliyetleri bakımından GVKT uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca üçüncü fıkra gereği AB dahilinde işletmesi bulunmayan ancak uluslararası kamu hukuku sebebiyle üye ülke hukukunun uygulandığı bir yerde bulunan bir veri sorumlusunun gerçekleştirdiği veri işleme faaliyetleri bakımından da GVKT uygulanmaktadır. Görüldüğü üzere, her durumda GVKT’nin bölgesel kapsamı bakımından uygulama

⁸⁵ “Davranışların gözetlenmesi” kavramı GVKT’de tanımlanmamış olmakla birlikte Gerekçe para. 24’de, gerçek kişilerin başta kişisel tercihlerinin, tavırlarının ve alışkanlıklarının tespiti amacıyla teknik veri işleme yöntemleriyle internetteki faaliyetlerinin gözetlenmesi ve profillerinin çıkarılması (*profiling*) olarak ifade edilmektedir. Öte yandan profil çıkarma, GVKT m. 4(4)’de bir gerçek kişinin işteki performansı, ekonomik durumu, sağlığı, kişisel tercihleri, ilgi alanları, güvenilirliği, davranışları, konumu veya hareketlerine ilişkin hususların analiz edilmesi veya tahmin edilmesi başta olmak üzere söz konusu gerçek kişiye ilişkin belirli kişisel özelliklerin değerlendirilmesi için kişisel verilerin kullanımını ihtiva eden her türlü otomatik kişisel veri işleme biçimi olarak tanımlanmıştır.

alanı bulabilmesi için sınır ötesi veri işleme ile AB arasında belirli bir bağlantının var olması gerekmektedir.

Bu çerçevede, AB içinde müşteri hedef kitlesi olan AB dışındaki mal ve hizmet sağlayıcıları, internet siteleri veya mobil uygulamaların işlediği veriler GVKT anlamında kişisel veri ise bu verilerin işlenmesinde GVKT uygulanacaktır⁸⁶. AB dahilinde işletmesi bulunmayan veri sorumlusu veya işleyicisinin mal veya hizmetlerinin AB içerisinde bulunan veri sahibine yöneltilip yöneltilmediğinin nasıl belirleneceğine ilişkin olarak Gerekçe para. 23’de, salt veri işleyenlerin internet sitesi veya e-posta hesabı ve sair iletişim bilgilerine AB sınırları içerisinde erişilmesinin tek başına AB içerisinde mal veya hizmet sunulma amacının gerçekleştiği yönünde bir çıkarıma varılması için yetersiz olduğu, söz konusu mal ve hizmetlerin sunulmasına sırasında sadece veri işleyenin bulunduğu üçüncü ülkede değil, birden çok üye ülkede konuşulan yabancı dilin kullanılması veya birden çok üye ülkede geçerli olan ödeme cinsi/para biriminin seçimi gibi bazı objektif kriterlerin varlığının veri işleyenlerin AB sınırları içindeki veri sahiplerine yönelik mal veya hizmet sunmayı amaçladıklarını gösterir nitelikte olduğu belirtilmektedir. GVKT’nin bu kapsamda uygulama alanı bulabilmesi için veri sorumlusu veya işleyicisinin işleme karşılığında maddi bir menfaat elde etmeleri ise aranmamaktadır.⁸⁷ Öte yandan, bu objektif kriterlerin yokluğu halinde ve özellikle veri işleyenlerin GVKT hükümlerinden kaçmak amacıyla mal veya hizmetlerinin yalnızca AB’ye değil, tüm dünyaya yöneldiğini iddia etmeleri durumunda veri sahiplerinin “yöneltme”ye ilişkin gerçek amacının tespitinin neye göre yapılacağı ise belirsizliğini korumaktadır.

B. MİLLETLERARASI YETKİYE İLİŞKİN KURAL

GVKT’nin yerine geçtiği Veri Koruma Direktifi’nde, kişisel verilerin ihlali halinde bu ihlalin bertaraf edilmesine yönelik veri sahibi tarafından açılacak hukuk davalarında üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tespit eden ayrı bir yetki kuralına yer verilmeyerek yetkinin tespiti üye ülkelerin ulusal milletlerarası yetki

⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. SVANTESSON, 2018, s.117; VOSS, 2016-2017, s. 223.

⁸⁷ DEVELİOĞLU, 2017, s. 18.

kurallarına ve Brüksel 1Bis Tüzüğü'ne bırakılmıştı⁸⁸.

GVKT m. 79(2)'de⁸⁹ ise veri sahibinin kişisel verilerini işleyen sorumlu veya işleyiciye karşı kişisel verilerinin GVKT'ye aykırı işlenmesi nedeniyle açacağı hukuk davaları bakımından özel milletlerarası yetki kuralı kabul edilerek iki farklı yer mahkemesi yetkili kılınmıştır. Buna göre, veri sorumlusu veya işleyiciye karşı açılacak davalar sorumlu veya işleyicinin işletmesinin bulunduğu üye ülke mahkemelerinde açılır. Alternatif olarak, sorumlu veya işleyicinin bir üye ülkenin kamu otoritesini kullanarak hareket eden kamu kuruluşu olmaması koşuluyla, bu davalar veri sahibinin mutad meskeninin bulunduğu üye ülke mahkemelerinde de açılabilir. Veri işleyenin kamu tüzel kişisi olması ve işleme faaliyetinin de kamu otoritesinin kullanılması suretiyle yapılması halinde ise, ilgili kamu kuruluşunun bulunduğu üye ülke mahkemesinin yetkisi münhasırdır⁹⁰.

Şüphesiz çoğu veri sahibi GVKT kapsamındaki haklarının hukuki yollardan korunması bağlamında mutad meskeninin olduğu üye ülke mahkemesine başvurmayı tercih edeceğinden bu alternatif bağlama noktası, AB kanun koyucusu tarafından veri işleyene karşı hukuken ve sosyoekonomik olarak daha zayıf durumda olduğu değerlendirilen veri sahibinin menfaatine hizmet etmektedir. Öte yandan, GVKT'nin bölgesel uygulama alanının genişliğiyle aynı doğrultuda veri sorumlusu kavramının da oldukça geniş yorumlanmaya müsait olması dikkate alındığında, veri sahibinin menfaatini koruyan mutad mesken bağlama noktasının ikametgah bağlama noktasına kıyasla daha kolay tesis edilebileceği ve değiştirilebileceğinden hareketle, bu yetki esasının dava konusu ile davaya bakan mahkeme arasında yakın ve gerçek bir bağ kurup

⁸⁸ Üye ülkelerin milletlerarası yetki kurallarını düzenleyen hukuki düzenlemelerin çoğu zaman Brüksel 1Bis Tüzüğü'yle aynı olduğu ve aynı doğrultuda yorumlandığı, bazı hallerde ise, ilkinin diğerine göre daha geniş kapsamlı yetki esasları içerdiğine ilişkin bkz. LUNDSTEDT, 2018, s. 227.

⁸⁹ GVKT m. 79(1)'de, kişisel verilerinin GVKT'ye aykırı bir şekilde işlenmesi sonucu GVKT kapsamındaki haklarının ihlal edildiğini değerlendirdiği hallerde, bir denetim makamına şikâyette bulunma hakkı da dahil olmak üzere mevcut idari veya adli olmayan çözüm yolları saklı kalmak koşuluyla, her veri sahibinin veri sorumlusu veya işleyiciye karşı etkili bir kanun yoluna başvurma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

⁹⁰ Ayrıca GVKT m. 82(6)'da tazminat taleplerine ilişkin davalar bakımından yetkili üye ülke mahkemesinin m. 79(2)'deki yetki kuralına göre tespit olunacağı hükme bağlanmıştır.

kurmadığı tartışmalıdır⁹¹. Doktrinde mutad meskenin, veri sahibinin, GVKT'ye aykırı veri işleme faaliyetinin yapıldığı tarihteki değil, davanın açıldığı tarihteki mutad mesken olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir⁹².

Maddede benimsenen diğer bağlama noktası olan işletme merkezi kavramı ise GVKT kapsamında tanımlanmamış, ancak Gerekçe para. 22'ye göre işletme kavramının, istikrarlı düzenlemeler yoluyla etkin ve gerçek bir faaliyet gösterme anlamına geldiği, bu düzenlemelerin yasal şeklinin (şube veya tüzel kişiliğe sahip bir ek işletme aracılığıyla), bu bağlamda belirleyici bir etken olmadığı belirtilmiştir.

ABAD'ın, üye ülkelerin kişisel verilerin korunmasına ilişkin hukuki düzenlemelerinin yer bakımından kapsamını incelediği *Weltimmo* kararında⁹³, işletme kavramının geniş yorumlanması gerektiği vurgulanmış olup, bu doğrultuda, bir internet sitesinin veri sorumlusu veya işleyicinin ikametgahının bulunduğu üye ülke dışında bir başka üye ülkeye gerçek ve etkin bir biçimde faaliyetlerini yöneltmesi, o üye ülke ile internet sitesi arasındaki ilişki zayıf olsa veya internet sitesinin yönetildiği ana işletmeye bağlı acenta veya başka ek işletme o üye ülkede kain olmasa bile Veri Koruma Direktifi m. 4⁹⁴ bağlamında bir işletmenin varlığının kabulü için yeterli olacak ve veri işleyenler bakımından bu Direktif hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuracaktır.⁹⁵ ABAD'ın Veri Koruma Direktifi yürürlükte iken verdiği bu kararın veri işleyenin birden fazla üye ülke mahkemesinde işletmesinin bulunduğu durumlarda GVKT m. 79(2) bakımından da etkisini koruduğu kabul edilirse, veri işleyenin faaliyetlerinin GVKT'nin bölgesel uygulama alanı dahilinde olması koşuluyla, dava konusu uyuşmazlıkla (yani veri sahibinin GVKT'ye aykırı olduğunu iddia ettiği veri işleme faaliyetiyle) yakın ilişki

⁹¹ REVOLIDIS, 2017, s. 29.

⁹² BRKAN, 2015, s. 257-278, 273-274.

⁹³ Weltimmo s. r. o. v. Nemzeti Adatvédelmi és Információs Zsábadtság Hatóság Case C-230/14, 2015.

⁹⁴ GVKT m. 3'ün yerini aldığı Veri Koruma Direktifi m. 4(1-a)'ya göre "Her bir Üye Devlet, aşağıdaki durumlarda, kişisel verilerin işlenmesi için bu Direktif uyarınca kabul ettikleri ulusal hükümleri uygulayacaklardır:

(a) İşleme, Üye Devletin topraklarındaki denetleyici kuruluşun faaliyetleri bağlamında yapıldığında; aynı denetleyici, çeşitli Üye Devletlerin toprağında yerleşirse, bu kuruluşların her birinin, uygulanan ulusal mevzuatlarda öngörülen yükümlülüklerine uymasını temin edecek gerekli tedbirleri almalıdır".

⁹⁵ Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DEVELİOĞLU, 2017, s. 16.

tesis etmeyen birden fazla üye ülke mahkemesinin veri işleyenin “işletme merkezi” olarak milletlerarası yetkisi gündeme gelecek, bu da *forum shopping*’e ve davanın açıldığı mahkemelerce verilen kararların hukuki belirlilik ilkesine ne ölçüde sadık kaldığının sorgulanmasına neden olacaktır⁹⁶. Alternatif olarak, doktrinde bazı yazarlarca m. 79(2)’deki işletme kavramının, yalnızca kişisel verilerin işlenmesine yönelik faaliyetleri bağlamındaki işletmeleri kapsayan GVKT m. 3 ile aynı doğrultuda yorumlanabileceği, ancak nihayetinde bu yorumla da veri işleme faaliyetiyle yeterli yakınlıkta bağı olmayan işletme merkezindeki üye ülke mahkemesine milletlerarası yetki verilmesinin ihtimal dahilinde olduğu ileri sürülmektedir⁹⁷. Bir diğer görüş de veri işleyenin birden fazla üye ülkede işletmesinin bulunduğu durumlarda amaçsal yorum metodu çerçevesinde, veri sorumlusu veya işleyicisinin asıl işletmenin bulunduğu yerdeki baş denetim makamına (*lead supervisory authority*) özet yetki tanıyan m. 56’nın dikkate alınması suretiyle, veri sahibine GVKT kapsamındaki veri ihlalden kaynaklanan taleplerini veri işleyenin asıl işletmesinin⁹⁸ bulunduğu üye ülke mahkemesinde ileri sürebilmesine yönelik sınırlı bir yetki tanınmasını savunmaktadır. Bu görüşe göre, m. 79(2)’deki yetki kıstasıyla birden fazla milletlerarası yetkili üye ülke mahkemesi (işletme merkezi ve mutad mesken bağlama noktaları) veri sahibinin seçimine sunulmuş olduğundan, veri sahibi ilave bir bağlama noktasına ihtiyaç duymamaktadır, kaldı ki mutad meskeninin olduğu yer mahkemesi zaten veri sahibinin menfaatlerini en iyi koruyan yer mahkemesidir. Bu itibarla, ABAD’ın aksine, işletme kavramının yalnızca asıl işletmeyi ifade edecek şekilde sınırlı yorumunun benimsenmesiyle, *forum shopping*’in önüne geçilerek hukuki belirlilik ilkesi sağlanmış olacaktır⁹⁹.

GVKT m. 79(2)’deki yetki kuralına yalnızca, GVKT m. 79(1)’de belirtildiği gibi veri sahibinin GVKT ile koruma altına alınan kişisel verilerinin GVKT’ye aykırı

⁹⁶ REVOLIDIS, 2017, s. 27.

⁹⁷ GVKT m. 79(2)’deki işletme kavramının m. 3’tekiyle aynı temele dayandığı, bu nedenle m. 79(2)’deki işletme kavramının içeriğinin yorumlanmasında bu maddenin dikkate alınması gerektiğine ilişkin bkz. REVOLIDIS, 2017, s. 27.

⁹⁸ Asıl işletme kavramının tanımı için bkz. GVKT m. 4(16).

⁹⁹ LUNDSTEDT, 2018, s. 246; REVOLIDIS, 2017, s.27.

işlenmesi neticesinde ihlal edilmesinden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından mı başvurulabileceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, GVKT'nin kapsadığı veri ihlallerinin yanı sıra üye ülkelerin GVKT'yi tamamlayıcı nitelikteki ulusal kişisel verilerin korunmasına dair kanunların ihlalinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde de m. 79(2)'nin konu bakımından (*ratione materiae*) uygulama alanı bulacağını; bu sonuca GVKT çerçevesinde aykırı işleme neticesinde veri sahibine uğradığı zararların tazminini talep etme hakkının, üye ülkelerin GVKT'nin bu konuda delege ettiği yetkiyle çıkardıkları ulusal kişisel verilerin korunmasına ilişkin hukuki düzenlemelerine aykırı gerçekleştirilen veri işleme faaliyetlerini de içerdiğine dair Gerekçe para. 146'ya kıyasen m. 79(1) bakımından da etki tanınarak varılabileceğini savunmaktadır¹⁰⁰.

Aksi görüş ise, m. 79(1)'in lafzından, ikinci fıkradaki yetki esasına yalnızca GVKT'nin ihlal edildiği hallerle sınırlı olarak başvurulacağı sonucuna varıldığını öne sürmektedir. Bu görüş dahilinde veri sahibi, GVKT'den doğan haklarının ihlal edilmesi halinde hem GVKT m. 79(2) hem de GVKT ile birlikte uygulama alanı bulduğu takdirde Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün somut olayla ilgili milletlerarası yetki kurallarına başvurabilecek; öte yandan ulusal kanunlarda yer alan kişisel verilerin korunmasına yönelik haklarının bu kanunlara aykırı işlenmesiyle meydana gelen ihlali durumunda ise, yalnızca Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün ilgili milletlerarası yetki kuralları uygulanabilecektir¹⁰¹. Yargıya erişim bakımından AB'de bulunan veri sahipleri arasında eşitsizliğe yol açabilecek bu durumun, GVKT'nin, AB'de bulunan tüm veri sahiplerinin kişisel verilerinin korunmasına yönelik etkin ve adil hukuki mekanizmalarının sağlanmasına yönelik birincil amacıyla ne kadar bağdaştığı tartışmalıdır.

III. GVKT M. 79(2)'DEKİ MİLLETLERARASI YETKİ KURALININ BRÜKSEL 1BİS TÜZÜĞÜ'NDEKİ MİLLETLERARASI YETKİ KURALLARI İLE İLİŞKİSİ

GVKT m. 79 (2)'nin, Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki milletlerarası yetki esaslarını, hem Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün hem de GVKT'nin konu ve yer bakımından uygulama

¹⁰⁰ LUNDSTEDT, 2018, s. 244.

¹⁰¹ REVOLIDIS, 2017, s. 25-26.

alanı bulduğu yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümü bakımından ortadan kaldırıp kaldırmadığı veya bu esasları tamamlayıcı (*complementary*) nitelikte olup olmadığı konusunda GVKT açık değildir. Söz konusu maddenin Brüksel 1Bis Tüzüğü ile ilişkisi konusunda AB kanun koyucusu tarafından bir düzenleme getirilmemesi “m. 79(2), veri sahibinin, veri işleyenlere karşı başvuracağı hukuki koruma yolları bakımından üye ülkelerin milletlerarası yetkisinin tespitinde Brüksel 1Bis Tüzüğü’nde yer alan (ve ABAD’ın ilgili kararlarıyla yorumlanan) yetki kıstaslarına başvurmasını engelleyecek midir, yoksa m. 79(2)’ye rağmen Brüksel 1Bis Tüzüğü’ndeki milletlerarası yetki kurallarının uygulanması saklı kalacak mıdır?” sorusunu gündeme getirmektedir.

Henüz ABAD tarafından incelenmemiş olan bu durum belirsizliğini korumakta ve AB yargılama hukukunda etkin adalet yönetimi önünde bir engel teşkil etmektedir. Konu doktrinde de tartışmalı olup öne çıkan iki görüş vardır.

“Özel hüküm genel hükmü ilga eder” (*lex specialis derogat lege generali*) ilkesine dayanan ilk görüşe göre, m. 79(2) lafzı itibariyle zorunlu bir yetki kuralı getirmektedir. Anılan madde uyarınca veri sorumlusu veya işleyiciye açılacak davalarda, sorumlu veya işleyicinin işletmesinin bulunduğu üye ülke mahkemelerinin yetkisi kesin olarak tespit edilmiş olup (“*shall*” ifadesi kullanılmak suretiyle) belirli şartların varlığında alternatif olarak yine aynı maddenin devamında yetkili kılınan veri sahibinin mutad meskeninin bulunduğu üye ülke mahkemesi dışında başka bir mahkemenin milletlerarası yetkisini seçebilmesi hususunda veri sahibine imkân tanınmamıştır. Dolayısıyla, aksi ile kanıt yöntemi (*e contrario*) ile m. 79(2), veri sahibinin Brüksel 1Bis Tüzüğü’ndeki milletlerarası yetki kurallarına başvuramayacağı sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca bu görüşü savunanlar, sistematik ve amaçsal yorum temelinde, AB’de bulunan veri sahiplerine sağlanan hukuki korumanın güçlendirilmesini amaçlayan 8. Bölüm içerisinde yer alan GVKT m. 79’un, veri işleyene nazaran ilişkide zayıf taraf olan veri sahibinin GVKT kapsamında korunan kişisel verilerinin yine GVKT’ye aykırı olarak işlendiği iddiasıyla başvuracağı üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tespit ederken, veri sahibinin korunması saikiyle kaleme alındığını kabul eder. Bununla birlikte, bu davalar bakımından çok sayıda üye ülke mahkemesinin yetkisinin

tanınmasının hem adil, tarafsız ve etkili yargılama faaliyetlerini tehlikeye attığını hem de genel itibariyle Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün temelinde milletlerarası yetki esaslarının tesisinde ve yargılamanın safahatı boyunca dava taraflarının usuli haklar bakımından eşit tutulması suretiyle adaletin etkin yönetiminin güçlendirilmesini amaçlayan özel yetki kurallarının pek çoğuyla bağdaşmayacağını ileri sürer. Her iki hukuki düzenlemenin temelinde yatan birincil amaçlar birbiriyle örtüşmediği için, uygulamada birlikte uygulanabilirliği haiz olsalar da bu tercih edilmemelidir¹⁰².

Örneğin veri işleyen ile veri sahibi Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 25 kapsamında, ikametgahlarına bakılmaksızın, aralarında veri sahibinin kişisel verilerinin korunması bağlamında belirli bir hukuki ilişkiden doğmuş veya ileride doğacak uyuşmazlıklarda bir üye ülke mahkemesini veya mahkemelerini münhasıran yetkili kılmış olabilirler. Brüksel 1Bis Tüzüğü'nde tüketici ve iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için bu sözleşmelerin taraflarınca mahkemenin milletlerarası yetkisini belirleyen yetki anlaşması yapılabilmek şartlarını düzenleyen ayrı kurallar benimsenmiş olmasına rağmen, GVKT m. 79(2), tarafların, m. 79(2)'de getirilen yetki esasları haricinde birden fazla milletlerarası yetkili mahkemeyi veri sahibinin seçimine sunarak bu maddeyle getirilen bağlama noktalarını veri sahibi lehine değiştiren bir yetki anlaşması yapabileceklerine yönelik herhangi bir ibare ihtiva etmediği için, sınırsız yetki anlaşması, veri sahibinin GVKT m. 79(2)'de kendisine tanınan koruyucu yetki kıstasından faydalanamamasına sebep olacaktır; çünkü m. 25'in temelinde yatan irade muhtariyetinin sağlanması amacıyla m. 79(2)'nin, üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisinde veri sahibi bakımından koruyucu bağlama noktaları getirme amacı örtüşmeyecektir¹⁰³.

Esasen bu iki hükmün getiriliş amacı her somut olay bakımından birbiriyle uyumsuz değildir. Örneğin Brüksel 1Bis Tüzüğü'nde tüketici ve bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda dava açılacak mahkemenin yetkisinin yetki anlaşmasıyla nasıl belirleneceğine ilişkin düzenlemeler getirilerek, tüketici ve bireysel iş sözleşmelerine ilişkin yetki kurallarının düzenlendiği bölüm hükümlerinden ayrılan

¹⁰² Bu konuda görüşler için bkz. REVOLIDIS, **2017**, s. 23 vd; LUNDSTEDT, **2018**, s. 252.

¹⁰³ BRKAN, **2015**, s. 276.

yetki anlaşmalarının yapılabilmesi belirli şartlara bağlanmıştır¹⁰⁴. Bu düzenlemeleri benimserken Brüksel 1Bis Tüzüğü, yine tüketici ve işçinin korunması fikrinden hareket ederek, bu tür sözleşmelerin karşı tarafınca sözleşmeye konulacak bir yetki kaydı suretiyle söz konusu Tüzük'te tüketici ve işçi lehine getirilen yetki kurallarının bertaraf edilmesini önlemek amacıyla taraflara ancak sınırlı olarak sayılan şartlar çerçevesinde yetki anlaşması yapmasına imkân tanımıştır¹⁰⁵. Aynı doğrultuda, GVKT'de, böyle bir yetki sözleşmesinin, ancak veri sahibine, m. 79(2)'de düzenlenenler dışındaki mahkemelere de başvurma yetkisini tanınması halinde yapılabileceğine dair veri sahibini koruyan ve yetki esaslarını veri sahibi lehine genişleten bir düzenleme olsaydı irade muhtariyeti ilkesine dayanan Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 25, yargılama usulü bakımından veri sahibinin menfaatini gözeterek GVKT m. 79(2)'nin uygulanmasına engel olmayacaktı.

İkinci görüşe göre, GVKT ile Brüksel 1Bis Tüzüğü birlikte (*cumulatively*) uygulama alanı bulmalıdır. Bu görüş çerçevesinde, Gerekeç para. 147'de özellikle veri sorumlusu veya işleyene karşı açılan tazminat talepli hukuk davaları bakımından GVKT'de özel yetki kuralları getirilmişse, Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki yetki kurallarının, bu özel yetki kurallarının uygulanmasına hanel getirmeyeceği belirtilmek suretiyle, m. 79(2)'nin Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki yetki esaslarını ortadan kaldırmadığı aksine, iki hukuki düzenlemenin eşit şartlarda olmasa da yabancı unsurlu veri ihlalden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında birlikte uygulanabileceği, Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki milletlerarası yetki kurallarının, m 79(2) ile çelişmesi halinde bertaraf edilebileceği ve m. 79(2)'nin öncelikli uygulanacağı, aksi durumda söz konusu maddenin Brüksel 1Bis Tüzüğü'nü tamamlayıcı nitelikte olduğu savunulmaktadır. GVKT m. 79(2)'nin hangi hallerde Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün dava konusu talebin içeriğini ilgilendiren yetki kuralı/kurallarıyla çelişeceğinin ise somut olay bazında ele alınması gerekmektedir. Örneğin, veri sahibinin kişisel verilerinin bir üye ülkedeki kamu siciline tescili esnasında hukuka aykırı işlenmesi ve veri sahibinin bu ihlali GVKT m. 79(2) uyarınca kendi mutad meskeninin bulunduğu başka bir üye ülke

¹⁰⁴ Bkz. Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 19 ve 23.

¹⁰⁵ BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, 2014, s. 548; KÜÇÜKYALÇIN, 2004, s. 345.

mahkemesinde dava konusu etmesi halinde, sicil tutulduğu üye ülke mahkemesi Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 24 (veya hatta *for* hukukundaki ulusal yetki kuralları) uyarınca kendi yetkisinin münhasır yetki olduğunu ileri sürecektir. Her iki yetki kuralının birbiriyle çatıştığı böyle bir durumda ikinci görüş çerçevesinde veri sahibi münhasır yetki kuralına takılmaksızın davayı mutad meskeninin bulunduğu üye ülke mahkemesinde açabilecektir¹⁰⁶.

Kişisel verilerin ihlalden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından GVKT m. 79 ve Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki milletlerarası yetki kurallarının birbirine paralel olarak uygulanması bazı hallerde birden fazla farklı ve birbiriyle uyumlu olmayan yetki kıstasını biraraya getirebilir. Örneğin, kişisel verilerinin ihlal edildiği iddiasıyla veri sahibi veri işleyene haksız fiile dayalı dava açmak istese, somut uyuşmazlık konu ve yer bakımından yukarıda ele alındığı üzere hem Brüksel 1Bis Tüzüğü hem de GVKT'nin uygulama alanına giriyorsa veri sahibi davasını hem GVKT m. 79(2)'de hem Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 4(1) ve 7(2)'de sayılan hem de “mozaik ilkesi” bağlamında haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkili üye ülke mahkemelerinden herhangi birinde açabilecektir. Veri sahibine ölçüsüz bir biçimde elverişli seçim hakkı sunan bu durum ise, potansiyel olarak üye ülke mahkemelerinin aşırı yetkisine (*exorbitant jurisdiction*) ve *forum shopping*'e yol açabilecektir.

ABAD'ın bu konuda henüz bir karara varmamış olması göz önüne alındığında, *lex specialis* ilkesi çerçevesinde sınırlı yorum tarzı benimsenerek GVKT m. 79(2) ile Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün müşterek uygulanmasından vazgeçilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir. Bu görüşe ilişkin olarak yukarıda ele alınan çıkarımların yanı sıra GVKT kapsamında milletlerarası yetkiyi düzenleyen Gerekçe para. 145'de de m. 79(2) ile aynı doğrultuda, veri sorumlusu veya işleyiciye karşı açılacak davaların, sorumlu veya işleyicinin işletmesinin bulunduğu üye ülke mahkemelerinden veya sorumlu veya işleyicinin kamu otoritesini kullanarak hareket eden bir üye ülkenin kamu kuruluşu olmaması koşuluyla veri sahibinin mutad meskeninin bulunduğu üye ülke

¹⁰⁶ LUNDSTEDT, 2018, s. 254. Bu görüşü savunanlar ayrıca, Gerekçe para. 147'ye benzer bir hüküm getiren Brüksel 1Bis Tüzüğü m. 67'ye de dayanmaktadır. Bu madde uyarınca, Brüksel 1Bis Tüzüğü, milletlerarası yetki ile mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin özel hükümler getiren AB düzenlemelerinin bu hükümlerinin uygulanmasına hâlel getirmez.

mahkemelerinden birinde açılacağı belirtilmektedir. Söz konusu paragraf veri sorumlusu veya işleyiciye karşı açacağı davaların görüleceği üye ülke mahkemesi bakımından Brüksel 1Bis Tüzüğü'nde yer alan yetki kurallarına ise atıf yapmamaktadır. Bu itibarla, konu ABAD tarafından her bir somut olay bazında ele alınıp karar bağlanıncaya kadar kişisel verilerin ihlalden doğan yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından, şayet uyuşmazlık konusu GVKT kapsamına giriyorsa, GVKT'de getirilen yetki esasına etki tanınmalıdır. Yine de her iki hukuki metinde yer alan yetki kurallarının birlikte uygulanabilirliğinin somut olay bazında, davaya konu olan talebin ve hakların içeriğini ilgilendiren milletlerarası yetki kurallarının getiriliş amacı ve birbiriyle çatışıp çatışmadığı göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi uygun olacaktır.

GVKT m. 79(2)'nin AB üyesi dışındaki üçüncü ülke mahkemelerinde görülen veri ihlalden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından uygulanabilirliği konusuna da kısaca değinmekte fayda vardır. Yukarıda ele alındığı üzere, GVKT bölgesel uygulama alanı bakımından yalnızca AB içerisinde faaliyet gösteren veri işleyicileri veya sorumlusunun faaliyetleri bağlamındaki kişisel verilere değil, AB içerisindeki veri sahiplerine mal veya hizmet sunan veya AB içerisinde söz konusu veri sahiplerinin davranışlarını gözetleyen veri sorumluları ve işleyicilerinin bu kapsamdaki veri işleme faaliyetleri bakımından da uygulanmaktadır. Bu bağlamda, mutad meskeni bir üye ülkede bulunan veri sahibi, AB dışında üçüncü bir ülkede işletmesi bulunan veri sorumlusunu GVKT'ye aykırı işlenen kişisel veri ihlallerine karşı GVKT m. 79(2) çerçevesinde kendi mutad meskeninin bulunduğu üye ülke mahkemesinde dava edebilecektir. Öte yandan, mutad meskeni herhangi bir üye ülkede bulunmayan ancak kendisi AB sınırları içinde geçici olarak bulunan veri sahiplerinin işletmesi AB dışında üçüncü bir ülkede bulunan ancak AB içindeki veri sahiplerine mal veya hizmet sunan davalı veri işleyenler aleyhine GVKT'ye dayanarak açacağı davalar bakımından m. 79(2) bağlamında üye ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisi gündeme gelmeyecektir¹⁰⁷. Böyle bir durumda veri işleyenler yalnızca tabi oldukları üye ülkenin

¹⁰⁷ LUNDSTEDT, 2018, s.253. İşletmenin bulunduğu yer mahkemesinin, AB'de işletmesi bulunmayan bir veri sorumlusu için yetkili olmayacağına, bu veri sorumlusunun AB'deki veri sahiplerinin kişisel verilerinin işlenmesi dolayısıyla GVKT'deki yükümlülükleri yerine getirmesi gerekiyorsa, veri

milletlerarası yetki kurallarına göre dava edilebilecektir¹⁰⁸.

SONUÇ

Kanun koyucular tarafından kişisel verilerin korunmasına yönelik ulusal ve uluslararası (*supranational*) veri koruma kurumlarının idari denetim yetkisi ve verilerin hukuka aykırı işlenmesi karşısında bu kurumlarca uygulanan idari yaptırımlara ilaveten kişisel verilerinin ihlal edildiğini ileri süren veri sahibi için özel hukuka özgü koruma yollarına başvurma imkanı tanınması, bu kanun yollarının etkin bir şekilde kullanılabilmesini teminen kişisel verilerin ihlaline ilişkin sınırötesi uyuşmazlıkların çözümünde milletlerarası yetki kurallarının önemini giderek arttırmaktadır.

Nitekim GVKT m. 79 ile kişisel verilerinin GVKT'ye aykırı bir şekilde işlenmesi sonucu GVKT kapsamındaki haklarının ihlal edildiğini değerlendirdiği hallerde, veri sahibine etkili bir kanun yoluna başvurma hakkı verilmiş, veri işleyene karşı açılacak bu davaların hangi üye ülke mahkemesi veya mahkemelerinde görüleceğine ilişkin milletlerarası yetki esasları da özel olarak düzenlenmiştir. Esasen veri sahiplerinin veri işleyenlere karşı ekonomik, sosyal ve hukuki açıdan zayıf konumda olması, veri koruma hukukunun kendine has özelliklerini dikkate alan ve veri sahiplerinin ihtiyaçlarını karşılayan koruyucu milletlerarası yetki kurallarının benimsenmesini de gerekli kılmaktadır.

Öte yandan, GVKT m. 79(2)'deki yetki esasları ilk bakışta veri sahibinin menfaatine hizmet ediyor olsa da birçok noktada belirsizlik ve farklı yorumlanmaya müsait kavramlar içermektedir. Söz konusu maddedeki milletlerarası yetki esasına, kişisel verileri işleme faaliyetinin, GVKT'ye mi, üye ülkelerin GVKT'yi tamamlayıcı nitelikteki ulusal veri koruma kanunlarına mı yoksa veri sahibi ile işleyen arasındaki sözleşmeye dahil edilen üye ülkelerin ulusal kanunlarındaki veya GVKT'deki veri koruma kurallarını içeren sözleşme koşullarına mı aykırı olduğu durumlarda

sahibinin kendi yerleşim yerinin bulunduğu üye ülke mahkemesinde dava açabileceğine ilişkin DEVELİOĞLU, 2017, s.127.

¹⁰⁸ Yukarıda da belirtildiği üzere, ikametgahı AB dışında üçüncü bir ülkede bulunan davalı veri işleyenlere açılacak davalar bakımından mahkemenin milletlerarası yetkisinin belirlenmesinde kural olarak Brüksel IBis Tüzüğü de uygulama alanı bulmayacaktır.

başvurulacağı konusunda bir ibarenin bulunmaması, diğer bir ifadeyle GVKT m. 79(2)'nin uygulama alanının maddi kapsamına ilişkin belirsizlik dikkat çekicidir. Ayrıca, maddede getirilen işletme merkezi bağlama noktasının ne şekilde yorumlanması gerektiği hususunda ABAD'ın münhasıran kişisel verilerin GVKT kapsamında korunmasına ilişkin bir kararının bulunmaması karşısında söz konusu yetki esasının suistimale açık olması, keza maddedeki alternatif bağlama noktasının Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün zayıf tarafı koruyan tüketici ve bireysel iş sözleşmelerindeki yetki kurallarıyla da uyumu sağlayacak şekilde veri sahibinin ikametgahı yerine ikametgah bağlama noktasına kıyasla daha esnek olan ve yerleşme niyeti bakımından süreklilik arz etmeyen mutad meskeninin bulunduğu üye ülke mahkemesi olarak tercih edilmesi sonucu ihlale konu uyuşmazlık ile uyuşmazlığa bakan mahkeme arasındaki bağın zayıf kalması, öte yandan ne veri işleyenler tarafından veri sahibine karşı açılacak davalar bakımından bir yetki esası ne de taraflarca yetki anlaşmasının yapıp yapılamayacağı ve şayet yapılacaksa şartlarına ilişkin bir herhangi bir düzenleme getirilmiş olması GVKT m. 79(2)'nin eksiklikleri olarak sıralanabilir.

Bunlara ilaveten, GVKT m. 79 (2)'nin, Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki milletlerarası yetki kurallarını, hem Brüksel 1Bis Tüzüğü'nün hem de GVKT'nin konu ve yer bakımından uygulama alanı bulduğu yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümü bakımından ortadan kaldırıp kaldırmadığı veya bu kuralları tamamlayıcı nitelikte olup olmadığı konusunda GVKT açık değildir. GVKT'nin yürürlüğe girmesinden önce yabancı unsurlu veri ihlaline ilişkin özel hukuk uyuşmazlıklarında üye ülkelerin milletlerarası yetkisinin tespiti bakımından başvuru Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki genel ve özel yetki kuralları, bu kuralları yorumlayan ABAD kararları ile birlikte ihlale konu uyuşmazlığın hukuki niteliğine göre değişmekle birlikte çok sayıda milletlerarası yetkili mahkemeyi veri sahibinin seçimine sunmaktadır.

Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki yetki kurallarının veri ihlaline ilişkin yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında GVKT m. 79(2) ile birlikte uygulanması, bazı durumlarda GVKT m. 79(2)'deki boşlukların çoğu zaman veri sahibi lehine milletlerarası yetki esasları tesis etmek suretiyle doldurulmasını sağlayacaktır. Bu da nihayetinde, GVKT'nin gerçek kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi faaliyetiyle

bağlantılı korunmasına ve veri sahiplerinin, kendi verileri üzerinde daha fazla kontrol sahibi olmalarının sağlanmasına dönük birincil amacıyla örtüşecektir.

Öte yandan, kişisel verilerin korunması hukukunun kendine özgü özellikleri nedeniyle Brüksel 1Bis Tüzüğü'ndeki milletlerarası özel yetki kurallarında yer alan bazı bağlama noktalarının somut veri ihlaline ilişkin uyuşmazlığa uyarlanması, ABAD'ın bu konularda henüz inceleme yapmamış olması da dikkate alındığında uygulamada hem veri sahipleri hem de veri işleyenler açısından hukuki belirsizliğe neden olabilmekte, uyuşmazlıkla bağlantılı olmayan mahkemelerin milletlerarası yetkisini gündeme getirerek AB usul hukukunun temel paradigmatlarıyla örtüşmeyebilmektedir. Bu konular ABAD tarafından ele alınıp karara bağlanıncaya varana kadar, GVKT'nin konu ve yer bakımından uygulama alanına giren bu tür uyuşmazlıklar bakımından kural olarak özel hüküm niteliğinde olan GVKT m. 79(2)'deki milletlerarası yetki kuralına öncelik tanınması, ancak yine de her iki hukuki metinde yer alan yetki kurallarının birlikte uygulanabilirliğinin somut olay bazında, olayın hukuki niteliği itibariyle ilgili yetki kurallarının getiriliş amacı ve birbiriyle çatışıp çatışmadığı göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi uygun bir yaklaşım olacaktır.

KAYNAKÇA

AZZİ, Adèle, “The Challenges Faced by the Extraterritorial Scope of the General Data Protection Regulation”, **JIPITEC**, Vol. 9, I. 2, 2018, s. 126-138.

BAŞALP, Nilgün, “Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu'nun Temel Yenilikleri”, **MÜHF - HAD**, C. 21, S. 1, 2015, s. 77-105.

BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm, “Brüksel 1 Tüzüğü Hükümleri Uyarınca Tüketicinin Korunması”, **Legal Hukuk Dergisi, Rona Aybay'a Armağan Sayısı**, Legal Yayıncılık, 2014, s. 527-558.

BRKAN, Maja, “Data Protection and European Private International Law: Observing a Bull in a China Shop”, **International Data Privacy Law**, Vol. 5, No. 4, 2015, s. 257-278.

BU-PASHA, Shakila, “Cross-Border issues under EU Data Protection Law with regards to Personal Data Protections”, **Information & Communications Technology Law**, Vol. 26, No. 3, 2017, s. 213-228.

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, **6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

EDWARD S., **The EU General Data Protection Regulation: Implications for International Scientific Research in the Digital Era**, University of Edinburgh School of Law Research Paper Series 2018/28, Edinburgh, 2018.

European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, **Handbook on European Data Protection Law**, Publications Office of the European Union, Lüksemburg, 2018.

GALETTA, Antonella/DE HERT, Paul, “The Proceduralisation of Data Protection Remedies under EU Data Protection Law: Towards a More Effective and Data Subject-oriented Remedial System”, **Review of European Administrative Law**, Vol. 8, No. 1, 2015, s. 125-151.

IT Governance Privacy Team, **EU General Protection Regulation (GDPR), An Implementation and Compliance Guide**, 2.Baskı, IT Governance Publishing, İngiltere, 2016-2017.

KÜÇÜKYALÇIN, “Arzu, Brüksel I. Tüzüğü’nde Tüketici Akitlerine İlişkin Milletlerarası Yetki Kuralları”, **TBB Dergisi**, Sayı 55, 2004, s. 332-359.

KÜZECİ, Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, Turhan Yayınevi, 3. Bası, Ankara, 2019.

LUNDSTEDT, Lydia, **International Jurisdiction over Crossborder Private Enforcement Actions under the GDPR**, Faculty of Law, Stockholm University, Research Paper No. 57, Stockholm, 2018, s. 212-255.

LUTZİ, Thomas, “Internet Cases in EU Private International Law, Developing a Coherent Approach”, **International & Comparative Law Quarterly**, Vol. 66, I. 3, 2017, s. 687-721.

MAGNUS, Ulrich / MANKOWSKI, Peter/ CALVO CARAVACA Alfonso-Luis, **Brussels I Regulation, European Commentaries on Private International Law**, Sellier - European Law Publishers GmbH, 2. Bası, 2011.

ÖZKAN, Işıl/ SÜRAL, Ceyda/TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

REVOLIDIS, Ionnais, “Judicial Jurisdiction Over Internet Privacy Violations and the GDPR, A Case of “Privacy Tourism?”, **Masaryk University Journal of Law and Technology**, Vol. 11, No. 1, 2017, s. 7-37.

SVANTESSON, Dan Jerker B., “European Union Claims of Jurisdiction over the Internet, An Analysis of Three Recent Key Developments”, **JIPITEC**, Vol. 9, I. 2, 2018, s. 113-126.

VOSS, W. Gregory, “European Union Data Privacy Law Reform: General Data Protection Regulation, Privacy Shield, and the Right to Delisting”, **The Business Lawyer**; Vol. 72, Winter 2016–2017, s. 221-233.

İnternet Kaynakları

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2018:43:FIN> (erişim tarihi: 12.03.2019)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN> (erişim tarihi: 22.03.2019)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0087> (erişim tarihi: 12.03.2019)

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML> (erişim tarihi: 22.03.2019)

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:PDF> (erişim tarihi: 25.03.2019)

THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED

Kitap İncelemesi

İlknur Rabia TÜRKÖLMEZ*

Yüksek Mahkeme ve Anayasa Mahkemesi kararları çoğu zaman toplumsal ve siyasal tartışmaların odağında yer alır. Mahkemelerin kararlarının doğruluğunun yanı sıra tarafsız olup olmadığı da tartışılmaktadır. Bu tartışmalara yol açan yargıçların kararları, akademik camiada önceleri örgütsel ve yasal süreçler üzerinden incelenmiştir. Yaşanan tartışmaların artmasıyla zamanla dikkatler kararları veren yargıçların kişisel özelliklerine çevrilmiş ve birey olarak yargıçların incelenmesi gerektiği fark edilmiştir. Özellikle davranışçı bakış açısına sahip siyaset ve sosyal bilimciler yargıç davranışı ve yargıç tutumu gibi kavramlarla çalışmalar yapmaya başlamışlardır.

Michigan Üniversitesi'nden emekli Profesör Harold J. Spaeth ve Stony Brook Üniversitesi'nden Jeffrey A. Segal de yargısal karar verme, yargıç davranışı ve yargıç tutumu gibi alanlarda öne çıkan ve çok sayıda atıf alan akademisyenlerdendir. Segal ve Spaeth'in kaleme aldığı bu eser¹ ilk olarak 2002 yılında daha sonra da 2004 ve 2005 yıllarında basılmış, 11 bölümden oluşan 459 sayfalık bir kitaptır. Segal ve Spaeth bu kitabı, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) ve mahkemede görevli yargıçlar ile ilgili karar verme süreçlerini, tutumsal bir bakış açısıyla ve Yüksek Mahkemenin kişisel kararlar verdiği hipotezini sorgulayan bir şekilde bilimsel analiz yapmak amacıyla kaleme almışlardır. Analizlerinde mahkemelerin karar verme süreçlerini incelerken; Yasal Model, Tutumsal Model ve Rasyonel Tercih Modeli olmak üzere üç temel yaklaşımdan faydalanmışlardır. Bu yaklaşımları eleştirel bir bakış

İncelemenin Geliş Tarihi: 20.03.2019

İncelemenin Kabul Tarihi: 20.03.2019 (Hakemsizdir)

* Sakarya Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Araştırma Görevlisi. E-Posta: isirakaya@sakarya.edu.tr

ORCID: 0000-0002-7546-5094

¹ SEGAL, Jeffrey A. / SPAETH, Harold J., **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**, Cambridge University Press, 2005. ISBN: 0-521-78971-0

açısıyla, dava örnekleri üzerinden ele alırken aynı zamanda etkili ve etkisiz yanlarını ortaya koymuşlardır.

Kitabın giriş kısmı olan “Introduction: Supreme Court Policy Making” başlığı altında Mahkeme hakkındaki genel işleyiş, atamalar, mahkemenin politika yapım süreci anlatarak söz konusu süreç ve süreçteki sıkıntıları değerlendirmişlerdir. Mahkemenin politika yapımına ek olarak, Mahkeme politikaları ile ülkenin politika yapım süreçlerinin ilişkisi inceleyerek Mahkemenin ülke politikalarındaki konumuna bakarak da üyelerin politik karar verdiği ve politik kararların yasa yapımını etkilediğini de örnekler üzerinden ortaya koymuşlardır.

İkinci ve üçüncü bölümde kitabın teorik arka planını oluşturan Karar Verme Modelleri açıklanmıştır. “Models of Decision Making: The Legal Model” başlığını taşıyan ikinci bölümde ilk olarak ‘model’ kavramı üzerinde durmuşlardır. Onlara göre, fen bilimlerinde ya da doğada bir formül açıklama yapmaya yeterliyken, gerçek dünya daha anlaşılabilir yapıdadır. İnsan davranışının karmaşıklığı, bir kararın neden ve sonuçlarının çabuk unutulması ve tek bir örnek olayın genellemeye yetmemesi sebebiyle örnek olay incelemesinin yerine modelleme tercih edilerek davranışın en geniş şekilde anlaşılması sağlanabilir. Gerçeği açıklamayı kolaylaştıran modelleme, çeşitli faktörleri ele alarak genelleme yapmaya çalışmaktadır. Modelin yaptığı açıklama sonucun karmaşıklığı arttıkça yetersiz kalabilir ancak değişkenleri ele alarak en iyi açıklamayı yine modellemeler yapacaktır.²

Model kavramını açıklayan yazarlar devam eden başlıklarda ilk karar verme modeli olan Yasal Modeli tanımlamışlardır. Kısaca, yargıçların karar verirken sadece anayasa, yasalar ve içtihatlarla dayandığı görüşünü savunan Yasal Modelin savunucularını ve bu konudaki önemli literatürü de bu başlık altında özetlemişlerdir. Yasal model literatürüne eleştirel bir gözle yaklaşan Segal ve Spaeth, yargıçların sadece yasal düzenleme ve içtihatlarla bakarak karar vermelerinin mümkün olmadığını, hukuk boşluğu olan durumlarda kendi yorum ve tecrübelerini kullanarak sonuca gittiklerini ve farkında olsunlar ya da olmasınlar bireysel tercihler yaptıklarını, bu nedenle de yasal

² SEGAL / SPEATH, 2005, s. 45-47.

modeli tercih etmediklerini somut örnekler üzerinden ayrıntılı olarak ortaya koymuşlardır.

Üçüncü bölümde ise “Models of Decision Making: The Attitudinal model and Rational Choice Models” başlığı altında, yargısal karar vermenin diğer iki modeli olan Tutumsal Model ve Rasyonel Tercih Modelleri tanımlamışlardır. Bunlardan Tutumsal Model, yargıçların kişisel tutumlarına dayanarak karar verdiğini, Rasyonel Tercih Modeli ise, yargıçların kişisel tutumları yanında durum ve sonuçlardan elde edilecek fayda ve çıkarlara da dikkat ederek karar verdiklerini savunmaktadır. Tanımlamalar yapılırken ikinci bölümde Yasal Modele getirilen eleştirilerin diğer iki modelde neden gündeme gelmediği de dava örnekleri üzerinden ortaya koymuşlardır.

Kitabın dördüncü bölümü “A Political History of The Supreme Court”, başlığı altında ilk bölümde özetlenen Mahkeme hakkındaki genel bilgileri tarihsel boyutuyla daha geniş bir şekilde ele almaktadır. Bu bölümde Yüksek Mahkemenin siyasi tarihi, kuruluştan 2000 yılına kadar geçirdiği aşamalarla, siyasi olarak değişen yapısı ve duruşu anlatmaktadır. Süreç incelenirken, Mahkemenin 1936-2000 yılları arasında verdiği kararlardan faydalanarak kuvvetlerin dağılımı, konusunda konumu tespit edilmiştir.

“Staffing The Court” adlı beşinci bölümde yazarlar, dördüncü bölümde ele alınan genel yapı daraltılarak, mahkeme personelinin daha ayrıntılı incelemişlerdir. Üyelerin adaylık süreci ve adaylığı etkileyen faktörler, üyelerin atanması, görev süresi, atanma kriterleri, atayan başkanlar gibi süreçleri açıklarken, üyelerle ilgili sayısal verileri (üye sayısı, üye seçiminde kullanılan oylar, vb.) ortaya koymuşlardır. Adayların belirlenmesi sürecini etkileyen faktörler olarak; partililik ve ideoloji, siyasal çevre, deneyimler, bölge, din-ırk-cinsiyet, arkadaşlık ve patronaj, son olarak da başkanın açıkladığı tercihleri değerlendirmişlerdir. Adayların seçiminde Senatonun tutumunu analiz etmek için ise daha önce seçilemeyen adaylardan bazılarını incelemişlerdir.

Altıncı bölümde “Getting into Court” başlığı altında yargıçların atanmasından sonraki süreci incelerken, hangi davaya kimin bakacağı, kararların nasıl verildiği ve kararlarda hangi faktörlerin etkili olduğunu, dava örnekleri ve sayısal verilerden faydalanarak açıklamışlardır. Mahkemede, ilk incelemeden geçen başvurular sonrasında davayı görüşmeye gerek olup olmadığına bakılarak karar aşamasına geçirilmektedir. Bu

bölümde, karar verme süreci adım adım ayrıntılı şekilde anlatmışlardır. Süreci daha anlaşılır kılmak için başvuru sayıları, reddedilen davaların sayıları ve yargıçların son aşamadaki karar analizlerinden faydalanmışlardır.

Yedinci ve sekizinci bölümlerde, “Decisions on the Merit: Legal Model” ve “Decisions on the Merit: The Attitudinal model and Rational Choice Models” başlıkları altında, ikinci ve üçüncü bölümde teorik olarak ele alınan modellerin; davalar, dava sonuçları ve davada görev alan yargıçlarla ilgili kişisel veriler (yaş, cinsiyet, etnik köken vs.) kullanılarak karşılaştırılmıştır. Bu sayede daha derinlemesine ele alınan karar verme modelleri, literatür eleştirisinin bir adım ötesinde tartışılmıştır. Yedinci bölümde, Yasal Modelin esas aldığı anayasa, yasalar ve içtihat kararlarının etkisi, örnek alınan davalardaki yargıçların kararlarında nasıl ve ne kadar yönlendirici olduğu incelenmiştir. Yaptıkları analizler sonunda ise Segal ve Spaeth, yargıçların sadece yukarıda bahsedilen yasal dayanakları kullanarak karar verdiklerini gösteren bir kanıt olmadığını tespit etmişlerdir. Sekizinci bölümde ise yaptıkları tespiti, yargıçların ‘kişisel’ kararlar verdiğini gösteren kanıtlarla desteklemişlerdir. 1962-1998 arası 217 kararın analizinin yapıldığı bölümde kararların sonuçları liberal- muhafazakar, bireyi koruyan-şirketi koruyan, gibi kategorilere ayırarak yüzde dağılımları hesaplamış ve çıkan sonuçlarla yargıçların tutumları belirlemeye çalışmışlardır. Nihai sonuç olarak ise Mahkemenin karar vermesini belli bir formülle şekillendirmeye çalışmışlardır.³

Dokuzuncu bölüm “Opinion Assignment and Opinion Coalitions” başlığı altında, yedinci ve sekizinci bölümde bireyler üzerinden incelenen karar vermenin, diğer yüzü olan bir komite ya da komisyon halinde karar verme süreci ele alınmıştır. Bir grup olarak karar veren yargıçların birbirine olan etkisi kararların gerekçeleri ve karşı oyların gerekçeleri incelenerek analiz edilmiştir. Analizlerle bir davaya karşı yargıçların nasıl bir tutum sergileyecekleri ve hangi ihtimaller dahilinde bir karar alacaklarının öngörülür olup olamayacağı şekillendirilmiştir.

Onuncu bölümde, “The Supreme Court and Constitutional Democracy” adı altında, Anayasanın koruyucusu olarak konumlandırılan Yüksek Mahkemenin birinci ve dördüncü bölümde genel olarak ortaya konulan politik tarafı ve ülke yönetimine etkisi

³ Formül ayrıntıları için bkz. (SEGAL / SPEATH, 2005, s. 335, 342)

yeniden ele alınmıştır. Bu bölüme kadar incelenen literatür ve dava örnekleri de katılarak federal sistem, kuvvetler ayrılığı, yönetim ve mahkeme ilişkisi açısından nasıl bir öneme sahip olduğu gösterilmiştir.

Sonuç kısmı olan onbirinci bölümde ise, kitabın genel bir değerlendirilmesi yapılmış ve aktivist kararlar verebilen Mahkemenin zaman zaman yasamaya zaman zaman da yürütmeye karşı sergilediği duruş özetlenmiştir. Kitabın ana fikri olan yargıçların farkında olsalar da olmasalar da karar verirken kişisel tercihler yaptığı ve bu tercihlerinin de arkasında tutumları ya da çıkarlarının olduğu bir kez daha vurgulanmıştır. Son olarak ise yargıçlarla ilgili, liberal bir yargıç bir karara ‘evet’ diyecekken muhafazakar üyelerin de evet dediğini gördüğünde kararı nasıl etkilenir oyu ‘hayır’a çevrilir mi, kararda orta noktada duran ve oyunun sonucu belirleyeceğini bilen yargıç pazarlık hakkını kullanır mı ve bu pazarlık kararı nasıl etkiler gibi somut sorularla incelenmesi gereken çok fazla değişken olduğunu ve modellerin farklı şekillerde de sorgulanabileceğini belirterek bundan sonraki çalışmaların da önünü açmaktadır.

Yukarıda özetlenen eser, Segal ve Speath’ın 1993 yılında basılan ‘The Supreme Court and Attitudinal Model’ kitabının gözden geçirilerek düzeltme ve eklemeler yapılarak yeniden basılmış halidir. Kitabın son halinin önsözünde de yaptıkları değişimi ve nedenlerini açık bir şekilde ortaya koymuşlardır. Bu kitapta farklı olan ilk nokta Mahkemede Tutumsal Modelin yanında Rasyonel Tercih Modelinin desteğinin artması ve bu modelin önemini vurgulayan literatürün gelişmesi⁴ olarak karşımıza çıkmaktadır. Farklı olan diğer nokta ise, yasal model verilerinin test edebilirliğinin artması ve ilk kitaptaki verilere gelen eleştiriler dolayısıyla daha fazla veriye yer verilmiş olmasıdır. Bu iki önemli değişim nedeniyle de ikinci kitaba ‘Revisited’ kelimesini de eklemişlerdir.

Segal ve Spaeth’in eseri karar verme modellerini ayrıntılı şekilde açıklayan önemli bir kitap olmasının yanında yaptığı nitel analizlerle de literatüre hem teorik hem de metodolojik açıdan katkı sağlamıştır. Ayrıca, Yüksek Mahkemenin örgütsel yapısı,

⁴ Söz konusu literatür için bkz. EPSTEIN, Lee / KNIGHT Jack, **The Choices Justices Make**, Sage,1997.

üyeler hakkındaki veriler ve analizleri ile bir kılavuz kitap özelliği de taşımaktadır. ABD’de ve Avrupa’da özellikle yargısal karar verme alanında başucu kitabı niteliği taşıyan ve 3000’den fazla atıf alan eserin, Türkiye’de aldığı atıf sayısı 10’a bile ulaşmamaktadır. Bunun en önemli nedenin ise Türkiye’de yargısal karar verme ve karar verme modelleri hakkında literatürde boşluk olması gösterilebilir. Bu alandaki boşluğun görülmesi ve yeni çalışmaların başlaması nedeniyle Segal ve Spaeth’in kitabı 2005 basımı olmasına rağmen güncelliğini koruyan ve bundan sonra da daha fazla okunacağı düşünülen bir eser olarak karşımıza çıkmaktadır.