

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 24

Sayı: 1

2022



ISSN 1303-6963

İZMİR - 2022



# DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume : 24

Sayı/Number: 1

Yıl / Year : 2022



ISSN : 1303 - 6963

İzmir - 2022

## DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

### HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 24 Sayı: 1 Yıl: 2022

**Yayın No:** 09.1300.0000.000/BY.022.082.1118

**ISSN:** 1303-6963

**Derginin Sahibi :** Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanı)

**Sorumlu Müdür :** Doç. Dr. Lale Burcu ÖNÜT (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

**Yönetim Yeri :** T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi - Hukuk Fakültesi - Buca 35390 İZMİR

**Yayının Türü :** Ulusal Süreli - 6 ayda bir yayınlanır.  
DEÜHFD (ISSN 1303-6963) yılda iki sayı (Mayıs-Kasım) olarak yayımlanan ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) ulusal hukuk veri tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

**Editör :** Doç. Dr. Lale Burcu ÖNÜT (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

#### **Editör Yardımcıları :**

Doç. Dr. Uğur TÖTÜNCÜBAŞI (DEÜ, Hukuk Fakültesi) Dr. Öğr. Üyesi Engin TOPUZKANAMIŞ (DEÜ, Hukuk Fakültesi)  
Arş. Gör. Dr. Burcu DEMİRBAŞ AKSÜT (DEÜ, Hukuk Fakültesi) Arş. Gör. İlker TEPE (DEÜ, Hukuk Fakültesi)  
Arş. Gör. Banu ATLI (DEÜ, Hukuk Fakültesi) Arş. Gör. Arda Doruk KÖSE (DEÜ, Hukuk Fakültesi)  
Öğr. Görevlisi Serab ŞEN (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

#### **Yayın Kurulu :**

Prof. Dr. Fevzi DEMİR (Yaşar Üniversitesi) Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi)  
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi) Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi)  
Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (Dokuz Eylül Üniversitesi) Prof. Dr. Serkan ÇINARLI (İzmir Bakırçay Üniversitesi)  
Prof. Dr. Mine AKKAN (Dokuz Eylül Üniversitesi) Doç. Dr. Özge KARAEĞE (İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi)  
Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi) Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

#### **Danışmanlar Kurulu :**

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Aydın Üniversitesi) Prof. Dr. Erdal ONAR (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi)  
Prof. Dr. Melda SUR (İzmir Ekonomi Üniversitesi) Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)  
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi) Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi)

**Yazışma Adresi :** Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Tınaztepe Yerleşkesi 35390 Buca İZMİR  
Tel: 0 (232) 420 18 24 - 25 Fax: 0 (232) 301 60 09  
dergi.hukuk@deu.edu.tr - <https://hukuk.deu.edu.tr>

**Tasarım ve Mizanpaj :** Öğr. Görevlisi Serab ŞEN

Dergide yayınlanan makalelerin bilim, içerik ve dil bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.

Dergide yayınlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

**Basım Yeri :** Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

**Basım Tarihi :** 26.05.2022

**Basım Adedi :** 50

**Basım Yeri Adresi :** Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası  
DEÜ Tınaztepe Kampüsü 35390 Buca - İzmir  
Tel : 0(232) 301 93 00 - Fax : 0(232) 301 93 13

© Tüm Hakları Saklıdır.

**Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin  
evrensel düzeyde kabul edilmiş;**

### **Öz Değerleri**

- ▶ **Akıl ve bilim**
- ▶ **Dürüstlük, adalet ve etik**
- ▶ **Sevgi ve hoşgörü**
- ▶ **Hukukun üstünlüğü ve egemenliği**
- ▶ **Demokrasi kültürü**
- ▶ **İnsan haklarına saygı**

### **Temel Amacı**

**Akıl ve bilimin önderliğinde,  
çağdaş ve mutlu bir toplum için  
hukuku öğretmek ve geliştirmek**



## Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

### Yayın İlkeleri

1. Dergimiz, ULAKBİM tarafından taranan “*Hakemli Dergi*” statüsünde olup yılda iki sayı (Mayıs, Kasım) olarak yayımlanır. Dergimiz ayrıca DergiPark, HeinOnline ve Asos Index veri tabanlarında taranmaktadır.
2. Hakem incelemesine tâbi tutulacak makaleler ([dergi.hukuk@deu.edu.tr](mailto:dergi.hukuk@deu.edu.tr)) gönderilmelidir.
3. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde **yayımlanmamış** ya da yayımlanmak üzere **gönderilmemiş** olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
4. Yazarlar, **unvanlarını**, <https://orcid.org/signin> adresinden alınmış **ORCID numarasını** (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası), görev yaptıkları **kurumları**, haberleşme adresleri ile **telefon** numaralarını ve **e-mail** adreslerini bildirmelidir.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek olan **bütün çalışmaların (çeviri hariç) ekinde intihal programı çıktısının da gönderilmesi** gerekir. Kabul edilebilir benzerlik oranı, dipnotlar, alıntılar ve kaynakça hariç olmak üzere en fazla %15'tir. Bunun üzerindeki benzerlik halinde takdir editörler kurulundadır.

Ayrıca makalelerde, ilk dipnota şu cümlenin eklenmesi gerekmektedir.  
“*Yazar, eserinin Dergimize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*”
6. **ULAKBİM/HeinOnline**'ın kriterleri doğrultusunda dergimizde bilimsel yazılar türlerine göre araştırma makalesi, çeviri, karar incelemesi ve diğer çalışmalar (derleme vs) şeklinde sınıflandırılmaktadır. **Yazar, çalışmanın niteliğine dair kanaatini (araştırma makalesi, karar incelemesi, çeviri ve diğer çalışmalar (derleme vs.)) çalışma başlığının altında belirtmelidir.** Gelen yazıların niteliğinin ne olduğu hakemler tarafından değerlendirilir. Hakemlerin yazının türü konusunda görüş farklılığına düşmesi halinde editörler kurulunun kararı esas alınır.
7. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının da gönderilmesi şarttır. Ayrıca çevirilerde, çeviri yapan yazarın, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na uygun olarak yazılı izin almış olması ve bunun çeviri başlığına eklenecek bir dipnotta belirtilmesi gerekir.
8. Dergimizin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.

9. Dergiye gönderilen yazılarda **hem İngilizce hem de Türkçe** olmak üzere yazı **başlığı (title)**, **en az 100 en fazla 200 kelimedenden oluşan öz (abstract)** ve **5 adet anahtar kelime (keywords)** belirtilmiş olmalıdır. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise, makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe öz eklenmelidir.
10. Gönderilecek yazıların **Times New Roman** karakterinde, ana metnin **1,5 satır aralığında** ve **12 punto**, dipnotların **10 punto** (tek satır aralığında) olarak hazırlanması, kenar ve alt-üst boşluklarının 2,5 cm olması ve (kaynaklar dâhil) **50 sayfayı (çeviriler için en fazla 30 sayfa)** geçmemesi gerekmektedir.
11. Metin içerisinde başlıklar aşağıdaki şekilde numaralandırılmalı ve gösterilmelidir:
- I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF**
- A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**
- 1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**
- a. Kalın ve sadece ilk harf büyük**
- aa. Kalın ve sadece ilk harf büyük**
- aaa. Kalın ve sadece ilk harf büyük**
12. Atıflar, sayfa altında dipnot şeklinde gösterilir. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.
13. Dipnot ve Kaynakçada yer alan eserlerin aşağıdaki şekilde gösterilmesi zorunludur:
- Kitaplar:** Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Eserin Adı, Bası Sayısı, Yayınevi, Eserin Basıldığı Yer ve Yılı, Sayfa Numarası
- Edis**, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1993.
- ❖ Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda, eserin başlığı kısaltma şeklinde dipnotlarda ve kaynakçada belirtilmelidir.
- Edis**, Seyfullah: Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, (Hata).
- ❖ Birden fazla yazarlı eserlere yapılan atıflarda tüm yazarların **Soyadı**, Adı/**Soyadı**, Adı şeklinde atıf yapılmalı, “vd., ve diğerleri” şeklinde kısaltma yapılmamalıdır.
- Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, 17. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2017, s. 192.

- ❖ Sonraki dipnotlarda yazarın **Soyadı**, s. (sayfa numarası) şeklinde atıf yapılmalıdır.  
**Ayiter**, s. 79; **Edis**, s. 107.
  - ❖ Çeviri kitaplara atıfta bulunulması halinde çeviren çev. şeklinde kısaltılmaktadır.  
**von Tuhr**, Andreas (çev. Cevat Edege); Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Ankara 1983, s. 998.
  - ❖ **Makaleler:** Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Makalenin Adı (tırnak içinde), Derginin Adı, Cilt, Sayı, Yıl, Sayfa Numarası (Kaynakçada makalenin yer aldığı sayfa aralığı belirtilmelidir)  
**Öztürk**, Bahri: “CMUK Reformu ve Delil Yasakları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2, 1994, s. 39-49.
  - ❖ **Kararlar:** Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Karar Tarihi, Esas numarası/ Karar numarası (Kararın Yayın Yeri ve Erişim Tarihi)  
Yarg. 5. HD., T. 6.10.2011E. 2011/7613, K. 2011/15694, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 1.1.2021)
  - ❖ Elektronik kaynaklarda erişim adresinin ve tarihinin de belirtilmesi gerekir.
14. Yazıların ilk değerlendirmesi Editör Kurulunca yapılacak olup, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, yayın/etik ilkelerine açık aykırılık, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, derginin yayın kalitesi ve standardının altında bulunması ve hakemlerin önerdiği düzeltmelerin 20 gün içinde yapılmaması, yazının Editör Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir.
  15. Yapılacak ilk değerlendirmede, hakeme gönderilmesine karar verilen yazılar (**ULAKBİM**) kriterlerine göre ismi saklı tutulan iki hakeme gönderilecek, hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilecektir.
  16. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılacaktır. Hakem raporlarının olumsuz olması durumunda yazı yayımlanmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde ve en geç 20 gün içinde değişiklikler yapılacaktır. Belirtilen sürede düzeltmelerin yapılmaması halinde, editör kurulu yazının geri çevrilmesi konusunda takdir hakkını saklı tutar.  
Yayın Kurulu, hakem incelemesinden geçmiş olmasına rağmen, eserin yayımlanmasına engel oluşturan bir durumun tespit edilmesi halinde, gerekçesi yazara bildirilmek şartıyla eserin yayımlanmaması konusundaki takdir hakkını saklı tutar.



## VIII

17. Dergiye gönderilen yazıların geri çekilmesi, hakem süreci tamamlanana kadar mümkündür.
18. Hakemlerin incelemesinden geçen ve yayımlanmasına ve/ya da düzeltilerek yayımlanmasına karar verilen yazıların son şeklinin Microsoft Word yazılımı formatında (\*.doc, \*.docx) kaydedilerek dosyanın e-posta yoluyla ***dergi.hukuk@deu.edu.tr*** adresine gönderilmesi gerekir.
19. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın yazılı veya elektronik ortamda gönderdiği biçimiyle “**basıma**” verdiği kabul edilir.
20. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayın haklarına sahiptir. Yazarlar telif haklarını Fakülteye devretmiş sayılırlar.
21. Değerlendirme süreci tamamlanarak, yayıma kabul edilen makalelerin yazarlarından Telif Hakkı Devir Formu talep edilecektir.

**DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ****Hukuk Fakültesi Dergisi****Cilt: 24 Sayı: 1 Yıl: 2022****İÇİNDEKİLER****ARAŞTIRMA MAKALELERİ****Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ**

Bir Uluslararası Hukuk Müessesesi Olarak Uluslararası Örgütler  
Arasında Ardılık .....1-37

**Doç. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK**

Türk Borçlar Kanunu M. 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine  
İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi.....39-77

**Doç. Dr. Ali Gümrah TOKER**

Forum Non Conveniens Doktrininin Türk Hukukunda Lahey  
Çocuk Koruma Sözleşmesi Kapsamında Uygulanması.....79-122

**Dr. Öğr. Üyesi Lâle AYHAN İZMİRLİ****Öğr. Gör. Dr. Mustafa Kağan İZMİRLİ**

Work of Foreigners Under Temporary Protection in Turkey and  
Main Problems Regarding the Work of Syrians Under Temporary  
Protection.....123-165

**Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA**

Karşılaştırmalı Başkanlık Sistemlerinde Kararname Yetkisi  
Üzerine Bir Analiz.....167-191

**Dr. Öğr. Üyesi Ferhat KAYIŞ**

TBK 548'e Göre Ticari Temsilcinin Temsil Yetkisinin Kapsamı  
Açısından İki Önemli Kavram: Üçüncü Kişinin İyiniyeti ve  
İşletme Amacı.....193-239

X

**Dr. Öğr. Üyesi Gözde KAZAKER BOZKURT**

Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi - Kavram, Nedenleri,  
Görünüm Şekilleri (Alman Ceza Hukuku İle Karşılaştırmalı  
Bir İnceleme) .....241-288

**Dr. Öğr. Üyesi Numan TEKELİOĞLU**

Dijital Ürünlerle İlişkin Sözleşmeler Hakkında Alman Medeni  
Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemeler .....289-316

**Dr. Öğr. Üyesi İsmail YÜKSEL**

Bir Zayıf Yargısal Denetim Yöntemi Örneği Olarak Kanada  
Haklar ve Özgürlükler Beyannamesi'nin 33. Maddesi'nin  
(Askıya Alma Hükümü) Değerlendirilmesi.....317-345

**Arş. Gör. Dr. Ezgi AVCIOĞLU AKSOY**

Avrupa Birliği Hukukunda Devlet Yardımlarının Denetim Usulü.....347-385

**Arş. Gör. Ahsen AKDEMİR**

Kadınlara Yönelik Siber Ortamda Gerçekleştirilen Şiddet  
Fiilleri ve Faillerinin Tipolojisine Yönelik Fenomenolojik  
Bir Çalışma .....387-422

**Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK**

1858 Tarihli Ceza Kanunnamesi İle 1926 Tarihli Türk Ceza  
Kanunu'nun Foucaultçu Perspektiften Karşılaştırılması .....423-457

**Arş. Gör. Hazan Dicle ÖZER**

MOBESE İzleme ve Kayıtları: Gözetim Toplumu Bağlamında  
Bir Değerlendirme .....459-500

**Arş. Gör. Seda Yağmur SÜMER**

İzinsiz Kazı ve Sondaj Yapma Suçu (KTVKK m.74/1) .....501-557

**ÇEVİRİ**

**Oliver Wendell Holmes Jr. / Berk ÖZÇELİK (Çev.)**

Hukukun İstikameti.....559-579

**DOKUZ EYLUL UNIVERSITY****Faculty of Law Review****Volume: 24 Number: 1 Year: 2022****CONTENTS****RESEARCH ARTICLES****Assoc. Prof. Dr. ÇAMYAMAÇ**

Succession between International Organisations as An International  
Law Institution.....1-37

**Assoc. Prof. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK**

Evaluation of the Basic Principles Regarding the Determination  
of the Rental Price Due to the Turkish Code of Obligations  
Art. 344.....39-77

**Assoc. Prof. Dr. Ali Gümrah TOKER**

Implementation of the Doctrine of Forum Non Conveniens in  
Turkish Law Under the Hague Child Protection Convention.....79-122

**Assist. Prof. Dr. Lâle AYHAN İZMİRLİ****Lec. Dr. Mustafa Kağan İZMİRLİ**

Work of Foreigners Under Temporary Protection in Turkey and  
Main Problems Regarding the Work of Syrians Under Temporary  
Protection.....123-165

**Assist. Prof. Dr. Semih Batur KAYA**

An Analysis on Decree Authority in Comparative Presidential  
Systems .....167-191

**Assist. Prof. Dr. Ferhat KAYIŞ**

According to TCO 548 Two Important Concepts for the  
Scope of the Commercial Representative's Power of Attorney:  
Good Faith of Third Party and Management Goal .....193-239

**Assist. Prof. Dr. KAZAKER BOZKURT**

Predating Criminal Responsibility - Concept, Causes, Forms of Appearance (A Comparative Review with German Criminal Law)....241-288

**Assist. Prof. Dr. Numan TEKELİOĞLU**

New Regulations in German Civil Code on Contracts for Digital Products .....289-316

**Assist. Prof. Dr. İsmail YÜKSEL**

Review of Section 33 of Canadian Charter of Rights and Freedoms (Override Clause) As An Example of Weak-Form Judicial Review.....317-345

**Research Assist. Dr. Ezgi AVCIOĞLU AKSOY**

State Aid Control Procedure in European Union Law.....347-385

**Research Assist. Ahsen AKDEMİR**

A Phenomenological Study on the Typology of Violence Actions Performed Against Women in Cyber Environment and Their Perpetrators .....387-422

**Research Assist. Aydın Furkan KAYNAK**

A Comparison of the Penal Code of 1858 and the Turkish Penal Code of 1926 from Foucault's Perspective.....423-457

**Research Assist. Hazan Dicle ÖZER**

MOBESE Monitoring and Recordings: An Assessment in the Context of the Surveillance Society.....459-500

**Research Assist. Seda Yağmur SÜMER**

The Crime of Unauthorized Excavation and Drilling (Art. 74/1 of LPCNP).....501-557

**TRANSLATION**

**Oliver Wendell Holmes Jr. / Berk ÖZÇELİK (Çev.)**

The Path of Law.....559-579

## BİR ULUSLARARASI HUKUK MÜESSESESİ OLARAK ULUSLARARASI ÖRGÜTLER ARASINDA ARDILLIK

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1089378>

**Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ\***

### Öz

*Uluslararası örgütler hukukunun en önemli merak uyandıran alanlarından biri devletler arasındaki ardıllık olmaktadır. Devletlerle mukayese edilirken her ne kadar hukuk kişiliklerinin tanınması yeni bir fenomen olsa da uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk düzleminde sınırlı faaliyet ve hizmet görmeleri söz konusudur. Bunu yaparken de, uluslararası hukuku kullanmakta ve bu alışverişin bir sonucu olarak aralarında devletlerin ardıllığı kuralları da dâhil olmak üzere uluslararası hukuk kurallarının ihtiyaç ve yeteneklerine hizmet edecek şekilde uyarlanmaları gerekmektedir. Çok karmaşık yapısı sebebiyle devlet ardıllığı uluslararası hukukun en belirsiz alanı olarak mütalâa edilmektedir. Böylelikle, bu kadar karmaşık bir alanı özünde çok geniş bir çalışmayı zarurî kılan bir başka alana taşımamanın çok zor bir iş olduğu farz edilebilecektir. Ancak, bu kısa makalede bu denli geniş bir çalışma söz konusu edilmeyecektir. Bu bağlamda, bu kısa çalışmada bizim amacımız sadece uluslararası örgütler arasında ardıllığın var olduğunun ve uluslararası örgütler hukukunun bir konusu olarak tanınması için kısaca içeriğinin ve hukukî statüsünün ortaya konulmasından ibarettir.*

### Anahtar Kelimeler

*Devletlerin Ardıllığı, Hükümetler Arası Örgütler, Uluslararası Örgütler Arasında Ardıllık, Birleşmiş Milletler, Uluslararası Örgütlerin Dağılması*

---

\* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İzmir (anil.camyamac@bakircay.edu.tr) ORCID: 0000-0002-8476-9110 (Geliş Tarihi: 03.01.2022-Kabul Tarihi: 01.02.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

## SUCCESSION BETWEEN INTERNATIONAL ORGANISATIONS AS AN INTERNATIONAL LAW INSTITUTION

*(Research Article)*

### **Abstract**

*One of the most curious subjects in law of international organisations would be the succession between international organisations. Comparing with States recognition of international organisations as subjects of international law is fairly a new phenomenon; hence international organisations have their own limited ways to act and to serve in international legal plane. In doing so, they would use international law, and by virtue of this transaction international law rules should be adopted to serve their needs and abilities, including the rules relating to State succession. Thanks to its highly complex nature, State succession is the most unpredictable field under international law. Thus, it should be assumed that it is fairly a rough job to adopt the rules of such a complex field into another dimension, which essentially requires an extensive study. But, the main idea in this short essay does not include this kind of extensive study. Hence, in this short essay our only aim is to demonstrate the presence of succession between international organisations, and its brief context and legal status to be recognised as a subject under the law of international organisations.*

### **Keywords**

*State Succession, Intergovernmental Organisations, Succession between International Organisations, United Nations, Dissolution of International Organisations*

## GİRİŞ

Uluslararası hukuk, tıpkı diğer hukuk dallarında olduğu gibi ve kaçınılmaz olarak, dinamik bir yapıya sahiptir. Bu çerçevede, uluslararası hukuk, doğal olarak, kendi içinde yenilenmekte ve değişim geçirmektedir. Bilhassa küreselleşmenin de bir sonucu olarak birçok farklı dala ilişki kurulmuş ve uluslararası hukuk genel çatısı altında, ancak multidisipliner niteliklere sahip yeni alanlar ortaya çıkmıştır<sup>1</sup>. Lâkin uluslararası hukuktaki gelişme bununla da sınırlı değildir. Uluslararası hukukun eski sayılabilecek birçok kavramının, müessesesinin kendi içinde yenilediği ve gelişen birçok farklı duruma adapte edildiği de takip edilmektedir. Ardıllık bu alanlardan biri olarak mütalâa edilebilir.

Devletin uzun süre uluslararası hukukun yegâne süjesi olma durumunun<sup>2</sup>, uluslararası örgütlerin<sup>3</sup> de uluslararası hukuk kişiliklerinin tanınmasıyla birlikte sonlandığı bir düzlemde<sup>4</sup>, devletler için öngörülen birçok uluslararası hukuk müessesesinin, bu yeni hukuk süjesi için de adapte edilerek kullanılması bir arzudan öte, bir ihtiyaç ve zaruret olarak karşımıza çıkmaktadır. Devletlerin ardıllığı da, bu çerçevede, temel olarak, devletler için öngörülmüş bir uluslararası hukuk müessesesidir. Bugüne kadar devletler için işletilen bu müessesesinin, günümüzde uluslararası hukuk kişilikleri kabul

<sup>1</sup> “Uluslararası ekonomi hukuku”, “uluslararası spor hukuku”, “uluslararası sağlık hukuku”, “uluslararası idare hukuku” gibi alanların, bu çerçevede, hızlı bir devinimle geliştiği gözlenmektedir.

<sup>2</sup> Uluslararası doktrinin 20’nci yüzyılın ilk çeyreğinde dahi sadece devletleri uluslararası hukukun aslı ve tek süjesi olarak nitelendirdiği gözlenmektedir. Bkz. **Oppenheim**, Lassa: *International Law: A Treatise*, vol I (Peace), 2nd Edition, London, 1912, s. 19.

<sup>3</sup> Uluslararası örgüt bu çalışmada “hükümetler arası uluslararası örgütler” anlamında kullanılacaktır. Gerek duyulduğunda hükümetler dışı örgütler açık ifadeyle yerini bulacaktır. Uluslararası örgütlere dair bkz. *infra* dipnot: 6.

<sup>4</sup> Bu konuda Uluslararası Adalet Divanınının 1948 tarihli *Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazminine Dair Danışma Görüşü*’nde “*Divanın görüşüne göre, Örgütün, oldukça geniş ölçüde uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmakla ve uluslararası düzlemde işlemde bulunma kapasitesiyle açıklanabilecek işlevleri ve hakları kullanarak yararlanabilmesi amaçlanmış ve gerçekte de (Örgüt bunları) kullanıp yararlanmaktadır*” şeklinde yapmış olduğu tespit bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Bkz. “Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Cismanî Zararların Tazmini Danışma Görüşü”, *Advisory Opinion of 11 April 1949*, s. 179 via [www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf](http://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf) (son ziyaret tarihi: 25/11/18). Uluslararası örgütlerin uluslararası kişiliği olmadığı ve uluslararası hukuk kişisi sayılmadıklarına dair ender karşı görüşlerden biri için meselâ bkz. **Reuterswärd**, Reinhold: “The Legal Nature of International Organizations”, *Nordisk Tidsskrift International Ret*, vol. 49, 1989, s. 14-27.



edilen uluslararası örgütler için de geçerli olacağı ve düzenlemelerin bu yönlü de geliştirilmesi gerektiği bir gerçektir. Nitekim uluslararası hukuk yazınında konunun fazlaca olmasa da yabancı doktrin tarafından değerlendirildiği takip edilebilmektedir<sup>5</sup>. Oysa Türk hukuk doktrininde, en azından bizim rastladığımız, bu yönlü genel bir çalışma yoktur. Bu minvalde, bu kısa makaleyle, konunun Türk hukukunda ve hukuk insanlarına tanıtılması amaçlanmaktadır. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus, uluslararası örgütler hukuku gibi çok derin bir alanın parçasını teşkil eden bu özellikli konunun, bu kısa makalede her yönüyle ele alınamayacağına kabul edilmesi olmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, bu makaleyle amaçlanan, uluslararası örgütler arasında ardılık konusunun en genel hatlarıyla Türk okuyucusuna ve hukuk dünyasına tanıtılması ve bununla yetinilmesidir.

## I. ULUSLARARASI HUKUKTA ARDILIK MÜESSESESİNE KISA BİR BAKIŞ

Uluslararası örgütler<sup>6</sup> bağlamında ardılık konusuna dair açıklamalara girişilmeden evvel devletlerin ardılığı müessesesinin kısaca değerlendirme altına alınması faydalı olacaktır<sup>7</sup>. Bu minvalde, *Grotius* Roma hukukundan,

<sup>5</sup> Yabancı literatürde *Fitzmaurice* (1952); *Kiss* (1961), *Hahn* (1962, 1963/4, 1983), *Chiu* (1965), *O'Connell* (1967, 1970), *Mochi-Onory* (1967, 1968), *Verzijl* (1974), *Schermers* (1975, 1997), *Bettati* (1988), *Myers* (1993), *TorreCuadrada García-Lozano* (2005), *Schmalenbach* (2010), *Wessel* (2011) *Ingravallo* (2015) gibi yazarların doğrudan uluslararası örgütler arasındaki ardılığa dair eserlerinin bulunduğu takip edilmektedir. Bunun haricinde, genel “uluslararası örgütler” kitaplarında da (*Amerasinghe, Klabbers, Sand & Klein, Schermers & Blokker*) konuya dair spesifik bölümlerin veya açıklamaların yer aldığı fark edilmektedir. Bkz. “Bibliyografya”.

<sup>6</sup> Uluslararası örgütler, doktrinde genelde unsurlara dayalı olarak tanımlanmaktadır. Bu çerçevede, yazarlar üç temel unsurdan bahsetmektedir. *Klabbers* “devletler arasında yaratılmış olmak”, “bir anlaşma temelinde olmak” ve “ayrı bir iradeye sahip organının bulunması” şeklinde bu üç unsuru sıralarken, benzer şekilde *Schermers* ve *Blokker* ise bu unsurları “uluslararası anlaşma”, “kendine ait iradesi olan en az bir organ” ve “uluslararası hukuk çerçevesinde oluşturulmuş olmak” şeklinde ifade etmiştir. Sırasıyla bkz. **Klabbers**, Jan: *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, 2002, s. 7-13; **Schermers**, Henry G. & **Blokker**, Niels M.: *International Institutional Law: Unity within Diversity*, 6th Revised Edition, Leiden, 2018, s. 40-51. Bununla beraber, *Virally* ise “... bir örgüt, üyeleri arasında anlaşmayla kurulmuş, sürekli bir sistem veya organlar bütününe sahip ve görevi üyeleri arasında işbirliği yoluyla ortak çıkarlardan oluşan hedefleri takip olan devletler örgütü olarak tanımlanabilir” şeklinde bir tanıma yer vermiştir. Bkz. **Virally**, Michel: “Definition and Classification: A Legal Approach”, *International Social Science*, vol. 29/1, 1977, s. 59.

<sup>7</sup> Uluslararası hukukta devletlerin ardılığı oldukça ayrıntısıyla ele alınan bir konuyu teşkil etmektedir. Meselâ bkz. **Castrén**, Erik: “On State Succession in Practice and Theory”,

Nordisk Tidsskrift International Ret, vol. 24, 1954, s. 55-75; **O'Connell**, Daniel Patrick, *The Law of State Succession*, Cambridge, 1956, özellikle s. 3-11; **Caflich**, Lucius C.: "The Law of State Succession: Theoretical Observations", *Netherlands International Law Review*, vol. 10/4, 1963, s. 337-366; **Linares**, Antonio: "La sucesión se estados", *Boletín de la academia de ciencias, políticos y sociales*, vol. 32/47, 1971, s. 73-82; **Verzijl**, Jan Hendrik Willem: *International Law in Historical Perspective: State Succession*, vol. VII, Leyden, 1974, s. 17-228; **Crawford**, James: "The Contribution of Professor D.P. O'Connell to the Discipline of International Law", *British Yearbook of International Law*, vol. 51, 1980, s. 3-47; **Szafarz**, Renata: "Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties: A General Analysis", *Polish Yearbook of International Law*, vol. 10, 1980, s. 77-113; **Rembe**, Nasila S.: "The Vienna Convention on State Succession in Respect of Treaties: An African Perspective on Its Applicability and Limitations", *Comparative & International Law Journal of Southern Africa*, vol. 17, 1984, s. 131-143; **Cowger**, Alfred R. Jr.: "Rights and Obligations of Successor States: An Alternative Theory", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 17/2, 1985, s. 285-314; **Bokor-Szegö**, Hanna: "Identity and Succession of States in Modern International Law", in *Questions of International Law: Hungarian Perspectives*, vol. 3, edited by Haratzsi, translated by Descény & Simon, Budapest, 1986, s. 15-41; **Fiedler**, Wilfried: "State Succession", *Encyclopedia of Public International Law: States-Responsibility of States-International Law and Municipal Law*, vol. 10, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1987, s. 446-454; **Bernardez**, Santiago Torres: "Succession of States", in *International Law: Achievements and Prospects*, edited by Bedjaoui, Paris, 1991, s. 381-404; **Degan**, Vladimir-Djuro: "State Succession", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 4, 1993, s. 130-193; **Müllerson**, Rein: "The Continuity and Succession of States, by Reference to the Former USSR and Yugoslavia", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 42/3, 1993, s. 473-493; **Schachter**, Oscar: "State Succession: The Once and Future Law", *Virginia Journal of International Law*, vol. 33/2, 1993, s. 253-260; **Vagts**, Detlev F.: "State Succession: A Codifiers' View", *Virginia Journal of International Law*, vol. 33/2, 1993, s. 275-297; **Shaw**, Malcolm N.: "State Succession: Revisited", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 5, 1994, s. 34-98; **Pazartzis**, Photini: "State Succession to Multilateral Treaties: Recent Developments", *Austrian Review of International & European Law*, vol. 3, 1998, s. 397-415; **Koskenniemi**, Martti: "Report of the Director of the English-Speaking Section of the Sector", in *La succession d'états: la codification à l'épreuve des faits/State Succession: Codification Tested against the Facts*, edited by Eisemann & Koskenniemi, The Hague, 2000, s. 65-132; **Eisemann**, Pierre Michel & **Koskenniemi**, Martti (eds.): *La succession d'états: la codification à l'épreuve des faits/State Succession: Codification Tested against the Facts*, The Hague, 2000; **Nogovitsyna**, Yulina: "An Alternative Look at State Succession", *Polish Yearbook of International Law*, vol. 26, 2002/3, s. 175-186; **Boczek**, Boleslaw Adam: *The A to Z of International Law*, Lanham, 2010, s. 128-139; **Teles**, Miguel Galvão: "State Succession and Treaty Survival between the Predecessor State and the Other State Party", *South African Yearbook of International Law*, vol. 36, 2011, s. 1-36; **Zimmermann**, Andreas: "State Succession in Treaties", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, November 2006 via <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1109> (son ziyaret tarihi: 01/07/17); **Zimmermann**, Andreas: "State Succession in Matters Other than Treaties", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, April 2007 via

özellikle miras hükümlerinden etkilenerek bir devletin sona ermesi sonrasında, onun, mirasçısı konumundaki devlet veya devletlere geçeceğini ileri sürmüştür<sup>8</sup>. Bu bağlamda, devletlerin ardılığı uzun bir dönem önceki devletin hak ve yükümlülüklerinin toptan bir biçimde sonraki devleti de bağlaması şeklinde kabul edilmiştir<sup>9</sup>. Bugün artık terk edilen egemenin malı anlayışının bir sonucu olarak bir dönem devlet ülkesi üzerindeki sahiplik çerçevesinde şekillenerek miras hukukunun hükümlerinin tatbikinin söz konusu olduğu bu ardılık durumu *Bernardez* tarafından eleştirilmiştir<sup>10</sup>. Bu çerçevede, ardılık günümüzde sadece bir ülke üzerinde daimî egemenlik değişikliğine bağlı olarak belirli yetkilerin<sup>11</sup> devletler arasında el değiştirmesi olarak mütalâa edilmektedir<sup>12</sup>. Bu çerçeveden bakıldığında, devletlerin ardılığı

<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1108> (son ziyaret tarihi: 01/07/17).

<sup>8</sup> Bkz. **Grotius**, Hugo: *De jure belli ac pais*, translated by Kelsey, Oxford, 1925, Kitap II Bölüm IX, s. 310-319, bilhassa paragraf XII s. 319 (Önceki bölümlerde uzun uzun miras hükümleri irdelenmiştir). Ayrıca bkz. **Keith**, Arthur Berriedale: *The Theory of State Succession with Special Reference to English and Colonial Law*, London, 1907, s. 2; **O'Connell**, 1956, s. 7 dipnot: 1; **Meray**, Seha L.: *Devletler Hukukuna Giriş*, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 1960, s. 423; **Cafilisch**, s. 337; **Myers**, Patrick R.: *Succession between International Organizations*, London, 1993, s. 5.

<sup>9</sup> Bkz. **Keith**, s. 1; **Hershey**, Amos S.: "The Succession of States", *American Journal of International Law*, vol. 5/2, 1911, s. 285.

<sup>10</sup> Bkz. **Bernardez**, s. 383.

<sup>11</sup> Ardılığın konularına antlaşmalar, borçlar, mallar, arşivler, devletin iç örgütlenmesi, uluslararası örgütlere üyelik ve hattâ bireylere ilişkin vatandaşlık veya kazanılmış haklar gibi konular dâhildir. Bu konularda ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için genel olarak meselâ bkz. **O'Connell**, 1956, özellikle s. 50 vd.

<sup>12</sup> Nitekim gerek Devletlerin Antlaşmalara Ardılığına Dair Viyana Sözleşmesi m. 2/1(b) gerek 1983 tarihli Devletlerin Devlet Mallarına, Arşivlere ve Borçlara Ardılığı Viyana Sözleşmesi m. 2/1(a)'da ardılık müessesesine ilişkin şu şekilde bir tanım getirilmiştir: "ülkenin uluslararası ilişkilerine dair sorumluluğun bir devletten diğerine geçmesi". Sözleşmelere dair açıklamalar için bkz. *infra* dipnot: 19 ve 20. Ayrıca, bu konuda doktrinin görüşleri için bkz. **O'Connell**, 1956, s. 3; **Pazarıcı**, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, III. Kitap, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 1999, s. 25. **Grotius**'un Roma miras hukuku hükümlerinden yola çıktığı düşünüldüğünde, günümüzde, devletlerin ardılığının gerçekten de iç hukuktan algılanandan farklı olarak değerlendirildiği görülmektedir. Nitekim *Schwebel* 1980 yılında devletler ve uluslararası örgütler arasında veya uluslararası örgütlerin kendi aralarında bağıtladıkları antlaşmalara dair konuları bu konulara ilişkin İngiliz Sir Vallat'ın hazırladığı rapor çerçevesinde Uluslararası Hukuk Komisyonu bünyesinde değerlendirirken, açık bir biçimde, sözde devletlerin ardılığının iç hukukta anlaşıldığı anlamıyla ardılıkla çok az ortak noktası bulunduğu hususunun altını çizmiştir. Bkz. "Question of Treaties Concluded between States and International Organizations or between Two or More International Organizations", 1591st Meeting, Yearbook of International Law Commission, vol. I, 1980, s. 41 paragraf: 35. Ayrıca,

müessesesinin ülkesel düzeyde yasal bir boşluğun yaşanmaması adına ortaya atılmış olduğunu mütalâa etmek yanlış olmasa gerektir. Bu açılardan ele alındığında, uluslararası hukukun en karmaşık alanlarından birini teşkil eden devletlerin ardıllığı<sup>13</sup> her daim karşılaşılan bir durum değildir; ancak belirli dönemlerde dalga dalga devletlerin parçalandığı ve/veya yeni devletlerin ortaya çıktığı gözlenmektedir<sup>14</sup>.

Uluslararası hukukta devletlerin ardıllığı başka bazı durumlarla karıştırılmamalıdır. Bunlar, ne kadar köklü olursa olsun hükûmet veya siyasi rejim değişiklikleri<sup>15</sup>, basit ülke veya devlet adı değişiklikleri<sup>16</sup> ile parçalanmalarda ortaya çıkan yeni devletler arasından birinin ardıl değil de önceki devletin devamını teşkil ettiği<sup>17</sup> durumlardır. Bu üç temel durumda da ardıllık söz konusu değildir; dolayısıyla ardıllık kuralları uygulanmaz.

---

devlet ardıllığının dayanaklarını bu çerçevede üç temel dönem/anlayış çerçevesinde analiz eden *Bernardez*'e de bakılmalıdır. Bkz. **Bernardez**, s. 383-384.

<sup>13</sup> Meselâ, bkz. **Bernardez**, s. 381. Hattâ, ardıllık o kadar karmaşık bir konu olarak uluslararası hukukta belirlemektedir ki, yargı organlarında bile devletlerin ardıllığının doğru değerlendirilemeyeceği gözlenmektedir. Meselâ Türkiye Cumhuriyeti'nin de müdahil olduğu ve Amsterdam Bölge Mahkemesinde görülen 1925 tarihli *Roselius and Co., v. Dr. Karsten Davası*'nda dâvacı Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı'nın devamı niteliğini teşkil etmediğini ileri sürerken, Mahkeme "... her ne kadar Türkiye artık bir İmparatorluk değil de Cumhuriyet olsa ve Büyük Savaş'taki ülke kayıpları sebebiyle hacmi ciddi ölçüde azalmış olsa da, bu, Cumhuriyet'in İmparatorluk'un ardılı olmadığını düşündürmez. Ülkenin ana kısmını teşkil eden kalan kesim, Türkiye'yi kuran, farklı bir hükûmet şekli ve daha büyük hacmi olan devletin devamıdır ve kaybedilen topraklar hariç tüm hakları ve borçlarını muhafaza etmiştir" şeklinde bir tespitle bulunmuştur ki, *Marek* tarafından haklı olarak eleştirilmiş ve Mahkemenin ardıllık ile devam müesseselerini karıştırdığına değinilmiştir. Dâvanın ilgili bölümlerinin nakli ve bu konudaki değerlendirme için bkz. **Marek**, Krystna: Identity and Continuity of States in Public International Law, Genève, 1968, s. 17 (Bu örnek, hemen ilâve edilmelidir ki, Osmanlı Devleti ve Türkiye arasındaki ilişkide yazarın görüşlerini göstermek için verilmemiştir. Yazar, bu konudaki görüşlerini saklı tutar).

<sup>14</sup> Bu konudaki görüş ve değerlendirmeler için meselâ bkz. **Müllerson**, s. 473.

<sup>15</sup> Meselâ, 1979 yılında İran Şahı'nın devrilerek yerine İran İslâm Cumhuriyeti'nin kurulmasında olduğu gibi, rejim değişikliği ne kadar köklü olsa da ardıllık teşkil etmeyecektir. Bu konuda bir istisna olarak Bolşevik İhtilâli olarak gösterilse de bu durum bile doktrinde tartışmalıdır.

<sup>16</sup> Meselâ, Dahomey'in Benin, Yukarı Volta'nın Burkina Faso, Burma veya Birmanya'nın Myanmar, Swaziland'ın Eswatini adını alması veya 2009 yılındaki Anayasa değişikliği ile Bolivya Devleti'nin resmî adının "Çokuluslu Bolivya Cumhuriyeti" olması gibi salt ülkeye veya devlete dair isim değişiklikleri ardıllık teşkil etmez. Farklı birtakım örnekler için bkz. **Ribbelink**, Olivier Menno: "On the Uniting of States in Respect of Treaties", Netherlands Yearbook of International Law, vol. 26, 1995, s. 152 dipnot: 52.

<sup>17</sup> Tıpkı SSCB'nin dağılması sonrası Rusya Federasyonu'nun genel olarak uluslararası camiada kabul edilen statüsünde olduğu gibi devam niteliğini teşkil eden devletin

Ardıllık bağlamında uygulanacak kurallar uluslararası hukukta genelde önceden belli değildir. Ardılığa ilişkin bu bağlamda neredeyse yok denecek kadar az örf ve âdet kuralı olması bir yana<sup>18</sup>, bugüne kadar bağitlanan iki evrensel sözleşmeden ilki konumundaki 1978 tarihli Devletlerin Antlaşmalarına Ardılığın Sözlüşmesi<sup>19</sup> az sayıda taraf devlet arasında yürürlükteyken, diğler sözleşme konumundaki 1983 tarihli Devlet Mallarına, Arşivlerine ve Borçlarına Ardıllık Viyana Sözlüşmesi<sup>20</sup> ise henüz yürürlüğe girmiş bile değildir. Bu durum, uluslararası alanda ardılığa ilişkin kuralların tam manasıyla oluşmadığını göstermektedir. Hâlbuki ardıllık dönem dönem ciddi anlamda başvurulması ve gözetilmesi gereken bir alan olarak belirlemektedir. Bu durumda da ardıllık sorununu somut olarak yaşayan ilgili devletler kendi aralarında konuyu düzenlemek suretiyle aralarındaki ardılığa ilişkin hususlara bu şekilde yön vermiş olmaktadır<sup>21</sup>.

durumu ardılığa yol açmayacaktır. Ardıllık ve devam müesseseleri arasındaki farklara ilişkin temel olarak bkz. **Marek**, özellikle s. 9-14.

<sup>18</sup> Bu konuda verilebilecek en önemli örneklerden biri, 1978 tarihli Devletlerin Antlaşmalarına Ardılığın Viyana Sözlüşmesi'nin 12'inci maddesinde de yer alan ülkesel rejime dair antlaşmaların ardılıktan etkilenmeyeceği hükmünün uluslararası örf ve âdet kuralı teşkil ettiğinin Uluslararası Adalet Divanı tarafından da 1997 tarihli *Gabčikovo-Nagymaros Projesine Dair Dâva*'da açıkça teyit edilmiş olmasıdır. Bkz. "Case Concerning the Gabčikovo-Nagymaros Project (*Hungary/Slovakia*)", Judgment of 25 September 1995, s. 72 paragraf: 123 via <https://icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf> (son ziyaret tarihi: 23/10/16). Benzer şekilde, 1978 tarihli Devletlerin Antlaşmalarına Ardılığın Viyana Sözlüşmesi'nin 11'inci maddesinde de yer verilen sınırlara ilişkin antlaşmaların ardılıktan etkilenmeyeceği düzenlemesinin de doktrinde *haklı olarak* örf ve âdet kuralı teşkil ettiğinin kabul edildiği gözlenmektedir. Meselâ, bkz. **Szafarz**, s. 84; **Degan**, s. 137-138; **Pazarci**, 1999, s. 28; **Teles**, s. 7 ve 30; **Sur**, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, İstanbul 2020, s. 156 ve 158. Sınır anlaşmalarına dair devlet uygulamalarına ilişkin meselâ bkz. **O'Connell**, 1956, s. 50-51.

<sup>19</sup> 23 Ağustos 1978 tarihinde imzalanarak 6 Kasım 1996 tarihinde yürürlüğe giren 1978 tarihli Devletlerin Antlaşmalarına Ardılığın Viyana Sözlüşmesi'ne bugün sadece 23 devlet taraf konumundadır. Türkiye ise, anılan bu Sözlüşme'ye taraf değildir. 1978 tarihli Devletlerin Antlaşmalarına Ardılığın Viyana Sözlüşmesi'nin resmî metni için bkz. "Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties", United Nations-Treaty Series, vol. 1946, no: 33356, 1996, s. 3-187.

<sup>20</sup> 8 Nisan 1983 tarihinde imzalanan 1983 tarihli *Devletlerin Devlet Mallarına, Arşivlere ve Borçlara Ardılığın Viyana Sözlüşmesi*'ni günümüzde sadece yedi devlet (Estonya, Gürcistan, Hırvatistan, Kuzey Makedonya, Liberya, Slovenya, Ukrayna) onaylamıştır. 1983 tarihli Devletlerin Devlet Mallarına, Arşivlere ve Borçlara Ardılığın Viyana Sözlüşmesi'nin resmî metni için bkz. "Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts" via [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1983/04/19830408%2008-18%20AM/Ch\\_III\\_12p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1983/04/19830408%2008-18%20AM/Ch_III_12p.pdf) (son ziyaret tarihi: 20/06/19).

<sup>21</sup> Meselâ Yugoslavya'nın dağılması sonrası beş devlet 2001 tarihli Ardıllık Konularına Dair Anlaşma'yı imzalamışken, SSCB'nin dağılmasıyla birlikte 1991 ilâ 1993 yılları

## II. ULUSLARARASI ÖRGÜTLER ARASINDAKİ ARDILLIK

Uluslararası örgütlerin uluslararası hukukta kişiliklerinin tanınması, uluslararası hukuk müesseselerinden onların da yararlanması sonucunu doğurmuştur. Ardıllık hukuku da bunlardan biri konumundadır. Ardıllık müessesesinin de, bu minvalde ele alındığında, bu yeni uluslararası hukuk kişisi için uyarlanması gereği doğmuştur. Bu kapsamda, bu bölümde uluslararası örgütler arasındaki ardıllığın anatomisini çıkarmak adına bu nitelikteki ardıllığın tanımı, nasıl veya hangi durumlarda ortaya çıktığı, hangi durumların uluslararası örgütler arasında ardıllık sayılmayacağı, uluslararası ardıllığın hukukî kapsamı gibi temel hususlar ele alınıp kısaca analiz edilmeye çalışılacaktır.

### A. Uluslararası Örgütler Arasında Ardıllık Tanımı

Uluslararası örgütler arasında ardıllık, en basit hâliyle, işlevlerin bir örgütten diğere aktarımı olarak tanımlanabilir<sup>22</sup>. Benzer şekilde, *Myers*, örgütler arasındaki ardıllığın temel unsurunu uluslararası örgütler arasında hakların ve yükümlülüklerin aktarılması olarak belirlemişken, bu müessesenin tarifini de bu bağlamda işlevlerinin ve onların talî hak ve yükümlülüklerinin bir örgütten diğere aktarımı olarak dile getirmiştir<sup>23</sup>. Uluslararası

---

arasında ardıl devletler (ve Rusya Federasyonu-devam niteliğinde) ardıllık sorunlarının çözümü de dâhil birçok konuyu ele alan bir dizi anlaşma akdetmişlerdir. Çekoslovakya'nın ise, dağılmadan önce belirli konularda ardılığa dair Anayasal değişikliklere gittiği belirtilmektedir. Bu hususlara dair açıklamalar için meselâ bkz. **Çamyamaç**, Anl: "Uluslararası Hukukta Elçilik Binalarına Dair Bazı Teknik Konular Üzerine Bir İnceleme", *Terazi (Aylık Hukuk Dergisi)*, Cilt: 13 Sayı: 145, 2018, s. 86-88; **Sur**, s. 160-161.

<sup>22</sup> Bkz. **Schmalenbach**, Kirsten: "International Organizations or Institutions, Succession", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 paragraf: 1 via www.mpepil.com (son ziyaret tarihi: 25/10/11).

<sup>23</sup> Bkz. **Myers**, 1993, s. 7 ve 12. Ayrıca, bkz. **Mochi-Onory**, Andrea G.: "The Nature of Succession between International Organizations: Functions and Treaties", *Revue hellénique de droit international*, vol. 21, 1968, s. 35; **Amerasinghe**, Chattharanjan F.: *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2nd Edition, Cambridge, 2005, s. 473. Öte yandan, **Schermers** uluslararası örgütler arasında ardılığa dair açık bir tarif ortaya koymazken, uluslararası örgütler bünyesinde tasfiyenin oldukça nadir olduğuna dikkat çekerek; bu durumun gerçekleşmesi hâlinde de ardıl olarak onun yerine başka bir örgütün yaratılacağına vurgu yapmıştır. Bkz. **Schermers**, Henry G.: "Succession of States and International Organizations", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 6, 1975, s. 117. Bununla beraber, esas ilginç olanı, yazarın, uluslararası örgütler arasındaki ardıllık durumuyla birlikte uluslararası örgütlerin bir biçimde katıldığı diğere ardıllık durumlarına da dikkat çekmesi olmuştur. Bu minvalde, üye devletlerden uluslararası örgütlere yetki aktarımının da bir ardıllık durumu olduğuna

örgütler, ilke olarak, devletlerin, işbirliğine ihtiyaç duydukları konularda faaliyet göstermeleri için yine devletlerin ortak iradeleriyle kurulmuştur. Dolayısıyla, bir örgütün sonlanmasına rağmen, işlevlerine ihtiyaç duyulması durumunda, kuşkusuz, yerine yenisi geçecektir. Böylelikle, örgütler arasındaki ardılığın işlevsel devamlılık olarak da adlandırılabilmesi ki, bu alanda ardıllık müessesesine örgütlerin üstlendikleri işlevlerde herhangi bir hukukî boşluğun önüne geçilmesi amacıyla gerek duyulduğu rahatlıkla mütalâa edilebilecektir. Nitekim uluslararası hukuk doktrininde devletlerin ardılığının ülkesel anlamda yasal bir boşluk yaşanmasının önüne geçilmesi rolüyle tarif edildiği, uluslararası örgütler arasındaki ardılığın da örgütün gördüğü işlevler çerçevesinde yasal bir boşluğun oluşmaması amacıyla izah edildiği gözlenmektedir<sup>24</sup>.

Bu denli önemli bir amaç çerçevesinde yerini bulan uluslararası örgütler arasındaki ardılığın ise, bir müessese olarak uluslararası hukukta varlığının tartışılabilmesine dahi şahit olunmaktadır<sup>25</sup>. Bu çerçevede, Uluslararası Hukuk Komisyonu ardıllık konusunu gündemine dâhil ederken önceleri bu ajandada uluslararası örgütler arasındaki ardıllık konusuna da yer vermiş; ancak sonradan uluslararası örgütler arasında ardıllık olamayacağını da iddia ederek bu tutumunu değiştirmiştir<sup>26</sup>. Oysa uluslararası içtihat ve doktrinde

---

işaret eden Schermers, bunlara bir de bir örgütten de üye devlete veya devletlere işlev aktarımı olabileceği ve bunun da ardıllık kapsamında değerlendirilebileceğini ilâve etmiştir. Bkz. *ibid.*, s. 112-119.

<sup>24</sup> Bkz. **O'Connell**, Daniel Patrick: *International Law*, vol. I, 2nd Edition, London, 1970, s. 397; **Mochi-Onory**, s. 36-37 (*Mochi-Onory*, devletlerin ardılığında ülke ve egemenlik unsurlarının temel rol oynadığını, uluslararası örgütler arası ardıllıkta ise bunların yerini sırasıyla işlevin ve salâhiyetin aldığı ifade etmiştir); **Myers**, 1993, s. 10-11; **Schmalenbach**, paragraf: 1.

<sup>25</sup> Esasen bu şaşılacak bir durum değildir. Devletlerin ardılığının bile zamanında tartışıldığı ve hattâ bazı yazarlar tarafından kabul edilmediği aktarılmaktadır. Konuya ilişkin meselâ bkz. **Hershey**, s. 296 dipnot: 25.

<sup>26</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Myers**, 1993, s. 1. Öte yandan, 1978 tarihli Sözleşmeye dair 1984 yılında bir inceleme yazan **Rembe** de, uluslararası alanda ardılığın gelişimine dair tespitlere de yer vermiştir. Bu çerçevede, 1960'larda Uluslararası Hukuk Komisyonunun ardılığa ilişkin konular üçlü bir ayrıma tâbi kıldığını ifade ederek bunları antlaşmalar bağlamında devletlerin ardılığ, antlaşmalar dışı konularda devletlerin ardılığ ve uluslararası örgütlere üyeliğe ilişkin ardıllık olarak sıralamıştır. Yazar müteakip açıklamalarında ise, 1978 tarihli Sözleşme sonrasında sırada iki sözleşmenin daha olduğunu belirterek bunları da antlaşma dışı konularda ardıllık ve uluslararası örgütlerin ardılığ (*succession of international organisations*) olarak ortaya koymuştur. Bkz. **Rembe**, s. 132 ve 143. Öte yandan, Uluslararası Hukuk Komisyonunun Nihai Taslak'ını irdeleyen **Schermers** ise, uluslararası örgütlerin taslak dışında bırakıldığına dair ifadenin, eğer devletler arasındaki gibi bir ardılığın olmayacağına dair bir

örgütler arasında ardıllığın olacağına açıkça kabul edildiği gözlenmektedir. Nitekim 1971 tarihli *Namibya'da Güney Afrika'nın Devam Eden Varlığının Devletler İçin Hukukî Sonuçlarına İlişkin Danışma Görüşü*'nde Uluslararası Adalet Divanı Birleşmiş Milletlerin, en azından söz konusu bu Görüş'te ele alınan işlev açısından Milletler Cemiyetinin ardılı olduğunu açıkça ortaya koymuştur<sup>27</sup>. Ötesinde, bir yanda doktrinde konunun tanınarak ayrıntılı şekilde ele alınması söz konusuysen, diğer yanda konuya dair fiilî örneklerin de var olduğu gözden kaçırılmamalıdır<sup>28</sup>. İlâve edilmelidir ki, uluslararası örgütler arasında ardıllığın olmayacağı şeklinde bir sonuca ulaşmak veya basit bir biçimde bu şekilde bir ardıllık durumunu reddetmek için yeterli hukukî dayanak da bulunmamaktadır.

### B. Uluslararası Örgütler Arasında Ardıllığın Ortaya Çıktığı Durumlar

Uluslararası örgütler arasında ardıllık çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Ancak, bunun için, temel olarak, öncelikle bir uluslararası örgütün tamamen veya kısmen ortadan kalkması gerekmektedir<sup>29</sup>. Bu çeşitli şekillerde gerçek-

---

tespitse; bunun katı bir tutum teşkil ettiğini ve konuya dair yararlı olmayacağını açıkça dile getirmiştir. Bkz. **Schermers**, 1975, s. 111. Müteakip açıklamalarında yazar sarıh bir biçimde uluslararası örgütler arasında ardıllığın da Uluslararası Hukuk Komisyonu Nihai Taslak'ında yer almadığını aktarmış; sözü edilen ardıllığın devletler arasındaki ardılıktan farklı olduğuna dikkat çekmiş ancak bununla birlikte yine de konuya önem atfedilmesinin zaruretine işaret etmiştir. Bkz. *ibid.*, s. 118.

<sup>27</sup> Bkz. "Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia", Advisory Opinion of 21 June 1971, s. 49 paragraf: 102. Bunun yanı sıra, meselâ hâkim *Alvarez* 1950 tarihli Danışma Görüşü'ne dair yazmış olduğu karşı oy yazısında, geleneksel uluslararası hukukun, devletlerin ardıllığı sorunuyla ilgilenirken, uluslararası organların veya uluslararası kuruluşların ardıllığıyla ilgilenmediğini, çünkü bunların yeni sorunlar olduğunu ve mutlaka da yeni uluslararası hukuk ruhuna göre ele alınmaları gerektiğini bildirmiştir. Bkz. "*Dissenting Opinion of Judge Alvarez*", 1950, s. 181 via <https://icj-cij.org/public/files/case-related/10/010-19500711-ADV-01-03-EN.pdf> (son ziyaret tarihi: 05/11/21). Gerek 1950 tarihli Danışma Görüşü, gerek *Alvarez*'in karşı görüşüne dair genel değerlendirmeler için bkz. **Fitzmaurice**, Gerald Gray: "The Law and Procedure of the International Court of Justice: International Organizations and Tribunals", *British Yearbook of International Law*, vol. 29, 1952, s. 8-10.

<sup>28</sup> Doktrin için bkz. *supra* dipnot: 5. Örneklere dair müteakip bölümdeki ayrıntılı açıklamalara bakılabilir.

<sup>29</sup> Tabii her zaman uluslararası örgüt ortadan kalkmamakta, bazı durumlarda sadece belirli işlevler bir başka örgüte devredilmektedir. Bazı durumlarda ise, katılma söz konusudur ve katılan örgütün katılınan örgütün bir organı, bir birimi olarak varlığını sürdürdüğü gözlenmektedir. Yine, ortadan kalkma durumunda dahi ardıl olunan örgütün birçok durumda varlığını kısa süreli de olsa sürdürdüğü görülmektedir. Daha açık ifadeyle,



leşebilecektir. Ancak burada kilit nokta, uluslararası örgütlerin ardıllığına yol açan tüm durumlarda üye devletlerin iradesinin asıl olması ve belirleyici rolü oynamasıdır.

1950 tarihli Danışma Görüşü kapsamında karşı oy kullanan hâkimlerden *Alvarez* uluslararası örgütler arasında ardıllık konusunun üç şekilde gelişebileceğini ifade etmiştir. Bu minvalde, *Alvarez*'e göre bir örgütün sona ermesi ancak yerine bir başka örgütün geçmemesi durumudur. Üç durum belirleyen *Alvarez* bu bağlamda ilk durumu yerine herhangi bir uluslararası örgüt kurulmaksızın bir uluslararası örgütün sonlanması olarak belirlemiştir ki, bu durumda dahi belirli işlevlerin devam edeceğini ileri sürmüştür. İkinci durumu ortadan kalkan örgütün yerine onun yerine geçeceği açıkça düzenlenmeden yeni bir örgüt yaratılması olarak aktarmıştır ki, bu durumda da işlevler devam edecektir. Üçüncü durumda ise, önceki örgütün ardıllığını alan örgütün benzer kurumlar yaratarak ve ardıllık koşullarını da ortaya koyarak ortadan kalkmasıdır ki, bu durumda da o koşullar çerçevesinde ardıllık söz konusu olup işlevler devam edecektir<sup>30</sup>. O dönemde konuya dair nadir de olsa eserlerin verildiği görülmektedir. Bu minvalde, 1960'ların başında konuya ilişkin ilk eserlerden birini ortaya koyan *Hahn* ise, kanımızca, ilgili ardıllığın hukukî dayanakları çerçevesinde genel bir ayırım yapmak suretiyle başlıklar oluşturarak konuyu ele almış<sup>31</sup> ve bu çerçevede sözleşme esaslı ardıllık başlığı altında üç temel ayrıma gitmiştir: “İkame” (*substitution*), “birleşme” (*merger*), “devir” (*transfer*)<sup>32</sup>. O dönemde konuya dair bir diğer eseri veren *Chiu* ise örgütler arasında oluşabilecek ardıllığın “anayasanın/kurucu antlaşmanın değiştirilmesi” (*changes in constitution*), “bütünleşme” (*integration*), “ayrılma” (*separation*) ve “dağılma” (*dissolution*) şekillerinde dört farklı yolla gerçekleşebileceğini ifade etmiştir<sup>33</sup>. Ancak değerlendirildiğinde, günümüzün ihtiyaçları ve karmaşık dü-

kısa süre için de olsa, aynı anda hem ardıl olan hem ardıl olunan örgütlerin beraberce var oldukları vâkidir.

<sup>30</sup> Bkz. “Dissenting Opinion of Mr. Alvarez”, *supra* dipnot: 27, s. 181-182.

<sup>31</sup> *Hahn* örgütler arasındaki ardıllık çerçevesinde bu konuda “sözleşmeye dayalı ardıllık” (*conventional succession*), “otomatik ardıllık” (*automatic succession*), “kurucu uyarlama” (*constitutional adaptation*) ve “idarî uyarlama” (*administrative adaptation*) şeklinde dört ana başlık oluşturmuştur. Bkz. *Hahn*, Hugo J.: “Continuity in the Law of International Organization”, *Duke Law Journal*, vol. 1962, 1962, s. 382-383.

<sup>32</sup> Bkz. *ibid.*

<sup>33</sup> Bkz. *Chiu*, Hungdah: “Succession in International Organisations”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 14/1, 1965, s. 84-92. *Chiu*'nun sınıflandırmasına bir ek yapan *Mochi-Onory* hâlihazırda yeni benzer bir örgütün kurulmamış olması, yenisinin kurulmayacak olması veya yeni örgütün işlevleri üstlenmemesi gibi sebeplerle herhangi

zenlemeleri ile uluslararası örgütlerin çoğalıp farklılaşmasının konuya dair ayrımların daha da çeşitlenmesine yol açtığı fark edilmektedir. Nitekim doktrinde çağdaş anlamda ele alındığında uluslararası örgütler arasındaki ardıllıkta temelde beş değişik duruma yer verildiği görülmektedir. Bu çerçevede, *Myers* örgütler arasındaki ardıllık durumlarını “yerine geçme” (*replacement*), “içine alma” (*absorption*), “birleşme” (*merger*), “ayrılma” (*separation*) ve “bütünleşme/entegrasyon” (*integration*) şeklinde ayırmışken, *Schmalenbach* ise paralel biçimde “dağılma ve yerine geçme” (*dissolution and replacement*), “işlevsel rasyonelleştirme” (*functional rationalization*), “birleşme/katılma” (*merger*), “bütünleşme” (*integration*) ve “ayrılma” (*separation*) olarak sıralamıştır<sup>34</sup>.

Yerine geçme veya yukarıda da belirtildiği üzere bazı yazarlar tarafından dağılma<sup>35</sup> diye de adlandırılan örgütler arasındaki ardıllık durumunda, adının da açık ettiği üzere, bir örgütün dağılması ve onun yerine bir başka örgütün geçmesi söz konusu olmaktadır. Uluslararası bir örgütün dağılması, ilke olarak, organlarınca oybirliğiyle alınan bir karar vesilesiyle, üye devletlerin rızasıyla veya sadece kullanılmayarak, yâni âtil hâle getirilmek suretiyle<sup>36</sup> üç değişik şekilde söz konusu olabilecektir<sup>37</sup>. Hangi usülle olursa olsun bir örgüt son bulduğunda, onun işlevlerini üstlenerek yerine getirmeye başlayan örgüt için genel olarak onun yerine geçtiği, daha açık ifadesiyle

---

bir ardıllık durumu oluşmaksızın bir örgütün işlevlerinin tamamının veya bir kısmının tükenmiş olması durumundan da bahsetmektedir. Bkz. **Mochi-Onory**, s. 41 dipnot: 9 (Dipnotun başlangıç sayfası 40'tır).

<sup>34</sup> Sırasıyla bkz. **Myers**, 1993, s. 16-36; **Schmalenbach**, paragraf: 4-9.

<sup>35</sup> Hemen ilâve etmek gerekir ki, bir uluslararası örgütün ardıllık olmadan dağılması uluslararası hukukta ender rastlanılan bir durum olarak nitelendirilirken, bunun nedeni basit bir biçimde örgütün üstlendiği işleve devletler tarafından ihtiyaç duyulmaması olarak gösterilmektedir. Bu çerçevede, ardıllık olmaksızın dağılan uluslararası örnekler arasında ilk akıllara gelenler, şüphesiz, Varşova Paketi veya COMECON olmaktadır. Bu konuda ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Sands, Philippe & Klein, Pierre**: *Bowett's Law of International Institutions*, 5th Edition, London, 2001, s. 526 paragraf: 15-109; **Klabbers**, s. 320. Benzer olarak bkz. **Ingravallo, Ivan**: “Handle with Care! The Succession between International Organizations”, in *Evolutions in the Law of International Organizations*, edited by Virzo & Ingravallo, Leiden, 2015, s. 455.

<sup>36</sup> Bu konuda verilebilecek en belirgin örneklerden biri Elbe ve Oder Uluslararası Komisyonları olmaktadır. Almanya 15 Kasım 1936 tarihinde her iki Komisyondan da çekildiğini bildirmiştir. Bu bildirim Çekoslovakya, Fransa ve İngiltere tarafından protesto edilmiş olmasına rağmen her iki nehrin de ağırlıklı olarak Alman topraklarında konumlanmış olmasından ötürü o tarihten itibaren hiçbir faaliyette bulunulamamış; ilgili Komisyonlar açıkça sonlandırılmasa da faaliyetlerinin sonlanmasıyla kendiliklerinden sonlanmışlardır. Bkz. **Schermers & Blokker**, s. 1106.

<sup>37</sup> Bkz. **Schmalenbach**, paragraf: 4.

onun ardılı olduğu kabul edilmektedir. Yerine geçme durumunda, ya tek bir örgüt eski örgütün işlevlerini tamamen ikame edebilir ya da birden fazla örgüt ardılı olunan önceki örgütün işlevlerini bölüşerek bu işlevleri paylaşmış olabilir. İlk duruma örnek<sup>38</sup> olarak doktrinde “Uluslararası Tarım Enstitüsü” (*International Institute of Agriculture*) yerine geçen “Gıda ve Tarım Örgütü” (*Food and Agriculture Organization/FAO*)<sup>39</sup>, “Afrika Birliği Örgütü” (*Organization of African Unity/OAU*) yerine geçen “Afrika Birliği” (*African Union/AU*) gösterilirken<sup>40</sup>, birden fazla örgütün işlevleri paylaşarak önceki örgütün yerine geçtiği duruma tipik örnek olarak Birleşmiş Milletler Yardım ve Rehabilitasyon Ajansı (*United Nations Relief and Rehabilitation Agency/UNRRA*) ve onun işlevlerini bölüşerek üstlenmiş olan Dünya Sağlık Örgütü, Tarım ve Gıda Örgütü ve Birleşmiş Milletler Çocuk Fonu (*United Nations Children’s Fund/UNICEF*)<sup>41</sup> verilebilecektir. Bu alandaki diğer örnekler arasında Milletler Cemiyetinin (*League of Nations*) işlevlerini üstlenmiş olan Birleşmiş Milletler (*United Nations*)<sup>42</sup>, Uluslararası Hava Seyrü-

<sup>38</sup> Günümüzde tamamen ortadan kalkmış Doğu Afrika Topluluğu (*East African Community*) 1961 yılında kurulmuş olan Doğu Afrika Ortak Hizmetler Örgütününün (*East African Common Services Organization*) yerini almıştır. Bkz. **Myers**, 1993, s. 25-26. Doğu Afrika Topluluğu ve onun öncesinde mevcut Doğu Afrika Ortak Hizmetler Örgütü hakkında daha ayrıntılı açıklama ve değerlendirme için bkz. **Delupis**, di Ingrid Doimi: *The East African Community and Common Market*, London, 1970, özellikle s. 42-56.

<sup>39</sup> Bkz. **Chiu**, s. 89; **Myers**, 1993, s. 19-22; **Schmalenbach**, paragraf: 4; **Ingravallo**, s. 456.

<sup>40</sup> Bkz. “*About the African Union*” via <https://au.int/en/overview> (son ziyaret tarihi: 05/11/21). Ayrıca, bkz. **Maluwa**, Tijana: “From the Organisation of African Unity to the African Union: Rethinking the Framework for Inter-State Cooperation in Africa in the Era of Globalisation”, *University of Botswana Law Journal*, vol. 5/6, 2007, s. 31-32; **Schmalenbach**, paragraf: 4. Buna karşılık, doktrinde bazı yazarlar Afrika Birliği Örgütünden Afrika Birliğine geçişi yeniden bir örgütlenme olarak kabul edip ardıllık olarak nitelendirmemektedir. Bkz. **Ingravallo**, s. 461.

<sup>41</sup> Bkz. **Schmalenbach**, paragraf: 4. Ayrıca, bkz. **Hahn**, 1962 (I), s. 393-396; **Chiu**, s. 90-91; **Schermers**, 1975, s. 119. Birleşmiş Milletler Yardım ve Rehabilitasyon Ajansının son bulmasına ve işlev ve diğer unsurlarının anılan diğer örgütlere geçmesine dair ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Berkov**, Robert: *The World Health Organization: A Study in Decentralized International Administration*, Genève, 1957, s. 48-49; **Goodman**, Neville M.: *International Health Organization*, 2nd Edition, Aylesbury, 1971, s.138-149, özellikle s. 147-149.

<sup>42</sup> Milletler Cemiyetinin dağılması ve sonrasında işlevleri başta olmak üzere birçok unsurunun Birleşmiş Milletlere devrine dair ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **McKinnon Wood**, H.: “The Dissolution of the League of Nations”, *British Yearbook of International Law*, vol. 23, 1946, s. 317-323; **Myers**, Denys P.: “Liquidation of League of Nations Functions”, *American Journal of International Law*, vol. 42/2, 1948, s. 320-354.

sefer Komisyonunun (*International Commission for Air Navigation*) işlevlerini üstlenen Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (*International Civil Aviation Organization/ICAO*)<sup>43</sup>, Uluslararası Hijyen Bürosunun (*Office international d'hygiène*) işlevlerini üstlenmiş olan Dünya Sağlık Örgütü (*World Health Organization/WHO*), Uluslararası Fikrî İş Birliği Enstitüsünün (*International Institute of Intellectual Co-Operation*) işlevlerini üstlenen Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization/UNESCO*) sayılabilir<sup>44</sup>.

Uluslararası örgütler arasında ardıllıkta “içine alma” veya “bütünleşme” olarak adlandırılan durum ise, bir uluslararası örgüt hukukî kimliği daha güçlü olan bir başka örgüt içinde kaybolduğunda ortaya çıkmaktadır<sup>45</sup>. *Myers*, örgütler arasında vuku bulan bu tür ardıllığı bütünleşen örgütlerin faaliyetleri ve sorumlulukları arasında belirgin bir orantısızlığın bulunmasına dayandırmaktadır<sup>46</sup>. Bu konuda bilinen en önemli örnekler arasında Dünya Sağlık Örgütü ile Mayıs 1946 tarihinde bütünleşme anlaşması imzalayan Pan Amerikan Sağlık Örgütü (*Pan American Health Organization*) gelmektedir. Bu iki örgüt arasında imzalanan söz konusu anlaşma ile doktrin, Pan Amerikan Sağlık Örgütünün Bürosunun Dünya Sağlık Örgütünün bölgesel ofisi olarak hizmet görmeye devam ettiğini belirtirken, fiiliyatta ise Dünya Sağlık Örgütünün kimliğini muhafaza ederken Pan Amerikan Sağlık Örgütünün de aynı zamanda halefi olarak hareket etmekte olduğunun altı çizmiştir<sup>47</sup>. Diğer bilinen bir örnek ise, Eğitim Uluslararası Bürosunun Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü ile bütünleşmesidir. İki örgüt arasında bağitlanan anlaşmaya göre Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütünün Eğitim Uluslararası Bürosunun bir yanda tüm işlevlerini ve

<sup>43</sup> Bu iki Örgüt ve aralarındaki etkileşim ve gelişim hakkında ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Bal**, Ali: Uluslararası Hava Hukuku: Hava Sahasının Hukukî Rejimi, Ankara 2019, s. 81-124.

<sup>44</sup> Bkz. **Chiu**, s. 89-90; **Myers**, 1993, s. 16-19 ve s. 22-25. Öte yandan, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı ile Uluslararası Adalet Divanı arasındaki ilişki de yine bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bkz. **Chiu**, s. 90; **Mochi-Onory**, s. 46. Bu ilişkiye dair daha ayrıntılı değerlendirme ve açıklamalar için bkz. **Hudson**, Manley O.: “The Succession of the International Court of Justice to the Permanent Court of International Justice”, *American Journal of International Law*, vol. 51/3, 1957, s. 569-573; **Meray**, Seha L.: *Devletler Hukukuna Giriş*, Cilt II, Ankara, 349-354, özellikle s. 352-353; **Pazarıcı**, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, IV. Kitap, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 2016, s. 52.

<sup>45</sup> Bkz. **Schmalenbach**, paragraf: 8.

<sup>46</sup> Bkz. **Myers**, 1993, s. 26.

<sup>47</sup> Bkz. **Chiu**, s. 88; **Schmalenbach**, paragraf: 8. Ayrıca, bkz. **Berkov**, s. 43.

tasfiye sonrası kalan malvarlığını üstlenmesi diğer yanda sorumluluklarına dair bir çözüme gidilmesi sonucu 1 Ocak 1969 tarihi itibarıyla Büro Örgütün bir alt organı hâline getirilmiş olmaktadır<sup>48</sup>. Bu ardılık durumuna ilişkin verilebilecek bir başka örnek ise, Uluslararası Patent Enstitüsünün (*International Patent Institute*) Avrupa Patent Örgütü (*European Patent Organization*) ile bütünleşmesinde görülmektedir<sup>49</sup>.

Uluslararası örgütler arasında ardılığın görülebileceği diğer bir durum birleşmedir. Bu itibarla, iki örgütün birleşmesi, *Schmalenbach* tarafından en az iki örgütün uluslararası hukukta yeni bir kişi yaratmak için dağılması olarak tarif edilmektedir<sup>50</sup>. *Myers* ise birleşmenin önceki iki durumdan farkını, bir yanda birleşen örgütlerin farklı işlev ve yetkileri olmasına karşılık birbirine oldukça yakın alanlarda faaliyet göstermelerine; diğer yanda birleşen konumundaki iki veya daha fazla dağılmış örgütün, esasta her bir önceki örgütten unsurları bünyesinde barındıran tek bir yeni örgüte dönüşmüş olmasına bağlamıştır<sup>51</sup>. Bu konuda en fazla bilinen örnek, şüphesiz, Avrupa Uzay Araştırmaları Örgütü (*European Space Research Organization*) ile Avrupa Uzay Aracı Fırlatıcılarının Geliştirilmesi ve İnşası Örgütünün (*European Organisation for the Development and Construction of Space Vehicle Launchers*) işlevlerinin 1975 yılında kurulan Avrupa Uzay Ajansına (*European Space Agency*) geçmesidir<sup>52</sup>. Bir diğer örnek Afrika ve Malgaş Ekonomik İşbirliği Örgütü (*African and Malagasy Organization for Economic Cooperation*) ile Afrika ve Malgaş Devletleri Birliğinin (*Union of African and Malagasy States*) Afrika Malgaş Ortak Teşkilâtını (*African and Malagasy Common Organization*)<sup>53</sup> kurmak adına birleşmeleridir<sup>54</sup>. Konuya

<sup>48</sup> Bkz. *Myers*, 1993, s. 27; *Schmalenbach*, paragraf: 8.

<sup>49</sup> Bkz. *Myers*, 1993, s. 27-28.

<sup>50</sup> Bkz. *Schmalenbach*, paragraf: 7.

<sup>51</sup> Bkz. *Myers*, 1993, s. 28.

<sup>52</sup> 1975 tarihli Avrupa Uzay Ajansı Kurulmasına Dair Sözleşme'nin 21'nci maddesi ikinci fıkrasında ilgili bu Sözleşme'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte anılan diğer iki örgütün kurucu antlaşmalarının sonlanacağı açıkça düzenlenmiştir. Bkz. "Convention on the Establishment of a European Space Agency", UK Treaty Series, no: 31, 1981 via [https://download.esa.int/docs/LEX-L/ESA-Ratification-acts/United\\_Kingdom\\_\(28\\_Mar\\_1978\).pdf](https://download.esa.int/docs/LEX-L/ESA-Ratification-acts/United_Kingdom_(28_Mar_1978).pdf) (son ziyaret tarihi: 06/11/21). Hemen ilâve edilmelidir ki, 1975 tarihli Avrupa Uzay Ajansı Kurulmasına Dair Sözleşme 30 Ekim 1980 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konu hakkında ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. *Myers*, 1993, s. 28-29; *Schmalenbach*, paragraf: 7; *Schermers & Blokker*, s. 1098.

<sup>53</sup> Afrika Malgaş Ortak Teşkilâtına üye devletler 1985 yılında Örgütün dağılması kararı almışlar ve o yıl Örgüt dağılmıştır. Bkz. *Schiavone*, Giuseppe: *International Organizations: A Dictionary and Directory*, 7th Edition, New York, 2008, s. 15.

<sup>54</sup> Bkz. *Myers*, 1993, s. 29-31.

dair eski örneklerden birini ise, Uluslararası Telgraf Birliği (*International Telegraph Union*) ile Uluslararası Radyo Telgraf Birliğinin (*International Radiotelegraph Union*) 1934 yılında birleştirilmesiyle doğan Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (*International Telecommunication Union/ITU*) teşkil etmektedir<sup>55</sup>.

Örgütler arasında ardıllığın ortaya çıkabileceği dördüncü bir durum ise ayrılma olarak tespit edilebilir. Bu ardıllık durumunda, bir uluslararası örgüt içindeki alt organın, bağımsız bir örgüt hâline gelmesi söz konusudur<sup>56</sup>. Ayrılmaya ilişkin ardıllıkla ilgili en önemli örneklerden biri Birleşmiş Milletler Sinaî Kalkınma Örgütünün (*United Nations Industrial Development Organization*) Birleşmiş Milletlerden ayrılması olarak gösterilebilir<sup>57</sup>. Doktrinde konuya ilişkin verilen diğer bir örnek Arap Birliği Eğitim, Kültür ve Bilim Örgütünün (*Arab League of Educational, Cultural and Scientific Organization*) Arap Birliğinden (*League of Arab States*) ayrılmasıdır<sup>58</sup>. Hemen ilâve edilmelidir ki, Uluslararası Çalışma Örgütü (*International Labour Organization*) ile Milletler Cemiyeti arasındaki ilişkinin, bu çerçevede ayrılmaya ilişkin bir ardıllık örneği teşkil edip etmemesi durumu doktrinde oldukça tartışmalıdır<sup>59</sup>.

Uluslararası örgütler arası ardıllığa dair bir başka durum ise, bazı yazarların işlevsel rasyonalite, bazılarının ise belirli işlevlerin nakli biçiminde adlandırdıkları durumdur. Bu tür ardıllık durumu, en basit hâliyle, en az iki örgütün belirli işlevlerinin paralel olması durumunda ilgili belirli işlevlerin bir örgütten diğerine geçmesi olarak ifade edilebilir<sup>60</sup>. Burada önemli olan işlevleri bir başkasına geçen örgütün hukukî kişiliğini kaybetmemesidir. Bu konudaki en fazla zikredilen örnek Batı Avrupa Birliğinin (*Western European Union*) sosyal ve kültürel işlevlerinin Avrupa Konseyine (*Council of Europe*) geçmesidir<sup>61</sup>. Bu ardıllık durumuna diğer bir örnek, Uluslararası

<sup>55</sup> Bkz. **Schmalenbach**, paragraf: 7.

<sup>56</sup> Daha ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. **Chiu**, s. 88; **Myers**, 1993, s. 31-34; **Schmalenbach**, paragraf: 9.

<sup>57</sup> Bkz. **Myers**, 1993, s. 33-34; **Schmalenbach**, paragraf: 9; **Schermers & Blokker**, s. 1098.

<sup>58</sup> Bkz. **Myers**, 1993, s. 33-34; **Schermers & Blokker**, s. 1098.

<sup>59</sup> Bu konu hakkında karşı görüşler için bkz. **Chiu**, s. 88 ve dipnot: 24; **Myers**, 1993, s. 31-33.

<sup>60</sup> Uluslararası örgütler arasında bu tür ardıllık durumlarına dair daha ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Myers**, 1993, s. 34-36; **Schmalenbach**, paragraf: 6.

<sup>61</sup> Bkz. **Myers**, 1993, s. 35-36; **Schmalenbach**, paragraf: 6; **Schermers & Blokker**, s. 1098. Ayrıca, bkz. **Mochi-Onory**, s. 48.

Yardım Birliğinin (*International Relief Union*) doğal felâketlerin bilimsel açıdan çalışılmasına dair işlevlerinin Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütüne geçmesidir<sup>62</sup>. Doktrin tarafından konuya ilişkin bir diğer örnek, yine Batı Avrupa Birliğinin, her ne kadar bünyesinde açıkça tanınmayan bir hak olarak toplu meşru müdafaa hakkına dair sorumluluğunu muhafaza ettiği belirtilse de, genel olarak barışı koruma ve askerî krizlerin yönetilmesine ilişkin işlevlerini Avrupa Birliğine devretmesi olarak gösterilmektedir<sup>63</sup>.

### C. Uluslararası Örgütler Arasında Ardıllık Sayılmaması Gereken Durumlar

Tıpkı devletlerin ardıllığı hukukunda vukuu bulduğu üzere<sup>64</sup>, uluslararası örgütler bağlamında belirli durumlar ardıllık kurumunun işletilmesine yol açmayacaktır<sup>65</sup>. Bunlardan ilki, uluslararası örgütün çeşitli nedenlerle adının değişmesi olmaktadır. Bu konudaki en bilinen örneklerden biri Uluslararası Denizcilik Örgütüne ilişkin değişiklik olmaktadır. 1948 tarihinde kurulduğunda adı “Hükûmetler Arası Denizcilik Danışma Örgütü” (*Intergovernmental Maritime Consultative Organization*) iken 1982’de gerçekleştirilen değişikliklerle adı “Uluslararası Denizcilik Örgütü” (*International Maritime Organization*) olarak değiştirilmiştir<sup>66</sup>. Bu itibarla,

<sup>62</sup> Bkz. **Myers**, 1993, s. 36.

<sup>63</sup> Bkz. **Schmalenbach**, paragraf: 6. İlâve edilmelidir ki, Batı Avrupa Birliği 2011 yılında tasfiye olmuştur. Bkz. **Schermers & Blokker**, s. 1098.

<sup>64</sup> Devletlere ilişkin ardıllık hukuku kuralları bağlamında değerlendirildiğinde, belirli durumların ardıllıkla karıştırılmaması gerektiği doktrinde sıklıkla ifade edilmektedir. Bu çerçevede, yukarıda metnin içerisinde de belirtildiği üzere, ne kadar derin olursa olsun hükûmet veya devletin iç sistemindeki siyasî rejim değişikliği (bkz. *supra* dipnot: 15), basit bir biçimde ülke veya devlet adının değiştirilmesi (bkz. *supra* dipnot: 16) ve parçalanma durumunda bağımsız devletler arasından birinin parçalanmış devletin devamı niteliğini haiz olması (bkz. *supra* dipnot: 17) durumlarında ardıllık müessesesinin söz konusu olmadığı doktrinde önemle vurgulanan hususlardır. Bu konuda meselâ bkz. **Sur**, s. 153. Öte yandan, devletlerin devamı durumuna dair daha geniş tasnif ve açıklamalar için bkz. **Marek**, s. 17 vd.; **Fiedler**, Wilfried: “Continuity”, *Encyclopedia of Public International Law: States-Responsibility of States-International Law and Municipal Law*, vol. 10, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1987, s. 65-68; **Zimmermann**, Andreas: “Continuity of States”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 paragraflar: 9-14 via [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com) (son ziyaret tarihi: 04/10/10).

<sup>65</sup> Bu konu hakkında çok daha ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için meselâ bkz. **Ingravallo**, s. 460-463.

<sup>66</sup> Uluslararası Denizcilik Örgütünün adının değiştirilmesine ilişkin bkz. **Simmonds**, Keith R.: “International Maritime Organization”, *Encyclopedia of Public International Law*:

açıkça fark edildiği üzere, Uluslararası Denizcilik Örgütünün sadece ismi değişmiş, hukukî kişiliği, tarafları değişmemiş, kendisi dağılmamıştır.

Bir diğer karıştırılmaması gereken husus, uluslararası bir örgütün kurucu antlaşmasının tadili durumunda da, ne kadar derin bir tadil gerçekleştirilmiş olursa olsun, bir başka örgüte devredilen işlevler veya bir başka örgütten devralınan işlevler olmadığı sürece uluslararası örgütler arasında bir ardıllık oluşmayacağı hususudur. Meselâ Avrupa Birliği (*European Union*) 2007 tarihli Lizbon Antlaşmasını, belirli nedenlerle tadil etse ve böylelikle karar alma biçimi dâhil birçok konuda yeni düzenlemelere gidilse de, kendisi çözülüp işlevlerini bir başka örgüte devretmedikçe veya bu tadil çerçevesinde bir başka örgütün işlevlerini üstlenmediği sürece bir ardılıktan bahsedilmesi mümkün olamayacaktır. Bu esasen bakıldığında tartışmalı konulardan biridir. Yine konuya ilişkin Avrupa Kömür ve Çelik Örgütünün (*European Coal and Steel Community/ECSC*) 2002’de sonlanması ve işlevlerinin Avrupa Topluluğunca sürdürülmesi bu duruma örnek gösterilebilecektir<sup>67</sup>. Pan-Amerikan Birliği (*Pan American Union*) ve onun yerine geçen Amerikan Devletleri Örgütü (*Organizations of American States*) arasındaki ilişkinin bir ardıllık ilişkisi mi yoksa devam eden hukukî kişilikle sadece yenilenen bir uluslararası örgütlenme mi olduğu konusu görüldüğü kadarıyla tartışmalıdır. Konuya ilişkin 1951 tarihli dâvada Kolombiya Bölgesi Bölge Mahkemesi ardıllık görüşünü ifade etmiş olsa<sup>68</sup> ve doktrinde yazarlar bu durumun ardıllık olduğunu ifade etmiş olsa<sup>69</sup> da, yine doktrinde

---

International Organizations in General-Universal International Organizations and Cooperation, vol. 5, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1983, s. 104; **Schiavone**, s. 210; **Mensah**, Thomas A.: “International Maritime Organization (IMO)”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, April 2011 paragraf: 1 via <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e491> (son ziyaret tarihi: 01/07/17).

<sup>67</sup> Bkz. **Ubertazzi**, Benedetta: “The End of the ECSC”, European Integration Online Papers, vol. 8/20, 2004 via <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-020a.htm> (son ziyaret tarihi: 18/03/20). Yazar, bu bağlamda, uluslararası sistemin temelde Avrupa Kömür ve Çelik Örgütünün sonlanmasına dair durumu iç örgütlenmede yeniden bir düzenleme olarak nitelendirdiğini ifade etmiştir. Ayrıca, bkz. **Ingravallo**, s. 460. Avrupa Kömür ve Çelik Örgütünün sonlanmasına dair bkz. **Cervera Vallterra**, María: “La disolución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero: estado actual”, Revista de derecho Comunitaria Europea, no: 12, 2002, s. 393-432.

<sup>68</sup> Bkz. “*Pan-American Union v. American Security and Trust Company*”, United States, District Court for the District of Columbia, May 6 1952, in International Law Reports, vol. 18, 1957, s. 441-443, özellikle s. 443.

<sup>69</sup> Bkz. **Chiu**, s. 85-86; **Mochi-Onory**, s. 40-41 dipnot: 9; **Ingravallo**, s. 456.



bazı yazarlar bunun bir ardıllık değil devam eden kimlik olduğunu<sup>70</sup> gündeme getirmiştir<sup>71</sup>. Bu minvalde, buradaki çizginin oldukça ince olduğu belirtilmelidir. Bu gibi durumlarda bir kararın verilmesi, yâni durumun ardıllık mı yoksa devam eden örgütsel kişilik mi olduğunun tespit edilmesinin, ilgili örgüt veya örgütlerin (bu bağlamda onların organlarının) ve onlara üye olan devletlerin tutum ve tasarrufları çerçevesinde belirlenmesi doğru bir yaklaşım olarak mütalâa edilebilecektir<sup>72</sup>.

Uluslararası örgütler arasında ardıllık oluşup oluşturmadığına ilişkin tartışılacak bir başka konu ise, hükümetler dışı uluslararası bir örgütün bir başka deyişle bir uluslararası sivil toplum örgütünün<sup>73</sup> uluslararası hükû-

<sup>70</sup> Bkz. **Hahn**, 1962 (I), s. 417-418 ve dipnot: 187. *Hahn* bu görüşünün **Kunz** tarafından da paylaşıldığını ileri sürmüştür. Bu çerçevede, *Kunz*'un atflandırılan makalesi analiz edildiğinde, yazarın, yeniden örgütlendirmeden, yeniden yapılandırmadan (*reorganization*) bahsettiği, ilâveten Bogota Şartı'nda Amerikan Devletleri'nin Örgütü ihdas etmesinden (*establish*) dem vurulduğu, ancak bunun kuruculuk (*founding*) anlamında kullanılmadığı şeklinde birtakım tespitlerin yapılmış olduğu görülmektedir. Bkz. **Kunz**, Josef L.: "The Bogota Charter of the Organization of American States", *American Journal of International Law*, vol. 42/3, 1948, s. 570, 572 ve ayrıca s. 588-589 (sonuç bölümü).

<sup>71</sup> Pan-Amerikan Birliği ile Amerikan Devletleri Örgütü arasındaki bu durumun bir benzerinin "Avrupa Ekonomik İşbirliği Örgütü" (*Organization for European Organization*) ile "Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü" (*Organization for Economic Co-Operation and Development*) arasında görüldüğü ifade edilmektedir. Buna göre, her ne kadar anılan Örgütün, ardılı olduğu Örgütten daha geniş bir coğrafi alanı kapsaması öngörülmüş olsa da, bir yanda girişte belirtilen Örgütün yeniden yapılandırılması ibaresi, diğer yanda önceki Örgüt tarafından sahip olunan hukukî kişiliğin devam ettirileceği hükmü doktrin tarafından Örgütün aynı kişi olarak kalmaya devam ettiğinin kanıtları olarak sunulmuştur. Bkz. **Hahn**, Hugo J.: "Constitutional Limitations in the Law of the European Organizations", *Recueil des cours*, vol. 108, 1963-I, 1963, s. 282-283 ve dipnot: 225; **Mochi-Onory**, s. 47; **Seidl-Hohenveldern**, Ignaz: *Corporations in and under International Law*, Cambridge, 1987, s. 94-95; **Schmalenbach**, paragraf: 3; **Ingravallo**, s. 460. Öte yandan, bunun bir ardıllık durumu olduğuna dair bkz. **Sands & Klein**, s. 529 paragraf: 15-116. Avrupa Ekonomik İşbirliği Örgütünden Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütüne geçişe dair konunun ayrıntılı bir şekilde ele alınıp değerlendirilmesi için bkz. **Hahn**, Hugo J.: "Continuity in the Law of International Organization. Part Two: Continuity from OEEC to OECD", *Duke Law Journal*, vol. 1962/4, 1962, s. 522-557; **Hahn**, Hugo J.: "La reconstitution de l'O.E.C.E. et sa continuation dans l'O.C.D.E.", *Annuaire français de droit international*, vol. 8, 1962, s. 751-762.

<sup>72</sup> Bu konuda *Chiu* da ilgili örgüt yeni anayasasının veya kurucu anlaşmasının niteliğine bakılmasını salık vermektedir. Bkz. **Chiu**, s. 86. Ancak gözlemlendiği üzere, *Chiu*'nun örgütün kimliğini korumasını genel anlamda ardıllık dışı bir durum olarak nitelendirmediği ifade edilebilir.

<sup>73</sup> Uluslararası hükümetler dışı örgütler veya diğer adıyla uluslararası sivil toplum örgütleri, uluslararası hukuk kişilikleri tartışılan ve hattâ birçok yazar tarafından da ilke

metler arası örgüte evrilmesi durumunun örgütler arası bir ardıllık durumu yaratıp yaratmayacağı hususudur. Bu konudaki en belirgin örneklerden biri, kuşkusuz, günümüzde Birleşmiş Milletlerin konuya ilişkin uzmanlık örgütlerinden biri konumundaki Dünya Turizm Örgütü (*World Tourism Organization/UNWTO*) olarak verilebilir<sup>74</sup>. 1946 tarihinde Cenevre merkezli oluşturulan hükümetler dışı bir örgüt konumundaki Resmî Seyahat Örgütleri Uluslararası Birliği (*L'union internationale des organismes officiels de tourisme*)<sup>75</sup> 1970'li yıllarda Uluslararası Turizm Örgütü adı altında uluslararası hükümetler arası bir örgüte dönüşmüştür<sup>76</sup>. Kanımızca salt işlev bakımından ele alındığında, *prima facie*, Dünya Turizm Örgütünün durumu uluslararası örgütler arasında bir ardıllık olarak nitelendirilebilse de, burada, kaçınılmaz olarak, teknik anlamda önceki yapılanmanın uluslararası hükümetler arası bir örgüt niteliğini taşıması bunu engellemektedir<sup>77</sup>.

Bu başlık altında en son ele alınacak konu ise, bazı uluslararası örgütlerin sona ermesi ancak işlevlerinin özelleştirilmiş bir kuruma, bir şirkete

---

olarak kabul edilmeyen (meselâ bkz. **Boczek**, s. 76; **Sur**, s. 168), farklı devletlerden gerçek veya tüzel özel hukuk kişilerinin bir araya gelerek oluşturdukları, belirli bir kamu hizmetini kâr amacı gütmeksizin uluslararası düzeyde ifa eden örgütlerdir. Konuya ilişkin resmî bir tanım için meselâ bkz. 1986 tarihli Uluslararası Hükümetler Dışı Örgütlerin Hukukî Kişiliğinin Tanınmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 1.

<sup>74</sup> Dünya Turizm Örgütü hakkında daha ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Vrancken**, Patrick: "The World Tourism Organisation", *South African Yearbook of International Law*, vol. 24, 1999, s. 231-245; **Çamyamaç**, Anıl: "Dünya Turizm Örgütü", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 2, 2017, s. 159-186, özellikle s. 163-165.

<sup>75</sup> Bu uluslararası hükümetler dışı örgütün kökeni de esasen 1925 yılına kadar geriye götürülebilmektedir. O yıl itibarıyla Resmî Turist Trafîği Dernekleri Uluslararası Kongresi adı altında bir örgütlenmeye gidildiği ve bunun 1934 yılında Resmî Turist Tanıtma Örgütleri Uluslararası Birliği adı altında yine hükümetler dışı niteliği haiz bir örgütlenmeye evrildiği gözlenmektedir.

<sup>76</sup> Günümüzde faaliyet alanında Birleşmiş Milletlerin uzman örgütlerinden biri hâline gelen Dünya Turizm Örgütünün tarihî perspektiften gelişimine dair bkz. **Çamyamaç**, 2017, s. 163-165 ve s. 181-183.

<sup>77</sup> Karşı görüş için bkz. **Hahn**, Hugo J.: "International Organizations, Succession", *Encyclopedia of Public International Law: International Organizations in General-Universal International Organizations and Cooperations*, vol. 5, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1983, s. 166; **Ingravallo**, s. 457 (*Ingravallo*, esasen bu durumun, uluslararası örgütler arasındaki ardıllığı dar anlamda ve geniş anlamda ardıllık olarak ikiye ayırdıktan sonra ikincisine tekabül ettiği şeklinde açıklamış ve ona da *de facto* ardıllık ismini uygun görmüştür. Esasen, yazar bu ayrımı yapsa da, kendisinin dar anlamda ardıllığı temel aldığı ve Dünya Turizm Örgütünün durumunu ardıllık bağlamında bir olasılık olarak nitelediği için, kendisinin bu görüşü paylaşıp paylaşmadığının çok açık olmadığı belirtilmelidir).

geçmesi durumudur. Bu durumda da, yukarıda belirtilenin aksine, ikinci birim uluslararası örgüt niteliğini haiz olmadığı için uluslararası örgütler arasında ardılık söz konusu olmayacaktır. Bu duruma en temel örneklerden biri, Uluslararası Denizcilik Uydu Örgütünün (*International Maritime Satellite Organization/INMARSAT*) yerine geçen Londra merkezli Inmarsat, Plc. adlı özel bir şirkettir<sup>78</sup>.

#### D. Uluslararası Örgütler Arasındaki Ardılığa Dair Hukukî Hususların Genel Olarak Değerlendirilmesi

Uluslararası örgütler arasında ardılık çerçevesinde hukukî konular ele alınırken öncelikle “*Uluslararası örgütler arasında ardılığın hukukî dayanağı nedir?*” sorusunun cevabına ihtiyaç duyulmaktadır. Uluslararası örgütlerden, yâni uluslararası hukukun türev sükelerinden bahsedildiğine göre, bunu türeten devletler, daha açık ifadesiyle iradesi ilgili uluslararası örgütün kurulmasında, yaratılmasında rol oynayan devletlerin rızası önemli olacaktır. Bu çerçevede, uluslararası örgütler arasında ardılığın dayanağı, temel olarak, devletlerin, daha belirgin olarak üye devletlerin rızasıdır<sup>79</sup>. Bu rızanın açık bir biçimde ortaya konulabileceği gibi zımnî bir biçimde de ortaya konulabileceği kabul edilmektedir. Bu çerçeveden ele alındığında, bir anlaşma veya ona tekabül edebilecek bir işlemle bu ardılığın gerçekleştirilmesi gerekmektedir<sup>80</sup>. Diğer bir deyişle, uluslararası örgütler arasındaki ardılık, ilke

<sup>78</sup> Inmarsat, Plc. Şirketinin faaliyetlerinin denetlenmesi açısından hükümetler arası niteliği haiz Uluslararası Mobil Uydu Örgütünün (*International Mobile Satellite Organization/IMSO*) varlığı da göz ardı edilmemelidir. Bu örgütlenme Uluslararası Denizcilik Uydu Örgütünün işlevlerini üstlenmiş olan şirketi denetlemek aslı görevi olmasından ötürü ardılık olmadığı mütalâa edilebilecektir. INMARSAT hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Lyall**, Francis: “INMARSAT”, Max Planck Encyclopedia of Public of International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, November 2006, özellikle paragraflar: 13 ilâ 20 via <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e468> (son ziyaret tarihi: 01/07/17). Bu duruma benzer diğer örgütler Uluslararası Telekomünikasyon Uydu Örgütü (*International Telecommunications Satellite Organization/ITSO* veya INTELSAT) ve EUTELSAT için de geçerlidir.

<sup>79</sup> Esasen bir örgütün nasıl sonlanacağına veya ardılığa dair bazı hususlara ilişkin kurucu anlaşmasında hükümler söz konusu olabilir. Bu durumda, şüphesiz, o hükümler çerçevesinde hareket edilecektir. Ancak, bir hükmün yokluğunda uluslararası bir örgütün sonlandırılması ve sonrasında yerine bir başkasının geçmesine veya onun işlevlerinin üstlenilmesine dair kararların, bilhassa da sonlanmaya ilişkin kararın kim veya kimler tarafından alınabileceği çok da net bir husus değildir. Bu konuda meselâ bkz. **Klabbers**, s. 322-323.

<sup>80</sup> Bu konuda, meselâ *Hahn*, uluslararası örgütler arasında ardılık teşkil eden yerine geçme, birleşme ve nakilde mutlaka antlaşmanın veya onun yerine geçebilecek diğer bir

olarak, bir anlaşmaya dayanmalıdır. Peki, bu anlaşmalar ne şekilde olmalıdır? Anlaşmaların, bu kapsamda, üç şekilde ortaya çıkabileceği doktrinde vurgulanmaktadır: “Resmî anlaşmalar”<sup>81</sup>, “*inter se* anlaşmalar”<sup>82</sup> ve “paralel kararlar/anlaşmalar”<sup>83</sup>.<sup>84</sup> Hemen ilâve edilmelidir ki, uluslararası örgütler arasındaki ardılık durumunda, en azından kısa da olsa belirli bir süre, iki örgütün, yâni ardıl olunan ve ardıl olan örgütlerin de, paralel şekilde var oldukları görülmektedir<sup>85</sup>.

Öte yandan, uluslararası örgütler arasında bu şekilde bir rızanın sözü konusu olmadığı durumlar da bile bazen ardılığın oluştuğu kabul edilebilecektir. Doktrinde otomatik ardılık olarak da adlandırılan bu durumun<sup>86</sup> en temel örneğini, Milletler Cemiyetinin işlevlerini, en azından belirli konu-

---

uluslararası işlemin var olmasının gereği üzerinde durmuştur. Bkz. **Hahn**, 1983, s. 166. İlâveten, **Schneider**, bir örgütün anayasasında başka örgütlerin işlevleri veya malvarlıklarını alabilme yetkisinin tanınmış olabileceğine, eğer böyle bir yetki tanınmamışsa bir anlaşma bağlanması yoluna gidilebileceğine işaret etmiştir. Bkz. **Schneider**, *Jonannes Wilhelmus: Treaty-Making Power of International Organizations*, Genève, 1963, s. 73.

<sup>81</sup> Ardılık konusunda ilgili örgütler arasında imzalanan antlaşmalardır.

<sup>82</sup> En basit tanımıyla, doğrudan örgütler arasında değil, taraflar arasında akdedilen çok taraflı antlaşmalardır.

<sup>83</sup> Örgütler arasında ardılığa ilişkin doğrudan bir anlaşma olmasa da, ilgili örgütlerce veya üye devletler arasında gerçekleşen anlaşmalar sonucunda örgütlerin konuya ilişkin aldıkları paralel kararlara işaret edilmektedir.

<sup>84</sup> Bu konuda bkz. **Mochi-Onory**, s. 42 (Örgüt rızasına vurgu yapan *Mochi-Onory*, bu çerçevede, durumu ardıl olmaya muktedir örgütten bir diğerine ki, o diğerinin de bunu istemesi koşuluyla devredilmesi olarak betimlemiştir); **Gebeyehu**, *Alemnew: “Dissolution and Succession of International Organizations”*, *Journal of Research in Humanities & Social Sciences*, vol. 17/1, 2017, s. 85-86.

<sup>85</sup> Bu konuda meselâ bkz. **Seidl-Hohenveldern**, s. 95; **Ingravallo**, s. 457.

<sup>86</sup> Bkz. **Fitzmaurice**, s. 8-10; **Hahn**, 1962 (I), s. 405-413; **Hahn**, 1983, s. 167; **Seidl-Hohenveldern**, s. 95-96; **Myers**, 1993, s. 59-77, özellikle s. 77; **Schermers**, Henry G.: “Besprechungen: PATRICK R. MYERS: Succession between International Organizations. A Publication of the Graduate Institute of International Studies in Geneva. 1993. 185p.”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 35/3, 1997, s. 333-334; **Schmalenbach**, paragraf: 18-19; **Wessel**, Ramsey A.: “Dissolution and Succession: The Transmigration of the Soul of International Organizations”, in *Research Handbook on the Law of International Organizations*, edited by Klabbers & Wallendahl, Surrey, 2011, s. 351; **Schermers & Blokker**, s. 1109. Buna karşılık, doktrinde bazı yazarlar tarafından uluslararası örgütler arasında otomatik ardılık olamayacağının ileri sürüldüğünün de belirtmesi gerekmektedir. Bkz. **Chiu**, s. 103-106; **O’Connell**, 1970, s. 397; **Amerasinghe**, s. 474-477; **Sands & Klein**, s. 531 paragraf: 15-120; **Maluwa**, s. 32; **Boczek**, s. 74; **Ingravallo**, s. 464 (Genelde, bu yazarlar, bilhassa Milletler Cemiyeti ile Birleşmiş Milletler arasındaki durumu üstü kapalı rızaya bağlamaktadır). Türk doktrininde de *Sur* da Milletler Cemiyeti ve Birleşmiş Milletler örneği çerçevesinde otomatik ardılığın oluşmadığını belirtmiştir. Bkz. **Sur**, s. 191.

larda ve bir kısmını üstlenmiş görünen Birleşmiş Milletler teşkil etmektedir<sup>87</sup>. Nitekim bu konuda uluslararası yargı görüşleri<sup>88</sup> söz konusu olduğu gibi, örgütün bünyesinde de bu yönlü bazı açıklamaların<sup>89</sup> yapıldığı takip edilmektedir. Bir başka örneğin, Afrika Birliği Örgütü ve Afrika Birliği arasında cereyan ettiği ifade edilebilir. Her ne kadar otomatik ardılık bu çerçevede tartışılrsa da kurucuları önceki örgütle aynı sonraki örgütün durumunun bu şekilde olduğu kabul edilebilecektir<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> Milletler Cemiyeti ve Birleşmiş Milletler arasındaki durumu biraz daha aydınlatmakta yarar vardır. Bu çerçevede, Milletler Cemiyetinin tasfiyesi sonrası dağıtılmış bir ardılığın söz konusu olduğu ve böylelikle Birleşmiş Milletlerin tek ardıl örgüt değil, ancak en önemli ardıl örgüt olduğu mütalâa edilebilecektir. Birleşmiş Milletler, Milletler Cemiyetinin belirli işlevlerini üstlenmeyeceğini açıkça kabul etmiştir. Özellikle uluslararası antlaşmalar ve diğer belgeler çerçevesinde Milletler Cemiyetinin edinmiş olduğu *siyasî* işlev ve yetkilerin üstlenilmesi Birleşmiş Milletler tarafından reddedilmiştir. Milletler Cemiyeti varlıklarının ise, Birleşmiş Milletlere geçmesi öngörülürken, hâlihazırda Birleşmiş Milletlere üye olmayan devletler ise kendilerine düşen payları peşin olarak almışlardır. Bu konuda Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun almış olduğu bazı kararlara bakılabilir. Bkz. General Assembly Resolution 24(I), *Transfer of Certain Functions, Activities and Assets of the League of Nations*, 29th Plenary Meeting (12 February 1946), s. 35-36 via undocs.org/en/A/RES/24(I) (son erişim tarihi: 20/01/22); General Assembly Resolution 51(I), *Transfer to the United Nations of Certain Non-Political Functions and Activities of the League of Nations, other than those pursuant to International Agreements*, 65th Plenary Meeting (14 December 1946), s. 78-79 via undocs.org/en/A/RES/51(I) (son erişim tarihi: 20/01/22). Bu konuya ilişkin ayrıca bkz. dipnotlar *supra* 42 ve *infra* 88.

<sup>88</sup> Bkz. Uluslararası Adalet Divanı tarafından verilen 1950 tarihli Güney-Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsüne Dair Danışma Görüşü (Bkz. "International Status of South-West Africa", Advisory Opinion of July 11th 1950 via <https://icj-cij.org/public/files/case-related/10/010-19500711-ADV-01-00-EN.pdf> (son ziyaret tarihi: 04/11/21)) ve 1971 tarihli Namibya'da Güney Afrika'nın Devem Eden Varlığının Devletler İçin Hukukî Sonuçlarına Dair Danışma Görüşü (*supra* dipnot: 27) Danışma Görüşü. Bu Danışma Görüşlerine dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Klein**, Eckart: "South West Africa/Namibia (Advisory Opinions and Judgments)", *Encyclopedia of Public International Law: Decisions of International Courts and Tribunals and International Arbitrations*, vol. 2, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1981, s. 260-269; **Elias**, Taslim O.: *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems: Essays on International Law*, The Hague, 1983, s. 334-350.

<sup>89</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonunda, Milletler Cemiyetine verilen depoziterlik işlevlerinin ek bir işlem olmaksızın Birleşmiş Milletlere geçmesine dair görüşün oluştuğu takip edilmektedir. Bu konudaki tartışmalara dair bkz. "Questions of Extended Participation in General Multilateral Treaties Concluded under the Auspices of the League of Nations" (712.-713. Meetings), *Yearbook of International Law Commission*, vol. I, 1963, s. 267-276. Ayrıca, bkz. **Maluwa**, s. 29.

<sup>90</sup> Bu konuda bkz. **Maluwa**, s. 29-32 (*Maluwa*, **Chiu**'ya da atıfla, otomatik ardılığı kabul etmemekte ve tıpkı Chiu gibi bu durumun bir uygunluk veya zaruretten kaynaklandığını

Uluslararası örgütler arasında ardıllık konularının hukuken neleri kapsadığı da kısaca ele alınması gereken hususlardan biridir. Bu minvalde, antlaşmalar, örgütün malvarlığı, borçları, arşivleri, örgüt çalışanlarının durumları ve örgüt üyeliği gibi konular bu kapsamda gündeme gelebilecektir. Her ne kadar, bu konularda genel kurallar olmasa da bazı örnekler çerçevesinde değerlendirmelerde bulunabilir.

Antlaşmalar konusunda genel bir kural bulunmamakla birlikte eğer ardıl olunan örgüt tarafından bağtlanmış olan antlaşmada o örgüte tanınan yetkilerin sonraki örgüte veya örgütlere devri amaçlanıyorsa, ardıl olan örgüt veya örgütler başta olmak üzere diğer sözleşmeciler tarafından da olumlu karşılanması koşuluyla bu yetkilere sahip olunabileceği kabul edilmektedir<sup>91</sup>. İlaveten önceki örgütün diğer uluslararası hukuk kişileriyle yaptığı anlaşmalarla eğer ardıl örgüt veya örgütler ile birlikte diğer tarafların aksi yönde bir belirlemesi yoksa bağlı olunmayacağı kabul edilmektedir<sup>92</sup>.

Örgütler arasındaki ardıllık durumunda ardıl olunan örgütün malvarlığının ilke olarak sonraki örgüt veya örgütlere doğrudan nakledildiği kabul edilmektedir<sup>93</sup> ve benzer durum arşivler için de geçerli olacaktır<sup>94</sup>. Ancak, borçlar konusunda bu denli genel bir kabulün oluşmadığı ifade edilmelidir. *Hahn* malvarlığına ardıllığın beraberinde sorumluluklara ilişkin bir ardıllığı da gerektirmediğini belirtirken Milletler Cemiyeti ve Birleşmiş Milletler arasındaki duruma işaret etmiştir<sup>95</sup>. *Myers* her ne kadar örgütlerin ardıllığında borçlar konusunda bazı istisnai örneklere yer vermiş olsa da, ilke olarak, borçların doğrudan sahiplenilmediğini, sadece konunun çözümü için anlaşıldığını vurgulamakla yetinmiştir<sup>96</sup>. *Klabbers* ise, Milletler Cemiyetinin borçlarının titiz bir şekilde ele alınmış olmasına karşılık örgütlerin ardıllığına ilişkin benzer diğer durumlar açısından vaziyetin net olmadığını altını çizmiş; bununla beraber yeniden yapılandırmada borçların devam etmemesi

---

ve her hâlükârda ardıl olan örgütün kendi tercihi ile işlevleri yüklediğini bildirmektedir).

<sup>91</sup> Bkz. *Ingravallo*, s. 466. Ayrıca, bkz. *Schmalenbach*, paragraf: 27.

<sup>92</sup> Bkz. *Ingravallo*, s. 466. Ayrıca, bkz. *Schmalenbach*, paragraf: 28. Ayrıca, daha genel olarak örgütler arasında ardıllık durumunda anlaşmalara dair daha ayrıntılı bir inceleme için bkz. *Mochi-Onory*, özellikle s. 42 vd.

<sup>93</sup> Hemen belirtmelidir ki, *Schneider* işlevlerin idarî mekanizme ve zarurî parasal kaynaklar olmaksızın gerçekleştirilmesinin güç olduğuna işaret ederek, yetkilerin transferinin malvarlığının transferiyle yakın ilişkili olduğunu vurgulamıştır. Bkz. *Schneider*, s. 91.

<sup>94</sup> Bkz. PAU Kararı, *supra* dipnot: 68, s. 443.

<sup>95</sup> Bkz. *Hahn*, 1983, s. 167.

<sup>96</sup> Bkz. *Myers*, 1993, s. 93-94.

için bir nedenin bulunmadığını da belirtmekten geri kalmamıştır<sup>97</sup>. *Schmalenbach* açıklamaları ise konuyu netleştirmek açısından önemlidir. Bu minvalde, borçların genelde ardıl olunan örgüt bünyesinde ele alındığına, ardıl örgütün ise ardıl olunan örgütün tasfiye sürecinin tamamlanmasını sağladığına ve bu durumda da âdeta kayyım gibi hareket ettiğine ancak hiçbir biçimde borçları üstlenmediğine dikkat çekmiştir<sup>98</sup>. Buna karşılık, *Ingravallo* mallar ve borçlar konusunu bir bütün olarak ele alarak değerlendirmiş mülk ve borçların otomatik olarak veya zorunlu olarak transferinin söz konusu olmadığını altını çizmiştir<sup>99</sup>.

Personel konusunda da uluslararası hukukta şekillenen kurallar bulunmamaktadır. Buna karşılık, doktrinde dağılan bir uluslararası örgütün personeline dair ardıl olan örgütün işlemlerde bulunabileceği öngörülmektedir. Bu itibarla, Afrika Birliği kurulduktan sonra bünyesinde almış olduğu bir dizi kararla kendinden önceki Afrika Birliği Örgütünün çalışanlarının durumunu düzenlemiş ve böylelikle de eski örgütlenmede vazife alan personelin statülerini düzenlemek suretiyle bir bütün olarak tekrar Birliğe iş başvurusu yapmak zorunluluğunu kaldırmıştır<sup>100</sup>. Bu bağlamda, doktrinde bir diğer yazar *Gebeyehu* da malvarlığının, borçların ve sorumluluğun, bu konuda açık bir düzenlemenin yokluğunda, genel olarak, anlaşmalar çerçevesinde geçebileceğini belirtmiştir<sup>101</sup>. Nitekim Birleşmiş Milletler Yardım ve Rehabilitasyon Ajansının Birleşmiş Milletler ile bağtlandığı anlaşma sonucu Birleşmiş Milletler Çocuk Fonuna devredilen yetkileri bağlamında, Örgüt, sağlık sebebiyle Ajanstan ayrılan eski memurlarından birine ayrılmasından sonra ödenmeye devam eden aylık 1180 Pound tutarındaki maaşların iade edilmesine dair Belçika Mahkemelerine başvuruda bulunup, fazladan ödenen miktarlar için geri ödeme sağlayabilmiştir<sup>102</sup>.

Uluslararası örgüt üyeliği ve ardıllık denildiğinde akıllara evveliyatla gelen devletlerin ardıllığı ve bu bağlamda ardıl devletlerin ardıl olunan devletin üyesi olduğu mevcut bir uluslararası örgüte üyelikleri hususudur<sup>103</sup>.

<sup>97</sup> Bkz. **Klabbers**, s. 329-330.

<sup>98</sup> Bkz. **Schmalenbach**, paragraf: 30.

<sup>99</sup> Bkz. **Ingravallo**, s. 467.

<sup>100</sup> Bu konu hakkında bkz. **Maluwa**, s. 32.

<sup>101</sup> Bkz. **Gebeyehu**, s. 85-87.

<sup>102</sup> Bkz. **Verzijl**, s. 318. Uluslararası örgütler arasındaki ardıllığa ilişkin bir diğer önemli konu ise, önceki örgütün kararlarına dair hususlar olmaktadır. Meselâ, *Schermers* önceki örgütün, yâni ardıl olunan örgütün kararlarının bilhassa iç düzene yönelik olanların hukukî etkisini kaybettiğine işaret ettiği görülmektedir. Bkz. **Schermers**, 1997, 334.

<sup>103</sup> Bu konuya dair ayrıntılı değerlendirme ve açıklamalar için bkz. **Bühler**, Konrad G.: *State Succession and Membership in International Organizations: Legal Theories versus*

Ancak, unutulmaması gereken, nadir de olsa bir uluslararası örgütün bir diğer uluslararası örgüte üye olabileceği hususudur<sup>104</sup>. Bu durumda da, her ne kadar çok istisnaî olarak kabul edilebilecek bir durum olsa da, bir uluslararası örgüte üye konumundaki başka bir uluslararası örgütün dağılması ve yerine bir veya birkaç örgütün ardıl olarak geçmesi hâlinde ardıl konumundaki uluslararası örgüt veya örgütler açısından da üyeliğin devam edip etmeyeceği tartışılabilir. Her ne kadar bu duruma dair bir açıklık olmasa ve her durumun somut özellikleri gözetilmek suretiyle bir değerlendirilmede bulunulması gerekeceği ileri sürülebilse de, bu aşamada ardıl örgüt veya örgütlerin tekrardan üyelik başvurusunda bulunmaları gerekeceği mütalâa edilebilir.

---

Political Pragmatism, The Hague, 2001. Ayrıca bkz. **O'Connell**, 1956, s. 64-69; **González Campos**, D. Julio: "Notas sobre la practica de las organizaciones internacionales respecto a los efectos de la sucesión de Estados en el estatuto de miembro de la organizacion", Revista Espanola de derecho internacional, vol. 15/3, 1962, s. 465-508; **Green**, Leslie C.: "The Dissolution of States and Membership of the United Nations", Saskatchewan Law Review, vol. 32/2, 1967, s. 93-112; **Vagts**, s. 293-294; **Ribbelink**, s. 151-154 ve dipnot: 53; **Bühler**, Konrad G.: "State Succession, Identity/Continuity and Membership in the United Nations", in La succession d'états: la codification à l'épreuve des faits/State Succession: Codification Tested against the Facts, edited by Eisemann & Koskeniemi, The Hague, 2000, s. 187-326; **Zimmermann**, 2006 paragraflar: 16; **Çamyamaç**, Anıl: "Avrupa Birliği'nde Ayrılıkçı Hareketler ve Olası Hukukî Sonuçları Hakkında", in Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrılıkçı Hareketler: Katalonya, Bask Bölgesi, Kuzey İrlanda, İskoçya, Flaman Bölgesi ve Kuzey İtalya, edited by Yıldız, Ankara 2020, s. 27-28.

<sup>104</sup> Birçok uluslararası örgüt bir başka uluslararası örgütün faaliyetlerinde yer alsa da, bu genellikle danışma amaçlı ve gözlemci statüsüyle gerçekleşmektedir. Ancak fazla rastlanılmasa da bir uluslararası örgüt bir başka uluslararası örgütü tam üye de olabilmektedir. Bu konuda ilk akla gelen örgüt Avrupa Birliği olsa da, Birlik bu alanda tek örneği teşkil etmemektedir. "Avrupa Yatırım Bankası" (*European Investment Bank*) "Avrupa İmar ve Kalkınma Bankasına" (*European Bank for Reconstruction and Development*), "Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu" (*European Atomic Energy Community*) "ITER Uluslararası Füzyon Enerji Örgütüne" (*ITER International Fusion Energy Organization*) tam üye konumundadır. Bunlara ilâve olarak, "Emtia Ortak Fonuna" (*Common Fund for Commodities*) birçok uluslararası örgütün üye olduğu gözlenmektedir. Gıda ve Tarım Örgütünün Anayasasında gerçekleştirilen düzenlemeler sayesinde herhangi bir bölgesel ekonomik bütünleşme örgütü Örgüte tam üye olabilmektedir. Bu konu hakkında ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için meselâ bkz. **Schermers & Blokker**, s. 78-82. Paralel olarak, Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulan programların da birer uluslararası örgüt niteliğinde sayılabileceklerini açıklarken *Seidl-Hohenveldern*, bunlara uluslararası örgütlerin de üye olmalarının bu durumu sorgulatamayacağını belirtirken, uluslararası örgütlerin uluslararası örgütlere üyeliği konusuna da böylelikle bir nebze açıklık getirmiş olmaktadır. Bkz. **Seidl-Hohenveldern**, s. 98-99.



## SONUÇ

Uluslararası hukukun en karmaşık konularından birini teşkil eden ardıllık, genelde ve temelde, devletler kapsamında ele alınıp tartışılmaktadır. Oysa uluslararası hukukun artık tartışmasız kişilerinden biri konumundaki uluslararası örgütler için, tam da hukukî kişiliklerinin bir sonucu olarak uluslararası hukuk bağlamında aralarındaki ardıllık meselelerinin de ele alınmasının günümüzde bir zaruret hâline geldiği mütalâa edilebilecektir. Nitekim uygulama incelendiğinde, kaçınılmaz olarak, uluslararası örgütler arasında ardılığa ilişkin durumların ortaya çıktığı rahatlıkla fark edilmektedir. Ancak, bir yanda uluslararası hukukta ardıllık gibi zor ve karmaşık bir alanın varlığı, diğer yanda uluslararası örgütler gibi özellikle son yıllarda iyice gelişen ve genişleyen bir diğer alanın varlığı, bir makale çerçevesinde konunun ayrıntılı bir biçimde değerlendirilmesini zorlaştırmaktadır. Böylelikle bu makalede amaçlanan, doktrinde çok değinilmeyen bir konunun, genel hatlarıyla ele alınarak tanıtılmasından ibarettir.

Uluslararası örgütler işlevsellikleriyle ön plâna çıkan türev hukuk kişileridir. Üye devletlerin uluslararası bir örgütü kurmakta, onu türetmekteki saikleri ona atfettikleri işlevlere duydukları ihtiyaçta yatmaktadır. Buradan yola çıkıldığında, herhangi bir sebeple sonlanan, dağılan, ayrılan, katılan veya birleşen uluslararası örgüt veya örgütlerin işlevleri onların işlevsellik açısından devamını devletler için vazgeçilmez kılabilecektir. Bu çerçevede de uluslararası örgütler arasında ardıllık müessesesi ortaya çıkmaktadır. Daha açık ve basit ifade etmek gerekirse, devletlerin ardıllığı genel olarak ülkesel zemine dayandırılabilirken, uluslararası örgütlerin ardıllığı işlevsel zeminde hayat bulmaktadır. Bu işlevsellik devletler için onları hayatî kılmaktadır.

Uluslararası örgütler arasındaki ardılığın, temel olarak, antlaşmaya, bilhassa da kurucu antlaşmalara dayanması beklenebilecekken, bazı durumlar için yazarlar, tartışılabilir olsa da, otomatik ardılığın varlığını ileri sürmüştür. Öte yandan, kesin kurallar teşkil etmese ve istisnaları sıklıkla gözlenebilse de, işlevler, antlaşmalar, malvarlıkları, arşivler, personel gibi unsurlar sonraki örgüt veya örgütlere intikal edebileceken, borçların ise geçmemesi gerektiği mütalâa edilmektedir.

Tüm açıklamalar bakımından ele alındığında, özünde görüleceği üzere, her iki dalın da karmaşıklığı genel kuralların oluşmasını zorlaştırmaktadır. Bakıldığında, devletlerin ardılığında dahi akdedilen evrensel sözleşmelerin durumu ve bundan hariç uluslararası örf ve âdet kurallarının nitelikleri bellidir. Çok daha yeni bir oluşum olan uluslararası örgütler konusunda ise, bu

belirsizlik ardılık bağlamında kendisini daha da güçlü hissettirmektedir. Nitekim doktrinde konuya eğilen yazarların dahi birçok husus üzerinde anlaşamadıkları fark edilmektedir. Bu haseple uluslararası örgütler arasındaki ardılık konusunun incelenmesinin faydalı olacağı kadar nispetten bâkir bir alan olmasıyla da hukuk doktrinindeki araştırmacılar için geniş fırsatlar yaratabileceği üzerinde durulmalıdır.

## BİBLİYOGRAFYA

### Dâvalar, Uluslararası Antlaşmalar ve Diğer Resmî Metinler

- 1946 (12 Şubat) tarih ve 24(I) sayılı BM Genel Kurul Kararı.  
 1946 (14 Aralık) tarih ve 51(I) sayılı BM Genel Kurul Kararı.  
 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Görevi Esnasında Uğranılan Cismanî Zararların Giderilmesine Dair Danışma Görüşü. (UAD)  
 1950 tarihli Güney-Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsüne Dair Danışma Görüşü. (UAD)  
 1952 tarihli Pan-Amerikan Birliği v. Amerikan Güvenlik ve Himaye Şirketi. (PAU Kararı)  
 1971 tarihli Namibya'da Güney Afrika'nın Devem Eden Varlığının Devletler İçin Hukukî Sonuçlarına Dair Danışma Görüşü. (UAD)  
 1975 tarihli Avrupa Uzay Ajansının Kurulmasına Dair Sözleşme.  
 1978 tarihli Devletlerin Antlaşmalara Ardıllığı Viyana Sözleşmesi.  
 1983 tarihli Devlet Malların, Borçlarına ve Arşivlere Ardıllığa Dair Viyana Sözleşmesi.  
 1986 tarihli Uluslararası Hükûmetler Dışı Örgütlerin Hukukî Kişiliğinin Tanınmasına Dair Avrupa Sözleşmesi.  
 1997 tarihli Gabčíkovo-Nagymaros Projesine Dair Dâva. (UAD)

### Kitap & Makaleler<sup>105</sup>

- Amerasinghe**, Chittharanjan F.: Principles of the Institutional Law of International Organizations, 2nd Edition, Cambridge, 2005.  
**Bal**, Ali: Uluslararası Hava Hukuku: Hava Sahasının Hukukî Rejimi, Ankara 2019.  
**Berkov**, The World Health Organization: A Study in Decentralized International Administration, Genève, 1957.  
**Bernardez**, Santiago Torres: "Succession of States", in International Law: Achievements and Prospects, edited by Bedjaoui, Paris, 1991, s. 381-404.  
**Bettati**, Mario: "Création et personnalité juridique des organisations internationales", in A Handbook on International Organizations/Manuel

<sup>105</sup> Bibliyografyada yer verilmiş olan Fransızca ve İspanyolca eserlere ulaşılmış olmakla birlikte, bu eserler doğrudan değerlendirme altına alınmamıştır.

sur les organisations internationales, edited by Dupuy, Dordrecht, 1988, s. 33-60.

**Boczek**, Boleslaw Adam: *The A to Z of International Law*, Lanham, 2010.

**Bokor-Szegö**, Hanna: “Identity and Succession of States in Modern International Law”, in *Questions of International Law: Hungarian Perspectives*, edited by Haratszi, Translated by Decsényi & Simon, Budapest, 1986, s. 15-41.

**Bühler**, Konrad G.: “State Succession, Identity/Continuity and Membership in the United Nations”, in *La succession d'états: la codification à l'épreuve des faits/State Succession: Codification Tested against the Facts*, edited by Eisemann & Koskenniemi, The Hague, 2000, s. 187-326.

**Bühler**, Konrad G.: *State Succession and Membership in International Organizations: Legal Theories versus Political Pragmatism*, The Hague, 2001.

**Cafilisch**, Lucius C.: “The Law of State Succession: Theoretical Observations”, *Netherlands International Law Review*, vol. 10/4, 1963, s. 337-366.

**Castrén**, Erik: “On State Succession in Practice and Theory”, *Nordisk Tidsskrift International Ret*, vol. 24, 1954, s. 55-75.

**Cervera Vallterra**, María: “La disolución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero: estado actual”, *Revista de derecho Comunitaria Europea*, no: 12, 2002, s. 393-432.

**Chiu**, Hungdah: “Succession in International Organisations”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 14/1, 1965, s. 83-120.

**Cowger**, Alfred R. Jr.: “Rights and Obligations of Successor States: An Alternative Theory”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 17/2, 1985, s. 385-314.

**Crawford**, James: “The Contribution of Professor D.P. O'Connell to the Discipline of International Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 51, 1980, s. 1-87.

**Çamyamaç**, Anıl: “Dünya Turizm Örgütü”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 2, 2017, s. 159-186.

**Çamyamaç**, Anıl: “Uluslararası Hukukta Elçilik Binalarına Dair Bazı Teknik Konular Üzerine Bir İnceleme”, *Terazi (Aylık Hukuk Dersleri)*, Cilt: 13 Sayı: 145, 2018, s. 73-92.

- Çamyamaç, Anıl:** “Avrupa Birliği’nde Ayrılıkçı Hareketler ve Olası Hukukî Sonuçları Hakkında”, in Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrılıkçı Hareketler: Katalonya, Bask Bölgesi, Kuzey İrlanda, İskoçya, Flaman Bölgesi ve Kuzey İtalya, edited by Yıldız, Ankara 2020, s. 7-38.
- Degan, Vladimir-Djuro:** “State Succession”, Finnish Yearbook of International Law, vol. 4, 1993, s. 130-193.
- Delupis, di Ingrid Doimi:** The East African Community and Common Market, London, 1970.
- Eisemann, Pierre Michel & Koskenniemi, Martti (eds.):** La succession d'états: la codification à l'épreuve des faits/State Succession: Codification Tested against the Facts, The Hague, 2000.
- Elias, Taslim O.:** The International Court of Justice and Some Contemporary Problems: Essays on International Law, The Hague, 1983.
- Fiedler, Wilfried:** “Continuity”, Encyclopedia of Public International Law: States-Responsibility of States-International Law and Municipal Law, vol. 10, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1987, s. 65-68.
- Fiedler, Wilfried:** “State Succession”, Encyclopedia of Public International Law: States-Responsibility of States-International Law and Municipal Law, vol. 10, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1987, s. 446-456.
- Fitzmaurice, Gerald Gray:** “The Law and Procedure of the International Court of Justice: International Organizations and Tribunals”, British Yearbook of International Law, vol. 29, 1952, s. 1-62.
- Gebeyehu, Alemnew:** “Dissolution and Succession of International Organizations”, Journal of Research in Humanities & Social Sciences, vol. 17/1, 2017, s. 83-89.
- González-Campos, D. Julio:** “Notas sobre la practica de las organizaciones internacionales respecto a los efectos de la sucesión de Estados en el estatuto de miembro de la organizacion”, Revista Espanola de derecho internacional, vol. 15/3, 1962, s. 465-508.
- Goodman, Neville M.:** International Health Organizations, 2nd Edition, Aylesbury, 1971.
- Green, Leslie C.:** “The Dissolution of States and Membership of the United Nations”, Saskatchewan Law Review, vol. 32/2, 1967, s. 93-112.
- Grotius, Hugo:** De jure belli ac pais, Translated by Kelsey, Oxford, 1925.

- Hahn, Hugo J.:** “Continuity in the Law of International Organization”, *Duke Law Journal*, vol. 1962/2, 1962, s. 379-422.<sup>106</sup> (HAHN, 1962 (I))
- Hahn, Hugo J.:** “Continuity in the Law of International Organization. Part Two: Continuity from OEEC to OECD”, *Duke Law Journal*, vol. 1962/4, 1962, s. 522-557. (HAHN, 1962 (II))
- Hahn, Hugo J.:** “La reconstitution de l’O.E.C.E. at sa continuation dans l’O.C.D.E.”, *Annuaire français de droit international*, vol. 8, 1962, s. 751-762.
- Hahn, Hugo J.,** “Constitutional Limitations in the Law of the European Organisations”, *Recueil des cours*, vol. 108, 1963-I, 1963, s. 189-306.
- Hahn, Hugo J.:** “International Organizations, Succession”, *Encyclopedia of Public International Law: International Organizations in General-Universal International Organizations and Cooperations*, vol. 5, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1983, s. 166-168.
- Hershey, Amos S.:** “The Succession of States”, *American Journal of International Law*, vol. 5/2, 1911, s. 285-297.
- Hudson, Manley O.:** “The Succession of the International Court of Justice to the Permanent Court of International Justice”, *American Journal of International Law*, vol. 51/3, 1957, s. 569-573.
- Ingravallo, Ivan:** “Handle with Care! The Succession between International Organizations”, in *Evolutions in the Law of International Organizations*, edited by Virzo & Ingravallo, Leiden, 2015, s. 451-467.
- Kiss, Alexander-Charles:** “Quelques aspects de la substitution d’une organisation internationale a une autre”, *Annuaire français de droit international*, vol. 7, 1961, s. 463-491.
- Klabbers, Jan:** *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, 2002.
- Klein, Eckart:** “South West Africa/Namibia (Advisory Opinions and Judgments)”, *Encyclopedia of Public International Law: Decisions of International Courts and Tribunals and International Arbitrations*, vol. 2, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1981, s. 260-270.
- Koskenniemi, Martti:** “Report of the Director of the English Speaking Section of the Sector”, in *La succession d’états: la codification à l’épreuve des faits/State Succession: Codification Tested against the*

---

<sup>106</sup> *Hahn*’ın bu eseri aynı zamanda “Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht” (*ÖZöR*) adlı derginin 1964 yılı baskısında (s. 167-239) basılmıştır.

- Facts, edited by Eisemann & Koskenniemi, The Hague, 2000, s. 65-132.
- Kunz**, Josef L.: “The Bogota Charter of the Organization of American States”, *American Journal of International Law*, vol. 42/3, 1948, s. 568-589.
- Linares**, Antonio: “La sucesión de estados”, *Boletín de la academia de ciencias, políticos y sociales*, vol. 32/47, 1971, s. 73-82.
- Lyall**, Francis: “INMARSAT”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, November 2006 via <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e468> (son ziyaret tarihi: 01/07/17).
- Maluwa**, Tijana: “From the Organisation of African Unity to the African Union: Rethinking the Framework for Inter-State Cooperation in Africa in the Era of Globalisation”, *University of Botswana Law Journal*, vol. 5/6, 2007, s. 5-47.
- Marek**, Krystna: *Identity and Continuity of States in Public International Law*, Genève, 1968.
- McKinnon Wood**, H.: “The Dissolution of the League of Nations”, *British Yearbook of International Law*, vol. 23, 1946, s. 317-323.
- Mensah**, Thomas A.: “International Maritime Organization (IMO)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, April 2011 via <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e491> (son ziyaret tarihi: 01/07/17).
- Meray**, Seha L.: *Devletler Hukukuna Giriş*, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 1960.
- Meray**, Seha L.: *Devletler Hukukuna Giriş*, Cilt II, Ankara, ...
- Mochi-Onory**, Andrea G.: “The Nature of Succession between International Organizations: Functions and Treaties”, *Revue h ellenique de droit international*, vol. 21/1, 1968, s. 33-48.<sup>107</sup>
- M ullerson**, Rein: “The Continuity and Succession of States, by Reference to the Former USSR and Yugoslavia”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 42/3, 1993, s. 473-493.

<sup>107</sup> *Mochi-Onory*'nin bu makalesinin İtalyanca orijinali 1967 yılında *Rivista di diritto internazionale* adlı dergide yayınlanmıştır.

- Myers**, Denys P.: “Liquidation of League of Nations Functions”, *American Journal of International Law*, vol. 42/2, 1948, s. 320-354.
- Myers**, Patrick R.: *Succession between International Organizations*, London, 1993.
- Nogovitsyna**, Yulina: “An Alternative Look at State Succession”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 26, 2002/3, s. 175-186.
- O’Connell**, Daniel Patrick: *The Law of State Succession*, Cambridge, 1956.
- O’Connell**, Daniel Patrick: *International Law*, vol. I, 2nd Edition, London, 1970.<sup>108</sup>
- Oppenheim**, Lassa: *International Law: A Treatise*, vol. I (Peace), London, 1912.
- Pazarcı**, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, III. Kitap, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 1999.
- Pazarcı**, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, IV. Kitap, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 2016.
- Pazartzis**, Photini: “State Succession to Multilateral Treaties: Recent Developments”, *Austrian Review of International & European Law*, vol. 3, 1998, s. 397-415.
- Rembe**, Nasila S.: “The Vienna Convention on State Succession in Respect of Treaties: An African Perspective on Its Applicability and Limitations”, *Comparative & International Law Journal of Southern Africa*, vol. 17, 1984, s. 131-143.
- Reuterswärd**, Reinhold: “The Legal Nature of International Organizations”, *Nordisk Tidsskrift International Ret*, vol. 49, 1989, s. 14-30.
- Ribbelink**, Olivier Menno: “On the Uniting of States in Respect of Treaties”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 26, 1995, s. 139-169.
- Sands**, Philippe & **Klein**, Pierre: *Bowett’s Law of International Institutions*, 5th Edition, London, 2001.
- Schachter**, Oscar: “State Succession: The Once and Future Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 33/2, 1993, s. 253-260.
- Schermers**, Henry G.: “Succession of States and International Organizations”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 6, 1975, s. 103-119.

---

<sup>108</sup> O’Connell’in eserinin ilk bası tarihi 1967’dir.



- Schermers**, Henry G.: “Besprechungen: PATRICK R. MYERS: Succession between International Organizations. A Publication of the Graduate Institute of International Studies in Geneva. 1993. 185p.”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 35/3, 1997, s. 332-334.
- Schermers**, Henry G. & **Blokker**, Niels M.: *International Institutional Law: Unity within Diversity*, 6th Revised Edition, Leiden, 2018.
- Schiavone**, Giuseppe: *International Organizations: A Dictionary and Directory*, 7th Edition, New York, 2008.
- Schmalenbach**, Kirsten: “International Organizations of Institutions, Succession”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2011 via [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com) (son ziyaret tarihi: 25/10/11).
- Schneider**, Johannes Wilhelmus: *Treaty-Making Power of International Organizations*, Genève, 1963.
- Seidl-Hohenveldern**, Ignaz: *Corporations in and under International Law*, Cambridge, 1987.
- Shaw**, Malcolm N.: “State Succession Revisited”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 5, 1994, s. 34-98.
- Simmonds**, Keith R.: “International Maritime Organization”, *Encyclopedia of Public International Law: International Organizations in General-Universal International Organizations and Cooperation*, vol. 5, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1983, s. 104-108.
- Sur**, Melda: *Uluslararası Hukukun Esasları*, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, İstanbul 2020.
- Szafarz**, Renata: “Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties: A General Analysis”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 10, 1980, s. 77-113.
- Teles**, Miguel Galvão: “State Succession and Treaty Survival between the Predecessor State and the Other State Party”, *South African Yearbook of International Law*, vol. 36, 2011, s. 1-36.
- Torre Cuadrada García-Lozano**, Soledad: “La sucesión entre organizaciones internacionales y la Unión Europea”, *Anuario de derecho internacional*, vol. 21, 2005, s. 227-271.
- Ubertazzi**, Benedetta: “The End of the ECSC”, *European Integration Online Papers*, vol. 8/20, 2004 via <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-020a.htm> (son ziyaret tarihi: 18/03/20).

- Vagts**, Detlev F.: “State Succession: The Codifiers’ View”, Virginia Journal of International Law, vol. 33/2, 1993, s. 275-297.
- Verzijl**, Jan Hendrik Willem: International Law in Historical Perspective: State Succession, vol. VII, Leyden, 1974.
- Virally**, Michel: “Definition and Classification: A Legal Approach”, International Social Science, vol. 29/1, 1977, s. 58-72.
- Vrancken**, Patrick: “The World Tourism Organisation”, South African Yearbook of International Law, vol. 24, 1999, s. 231-245.
- Wessel**, Ramsey A.: “Dissolution and Succession: The Transmigration of the Soul of International Organizations”, in Research Handbook on the Law of International Organizations, edited by Klabbers & Wallendahl, Surrey, 2011, s. 342-362.
- Zimmermann**, Andreas: “State Succession in Treaties”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, November 2006 via <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1109> (son ziyaret tarihi: 01/07/17).
- Zimmermann**, Andreas: “State Succession in Other Matters than Treaties”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, April 2007 via <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1108> (son ziyaret tarihi: 01/07/17).
- Zimmermann**, Andreas: “Continuity of States”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com) (son ziyaret tarihi: 04/10/10).



## **TÜRK BORÇLAR KANUNU M. 344 UYARINCA KİRA BEDELİNİN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN TEMEL ESASLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

*(Araştırma Makalesi)*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1089397>

***Doç. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK\****

### **Öz**

*Kira sözleşmesi toplumun genelini ilgilendiren bir sözleşme olduğundan zaman zaman kira bedelinin belirlenmesi ve artırım oranı hakkında kanun koyucunun ve yargının müdahaleleri görülebilmektedir. Bu noktada Ülkemizdeki esas sorun, yüksek enflasyon nedeniyle tarafların özgür iradeleriyle belirledikleri kira bedelinin sonraki yıllardaki artışının nasıl tespit edileceği konusudur. Bu sebeple, çalışmamızda TBK'nın 344. maddesinde kira bedelinin belirlenmesine ilişkin yer alan temel esasların incelenmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda hükümde yer alan esasların incelenmesine geçilmeden önce, TBK m. 344'ün zaman bakımından yürürlüğü ve hükümde yer alan "üfe" kriterinin "tüfe" olarak değiştirilmesi değerlendirilecektir. Akabinde maddede belirtilen kira bedelinin belirlenmesine ilişkin esaslar ve rayiç bedelin belirlenmesi kriterleri Yargıtay kararları ışığında ele alınacaktır.*

### **Anahtar Kelimeler**

*Kira sözleşmesi, Kira bedeli, Kira bedelinin belirlenmesi, Hakkaniyet, Rayiç bedel*

---

\* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul (seda.oktem@law.bau.edu.tr) ORCID: 0000-0002-9253-475X (Geliş Tarihi: 09.02.2022-Kabul Tarihi: 08.03.2022) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

**EVALUATION OF THE BASIC PRINCIPLES REGARDING  
THE DETERMINATION OF THE RENTAL PRICE DUE TO  
THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS ART. 344.**

*(Research Article)*

**Abstract**

*Since the lease contract is a contract that concerns the benefits of general public, interventions by the legislator and judiciary can be seen from time to time about the determination of the rental price and the increase rate. At this point in our country the fundamental issue is that how should be the adjustment of the increase of the rental price in the following renewed lease periods due to high inflation which the parties determine by their free will. For this reason, in our study it is aimed to examine the basic principles regarding the determination of rental price which take place in the Turkish Code of Obligations Art. 344. Within this scope before examining the basic principles of determination of rental fee, the enforcement of the Art. 344 and changing the criteria of supplier price index to the consumer price index in the article will be evaluated. Subsequently the principles regarding the determination of rental price mentioned in the article and the criteria for determining the current value will be discussed in the light of the Supreme Court decisions.*

**Keywords**

*Lease contract, Rental price, Determination of rental price, Equity, Current value*

## GİRİŞ

Kira sözleşmesi akdedilirken kira bedeli serbestçe belirlenebilir, zira kira sözleşmesi tarafların özgür iradeleriyle kurdukları bir Borçlar Hukuku sözleşmesidir. Bu sebeple, taraflarca başlangıçta belirlenen kira bedeline müdahale edilmesi kural olarak mümkün değildir. Bu noktada sözleşme özgürlüğünün genel sınırları (aşırı yararlanma, irade sakatlığı halleri, genel ahlaka aykırılık gibi) etkilidir<sup>1</sup>. Ancak, kira sözleşmesi toplumun genelini ilgilendiren bir sözleşme olduğundan zaman zaman kira bedelinin belirlenmesi ve artırımı oranı hakkında kanun koyucunun ve yargının müdahaleleri görülebilmektedir<sup>2</sup>. Bu noktada Ülkemizdeki esas sorun, yüksek enflasyon nedeniyle tarafların özgür iradeleriyle belirledikleri kira bedelinin sonraki yıllardaki artışının nasıl tespit edileceği konusudur<sup>3</sup>.

Belirli süreli sözleşme ilişkileri, genel ilkeler ışığında taraflarca kararlaştırılan sürenin sona ermesi ile birlikte sona erer. Şayet tarafların bu sözleşme ilişkisini devam etmek istemeleri halinde, bu konuda açıkça veya örtülü olarak anlaşmaları ve ilişkiyi istedikleri süre için uzatmaları gerekir. TBK m. 347 uyarınca, konut ve çatılı işyeri kiralarında ise sözleşmenin süresinin dolması, sözleşme belirli süreli yapılmış olsa dahi, kira sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine yol açmamakta ve kiracı, belirli süreli sözleşmenin süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadıkça sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiracının aksine bildirimde bulunmadıkça sözleşme aynı koşullarla uzatılmış sayılacak ise de bu durumun istisnasını kira bedeli teşkil eder. Nitekim bu husus TBK m. 343'te ifade edilmiş ve kira sözleşmesinde kira bedeli dışında kiracı aleyhine değişiklik yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracının korunma gayesi ışığında kiraya verenin kiracısını tahliye edebilme imkanı Kanunda sayılan sınırlı sebeplerin varlığına bağlıdır. Bu

<sup>1</sup> **İnceoğlu**, Murat: Kira Hukuku Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 133; **Özen**, Burak: “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22, S.3, 2016, s. 2035; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 413, N. 1357; **Gökyayla**, Emre: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Cilt 4-5 (Madde 207-392), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019 (Şerh), m. 344, N. 3 ve 6.

<sup>2</sup> **Altaş**, Hüseyin: “Kira Parası Artışlarının Sınırlanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 49, S. 1, 2000, s. 97.

<sup>3</sup> **Altaş**, s. 97.

nedenle kira ilişkisinin kiraya verenin arzusu hilafına uzun yıllar sürmesi olasılığı karşısında, enflasyon olgusuna karşı kira bedelinin bütün bu süre boyunca aynı kalması ise mümkün değildir. Bu durumda kira bedelinin belirlenmesi sorunu ortaya çıkar<sup>4</sup>.

Kira bedelinin belirlenmesi sorunu 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 2. ve 3. maddelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından 1963 yılında iptal edilmesinin ardından büyük oranda Yargıtay kararları ile çözülmekteydi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesine kadar aradan geçen zaman içinde konu yasal olarak düzenlenmemiş ve Yargıtay kararları ile şekillenmişti<sup>5</sup>. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kira bedelinin belirlenmesi yasal bir zemine kavuşmuştur. TBK m. 344 ve 345'te yer verilen düzenlemede büyük ölçüde Yargıtay'ın yerleşik uygulaması esas alınmıştır<sup>6</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nun kira bedelinin<sup>7</sup> belirlenmesine ilişkin

<sup>4</sup> **İnceoğlu**, s. 126; **Gümüş**, Mustafa Alper: "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 69; **Yavuz**, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (10. Baskıyı Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen), 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 633; **Gökyayla**, K. Emre: "Türk Borçlar Kanununun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Mart- Nisan 2013, C.9, S.103-104, İstanbul (Kira Bedeli), s. 24; **Kapancı**, K. Berk; "Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Türk Lirası Üzerinden Belirlenmesinde TBK M. 344 F. 1 C. Son'un Yorumlanması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 2, 2015, s. 810; **Görmez**, Mustafa: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Uyarlanması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 67.

<sup>5</sup> **İnceoğlu**, s. 123; **Zevkililer**, Aydın/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 255; **Gümüş**, s. 68; **Gökyayla**, Şerh, m. 344, N. 6.

6570 sayılı Kanun dönemine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, 4. Bası, İstanbul 1989 (Cilt I/2), s. 23 vd.; **Altaş**, Kira Parası, s. 98 vd.; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: "Kira Bedellerinin Dondurulması Yasası ve Eleştirisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.12, S. 2, 2000, s. 399 vd. Ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde Yargıtay uygulaması çerçevesinde kira parasının artırılmasına ilişkin esaslar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Zevkililer/Gökyayla**, s. 244 vd.; **Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 589-590; **Özer**, Tülay: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Kira Tespit Davasının Niteliği", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, Cilt: VIII, Sayı: 2 (2011)- Cilt: XI, Sayı:1 (2012), s. 1016 vd.; **Görmez**, s. 18 vd.

<sup>6</sup> Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, TBK m. 344 uyarınca kira bedelinin belirlenmesi esasları mehz İsviçre Borçlar Kanunu'ndan oldukça farklı bir şekilde kaleme

hükümlerinde esas olarak Yargıtay içtihatlarından büyük ölçüde faydalanıldığı görülmekle birlikte önemli bazı noktalarda farklılıkların bulunduğu da tespit edilmektedir<sup>8</sup>.

almıştır. Kira bedelinin belirlenmesi İsviçre Borçlar Kanunu'nun 269b, 269c ve 269d maddelerinde yer alır. İBK m. 269b hükmü uyarınca, belirli süreli kira sözleşmelerinde kira artışına ilişkin sözleşmede yer alan hükümlerin geçerli olabilmesi için kira sözleşmesinin en az beş yıllık yapılması ve artışın tüketici fiyat endeksi oranında yapılması gerekir. İBK m. 269c uyarınca, belirli süreli kira sözleşmesinin en az üç yıllık olması, en fazla yılda bir artış yapılmasının düzenlenmesi ve artışın Frank olarak gösterilmesi ihtimalinde de sözleşmede yer alan artış hükmü geçerli olur. İBK m. 269d uyarınca ise, sözleşmede artışa ilişkin hüküm yer almasa dahi, kiraya verenin belirli şartlara uymak kaydı ile kira bedelini tek taraflı olarak artırması mümkündür. Buna göre, kiraya veren kira bedelini bir sonraki kira sözleşmesi döneminden itibaren geçerli olmak üzere her zaman tek yanlı olarak artırabilir. Öğretide bu hükmün belirsiz süreli sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir; **SVIT-Kommentar**: Das schweizerische Mietrecht Kommentar, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2018, Art. 269d, N. 7. Hükmüm kiracı yararına emredici nitelik taşıdığı yönünde bkz. **Permann**, Richard: OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 3. Überarbeitete Auflage, Zürich 2016, Art. 269d, N. 1. İsviçre Borçlar Kanunu m. 269d uyarınca kiraya verenin tek taraflı kira bedelini artırma hakkını kullanabilmesi için kiracının fesih bildirim süresinin dolmasından on gün öncesine kadar kiracıya bu yönde bildirimde bulunması gerekir. Bu düzenlemenin amacı, kira bedelinde yapılan değişikliği kabul etmeyen kiracıya fesih hakkının tanınmasıdır; **SVIT-Kommentar**, Art. 269d, N. 9. Kiraya verenin ayrıca söz konusu fesih bildirimini Kantonlar tarafından belirlenmiş matbu formları kullanmak suretiyle şekle uygun olarak yerine getirmesi gerekir; **SVIT-Kommentar**, Art. 269d, N. 17. Bildirimin şekli konusunda detaylı bilgi için bkz. **Permann**, Art. 269d, N.2.

İBK m. 269d'nin ikinci fıkrası uyarınca, kira bedelindeki artışın yazılı şekle uygun yapılması, artışa temel olan haklı sebebin belirtilmesi ve artışın fesih tehdidi ile kullanılmaması gerekir, aksi takdirde talep etkisiz olur; **SVIT-Kommentar**, Art. 269d, N. 26; **Permann**, Art. 269d, N. 3-4.

<sup>7</sup> Yan giderler ise kural olarak bu sınırlandırmaya tabi değildir, ancak yan giderlerin götürü olarak belirlenmesi halinde bu sınırlandırmaya bağlı olacağı yönünde bkz. **İnceoğlu**, s. 126; **Gökyayla**, s. Kira Bedeli, s. 32.

<sup>8</sup> **İnceoğlu**, s. 123-124; **Özen**, s. 2034-2035; **Yavuz**, s. 632-633; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 23-24; **Kapancı**, s. 812; **Özer**, s. 1024; **Görmez**, s. 67.

İNCEOĞLU'na göre 6570 sayılı Kanun dönemi ile Türk Borçlar Kanunu döneminde kira bedelinin belirlenmesi konusundaki en önemli farklılık kira bedelinin belirlenmesi sorununun kira sözleşmesinin süresinin bitmesi üzerine ortaya çıkan bir sorun olmaktan çıkartılmasıdır. Yazar hukuk tekniği bakımından bu durumu yerinde bulmamaktadır; **İnceoğlu**, s. 126.

6570 sayılı Kanun döneminde Yargıtay uygulaması hakkında detaylı bilgi için bkz. **Burcuoğlu**, Haluk: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve



Belirtmek gerekir ki, TBK m. 344 kapsamında kira bedelinin belirlenmesine konu olacak kira sözleşmeleri ise konut ve çatılı işyerlerine ilişkin kira sözleşmeleridir<sup>9</sup>. Bunun dışında kalan kira sözleşmeleri bakımından söz konusu hükümde yer alan kira bedelinin belirlenmesine ilişkin esaslar uygulama alanı bulmayacaktır<sup>10</sup> zira diğer kira sözleşmelerinde sözleşme serbestisi ilkesi geçerli olmakla birlikte böyle bir uygulamaya ihtiyaç da bulunmamaktadır. Zira kiraya veren sözleşme süresinin sonunda kira sözleşmesinin sona erdiğini ileri sürebilecektir. Kira sözleşmesinin devam etmesini arzu eden kiracı ise kiraya veren ile yeni bir kira bedeli üzerinden anlaşmalıdır<sup>11</sup>.

Çalışmamızda TBK'nın 344. maddesinde kira bedelinin belirlenmesine ilişkin yer alan temel esasların incelenmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda hükümde yer alan esasların incelenmesine geçilmeden önce, TBK m. 344'ün zaman bakımından yürürlüğü ve hükümde yer alan "üfe" kriterinin "tüfe" olarak değiştirilmesi değerlendirilecektir. Sonrasında maddede belirtilen kira bedelinin belirlenmesine ilişkin esaslar ve özellikle rayiç bedelin belirlenmesi kriterleri ele alınacaktır.

---

Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı, İstanbul 2007, s. 105 vd.

6570 sayılı Kanun döneminde Yargıtay kararlarında kabul edilen kira bedelinin belirlenmesi ile TBK m. 344 uyarınca getirilen esaslar arasındaki farklılıklar için bkz. **Türkmen**, Ahmet: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Yürürlüğü Ertelenen Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, 2015/I, s. 356 vd.

<sup>9</sup> Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin uygulama alanı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Gökyayla**, Emre: "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m. 339)", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt II, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 2013, C. 8, Özel Sayı, İzmir 2013, s. 1214 vd.

<sup>10</sup> GÖKYAYLA'ya göre, konut ve çatılı işyeri kiralarında sınırlayıcı bazı düzenlemelerin yapılmasının sebebi kiracının korunması düşüncesidir. Oysa diğer olağan kira sözleşmelerinde taraflardan birinin diğerine karşı korunma düşüncesi bulunmamaktadır. Bu nedenle TBK m. 344 genel hükümlere tabi kira sözleşmelerine uygulanmaz. İstisnai nitelik taşıyan hükmün dar yorumlanması ve uygulama alanının genişletilmemesi de doğaldır. Zira kira bedelinin belirlenmesi sözleşmeye bağlılığın istisnasıdır, asıl olan sözleşmeye bağlılık ilkesidir; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 28. Ayrıca bkz. **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 28, dnp. 31. Genel hükümlere ilişkin açıklamaların ürün kiralari bakımından da aynı yönde olacağına ilişkin bkz. **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 28.

<sup>11</sup> **İnceoğlu**, s. 125; **Gümüş**, s. 69-70; **Yavuz**, s. 633; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 591. AYDOĞDU/KAHVECİ'ye göre, olması gereken hukuk bakımından tüm taşınmaz kira sözleşmelerinde kiraya veren emsallere göre kira parasının belirlenmesini isteyebilir. Kanunda bu yolda bir düzenleme yapılmamışsa bile yapılması gerekir; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 591.

## I. HÜKMÜN ERTELENEN HÜKÜMLER ARASINDA OLMASININ ÖZELLİĞİ

TBK m. 344'ün uygulama alanı açısından belirtmek gerekir ki, hükmün yürürlüğü kiracının Türk Ticaret Kanunu uyarınca tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kira sözleşmelerinde 6217 sayılı Kanun'un<sup>12</sup> Geçici 2. maddesinde, 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un<sup>13</sup> 53. maddesi ile yapılan değişik sonucunda 8 yıl süre ile ertelenmişti. 1 Temmuz 2020 tarihinden itibaren erteleme süresi bitmiş olduğundan TBK m. 344 erteleme kapsamına giren kiracının tacir veya tüzel kişi olduğu işyeri kiralari bakımından da uygulanmaya başlamıştır.

Erteleme döneminde uygulanacak hukuk bu noktada önem arz eder. Erteleme hükmü uyarınca erteleme döneminde kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri uygulanacak, şayet kira sözleşmelerinde hüküm bulunmaması halinde ise mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>14</sup>. Belirtmek gerekir ki, TBK m. 344 hükmünün erteleme kapsamına giren kira sözleşmeleri bakımından yürürlüğünün ertelenmesi kira bedelinin belirlenmesine ilişkin dava açılmasına engel teşkil etmeyecek ancak TBK m. 344'ün erteleme süresi boyunca uygulanmasını engelleyecektir. Bu nedenle 818 sayılı Borçlar Kanunu ve 6570 sayılı Kanun döneminde kira bedelinin belirlenmesine ilişkin yasal boşluğu dolduran Yargıtay uygulamasının erteleme döneminde kiracının tacir veya tüzel kişi olduğu işyeri kiralari bakımından da devam edeceği öğretide ifade edilmiştir<sup>15</sup>. Nitekim bu süreçte Yargıtay verdiği kararlarında kiracının tacir olup olmadığının araştırılması gerektiğini ve buna göre TBK m. 344'ün uygulama alanı bulup bulmayaca-

<sup>12</sup> RG. 14.04.2011, S. 27905.

<sup>13</sup> RG. 12.07.2012, S. 28351.

<sup>14</sup> Erteleme döneminde uygulanması gereken hukuk ve ertelenen maddeler hakkında detaylı bir değerlendirme için bkz. **Türkmen**, s. 356 vd.; **Ural Çınar**, Nihal: "2020'ye 2 Kala 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Ertelenen Hükümler", Fasikül Hukuk Dergisi, C.10, S.100, 2018, s. 165-166.

<sup>15</sup> **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 30-31; **Gökyayla**, Şerh, m. 344, N. 43; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 591. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin "Dava açma süresi ve kararın etkisi"ni düzenleyen TBK m. 345 hükmünün yürürlüğü ise ertelenmemiştir. Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin TBK m. 344'ün ertelenmesine rağmen dava açma süresi ve kararına ilişkin hükmün ertelenmemiş olmasının sebebini tespit etmek mümkün değildir. Yürürlüğünün ertelenmemiş olması karşısında kira bedelinin belirlenmesi davasını açma süresi ve kararın etkisi bakımından TBK m. 345 hükmü uygulama alanı bulacaktır; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 31.

ğının tespit edileceğini ifade etmiştir<sup>16</sup>. Yargıtay kararlarında, hükmün yürürlüğünün ertelendiği dönemde kira bedelinin artışına ilişkin taraflarca sözleşmede öngörülen artış oranının uygulama alanı bulduğu<sup>17</sup>; şayet taraflarca bu yönde bir düzenlemenin bulunmaması halinde ise Yargıtay'ın 6570 sayılı Kanun döneminde yerleşik uygulaması olan üç yıllık zımni yenileme dönemi için endeks oranında artış, dördüncü yenileme döneminde ise hak ve nesafete göre rayiç bedelin belirlenmesi şeklinde karar verildiği tespit edilmektedir<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Yarg. 8 HD'nin E. 2017/3778, K. 2017/11150 sayılı, 20.09.2017 tarihli kararında; "...Olayımızda önceki malik ile düzenlenen 01.09.2007 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi ile kiralanan taşınmaz davalı tarafından işyeri olarak kullanılmak üzere kiralanmıştır. Kira sözleşmesinin hususi şartlar bölümünün 5. maddesinde "senelik kira artışı %20 yapılacaktır" şeklinde kararlaştırılmıştır. Dosya içeriğinden davalı kiracının Türk Ticaret Kanunu kapsamında tacir olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Mahkemece, yukarıda açıklanan hususlar göz önünde bulundurularak kiracının tacir olup olmadığını araştırılması, davalı tacir değilse kira başlangıcından 01.07.2012'ye kadar %20 artış oranı, 01.07.2012'den takip konusu yapılan döneme kadar ÜFE oranına göre aylık kira bedelinin belirlenmesi ve buna göre istenecek kira miktarının hesaplanması, davalı tacir ise kira sözleşmesinin başından itibaren sözleşmedeki %20 artış oranına göre kira artış miktarı ve buna göre takipte istenebilecek kira miktarının hesaplanması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bu husus üzerinden durulmadan yazılı şekilde %20 artış şartı dikkate alınarak belirlenen kira parası üzerinden hüküm kurulması doğru görülmediğinden hükmün bu sebeple bozulması gerekmektedir.." (Legalbank, Erişim Tarihi: 01.02.2022). Benzer yönde bkz. Yarg. 3. HD'nin E. 2017/8926, K. 2019/3435 sayılı, T. 16.04.2019 tarihli kararı (Legalbank, Erişim Tarihi: 01.02.2022).

<sup>17</sup> YHGK'nun E. 2017/2836, K. 2021/436 sayılı, 06.04.2021 tarihli kararında; "...Kiralanan işyerinin kiracısı tüzel kişi olduğu halde 6217 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca 01.07.2020 tarihine kadar TBK'nın 344. maddesi uygulanmayacağından ve takip talebinde istenilen kira dönemi erteleme kapsamında kaldığı için sözleşme serbestisi gereğince kira sözleşmesinin 7. maddesinde yazılı "yıllık kira artış oranı %20 olarak arttırılacaktır" şeklindeki artış şartı geçerlidir. O halde sözleşmenin icra takibine konu edilen kira döneminde aylık kira parasının sözleşmedeki artırım şartına bağlı olarak belirlenmesi gerekir." şeklinde karara varılmıştır (Legalbank, Erişim Tarihi: 01.02.2022). Benzer yönde Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 3. HD'nin E. 2017/6354, K. 2019/2415 sayılı, 21.03.2019 tarihli kararı; Yarg. 8. HD'nin E. 2018/10740, K. 2018/14304 sayılı, 25.06.2018 tarihli kararı (Legalbank, Erişim Tarihi: 01.02.2022).

<sup>18</sup> Yarg. 3. HD'nin E. 2017/8926, K. 2019/3435 sayılı, T. 16.04.2019 tarihli kararında; "...Türk Borçlar Kanununun kira artışına ilişkin 344. maddesindeki düzenleme kiracıları koruyucu nitelikte olup, kamu düzenine ilişkindir. Ancak kiracının tacir olması durumunda 6217 sayılı Kanunun geçici 2 inci maddesi gereğince bu hüküm 8 yıl süre uygulanmaz. Dava konusu taşınmazın kira sözleşmesi 15.06.2012 başlangıç tarihli ve 2 yıl sürelidir. Tespiti istenen dönem sözleşmenin sona ermesinden sonraki yenilenen ikinci dönemdir. Mahkemece davalının Türk Ticaret Kanunu gereğince tacir olup olmadığı araştırılmamıştır. Davalının tacir olmaması halinde, tespiti talep edilen 15.06.2015 tarihinde, kira sözleşmesinin başlangıç tarihinden itibaren beş yıllık süre dolmadığından, kira bedelinin endekse göre belirlenmesi gerekmektedir. Davalının tacir olduğunun

## II. HÜKÜMDE YER ALAN ÜFE KRİTERİNİN TÜFE OLARAK DEĞİŞMESİ

TBK'nın 344. maddesinde kira bedelinin artışına ilişkin temel kriterlerin başında üretici fiyat endeksindeki artış gelmekteydi<sup>19</sup>. 17.01.2019 tarihli ve 7161 sayılı Kanun'un 56. maddesiyle, TBK m. 344'ün birinci ve ikinci fıkrasında yer alan “*üretici fiyat endeksindeki artış*” ibareleri “*tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim*” şeklinde değiştirilmiştir. Aynı düzenleme kapsamında, maddenin üçüncü fıkrasında yer alan “*üretici fiyat endeksindeki artış*” ibaresi “*tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim*” şeklinde değiştirilmiştir. Böylelikle hükümde yapılan değişiklik sonrası 01.01.2019 tarihinden itibaren kira bedelinde artışa ilişkin esas alınacak endeks tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim olacaktır<sup>20</sup>. Nitekim Yargıtay kararlarında da

anlaşılması halinde ise, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1997/3-204-351 sayılı kararında da kabul edildiği gibi yeni dönem kira parası 18.11.1964 gün ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre hak ve nesafet kuralları gereğince tespit edilmesi gerekir. Bu durumda mahkemece TTK'nun 14,17,1463. maddeleri, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununun 3. maddesi çerçevesinde davalı kiracının tacir olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre kira bedelinin tespitine karar verilmesi gerekirken eksik araştırma sonucu yazılı şekilde endeks uygulanarak kira bedelinin tespitine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” (Legalbank, Erişim Tarihi: 25.01.2022).

Yarg. 3. HD'nin benzer yönde bir kararında; “...Davalı tacir olup yukarıda belirtildiği üzere TBK'nın 344. maddesinin uygulanma imkanı bulunmadığından, kira bedelinin mülga BK ve bu kanun dönemindeki Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatları gereğince hak ve nesafet ilkeleri doğrultusunda rayice göre ve davalı tarafından en son ödenen bedelden az olmamak üzere kira bedelinin tespitine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davalı tarafından kabul edilip son ödenen brüt 4.832,5 TL kira bedelinden düşük miktarda yazılı şekilde kira bedeline hükmedilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.” (Legalbank, Erişim Tarihi: 25.01.2022).

Benzer yönde bkz. Yarg. 3. HD'nin E. 2020/11992, K. 2021/2218 sayılı 03.03.2021 tarihli kararı; Yarg. 3. HD'nin E. 2017/12481, K. 2019/6444 sayılı, 10.09.2019 tarihli kararı; Yarg. 3. HD'nin E. 2017/9222, K. 2019/5808 sayılı, 26.06.2019 tarihli kararı (Legalbank, Erişim Tarihi: 25.01.2022).

<sup>19</sup> TBK m. 344'ün gerekçesinde üretici fiyat endeksinin esas alınmasının sebebi şu şekilde belirtilmişti: “*Uygulamada, uzun bir süreden beri Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından yayımlanan toptan eşya fiyat endeksindeki artış oranı göz önünde tutulmuş olmakla birlikte, adı geçen Enstitüde bu süreden beri bu endeks yerine üretici fiyat endeksindeki artış oranları yayımlandığı için, kira bedelinin belirlenmesinde objektif bir ölçüt olarak üretici fiyat endeksindeki artış oranından yararlanılması benimsenmiştir*”.

<sup>20</sup> Hükümde değişiklik yapılmasından önceki dönemde “*üretici fiyat endeksindeki artış oranı*” ibaresinden bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranının mı yoksa on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının mı anlaşılması gerektiği hususu öğretide tar-

01.01.2019 tarihinden itibaren tüketici fiyat endeksinin uygulamaya başlandığı tespit edilmektedir<sup>21</sup>.

Yürürlüğe girmesinden yaklaşık yedi sene sonra hükümde temel endeks olarak yer alan “üfe” kriteri ise “tüfe” olarak değiştirilmiştir. Hükümde yer alan “üfe” kriteri yerine “tüfe” olarak endeks artışının kabul edilmesinin sebebinin kiracının korunma gayesi olduğu ifade edilebilir. Nitekim değişiklik öncesi 2018 yılı incelendiğinde, yaşanan kur dalgalanmaları ve diğer sebeplerle ekonomik göstergelerde büyük değişikliklerin olduğu ve kira sözleşmelerinde tarafların esas almaları gereken üfe artış oranının neredeyse %30’a yaklaştığı görülmektedir<sup>22</sup>. Halbuki Kanun ilk yasalaştığı dönemde üretici fiyat endeksinin tüketici fiyat endeksinden daha düşük olması sebebi ile üretici fiyat endeksi temel endeks olarak tercih edilmişti. Bu noktada öğretide Gökyayla’nın da haklı olarak ifade ettiği üzere, ileride üretici fiyat endeksinin tüketici fiyat endeksinden düşük olması halinde yine bir kanun değişikliğinin mi söz konusu olacağı hususu tartışmaya açıktır<sup>23</sup>.

tışmalıydı. Öğretide hükümde yer alan “üretici fiyat endeksindeki artış oranı”nın on iki aylık ortalamalara göre değişim oranı şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmekteydi; bkz. **İnceoğlu**, s. 130. Mevcut düzenlemede yer alan “*tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim*” ibaresi ile bu tartışmanın sonlandığı ve on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının esas alınması gerektiği hususunun maddede açıkça belirtildiğini ifade etmek isteriz. Nitekim bu yöndeki düzenleme yerleşik Yargıtay uygulaması ile de uyumludur.

<sup>21</sup> Yarg. 3. HD’nin E. 2017/10410, K. 2019/5821 sayılı 26.06.2019 tarihli kararı uyarınca; “...01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 344. maddesi ile tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedellerine ilişkin anlaşmalarının, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını (7161 sayılı Kanunun 56. maddesi ile yapılan değişiklik neticesinde 01.01.2019 tarihinden sonrası için tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranı) geçmemek koşuluyla geçerli olacağı, bu kuralın bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanacağı kabul edilmiştir. Buna göre yenilenecek olan kira dönemlerine ilişkin kira bedellerinin belirlenme usulü emredici nitelikteki bu hüküm ile belirlendiğinden davacının gelecek dönemlere ilişkin olarak kira bedelinin artış oranının tespiti talep etmesinde hukuki yararı bulunmamaktadır...”. (Legalbank, Erişim Tarihi: 25.01.2022).

<sup>22</sup> **Gökyayla**, Şerh, m. 344, N. 52; **Uysal**, Hande: Kira Bedelinin Tespiti, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 42.

Yapılan değişikliğin hakkaniyete uygun olduğu yönünde bkz. **Uysal**, s. 43. Ancak UYSAL’a göre, üfe yerine on iki aylık ortalamalara göre tüfe’nin uygulanacağını belirlemek yerine, üfe ve tüfe’den hangisi daha düşükse onun uygulanacağı yönünde bir düzenleme daha yerinde olurdu; **Uysal**, s. 43.

<sup>23</sup> **Gökyayla**, Şerh, m. 344, N. 52

Ayrıca belirtmek gerekir ki, 17.1.2019 tarihli ve 7161 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile 31.3.2011 tarihli ve 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici 2. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir: *"Bu fıkrayı ihdas eden Kanunla değiştirilen 6098 sayılı Kanunun 344 üncü maddesindeki tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının esas alınacağına ilişkin hüküm, birinci fıkra kapsamında olan kira sözleşmeleri ile akdedilmiş diğer kira sözleşmelerinin yenilenmesinde uygulanır."* Söz konusu hüküm ile birlikte kiracının Türk Ticaret Kanunu uyarınca tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kira sözleşmeleri bakımından 6217 sayılı Kanun'un, 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 53. maddesi ile değişik Geçici 2. maddesiyle 8 yıl süre ile ertelenmesi de ortadan kaldırılmış olmaktadır<sup>24</sup>. Nitekim Yargıtay'ca da aynı sonuca varıldığı tespit edilmektedir<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Aynı yönde bkz. **Uysal**, s. 69.

<sup>25</sup> Yarg. 3. HD'nin E. 2021/2915, K. 2021/5408 sayılı 25.05.2021 tarihli kararında; "...18.01.2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 7161 sayılı kanunun 59. maddesi ile 6217 Sayılı Kanunun geçici 2. maddesine; "Bu fıkrayı ihdas eden Kanunla değiştirilen 6098 sayılı Kanunun 344 üncü maddesindeki tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının esas alınacağına ilişkin hüküm, birinci fıkra kapsamında olan kira sözleşmeleri ile akdedilmiş diğer kira sözleşmelerinin yenilenmesinde uygulanır." hükmü eklenerek, tüm çatılı gayrimenkul kiralalarında 01.01.2019 tarihinden itibaren yapılacak kira artışlarının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranı esas alınarak belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Somut olayda davacı, eda davası şeklinde açtığı belirsiz alacak davası ile 2019 yılı artış oranının ve 2019 yılı kira bedelinin belirlenmek suretiyle, belirlenecek miktara göre fazla ödenen kira bedellerinin iadesini talep etmiştir. Uyuşmazlık 01.01.2019 tarihinden itibaren geçerli olan aylık kira artışının sözleşmenin 7.1 maddesi yerine TBK 344. maddesi ile 16 Ocak 2019 tarihli Hazine ve Maliye Bakanlığının genelgesinin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında toplanmaktadır. Her ne kadar bölge adliye mahkemesince, tacir olan davacı kiracı yönünden TBK'nın 344. maddesinin uygulanma imkanı bulunmadığı ayrıca 16.01.2019 tarihli Hazine ve Maliye Bakanlığının genelgesinin kanuni düzenlemeleri değiştirmesinin söz konusu olamayacağı gibi, genelgenin yenilenecek veya yeni yapılacak kiralara ilişkin artış kuralı getirdiği, mevcut kira sözleşmelerinin artış hükmünü ortadan kaldırmadığı veya değiştirmedığı, devam eden sözleşme hükümlerinin kiraya veren ve kiracıları bağlayacağı belirtilerek davanın reddine karar verilmiş ise de; 7161 sayılı kanunun 59. maddesi ile 6217 sayılı kanunun geçici 2. maddesinde, tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının esas alınacağına ilişkin hükmün, akdedilmiş diğer kira sözleşmelerinin yenilenmesinde de uygulanacağı açıkça belirtilmiş olup, kanunun yayın tarihinden itibaren derhal uygulanması gerekeceğinden, bu itibarla, ilk derece mahkemesince kira bedelinin tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının esas alınarak belirlenen kira bedeli üzerinden,

Belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği dönemde kanun koyucunun yasal bir düzenleme ile kira bedelindeki artış belirlemesi öğreti tarafından eleştiriye uğradığı gibi<sup>26</sup> kira bedelindeki artışın endeks oranına bağlı olarak belirlenmesi de eleştirilmiştir<sup>27</sup>. Kanun koyucunun bu yöndeki tercihi ise, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin kriterlerin yerleşik Yargıtay uygulaması ile belirlenmesine devam edilmesi yerine temel esaslar çerçevesinde düzenlenmesi yönünde olmuştur<sup>28</sup>.

Kanun koyucunun kira bedelindeki artışı temel esaslar çerçevesinde düzenlerken ülkedeki kira bedellerinin artışını değil de genel olarak mal ve hizmetlerin fiyatında ülkede yaşanan artışı bir kriter olarak ele aldığı görül-

---

davacının istirdatını istediği alacağın hesaplanarak karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır..” şeklindedir. (Legalbank, Erişim Tarihi: 25.01.2022)

<sup>26</sup> KILIÇOĞLU'na göre, aradan geçen elli üç yıllık dönem içinde ülkemizde inşaat sektöründe meydana gelen olumlu gelişmeler, kiracının hep zayıf kişiler olduğu yönündeki anlayışın doğru olmaması, büyük şirketler ile holdinglerin bile mülkiyeti edinme yerine kiralamayı tercih etmeleri karşısında kira bedeli açısından kiracının korunması gerektiği görüşünün artık doğru bir görüş olmadığı kabul edilmelidir. Şayet yazara göre Türk hukuku ve ekonomisinin halen bu düzeyde olmadığı yönünde bir kanı var ise, bu yönde temel ve kalıcı bir yasa olan Türk Borçlar Kanunu ile kira bedellerini dondurma yerine mevcut uygulamanın bir süre daha devam etmesi yolu tercih edilmelidir; bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008 (Eleştiriler), s. 77.

<sup>27</sup> YAŞAR'a göre söz konusu hüküm ekonomik koşulların değişmesi ihtimalini dikkate almadan hazırlanmıştır. Türkiye ekonomisinin önümüzdeki günlerde ne şekilde seyredeceği bilinmemektedir. Özellikle enflasyonun piyasa etkisinin tahmin edilmesi bir hayli zordur. Bugünkü koşullarda eşya fiyat artışı oranının temel alınması makul kabul edilse bile, ekonominin değişken seyri karşısında bu endeksin menfaatler dengesi açısından istenilen sonucu sağlayamayacağı, hatta kiracının mağdur bile olabileceği dikkatten kaçırılmamalıdır. Yazara göre, Yargıtay günün koşullarına göre içtihat aracılığıyla kira bedellerinin düzenlenmesi konusunda belirleyici olmalıdır; **Yaşar**, Mert: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu Morali, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. 186.

ACAR'a göre ise, TEFE gibi değişken ve ekonomik koşullara göre yeniden yapılabilen kriterlerin temel kanun niteliğindeki Borçlar Kanunu'na alınması bir hatadır. Bu durumun özel bir kanun ile çözülmesi tercih edilebilir. Bu nedenle mevcut düzenleme bağlamında amacın doğru, yöntemin ise yanlış olduğu ifade edilebilir; **Acar**, Faruk: “Kira Sözleşmesi ve Kefalet”, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Legal Hukuk Dergisi, Sayı: 34, Cilt: 3, 2005, s. 3689.

<sup>28</sup> BURCUOĞLU'na göre ise, yeni bir kanun yapma girişiminde uygulamada en sık rastlanan sözleşmelerden birisi olan kira sözleşmelerinin kiracı tarafının temel ve asıl borcu olan kira bedelinin belirlenmesine ilişkin hüküm getirilmemesinin düşünülmesi bile mümkün değildir; **Burcuoğlu**, s. 104.

mektedir. Bu tercihin yerinde olup olmadığı sorgulanabilir<sup>29</sup>. Ancak kanun koyucunun ülkede sadece kira bedelinde yaşanan artışı esas almak yerine bütün mal ve hizmetlerin ortalama artışını dikkate almasının temelinde kiracının da gelirin endeks değerinin üzerinde artmasının mümkün olmadığı yönündeki düşünce yatar. Özellikle kiracıların konut ihtiyacının hem bir hukuki problem hem de esasen bunun ötesinde sosyal bir problem teşkil etmesi kanun koyucunun endeks artış oranını esas almasına sebebiyet vermiştir<sup>30</sup>. Kanaatimizce bu yaklaşım kiracıların korunma gayesi yönünden yerindedir.

### III. KİRA BEDELİNİN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ESASLARIN İNCELENMESİ

#### A. Türk Lirası Üzerinden Akdedilen Kira Sözleşmelerinde

##### 1. Sözleşmede Artışa İlişkin Hüküm Bulunması Halinde

###### *a. Sözleşmenin Yenilenme Dönemine İlişkin Artışlar*

TBK m. 344/I uyarınca tarafların yenilenen kira sözleşmesinde kira bedelinde yapılacak artışa ilişkin anlaşma yapmaları mümkündür. Nitekim hükmün ilk fıkrasına göre; “*Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır*”. Hükümde düzenlendiği üzere bu anlaşmalar sadece ilk uzama yılı için değil, taraflar arasındaki kira ilişkisi devam ettiği sürece uygulanacaktır<sup>31</sup>. Örneğin taraflar arasındaki anlaşmada tüketici fiyat endeksinden

<sup>29</sup> **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 33. GÖKYAYLA’ya göre, bu kriterin uygun olup olmadığı tartışılabilir. Burada bakış açısına göre tercih edilen kriterin uygunluğu konusunda verilecek cevap değişir. Örneğin, ülkede yıllık üfe %10’dur, fakat kiralananlar için yıllık artış ortalama %25’tir. TBK m. 344 uyarınca artış oranı yönünden üst sınır üfe kadar yani %10 olacaktır. Bu örnekte kiraya verenin mağdur olduğu düşünülebilir; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 33.

<sup>30</sup> **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 33; **Gökyayla**, Şerh, m. 344, N. 54. GÖKYAYLA’ya göre bu yaklaşım sonucunda kanun koyucunun tercihi yerindedir; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 33.

<sup>31</sup> **İnceoğlu**, s. 128; **Yavuz**, s. 635; **Özen** s. 2037; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 596; **Görmez**, s. 76.

ÖZEN’e göre, TBK m. 344/I uyarınca, taraflar böyle bir anlaşmayı, sadece yenilenen ilk dönem için değil, yenilenen her dönem için yapabileceklerdir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğünden önceki Yargıtay uygulaması, kira bedeli artışına ilişkin anlaşmayı sadece yenilenen ilk dönem için geçerli sayma eğilimindeydi. Bu nedenle TBK m. 344’te taraflara tanınan olanak bir “yenilik” olarak nitelendirilebilir; **Özen**, s. 2037.



daha düşük bir oran kararlaştırılmışsa, sadece ilk uzama yılında değil, diğer uzama yıllarında da kira bedelindeki artış için düşük olan bu oran uygulama alanı bulacaktır.

Ancak taraflar kira bedelinin artışı konusunda tamamen bir serbesti içinde değildirler. TBK m. 344/I uyarınca tarafların kira bedeli artışı konusunda üst sınır getirilmiş ve tarafların kira bedelinin artışına ilişkin anlaşmalarının ancak bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla geçerli olacağı ifade edilmiştir<sup>32</sup>. Bunun sonucu olarak şayet taraflar arasındaki sözleşmede bu orandan daha yüksek bir oran belirlenmesi halinde, “değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük” yaptırımı neticesinde artış oranı tüketici fiyat endeksi oranı ile sınırlanacaktır<sup>33</sup>. Söz konusu düzenleme gereğince tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları artış oranının tüketici fiyat endeksinde daha yüksek olması halinde kira artışı tüketici fiyat endeksi oranında gerçekleşecektir. Şayet tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları artış oranı tüketici fiyat endeksinde düşük ise, sözleşmede kararlaştırılan artış oranı uygulanacaktır<sup>34</sup>.

Taraflar artışa ilişkin anlaşmayı sözleşmenin başında yapabilecekleri gibi sonradan da yapabilirler. Ancak artışa ilişkin anlaşmaların kira sözleşmesinin kurulmasından sonraki dönemde yapılması ihtimalinde, TBK m. 344/I’de öngörülen sınırlamanın uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bu konuda öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre<sup>35</sup>, artışa ilişkin anlaşmanın baştan ya da sonradan yapılması mümkündür ve hukuken aynı sonucu doğurur. Örneğin tarafların bir yıllık kira sözleşmesi sonunda yeniden bir kira bedeli belirlemeleri, kira bedelinde tüketici fiyat endek-

<sup>32</sup> KILIÇOĞLU’na göre, söz konusu düzenleme kalıcı bir genel yasa ile zaman içinde sözleşme özgürlüğüne getirilmiş yersiz bir sınırlandırma olup, isabetli değildir; **Kılıçoğlu**, Eleştiriler, s. 78.

<sup>33</sup> **İnceoğlu**, s. 128; **Eren**, s. 414, N. 1360; **Yavuz**, s. 635; **Özen**, s. 2037; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 37; **Gökyayla**, Şerh, m. 344, N. 65; **Gümüş**, s. 70 vd.; **Öncü**, Özge: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2012, Yıl: 77, Sayı: 2, s. 324; **İnceoğlu**, Murat /**Baş**, Ece: “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kira Parasının Belirlenmesi”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011, s. 528-529; **Özer**, s. 1025; **Görmez**, s. 77 vd.

<sup>34</sup> **İnceoğlu**, s. 128-129; **Öncü**, s. 319; **Özen**, s. 2037; **Görmez**, s. 77 vd. Nitekim bu yönde verilen Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 3. HD’nin E. 2017/6795, K. 2018/6287, T. 04.06.2018 sayılı kararı; Yarg. 3. HD’nin E. 2019/1914, K. 2019/7955, T. 15.10.2019 sayılı kararı (Legalbank, Erişim Tarihi: 02.02.2022). Ayrıca bkz. Yarg. 6 HD’nin E. 2014/4518, K. 2015/27, T. 12.01.2015 tarihli kararı (Lexpera, Erişim Tarihi: 02.02.2022).

<sup>35</sup> **İnceoğlu**, s. 129; **Görmez**, s. 79.

sinden fazla bir artış belirledikleri oranda geçersiz olacaktır. Bu nedenle kiracının kira bedellerini tüketici fiyat endeksindeki artıştan daha fazla artış yaparak ödemesi de zımni bir anlaşma olarak değerlendirilemeyecektir. Zira tarafların açık bir anlaşma yapmalarının yasaklandığı bir durumda zımni anlaşma yapmalarına geçerlilik tanınması da mümkün değildir. Bu halde kiracı fazla ödediği kısmı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilir veya sonraki kira bedelleri ile takas edebilir<sup>36</sup>.

Bu konuda öğretide yer alan bir diğer görüşe göre ise<sup>37</sup>, TBK m. 344/I hükmü ile kira sözleşmesinin kurulması sırasında kira bedeli artışına ilişkin olarak yapılan anlaşmalar bakımından kiracının korunması amaçlanmaktadır. Zira konut veya işyeri kiracıları, çoğu zaman, başlarını sokabilecek veya işlerini yürütecek bir yere bir an önce kavuşma düşüncesiyle, kiraya verenlerce kendilerine dayatılan her türlü sözleşme koşulunu kabul etmeye hazır bulunurlar. Söz konusu görüşe göre, TBK m. 344/I'in birinci cümlesindeki düzenlemeye esas olan düşünce, kira sözleşmesi yapıldığı sırada kiraya verence dayatılan kira bedeli artışına ilişkin hükümleri ister istemez kabul etmek zorunda kalmış kiracıları korumaktır. Kira sözleşmesi yapıldıktan ve kira konusu taşınmaz kiracıya teslim edildikten sonraki aşamada kiracıları özel olarak korumanın ise bu bakış açısı ışığında gerekli olduğundan söz edilemez. Zira onlar artık başlarını sokacak bir yeri veya işlerini yürütecek bir mekânı bir an önce bulma zorunluluğunun üzerlerinde yarattığı baskıdan kurtulmuşlardır. Bu nedenledir ki, kiracıların yenilenen dönemlerde gerçekleşecek kira bedeli artışına ilişkin olarak kiraya verenlerle yaptıkları anlaşmaya TBK m. 344/I'deki sınırlamaya itibar etmeksizin geçerlilik tanınabilir<sup>38</sup>.

TBK m. 344'ün nispi emredici nitelikte olması sebebi ile kiracı lehine zımni veya açık bir anlaşmanın yapılması mümkündür. Ancak bu halde, kiracının sözleşmede kararlaştırılan artış miktarından daha düşük bir bedel ödemesi ve kiraya verenin ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin bunu kabul etme-

<sup>36</sup> **İnceoğlu**, s. 129; **Görmez**, s. 79.

<sup>37</sup> **Özen**, s. 2038-2039; **Gökyayla**, Şerh, m. 344, N. 67. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA'ya göre, sözleşmenin kurulmasından, kiralananın tesliminden sonra yapılacak anlaşmayla uzayan dönemler için oniki aylık ortalama TÜFE'nin üzerinde bir artış benimsenmesi mümkündür. Kiralanan teslim edildikten sonra, artış oranının kiracının iradesine uygun olmadığını ileri sürmek güçtür. Özellikle örneğin, TÜFE+%3 şeklinde yapılan bir anlaşma geçerlidir. Oysa ki, her dönemde artışın %20 olacağı yönünde anlaşma olmuş ancak on iki aylık ortalama TÜFE ilk dönemde %12, ikinci dönemde %4 artmışsa, aradaki farkın ölçüsüz olduğu ve anlaşma sırasında öngörülmesinin güç olması nedeniyle farklı bir değerlendirme yapılabileceği yönünde bkz. **Zevkliler/Gökyayla**, s. 256.

<sup>38</sup> **Özen**, s. 2039.

sinin hukuki sonucu öğretide tartışmalıdır. Bu konuda öğretide yer alan bir görüşe göre, kiraya veren yeni kira döneminde herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmeden kira bedelini önceki dönemdeki tutar üzerinden veya sözleşmede kararlaştırılan artışın altında bir artış tutarı üzerinden elden teslim alırsa tespit davası açma hakkını kaybedecektir<sup>39</sup>. Nitekim Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin bu yönde verdiği kararı bulunmaktadır<sup>40</sup>. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararı ve bu yönde verilen kararlara göre, sözleşmede intibak kaydının bulunduğu hallerde, kiraya verenin ödemeyi hiçbir kayıt ve koşul ileri sürmeden kabul etmiş olması, tespit davasının kaybına yol açmayacağı gibi taraflar arasında yeni şartlarla akdedilmiş bir kira sözleşmesinin kabulü için de bu durum yeterli görülmemiştir<sup>41</sup>. Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre ise zımni bir anlaşmanın varlığı ancak kiraya verenin ihtirazi kayıt ileri sürmeden ve dava açmadan aynı miktarda yapılan ödemeyi uzun süre bu şekilde kabul etmesine bağlıdır. Bu nedenle bir veya iki aylık bir ödemenin bu şekilde gerçekleşmesi zımni bir anlaşma olarak yorumlanmamalıdır<sup>42</sup>.

TBK m. 344/I'de yer alan sınırlama taraflar arasındaki sözleşmenin belirsiz süreli olması halinde de uygulama alanı bulacaktır<sup>43</sup>.

### ***b. Sözleşme Süresi İçindeki Artışlar***

Tarafların bir yıldan uzun süreli bir kira sözleşmesi akdetmeleri ihtimalinde, sözleşme süresi içerisinde artışın yapılıp yapılmayacağı hususu taraflarca sözleşmede belirlenebilir. Taraflar sözleşme süresi boyunca herhangi bir artış yapılması yönünde herhangi bir anlaşma yapmayabilirler, bu halde sözleşme süresi dolmadan önce kira bedelinde bir artış yapılmasının talep edilmesi mümkün değildir, sözleşme süresi içerisinde kira bedeli aynı şekilde devam eder. Bunun tek istisnasını ise TBK m. 344/III uyarınca her beş yılda bir rayiç bedelin tespitinin istenebilmesi teşkil eder<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> **Gümüş**, s. 81.

<sup>40</sup> Yarg. 6. HD. 08.03.2004, 1341/1492 (Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 02.02.2022)

<sup>41</sup> Yargıtay'ın bu yönde verdiği kararlar için bkz. Yarg. Hukuk Genel Kurul Kararı E. 2017/2836, K. 2021/436, T. 06.04.2021 tarihli kararı; Yarg. 6. HD.'nin E. 2012/2451, K. 2012/6048, T. 17.04.2012 tarihli kararı; Yarg. 6. HD.'nin E. 2015/5175, K. 2015/8354, T. 13.10.2015 tarihli kararı (Legalbank, Erişim Tarihi: 02.02.2022).

<sup>42</sup> **İnceoğlu**, s. 130. Aynı yönde bkz. **Görmez**, s. 79-80.

<sup>43</sup> **İnceoğlu**, s. 130; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 26; **Görmez**, s. 80. Ancak bu husus teorik bir öneme sahiptir, zira tarafların belirsiz süreli kira sözleşmelerinde belirli sürelerle artış yapılmasını öngörmeleri pek sık rastlanan bir durum değildir; **İnceoğlu**, s. 130.

<sup>44</sup> **İnceoğlu**, s. 132; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 38-39; **Görmez**, s. 82.

Ancak tarafların sözleşme süresi içerisinde artış yapılmasını düzenlemeleri de mümkündür. Taraflarca bu şekilde bir artışın kararlaştırılması halinde ise bu artışın TBK m. 344/I'de yer alan sınırlamaya tabi olup olmadığı önem arz eder. Nitekim bu konu öğretilerde tartışmalıdır. TBK m. 344'ün ilk fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “*Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır*” ifadesinin ne şekilde yorumlanacağı konusunda öğretilerde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Öğretilerde yer alan bir görüşe göre<sup>45</sup>, bu kural sadece uzama dönemleri için geçerli olmalıdır. Bu görüşe göre, uzun süreli bir kira sözleşmesinde, art arda devam eden kira yılları veya dönemleri bakımından oransal bir artış değeri öngörülmüş veya artış gösteren kira değerleri belirtilmişse, bu türden taraf düzenlemeleri oldukları gibi geçerlidir. Zira kira sözleşmesi içinde kira bedelinin belirlenmesi, sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucudur. TBK m. 344/I'in ikinci cümlesi, bu şekilde düzenlenen kira sözleşmeleri bakımından bir müdahaleci düzenleme öngörmeyi amaçlamamaktadır. Söz konusu hüküm, TBK m. 344/I'in birinci cümlesinde yer alan düzenlemenin bir yıldan uzun süreli sözleşmelerin uzama dönemleri bakımından uygulanacağına ilişkin bir teyit hükmünden ibarettir. Dolayısıyla, eski dönem Yargıtay uygulamasına paralel şekilde bu anlaşmalar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde geçerli kabul edilecektir. Bu konuda öğretilerde yer alan bizim de katıldığımız görüşe göre ise<sup>46</sup>, uzun süreli bir kira sözleşmesinde art arda devam eden yıllarda veya dönemlerde oransal olarak artış gösteren ya da rakamsal olarak farklılık içeren bir kira bedeli değeri ancak TBK m. 344 düzenlemesinin emredici çerçevesi dahilinde geçerli olacaktır. Şöyle ki, taraflar şayet farklı dönemler bakımından endeks oranından fazla olacak şekilde artış gösteren bir kira bedeli değeri kararlaştırmışsa, öngörülen değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük hükmü gereğince endeks değerine sabitlenecektir. Kabul ettiğimiz bu görüşün sonucu olarak, söz konusu düzenleme ile birlikte kira bedelinin belirlenmesi hususunun,

<sup>45</sup> Bu yöndeki görüşü için bkz. **Kapanıcı**, s. 830 vd. Ayrıca bkz. bu yönde **Kılıçoğlu**, Eleştiriler, s.78. Yazar, hükmün lafzında yer alan “bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesi” ifadesini uzama dönemleriyle birlikte bir yıldan uzun sürecek kira sözleşmelerine karşılık gelecek şekilde anlamakta ve hükmün sadece bu olasılığa ilişkin düzenleme getirdiğini düşünmektedir. Yazarın görüşüne göre, bu nedenle yine hükmün lafzında geçen “de” bağlacı da gereksizdir. Yazarın bu ifadelerinden ilk yaklaşıma katıldığı sonucu rahatlıkla çıkarılabilir; **Kılıçoğlu**, Eleştiriler, s. 78.

<sup>46</sup> **Gümüş**, s. 71; **İnceoğlu**, s.132-133; **Yavuz**, s. 635 vd.; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 37; **Öncü**, s. 324; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 257; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 597. GÖKYAYLA'ya göre, konut ve işyeri gereksinimi duyan kiracının birinci yıldan sonrasına ilişkin artan kira bedellerini önceden kabul etmek zorunda kalabileceği riski göz ardı edilmemelidir; **Gökyayla**, Kira Bedeli, 37-38.

sadece uzama dönemlerine ilişkin bir sorun olmaktan çıktığı ve kira sözleşmesinin süresi içerisinde bile uygulanan bir kurum haline geldiği ifade edilebilir<sup>47</sup>. Halbuki 6570 sayılı Kanun dönemine ilişkin Yargıtay uygulaması kira bedelinin belirlenmesini sadece kira sözleşmesinin süresinin sona erip, yenilediği döneme ilişkin olarak değerlendirmekteydi.

Getirilen düzenleme uyarınca, bir yıldan uzun süreli bir kira sözleşmesi söz konusu olduğunda, sözleşme süresi içerisinde kararlaştırılan artışlar bakımından da TBK m. 344/I'de getirilen sınırlandırma uygulama alanı bulacaktır. Örneğin beş yıllık bir kira sözleşmesi akdedildiğinde, taraflar beş yıl süresince kira bedelini serbestçe belirleyemeyecektir. Bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde her yıl için farklı farklı kira bedelinin belirlenmesi TBK m. 344/I'de yer verilen kurala tabi olacak ve birinci yıldan sonraki kira bedelleri bir önceki yılın tüketici fiyat endeksindeki artış oranının eklenmesiyle elde edilen bedelden fazla olamayacaktır<sup>48</sup>. Örneğin iki yıllık kira sözleşmesinde taraflar birinci kira yılını 5000, ikinci kira yılını ise 7.000 TL olarak kararlaştırmışlarsa, ikinci yıl için belirlenen 7.000 TL tüketici fiyat endeksinin %15 olduğu bir ihtimalde, bu oranı aşması sebebiyle değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımına bağlı olacak ve kira bedeli sözleşmede kararlaştırıldığı üzere 7.000 TL olarak değil, 5.000 TL'nin %15 oranında artışı neticesinde elde edilecek olan 5750 TL olarak artırılacaktır.

Söz konusu sınırlamanın kira artışının her yıl değil örneğin iki yılda bir yapılmasını kararlaştırmış olmaları halinde de uygulanacağı ifade edilmektedir. Buna göre, örneğin tarafların 1.000 TL'lik başlangıç kira bedeline iki yılda bir %20 oranında artış yapılacağını kararlaştırmış olmaları halinde, tüketici fiyat endeksinin %10 olduğu bir ihtimalde ikinci yılın sonunda yapılacak olan artış yine %10 ile sınırlı olacaktır. Kiraya verenin iki yıl boyunca hiç artış yapmadığı yönündeki itirazı ise dikkate alınmayacaktır<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> **İnceoğlu**, s. 132. Halbuki ÖZEN'e göre ise, kira bedelinin belirlenmesi, Eski Borçlar Kanunu'nun yürürlük zamanında olduğu gibi, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlük zamanında da kira sözleşmesinin uzamasıyla ilgili bir sorundur. TBK 344/I'deki düzenlemenin bu bakımdan getirdiği en önemli yenilik, uzama dönemlerinde kira bedelinin belirlenmesini bir sorun olmaktan çıkarma olanağını taraflara vermiş olmasıdır. Bu konuda detaylı açıklama için bkz. **Özen**, s. 2047-2048.

<sup>48</sup> **İnceoğlu**, s. 133-134; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 256 vd.; **Gümüş**, s. 75; **Öncü**, s. 324; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 37-38. Aksi görüş için bkz. **Yavuz**, s. 635 vd.; **Özen**, s. 2044-2045.

<sup>49</sup> **İnceoğlu**, s. 134; **Gümüş**, s. 71; **Öncü**, s. 325. Benzer yönde örnekler için bkz. **Özen**, s. 2047.

Öğretide sözleşme süresi içerisinde yapılacak artışlara ilişkin olarak taraflarca yapılacak anlaşmalara sınırlama getirilmesi, hukuk politikası bakımından yerinde olmayan bir tercih olarak nitelendirilmiştir. Bu nitelemeyi yapan yazarlar, gerek başlangıçtaki kira bedeli belirlenirken gerekse sözleşme süresi içerisinde ne zaman ve hangi oranda artış yapılacağı kararlaştırılırken tarafların tamamen serbest bırakılması gerektiğini, aksi takdirde sözleşme özgürlüğüne gereksiz ve aşırı bir müdahalenin gerçekleşeceğini söylemektedirler<sup>50</sup>. Öğretide yer alan aksi yöndeki görüşe göre<sup>51</sup>, hükümde getirilen düzenlemenin hukuk tekniği bakımından yerinde olmakla birlikte aynı zamanda tutarlılık da teşkil ettiği yönündedir. Mevcut görüşe göre, yenilenen kira dönemlerinde yapılacak artışlara ilişkin olarak taraflarca yapılan anlaşmalara sınırlama getiren bir sistemde, sözleşme süresi içerisinde gerçekleştirilecek artışlara ilişkin anlaşmalara da aynı sınırlamanın uygulanması tutarlı bir yaklaşımdır. Aksi takdirde, herhangi bir sınırlama olmaksızın kira bedelinin arttırılmasını isteyen kiraya veren, sözleşme süresini dilediği kadar uzun tutar ve bu süre içerisinde yapılacak artışa ilişkin oranı dilediği gibi belirleyebilirdi. Başını sokacağı veya işlerini yürüteceği bir yere bir an önce kavuşmak isteyen kiracı da, kiraya verence belirlenen bu türden sözleşme koşullarını ister istemez kabul etmek zorunda kalırdı.

---

Öğretide YAVUZ'a göre, bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesinde, yıldan yıla yapılacak kira bedeli artışı oran olarak gösterilmişse, bu oran bir önceki yılın endeks artışı oranını geçmediği takdirde geçerli olacaktır. Her yıl için kira bedelinin ayrıca belirlenmesi yoluna gidilmişse de, kural olarak, TBK m. 344/I'deki sınırlama söz konusu olmalı ve kiracı bir önceki yılın endeksindeki artış oranı gözetilerek yapılacak bir artışla yetinebilmelidir. Buna karşılık, kira sözleşmesinin devam edeceği sürenin tamamı için toplam kira bedeli belirlenmişse, belirlenen bu bedelden her yıla düşecek kısmın eşit olması zorunluluğu yoktur. Toplam bedelden kira sözleşmesinin devam edeceği her bir yıla düşecek kısım eşit olmadığı takdirde, aylık kira bedelinin yıldan yıla farklılaşması durumuyla karşılaşılabılır. Bu şekilde yıldan yıla ortaya çıkan aylık kira bedeli artışları, TBK m. 344/I'deki sınırlamalar gözetilmeksizin geçerli olmalıdır; **Yavuz**, s. 636-637.

<sup>50</sup> **İnceoğlu**, s. 133; **İnceoğlu/Baş**, s. 528-529. İNCEOĞLU'na göre esasen eski dönemde yer alan Yargıtay'ın yaklaşımı daha yerindedir. Zira kira bedelinin belirlenmesi kira sözleşmesinin zımnen yenilenmesi nedeniyle ortaya çıkan bir sorundur. Kira sözleşmesi konut ve çatılı işyeri kiralarında sürenin sona ermesi ile kendiliğinden yenilediğinden kira bedelinin her uzama yılında belirlenmesi gerekir. Oysaki, kira sözleşmesinin başlangıcında veya kira sözleşmesinden öngörülen süre boyunca kira bedelinin belirlenmesi sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucudur. Borçlar Kanunumuz kararlaştırılan bedele kural olarak müdahale etmemektedir. Türk Borçlar Kanununun bu yaklaşımı dikkate alındığında, sözleşme içerisinde kararlaştırılmış olan bedele emredici hükümlerle müdahale edilmesi sözleşme özgürlüğüne getirilmiş aşırı ve gereksiz bir müdahale niteliğindedir; **İnceoğlu**, s. 133.

<sup>51</sup> **Özen**, s. 2045-2046.

### *c. Tüketici Fiyat Endeksinde Düşüş Yaşanması*

Tüketici fiyat endeksinde bir düşüş yaşanması ihtimalinde kira bedelinin belirlenmesi hususunda nasıl bir etki yaratacağı ele alınması gereken bir diğer konudur. Şayet tarafların sözleşmede düşüş yaşanması ihtimalinde kira bedelinin indirileceğini kararlaştırmaları halinde bu anlaşma geçerli olacaktır. Ancak taraflarca bu yönde herhangi bir anlaşma yoksa sözleşmede sadece yeni kira döneminde tüketici fiyat endeksi oranında artış yapılacağına ilişkin bir hüküm yer alıyorsa, bu durumda kira bedelinde bir indirimle gidilmeyecek, önceki kira bedelinin ödenmesine devam edilecektir<sup>52</sup>.

### *d. Aylık Kira Artışının Değerlendirilmesi*

Tarafların aylık kira artışı kararlaştırmalarının mümkün olup olmadığı konusu da önem arz eden bir diğer konudur. Öğretide katıldığımız görüş uyarınca, kanun metninde yer alan “*bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranı*” ifadesi dikkate alındığında kira dönemi içerisinde aylık artışlar yapılmasına ilişkin hükümler geçerli olmayacaktır<sup>53</sup>.

## **2. Sözleşmede Artışa İlişkin Hüküm Bulunmaması Halinde**

### *a. Genel Olarak*

TBK m. 344/II uyarınca, “*Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir*” şeklinde yer alan düzenlemesiyle tarafların artışa ilişkin anlaşma yapmalarını ihtimaline ilişkin bir düzenleme sevk etmiştir.

Söz konusu düzenleme uyarınca taraflarca artışa ilişkin bir anlaşma yapılmaması halinde, hakim tüketici fiyat endeksinden daha fazla bir oranda artışa karar veremeyecektir. Ancak kiralananın durumu ve hakkaniyetin gerektirdiği hallerde tüketici fiyat endeksinden daha az bir artışa hükmetmesi ise mümkündür<sup>54</sup>. Öğretide bu durumun özellikle yüksek enflasyonun

<sup>52</sup> İnceoğlu, s. 135-136.

<sup>53</sup> İnceoğlu, s. 135; Görmez, s. 81.

<sup>54</sup> İnceoğlu, s. 136; Eren, s. 415, N. 1361; Yavuz, s. 637; Gökyayla, Kira Bedeli, s. 36; Gökyayla, Şerh, m. 344, N. 69; Aydoğdu/Kahveci, s. 598.

KILIÇOĞLU'na göre, yeni kira döneminde yapılacak artış konusunda TBK m. 344 hükmü bir önceki yılın üretici endeks artış oranını esas aldığına ve bunun adil bir çözüm olarak kabul ettiğine göre TBK m. 344/II'de bu ölçü dışında hakime ayrıca “hakkaniyete göre” karar verme hükmünün anlamı nedir? Sözleşmede artış oranına ilişkin hüküm

yaşandığı dönemlerde önem kazanacağı ifade edilmektedir<sup>55</sup>. Yargıtay'ın eski kanun döneminde bu tür bir endişe sonucunda kira artışını %65 ile sınırladığı görülmektedir<sup>56</sup>.

Enflasyon oranlarının düşük olduğu dönemlerde Yargıtay'ın son dönemdeki uygulamaları da dikkate alındığında, artışın çoğu zaman tüketici fiyat endeksine eşit veya ona çok yakın bir oran olarak belirleneceği anlaşılmaktadır<sup>57</sup>.

Taraflarca sözleşmede kira bedelinin belirlenmesine yönelik olarak herhangi bir düzenleme yer almamaktaysa ve tüketici fiyat endeksinde düşüş meydana gelmişse, bu halde kiracının TBK m. 344/II uyarınca kira bedelinin indirilmesini talep edip edemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir. Bu konuda katıldığımız görüş uyarınca TBK m. 344'ün hem lafzı hem de amacının kira bedelinin indirilmesine engel olmadığı yönündedir. Bu bakımdan kiracının rayiç kira bedelinin tespitini istemesi mümkün olduğuna göre ve bu davada kira bedelinin düşmesi yönünde bir karar çıkması mümkün olduğuna göre tüketici fiyat endeksinde düşüş yaşanması halinde de hakimın kiracının talebi üzerine kira bedelini indirmeye giderek belirlemesi mümkün olmalıdır. Hükümde bir artıştan da söz edilmediğine göre kira bedelinin indirilmesine bir engel bulunmamaktadır<sup>58</sup>.

### ***b. Sözleşme Süresi İçindeki Durum***

Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, bir yıldan uzun süreli bir kira sözleşmesinde tarafların sözleşme süresi boyunca bir artış oranı

---

bulunması ile bulunmaması arasında bu şekilde bir yapay fark yaratmanın haklı bir açıklaması olmayacağını düşünmektedir; **Kılıçoğlu**, Eleştiriler, s. 78.

GÖKYAYLA'ya göre, TBK m. 344/II uyarınca, yeni dönem için kira bedeli kararlaştırılmamış ise, artış oranı tüketici fiyat endeksini geçmemek kaydıyla kiralananın durumu da dikkate alınarak hakkaniyete göre belirlenecektir. Şu halde ister kira bedelindeki artış hiç kararlaştırılmamış olsun, ister kira bedelinin yeni dönemde artacağı miktar taraflarca kararlaştırılmış olsun, artış oranı endeks ile sınırlıdır. Fakat artış oranının hiç kararlaştırılmadığı haller ile artış oranının kararlaştırıldığı haller bakımından Kanunda bir yönü ile ayırım yapıldığı görülmektedir. Buna göre artış oranının/miktarının kararlaştırıldığı hallerde, endekse sınırlı bir şekilde kira bedeli artırılır. Buna karşılık yeni dönemde uygulanacak kira bedeli belirlenmemişse, endeks oranı yine bir üst sınır olarak kabul edilmekle birlikte, kiralananın durumu da dikkate alınarak hakkaniyete göre artış belirlenir. Niçin böyle bir ayırım yapıldığının cevabını bulmak ise güçtür; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 36-37.

<sup>55</sup> **İnceoğlu**, s. 136-137; **Gümüş**, s. 74; **Altaş**, s. 98.

<sup>56</sup> Yarg. Hukuk Genel Kurulu, 20.09.1995, 3-359/766.

<sup>57</sup> **İnceoğlu**, s. 137.

<sup>58</sup> **İnceoğlu**, s. 138.



kararlaşdırmamış olmalarıdır. Bu halde, bir yıldan uzun süreli bir kira sözleşmesi söz konusu olduğunda, tarafların her yıl için farklı kira bedelleri belirlememeleri veya bir artış oranı kararlaşdırmamaları halinde, uzama dönemi gelmedikçe, TBK m. 344/II uyarınca bir artış yapılması söz konusu olmayacaktır<sup>59</sup>. Bu halde ancak kira süresinin sonunda yenileme halinde yapılacak olan artış oranı TBK m. 344/II çerçevesinde olacaktır.

Öğretide Türk Borçlar Kanununun uyarınca kira sözleşmelerinin bir yıldan uzun süreli yapılmasının kiraya verenlerin aleyhine olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, artışın kararlaştırıldığı bir ihtimalde sözleşme bir yıldan uzun olsun ya da olmasın bu artış tüketici fiyat endeksini geçemeyecek; buna karşın artış oranı kararlaştırılmamışsa bir yıl süreli kira sözleşmelerinde uzama nedeniyle TBK m. 344/II uyarınca kendiliğinden artış yapılırken, bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde ise herhangi bir artışa gidilemeyecektir<sup>60</sup>.

Öğretide tarafların sözleşmede bir kira artışının yapılması gerektiğini ancak bunun oran ve tutarını kararlaştırmamış oldukları ihtimalde de TBK m. 344/II hükmünün uygulanabileceği savunulmaktadır<sup>61</sup>. Ancak bu konuda öğretide yer alan aksi yöndeki görüş ise bu halde TBK m. 344/II'nin uygulanmayacağı yönündedir. Bu görüşe göre, tarafların sözleşme süresi içerisinde artış yapılacağını kararlaştırıp artış oranını belirlemekten kaçınmaları, geçerli bir anlaşmaya vücut vermeyecektir. Geçersizlik iki ayrı gerekçeye dayandırılabilir. İlk olarak, böyle bir anlaşma, TBK m. 344/II ve III'de düzenlenen kira tespit davasının, Kanunun kabul ettiği alanın dışına taşırılmak istenmesi anlamına gelir. Diğer taraftan, edimi belirleme yetkisinin herhangi bir üçüncü kişi gibi hakime bırakılması da taraflar arasındaki özel bir sorun için devletin mahkemelerinin istihdam edilmesi anlamına gelir ki, uygun görülmemesi gerekir<sup>62</sup>.

### *c. Belirsiz Süreli Kira Sözleşmeleri Bakımından*

Öğretide yer alan bizim de katıldığımız görüş uyarınca, TBK m. 344/II hükmü belirsiz süreli kira sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulur<sup>63</sup>. Bu görüş uyarınca, belirsiz süreli kira sözleşmesinde de sözleşmenin

<sup>59</sup> İnceoğlu, s. 134 ve 138; Gökyayla, Kira Bedeli, s. 38; Öncü, s. 329.

<sup>60</sup> İnceoğlu, s. 134-135.

<sup>61</sup> Gümüş, s. 75.

<sup>62</sup> Özen, s. 2052 vd.

<sup>63</sup> İnceoğlu, s. 138; Gökyayla, Kira Bedeli, s. 26; Gökyayla, Şerh, m. 344, N. 27; Öncü, s. 311; Gümüş, s. 72; Görmez, s. 88-89. Öğretide GÖRMEZ'e göre, TBK'nın 344. Maddesinde hükmün sadece belirli süreli veya belirsiz süreli sözleşmelere uygulanacağı

başlangıcından itibaren hesaplanacak birer yıllık kira dönemlerinin sonunda kiraya verenin TBK m. 344/II uyarınca bir artış yapılmasını talep etmesi mümkün olmalıdır. Aksi yöndeki bir düşünce belirsiz süreli kira sözleşmelerinde kiraya verenin beş yıl boyunca hiçbir artış talep edememesi sonucunu doğurur ki bu çözüm yolu adaletli değildir<sup>64</sup>.

### **B. Yabancı Para Üzerinden Akdedilen Kira Sözleşmelerinde**

TBK m. 344/IV hükmü yabancı para borçlarında kira bedelinin belirlenmesini hüküm altına almıştır. Öncelikle hükmün incelenmesine geçilmeden önce belirtmek gerekir ki, 13.09.2018 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Karar uyarınca 32 Sayılı Karar’ın 4. maddesine (g) bendi eklenmiş ve bazı sözleşmeler bakımından yabancı para ile veya yabancı paraya endeksli sözleşme akdetme yasağı getirilmiştir. Yabancı para ile akdedilme yasağı getirilen sözleşmeler arasında kira sözleşmesi de yer almaktadır<sup>65</sup>. Söz konusu yasak sonrasında -istisnalar hariç

---

ya da belirsiz süreli sözleşmelere uygulanmayacağı yönünde bir ibare bulunmamaktadır. Bu noktada hükümde boşluk olduğunu söylemek mümkündür; **Görmez**, s. 88.

Öğretide yer alan bir görüş belirsiz süreli kira sözleşmelerinde TBK m. 344’ün uygulanmasını sadece on yıl için kabul etmektedir. Bu görüş uyarınca, TBK m. 347’nin tanıdığı fesih hakkı karşısında artık tespit davası açılması mümkün olmamalıdır; **Öncü**, s. 311; **Gümüş**, s. 72; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 600. Ancak öğretilde diğer görüş, ilk görüşün yerinde olmadığını belirtir. Zira TBK m. 347’de aynı imkan kiraya verene belirli süreli kira sözleşmeleri bakımından da tanınmıştır. Bu halde belirli süreli sözleşmeler ile belirsiz süreli sözleşmeler arasında bu denli bir ayırım yapılması isabetli değildir; **İnceoğlu**, s. 139, dnp. 446; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 72; **Görmez**, s. 71.

<sup>64</sup> **İnceoğlu**, s. 138-139. Aksi yönde bkz. **Özen**, s. 2061-2062.

<sup>65</sup> Bu konuda detaylı bilgi için **Öktem Çevik**, Seda: “Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın Kira Sözleşmelerinde Uygulama Alanı”, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, (Editör: Doç. Dr. Murat Topuz), Ankara 2019, s. 89 vd.

Yarg. 12. HD’nin E. 2021/9299, K. 2021/9545, T. 02.11.2021 tarihli kararına göre; “...Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair 85 sayılı ve 12.09.2018 tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 13.09.2018 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmasının ardından konuya ilişkin Hazine ve ... Bakanlığının tarafından hazırlanan “Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008/32/34)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (No: 2018-32/51)” 06.10.2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunduğu, Türkiye’de yerleşik kişilerin, kendi aralarında akdedecekleri, gayrimenkul satış, kiralama sözleşmeleri ile ... ve hizmet sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırmayacağı hüküm altına alınmıştır. Sözleşme bedeli ve bu

olmak kaydı ile- yabancı para üzerinden akdedilen kira sözleşmelerinin uygulama alanının daraldığını ifade etmek gerekir. Nitekim söz konusu düzenlemenin ardından 17.01.2019 tarihli ve 7161 sayılı Kanununun 56. maddesiyle, TBK m. 344'ün dördüncü fıkrasına “kararlaştırılmışsa,” ibaresinden sonra gelmek üzere “20/2/1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla,” ibaresi eklenmiştir.

Mevcut düzenlemeye göre TBK m. 344/IV uyarınca; “Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa 20/2/1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Ancak, bu Kanunun, “Aşırı ifa güçlüğü” başlıklı 138 inci maddesi hükmü saklıdır. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkra hükmü uygulanır”.

Hükmün ilk cümlesinde yabancı para üzerinden akdedilen kira sözleşmelerinde kira bedelinde beş yıl geçmedikçe değişiklik yapılamayacağı

---

sözleşmeden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri, döviz cinsinden ve dövize endeksli bedel, 2 Ocak 2018 tarihindeki Merkez Bankası efektif satış kuru esas alınmak sureti ile Türk Lirası'na çevrilmek ve 02.01.2018 tarihinden, bedelin taraflarca yeniden belirlendiği tarihe kadar TÜFE (TUİK tarafından her ay belirlenen) aylık değişim oranları uyarınca artırılması suretiyle belirleneceği belirtilmiştir. Aynı maddenin son bendinde ise 32 sayılı Kararın Geçici 8 inci maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten önce akdedilen konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde döviz veya dövize endeksli olarak belirlenen bedeller bu fıkranın ilk paragrafına göre iki yıllık süre için Türk parası olarak belirlenir. Ancak Türk parası olarak belirlenmenin yapıldığı kira yılının sonundan itibaren bir yıl geçerli olmak üzere; anılan paragraf uyarınca Türk parası olarak belirlenen kira bedeli, taraflarca belirlenirken mutabakata varılamazsa, belirlene tarihinden belirlenmenin yapıldığı kira yılının sonuna kadar Türkiye İstatistik Kurumunun her ay için belirlendiği tüketici fiyat endeksi (TÜFE) aylık değişim oranları esas alınarak artırılması yoluyla belirlenir. Bir sonraki kira yılı Türk parası cinsinden kira bedeli ise, taraflarca belirlenirken mutabakata varılamazsa, önceki kira yılında geçerli olarak kira bedelinin Türkiye İstatistik Kurumunun belirlendiği tüketici fiyat endeksi (TÜFE) aylık değişim oranları esas alınarak artırılması yoluyla belirlenir ve belirlenen Türk parası cinsinden kira bedeli bu fıkrada belirtilen iki yıllık sürenin sonuna kadar geçerli olur...Somut olayda...takip konusu 01.01.2017 ve 01.01.2018 tarihli döneme ait kira bedellerinin gecikmiş alacak niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. O halde takip talebinde talep edilen ödenmeyen kira alacaklarının gecikmiş alacak olarak kabulüyle döviz cinsinden tahsilinin talep edilebileceği mümkün olduğundan ve borçlu tarafından borcun ödendiği ya da alacağın sair bir nedenle kendisinden istenemeyeceği ispatlanamadığından itirazın kaldırılmasına dair ilk derece mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun esasın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir..” (Legalbank, Erişim Tarihi: 02.02.2022).

düzenlenmiştir. Böylelikle kanun koyucu emredici bir şekilde beş yıl süre boyunca yabancı kira bedelinde artışı yasaklamıştır<sup>66</sup>. Bu hüküm kiracı yararına nispi emredici nitelik taşımaktadır. Bu nedenle sözleşmede kiracının aleyhine bir şekilde aksinin kararlaştırılması mümkün değildir<sup>67</sup>. Sözleşmenin bir yıl süreli veya bir yıldan uzun süreli olması da bu açıdan bir fark yaratmayacaktır<sup>68</sup>.

Kira bedelinin yabancı paraya endekli olarak kararlaştırıldığı hallerde de TBK m. 344/IV kıyasen uygulama alanı bulmalıdır<sup>69</sup>. Zira aksi yönde yapılacak bir yorum hükmün dolanılmasına yol açacak nitelik taşır<sup>70</sup>. Bunun yanı sıra kıymetli madene, örneğin altına endekli olan kira sözleşmeleri bakımından da aynı hükmün kıyasen uygulanması gerekir<sup>71</sup>.

Hükmün kiracı yararına nispi emredici nitelik taşıması sebebiyle kiracının lehine olacak şekilde kira bedelinin indirilmesi ise mümkündür. Bu yönde bir düzenleme kira sözleşmesi ile baştan kararlaştırılabileceği gibi taraflarca sonrada da kararlaştırılabilir<sup>72</sup>.

TBK m. 344'ün son fıkrasının son cümlesinde ise, “*Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkra hükmü uygulanır.*” şeklinde yer alan düzenleme uyarınca, yabancı para borçlarında da beşinci yılın sonunda taraflardan birisinin rayiç bedelin belirlenmesini istemesi mümkündür<sup>73</sup>.

<sup>66</sup> BURCUOĞLU'na göre, kira bedellerinin beş yıl süre ile dondurulmasının temelinde, kira bedelinin yabancı para olarak kararlaştırılmasının olabildiğinde önleme düşüncesi yatmaktadır; **Burcuoğlu**, s. 34.

<sup>67</sup> **Öncü**, s. 335; **Yavuz**, s. 641; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 41; **Gökyayla**, Şerh, m. 344, N. 83; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 259; **İnceoğlu**, s. 149; **Görmez**, s. 101.

İNCEOĞLU'na göre, bu hüküm kiraya verenleri olumsuz etkileme riskini içerir. Son yıllarda zaman zaman görüldüğü üzere yabancı paranın Türk lirası karşısında değer kaybetmesi halinde, bir yandan söz konusu değer kaybı nedeniyle kira bedeli Türk parası bazında azalmış olacak; diğer yandan ise Türk parası üzerinden yapılan kira sözleşmelerinde üretici fiyat endeksi oranında bir artış gerçekleştiği için yabancı para üzerinden yapılan kira sözleşmesindeki bedel rayiç bedelin oldukça altında kalmış olacaktır. Rayiç bedelin tespitinin de 5 yıl boyunca talep edilemediği göz önüne alındığında bu hususun kiraya verenler açısından olumsuz sonuçlara yol açabileceği açıktır; **İnceoğlu**, s. 149.

<sup>68</sup> **Öncü**, s. 335; **İnceoğlu**, s. 149-150.

<sup>69</sup> **Öncü**, s. 337; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 42; **İnceoğlu**, s. 151; **Özer**, s. 1026.

<sup>70</sup> **İnceoğlu**, s. 151.

<sup>71</sup> **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 43; **İnceoğlu**, s. 151; **Görmez**, s. 103.

<sup>72</sup> **İnceoğlu**, s. 151.

<sup>73</sup> **İnceoğlu**, s. 151-152.

Rayıç bedelin istenmesi halinde hakimin rayıç bedeli hangi para birimi üzerinden tespit edeceği hususu da önem taşıyan bir diğer konudur. Bu konuda öğretide yer alan bir görüşe göre, rayıç bedel Türk Lirası üzerinden belirlenmelidir<sup>74</sup>. Bu görüşe göre, TBK m. 344/III'de hâkim tarafından belirlenen kira bedelinin sonraki dönemlerde akıbetinin ne olacağını açık hükümle düzenlerken, yabancı para üzerinden yapılan kira sözleşmeleri bakımından bu yolda açık bir düzenleme yapılmaması ve maddede beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesi bakımından yabancı paranın değerindeki değişikliklerin de göz önünde tutulacağını belirterek kira bedelinin Türk parası üzerinden belirlenmesini esas alan Türk Borçlar Kanunu madde 344/III'e atıf yapılmasını, kira bedelinin madde 344/IV gereğince hâkim tarafından belirlenirken bu belirlemenin Türk lirası üzerinden yapılacağını kabul ettiği şeklinde yorumlamak mümkündür<sup>75</sup>. Bu konuda öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre ise, tarafların iradelerinin üstün tutulması ve rayıç bedelin bu halde yabancı para birimi üzerinden belirlenmesi gerektiği yönündedir<sup>76</sup>.

Yargıtay'ın 6570 sayılı Kanun döneminde uygulaması rayıç bedelin kural olarak Türk Lirası olarak belirlenmesi gerektiği ancak her iki tarafın açık kabulünün bulunması halinde ise kira bedelinin döviz üzerinden belirlenmesi yönündedir<sup>77</sup>. Türk Borçlar Kanunu döneminde ise incelediğimiz bazı kararlarda rayıcın yabancı para ile belirlenmesinin yerinde olduğu ifade edilmiş ve rayıç yabancı para birimi üzerinden belirlenmiştir<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Öncü, s. 339.

<sup>75</sup> Öncü, s. 339.

<sup>76</sup> Gümüş, s. 77; Gökyayla, Kira Bedeli, s. 42; Gökyayla, Şerh, m. 344, N. 86; Aydoğdu/Kahveci, s. 600; Görmez, s. 104-105. GÜMÜŞ'e göre, karşı tarafın kabulü olmadıkça önceki Yargıtay kararlarının aksine hakim TL üzerinden kira parasını tespit edememelidir; Gümüş, s. 77. İNCEOĞLU'na göre ise, TBK m. 344/IV bu soruna ilişkin bir hüküm düzenlememiştir. Bu nedenle de Yargıtay'ın bu yöndeki uygulamasının devam etmesi muhtemeldir. Bu durumda, tarafların her ikisinin de açık bir kabulü bulunmadıkça rayıç bedel Türk Lirası üzerinden tespit edilecek, ilerleyen dönemlerde TBK m. 344/II uyarınca bir artış yapılacaktır; İnceoğlu, s. 152. Bu yönde ayrıca bkz. Yavuz, s. 643, dpn. 189.

<sup>77</sup> İnceoğlu, s. 152, dpn. 489'da anılan kararlar. Ayrıca bkz. Yarg. Hukuk Genel Kurul Kararı E. 2005/6-233, K. 2005/279, T. 27.04.2005 tarihli kararı; Yarg. 14. HD'nin E. 2006/921, K. 2006/2725, T. 10.03.2006 tarihli kararı; Yarg. 3. HD'nin E. 2000/8382, K. 2000/8036, T. 14.09.2000 tarihli kararı; Yarg. 6. HD'nin E. 2014/1809, K. 2014/3314, T. 19.03.2014 tarihli kararı (Legalbank, Erişim Tarihi: 02.02.2022).

<sup>78</sup> Yargıtay'ın bu yönde verdiği bir kararında; "...Taraflar arasında düzenlenen ve karara dayanak yapılan 01.01.1996 başlangıç tarihli sözlü sözleşme ile kira parasının Euro olarak belirlendiği noktasında uyumsuzluk yoktur. Davalı vekilinin tespit konusu dönem

Tarafların beşinci yılın sonrası için artış kararlaştırmalarının mümkün olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Öğretide yer alan bir görüşe göre<sup>79</sup>, tarafların beş yılın sonunda kira bedelinin ne olacağını veya hangi oranda artacağına ilişkin anlaşma yapmaları mümkündür. Öğretide yer alan diğer bir görüşe göre ise<sup>80</sup>, tarafların beşinci yıldan sonrası için artış kararlaştırmaları mümkün olmamalıdır. Zira hükümde artış yasağının beş yıl ile sınırlandı-

---

için aylık 250 Euro ödediği de tarafların kabulündedir. TBK'nın 344/son maddesinde; "Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Ancak bu Kanunun, aşırı ifa güclüğü başlıklı 138. maddesi hükmü saklıdır. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkra hükmü uygulanır" düzenlemesi bulunmaktadır. Bu durumda TBK'nın 344/son maddesi ile davalının tespit konusu dönem için Euro üzerinden kira parasını ödediği gözetilerek dövizdeki değişikliklerin kira parasına ne şekilde etki ettiği üzerinde durulmalı, davacının kira bedelini yabancı para olarak belirlenmesini talep etmesinde bir usulsüzlük olmadığı da dikkate alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde Türk Lirası üzerinden kira parasının tespitine karar verilmesi doğru değildir"; bkz. Yarg. 6. HD'nin E. 2014/13531, K. 2015/415, T. 19.01.2015 tarihli kararı. Aynı yönde bkz. Yarg. 6. HD'nin E. 2014/11560, K. 2014/12201, T. 10.11.2014 tarihli kararı (Legalbank, Erişim Tarihi: 02.02.2022).

Öte yandan Yargıtay işyeri kiralarna ilişkin erteleme dönemine ilişkin verdiği bir kararda ise erteleme döneminde TBK m. 344'ün uygulanmayacağından bahisle eski kanun dönemindeki içtihadını sürdürmüş ve şu şekilde karar vermiştir: "...Davalı kiracının tacir olması ve TBK'nın uygulanmasının tacirler için ertelenmesi karşısında tespiti istenen dönem yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu madde 83/f.2 uyarınca borcun yabancı para ile ödenmesi gerektiğinde şüphe yoktur. Ancak yeni dönem kira parasının hakimce artırılarak tespitinin istenmesi halinde; 18.11.1964 gün ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında öngörüldüğü üzere kira süresi sona erdiğinden 6570 sayılı yasanın 11. maddesi uyarınca yenilenen dönemde kira sözleşmesinin diğer hükümlerinin yenilenmesine karşın, kira parasına ilişkin koşul yenilenmemekte ve kira parası belli olmayan bir sözleşme haline gelmektedir. Yeni dönem kira parasının tespiti anılan İçtihadı Birleştirme Kararında açıklandığı gibi bir "sınırlama"dır. Yeni dönemde hakim yaptığı sınırlama sonucunda belirlediği "ücret" unsuru ile kira sözleşmesinin yenilenmesi sağlanabilmektedir. O halde, yeni dönemde kira parasının tespitinin istenilmesi halinde sözleşmedeki kira parasının yabancı para ile ödenmesine ilişkin hükmün yenilendiği kabul edilemez. Bu nedenle hakim anılan İ.B.K.'da öngörülen sınırlamayı yaparken, (davalı kiracının bu yönde açık bir kabulü olmadığı sürece) 818 sayılı Borçlar Kanununun 83/f.1 hükmü uyarınca kira parasını Türk lirası olarak takdir etmek ve sözleşmede yer alan boşluğu ona göre doldurmak durumundadır. Mahkemece yukarıdaki ilkeler doğrultusunda hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirmeye yazılı şekilde kira parasının USD olarak tespitine karar verilmesi doğru değildir"; Yarg. 3. HD'nin E. 2017/8660, K. 2017/10690, T. 22.06.2017 tarihli kararı (Legalbank, Erişim Tarihi: 05.02.2022).

<sup>79</sup> **Yavuz**, s. 643.

<sup>80</sup> **İnceoğlu**, s. 153.

rılmasının sebebi beşinci yıldan sonra rayiç bedelin tespitinin istenebiliyor olmasıdır. Diğer bir anlatımla tarafların beşinci yıldan sonrası için dahi bir artış hükmü öngörmeleri mümkün değildir.

### C. Rayiç Bedelin Belirlenmesi

#### 1. Genel Olarak

TBK m. 344/III uyarınca; “*Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir. Her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebilir*” şeklindedir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 344. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları kira bedelinin belirlenmesinde tüketici fiyat endeksinin esas almaktayken üçüncü fıkra düzenlemesi kapsamında kira bedelinin bu şekilde belirlenmesi zorunluluğu beş yıl ile sınırlandırılmaktadır<sup>81</sup>. Hüküm uyarınca beşinci kira yılının sonunda diğer bir deyişle altıncı kira yılı için kira bedeli tespitinde artık sadece tüketici fiyat endeksi değil, bunun yanı sıra kiralananın durumu, emsal kira bedelleri ve hakkaniyet de göz önünde tutularak rayiç kira bedeli belirlenecektir<sup>82</sup>. Bu tespit yapılırken sözleşmede artışa yönelik bir hükmün olup olmaması da önemli değildir<sup>83</sup>.

#### 2. Rayiç Bedelin Tespitini İsteme Zamanı

Yargıtay’ın 6570 sayılı Kanun dönemine ilişkin uygulaması kira bedelinin ilk üç uzama yılı için tüketici fiyat endeksi esasına göre belirlenmesi, dördüncü uzama yılında ise kira bedelinin rayiçe göre tespiti şeklindeydi<sup>84</sup>. Bu formüle 3+1 formülü deniliyordu. Söz konusu formülde rayiçe göre kira bedelinin belirlenmesi için sözleşme süresinin sona ermesinden itibaren dört yıllık sürenin geçmesi gerekliydi.

<sup>81</sup> İnceoğlu, s. 139; Görmez, s. 90.

<sup>82</sup> İnceoğlu, s. 139; Zevkliler/Gökyayla, s. 258; Eren, s. 415-416, N. 1362; Aydoğdu/Kahveci, s. 598; Görmez, s. 93.

<sup>83</sup> İnceoğlu, s. 140; Öncü, s. 330.

<sup>84</sup> İnceoğlu, s. 140; Zevkliler/Gökyayla, s. 259.

TBK m. 344/III incelendiğinde, hükümde yer alan rayiç bedelin belirlenmesi usulünün Yargıtay uygulamasından farklılaştığı tespit edilir. Yeni kanun döneminde dört yıllık süre beş yıla çıkmış ve sürenin başlangıcı olarak da sözleşmenin sona erme anı değil, kurulması anı esas alınmıştır<sup>85</sup>. Getirilen önemli yeniliklerden birisi de sözleşme süresinin beş yıldan uzun süreli olması halinde dahi sözleşme süresi içerisinde rayiç bedelin tespitine imkan tanınmasıdır<sup>86</sup>.

TBK m. 344/III'e göre rayice uygun kira bedelinin belirlenmesi bakımından şu olasılıklar göz önünde tutulmalıdır: Başlangıçta yapılan kira sözleşmesinin süresi dolmuş, TBK m. 347 uyarınca kira sözleşmesi birer yıllık dönemler halinde uzamış ve ilk kira sözleşmesinin yapılmasından itibaren beş kira yılı geçmiş olabilir. Sözgelimi bir yıl için yapılan bir kira sözleşmesi, TBK m. 347 uyarınca birer yıllık dönemler hâlinde uzamış ve dört uzama yılının geçmesiyle birlikte, başlangıçtan itibaren beş kira yılı tamamlanmış olabilir. Bu olasılıkta altıncı kira yılı (beşinci uzama dönemi) için kira bedelinin TBK m. 344/III uyarınca tespit edilmesi istenebilir. Bunun gibi, iki yıllık kira sözleşmesinin birer yıllık dönemler hâlinde üç yıl uzaması ve böylelikle başlangıçtan itibaren beş kira yılının geçmesi ihtimalinde de uzayan yeni dönem (altıncı kira yılı) için TBK m. 344/III'e göre kira bedelinin tespitinin istenmesi mümkündür<sup>87</sup>. Başlangıçta yapılan beş yıllık kira sözleşmesinin süresinin dolması üzerine, ilk uzama yılında (yine altıncı kira yılında) uygulanacak kira bedelinin de TBK m. 344/III uyarınca tespiti istenebilir. Beş yıldan uzun süreli bir kira sözleşmesinin bulunması halinde de (örneğin sekiz yıllık), beş yılın sonunda altıncı kira yılı için kira bedelinin TBK m. 344/III uyarınca tespiti istenebilir<sup>88</sup>.

TBK m. 344/III'ün son cümlesinde yer alan “*her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değişiklik gösterebilir*” ifadesi gereğince, rayiç bedel belirlendikten sonraki kira bedelleri yine TBK m. 344'ün birinci ve ikinci fıkralarına göre belirlenecektir<sup>89</sup>. Belirtmek gerekir ki söz konusu belirlemeler yine beş yıl ile sınırlıdır. Bu şekilde dört yıl daha kira bedeli belirlendikten sonra yenilenen beşinci artış döneminde yine rayiç bedel tespitine gitmek gerekir.

<sup>85</sup> İnceoğlu, s. 140.

<sup>86</sup> İnceoğlu, s. 140; Gümüş, s. 72; Gökyayla, Kira Bedeli, s. 34.

<sup>87</sup> Özen, s. 2054; Gümüş, s. 72; Yavuz, s. 639; Gökyayla, Kira Bedeli, s. 39; Zevkliler/Gökyayla, s. 258.

<sup>88</sup> Özen, s. 2054; Gökyayla, Kira Bedeli, s. 39.

<sup>89</sup> İnceoğlu, s. 142. Bu husus hükmün gerekçesinde de ifade edilmiştir.



Bu sonuca hükümde yer alan “beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda” ifadeden açıkça varılmaktadır<sup>90</sup>.

Ancak öğretide yer alan bir görüşe göre<sup>91</sup>, rayiç bedelin tespiti on ikinci kira yılında, sonrasında da on sekizinci kira yılında yapılmalıdır. Bu görüşte olan Öncü gerekçe olarak; Kanun’da yer alan “bundan sonraki her beş yılın sonunda” ifadesinin beş yıl geçtikten sonraki yıldan itibaren şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir<sup>92</sup>. Kanaatimizce rayiç bedelin tespiti davası onuncu ve on beşinci yılın sonunda açılması gerekir ve bu dava neticesinde tespit edilen rayiç bedelin ise on birinci ve on altıncı kira yılında uygulanması gerekir<sup>93</sup>. Hükümün bütünü incelendiğinde amacının da bu yönde olduğu görülmektedir. Ayrıca kanun koyucunun ilk rayiç bedel tespitini beşinci yılın sonunda yapılabileceğini öngördüğüne göre sonraki dönemlerde de aynı ilkenin uygulanması gerekir<sup>94</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, beşinci yılın sonunda hakimden rayiç bedelin tespitinin talep edilmesi zorunlu değildir. Bu yönde bir talebin ileri sürülmemesi halinde yapılacak artışta TBK m. 344’ün birinci ve ikinci fıkraları uygulama alanı bulur. Ancak tarafların beşinci yılda talep etmedikleri rayiç bedelin tespitini sonraki yıllarda örneğin altıncı veya yedinci yılların sonunda talep etmeleri mümkündür. Hükümün lafzında bu tespitin her beş yılın sonunda yapılabileceği sonucuna varılması mümkünse de kanaatimizce bu yönde bir imkanın mevcut olmadığını ileri sürmek kanun koyucunun amacına aykırılık teşkil eder<sup>95</sup>. Zira kanun koyucu mevcut düzenleme ile rayiç bedel tespitinin her beş yılda bir yapılmasını değil, beş yıldan önce bu davanın açılmamasını öngörmüştür<sup>96</sup>. Bu düşüncenin kabulü ışığında, örneğin ilk rayiç bedelin 7. yılın sonunda istendiği bir varsayımda, ikinci rayiç bedel tespitinin ise 10. yılın sonunda değil, 12. yılın sonunda istenmesi gerekir. Zira hükümde amaçlanan her beş yılda bir rayiç bedel tespitinin yapılmasının mümkün olduğudur. Hükümde yer alan “bundan sonraki her beş yılın sonunda” ifadesi de bu düşünceyi destekler niteliktedir<sup>97</sup>.

<sup>90</sup> İnceoğlu, s. 142.

<sup>91</sup> Gümüş, s. 75; Öncü, s. 331.

<sup>92</sup> Öncü, s. 332.

<sup>93</sup> İnceoğlu, s. 142; Gökyayla, Kira Bedeli, s. 41; Özen, s. 2055; Görmez, s. 93.

<sup>94</sup> İnceoğlu, s. 142-143; Özen, s. 2058.

<sup>95</sup> İnceoğlu, s. 143; Özen, s. 2058; Görmez, s. 94.

<sup>96</sup> İnceoğlu, s. 143; Özen, s. 2058; Görmez, s. 94.

<sup>97</sup> İnceoğlu, s. 143.

### 3. Rayiç Bedelin Tespitinde Esas Alınacak Kriterler

Rayiç bedelin tespit edilmesinde ele alınacak kriterler kanun koyucu tarafından belirtilmiştir. Bunlar, tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranı, kiralananın durumu, emsal kira bedelleri ve hakkaniyet olarak düzenlenmiştir.

#### a. Tüketici Fiyat Endeksi

Rayiç bedelin tespitinin istendiği hallerde hakimın tüketici fiyat endeksindeki artış oranlarını da dikkate alması gerektiği ifade edilmektedir. Bu durum özellikle kira bedelinde beş yıl boyunca artışın yapılmamış veya sınırlı yapılmış olması halinde önem taşır<sup>98</sup>. Örneğin, tarafların beş yıllık bir kira sözleşmesi yapmaları ve beş yıl boyunca artış öngörmedikleri için kira bedelinin beş yıl boyunca aynı kalması halinde hakimın bu beş yıl boyunca tüketici fiyat endeksinde yaşanan artışları da dikkate alması gerekir<sup>99</sup>.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, ilk iki fıkradan farklı olarak üçüncü fıkra bağlamında hakimın tüketici fiyat endeksi ile sınırlı olmadığı, rayiç bedelin tespitinde tüketici fiyat endeksindeki artıştan daha fazla bir artış yapmasının mümkün olmasıdır<sup>100</sup>. Esasen rayiç kira bedelinin tespitinin talep edilmesinin temel nedeni, tüketici fiyat endeksi ile yapılan artış sebebi ile yıllar içinde düşük kalan kira bedellerinin güncel duruma uydurulmasıdır<sup>101</sup>.

#### b. Kiralananın Durumu

Kiralananın durumu ile kastedilen husus kiralananın sahip olduğu niteliklerdir. Kiralananın yaşı, büyüklüğü, kullanılan malzemenin kalitesi ve taşınmaza bağlı olarak sunulan diğer imkanlar kiralananın durumuna ilişkin örnek olarak gösterilebilir<sup>102</sup>. Kiralananın konumunun ise daha ziyade rayiç bedelin belirlenmesinde dikkate alınacağı öğretide belirtilmiştir<sup>103</sup>.

#### c. Emsal (Rayiç) Kira Bedeli

Rayiç bedelin belirlenmesinde emsal kira bedeli kavramının açıklanması önem arz eder. Emsal kira bedeli; “*Belirli bir çevrede muntazam ve*

<sup>98</sup> İnceoğlu, s. 147.

<sup>99</sup> İnceoğlu, s. 147.

<sup>100</sup> İnceoğlu, s. 148; Öncü, s. 330; Görmez, s. 99.

<sup>101</sup> Öncü, s. 330; İnceoğlu, s. 148; Görmez, s. 99.

<sup>102</sup> İnceoğlu, s. 147; Gökyayla, Kira Bedeli, s. 35; Gökyayla, Şerh, m. 344, N. 63; Gümüş, s. 73; Öncü, s. 334; Görmez, s. 97.

<sup>103</sup> İnceoğlu, s. 147; Görmez, s. 98. Çevresel konunun kiralananın durumuna gireceği yönünde bkz. Gümüş, s. 73.

*devamlı sürelerde yapılmış kira sözleşmelerinde kira parasının ulaştığı değer*” olarak ifade edilmektedir<sup>104</sup>.

Emsal kira bedelinin tespitinde kiralanan yer civarında olan ve kiralananla aynı nitelikte kabul edilebilecek ve yakın tarihte yapılmış kira sözleşmelerinin esas alınması gerekir<sup>105</sup>. Bu tespit yapılırken kiralananla benzer nitelikte olma unsuru önem kazanmaktadır. Ayrıca fiilen akdedilen kira sözleşmelerindeki bedel esas alınmalı<sup>106</sup>, ilanlardan yola çıkılmamalıdır<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> **İnceoğlu**, s. 140, dpn. 448 ve 145; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 35; **Gökyayla**, Şerh, m. 344, N. 63; **Öncü**, s. 334; **Görmez**, s. 95; **Özer**, s. 1021. Rayiç kira bedelinin Yargıtay tarafından yapılmış ayrıntılı tanımı için bkz. 18.11.1964 tarihli ve 1964/2-4 sayılı YİBK.

<sup>105</sup> **İnceoğlu**, s. 146; **Görmez**, s. 96.

<sup>106</sup> Yargıtay verdiği bir kararında iki adet emsal kira sözleşmesinin rayiç bedel belirlenmesi bakımından yeterli olmayacağına hükmetmiştir. İlgili karar şu şekildedir: “...Kira bedelinin tespiti için taşınmaz mahallinde keşif yapılmış; bilirkişi kurulunun raporunda, dava konusu taşınmaza emsal taşınmazlar değerlendirilerek 2 adet emsalin bazal ortalaması dikkate alınarak kira bedelinin belirlenmiş olması doğru değildir. Mahkemece, taraf emsalleri değerlendirilerek gerekirse resen emsal araştırması yapılmak suretiyle hangisinin uygun emsal olup olmadığı belirlenerek hüküm araştırması yapılmak suretiyle hangisinin uygun emsal olup olmadığı belirlenerek hüküm kurmaya yeterli ve elverişli bir şekilde yeniden rapor alınıp, taşınmazın boş olarak yeniden kiraya verilmesi halinde getireceği brüt kira bedeli belirlenip bu bedelden davalının eski kiracı olduğu gözetilerek hakkaniyete uygun bir miktarda indirim yapıldıktan sonra kira bedelinin brüt olarak tespiti gerekirken, yetersiz bilirkişi raporuna göre yazılı hüküm kurulması doğru değildir.”; Yarg. 3. HD. E. 2017/3826, K. 2017/17738, T. 18.12.2017 tarihli kararı (LexPera, Erişim Tarihi: 28.01.2022).

<sup>107</sup> **İnceoğlu**, s. 146; **Görmez**, s. 97. Yargıtay’ın bir kararında; “...Somut olayda hak ve nesafete göre belirleme yapılmasında bir isabetsizlik olmamakla birlikte, hükme esas olan bilirkişi raporu denetime ve hüküm kurmaya elverişli olmayıp yetersizdir. Bilirkişi raporunda, davacının emsalleri bakımından davacının kiracı olduğu emsallerin dikkate alınmayacağı, davalının emsalleri bakımından 2016 kira bedellerinin belirsiz olduğu, tarafların emsal olarak sunduğu kiralananların alanlarının, konularının ve kullanımlarının farklı olması sebebiyle emsal alınmayacağını belirtmiş, taraf emsalleri dikkate alınmamıştır. Elektronik ortamdaki birkaç örneği de inceleyerek raporun değerlendirme kısmında tarafların sunduğu gayrimenkullerin ve internet ortamında bulunan örneklerin alanları, konuları ve kullanımlarının kiralanan ile farklı olduğunu ve bunların emsal olma özellikleri olmadığı açıkça belirtilmiş, buna rağmen bunların taşınmazın kira değerlerinin rayiçler hakkında fikir verdiğini belirterek “mecurun durumu, nitelikleri, kullanımı, konumu, mahallin özellikleri ve ülke ekonomisinin koşulları” soyut ifadeleri ile kiralananın yeniden boş kiraya verilmesi durumunda 480.000,00 TL+KDV kira bedeli takdir edildiği ifade edilmiştir. Bu yönü ile rapor kiralanan bakımından kira bedeli tespitine gerekli ve yeterli emsal incelemesi içermemekte, soyut ifadelerle ve takdire bağlı belirleme yapıldığı raporun denetime elverişli olmadığı anlaşılmaktadır.” şeklinde karara varıldığı görülmektedir. Yarg. 3. HD., E. 2021/3200, K. 2021/6064, T. 07.06.2021 sayılı kararı (Legalbank, Erişim Tarihi: 02.02.2022).

Benzer nitelikteki taşınmazlar değerlendirilirken, aynı binada farklı katlarda şerefiye sebebiyle kira bedelinin etkileneceği hususunun da gözden kaçırılmaması gerekir<sup>108</sup>. Emsal kira bedelleri bilirkişiler tarafında tespit edilmektedir<sup>109</sup>.

Yargıtay kararlarında emsal kira bedelinin tespitinde önemle vurgulanan bir diğer husus ise emsal kira bedellerinin olağan koşullar altında akdedilen kira sözleşmeleri dikkate alınmak suretiyle belirlenmesi gerektiği yönündedir. Bu yönde verilen Yargıtay kararında<sup>110</sup>; “...Rayiç, olağan şartlar altında yapılmış akitler ile kabul edilegelen bir karşılık olduğundan olağanüstü ve özel şartlar altında yapılmış akitlere bakılarak rayiç bedel belli edilemez. Ekonomi kurallarının taşınmaz mal sermayesine tanıdığı normal geliri aşan kira parasına ilişkin akitler özel şartlar altında yapılmış sayılır ve sınırlamaya esas tutulamaz. Yine belli bir yerde oturmak yahut iş yeri açmak için her fedakarlığı göze alan kimselerin yapmış oldukları akitler ve benzeri özel durumlarda yapılan akitler dahi özel şartlar altında yapılmış sayılır ve sınırlama için temel olmaz.”

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin görüşüne göre hakim, emsal kira bedelinin belirlenmesinde ayrıca, o yöredeki nüfus artışına karşılık yeteri kadar konut ve işyeri bulunup bulunmadığını; daha önceki kira paralarının belirlendiği zamandan bu yana dek toptan eşya fiyatlarında artış olup olmadığını; memur maaş katsayılarında ve en az (asgari) işçi ücretlerinde ne kadar artış olduğunu ve bu artışların kira rayicine ne kadar etki yaptığını da göz önünde tutarak hak ve nesafet kurallarına uygun bir kira parası belirlemelidir<sup>111</sup>.

Yargıtay uygulamalarına göre “hak ve nesafet” ilkesi uyarınca hakim bu sınırlamayı yaparken, öncelikle tarafların tüm delilleri varsa emsal kira sözleşmeleri aslı veya onaylı örneklerinin dosyaya sunulmasını, kiralananın niteliklerine göre üç kişilik (inşaat-mimar-mülk bilirkişileri) bilirkişiler ku-

<sup>108</sup> Uysal, s. 99.

<sup>109</sup> Tandoğan, Cilt I/2, s. 28-29; İnceoğlu, s. 145; Gökyayla, Kira Bedeli, s. 35. TANDOĞAN'a göre, bu süre değişen şartlara uygun ayarlamalara engel olacak derecede uzun olmamalıdır; Tandoğan, Cilt I/2, s. 29.

<sup>110</sup> Tandoğan, Haluk: “Türk Hukukunda Kira Bedelinin Sınırlanması ve Tespiti”, BATIDER, Cilt:1, Yıl:2, 1961, s. 600; İnceoğlu, s. 146; Öncü, s. 334; Gökyayla, Kira Bedeli, s. 35.

1964 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı bağlamında kalıplaşmış bir şekilde bu değerlendirme de yer almaktadır. Rayiç kira bedelinin Yargıtay tarafından yapılmış ayrıntılı tanımı için bkz. 18.11.1964 tarihli ve 1964/2-4 sayılı YİBK.

<sup>111</sup> Gökyayla, s. 35, dpn. 58'de yer alan kararlar.

rule oluşturarak bilirkişi marifetiyle kiralanan taşınmaz ve taraf emsallerini tek tek incelenmeli, re'sen emsal araştırmalı, bilirkişilerce gerekli ölçüm ve inceleme yapıp böylece elde edilen veriler somutlaştırılarak, dava konusu yer ile ayrı ayrı (konumu, çevresi, niteliği, kullanım şekli, kira başlangıç tarihi, kira süreleri vb.) kira parasına etki eden tüm nitelikleri karşılaştırmalı, emsal kira bedellerinin niçin uygun emsal olup olmadığı somut gerekçelerle açıklanmalı, dava konusu taşınmazın yeniden kiraya verilmesi (boş olarak) halinde getirebileceği kira parası incelenmeli, Mahkemece bu kira parası dikkate alınmak suretiyle hak ve nesafete; özellikle tarafların kira sözleşmesinden beledikleri amaçlarına uygun makul bir kira parasına hükmedilmelidir<sup>112</sup>.

Kira bedelinin belirlenmesinde kiraya verene yükletilen vergi ve benzeri yükümlülükler, paranın alım gücü, kiralananın bulunduğu çevrenin sosyal ve ekonomik ve ticari durumu yönünden değerlendirilmesi ve değer kaybetmesi gibi haller rol oynayabilir<sup>113</sup>. Bununla birlikte yeni yapılan binalarda bu binanın yapımı için sarf edilen paralar ve binanın yeniliği ile içerisine koyulan modern cihazların getirdiği kolaylıklar da kira bedelinin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Bu nedenle yeni yapılan bir bina için eski binaların içerisinde oturanların ödedikleri kira bedellerinin miktarlarının kesin bir emsal teşkil etmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak elbette eski binalarda bulunan kiracıların vermekte oldukları kira bedelleri o bölgedeki kira sözleşmeleri bakımından bilirkişilere fikir verebilir<sup>114</sup>.

#### *d. Hakkaniyet*

TBK m. 344'de her kadar hakkaniyet açıkça ayrı bir kriter olarak sayılmamış gibi görünse dahi, hükmün devamında hakimin bu tespiti yaparken hakkaniyete göre değerlendirme yapması gerektiği belirtilmektedir. Bu nedenle hakkaniyetin de ayrı bir kriter olarak ele alınması gerekir<sup>115</sup>. Nitekim Yargıtay kararlarında "eski kiracı indirimi" olarak ifade edilen bu husus, kiralananın boş olarak kiraya verilebileceği kira bedeline eşit veya buna çok

<sup>112</sup> Yarg. 3. Hukuk Dairesi'nin E. 2017/8186, K. 2019/5879, T. 27.06.2019 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Bankası Erişim Tarihi: 28.01.2022).

Yarg. 3. HD. E. 2021/3200, K. 2021/6064, T. 07.06.2021 tarihli kararı; Yarg. 3. HD. E. 2021/5455, K. 2021/8864, T. 22.09.2021 sayılı kararı; Yarg. 3. HD'nin E. 2020/9550, K. 2020/5500, T. 07.10.2020 tarihli kararı (Legalbank Erişim Tarihi: 02.02.2022).

<sup>113</sup> **Tandoğan**, Cilt I/2, s. 29.

<sup>114</sup> **Tandoğan**, Cilt I/2, s. 29.

<sup>115</sup> **İnceoğlu**, s. 148.

yakın bir miktarda tespit edilen kira bedeli üzerinden hakkaniyete göre % 5-20<sup>116</sup> arasında bir indirim yapılması şeklinde karşımıza çıkar<sup>117</sup>.

Kanaatimizce ülkemizde yaşanan ekonomik dalgalanmalar sonucunda rayiç kira bedellerinin kısa sürede aşırı oranda yükselmesi ihtimalinde, rayiç kira bedelinin belirlenmesi konusunda yerleşik Yargıtay uygulamasının yeniden düşünülmesi gerekir. Zira rayiç kira bedeli tespitini sadece kiralananın boş olarak kiraya verilebileceği kira bedeline eşit veya buna çok yakın bir miktarda tespit edip, bu bedel üzerinden hakkaniyete göre eski kiracı indirimi yapıldığında -ki belirttiğimiz üzere bu indirim %5-20 arasındadır- eski kiracının rayiç kira belirlemesi sonucu karşı karşıya kalacağı kira bedeli

<sup>116</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2017/974, K. 2021/1058, T. 21.09.2021 tarihli kararında %5 oranında yapılan eski kiracı indirimi az bulunmuştur. İlgili karar uyarınca; "...Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda; davaya konu olan taşınmazın konumu, kullanım alanı, vasfı, yapısal özellikleri, ekonomik şartlar, kira parasındaki fevkalade artışlar, mecur çevresindeki meydana gelen sosyal ve ekonomik değişimler vb. sebepler dikkate alınarak, çevresindeki emsal taşınmazlardaki rayiçlerine göre, 01.11.2003 tarihinden itibaren boş olarak kiraya verilmesi halinde getirebileceği aylık kira bedelinin net 20.000 TL olduğu tespit edilmiştir. Bilirkişilerin taşınmazın serbest şartlarda boş olarak kiraya verilmesi halinde getireceğini bildirdikleri kira bedelinden, mahkemece uygun ve makul bir indirim yapılarak kira bedelinin tespiti yoluna gidilmesi gerekir. Mahkeme tarafından bilirkişilerce tespit edilen bedelden hak ve nesafete göre bir miktar indirim yapılarak kira bedelinin net 19.000 TL (brüt 23.750 TL) olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. 18.11.1964 tarihli ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca hak ve nesafet ilkesi gözetilerek bilirkişi tarafından belirlenen kira bedelinden yapılan indirim miktarı yeterli olmadığı gibi, bu miktara hükmedilme nedenlerine ilişkin gerekçeye de kararda yer verilmediği görülmektedir. Başka bir anlatımla davalının eski kiracı olması nedeniyle hakim tarafından hak ve nesafete uygun bir kira parasına hükmedilmesi gerekirken sebebi belirtilmeden az indirim yapılarak kira bedelinin tespitine karar verilmesi doğru olmamıştır." (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.01.2022).

<sup>117</sup> **İnceoğlu**, s. 148; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 34; **Görmez**, s. 100. GÖKYAYLA'ya göre, görüldüğü gibi kira parasının belirlenmesinde hakime takdir yetkisi tanınmaktadır. Böylelikle takdire yer bırakmayan bir sistemin yol açabileceği olumsuzlukların önüne geçilmek istenmektedir; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 34, dpn. 53. "Eski kiracı indirimi" şeklinde karşımıza çıkan hakkaniyet indirimini Yargıtay'ın yerleşik içtihadında rayiç bedel belirlenmesinde kullandığı görülmektedir. Yargıtay kararlarında bu değerlendirme yapılırken 18.11.1964 tarihli ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının esas alındığı tespit edilmektedir. Bu yöndeki kararları için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/977, K. 2021/1168, T. 05.10.2021 tarihli kararı; Yarg. 3. HD. E. 2021/3000, K. 2021/6064, T. 07.06.2021; Yarg. 3. HD'nin E. 2021/5455, K. 2021/8864, T. 22.09.2021 tarihli kararı; Yarg. 3. HD'nin E. 2020/2519, K. 2020/3313, T. 23.06.2020 tarihli kararı; Yarg. 3. HD'nin E. 2020/9550, K. 2020/5500, T. 07.10.2020 tarihli kararı (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.01.2022). Ayrıca bkz. bu yönde Yarg. 3. HD'nin E. 2017/3826, K.2017/17738, T. 18.12.2017 tarihli kararı (LexPera, Erişim Tarihi: 20.01.2022).

linin çok yüksek bir rakam olması kaçınılmaz olur. Bu halde örneğin kısa süre içerisinde yükselen rayiç kira bedeli söz konusu olduğunda bahsettiğimiz tespit sonucunda eski kiracı altı ay önce akdedilen bir kira sözleşmesindeki yeni kiracıya nazaran daha fazla kira bedeli ödemek zorunda kalır. Bu durum kanaatimizce kanun koyucunun kiracıyı koruma gayesi ile uyumlu olmadığı gibi hakkaniyete de uygun değildir. Elbette her beş yılda bir rayiç kira bedeli belirlemesinin temelinde kiraya verenlerin elde edeceği kira bedellerinin enflasyon olgusu karşısında korunması düşüncesi yatar. Ancak bu amaca ulaşırken, kiracıların da korunması gerekir. Bu nedenle enflasyonun çok yüksek olduğu, ekonomik dalgalanmaların bulunduğu ve bu nedenle rayiçlerde fahiş artışların yaşandığı dönemlerde kiralananın boş olarak kiraya verildiğinde getireceği kira bedeli tespit edilirken yakın dönemlerde akdedilen ortalama kira bedelinin esas alınması, buna ek olarak eski kiracı indiriminin bu dönemlerde daha fazla bir oran olarak yapılması gerekir. Ayrıca kira bedelinin belirlenmesinde bir diğer ölçüt olan tüketici fiyat endeksindeki artışın dikkate alınması suretiyle hakkaniyet ilkesi ışığında kira bedelinin rayiçe göre belirlenmesi tercih edilmelidir.

Hakimin hakkaniyet bağlamında dikkate alması gereken bir diğer husus ise, belirleyeceği kira bedelinin en son ödenen kira bedeline on iki aylık ortalamalara göre tüketici fiyat endeksi oranında artış yapılması suretiyle elde edilecek bedelden düşük olamayacağıdır<sup>118</sup>. Nitekim Yargıtay'ın bu yönde verdiği kararlarında; *"...Hükme esas alınan 5 yıllık kira sözleşme süresi bitiminden sonra başlayan yeni dönem için belirlenecek olan kira parası hak ve nesafet ilkelerine uygun bir şekilde takdir edilmelidir. Ancak belirlenen bu kira bedeli en son alınan kira bedeline endeks oranında yapılacak artırım sonucu belirlenecek kira bedelinden daha az olmamalıdır."* şeklindedir.

Bu konuda son olarak belirtilmesi gereken husus ise, rayiç bedelin tespiti davasının hem kiracı hem de kiraya veren tarafından açılmasının mümkün olduğudur<sup>119</sup>. Nitekim Yargıtay'ın 6570 sayılı Kanun dönemindeki uygulaması da bu yöndedir. Kiracı tarafından açılacak rayiç bedelin tespiti davasında rayiç bedelin indirilmesi talep edilir. Ancak kiraya veren tarafından açılan bir davada, rayiç bedelin mevcut kira bedelinden daha düşük olduğu saptansa dahi, kira bedelinde indirime gidilemez<sup>120</sup>.

<sup>118</sup> Uysal, s. 101 ve dpn. 366'da anılan karar. Ayrıca bkz. Yarg. 3. HD'nin E. 2021/5455, K. 2021/8864, T. 22.09.2021 tarihli kararı (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.01.2022).

<sup>119</sup> İnceoğlu, s. 149; Gökyayla, Kira Bedeli, s. 48.

<sup>120</sup> İnceoğlu, s. 149; Gökyayla, Kira Bedeli, s. 24, dpn. 51.

#### KAYNAKÇA

- Acar**, Faruk: “Kira Sözleşmesi ve Kefalet”, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Legal Hukuk Dergisi, Sayı: 34, Cilt: 3, 2005, s. 3685-3691.
- Altaş**, Hüseyin: “Kira Parası Artışlarının Sınırlanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 49, S. 1, 2000, s. 97-116.
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Burcuoğlu**, Haluk: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler”, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı, İstanbul 2007, s. 91-120.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Gökyayla**, K. Emre: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Cilt 4-5 (Madde 207-392), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019 (Şerh), s. 3322-3375.
- Gökyayla**, K. Emre: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m. 339)”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt II, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 2013, C. 8, Özel Sayı, İzmir 2013, s. 1203-1251.
- Gökyayla**, K. Emre: “Türk Borçlar Kanununun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Mart- Nisan 2013, C.9, S.103-104, İstanbul (Kira Bedeli), s. 18-51.
- Görmez**, Mustafa: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Uyarlanması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Gümüş**, Mustafa Alper: “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- İnceoğlu**, Murat/**Baş**, Ece: Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kira Parasının Belirlenmesi, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011, s. 523-547.
- İnceoğlu**, Murat: Kira Hukuku Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.



- Kapancı, K. Berk:** “Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Türk Lirası Üzerinden Belirlenmesinde TBK M. 344 F. 1 C. Son’un Yorumlanması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 2, 2015, s. 809-834.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** “Kira Bedellerinin Dondurulması Yasası ve Eleştirisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.12, S. 2, 2000, s. 399-412.
- Kılıçoğlu, Ahmet:** Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Eleştiriler, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008 (Eleştiriler).
- Öktem Çevik, Seda:** “Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın Kira Sözleşmelerinde Uygulama Alanı”, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, (Editör: Doç. Dr. Murat Topuz), Ankara 2019, s. 89-110.
- Öncü, Özge:** “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2012, Yıl: 77, Sayı: 2, s. 300-348.
- Özen, Burak:** “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt II, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22, S.3, 2016, s. 2033-2062.
- Özer, Tülay:** “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Kira Tespit Davasının Niteliği”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, Cilt: VIII, Sayı: 2 (2011)- Cilt: XI, Sayı:1 (2012), s. 1013-1033.
- Permann, Richard:** OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 3. überarbeitete Auflage, Zürich 2016.
- SVIT-Kommentar:** Das schweizerische Mietrecht Kommentar, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2018.
- Tandoğan, Haluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, 4. Bası, İstanbul 1989 (Cilt I/2).
- Tandoğan, Haluk:** “Türk Hukukunda Kira Bedelinin Sınırlanması ve Tespiti”, BATIDER, Cilt:1, Yıl:2, 1961, s. 593-614.

- Türkmen, Ahmet:** “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Yürürlüğü Ertelenen Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2015/I, s. 341-368.
- Ural Çınar, Nihal:** “2020’ye 2 Kala 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Ertelenen Hükümler”, Fasikül Hukuk Dergisi, C.10, S.100, 2018, s. 161-168.
- Uysal, Hande:** Kira Bedelinin Tespiti, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- Yaşar, Mert:** Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu Moralı, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.
- Yavuz, Cevdet:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (10. Baskıyı Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen), 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.



**FORUM NON CONVENIENS DOKTRİNİNİN  
TÜRK HUKUKUNDA LAHEY ÇOCUK KORUMA  
SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA UYGULANMASI**

*(Araştırma Makalesi)*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1089741>

**Doç. Dr. Ali Gümrah TOKER\***

**Öz**

*Forum non conveniens doktrini, Müşterek Hukuk'tan doğmuştur. Bu doktrine göre davanın açıldığı milletlerarası yetkili mahkeme, dava ile daha yakın ve gerçek irtibata sahip olan ve davayı görmeye daha uygun bir başka ülkenin mahkemesinin bulunduğunu tespit ederse milletlerarası yetkisinden feragat edebilir. 1996 tarihli "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkındaki Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi"nde bu doktrinin uygulanmasına yönelik hükümler yer almaktadır. Bu hükümler, yetki devrini düzenleyen m. 8-9 ve milletlerarası derdestliği düzenleyen m. 13(2)'dir. Forum non conveniens doktrini, Türk hukukunda kabul görmese de 2017 yılında Sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle birlikte Sözleşme kapsamında bu doktrin Türk hukuku bakımından da etki doğuracaktır.*

**Anahtar Kelimeler**

*Forum Non Conveniens, Müşterek Hukuk, Yetki Devri, Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi, Milletlerarası Derdestlik*

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İzmir (gumrah.toker@gmail.com), ORCID: 0000-0003-3413-8529 (Geliş Tarihi: 14.01.2022-Kabul Tarihi: 11.03.2022) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

**IMPLEMENTATION OF THE DOCTRINE OF FORUM NON  
CONVENIENS IN TURKISH LAW UNDER THE HAGUE CHILD  
PROTECTION CONVENTION**

*(Research Article)*

**Abstract**

*Forum non conveniens is a mostly common law legal doctrine. According to this doctrine, if the international competent court, where the case is brought, determines that there is a court of another country that has closer and real contact with the case and is more suitable to hear the case, it may waive its international jurisdiction. There are provisions for the implementation of this doctrine in “Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children”. These provisions are about the transfer of jurisdiction regulated in art. 8-9 and lis pendens regulated in art. 13(2). Although the doctrine of forum non conveniens is not accepted in Turkish Law, with the entry into force of the Convention in 2017, this doctrine will also have an impact on Turkish Law within the scope of the Convention.*

**Keywords**

*Forum Non Conveniens, Common Law, Transfer of Jurisdiction, The Hague Child Protection Convention, Lis Pendens*

## GİRİŞ

Müşterek Hukuk'tan doğan ve günümüzde Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, İskoçya, Kanada, Avustralya gibi hukuk sistemlerinde kabul gören *forum non conveniens* doktrini, birden çok devlet mahkemesinin aynı anda yetkili olduğu yabancı unsurlu davalarda uygulama alanı bulur. Uyuşmazlığa bakan mahkeme, yapacağı değerlendirme sonucunda dava ile daha yakın irtibatlı olan bir başka ülke mahkemesinin bulunduğunu tespit ederse bu doktrin uyarınca kendi yetkisinden feragat ederek yetkisizlik kararı verebilir.

Türk milletlerarası usul hukukunda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da<sup>1</sup> (MÖHUK) düzenlenmiştir. MÖHUK m. 40'da Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına tâbi tutulmuş; Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisi için iç hukukta yer alan irtibat noktaları yeterli sayılmıştır. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 36/II'de hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı düzenlenmiştir. Bu nedenlerle Türk mahkemesi, *forum non conveniens* doktrini kapsamında kural olarak yetkisizlik kararı veremez.

*Forum non conveniens* doktrini, Türk hukukunda istisnai olarak Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin hükmü olarak uygulama alanı bulabilir. Türkiye'nin 2016 yılında taraf olduğu ve 2017 yılında yürürlüğe giren 1996 tarihli "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkındaki Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi"<sup>2</sup>nde bu doktrinin uygulanmasına yönelik hükümler yer almaktadır. Bu Sözleşmede yer alan yetki devri (m. 8-9) ve milletlerarası derdestliğe (m. 13/II) ilişkin hükümler uyarınca çocuğun üstün yararını gözeterak yetkili mahkeme yetkisinden feragat edebilir. Bu hükümler incelendiğinde *forum non conveniens* doktrini, çocuğun üstün yararının korunmasına hizmet etmesi şartıyla Sözleşme kapsamında sınırlı olarak uygulanabilir. Dolayısıyla Sözleşmenin uygulama alanına giren konulara ilişkin davalarda *forum non conveniens* doktrinin Türk hukuku kapsamında da uygulama alanı bulabileceği sonucuna varılmaktadır.

Bu çerçevede çalışmanın birinci bölümünde *forum non conveniens* doktrini hakkında genel açıklamalarda bulunulacak ve bu doktrinin uygulanmasında dikkate alınması gereken hususlar hakkında bilgi verilecektir. Ek

<sup>1</sup> RG. 12.12.2007-26728.

<sup>2</sup> Çalışmada bu Sözleşme, "Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi" olarak anılacaktır.

olarak bu doktrinin Türk hukukunda kabul görmemesinin gerekçeleri üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi ve yetki sistemi hakkında genel açıklamalar yapıldıktan sonra üçüncü ve son bölümde doktrinin uygulanmasını konu alan Sözleşme hükümleri incelenecektir.

## I. FORUM NON CONVENIENS DOKTRİNİ

### A. Kavram

Yabancı unsurlu uyuşmazlıklar birden çok ülke ile irtibata sahiptir. Bu tür uyuşmazlıkların çözümüne yönelik açılacak davalarda birden çok ülke mahkemesi aynı anda yetkili olabilir. *Forum non conveniens* doktrini de birden çok ülke mahkemesinin aynı anda yetkili olduğu diğer bir ifadeyle milletlerarası yetki ihtilafının bulunduğu durumlarda uygulama alanı bulur. Bu doktrine göre davanın açıldığı milletlerarası yetkili mahkeme, dava ile daha yakın ve gerçek irtibata sahip olan ve davayı görmeye daha uygun bir başka ülkenin mahkemesinin bulunduğu tespit ederse, milletlerarası yetkisinden feragat ederek yetkisizlik kararı verebilir. Sadece bir ülkenin mahkemesi veya mahkemeleri yetkiliyse bu doktrinin uygulanabilmesi mümkün değildir<sup>3</sup>. Uyuşmazlık hakkında yabancı hukukun uygulanacak hukuk olması da *forum non conveniens* itirazının dikkate alınabilmesi için tek başına yeterli bir sebep değildir<sup>4</sup>.

*Forum non conveniens* doktrini uygulanırken davaya bakan mahkeme milletlerarası yetkiye sahiptir. Davanın görüldüğü mahkeme milletlerarası yetkili değilse, davayı *forum non conveniens* doktrini nedeniyle değil, yetkisiz olduğu için reddeder. Bu doktrine bağlı olarak mahkemenin yetkisini reddetmesi, mahkemenin takdirine bağlı bir husustur. Mahkeme itiraz üze-

<sup>3</sup> **Cheshire/North & Fawcett**: Private International Law, edited by Paul Torremans, fifteenth Edition, Oxford University Press 2017, s. 395; **Van Calster**, Geert: European Private International Law, Second Edition, Oxford and Portland, Oregon 2016, s. 9; **Ekşi**, Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, Beta, İstanbul 2000, s. 60; **Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, Beta, İstanbul 2021, s. 455; **Whytock**, Christopher A./**Cassandra**, Burke R.: "Forum Non Conveniens and the Enforcement of Foreign Judgments", Columbia Law Review, vol. 111, no. 7, November 2011, s. 1453; **Moss**, Alexander R.: "Bridging the Gap: Addressing the Doctrinal Disparity between Forum Non Conveniens and Judgment Recognition and Enforcement in Transnational Litigation", Georgetown Law Journal, vol. 106, no. 1, November 2017, s. 215.

<sup>4</sup> **Elçin**, Doğa: "Forum Non Conveniens Doktrini", Prof. Dr. İlhan Unat'a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayın No: 2012/1, Ankara, s. 314.

rine veya kendisinin yaptığı değerlendirmede milletlerarası yetkili olsa dahi sahip olduğu yetki, dava konusu ile yakın ve gerçek bağlantı sağlamaya yetmiyorsa yetkisinden vazgeçebilir. Böylelikle geçici ve esaslı unsurlara dayalı olmadığı hâlde milletlerarası yetkili kılınan mahkeme davayı görmeyi reddedebilecek, yetkisinden feragat edebilecektir<sup>5</sup>.

Bu doktrin, bağlantılı davalar kapsamında uygulama alanı bulmakla birlikte doktrinin uygulanması için diğer bir ülke mahkemesinde açılmış bir davanın bulunmasına gerek yoktur. Eğer diğer ülkede dava açılmışsa, bu davanın yetkisinden vazgeçen mahkemede açılan davadan önce veya sonra olmasının da doktrinin uygulanması bakımından bir etkisi bulunmamaktadır<sup>6</sup>. Ayrıca bu doktrinin uygulanabilmesi için davanın görüldüğü mahkemede ve elverişli mahkemede açılan davaların konusunun, sebeplerinin ve taraflarının aynı olması da (derdest dava) aranmamakta, bu davalardan sadece birine devam edilmesinin daha adil olması yeterli sayılmaktadır<sup>7</sup>.

Mukayeseli hukuk açısından bir değerlendirme yapıldığında *forum non conveniens*, Müşterek Hukuk (*Common Law*) sistemine ait bir kavram olup Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil ülkelerde genellikle bilinmeyen bir konudur. Müşterek Hukuk sistemine dâhil ülkelerin hukuk düzenlerinde mahkemeler, milletlerarası yetkili olup olmadıklarını belirlerken irtibat noktalarını değerlendirip sonuca varırlar. Bu durum da doktrinin önemini arttırmaktadır. Doktrinin uygulanması anlamında dikkate alınması gereken hususlar, Müşterek Hukuk'a dayanır ve içtihat da bu değerlendirmede büyük önem taşır. Esasen İskoçya<sup>8</sup> yargılama hukukundaki prensiplere dayanılarak ortaya çıkan bu doktrin, Amerika Birleşik Devletleri (ABD)<sup>9</sup>, İngiltere<sup>10</sup>,

<sup>5</sup> **Cheshire/North & Fawcett**, s. 397; **Ekşi**, s. 62.

<sup>6</sup> **Ekşi**, s. 65; **Canbeldek-Akın**, Özlem: Milletlerarası Derdestlik (Lis Pendens), On İki Levha, İstanbul 2019, s. 125, 132.

<sup>7</sup> **Cheshire/North & Fawcett**, s. 400 vd.; **Canbeldek-Akın**, s. 133.

<sup>8</sup> Doktrinin gelişiminde temel teşkil eden kararın 1892 tarihli İskoçya Yüksek Mahkemesinin "*Sim v. Robinow*" kararı olduğu kabul görmektedir. İskoç hukukunda doktrinin gelişimi ve bu dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Arzandeh**, Ardavan: "The Origins of the Scottish *forum Non conveniens* Doctrine", *Journal of Private International Law*, vol. 13, no. 1, 2017, s. 130-151; **Dardağan**, Esra: Milletlerarası Usul Hukukunda "Aşkın Yetki" Kavramı, Siyasal Kitapevi, Ankara 2005, 80-81.

<sup>9</sup> Amerika Yüksek Mahkemesinin 1947 tarihli "*Gulf Oil Corp. v. Gilbert*" (330 U.S. 501 - 1947- <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/330/501/>>) ve "*Koster v. Lumbermens Mutual Casualty Co.*" (330 U.S. 518 1947 <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/330/518/>>) kararları ile bu doktrin Amerika hukukunda kabul görmüş; 1981 tarihli "*Piper Aircraft Co. v. Reyno*" (454 U.S. 235 -1981- <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/454/235/>>) kararı ile de güncel anlamına kavuşmuştur (Kararlara



Avustralya, Yeni Zelanda, Kanada, İsrail, Brunei, Cebelitarık, Karayipler, Hong Kong, Singapur gibi Müşterek Hukuk sistemine dâhil ülkelerde kabul görmüştür<sup>11</sup>.

Müşterek Hukuk'ta milletlerarası yetki tesis edilirken usuli nitelikteki esaslardan hareket edilmesi, mahkeme ile dava veya taraflar arasında yeterli ve gerçek bir irtibatın bulunup bulunmadığı üzerinde durulmaması, bu doktrinin doğuşuna neden olmuştur. Görüldüğü yer ile davanın gerçek manada bir irtibata sahip olmaması çeşitli sorunları da beraberinde getirebileceğinden bu doktrin ile çıkabilecek olası sorunlar önlenmeye çalışılmıştır. Örneğin İngiliz hukukunda davacının davalıdan belirli bir miktar paranın ödenmesini, belirli bir şeyin verilmesi veya belirli bir şeyin yapmaktan kaçınılmasını düzenleyen şahsi bir borç ya da ilişkiden doğan davalarda (*actio in personam*) dava dilekçesinin davalıya tebliği, İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisi için yeterli olarak kabul edilmektedir. Bu yolla İngiltere'ye seyahat eden veya bir İngiliz hava limanından transit geçen birine tebligat yapılarak İngiliz mahkemesinin milletlerarası yetkisinin tesisi mümkün hâle gelebilmektedir<sup>12</sup>. Bu şekilde yabancı unsurlu davalarda mahkemelerin zayıf, suni, geçici veya tesadüfi irtibat noktalarına istinaden kendilerini milletlerarası yetkili saymalarını önlemek için bu doktrin oluşturulmuştur. Bu doktrin, İngiliz hukukunda yargılama sisteminin esaslı bir unsuru olarak kabul görmüştür. *Forum non conveniens* doktrinin uygulanabilmesi

---

erişim tarihi: Ocak 2022). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hartley**, Trevor C.: *International Commercial Litigation, Text, Cases and Materials on Private International Law*, Second Edition, Cambridge University Press 2015, s. 253 vd; **Moss**, s. 215-216; **Palmer**, Jason S.: "A Separation of Powers Analysis of Forum Non Conveniens' Adequate Available Forum", *St. John's Law Review*, vol. 94, no. 1, 2020, s. 163 vd.

<sup>10</sup> İngiliz hukukunda "Spiliada Kararı" ile bu doktrine ilişkin esaslar önemli ölçüde belirlenmiştir. Bu dava Müşterek Hukuk'a dâhil olan birçok ülkenin yargı organları tarafından da benimsenerek *forum non conveniens* doktrinin gelişime de katkı sağlamıştır. Bkz. **Cheshire/North & Fawcett**, s. 393-394; **Hartley**, s. 231 vd; Bu kararda doktrinde benimsenen esasların aynı davanın yabancı bir ülkede derdest olması hâlinde ne şekilde uygulanacağına yönelik açıklamalar yer almaktadır. Bkz. "*Spiliada Maritime Corp'n v. Cansulex Ltd*", (House of Lords, 19 Nov 1986 [1986] 3 WLR 972, HL(E) <<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8ca60d03e7f57ecd7c9>> erişim tarihi: Ocak 2022).

<sup>11</sup> **Cheshire/North & Fawcett**, s. 393-394; **Akıncı**, Ziya: *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Seçkin, Ankara 2002, s. 28; **Çalışkan**, Yusuf: "Türk Tâbiyetinde Olan Kişiler ile İlgili Davalar Işığında Amerikan Milletlerarası Yargılama Hukukundaki Bazı Temel Kavramlar", *TBB Dergisi*, 2006, S. 62, s. 66.

<sup>12</sup> Bkz. **Cheshire/North & Fawcett**, s. 323 vd; **Ekşi**, s. 60-61; **Dardağan**, s. 82; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 456.

için yargılama sırasında davalı, daha elverişli bir mahkemenin bulunduğunu itirazını yapmak zorundadır<sup>13</sup>. Bu durumda İngiliz mahkemesi, bu doktrin ile “ tarafların çıkarı ve adaletin bir gereği olarak” başka bir ülkede bulunan mahkemenin davayı görmeye daha uygun olduğuna karar verebilir<sup>14</sup>. Görüldüğü üzere İngiliz mahkemesi, esasen iki unsurun varlığını arar. Birinci unsur, lehine yetki devredilecek mahkemenin mevcut davaya yürüten mahkemeye nazaran daha elverişli olması, ikinci unsur ise yetki devrinin adaletin tecelli etmesine hizmet edecek olmasıdır. Böyle bir durumda İngiliz mahkemesi önündeki davayı bekletmek<sup>15</sup> konusunda takdir hakkına sahiptir<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> **Cheshire/North & Fawcett**, s. 395; Yargılamaya itiraz hakkında bkz. İngiliz Medeni Usul Kanunu m. 11 <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part11>> (Erişim: Ocak 2022); Buna karşın Amerikan hukukunda İngiliz hukukundan farklı olarak *forum non conveniens* davalının itirazı şartına bağlanmamıştır. Amerikan mahkemesi yetkili olduğu davada elverişli mahkeme olmadığına resen karar verebilir ve davayı reddedebilir. Bkz. **Bayraktaroğlu-Özçelik**, Gülüm: Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar, Yetkin, Ankara 2016, s. 76.

<sup>14</sup> **Cheshire/North & Fawcett**, s. 395; **Özkan**, Işıl/Tütüncübaşı, Uğur: Uluslararası Usul Hukuku, Adalet, Ankara 2017, s. 21; İngiliz hukukunda yabancı derdestlik bu doktrin çerçevesinde kabul edilmiştir. İngiliz hukukuna göre aynı dava yabancı bir ülke mahkemesinde açılmışsa ve davanın açıldığı yabancı ülke mahkemesi İngiliz mahkemesi ile karşılaştırılır. Yabancı mahkeme İngiliz mahkemesine nazaran ihtilafın adil bir şekilde çözümünü konusunda “tabii mahkeme” olduğu kanaatine ulaşırsa İngiliz mahkemesi *forum non conveniens* doktrini çerçevesinde yetkisizlik kararı verir. Bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe**, s. 542; **Dardağan**, s. 83; **Bayraktaroğlu-Özçelik**, s. 71-72.

<sup>15</sup> İngiliz Yüksek Mahkemeler Kanunu (*Senior Courts Act 1981*) m. 49(3)’de İngiliz mahkemelerinin davayı bekletebilme yetkisine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Bu maddeye göre bu kanunun hiçbir hükmü, İstinaf Mahkemesinde (*Court of Appeal*) veya Yüksek Mahkemede (*High Court*) görülmekte olan bir herhangi bir davada ilgili mahkemece resen veya yargılamanın tarafı olan veya olmayan üçüncü kişinin talebi üzerine verebileceği davayı bekletme kararını etkilemeyecektir. Bkz. <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/section/49>> (Erişim: Ocak 2022). Ayrıca medenî ve ticari konularda yargı yetkisi, mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen Avrupa Birliği mevzuatının Birleşik Krallık hukukuna aktarılmasını konu olan 1982 tarihli İngiltere Medenî Yargı ve Hükümler Kanunu’nda (*Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*) konuya ilişkin bir düzenleme mevcuttur. 1982 Tarihli Kanun m. 49’a göre ilgili Kanunun hiçbir hükmü, Birleşik krallık mahkemelerinin *forum non conveniens* gerekçesiyle davayı bekletme yetkisine halel getirmez. Bkz. <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/27/section/49>> (Erişim: Ocak 2022).

<sup>16</sup> **Cheshire/North & Fawcett**, s. 395 vd.; **Bayraktaroğlu-Özçelik**, s. 72; **Giray**, Faruk K.: “Forum Shopping-Forum Non Conveniens Kavramları ile Anti Suit Injunction Kavramlarının Türk Milletlerarası Usul Hukukundaki Görünümleri”, Adaletle Yönelmiş Bir Toplumsal Düzen Olarak Hukuk: Prof. Dr. Yasemin Işıktaç Armağanı (edt. Gürler, Sercan), Sümer Kitapevi, İstanbul 2020, s. 876.

Kıta Avrupası Hukuk sistemine dâhil olan ülkelerde ise bu doktrinin uygulanması kural olarak mümkün değildir. Müşterek Hukuk'tan farklı olarak Kıta Avrupası Hukuk sisteminde mahkeme, dâhil olduğu usul kurallarını uygulamak zorundadır. İlgili kurala göre yetkiliyse artık davayı yürütmek zorundadır. Dava ile daha yakın ve gerçek irtibata sahip olan ve davayı görmeye daha uygun bir başka ülkenin mahkemesinin bulunmasının bu kapsamda bir önemi yoktur. Böyle bir durumda mahkeme yetkisinden vazgeçemez. Buna karşı *forum non conveniens* doktrini, bazı Kıta Avrupası Hukuk sistemine dâhil olan ülkelerde dahi etkili olmuştur. Örneğin Japonya'da "özel durumlar" doktrini, *forum non conveniens* doktrinine benzemektedir. Mahkeme kararları ile uygulanmaya başlayan ve 2011 tarihinde Japon Usul Kanunu'na da eklenen bu doktrin uyarınca delillere ve tanıklara ulaşım, dava masrafları, kararın tenfiz edilebilirliği, adil uygun ve hızlı yargılama gibi özel durumların varlığı hâlinde Japon mahkemesi, uyuşmazlığın yabancı mahkemede görülmesinin adil olduğu kanaatine ulaşırsa davayı reddedilecektir<sup>17</sup>. Hollanda hukukunda ise bu doktrin dar bir alanda ve özellikle de aile hukukunda uygulanmıştır<sup>18</sup>.

### B. Doktrinin Uygulanmasında Dikkate Alınması Gereken Hususlar

Bu doktrin uyarınca milletlerarası yetkili olmasına rağmen mahkeme, sahip olduğu yetkinin dava konusu ile yakın ve gerçek bağlantı sağlamaya yetmediğini düşünüyor ise kendini *forum non conveniens* addederek yargılamayı durdurup yetkisinden feragat edecektir. Mahkeme bu kararı alırken yargılamanın durdurulması ile devamını gerektiren etkenleri karşılaştıracak, yargılamanın durdurulmasını devamına nazaran daha uygun bulursa yetkisinden feragat edecektir. Bu konuda mahkemenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu kapsamda mahkemelerce yapılan değerlendirme sübjektif esaslara dayalı olacağından bu doktrinin uygulanması konusunda farklı kararla karşılaşılabilir. Bu durum da doktrinin dezavantajını oluşturmaktadır<sup>19</sup>. Davacının mahkeme seçme hakkı da bu yolla sınırlandırılacağından mahkemenin takdir yetkisi mutlak olmamalı; mahkeme yetkisinin vazgeçip geçmeyeceğini belirlerken somut olayın özelliklerini değerlendirip sonuca varmalıdır.

<sup>17</sup> **Hayakawa**, Yoshihisa: "Lis Pendens", Japanese Yearbook of International Law, vol. 54, 2011, s. 331-332; **Elçin**, s. 323; **Canbeldek-Akın**, s. 127.

<sup>18</sup> **Verheul**, J. P.: "The Forum (Non) Conveniens in English and Dutch Law and under Some International Conventions", The International and Comparative Law Quarterly, Apr., 1986, vol. 35, no. 2, Apr., 1986, s. 416 vd.; **Eksi**, s. 60 dn. 247.

<sup>19</sup> **Hartley**, s. 224.

Yargılamanın yapılabilmesi için doğal ve elverişli alternatif bir mahkemenin varlığı gerekir. Birden fazla yetkili mahkemenin bulunduğu hâllerde davanın açıldığı mahkeme, hangi mahkemenin “doğal ve elverişli mahkeme” olduğu konusunda değerlendirme yaparken ne kendi usul hukuku kurallarını ne de diğer ilgili ülkenin usul hukuku kurallarını uygular. Bu kapsamda mahkeme, somut olayın özelliklerinin dikkate alınmalıdır<sup>20</sup>.

İçtihat hukukuna dayanan ve doğal mahkemenin tespitine ilişkin hususlar, her ülkede farklılık göstermektedir. Örneğin, davalar arasındaki benzerlik, yabancı mahkemedeki yargılamanın aşaması, delillerin toplanması, dava konusu malın inceleme imkânı, tanıkların hazır bulunma zorunluluğu (zorla mahkemeye getirilme sistemi) ve bu konuda gerekli masraflar, ikinci dava açılmasının taraflara getirdiği ek masraflar, gerekliyse jüri üyelerinin olay yerinde inceleme yapmaları, kararın tenfiz edilebilirliği, yargılamanın kolay, hızlı ve ucuz kılacak diğer unsurlar, ABD hukukunda doğal ve elverişli mahkemeyi tesis eden hususlar olarak kabul görmektedir<sup>21</sup>. Benzer hususlardan hareket eden İngiliz hukukunda<sup>22</sup>, doğal mahkeme dava konusu uyumsuzluğa göre belirlenecek, mahkemenin yargı çevresi ile dava konusu arasında gerçek ve yakın bağlantıyı hangi mahkeme tesis ediyorsa o mahkeme doğal mahkeme olarak kabul edilecektir<sup>23</sup>.

Görüldüğü üzere doğal ve elverişli mahkemenin belirlenmesinde somut olayın özelliklerinden hareket edilmekte, tarafların yerleşim yerleri, malların bulunduğu yer, delillerin bulunduğu yer, hukuki işlemim yapıldığı yer, hukuki işlemin ifa edildiği yer, yargılamanın kolay, hızlı ve masrafsız yapıldığı yer gibi hususların yoğunlaştığı ülkenin tespit edilmesi ile sonuca varılacaktır. Dolayısıyla da her somut olayın özelliklerine göre doğal ve elverişli mahkeme farklılık gösterecektir<sup>24</sup>. Bu durumda mahkeme, dava ile daha yakın ve esaslı irtibata sahip yabancı bir ülke mahkemesinin bulunup bulun-

<sup>20</sup> **Cheshire/North & Fawcett**, s. 397 vd; **Ekşi**, s. 65.

<sup>21</sup> Milletlerarası yetkiden feragat etme gerekçeleri hakkında bilgi için bkz. **Sahni**, Binda: “Limitations of Access at the National Level: Forum Non Conveniens”, *Gonzaga Journal of International Law*, 9, 2005-2006, s. 138 vd; **Hartley**, s. 253-254; **Moss**, s. 217; **Nomer**, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, Yenilenmiş 23. Bası, Beta, İstanbul 2021, s. 499; **Ekşi**, s. 63; **Dardağan**, s. 86 vd; **Elçin**, s. 313-314; **Bayraktaroğlu-Özçelik**, s. 94 vd; **Canbeldek-Akın**, s. 127; **Giray**, *forum non conveniens*, s. 877.

<sup>22</sup> İngiliz hukukunda yer alan kriterler için Bkz. **Cheshire/North & Fawcett**, s. 392 vd.; **Akıncı**, s. 30; **Dardağan**, s. 81 vd.; **Bayraktaroğlu-Özçelik**, s. 80 vd.; **Canbeldek-Akın**, s. 131 vd.

<sup>23</sup> **Cheshire/North & Fawcett**, s. 399 vd.; **Ekşi**, s. 66.

<sup>24</sup> **Ekşi**, s. 65.

madığı değerlendirirken hem kamusal menfaatleri hem de tarafların özel menfaatlerini dikkate almalıdır<sup>25</sup>.

### 1. Kamusal Menfaatler

Kamusal menfaatler, yargılamanın hızlı, mümkün olduğu ölçüde masrafsız ve zahmetsiz yapılmasıdır. Vakanın kaynağı dışında başka bir yerde görülmesi beraberinde bazı zorlukları getirecektir. Açılan davanın mahkemeye aşırı iş yükü yüklemesi ve vergi mükelleflerinin vergilerinin aşırı artması gibi hususlar bu doktrinin uygulanmasında önemli rol oynayan kamusal menfaatlerdir. Yabancı mahkemenin uygunluğunu ortadan kaldıran unsurlar arasında yabancı yargıda yer alan zamanaşımı meselesi, dava için yüksek harç miktarı talep edilmesi, keşif yapılabilme imkânının bulunmaması, davanın daha hızlı sonuçlanacağını ispat edilememesi gibi hususlar yer almaktadır<sup>26</sup>.

### 2. Özel Menfaatler

Tarafların özel menfaatleri dikkate alındığında öncelikle davacının menfaatinin incelenmesi önem taşır. Dava yetkili bir mahkemede açılmışken bu doktrin uyarınca yetkinin reddedilmesi konusunda karar verilmesi daha çok davacıyı etkileyeceği için davanın açıldığı ülke mahkemesi takdir hakkını kullanırken öncelikle davacının menfaati konusunda bir değerlendirme yapmakla yükümlüdür. Alternatif mahkemede dava açılması, davacının menfaatine aykırı olmamalıdır. Davanın açıldığı mahkemenin kendisini elverişsiz mahkeme yani *forum non conveniens* olarak kabul etmesi ve yetkisinden vazgeçmesi, davanın başka bir mahkemede görülmesine neden olmaktadır. Bu durumda alternatif mahkemede davanın görülmesi davacı açısından ciddi risk taşımamalı, kişisel ve yargılamaya dair menfaatlerine zarar vermemelidir. Davacı, vakasını alternatif mahkemede ileri sürebilme konusunda zorluk yaşamamalıdır. Alternatif mahkemede yapılan yargılamada davacının tanıklara ve diğer delillere rahatça ulaşabilmesi ile bu husus temin edilebilir<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Whytock/Cassandra, s. 1456-1457; Moss, s. 216.

<sup>26</sup> Cheshire/North & Fawcett, s. 406; Nomer, s. 499; Amerikan hukukunda doktrinin uygulanmasında kamusal menfaatler ve bireysel menfaatler arasında bir denge gözetilmektedir (Whytock/Cassandra, s. 1460 vd.). Bu yönüyle Amerikan hukuku, İngiliz hukukundan ayrılmaktadır. Çünkü İngiliz hukukunda tarafların bireysel menfaatleri esas alınır (Hartley, s. 254); Elçin, s. 314.

<sup>27</sup> Elçin, s. 314-315.

Yetkisinden vazgeçip vazgeçmeyeceği konusunda takdir hakkını kullanan davanın açıldığı mahkeme, yetkili birden çok yetkili ülke mahkemesinin varlığına rağmen öncelikle kendi mahkemesinde dava açılmasının nedenlerini araştırmalıdır. Bu noktada davacının kişisel menfaatleri veya yargılamaya ilişkin menfaatler dikkate alınabilir. Davacının kişisel menfaatlerinin dikkate alınabilmesi için onun menfaatinin gerçekten var olması, objektif esaslara dayanması ve meşru olması gerekir. Eğer davacı, hakkını kanuni yollardan araması gerektiği hâllerde veya haksız olarak elverişsiz bir mahkeme seçerek davalıyı zora sokuyorsa onun bu amacının dikkate alınması gerekir. Davalıyı zora sormak amacıyla açılan davada mahkeme, doğal ve elverişli bir başka ülkenin mahkemesinin varlığını tespit ediyorsa yetkisinden vazgeçme konusunda takdir hakkını kullanabilir<sup>28</sup>. Böyle bir durumda davanın açıldığı mahkemede davanın açılması konusunda davacının meşru menfaatinden bahsedilebilmesi mümkün değildir. Örneğin, İngiliz hukukuna göre alternatif yetkili mahkemede açılan dava, baskıcı ve zorlayıcı ise İngiliz mahkemeleri davaya bakmaktan kaçınabilir. Başka bir ülke mahkemesinde dava derdestken ekonomik olarak güçlü olan taraf, maddî durumu kısıtlı olan taraf aleyhine aynı davayı İngiltere’de açabilir. Böyle bir durumda İngiliz mahkemesi, davacını açtığı bu dava ile davalıyı kendini savunamayacak hâle getirme amacını tespit ederse davaya bakmaktan kaçınabilecektir<sup>29</sup>.

Alternatif mahkemenin elverişliliği tartışılırken davacının menfaatlerinin yanında davalının menfaatleri de dikkate alınması gerekir. Davanın açıldığı mahkemenin kendisini *forum non conveniens* olarak kabul etme konusundaki takdir yetkisi, “davalının güçlü bir şekilde lehine olmadıkça davacının mahkeme seçiminin engellenmemesi” şeklinde yorumlanması gerekir. Mahkeme, davalının alternatif mahkemede hazır bulunma zorunluluğu olup olmadığını ve fiilen böyle bir imkâna sahip bulunup bulunmadığı konusunda araştırma yapar. Özellikle de davalının yerleşim yerinde açılan davalarda bir başka ülkedeki mahkemenin neden daha elverişli yetkiye sahip olduğu konusu üzerinde titizlikle durulması gerekir. Dava açılan mahkeme yetkisinden feragat edip etmeyeceğini araştırırken davalının alternatif mahkemede hazır bulunacağını beyan edip etmediğine dikkat etmeli; birden fazla davalı varsa her bir davalı bakımından bu husus araştırılmalıdır<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> **Whytock/Cassandra**, s. 1454; **Workman**, Brett J.: “Deference to the Plaintiff in Forum Non Conveniens Cases”, *Fordham Law Review*, vol. 86, no. 2, November 2017, s. 887 vd.

<sup>29</sup> **Cheshire/North & Fawcett**, s. 405; **Hartley**, s. 227; **Ekşi**, s. 64; **Canbeldek-Akın**, s. 129.

<sup>30</sup> Bkz. **Mardirosian**, Helen E.: “Forum Non Conveniens”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 37, no. 5, Summer 2004, s. 1647 vd.; **Elçin**, s. 313, 316.

### C. Doktrinin Türk Hukukunda Kabul Görmemesinin Nedenleri

*Forum non conveniens* doktrini Türk hukukunda kural olarak kabul görememektedir. Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK'ta yer alan düzenlemeler aracılığı ile tespit edilir. MÖHUK m. 40'ta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen genel kurala yer verilmiştir. Bu kural uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına bağlanmıştır. Bu madde, iç hukukta düzenlenen yer itibarıyla yetki kurallarını, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin kaynağı olarak belirlemiştir. Dolayısıyla yabancı unsurlu ve özel hukuka dair bir uyuşmazlık hakkında Türkiye'de dava açılmak isteniyorsa, iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına göre yetkili bir Türk mahkemesi yoksa Türk mahkemelerinin o dava için milletlerarası yetkiye sahip olmadığı sonucuna varılır<sup>31</sup>.

MÖHUK, Türk mahkemelerinin milletlerarası anlamda yetkisini tesis ederken yabancılık unsuru taşıyan bir dava ile Türkiye'nin irtibatlı olmasını aramıştır. Ancak bu yönde bir irtibatın tespiti ile Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkili sayılabilir. Bu irtibatın sağlanıp sağlanmadığı ise iç hukuk kuralları ile tespit edilir. Bir başka ifadeyle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespitinde hangi tür irtibatların gerekli ve yeterli olacağı iç hukuk kuralları aracılığıyla tespit edilir<sup>32</sup>.

Türk iç hukukunda yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklarda mahkemelerin yetkisi belirlenirken dava ile yargı alanı arasında irtibat aranmıştır. MÖHUK m. 40'ın iç hukuka atfı nedeniyle aynı irtibat yabancı unsurlu davalar bakımından da aranmaktadır. Bu anlamda yer itibarıyla yetki kurallarını düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>33</sup> ve diğer bazı düzenlemeler<sup>34</sup> Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirler. İç

<sup>31</sup> MÖHUK'ta ayrıca özel yetki kuralları da yer almaktadır. Bu kurallar, konuluş amacına göre iki gruba ayrılabilir. Birinci grup, MÖHUK m. 41 ila 43'te yer alan yetki kurallarıdır. Bu kurallar ile bazı özel durumlarda Türkiye'de yetkili bir mahkemenin hazır bulundurulması amaçlanmıştır. İkinci grup ise MÖHUK m. 44 ila 46'da düzenlenen yetki kurallarıdır. Bu kurallar ile işçiler, tüketiciler ve sigortalılar güçlü konumda oldukları varsayılan işverenler, satıcılar ve sigorta şirketleri karşısında korunmuştur.

<sup>32</sup> **Nomer**, s. 464 vd; **Çelikel**, Aysel/**Erdem**, Bahadır B.: Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, Beta, İstanbul 2021, s. 565 vd; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 452 vd.

<sup>33</sup> RG. 4.2.2011-27836.

<sup>34</sup> Örneğin, 4721 sayılı Türk Medenî Kanun'unda (m.25, 32, 168, 177, 201, 207, 214, 283, 326, 411, 430, 433, 463, 576), 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda (m. 154), 5846 sayılı Fikir ve Sanal Eserleri Kanunu'nda (m. 66), 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda (m.

hukukta yetkinin irtibata dayanması ve yabancılık unsuru taşıyan ihtilaflar bakımından da iç hukuka atıf yapılması, milletlerarası alanda da hâkime takdir yetkisi tanımamaktadır. Başka bir ifadeyle mevcut hukuki düzenlemelerimiz nedeniyle hâkim, ilgili taraflara ve uyuşmazlık konusuna bağlı olarak diğer bir ülke mahkemesinin davayı görmeye daha uygun olduğu kanaatiyle yetkisinden feragat etme konusunda takdir hakkına sahip değildir<sup>35</sup>. Bununla birlikte kesin yetkili olunan hâller hariç olmak ve yetki itirazında bulunmamak şartıyla dava ile yargı alanı arasında irtibatın olmadığı hâllerde dahi Türk mahkemeleri milletlerarası yetkili olabilir. İç hukukun milletlerarası usul hukukuna yansması olan bu durumda yetki itirazına uğramayan Türkiye'deki herhangi bir yetkisiz mahal mahkemesi yetkili hâle gelebilir. HMK m. 19'da iç hukukta düzenlenen bu hüküm, usule hâkimin hukukunun (lex fori) uygulanması nedeniyle milletlerarası usul hukuku kapsamına dâhil davalar bakımından da geçerli kabul edilir. Böyle bir durumda Türkiye ile hiçbir bağlantısı olmayan bir uyuşmazlık hakkında Türk mahkemesi yetkili kılınıp karar verebilir<sup>36</sup>.

Görüldüğü üzere HMK m. 19'daki özel durum dışında Türk milletlerarası usul hukukunda yetki, açık ve kesin nitelikteki kurullarla belirtilmiş; dava ile yargı alanı arasında irtibat aranmıştır. Milletlerarası yetkinin doğumu için sunî irtibat noktalarını yeterli gören bir yetki sistemine sahip ülke hukuku bakımından geniş tutulan milletlerarası yetkinin *forum non conveniens* doktrini ile belirli bir ölçüde sınırlanabilmesi yerindedir<sup>37</sup>. Buna karşı Türk hukuku anlamında aynı sonuca varılamamaktadır. Zira Türk hukukunda milletlerarası yetkinin tesisinde esas alınan irtibat noktaları yeterlidir ve diğer bazı ülke hukuklarında yer alan sunî irtibat noktalarına huku-kumuzda yer verilmemiştir. Buna ilave olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 36/II'ye göre "Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz". Bu hüküm uyarınca Türk Mahkemesi yetkisinden feragat edemez. Hâkimin bu konuda takdir yetkisi yoktur. Dolayısıyla davacı, davasını Türk mahkemesinde açtığı zaman davasının bu mahkemede karara bağlanmasını talep etmiştir. Anayasa ise bu talep hakkını, m. 36/II ile teminat altına almıştır. Aynı şekilde bu doktrine ilişkin Türk milletlerarası usul hukukunda hüküm bulunmadığından Türk mahkemesi, milletlerarası

---

156), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (m. 82, 561, 661, 890, 1063, 1087, 1292, 1348, 1354 vd.) mahkemelerin yetkisine ilişkin hükümler yer almaktadır.

<sup>35</sup> Dardağan, s. 109; Sökmen-Güler, s. 2634.

<sup>36</sup> Ekşi, s. 73; Sökmen-Güler, s. 2634.

<sup>37</sup> Nomer, s. 500.



yetkisi bulunmadığı bir uyuşmazlıkta kendini elverişli mahkeme yani forum *conveniens* addederek yetkili kılamaz<sup>38</sup>. Bu nedenlerle *forum non conveniens* doktrininin Türk hukukunda uygulanması kural olarak mümkün değildir<sup>39</sup>.

Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde ise bu kuralın istisnası yer alabilir. Şöyle ki, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde *forum non conveniens* doktrinin uygulanmasını sağlayan hükümler mevcutsa bu doktrin ilgili Sözleşme kapsamında Türk hukuku bakımından da uygulanabilir hâle gelmektedir. MÖHUK m. 1/II uyarınca millî hukukumuza aktarılan milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulmuş; milletlerarası sözleşmeler ile getirilen kuralların, MÖHUK'da yer alan kurallara nazaran öncelikle uygulanacağı sonucuna varılmıştır.

Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda çocukların korunmasına ve velayet sorumluluğuna ilişkin hususlarda önemli düzenlemeler getiren 1996 tarihli "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkındaki Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi"nde *forum non conveniens* doktrininin farklı uygulamaları yer almaktadır. Sözleşme m. 8 ve 9'da yer alan yetki devrine ilişkin hükümler ve 13(2)'de yer alan milletlerarası derdestliğe ilişkin hüküm bu doktrinin uygulamalarını oluşturmaktadır. Sözleşmenin 01.02.2017 tarihi itibarıyla Türkiye bakımından yürürlüğe girmesiyle birlikte ilgili Sözleşme hükmünün gereği olarak bu doktrinin uygulamasının sınırlı da olsa mümkün olabileceği sonucuna varılmaktadır<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Akıncı, s. 32.

<sup>39</sup> Ekşi, s. 73 vd; Nomer, s. 500; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 456; Bununla birlikte yabancı unsurlu hukuki ihtilaflarda Anayasa'ya aykırılık değerlendirmelerinin daha esnek yaklaşımla yapılmasının daha yerinde olabileceğini ileri süren bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüş için bkz. Dardağan, s. 112 vd.

<sup>40</sup> Giray, Faruk K.: Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Ahkonulan Çocukların İadesi, Beta, İstanbul 2010, s. 255-256; Ulusu-Karataş, Elif: "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi", Milletlerarası Hukuk Bülteni, C. 37, S. 2, Y. 2017, s. 959; Çelikel/Erdem, s. 288 dn. 138; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 456; Giray, *forum non conveniens*, s. 878, 883; Giray, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesinin yanı sıra belirli şartların gerçekleşmesi şartıyla 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 20/2'de (RG. 12.06.2009-27256) yer alan düzenlemenin de *forum non conveniens* kapsamında değerlendirilebileceği görüşündedir. Bu görüş ve tartışmalar için bkz. Giray, *forum non conveniens*, s. 879-883.

## II. LAHEY ÇOCUK KORUMA SÖZLEŞMESİ VE SÖZLEŞMEDE DÜZENLENEN YETKİ HÜKÜMLERİ

### A. Sözleşmenin Amaç ve Kapsamı

1996 Tarihli “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkındaki Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi” ya da uygulama bilinen diğer adıyla “Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi”nde çocukların şahsı ve malları hakkında koruyucu tedbirler alınmasında hangi taraf ülke adli veya idari makamlarının yetkili olacağına, bu koruma tedbirlerinin alınması sırasında ve velayet sorumluluğu hakkında hangi hukukun uygulama alanı bulacağına ve koruma tedbir kararlarının diğer taraf ülkelerde tanınması ve tenfizine yönelik hükümler yer almaktadır.

Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi’ne Ocak 2022 itibarıyla 53 ülke taraftır<sup>41</sup>. Türkiye ise bu Sözleşmeye 2016 yılında taraf olmuştur<sup>42</sup>. 01.02.2017 tarihinde<sup>43</sup> yürürlüğe girmesiyle birlikte bu Sözleşme, 1983 yılından beri Türkiye’nin taraf olduğu 1961 tarihli “Küçüklerin Korunması Hakkında Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi”nin yerine geçmiştir. Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesinin geniş uygulama alanı bulması neticesinde MÖHUK’un ilgili hükümlerinin tatbik kabiliyetini önemli ölçüde daraltmıştır.

Sözleşmenin amaçları, Sözleşmenin dibace (başlangıç) kısmında ve m. 1’de açıkça yer almaktadır.

Sözleşmenin dibace kısmında yer alan açıklamalara göre Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi, çocukların korunmasına ilişkin uluslararası iş birliğinin önemini ve çocukların üstün yararının korunmasını öncelikli olarak göz

<sup>41</sup> Taraf ülkeler için bkz. <<https://www.HCCH.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>> (Erişim: Ocak 2022).

<sup>42</sup> Sözleşmeye çekince ve beyanlarla katılmamızın uygun bulunduğu dair 25.04.2016 tarihli ve 6707 Sayılı Kanun için bkz. RG. 05.05.2016-29703. Sözleşme, 09.05.2016 tarih ve 2016/8844 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmıştır. Bakanlar Kurulu kararı ve Sözleşmenin metni için bkz. RG. 22.05.2016-29719.

<sup>43</sup> Sözleşmenin 61. maddesi uyarınca tevdi edilmesi gereken belgelerin depoziter makama tevdi edildiği tarihten itibaren başlayacak üç aylık sürenin sona ermesini izleyen ayın ilk gününde Sözleşme yürürlüğe girer. Türkiye bakımından da bu süreç takip edilmiş; Sözleşme 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ayrıca bkz. 03.01.2017 tarihli ve 2016/9638 sayılı “Bazı Anlaşmaların Yürürlük Tarihlerinin Tespit Edilmesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı” RG. 03.01.2017-29937.

önünde almıştır<sup>44</sup>. Bu doğrultuda 1961 tarihli “Küçüklerin Korunması Hakkında Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi”nin gözden geçirilmesi ihtiyacına dayanılarak bu Sözleşme oluşturulmuştur<sup>45</sup>. 1996 Tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi ile çocukların şahıs ve malvarlıklarının korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasını, bu tedbirlere ilişkin yetki, uygulanacak hukuk, tanıma ve tenfizin uygulanması açısından önemli hükümler getirmiştir. Çocukların şahıs ve malvarlıklarının korunmasına ilişkin hususlarda hukuk sistemleri arasındaki çatışmanın önlemesi amaçlanmış ve bu amacın tesisine yönelik olarak Sözleşme ile yeknesak hükümler getirilmiştir<sup>46</sup>. 20 Kasım 1989 tarihli “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi”ni göz önüne almak suretiyle bahsedilen hususlar doğrultusunda ortak hükümler oluşturmayı amaç edinen Sözleşme, “Uluslararası

<sup>44</sup> **HCCH**: “Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention”, Hague Conference on Private International Law, Hague Netherlands 2014, s. 17 p. 2.3.

<sup>45</sup> Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi yürürlüğe girmeden önce bu Sözleşme kapsamında düzenlenen konularda dikkate alınması gereken en önemli düzenleme, Türkiye’nin taraf olduğu diğer bir Lahey Sözleşmesi olan 1961 tarihli “Küçüklerin Korunması Hakkında Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesidir” (1961 tarihli Lahey Sözleşmesi). Sözleşme metni için bkz. RG. 21.02.1983-17966. Sözleşmede yer alan yetki hükümlerinin koruma tedbirleri alınmasında birden çok taraf ülkenin makamının yetkili kılması, uygulanacak hukuka ilişkin Sözleşme hükümlerinin belirsiz ve anlaşılabilir olması, tanıma ve tenfiz hükümlerinin yetersiz olması gibi nedenler, Sözleşmenin başarı sağlamasını engellemiş; Sözleşmeye taraf ülke sayısı da sınırlı kalmıştır. Uluslararası durumlarda çocukların korunmasının iyileştirilmesi ihtiyacı çerçevesinde 1993 yılında Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansında Sözleşmenin gözden geçirilmesine ve yenilenmesine karar verilmiştir. Bu sayede Sözleşmede yer alan konuları daha kapsamlı ve daha anlaşılır düzenleyen, uluslararası alanda daha geniş katılımı sağlayabilecek yeni bir Sözleşme hazırlanmıştır. Bu doğrultuda Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi, 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi uyarınca alınan önlemlerin tanınmasına halel getirmeksizin, bu Sözleşmenin yerine geçmiştir (Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi m. 51). 1961 Tarihli Sözleşmenin yarattığı sorunlar hakkında bkz. **Lagarde**, Paul: explanatory report, Convention of 19 October on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and co-operation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children, Hague Conference on private international law, <<https://assets.HCCH.net/docs/5a56242c-ff06-42c4-8cf0-00e48da47ef0.pdf>>, p. 5-6 s. 539-541 (Erişim: Ocak 2022); **HCCH**, Practical Handbook, s. 17 p. 2.3; **Tiryakioğlu**, Bilgin: “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme (La Haye 19 Ekim 1996)”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul 1999, s. 381-383; **Ulus-Karataş**, s. 913; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 187; **Altıparmak**, Ayşe K.: “Velayet Uyuşmazlıklarında Yeni Bir Dönem Mi? 1996 Tarihli Lahey Velayet Sözleşmesi Hakkında Bir İnceleme”, AndHD 2000, C. 6, S. 2, s. 417.

<sup>46</sup> **HCCH**, Practical Handbook, s. 17 p. 2.2; **Altıparmak**, s. 419.

Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair 25 Ekim 1980 tarihli Sözleşme'nin uygulanmasını da etkilemez<sup>47</sup>. Bu nedenlerle Sözleşme, çocuk hakları ve hukuku konusunda "şemsiye" niteliğinde bir düzenleme olarak kabul görmektedir<sup>48</sup>.

Sözleşme m. 1(1)'de (a) ila (e) arasında beş bent hâlinde Sözleşmenin amaçları doğrultusunda kapsamına yer verilmiştir. Bu maddeye göre Sözleşmenin amaçları, çocukların şahıs ve malvarlıklarına ilişkin gerekli tedbirleri almaya hangi taraf ülke makamlarının milletlerarası yetkili olduğuna dair yetki kurallarını<sup>49</sup> belirlemek (a bendi), yetkili makamların ilgili tedbirleri alırken uygulanacak hukuku<sup>50</sup> belirlemek (b bendi), velayet sorunluluğuna ilişkin uygulanacak hukuku<sup>51</sup> belirlemek (c bendi), alınan koruma tedbirlerine ilişkin kararların tüm taraf ülkelerde tanınması ve tenfizini<sup>52</sup> sağlamak (d bendi) ve tüm taraf ülke makamları arasında Sözleşmenin amaçlarını gerçekleştirebilmek için gerekli olabilecek işbirliğini<sup>53</sup> sağlamaktır (e bendi).

Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansının velayete ilişkin en kapsamlı düzenlemesi olan bu Sözleşme, velayet sorumluluğunun tanımı da m. 1(2)'de yapmıştır. Velayet sorumluluğu kavramının Sözleşmenin amaçları doğrultusunda nasıl anlaşılması gerektiği bu düzenleme ile açığa kavuşturulmuştur. Buna göre velayet sorumluluğu kavramının kapsamı, çocuğun şahsına ve mallarına yönelik olarak ebeveynlerin, vasilerin ve diğer yasal temsilcilerin haklarını, yetkilerini ve sorumluluklarını belirleyen her türden otorite ilişkisini içermektedir. Bu maddede otorite ilişkisi ile atıf yapılan hak ve sorumluluklar, çocuğun gözetimi ve bakımı, mutad meskeninin tespiti ve eğitimi gibi konular; yetki ise çocuğun temsilidir<sup>54</sup>.

Sözleşme m. 2'ye göre bu Sözleşme, on sekiz yaşından küçüklere uygulanır. Çocuk on sekiz yaşına doldurmuş ve on dokuz yaşından gün almışsa Sözleşme uygulanmaz. Sözleşmenin uygulama alanı bulması için çocuğun doğmuş olması gereklidir. Bu nedenle anne karnındaki ceninler

<sup>47</sup> Bkz. m. 50.

<sup>48</sup> **Uluocak**, Nihal: "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi (Nihai Metin, 19 Ekim 1996)", MHB 1996, Y. 16, S. 1-2, s. 120.

<sup>49</sup> Bkz. m. 5-14.

<sup>50</sup> Bkz. m. 15.

<sup>51</sup> Bkz. m. 16-22.

<sup>52</sup> Bkz. m. 23-28.

<sup>53</sup> Bkz. m. 29-39.

<sup>54</sup> **Lagarde**, explanatory report, p. 14, s. 543-545; **HCCH**, Practical Handbook, s. 27 p. 3. 17-18.

hakkında Sözleşme uygulama alanı bulmaz<sup>55</sup>. On sekiz yaşını doldurmamayan çocuğun ehliyetine uygulanacak hukuk onu ergin kılsa da Sözleşme uygulama alanı bulmaya devam edecektir. Örneğin çocuk, millî hukuku uyarınca daha erken yaşta ergin olmuşsa veyahut evlenme ile ergin olmuşsa Sözleşme uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda millî hukuku uyarınca ergin kabul edilen çocuk, Sözleşme kapsamında çocuk olarak kabul edilir<sup>56</sup>.

Sözleşmenin uygulama alanı bulabilmesi için çocuğun vatandaşı olduğu ülkenin Sözleşmeye taraf olmasına gerek yoktur. Diğer bazı milletlerarası sözleşmelerden farklı olarak<sup>57</sup> çocuğun mutad meskeni taraf ülkede yer almasa da bu makamlar, Sözleşmede yer alan bazı hükümlere<sup>58</sup> dayanarak koruma tedbiri alma konusunda yetki tesis edebilirler<sup>59</sup>.

Sözleşme m. 3(1)'de koruma tedbirleri sayılmıştır. Buna göre velayet sorumluluğunun niteliği, kullanımı, sonlandırılması veya kısıtlanmasının yanı sıra başkasına devri (a bendi); çocuğun kişiliğinin korunmasına yönelik haklar dâhil olmak üzere velayet hakkı ve özellikle çocuğun yerleşim yerini

<sup>55</sup> **Lagarde**, explanatory report, p. 15, s. 545; **HCCH**, Practical Handbook, s. 25 p. 3. 10; **Ulus-Karataş**, s. 916; **Altıparmak**, s. 419.

<sup>56</sup> **Lagarde**, explanatory report, p. 16, s. 545; **Tiryakioğlu**, s. 386; **Çelikel/Erdem**, s. 285; **Ulus-Karataş**, s. 917; **Altıparmak**, s. 420 Aksi görüş için bkz. **Giray**, s. 250-251.

<sup>57</sup> 1961 Tarihli Lahey Sözleşmesinin 13. maddesine göre Sözleşme, küçüğün mutad meskeninin taraf ülkede bulunması şartıyla uygulama alanı bulur. Bkz. **Akıncı, Ziya/Demir-Gökyayla**, Cemile: Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 168-169. Aynı şekilde Türkiye'nin taraf olduğu 1980 tarihli "Uluslararası Çocuk Kaçırma-ların Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi"nde (RG. 15.02.2000-23965) de çocuğun mutad meskeninin taraf ülkede bulunması şartı aranmıştır. 4. maddeye göre bu Sözleşme, koruma ve ziyaret haklarının ihlâlinden hemen önce mutad meskeni taraf ülkelerden birinde bulunan çocuklara uygulanacaktır. Bu nedenle çocuğun mutad meskeninin belirlenmesi Sözleşme anlamında kilit role sahiptir. 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında çocuğun mutad meskeni kavramı için bkz. **Toker**, Gümrah A.: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni Kavramı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 236 vd; 1993 tarihli "Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi"nin 2. maddesine göre Sözleşmenin uygulama alanı bulabilmesi için çocuğun mutad meskeninin taraf ülkede bulunması gerekmektedir. Bkz. **Şensöz**, Ebru: "Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair 1993 Tarihli La Haye Sözleşmesi Uyarınca Yabancı Adli veya İdari Evlât Edinme Kararlarının Doğrudan Tanınması ve Kontrol Usulü", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 10, S. 20, Güz 2011, s. s. 190 vd.

<sup>58</sup> Bu hükümler, mülteci çocuklar ve ülkelerinde meydana gelen karışıklıklar yüzünden yerlerinden edilmiş çocukları konu alan 6. madde, acil koruma tedbirlerini düzenleyen 11. madde ve yerel etkiye sahip koruma tedbirlerini düzenleyen 12. maddedir.

<sup>59</sup> **Lagarde**, explanatory report, p. 17, s. 545; **HCCH**, Practical Handbook, s. 25 p. 3. 11; **Tiryakioğlu**, s. 386; **Ulus-Karataş**, s. 917; **Altıparmak**, s. 420.

belirleme hakkı yanı sıra, çocuğun belirli bir zaman dilimi için mutad meskeninden başka bir yere götürülmesi hakkını da içeren erişim hakları (b bendi); vasilik, kayyımlik ve benzer kurumlar (c bendi); çocuğun kişiliğini ve mallarını koruması altına alan, çocuğu temsil eden veya çocuğa yardımcı olan kişi ya da kurumun belirlenmesi ve söz konusu kişi ya da kurumun işlevleri (d bendi); çocuğun koruyucu aile yanına veya bir bakım kurumuna yerleştirilmesi ya da bakımının kafala<sup>60</sup> veya benzer bir kurum tarafından sağlanması (e bendi); çocuğun, koruması altında bulunduğu kişi tarafından yerine getirilen bakımının, yetkili kamu kurumunca denetlenmesi (f bendi); çocuğun mallarının idaresi, korunması veya elden çıkarılması (g bendi) gibi konular hakkında tedbirler alınabilir. Bu maddedeki sayım tahdidi değildir. Koruma tedbirleri, farklı hukuk sistemlerinde farklı düzenlemelere bağlı olabileceğinden maddede sayılan tedbirler örnek kabilinden sayılmıştır. “Maddede belirtilen tedbirler özellikle şu hususlara yönelik olabilir” ifadesi kullanılmış ve örnek kabilinden sayım bilinçli olarak tercih edilmiştir<sup>61</sup>.

Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılan konular ise tahdidi olarak m. 4’te sayılmıştır<sup>62</sup>. Buna göre Sözleşme, ebeveyn çocuk ilişkilerinin kurulması veya böyle bir ilişkiye itiraz edilmesi (a bendi), evlât edinme kararları, evlât edinmeye hazırlık niteliğindeki tedbirler veya evlât edinmenin iptali veya feshi (b bendi), çocuğun adı ve önadları (c bendi), çocuğun velayet altında olmaktan çıkarılması/ergin kılınması (d bendi), nafaka yükümlülükleri (e bendi), vakıf veya tereke (f bendi), sosyal güvenlik (g bendi), eğitim ve sağlık konularındaki genel nitelikli kamu tedbirleri (h bendi), çocuklar tarafından işlenen cezai suçlar sonucu alınan tedbirler (i bendi) ve iltica

<sup>60</sup> Kafala, İslam hukukunda söz konusu olan ebeveynleri tarafından bakılamayan çocuklara yönelik bir koruma önlemidir. Ebeveynlerince bakılamayan çocuklar, bu koruma önlemi ile yeni aileler veya akrabaların yanına yerleştirilir. Bu koruma önlemi, çocuk ile biyolojik bağı bulunan ebeveynleri arasındaki hukuki bağı kopartmaz. Kafala, Sözleşmeyi onaylayan Fas devletinin hukukunda yer alan bir müessese olup Sözleşmenin kapsamına dâhil edilmiştir. Bkz. **Lagarde**, explanatory report, p. 23 s. 547; **HCCH**, Practical Handbook, s. 30 p. 3. 27; **Tiryakioğlu**, s. 388 dn. 13; **Giray**, s. 251 dn. 74; Kafala müessesesi, mahkeme veya idari makam kararına bağlıdır. Hakkında karar verilen çocuk, Müslüman bir aileye barınması, iâşesi ve eğitimiyle sınırlı olarak tevdi edilir. Bu nedenle de vesayetten farklıdır. Bkz. **Giray**, Faruk K.: “19 Ekim 1996 Tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi Sonrası Çocuğun Vesayetini Uygulanacak Hukuk”, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, PPIL, C. 40, S. 1, 2020, s. 364.

<sup>61</sup> **Lagarde**, explanatory report, p. 18 s. 574; **Tiryakioğlu**, s. 387; **Giray**, s. 251; **Çelikel/Erdem**, s. 286; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 189.

<sup>62</sup> **HCCH**, Practical Handbook, s. 31 p. 3. 32.

hakkı ve göç konularındaki kararlar (j bendi), hakkında uygulama alanı bulmayacaktır. Sözleşme m. 4 uyarınca kapsam dışında bırakılan konular farklı gerekçelere dayandırılmaktadır. Aile çocuk arasındaki ilişki, çocuğun korunması kapsamında mütalaa edilemeyeceğinden (a) bendi ile bu ilişkinin kuruluşu ve uyuşmazlık konusu olması kapsam dışı bırakılmıştır. Evlât edinmenin ve nafaka borçlarının (b) ve (e) bentleri ile kapsam dışı bırakılması, ilgili konulara ilişkin özel milletlerarası sözleşme hükümleri ile Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi arasında çıkabilecek olası ihtilafların önlenmesi amacıyla dayanır. Ayrıca kamu hukuku karakterli ve devlet çıkarına ilişkin olan ceza hukuku veya göçe ilişkin konular da (i) ve (j) bentlerinde kapsam dışı bırakılmıştır. Bu sayede daha geniş katılımın sağlanabileceği milletlerarası bir sözleşmenin tesisi amaçlanmıştır<sup>63</sup>.

Sözleşme m. 3'de koruma tedbirlerinin örnek kabilinden sayılması ve m. 4'de kapsam dışı bırakılan konuların tahdidi olarak belirlenmesiyle çocuğun şahıs ve malvarlığına yönelik olan her türlü karar ve tedbirin mümkün olduğunca Sözleşme kapsamına dâhil edilmeye çalışılmıştır. Bu sayede de Sözleşmenin konu itibarıyla uygulama alanı bulmasında ortaya çıkabilecek boşluklar ve tereddütler önenebilecektir<sup>64</sup>.

### B. Sözleşmede Düzenlenen Yetki Sistemi Hakkında Genel Bilgiler

Sözleşmede yer alan yetki kuraları, uygulama alanına giren konularda çocuğun şahıs ve malvarlığına ilişkin tedbirleri almaya hangi ülke makamlarının yetkili olacağını düzenlemektedir. Sözleşmede benimsenen yetki sistemi, m. 5 ila 14'de düzenlenmiştir. Bu kurallar ile koruma tedbirleri alma konusunda yetkili olan makam, tek bir taraf ülke ile merkezileştirilerek yetkide parçalanmanın önüne geçilmeye çalışılmıştır. Çocuğun korunması açısından onun mutad meskeninin bulunduğu taraf ülke makamlarına yetkinin verilmesi ve bu makamlarda yetkinin merkezileştirilerek tek bir makamın yetkilendirilmesi, imkânlar çerçevesinde bu yetkiye eşzamanlı yetki tesis edecek kurallardan kaçınılması bu gayretin Sözleşmeye yansıyan sonuçları olarak kabul görmektedir<sup>65</sup>. Bu doğrultuda istisnai olmak kaydıyla Sözleşme ile taraf ülke makamlarına tali ve eşzamanlı yetki tesisi de yapılmıştır.

*Forum non conveniens* doktrininin uygulanmasını sağlayan Sözleşme hükümleri de bu kapsamda yer almaktadır. Yetki hükümleri arasındaki irtibat nedeniyle bu başlık altında Sözleşmede benimsenen yetki sistemi

<sup>63</sup> Tiryakioğlu, s. 388-389.

<sup>64</sup> Lagarde, explanatory report, p. 26, s. 549; Çelikel/Erdem, s. 286.

<sup>65</sup> Ulusu-Karataş, s. 931; Altıparmak, s. 422, 426.

hakkında genel açıklamalar yapılacak; doktrinin uygulanmasını sağlayan yetki devri (m. 8-9) ve milletlerarası derdestliğe (m. 13/II) ilişkin hükümler ise bir sonraki bölümde detaylı incelenecektir.

## 1. Yetkili Makamlar

### *a. Asli Yetkili Taraf Ülke Makamları (m. 5-7)*

Asli yetkili taraf ülke makamları, Sözleşme m. 5 ila 7’de düzenlenmiştir. Bu maddelerde yer alan yetki kurallarının taraf ülkeler bakımından uygulanabilmesi için çocuğun mutad meskeni taraf bir ülkede bulunmalıdır. Çocuğun mutad meskeni taraf bir ülkedeysen ve bu maddeler aracılığıyla taraf ülkenin milletlerarası yetkisi tesis ediliyorsa koruma tedbirleri alma konusunda o ülke yetkilidir<sup>66</sup>.

Asli yetki kuralının düzenlendiği Sözleşme m. 5’e göre çocuğun şahıs ve malvarlığına ilişkin tedbirleri almaya yetkili makamlar, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkenin adli veya idari makamlarıdır. Sözleşme, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkenin makamlarına yetki tanımıştır. Çünkü çocuğun ailesi ile olan ilişkisini ve içinde bulunduğu durumunu en iyi değerlendirebilecek makamlar, bu makamlardır<sup>67</sup>. Bu makamlara bu konuda duyulan güven, m. 5’te kendine yer bulmuştur. Sözleşme, bu madde ile koruma tedbirleri alınması konusunda hangi taraf ülkenin makamlarının milletlerarası yetkili olduğunu belirlemektedir. Sözleşme uyarınca milletlerarası yetkiye sahip taraf ülkenin hangi adli veya idari makamlarının bu kapsamda yetkili ve görevli olduğu konusu ise ilgili taraf ülkenin iç hukukuna bırakılmıştır<sup>68</sup>. Çocuğun mutad meskeninin değişmesi hâlinde m. 5(2) uyarınca yeni mutad meskeninin bulunduğu ülke makamları yetkili olacaktır.

Sözleşme, makamların yetkisi konusunda münhasır bir yetki öngörmektedir<sup>69</sup>. Zira Sözleşme m. 7’de çocuğun haksız bir şekilde yerinin değiştirilmesi veya alıkonulması durumuna ilişkin özel bir düzenleme getirilmiş; maddede belirli şartların gerçekleşmesine bağlı olarak çocuğun yeni bir mutad meskene sahip olacağı ve önceki makamların yetkisinin ortadan

<sup>66</sup> Sözleşme hükümleri uyarınca yetkiye sahip olmayan taraf ülke makamları iç hukuk kurallarına göre milletlerarası yetki tesis edip koruma tedbiri kararı alabilirler. Bu gibi kararların tanınması ve tenfizi Sözleşme m. 23/2 (a) bendi uyarınca reddedilebilecektir. Bkz. **Ulus-Karataş**, s. 932.

<sup>67</sup> **Silberman**, Linda: “The Hague Convention on The Protection of Children: Should the United States Join?”, FLQ, vol. 34, n. 2, Summer 2000, s. 248; **Giray**, s. 252.

<sup>68</sup> **HCCH**, Practical Handbook, s. 39 p. 4. 1.

<sup>69</sup> **Giray**, s. 253.



kalkacağı düzenlemiştir. Böyle bir durumda çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeye acilen dönüşü her zaman mümkün olamayabilir. Dolayısıyla yetkili makam henüz karar almamışken, çocuğun bulunduğu ülke lehine durumun değişebileceği ihtimali göz önünde tutulmuş ve bu düzenleme getirilmiştir<sup>70</sup>. Bu madde uyarınca velayet hakkı bulunan kişi, kurum veya organın yer değiştirmeye ya da alıkonmaya rıza göstermişse (m. 7(1)(a)) veya çocuğun nerede olduğuna ilişkin bir bilgisi olduğunda veya olması gerektiğinden sonra çocuk en az bir yıl süreyle yerinin değiştirildiği veya alıkonulduğu ülkede bulunmuş; bu süre zarfında hiçbir iade talebi gelmemişse ve çocuk yeni bir ülkeye yerleşmişse (m. 7(1)(b))<sup>71</sup> çocuğun yerinin değiştirildiği veya alıkonulduğu ülkenin makamları koruma tedbirleri almaya yetkili hâle gelir. Çocuğun yeri değiştirilmeden veya alıkonulmadan hemen önce mutad meskeninin bulunduğu taraf ülkenin makamlarının, çocuk bir başka ülkede mutad mesken edinene kadar yetkilerini ellerinde bulundurması, bu iki ihtimalden birisinin gerçekleşmemiş olmasına bağlıdır. Maddede yer alan şartlar gerçekleşmemişse çocuğun yeri değiştirilmeden veya alıkonulmadan hemen önce mutad meskeninin bulunduğu taraf ülkenin makamlarının yargı yetkisi devam eder. Bu makamlar yargı yetkisine sahip olduğu müddetçe de çocuğun götürüldüğü veya alıkonulduğu taraf ülke makamları yalnızca m. 11 uyarınca çocuğun kişiliği veya mallarının korunması için gerekli olan acil tedbirleri alabilir<sup>72</sup>.

Sözleşme, mülteci statüsündeki çocukların durumunu dikkate alarak onlara ilişkin tedbirlerin alınması konusunda yetkili makamlar tayin etmiştir. Mülteci çocuklar ve ülkelerinde meydana gelen karışıklıklar yüzünden yerlerinden edilmiş çocuklar<sup>73</sup> ile mutad meskenleri tespit edilememiş çocuklar<sup>74</sup> hakkında asli yetkili mahkeme m. 6'da düzenlenmiş ve söz konusu

<sup>70</sup> Silberman, s. 251; Altıparmak, s. 422.

<sup>71</sup> Sözleşme m. 7(1)(b)'de yer alan üç şartın birlikte ele alınması gerekmektedir. Bkz. Lagarde, explanatory report, p. 49, s. 557-559; Giray, s. 253.

<sup>72</sup> Lagarde, explanatory report, p. 51, s. 559; HCCH, Practical Handbook, s. 44 p. 4. 23; Tiryakioğlu, s. 392; Giray, s. 253; Çelikel/Erdem, s. 288.

<sup>73</sup> Sözleşmede yerlerinden edilmiş çocuklar kavramı bilinçli olarak kullanılmıştır. Mülteci kavramı, taraf ülkelerin iç hukuklarında farklı anlam ve kapsamda değerlendirilebilir. Yerlerinden edilmiş çocuklar kavramının ayrıca kullanılması ile madde kapsamı yoruma açık bırakılmış ve uygulama alanı genişletilmiştir. Bkz. HCCH, Practical Handbook, s. 161 p. 13.59.

<sup>74</sup> Çocuğun mutad meskeni bazı durumlarda tespit edilemeyebilir. Çocuğun sıklıkla iki veya daha fazla ülke arasında gidip gelmesi, ebeveynlerinin çocuğun yanında bulunmadığı ve terk edilmiş olduğu hâllerde çocuğun mutad meskeninin tespit edilebilmesi için yeterli delilin olmadığı hâller, çocuğun önceki mutad meskeninden ayrılmasına rağmen yeni bir mutad mesken edindiğine yönelik yeterli delil olmaması gibi hâller bu duruma

çocukların topraklarında bulunduğu taraf ülkenin makamları, yetkili makamlar olarak kabul edilmiştir. Bu madde kapsamına giren çocuklar, acil bir durum olmasa da sürekli korunması gereken çocuklardır<sup>75</sup>.

#### ***b. Tali Yetkili Taraf Ülke Makamları (m. 8-9)***

Yetki devrini konu alan Sözleşme m. 8 ve 9, tali yetki kurallarını düzenlemektedir. Bu hükümler ile çocuğun şahsı ve malları hakkında koruyucu tedbir alma konusunda çocuğun mutad meskenin bulunduğu ülke makamlarına kıyasla menfaatlerini daha iyi gözetebilecek olan diğer bazı taraf ülke makamlarına yetkinin devredilebileceği düzenlenmiştir. Bu maddeler *forum non conveniens* doktrinin uygulanmasını sağlayan sözleşme hükümleridir<sup>76</sup>.

#### ***c. Eşzamanlı Yetkili Taraf Ülke Makamları (m. 10-12)***

Taraf ülke makamları, çocuğun mutad meskeni makamlarından izin almadan koruyucu tedbir kararları alabilir. Sözleşmede bu imkânı tanıyan yetki kuralları yer almaktadır. Sözleşme m. 10 ila 12'de yer alan ve bu imkânı tanıyan düzenlemeler yetki devrinden farklıdır. Bu maddeler kapsamında yetki devri yoktur; sözleşme m. 5 ila m. 9 uyarınca yetkili olan ülke makamlarının yetkisine hâlel getirmeksizin bu makamların yanında eşzamanlı yetkiye sahip diğer taraf ülke makamları tesis edilir<sup>77</sup>.

Sözleşme m. 10 uyarınca çocuğun mutad meskeninin bulunduğu taraf ülkeden farklı olan ve çocuğun ebeveynlerinin boşanması veya yasal olarak ayrılması için yapılan başvuruya ilişkin karar vermek üzere yargılamayı gerçekleştiren taraf bir ülkenin makamları da sınırlı bazı şartlar çerçevesinde çocuk hakkında koruma tedbirleri alabilir<sup>78</sup>. Sözleşme m. 10'a göre bu şekilde bir yetkinin kullanılması için bazı şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar; çocuğun mutad meskeninin farklı bir taraf ülkede bulunması, yargılamanın başladığı tarihte ebeveynlerinden birinin bu taraf ülkede mutad mesken sahibi olması, bu tarihte ebeveynlerinden birinin çocuğa ilişkin velayet sorumluluğuna sahip olması, söz konusu yargılamayı yapan makamın Sözleşme kapsamındaki koruma tedbirlerini almaya dair yetkisinin tanınması, makamın sözleşme kapsamındaki koruma tedbirleri almaya iliş-

---

örnek gösterilmektedir. Bkz. HCCH, Practical Handbook, s. 42 p. 4.17; Ayrıca bkz. Giray, vesayet, s. 379.

<sup>75</sup> Bkz. Tiryakioğlu, s. 391-392.

<sup>76</sup> Bkz. III. A.

<sup>77</sup> Çelikel/Erdem, s. 289.

<sup>78</sup> HCCH, Practical Handbook, s. 48 p. 4. 26.

kin yetkisinin ebeveynlerin yanı sıra çocuğun velayet sorumluluğuna sahip olan diğer üçüncü bir kişi varsa bu üçüncü kişi tarafından kabul edilmesi ve makamın yetkisinin çocuğun üstün yararına olmasıdır. Bu madde ile pratik bir sonuca varılmaya çalışılmıştır. Ebeveynlerin boşanmasına veya yasal olarak ayrılmasına bakan yetkili makamın, Sözleşme kapsamında asli yetkili makam olarak kabul edilen çocuğun mutad meskeni makamına başvurmasının süreci uzatacağını ve dolayısıyla daha külfetli hâle getireceği varsayılmış ve bu şekilde bir düzenleme yapılmasına karar verilmiştir<sup>79</sup>. Ayrıca bu madde ile verilen istisnai yetki de geçici niteliktedir<sup>80</sup>. Sözleşme m. 10(2) uyarınca bu yetki, boşanma, yasal ayrılık veya evliliğin iptali başvurusunu kabul eden veya reddeden karar kesinleştiği zaman veya yargısal işlemler başka sebepten ötürü sona erdiği zaman sona erer<sup>81</sup>. Bu madde, Sözleşme m. 5 ila 9'da öngörülen yetki kurallarını ortadan kaldırmaz; bu maddeler uyarınca yetkili kılınan taraf ülke makamlarının yetkileri devam eder, onlara alternatif eş zamanlı bir mahkeme tesis eder<sup>82</sup>.

Sözleşme m. 11'e göre tüm acil durumlarda çocuğun veya çocuğa ait malların topraklarında bulunduğu herhangi taraf ülkenin makamları her türlü gerekli koruma önlemlerini alma yetkisine sahiptir. Sözleşme m. 12'e göre ise 7. maddeye tabi olarak ülkesinde çocuğun veya çocuğa ait malların bulunduğu taraf ülkenin makamları, söz konusu ülke ile sınırlı olmak üzere yerel etkiye sahip olan çocuğun kişiliği ya da mallarının korunması için geçici nitelikte önlemlerin alınması için yargı yetkisine sahiptir. Bu maddelerde yer alan düzenlemeler, asli yetkili makamların yanında maddelerde yer alan makamlara sınırlı yetki tanır. Dolayısıyla bu maddeler uyarınca alınan koruma tedbirleri, m. 5 ila 10'da öngörülmüş olan yargı yetkisine sahip makamların durumun gerektirdiği aynı konudaki önlemleri alması ile sona erer (m. 11(2) ve m. 12(2)). Görüldüğü üzere Sözleşme m. 10'da yer alan boşanma veya ayrılığa karar veren makamda olduğu gibi m. 11 ve 12'de yer alan makamlara da eşzamanlı yetki tesis edilmiştir. Ancak boşanma veya ayrılığa karar veren makamdan farklı olarak bu maddeler ile tanınan eşzamanlı yetkiye sahip ülke makamlarının aldığı kararlar sınırlı etkiye sahip ve geçicidir<sup>83</sup>. Çocuğun mutad meskeni, Sözleşmenin tarafı olmayan ülkede

<sup>79</sup> **Lagarde**, explanatory report, p. 63, s. 565; **Altıparmak**, s. 424.

<sup>80</sup> **Tiryakioğlu**, s. 396.

<sup>81</sup> Burada geçici olan m. 10 ile boşanma veya ayrılığa karar veren makama tanınan koruma tedbiri alma yetkisidir. Bu makamın yetkiliyken verdiği koruma tedbiri kararı geçerliliğini sürdürür. Bkz. m. 14.

<sup>82</sup> **Ulus-Karataş**, s. 941.

<sup>83</sup> **Çelikel/Erdem**, s. 291.

bulunsa da onun hakkında acil veya geçici nitelikteki bir koruma önlemi, taraf bir ülkede alınmış olabilir. Böyle bir durumda bu önlem, mutad mesken ülkesinin gerekli koruma önlemlerini alması ve bu koruma önlemlerinin taraf bir ülkede tanınması üzerinde sona erecek; bu durumda koruma önlemi, tanıma kararını veren taraf ülke bakımından yürürlüğe girecektir (m. 11(3) ve m. 12(3)). Bu nedenle Sözleşme m. 11 ve 12'nin uygulama alanının m. 5 ile 10'a kıyasla daha geniş olduğu sonucuna varılmaktadır<sup>84</sup>.

### **2. Milletlerarası Derdestlik (m. 13)**

Sözleşme kapsamında talep edilen koruma tedbiri, birden fazla taraf ülke makamının önüne eşzamanlı olarak geldiğinde milletlerarası derdestlik sorunu ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda Sözleşme m. 13 ile bu ihtimalin önüne geçilmek istenmiştir. Bu maddeye göre çocuğun kişiliğinin ve mallarının korunmasına ilişkin önlemleri almak için m. 5 ile 10'a göre yetki sahibi olan taraf ülke makamları, bu koruma talebine ilişkin işlemlerin başladığı zaman; benzer bir koruma tedbirinin yine aynı maddeler uyarınca yargı yetkisine sahip diğer taraf ülkenin makamları tarafından talep edildiğini ve bu talebin incelendiğini tespit ederse o koruma tedbiri için yargı yetkisini kullanmaktan kaçınması gerekir. Sözleşme m. 13(2)'de ise *forum non conveniens* doktrinin Sözleşme kapsamında bir başka uygulama şekli yer almaktadır. Bu madde uyarınca önceden koruma talebinde bulunulan makamların yargı yetkisini reddetmesi hâlinde önceki fıkranın hükümleri uygulanmayacaktır<sup>85</sup>.

### **3. Koruma Tedbirlerinin Devamlılığı**

Sözleşmenin m. 14'e göre 5. ile 10. maddeler arasındaki maddelerin uygulanmasında alınan tedbirler yetki sahibi olan makamlar tarafından değiştirilmedikçe, yenilenmedikçe ve sonlandırılmadıkça, koşullardaki değişiklik yetkinin dayanağını ortadan kaldırsa bile alınan tedbirler kendi koşullarına göre yürürlükte kalır. Bu kapsamda örneğin çocuğun mutad meskeninin değişmesi, daha önceden yetkili olan taraf ülke makamının aldığı koruma tedbirlerini tek başına geçersiz hâle getirmez. Sözleşmede koruma tedbirlerinin devamlılığı prensibi kabul edilmiş; bu sayede çocukların korunmasında devamlılık esası ve hukuki güvenlik sağlanmıştır. Ayrıca bu prensip sayesinde değişen koşullar nedeniyle doğabilecek boşluklar da önlenebilecektir<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Çelikel/Erdem, s. 293.

<sup>85</sup> Bkz. III. B.

<sup>86</sup> Lagarde, explanatory report, p. 81 s. 571-573 HCCH, Practical Handbook, s. 85 p. 8. 3-5; Tiryakioğlu, s. 400; Ulusu-Karataş, s. 944.

#### 4. Türkiye'nin İleri Sürdüğü Çekince

Türkiye, Sözleşme m. 60'ın verdiği yetkiyle<sup>87</sup> m. 55(1)(a) uyarınca çekince ileri sürmüş, çocuğun Türkiye'de bulunan malları hakkında koruma tedbirlerinin alınmasında Türk makamlarının yetkisini saklı tutmuştur. İleri sürülen çekince, çocuğun Türkiye'deki malvarlığına ilişkindir. Dolayısıyla mutad meskeni Türkiye'de olmayan çocuğun malvarlığı bakımından koruma tedbirleri almaya yetkili makamlar Sözleşme m. 5 ile m. 10 ile belirlense de bu makamların yanında Türk makamları da bu tedbirleri almaya yetkili kalmaya devam eder.

Türk makamlarının yetkili olabilmesi için ne m. 11 uyarınca acil bir durumun varlığına ne de m. 12 uyarınca geçici koruma tedbiri almasını gerektiren bir duruma ihtiyaç vardır. Çocuğun Türkiye'de bulunan malları hakkında Türk makamları her durumda koruma tedbiri almaya yetkidir. Bu durum, eşzamanlı yetkiye neden olarak birbiri ile çelişen kararların ortaya çıkma ihtimalini doğurabilir. Bu konu dikkate alınarak Sözleşme m. 55(1)(b)'de ayrı bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme uyarınca Türkiye, malvarlığına ilişkin aldığı her türlü koruma tedbirleri ile diğer yetkili ülke makamlarının aldığı aynı tür koruma tedbirlerinin çelişmesi hâlinde diğer ülke makamlarınca alınan koruma tedbirlerine veya velayet sorumluluğuna ilişkin kararları tanımama hakkını saklı tutmuştur.

### III. *FORUM NON CONVENIENS* DOKTRİNİN UYGULANMASINI SAĞLAYAN SÖZLEŞME HÜKÜMLERİ

#### A. Makamlar Arası Yetki Devri (m. 8 ve m. 9)

Yetki devri, Sözleşme m. 8 ve 9'da tali yetki kuralları ile düzenlenmiştir. Paralel düzenlemeler içeren bu iki maddede yer alan hükümler uyarınca çocuk hakkında tedbir kararı alma hakkında asli yetkili olan taraf ülke makamları, belirli şartların gerçekleşmesi hâlinde sahip olduğu yetkilerinden vazgeçmekte ve yetkilerini aslında yetkili olmayan taraf ülke makamlarına devretme yolunda irade göstermektedir.

Sözleşme kapsamında düzenlenen yetki devri istisnai bir niteliğe sahiptir. Bu yönde karar alınabilmesi için çocuğun üstün yararının yetkinin devredileceği ülkedeki makamlarca daha iyi korunacağıın tespiti gerekir<sup>88</sup>. Örneğin Sözleşme m. 5'e göre asli yetkili olan çocuğun mutad meskeninin

<sup>87</sup> Bu maddeye dayanarak Türkiye'nin ileri sürdüğü bir diğer çekince Sözleşme m. 54(2)'ye ilişkin olarak Fransızca dilinin kullanımına ilişkindir. Bkz. Sözleşme m. 54(2).

<sup>88</sup> HCCH, Practical Handbook, s. 57 p. 5.1; Silberman, s. 254.

bulunduğu ülke makamları, çocuğun üstün yararını korumak amacıyla yetkisinden feragat edebilir; bir diğer taraf ülkede tedbir alınmasının çocuğun üstün yararına daha iyi hizmet edeceğini düşünerek o ülke makamlarına yetkisini devredebilir. Bu şekilde “yetki devri” mekanizmasına Sözleşmede yer verilmesi, *forum non conveniens* doktrinin Sözleşmedeki yansıması olarak kabul edilmektedir<sup>89</sup>.

### 1. Yetki Devrinin Önerilmesi (m. 8) ve Talep Edilmesi (m. 9)

Yetki devri iki yönlü olabilir. Asli yetkiye sahip taraf ülke makamı yetki devrini önerebileceği gibi milletlerarası yetkiye sahip olmayan ülke makamı da yetkili ülke makamından yetkisini kendisine devredilmesi konusunda talepte bulunabilir. Sözleşme, yetki devrinin önerilmesini ve yetki devri talebini farklı maddelerde düzenlemektedir.

Yetki devrinin önerilmesini konu alan Sözleşme m. 8’e<sup>90</sup> göre istisnai olarak, m. 5 veya 6 uyarınca yargı yetkisine sahip taraf ülke makamı, çocuğun üstün yararının tesisi için diğer taraf ülkelerinin makamının belirli bir davada bulunmasının daha iyi olacağı kanaatine varması hâlinde yetkisini o ülke makamına devretmek için talepte bulunabilir. Bu madde uyarınca her taraf ülkenin makamlarına başvurulması mümkün değildir. Makamlarına başvurulabilen taraf ülkeler ise Sözleşme m. 8(2)’de sınırlı olarak sayılmıştır. Bu ülkeler, “çocuğun vatandaşı olduğu” (m. 8(2)(a)), “çocuğun mallarının bulunduğu” (m. 8(2)(b)), “çocuğun ebeveynlerinin boşanma veya yasal

<sup>89</sup> **Lagarde**, explanatory report, p. 52, s. 559; **Spector**, Robert G.: “Proper Forum for Child Custody Determinations: The 1980 and 1996 Hague Conventions and the UCCJEA”, *Journal of Comparative Law*, vol. 9, no. 1, 2014, s. 175; **Ulus-Karataş**, s. 936.

<sup>90</sup> Sözleşme m. 8’e göre “(1) İstisnai olarak, 5. veya 6. madde uyarınca yargı yetkisine sahip Akit Devletin makamının, çocuğun çıkarlarını en iyi şekilde değerlendirmek üzere diğer Akit Devletin makamının belirli bir davada bulunmasının daha iyi olacağını düşünmesi hâlinde,

- ya diğer makamın doğrudan veya Devletin Merkezî Makamının yardımıyla gerekli gördüğü koruma önlemlerini almak üzere kendini yetkili saymasını talep edebilir ya da - durumun değerlendirilmesini erteler ve tarafları, diğer Devletin makamı önünde bu tür bir talebi sunmaya davet edebilir.

(2) Makamlarına bir önceki fıkrada belirtildiği şekilde başvurulabilen Akit Devletler şunlardır; a) çocuğun vatandaşı olduğu Devlet, b) çocuğun mallarının bulunduğu Devlet, c) çocuğun ebeveynlerinin boşanma veya yasal olarak ayrılması veya evliliklerinin iptali için yapılan başvuruyu makamlarının üstlendiği Devlet, d) çocuğun önemli irtibatının bulunduğu Devlettir.

(3) İlgili makamlar görüş alışverişine geçebilir.

(4) 1. Fıkrafta belirtilen makam, çocuğun üstün yararına olduğunu düşünürse 5. veya 6. madde uyarınca yetkili olan makamın yerine yetkiyi üstlenebilir”.

olarak ayrılması veya evliliklerinin iptali için yapılan başvuruyu makamlarının üstlendiği” (m. 8(2)(c)) veya “çocuğun önemli irtibatının bulunduğu” (m. 8(2)(d)) ülkelerdir.

Yetki devri talebini konu alan Sözleşme m. 9’a<sup>91</sup> göre Sözleşme kapsamında milletlerarası yetkiye sahip olmayan taraf ülke makamları da çocuğun üstün yararı konusunda değerlendirme yapmış ve somut davada bulunmalarının daha iyi olacağı konusunda kanaate varmışsa yetkinin devri konusunda talepte bulunabilir. Sözleşme kapsamında yetkili olmayan taraf ülke makamları, m. 8(2)’de sayılan makamlardan biri olmalıdır. Sözleşme m. 9(1) kapsamında m. 8’den farklı olarak; yetki talep edilen makam olarak sadece m. 5’te yer alan çocuğun mutad meskeninin bulunduğu taraf ülkenin makamından söz edilmiştir. Bu madde kapsamında m. 6’dan söz edilmemesi, “çocuğun bulunduğu taraf ülke makamından yetki talep edilemeyecek midir?” sorusunu akla getirmektedir. Bu konuda Sözleşme’nin Açıklayıcı Raporu’nda Lagarde’nin vardığı sonuç, eksikliğin maddi hatadan kaynaklandığı, m. 8. ve 9’un paralel bir şekilde uygulanması gerektiği ve bu nedenlerle de yetki devri talebinin çocuğun bulunduğu taraf ülke makamına da iletilebileceği yönündedir<sup>92</sup>. Buna karşı, Lahey Konferansı Milletlerarası Özel Hukuk Daimî Bürosunca hazırlanan El Kitabı’na göre Sözleşmenin açık hükmü gereğinde yetki devri talebi sadece çocuğun mutad meskeninin bulunduğu taraf ülkenin makamına yöneltilebilir<sup>93</sup>. Kanaatimizce her ne kadar Sözleşmede bu konuda açık bir düzenleme olmasa da şartlar mevcutsa çocuğun bulunduğu taraf ülke makamından da yetki talep edebilmelidir. Sözleşme ile çocuğun üstün yararının korunması amaçlandığından ve m. 9’da öngörülen usul m. 8 ile aynı olduğundan bu sonuca varılması daha uygundur.

<sup>91</sup> Sözleşme m. 9’e göre “(1) 8. Maddenin 2. fıkrasında belirtilen Akit Devletin makamları çocuğun çıkarlarını en iyi şekilde değerlendirmek üzere belirli bir davada bulunmalarının daha iyi olacağını düşünüyorsa,

-ya çocuğun mutad meskeninin bulunduğu Akit Devletin yetkili makamından doğrudan veya Devletin Merkezî Makamının yardımıyla gerekli gördüğü koruma önlemlerini almak üzere yetkilendirilmeyi talep edebilir veya

-Tarafları, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu Akit Devletin makamı önünde bu tür bir talebi sunmaya davet edebilir.

(2) İlgili makamlar görüş alışverişine geçebilir.

(3) Talepte bulunan makam, yalnızca Akit Devletin makamının talebi kabul etmesi hâlinde, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu Akit Devletin makamı yerine yetkili olabilir”.

<sup>92</sup> **Lagarde**, explanatory report, p. 58, s. 563; Aynı görüşte **Silberman**, s. 255 dn. 51.

<sup>93</sup> **HCCH**, Practical Handbook, s. 57 p. 5.1 dn. 156.

## 2. Yetki Devrinin Gerçekleştirilmesi Yöntemleri

Yargı yetkisine sahip taraf ülke makamı, çocuğun üstün yararını korumak amacıyla Sözleşme m. 8 ve 9'a göre yetkisini devretmeye karar vermişse ve şartlar da buna izin veriyorsa, iki yöntem ile bunu gerçekleştirebilir.

Birinci yöntem, doğrudan başvurudur. Bu ihtimalde çocuğun mutad meskeni makamı, belirli bir olayda çocuğun üstün yararı nedeniyle diğer bir taraf ülke makamına yetkisini devretmeyi teklif etmekte (m. 8(1)) ya da Sözleşme uyarınca milletlerarası yetkili olmayan taraf ülke makamı aynı gerekçeyle çocuğun mutad meskeni makamından yetki talebinde bulunmaktadır (m. 9(1)). Bu durumda taraf ülke makamları birbirlerine doğrudan ulaşmaktadır. Bu şekillerde gelen talepler ya taraf ülke makamları arasında doğrudan ya da merkezî makamların yardımıyla iletilir. Her bir taraf ülke m. 8 ve 9 uyarınca taleplerin gönderileceği makamları görevlendirebilir (m. 44). Taraf ülke bu şekilde bir görevlendirme yapmışsa yetki devrine ilişkin tüm talepler yetkili makamlara gönderilir. Bu görevlendirmeler, Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı Daimî Bürosuna iletilir (m. 45/I). Türkiye m. 44 anlamında bu şekilde bir bildirimde bulunmamıştır<sup>94</sup>.

Taraf ülke bu şekilde bir görevlendirme yapmamışsa iki yol daha vardır. İlk olarak yetkili makam ya doğrudan ya da kendi merkezî makamları aracılığıyla diğer taraf ülkenin merkezî makamına başvuruda bulunabilir. Yetki devrine ilişkin taleplerin iletilmesinde merkezî makamların yardımı önemlidir. Taraf her ülke, Sözleşme ile yüklenen bazı görevlerin yerine getirilmesi için merkezî makam belirler (m. 29(1)). Merkezî makamlar, Sözleşmenin amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için iş birliği içinde çalışırlar. Taraf ülkeler, yetkili makamlarının birbirleri ile iş birliği içinde çalışabilmesini temin etmelidirler. Nitekim Sözleşme m. 31(a) bendinde merkezî makamlar, m. 8. ve 9'da belirtilen yardım teklifinde bulunma ve iletişimi kolaylaştırma konusunda gerekli adımları doğrudan veya kamu makamları veya diğer organlar<sup>95</sup> aracılığıyla atarlar. Belgelerin yetkili makamlar arasında iletilmesinde yardımcı olabilecekleri gibi talep hâlinde yorumlanması,

<sup>94</sup> Ülkelerin bu konuda yetkilendirdiği makamlar (art. 44) için bkz. <<https://www.HCCH.net/en/instruments/conventions/authorities1/?cid=70>> (Erişim: Ocak 2022).

<sup>95</sup> Sınır ötesi velayetten kaynaklanan meselelerin çözümünde “iletişim, arabuluculuk ve çocuğun yerinin tespitini” (madde 31) sağlamaya yönelik olan uluslararası iş birliği mekanizmalarıyla ilgili hükümlerde “diğer organ” kapsamında kabul edilen uluslararası sosyal hizmetlerin önemi büyüktür. Bkz. **Pannaikadavil-Thomas**, Seema/**Bumbaca**, Vito: “The Role of International Social Services in Private International Law”, Yearbook of Private International Law, 2018, vol. 19, 2017/2018, s. 541. Ayrıca bkz. **Lagarde**, explanatory report, p. 140, s. 591.



tercüme edilmesi ve benzer hizmetlerin sunulabilmesi amacıyla bağlı oldukları ülkede yardım alabileceği kurum ve kişiler konusunda da bilgi verebilir<sup>96</sup>. Bu konuda yetkili olan Türk merkezî makamı, eski adıyla Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, yeni adıyla Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'dür<sup>97</sup>. İkinci olarak üyeleri her iki ülkeden atanmışsa “Uluslararası Lahey Hâkimler Ağı”ndan da yararlanılabilir. Kendi yetki alanları dâhilinde irtibat noktası olarak atanan ve bu kapsamda yasa ve muhakemenin çeşitli yönleri hakkında bilgi sağlayan hâkimler bu ağa dâhildir<sup>98</sup>. Yetki devrine ilişkin talepler bu ağ üzerinden de iletilebilir. Ayrıca yetkisinden vazgeçmeyi düşünen ancak henüz kararını vermeyen yetkili makamın bu ağ üzerinden bilgi ve belge talep etmesi yararlıdır. Çünkü bu durumda yetkili makam kararını elde ettiği bilgi ve belgelere göre verebilir<sup>99</sup>.

İkinci yöntemde ise yetki devrinde bulunacak taraf ülke makamları doğrudan iletişime geçmemektedir. Bu durumda yetki devrisini devretmeyi talep eden (m. 8(1)) ya da yetki talebinde bulunan makam (m. 9(1)) koruma tedbirine ilişkin durumun değerlendirilmesini erteler ve tarafları diğer ülkenin makamı huzurunda bu tür bir talebi sunmaya davet eder<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> HCCH, Practical Handbook, s. 63 p. 5.16.

<sup>97</sup> <<https://www.HCCH.net/en/states/authorities/details3/?aid=1095>> (Erişim: Ocak 2022).

<sup>98</sup> Uluslararası Lahey Hâkimler Ağı listesi için bkz. <<https://assets.HCCH.net/docs/665b2d56-6236-4125-9352-c22bb65bc375.pdf>> (Erişim: Ocak 2022).

<sup>99</sup> HCCH, Practical Handbook, s. 63 p. 5.16.

<sup>100</sup> Benzer düzenlemelere “Evliliğe ve Eşlerin Ortak Çocuklarının Velâyetine İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğünde (Brüksel IIa Tüzüğü)” de yer verilmiştir. Brüksel IIa Tüzüğü m. 15'e göre davanın açıldığı yetkili mahkeme, belirli şartlar dâhilinde bir başka üye ülke mahkemesine davayı nakledebilmektedir. Şartlar gerçekleşmişse mahkeme re'sen ya da bir tarafın başvurusu üzerine ya da çocukla önemli bir derecede bağlantısı bulunan bir başka üye ülke mahkemesinin başvurusu üzerine yetkisini devredebilir. Tüzük için bkz. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, Repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ 23.12.2003 L 338 s. 1-29; <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003R2201&from=EN>> (Erişim: Ocak 2022). Bilgi için bkz. **Çörtoğlu-Koca**, Sema: “Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-a Tüzüğü (AT 2201/2003)”, Özkan, Işıl (edt)/Süral, Ceyda (edt)/Tütüncübaşı, Uğur (edt), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Adalet 2016, s. 270; **Van Calster**, s. 180-182; Örnek kararlar için bkz. **Wright**, Maria: “Working the International Child Protection Case: a Snapshot of Local Authorities' Experiences within an Evolving Legal Context”, Journal of Social Welfare and Family Law, 41:1, 2019, s. 17 vd.

İki yöntem eşit temele oturtulduğundan somut olayda talebi yapan makam, bu iki yöntemden istediği birine başvurmakta özgürdür<sup>101</sup>.

### **3. Yetki Devrinin için Aranılan Şartlar**

#### ***a. Taraf Ülke Makamları Arasında Yetki Devri Olmalı***

Yetkiyi devretmek isteyen makam ve devralmasını isteyen makamın ülkesi, Sözleşmeye taraf olmalıdır. Aksi hâlde Sözleşme kapsamında yetki devrinden söz edilemez. Bu durumda Sözleşme anlamında yetkili olan taraf ülkenin adli veya idari makamı, taraf olmayan bir ülkenin makamı lehine çocuğun üstün yararının daha iyi korunacağını veya olayla daha sıkı ilişki içinde olmasını gerekçe göstererek yetkisinden feragat edemez<sup>102</sup>.

#### ***b. Sözleşmede Sınırlı Sayılan Taraf Ülke Makamlarına Yetki Devredilmeli***

Sözleşme'nin m. 8(2) ve m. 9(1) uyarınca yetki devri için makamlarına başvurulabilen taraf ülkeler, Sözleşmede sınırlı olarak sayılmıştır. Bu şekilde sınırlı sayım yapılmasının nedeni çocuğun üstün yararının korunmasıdır. Sözleşmede sınırlı sayım yapılarak yetki devri ile yetki kazanacak taraf ülke ile çocuk arasında irtibat aranmıştır<sup>103</sup>.

#### ***ba. Çocuğun Vatandaşı Olduğu Ülke (m. 8(2)(a))***

Kıta Avrupası ülkeleri, özellikle de 1961 tarihli Sözleşmenin tarafı olan ve Sözleşmeden kaynaklanan sıkıntıları deneyimleyen ülkeler, çocuğun vatan-dışı olduğu ülkenin yargı yetkisinden tamamen vazgeçilmesinin doğru olmayacağı konusunda görüş bildirmişlerdir. Bu sebeple de Sözleşme hazırlanırken çocuğun mutad mesken ülkesi ile vatandaşı olduğu ülke arasında yetki devrine ilişkin hükümler tesis edilmiştir<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> HCCH, Practical Handbook, s. 58 p. 5. 8.

<sup>102</sup> Lagarde, explanatory report, p. 53, s. 559; HCCH, Practical Handbook, s. 57 p. 5. 2; Giray, s. 255; Ulusu-Karataş, s. 936.

<sup>103</sup> Ulusu-Karataş, s. 937; Brüksel IIa Tüzüğü m. 15(3)'de de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenleme uyarınca (1). Paragrafta yer alan mahkemede dava açıldıktan sonra bu üye ülkenin çocuğun mutad mesken ise (a bendi) ya da söz konusu üye ülkenin çocuğun eski mutad meskeni ise (b bendi) ya da çocuk söz konusu üye ülkenin vatandaşı ise (c bendi) ya da söz konusu üye ülkenin ebeveyn sorumluluğuna sahip olanın mutad meskeni ise (d bendi) ya da söz konusu üye ülkede çocuğun malları bulunuyorsa ve açılan dava bu malların idaresi, korunması ya da tasarrufunda çocuğun korunmasına ilişkin önlemler alınmasına ilişkinse üye ülkeyle "önemli derecede bağlantının" varlığı kabul edilmektedir (Çörtoğlu-Koca, s. 271).

<sup>104</sup> Silberman, s. 255.

Yetki devrinde bulunulacak makamın bulunduğu taraf ülke, çocuğun vatandaşı olduğu ülkeyse irtibatın sağlandığı kabul görmektedir. Çocuğun birden fazla vatandaşlığa sahip olması hâlinde bu vatandaşlıklarından birisinin yetki devredileceği makamın bağlı bulunduğu ülke olması yeterlidir. Böyle bir durumda diğer şartlar da mevcutsa yetkinin devredilebileceği kabul edilmektedir<sup>105</sup>.

**bb. Çocuğun Mallarının Bulunduğu Ülke (m. 8(2)(b))**

Yetki devri için makamlarına başvurulabilecek bir diğer ülke, çocuğun malvarlığının bulunduğu ülkedir. Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede malvarlığının bulunması hâlinde çocuğun üstün yararının korunması gözetilerek mutad mesken ülkesinin yetki makamları yetkisinden feragat edebilir. Örneğin, çocuğa ait bir taşınmazın bulunduğu taraf ülkede bu taşınmazın satılması için yetki verilmesine ilişkin koruma tedbiri alınacaksa çocuğun üstün yararı gözetilerek mutad mesken ülkesi yetkisinden feragat edip bu ülke makamlarına yetkisini devredebilir<sup>106</sup>.

**bc. Çocuğun Ebeveynlerinin Boşanma veya Yasal olarak Ayrılması veya Evliliklerinin İptali İçin Yapılan Başvuruyu Üstlenen Ülke Makamları (m. 8(2)(c))**

Çocuğun ebeveynlerinin boşanması veya yasal olarak ayrılması için yapılan başvuruya ilişkin karar vermek üzere yargılamayı gerçekleştiren taraf bir ülkenin makamlarının yetkisi, m. 5 ile 9'a hâle getirmeksizin Sözleşme m. 10'da ayrıca düzenlenmiştir. Bu maddede yer alan şartlar gerçekleşmese de çocuğun üstün yararı daha iyi korunacaksa yetki devri ile bu ülke makamlarının yetkisi tesis edilebilecektir<sup>107</sup>. Böylelikle Sözleşme m. 10'daki şartların gerçekleşmemesi nedeniyle yetkili olamayan ülke makamları, Sözleşme m. 8 veya 9'da düzenlenen yetki devri ile yetkili kılınabilir. Sözleşme m. 10, eşzamanlı yetki tesis etmesine rağmen<sup>108</sup> böyle bir durumda artık yetki devri söz konusu olduğundan Sözleşme m. 5 ile 6 ile asli yetkili olan taraf ülke makamlarının yetkisi ortadan kalkacaktır.

<sup>105</sup> Lagarde, explanatory report, p. 55, s. 561; Tiryakioğlu, s. 394; Ulusu-Karataş, s. 937 dn. 78.

<sup>106</sup> Lagarde, explanatory report, p. 55, s. 561; Tiryakioğlu, s. 394; Ulusu-Karataş, s. 937 dn. 79.

<sup>107</sup> Ulusu-Karataş, s. 937 dn. 80; Çelikel/Erdem, s. 290 dn.140.

<sup>108</sup> Bkz. II, B. 1. c.

**bd. Çocuğun Esaslı İrtibatının Bulunduğu Ülke (m. 8(2)(d))**

Çocuğun esaslı irtibatının bulunduğu taraf ülkenin makamları da yetki devri ile yetkilendirilebilir. Diğer üç ihtimalden farklı olarak (d) bendi, daha genel bir ifade içermektedir. Tiryakioğlu'na göre “bu kural, *forum non conveniens* teorisinin temeli ile çok iyi bağdaşan bir esnekliğe sahiptir”<sup>109</sup>. Gerçekten bu bent ile esaslı irtibat kriteri getirilerek hükmün uygulama alanı oldukça genişletilmiş; çocuğun esaslı irtibatının bulunduğu taraf ülke makamlarının tümünün yetki devri ile yetkili kılınabilmesine imkân tanınmıştır<sup>110</sup>. Örneğin bu kural, çocuğun önceki mutad meskeninin bulunduğu ülke makamlarının veya çocuğa bakmak isteyen aile bireylerinin yaşadığı ülke makamlarının yetkili olmasına imkân tanır<sup>111</sup>.

**c. Çocuğun Üstün Yararının Korunmasına Hizmet Etmeli**

Yetki devri ile yetkili kılınan taraf ülke makamlarının koruma tedbiri alması, çocuğun üstün yararının korunmasına hizmet etmelidir. Çocuğun üstün yararı, taraf ülke makamlarınca her somut olay bakımından ayrı değerlendirilmeye tabi tutulur<sup>112</sup>. Koruma tedbirine ihtiyaç duyulduğu anda çocuğun üstün yararı gözetilerek hangi taraf ülkenin makamlarının bu ihtiyacı giderebileceği hususunda taraf ülke makamlarının anlaşması gerekir<sup>113</sup>. Yargı yetkisini devreden taraf, bu durumun çocuğun üstün yararına hizmet edeceği konusunda kanaate sahip olmalı; yetkiyi devralan taraf da aynı şekilde devrin çocuğun üstün yararının korunmasına hizmet ettiği kanaatindeyse yetkiyi devralmalıdır<sup>114</sup>. Yetki devri sonucu yetkili olacak taraf ülke makamının koruma tedbiri alması, çocuğun mutad meskenin bulunduğu ülke makamının ilgili tedbiri almasına nazaran çocuğun üstün yararını daha iyi koruyorsa yetki devri mümkün olur<sup>115</sup>. Bu konuda Lagarde şu örneği ver-

<sup>109</sup> Tiryakioğlu, s. 394; ayrıca bkz. McEleavy, Peter: “Luxembourg, Brussels and Now the Hague: Congestion in the Promotion of Free Movement in Parental Responsibility Matters”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, no. 2, April 2010, s. 510.

<sup>110</sup> Ulusu-Karataş, s. 937.

<sup>111</sup> Tiryakioğlu, s. 394.

<sup>112</sup> Silberman, s. 258.

<sup>113</sup> Lagarde, explanatory report, p. 56, s. 561; HCCH, *Practical Handbook*, s. 57 p. 5. 4.

<sup>114</sup> HCCH, *Practical Handbook*, s. 59 p. 5. 9.

<sup>115</sup> Brüksel IIa Tüzüğü m. 15'te esas davada yetkili olan mahkemenin çocuk ile bir başka üye ülke mahkemesi arasında önemli bir bağlantı olduğuna (m. 15(3)) kanaat getirmesini yeterli saymamaktadır. Ayrıca yetkiyi devreden mahkemenin davanın tamamı veya bir kısmına devretmeyi düşündüğü mahkemede daha iyi bakılacağına kanaat getirmesi ve davanın bu mahkemede görülmesinin çocuğun üstün yararını koruyacağını tespit

miştir: Çocuk, annesi ve babası ile birlikte Sözleşmenin tarafı olan bir ülkede mutad meskene sahiptir. Çocuğun millî hukuku ise mutad mesken ülkesinden farklıdır. Anne ve babası mutad mesken ülkesinde gerçekleşen trafik kazasında ölmüştür. Böyle bir durumda artık çocuğun akrabalarının bulunduğu ve vatandaşı olduğu ülkeye geri dönme ihtimali artacaktır. Yetkili mutad mesken makamları, bu ihtimali dikkate alarak çocuğun üstün yararını gözetebilir ve çocuğun korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasında onun vatandaşı bulunduğu ülkenin makamlarına yetkisini devretme konusunda talepte bulunabilir<sup>116</sup>.

#### *d. Yetki Devri Konusunda Taraf Ülke Makamlarının Anlaşmış Olması*

Sözleşme kapsamın yetki devrine karar verilecekse bu konuda taraf ülke makamlarının anlaşmış olması gerekmektedir. Sözleşme m. 8(3) ve 9(2)'de ilgili makamların görüş alışverişine geçebileceğini düzenlenmiştir. Aynı düzenleme her iki maddede aynı şekilde ifade edilmiştir. Dolayısıyla yetki devri sonucunda çocuğun üstün yararının daha iyi korunacağı, yetkiyi devreden ile yetkiyi devralan taraf ülke makamlarınca kabul edilmiş olmalı ve bu konuda anlaşma sağlanmalıdır. Hem merkezî makamlar hem de Uluslararası Lahey Hâkimler Ağı iletişiminin sağlanması konusunda ilgili makamlara yardımcı olabilirler<sup>117</sup>.

Yetki devri, koruma tedbirinin tümüne veya tedbirin belirli bir kısmındaki bir soruna ilişkin de olabilir<sup>118</sup>. Yetki devri talebi yapılırken bu talepte devrin kapsamının açıkça belirtilmesi yararlıdır. Bu sayede ileride ortaya çıkabilecek muhtemel yetki çatışmasının önüne geçilebilecektir. Yetki devrinin hangi kapsamda öngörüldüğü ve yetkiyi devralan makamın gelecekte hangi konulara ilişkin yetkisini kullanmaya devam edebileceği gibi husus-

---

etmesi gerekmektedir. Bu sebeple çocuğun üstün yararının tespiti, Brüksel IIa Tüzüğü kapsamında düzenlenen yetki devri için de önem taşımaktadır. Bkz. **Çörtoğlu-Koca**, s. 270; **Trimmings**, Katarina: "Transfer of Jurisdiction and the Best Interests of the Child", Cambridge Law Journal, vol. 75, no. 3, November 2016, s. 471 vd.

<sup>116</sup> **Lagarde**, explanatory report, p. 53, s. 559.

<sup>117</sup> **HCCH**, Practical Handbook, s. 63 p. 5.17.

<sup>118</sup> Yetki devrine ilişkin m. 8 ve 9'da bu konuda açık bir düzenleme yoktur. Buna karşı 2000 tarihli "Yetişkinlerin Uluslararası Korunmasına Dair Sözleşme" veya Brüksel IIa Tüzüğü m. 15'te bu konuda açık düzenleme yer almaktadır. Her iki milletlerarası düzenlemede de davanın belirli kısmı için yetki devredilebilir. Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi de bu şekilde yorumlanmalıdır. Bu sayede bu Sözleşme ile diğer milletlerarası düzenlemeler arasında uyum tesis edilir. Bkz. **HCCH**, Practical Handbook, s. 57 p. 5.5.

ların talepte yer alması ve yetki devrinin neden çocuğun üstün yararına hizmet ettiğine yönelik açıklamalarda bulunulması makamların daha kolay anlaşabilmesini ve muhtemel ihtilafların önlenmesini sağlayacaktır<sup>119</sup>.

Yetki devri talebinin Sözleşme kapsamında yetkili taraf ülke makamlarından gelmesi ile yetkili olmayan taraf ülke makamlarından gelmesi, Sözleşmede farklı usullere tabi tutulmuştur:

*Yetki devri talebi, Sözleşme kapsamında yetkili taraf ülke makamlarından gelmişse (m. 8):* Yetkiyi devralması talep edilen taraf ülke makamı, yetkiyi devretmeyi talep eden makama nazaran çocuğun üstün yararını daha iyi koruyup korumayacağını takdir edebilmesi için ilgili makamların görüş alışverişi içerisinde bulunmaları şarttır<sup>120</sup>. Bu makam, yapacağı değerlendirmede yetkiyi devralmasının çocuğun üstün yararına hizmet edeceğine kanaat getirirse yetki devri mümkün olacaktır. Daha açık bir anlatımla yetki devrinin geçerli olabilmesi için yetkiyi devralması talep edilen ülke makamının yapacağı değerlendirme sonucunda yetkiyi kabul etmesi ve yetkisini tesis etmesi gerekir. Taraf ülke makamlarının bu konuda anlaşması şarttır.

*Yetki devri talebi, Sözleşme kapsamında yetkili olmayan taraf ülke makamlarından gelmişse (m. 9):* Sözleşme kapsamında yetkili olmayan taraf ülke makamı, yetki devrini talep etmişse çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülke makamının yetkisini devrettiğini açıkça bildirmesi gerekir<sup>121</sup>. Yapılan bu bildirim ise talepte bulunan ülke makamına ulaşmalıdır. Talepte bulunan yetkisiz makamın, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu taraf ülke makamı yerine yetkili olabilmesi, talepte bulunulan makamın kabulüne ihtiyaç duyduğundan bu makamın susması kabul değil ret anlamına gelecektir<sup>122</sup>.

İlgili makamlar görüş alışverişinde bulunmak için çeşitli araçlar kullanılabilir. Makamlar aralarındaki iletişimi, e-posta veya telefon yoluyla sağlayabilirler<sup>123</sup>. Görüşmede tercümana ihtiyaç duyarlarsa ya da tarafların veya

<sup>119</sup> HCCH, Practical Handbook, s. 64 p. 5. 20.

<sup>120</sup> Tiryakioğlu, s. 395.

<sup>121</sup> Bu talebin çocuğun bulunduğu taraf ülke makamından da gelebileceğine yönelik görüşümüz için bkz. III. A. 1.

<sup>122</sup> Lagarde, explanatory report, p. 60, s. 563; HCCH, Practical Handbook, s. 57 p. 5. 9; Silberman, s. 258; Uluşu-Karataş, s. 938.

<sup>123</sup> İletişim, Skype gibi online iletişim araçları ile de gerçekleştirilebilir. Bkz. Romano, Gian P.: The 1996 Hague Convention on Protection of Children: Key Aspects. In: Conference on "Cross-border child protection: Legal and social perspectives - Towards a better protection of children worldwide - The 1996 Hague Child Protection Convention in practice", organised by the International Social Service (ISS) and the

temsilcilerinin hazır bulunmasını isterlerse, telefon konferans görüşmesi veya video konferans olanaklarından da yararlanılabilirler<sup>124</sup>.

Sözleşme m. 8 uyarınca yapılan yetkiyi devretme talebinin ve m. 9 uyarınca yapılan yetkiyi devralma talebinin ilgili ülke makamlarına ulaşmasından itibaren hangi sürede yanıtlanması gerektiğine dair Sözleşmede bir hüküm yoktur. Talep kendisine ulaşan taraf ülke makamının ilgili talebi kabul veya reddedildiğine yönelik beyanını en geç ne zaman kadar iletceğine ilişkin Sözleşmede düzenleme olmaması uygulamada sorunlara yol açabilir. Kanaatimizce her ne kadar bağlayıcı olmasa da çocuğun üstün yararının korunmasını amaçlayan diğer bazı milletlerarası düzenlemelerde yer alan “altı haftalık süre”nin<sup>125</sup> bu Sözleşme kapsamına da düzenlenmesi sürecin kısaltılmasına fayda sağlayabilirdi<sup>126</sup>. Çocukların korunması hak-

Hague Conference on Private International Law (HCCH), Geneva, 20 October 2015, s. 193.

<sup>124</sup> HCCH, Practical Handbook, s. 63 p. 5.18.

<sup>125</sup> Çocuğun korunmasına dair milletlerarası düzenlemelerde altı haftalık süreye sık sık başvurulmaktadır. Yetki devrine ilişkin olarak Brüksel IIa Tüzüğü m. 15(5)’de süre konusunda özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu madde uyarınca yetki devri için kendisine müracaat edilen mahkemenin müracaattan itibaren en geç altı hafta içinde kabul bildirimde bulunması gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu durumda davanın ilk açıldığı mahkeme yetkisiz olacak; aksi hâlde ise davanın ilk mahkemenin yetkisi devam edecektir. Bkz. **Çörtoğlu-Koca**, s. 271; **Lamont**, Ruth: “Care Proceedings with a European Dimension under Brussels IIa: Jurisdiction, Mutual Trust and the Best Interests of the Child”, *Child and Family Law Quarterly*, vol. 28, no. 1, 2016, s. 80 vd; Yetki devri dışında altı haftalık süreyi esas alan bir başka hüküm de Brüksel IIa Tüzüğü m. 11(3)’de yer almaktadır. Bu hükme göre kaçırıldığı veya alıkondığı iddia edilen çocuğun iadesi talebiyle başvurulmuş mahkeme iade talebine ilişkin başvuruyu yapılmasından itibaren altı hafta içinde karar bağlamalıdır. Her ne kadar bu hüküm bağlayıcı olmasa da davanın uzamasının ortaya çıkarabileceği sakıncaları bertaraf etmesi ve çocuğun üstün yararının korunması bakımından önemli bir düzenleme olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Paton**, Jennifer: “The Correct Approach To The Examination Of The Best Interests Of The Child In Abduction Convention Proceedings Following The Decision Of The Supreme Court In RE E (Children) (Abduction: Custody Appeal)”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 8, no. 3, 2012, s. 550 dn. 23. Benzer bir hüküm, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Sözleşme m. 11/II’de yer almaktadır. Bu düzenleme uyarınca çocuğun iadesine yönelik başvuruda bulunulan adli veya idari makamın, müracaattan itibaren altı hafta içinde talep hakkında karar vermesi gerekir. Bu sürenin dolması ise bilgi isteme hakkını doğmasına neden olmaktadır. Bkz. **Toker**, s. 81 vd; Görüldüğü üzere çocuğa ilişkin milletlerarası düzenlemelerde altı haftalık süre sık sık kullanılmıştır. Örnek gösterilen bu düzenlemelerde altı haftalık süre esas alınmış; bu yolla yetkili makamlara mümkün koşullar dâhilinde en hızlı şekilde hareket etme görevi yüklenmiş ve çocuğun üstün yararının korunması amaçlanmıştır.

<sup>126</sup> 2011 tarihli Özel Komisyon tartışmaları sırasında da bu konuda süre sınırının getirilmesinin yararlı olabileceği üzerinde durulmuştur. Zira bir sınır getirilmezse bu süre zar-

kında tedbirlerin alınmasında sürenin de önemi dikkate alındığında bu durumun zaman zaman kaybına yol açmaması gerekmektedir. Ayrıca sürenin uzaması, paralel işlemlerin doğma ihtimalini de güçlendirmektedir. Bu nedenle talepte bulunulan taraf ülke makamının en kısa sürede bu talebe cevap vermesi gerekmektedir<sup>127</sup>.

Görüldüğü üzere çocuğun üstün yararının daha iyi korunacak olması şartıyla taraf ülke makamına yetki devredilebilmesi için Sözleşme uyarınca asli yetkili taraf ülke makamının ya “talebi” (m. 8) ya da “izni” (m. 9) bulunmalıdır<sup>128</sup>. Yetki devrinin geçerli olabilmesi için koruma tedbiri talebinin taraflarının ise bilgilendirilmesi yeterlidir. Tarafların bu konuda rızası veya icazeti aranmamaktadır<sup>129</sup>. Bu kapsamda tarafların dinlenmesinin gerekli olup olmadığı; eğer gerekliyse bunun nasıl gerçekleştirileceği her bir taraf ülkenin usul hukuku kurallarına göre belirlenir<sup>130</sup>.

#### 4. Yetki Devrinin Sonuçları

Yetki devri gerçekleştikten sonra yetkisini devreden ülke makamı, ilgili konu hakkında tedbir kararı veremez. Bu durumda yetkiyi devrettiği taraf ülke makamına itibar edilir ve o makam kararının kesinleşmesi beklenir<sup>131</sup>. Bu durumda yetki devri, somut olay çerçevesinde belirli bir koruma tedbiri bakımından mümkündür. Yetki devri belirli bir olayla sınırlı olduğu için çocuğun üstün yararı değerlendirmesi koruma ihtiyacı hissedildiği anda ve ihtiyaca cevap verme aşamasında dikkate alınmalıdır<sup>132</sup>. Devir, kalıcı bir yetki devrini tesis etmez. Yetkisini devreden makam, devrin konusunu oluşturan koruma tedbiri bakımından daha ileriki bir tarihte çocuğun üstün yararını daha iyi koruyacak durumda da olabileceğinden önceden yaptığı yetki devri, aynı türden yeni bir koruma tedbiri alma yetkisini bertaraf etmeme-

---

finda Sözleşme uyarınca yetkili makam yetkiyi devredemeyecek ve somut uyumsuzluk bakımından yetkili kalmaya devam edecektir (HCCH, Practical Handbook, s. 59-60 p. 5. 11 d. 173).

<sup>127</sup> HCCH, Practical Handbook, s. 59-60 p. 5. 11; **Ulus-Karataş**, s. 938 dn. 84.

<sup>128</sup> **Çelikel/Erdem**, s. 288.

<sup>129</sup> Brüksel IIa Tüzüğü m. 15(2)'de farklı bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre görülmekte olan bir davada re'sen yetki devrine karar verebilmek için veyahut bir başka mahkemenin yetki devri talebinin gerçekleşebilmesi için taraflardan en az birinin yetki devrini kabul etmesi gerekmektedir. Bkz. **Çörtoğlu-Koca**, s. 271; **Lamont**, s. 73.

<sup>130</sup> HCCH, Practical Handbook, s. 59 p. 5. 10; **Ulus-Karataş**, s. 939.

<sup>131</sup> HCCH, Practical Handbook, s. 58 p. 5.6.

<sup>132</sup> **Tiryakioğlu**, s. 395.



lidir<sup>133</sup>. Yetki devri ile yetkisini devreden taraf ülke makamı, çocuk hakkında başka bir koruma tedbiri alma hakkına da her zaman sahiptir.

### B. Milletlerarası Derdestlik Hâlinde Önceden Koruma Talebinde Bulunulan Makamın Yargı Yetkisini Reddetmesi (m. 13(2))

Koruma tedbirlerine ilişkin talepler eşzamanlı olarak birden fazla taraf ülkenin yetkili makamları önüne gelebilir. Bu durum, birbiri ile çelişen kararların doğma ihtimalini yarattığından milletlerarası derdestliğe ilişkin özel bir düzenlemeye Sözleşme m. 13'te yer verilmiştir.

Sözleşme m. 10'a<sup>134</sup> göre yetki tesis edilmesi, milletlerarası derdestliğin ortaya çıkmasına neden olan ve uygulamada en sık karşılaşılabilecek durumdur<sup>135</sup>. Bu maddede öngörülen yetki kuraları, 5 ila 9. maddelerinde öngörülen yetki kurallarını ortadan kaldırmaz. Bu nedenle Sözleşme m. 10 uyarınca çocuğun ebeveynlerinin boşanması veya yasal olarak ayrılması için yapılan başvuruya ilişkin karar vermek üzere yargılamayı gerçekleştiren taraf bir ülkenin makamları, asli yetkili veya yetki devri ile yetkilendirilmiş tali yetkili taraf ülke makamları ile birlikte eşzamanlı olarak yetkilidir. Bununla beraber boşanma mahkemesinin eşzamanlı yetkisini tesis eden Sözleşme m. 10 ile karşılaştırıldığında milletlerarası derdestlik, nadir de olsa Sözleşmenin 5 ila 9. maddeleri ile yetkilendirilmiş asli<sup>136</sup> veya tali<sup>137</sup> taraf ülke makamları arasında da çıkabilir<sup>138</sup>. Örneğin, çocuğun haksız bir şekilde yerinin değiştirilmesi veya alıkonulması hâlinde (m. 7) çocuğun kaçırma veya alıkonmadan önceki ve sonraki mutad meskeni makamları koruma tedbiri alma konusunda kendilerini eşzamanlı olarak yetkili görebilir<sup>139</sup>. Çocuğun kendisi veya mallarının bulunduğu taraf ülke makamlarının yetkisini düzenleyen Sözleşme m. 11 ve 12 ise sadece acil durumlara ve geçici koruma tedbirlerine ilişkin olduğundan bu maddelerde yer alan koruma tedbirleri, milletlerarası derdestlik hükmüne dâhil edilmemiştir<sup>140</sup>.

Milletlerarası derdestliği düzenleyen Sözleşmenin m. 13(1), koruma önlemleri alma konusunda "öncelik prensibini" benimsemiştir. Sözleşme m.

<sup>133</sup> **Lagarde**, Explanatory Report, p. 56, s. 561: **HCCH**, Practical Handbook, s. 58 p. 5.7.

<sup>134</sup> Sözleşme m. 10 için bkz. II, B, 1, c.

<sup>135</sup> **Lagarde**, explanatory report, p. 78, s. 571.

<sup>136</sup> Asli yetkili taraf ülke makamları (Sözleşme m. 5- 7) hakkında bkz. için bkz. II, B, 1, a.

<sup>137</sup> Tali yetkili taraf ülke makamları (Sözleşme 8- 9) hakkında bkz. III. A.

<sup>138</sup> **Ulus-Karataş**, s. 941.

<sup>139</sup> **Lagarde**, explanatory report, p. 78, s. 571; **Ulus-Karataş**, s. 941.

<sup>140</sup> **Lagarde**, explanatory report, p. 78, s. 571; **HCCH**, Practical Handbook, s. 51 p. 4.34; **Çelikel/Erdem**, s. 294.

5 ila 10'a göre yetki sahibi olan taraf ülke makamlarından koruma önlemi talep edilmiş olabilir. Bu durumda kendisinden koruma önlemi talep edilen taraf ülke makamı, benzer bir koruma tedbirinin yine ilgili maddeler uyarınca yargı yetkisine sahip diğer taraf ülkenin makamları tarafından incelendiğini tespit ederse yargı yetkisini kullanmaktan kaçınmak zorundadır. Görüldüğü üzere bu ihtimalde koruma tedbiri, Sözleşme m. 5 ila 10 uyarınca kendini yetkili sayan makamlarca eşzamanlı olarak görülmektedir. Sözleşme, benzer koruma tedbirlerinin birden fazla ülkede talep edilmesi hâlinde öncelik prensibinden hareket ederek sonraki başvuru makamının ilk başvuru makamı lehine yetkisinden vazgeçmesini düzenlemiştir. Bu durumu tespit eden sonraki başvuru makamı, yetkisinden vazgeçmek zorundadır. Sonraki başvuru makamı bu konuda re'sen inceleme yapacak ve milletlerarası derdestliği tespit ederse yetkisizlik kararı verecektir. Böyle bir durumda Sözleşme m. 5 ila 10'a göre yetkili olan Türk mahkemesi, aynı uyumsuzluğun taraf bir ülke yetkili makamı önünde önceden görülmeye başlandığını ve devam ettiğini tespit ediyorsa dava şartı yokluğundan davayı usulden reddetmek zorundadır<sup>141</sup>.

Yetki devri gibi *forum non conveniens* doktrinin Sözleşme kapsamında uygulama alanı bulduğu bir diğer hâl ise Sözleşme m. 13(2)'deki düzenlemedir. Buna göre ilk başvuru makamı, yetkisinden feragat ederse sonraki başvuru makamının Sözleşme m. 13(1) uyarınca yetkisinden vazgeçmesi gerekmeyecektir. Bu husus Sözleşmede "Önceden önlem talebinde bulunan makamların yargı yetkisini reddetmesi hâlinde önceki fıkranın hükümleri uygulanmaz" şeklinde ifade edilmiştir.

Sözleşmede ilk başvuru makamının yetkisinden feragat edebileceği düzenlenmiş; ancak bu feragatin gerekçesi hakkında bilgi verilmemiştir. Lagarde'ye göre böyle bir durumda çocuğun üstün yararı dikkate alınmalıdır. İlk başvuru makamı, sonraki başvuru makamınca alınacak koruma tedbirinin çocuğun üstün yararını daha iyi koruyabileceği kanaatindeyse yetkisinden feragat edebilir. Bu yolla yetkiden feragat edilerek sonraki başvuru makamının yetkisini kullanmasına imkân tanınması, milletlerarası derdestlik sorununa daha esnek ve çocuğun yararı odaklı bir çözüm getirmektedir<sup>142</sup>.

Sözleşme m. 8 ve 9'da düzenlenen "yetki devri" ile Sözleşme m. 13(2)'de düzenlenen "yetkiden vazgeçme" aynı anlama gelmemektedir. Yetki devrinde yetkinin devredildiği taraf ülke makamı, Sözleşme uyarınca yetkili olmamasına karşın lehine yetkiden vazgeçilen ülke makamının

<sup>141</sup> **Ulus-Karataş**, s. 956; **Altıparmak**, s. 425.

<sup>142</sup> **Lagarde**, explanatory report, p. 80, s. 571.

Sözleşme uyarınca yetkili olması gerekmektedir. Ayrıca yetki devri, yetkisinden feragat eden ve yetkinin devredildiği taraf ülke makamları arasındaki anlaşmaya dayandığı için yetkiden vazgeçmeden farklı olarak tek taraflı bir hukuki işlem yoluyla yapılamaz. Yetkiden vazgeçmenin, ilk başvuru makamınca tek taraflı bir hukuki işlem ile yapılması mümkün olmakla birlikte bu konuda taraf ülke makamları arasında iletişimin sağlanması yararlıdır. Zira ilk ve sonraki makamlar arasında bu konuda iletişimin sağlanması, yetki boşluğu doğmasına engel olabilecektir<sup>143</sup>.

### SONUÇ

Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesinde yer alan yetki devrine ilişkin m. 8 ve 9 ile milletlerarası derdestliğe ilişkin m. 13/II, *forum non conveniens* doktrinin uygulamaları olarak kabul edilmektedir. Yetkili taraf ülke makamı, bu hükümler aracılığıyla çocuğun üstün yararını gözeterek yetkisinden feragat edebilir. Bu doktrin, Türk milletlerarası usul hukukunda kabul edilmektedir. Türk hukukunda milletlerarası yetkinin doğumu için dava ile yargı alanı arasında irtibat arandığından bu konu, açık ve kesin nitelikteki kurallarla düzenlenmiş; suni irtibat noktaları ile Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesis edilmesinin önüne geçilmiştir. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın m. 36/II ile hâkimin yetkisinden feragat edemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Buna karşı, Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesinin 2017 yılında yürürlüğe girmesi ile birlikte Sözleşmenin uygulama alanına giren konulara ilişkin olarak bu doktrin Türk hukuku kapsamında da kabul görmeye başlamıştır. Sözleşmede düzenlenen şartlar dâhilinde yetkili Türk makamı, yetkisini bir başka taraf ülke makamına devretmeyi önerebileceği (m. 8) gibi Sözleşme kapsamında yetkili olmayan taraf ülke makamı da yetkili Türk makamından yetkisini kendisine devretmesini talep edebilir (m. 9). Milletlerarası derdestlik durumunda ise ilk başvuru makamı olan yetkili Türk makamı, yetkisinden feragat ederek sonraki başvuru makamının yetkisinden vazgeçmesinin önüne geçebilir (m. 13(2)).

<sup>143</sup> Lagarde, explanatory report, p. 79, s. 571; HCCH, Practical Handbook, s. 50-51 p. 4.33; Spector, s. 174 dn. 56; Ulus-Karataş, s. 942.

### KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya/Demir-Gökyayla, Cemile:** Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Akıncı, Ziya:** Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Seçkin, Ankara 2002.
- Altıparmak, Ayşe K.:** “Velayet Uyuşmazlıklarında Yeni Bir Dönem Mi? 1996 Tarihli Lahey Velayet Sözleşmesi Hakkında Bir İnceleme”, AndHD 2000, C. 6, S. 2, s. 411-433.
- Arzandeh, Ardavan:** “The Origins of the Scottish *forum non conveniens* Doctrine”, Journal of Private International Law, vol. 13, n. 1, 2017, s. 130-151.
- Bayraktaroğlu-Özçelik, Gülüm:** Milletlerarası Usûl Hukukunda Paralel Davalar, Yetkin, Ankara 2016.
- Canbeldek-Akın, Özlem:** Milletlerarası Derdestlik (Lis Pendens), On İki Levha, İstanbul 2019.
- Cheshire/North & Fawcett:** Private International Law, edited by Paul Torremans, fifteenth Edition, Oxford University Press 2017.
- Çalışkan, Yusuf:** “Türk Tabiiyetinde Olan Kişiler ile İlgili Davalar Işığında Amerikan Milletlerarası Yargılama Hukukundaki Bazı Temel Kavramlar”, TBB Dergisi, 2006, S. 62, s. 62-83.
- Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır B.:** Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, Beta, İstanbul 2021.
- Çörtoğlu-Koca, Sema:** “Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-a Tüzüğü (AT 2201/2003)”, Özkan, Işıl (edt)/Süral, Ceyda (edt)/Tütüncübaşı, Uğur (edt), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Adalet 2016, s. 234-278.
- Ekşi, Nuray:** Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, Beta, İstanbul 2000.
- Elçin, Doğa:** “*Forum Non Conveniens* Doktrini”, Prof. Dr. İlhan Unat’a Armağan, Mülkiyeliler Birliği Yayın No: 2012/1, Ankara, s. 311-329.
- Giray, Faruk K.:** Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonulan Çocukların İadesi, Beta, İstanbul 2010.
- Giray, Faruk K.:** “Forum Shopping-Forum Non Conveniens Kavramları ile Anti Suit Injunction Kavramlarının Türk Milletlerarası Usul Hukukun-

daki Görünümleri”, Adaletle Yönelmiş Bir Toplumsal Düzen Olarak Hukuk: Prof. Dr. Yasemin Işıktaç Armağanı (edt. Gürler, Sercan), Sümer Kitapevi, İstanbul 2020, s. 869-890 (Anılış: *forum non conveniens*).

- Giray**, Faruk K.: “19 Ekim 1996 Tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi Sonrası Çocuğun Vesayetine Uygulanacak Hukuk”, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, PPIL, C. 40, S. 1, 2020, s. 354-399 (Anılış: Vesayet)
- Hartley**, Trevor C.: *International Commercial Litigation, Text, Cases and Materials on Private International Law, Second Edition*, Cambridge University Press 2015.
- Hayakawa**, Yoshihisa: “Lis Pendens”, *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 54, 2011, s. 324-332.
- HCCH**: “Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention”, Hague Conference on Private International Law, Hague Netherlands 2014 (Anılış: HCCH, Practical Handbook).
- Lagarde**, Paul: explanatory report, Convention of 19 October on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and co-operation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children, Hague Conference on private international law, s. 538-604 <<https://assets.HCCH.net/docs/5a56242c-ff06-42c4-8cf0-00e48da47ef0.pdf>> (Erişim: Ocak 2022).
- Lamont**, Ruth: “Care Proceedings with a European Dimension under Brussels Ila: Jurisdiction, Mutual Trust and the Best Interests of the Child”, *Child and Family Law Quarterly*, vol. 28, no. 1, 2016, s. 67-86.
- Mardirosian**, Helen E.: “Forum Non Conveniens”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 37, no. 5, Summer 2004, s. 1643-1686.
- McEleavy**, Peter: “Luxembourg, Brussels and Now the Hague: Congestion in the Promotion of Free Movement in Parental Responsibility Matters”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, no. 2, April 2010, s. 505-519.
- Moss**, Alexander R.: “Bridging the Gap: Addressing the Doctrinal Disparity between Forum Non Conveniens and Judgment Recognition and Enforcement in Transnational Litigation”, *Georgetown Law Journal*, vol. 106, no. 1, November 2017, s. 210-246.

- Nomer**, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, Yenilenmiş 23. Bası, Beta, İstanbul 2021.
- Özkan**, Işıl/**Tütüncübaşı** Uğur: Uluslararası Usûl Hukuku, Adalet, Ankara 2017.
- Palmer**, Jason S.: “A Separation of Powers Analysis of Forum Non Conveniens' Adequate Available Forum”, St. John's Law Review, vol. 94, no. 1, 2020, s. 157-204.
- Pannaikadavil-Thomas**, Seema/**Bumbaca**, Vito: “The Role of International Social Services in Private International Law”, Yearbook of Private International Law, 2018, vol. 19, 2017/2018, s. 531-553.
- Paton**, Jennifer: “The Correct Approach To The Examination Of The Best Interests Of The Child In Abduction Convention Proceedings Following The Decision Of The Supreme Court In RE E (Children) (Abduction: Custody Appeal)”, J. Priv. Int'l L., vol. 8, no. 3, 2012, s. 547- 576.
- Romano**, Gian P.: The 1996 Hague Convention on Protection of Children: Key Aspects. In: Conference on “Cross-border child protection: Legal and social perspectives - Towards a better protection of children worldwide - The 1996 Hague Child Protection Convention in practice”, organised by the International Social Service (ISS) and the Hague Conference on Private International Law (HCCH), Geneva, 20 October 2015, s. 187-195.
- Sahni**, Binda: “Limitations of Access at the National Level: Forum Non Conveniens”, Gonzaga Journal of International Law, 9, 2005-2006, s. 119-146.
- Silberman**, Linda: “The Hague Convention on The Protection of Children: Should the United States Join?”, FLQ, vol. 34, no. 2, Summer 2000, s. 239-270.
- Spector**, Robert G.: “Proper Forum for Child Custody Determinations: The 1980 and 1996 Hague Conventions and the UCCJEA”, Journal of Comparative Law, vol. 9, no. 1, 2014, s. 163-191.
- Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, Beta, İstanbul 2021.
- Şensöz**, Ebru: “Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair 1993 Tarihli La Haye Sözleşmesi Uyarınca Yabancı Adli veya İdari Evlât Edinme Kararlarının Doğrudan Tanın-

ması ve Kontrol Usulü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 10, S. 20, Güz 2011, s. 179-233.

**Tiryakioğlu**, Bilgin: “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme (La Haye 19 Ekim 1996)”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul 1999, s. 381-424.

**Toker**, Gümrah A.: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni Kavramı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

**Trimmings**, Katarina: “Transfer of Jurisdiction and the Best Interests of the Child”, Cambridge Law Journal, vol. 75, no. 3, November 2016, s. 471-474.

**Uluocak**, Nihal: “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi (Nihâî Metin, 19 Ekim 1996)”, MHB 1996, Y. 16, S. 1-2, s. 119-127.

**Ulus-Karataş**, Elif: “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, C. 37, S. 2, Y. 2017, s. 911-1003.

**Van Calster**, Geert: European Private International Law, Second Edition, Oxford and Portland, Oregon 2016.

**Verheul**, J. P.: “The Forum (Non) Conveniens in English and Dutch Law and under Some International Conventions”, The International and Comparative Law Quarterly, Apr., 1986, vol. 35, no. 2, Apr., 1986, s. 413-423.

**Whytock**, Christopher A./Cassandra, Burke R.: “Forum Non Conveniens and the Enforcement of Foreign Judgments”, Columbia Law Review, vol. 111, no. 7, November 2011, s. 1444-1521.

**Workman**, Brett J.: “Deference to the Plaintiff in Forum Non Conveniens Cases”, Fordham Law Review, vol. 86, no. 2, November 2017, s. 872-904.

**Wright**, Maria: “Working the International Child Protection Case: a Snapshot of Local Authorities’ Experiences within an Evolving Legal Context”, Journal of Social Welfare and Family Law, 41:1, 2019, s. 15-33.

**WORK OF FOREIGNERS UNDER TEMPORARY  
PROTECTION IN TURKEY AND MAIN PROBLEMS  
REGARDING THE WORK OF SYRIANS UNDER  
TEMPORARY PROTECTION**

*(Research Article)*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1091519>

**Dr. Lâle AYHAN İZMİRLİ\***  
**Dr. Mustafa Kağan İZMİRLİ\*\***

**Abstract**

*Since 2011, because of the events that took place in Syria, millions of Syrian citizens forced to leave their country and a significant portion of these people came Turkey as massive influx. Turkey accepted Syrians by applying open-door policy and gave them temporary protection status. One of the most important rights granted to temporary protection status holders is right to work and access to the labor market. Despite Turkey legislated the right to work in detail of those under temporary protection, serious problems are encountered in practice.*

*In this study, firstly, a brief information was given about the temporary protection, the rights of Syrian refugees under temporary protection and also their right to work. Then working requirements of temporary protection status holders were examined in detail and finally some common problems related to work in Turkey under temporary protection was given. In this context, in the last section, general problems related to work permit, unregistered work and child labor were discussed briefly.*

---

\* Ankara Hacıbayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara (lale.ayhan@hbv.edu.tr) ORCID: 0000-0002-8838-455X (Geliş Tarihi: 29.12.2021-Kabul Tarihi: 15.03.2022) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

\*\* Ankara Hacıbayram Veli Üniversitesi, Polatlı Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu, Mimarlık ve Şehir Planlama Bölümü Öğretim Görevlisi, Ankara (mustafa.izmirli@hbv.edu.tr) ORCID: 0000-0001-5849-4697 (Geliş Tarihi: 29.12.2021-Kabul Tarihi: 15.03.2022) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*



**Keywords**

*Temporary Protection, Syrians, Labor, Right to Work, Work Permit*

**GEÇİCİ KORUMA ALTINDAKİ YABANCILARIN  
TÜRKİYE'DE ÇALIŞMASI VE GEÇİCİ KORUMA  
KAPSAMINDAKİ SURİYELİLERİN  
ÇALIŞMASINA İLİŞKİN TEMEL PROBLEMLER**

*(Araştırma Makalesi)*

**Öz**

2011 yılından itibaren Suriye'de ortaya çıkan olaylar neticesinde milyonlarca Suriye vatandaşı ülkesini terk etmek zorunda kalmış ve bu kişilerin önemli bir kısmı kitlesel olarak Türkiye'ye gelmiştir. Türkiye açık kapı politikası uygulayarak Suriyelileri ülkeye kabul etmiş ve bu kişilere geçici koruma statüsü vermiştir. Geçici koruma statüsü sahiplerine tanınan en önemli haklardan birisi çalışma ve iş piyasasına erişimdir. Türkiye, geçici koruma altındakilerin çalışmasını mevzuatta detaylı şekilde düzenlemiş olsa da uygulamada ciddi problemlerle karşılaşmaktadır.

Çalışmada, öncelikle kısaca geçici koruma statüsü ve sahip oldukları haklar ve çalışma hakkına ilişkin bilgi verilmiştir. Akabinde geçici koruma statüsü sahiplerinin çalışmasının şartları detaylı olarak incelenmiş ve nihayet geçici koruma altındakilerin Türkiye'de çalışmasına ilişkin sıklıkla karşılaşılan bazı problemlere değinilmiştir. Bu bağlamda son bölümde çalışma izni verilmesiyle ilgili genel problemler, kayıt dışı çalışma ve çocuk işçiliği konuları kısaca ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler**

*Geçici Koruma, Suriyeliler, Çalışma, Çalışma Hakkı, Çalışma İzni*

## INTRODUCTION

Since 2011, due to events in Syria, millions of Syrian citizens, who make up almost half the country's population, have been forced to leave Syria and seek refuge in other countries. Turkey was the country most affected by this situation in Syria. It has become the target country of the largest immigration in the world after World War II<sup>1</sup>. Syrians have preferred to come to Turkey due to some reasons such as the fact that other countries do not accept them or they make acceptance conditions difficult,<sup>2</sup> historical and cultural ties, economic relations, a sense of belonging to the past, kinship relations, the majority of the population being Muslim, being neighbour and close to Syria, being safe, being at the crossing point for those who want to go to western countries, better living conditions and camps and Turkey's ease in terms of admission<sup>3</sup>. Turkey, on the other hand, has applied the open-door policy to those coming from Syria for a long time and accepted these people to Turkey. Currently, according to official figures, about 4 million Syrians are in Turkey<sup>4</sup>. According to The United Nations Refugee Agency (UNHCR)'s data, Turkey is the country with the highest number of Syrian refugees in the world<sup>5</sup>. In terms of employment, more than

<sup>1</sup> **Türk-İş** (Confederation of Turkish Trade Unions): Geçici Koruma Altındaki Suriyeliler ve Türkiye İşgücü Piyasasına Etkileri, 23. Ordinary General Assembly, 5-7 December 2019, <http://www.turkis.org.tr/dosya/roGZ2loYp23o.pdf>, p.7 (accessed: 25.3.2021). The Republic of Turkey has been the target of mass refuge from different regions at different times throughout its history. However, those from Syria are unlike any of the previous mass unfluxes. For more information, see. **Elçin**, Doğa: "Türkiye'de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar", TBB Journal, Issue 124, 2016, No: 9-80, p.12-13.

<sup>2</sup> In case of mass influx, although it is generally accepted that the world states do not have obligations arising from international law at the point of accepting people who seek asylum, see whether the states have an obligation arising from international law in terms of sharing the burden borne by the state accepting the mass influx. **Greenop**, Michael A.: "Two Birds with One Stone: Legal Obligation to Compensate Host States for the Burden Associated with a Mass Influx of Refugees", Public Interest Law Journal of New Zealand, 4, 2017, PP: 58-77.

<sup>3</sup> **Aslantürk**, Oğuzhan/**Tunç**, Yusuf Erdem: "Türkiye'de Yabancıların Çalışma İzinleri: Suriyeliler Örneği", Ombudsman Academic, Year 5, Issue 9, July-December 2018, PP: 141-180, p.148.

<sup>4</sup> According to the data of the Directorate General of Migration Management, the number of Syrians under temporary protection in Turkey as of 17.3.2021 is 3.663.336. See <https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638> (accessed 23.3.2021).

<sup>5</sup> **UNHCR**: Turkey 2020 Operational Highlights, <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php> (accessed 30.3.2021).

2 million Syrians in Turkey are between the ages of 15-64 who can legally work<sup>6</sup>. Those in this group need to work in order to survive, and generally work in labor-intensive and unskilled jobs in the agriculture, animal husbandry, construction, textile and service sectors<sup>7</sup>.

This study examined the work of Syrians under temporary protection in Turkey and the common problems associated with it. The rules regarding the employment of foreigners in Turkey may differ according to the legal status of the foreigners. Therefore, to determine the working regime that Syrians in Turkey are subject to, first of all, the legal status of these people should be defined. For this reason, in the study, first, brief information was given about the legal status of Syrians in Turkey and their rights (including the right to work), and then the conditions of Syrians under temporary protection to work in Turkey were examined and finally, the problems of Syrians in giving work permits related to their work, informal work and child labor are discussed in general terms.

## I. LEGAL STATUS OF SYRIANS IN TURKEY

Millions of Syrians who arrived in Turkey have long experienced legal status uncertainty since the mass migration influx from Syria to Turkey began in 2011<sup>8</sup>. At that time, Turkey did not grant refugee status to these people and other types of international protection or temporary protection

<sup>6</sup> **Directorate General of Migration Management:** Temporary Protection, <https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638> (accessed 1.4.2021).

<sup>7</sup> **Kaygısız, İrfan:** The Effects of Syrian Refugees on the Turkish Labor Market, August 2017, <http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Dünyadan/2017/Du308nyadan%20-%20Suriyeli%20Mu308ltecilerin%20Tu308rkiye%20I307s327gu308cu308%20Piyasasina%20Etkileri%20.pdf>, pp.3, 9; **Korkmaz, Metin:** “Suriyeli Mültecilerin Türkiye İşgücü Piyasasına Etkileri”, Journal of Social Insurance, Year 7, Issue 13, PP: 57-83, p.64.

<sup>8</sup> Before 2014, when the LFIP was not in force yet, there were only refugees within the scope of international protection and the expression “refugee” in Turkish law refers to people who seeks asylum, only because of the events that took place in Europe in accordance with the Geneva Convention; It was a status given to a foreigner who was outside the country of his/her country of citizenship because he was afraid that he would be persecuted due to his/her race, religion, nationality, membership of a certain social group or political opinions and who could not benefit from the protection of this country or who did not want to benefit from the protection of this country, or to a person who was outside his previous country of residence as a result of such events and could not return to this country or does not want to return to this country because of the fear in question. Because refugee status is only granted to those who come from Europe due to the geographical reservations Turkey has placed in the convention, those who come from Syria could not be granted refugee status or any other legal status until the LFIP came into force.

were not regulated in Turkish legislation . According to the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees<sup>9</sup>, a refugee is a status given to those who come to take refuge because of some events that took place in Europe. For those coming from outside the Europe, a regulation at the level of law was not made until the Law on Foreigners and International Protection (LFIP)<sup>10</sup> came into effect, however, it was evaluated within the framework of the “Regulation on Procedures and Principles Applicable to Individual Foreigners Who Have Asylum in Turkey or Requesting Residence Permit in Turkey to Seek Asylum in Another Country and Foreigners Coming to Our Border for Collective Asylum Purposes and Possible Population Movements”<sup>11</sup>. However, this regulation did not contain sufficient solutions in the face of such a massive influx.

With the enactment of the LFIP in 2014, the problem of the status of Syrians was solved. Along with the LFIP, the international protection regime has been greatly changed, and in Turkish foreign law, different protection status such as conditional refugee, secondary protection, temporary protection has been established, in addition to refugee status<sup>12</sup>. Currently in Turkey, the legal status of people who have come from Syria is temporary protection status. It is possible to say that the temporary protection status was presented as a solution to the problem of Syrians’ lack of status in the process that started with the arrival of Syrians in Turkey<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Turkey became a party to the Convention in 1961. See O.G. of 5.9.1961 No. 10898.

<sup>10</sup> O.G. of 11.4.2013 No. 28615.

<sup>11</sup> In addition, it has been implemented in administrative regulations. Due to the process that started with the arrival of Syrians to our borders collectively, the “Directive Concerning the Admission and Accommodation of the Nationals of the Syrian Arab Republic and Stateless People Residing in the Syrian Arab Republic who Collectively Seek Asylum in Turkey” was put into effect by the Ministry of Internal Affairs on 30.3.2012, and until the LFIP came into force, procedures were carried out within the framework of this directive.

<sup>12</sup> For information on the differences in international protection status, see. **Ayhan İzmirli**, Lale: “Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme”, Eurasian Researches in Social and Economics, Year 2017, Vol. 4, Issue 7, PP: 43-66.

<sup>13</sup> Similarly, see. **Kaya**, Ceren: “Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları”, Middle East Journal of Refugee Studies, Summer 2019, 4 (2), PP: 33-55, p.34; **Aslantürk**, Oğuzhan/**Tunç**, Yusuf Erdem: “Yabancıların Türkiye’de Kayıtdışı İstihdamı”, The Journal Aksaray University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Year 2018, Vol. 10, Issue 4, PP: 13-20, p.14; **Kavas**, Çağlar/**Develi**, Abdülkadir: “Türkiye’de Geçici Koruma Kapsamındaki Yabancıların Kayıtdışı İstihdam Üzerindeki Etkisi”, International Anatolian Social Sciences Journal, Vol. 4, Issue 1, 2020, PP: 4-23, p.5-6.

### A. Temporary Protection Status and Its Elements

Temporary protection is protection provided for humanitarian purposes for a certain period in cases of urgency<sup>14</sup>. It was implemented by some of the European countries to protect people fleeing conflicts in the former Yugoslavia in the early 1990s<sup>15</sup>. It is a tool developed to provide protection to people who have fled en masse as a result of violent or conflict, without determining their individual protection status<sup>16</sup>. Temporary protection has not a definition accepted in international law but can have different meanings depending on the context and country in which it is used<sup>17</sup>. This concept was developed for the urgent need for protection in mass influxes<sup>18</sup>. “*Temporary protection*”,<sup>19</sup> a relatively new concept in immigration law, is used to refer to a status developed to ensure the protection of people forced to migrate as a result of mass influx caused by an unforeseen and urgent situation<sup>20</sup>. According to the definition made by the UNHCR, temporary protection is the provisional protection provided in Europe and other regions in cases of large-scale displacement that includes elements of the refugee

<sup>14</sup> **Töre**, Nazlı: Uluslararası Göç Hukuku, Turhan, Ankara, 2016, p.105.

<sup>15</sup> **Safi**, Sibel: Mülteci Hukuku, Legal, İstanbul, 2017, p.80, 477.

<sup>16</sup> **Safi**, p.80.

<sup>17</sup> **Edwards**, Alice: “Temporary Protection, Derogation and the 1951 Refugee Convention”, Melbourne Journal of International Law, 13 (2), 2012, PP: 595-635, p.599.

<sup>18</sup> **Pirjola**, Jari: “Temporary Protection as a Future Model”, Nordic Journal of International Law, 64(3), 1995, PP: 423-428, p.425.

<sup>19</sup> *Edwards* notes that temporary protection has a relatively long history, but its legal foundations and definition have not yet been made. See **Edwards**, p.595.

<sup>20</sup> **Kaya**, İbrahim/**Yılmaz Eren**, Esra: Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Durumu, Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri, Seta Publications No: 55, İstanbul, 2015, [http://file.setav.org/Files/Pdf/20151017001210\\_turkiyedeki-suriyelilerin-hukuki-durumu.pdf](http://file.setav.org/Files/Pdf/20151017001210_turkiyedeki-suriyelilerin-hukuki-durumu.pdf), p.33. Similarly, see. **Kerber**, Karoline: “The Temporary Protection Directive”, European Journal of Migration and Law 4, No: 2 (2002), S: 193-214, p.195 et al.; **Ekşi**, Nuray: “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi”, İstanbul Bar Journal, Vol. 88, Issue 6, Year 2014, PP: 65-89, p.67. It is also stated in the literature that the first purpose of the temporary protection status is to prevent the settlement and integration of those under temporary protection in the host country. See also **Gibney**, Matthew J.: “Between Control and Humanitarianism: Temporary Protection in Contemporary Europe”, Georgetown Immigration Law Journal, 14(2) 2000, PP: 689-708, p.690. Ekşi also supported this view, stressing that temporary protection status is not a type of integration-oriented protection, noting that it is essential that temporary protected individuals return to their country when the need for protection ends. See also **Ekşi**, p.84.

definition or similar reason<sup>21</sup>. Although there is a clear need for protection, it is an exceptional method used in cases of urgency where there is no or very little possibility to individually identify this need for protection in the short term<sup>22</sup>. In this respect, temporary protection is separated from complementary protection, which represents a legal situation provided after the determination and acceptance of individual protection needs, and the protection provided to a group is in question<sup>23</sup>. As can be seen, temporary protection, as its name suggests, guarantees short-term minimum standards for a mass group due to its temporary nature<sup>24</sup>. In other words, it is an emergency policy implemented in sudden mass influxes head towards the borders, and it is an interim solution applied until a more permanent solution is found<sup>25</sup>. The element that distinguishes temporary protection from other types of protection is mass influx<sup>26</sup>. The temporary protection provided to those who cannot be provided international protection due to the lack of resources that the country of asylum may experience or their integration into the country is not politically appropriate, continues until the situation in their country returns to normal, and necessary measures are taken for their resettlement in their countries when conditions allow<sup>27</sup>. Indeed, states tend to provide temporary protection in order to protect their own interests<sup>28</sup>.

The first international regulation regarding the complementary protection in the European Union (EU) is the 2004 Qualification Directive<sup>29</sup>.

---

<sup>21</sup> UNHCR, p.5, para. 26.

<sup>22</sup> Fitzpatrick, Joan: "Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime", *American Journal of International Law*, 94(2), 2000, PP: 279-306, pp.280, 305; UNHCR, p.6, para. 27. For similar see Safi, p.478.

<sup>23</sup> UNHCR, p.6, para. 27-28; Edwards, p.604; Eksi, p.67; Özkan, Işıl: *İltica ve Sığınma Hukuku*, 2. Edition, Seçkin Publishing House, Ankara, 2017, p.367. Although it is not technically considered complementary protection, it is also recognized in EU law that it is complementary to asylum regulations. See also Arenas, Nuria: "The Concept of Mass Influx of Displaced Persons in the European Directive Establishing the Temporary", *European Journal of Migration Law*, 7(4), 2005, PP: 435-450, pp.437-438.

<sup>24</sup> UNHCR, p.6, para. 27; Özkan, p.367.

<sup>25</sup> Fitzpatrick, pp.280, 287; Pirjola, p.425. Similarly, see. Edwards, p.596.

<sup>26</sup> Arenas, p.438. Similarly, see. Edwards, p.604.

<sup>27</sup> Töre, pp.104-105.

<sup>28</sup> Safi, p.476.

<sup>29</sup> Özkan, p.237. See. Directive 2004/83/EC on minimum standards for the qualification ad status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004L0083> (accessed: 12.3.2022).

The directive sets minimum standards for the recognition of refugee status for third-country nationals or stateless persons, as well as sets out the complementary protection provided to persons who are not granted refugee status but are in similar situation. The Directive introduces a mechanism that is not found in the Geneva Convention and sets a precedent in this respect<sup>30</sup>. This Directive was updated in 2011<sup>31</sup>. In addition to this, EU regulated Temporary Protection Directive which determines the issues related to temporary protection<sup>32</sup>. An exceptional mechanism has been introduced with this Directive<sup>33</sup>. Directive defines temporary protection as; “a procedure of exceptional character to provide, in the event of a mass influx or imminent mass influx of displaced persons from third countries who are unable to return to their country of origin, immediate and temporary protection to such persons, in particular if there is also a risk that the asylum system will be unable to process this influx without adverse effects for its efficient operations, in the interests of the persons concerned and other persons requesting protection”.

In Turkish law, temporary protection is a type of protection provided to foreigners who are forced to leave their country, who cannot return to their country of departure, who come to our borders or cross our borders massively in order to find emergency and temporary protection (LFIP art.91). No geographical limitation has been imposed on the application of

---

<sup>30</sup> Directive 2011/95/EU defines persons who are eligible for subsidiary protection. According to this article, person eligible for subsidiary protection means a third-country national or a stateless person who does not qualify as a refugee but in respect of whom substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if returned to his or her country of origin, or in the case of a stateless person, to his or her country of former habitual residence, would face a real risk of suffering serious harm as defined in article 15, and to whom article 17(1) and (2) does not apply, and is unable, or, owing to such risk, unwilling to avail himself or herself of the protection of that country.

<sup>31</sup> See. Directive 2011/95/EU on standards for qualification of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0095> (accessed: 13.3.2022).

<sup>32</sup> See. Directive 2001/55/EC on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:212:0012:0023:EN:PDF> (accessed: 14.4.2022).

<sup>33</sup> **Safi**, p.477.

temporary protection, and it is stipulated that temporary protection can be provided to people who come to both the land borders and territorial waters of the country to find urgent and temporary protection<sup>34</sup>. Accordingly, for temporary protection to be in question, there must be a mass influx. Mass influx refers to “situations in which a sudden and unpredictable number of people seek refuge from one country or geographic region to another due to war, armed conflict or widespread human rights violations”<sup>35</sup>. Although the key point of temporary protection is the presence of mass influx, the expression “large numbers of displaced persons” also carries ambiguity<sup>36</sup>. The slow, gradual increase in the number of asylum seekers is not of a “mass influx” nature<sup>37</sup>. The most important element of the mass influx is “the arrival of a number of foreigners duly obstructing individual protection status procedures”<sup>38</sup>.

According to Turkish law, to be granted temporary protection status, the mass influx of people must have been forced to leave their country, not be able to return to the country they left, have come to our borders to find emergency and temporary protection, there should be no obstacle to benefit from temporary protection individually<sup>39</sup> and a temporary protection

---

<sup>34</sup> **Ekşi**, p.71.

<sup>35</sup> **Elçin**, p.10.

<sup>36</sup> Similarly, see: **Arenas**, p.439; **Edwards**, p.603-604; **Türközü**, Dilek: “Two Sides of the Same Coin: Temporary Protection as a Practical but Unsettled Concept”, *Die Friedend Warte*, 2017-2019, Vol. 92, No. ¾, PP: 215-237, p.232.

<sup>37</sup> **Kerber**, p.196.

<sup>38</sup> **Ekşi**, p.73.

<sup>39</sup> Foreigners who will not be included in the scope of temporary protection are specified in article 8 of the Temporary Protection Regulation. According to this;

- a) Those with respect to whom there are serious reasons to consider that they are guilty of actions defined in Article 1 (F) of the Convention Relating to the Status of Refugees dated 28/7/1951 amended by the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees;
- b) Those regarding whom there are reasons indicating that he or she has committed cruel acts outside of Turkey for any reason whatsoever;
- c) He or she has taken part in the commission of crimes or acts as specified in subparagraphs (a) and (b) of this paragraph or incited others to commit such crimes or acts;
- ç) Those who took part in armed conflicts in his or her country and did not permanently ceased such activities;
- d) Those who are identified as having committed, planned to commit, or participated in acts of terrorism;
- e) Those who are a threat to public due to being convicted of a serious crime and those who are considered to pose danger to national security, public order, or public security;



decision must be taken by the President<sup>40</sup>. As a matter of fact, the Temporary Protection Regulation (TPR)<sup>41</sup>, was applied for the first time for Syrians after it came into force and it stated that Syrian citizens, stateless persons, and refugees who come to our borders or cross our borders for temporary protection due to the events taking place in Syria as of 28.4.2011 will be taken under temporary protection (Temporary article 1).

The application area of the regulation is not limited to Syrians and can be applied to people who come from other places collectively when the same conditions occur in the future. The temporary protection decision given by the President included the scope of protection along with issues such as the duration of the protection, the conditions for its extension or termination, whether it will be applied throughout the country or in a certain region (TPR art. 10/1). Essentially, temporary protection should be limited to a certain period due to its nature<sup>42</sup>. However, a certain period has not been stipulated for Syrians currently under temporary protection status<sup>43</sup>.

f) Those who have previously committed a crime or crimes for which imprisonment sentence would have been given if committed in Turkey and have left their country of origin or country of residence to avoid punishment for that crime;

g) Those who are convicted of crimes against humanity by international courts;

ğ) Those who have committed one of the crimes laid down in Chapter Seven of Section Four of the Turkish Penal Code No. 5237 of 26/9/2004.

shall not be granted temporary protection and, temporary protection status shall be canceled if benefited (TPR art.8/1).

<sup>40</sup> For detailed information about the conditions, procedure, and termination of the temporary protection status, see. **Elçin**, p.33 et al.; **Eksi**, p.72 et al.; **Çörtoğlu Koca**, Sema/**Kavşat**, F. Candan: “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Issue 1, January 2015, PP: 329-366, p.344 et al.

<sup>41</sup> O.G. of 22.10.2014 No: 29153.

<sup>42</sup> **Pirjola**, p.426.

<sup>43</sup> Since Syrians under temporary protection have been in Turkey for more than 10 years, the lack of a time limit is criticized, stating that such a long period is incompatible with the “temporary” nature of the protection. See **Kaya**, p.54; **Kaya/Yılmaz Eren**, p.69. Because temporary protection status should be applied for a certain period as it is foreseen as a flexible solution in cases where the individual international protection procedure is difficult or impossible to function. See also **Fitzpatrick**, p.289; **Elçin**, pp.34-36. Indeed, when we look at the international protection law, it is seen that the mechanisms regulated under the name of temporary protection are limited to a suitable period, considering that this status is “temporary”. For example, in the EU Temporary Protection Directive, it regulates the temporary protection period as 1 year and it is stipulated that this period can be extended for 1 more year. If the conditions stipulated in the Directive are fulfilled, it may be extended for 1 more year, and it will not exceed 3 years in total. See also Council Directive on 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum

The purpose of temporary protection is to provide immediate access to the protection of fundamental human rights, including security and protection against refoulement, in countries directly affected by mass migration<sup>44</sup>. Until the temporary protection ends by the President's decision or for individual reasons<sup>45</sup>, the persons under temporary protection will benefit from the granted rights.

### **B. Rights Granted to the Persons Under Temporary Protection Status and the Right to Work**

The purpose of temporary protection is to ensure that foreigners in this scope are placed in a safe environment immediately and to guarantee their basic human rights, especially the principle of non-refoulement<sup>46</sup>. However, compared to other asylum seekers, the rights of people under the temporary protection are considered in a different framework,<sup>47</sup> and not all the rights granted by international conventions to other types of international protection, including refugees, are granted to those under temporary protection<sup>48</sup>. The fundamental international obligation of Turkey towards

---

standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between member states in receiving such persons and bearing the consequences thereof, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0055> (accessed 6.4.2021). For EU Temporary Protection Directive see. **Kerber**, p.193 et al. Also, about the applicability of the EU Temporary Protection Directive to those who travel from Syria to EU countries, see. **İneli-Ciğer**, Meltem: "Time to Active the Temporary Protection Directive", *European Journal of Migration Law*, 18(1), 2016, PP: 1-33, p.2 et al.

<sup>44</sup> **UNHCR**, p.5, para. 26.

<sup>45</sup> Temporary protection status may be terminated collectively by the President's decision (TPR Art. 11), as well as individually due to the reasons listed in Article 12 of the TPR, such as leaving Turkey voluntarily or benefiting from the protection of a third country. For termination of temporary protection, see. **Eksi**, pp.78-81.

<sup>46</sup> **Kaya/Yılmaz Eren**, p.33; **Türközü**, p.225. The principle of non-refoulement expresses the obligation of a country not to send a foreigner to a country where his/her life or freedom will be endangered because of his race, religion, citizenship, membership of a certain group or political opinions. In article 6/1 of the TPR, it is stated that within the scope of the regulation, no one will be sent to the country where he or she shall be subjected to torture, inhuman or degrading punishment or treatment or to a place where his life or freedom will be threatened because of his race, religion, nationality, membership of a certain social group or political ideas.

<sup>47</sup> **Gibney**, p.697.

<sup>48</sup> **Aydoğmuş**, Yasemin: "Türk Hukukunda Geçici Korumadan Yararlananların Sınır Dışı Edilmesi", *Public and Private International Law Bulletin*, Vol. 37, Issue 2, PP: 141-169, p.164.

those under temporary protection is not to send these people back to a place where their life and freedoms will be endangered, and Turkey generally fulfills this obligation<sup>49</sup>. However, from a humanitarian point of view, it is stated that the rights granted to refugees by the Geneva Convention on the Legal Status of Refugees, such as the right to benefit from health services, the right to family reunification, the right to education and the right to work, should be granted to those who are temporarily protected<sup>50</sup>. Similarly, in the EU Temporary Protection Directive (EU TPR), it is stated that services such as health, education and accommodation will be provided to those under temporary protection, and the right to work specified in article 12 of the Directive has been counted among the services to be provided to these people in order to minimize the group receiving social assistance<sup>51</sup>. It is emphasized that those who are provided with temporary protection should be given the right to work, especially in cases where temporary protection continues for a long time<sup>52</sup>.

Granting the right to work for people who are temporarily protected in a country will establish positive results such as preventing social exclusion and ensuring their integration into society, preventing unregistered work and ensuring self-sufficiency<sup>53</sup>. Work does not only serve to earn a livelihood, but also provides integration to the host country and a sense of self-knowledge, worth, self-reliance and dignity<sup>54</sup>. However, the recognition of the right to work can also have negative consequences, such as making it attractive for people who do not need real protection to come with the

<sup>49</sup> **Bidinger**, Sarah: “Syrian Refugees and Right to Work: Developing Temporary Protection in Turkey”, *Boston University International Law Journal*, 33(1), 2015, PP: 223-250, p.236. As the principle of non-refoulement is accepted as an international custom, Turkey has ratified many international agreements in which the principle of non-refoulement is accepted. See also **Ekşi**, p.82.

<sup>50</sup> **Kaya/Yılmaz Eren**, p.53. Similarly, see. **Pirjola**, p.426.

<sup>51</sup> **Kerber**, p.203.

<sup>52</sup> **Pirjola**, p.426.

<sup>53</sup> **Valenta**, Marko/**Thorshaug**, Kristin: “Restrictions on Right to Work for Asylum Seekers: The Case of the Scadinavian Countries, Great Britain and Netherlands”, *International Journal on Minority and Group Rights*, 2013, Vol. 20, No. 3, PP: 459-482, p.462.

<sup>54</sup> **Nessel**, Lori A.: “Deliberate Destitution as Deterrent: Withholding the Right to Work and Undermining Asylum Protection”, *San Diego Law Review*, 52(2), 2015, PP: 313-356, p.314; **Sahin Mencuttek**, Zeynep/**Nashwan**, Ayat J.: “Perceptions About the Labor Market Integration of Refugees: Evidences from Syrian Refugees in Jordan”, *Journal of International Migration and Integration*, March 2020, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12134-020-00756-3.pdf> (accessed: 19.5.2021), p.2.

intention of working, creating a potential threat to the welfare of the country, creating worse conditions, and increasing competition for the local workforce, strengthening ties with the host country and reducing voluntary and compulsory repatriation<sup>55</sup>. In addition to such results, reasons such as limited capacity to absorb foreign workforce, crowding of some sectors, limited employment opportunities for citizens and decrease in wages may cause concern and countries may be reluctant to give foreigners right to work based on these reasons<sup>56</sup>.

The right to work is recognized as a fundamental right for foreigners with temporary protection status as well as for citizens<sup>57</sup>. Indeed, in some international instruments, such as International Covenant on Civil and Political Rights,<sup>58</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights<sup>59</sup>, ‘working freely’ is considered to be human rights<sup>60</sup>. This acceptance means that no one can be forced to work, no one is subjected to the risk of economic deprivation, or no one is deprived of this right systematically, intentionally and discriminately<sup>61</sup>. Otherwise, it may be seen as a ‘persecution’ in the sense of human rights law. States are obliged to ensure the implementation of such rights without any discrimination<sup>62</sup>. As a matter of fact, the right to work is recognized in Turkish Constitution, regardless of citizen-foreigner distinction (Const. art. 48). However, it can be argued whether this right should be recognized due to the peculiar situation of the temporary protection status holders. Because Turkey’s obligations arising from international law or agreements to which it is a party do not impose an obligation to provide the right to work for those under temporary protection<sup>63</sup>. However, the work of those under temporary protection is regulated in the legislation. In other words, in Turkish law, those under

---

<sup>55</sup> **Valenta/Thorshaug**, p.462. For similar see. **Sahin Mencuttek/Nashwan**, p.1.

<sup>56</sup> **Zetter**, Roger/**Ruauadel**, Héloïse, “ ‘Refugees’ Right to Work and Access to Labour Markets: Constraints, Challenges and Ways Forward”, *Forced Migration Review*, 58, June, 2018, PP: 4-8, p.4.

<sup>57</sup> **Bidinger**, p.239-240; **Kaya**, p.54.

<sup>58</sup> See. International Covenant on Civil and Political Rights, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (accessed: 15.3.2022).

<sup>59</sup> See. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (accessed: 15.3.2022).

<sup>60</sup> **Safi**, p.363.

<sup>61</sup> **Safi**, pp.363-368.

<sup>62</sup> **Safi**, p.363.

<sup>63</sup> **Bidinger**, p.240-242.

temporary protection were given the opportunity to work with certain restrictions. Turkish Constitution includes the provision that “Fundamental rights and freedoms of foreigners may be restricted by law in accordance with international law.” (Art. 16)<sup>64</sup>. Therefore, those under temporary protection can work in Turkey, if they comply with the restrictions stipulated in the legislation<sup>65</sup>.

Granting the right to work for Syrians under temporary protection does not mean that these people are provided with jobs or force the employers to hire them, but only to allow them to participate legally in the labor market in Turkey<sup>66</sup>. In our legislation, it is stated that foreigners under temporary protection may be provided with health, education, access to the labor market, social services, and benefits, as well as translation and similar services (TPR art. 26). In addition to these titles counted in the regulation, they will be able to use the services of public institutions and organizations to the best of their ability. It is noteworthy that the phrase “service” is used here instead of “right”. In the EU Temporary Protection Directive, the responsibilities of member states to those under temporary protection are regulated as “services”, not “rights”. The use of the concept of “service” related to the work to be provided to those who are temporarily protected in both the EU TPR and the TPR is interpreted as the requirements specified in the relevant articles are not mandatory<sup>67</sup>. This confirms the view that the

<sup>64</sup> In the doctrine, the limitations on the fundamental rights and freedoms of foreigners, referred to as the principle of legalism, are evaluated in different ways due to the need to be made “by law”. Based on this provision, some authors state that the restrictions to be made can only be made technically by regulations called “law” (narrow sense of law), whereas restrictions cannot be imposed by legal arrangements prepared under regulations, directives, circulars, and similar names. See also **Kükrer Mutlu**, Ceyda/**Eğmir**, Rabia Tuğba: “Türkiye’de Bulunan Suriyeli Mültecilerin Çalışma Hakları ve Ekonomik Faaliyetlerde Vergi Karşısındaki Durumu”, Pesa International Journal of Social Studies, November 2020, Vol. 6, Issue 3, PP: 26-276, p.267. Those in this opinion interpret the term “law” in the Constitution in a narrow and technical sense. On the other hand, some authors in the opinion that we agree with state that the expression “law” indicates the principle of legality, and that the phrase “law” will be considered within this scope, as well as the regulatory actions to be made by other bodies based on the authority given by the law in a narrow and technical sense. See also **Doğan**, Vahit: *Türk Yabancılar Hukuku*, 5. Edition, Savaş, Ankara, 2020, p.28; **Çelikel**, Aysel/**Öztekin Gelgel**: *Günseli, Yabancılar Hukuku*, 25. Edition, Beta, İstanbul, 2020, p.63.

<sup>65</sup> In many countries, it is accepted that the right to work granted to asylum seekers may be limited. For the regulations in some countries regarding the restriction of the right to work of asylum seekers, see. **Valenta/Thorshaug**, p.465 et al.

<sup>66</sup> **Bidinger**, p.237.

<sup>67</sup> **Aslantürk/Tunç** (*Syrians*), p.161.

temporary protection mechanism provides weaker protection compared to other types of international protection<sup>68</sup>.

According to article 29 of the TPR, holders of temporary protection identity cards can work by obtaining a work permit until their temporary protection status expires in the sectors, business lines and geographical areas to be determined by the President and complying with the regulations in the legislation. In other words, people under temporary protection, like any foreigner, will be able to exercise this right in accordance with the rules and restrictions in the legislation and by fulfilling the prescribed procedure. Appropriate exercise of the right of these people under temporary protection provides benefits such as their integration into society, avoiding crimes and behavior that disrupt the peace of society, closing the labor deficit, contributing to the economy, as they will earn their living through legal means<sup>69</sup>. However, considering that the number of unemployed population in Turkey is high, working of those under temporary protection can be a hindering factor in the fight against unemployment, the preference of Syrians instead of Turkish workers because they are seen as cheap labor force may cause unfair competition between Turks and Syrians, causing unrest in the society, and it is predicted that the positive impact on Turkey's social recovery and economic contribution will be limited in the long run due to the low level of education<sup>70</sup>.

## II. LEGISLATION REGARDING THE WORK OF FOREIGNERS WITH TEMPORARY PROTECTION STATUS IN TURKEY

In Turkish law, the rights that foreigners will have in Turkey are basically regulated by the Law on Foreigners and International Protection 5458, but the Temporary Protection Regulation, which contains detailed provisions on the status of these people, has been adopted, as the number of Syrians under temporary protection reaches millions. In addition to these, the general principles regarding the employment of foreigners in Turkey are regulated by the International Workforce Law (IWL)<sup>71</sup> numbered 6735.

---

<sup>68</sup> **Pirjola**, p.425; **Edwards**, p.595. Similarly, see. **Töre**, p.105.

<sup>69</sup> For more information, see. **Başbuğ**, Şeyma: "Geçici Koruma Kapsamındaki Yabancıların Karşılaştıkları Çalışma Sorununa İlişkin Bir İnceleme", *İş ve Hayat*, Year 2017, Vol. 3, Issue 6, PP: 137-154, 143-145.

<sup>70</sup> For more information, see. **Başbuğ**, pp.145-146.

<sup>71</sup> O.G. of 13.8.2016 No. 29800.

Regardless of the type, nature and field of study, all foreigners who will work in Turkey are within the scope of IWL. However, as stated repeatedly, due to the high number of people coming from Syria and being included in the scope of temporary protection, and the emergence of some problems in the labor market and working life, it was necessary to specially regulate the work of those who were provided with temporary protection and the rules regarding the employment of these people were arranged in detail in the Regulation on Work Permits of Foreigners under Temporary Protection (RWPFTP)<sup>72</sup>. In addition to these, the Regulation on the Implementation of the Law on Foreigners and International Protection (LFIP) and other secondary legislation can also be implemented.

In addition to this basic legislation, there are also special regulations regarding the work and profession of foreigners. However, since the special regulations for foreigners in the work and profession are not directly related to our subject and will greatly expand the scope of this study, it is not possible to mention them all here.

### **III. CONDITIONS OF WORKING FOR FOREIGNERS WITH TEMPORARY PROTECTION STATUS**

As a rule, a foreign person must obtain a work permit to be able to work in Turkey. Among the conditions to be considered when granting a work permit, there is no preventive rule in the legislation related to the work or profession that the foreigner will do, and in some jobs and professions, preliminary permission must be obtained from the relevant institutions. Although these conditions are among the conditions for granting a work permit, they have been examined under separate titles due to their importance. Apart from the general conditions regarding foreigners working in Turkey, foreigners with temporary protection status must have at least 6 months of temporary protection status and must comply with the provincial or quota restrictions.

#### **A. Getting a Work Permit or Work Permit Exemption Certificate**

##### **1. General Explanations**

Temporary protection status holders must obtain a work permit to work in Turkey. Work permit applications are made via E-Government Gateway by the employer who will employ foreigners under temporary protection

---

<sup>72</sup> O.G. of 15.1.2016 No: 29594.

(RWPFUTP art. 5/2). Those who can obtain an independent work permit apply on their behalf (RWPFUTP art. 5/3). In case of working without a work permit, sanctions stipulated in the law are applied to both the employer and the employee.

Although the rule is subject to permission for those under temporary protection to work in Turkey, an exception has been made for those who will work in seasonal agriculture and animal husbandry. Accordingly, foreigners who are provided with temporary protection who will work in seasonal agriculture and animal husbandry jobs are within the scope of work permit exemption, and they can work by obtaining a work permit exemption certificate by applying to the provincial governorship where temporary protection is provided. The Governorship notifies these applications to the Ministry of Family, Labor and Social Services (MFLSS) (RWPFUTP art. 5/4). MFLSS may impose provincial and quota restrictions for foreigners under temporary protection to be given work permit exemption certificate (RWPFUTP art. 5/5).

As of 2019, the number of Syrian citizens receiving work permits is 63,789<sup>73</sup>. Considering that the official number of Syrians in our country is close to 4 million and since they work in order to survive, it is possible to say that most of them work informally.

## **2. Types of Work Permits Applicable to Temporary Protection Beneficiaries**

Foreigners who want to work in Turkey can obtain one type of the work permits; work permit of a definite period of time, independent work permit and exceptional work permit if they meet the necessary conditions. Foreigners with temporary protection status can also apply for different types of work permits in accordance with IWL art.17/4. However, it is not possible for them to obtain a Turquoise Card<sup>74</sup> that allows them to benefit

---

<sup>73</sup> MFLSS, Work Permits of Foreigners, <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/63117/yabanciizin2019.pdf> (6.4.2021).

<sup>74</sup> Turquoise card is a document that grants a foreigner the right to live and work in Turkey for an indefinite period, and the right to reside for her relatives (The Regulation on Turquoise Card (TCR) art. 4/1-e). The first three years of the turquoise card are given as a transition period and gives the card holder the opportunity to benefit from the rights provided by the indefinite work permit (IWL Art. 11). Turquoise card is given to foreigners whose application is deemed appropriate in accordance with the international labor policy, education level, professional experience, contribution to science and technology, the impact of their activity or investment in Turkey on the country's



from the rights provided by the work permit for an indefinite period of time (IWL art. 11/6).

Considering the practice, it is striking that according to the data in 2019, Syrians under temporary protection were given a temporary work permit, but they were not given an independent and indefinite work permit, and they were rarely given an independent work permit in previous years<sup>75</sup>.

***a. Work permit for a definite period of time***

In this case, foreigners under temporary protection may first apply for a work permit for a definite period of time (definite work permit). This type of work permit is granted to the foreigner on the condition of working in a specific workplace belonging to a natural or legal person or public institution or organization or in their workplaces within the same line of business if it does not exceed the term of the work or service contract (IWL art.10/1). The definite work permit is given for a maximum of 1 year in the first application, for a maximum of 2 years in the first extension and for a maximum of 3 years in the following extensions. However, extension applications to be made to work with a different employer are considered as the first application (IWL art. 10/2).

***b. Independent work permit***

Secondly, according to the RWPFUTP art. 5/3, the holder of temporary protection status will be able to apply for an independent work permit. An independent work permit is a type of work permit that gives foreigners the right to work in Turkey under their own name and account (IWL art. 3/1-a). Individuals who can be granted an independent work permit are the company's shareholder director of limited companies established in accordance with the Turkish Commercial Code (TCC), the board member of joint stock companies, the active partner of limited partnership companies whose capital is divided into shares, and foreigners who are professionals if they meet the conditions specified in special laws (IWL art. 10/5). While evaluating the independent work permit applications, the education level of

---

economy and employment, and the recommendations of the International Labor Policy Advisory Board and the procedures and principles determined by the Ministry (IWL art. 11/1). Foreigners who may be granted Turquoise Card are listed in art. 5 of TCR. The provisions regarding the Turquoise card are not applied to foreigners under temporary protection.

<sup>75</sup> See also MFLSS, Work Permits of Foreigners, <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/63117/yabanciizin2019.pdf> (6.4.2021).

the foreigner, his/her professional experience, his/her contribution to science and technology, the effect of his/her activity or investment in Turkey on the country's economy and employment, if he/she is a foreign company partner his/her capital share, and other matters to be determined by the Ministry in line with the recommendations of the International Labor Policy Advisory Board. The application will be evaluated considering the specified criteria and an independent work permit for an appropriate duration will be issued accordingly<sup>76</sup>. However, there is no provision regarding which foreigners under temporary protection can apply for an independent work permit<sup>77</sup>. In this case, the general rules in the LFIP regarding independent work permit will be applied.

### *c. Exceptional work permit*

Thirdly, according to IWL art. 16/1-f, those under temporary protection will be able to apply for an exceptional work permit. The law states that foreigners who are within the scope of IWL art.16 may be granted an exception regarding the application of the work permits mentioned above<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Doğan, p.210.

<sup>77</sup> Doğan, p.169; Çelikel/Gelgel, p.202.

<sup>78</sup> According to article 16/1-f of IWL, persons who can be granted an exceptional work permit are as follows;

“In line with the international workforce policy determined by Ministry, the foreigners that may be exempted from the implementation of Article 7, 9 and 10 are those;

- a) assessed as qualified workforce due to their educational level, wage, professional experience, contribution to science and technology and such like qualifications,
- b) assessed as qualified investor due to their contribution to science and technology, their level of investment or export value, volume of employment they provide and such like qualifications,
- c) employed by his/her employer for a certain period in a project which is being realized in Turkey,
- ç) declared by Ministry of Interior or Ministry of Foreigner Affairs as of Turkish origin,
- d) citizens of Turkish Republic of Northern Cyprus,
- e) citizens of the countries that are member of the European Union,
- f) in scope of Law No. 6458; applicants of international protection claim, conditional refugees, persons under temporary protection and stateless persons, victims of human trafficking supported by the victim's assistance process,
- g) married with a Turkish citizen and live in Turkey with their spouse with marriage bond,
- ğ) employed in foreign missions without diplomatic inviolability,
- h) internationally reputed for their success in their field and come to Turkey for scientific, cultural and sportive purposes,
- ı) cross-border service providers.”

According to the article 16/1-f, Syrians who are under temporary protection are among those who can obtain work permit exceptionally.

*d. Work permit for an indefinite period of time*

Other types of work permits issued in IWL are Turquoise Card holders' work and work permits for an Indefinite Period of Time (Indefinite Work Permit). It has been clearly regulated that those under temporary protection cannot apply for the Turquoise card (IWL art. 11/6). On the other hand, there is no clarity on whether an indefinite work permit will be granted or not<sup>79</sup>. Indefinite work permit is the permit that gives the foreigner the right to work in Turkey without time restriction (IWL art.3 / 1-g). Foreigners who have an indefinite work permit benefit from all the rights provided by a long-term residence permit. Foreigners with this work permit are considered as foreigners with special status<sup>80</sup>. Because long indefinite work permit holders can benefit from the rights that Turkish citizens enjoy, except for the exceptions listed in the law<sup>81</sup>. According to IWL10/3, indefinite work permit can only be granted to foreigners who have a long-term residence permit or at least 8 years of legal work permit in Turkey (IWL art. 10/3). Therefore, these two issues should be evaluated regarding whether foreigners under temporary protection will obtain an indefinite work permit or not;

First, it is not possible for foreigners under temporary protection to have a long-term residence permit according to LFIP 42/2. In our opinion, this regulation is quite appropriate. Because the long-term residence permit is arranged by taking into consideration the foreigners who intend to settle in the country and who are integrated with the country to a certain extent. However, as we mentioned at the beginning of the study, the temporary protection status is not given to the protected persons to live permanently in the country, it refers to the provision of collective protection only due to a temporary situation. Therefore, the main purpose is to send these people to their country or to another country safely, and it is thought that their stay in the country will not be continuous. As a matter of fact, the provisions in the ninth section of the Temporary Protection Regulation titled "Voluntary

---

<sup>79</sup> Similarly, see. **Kaya**, p.42.

<sup>80</sup> **Doğan**, p.16.

<sup>81</sup> Except for the regulations in special laws, permanent work permit holders benefit from the rights granted to Turkish citizens, provided that their acquired rights regarding social security are reserved and they are subject to the relevant legislation in the exercise of these rights. However, there is no right to elect, be elected, enter civil service and military service obligation (IWL art. 10/4).

Return and Departure to the Third Country” confirms this approach. Similarly, in art. 17/3 of IWL, it is stated that these permits or exemptions granted to the foreigner who has a valid work permit or work permit exemption certificate with temporary protection status do not provide an absolute right to stay in the country. In this context, granting long-term residence permits to those under temporary protection would not be compatible with the purpose of temporary protection.

Secondly, long-term residence permit can be given to those who have legally worked for at least 8 years in Turkey. Considering that once the indefinite work permit is granted, the foreigner with this permit can work without the need to obtain permission again and without any time limitation, granting this permit means that the adaptation of the foreigner is implicitly accepted by the Ministry and it is aimed to expand the rights of those who provide this adaptation<sup>82</sup>. On the other hand, considering the characteristics of the temporary protection status as a temporary regime, not being able to make individual assessment, and being subject to many restrictions, granting an indefinite work permit would not be compatible with the legal nature of the temporary protection status.

### **B. Being in The Temporary Protection Status for at Least 6 Months**

Foreigners under temporary protection must be under temporary protection in Turkey for at least 6 months to apply for a work permit. Foreigners granted temporary protection according to article 17/1 of IWL can apply for a work permit or work permit exemption 6 months after the date of issuance of the temporary protection identity document. In article 5/1 of RWPFUTP, it is stated that foreigners with temporary protection status can apply to the Ministry to obtain a work permit six months after the date of temporary protection registration. It is not appropriate that these two provisions do not regulate the beginning of the 6 months in the same manner. It would be more suitable for the beginning of the application period to be arranged in parallel with each other in both regulations. Because according to article 22 of TPR, those who have completed the registration process will be issued a temporary protection identity card by the governorships. In this case, while completing the registration process by applying for temporary protection will occur earlier, the temporary protection identity card may be issued after the registration date. Despite this, even if there is a temporal difference between these two processes, it is

---

<sup>82</sup> Kaya, p.43.

necessary to accept that temporary protection will begin from the date of registration. Because the relevant foreigner will now be taken under temporary protection as of the date of registration, the 6-month period will start to process from this date.

### C. Compliance with Provincial and Quota Restrictions

The legislator has stipulated that a provincial-based restriction on the work of foreigners under temporary protection or a quota restriction based on a workplace may be applied.

According to the regulation regarding provincial limitation, those in temporary protection status can work in provinces where they can reside by the Directorate General of Migration Management within the temporary protection (article 7/1 of RWPFUTP). In other words, as a rule, they can only work in the province indicated as the province of residence in the temporary protection identification card issued by the Ministry of Interior. In this case, for a foreigner under temporary protection to work in another province, he or she must first change the province of residence. If the Ministry of Interior reports that it is inconvenient to issue a work permit for public order, public safety or public health, the issuance of a work permit in these provinces is stopped, and the issued work permits are not extended. However, if the foreigner's right to stay in that province continues, the previously issued and valid work permit can be used until the expiration date of the work permit (article 7/2 of RWPFUTP).

The most important of the regulations regarding the work of foreigners provided with temporary protection is applying sectoral, regional, and workplace-based employment quotas.<sup>83</sup> The quota of foreign employment for those provided with temporary protection by the Ministry can be implemented at varying rates according to the sector and province based on the number of Turkish citizens (article 8/1 of RWPFUTP). The regulation determines the workplace-based employment quota. Accordingly, as a rule, the number of people working in a workplace who benefit from temporary protection cannot exceed 10% of the total number of employees in that workplace. In calculating this number, all Turkish citizens working in the relevant workplace registered with the Social Security Institution (SSI) will

---

<sup>83</sup> **Esen**, Bünyamin: "Son Değişiklikler Işığında Geçici Koruma Statüsündeki Yabancıların Ülkemizde Çalışması", İSMMM Mali Çözüm, January-February 2016, PP: 215-223, p.220.

be included<sup>84</sup>. If the number of people working in the workplace is less than 10, then 1 person under temporary protection can be employed (article 8/2 of RWPFUTP). However, quota restrictions do not apply to seasonal works. But the legislator introduced an exception to the workplace quota limitation. The employment quota may not be applied if the employer certifies that there are no Turkish citizens with the same qualifications who can do the work that the foreigner will do in the four weeks before applying for a work permit (article 8/3 of RWPFUTP)<sup>85</sup>. It can be said that this provision is in accordance with the EU Temporary Protection Directive. In article 12 of the Directive, the right to work of those under temporary protection is required. Still, it is stated that EU citizens can be given priority due to labor markets. It is, of course, very natural and understandable for the state to give priority to its own citizens. Articles 8/2 and 8/3 of RWPFUTP aim to give priority to Turkish citizens in employment.

#### **D. Getting Preliminary Permit from the Relevant Institution in Some Jobs and Professions**

One of the critical innovations introduced with the IWL is the requirement to obtain a preliminary permit for some jobs and professions. According to article 8 of IWL, it is obligatory to obtain a preliminary permit to evaluate the work permit applications of foreigners who will work in health and education services that require professional competence or as faculty members and R&D personnel. The authorities that will grant preliminary permits are the Ministry of Health for health services, the Ministry of National Education for educational services, and the Council of Higher Education for faculty members (articles 8/2 and 4 of IWL). For

---

<sup>84</sup> **Esen**, p.220.

<sup>85</sup> Although it is stated in the doctrine that the 10% rate of employment quota should be reassessed and stretched from the point of view of Syrians, considering the density of the number of Syrians, it should be noted that we disagree with this view. For this view, see **Kaya**, p.53. Because if the quota limit is not applied for seasonal jobs and it is documented that there are no Turkish citizens of the exact nature who will do the same position in the four weeks before the application for a work permit, the employment quota may not be applied, there may be no quota in jobs and workplaces in this situation. In practice, Syrians can be employed far above the quota limit based on these exceptions, especially in areas where Syrians live densely, and even there are workplaces where almost all employees are Syrian. We believe that the quota limitation and related exceptions are an efficient and appropriate regulation, both in terms of the state prioritizing the employment of its own citizen and its stretchability under certain conditions for those under temporary protection.

foreigners who will work as R&D personnel in companies with R&D Center Certificates, a positive opinion of the Ministry of Science, Industry and Technology is required (article 8/6 of IWL). If the preliminary permit is obtained, the MFLSS will not examine whether the person has the necessary qualifications and expertise (article 8/3 of IWL). In this case, it can be said that the examination of whether a foreigner who will work in a job or profession requiring a preliminary permit procedure has the necessary qualifications will be carried out by the Ministry, which will issue the preliminary permit. Applications of people who apply in an area where a preliminary permit is required, but do not have a preliminary permit certificate, will not be evaluated (article 6/3 of RWPFUTP).

#### **E. Absence of Preventive Rules Related to Work or Profession and Compliance with Restrictions**

The condition for the absence of a preventive rule in the legislation related to the work, workplace, or place in which the foreigner wants to work can be examined under two main headings. These are the restrictions applied explicitly by the Ministry for those under temporary protection and the professions in which the requirement to be a Turkish citizen is sought. In addition, limitations in other legislation must also be observed.

First, it is worth noting that in granting a work permit or work permit exemption to foreigners under temporary protection, the MLSS may impose restrictions on some issues. According to 17/6 of IWL, the MLSS will determine the procedures and principles for the implementation or limitation of the right of foreigners with temporary protection status to apply for a work permit or work permit exemption in terms of the province, period, sector, line of work, business, and profession, taking into account the decisions of the Migration Policy Board and international workforce policy. This provision is appropriate for ensuring freedom of determining the limitations to be applied to the working of those under temporary protection according to the current state, sector conditions, and economic health of specific areas. These limitations involve directing the Syrians to the region, profession, or sector that needs a workforce, preventing those under temporary protection from clustering to one region or spreading to the whole country, restricting the potential competition against the citizens<sup>86</sup>.

Second, it is not possible for foreigners to do jobs and occupations that can be done only by Turkish citizens. This general rule applied to the work

---

<sup>86</sup> Bidinger, pp.234-235.

of foreigners in Turkey, of course, also applies to holders of temporary protection status. For instance, foreigners cannot do these jobs in Turkey,: Dentistry, nursing (article 30 of the Law on The Mode of Execution of Medicine and Medical Sciences<sup>87</sup>), pharmacy (article 2 of Law on Pharmacist and Pharmacies<sup>88</sup>), veterinary (article 2 of the Law on Practicing the Profession of Veterinary Medicine, Organization of Turkish Veterinary Association and Chamber and Their Activities<sup>89</sup>), attorneyship (article 3 of the Attorneyship Law<sup>90</sup>), notary (article 7 of the Notary Law<sup>91</sup>), customs brokerage (article 227 of Customs Law<sup>92</sup>), private security guard (article 10 of the Law on Private Security Services<sup>93</sup>), tourist guiding (article 3 of the Tourist Guiding Professional Law<sup>94</sup>), transportation, fishery, diving, pilotage, captancy, clerk, crew membership in Turkish territorial waters (articles 2 and 3 of the Law Concerning Coastal Shipping Along Turkish Shores and Performance of Trade and Business in Turkish Ports and Territorial Waters (Cabotage)<sup>95</sup>)<sup>96</sup>. These jobs are dedicated to Turkish citizens. If an application for a work permit has been made by the foreigners in a field dedicated to Turkish citizens, this application will be rejected. Article 6/2 of the RWPFUTP states that applications for jobs and professions allowed to be performed only by Turkish citizens by law will be removed from the process without evaluation.

Finally, it should be noted that the limitations found in other legislation must also be observed. Since the limitations and restrictions in the relevant legislation for a particular job in geographical, sectoral, professional, humane, or other aspects apply to all citizens or foreigners who will do that job, the work of foreigners must also comply with such limitations and restrictions. Because regulations on foreigners are scattered in the legislation, it is impossible to examine all of them in this study.

---

<sup>87</sup> O.G. of 14.4.1928 No. 863.

<sup>88</sup> O.G. of 24.12.1953 No. 8591.

<sup>89</sup> O.G. of 18.3.1954 No. 8661.

<sup>90</sup> O.G. of 7.4.1969 No. 13168.

<sup>91</sup> O.G. of 5.2.1972 No. 14090.

<sup>92</sup> O.G. of 4.11.1999 No. 23886.

<sup>93</sup> O.G. of 26.6.2004 No. 25504.

<sup>94</sup> O.G. of 22.6.2012 No. 28331.

<sup>95</sup> O.G. of 29.4.1926 No. 359.

<sup>96</sup> For detailed information about jobs and occupations that foreigners cannot do, see **Doğan**, p.230 et al.; **Çelikel/Öztekin Gelgel**, p.209 et al.



#### **IV. PROCEDURES FOR OBTAINING A WORK PERMIT AND EVALUATION OF WORK PERMIT APPLICATIONS**

In Turkey, work permit applications are made to the MFLSS, and abroad, to the Turkish embassy or the consulate general in the country where the foreigner is a citizen or legally resides. Applications made from abroad are forwarded to MFLSS (article 7/1 of IWL). Holders of temporary protection status can apply for a work permit or work permit exemption after the six months by the date of issuance of a temporary protection identity card (article 17/1 of IWL). As a rule, work permit applications should be made by the employer. Also applications for work permit made through e-Government portal of Turkey ([www.turkiye.gov.tr](http://www.turkiye.gov.tr)). The online work permit application system allows the users to fill the application form and upload the required documents.

In the evaluation of work permit applications, international workforce policies, and if deemed necessary by the Ministry, opinions of relevant public institutions and organizations and professional associations qualified as public institutes, and scoring system created according to determined criteria will be considered (articles 7/4, 5, 6 of IWL). If there are deficiencies in the application, the application will not be evaluated until the deficiencies are completed; however, completing the shortcomings may not exceed 30 days as a rule (article 7/7 of IWL). Duly submitted applications are completed within 30 days, provided that the information and documents are complete (article 7/8 of IWL). Foreigners whose application is positively evaluated are granted a work permit, and this situation is notified to the Ministry of Interior and the employer (article 9/1 of RWPFUTP). If it is deemed appropriate to work in seasonal agriculture and animal husbandry, the exemption from a work permit is notified to the relevant governorship (article 9/2 of RWPFUTP).

Article 9 of the IWL specifies whose application will be rejected. According to this article applications, that are not in accordance with the international workforce policies; made with false and misleading information and documents; the justification of employment found inadequate; made for the business and the professions which are dedicated to Turkish citizens; did not have the necessary qualifications and expertise; do not meet the criteria established by the Ministry; the applicant is one of those foreigners whose entrance into Turkey cannot be allowed for and related to the foreigners whose deportation is notified by the Ministry of the Interior; related to foreigners who is found inconvenient to work in Turkey in terms

of public order, public security or public health; made by the citizens of countries who Turkey does not recognize or have not diplomatic relations with, except for the cases in which Ministry of Foreign Affairs found it appropriate; not made within the legal period or applications with incomplete deficiencies will be rejected (article 9 of IWL).

In addition, the positive opinion of the Ministry of Interior is sought when granting work permits or work permit exemptions to foreigners who have been granted temporary protection (article 17/2 of IWL).

The period of work permit to be granted to persons under temporary protection cannot exceed the period of temporary protection, since when the temporary protection expires, the work permit issued in this context also expires<sup>97</sup>. As a rule, a work permit issued to foreigners also counted for a residence permit. However, an exception is made to this general rule for those under temporary protection, and it has been accepted that the work permit granted to those under temporary protection will not replace the residence permits issued in the LFIP (article 29/5 of TPR).

## **V. TERMINATION AND CANCELLATION OF WORK PERMIT**

According to art. 15/1 of IWL, the work permit or work permit exemption expires when period expires or is cancelled. Cases that lead to the termination and cancellation of a work permit or work permit exemption are also listed in the article. Accordingly, work permits or work permit exemptions are cancelled in the following cases: the employee or the employee request so; foreigner does not come to Turkey within 6 months from the date of validity of the permit; the validity period of the passport or the certificate counted as passport substitute is not extended, except for the cases in which the Ministry of Interior and the Ministry of Foreign Affairs give approval; working in violation of legal regulations is determined; the work is terminated for any reason; work permit application that has been made with or misleading information and documents is determined; the Ministry of Interior notifies that the applicant is a foreigner who cannot be allowed to enter Turkey, cannot be given visa or will be decided to be deported within the scope of LFIP; the relevant public institutions and organizations report that the applicant is inconvenient to work in Turkey in terms of public order, public safety and public health; the applicant remains abroad more than six months ceaselessly during the validity period of

---

<sup>97</sup> Kaya, p.42.

definite work permits or more than a year ceaselessly during the validity period of independent and indefinite work permit except for force majeure such as health reasons and obligatory community service.

Other than the above reasons, in case of termination by the decision of the President of the Republic, or individual termination or cancellation, the work permit or work permit exemption is cancelled upon the decision of the President of the Republic or the notification of the Ministry of Interior (article 17/5-b of the IWL, article 13/3 of the RWPFUTP).

## VI. FUNDAMENTAL PROBLEMS REGARDING THE WORK OF SYRIANS UNDER TEMPORARY PROTECTION

The leading problems related to the work of Syrians under temporary protection in Turkey are obtaining a work permit, unregistered/illegal work and child labor. Apart from these, the problems caused by not knowing the Turkish language, discrimination, low wages, long working hours<sup>98</sup> and overtime works that are not compensated in any way, unpaid wages, working without occupational health and safety, working of qualified employees in jobs that do not need a qualification for meagre wages<sup>99</sup> and negative reflecting of all these adversities, directly or indirectly, on Turkish employees create serious problems. Since a significant part of Syrians is uneducated and unqualified, their participation in the labor market also negatively influences the culture of occupational health and safety, which is still developing in Turkey<sup>100</sup>. Since the investigation of all these problems would exceed the limits of this study, below, information will be given only on the issues of obtaining a work permit, illegal work and child labor in general, all of which are determined to be most occurring issues that those under temporary protection face in work life in Turkey.

### A. General Problems of Obtaining a Work Permit

Typically, for foreigners to enter Turkey, they must present a passport or document accepted as a passport. However, foreigners who arrive at borders for temporary protection without a document or with invalid documents can enter the country with the permission of the governorships

---

<sup>98</sup> **Pelek**, Deniz: “Syrian Refugees as Seasonal Migrant Workers: Re-Construction of Unequal Power Relations in Turkish Agriculture”, *Journal of Refugee Studies*, Vol. 32, No. 4, 2018, PP: 605-630, p.605.

<sup>99</sup> For more information, see **Kaygısız**, pp.16-19.

<sup>100</sup> **Türk-İş**, p.5.

(article 17/2 of TPR). As a matter of fact, Turkey has implemented an open-door policy for years in accepting people from Syria, and some of those who come from Syria for temporary protection entered the country without a passport or a document accepted as a passport. Given the current conditions of asylum seekers, it is common for them to enter the country they seek illegally<sup>101</sup>. However, in the first years, a difference in working rights was created between those who entered by official means with a passport and those who entered undocumented or unregistered. Those who entered Turkey with a passport were granted a work permit, while those who entered Turkey without a passport or irregular means were not granted a work permit<sup>102</sup>.

As Syrians began arriving in Turkey, there was no central planning for their living outside the camps. When they started living in areas outside the camps, their participation in economic activities was a process that developed spontaneously, without any planning<sup>103</sup>. As a natural result of this, problems arose in almost every issue related to work. One of the most critical obstacles to Syrians' participation in the labor market is bureaucratic barriers to opening a workplace or obtaining a work permit<sup>104</sup>. Especially the papers, information and documents requested for a work permit create severe problems for Syrians who do not know the legal regulations in Turkey. In addition, the obligation that employers who employ foreigners must apply on behalf of the foreigner they will employ, and they must pay a specific fee for each foreigner they employ, is also one of the biggest problems in obtaining a work permit. The fact that workers do not know the legal regulations and work permit procedure, and employers do not want to pay fees and deal with such paperwork leads both workers and employers to informal employment, which will be examined under the following heading<sup>105</sup>. Informal work/employment, on the other hand, creates more significant problems individually and collectively.

---

<sup>101</sup> **Kaya/Yılmaz Eren**, p.23.

<sup>102</sup> **Erdoğan, Murat/Ünver**, Can: Türk İş Dünyasının Türkiye'deki Suriyeliler Konusundaki Görüş, Beklenti ve Önerileri, TİSK, Ankara, 2015, 20, as quoted in **Kaya**, p.51. For similar, see **Aslantürk/Tunç** (*Suriyeliler*), p.143.

<sup>103</sup> **Erdoğan**, Murat: Suriyeliler Barometresi 2019; Suriyelilerle Uyum İçinde Yaşamın Çerçevesi, Orion, Ankara, 2020, p.40.

<sup>104</sup> **Korkmaz**, p.67.

<sup>105</sup> Similarly, Korkmaz notes that Syrians have started working informally for reasons such as the inability to obtain a work permit for a long time, being uneducated. See. **Korkmaz**, pp.67-68.

Another issue related to work permits is that the diploma equivalencies of Syrians under temporary protection. However, one of the vital issues for the integration of foreigners to the labor market is the recognition of academic or professional competences/qualifications<sup>106</sup>. Although the educational levels of Syrians under temporary protection are generally low, some of them, considered skilled labor, also work in unskilled jobs that do not require qualifications<sup>107</sup>. An important reason for this situation is that the failure to accept diploma equivalences prevents qualified labor from finding suitable work for their profession<sup>108</sup>. To recognize the diploma equivalence, the university's approval they graduated in Syria is required. Still, the process cannot be completed because of the lack of communication with Syrian universities<sup>109</sup>. For this reason, Turkey cannot benefit from the qualified workforce that it can actually do. As a result, educated and qualified Syrians lose their professional skills because they are not employed in jobs suitable for their profession and migrate to third countries if they find the opportunity<sup>110</sup>.

The fact that they do not or cannot obtain work permits because of these problems leads Syrians to informality, which will be examined in the next heading. According to MFLSS' 2019 data, 63,789 Syrian citizens were granted permanent work permits in 2019, while no indefinite and independent work permits were granted<sup>111</sup>. Although it is known that the number of Syrians opening their own businesses in areas where they are crowded is quite large, a significant number of them do not follow the necessary procedure to open or work in a workplace, and the official authorities are tolerant of this situation, no action is taken on interested persons, in other words, this illegality is tolerated<sup>112</sup>.

---

<sup>106</sup> **Sahin Mencutek/Nashwan**, p.3.

<sup>107</sup> For similar, see **Lordoğlu**, Kuvvet: "İşgücü Piyasalarında En Altta Olanlar: Suriyeli İşçiler", Türkiye'de Çocuk İşçiliği Sorunu, "Suriye'den Gelen Mülteciler Sonrası Mevcut Durum ve Çözüm Önerileri" Conference Report, 11 March 2016, Hayata Destek, İstanbul, 2016, PP: 21-25, p.24.

<sup>108</sup> **Kaygısız**, p.7. For similar, see **Aslantürk/Tunç** (*Suriyeliler*), p.143.

<sup>109</sup> **Kaygısız**, p.15.

<sup>110</sup> **Korkmaz**, p.78. For similar, see **Koca**, Şeyda Nur: "Suriyeli Sığınmacıların Türk Emek Piyasasına Katılım Süreçlerinin Toplumsal Boyutları", The Journal of Migration Studies, Vol. 5, Issue 2, December 2019, PP: 314-357, p.329.

<sup>111</sup> **MFLSS**, Work Permits of Foreigners, <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/63117/yabanciizin2019.pdf> (accessed: 30.3.2021).

<sup>112</sup> **Kaygısız**, p.13.

## B. Informal Work

Informal employment is “not reflecting in official documents of employment activity or incomplete notification of the duration of employment and of wages received to official authorities”<sup>113</sup>. In Turkish law on foreigners, labor law and social security law, works that go beyond the legal forms of work whose boundaries are determined are called “unauthorized work, illegal work or informal work”. When it is called “informal work of foreigners”, it is understood that the foreigner works or is employed without obtaining a work permit. The concept of “foreign illegal worker”, which is usually used to express this situation, is one of the types of informal employment and refers to a person who is not connected to the country of which he or she is not a citizen and works without obtaining a work permit<sup>114</sup>.

While informal working of asylum seekers who did not or could not obtain a work permit was seen as a manageable situation until a mass of Syrians came to Turkey, with the entrance of Syrians into the labor market, this situation exceeded the limit of manageability, and relevant regulations had to be made<sup>115</sup>. Because foreigners, who are seen as cheaper labor than citizens, are among the most important informal employment actors<sup>116</sup>.

Unfortunately, it is not possible to reach accurate statistics on foreign informal labor<sup>117</sup>. Despite this, it is known that a high number of Syrians work informally in Turkey<sup>118</sup>. Syrians in Turkey often work informally in domestic work, construction, and agricultural work<sup>119</sup>. Many employers employ foreigners with temporary protection status at a wage below the

---

<sup>113</sup> **Mahiroğulları**, Adnan: “Türkiye’de Kayıtdışı İstihdam ve Önlemeye Yönelik Stratejiler”, Suleyman Demirel University the Journal of Faculty of Economics and Administrative Sciences, Year 2017, Vol. 22, Issue. 2, PP: 547-565, p.547.

<sup>114</sup> **Aslantürk/Tunç** (*Informal Employment*), p.15.

<sup>115</sup> **Üstün**, Nazlı: Suriyelilerin Türk İşgücü Piyasasına Entegrasyonu: Sorunlar-Öneriler, Konya Chamber of Commerce, Konya, February 2016, p.5.

<sup>116</sup> **Aslantürk/Tunç** (*Informal Employment*), p.14.

<sup>117</sup> **Aslantürk/Tunç** (*Informal Employment*), p.15.

<sup>118</sup> **Kaya/Yılmaz Eren**, p.60; **Esen**, 215; **Başbuğ**, p.151; **Kavas/Develi**, p.13; **Aslantürk/Tunç** (*Syrians*), p.170; **Koca**, p.335; **Lordoğlu**, p.24; **Yıldız**, Tuğba/**Yıldız**, İbrahim: “Suriyelilerin Türkiye Ekonomisinde Kayıt Dışı İstihdama Etkileri ve Bunun Yansıması Olarak Türkiye’ye Maliyetleri Üzerine Bir İnceleme”, Journal of Economics Business and Political Researches, Year 2017, 2(3), PP: 30-46, p.33.

<sup>119</sup> **Bidinger**, p.235.

minimum wage without a work permit to gain a financial advantage<sup>120</sup>. Employers seem to ignore fines linked to informal work<sup>121</sup>. Illegal workers are seen as cheap workforce due to working informally, their wages are lower than registered workers who do the same job, they work insecurely, and without protection, they cannot get the proper wage of their work,<sup>122</sup> their labor is exploited,<sup>123</sup> they are seen as the leading cause of unemployment in the society in which they live, especially in areas and periods where unemployment is high since they are seen as cheap workforce<sup>124</sup>. Accordingly, there is a backlash against Syrians<sup>125</sup>. Given that foreigners who work illegally often face difficult working conditions and work for lower wages in jobs that registered workers do not want to do, it

<sup>120</sup> **Başbuğ**, p.146; **Kavas/Develi**, pp.12-13; **Aslantürk/Tunç** (*Syrians*), p.170.

<sup>121</sup> **Bidinger**, p.235. According to article 23/5 of the IWL, fines in the law will be applied to the foreigner working with an independent or indefinite work permit without fulfilling the notification obligation and to the employer, as well as to a foreigner and the employer working without a work permit. The following paragraph of the article states that the fine will be applied by doubling it if the action is repeated. For the year 2021, employers who hire foreigners without work permits will be fined 11.796 TL for each foreigner, foreigners who work dependently without a work permit will be fined 4.716 TL, foreigners who work independently without a permit will be fined 9.438 TL, foreigners who work with an independent and indefinite permit and do not fulfill the notification obligation within the legal period will be fined 784 TL, and their employer will be fined the same amount for each foreign worker.

<sup>122</sup> **Koç**, Muzaffer/**Görücü**, İbrahim/**Akbıyık**, Nihat: “Suriyeli Sığınmacılar ve İstihdam Problemleri”, Individual and Society Journal of Social Sciences, Spring 2015, Vol. 5, Issue 9, PP: 63-93, pp.88-89; **Kavas/Develi**, 4; **Korkmaz**, 64,69, pp.77-78. For similar, see **Erdoğan**, p.40; **Başbuğ**, pp.146, 151-152; **Kaygısız**, pp.8, 16; **Aslantürk/Tunç** (*Syrians*), p.170; **Koca**, pp.336-339; **Bidinger**, pp.235-236; **Kocadaş**, Bekir: “Suriyeli Sığınmacılar ve Çalışma Hayatı: Sorunlar, Tespitler ve Öneriler”, Sociological Thought, Vol. 3, Issue 1-2 June-December 2018, PP: 1-13, p.6; **İçduygu**, Ahmet/**Diker**, Eleni: “Labor Market Intergration of Syrian Refugees in Turkey: From Refugees to Settlers”, The Journal of Migration Studies, Vol. 3, Issue 1, January-June 2017, PP: 12-35, pp.23-24.

<sup>123</sup> **Pelek**, p.611.

<sup>124</sup> **Kaya/Yılmaz Eren**, p.60. For similar, see **Zetter/Ruauadel**, p.5; **Pelek**, p.621. Similarly, Aslantürk and Tunç note that the vast majority of citizens believe that Syrians should not be given a work permit or given only temporarily/limitedly, fearing that they have taken away or will take away their jobs. See. **Aslantürk/Tunç** (*Syrians*), p.170. In contrast, corporate companies that are forced to compete with informal labor have said that Syrians should be given the right to work. See. **Erdoğan**, p.40.

<sup>125</sup> **Koç/Görücü/Akbıyık**, pp.80, pp.87-88; **Dönmez Kara**, Canan Öykü: “Türkiye’de Yabancıların Çalışma Hakkı: Suriyelilerin İşgücü Piyasasındaki Durumu”, Üsküdar University Journal of Social Sciences, Year 2016, Issue 2, PP: 151-174, pp.164, 168. For similar, see **Üstün**, p.7; **Kaygısız**, p.9.

can be said that these people do not actually want to remain illegal but continue to work informally because of the obligation to maintain their lives<sup>126</sup>.

Informal work causes various problems not only from the point of view of employees but also from the point of view of employers. Corporate companies, especially those that do not employ informal foreigners, have difficulties with cheap labor and competing with illegality<sup>127</sup>. For the state, informal employment has consequences such as tax revenues, and thus a decline in the public treasury, harming the justice of taxation,<sup>128</sup> causing unfair competition, reducing productivity, damaging the social security system, and preventing social movements, impairing citizens' confidence in the government, injuring the social morality, rising unemployment rates, the expanding poverty<sup>129</sup>.

As mentioned above, foreigners are prohibited from working or being employed without a work permit (article 6/2 of the IWL). Administrative fines specified in the law are applied to foreigners working without a work permit and their employers (article 23/5-b of the IWL). In addition, the foreigner is notified to the Ministry of Interior to be deported (article 23/8 of the IWL), and a deportation decision is made for the foreigner who is detected to be working without a work permit (article 54/1-ğ of the LFIP)<sup>130</sup>.

Despite the inspection mechanisms and sanctions stipulated in the legislation, it is seen that the informal work of those under temporary protection cannot be prevented. Several measures can be suggested to avoid informal working, such as, the state should develop effective policies to reduce unemployment and fight against poverty; the awareness of employers and workers about informal employment should be raised, and the legislation should be compiled in a simple and understandable language for the society;

---

<sup>126</sup> **Aslantürk/Tunç** (*Informal Employment*), 19. For similar, see **Başbuğ**, p.149; **Dönmez Kara**, p.164.

<sup>127</sup> **Erdoğan**, 40. For similar, see **Başbuğ**, p.146; **Kaygısız**, p.16.

<sup>128</sup> For detailed information on the work of Syrians and their tax situation, see **Kükreer Mutlu/Eğmir**, p.270 et al.

<sup>129</sup> **Aslantürk/Tunç** (*Informal Employment*), p.19; **Kavas/Develi**, p.4. For similar, see **Yıldız/Yıldız**, pp.31, 36-38; **Kavas/Develi**, pp.10-14, **Korkmaz**, pp.78-79.

<sup>130</sup> However, it is unclear whether those under temporary protection will be deported according to the first paragraph of article 54 of the LFIP or second paragraph, which quite narrows the reasons for deportation, and the fact that this issue is not clarified in the Temporary Protection Regulation is criticized in the doctrine. See. **Ekşi**, p.83. Also, about the deportation of those who benefit from temporary protection, see **Aydoğmuş**, p.152 et al.



the bureaucratic procedures regarding employment should be reduced, particularly those on the employer; the state should overlook illegal working and follow a policy towards preventing it; tax system, which is one of the essential stages in the fight against illegal working, should be taken into account and introduced a simple and transparent system to ensure tax equity; the bureaucratic procedures should be reduced as much as possible to encourage getting a work permit and inspections regarding work permit should be intensified; the supervisory agencies should be strengthened, and the number of checks should be increased<sup>131</sup>.

### C. Child Labor

Child labor is a form of work defined as ‘forbidden work’ due to harmful conditions that may arise by the nature of children in a certain age group<sup>132</sup> and the term “child” refers to individuals under the age of 18<sup>133</sup>. “Child worker” refers to employees under the age of 15<sup>134</sup>, and children under the age of 15 are prohibited from working in many international regulations, with exceptions<sup>135</sup>. A significant proportion of those who come from Syria is child workers<sup>136</sup>. According to current data, 1.5 million of the Syrians under temporary protection are children under the age of 15, and more than 250 thousand are children between the ages of 15 and 18<sup>137</sup>. Syrian children under temporary protection face problems such as malnourishment, increasing exposure to psychological disorders of parents, not receiving appropriate treatment when ill, suffering from sexual abuse, not being able to benefit from the right to be educated, and informal working/employment<sup>138</sup>.

<sup>131</sup> **Aslantürk/Tunç** (*Informal Employment*); **Kavas/Develi**, pp.20-22.19.

<sup>132</sup> **Kaygısız**, p.11.

<sup>133</sup> As in Turkish law, article 1 of the UN Convention on the Rights of the Child, to which Turkey is a party, as in Turkish law, and article 2 of The Convention Concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour defines “child” as individuals under the age of 18.

<sup>134</sup> For the term “child worker”, see **ILO**, <https://www.ilo.org/ankara/areas-of-work/child-labour/lang--en/index.htm> (accessed: 9.4.2021).

<sup>135</sup> For example, in agreements such as the European Social Charter (article 7) and ILO Minimum Age Convention (article 2), children under the age of 15 are prohibited from working.

<sup>136</sup> **Başbuğ**, p.150.

<sup>137</sup> **Directorate General of Migration Management**, Temporary Protection, <https://en.goc.gov.tr/temporary-protection27> (accessed: 1.4.2021).

<sup>138</sup> **Kaygısız**, p.12.

The issue of child labor, which Turkey has eliminated to a large extent with long-continued efforts, has been raised again with Syrians<sup>139</sup>. According to the Labor Law, children under the age of 15 are prohibited from working (article 71/1 of the LL)<sup>140</sup>. Jobs that the child and young workers are prohibited from working in are regulated in the Regulation on the Principles and Procedures for the Employment of Children and Young Persons. Looking at the list of jobs in which child workers can be employed in the annex to the regulation, it seems that jobs that are considered heavy and dangerous are not open to the work of child and young workers. Despite the relevant regulations, many children under temporary protection work in hard duties and informally in violation of the legislation<sup>141</sup>. Most Syrian children in Turkey work in fields and gardens in the countryside. In cities, they work in workshops and streets in the cities, usually in textiles, services, construction, seasonal agricultural works, and shepherding<sup>142</sup>. Often, they are employed in the worst conditions, in small, damp, and gloomy workshops for long hours, and they are subjected to insults while working and paid less than adults, even if they do the same job<sup>143</sup>.

<sup>139</sup> **Yıldız/Yıldız**, p.44; **Türk-İş**, p.5. For similar, see **Bahadır**, Hande/**Uçku**, Reyhan: “İzmir’de Bir Mahallesi Yaşayan 6-17 Yaş Arasındaki Suriyeli Çocukların Çalışma Durumları ve Çalışma Durumlarını Etkileyen Etmenler”, Journal of Dokuz Eylül University Medical Faculty, Vol. 30, Issue 3, December 2016, PP: 117-124, p.119.

<sup>140</sup> According to article 71 of the Labor Law Issue 4857, “children under fifteen are prohibited from working. But children who have reached the age of fourteen and have completed the compulsory elementary education can be employed in light duties that will not interfere with their physical, mental, social, and moral development and the attendance of those who continue their education to their schools. Children under the age of fourteen can be employed in activities of Arts, Culture and advertising activities that will not interfere with their physical, mental, social, and moral development and the attendance of those who continue their education to their school on the condition that a written contract is made, and separate permits are received for each activity”. Although prohibited by law, it is accepted that in detecting child workers under temporary protection working in violation of article 71 of LL, they should benefit from their labor rights in the period until the nullity of the contract. See: **İzmirluoğlu**, Ayça: “Türk Çalışma Mevzuatı Bakımından Uluslararası Koruma ve Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancı Çocuk İşçilerin Durumuna Genel Bakış”, Journal of İzmir Bar Association, September 2018, PP: 15-58, p.34.

<sup>141</sup> **Başbuğ**, p.150.

<sup>142</sup> **Kaygısız**, p.11.

<sup>143</sup> **Kaygısız**, p.12. For similar, see **Özer**, Mustafa: “Türkiye’de Yaşayan Suriyeli Sığınmacı Çocukların Çalışma Hayatına Katılmaları ve Çocuk İşçiliği Sorunu”, ISPEC Journal of Social Sciences & Humanities, Year 4/2020, Vol. 4, Issue 4, PP: 309-327, p.317; **Bahadır**, Hande/**Demiral**, Yücel: “Suriye’den Türkiye’ye Zorunlu Göç Hareketi ve

In addition to being against the legislation, this situation causes them to interrupt their education, negatively affects their physical and mental health, and also negatively affects their later life in the long term<sup>144</sup>. According to the art. 42 of the Constitution of the Republic of Turkey, “*no one shall be deprived of the learning and education*”. In the continuation of the same article, it is stated that primary education is mandatory. However, some of the child workers can not attend compulsory education regularly, and some of them may be completely deprived of their right to education. As a matter of fact, the legislator considering this situation has decreed that the working time during the education term of those who continue their education for children who can work following the requirements provided for in the legislation may be no more than two hours a day and 10 hours a week outside of the education hours (article 71/2 of the LL). Child workers who leave the education become easier to push into crime due to social adaptation problems<sup>145</sup>. In addition, the inability to receive education means that they lack the equipment necessary for their future<sup>146</sup>. In other words, since they lack vocational training and skills due to their inability to receive an education, they also have no choice but to work in unsecured and risky jobs in their adulthood<sup>147</sup>. Also, those children are exposed to the negative effects that we have mentioned concerning informal work under the previous heading since they work informally<sup>148</sup>.

It is possible to say that legal regulations aimed at preventing child labor in the legislation are theoretically sufficient<sup>149</sup>. However, in practice, due to difficulties in determining the work of these children, the absence of complaints from those concerned, the lack of adequate supervision, sanctions can be barely applied to those concerned, such as parents or employers. Although legal regulations tried to prevent child labor, the increase in the number of Syrian child workers attracted the attention of the relevant institutions, and in 2016, the National Anti-Child Labor program was initiated. Despite this, it can be concluded that such work is currently not

---

Çocuk İşçiliği”, ESTUDAM Journal of Public Health, 2019, 4(3), PP: 389-397, p.393 et al.; İzmirlioğlu, pp.44-45.

<sup>144</sup> Başbuğ, p.150.

<sup>145</sup> Yıldız/Yıldız, p.38.

<sup>146</sup> Özer, p.312.

<sup>147</sup> Kaygısız, p.12.

<sup>148</sup> Başbuğ, p.150. For similar, see Yıldız/Yıldız, p.38.

<sup>149</sup> For detailed information about legal regulations related to the problems faced by child workers under temporary protection in their working life, see İzmirlioğlu, p.47 et al.

enough, given that Syrian child workers are still employed. Research shows that child workers under temporary protection work at the request of their families, and a significant part of these children are the only employees in the family<sup>150</sup>. Considering this situation, we can say that it is not enough to include only child protection considerations to prevent child labor; it is necessary to provide employment opportunities to adults in the family, and inspections on this issue should be intensified.

### CONCLUSION

Syrians who have taken refuge in Turkey because of the events in Syria since 2011 are under temporary protection. These persons with temporary protection status have the right to work in addition to many rights, and the work of those under temporary protection is regulated in detail in Turkish legislation. To work in Turkey, those under temporary protection must have been under temporary protection for at least 6 months before starting work, obtain a work permit or a work permit exemption, obtain a preliminary permit from the relevant authorities for certain professions, comply with the provincial and quota restrictions, and there should be no preventive rule in legislation concerning the job to be done, and compliance with the restrictive rules is required.

The stay and work of the persons with this status in Turkey are arranged considering that their stay and work will not be permanent due to their status; in other words, it will be short-term. As the name suggests, temporary protection has a “temporary” quality. However, many Syrians under temporary protection in our country have been living in our country for almost more than a decade. It is evident that this situation is incompatible with the “temporary” nature of the protection provided and the status they have. Regulations should be made by since at least a significant proportion of these people who have been granted temporary protection by thinking they would return to their country, is unlikely to return to their country. The regulations should ensure that these people participate actively and in accordance with the law in working life, and some of the existing regulations should be updated. Participation of the foreigners under temporary protection in the labor market and production life must be ensured to benefit them economically<sup>151</sup>. For these people to exercise their right to work and to

---

<sup>150</sup> For more information, see **Bahadır/Demiral**, p.393.

<sup>151</sup> **Başbuğ**, p.153.

save them from being a burden to the state and society,<sup>152</sup> appropriate legal and political infrastructure must be established. Although adopting the regulation on the work of those under temporary protection in 2016 has made a positive contribution to reducing problems, we cannot say that it has solved all the issues.

Both the Syrians under our temporary protection and Turkey face many problems in working. Among these problems, the most noticeable are problems related to obtaining a work permit, informal work, and child labor. In general, Syrians work in jobs and difficult conditions, where citizens do not want to work, to have an income so that they can afford their basic needs.<sup>153</sup> Also, the low educational level of these people and the lack of an income-generating profession are the biggest obstacles to achieving decent jobs<sup>154</sup>. Therefore, they can be subjected to general and vocational education or at least general and vocational education plans for children should be made long-term. Additionally, they should be directed to the sectors and regions that need employees, and informal work should be controlled according to the recommendations under the relevant heading. Because Syrians are seen as a repository of cheap labor, wages in the domestic labor force are being reduced<sup>155</sup>, and reactions to Syrians are growing. Although many Syrians live in Turkey, the number of those who received work permits is relatively low. Considering this situation, it will be appropriate to make regulations that facilitate the procedure for obtaining a work permit. Also, it is necessary to establish a system in which they can know their rights and seek their rights and to increase inspections to prevent informal work, especially to prevent labor exploitation.

---

<sup>152</sup> Aslantürk/Tunç (*Syrians*), p.161. For similar, see **Bidinger**, p.244.

<sup>153</sup> Aslantürk/Tunç (*Syrians*), p.175.

<sup>154</sup> **Kaygısız**, p.15.

<sup>155</sup> Aslantürk/Tunç (*Syrians*), p.176; **Kocadaş**, p.6.

## REFERENCES

- Arenas, Nuria:** “The Concept of Mass Influx of Displaced Persons in the European Directive Establishing the Temporary”, *European Journal of Migration Law*, 7(4), 2005, PP: 435-450.
- Aslantürk, Oğuzhan/Tunç, Yusuf Erdem:** “Yabancıların Türkiye’de Kayıtdışı İstihdamı”, *The Journal of Aksaray University Faculty of Economics and Administrative Sciences*, Year 2018, Vol. 10, Issue 4, PP: 13-20. (*Informal Employment*)
- Aslantürk, Oğuzhan/Tunç, Yusuf Erdem:** “Türkiye’de Yabancıların Çalışma İzinleri: Suriyeliler Örneği”, *Ombudsman Akademik*, Year 5, Issue 9, July-December 2018, PP: 141-180. (*Syrians*)
- Aydoğmuş, Yasemin:** “Türk Hukukunda Geçici Korumadan Yararlananların Sınır Dışı Edilmesi”, *Public and Private International Law Bulletin*, Vol. 37, Issue 2, PP: 141-169.
- Ayhan İzmirli, Lale:** “Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme”, *Eurasian Journal of Researches in Social and Economics*, Year 2017, Vol. 4, Issue 7, PP: 43-66.
- Bahadır, Hande/Demiral, Yücel:** “Suriye’den Türkiye’ye Zorunlu Göç Hareketi ve Çocuk İşçiliği”, *ESTÜDAM Journal of Public Health*, 2019, 4(3), PP: 389-397.
- Bahadır, Hande/Uçku, Reyhan:** “İzmir’in Bir Mahallesinde Yaşayan 6-17 Yaş Arasındaki Suriyeli Çocukların Çalışma Durumları ve Çalışma Durumlarını Etkileyen Etmenler”, *Journal of Dokuz Eylül University Medical Faculty*, Vol. 30, Issue 3, December 2016, PP: 117-124.
- Başbuğ, Şeyma:** “Geçici Koruma Kapsamındaki Yabancıların Karşılaştıkları Çalışma Sorununa İlişkin Bir İnceleme”, *İş ve Hayat*, Year 2017, Vol. 3, Issue 6, PP: 137-154.
- Bidinger, Sarah:** “Syrian Refugees and Right to Work: Developing Temporary Protection in Turkey”, *Boston University International Law Journal*, 33(1), 2015, PP: 223-250.
- Çelikel, Aysel/Gelgel, Günseli:** *Yabancılar Hukuku*, 25. Edition, Beta, İstanbul, 2020.
- Çörtoğlu Koca, Sema/Kavşat, F. Candan:** “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Issue 1, January 2015, PP: 329-366.

- Doğan, Vahit:** Türk Yabancılar Hukuku, 5. Edition, Savaş, Ankara, 2020.
- Dönmez Kara, Canan Öykü:** “Türkiye’de Yabancıların Çalışma Hakkı: Suriyelilerin İşgücü Piyasasındaki Durumu”, Üsküdar University Journal of Social Sciences, Year 2, Issue 2, PP: 151-174.
- Edwards, Alice:** “Temporary Protection, Derogation and The 1951 Refugee Convention”, Melbourne Journal of International Law, 13(2), 2012, PP: 595-635.
- Ekşi, Nuray:** “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi”, İstanbul Bar Journal, Vol. 88, Issue 6, Year 2014, PP: 65-89.
- Elçin, Doğa:** “Türkiye’de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar”, Union of Turkish Bar Associations Review, Issue 124, 2016, PP: 9-80.
- Erdoğan, Murat:** Suriyeliler Barometresi 2019; Suriyelilerle Uyum İçinde Yaşamın Çerçevesi, Orion, Ankara, 2020.
- Esen, Bünyamin:** “Son Değişiklikler Işığında Geçici Koruma Statüsündeki Yabancıların Ülkemizde Çalışması”, İSMMMOM Mali Çözüm, January-February 2016, PP: 215-223.
- Fitzpatrick, Joan:** “Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime”, American Journal of International Law, 94(2), 2000, S:279-306.
- Genç, H. Deniz/Öztürk, Duygu:** “Türkiye’deki Suriyeli Kadınlar: Mevcut Durumları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Liberal Düşünce Dergisi, Year 21, Issue 84, Fall 2016, PP: 67-91.
- Gibney, Matthew J.:** “Between Control and Humanitarianism: Temporary Protection in Contemporary Europe”, Georgetown Immigration Law Journal, 14(2) 2000, S: 689-708.
- Greenop, Michael A.:** “Two Birds with One Stone: Legal Obligation to Compensate Host States for the Burden Associated with a Mass Influx of Refugees”, Public Interest Law Journal of New Zealand, 4, 2017, S: 58-77.
- İçduygu, Ahmet/Diker, Eleni:** “Labor Market Intergration of Syrian Refugees in Turkey: From Refugees to Settlers”, The Journal of Migration Studies, Vol. 3, Issue 1, January-June 2017, S: 12-35.

- İneli-Ciğer**, Meltem: “Time to Active the Temporary Protection Directive”, *European Journal of Migration Law*, 18(1), 2016, S: 1-33.
- İzmirlioğlu**, Ayça: “Türk Çalışma Mevzuatı Bakımından Uluslararası Koruma ve Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancı Çocuk İşçilerin Durumuna Genel Bakış”, *Journal of İzmir Bar Association*, September 2018, PP: 15-58.
- Kavas**, Çağlar/**Develi**, Abdülkadir: “Türkiye’de Geçici Koruma Kapsamındaki Yabancıların Kayıtdışı İstihdam Üzerindeki Etkisi”, *International Anatolian Social Sciences Journal*, Vol. 4, Issue 1, 2020, PP: 4-23.
- Kaya**, Ceren: “Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları”, *Middle East Journal of Refugee Studies*, Summer 2019, 4(2), S:33-55.
- Kaya**, İbrahim/**Yılmaz Eren**, Esra: Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Durumu, Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri, Seta Yayınları No: 55, İstanbul, 2015, [http://file.setav.org/Files/Pdf/20151017001210\\_turkiyedeki-suriyelilerin-hukuki-durumu.pdf](http://file.setav.org/Files/Pdf/20151017001210_turkiyedeki-suriyelilerin-hukuki-durumu.pdf).
- Kaygısız**, İrfan: Suriyeli Mültecilerin Türkiye İşgücü Piyasasına Etkileri, August 2017, <http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Dünyadan/2017/Du308nyadan%20-%20Suriyeli%20Mu308ltecilerin%20Tu308rkiye%20I307s327gu308cu308%20Piyasasına%20Etkileri%20.pdf>.
- Kerber**, Karoline: “The Temporary Protection Directive”, *European Journal of Migration and Law* 4, No: 2(2002), S: 193-214.
- Koca**, Şeyda Nur: “Suriyeli Sığınmacıların Türk Emek Piyasasına Katılım Süreçlerinin Toplumsal Boyutları”, *The Journal of Migration Studies*, Vol. 5, Issue 2, December 2019, PP: 314-357.
- Kocadaş**, Bekir: “Suriyeli Sığınmacılar ve Çalışma Hayatı: Sorunlar, Tespitler ve Öneriler”, *Sociological Thought*, Vol. 3, Issue 1-2 June-December 2018, PP: 1-13.
- Koç**, Muzaffer/**Görücü**, İbrahim/**Akbıyık**, Nihat: “Suriyeli Sığınmacılar ve İstihdam Problemleri”, *Individual and Society Journal of Social Sciences*, Spring 2015, Vol. 5, Issue 9, PP: 63-93.
- Korkmaz**, Metin: “Geçici Koruma Kapsamındaki Suriyelilerin Türkiye İşgücü Piyasasına Etkileri ve Değerlendirmeler”, *Journal of Social Insurance*, Year 7, Issue 13, PP: 57-83.
- Kükreer Mutlu**, Ceyda/**Eğmir**, Rabia Tuğba: “Türkiye’de Bulunan Suriyeli Mültecilerin Çalışma Hakları ve Ekonomik Faaliyetlerde Vergi



Karşısındaki Durumu”, Pesa International Journal of Social Studies, November 2020, Vol. 6, Issue 3, PP: 26-276.

**Lordoğlu**, Kuvvet: “İşgücü Piyasalarında En Altta Olanlar: Suriyeli İşçiler”, Türkiye’de Çocuk İşçiliği Sorunu, “Suriye’den Gelen Mülteciler Sonrası Mevcut Durum ve Çözüm Önerileri” Conference Report, 11 March 2016, Hayata Destek, İstanbul, 2016, PP: 21-25.

**Mahiroğulları**, Adnan: “Türkiye’de Kayıtdışı İstihdam ve Önlemeye Yönelik Stratejiler”, Süleyman Demirel University The Journal of Faculty of Economics and Administrative Sciences, Year 2017, Vol. 22, Issue 2, PP: 547-565.

**MFLSS**: Work Permits of Foreigners, <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/63117/yabanciizin2019.pdf>.

**Nessel**, Lori A.: “Deliberate Destitution as Deterrent: Withholding the Right to Work and Undermining Asylum Protection”, San Diego Law Review, 52(2), 2015, PP: 313-356.

**Özer**, Mustafa: “Türkiye’de Yaşayan Suriyeli Sığınmacı Çocukların Çalışma Hayatına Katılmaları ve Çocuk İşçiliği Sorunu”, ISPEC Journal of Social Sciences & Humanities, Year 4/2020, Vol. 4, Issue 4, PP: 309-327.

**Özkan**, Işıl: Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, 2. Edition, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

**Pelek**, Deniz: “Syrian Refugees as Seasonal Migrant Workers: Re-Construction of Unequal Power Relations in Turkish Agriculture”, Journal of Refugee Studies, Vol. 32, No. 4, 2018, PP: 605-630.

**Pirjola**, Jari: “Temporary Protection as a Future Model”, Nordic Journal of International Law, 64(3), 1995, PP: 423-428.

**Safi**, Sibel: Mülteci Hukuku, Legal, İstanbul, 2017.

**Sahin Mencutek**, Zeynep/**Nashwan**, Ayat J.: “Perceptions About the Labor Market Integration of Refugees: Evidences from Syrian Refugees in Jordan”, Journal of International Migration and Integration, March 2020, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12134-020-00756-3.pdf>.

**Töre**, Nazlı: Uluslararası Göç Hukuku, Turhan, Ankara, 2016.

**Türk-İş** (Confederation of Turkish Trade Unions): Geçici Koruma Altındaki Suriyeliler ve Türkiye İşgücü Piyasasına Etkileri, 23rd Ordinary General Assembly, 5-7 December 2019, <http://www.turkis.org.tr/dosya/roGZ2loYp23o.pdf>.

**Türközü**, Dilek: “Two Sides of the Same Coin: Temporary Protection as a Practical But Unsettled Concept”, *Die Friedend Warte*, 2017-2019, Vol. 92, Issue ¾, PP: 215-237.

**UNHCR**, *The International Protection of Refugees: Complementary Forms of Protection*, April 2001,

<https://www.refworld.org/topic,50ffbce576f,50ffbce5772,3b20a7014,0,UNHCR,LEGALPOLICY,.html>.

**Üstün**, Nazlı: *Suriyelilerin Türk İşgücü Piyasasına Entegrasyonu: Sorunlar-Öneriler*, Konya Chamber of Commerce, Konya, February 2016.

**Valenta**, Marko/Thorshaug, Kristin: “Restrictions on Right to Work for Asylum Seekers: The Case of the Scadinavian Countries, Great Britain and Netherlands”, *International Journal on Minority and Group Rights*, 2013, Vol. 20, Issue 3, PP: 459-482.

**Yıldız**, Tuğba/**Yıldız**, İbrahim: “Suriyelilerin Türkiye Ekonomisinde Kayıt Dışı İstihdama Etkileri ve Bunun Yansıması Olarak Türkiye’ye Maliyetleri Üzerine Bir İnceleme”, *Journal of Economics Business and Political Research*, Year 2017, 2(3), PP: 30-46.

**Zetter**, Roger/**Ruaudel**, Héloïse: “Refugees’ Right to Work and Access to Labour Markets: Constraints, Challenges and Ways Forward”, *Forced Migration Review*, 58, June, 2018, PP: 4-8.

### **Websites**

Ministry of Family, Labour and Social Services, [www.ailevecalisma.gov.tr](http://www.ailevecalisma.gov.tr)

European Union Law, [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

Directorate General of Migration Management, [www.goc.gov.tr](http://www.goc.gov.tr)

International Labour Organisation, [www.ilo.org](http://www.ilo.org)

Official Gazette, [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr)

The UN Refugee Agency, [www.unhcr.gov](http://www.unhcr.gov)



## KARŞILAŞTIRMALI BAŞKANLIK SİSTEMLERİNDE KARARNAME YETKİSİ ÜZERİNE BİR ANALİZ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1099361>

**Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA\***

### Öz

*Yasa gücünde kararname yetkisinin bir başkanlık rejiminin politika oluşturma süreci üzerindeki etkisi nedir? Bu soruyu yanıtlamaya yönelik çabalara rağmen, literatürde kararname yetkilerinin cumhurbaşkanının yasama sürecini kontrol etmesine ne ölçüde izin verebileceği konusunda hala çok fazla belirsizlik var. Bu çalışma, bir sert güçler ayrılığı sisteminde, kararname varlığının, yöneticilerin gündem belirleyici olarak hareket etme yeteneklerini etkili bir şekilde geliştirdiğini ortaya koymaktadır. Bu doğrultuda aşağıda öncelikle başkanlık sisteminin genel özellikleri ve kararname kavramı ortaya konulacaktır. Ardından, karşılaştırmalı başkanlık sistemlerinde yasa gücünde kararname yetkisinin konumu ve etkileri tespit edilmeye çalışılacaktır. Nihayet, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde yer alan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi değerlendirmeye tabi tutulacaktır.*

### Anahtar Kelimeler

*Başkanlık Sistemi, Erkler Ayrılığı, Yasa Gücünde Kararname Yetkisi, Latin Amerika, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*

## AN ANALYSIS ON DECREE AUTHORITY IN COMPARATIVE PRESIDENTIAL SYSTEMS

(Research Article)

### Abstract

*What effect does the power of constitutional decree have on the policy-making process of a presidential regime? Despite recent efforts to answer this*

---

\* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Trabzon (drsemihbatur@gmail.com) ORCID: 0000-0001-5888-1750 (Geliş Tarihi: 27.01.2022-Kabul Tarihi: 04.04.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

*question, there is still much uncertainty in the literature about the extent to which decree powers can allow the president to control the legislative process. This study reveals that in a strict separation of powers system, the presence of decree effectively improves the ability of administrators to act as agenda-setter. In this direction, first of all, the general characteristics of the presidential system and the concept of decree will be revealed. Then, the position and effects of the legislative power in the comparative presidential systems will be tried to be determined. Finally, the Presidential Decree in the Presidential Government System will be evaluated.*

**Keywords**

*Presidential System, Separation of Powers, Statutory Decree, Latin America, Presidential Decree*

## GİRİŞ

Parlamente sistemlerde yürütme, yasama organının iç yasama sürecine derinden dahil olur. Genel olarak bakanlık ve yasama görevlerinde aynı anda bulunmaya izin verilir. Öyle olmasa bile, bakanlar genellikle yasama meclisinde kişisel olarak görünürler, tartışmalara katılırlar ve soruları yanıtlarlar. Bakanlar ayrıca, genel olarak, meclisin yasama gündemini belirleme konusunda üstün yeteneklere sahiptir. Örneğin Birleşik Krallık'ta, yalnızca bakanlar vergi artışı önerebilir ve kabine, güvenoyu ve giyotin prosedürü gibi yetkilerle yasama gündemine hakimdir.

Bu iki faktör -yürütmenin meclisin yasama sürecine katılımı ve yürütme organı üzerindeki gücü- birlikte, yasama sürecinde yürütmenin bütünlüşme derecesi olarak adlandıracağımız şeyi gösterir. Bu bakımdan aşağıda ABD, Latin Amerika ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemini örneğini kararname yetkisi çerçevesinde karşılaştırarak her birini sırayla tartışacağız.

Son zamanlardaki birçok kararname örneğinin -özellikle seçilmiş başkanların bulunduğu sistemlerde- yasama yetkilerinin gasp edilmesine neden olduğuna dair geleneksel görüşle temel itibarıyla hemfikiriz. Ne var ki bu, karşılaştırmalı olarak doğru olmaktan çok uzaktır ve gasp argümanının sıklıkla abartıldığı söylenmiştir. Genel olarak kabul edilenden daha sık olarak, doktrinde yasama kararnamelerinin yasama çoğunlukları tarafından tolere edildiğini -hatta tercih edildiğini- söyleyebiliriz<sup>1</sup>. Bu, yürütme kararnamesini mutlaka "iyi" bir şey yapmaz, ancak dikkatimizi gasp üzerine kurulu bir kararname yorumundan uzaklaştırmalı ve bir yürütme organının neden kararnameyi tercih edebileceği sorusuna yönlendirmelidir. Ayrıca, kararnameleri gözlemlerken ve yasama yürütme ilişkileri üzerindeki etkilerini yorumlarken kritik olan üç genel faktör görmekteyiz<sup>2</sup>: Birincisi, yasa koyucular arasındaki pazarlık sorunlarının ciddiyeti; ikincisi, yasama çoğunluklarının, kararname yetkisine sahip yöneticilere vekâlet kayıplarına maruz kalmayı ne ölçüde bekleyebilecekleri; üçüncüsü, yürütmenin anayasayı yazma ve değiştirme sürecini ne ölçüde kontrol ettiğidir.

Yasa gücünde kararname yetkisinin bir başkanlık rejiminin politika oluşturma süreci üzerindeki etkisi nedir? Bu soruyu yanıtlamaya yönelik çabalara rağmen, literatürde kararname yetkilerinin cumhurbaşkanının yasama

---

<sup>1</sup> Carey, John M./Shugart, Matthew Soberg: "Calling out the Tanks or Filling out the Forms", içinde Executive Decree Authority, Ed. John M. Carey ve Matthew S. Shugart, Cambridge University Press, New York 1998, 1-33, s. 2.

<sup>2</sup> Özellikle bkz. Carey/Shugart, s. 2 vd.

sürecini kontrol etmesine ne ölçüde izin verebileceği konusunda hala çok fazla belirsizlik var. Bu çalışma, bir sert güçler ayrılığı sisteminde, kararname varlığının, yöneticilerin gündem belirleyici olarak hareket etme yeteneklerini etkili bir şekilde geliştirdiğini ortaya koymaktadır.

Bu doğrultuda aşağıda öncelikle başkanlık sisteminin genel özellikleri ve kararname kavramı ortaya konulacaktır. Ardından, karşılaştırmalı başkanlık sistemlerinde yasa gücünde kararname yetkisinin konumu ve etkileri tespit edilmeye çalışılacaktır. Nihayet, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde yer alan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

## I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

### A. Başkanlık Sistemi

Başkanlık sisteminin tanımı en saf şekliyle ABD hükümet sistemi üzerinden yapılabilir<sup>3</sup>. Buna göre başkanlık sisteminde yürütme monist yapıdadır, yani tek kişiden oluşur. Yasama ve yürütme kuvvetleri arasında sert erkler ayrılığı ilkesi bulunur. Başkanlık sisteminde kural olarak başkan, parlamentoya karşı siyaseten sorumluluğa sahip bulunmamaktadır. Gerçekten de, *impeachment* usulü dışında başkan görevden alınmamaktadır. Böyle olmakla birlikte başkan da parlamentoyu fesih yetkisini haiz değildir. Böyle olunca, başkanlık sisteminde yasama ve yürütme organları gerek birbirlerinin oluşumunda gerek birbirlerinin sona ermesinde söz sahibi olmamaktadırlar.

Başkanlık sisteminde yasama yetkisi sabit bir süre için doğrudan seçilmiş parlamentoya ait iken, yürütme yetkisi ise doğrudan ya da benzeri bir usulle halk tarafından sabit bir süre için seçilen başkana aittir. Yürütme organının somutlaştığı konunun yegâne sahibi başkandır. Gerçi başkanın hiyerarşisi altında ona yardımcı olan bakanlar mevcuttur; ancak bunlar Senatunun onayıyla başkan tarafından atanır ve görevden alınır<sup>4</sup>. Dolayısıyla

<sup>3</sup> **Cheibub**, Jose Antonio/**Elkins**, Zachary Elkins/**Ginsburg**, Tom: “Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective”, *Texas Law Review*, C. 89, 2011, 1707-1739, s. 1707.

<sup>4</sup> Başkanlık sistemlerinde, anayasalar ve/veya özel yasalar, tipik olarak, hükümetin yürütme organını, kabine departmanları veya bakanlıklar tarafından desteklenen bir başkanın başkanlığında, politika alanlarına göre işlevsel olarak farklılaştırılmış ve başkana kendi alanlarında tavsiye vermekle görevli olarak özetler. Ancak, kabinelerin yanı sıra, başkanlara, doğrudan denetimi altında çalışan, departman sorumluluğu olmayan daha yakın bir danışmanlar grubu da yardım eder. Bu danışmanlar cumhurbaşkanının ofisini veya başkanlık merkezini oluşturur.

bakanlar, ya da diğer adlarıyla sekreterler parlamentonun içinden çıkmaz ve parlamentoya karşı siyaseten sorumlu değildirler. Bakanlar da *impeachment* dışında parlamento tarafından görevden alınamazlar. Şu halde başkan ve bakanlar, parlamentoya yasa tasarısı sunamaz ve kural olarak parlamento çalışmalarına katılamazlar.

Tüm bu veriler ekseninde Esen'in de belirttiği gibi<sup>5</sup> başkanlık sistemi, yasama ve yürütme erkleri arasındaki erklerin sert ayrılığı ve fren-denge ilkesine dayanmaktadır. Her iki erk de, birbirlerini frenleyen ve dengeleyen yetkilere sahiptir. Böylece, erklerin birbirlerinin aşırılığını törpüleyen araçları söz konusu olmaktadır. Örneğin, başkan önemli federal görevlileri atar; Senato bu atamaları onaylar. Kongrenin kabul ettiği yasa, başkan tarafından veto edilebilmektedir. Bu hususlar, aynı zamanda etkin ve bağımsız bir yargı erkini de gerektirmektedir.

Öte yandan, başkanlık sistemi sert erkler ayrılığı ilkesine dayanır. Fakat bununla birlikte sistem, yasama ve yürütme kuvvetleri arasında işbirliğini de gerekli kılmaktadır<sup>6</sup>. Bu bakımdan ABD başkanlık sisteminin üç temel özelliğini belirtmek gerekir<sup>7</sup>. İlk olarak, ABD'de iki partili sistem hakimdir. İkincisi, siyasal yaşama egemen olan iki parti arasında derinden bir ideolojik farklılaşma bulunmaz. Böyle olunca, iki parti arasından kutuplaşma pek görülmez, aksine kutuplaşmayı engelleyen geçişkenlik görülür. Üçüncü olarak, parti disiplinin olmamasından söz edilebilir<sup>8</sup>. Bu noktada partilerin, Kongrede üyelerini bağlayıcı grup kararı alamadığından söz edilebilir. Bu özellikler, başkan ile Kongre çoğunluğunun aynı çizgideki siyasal partilerden

<sup>5</sup> Esen, Selin: "Başkanlık Rejimi Nedir?", içinde Türkiye'nin Anayasa Gündemi, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2016, 84-88, s. 85.

<sup>6</sup> Başkanlık sistemlerinde, önemli anayasal yetkilere sahip bir yürütme, genel olarak kabinenin bileşimi ve yönetimin tam kontrolünü içerir - belirli bir süre için doğrudan halk tarafından seçilir ve parlamentonun güven oylamasından bağımsızdır. O sadece yürütme gücünün sahibi değil, aynı zamanda sembolik devlet başkanıdır ve seçimler arasında ancak sert bir suçlama aracılığıyla görevden alınabilir. Uygulamada, Amerika Birleşik Devletleri tarihinin gösterdiği gibi, başkanlık sistemleri az ya da çok yasama organının işbirliğine bağlı olabilir; bu tür sistemlerde yürütme ve yasama gücü arasındaki denge bu nedenle önemli ölçüde değişebilir. Bkz. Linz, Juan J.: "The Perils of Presidentialism", Journal of Democracy, C. 1, S. 1, 1990, 51-69, s. 52. Linz bu çalışmada başkanlık sisteminin tehlikelerini etraflıca ele almaktadır. Buna yönelik eleştirel bir çalışma için bkz. Mainwaring, Scott/Shugart, Matthew: "Juan Linz: Presidentialism, and Democracy: A Critical Appraisal", Kellogg Institute Working Paper, July 1993, s. 1-26.

<sup>7</sup> Esen, Başkanlık Rejimi, s. 85-86.

<sup>8</sup> Elgie, Robert: "Presidentialism, Parliamentarism and Semi-Presidentialism: Bringing PArties Back In", Government and Opposition, C. 46, S. 3, 2011, 392-409, s. 393.



gelmediği durumlarda başkanın Kongre’de her konu için değişik birliklikler inşa ederek arzu ettiği düzenlemeleri kanunlaştırmasını sağlar. Ne var ki, başkan ile Kongre çoğunluğu arasında ittifak teşkil edilmemesi halinde sistem kilitlenir.

Başkanlık sistemi ABD’nin yanı sıra Latin Amerika (ki biz bu çalışmada ABD sistemi ile birlikte yalnızca burayı ele alacağız) ve bazı Afrika ülkelerinde de benimsenen bir hükümet modelidir. Fakat iktisadi, sosyolojik, tarihsel kimi farklılıklar sistemin bu ülkelerde değişik bir biçimde işlemesine neden olmuştur. Tüm bunlar, Latin Amerika’daki başkanlık sistemlerinde yasama ve yürütme arasındaki olması gereken fren-dengeyi bozmuştur. Burada, ABD’nin aksine etkin ve bağımsız bir yargının bulunmaması da bunda önemli rol oynamıştır. Bu yüzden, Latin Amerika başkanlık sistemleri fren-denge sistemi olmaktan ziyade, geniş yetkilerle donatılmış bir başkan, yargının etkin olmadığı ve parlamentonun zayıf kaldığı sistemler olarak tanımlanabilmektedir.

Ayrıca, Latin Amerika’da farklı ve katı ideolojilere sahip pek çok siyasi parti bulunmaktadır. Burada parti disiplini sert olmakta ve çoğunlukla nispi seçim sistemi uygulanmaktadır. Başkanla parlamentonun seçimle eşgüdümü yakalaması, hükümet etme krizini genel anlamda siyasi bir krize dönüştürmektedir<sup>9</sup>. Burada belirme ihtimali güçlü olan krizi çözmek adına pek çok Latin Amerika ülkesi başkana parlamentoyu fesih, geniş bir şekilde tasarlanan kanun hükmünde kararname ihdas etme, geniş olağanüstü hal, parlamentoya yasa tasarısı sunma, halkoylaması gibi saf başkanlık sisteminde sapan yetkiler vermiştir. Tüm bunlar da fren-denge sistemini bozmuş, yürütmenin üstünlüğüne sebep olmuştur.

Cheibub ve arkadaşlarının belirttiği gibi<sup>10</sup>, Latin Amerika’daki yürütme-yasama ilişkilerinin mimarisini incelediğimizde, anayasal hükümlerin dağılımını tahmin etmede bölgenin hükümet türü kadar önemli olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Latin Amerika başkanlık sistemi, ABD arketipiyle pek çok özelliği paylaşırken, büyük ölçüde kendine özgüdür. Latin Amerika çeşitliliğini ayırt eden şey, yürütme-yasama yetkileri olarak özetleyebileceğimiz güçlerin yüksek bir farklılaşmasıdır. Spesifik olarak, Latin Amerika anayasaları benzersiz bir şekilde başkanları kanun hükmünde kararname

<sup>9</sup> Nitekim Fransız siyasetinde Cumhurbaşkanı ile Başbakan arasında derin anlaşmazlıklar hatta kimi zaman krizlere işaret eden kohabitasyon dönemleri bu tür bir durumun sonucu olabilmektedir. Bu bakımdan ayrıca bkz. **Ertaş**, Türker: Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki İlişkiler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 11.

<sup>10</sup> **Cheibub/Elkins/Ginsburg**, s. 1709.

çıkarma, yasama önerileri başlatma ve acil durumlarda yetkileri kullanma konusunda yetkilendirmeye meyillidir. Bu yetkilerin hiçbiri başkanlık sisteminin klişesi değildir; gerçekten de bazılarının parlamentarizmin seçmeli nitelikleri olduğu düşünülmektedir. Yine de, siyasi istikrar ve demokrasinin kalitesi için potansiyel olarak önemli sonuçları olan inkar edilemez derecede önemli güçlerdir. Gerçekten de, başkanlık ve parlamenter anayasaları birbirinden ayıran yürütme seçimi özellikleri kadar yürütmenin yasa yapma yetkisi boyutunun da önemli olduğu söylenebilir.

İşte biz, bu çalışmada yürütmenin yasa yapma yetkisi üzerinde duracağız.

## **B. Kararname Yetkisi**

Bu çalışmada biz, devlet başkanlarının kararname yetkisini ele almaktayız. Fakat, burada devlet başkanlarının düzenleyici idari işlemlerini dışarıda tutmaktayız. Böyle olmakla, konumuz devlet başkanlarının düzenleyici ve yasama işlevini haiz düzenlemeleri, bir diğer söylemle kararnamelerdir.

Karşılaştırmalı anayasalar incelendiğinde, devlet başkanlarının bu tür düzenleyici işlem gerçekleştirme yetkileri *decree*, *decreto*, *dekret*, *ordonnance*, *verordnung*, *decretismo* gibi şekillerde adlandırılmaktadır. Ne var ki, terimler bu halleriyle muğlak ve pek çok anlama işaret edebilmektedir<sup>11</sup>. Çünkü, devlet başkanının bu biçimde adlandırılan kararnameleri düzenleyici idari işlemler ve bireysel işlemler için de kullanılabilir. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi, biz yasama işlevini haiz kararname yetkisini konu almaktayız.

Bu bakımdan kararnameleri düzenleyici idari işlemlerden ayıran esas husus, kararnamelerin yasama işlevine sahip olmasıdır<sup>12</sup>. Hemen belirtelim ki, düzenleyici idari işlemlerin ihdas edilmesindeki temel gaye yasaların uygulanmasını sağlamaktır<sup>13</sup>. İdari düzenleyici işlemler (regulations), normlar hiyerarşisinde kanunlardan ve kararnamelerden altta bulunan türev ya da ikincil mahiyeti haiz işlemlerdir. Asli/ilk el düzenleme yetkisini havi kararnameler, “doğrudan anayasadan” alınan yetkiyle ya da yasama organı tara-

<sup>11</sup> **Jellinek**, Georg: *Gesetz und Verordnung: Staatsrechtliche Untersuchungen auf Rechtsgeschichtlicher und Rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg 1887, s. 366.

<sup>12</sup> **Eren**, Abdurrahman: “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 36, S. 1, 2019, 1-72, s. 16.

<sup>13</sup> **Yıldırım**, Turan: “İdari İşlemler”, içinde *İdare Hukuku*, Ed. Turan Yıldırım, On İki Levha Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2018, 291-408, s. 341.

fından “yetki kanunu” çerçevesinde yürütmeye verilen yetki kapsamında ihdas edilir<sup>14</sup>.

Söz konusu tespitlerden sonra idari düzenleyici işlemlerin haricinde kalan ve yürütme organınca ihdas edilen kararnamelerle ilgili doktrindeki tanımlamalara geçebiliriz. Buna göre “kararname yasa (decree law)” mahiyetindeki kararnameler, yasama organının yetkisine dahil olan konularda yürütme organının genel ve bağlayıcı olan işlemlerine işaret etmektedir<sup>15</sup>. Shugart ve Carey’e göre ise, başkanın belirli konularda çıkarttığı ve parlamento tarafından farklı bir düzenleme yapılmadıkça kanun hükmünde olan kararnameler ile parlamentonun çıkardığı yetki yasasına dayalı olarak çıkarılan kararnameler olarak ikiye ayırıp bir tanımlama yapma gerekir<sup>16</sup>. Doktrinde Eren ise, yürütmenin yasama işlevi olan genel düzenleyici işlemleri şeklinde kararnameleri tanımlamaktadır<sup>17</sup>. Bu tanımlardan yola çıkan Aslan ise kararname yetkisini “*devlet başkanlarına tanınan kararname yetkisi, anayasaların açıkça verdiği yetkiye dayalı olarak yahut açıkça yasaklamadığı alanlarda, başkanın tek başına ya da oluşumunda aktif olarak yer almak suretiyle diğer aktörlerle, kanun hükmünde yahut kanun hükmünde olduğu açıkça belirtilmese dahi normlar hiyerarşisinde düzenleyici idari işlemlerin üstünde yer alan ve var olan kanunların uygulanmasını sağlamaktan ziyade, kanunlarla düzenlenmeyen alanları düzenleme amacı güden soyut, genel nitelikte düzenlemeler yapılabilmesi*”<sup>18</sup> şeklinde tanımlamaktadır.

Bu tanımlamalardan açıkça şu sonuç çıkmaktadır: a. Kararname yetkisi anayasalarda açıkça tanınabilmektedir. b. Kararname anayasaların açıkça yasaklamadığı alanlarda çıkarılabilmektedir. c. Kararnameyi devlet başkanı bir başına ya da oluşumunda aktif olarak yer almak suretiyle diğer aktörlerle ihdas edebilmektedir. d. Kararnameler kanun hükmünde olabilmektedir ya da kanun hükmünde olduğu belirtilmese dahi kanunlarla düzenlenmeyen alanları ilk elden düzenleme amacı gütmektedir. e. Nihai olarak kararnameler soyut, genel nitelikteki düzenlemelerdir.

<sup>14</sup> Eren, Anayasa Mahkemesinin, s. 16.

<sup>15</sup> Irizarry, J./Puente, Y.: “Nature and Powers of a De Facto Government in Latin America”, Tulane Law Review, C. 30, 1995, 15-72, s. 55.

<sup>16</sup> Shugart, Matthew S./Carey, John M.: Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics, Cambridge University Press, Cambridge 1992, s. 140.

<sup>17</sup> Eren, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Ders Notları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 524.

<sup>18</sup> Aslan, Volkan: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname İle Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, 2019, 139-161, s. 141.

Görüldüğü gibi kararnameler maddi bakımdan yasama, şekli bakımdan yürütme işlemidir. Kararnameler yürürlükteki kanunları değiştirebilmekte veya kanunla düzenlenmemiş alanları ilk elden düzenlemek suretiyle yasama işlevini yerine getirmekte ve böylece yasama-yürütme organları ile faaliyetleri arasında yoğun bir etkileşime sebep olmaktadır. Gerçekten de, kararname yetkisi böylelikle yasama ve yürütme için biçilen klasik rolü de değişime uğratmaktadır<sup>19</sup>. Görüldüğü gibi kararname yetkisi, devlet başkanına yeni bir statüko oluşturması yahut bu tür bir girişimde bulunmasına olanak tanıyan bir yetki olması hasebiyle proaktif bir yetki mahiyetindedir<sup>20</sup>.

Kararnameyi, meclisin eylemi yerine yürütmenin hukuk ihdas etme yetkisi olarak tanımlıyoruz. Bu nedenle, kararname, meclis tarafından belirlenen kanunun idaresini düzenleyen icra eylemlerini ifade etmez. Öte yandan, yürütme politikası girişimleri, önceden yasama eylemi olmadan bir tür girişim mahiyetinde oldukları için, nihayetinde meclis tarafından onaylanmayı gerektirse bile kararname olarak kabul edilir. Görünüşte basit olan kararname tanımımız bile önemli ampirik karmaşıklık kapsar. Özellikle iki bileşeninde değişim gözlemliyoruz<sup>21</sup>:

- a. Yürütme tekliflerinin politika olarak derhal yürürlüğe girmesi
- b. Yürütme tekliflerinin yasama eylemi olmaksızın daimi yasa haline gelmesi

Esasında bu her iki bileşen, başkanların kararname yetkisine ilişkin yasa oluşturma iradesini somutlaştırmaktadır. Kararnamenin çifte işlevi olarak da belirtebileceğimiz bu bileşenler yasama iradesinin çerçevelediği biçimde ihdas edilen kararname kavramından da farklılaşmaktadır. Bununla birlikte hemen belirtelim ki, parlamenter hükümet sistemlerinde olduğu gibi başkanlık sisteminde de, yürütmenin politika oluşturma faaliyetinin büyük kısmı, baş yönetici tarafından değil, kabine departmanları veya diğer yürütme organları tarafından üretilir<sup>22</sup>. Başkanlık sistemlerinde, bu departmanlar ve kurumlar tarafından yasama teklifleri, kararnameler, yürütme emirleri

<sup>19</sup> Aynı yönde bkz. **Aslan**, Volkan: Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye’de Kararname Yetkisi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 24.

<sup>20</sup> **Shugart**, Matthew S./**Mainwaring**, Scott: “Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate”, içinde *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Ed. Scott Mainwaring ve Matthew S. Shugart, Cambridge University Press, United States of America 1997, 12-54, s. 4.

<sup>21</sup> **Carey/Shugart**, *Calling Out*, s. 9-10.

<sup>22</sup> **Bonvecchi**, Alejandro/**Scartascini**, Carlos: *The Presidency and the Executive Branch in Latin America*, Inter American Development Bank, December 2011, s. 31.

ve düzenleyici direktiflerin üretim sürecini koordine etmek için, üst düzey yöneticiler genellikle bu politikayı gözden geçirme ve hangilerinin meclise gönderileceğine karar verme yetkisini kendilerine saklı tutarlar.

## II. BAŞKANLIK SİSTEMİNDE KARARNAME YETKİSİNİN KONUMU

### A. Amerika Birleşik Devletlerinde Kararname Yetkisi

1787 ABD Anayasası yukarıda vurguladığımız üzere erklerin sert ayrılığı ilkesine dayanmaktadır. Bu yüzden Anayasa, yürütme organına kanuna dayanmayan asli düzenleyici işlem gerçekleştirme yetkisi hususunda cömert davranmamaktadır. Nitekim Anayasasının metninde, diğer Latin Amerika’da başkanlık sistemine sahip ülkelerinin aksine, asli düzenleyici işlem yapma yetkisi ya da bir diğer söylemle “anayasal kararname yetkisi (constitutional decree authority)”<sup>23</sup> bulunmamaktadır.

Böyle olmakla birlikte, 1787 Anayasasının II. maddesinin 3. bölümü gereğince, başkanın yetki ve görevlerinden birisi “kanunların sadakatle yerine getirilmesini gözetmek” olmaktadır<sup>24</sup>. İşte başkan, gerek kanunların sadakatle uygulanması gerek başka anayasal görevlerinin yerine getirilmesi doğrultusunda düzenleyici işlemler ihdas edebilmektedir<sup>25</sup>. İşin ilginç yanı ve fakat erklerin sert ayrılığı gereği olmasına rağmen, ihdas edilen başkanlık emirlerinin (executive orders) Kongre tarafından denetlenmemesidir<sup>26</sup>. Yürütmenin yönetsel bağımsızlığının bir göstergesi olan bu husus, yargısal denetimle dengelenmiştir. Gerçekten de, başkanın düzenleyici işlemleri pekala yargısal denetim altındadır.

Şu halde, ABD başkanlık sisteminde başkanın kanuna dayanmaksızın asli nitelikte düzenleyici işlem gerçekleştirme gücü yoktur. Yani başkan, yalnızca kanunların sadakatle uygulanması bağlamında düzenleyici işlem

<sup>23</sup> **Sala**, Brian R.: “In Search of the Administrative President: Presidential Decree Powers and Policy Implementation in the United States”, içinde Executive Decree Authority, Ed. John M. Carey and Matthew Soberg Shugart, Cambridge University Press, New York 1998, 254-274, s. 257.

<sup>24</sup> Başkanın yasaların sadakatle uygulandığını görme yetkisi, yürütme organı bürokratlarının eylemleri üzerinde önemli, proaktif bir anayasal yetki olarak yorumlanabilir ve sıklıkla yorumlanır. Bu yetki, hem araçlara mevzuatın nasıl uygulanmasını istediklerine ilişkin talimatları (ex ante etkiler) hem de bu araçları davranışlarından dolayı ödüllendirmek ve cezalandırmak için eylemleri içerir.

<sup>25</sup> **Sajo**, Andras: Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism, Central European University Press, Budapest 1999, s. 164 -165.

<sup>26</sup> **Sajo**, s. 165.

gücünü haiz olabilir. Buradan şu sonuç çıkarılabilir: Başkan, Kongre tarafından düzenlenmeyen ya da bir kanunla başkana açıkça yetki verilmeyen bir konuda başkanlık emri ihdas edemez. Şu var ki, başkan sert erkler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak “yürütme yetkisi”ne giren alanlarda düzenleyici işlem yapabilmektedir<sup>27</sup>. Ancak her hâlükârda, Amerikan anayasal sisteminde kural koyma yetkisinin (rule making authority) yegane sahibi Kongre’dir<sup>28</sup>. Böyle olunca, ABD anayasal düzeninde Kongre asli nitelikte kural ihdas etme yetkisini haiz olmak suretiyle adeta bir başına politika belirlemektedir.

Özetle, ABD başkanları, partileri Temsilciler Meclisi ve Senato’da büyük çoğunluğa sahip olduğunda veya iki yasama meclisinin parti kontrolü tamamen bozulduğunda, nispeten rakipsiz mahiyeti haiz kararname benzeri yetkiler kullanabilirler. Ancak bu koşullar, başkanın kararname yetkilerini nasıl alabileceği sorusunu gündeme getiriyor.

Yasama organları, Carey ve Shugart tarafından belirtilen üç önemli nedenden herhangi biri için yürütme kararnamelerine pekala tolerans gösterebilir<sup>29</sup>. Birincisi, başkanlar hedefleri yasama organı tarafından engellendiğinde sistemi anayasa değişikliğine kolayca götürebilirlerse, yasa koyucu muhalefetine caydırabilirler. İkincisi, başkanın hedefleri yasa koyucuların büyük çoğunluğunun hedeflerine çok benziyorsa, eylemleri çoğunluğun kendisi için seçeceği eylemleri yansıtmaya eğiliminde olacaktır. Üçüncüsü, eğer yasa koyucuların birbirinden çok farklı çıkarları varsa, o kadar yasama kilitlenmesinden muzdarip olabilirler ki, hiçbir eylemde bulunmamak yerine başkanlık inisiyatiflerini tercih edebilirler.

Yukarıda da vurguladığımız gibi, Amerikan anayasal düzeninde başkan anayasal kararname yetkisinden mahrumdur. Fakat Kongre, kendi yetki alanına dahil kimi hususlarda düzenleyici işlem gerçekleştirme yetkisini düzenli bir şekilde başkana devredebilmektedir. Şu halde Kongre’nin belir-

<sup>27</sup> Amerikan bürokratları da, yasanın sınırları içinde devredilmiş kural koyma yetkilerine sahiptir. Bu tür kural koyma yetkisi, geniş politika oluşturma takdir yetkisi anlamına gelebilir. Ancak, bu bürokratlar cumhurbaşkanlığı gözetimine ve yaptırımlarına tabidir. Bu nedenle, bürokratların cumhurbaşkanının hangi eylemleri muhtemelen cezalandıracağını öğrenmesi gerekiyor. Ayrıca, hem başkan hem de Kongre, bürokrasiye yasama niyeti hakkında sinyaller gönderir. Başkanlar, bürokratların niyet ve bu niyetin yerine getirilmemesinin sonuçları hakkındaki inançlarını şekillendirmek için icra emirleri ve "başkanlık imza beyannameleri" yayınlar.

<sup>28</sup> **Baranger**, Denis/**Murray**, Christina: “Systems of Government”, Routledge Handbook of Constitutional Law, Ed. Mark Tushnet, Thomas Fleiner ve Cheryl Saunders, London and New York 2013, s. 79.

<sup>29</sup> Aktaran **Sala**, s. 256.

lediği alanlarda başkan, devredilmiş kararname yetkisine (delegated decree authority) sahiptir. Şüphesiz bu yetki türü anayasal kararname yetkisinden farklı olup, yasama erki tarafından ihdas edilen bir yetki kanununun çizdiği çerçeve dahilinde kalmakta ve ikincil mahiyette düzenleme yapma yetkisine işaret etmektedir.

Öte yandan, Kongre'nin başkana ve federal kurumlara yetki kanunlarıyla çizdiği sınırlara ilişkin Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından "The Nondelegation Principle (devredilmezlik ilkesi)" içtihadı geliştirilmiştir. Bu ilkeye göre, yürütme organına Kongre tarafından devredilen düzenleyici işlem gerçekleştirme gücü açık ve anlaşılır ölçütlerin (intelligible principles) varlığına bağlıdır<sup>30</sup>. Aksi takdirde, yani yürütmeye tanınan takdir yetkisinin sınırlarını çizen bu ilkeler olmadan Kongre'nin politika belirleme yetkisini yürütme organına bırakması anayasaya aykırı olur. Ne var ki devredilmezlik ilkesi, Federal Yüksek Mahkeme tarafından 1930'lardan beri uygulama alanı bulmamıştır<sup>31</sup>. Başka bir ifadeyle, Federal Yüksek Mahkeme bu süreçte yasama yetkisinin devri mahiyetindeki bütün kanunları, yetki devrinin kapsamının genişliğini sorgulamaksızın onamıştır<sup>32</sup>.

### B. Latin Amerika Başkanlık Sistemlerinde Kararname Yetkisi

Latin Amerika anayasaları, başkanlık sisteminin farklı bir türünü temsil ettiği ölçüde, ayırım, cumhurbaşkanına verdikleri güçlü yasama gücünde kendini gösterir. Kanun yapma yetkisi ile burada olağanüstü hal, kararname, anayasa değişikliği ve yasama başlatma yetkilerini kastediyoruz<sup>33</sup>.

Gerçekten de, Latin Amerika ülke anayasaları yasa gücünde işlem yapma yetkisini başkanlara vermede en cömert davranan anayasalar mahiyetindedir. Öyle ki, bu tür kararname yetkileri başkanlara verdikleri yasa yapma gücü ve derecesi farklılaşmakla birlikte Latin Amerika ülke anayasalarının ayırıcı yönünü oluşturmaktadır.

Cheibub, ver arkadaşlarının yaptıkları bir çalışmada belirttikleri gibi<sup>34</sup>, olağanüstü hal yetkilerinde olduğu gibi, kanun hükmünde kararname düzenlemesinin bazı nitelikleri özellikle Latin Amerika başkanlık modelini karak-

<sup>30</sup> **Martinez**, Jenny S.: "Horizontal Structuring", The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Ed. Michel Rosenfeld and Andras Sajó, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 563.

<sup>31</sup> **Martinez**, s. 563.

<sup>32</sup> **Chemerinsky**, Erwin: Constitutional Law - Principles and Policies, Aspen Law & Business, 3. Baskı, New York ve Gaithersburg 2006, s. 328.

<sup>33</sup> **Cheibub/Elkins/Ginsburg**, s. 1720.

<sup>34</sup> **Cheibub/Elkins/Ginsburg**, s. 125.

terize etmektedir. Birincisi, kararname yetkisine sahip anayasalar Latin Amerika başkanlık anayasalarında Latin Amerika dışındaki başkanlık anayasalarına göre daha sık görülmektedir. Latin Amerika dışındaki başkanlık anayasalarının neredeyse yarısı, yürütme kararname yayımlandığı anda hemen geçerli kılarken, Latin Amerika başkanlık anayasalarının yalnızca küçük bir kısmı (%5,7) aynı şeyi yapmaktadır. Ancak, belirtilmeden geçmemek gerekir ki, (Latin Amerika anayasalarının %42,7'si gibi), Latin Amerika başkanlık anayasalarının %46,8'i kararnamenin yürürlüğe girmesinden önce onaylayan organın eylemini gerektirir. Bu, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin rutinleştirilmesi anlamına gelmektedir; ancak bu resmi kısıtlamaların gerçekte ne ölçüde başkanların tercih ettikleri politikaları izlemesini engellemeye hizmet ettiğini bilmemekteyiz. Son olarak, Latin Amerika başkanlık anayasalarının kararnamenin geçerliliği konusunu belirsiz bırakması (Latin Amerika dışındaki başkanlık anayasalarının %44,0'ına kıyasla %87,9) ve kararname yayılandıktan sonra ne olacağı konusunda sessiz kalması çok daha olasıdır. Kararnamenin statükoyu değiştirdiği ve anayasanın statükonun geri getirilip getirilemeyeceği konusunda sessiz kaldığı ölçüde, bu düzenleme eksikliğini yürütmeyi destekleme eğiliminde olduğunu ortaya koyabiliriz.

Bununla birlikte, burada iki tip kararnameden söz edilebilir. İlk tipte yer alan kararnameler, yasama organının bir yasa ile düzenleme yetkisini vermesi ile gerçekleştirilebilmektedir. Esasında bu tipteki kararnameler daha ziyade idari düzenleyici işlem kategorisinde yer almaktadır<sup>35</sup>. Ancak bu Latin Amerika'da sıkça görülen bir durum değildir. Yani çok az ülkede bu şekildeki yetki yasaları ile yasaları değiştirme ve yasa gücünde işlem yapma yetkisi yürütme organına bırakılmaktadır<sup>36</sup>. Ne var ki, yasama organı tarafından yetki devriyle yapılan yürütme kararnameleri her zaman için anayasal sınırlar dahilinde kalmayabilmektedir. Örnek vermek gerekirse, Anayasayı zorlayarak, yasa gücünde işlem yapacak şekilde çerçevesi çizilmeden, oldukça geniş devredilmiş yetki olgusuna Arjantin örnek olarak verilebilir. Arjantin Anayasasının 76. maddesi, kamusal kriz hallerinde ve idari konularda çerçevesi çizilerek, Kongre tarafından, kararname yapma yetkisinin bir yasa ile verilebilmesine izin vermektedir. Bu kararnameler yasa gücündedir ve Arjantin Yüksek Mahkemesi bu yetkiyi onaylamıştır<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Carey/Shugart, *Calling Out*, s. 12.

<sup>36</sup> Carey/Shugart, *Calling Out*, s. 12-13.

<sup>37</sup> Ayrıntılar için bkz. Rose-Ackerman, S./Desireto, D. A./Violosin, N.: "Hyper-Presidentialism: Separation of Powers without Check and Balances in Argentina and



İkinci tipte yer alan kararnameler, Boyunsuz'un belirttiği üzere<sup>38</sup>, anayasa ile kriz zamanlarında belli bir süre için başkanlara verilen, kriz nedenini ortadan kaldırmaya yönelik olağanüstü yetkilerin bir parçası olarak düşünölmüş işlemlerdir. Pek çok Latin Amerika ölkesinde doğrudan anayasa tarafından başkanlara verilen, geniş anlamda kriz ve gereklilik kararnameleri şeklindeki düzenlemelerdir. Herhangi bir olağanüstü hal dönem ilanı gerekmeden, başkanın takdirine göre kullanılmaktadırlar. Bununla beraber olağanüstü dönem ilanı yasama organı tarafından yapıldığında, başkanlara bu krizi çözmek için gereken finansal kaynakları kullanma dahil tüm tedbirleri alma yetkisi de devredilmektedir<sup>39</sup>. Kriz kararnameleri bakımından ilginç bir durum olarak Şili örnek verilebilir. Başkanlar Anayasaya göre olağanüstü hal, seferberlik, acil durum ilan edebilirler ve bu hallerde de oldukça geniş alanlarda kriz kararnameleri yapabilirler (Anayasa m. 32). Öte yandan koalisyonlu başkanlık sistemi, olağan hallerde olduğu gibi olağanüstü hallerde de bu yetkileri gereksiz hale getirmiştir. Var olan yetkilerin kullanılmasını gereksiz kılan başarılı başkanlık koalisyonları ile Şili, demokrasi seviyesini Pinochet günlerini çok geride bırakacak ileri seviyeye taşımış gözükmektedir<sup>40</sup>.

Ne var ki, Latin Amerika anayasal tarihinde Şili örneğinin aksine daha sık rastlanmaktadır. Genellikle başkanlar anayasaya uygunluğu tartışmalı kararnamelerle anılmaktadırlar. Buna ilişkin bilinen en aşırılaşmış örneklerden birkaçı, Arjantin'de Carlos Menem (1989-1999), Brezilya'da Fernando Collor de Mello (1991-1992), Venezuela'da Rafeal Caldera (1969-1974, 1994-1999), Peru'da Fujimori (2990-2000) olarak sayılabilir<sup>41</sup>.

Öte yandan burada Latin Amerika başkanlık sistemlerindeki kararnameler üzerinde kısaca bir değerlendirme yapmak gerekir. Demokratik meclisler, kendilerini politika oluşturma sürecine üç temel yoldan biri veya birkaçı aracılığıyla dahil ederler<sup>42</sup>: İlk olarak yaratıcı, politika oluşturma yükünün çoğunu omuzlayan yöneticiler oluşturarak ve parçalayarak bunu yaparlar. İkinci olarak proaktif, kendi yasama tekliflerini başlatarak ve geçirerek

Philippines", Berkeley Journal of International Law, C. 29, S. 1, 2011, 246-333, s. 257 vd.

<sup>38</sup> **Boyunsuz**, Şule Özsoy: Dünyada Başkanlık Sistemleri, İmge Kitabevi, Ankara 2017, s. 129.

<sup>39</sup> **Rose-Ackerman/Desierto/Volosin**, s. 258.

<sup>40</sup> **Boyunsuz**, s. 131.

<sup>41</sup> **Boyunsuz**, s. 132.

<sup>42</sup> **Cox**, Gary W./**Morgenstern**, Scott: "Latin America's Reactive Assemblies and Proactive Presidents", Comparative Politics, C. 33, S. 2, 2001, 171-189, s. 171.

bunu gerçekleştirirler. Nihai olarak, yürütme tekliflerini değiştirerek ve/veya veto ederek reaktif güçlerini ortaya koyarlar. Avrupa parlamentoları, yaratıcı/tepkisel meclislerin başlıca örnekleridir. ABD kongresi ve ABD eyaletlerinin meclisleri, proaktif/reaktif meclislerin başlıca örnekleridir. Latin Amerika'da ise, yasama organları genellikle sevmedikleri başkanları görevden alamazlar ve kendi yasama önerilerini oluşturacak kaynaklardan yoksundurlar. Bu nedenle, ne yaratıcıdır ne de proaktif mahiyeti haizdirler; onlar sadece reaktif niteliktedirler.

Ancak Latin Amerika yasama organlarının yalnızca reaktif olmaları, işlevsiz oldukları anlamına gelmez<sup>43</sup>. Latin Amerika başkanları zaman zaman siyasi sürece hakim olurken, diğer zamanlarda kendi siyasetlerini tayin etmek için genel stratejilerinin bir parçası olarak politika tavizleri vermektedirler. Başkanı sivil siyasi evrenin merkezi aktörü olarak görülmeye devam edilse bile, (olası) bir yasama vetosu beklentisi teoride onun eylemlerinin çoğunu şart koşmaktadır. En otokratik kafalı başkan için bile en uygun strateji, yasama organı yokmuş gibi davranmak ve istediği politikaları önermek, ardından yasama organı onayını reddettiğinde aşırı tepki vermek değildir. Bunun yerine, "en ucuz" strateji, genellikle, mümkün olduğunca çok sayıda yasama oyu, gerekli marjinal oyları güvence altına almak için diğer varlıkları (patronaj gibi) koruyarak, yalnızca esasa göre bir araya getirmek olmaktadır.

Carey ve Shugart'ın belirttikleri gibi<sup>44</sup>, bir yürütme politikasını kararnameyle uygularken, yürütmenin politikayı belirlediği sonucuna varılabilir ve bu gerçekten de böyle olabilir. Ancak yürütmenin başka bir siyasi aktörün, örneğin yasama organının tercihlerini öngörmesi de söz konusu olabilir. Sadece eylemi gözlemleyerek, bu iki yorumun göreceli değerlerini değerlendirmenin bir yolu yoktur. Bununla birlikte, yürütme kararnamesi yetkisine ilişkin ampirik çalışmalar, ezici bir çoğunlukla önceki yorumu desteklemiştir ve bunun sonucunda sıklıkla bu tür çalışmalar korkunç sonuçlara ulaşmıştır.

Przeworski, 1980'lerde birçok Latin Amerika hükümeti tarafından kararnamelerle uygulanan ekonomik reform paketlerini değerlendirirken şu sonuca varmıştır<sup>45</sup>: "*Böylece demokrasi zayıflar. Siyasi süreç seçimlere,*

<sup>43</sup> Cox/Morgenstern, s. 171.

<sup>44</sup> Carey/Shugart, Calling Out, s. 3.

<sup>45</sup> Przeworski, Adam: Democracy and the Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America, Cambridge University Press, New York 1991, s. 186-187.

*kararnamelere ve ara sıra protesto patlamalarına indirgenmiştir. Hükümet, otoriter bir tarzda, ancak çoğu zaman fazla baskı olmadan kararnameyle yönetir. Devletteki tüm güç yürütmede toplanmıştır, ancak yine de ekonomiyi yönetmede etkisizdir. İnsanlar oy vermek için düzenli bir şansa sahiptir, ancak seçme şansına sahip değiller.”*

Ne var ki, yeni demokrasilerde “kararnameyle hükümet”in en çok kabul gören yorumu, bu uygulamayı, otoriterlikten demokrasiye ve devletçilikten piyasa ekonomisine “ikili” geçişler yaşayan ülkelerin karşılaştığı zorluklarla ilişkilendirmiştir. 1980’lerin ortalarından bu yana Bolivya, Arjantin, Peru ve Brezilya gibi demokratikleşen ülkelerin istikrar planlarını ve yapısal reformları kararnamelerle benimsediğini gözlemleyerek, demokratik geçişler kararname pratiğini görme konusunda neredeyse oybirliğiyle bir fikir birliğine<sup>46</sup> varmışlardır.

### **C. Türkiye’de Cumhurbaşkanının Kararname Yetkisi Üzerine Bir Değerlendirme**

2017 Anayasa değişikliği, 1982 Anayasasında hükümet sistemine ilişkin köklü değişiklikler yapmış olmakla birlikte, sistem içerisinde yürütmenin yasa hükmünde ve asli mahiyette işlem gerçekleştirme yetkisinde de mühim farklılıklar ihdas etmiştir. Gerçekten de, 6771 sayılı Kanun beraberinde hem olağan dönemde hem de olağanüstü hal döneminde ihdas edilen kanun hükmünde kararnamelerin yerine Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi şeklinde adlandırılan düzenleyici işlemi ikame etmiştir. Burada hemen belirtelim ki, gerek olağan dönem gerek olağanüstü hal döneminde ihdas edilen Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, herhangi bir yetki kanununa gerek duymaksızın ilk elden çıkarılmaktadır. Böyle olmakla, ülkemiz anayasal sisteminde yürütme organı kanuna dayanmadan asli nitelikte düzenleyici işlem gerçekleştirme yetkisine, önceden ihdas edilen olağanüstü hal kararnameleri hariç tutulursa, sahip olmuştur.

Yukarıda değindiğimiz karşılaştırmalı başkanlık sistemlerinde yürütme organının asli nitelikte kanuna dayanmaksızın düzenleyici işlem gerçekleştirme yetkisinin, hükümet sisteminde özellikle Latin Amerika başkanlık sistemleri düşünüldüğünde oldukça belirleyici olduğunu söyleyebiliriz. Ancak yine de, başkanlara tanınan asli nitelikte düzenleyici işlem gerçekleştirme yetkisinin hükümet sistemi ile olan etkileşimini gerçek olarak anlamlandır-

<sup>46</sup> Bu konuda bkz. **Haggard, Stephan/Kaufman, Robert**: The Political Economy of Democratic Transitions, Princeton University Press, Princeton ve New Jersey 1995.

mak için, yürütme-yasama ilişkisi ve anayasal silahlar bağlamında ele almak gerektiği kanısındayız<sup>47</sup>. İşte tam bu noktada, erkler ayrılığı çerçevesinde bir sistemin fren-denge mekanizmalarına sahip olup olmadığı sorunu doğmaktadır. Bunun yanında, yine yargı organının tam anlamıyla bağımsız ve tarafsız olup olmadığı da oldukça önem taşımaktadır.

Tüm bu açıklamalar değerlendirildiğinde; Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde;

- a. Yasama, işlevini kaybetmeye doğru bir yönelim içindedir. (Seçimlerin Meclis tarafından yenilenmesinin üye tamsayısının beşte üçünü gerektirmesi + CB, CB yardımcıları ve bakanların Yüce Divana sevki için üçte iki oran gerekmesi + kanunların CB tarafından geri gönderilmesi halinde üye tamsayısının salt çoğunluğunun gerekmesi + anayasa değişikliği için beşte üç ve üçte iki oran gibi zorunluluklar)
- b. Yargı organı Cumhurbaşkanının atama yetkileri düşünüldüğünde bağımsızlığından ve tarafsızlığından taviz vermiştir.
- c. Özellikle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı hukuk ihdası rejiminde önemli bir paydaş olmaktadır.
- d. Söz konusu bu anayasal kurgu doktrinde ve bizim çalışmamızda demokrasiyi havaleci kılmakta, rejimi yarışmacı otoriterizm rengine bulanmaya elverişli hale getirmektedir.
- e. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde parlamenter hükümet sisteminin temel bir unsuru olarak yasamanın feshi söz konusudur. Ancak ilginçtir, bu gibi parlamenter hükümet sistemine özgü kurumların sisteme enjekte edilmiş olması, sistemi parlamenter sisteme benzetmemekte, tersine hiper başkanlık sistemine dönüştürmektedir.

Söz konusu bu tespitler Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin daha ziyade Latin Amerika başkanlık sistemlerine benzediğini ortaya koymaktadır. Gerçekten de Latin Amerika ülke anayasaları şu türden özellikleri havidir;

---

<sup>47</sup> Yasama-yürütme ilişkileri, demokratik bir siyasi sistemin geleneksel üç dalından ikisi (elbette üçüncüsü yargıdır) arasındaki etkileşimi karakterize eden süreçleri ve yöneten kurumları ifade eder. Bu, hükümetin oluşumunu düzenleyen yasal (anayasal ve yasal) hükümlerin, meclisin seçilmesine ilişkin kuralların, bu dalların her birinin oluşumunun diğerlerinin performansını nasıl etkilediğinin, mevzuat oluşturma kurallarının dikkate alınmasını gerektirir. **Cheibub**, Jose Antonio/**Limongi**, Fernando: "Legislative-Executive Relations", içinde Comparative Constitutional Law, Ed. Tom Ginsburg ve Rosalind Dixon, Edward Elgar, Northampton 2011, 211-234, s. 211.

- a. Başkana kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmek suretiyle yasama organının devre dışı bırakılabilmesi ya da yasama yetkisinin yürütme tarafından da kullanılabilmesi (Örneğin Brezilya, Anayasa m. 91).
- b. Karşı imza kuralı (Brezilya Anayasa, m. 91/1, Şili, Anayasa m. 35/4).
- c. Başkana veya genel çerçevede yürütme organına kanun teklifinde veya yasama girişiminde bulunma yetkisi verilerek yasama yetkisinin kullanımına ortak edilmesi (Brezilya, Anayasa m. 77, Şili, Anayasa m. 62/4).
- d. Başkana yasama organını fesih yetkisinin verilmesi (Şili Anayasa, m. 62/4, Uruguay, Venezuela).
- e. Başkan tarafından atanmış ve çoğu zaman başı olmayan bir hükümetin varlığı ve bakanların yasama organıyla ilişkilerinin devam ettirilmesi (Brezilya, Anayasa m. 91, 92).
- f. Gensoru kurumuna yer verilmesi (Arjantin, Anayasası m. 101/1, Guatemala, Uruguay, Venezuela).
- g. Bakanlar kurulunun varlığı (Arjantin, Anayasa m. 100).
- h. Üst düzey kamu görevlilerinin atanmasında veya yargı üyeliklerine seçme ve atamalarda diğer kuvvetlerin devre dışı bırakılması.

Öte yandan burada kısaca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi üzerindeki etkisini incelemek gerekir. Bu husus, yasama ve yürütme organları arasındaki fonksiyonel ayrılığını deşifre etmeye yardımcı olacaktır. Yasama ve yürütme organları arasındaki fonksiyonel denge, bunların hukuk ihdası rejiminde paydaş olup olmadıkları bakımından önem taşımaktadır.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde, ABD prototip başkanlık sisteminin aksine Cumhurbaşkanına hem olağan hem olağanüstü hallerde yasa hükmünde kararname yetkisi tanınmaktadır. Ne var ki burada<sup>48</sup>, Fransız anayasal düzeninde olduğu şekliyle çift başlı yürütme erki söz konusu bulunmamaktadır. Böyle olunca, yürütme erki bünyesinde kurumsal ve fonksiyonel dengenin kurulması da mevzu bahis değildir; çünkü yürütme monist yapıdadır.

<sup>48</sup> **Ertas**, Türker: “Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Karşılaştırmalı Anayasal Düzenlerdeki Benzer İşlemlerle Kıyaslanması ve Türk Hükümet Sistemine Etkisi”, Kamu Hukukçuları Platformu, İstanbul 18-19 Ekim 2019, 1-30, s. 26-27.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, yürütmenin yegâne sahibi konumundaki Cumhurbaşkanına olağanüstü yetki yüklemektedir. Böyle olmakla Cumhurbaşkanı, ülkede yegâne politika inşa edici ve hukuk ihdas edici makamı haline dönüşmüştür. Yücel'in de belirttiği gibi<sup>49</sup>, bu işlem türü vasıtasıyla Cumhurbaşkanı norm ihdas edicilik faaliyetine, kendisine karışılmaz şekilde paydaş haline gelmektedir. Ayrıca kural işlemler mahiyetini haiz yönetmelikleri ihdas etme yetkisini haiz olan Cumhurbaşkanı, ilanı kendi yetki inisiyatifinde olan olağanüstü hal durumu sayesinde etkin bir politik manevra kabiliyetini haizdir. Keza, aynı mevzuda bir kanun çıkarılma girişiminde bulunulması halinde sahip olduğu “güçleştirici veto” yetkisi sayesinde yürütme alanı dışındaki “yasama belirleyiciliğini” de sağlayabilmektedir.

Bu da karşımıza “havaleci demokrasi” kavramını çıkarmaktadır. Kavramı ortaya atan Guillermo O'Donnell'a göre<sup>50</sup>;

*a. “Havaleci demokrasiler, başkanlık seçimini kazanan kişinin, yalnızca mevcut güç ilişkilerinin katı gerçekleriyle ve anayasal olarak sınırlı bir görev süresiyle sınırlandırılarak, uygun gördüğü şekilde yönetme hakkına sahip olduğu öncülüne dayanır. Başkan, ulusun somutlaşmış ve çıkarlarının ana koruyucusu ve tanımlayıcısı olarak kabul edilir. Hükümetinin politikalarının, kampanyasının vaatlerine dair hiçbir benzerlik taşıması gerekmemektedir; başkana en iyi düşündüğü şekilde yönetme yetkisi ve takdiri verilir. Bu baba figürünün tüm ulusla ilgilenmesi gerektiği için, onun siyasi temelli orijinal bir hareketi olmalı, hizipçiliğin ve partilerle bağlantılı çatışmaların sözde canlı bir şekilde üstesinden gelmelidir. Tipik olarak, havaleci demokrasilerde kazanan başkan adayları kendilerini hem siyasi partilerin hem de örgütlü çıkarların üzerinde gösterirler. Bütün ulusu temsil ettiğini iddia eden biri için başka türlü zaten olamaz. Bu görüşe göre, diğer kurumlar -örneğin mahkemeler ve yasama organları- demokratik olarak seçilmiş bir başkan olmanın yerel ve uluslararası avantajlarına bağlı olarak gelen baş belalarıdır. Bu tür kurumlara karşı hesap verebilirlik, başkanın kullanması için delege edilen tam yetkiye sadece bir engel olarak görünmektedir.”*

<sup>49</sup> Yücel, Bülent: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Hakkında Bir Siyasal Niteleme: ‘Yasamasızlaştırma’ Sürecinin Son Halkası”, Kamu Hukukçuları Platformu, İstanbul 18-19 Ekim 2019, 1-36, s. 29.

<sup>50</sup> O'Donnell, Guillermo: “Delegative Democracy”, Journal of Democracy, C. 5, S. 1, 1994, 55-69, s. 59-62.

b. *“Havaleci demokrasi, demokratik geleneğe yabancı değildir. Temsili demokrasiden daha demokratik, ancak daha az liberaldir. Havaleci demokrasi genellikle çoğunlukçudur. Temiz seçimler yoluyla, belirli bir süre boyunca, ulusun yüksek çıkarlarının somutlaşmış ve yorumlayıcısı olmak için birini yetkilendiren bir çoğunluk oluşturmaktan ibarettir. Seçimlerin ilk turu net bir çoğunluk oluşturmazsa, havaleci demokrasiler genellikle ikinci tur seçimler gibi araçlar kullanır. Bu çoğunluk, meşru yetki devri mitini desteklemek için yaratılmaktadır. Ayrıca, havaleci demokrasi son derece bireycidir, ancak Lockeçu bir yoldan ziyade Hobbesçudur: Seçmenlerin, kimlikleri ve aidiyetleri ne olursa olsun, ülkenin kaderi için sorumluluk almaya en uygun bireyi seçmeleri beklenir. Havaleci demokrasilerdeki seçimler çok duygusal ve yüksek bahisli bir olaydır; adaylar, çıplak, kurumsallaşmamış güç ilişkileri tarafından dayatılanlar dışında neredeyse tüm kısıtlamalardan bağımsız olarak yönetme şansı için yarışır. Seçimden sonra, seçmenlerin/delegelerin, başkanın yaptıklarının pasif ama tezahürat yapan bir izleyicisi olması beklenmektedir.”*

c. *“Yürütme gücünü oluşturan aşırı bireycilik, Leviathan’ın organikçiliği ile iyi birleşir. Ulus ve onun ‘otantik’ siyasi ifadesi, lider ve onun ‘Hareket’i canlı organizmalar olarak varsayılır. Lider, dağılmış parçalarını uyumlu bir bütün halinde birleştirerek ulusu iyileştirmek zorundadır. Siyaset kurumu kargaşa içinde olduğundan ve var olan sesler yalnızca parçalanmışlığı yeniden ürettiğinden, delegasyon ulusun sağlığını geri kazandıracak nahoş ilaçları uygulama hakkını (ve görevini) içerir. Buna göre, yalnızca kafanın, yani başkanın gerçekten bildiği açıktır: Başkan ve en güvendiği danışmanları siyasetin alfa ve omegasıdır. Ayrıca milletin bazı sorunları ancak yüksek teknik kriterlerle çözülebilir. Bu arada, ister kongreden, isterse siyasi partilerden, çıkar gruplarından veya sokaklardaki kalabalıklardan gelen direnişin görmezden gelinmesi gerektiği ‘açıktır’. Bu organikçi söylem, teknokratların kuru argümanlarına pek uymamakta ve yetki devri efsanesi tamamlanmaktadır: Başkan, kendisini çoğu siyasi kurumdan ve örgütlü çıkarlardan yalıtmakta ve ‘kendi’ politikalarının başarı ve başarısızlıklarının sorumluluğunu tek başına taşımaktadır.”*

Tüm bu tespitlerin doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin özellikle Anayasa Mahkemesi tarafından sınırları net tespit edilmelidir. Aksi halde, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde var olan frensizlik ve denge-sizlik demokrasinin rengini “havaleci” kılabilir.

## SONUÇ

Kuvvetler ayrılığı düşüncesinin önemli düşünürlerinden Locke demektedir ki; “yasama, yasa yapma yetkisini başka organlara devredemez. Bu yetki yasamaya halk tarafından devredilmiştir. Sonuç olarak devredilen yetki devredilemez<sup>51</sup>. Bu ilke modern anayasacılığın ve ABD anayasacılığının önde gelen ilkesidir. Ancak bu ilke özellikle başkanlık sisteminin bozulmuş hallerinde adeta erozyona uğramıştır. Öyle ki, Sartori kararname yetkisi için işlemeyen bir sistemin fonksiyonel olmayan yanıtı demiştir. Buna göre yürütme yoluyla yönetim kararname ekseninde bir salgındır<sup>52</sup> (Nitekim Brezilya’da başkan Melo döneminde 48 saatte bir kararname çıkarılmıştır). Gerçekten de bir araştırmaya göre<sup>53</sup> başkanlık sistemlerinin üçte ikisinde bu yetkiye rastlanmaktadır. ABD’de bu yetki açıkça anayasada yazılı değildir; ancak 2. maddeden yola çıkılmaktadır. Uygulamada executive order (yürütme emri) adıyla bu türden kararname çıkarılabilmektedir. Fakat Kongre önceden “anlaşılır ilkeleri” (intelligible principles) belirler ve bu zemin üzerinden kararname çıkarılır. ABD’deki hal bu şekilde olmakla beraber, başkanlık hükümet modelinin başka örnekleri için durum biraz daha değişiktir<sup>54</sup>.

Kanun hükmünde kararname yetkileri, yürütmeye kanun gücüyle bağlayıcı kurallar koyma yetkisini verir ve tüm anayasaların yaklaşık üçte ikisinde bulunan, modern hükümetlerin önemli bir özelliğidir. Kararname yetkilerinin tasarımı, ülke örnekleri arasında büyük farklılıklar gösterir ve bunların gerekçesi ve dağılımı daha geniş biçimde siyasi sisteme bağlıdır.

Carey ve Shugart kararname yetkisine ilişkin olarak bir çalışmalarında şu sonuca varmaktadırlar<sup>55</sup>: “*Kararname yetkisinin bu incelemesinden çı-*

<sup>51</sup> **Locke**, John: *Second Treatise of Government*, Cambridge University Press, Cambridge 1981, s. 380-381.

<sup>52</sup> **Sartori**, Giovanni: *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 213.

<sup>53</sup> Bunun için bkz. **Şirin**, Tolga: “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı”: *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 7, S. 14, 2018, 289-356, s. 290-291.

<sup>54</sup> Örneğin Latin Amerika’da Arjantin (md. 99, 100), Bolivya (md. 172), Brezilya (md. 62, 84), Ekvador (md. 140, 147-148, 164-166, 425), El Salvador (md. 163), Guatemala (md. 183), Honduras (md. 187, 245-248), Kolombiya (md. 150, 189, 212-215), Nikaragua (md. 138, 150, 151, 185), Şili (md. 32, 35, 64), Paraguay (md. 238), Peru (md. 104, 118, 125), Uruguay (md. 168) ve Venezuela (md. 236, 336) anayasalarında yürütme erkinin düzenleme yetkisi (bazılarında anayasal kararname yetkisi olarak, bazılarında ise delege edilen kararname yetkisi şeklinde) açıkça düzenlenmiştir.

<sup>55</sup> Bkz. **Carey**, John M./**Shugart**, Matthew S.: “Institutional Design and Executive Decree”, içinde *Executive Decree Authority*, Ed. John M. Carey ve Matthew Soberg Shugart, Cambridge University Press, New York 1998, 274-299, s. 294.



*kardığımız temel bir sonuç, yürütme kararnamesinin geleneksel yorumunun -gasp yorumu dediğimiz şeyin- abartıldığıdır. Elbette, yöneticilerin kararname veya olağanüstü hal adı altında görevlerinde anayasal sınırların ötesinde hareket ettikleri ünlü vakalar vardır; ve bunu yaptıklarında, süreç içinde yasama organlarını marjinalleştirdiler ve hatta yasama organlarına karşı doğrudan harekete geçtiler. Aynı zamanda, yöneticilerin anayasa oluşturma ve değiştirme süreci üzerinde etki uyguladıkları durumlarda, meclislerin anayasa yapımına hakim olduğu zamandan daha fazla anayasal kararname yetkisi sağlama eğiliminde oldukları ve sonuç olarak, bu tür yöneticilerin yasama organlarına göre politika üzerinde daha fazla takdir yetkisini kurumsallaştırdıkları da bir durumdur. Bununla birlikte, yürütme kararnamesi her zaman -veya genellikle- bir 'tankların çağrılması' durumu değildir ve bizim kararname olarak gözlemlediğimiz şey, çoğunlukla anayasalarda bulunan yetkilere olduğu kadar yasama organlarından verilen yetkiye de dayanmaktadır. Ayrıca, kararnamenin gözlemlendiği sistemlerin kurumsal özelliklerini incelediğimizde, kararnamenin yasama çıkarlarının -politika çıkarlarının veya kurumsal çıkarların- marjinalleştirildiği anlamına gelmediği önermesiyle tutarlı örüntüler buluyoruz.”*

Kanaatimizce kararname yetkisinin, başkanlık sistemlerinde parlamenter hükümet sistemlerinin aksine bir abartı içerdiği savı yerindedir. Gerçekten de, parlamenter hükümet sistemlerinde kararname yoluyla yönetim istisnaidir, aciliyetin bir gereğidir ve sıkı şartlara bağlıdır. *Decretismo*, yani parlamentoyu aşarak kararname yoluyla yönetim ise, Latin Amerika'nın büyük bölümünde yaygındır<sup>56</sup>. Sonuç olarak ne şekilde karşımıza çıkarsa çıksın, başkanlara verilen yasa gücünde işlem yapma yetkileri yasama organlarını işlevsizleştiren, bertaraf eden ve dolayısıyla demokrasiyi zayıflatan hiperbaşkanlık rejimlerinin temel araçlarından biridir denilebilir<sup>57</sup>. Dolayısıyla ülkemiz anayasal sistemindeki Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin de bu bakımdan ele alınması yerinde olur.

<sup>56</sup> Sartori, s. 212-213.

<sup>57</sup> Boyunsuz, s. 135.

## KAYNAKÇA

- Aslan**, Volkan: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname İle Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 36, S. 1, 2019, 139-161.
- Aslan**, Volkan: *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye’de Kararname Yetkisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- Baranger**, Denis/**Murray**, Christina: “Systems of Government”. *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Ed. Mark Tushnet, Thomas Fleiner ve Cheryl Saunders, London and New York 2013.
- Bonvecchi**, Alejandro/**Scartascini**, Carlos: *The Presidency and the Executive Branch in Latin America*. Inter American Development Bank, December 2011.
- Boyunsuz**, Şule Özsoy: *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, İmge Kitabevi, Ankara 2017.
- Carey**, John M./**Shugart**, Matthew Soberg: “Calling out the Tanks or Filling out the Forms”. içinde *Executive Decree Authority*, Ed. John M. Carey ve Matthew S. Shugart, Cambridge University Press, New York 1998, 1-33.
- Carey**, John M./**Shugart**, Matthew S.: “Institutional Design and Executive Decree”, içinde *Executive Decree Authority*, Ed. John M. Carey ve Matthew Soberg Shugart, Cambridge University Press, New York 1998, 274-299.
- Chemersinsky**, Erwin: *Constitutional Law - Principles and Policies*, Aspen Law & Business, 3. Baskı, New York ve Gaithersburg 2006.
- Cheibub**, Jose Antonio/**Elkins**, Zachary/**Ginsburg**, Tom: “Latin Amrican Presidentialism in Comparative and Historical Perspective”, *Texas Law Review*, C. 89, 2011, 1707-1739.
- Cheibub**, Jose Antonio/**Limongi**, Fernando: “Legislative-Executive Relations”, içinde *Comparative Constitutional Law*, Ed. Tom Ginsburg ve Rosalind Dixon, Edward Elgar, Northampton 2011, 211-234.
- Cox**, Gary W./**Morgenstern**, Scott: “Latin Aemrica’s Reactive Assemblies and Proactive Presidents”, *Comparative Politics*, C. 33, S. 2, 2001, 171-189.

- Elgie**, Robert: “Presidentialism, Parliamentarism and Semi-Presidentialism: Bringing Parties Back In”, *Government and Opposition*, C. 46, S. 3, 2011, 392-409.
- Eren**, Abdurrahman: *Anayasa Hukuku Ders Notları, On İki Levha Yayınları*, İstanbul 2018.
- Eren**, Abdurrahman: “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnemelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 36, S. 1, 2019, 1-72.
- Ertas**, Türker: *Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki İlişkiler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Ertas**, Türker: “Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Karşılaştırmalı Anayasal Düzenlerdeki Benzer İşlemlerle Kıyaslanması ve Türk Hükümet Sistemine Etkisi”, *Kamu Hukukçuları Platformu*. İstanbul 18-19 Ekim 2019, 1-30.
- Esen**, Selin: “Başkanlık Rejimi Nedir?”, içinde *Türkiye’nin Anayasa Gündemi*, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2016, 84-88.
- Haggard**, Stephan/**Kaufman**, Robert: *The Political Economy of Democratic Transitions*. Princeton University Press, Princeton ve New Jersey 1995.
- Jellinek**, Georg: *Gesetz und Verordnung: Staatsrechtliche Untersuchungen auf Rechtsgeschichtlicher und Rechtsverleichender Grundlage*, Freiburg 1887.
- Locke**, John: *Second Treatise of Government*, Cambridge University Press, Cambridge 1981.
- Linz**, Juan J.: “The Perils of Presidentialism”, *Journal of Democracy*, C. 1, S. 1, 1990, 51-69.
- Mainwaring**, Scott/**Shugart**, Matthew: “Juan Linz, Presidentialism, and Democracy: A Critical Appraisal”, *Kellogg Institute Working Paper*. July 1993, 1-26.
- Martinez**, Jenny S.: “Horizontal Structuring”, içinde *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Ed. Michel Rosenfeld and Andras Sajó, Oxford University Press, Oxford 2012.
- O’Donnell**, Guillermo: “Delegative Democracy”, *Journal of Democracy*, C. 5, S. 1, 1994, 55-69.

- Przeworski**, Adam: *Democracy and the Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, Cambridge University Press, New York 1991.
- Puente**, J. Irizarry Y.: “Nature and Powers of a De Facto Government in Latin America”, *Tulane Law Review*, C. 30, 1995, 15-72.
- Rose-Ackerman**, S./D. A. Desireto/N. Violosin: “Hyper-Presidentialism: Separation of Powers without Check and Balances in Argentina and Philippines”, *Berkeley Journal of International Law*, C. 29, S. 1, 2011, 246-333.
- Sajo**, Andras: *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Central European University Press, Budapest 1999.
- Sala**, Brian R.: “In Search of the Administrative President: Presidential Decree Powers and Policy Implementation in the United States”, içinde *Executive Decree Authority*, Ed. John M. Carey and Matthew Soberg Shugart, Cambridge University Press, New York 1998, 254-274.
- Sartori**, Giovanni: *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, (Çev. Ergun Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara 1997.
- Shugart**, Matthew S./Carey, John M.: *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge University Press, Cambridge 1992.
- Shugart**, Matthew S./Mainwaring, Scott: “Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate”, içinde *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Ed. Scott Mainwaring ve Matthew S. Shugart, Cambridge University Press, United States of America 1997, 12-54.
- Şirin**, Tolga: “ ‘İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı’: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 7, S. 14, 2018, 289-356.
- Yıldırım**, Turan: “İdari İşlemler”, içinde *İdare Hukuku*, Ed. Turan Yıldırım, On İki Levha Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2018, 291-408.
- Yücel**, Bülent: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Hakkında Bir Siyasal Niteleme: ‘Yasamasızlaştırma’ Sürecinin Son Halkası”, *Kamu Hukukçuları Platformu*, İstanbul 18-19 Ekim 2019, 1-36.



**TBK 548'E GÖRE TİCARİ TEMSİLCİNİN  
TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI AÇISINDAN  
İKİ ÖNEMLİ KAVRAM:  
ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İYİNİYETİ VE İŞLETME AMACI**

*(Araştırma Makalesi)*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1089744>

**Dr. Öğr. Üyesi Ferhat KAYIŞ\***

**Öz**

*Ticari temsilci, sahip olduğu temsil yetkisi gereği tacir yardımcılarları arasında önemli bir konuma sahiptir. Öyle ki bağlı tacir yardımcısı olmasına rağmen, diğer tacir yardımcılarının tamamından daha fazla temsil yetkisine sahiptir. Dolayısıyla ticari temsilciyle işlem yapan kimselerin, söz konusu işlemin temsil yetkisinin kapsamına girip girmediğini önceden bilmeleri gerekir. Bu yüzden kanun koyucu, ticari temsilcinin temsil yetkisini düzenlerken, işlem güvencesi bakımından sınırlarını kanunla çizmiştir. Gerçekten de TBK 548'de temsil yetkisinin kapsamı düzenlenerek, bu noktada ortaya çıkabilecek tereddütler giderilmek istenmiştir. Bu açıdan ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamını tayin etme bakımından söz konusu düzenlemenin doğru ve getiriliş amacına uygun yorumlanması önem arz etmektedir.*

*Bu çalışmada TBK 548 hükmü çerçevesinde öncelikle ticari temsilci kavramı ve özellikleri üzerinde durulmuş; Alman ve İsviçre hukukunda ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamına genel hatlarıyla değinilmiştir. Daha sonra düzenlemede geçen iyiniyetli üçüncü kişi ifadesi tekelinde iyiniyet kavramı açıklanmış, üçüncü kişinin iyiniyete dayanamayacağı durumlar ortaya konmuştur. Yine çalışmada temsil yetkisinin doğal hukuki sınırını oluşturan işletme amacının ticari işletmeler ve şirketler yönünden ne anlama geldiği ele alınmıştır. Son olarak da, ticari temsilcinin kambiyo taahhüdünde bulunmasının hukuki sonuçlarına değinilmiştir.*

\* Anadolu Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi, Eskişehir (ferhatkayis@anadolu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-9970-6075 (Geliş Tarihi: 18.10.2021-Kabul Tarihi: 09.02.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**Anahtar Kelimeler**

*Ticari temsilci, Temsil yetkisinin kapsamı, Üçüncü kişinin iyiniyeti, İşletme amacı, Kambiyo taahhüdü*

**ACCORDING TO TCO 548 TWO IMPORTANT CONCEPTS FOR  
THE SCOPE OF THE COMMERCIAL REPRESENTATIVE'S  
POWER OF ATTORNEY:  
GOOD FAITH OF THIRD PARTY AND MANAGEMENT GOAL**

*(Research Article)*

**Abstract**

*The commercial representative has an important position among the merchant assistants due to its representation. So much so that although he is a dependent assistant merchant, he has more representation authority than all other merchant assistants. Therefore, those who transact with a commercial representative should know in advance whether the transaction in question falls within the scope of their power of attorney. So the legislator, while regulating the power of representation of the commercial representative, has drawn its limits in terms of process security by law. Indeed, by arranging the scope of the power of representation in TCO 548, the hesitations that may arise at this point were tried to be eliminated. In this respect, it is important to interpret the said regulation correctly and in accordance with the purpose for which it was brought, in terms of determining the scope of the representative authority of the commercial representative.*

*In this study, first of all, the concept and characteristics of the commercial representative are emphasized within the framework of the TCO 548 provision and the scope of the representation authority of the commercial representative in German and Swiss law is mentioned in general terms. Then, the concept of good faith, containing in this regulation, is explained and the situations where the third party to the transaction cannot rely on good faith are revealed. Once more, in the study, what the management goal, which constitutes the natural legal limit of the power of representation, means in terms of commercial enterprises and companies is discussed. Finally, the legal consequences of the commercial representative's commitment to foreign exchange are mentioned.*

**Keywords**

*Commercial representative, The scope of the power of attorney, Good faith of third party, Management goal, Exchange commitment*

## GİRİŞ

Temsil ilişkisinin en yoğun şekilde karşılaşılan alanlardan birinin ticari işlemler olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bunun temel nedeni, çoğu zaman tek kişinin idare edemeyeceği büyüklükte olan ticari işletmelerin sevk ve idaresinde, tacirin az ya da çok temsil yetkisine sahip olan üçüncü kişilerin yardımına ihtiyaç duymasıdır<sup>1</sup>. Keza tacirlerin ürettiği mal ve hizmetleri, işletmesinin bulunduğu yerden farklı bölgelere sunma isteği, yine tacir yardımcılarının duyulan ihtiyacı ortaya çıkarır. Bazen de özellik arz eden bazı işlemlerde üçüncü kişilerin iş deneyimi ve tecrübesinden yararlanma arzusu, yine tacir yardımcılarının başvuru nedenlerinden biri olarak karşımıza çıkar<sup>2</sup>.

Tacir yardımcılarının çoğu, kural olarak az ya da çok temsil yetkisine sahip kişilerden oluşur<sup>3</sup>. Bu bağlamda temsil yetkisine sahip tacir yardımcılarında da ticari temsilci, en geniş yetkiye sahip tacir yardımcısı olarak ön plana çıkar. Dolayısıyla ticari temsil ilişkisinde ticari temsilcinin yetki alanının tespiti, uygulamadaki uyumsuzlukların çözümü açısından önem taşımaktadır. Nitekim TBK'da ticari temsilciler tanımlanırken, kanun koyucu bunlara ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde bulunmak üzere tacirin ticaret unvanını kullanarak işletme amacına giren her türlü işlemleri tacir adına yapma yetkisini bahsetmiştir (TBK 547/1). Bu denli geniş

<sup>1</sup> Bu hususta bkz. **Fissenewert**, Peter/**Güther**, Robert/**Howald**, Bert/Reich, Astrid: Der Prokurist, 2. Auflage, Haufe Verlag, München 2009, s. 12; **Demirkapı**, Ertan: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Ticari Temsileye İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel S. Yıl: 2010, s. 801, dn. 17. Tacir yardımcılarının duyulan ihtiyaç hakkında bkz. **Feyzioğlu**, Necmeddin Feyzi: "Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller", Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1978, s. 407.

<sup>2</sup> Nitekim bu yönde karış. **Şener**, Oruç Hami: Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 257. Ticari temsilcinin varlık sebepleri hususunda ayrıca bkz. **Uluslan**, İlhan: "İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Prokurist", Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1978, s. 630-633; **Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 726-728.

<sup>3</sup> Bu kuralın en önemli istisnası, simsar (tellal) ve aracı acentede karşımıza çıkar. Gerçekten de ticari işletmede çalışan müstahdemler bir yana, tacir yardımcılarında özellikle simsar ile aracı acentenin taciri temsil yetkisi bulunmamaktadır. Keza TBK 452/1 uyarınca aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça pazarlamacı, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkili kılınmıştır. Bu yüzden tacir yardımcısı olarak pazarlamacının da kural olarak temsil yetkisine sahip olmadığı ileri sürülebilir. Nitekim doktrinde aracı pazarlamacının da temsil yetkisinin olmadığı ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. **Kaya**, (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 764.



temsil yetkisine sahip bir kimsenin yapmış olduğu işlemin, taciri bağlayıp bağlamayacağını bilmek, hem işlemin karşı tarafı hem de tacir açısından önem arz eder. Bu doğrultuda kanun koyucu, TBK 548 hükmü ile ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamını kanunda açıkça düzenlemiştir<sup>4</sup>. TBK 548 düzenlemesi, temsil yetkisinin kapsamının belirlenmesi ve tacirin ticari temsilcinin yapmış olduğu işlemlerden hangi şartlar altında sorumlu tutulacağı yönünden çok önemli esaslar ortaya koymaktadır.

Bu çalışmada iyiniyet ve işletme amacı kavramları ekseninde ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamını düzenleyen TBK 548 hükmü incelenmektedir. TBK 548 düzenlemesi çerçevesinde tacirin, ticari temsilcinin yapmış olduğu işlemlerden hangi şartlar altında sorumlu tutulabileceğinin saptanması önem arz eder. Ticari temsilcinin yapmış olduğu işlemlerde, işlemin karşı tarafının iyiniyetli olup olmaması, tacirin söz konusu işlemlere bağlı olup olmayacağını tespit etme açısından önemli bir işleve sahiptir. Bu yüzden öncelikle TBK 548/1’de geçen iyiniyetli üçüncü kişi kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu çerçevede iyiniyet kavramıyla bağlantılı olarak işlemin karşı tarafının iyiniyet iddiasında bulunamayacağı durumlar tespit edilmeye çalışılmıştır. Benzer şekilde işlemin karşı tarafının basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü altında olmasının, iyiniyet karnesine dayanma üzerindeki etkilerine temas edilmiştir. Ayrıca çalışmamızın ana başlıklarından biri olan ve TBK 548’de zikredilen işletme amacı kavramı üzerinde durularak, ticaret ortaklıkları ve ticari işletmeler yönünden bu kavramın değerlendirilmesi yapılmıştır.

## I. TİCARİ TEMSİLCİ KAVRAMI VE TİCARİ TEMSİLCİNİN ÖZELLİKLERİ

Tacir yardımcıları, bağımlı ve bağımsız tacir yardımcıları olarak ikiye ayrılmaktadır. Bağımlı tacir yardımcılarının başında da en geniş temsil yetkisine sahip olan ticari temsilciler gelir. Ticari temsilcilğe ilişkin esaslar, Türk Borçlar Kanunu’nun 547 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. TBK 547/1’e göre ticari temsilci, işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere açıkça ya da örtülü olarak yetkilendirdiği kimsedir.

<sup>4</sup> Bkz. Şener, s. 6. Gerçekten de kanun koyucu, genel hükümlerin aksine ticari temsil bakımından ticari işlemlerin hukuki güvenliği ve açıklığına ilişkin pek çok düzenleme getirmiştir. Bu çerçevede ticari temsilciye ilişkin TBK 548, 549 ve 550; ticari vekile ilişkin TBK 551; diğer tacir yardımcıları açısından TBK 552; acente yönünden ise TTK 105, 106, 107 ve 108 düzenlemeleri bu minvalde zikredilebilir.

Ticari temsilciye ilişkin düzenlemeler çerçevesinde ticari temsilci ile ilgili bazı önemli özelliklere ulaşmak mümkündür.

Şöyle ki;

- Bir kimsenin ticari temsilci olabilmesi için her şeyden önce ortada bir ticari işletme bulunmak zorundadır. Bu durum, TBK 547/1'deki "*ticari işletmeyi yönetmek...*" ifadesinden çıkarılmaktadır. Bu açıdan esnaf işletmeleri için ticari temsilci tayin edilemez<sup>5</sup>. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda ise ticari işletme dışındaki işletmelere (özellikle esnaf işletmelerine) ticaret siciline tescil yoluyla ticari temsilci atanabiliyordu<sup>6</sup>.

- Ticari temsilci, tacirin doğrudan temsilcisi konumundadır. Bunu ise TBK 548/1'de yer alan "*işletme sahibi adına*" ibaresinden çıkarmak mümkündür<sup>7</sup>. Keza ticari temsilci, taciri temsilen işlem gerçekleştirirken TBK 547/1'de öngörüldüğü üzere tacirin ticaret unvanını kullanır yani işlemi tacir adına yapar; fakat kendi imzasını atar<sup>8</sup>. Bu yönüyle ticari temsilcinin taciri temsilen yapmış olduğu işlemler, hüküm ve sonuçlarını doğrudan tacirin hukuk alanında ortaya çıkarır. Başka bir ifadeyle ticari temsilci, taciri temsilen yapmış olduğu işlemlerde işlemin tarafı olmadığı gibi, işlemde doğan hak ve borçlar doğrudan tacire ait olur.

<sup>5</sup> Bu yönde bkz. **Pulaşlı**, Hasan: "Şirketler Hukukundaki Temsil ile Borçlar Kanunu'ndaki Ticari Mümessil ve Ticari Vekil Ayrımı", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, 2014/2, s. 8.

<sup>6</sup> Bu düzenlemenin mehzazını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'nda ise, ticari işletme dışındaki işletmelere ticaret siciline tescil yoluyla ticari temsilci atanabilmesi hükmü hala yürürlüktedir. Bu açıdan karşı. OR Art. 458/3. Nitekim ticari işletme niteliğinde olmayan işletmeler için atanacak ticari temsilcilerin ticaret siciline tescili de kurucu nitelikte kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. **Zihler**, Florian/**Krähenbühl**, Samuel: "Zeichnungsberechtigungen und Funktionen in der handelsregisterrechtlichen Praxis – Status quo und Vorschlag zur Entschlackung", REPRAX 3/2010, 2011, s. 57. Alman hukukunda ise esnaf işletmeleri bakımından ticari temsilci atanması kabul edilmemiştir. Bu hususta karşı. **Graf von Westphalen**, Friedrich: Die Prokura – Erteilung, Umfang, Mißbrauch und Erlöschen. Deutsches Steuerrecht, 32/93, 1993, s. 1186. Esnaf işletmesine ticari temsilci atanmaması yönünden, TBK 547 hükmü ile mehzaz İsviçre hukuk sisteminden ayrılarak Alman hukuk sistemine yaklaşılmıştır.

<sup>7</sup> 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda ise bu husus, "müessese sahibi hesabına" şeklinde sanki dolaylı temsil ilişkisi mevcutmuş gibi kullanılmış ve bu durum doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Bu açıdan bkz. **Kırca**, İsmail: Ticari Mümessillik, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 105, dn. 3.

<sup>8</sup> Bu çerçevede doğrudan temsili düzenleyen TBK 40/1 hükmü ile karşı. "Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunana bağlar."

- Ticari temsilci, kural olarak ticari işletmeye ait olağan ve olağanüstü her türlü işlemi gerçekleştirmeye yetkilidir. Olağan ve olağanüstü işlem ayırımı, ticari vekile ilişkin 551'deki düzenlemeden ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu, ticari vekili tanımlarken işletmenin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirilen kişi olduğunu (TBK 551/1); bu yetkinin de işletmenin alışılmış bütün yetkilerini kapsadığını; ödünç para verme, kambiyo taahhüdünde bulunma, dava açma ve açılmış davayı takip etme gibi işlemlerin ise alışılmışın dışında olduğunu (TBK 551/2) belirtmiştir<sup>9</sup>. Görüldüğü üzere kambiyo taahhüdünde bulunmak, ticari vekil açısından alışılmışın dışında bir işlemdir. Ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı belirlenirken ise, "kambiyo taahhüdünde bulunmak dâhil işletme amacına giren her türlü işlemi" yapabileceği hükme bağlanmıştır (TBK 548/1). TBK 548/1 ile 551 düzenlemeleri birlikte yorumlanırsa, ticari temsilcinin işletmeye ait olağan (alışılmış) ve olağanüstü (alışılmışın dışında) her türlü işlemi herhangi bir özel yetkiye ihtiyaç duymaksızın yapmaya yetkili olduğu sonucuna varılır.

- Ticari temsilcilik yetkisi, açıkça veya örtülü olarak verilebilmektedir<sup>10</sup>. Türk-İsviçre hukukunda söz konusu yetkinin örtülü olarak verilebilmesi mümkün iken, Alman hukukunda ticari temsilci sadece açık olarak tayin edilebilmektedir<sup>11</sup>. TBK 547/1 uyarınca temsil yetkisi herhangi bir duraksamaya yol açmayacak şekilde açıkça tanınabileceği gibi, ticari temsil yetkisinden bahsedilmeksizin tacirin yardımcısına çok geniş yetkiler bahsettiği durumlarda örtülü ticari temsilcilik ilişkisinden söz edilir<sup>12</sup>.

- Ticari temsilci olarak atanacak kimsenin, sadece gerçek kişi mi olacağı yoksa tüzel kişilerin de bu yolla ticari temsilci olarak tayin edilebileceği

<sup>9</sup> Söz konusu düzenlemeden ticari temsilcinin ticari işletmeyi ilgilendiren uyuşmazlıklarda avukat sıfatına sahip olmaksızın ve özel yetkiye gerek duymadan dava açıp açılmış davayı takip edebileceğini de vurgulamak gerekir. Böyle durumlarda Tebliğat Kanunu m.12 uyarınca bir ticari işletmenin işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, ticari temsilciye yapılacak tebliğin geçerli olacağı hükme bağlanmıştır.

<sup>10</sup> Ticari temsilci atamak, kural olarak tacirin isteğine bağlı olmakla birlikte, merkezi yurt dışında bulunan işletmelerin Türkiye'deki şubelerinin başına tam yetkili bir ticari temsilci atamak zorunludur. Bu hususta karşı. **Bahtiyar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 20 Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 217-218. Merkezi yurt dışında bulunan işletmelerin Türkiye'deki şubelerine atanacak tam yetkili ticari temsilci hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Kayış**, Ferhat: Ticari İşletmede Şube Kavramı ve Şube Olmaya Bağlı Hüküm ve Sonuçlar, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 273-278.

<sup>11</sup> Bu hususta karşı. OR Art. 458/1'deki "ausdrücklich (açık) oder stillschweigend (örtülü) ermächtigt ist" ifadesi ile HGB § 48'deki "nur mittels ausdrücklicher Erklärung (sadece açık irade açıklaması yoluyla) erteilt werden" ifadesi.

<sup>12</sup> Ticari temsilcilik ilişkisinin açık veya örtülü olarak verilebilmesi hususunda daha geniş açıklamalar için bkz. **Şener**, s. 88- 92.

hususunu doktrinde tartışmalıdır. Kanunda bu yönde herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Her ne kadar doktrindeki azınlık görüş, tüzel kişilerin ticari temsilci olarak tayin edilebileceğini ileri sürse de<sup>13</sup>, bizim de katıldığımız hâkim görüş çerçevesinde ticari temsilciliğe ilişkin düzenlemelerin bütünü ve tacir ile ticari temsilci arasındaki şahsi güven ilişkisi dikkate alındığında tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanamayacağı kanaatindeyiz<sup>14</sup>. Bu açıdan ticari temsilcilerin, ayırt etme gücüne sahip bir gerçek kişi olabileceğini ifade etmek gerekir.

## II. TİCARİ TEMSİLCİNİN TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMINA KARŞILAŞTIRMALI HUKUK ÇERÇEVESİNDE GENEL BAKIŞ

### A. Genel Olarak

Ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamına baktığımızda, konunun esasen çalışmamızın da kapsamını oluşturan TBK 548 hükmü çerçevesinde ele alındığını görüyoruz. Her şeyden önce kanun koyucunun söz konusu düzenlemede, ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamını genel ve soyut olarak tayin ettiğini ve bu yetkiyi sadece taşınmaz işlemleriyle sınırlandırdığını vurgulamak gerekir. Gerçekten de ticari temsilci, işletmenin amacına giren her türlü işlemi yapmaya yetkili başka bir deyişle bir ticari işletmenin bütününe yönetme ve temsil etme yetkisine sahip bir tacir yardımcısıdır.

TBK 548 hükmü ise, temsil yetkisinin dış ilişki yönünden sınırlarını oluşturan bir düzenlemedir. Bu sebeple iç ilişkide tacir ile onun bağımlı yardımcısı konumundaki ticari temsilci arasında, TBK 548 hükmü bir sınır teşkil etmez. İç ilişkide tacir, ticari temsilcinin yetkisini dilediği gibi sınırlandırabilir. Bu sınırın aşılması, dış ilişkide işletme sahibinin sorumluluğuna engel olmaz. Sadece iç ilişki yönünden yetkiyi aşan ticari temsilcinin tacire karşı sorumluluğu gündeme gelebilir.

<sup>13</sup> Bu görüş için bkz. **Kırca**, s. 84-85; **Bilgili**, Fatih: “Tüzel Kişilerin Ticari Mümessilliği, Berlin Yüksek Mahkemesi’nin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, TBB Dergisi, Sayı: 50, 2004, s. 42; **Kaya**, (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 734.

<sup>14</sup> Doktrindeki hâkim görüş için bkz. **Birsel**, T. Mahmut: “Ticari Mümessil Tayininde Şahsi Unsur”, BATİDER 1963, 2/1, s. 10; **Feyzioğlu**, s. 412-413; **Uluslan**, s. 640; **Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, BTHAE, Ankara, s. 182-183; **Demirkapı**, s. 813; **Şener**, s. 61-62. Alman hukukunda da tüzel kişilerin ticari temsilci olmayacağı hakkında bkz. **Baumbach**, Adolf/**Hopt**, J. Klaus (Hrsg): Handlungsbuch, 40. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2021, § 48, Rn. 2; **Lorenz**, Stephan/**Riehm**, Thomas (Hrsg): JuS Lern-CD Zivilrecht III, Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Individualarbeitsrecht, Edition 2, C. H. Beck Verlag, München 2003, Rn. 31.

TBK 548/2'de ticari temsilcinin açıkça yetkilendirilmedikçe, işletmeye ait taşınmazları devredemeyeceği veya bir hak ile sınırlandıramayacağı belirtilmiştir. Temsil yetkisinin yasal sınırını, esasen işletmeye ait taşınmazlara ilişkin işlemler oluşturur. Bu bağlamda ticari temsilci, işletmeye ait taşınmaz niteliğindeki bir yeri satamaz, bağışlayamaz veya kredi karşılığı aynı teminat olarak gösteremez. Bu yasal sınırın aşılması bakımından, bu olgunun ticaret siciline tescil ve ilanına gerek olmadığı gibi karşı tarafın iyiniyetli olmasının da bir önemi bulunmaz. Örneğin ticari temsilcinin, bankadan almış olduğu krediye teminat olarak işletmeye ait bir taşınmaz üzerinde rehin tesis etmesi, TBK 548/2 uyarınca taciri bağlamaz. Bu yüzden bankanın ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapmış olduğu takibe, tacir söz konusu işlemin TBK 548/2'e göre kendisini bağlamadığı iddiasıyla karşı koyabilir<sup>15</sup>. Böyle bir olasılıkta bankanın iyiniyet iddiası da dinlenemez. Çünkü TBK 548/2 çerçevesinde açıkça yetkili kılınmadıkça ticari temsilcinin işletmeye ait taşınmazlara ilişkin işlemleri yapamayacağını herkes tarafından bilindiği varsayılır. Bu yasal sınırın, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere ticaret siciline tescil ve ilan edilmemiş olmasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı bakımından tek sınır, TBK 548/2 hükmü de değildir. Gerçekten de kanun koyucu, ticari temsilcilğe dış ilişki yönünden getirilecek sınırlandırmaları iki durumda kabul etmiştir. Bu açıdan ticari temsilcilik ilişkisi öncelikle iradi olarak üçüncü kişilere etkili olacak şekilde şube işleriyle sınırlandırılabilir (TBK 549/1)<sup>16</sup>. İkincisi temsil yetkisinin doktrinde birlikte temsil denilen şekliyle yani birden çok kişinin birlikte imza atmaları şeklinde de sınırlandırılması mümkündür. Fakat gerek şube işleri gerekse birlikte temsil bakımından getirilen sınırlandırmaların, TBK 548/2'deki yasal sınırın aksine iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm doğurabilmesi açısından ticaret siciline tescil ile hüküm doğurur (TBK 549/3). Buradaki tescil, etkisi yönünden kurucu niteliğe sahiptir.

Ticari temsilcilik ilişkisi, ortaya çıkış şekline göre iradi temsilin bir örneği olsa da, gerek temsil yetkisinin kapsamının kanunda düzenlenmesi gerekse dış ilişki açısından her türlü sınırlandırmanın geçerli kabul edilmesi, bu ilişkiyi genel temsil ilişkisinden önemli ölçüde ayırmaktadır.

<sup>15</sup> İİK 150/1'de rehin hakkının itiraz konusu yapılamayacağı belirtilmişse de aynı düzenlemede tacirin ipoteğin iptali davası açabileceği ve bu davanın da İİK 72'deki menfi tespit ve istirdat davalarına ilişkin hükmün kıyasen uygulanması usulüyle görüleceği hükme bağlanmıştır.

<sup>16</sup> Ticari temsilci niteliğindeki şube yöneticisinin temsil yetkisinin sınırlandırılması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kayış**, s. 213-216.

## B. Alman Hukukunda Ticari Temsilcinin Temsil Yetkisinin Kapsamına Genel Bakış

Ticari temsilcilik kurumu, Alman Ticaret Kanunu'nun (HGB § 48 - § 53) 48 ilâ 53. paragrafları arasında düzenlenmiştir. Alman hukukunda ticari temsilcilerin, işletme sahibi<sup>17</sup> veya onun yasal temsilcisi tarafından sadece açık irade beyanıyla atanabileceği belirtilmiştir (HGB § 48/1)<sup>18</sup>. Bizdeki gibi örtülü olarak ticari temsilci atanmasına bu hukuk sisteminde yer verilmiştir<sup>19</sup>. Alman hukukunda geçerli bir şekilde ticari temsilci atanmamışsa, ticaret siciline yapılacak tescilin söz konusu geçersizliği ortadan kaldırmayacağı yani tescilin iyileştirici bir etkisinin bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>20</sup>

Alman hukukunda ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı HGB § 49'da düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre ticari temsilci, ticari işletmenin işletilmesiyle bağlantılı mahkeme içi ve mahkeme dışı her türden hukuki işlem ve fiilleri yapmaya yetkili kılınmıştır<sup>21</sup>. Bu düzenlemede iki husus göze çarpmaktadır. Birincisi ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı, mahkeme içi işlemleri de kapsayıcı şekilde açıkça hükme bağlanmıştır. Bu yüzden Alman hukukunda bu düzenleme çerçevesinde ticari temsilcilerin avukat sıfatına sahip olmaksızın tacir adına dava açabileceği veya açılmış bir

<sup>17</sup> İşletme sahibi kavramının, tacir olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. **Schlegelberger**, Franz/**Geßler**, Ernst/**Hefermehl**, Wolfgang/**Hildebrandt**, Wolfgang/**Schröder**, Georg: Schlegelberger Handelsgesetzbuch Kommentar, 2. Band, §§ 48-104, 5. Auflage, F. Vahlen Verlag, München 1973, § 48, s. 6, Rn. 3.

<sup>18</sup> Bu yönde bkz. Drescher, İ/Fleischer, H. ve Schmidt, K. (2021). Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-104a (5. Auflage). München: C. H. Beck Verlag, § 48, Rn. 47; **Merkt**, Baumbach/Hopt HGB, § 48, Rn. 3; **Schröder**, Schlegelberger HGB, § 48, s. 14, Rn. 13; **Riehm**, JuS Lern-CD, Rn. 31. Ayrıca bu açık irade beyanında mutlaka ticari temsilci kelimesinin kullanılmasına gerek olmadığı; aksine bu ifadenin kısaltılarak yazılması ya da HGB § 48'den yararlanılması yoluyla da ticari temsilcilik ilişkisinin varlığının ortaya koyulabileceği yönünde bkz. **Oetker**, Hartmut: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2019, § 48, Rn. 31.

<sup>19</sup> Bu açıdan bkz. Becker, H. (1962). **Becker**, Hermann: Berner Kommentar, Band/Nr. VI/2/6, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Stämpfli Verlag, Bern 1962, s. 366, Rn. 4a; **Ulusan**, s. 642; **Demirkapı**, s. 822.

<sup>20</sup> Bu hususta bkz. **Schubert**, Oetker HGB, § 48, Rn. 33.

<sup>21</sup> Söz konusu düzenlemede sadece ticari temsilci kavramı kullanıldığı ve dolayısıyla temsil yetkisinin kapsamı bakımından birlikte temsil ve temsil yetkisi şube işleriyle sınırlandırılmış ticari temsilcinin de bu düzenlemenin kapsamında olduğu yönünde bkz. **Drescher**, Ingo/**Fleischer**, Holher/**Schmidt**, Karsten: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-104a, 5. Auflage, C. H. Beck Verlag München 2021, § 49, Rn. 11. Ayrıca bkz. **Ulusan**, s. 651.

davayı takip edebileceği söylenebilir. Bizim hukuk sistemimizde ise bu sonuca dolaylı yoldan yani TBK 551/2 düzenlemesi ile 548/1 hükmünün birlikte yorumlanması yoluyla ulaşılmaktadır. Ancak bu yetki bağlamında söz konusu işlem veya hukuki eylemlerin, ticari işletmenin işletilmesinden kaynaklanması gerekmektedir. Keza Alman hukukunda ticari temsilcinin taciri mahkemede temsil yetkisi, eğer avukat sıfatına sahip değilse, bazı tür mahkemelerde (asliye hukuk mahkemesi ve yüksek eyalet mahkemesi gibi) mümkün olmamaktadır (Karş. ZPO § 78/1). İkincisi husus, Alman hukukunda kanun koyucu, ticari temsilcinin yetkisini sadece işlemlerle sınırlı tutmamış; ticari işletmenin işletilmesiyle bağlantılı hukuki eylemler bakımından da ticari temsilciyi yetkili kılmıştır<sup>22</sup>.

Ticari temsilcinin, Türk ve İsviçre hukukunda olduğu gibi, taşınmazlara ilişkin işlemlerde (devir ve taşınmazı yük altına sokan işlemlerde<sup>23</sup>) özel olarak yetkilendirilmesi gerekmektedir (HGB § 49/2). Bu özel yetkinin kanunda açıkça verilmesi belirtilmemiş olsa da, HGB § 48/1'den söz konusu yetkinin açıkça verilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Nitekim doktrinde de taşınmazlara ilişkin bu özel yetkinin açık irade beyanıyla ve ticaret siciline tescil yoluyla verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır<sup>24</sup>. Bu açıdan Alman hukukunda da taşınmazlara ilişkin işlemlerin ticari temsilcinin temsil yetkisi bakımından yasal bir sınır olduğu ifade edilebilir.

Ticari temsilcinin temsil yetkisi bakımından Alman hukukunun Türk ve İsviçre hukukundan ayrıldığı en önemli husus, temsil yetkisinin üçüncü kişilere karşı sınırlandırılmasını geçersiz kılan HGB § 50/1 hükmüdür<sup>25</sup>. Bu

<sup>22</sup> Düzenlemede geçen "Rechtshandlungen" hukuki eylemler kavramı, salt fiili eylemler olarak düşünülmemeli, özellikle haksız fiillerde temsil olmaz ilkesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu açıdan söz konusu hukuki eylemler, hukuki işlem benzeri eylemler olarak düşünülebilir. Bu hususta bkz. **Şener**, s. 143-144. Nitekim bu kavram, Alman hukukunda hukuki işlemler ve mahkeme işlemleri şeklinde yorumlandığı gibi (bkz. **Krebs**, Münc. Komm/HGB, § 49, II, 4, b alt başlığı (Rn. 16-21) hukuki işlem ve hukuki işlem benzeri fiil olarak da değerlendirilmektedir (**Merk**, Baumbach/Hopt HGB, § 49, Rn. 1). Yine işletme sahibinin ticari işletmeyi ilgilendirmeyen özel işlemlerinin ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamında olmadığı yönünde bkz. **Ebenroth**, Carsten Thomas/**Boujong**, Karlheinz/**Joost**, Detlev/**Strohn**, Lutz: Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-342e, 4. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2020, § 49, Rn. 4.

<sup>23</sup> Taşınmazı yük altına sokan işlemlere genel olarak ipotek, taşınmaz yükü, ipotekli borç senedi, intifa hakkı, irtifak hakları gibi aynı haklar örnek gösterilmekte; kira sözleşmesi gibi kullanma ve yararlanma amacı güden borçlandırıcı sözleşmeler bu kapsamda kabul edilmemektedir. Bkz. **Weber**, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn) HGB § 49, Rn. 17.

<sup>24</sup> Bu yönde bkz. **Fissenewert/Güther**, s. 34.

<sup>25</sup> **Riehm**, JuS Lern-CD, Rn. 31. Ayrıca Alman hukukunda bizim hukukumuzdan farklı olarak, prensipte ticari temsilcinin kendisiyle işlem yapması (insichgeschäft) da geçerli

düzenlemenin devamında ise birinci fıkrada sözü edilen caiz olmayan sınırlandırmalar örnekseyici olarak sayılmış; işlemlerin özellikle belirli yer, zaman, tür ve kapsamda sınırlandırılması geçersiz addedilmiştir. Bu düzenlemede temsil yetkisinin belirtilen şekilde iç ilişkide dahi sınırlandırılmasına izin verilmemiştir. Bu tarz sınırlandırmaların geçersizliği, üçüncü kişilerin iyiniyetli olup olmaması şartına bağlanmamıştır<sup>26</sup>. Oysa Türk ve İsviçre hukukunda temsil yetkisini kanunda öngörülmeven şekilde sınırlandırmanın geçerliliği, üçüncü kişilerin iyiniyetli olmaması kıstasına bağlı tutulmuştur (TBK 549/4; OR Art. 460/3).

HGB § 48/2'de ticari temsilcilik yetkisinin, birden fazla kimseye birlikte temsil şeklinde verilebileceği ortaya konmuş, HGB § 50/3'te ise temsil yetkisinin farklı ticaret unvanı altında işletilmek suretiyle şube işleriyle sınırlandırılmasına cevaz verilmiştir<sup>27</sup>. Bu iki durum, Alman hukukunda ticari temsilcinin temsil yetkisinin geçerli sınırlandırma hallerini oluşturmaktadır.

### C. İsviçre Hukukunda Ticari Temsilcinin Temsil Yetkisinin Kapsamına Genel Bakış

İsviçre hukukunda ticari temsilciliğe ilişkin düzenlemeler, Alman hukukundan farklı olarak ticaret kanunu içinde değil, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR Art. 458-461) 458 ilâ 461. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu açıdan bizdeki ticari temsilciliğe ilişkin düzenlemelerin sistematik olarak borçlar kanununda yer almasının nedeni, mehzazının İsviçre Borçlar Kanunu olmasıdır<sup>28</sup>. Fakat 6098 sayılı TBK ile esnaf işletmelerine ticari temsilci atanmasını öngören düzenleme yürürlükten kaldırılarak, ticari temsilcinin sadece ticari işletmeler için atanabileceği esası benimsenmiş ve bu noktada mehzazdan ayrı düşülmüştür.

---

kabul edilmemektedir. Bu yönde bkz. **Weber**, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn) HGB § 49, Rn. 19; Rumpf, s. 12. Temsilcinin kendisiyle işlem yasağı bakımından bkz. BGB § 181.

<sup>26</sup> Bu hususta bkz. **Graf von Westphalen**, s. 1187; **Ulusan**, s. 657; **Şener**, s. 232.

<sup>27</sup> Bu yönde karşı. **Graf von Westphalen**, s. 1187; **Fissenewert/Güther**, s. 32; **Şener**, s. 258. Şube yönünden getirilecek sınırlamanın bir veya birden fazla şube ya da şubelerin tamamını kapsayıcı şekilde olabileceği hakkında bkz. **Weber**, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn) HGB § 50, Rn. 6. Kanun koyucunun bu düzenlemelerde ticari işlemlerde güvenlik esasından hareket ettiği hususunda bkz. **Krebs**, Münc. Komm/HGB, § 49, Rn. 1.

<sup>28</sup> Doktrinde ticari temsilciliğe ilişkin düzenlemelerin kanun sistematik açısından Türk Borçlar Kanunu'nda yer alması isabetli görülmemekte; bu kuralların Türk Ticaret Kanunu'nda yer almasının daha yerinde olacağı ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. **Şener**, s. 5, dn. 6.



İsviçre hukukunda ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı, OR Art. 459'da düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre ticari temsilci, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı kambiyo taahhüdünde bulunmak dâhil işletme amacının beraberinde getirdiği her türlü işlemi yapmaya yetkili kılınmıştır<sup>29</sup>. TBK 548'da sadece işletme amacından bahsedilmişken; OR Art. 459'da “*işletme amacının beraberinde getirdiği*” vurgusu yapılmıştır<sup>30</sup>. İsviçre doktrininde ticari temsilcinin sadece büyük miktarda bağış ve rüşvet ödemeleri gibi işletme amacına aleni bir şekilde aykırı olan işlemleri yapamayacağı ifade edilmektedir<sup>31</sup>. Bu açıdan mehaz düzenlemede ticari temsilcinin yapabileceği işlemler bakımından, söz konusu işlemin ticari işletmenin işletilmesiyle bağlantılı olup olmadığı daha açık bir şekilde ortaya konmuştur<sup>32</sup>.

OR Art. 459/2'de ticari temsilcinin ancak açıkça yetki verilmesi durumunda, taşınmazları devretme ve sınırlandırma konusunda yetkili olduğu hükme bağlanmıştır<sup>33</sup>. TBK 548/2'de ise aynı düzenleme tersten, ticari temsilcinin açıkça yetkili kılınmadıkça taşınmazları devredemeyeceği veya bir hakla sınırlamayacağı şeklinde ifade edilmiştir.

OR Art. 460/1'de ticari temsilcilik yetkisinin şubenin iş çevresiyle sınırlandırılabilmesi hükme bağlanmıştır<sup>34</sup>. Düzenlemenin ikinci fıkrasında ise bu yetkinin birden çok kimsenin birlikte imza atmaları şeklinde birlikte temsil ile sınırlandırılabilmesi; böyle durumlarda diğerlerinin katılımı olmaksızın tek başına hareket edilmesinin tacir bağlayıcı bir etkisinin bulunmayacağı ifade edilmiştir. Bu hükümde belirtilen husus, ticari temsilciliğin dış ilişkide sınırlandırılması olup, iç ilişkide tacir, ticari temsilcinin yetkisini dilediği gibi sınırlandırma hakkına sahiptir<sup>35</sup>. OR Art.460'ta, TBK 549/3'teki

<sup>29</sup> **CHK Kommentar:** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2016, s. 715, Rn. 1; **Kren Kostkiewicz,** Jolanta/**Wolf,** Stephan/**Amstutz,** Marc/**Fankhauser,** Roland: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli, Zürich 2016, s. 1230, Rn. 2.

<sup>30</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, düzenlemede geçen işletme amacının beraberinde getirdiği işlemler, ticari işletmenin işletilmesiyle objektif olarak bağlantı içinde olan işlemlerdir. Bu açıdan karşı. BGE 84 II, s. 170.

<sup>31</sup> **Schwarz,** CHK, s. 715, Rn. 2.

<sup>32</sup> Bu yönde bkz. **Şener,** s. 141.

<sup>33</sup> Ticari temsilciye verilecek özel yetkide taşınmazlara ilişkin tasarrufların özel olarak gösterilmesi gerektiği hakkında **Jermi/Vanotti,** OFK, s. 1231, Rn. 7.

<sup>34</sup> Şube işlemleriyle sınırlandırılmış ticari temsilcinin yetkisinin aynı zamanda birlikte temsil ile de sınırlandırılabilmesi yönünde bkz. **Jermi/Vanotti,** OFK, s. 1232, Rn. 5.

<sup>35</sup> **Schwarz,** CHK, s. 717, Rn. 1; **Şener,** s. 138. İç ilişkide getirilecek sınırlandırmalara aykırı davranışın dış ilişkide herhangi bir etki yaratmayacağı; sadece ticari temsilcinin iç ilişkide sorumluluğunu doğuracağı hususunda bkz. **Gauch,** Peter/**Aeppli,** Viktor/**Stöckli,**

gibi söz konusu sınırlandırmaların ticaret siciline tescil edilmedikçe iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat İsviçre doktrininde borçlar kanununun ticaret siciline ilişkin 933/1 hükmüne (OR Art. 933/1) dayanarak, söz konusu sınırlandırmaların ticaret siciline tescil edilmedikçe iyiniyetli üçüncü kişilere karşı geçerli olamayacağı belirtilmektedir<sup>36</sup>. Ek olarak bu iki hal dışındaki sınırlandırmaların ticaret siciline tescil edilemeyeceği ve dış ilişkide sadece kötüniyetli üçüncü kişilere karşı geçerli olacağı ifade edilmektedir<sup>37</sup>.

### III. TBK 548 ÇERÇEVESİNDE TİCARİ TEMSİLCİNİN TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI

TBK 548/1 uyarınca ticari temsilci, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili kılınmıştır. Söz konusu düzenlemede sınırları kanun tarafından çizilmiş temsil yetkisinin kapsamı, oldukça geniş bir şekilde ele alınmıştır<sup>38</sup>. Bunun temel nedeni, ticari temsilcinin yapmış olduğu işlemlerin taciri bağlayıp bağlamayacağı hususunda ortaya çıkacak ihtilafların giderilmesi ve ticari temsilciyle işlem yapan üçüncü kişilerin işlemin geçerliliği açısından tereddütte kalmasının önlenmesidir<sup>39</sup>. Diğer bir deyişle hukuki işlemlerde temsil gibi bıçak sırtı durumlarda gerek temsil olunan gerekse işlemin karşı tarafı yönünden hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik hayati öneme sahiptir. Zira temsil ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirilecek hukuki işlemlerde, hem temsil olunanın hem de

Hubert: Präjudizienbuch OR Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2016, s. 1238, Rn. 1.

<sup>36</sup> **Schwarz**, CHK, s. 717, Rn. 3; **Jermine/Vanotti**, OFK, s. 1232, Rn. 1. Nitekim OR Art. 933/1 tescil edilmiş olgularda meydana gelen her değişikliğin de tescilini öngörmektedir. Ticari temsilcinin ticaret siciline tescili öngörüldüğüne göre (OR Art. 458/2), temsil yetkisinde değişikliğe yol açacak sınırlandırmaların da tescili gerekecektir. Ayrıca ticari temsilcinin ticaret siciline tescili mehz İsviçre hukukunda da kurucu etkiye sahip değildir. Bu açıdan karşı. **Gautschi**, Berner Komm, s. 401, Art. 459, Rn. 4a.

<sup>37</sup> **Jermine/Vanotti**, OFK, s. 1232, Rn. 2.

<sup>38</sup> Bu hususta bkz. **Şener**, s. 136; **Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan: Ticaret Hukuku Bilgisi, 8. Baskı, Dora Yayınları, Bursa 2015, s. 73. "Ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı, kanunda tam olarak belirlenmiştir. Bu haliyle ticari temsilcilik, sınırı kanunla çizilmiş iradi bir temsil yetkisidir. Ticari temsilci, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili olup açıkça yetkili kılınmadıkça, taşınmazları devredemez veya bir hak ile sınırlandıramaz (TBK 548)." 12. HD, 19.09.2017, 18485/11040 (Lexpera İçtihat Veritabanı).

<sup>39</sup> Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Bahtiyar**, s. 217.

işlemin karşı tarafının yapılacak işlemin temsil yetkisinin kapsamında olduğundan şüphe duymaması gerekir. Aksi takdirde işlemin gerçekleştirilmesi ya olması gerekenden daha fazla zaman alabilir ya da işlemin geçerliliği hususunda uyuşmazlık hâsıl olabilir. Bu bağlamda ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı tayin edilirken, öncelikle yapamayacağı işlemlere bir göz atmak gerekir.

#### **A. Ticari Temsilcinin Yapamayacağı İşlemler Bakımından TBK 548/2 Düzenlemesi ve Eleştirisi**

Ticari temsilcinin yapamayacağı işlemler açısından getirilen kanuni sınırlamaya bakıldığında, TBK 548/2’de ticari temsilcinin açıkça yetkili kılınmadıkça taşınmazları devredemeyeceği ve bir hak ile sınırlandırılmayacağı belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemenin her şeyden önce ticari temsilcinin yapamayacağı işlemler bakımından kanuni bir sınır çizdiğini ifade etmek gerekir. Dolayısıyla ticari temsilcinin bu düzenlemede geçen işlemleri yapmak istemesi durumunda, işlemin karşı tarafı söz konusu işlemler bakımından ticari temsilcinin açıkça yetkilendirilip yetkilendirilmediğini araştırmak zorundadır. Aksi takdirde tacirin işlemle bağlı olmadığı savunmasıyla karşı karşıya kalabilir. Ticari temsilciye bu hususta açık bir yetki verildiği hususunu, söz konusu vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine haklar çıkararak işlemin karşı tarafı ispat yükü altında olacaktır (HMK 190/1)<sup>40</sup>. Çünkü yasal düzenlemeden karine olarak ticari temsilcinin bu işlemleri yapamayacağı sonucu çıkar.

TBK 548/2 çerçevesinde tartışılacak en önemli konu, taşınmaz kavramının ne anlama geldiği ve “bir hak ile sınırlandırılmaz” ifadesiyle sadece aynı hakların mı kastedildiği yoksa bununla birlikte şahsi hakların da bu sınırlama içinde yer alıp almayacağı hususudur. Taşınmaz kavramının içeriği evleviyetle TMK 704’deki taşınmaz mülkiyetinin konusuna göre tayin edilecektir<sup>41</sup>. Bu açıdan söz konusu düzenlemede geçen arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler taşınmaz kavramı içinde değerlendirilir. Keza TTK 936 uyarınca sicile kayıtlı olup olmadıklarına bakılmaksızın bütün gemiler taşınır eşya niteliğinde kabul edildiğinden, TBK 548/2’deki

<sup>40</sup> Nitekim söz konusu kanuni sınırlamanın, sadece tacir ve ticari temsilci arasındaki iç ilişki yönünden değil, aynı zamanda bundan haberi olmayan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı da geçerli olduğu yönünde bkz. **Schröder**, Schlegelberger HGB, § 49, Rn. 11; **Şener**, s. 213.

<sup>41</sup> Doktrinde taşınmaz ibaresinin geniş yorumlanması gerektiği hususunda bkz. **Şener**, s. 214.

sınırlamaya tabi değildirler<sup>42</sup>. Düzenlemede geçen taşınmazlar her şeyden önce, ticari işletmeye özgülenen ve tacirin üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğu taşınmazlardır. Keza bu çerçevede ticari işletmeyle alakası olmayan yani işletmenin unsurları arasında bulunmayan tacire ait taşınmazlar ile ticari işletmenin işletilmesinde kullanılan ancak mülkiyeti üçüncü kişilere ait taşınmazlar üzerinde ticari temsilcinin herhangi bir işlem yetkisi bulunmamaktadır<sup>43</sup>.

TBK 548/2'de ticari temsilcinin işletmeye ait taşınmazları devredemeyeceği ve bir hak ile sınırlayamayacağı düzenlendiğinden, işletmeye yeni taşınmazlar almak ya da işletme lehine üçüncü kişilerin taşınmazları üzerinde aynı haklar kurmak söz konusu kanuni sınırlamaya dâhil değildir<sup>44</sup>. Ayrıca doktrinde ticari işletmenin konusu taşınmaz alım-satımı ise, söz konusu kanuni sınırlamanın yine geçerli olmayacağı ve ticari temsilcinin böyle durumlarda, TBK 548/2'deki yasal sınırlamaya takılmadan işlem yapabileceği kabul edilmektedir<sup>45</sup>.

Her ne kadar TBK 548/2'de taşınmazların bir hakla sınırlanamayacağı vurgulanmışsa da, söz konusu düzenlemede hakkın niteliği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde TBK 548/2'de geçen hak kavramı, çoğunlukla aynı hak olarak anlaşılmaktadır<sup>46</sup>. Kanaatimizce de düzenlemede geçen hak kavramı ile aynı hak anlaşılmalıdır; fakat bunun kanunda açıkça belirtilmesi de şüphesiz isabetli olurdu. Kira gibi şahsi haklar, tapuya şerh edilse bile bu kapsamda değerlendirilemez<sup>47</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, doktrinde şahsi hak niteliğinde olmasına rağmen taşınmaz satış vaadi, alım,

<sup>42</sup> Uçaklar yönünden de benzer değerlendirme için bkz. **Şener**, s. 215.

<sup>43</sup> Bu açıdan bkz. **Kırca**, s. 116, dn. 67.

<sup>44</sup> Benzer şekilde karşı. **İmregün**, Oğuz: Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 9. Bası, GÜR-AY Matbaası, İstanbul 1991, s. 123; **Kırca**, s. 120-121. Alman hukuku yönünden karşı. **Riehm**, JuS Lern-CD, Rn. 31.

<sup>45</sup> **İmregün**, s. 123; **Kırca**, s. 118; **Arkan**, s. 187; **Şener**, s. 222; **Kaya**, (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 740-741.

<sup>46</sup> Nitekim bu hususta karşı. **Kırca**, s. 119; **Arkan**, s. 186; **Şener**, s. 216; **Bilgili/Demirkapı**, s. 74. Ancak doktrinde aynı hak niteliğinde olmasına rağmen işletme için bankadan kredi aldığı durumlarda işletme rehni sözleşmesi yapabileceği de ileri sürülmektedir. Bu görüş için bkz. **Kırca**, s. 114; **Kaya**, (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 739.

<sup>47</sup> Bu yönde bkz. **Şener**, s. 216. İsviçre hukukunda kira ilişkilerinde de açık yetkilendirmenin gerektiği yönünde bkz. **Jermini/Vanotti**, OFK, s. 1231, Rn. 7. Ayrıca doktrinde borçlandırıcı işlem niteliğinde olsa bile, sonrasında tasarruf işlemi yapma borcu yükleyen taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin de ticari temsilci tarafından yapılamayacağı ifade edilmektedir. Bu görüş için bkz. **Pulaşlı**, s. 17.

ön alım, geri alım gibi ileride taciri taşınmazın devri yükümlülüğü altına sokacak işlemlerin de ticari temsilci tarafından yapılamayacağı ifade edilmektedir<sup>48</sup>.

Ticari temsilcinin yapamayacağı işlemler, kanunda taşınmazlara özgü olarak tayin edilmişken, doktrinde söz konusu düzenlemede yer almayan bazı durumların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda özellikle ticari temsilcinin, işletmenin hukuki yapısıyla ilgili temel işlemleri gerçekleştiremeyeceği belirtilmektedir. Bu işlemlere örnek olarak, işletmenin devri, kiralanması, faaliyetinin durdurulması, ticaret unvanının ve işletme konusunun değiştirilmesi, işletme sahibinin iflasının istenmesi, iflasın ertelenmesi, konkordato teklifinde bulunulması, ticaret ortaklıkları bakımından şirketin feshi, sermaye artırımı veya azaltılması, ortağın şirketten çıkarılması ya da yeni ortak kabulü bu minvalde zikredilmektedir<sup>49</sup>. Görüldüğü üzere kanunda yer almasa bile söz konusu yasağın amacına uygun benzer durumların da ticari temsilci tarafından yapılamayacağı kabul edilmektedir. Şüphesiz bu yönde bir kabul, hem TBK 548/2'deki yasağa hem de tacirin korunmasına hizmet etmektedir. Ancak ne var ki, kanun koyucu ticari temsilcinin yapamayacağı işleri sadece taşınmazın devri ve bir hakla sınırlanması bağlamında ele almıştır. Hal böyleyken, kanunda yasak olarak belirtilmemesine rağmen, doktrinde yapılamayacak işler arasında sayılan bir işlemin ticari temsilci tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, üçüncü kişinin iyiniyete dayanarak söz konusu işlemin geçerli olduğu iddiası ne olacaktır? Başka bir deyişle üçüncü kişi, kanunda bu yönde bir yasaklayıcı hükmün bulunmadığını iddia ederek söz konusu işlemin geçerliliğini ileri sürebilecek midir?

Mevcut düzenlemeler çerçevesinde bu yönde bir iddia, kanunun lafzına uygundur. Zira hukukta açıkça yasaklanmamış bir durumun, serbest olduğu sonucu çıkar. Bu yüzden kanaatimizce kanunda yazmayan fakat doktrinde ticari temsilcinin yapamayacağı türden kabul edilen işlemler yönünden de kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Aksi takdirde kanunun yasaklamadığı bir durumu yorum yoluyla kabul etmek, izaha muhtaç durumlar ortaya çıkarır. Hukuki belirlilik ve önceden öngörülebilirlik, hukuk devleti olmanın temel prensiplerinden biridir (AY 2/2). Dolayısıyla temsil ilişkisi kapsamında işle-

<sup>48</sup> Bu doğrultuda bkz. **Kırca**, s. 119; **Şener**, s. 218-219; **Kaya**, (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 740.

<sup>49</sup> Bkz. **Uluslan**, s. 652-653; **Kırca**, s. 126-128; **Şener**, s. 206-211; **Kaya**, (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 741-742; **Arkan**, s. 186. *Pulaşlı*, bu tarz temel işlemleri ticari temsilcinin özel yetki ile dahi yapamayacağı görüşündedir. Bkz. **Pulaşlı**, s. 18.

min karşı tarafının ticari temsilcinin yapamayacağı işlemleri önceden bilmesinde fayda vardır. Bu da ancak söz konusu işlemlerin yapılamayacağını en azından uygulayıcılara yorum yapacak düzeyde kanuna almakla mümkün olur. Nitekim bu hususta ilgili maddeye örneğin “işletmenin yapısını etkileyen temel işlemler” şeklinde bir ifade eklenebilir. Hiç olmazsa bu şekilde söz konusu ibareyle doktrinde zikredilen durumların, uygulayıcılar tarafından kabul edilmesine yasal bir dayanak oluşturulmuş olur. Şu hususu da belirtmekte fayda vardır. Bu sorun sadece bizim hukukumuzda özgü değildir. Alman ve İsviçre hukukunda da yasal düzenleme bizdekine paralel olup (karş. HGB § 49/2; OR Art. 459/2), doktrinde ticari temsilcinin yapamayacağı işlemler sadece taşınmazlar çerçevesinde ele alınmamakta, bizdeki gibi daha geniş yorumlanmaktadır<sup>50</sup>.

### **B. Ticari Temsilcinin Temsil Yetkisinin İradi Olarak Sınırlandırılması**

Ticari temsilcinin temsil yetkisine getirilen TBK 548/2'deki kanuni sınırlama dışında, temsil yetkisinin iradi olarak sınırlandırılabilmesi de mümkündür. Nitekim bu hususta TBK 549/1 temsil yetkisinin şube işleriyle; TBK 549/2 de birlikte temsil şeklinde sınırlandırılabilmesine olanak tanımıştır. Bu iki durumda temsil yetkisine getirilecek sınırlandırma, ticaret siciline tescil edilmek kaydıyla (TBK 549/3) iyiniyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecektir. Ticari temsil yetkisine şube işleri ve birlikte temsil dışında getirilecek herhangi bir sınırlandırma ise, ticaret siciline tescil edilse dahi iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm doğurmayacaktır (TBK 549/4). Bahsettiğimiz bu husus, ticari temsilcinin temsil yetkisine dış ilişki yönünden getirilecek sınırlandırmalara ilişkin olup, iç ilişkide elbette bu iki hal dışında getirilecek sınırlandırmalar söz konusu olabilir. Bu sınırlandırmalara aykırı hareket, dış ilişkide geçerli olsa da, iç ilişki yönünden ticari temsilcinin tacire karşı sorumluluğunu ortaya çıkarır<sup>51</sup>.

Görüldüğü üzere genel hükümlerdeki düzenlemelerin aksine, kanun koyucu ticari temsilcinin temsil yetkisine getirilecek iradi sınırlamaları son derece dar kapsamda ele almıştır. Gerçekten de adi temsil ilişkisinde TBK 41 ve 42. madde hükümleri uyarınca temsil olunan temsilcinin yetkisini dilediği şekilde sınırlama hakkına sahiptir. Bu kapsamda temsilcinin yetkisi

<sup>50</sup> Bu doğrultuda bkz. **Riehm**, JuS Lern-CD, Rn. 31.

<sup>51</sup> Bu hususta bkz. **Jermine/Vanotti**, OFK, s. 1231, Rn. 10; **Schwarz**, CHK, s. 716, Rn. 4a, 5; **Graf von Westphalen**, s. 1187; **Fissenewert/Güther**, s. 59; **Kırca**, s. 155; **Şener**, s. 236.

miktar, süre, kişi, işlem türü gibi pek çok açıdan sınırlandırılabilir. Oysa ticari temsilcilikte söz konusu iradi sınırlama sadece yukarıda belirttiğimiz iki halde olasıdır. Bunlar ise gerçek anlamda temsil yetkisinin kapsamına getirilmiş bir sınırlandırma da değildir. Nitekim her iki durumda da temsil yetkisinin içeriğinden ziyade, kullanım şeklinde bir değişiklik söz konusu olmaktadır. Ticari temsilcinin temsil yetkisi bu iki hal dışında iradi olarak sınırlandırılacak olursa, bu sınırlandırmalar üçüncü kişilere karşı ancak söz konusu sınırlandırmayı bildikleri ispat edilmek suretiyle hüküm ifade edecektir. Nitekim kanun koyucu bu yönde yapılacak tescilin de üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmada herhangi bir fonksiyona sahip olmayacağını belirtmiştir.

### **C. Ticari Temsilcinin Temsil Yetkisinin Kapsamının Belirlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar**

TBK 548/1’de ticari temsilcinin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili kılındığı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme, ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamını ve yapılan işlemin akıbetini belirleme bakımından fevkalade önemlidir. Çünkü ticari temsilcinin yapabileceği işlemlerin ve bu işlemlerden tacirin sorumlu olup olmayacağını belirlenmesinde, söz konusu düzenleme hareket noktasını oluşturur. Bu açıdan TBK 548/1’de ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı bağlamında iki önemli unsur karşımıza çıkmaktadır: “Üçüncü kişinin iyiniyeti ve yapılan işlemin işletme amacına girmesi”. Şimdi bu iki kavramın ne anlama geldiği ve nasıl yorumlanması gerektiği üzerinde duracağız.

#### **1. Tacirin Ticari Temsilcinin Yapmış Olduğu İşlemlerle Bağlılığı Açısından İşlemin Karşı Tarafının İyiniyetli Olup Olmamasının Rolü**

Kanun koyucuyu TBK 548/1’de iyiniyetli üçüncü kişilerle yapılacak işlemlerde ticari temsilciyi yetkili kılmıştır. Bu açıdan ticari temsilciyle işlem yapan üçüncü kişilerin iyiniyetli olmaması, gerçekleştirilen işlemde ticari temsilciyi yetkisiz kılar. Dolayısıyla tacirin söz konusu işlemle bağlı olmadığı iddiası gündeme gelebilir. Görüldüğü üzere ticari temsilcinin temsil yetkisi kapsamında yapacağı işlemlerde, tacirin söz konusu işlemle bağlı olup olmadığı hususu, işlem yapılan üçüncü kişilerin iyiniyetli olup olmamasıyla yakından bağlantılıdır. O halde TBK 548 hükmü çerçevesinde ticari temsilcinin yapmış olduğu işlemle tacirin bağlı olup olmadığını tayin eder-

ken göz önünde bulundurulacak hususlardan biri de, üçüncü kişilerin iyiniyetli olup olmadıklarıdır.

#### *a. İyiniyet Kavramı*

Gündelik hayatta kullanılan iyi niyet ifadesi<sup>52</sup> ile hukuki anlamda kullanılan iyiniyet terimi aynı anlamı karşılamaz. Hukuki anlamda iyiniyet, dayanağını TMK 3'ten alan ve en genel anlamıyla hakların kazanılmasında rol oynayan ve hukuken mazur görülebilen bir bilgisizlik halini ifade eder<sup>53</sup>. Gerçekten de herhangi bir hak kazanılırken, o hakkın doğumu ve kazanılması için zorunlu olan şartların meydana gelmiş olması gerekir. Bu çerçevede bir hakkın doğumu ve kazanılması için olayda bulunması gereken zorunlu unsurlardan birinin varlığı veya yokluğu hususunda kişide hukuken mazur görülebilen bilgisizlik hali iyiniyet kavramıyla açıklanır<sup>54</sup>. İyiniyetin temelinde bir kimsenin dürüst, doğru ve namuslu davranması yatmaktadır<sup>55</sup>. Bir kimse bildiği hukuki engelin eksikliğine rağmen hak iktisap etme çabasında bulunursa doğruluk içinde ve dürüstçe hareket etmemiş olur.

TMK 3/1 uyarınca kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Söz konusu düzenlemenin ikinci fıkrasına göre ise, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz. Görüldüğü üzere hakların kazanılmasında rol oynayan iyiniyet kavramına dayanabilmek için her şeyden evvel, bu kavrama kanunda bir hukuki sonuç bağlanmış olması gerekir. O halde iyiniyet, hak iktisabında her durumda dayanılacak bir olgu değil-

<sup>52</sup> Gündelik hayatta kullanılan iyi niyet terimi, herhangi bir kimse veya konuda hiçbir kötü düşünce beslememe anlamına gelmektedir. Bu doğrultuda bkz. TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim: 15.07.2021.

<sup>53</sup> Burada kişideki bilgisizlik haline ilişkin hukuken mazur görülebilen vurgusu, iyiniyetin durumun özelliklerine göre kişide aradığı gerekli özeni gösterme hususuyla bağlantılıdır. Çünkü TMK 3/2 uyarınca durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse de iyiniyet iddiasında bulunamamaktadır. O halde somut olayda kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimseyi hukuk düzeni iyiniyet noktasında mazur görmemektedir. Ayrıca karşı. **Oğuzman**, Kemal/**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 237-238, No. 808; **Antalya**, Gökhan/**Topuz**, Murat: Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, 2. Basiya Ek 2. Tıpkı Basım, Legal Yayınevi, İstanbul 2018, s. 331; **Altaş**, Hüseyin: Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 317.

<sup>54</sup> İyiniyet kavramı ile ilgili olarak bkz. **Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 222, No. 1194 vd.; **Altaş**, s. 311 vd.

<sup>55</sup> Bu hususta bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 236, No. 806.



dir<sup>56</sup>. Bu bağlamda kanun koyucunun, ticari temsilciliğe ilişkin düzenlemelerde iyiniyet kavramına birden fazla yerde hüküm ve sonuç bağladığı görülmektedir (TBK 548/1, 549/3-4, 550/2)<sup>57</sup>.

Maddi hukuk yönüyle hakların kazılmasına hizmet eden iyiniyet kavramı, usul hukuku boyutuyla da kanuni bir adi karine olarak kabul edilmektedir<sup>58</sup>. Bu açıdan bir kimsenin iyiniyetli olmadığı hususu, aksi ileri sürülüp ispat edilebilir bir vakiadır. Ancak yasal olarak iyiniyet iddiasında bulunan kimsenin, bu durumunu ispat etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Çünkü söz konusu karine, iyiniyet iddiasında bulunan lehine getirilmiş olduğundan, aksini iddia eden kimse, karşı tarafın iyiniyetli olmadığını ispat yükü altındadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, iyiniyet ile müspet vukuf (bilme) aynı kavramlar değildir. İyiniyet kavramı, bilmenin yanında gereken özen gösterildiğinde bilebilecek olmayı da kapsadığı için müspet vukufa göre daha geniş bir durumu ifade eder. Kanun koyucu, TBK 548'de üçüncü kişilerin iyiniyetine vurgu yaptığı için, bu durum hem bilmeyi hem de gerekli özen gösterilseydi bilebilecek durumda olmayı kapsar<sup>59</sup>.

### ***b. İşlemin Karşı Tarafının İyiniyeti Açısından Tacir Sıfatına Sahip Olup Olmamasının Önemi***

Ticari temsilcinin yapabileceği işlemler bakımından karşı tarafın iyiniyetli olması söz konusu işlemin geçerliliği açısından önem taşımaktadır. Yukarı da ifade ettiğimiz üzere TBK 548/1 hükmü, ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamını tayin ederken, karşı tarafın iyiniyetli olması durumu dikkate alarak bir düzenleme getirmiştir. Gerçekten de ticari temsilcinin gerçekleştirmiş olduğu bir işlemde eğer karşı taraf iyiniyetli değilse, tacir söz konusu işlemin kendisini bağlamadığı ileri sürülebilir. Ancak karşı tarafın iyiniyetli olmadığı hususu da, temsil olunan tarafından ileri sürülüp ispat edilecek bir olgudur.

<sup>56</sup> Benzer şekilde bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 241, No. 819-821; **Antalya/Topuz**, s. 326; **Dural/Sarı**, s. 224, No. 1199.

<sup>57</sup> İyiniyetin ticari hayatın hızlı ve güvenli bir şekilde akmasında rolü olduğu yönünde bkz. **Antalya/Topuz**, s. 326.

<sup>58</sup> Bu yönde bkz. **Antalya/Topuz**, s. 323-324, 351-352; **Altaş**, s. 343-344. İyiniyetin karine olmadığı sadece ispat yükünün taraflar arasında dağılımını sağlayan özel bir ispat hükmü olduğu yönünde bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 246, No. 840.

<sup>59</sup> Benzer görüşte bkz. **İnceoğlu**, M. Murat: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s. 184. Bu tarz yorumu, hem TMK 3/2 hem de basiretli tacir gibi davranma yükümü desteklemektedir.

Tacir olmanın en önemli hüküm ve sonuçlarından birisi de, bu kimse-lerin ticaretine ait her türlü faaliyetlerinde basiretli iş adamı<sup>60</sup> gibi davranma yükümlülüğü altında bulunmasıdır (TTK 18/2). Bu düzenlemeyle tacirlerden ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde aynı ticaret dalında faaliyet gösteren öngörülü ve tedbirli bir tacirden beklenen özen yükümünü göstermesi beklenmektedir. Bu açıdan basiretli iş adamı gibi davranma yükümü, tacirlere objektif bir özen ölçütü getirmektedir<sup>61</sup>. Bu yükümlülük bakımından söz konusu ilkenin, tacirlerin kendi faaliyet gösterdiği alana ilişkin mi yoksa sahip olduğu işletmenin faaliyet alanı dışındaki işlemler açısından da mı geçerli olup olmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır<sup>62</sup>. Fakat kanun koyucu, TTK 18/2'de "ticaretine ait bütün faaliyetlerinde" ibaresini kullanarak, basiretli iş adamı gibi davranma yükümünün sadece tacirin kendi faaliyet alanıyla sınırlı olduğu esasına vurgu yapmıştır.

Ticari temsilcinin işlem yaptığı karşı taraf tacir sıfatına sahip veya tacir gibi sorumlu olan kimselerdense, TBK 548/2'deki iyiniyetli olma kriterini uygularken, bu kişilerin TTK 18/2'deki basiretli iş adamı gibi davranma yükümü altında olduğu hususunu da dikkate almak gerekir. Başka bir deyişle

<sup>60</sup> Kanaatimizce kanunda iş adamı terimi yerine tacir kavramının tercih edilmesi daha isabetli olurdu. Nitekim TTK'nın sisteminde ticaretle uğraşan kimseler, tacir ve esnaf şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuştur. İş adamı, her ne kadar sözlük anlamıyla kazanç sağlamak amacıyla ticaret ve sanayiye yatırım yapan kişi olarak tanımlanmışsa da, günlük hayatta büyük çapta ticaretle uğraşan kimseleri ifade etmek için de kullanılmaktadır. Oysa tacirlerin tamamı bu ölçüde bir ticari faaliyet yürütmemektedir. Haliyle günlük hayatta iş adamı kavramı içinde zikredilemeyecek tacir sıfatına sahip pek çok ticaret erbabı bulunmaktadır. Ayrıca söz konusu yükümlülük açıklanırken, tacirlerin herhangi bir kişi gibi değil aynı ticaret dalında faaliyet yürüten öngörülü ve tedbirli bir tacir gibi hareket etmesi vurgulanmaktadır.

<sup>61</sup> Bu yönde bkz. Arkan, s. 147; Şener, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 191; Bahtiyar, s. 118; Kızır, Mahmut: "Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2011, s. 252. Bu hususta ayrıca bkz. "Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğunu vurgulamaktadır." 15. HD. 19.04.2018, 17/1642 (Lexpera İçtihat Veritabanı).

<sup>62</sup> Arkan'a göre basiretli iş adamı gibi davranma yükümü, tacir hangi alanda faaliyet gösteriyorsa o alan için geçerli kabul edilmelidir (Arkan, s. 147). Kızır'e göre ise söz konusu düzenlemede geçen ticaretine ait bütün faaliyetler ifadesi sadece kendi uğraş konusu olarak anlaşılmalı; ticari işletmenin konusuyla ilgili olmayan bir ticari iş yapan tacir için de basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunmalıdır (Kızır, s. 253).

tacir olmayan kimseler iyiniyete dayanarak hak kazanırken, ortalama bir kimsenin göstermesi gereken özeni aranırken, tacir olanların kendisiyle aynı dalda faaliyet gösteren tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenecek ölçüde bir özen göstermesi dikkate alınacaktır<sup>63</sup>.

Basiretli iş adamı gibi davranma yükümünün, iyiniyet kurallarına dayanırken özellikle mazur görülebilir bilgisizlik noktasında, tacir olmayanlara göre tacirler yönünden daha ağır bir özen ölçüsü getirdiği söylenebilecektir. Bu bağlamda pek çok olayda tacir olmayanlar açısından mazur görülebilecek bilgisizlik veya yanlış bilme hali, tacirler bakımından mazur görülemeyecektir<sup>64</sup>. Dolayısıyla ticari temsilcinin temsil yetkisi kapsamında gerçekleştireceği işlemler açısından, tacir sıfatına sahip işlemin karşı tarafının iyiniyet iddiası ya da daha doğru bir ifadeyle “yapılan işlemin temsil yetkisinin kapsamında olmadığını bilmiyordum iddiası”, TTK 18/2 çerçevesinde incelenmelidir.

### *c. İşlemin Karşı Tarafının İyiniyet İddiasında Bulunamayacağı Haller*

#### *aa. Kanuna Uygun Yapılan Sınırlandırmanın Ticaret Siciline Tescili*

Ticari temsilcinin temsil yetkisine iradi olarak getirilecek sınırlandırmaları kanun koyucu, sadece şube işleri ve birlikte temsil çerçevesinde ele almıştır. Gerçekten de Türk Borçlar Kanunu'nun 549. maddesinin bir ve ikinci fıkralarında ticari temsilcinin temsil yetkisinin sadece şube işleri ve birlikte temsil kaydıyla sınırlandırılacağı belirtilmiştir. Bu sınırlandırmaların ise iyiniyetli üçüncü kişilere karşı geçerliliği, ticaret siciline tescil edilmesi şartına bağlanmıştır (TBK 549/3). Bu iki hal dışında tacir, şüphesiz ticari temsilcinin temsil yetkisine miktar, konu, kişi işlem türü gibi başka sınırlandırmalar da getirebilir. Başka bir deyişle tacirin, şube işleri ve birlikte temsil dışında ticari temsilciye getirdiği sınırlandırmalar mutlak surette geçersiz değildir<sup>65</sup>. Fakat bu durum, söz konusu sınırlandırmayı bildiği veya bilmesi gerektiği ispatlanan üçüncü kişiler yönünden bir anlam ifade edebilir<sup>66</sup>. Hatta TBK 549/4 uyarınca temsil yetkisine getirilen diğer sınırlan-

<sup>63</sup> Benzer şekilde bkz. **Kızır**, s. 256.

<sup>64</sup> **Kızır**, s. 257. Ticari ilişkilerde iyiniyet değerlendirmesinde ticari hayatın gerektirdiği özenin esas alınacağı yönünde bkz. **Antalya/Topuz**, s. 334.

<sup>65</sup> Benzer şekilde bkz. **İnceoğlu**, s. 183.

<sup>66</sup> Bu hususta bkz. **İnceoğlu**, 549.

dırmalar tescil edilmiş olsa bile, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez<sup>67</sup>.

O halde ticari temsilcinin temsil yetkisinin sadece şube işleri ve/veya birlikte temsil ile sınırlandırılması ve bunun da ticaret siciline tescil edilmiş olması, işlemin karşı tarafının iyiniyet iddiasını ortadan kaldıracaktır<sup>68</sup>. Burada tescilin olumlu etkisinden söz edilir. Zira TTK 36/3'e göre üçüncü kişilerin kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenemez.

**bb. Taşınmazlara İlişkin Özel Yetkiyi Gerektiren Durumlar**

Ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı tayin edilirken, TBK 548/2'de ticari temsilcinin açıkça yetki verilmedikçe taşınmazları devredemeyeceği veya aynı bir hakla sınırlamayacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm, ticari temsilcinin temsil yetkisine getirilen kanuni bir sınırlamadır. Bu yüzden bu yasağa yönelik tacirin herhangi bir yere bildirimde bulunmasına veya söz konusu sınırlandırmayı ticaret siciline tescil ettirmesine gerek yoktur. Bu yasak yukarıda da açıklandığı üzere ticari temsilcinin temsil yetkisine getirilmiş tek kanuni sınırlandırmadır. Dolayısıyla ticari temsilci bu türden bir işlem gerçekleştirirken işlemin karşı tarafının ister tacir olsun ister olmasın, mutlaka ticari temsilciye bu yönde açık bir yetki verilip verilmediğini araştırması gerekir. Aksi takdirde bu kimselerin iyiniyet iddiası dinlenmez.

**cc. Temsil Yetkisinin Geri Alınması ve Bu Durumun Ticaret Siciline Tescil Ettirilmiş Olması**

Ticari temsilcinin atanması bakımından tescil zorunluluğu öngörülmesine rağmen, söz konusu tescil açıklayıcı (bildirici) niteliğe sahiptir. Gerçekten de TBK 547/2'de işletme sahibinin ticari temsilcinin yapmış olduğu işlemlerden sorumluluğu tescile bağlı kılınmamıştır. Bu da göstermektedir ki, ticari temsilcilik ilişkisi temsil olunanın bu yönde açık veya örtülü irade beyanıyla oluşmakta ve tescilin kurucu bir etkisi söz konusu olmamaktadır<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Aynı yönde bkz. **Kaya**, (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 744.

<sup>68</sup> Resmî sicillerdeki açıklık ilkesi yalnızca sicildeki bilgilere ilişkin olmasına rağmen, ticaret sicili açısından kanun koyucu, sicilin içeriğinin yanında sicildeki açıklamaların dayandığı belgeleri de üçüncü kişilerin bilgisine açık tutmuştur. Dolayısıyla ticaret sicili açısından üçüncü kişilerin iyiniyeti kapsamında bilme yükümlülüğünün sadece sicil kayıtlarıyla sınırlı olmayıp, sicildeki açıklamaların dayandığı belgelere ilişkin de olduğu hususunda bkz. **Altaş**, s. 319.

<sup>69</sup> "...Ticari bir işletmeye ticari mümessil tayini için bir şekil şartı yoktur. Ticari mümessilin tayininin ticaret siciline tescili kurucu (ihdas) nitelikte değildir..." 12. HD, 13.12.2004, 20223/25624 (Lexpera İçtihat Veritabanı).

Ticari temsilcilik ilişkisinin sona erme hallerinden biri de temsil yetkisinin geri alınmasıdır. Zira TBK 554/1’de temsil olunanın temsil yetkisini her zaman geri alabileceği düzenlenmiştir. Ticari temsilcilik ilişkisinin ortaya çıkmasındaki gibi sona ermesinde de esasen tescil zorunluluğu yoktur. Başka bir deyişle taraflar arasındaki bu ilişkisi, temsil yetkisinin geri alındığına ilişkin irade beyanının temsilciye ulaştığı andan itibaren sona erer. Temsil yetkisinin geri alınması bakımından kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olup, tarafların bu yönde şekil serbestine tabi oldukları söylenebilir. Temsil yetkisinin geri alınması, açıkça olabileceği gibi örtülü bir şekilde de yapılabilir. Örneğin ticari temsilciden vekâletnamenin geri istenmesi veya aradaki hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesi bu yetkinin örtülü olarak geri alındığı anlamına gelir<sup>70</sup>.

Temsil yetkisinin geri alınması bakımından, kanun koyucu TBK 550/2’de çok önemli bir esas getirmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, temsil yetkisinin sona erdiği ticaret siciline tescil ve ilan edilmedikçe, iyiniyetli üçüncü kişiler yönünden bu yetkinin sona erdiği ileri sürülemez. O halde temsil yetkisi verilirken ticaret siciline tescil edilmemiş olsa bile, üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırma açısından sona erme durumunun ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi fevkalade önemlidir<sup>71</sup>. Şu husus da vurgulanmalıdır ki, söz konusu tescil ve ilan bu yetkinin sona ermesi için gerekli bir koşul olmayıp, sadece üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını ortadan kaldırma işlevi görür<sup>72</sup>. Dolayısıyla temsil olunan tarafından TBK 550/2’deki yükümlülük yerine getirilmezse, temsil ilişkisinin sona erdiği hususu, sadece bunu bilen ya da bilmesi kendisinden beklenen kimselere karşı ileri sürülebilecektir.

<sup>70</sup> Söz konusu örnekler için bkz. Şener, s. 417-418.

<sup>71</sup> Burada en önemli nokta, söz konusu yetki verilirken tescil yapılmamış olsa bile, sona erme bakımından üçüncü kişilerin iyiniyeti ortadan kaldırılmak isteniyorsa, tescil ve ilanın yapılması gerektiğidir. Ancak doktrinde sona ermenin tescil ve ilanı, temsil yetkisi verilirken yapılmış tescil bağlı gibi yanlış izlenim uyandıracak yorumlar da yapılmaktadır. Bu yönde bkz. “Buna göre işletme sahibinin ticari temsilcilik verdiğini ticaret siciline tescil ettirmesi temsil yetkisinin varlığı ve ticari temsilcinin işletme sahibi adına hukuksal işlemler yapması için zorunlu değildir. Böyle bir tescil yapılmamasına rağmen temsilcinin yaptığı hukuksal işlemlerden işletme sahibi sorumludur. Tescil yapılmışsa, temsil yetkisinin geri alınması tescil ve ilan edilmediği sürece temsil olunan kişi, temsilcinin iyiniyetli üçüncü kişiler yaptığı hukuksal işlemlerden sorumlu olacaktır.” (Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru: “Temsil Yetkisinin Açıklanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 70 (2), 2021, s. 384).

<sup>72</sup> Bu yönde bkz. İnceoğlu, s. 546. Geri almaya yönelik tescilin açıklayıcı olduğu yönünde bkz. Schwarz, CHK, s. 718, No. 2; Şener, s. 458.

*dd. Ticari Temsilciye Yetki Belgesi Verilmesi ve İşlemin Söz Konusu Yetki Belgesiyle Gerçekleştirilmesi*

Temsil ilişkisinin ortaya çıkması için kural olarak temsil olunanın karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanına ihtiyaç vardır<sup>73</sup>. Bu açıdan temsil ilişkisinin doğumu yönünden bu varması gerekli irade beyanını temsilcinin kabul etmesi gerekli olmadığı gibi kendisine kural olarak bir yetki belgesi verilmesi zorunluluğu da bulunmamaktadır<sup>74</sup>. Ticari temsilcilik bakımından ise, kanun koyucu temsil yetkisinin açık veya örtülü olarak verilebileceğini hükme bağlamıştır (TBK 547/1).

Her ne kadar hukukumuzda ticari temsil tayini herhangi bir şekle tabi kılınmamışsa da, uygulamada bu yetki daha ziyade yazılı bir vekâletname şeklinde verilmektedir<sup>75</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nun 44. maddesinin birinci fıkrasında ise, temsilciye yetki belgesi verilmişse ve yetki sona ermişse, temsilcinin bu belgeyi geri verme yükümlülüğü; ikinci fıkrasında ise temsil olunan ile haleflerinin yetki belgesinin geri verilmesi için gerekeni yapmaları durumunda iyiniyetli üçüncü kişilerin zararını giderme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Uygulamada ticari temsilciye verilen yazılı vekâletnameler, TBK 44 kapsamında yetki belgelerindedir. Dolayısıyla ticari temsilci, temsil yetkisini kullanırken bu yetki belgesini işlemin karşı tarafına gösteriyorsa veya işlemi bu yetki belgesini ekleyerek gerçekleştiriyorsa, karşı tarafın söz konusu vekâletnamede getirilen kısıtlamaları bilmeme durumları

<sup>73</sup> Doktrinde temsil yetkisinin temsilciye varması gerekli irade beyanı dışında doğrudan üçüncü kişiye yapılacak bildirimle de iyiniyetli üçüncü kişinin bu beyana güveni nedeniyle temsil ilişkisinin ortaya çıkacağı ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: "Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK m. 33/II, 34/III ve 37 Karşısında BK m. 36/II'nin Uygulama Alanının Belirlenmesi", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan. Ankara 1990, s. 209; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 436.

<sup>74</sup> Yetki belgesinin, temsilcinin bu niteliğini işlem yapacağı üçüncü kişilere ispatlaması bakımından önem arz ettiği hususunda bkz. **Bahtiyar**, Mehmet: "Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Son Bulması", Makaleler I, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 27.

<sup>75</sup> "...Gerek ticari mümessilin gerekse ticari vekilin temsil yetkisi, işletme sahibinin (tüzel kişiliğe sahip işletmelerde temsile yetkili olanın) tek taraflı hukuki işlemine dayalıdır. Herhangi bir şekil şartına tabi olmamakla birlikte, yasal düzenlemeler çerçevesinde yerleşik uygulamada, işletme sahibinin bu konudaki tek taraflı hukuki işleminin, genellikle yazılı bir vekâletname verilmesi şeklinde tezahür ettiği bilinmektedir..." HGK, 29.11.2006, 12-758/754 (**Şener**, s. 94).

söz konusu olamaz<sup>76</sup>. Hele ki tacir sıfatına sahip olan ve daha tedbirli davranması gereken işlemin karşı tarafının, ticari temsilciye verilmiş olan yetki belgesini incelemeyen işlem yapması, basiretli tacir gibi davranma yükümlüne de aykırılık teşkil eder. Keza TMK 3/2 uyarınca iyiniyet iddiasında bulunan kişinin, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermesi beklenir. Yukarıda da değindiğimiz üzere tacir sıfatına sahip kişilerin, iyiniyet iddiasında kendisinden beklenen özen ölçüsü normal kişilere göre daha ağırdır. Örneğin yetki belgesinde ticari temsilcinin temsil yetkisi 100.000 TL ile sınırlandırılmışsa ve bu belgeyi görüp ona göre işlem yapan kişilerin söz konusu sınırlandırmayı bilmedikleri iddiası dinlenmemelidir. Fakat uyumsuzluk halinde, işlem sırasında yetki belgesinin ibraz edildiği hususunu, temsil olunan konumundaki tacir olan taraf ispat etme yükümlülüğü altında olacaktır (HMK 190/1).

*ee. Yetki Sınırlandırılmasının İşlemin Karşı Tarafına Bildirilmiş Olması*

Ticari temsilcinin temsil yetkisine getirilen sınırlandırmalar, özellikle kanunda gösterilen haller ile sınırlı değildir. Gerçekten de kanunda yazılı olanlar dışında getirilecek sınırlandırmalar, mutlak surette geçersiz kabul edilmemiş<sup>77</sup>; bu sınırlandırmalardan haberdar olan üçüncü kişilere karşı geçerli kabul edilmiştir. Nitekim kanun koyucu, temsil yetkisine kanunda sayılan haller dışında getirilen sınırlandırmaların, sadece iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini öngörmüş (TBK 549/4), iyiniyetli olmayan üçüncü kişiler yönünden ise bu sınırlandırmaların ileri sürülmesine cevaz vermiştir.

O halde ticari temsilcinin temsil yetkisine getirilecek sınırlandırmalar, kanunda sayılı hallerle sınırlı değildir. Bu bağlamda özellikle ticari temsilcinin temsil yetkisi, miktar, konu, kişi, işlem türü vs. çeşitli şekilde sınırlandırılmış olabilir. Bu tarz sınırlandırmalar, bunu bilen veya bilebilecek olan üçüncü kişilere karşı geçerli olduğundan, söz konusu sınırlandırmalar işlemin karşı tarafına bildirilmek suretiyle iyiniyet iddiası ortadan kaldırılabilir.

<sup>76</sup> Ticari temsilcilerin sahip oldukları yetkilerin üçüncü kişilerin bilgisine yetki belgesi vasıtasıyla da ulaştırılabileceği hakkında bkz. **Feyzioğlu**, s. 423. Benzer şekilde *Bahtiyar*, temsil yetkisinin üçüncü kişiye bildirilmesinin bir yolunun da temsil olunanın verdiği yetki belgesinin temsilci tarafından üçüncü kişilere gösterilmesi olduğundan bahsetmektedir. Bu durumda dış temsil yetkisi verilmesi değil, iç ilişkide verilmiş olan temsilin üçüncü kişilere bildirilmesi ve dış yetkiye dönüştürülmesi söz konusu olur. Bu yönde bkz. **Bahtiyar**, Yetki Belgesi, s. 27.

<sup>77</sup> Bu noktada Alman hukukunda HGB § 50/1 hükmü, Türk-İsviçre hukukundaki durumun aksine temsil yetkisinin üçüncü kişilere karşı sınırlandırılmasını bunların iyiniyetli olup olmadıklarına bakmaksızın, mutlak surette geçersiz kabul etmiştir.

bilir<sup>78</sup>. Bu bağlamda TBK 42/3'te de temsil olunanın verdiği yetkiyi, üçüncü kişilere açık veya örtülü olarak bildirebileceği hükme bağlanmıştır. Keza TBK 41/2'de temsil yetkisinin üçüncü kişiye bildirilmesi durumunda, temsil yetkisinin içeriği ve derecesinin bu bildirimle göre belirleneceği hükme bağlanmıştır<sup>79</sup>. Fakat bu bildirim yapıp yapılmadığı konusunda ispat yükü, söz konusu vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaracak olan temsil olunana ait olacaktır (HMK 190/1). Dolayısıyla bu tarz bildirimlerin yazılı (e-mail, faks, mesaj vs.) şekilde yapılmış olması da temsil olunana ispat kolaylığı sağlayacaktır<sup>80</sup>.

*ff. İşlemin Karşı Tarafının Kendisinden Beklenen Özeni Göstermemesi*

Türk Medeni Kanunu başlangıç hükümleri kısmında m. 3'te yer alan iyiniyet kuralı, özel hukukun tüm alanlarında geçerli olan ve kendisine hüküm ve sonuç bağlanan tüm durumlarda uygulama alanı bulan temel ilkelere biridir. İyiniyete ilişkin temel kural, kanunun iyiniyete hukuki sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyiniyetin varlığıdır (TMK 3/1). O halde iyiniyet kuralı, bu kurala dayanacak kimse açısından varlığı karine olarak kabul edilmiş bir durumu ifade eder. Kanun koyucu iyiniyete ilişkin bu karineyi kabul ederken, her durumda iyiniyete dayanan kimseyi mazur görmemiş; özellikle TMK 3/2'de getirdiği kuralla durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin bu ilkeye dayanamayacağını kabul etmiştir<sup>81</sup>.

Bu esas, ticari temsilciyle işlem yapan üçüncü kişiler bakımından da geçerlidir. Gerçekten de durumun gereklerine göre somut olayda kendisinden beklenen özeni göstermeyen işlemin karşı tarafı, ticari temsilcinin yapılan işlemde yetkisiz olduğunu bilmediğini ileri süremeyecektir<sup>82</sup>. Örneğin

<sup>78</sup> Bu hususta bkz. **Eren**, s. 444

<sup>79</sup> Bu düzenleme doktrinde bildirim yapılmışsa üçüncü kişi kötünietli olsa bile temsil yetkisi sırf kendisine bildirildiği için korunacağı şeklinde yorumlanmakta ve eleştirilmektedir. Bu bağlamda özellikle madde metnine "üçüncü kişinin iyiniyetli olması" koşulunun eklenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu hususta bkz. **Kılıçoğlu Yılmaz**, s. 383. Kanaatimizce üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının aranmasına gerek yoktur. Çünkü temsil yetkisi üçüncü kişiye bildirilirken, bunun içeriği ve derecesi hakkında da bildirim yapılacağından, üçüncü kişi kendisine yapılan bildirim dışındaki işlemler bakımından zaten iyiniyetli olmayacaktır.

<sup>80</sup> Ayrıca bkz. **İnceoğlu**, s. 182.

<sup>81</sup> Benzer şekilde karşı **Oğuzman/Barlas**, s. 237, No. 808. Bu esasın getirilme nedenlerinden birinin de bir kimsenin bir durumu bildiğini veya bilmediğini ispat etmenin oldukça güç olmasıdır. Bu doğrultuda bkz. **Altaş**, s. 344.

<sup>82</sup> Burada üçüncü kişiler yönünden gerekli özenin gösterilip gösterilmediğinin, objektif olarak aynı koşullar içinde orta zekalı, makul ve dürüst bir kimsenin göstereceği özen



temsil olunanla ticari temsilci arasındaki hizmet sözleşmesinin sona erdirildiğini bilen üçüncü kişilerin temsil olunan adına işlem yapmaya çalışan ticari temsilcinin temsil yetkisinin bulunup bulunmadığını hususunda gerekli araştırmayı yapması gerekir. Zira böyle durumlarda temsil yetkisinin örtülü olarak geri alınması söz konusudur<sup>83</sup>. Benzer şekilde ticari temsilcinin kendisine daha önceki işlemlerde sürekli ibraz ettiği yetki belgesini bir sonraki işlemde ibraz etmemesi durumunda işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişi, bunun nedeni sorup ona göre hareket etmelidir. Her ne kadar kanun koyucu, bu iki durumda da ticari temsilcinin temsil yetkisinin sona ermesinin ticaret siciline tescil edilmedikçe iyiniyetli üçüncü kişilere karşı devam ettiği esasını kabul etse de (TBK 550/2), üçüncü kişilerin iyiniyet noktasında durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni gösterip göstermediği de önem taşımaktadır. Başka bir deyişle ticari temsilcinin temsil yetkisinin sona erdiği fakat sona ermesinin tescil ve ilan edilmediği her durumda, özellikle kendisinden beklenen özeni göstermeyen üçüncü kişileri iyiniyetli kabul etmek söz konusu olamaz<sup>84</sup>.

ölçüsü dikkate alınarak hâkim tarafından takdir edileceği belirtilmektedir. Bu yönde bkz. **Altaş**, s. 345. Ancak işlemin karşı tarafının tacir olduğu durumlarda beklenen özen ölçüsü yukarıda da ifade ettiğimiz üzere sıradan bir kimsenin göstereceği ölçünün daha ötesinde, o faaliyet alanında basiretli tacir gibi davranması beklenen kimsenin göstereceği özen ölçüsü düzeyinde takdir edilecektir.

<sup>83</sup> Aksi yönde bkz. “Temsil ilişkisinin dayandığı (örneğin vekalet, hizmet sözleşmesinin) sona ermesi, ilke olarak temsil yetkisinin de kendiliğinden sona ermesini gerektirmez. Bu, soyutluk ilkesinin bir sonucudur.” (**Eren**, s. 449). Yazar temel ilişkinin sona ermesinin ilke olarak temsil yetkisini kendiliğinden sona erdirmeyeceğini söylemekle yetinmiş, bu ilkenin istisnalarından bahsetmemiştir. Kanaatimizce temsildeki soyutluk ilkesi, ticari temsilde daha dar olarak yorumlanmalı, özellikle işlemin karşı tarafının çoğunlukla tacir olma sıfatı ve basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü altında olması göz önünde bulundurulmalıdır.

<sup>84</sup> Yargıtay, üçüncü kişinin iyiniyetine yönelik vermiş olduğu bir kararda kanuni karineyi işletmiş; fakat üçüncü kişinin kendisinden beklenen özeni gösterip göstermediği üzerinde durmamıştır. Bu hususta bkz. “davacı şirket, yönetim kurulunun 05.06.1981 tarih ve 4 sayılı kararıyla davalı S’yi bütün işlerden sorumlu olmak üzere müdür tayin ettiği mübrez karar defteri örneğinden anlaşılmaktadır. Keza anılan karara itiraz eden yönetim kurulu üyelerinin 23.03.1981 de noterden tasdik ettirdikleri vekâletnamede davalı S’ye gerek kendileri gerekse şirket adına her türlü sözleşme akdetmek, borçlanmak, ticari senet keşide etme yetkilerini tanıdıkları gözlemlenmektedir. Nitekim nızalı çek de davalı S tarafından şirket kaşesi altına imza konularak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu olgular karşısında davalı S’nin niteliği ve yetkileri BK’nun 449-450. maddelerinde (TBK 547-548) belirtilen bir ticari mümessil olduğunun kabulü gerekmektedir. BK’nun 452. maddesi (TBK 550) hükmü uyarınca ticari mümessil tayin edilirken tescil edilmiş olsa bile temsil salahiyetinin geri alındığı zaman keyfiyetin ticaret siciline kaydedilmesi mecburidir. Temsil yetkisinin geri alınması ticaret siciline kayıt ve ilan edilme-

**gg. Ticari Temsilcinin Temsil Yetkisini Açıkça Kötüye Kullanması**

TMK 2/2'de düzenlenmiş olan hakkın kötüye kullanılması yasağı, hemen hemen hukukun her alanında uygulama alanı bulan temel ilkelerden birisidir. Söz konusu düzenlemeye göre, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Her hak, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde amacına uygun olarak kullanılmalıdır. Hiçbir hak, o hakkın kötüye kullanılması şeklinde bir yetki içermediğinden, bir hakkın kullanıldığı görüldüğü altında haksız bir davranış gerçekleştirildiğinde, hakkın kötüye kullanılması yasağı devreye girecektir<sup>85</sup>. Hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında, mutlaka teknik anlamda bir hakkın bulunmasına gerek olmayıp, hukuki kurumların ve bu bağlamda temsil yetkisinin kötüye kullanılması da söz konusu olabilir<sup>86</sup>.

Doktrinde ticari temsilcinin temsil yetkisini kötüye kullanmasının, iki şekilde tezahür edebileceği ihtimalinden bahsedilmektedir<sup>87</sup>. Birincisi ticari temsilci ile işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişi arasında hileli bir anlaşma bulunması halidir. Bu olasılıkta ticari temsilci ile üçüncü kişi arasında temsil olunanın çıkarlarının çiğnenmesi bağlamında tam bir işbirliği olduğu ifade edilmektedir<sup>88</sup>. Bu çerçevede üçüncü kişi ile ticari temsilci anlaşarak, ticari temsilcinin temsil yetkisinin yasal kapsamına giren bir işlemi işletme sahibini zarara sokacak şekilde gerçekleştirilmesi durumu söz konusudur<sup>89</sup>. Ni-

---

dikçe bu yetki iyiniyetli üçüncü şahıslar hakkında vakidir. Davalı S'nin azline yönetim kurulunca 29.07.1982 tarihinde karar verilmiş ve nizalı çek 10.11.1982 de yani S'nin temsil yetkisi sona erdikten sonra düzenlenmiş ise de, çekin lehdarı olan davalı Ü kendisinin iyiniyetli olduğunu ve S'nin temsil yetkisinin geri alındığı keyfiyetini bilmediğini savunmaktadır. MK'nun 3/f 1 maddesi (TMK 3) hükmüne göre bir hakkın kazanılması için iyiniyetin arandığı durumlarda asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Davalı Ü'nün iyiniyet savunmasının aksi ispat edilmiş değildir. Şu halde BK'nun 425. maddesi (TBK 550) uyarınca davalı S'nin azil keyfiyetinin ticaret siciline tescil ve ilan edilip edilmediği araştırılmak, anılan yasa gereği yerine getirilmiş ise davanın kabulüne, aksi takdirde davalı Ü hakkındaki davanın reddine karar vermek gerekirken, bu nokta üzerinde durulmadan ve alacağı çeke dayanan davalı Ü'nün davacı şirkete borç para verdiğini ayrıca ispat edemediğinden söz edilerek Ü hakkında da davanın kabulü cihetine gidilmesi doğru görülmemiştir..." 11. HD, 19.06.1986, 3324/3676 (**Şener**, s. 464-465).

<sup>85</sup> Bu hususta bkz. **Dural/Sarı**, s. 242, No. 1250.

<sup>86</sup> Bu yönde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 751, No. 1; **Dural/Sarı**, s. 243, No. 1254.

<sup>87</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 751, No. 2; **Şener**, s. 317-319.

<sup>88</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 751, No. 2; **Şener**, s. 318.

<sup>89</sup> Bu doğrultuda bkz. **Şener**, s. 318.

tekim ticari temsilcinin işletme sahibi adına anlaştığı üçüncü kişiyi lehdar olarak göstererek yüklü miktarda bir kambiyo senedi düzenlemesi hileli anlaşmaya örnek gösterilebilir. Bu olasılıkta üçüncü kişinin iyiniyet iddiasında bulunması söz konusu olamasa da, bu durum temsil olunanın ticari temsilci ile üçüncü kişi arasındaki hileli anlaşmayı ispat etmesine bağlıdır. Temsil yetkisinin hileli anlaşma yoluyla kötüye kullanılması olasılığında, yapılan işlemin ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olduğu ifade edilmektedir<sup>90</sup>.

Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının diğer bir türü olarak üçüncü kişinin ağır kusuruna dayalı olarak kötüye kullanım durumundan bahsedilmektedir<sup>91</sup>. Bu olasılıkta ticari temsilci temsil yetkisinin kapsamı içinde hareket etmesine rağmen, bu yetkiyi açıkça işletme sahibinin aleyhine kullanıyorsa ve üçüncü kişi bunu biliyor veya ağır kusuru dolayısıyla bilemiyorsa yine temsil yetkisinin kötüye kullanıldığından söz edilir. Ağır kusur, kast veya ağır ihmal şeklinde ortaya çıkabilir. Kusurun en ağır türü olan kast, hukuka aykırı sonucun bilincinde olmayı ve bu sonucu istemeyi ifade ederken; ağır ihmal, temsilcinin yetkisinin kötüye kullandığı herkesin göstereceği bir dikkat ve özenle anlaşılabilir düzeydeyse ve bu dikkat ve özen gösterilmemişse ortaya çıkar<sup>92</sup>. Temsil yetkisinin üçüncü kişinin ağır kusuruna dayalı olarak kötüye kullanılmasında hakkın kötüye kullanılması yasağına istinaden yetkisiz temsil hükümleri uygulanacaktır<sup>93</sup>.

Temsil yetkisinin kötüye kullanılması bakımından gerek hileli anlaşma gerekse üçüncü kişinin ağır kusuru halinde, üçüncü kişinin iyiniyet iddiasında bulunması durumunda bunun ispatı oldukça güçtür<sup>94</sup>. Bu açıdan temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı işlemin karşı tarafınca açıkça görülebilir ve

<sup>90</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 752, No. 2; **Şener**, s. 318.

<sup>91</sup> Bu yönde bkz. **Şener**, s. 319 vd.

<sup>92</sup> Kusurun türleri ile ilgili kavramlar ile ilgili olarak bkz. **Oğuzman**, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 528-529.

<sup>93</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 759, No. 10; **Şener**, s. 326.

<sup>94</sup> Bir kimsenin iyiniyetli olmadığı yani kötü niyetli olduğu iddiasının itiraz niteliğinde olduğu ve yargılamanın her aşamasında hâkim tarafından da resen dikkate alınacağı hususu, Yargıtay'ın 14.02.1951 tarih ve 17/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve sonrasında vermiş olduğu muhtelif dairesel kararlarıyla teyit edilmiştir. Ayrıca bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 248, No. 847; **Antalya/Topuz**, s. 328. Bu açıdan dava dosyasından gerek hileli anlaşma gerekse üçüncü kişinin ağır kusuru anlaşılabilirse, hâkim bunu kendiliğinden dikkate alıp temsil yetkisinin kötüye kullanılması sebebiyle yapılan işlemin taciri bağlamadığına her zaman karar verebilecektir. Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. **Antalya/Topuz**, s. 353.

anlaşılabilir durumdaysa, doktrinde temsil olunanın buna dayanabileceği ifade edilmektedir<sup>95</sup>.

## 2. Ticari Temsilcinin Temsil Yetkisinin Kapsamı Açısından İşletme Amacı

Türk Borçlar Kanunu'nun 548. maddesinin birinci fıkrasında ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı tayin edilirken, ticari temsilcinin işletme amacına giren her türlü işlemi yapabileceğinden bahsedilmiştir. Özellikle belirtmek gerekir ki, söz konusu düzenleme mehzadan farklı bir şekilde tercüme edilmiştir. Çünkü İsviçre hukukunda bu düzenlemeye karşılık gelen OR Art. 459/1'de "işletme amacının beraberinde getirebildiği hukuki işlemler" ifadesi kullanılarak, ticari temsilcinin yapacağı işlemlerle işletme konusu arasında bağlantı kurulmak istenmiştir<sup>96</sup>. O halde ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı bakımından TBK 548/1'deki işletme amacıyla neyin kastedildiğini ortaya koymak gerekir.

### a. İşletme Amacı Kavramının Anlamı

TBK 548/1'de anlamını bulan "işletme amacı" ile şüphesiz kazanç elde etme unsuru kastedilmemektedir. İster ticari işletme olsun isterse de esnaf işletmesi, iktisadi anlamda işletmelerin tümünde dernek ve vakıflarda olduğu gibi ideal bir amaç uğruna bir araya gelme gayesi bulunmamaktadır. İşletmelerde ve dahi şirketlerde ticari hayatın doğası gereği yapılan faaliyetler, ekonomik olup kazanç elde etme amacına yöneliktir. Bu durumda ticari temsilcinin kazanç elde etme amacıyla hareket ettiği her türlü işlemlerin temsil yetkisi kapsamında olduğu söylenebilir mi? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Çünkü söz konusu düzenlemede geçen işletme amacıyla kastedilen aslında işletmenin konusudur. İşletme konusu tayin edilirken, tacirin görüş ve düşüncelerine göre değil, objektif olarak hareket etmek icap eder<sup>97</sup>. İşletme konusu ise, işletme amacının gerçekleştirilmesi için kulla-

<sup>95</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 354, No. 4. "Öte yandan, temsil yetkisinin kötüye kullanılmasından söz edebilmek için birinci koşul temsilcinin temsil yetkisinin bulunmasına ilişkindir. İkinci koşul ise, dış temsil yetkisinin temsilci tarafından temsil olunanın irade beyanına ve çıkarına (menfaatine) aykırı biçimde kullanılmasıdır. Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının üçüncü koşulu da temsilin yapıldığı üçüncü kişinin Medeni Yasanın 3. maddesi anlamında iyi inançlı olmamasıdır. Üçüncü kişinin duruma göre, temsilcinin görevlerine aykırı biçimde davrandığını bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde, iyi inanç ileri sürülemeyeceğinden bu kişi yasal korumadan yararlanamayacaktır." 1. HD, 18.10.1991, 12317/11703 (Lexpera İçtihat Veritabanı).

<sup>96</sup> Benzer şekilde karşı. **Şener**, s. 141 vd.

<sup>97</sup> **Feyzioğlu**, s. 415.

nılan yöntem olup, işletmeden işletmeye farklılık gösterir<sup>98</sup>. Örneğin tekstil firmasının kazanç elde etmek için seçmiş olduğu yöntem tekstil ürünlerinin alım satımı iken, bir seyahat firmasının kazanç elde etmek için seçmiş olduğu yöntem, kişilerin belli bir bedel karşılığında bir yerden bir yere taşınması olarak karşımıza çıkar. Öte yandan Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin 50. maddesinin 1. fıkrası c bendi uyarınca gerçek kişilere ait ticari işletmelerde ticaret siciline tescil yapılırken işletme konusu da yer almalıdır. TTK 36/3'deki tescilin olumlu etkisi neticesinde üçüncü kişiler kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerini ileri süremezler. Dolayısıyla ticaret siciline tescil edilen işletme konusu dışına çıkılarak yapılan işlemlerde, üçüncü kişi söz konusu işlemin işletme konusunun dışına çıkılarak yapıldığını bilmediğini ileri süremeyecek ve üçüncü kişinin bu yöndeki iyiniyet iddiaları da herhangi bir etki doğurmayacaktır<sup>99</sup>.

Ticari temsilcinin temsil yetkisinin tayininde sadece işletme konusuyla doğrudan değil aynı zamanda dolaylı bağlantısı bulunan işlemlerin de temsil yetkisinin kapsamında olduğu ileri sürülmektedir<sup>100</sup>. Ayrıca ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamına dahil olup olmaması açısından yapılan işlemin, işletme sahibi yararına veya işletmenin alışlagelmiş işlemlerinden olmasına da gerek yoktur<sup>101</sup>.

### ***b. Ticaret Ortaklıkları Bakımından İşletme Amacının Tespiti***

Ticaret ortaklıkları bakımından işletme amacını değerlendirirken, her bir ortaklık yönünden işletme amacının ne olduğuna ayrı ayrı bakmak gerekir. Bu bağlamda kolektif ortaklık ile komandit ortaklık bir ticari işletme işletmek amacıyla kurulmaktadır (TTK 211/1, 304/1). Dolayısıyla bu tür ortaklıklara atanacak ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı tayin edilirken bu ortaklıklara ait işletmelerin faaliyet alanına bakmak gerekir. Ayrıca kanun koyucu, bu iki tip ortaklık bakımından esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde işletme konusunun şirket sözleşmesinde yer almasını da arzu etmiştir (TTK 213/1-d, 305/1). Bu düzenlemeler birlikte ele alınırsa kolektif ve komandit ortaklıkta şirket sözleşmesinde yer alacak işletme konusu ile bu tür şirketlerin sahip oldukları ticari işletmelerin faaliyet alanları

<sup>98</sup> Nitekim bu hususta bkz. Şener, s. 141, dn. 293. İşletme konusunun şirketler yönünden faaliyet alanı olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Uzunalli, Sevilay: Anonim Şirkette İşletme Konusu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 5.

<sup>99</sup> Aynı şekilde bkz. Kaya, (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 741.

<sup>100</sup> Bu yönde bkz. Schwarz, CHK, s. 715, No. 2; Jermini/Vanotti, OFK, s. 1230, No. 3; Kirca, s. 107; Şener, s. 142; Kaya, (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 739.

<sup>101</sup> Bu doğrultuda bkz. BGE 95 II 442 E. 3 (<https://www.swisslex.ch/>).

örtüşmelidir. Başka bir deyişle şirket sözleşmesinde gösterilecek işletme konusunun, bu ortaklıkların sahip olduğu ticari işletmenin faaliyet alanıyla örtüştüğü ölçüde somutlaştırıldığı ve esaslı noktalarının belirlendiği ileri sürülebilir<sup>102</sup>. Eğer şirket sözleşmesinde gösterilen işletme konusu ile kolektif ve komandit şirketlerin işlettiği ticari işletmelerin faaliyet alanı birbirinden farklı ise, kanaatimizce bu şirketlerde ticari işletmelerinin faaliyet alanı dikkate alınarak ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı belirlenecektir.

Anonim ve limited ortaklıklar ise kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilmektedir (TTK 331/1, 573/3). Sermaye şirketi kategorisinde yer alan bu şirketlerin, kolektif ve komandit şirkette olduğu gibi bir ticari işletme işletmesine de gerek yoktur. Keza TTK 339/1-b ile 576/1-b'de sermaye şirketleri açısından da işletme konusunun esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirket sözleşmesinde yer alması öngörülmüştür. Her ne kadar söz konusu düzenlemelerden işletme konusunun somutlaştırılması ve kapsamının belirlenmesi zor olsa da burada dikkate alınması gereken fiilen mümkün ve ciddi olarak amaçlanan bir faaliyetin işletme konusu olarak gösterilmesidir<sup>103</sup>. Başka bir deyişle sermaye ortaklıklarında işletme konusu, hem ticaret sicil müdürünün incelemesi hem de pay sahiplerinin korunması ve üçüncü kişilerin bilgilendirilmesi işlevini yerine getirecek düzeyde gerçeğe uygun bir şekilde somutlaştırılmalıdır<sup>104</sup>. Bu bağlamda doktrinde “her türlü endüstriyel üretim”, “her tür hizmet”, “her tür malın üretimi” veya “her türlü ticari işlemi ortaklık adına yapabilecektir” şeklinde muğlak ve belirsiz ifadelerin işletme konusu olarak gösterilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>105</sup>. Tüm bu açıklamalar ışığında sermaye ortaklıklarında somutlaştırılmış ve gerçeğe uygun bir şekilde faaliyet alanını gösteren işletme konusu, kural olarak bu ortaklıklara atanacak ticari temsilcilerin temsil yetkisinin kapsamını belirlemede önemli bir rol oynayacaktır.

Sermaye ortaklıkları yönünden kanun koyucu, üçüncü kişilerce bilindiği veya bilinebilecek olduğu ispat edilmedikçe<sup>106</sup>, şirketi temsile yetkili

<sup>102</sup> Bu hususta karşı. Şener, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 209.

<sup>103</sup> Uzunallı, s. 33.

<sup>104</sup> Uzunallı, s. 34. Limited ortaklıklar bakımından somutlaştırma zorunluluğu ve belirsiz konularda ortaklık konusunun belirtilmesinin mümkün olmayacağı hususunda bkz. Şener, Ortaklıklar, s. 680.

<sup>105</sup> Uzunallı, s. 37; Şener, Ortaklıklar, s. 680.

<sup>106</sup> Bu noktada işletme konusu dışında yapılan işlemlerin şirketi bağlayacağı kabul edilirken, anonim ortaklıklarda üçüncü kişilerin iyiniyetinin kaldırılması açısından esas sözleşmede gösterilen işletme konusunun ticaret siciline tescil edilmiş olması, tescilin olumlu etkisinden yararlanmayacaktır. Nitekim TTK 354/1'de işletme konusu, tescilin

kimselerin işletme konusu dışında yaptığı işlemlerin de şirketi bağlayacağını öngörmüştür (TTK 372/2, 629/1)<sup>107</sup>. Şüphesiz söz konusu düzenlemede geçen temsile yetkili kimselerin kapsamına ticari temsilci girmemektedir. Zira TTK 370/1'de esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisinin çift imza kullanılmak üzere yönetim kuruluna ait olduğu; TTK 370/2'de ise yönetim kurulunca temsil yetkisinin bir veya daha fazla murahhas üyeye veya en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisine sahip olması kaydıyla müdür olarak üçüncü kişiye devredilebileceği belirtilmiştir. O halde TTK 370 hükmünde sayılmayan ticari temsilcinin bu hükmü tamamlayan 371. maddesinde belirtilen temsile yetkili kimse-lerden olmadığı açıktır. Fakat doktrinde korunan menfaat benzerliği dikkate alınarak, sermaye ortaklıklarına atanan ticari temsilcilerin işletme konusu dışına çıkararak yaptıkları işlemlerin de, TTK 371/2 uyarınca kural olarak ortaklığı bağlaması gerektiği savunulmaktadır<sup>108</sup>. Bu düzenleme her ne kadar üçüncü kişinin menfaatini koruyucu nitelikte olsa da, kanaatimizce TTK 370 kapsamında temsile yetkili kimse olarak dikkate alınmayacak ticari temsilci yönünden uygulanmamalıdır. Sermaye ortaklıklarında ticari temsilci yönünden temsil yetkisinin kapsamı, TBK 548 çerçevesinde esaslı unsurları belirlenmiş, gerçeği yansıtan işletme konusu dikkate alınarak tayin edilmelidir<sup>109</sup>.

*c. Ticari Temsilcinin İşletme Amacı Dışına Çıkararak Yaptığı İşlemlerin Karşı Taraf İyiniyetli Olsa Bile Taciri Bağlamaması*

TBK 548/1'de üçüncü kişinin iyiniyetine sonuç bağlanırken, ticari temsilcinin yapacağı işlemin işletme amacı daha doğru ifadeyle işletme konusu içinde olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu düzenlemenin zıt yorumun-

olumlu ilkesinden istisna tutulmuştur. Bu açıdan karşı. **Uzunalli**, s. 19. Ancak doktrinde ticaret unvanının TTK 354/1-b'de belirtilmiş olması ve dolayısıyla tescilin olumlu etkisinden yararlanacak olmasının, üçüncü kişilerin tescil ve ilan edilen ticaret unvanındaki işletme konusunu bilmediklerine ilişkin iddialarını ortadan kaldıracığı ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. **Topçuoğlu**, Metin: "Ticaret Şirketlerinde Konu Dışı İşlemler ve Sonuçları", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2012, s. 66.

<sup>107</sup> Doktrinde bu düzenlemenin uygulama kabiliyetinin pek mümkün olmadığı; çünkü konu dışı işlemlerin taraflarının esasen tacir olması ve basiretli tacir gibi davranma yükümü altında bulunması dolayısıyla ticaret unvanında yazılan ve tescilin olumlu etkisine tabi olan işletme konusunu bilmediklerini ileri süremeyeceği belirtilmektedir. Bu görüş için bkz. **Topçuoğlu**, s. 72-73.

<sup>108</sup> Nitekim bu yönde bkz. **Uzunalli**, s. 110.

<sup>109</sup> Kaya ise, anonim şirkete atanan ticari temsilcinin konu dışı işlemler bakımından sorunun Borçlar Kanunu hükümleri yanında TTK 371 ve 354 hükümleri bir arada değerlendirilerek çözülmesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. **Kaya**, (Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan), s. 741.

dan çıkan sonuç, işletme konusu dışında yapılacak işlemler bakımından iyiniyet karinesinin işletilemeyeceğidir. Gerçekten de ticari temsilcinin yaptığı işlemin taciri bağlaması için, öncelikle işletme konusuna dahil olması gerekir<sup>110</sup>. Bu açıdan işletme konusu ticari temsilcinin temsil yetkisinin hukuki bir sınırını oluşturduğu gibi, ticari temsilci tarafından yapılan iş ve işlemlerin de objektif olarak işletmenin konusuna dahil ve işletmenin işletilmesi ve yönetilmesiyle ilgili olması beklenir. Üçüncü kişinin iyiniyetinin burada, işletme konusuna dahil olsa bile ticari temsilci tarafından yapılması istenmeyen işlemler yönünden yani tacirin iç ilişkide getirdiği sınırlamalar bakımından bir anlam ifade etmektedir. Aksi takdirde işletme amacına girmeyen işlemlerin de salt üçüncü kişilerin iyiniyetli olmasından dolayı taciri bağlaması gibi bir sonuç ortaya çıkar ki, kanun koyucunun TBK 548/1'de getirdiği düzenleme bunu amaçlamamaktadır. Doktrinde de işletme amacına açıkça aykırı işlemlerin ticari temsilci tarafından gerçekleştirilmesinin, kural olarak taciri bağlamayacağı ifade edilmektedir<sup>111</sup>.

### 3. Ticari Temsilcinin Yapabileceği İşlemlerin İyiniyet ve İşletme Amacı Bağlamında Somut Olaya Göre Tayin Edilmesi Gerekliliği

Ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı tayin edilirken, yapabileceği işlemler genellikle işlem türleri sayılarak belirtilmektedir. Bu bağlamda önemine binaen ticari temsilcinin yapabileceği işlemler arasında satım, kira, eser, hizmet, sigorta, abonelik, bağış, kefalet, garanti gibi sözleşme türleri ile bankacılık işlemleri ve hukuki işlem benzeri fiiller zikredilmektedir<sup>112</sup>. Şüphesiz ticari temsilcinin tacir adına yapabileceği işlemleri tek tek saymak olanaksızdır<sup>113</sup>. Bu açıdan ticari temsilcinin yapabileceği işlem türlerini tayin ederken, yapamayacağı işlemlere bakmak daha isabetli olacaktır. Bu çerçevede söz konusu işlem, ticari temsilcinin yapamayacağı türden işlem olmadığı sürece temsil yetkisinin kapsamında kabul edilmelidir.

Ticari temsilcinin yapabileceği işlemleri tespit ederken, yine yararlanılması gereken kıstas, işlemin ticari işletmenin işletilmesiyle bir bağlantısının olup olmadığına bakmaktır. Bu ise, ticari temsilcinin yaptığı işlemleri somut olayın özelliklerine göre değerlendirme zarureti ortaya çıkarır. Nite-

<sup>110</sup> Kırca, s. 106; Kaya, (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 741.

<sup>111</sup> Bu görüş için bkz. Schwarz, CHK, s. 715, Rn. 2; Şener, s. 143.

<sup>112</sup> Bu doğrultuda bkz. Şener, s. 155 vd.; Pulaşlı, s. 15; Kaya, (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 737-740.

<sup>113</sup> Şener, s. 156.



kim ticari temsilcinin yapabileceği işlemler arasında olsa bile, örneğin ticari işletmenin işletilmesiyle herhangi bir bağı olmayan bir kira sözleşmesi veya satım sözleşmesi temsil yetkisinin kapsamı içinde değerlendirilemez<sup>114</sup>. Benzer şekilde ticari temsilcinin taciri mahkemede temsil yetkisi olduğu kabul edilmesine rağmen, bu yetki ancak ticari işletmenin işletilmesinden kaynaklanan uyumsuzluklarda söz konusu olur. Başka bir deyişle ticari temsilcinin bu hususta genel bir temsil yetkisinden ve ticari işletmeyle bağlantısı olmayan uyumsuzluklarda da taciri mahkemede temsil edebileceğinden bahsedilemez<sup>115</sup>.

Bu noktada özellikle kefalet sözleşmelerine kanaatimizce farklı bir açıdan bakmak gerekir. Doktrinde ticari temsilcinin tacir adına kefil olabileceği genel olarak kabul görmektedir<sup>116</sup>. Buna da gerekçe olarak tacirlerin kredi temini konusunda bankalara karşı müştereken sorumluluk yüklenmek suretiyle birbirlerine destek olmaları ve ticari faaliyetlerini bu şekilde sürdürmelerinin ticari hayatın normal ve olağan işlemleri olduğu gösterilmektedir<sup>117</sup>. Bu gerekçelerle ticari temsilcinin tacir adına kefil olması elbette ticari işletme faaliyeti kapsamında değerlendirilebilir. Ancak ticari işletmeyle hiçbir bağlantı kurulamayan bir borca tacir adına kefil olunması kanaatimizce işletme konusu dışında işlem olarak kabul edilmeli ve tacir bu işleme icazet vermedikçe bağlı olmamalıdır. Nitekim kefalet sözleşmelerinde kefil olan kimse, ekseriyetle tanıdığı ve borcu yerine getirme konusunda güvendiği kişiler için bu tarz bir yükümlülük altına girer. Bu yüzden ticari işletmenin işletilmesine yabancı işlemler bakımından ticari temsilcinin tacir adına kefil olabileceğini ileri sürmek mümkün olmamalıdır. Örneğin ticari temsilcinin tacirin hiç tanımadığı ve herhangi bir hukuki münasebetinin olmadığı bir yakınının ya da çok sevdiği bir arkadaşının borcu için kefil olmasında durum böyledir. Eğer borcuna kefil olunacak kimse ile tacir ve ticari

<sup>114</sup> Bu doğrultuda bkz. **İnceoğlu**, s. 174.

<sup>115</sup> Doktrinde işletme konusu önem arz etmeksizin hangi tür işletme olursa olsun, hemen hemen tüm ticari temsilcilerin hesap açma, hesaptan para çekme, kredi alma gibi bankacılık işlemleri yapması yetki kapsamında kabul edilmektedir. Bu görüş için bkz. **İnceoğlu**, s. 174. Kanaatimizce burada bile ticari temsilcinin işletme konusuyla bağlantılı bir bankacılık işlemi gerçekleştirmesi gerekir. Örneğin ticari temsilci kendi şahsi işi için tacir adına gidip örneğin bir tüketici kredisi çekmemelidir. O halde kredi çekmenin ticari temsilcinin her halükârda olağan yetkisi içinde olduğunu söylemek isabetli olmayacaktır.

<sup>116</sup> Bu yönde görüşler için bkz. **Kırca**, s. 112; **Şener**, s. 161; **Kaya**, (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 739. Aksi yönde görüş için bkz. **Gautschi**, Berner Komm, s. 401, Art 459, Rn. 3.

<sup>117</sup> Bu hususta bkz. **Arkan**, s. 185; **Kırca**, s. 112; **Şener**, s. 161-162.

işletme işletilmesi arasında herhangi bir bağ kurulamıyorsa, yapılan işlem işletme amacı dışında kabul edilmelidir<sup>118</sup>.

#### 4. Kambiyo Taahhütleri Bakımından Yapılacak Değerlendirme

TBK 548/1'de temsil yetkisinin kapsamı belirlenirken kanun koyucu, kambiyo taahhüdünde bulunmayı özellikle vurgulamıştır. Gerçekten de söz konusu düzenlemede ticari temsilcinin işletme amacına giren her türlü işlemi yapabileceği belirtilirken “kambiyo taahhüdünde bulunma” ifadesine ayrıca yer verilmiştir. Kambiyo taahhüdü ile akla ilk gelen kambiyo senedi düzenlemek olsa da<sup>119</sup>, bununla bağlantılı kabul, ciro, aval gibi işlemler de bu kapsamda değerlendirilir<sup>120</sup>. Kanun koyucunun kambiyo taahhüdünde bulunmayı ayrı olarak zikretmesinin en önemli nedeni, bu işlemlerin temel ilişkiden soyut olmasıdır<sup>121</sup>. Gerçekten de kambiyo senetleri, temel ilişkiden

<sup>118</sup> Doktrinde *Kaya*, ticari temsilcinin tacir adına teminat amaçlı sözleşmeler veya kredi sözleşmeleri akdetmesinin işletme konusuna bağlı olarak ticari hayatın bir gereği olduğunu; bu bağlılık esas olmak üzere ticari temsilcinin başkasının borcu için kefil de olabileceğini belirtmektedir. Bu görüş için bkz. **Kaya**, (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 739. *Kaya*'nın söz konusu görüşü de yukarıdaki düşüncelerimizi dolaylı yoldan desteklemektedir. Nitekim yazar, ticari temsilcinin her durumda tacir adına kefil olabileceğinden değil; işletme konusuna bağlılık esas olmak üzere bu işlemi gerçekleştireceğinden bahsetmektedir.

<sup>119</sup> Çek Kanunu'nun 5. maddesinin üçüncü fıkrasında çek hesabı sahibinin, kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci veya vekil olarak tayin edemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm dolayısıyla ticari temsilcinin tacir adına çek düzenleyip düzenleyemeyeceği sorusu akla gelebilir. Ancak düzenlemenin devamında gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi hâlinde, söz konusu çekin geçersiz olacağı hükme bağlanmamış; sadece bu çekten dolayı hukukî ve cezai sorumluluk çek hesabı sahibine ait olduğu ifade edilmiştir. Bu yüzden ticari temsilcinin tacir adına düzenlediği çekler de hukuken geçerli bir çek olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Nitekim benzer şekilde bkz. **Şener**, s. 183; **Kayış**, s. 215-216. Fakat *Pulaşlı*, Çek Kanunu'ndaki düzenlemeyi gerekçe göstererek ticari temsilcilerin tacir adına kambiyo senetlerinden sadece bono ve poliçe düzenlemeye yetkili olduğu, çekler bakımından ise böyle bir yetkinin bulunmadığından bahsetmektedir. Bu görüş için bkz. **Pulaşlı**, s. 16. Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle yazarın söz konusu görüşüne katılmamaktayız.

<sup>120</sup> Bu yönde bkz. **Gautschi**, Berner Komm. s. 400, Art. 459, Rn. 2b; **Kırca**, s. 108; **Şener**, s. 171; **Kaya**, (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 738.

<sup>121</sup> Bu açıdan karşı. **Feyzioğlu**, s. 416. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu hususta şu tespitlerde bulunmuştur: “Yasada ticari mümessilin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı kambiyo taahhüdünde bulunacağından açıkça söz edilmesinin nedeni, ticari senetlerin niteliklerinden doğmaktadır. Ticari senetlerin ticari işletme ile olan ilgisi, iyiniyetli üçüncü kişilerce kolaylıkla anlaşılamayacağından ticari mümessilin imzaladığı senetlerin iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından işletmeyi bağlayacağı öngörülmüştür.” HGK, 30.01.1980, 1692/170 (Kararın ilgili kısmı için bkz. **Kırca**, s. 108-109. Kararın tamamı için ise bkz.

soyut olup, senede bakıldığında senette yer alan taahhüdün hukuki sebebi anlaşılabilir. Dolayısıyla kambiyo senedi, sahibine sırf senedi elinde bulundurma dolayısıyla bir alacak hakkı bahşetmekte; asıl borç ilişkisinin herhangi bir şekilde geçersiz olmasından bu alacak hakkı etkilenmemektedir.

Kambiyo senedinin bu özelliği gereği senedin ticari işletmenin işletilmesi kapsamında düzenlenip düzenlenmediğini tespit etmek oldukça güçtür<sup>122</sup>. Zaten bu yönde bir araştırmaya girmek ya da işlemin karşı tarafını bu tarz bir yükümlülük altına sokmak hem kambiyo senetlerindeki mantığa hem de ticari hayatın gereklerine uygun düşmez. Bu yüzden kanun koyucu, ticari hayatın olağan faaliyetlerinden biri olan kambiyo taahhüdünde bulunmayı, işletme amacına bağlamaksızın ticari temsilcinin yetki alanına dahil etmiştir. Başka bir deyişle kambiyo taahhüdünde bulunmak, ipso iure ticari işletmenin amacına içinde ve konusuna dahil sayılmıştır<sup>123</sup>. Dolayısıyla ticari temsilcinin düzenlediği kambiyo senetleri yönünden, üçüncü kişilerin bu senedin işletme amacı içinde düzenlenip düzenlenmediğini araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>124</sup>. Hatta bu yönde bir araştırma yapmamak, üçüncü kişinin iyiniyeti bağlamında kendisinden beklenen özeni göstermediği anlamına gelmez.

## SONUÇ

Ticari temsilci, sahip olduğu temsil yetkisi dolayısıyla tacir yardımcıları arasında çok önemli bir konuma sahiptir. Öyle ki bu denli geniş yetkiye sahip ticari temsilcilere doktrinde tacirin ikinci bir benliği ve diğer kendisi anlamlarına gelen “alter ego” yakıştırması yapılmıştır. Kanun koyucu TBK

*Lexpera İçtihat Veritabanı*). Kararda senetlerin işletmeyi bağlayacağından bahsedilerek, sanki işletmenin bir hak süjesi olduğu izlenimi yaratılmıştır. Oysa doğrusu yapılan işlemin işletmeyi değil taciri bağlayacak olmasıdır.

<sup>122</sup> Benzer şekilde karşı. **Kırca**, s. 108.

<sup>123</sup> Bu yetkinin kullanımında ticari temsilcinin özel yetkiye ihtiyaç duymaması hakkında açıklamalar için bkz. **Şener**, s. 172 vd.

<sup>124</sup> **Şener** ise meseleye farklı bir açıdan bakarak konunun kambiyo hukukundaki defî sistemiyle çözümlenmesi gerektiği görüşündedir. Bu görüş çerçevesinde işletme amacı dışında düzenlenen kambiyo senetleri bakımından tacirin şahsi bir defîye sahip olduğu ve bu defînin ise senedi ticari temsilciden alan kimseye karşı ileri sürülebileceği; senet ciro etmişse senedi iktisap edenlere karşı ancak işletme sahibi zararına hareket etmeleri halinde bunun olanaklı olacağı ileri sürülmektedir. Bu hususta bkz. **Şener**, s. 182. Kanaatimizce senedi ticari temsilciden devralan kimse açısından da böyle bir araştırmaya girişilmesini beklemek uygun bir çözüm değildir. Zira kanun koyucu, kambiyo taahhüdünde bulunmayı işletme amacı içinde olduğu varsayımından hareket ederek ayrıca zikretmiştir. O halde işlemin karşı tarafından, ticari temsilciden kambiyo senedi alırken araştırmaya girmesi beklenmemelidir.

548'de temsil yetkisinin kapsamının sınırlarını yasal olarak çizmek suretiyle, ticari temsilcinin yaptığı işlemin temsil yetkisinin kapsamında olup olmadığını üçüncü kişilerce önceden bilinmesini ve bu hususta yaşanacak sorunları en baştan çözmeyi amaçlamıştır. Buna rağmen TBK 548 hükmü, bu konuda her türlü soruna çözüm getirecek düzeyde açık ve yeterli olmayıp, yoruma muhtaç ve özellikle ticari temsilcinin yapamayacağı işlemler yönünden yeniden ele alınması gereken bir düzenlemedir. Bu çalışma kapsamında ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamını belirleyen TBK 548 hükmü incelenmiş olup, şu sonuçlara ulaşılmıştır:

- Ticari temsilcinin işletmeye ait olağan (alışılmış) ve olağanüstü (alışılmıştan dışında) her türlü işlemi herhangi bir özel yetkiye ihtiyaç duymaksızın yapmaya yetkilidir. TBK 548 hükmü ise, temsil yetkisinin dış ilişki yönünden sınırlarını oluşturan bir düzenlemedir. Bu sebeple iç ilişkide tacir ile onun bağımlı yardımcısı konumundaki ticari temsilci arasında, TBK 548 hükmü bir sınır teşkil etmez. İç ilişkide tacir, ticari temsilcinin yetkisini dilediği gibi sınırlandırabilir. Bu sınırın aşılması, dış ilişkide işletme sahibinin sorumluluğuna engel olmaz. Sadece iç ilişki yönünden yetkiyi aşan ticari temsilcinin tacire karşı sorumluluğu gündeme gelebilir.

- Ticari temsilcinin yapamayacağı işlemler, kanunda taşınmazlara özgü olarak tayin edilmişken, doktrinde söz konusu düzenlemede yer almayan bazı durumların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu yönde özellikle ticari temsilcinin, işletmenin devri, kiralanması, faaliyetinin durdurulması, ticaret unvanının ve işletme konusunun değiştirilmesi, işletme sahibinin iflasının istenmesi, iflasın ertelenmesi, konkordato teklifinde bulunulması, ticaret ortaklıkları bakımından şirketin feshi, sermaye artırımı veya azaltılması, ortağın şirketten çıkarılması ya da yeni ortak kabulü gibi işlemleri yapamayacağı belirtilmektedir. Kanaatimizce kanunda yazmayan fakat doktrinde ticari temsilcinin yapamayacağı türden kabul edilen işlemler yönünden de kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Temsil ilişkisi kapsamında işlemin karşı tarafının ticari temsilcinin yapamayacağı işlemleri önceden bilmesinde fayda vardır. Bu da ancak söz konusu işlemlerin yapılamayacağını en azından uygulayıcılara yorum yapacak düzeyde kanuna almakla mümkün olur. Nitekim bu hususta ilgili maddeye örneğin "işletmenin yapısını etkileyen temel işlemler" şeklinde bir ifade eklenebilir.

- Ticari temsilcinin temsil yetkisi iradi olarak şube işleri ve birlikte temsil kaydıyla sınırlanabilir. Dış ilişki yönünden getirilecek bu tür sınırlamalar, ticaret siciline tescil edilmedikçe iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Bu iki durum dışında getirilecek sınırlandırmalar ise, tescilin

olumlu etkisine tabi olmamakta; sadece bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişilere karşı geçerli kabul edilmektedir.

- TBK 548/1'in uygulanmasında kanun koyucu, üçüncü kişilerin iyiniyetli olmasına özellikle vurgu yapmıştır. Bu açıdan iyiniyet kavramı, ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamını tayin ederken dikkate alınması gereken bir unsur olarak karşımıza çıkar. Üçüncü kişiyi iyiniyetli kabul edebilmek için ise, yapılan işlemin ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamında olmadığını bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması gerekir. Eğer üçüncü kişi tacir sıfatına sahipse, iyiniyet bağlamında göstermesi gereken özen ölçüsü, basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü gereği daha ağır olacaktır. Bu yüzden normal bir kimse için iyiniyetli kabul edilebilecek bir durum, tacir olan işlemin karşı tarafı için iyiniyet iddiasında bulunmayı engelleyebilir.

- TBK 548 bağlamında gerçekleştirilecek işlemlerde üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunamayacağı bazı durumlar ortaya çıkabilir. İşlemin karşı tarafı, öncelikle taşınmazlara ilişkin özel yetki gerektiren durumlarda ve kanuna uygun olarak yapılan sınırlandırmalarda iyiniyet iddiasında bulunamaz. Keza temsil yetkisinin sona ermesi ve bu durumun ticaret siciline tescil edilmesi halinde yine tescilin olumlu etkisi gereği üçüncü kişilerin iyiniyet iddiası dinlenemez.

- Eğer ticari temsilciye verilen yetki belgesinde kanunda gösterilenler dışında bir sınırlama yer alıyorsa ve ticari temsilci söz konusu işlemi bu yetki belgesiyle gerçekleştiriyorsa, yine üçüncü kişinin bu sınırlandırmadan haberi olmadığı iddiası dinlenmemelidir. Fakat bunun için temsil olunan yönünden, işlemin söz konusu yetki belgesi çerçevesinde gerçekleştirildiği hususu ispat edilmelidir.

- Benzer şekilde ticari temsilcinin temsil yetkisine getirilen kanunda yer almayan sınırlandırmalar (konu, miktar, kişi vs.) mektup, e-posta, kısa mesaj, telgraf gibi çeşitli vasıtalarla işlemin karşı tarafına bildirilmişse, bu sınırlandırmalar yönünden üçüncü kişinin iyiniyet iddiası dinlenmeyecektir. Karşı taraf tacir sıfatına sahip olsa bile, bu bildirimlerin TTK 18/3'te öngörülen şekil şartlarından biriyle gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Uyuşmazlık halinde söz konusu bildirim yapıldığı her türlü ispat aracıyla ortaya konabilir.

- İşlemin karşı tarafının durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermemesi de iyiniyet iddiasında bulunulamayacak haller arasında ele alınmalıdır. Zira kanun koyucu iyiniyet kavramını, buna dayanan kimsenin subjektif iç dünyasına bırakmamış, durumun gereklerine göre

kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyiniyetli iddiasında bulunamayacağını öngörerek, kavramı objektif bir esasa da dayandırmıştır (TMK 3/2). Bu bağlamda örneğin temsil olunanla ticari temsilci arasındaki hizmet sözleşmesinin sona erdirildiğini bilen üçüncü kişilerin, temsil olunan adına işlem yapmaya çalışan ticari temsilcinin temsil yetkisinin bulunup bulunmadığını hususunda gerekli araştırmayı yapması gerekir. Zira böyle durumlarda temsil yetkisinin örtülü olarak geri alınması söz konusudur. Benzer şekilde ticari temsilcinin kendisine daha önceki işlemlerde sürekli ibraz ettiği yetki belgesini bir sonraki işlemde ibraz etmemesi durumunda, işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişi bunun nedeni araştırmalı, kendisinden beklenen özen çerçevesinde hareket etmelidir.

- Temsil yetkisinin ticari temsilci tarafından kötüye kullanıldığı durumlarla da karşılaşılabılır. Temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı işlemin karşı tarafınca açıkça görülebilir ve anlaşılabilir durumdaysa, yine iyiniyet karinesine dayanılarak işlemin geçerli olduğu iddia edilemez.

- Kanun koyucu, ticari temsilcinin işletme sahibi adına olağan ve olağanüstü her türlü işlemi yapmasına cevaz verirken, söz konusu işlemlerin işletme amacıyla bağlantılı olmasını arzu etmiştir. Her ne kadar TBK 548'de eksik çeviriyle salt işletme amacından bahsedilmişse de mehzaz kanunda bu, "işletme amacının beraberinde getirdiği işlemler" şeklinde düzenlenmiştir (OR Art. 459). İşletme amacından anlaşılması gereken ise kazanç elde etmek olmayıp, ticari temsilci tarafından yapılacak işlemin işletme konusu içinde yer almasıdır. İşletme konusu ise, işletme amacını gerçekleştirmek için seçilmiş olan yöntem olup, işletmeden işletmeye değişiklik gösterebilir.

- Ticaret ortaklıkları yönünden işletme amacı, kolektif ve komandit ortaklıklarda bir ticari işletmenin işletilmesi olduğundan, işletme konusu belirlenirken bunların sahip oldukları ticari işletmelerin faaliyet alanı dikkate alınmalıdır. Kanun koyucu, bu ortaklıklarda işletme konusunu esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirket sözleşmesinde gösterilmesini istemiştir. Kanaatimizce şirket sözleşmesinde gösterilecek işletme konusunun, bu ortaklıkların sahip olduğu ticari işletmenin faaliyet alanıyla örtüştüğü ölçüde, somutlaştırıldığı ve esaslı noktalarının belirlendiği ileri sürülebilecektir.

- Anonim ve limited ortaklıklar ise, yasaklanmamış her türlü ekonomik amaçla kurulabilmektedir. Bu ortaklıklar yönünden kolektif ve komandit ortaklıkta olduğu gibi bir ticari işletme işletilmesi zorunlu bir unsur olarak aranmamaktadır. Fakat bu tür ortaklıklarda da işletme konusunun esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirket sözleşmesinde yer

alması öngörülmüştür. Sermaye ortaklıklarında somutlaştırılmış ve gerçeğe uygun bir şekilde faaliyet alanını gösteren işletme konusu, kural olarak bu ortaklıklara atanacak ticari temsilcilerin temsil yetkisinin kapsamını belirlemede önemli bir rol oynayacaktır.

- Sermaye ortaklıkları yönünden kanun koyucu, üçüncü kişilerce bilindiği veya bilinebilecek olduğu ispat edilmedikçe, şirketi temsile yetkili kimselerin işletme konusu dışında yaptığı işlemlerin de şirketi bağlayacağını öngörmüştür (TTK 372/2, 629/1). Bu düzenlemede geçen şirketi temsile yetkili kişi arasında ticari temsilciler bulunmamaktadır. Fakat doktrinde bu düzenlemenin, üçüncü kişilerin korunması açısından ticari temsilciler yönünden de geçerli olması gerektiği ifade edilmektedir.

- TBK 548/1'de üçüncü kişinin iyiniyetine sonuç bağlanırken, ticari temsilcinin yapacağı işlemin işletme amacının gerçekleştirildiği işletme konusu içinde olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu düzenlemenin zıt yorumundan çıkan sonuç, işletme konusu dışında yapılacak işlemler bakımından iyiniyet karinesinin işletilemeyeceğidir. Gerçekten de ticari temsilcinin yaptığı işlemin taciri bağlaması için, öncelikle işletme konusuna dahil bir işlem olması gerekir.

- Ticari temsilcinin yapabileceği işlemleri tespit ederken, yine yararlanılması gereken kıstas, işlemin ticari işletmenin işletilmesiyle bir bağlantısının olup olmadığına bakmaktır. Bu ise, ticari temsilcinin yaptığı işlemleri somut olayın özelliklerine göre değerlendirme zarureti ortaya çıkarır. Nitekim ticari temsilcinin yapabileceği işlemler arasında olsa bile, örneğin ticari işletmenin işletilmesiyle herhangi bir bağı olmayan bir kira sözleşmesi veya satım sözleşmesi temsil yetkisinin kapsamı içinde değerlendirilemez. Benzer şekilde ticari temsilcinin taciri mahkemede temsil yetkisi olduğu kabul edilmesine rağmen, bu yetki ancak ticari işletmenin işletilmesinden kaynaklanan uyumsuzluklarda söz konusu olur. Başka bir deyişle ticari temsilcinin bu hususta genel bir temsil yetkisinden bahsedilemez. Bu noktada özellikle kefalet sözleşmelerine kanaatimizce farklı bir açıdan bakmak gerekir. Ticari temsilcinin tacir adına kefil olması elbette ticari işletme faaliyeti kapsamında değerlendirilebilir. Ancak ticari işletmeyle hiçbir bağlantı kurulamayan bir borca, özellikle tacirle hiçbir hukuki ilişkisi bulunmayan ve tacirin tanımadığı kimselerin borcuna kefil olunması, kanaatimizce işletme konusu dışında işlem olarak kabul edilmeli ve tacir bu işleme icazet vermedikçe bağlı olmamalıdır.

- TBK 548/1'de temsil yetkisinin kapsamı belirlenirken kanun koyucu, kambiyo taahhüdünde bulunmayı özellikle vurgulamıştır. Kambiyo

senetleri temel ilişkiden soyut olduğundan senedin ticari işletmenin işletilmesi kapsamında düzenlenip düzenlenmediğini tespit etmek oldukça güçtür. Bu sebeple kanun koyucu kambiyo taahhüdünde bulunmayı açık bir şekilde düzenlemek suretiyle, bu tür işlemlerin işletme konusu içinde yer aldığını ipso iure kabul etmiştir. O halde ticari temsilcinin düzenlediği kambiyo senetleri yönünden, üçüncü kişilerin bu senedin işletme amacı içinde düzenlenip düzenlenmediğini araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hatta bu yönde bir araştırma yapmamak, üçüncü kişinin iyiniyeti bağlamında kendisinden beklenen özeni göstermediği anlamına gelmez.



**KAYNAKÇA**

- Altaş**, Hüseyin: Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Antalya**, Gökhan/**Topuz**, Murat: Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, 2. Basıya Ek 2. Tıpkı Basım, Legal Yayınevi, İstanbul 2018.
- Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, BTHAE, Ankara 2017.
- Bahtiyar**, Mehmet: “Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Son Bulması”, Makaleler I, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 23-39 (Yetki Belgesi)
- Bahtiyar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 20 Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- Baumbach**, Adolf/**Hopt**, J. Klaus (Hrsg): Handelsgesetzbuch, 40. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2021 (İlgili Bölüm Yazarı, Baumbach/Hopt HGB)
- Becker**, Hermann: Berner Kommentar, Band/Nr. VI/2/6, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Stämpfli Verlag, Bern 1962. (İlgili Bölüm Yazarı, Berner Komm).
- Bilgili**, Fatih: “Tüzel Kişilerin Ticari Mümessilliği, Berlin Yüksek Mahkemesi’nin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, TBB Dergisi, Sayı: 50, 2004, s. 37-43.
- Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan: Ticaret Hukuku Bilgisi, 8. Baskı, Dora Yayınları, Bursa 2015.
- Birsel**, T. Mahmut: “Ticari Mümessil Tayininde Şahsi Unsur”, BATİDER 1963, 2/1, s. 1-13.
- CHK Kommentar**: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2016 (İlgili Bölüm Yazarı, CHK).
- Demirkapı**, Ertan: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Ticari Temsilciye İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel S. Yıl: 2010, s. 95-872.
- Drescher**, Ingo/**Fleischer**, Holher/**Schmidt**, Karsten: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-104a, 5. Auflage, C. H. Beck Verlag München 2021. (İlgili Bölüm Yazarı, Münc. Komm HGB).

- Dural, Mustafa/Sarı, Suat:** Türk Özel Hukuku Cilt I, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.
- Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Strohn, Lutz:** Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-342e, 4. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2020. [Anılış: İlgili Bölüm Yazarı, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn)].
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015.
- Feyzioğlu, Necmeddin Feyzi:** “Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller”, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1978, s. 407-443.
- Fissenewert, Peter/Güther, Robert/Howald, Bert/Reich, Astrid:** Der Prokurist, 2. Auflage, Haufe Verlag, München 2009.
- Gauch, Peter/Aeppli, Viktor/Stöckli, Hubert:** Präjudizienbuch OR Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2016.
- Graf von Westphalen, Friedrich:** Die Prokura – Erteilung, Umfang, Mißbrauch und Erlöschen. Deutsches Steurrecht, 32/93, 1993, s. 1186-1188.
- İmregün, Oğuz:** Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 9. Bası, GÜR-AY Matbaası, İstanbul 1991.
- İnceoğlu, M. Murat:** Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.
- Kayış, Ferhat:** Ticari İşletmede Şube Kavramı ve Şube Olmaya Bağlı Hüküm ve Sonuçlar, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru:** “Temsil Yetkisinin Açıklanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 70 (2), 2021, s. 361-388.
- Kırca, İsmail:** Ticari Mümessillik, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Kızır, Mahmut:** “Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2011, s. 245-282.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** “Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK m. 33/II, 34/III ve 37 Karşısında BK m. 36/II'nin

Uygulama Alanının Belirlenmesi”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan. Ankara 1990.

- Kren Kostkiewicz**, Jolanta/**Wolf**, Stephan/**Amstutz**, Marc/**Fankhauser**, Roland: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli, Zürich 2016. (Anılış: İlgili Bölüm Yazarı, OFK).
- Lorenz**, Stephan/**Riehm**, Thomas (Hrsg): JuS Lern-CD Zivilrecht III, Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Individualarbeitsrecht, Edition 2, C. H. Beck Verlag, München 2003. (Anılış: İlgili Bölüm Yazarı, JuS Lern-CD)
- Oetker**, Hartmut: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2019. (Anılış: İlgili Bölüm Yazarı, Oetker HGB).
- Oğuzman**, Kemal/**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Pulaşlı**, Hasan: “Şirketler Hukukundaki Temsil ile Borçlar Kanunu’ndaki Ticari Mümessil ve Ticari Vekil Ayrımı”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, 2014/2, s. 3-22.
- Schlegelberger**, Franz/**GeBler**, Ernst/**Hefermehl**, Wolfgang/**Hildebrandt**, Wolfgang/**Schröder**, Georg: Schlegelberger Handelsgesetzbuch Kommentar, 2. Band, §§ 48-104, 5. Auflage, F. Vahlen Verlag, München 1973. (Anılış: İlgili bölüm yazarı, Schlegelberger HGB).
- Şener**, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017. (Anılış: Şener, Ortaklıklar).
- Şener**, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016. (Anılış: Şener, Ticari İşletme).
- Şener**, Oruç Hami: Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Topçuoğlu**, Metin: “Ticaret Şirketlerinde Konu Dışı İşlemler ve Sonuçları”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2012, s. 47-79.
- Uluslan**, İlhan: “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Prokurist”, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1978, s. 625-675.

**Uzunallı**, Sevilay: Anonim Şirkette İŞletme Konusu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

**Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, Füsun: Ticari İŞletme Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019. [Anılış: İlgili Bölüm Yazarı, (lgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan)].

**Zihler**, Florian/**Krhenbhl**, Samuel: "Zeichnungsberechtigungen und Funktionen in der handelsregisterrechtlichen Praxis – Status quo und Vorschlag zur Entschlackung", REPRAX 3/2010, 2011, s. 53-90.



**CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN ÖNE ÇEKİLMESİ**  
**- Kavram, Nedenleri, Görünüm Şekilleri**  
**(Alman Ceza Hukuku İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme)**  
**(Araştırma Makalesi)**

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1098155>

**Dr. Öğr. Üyesi Gözde KAZAKER BOZKURT\***

**Öz**

*Cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi, aslında ceza hukukuna yabancı bir kavram olmamakla birlikte, ceza hukuku literatürünün her zaman eleştirel bakış açısıyla yaklaştığı bir konu olmuştur. Kavram, devlete ait olan cezalandırma yetkisini kullanan yasama organının sınırını aştığı isnadıyla içkindir. Bu isnadın kilit noktasını, tehlike suçları ve özellikle hazırlık suçları oluşturmaktadır.*

*Devletlerin özellikle iç güvenliğini sağlamaya yönelik olarak cezalandırılabilirliğin öne çekildiği normlara giderek daha fazla başvuruyor oluşu, konuyu ceza hukukunun güncel sorunlarından biri hâline getirmiştir. Dayandığı temel ilkelere ters düşen önleyici bir işlevi ceza hukukuna aşıl原因an bu anlayış, hem kişi temel hak ve özgürlükleri açısından hem de suç genel teorisi açısından çeşitli sorunlara sebebiyet verebilmektedir. Çalışmamızda cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi kavramı, sebepleri, görünüm şekilleri ortaya konulmuş, konuya ilişkin tartışmalara yer verilmiş ve nihai olarak hukukumuz açısından bir değerlendirilmede bulunulmuştur.*

**Anahtar Kelimeler**

*Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi, Hazırlık Aşaması, Teşebbüs, Kalkışma Suçları, Hazırlık Suçları, Tehlike Suçları, Zilyetlik Suçları, Örgüt Suçları*

---

\* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Adana (gozdekazaker89@gmail.com), ORCID: 0000-0002-3086-1085 (Geliş Tarihi: 14.02.2022-Kabul Tarihi: 28.03.2022) Yazar, *eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

**PREDATING CRIMINAL RESPONSIBILITY****- Concept, Causes, Forms of Appearance****(A Comparative Review with German Criminal Law)*****(Research Article)*****Abstract**

*Predating criminal responsibility is not a foreign concept to criminal law. Although, it has always been a subject that the criminal law literature approaches with a critical point of view. The concept is inherent in the accusation that it exceeds the limit of the legislature, which uses the punishing power that belongs to the State. The key point of this charge is crimes of endangerment and especially preparatory crimes.*

*The fact that states are increasingly resorting to norms that predating criminal responsibility, especially in order to ensure their internal security, has made the issue one of the current problems of criminal law. This approach, which instills a preventive function in the criminal law that contradicts the basic principles on which it is based, can cause various problems both in terms of individual fundamental rights and freedom rights and in terms of the general theory of crime. In our study, the concept of the predating criminal responsibility, its causes and appearances have been revealed, discussions on the subject have been included and finally an evaluation has been made in terms of our law.*

**Keywords**

*Predating Criminal Responsibility, Preparatory Phase, Criminal Attempt, Attempt Crimes, Preparatory Crimes, Crimes of Endangerment, Possession Crimes, Organized Crimes*

## I. GİRİŞ VE KONUNUN TAKDİMİ

Ceza hukuku korumasının öne çekilmesi (*Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes*)<sup>1</sup>, ceza hukukunun öne çekilmesi (*Vorverlagerung des Strafrechts, Strafrechtsvorverlagerung*)<sup>2</sup> veya cezalandırılabilirlik alanını öne çekme<sup>3</sup> başlıkları altında da irdelenen konu, çalışmamızda “cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi (*Vorverlagerung der Strafbarkeit*)” olarak ele alınacaktır<sup>4</sup>.

Alman ceza hukuku doktrininde “cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi” üzerine yapılan çalışmalarda, konunun esasını oluşturan hususlarda dahi farklı cevaplarla karşılaşılması, konunun aslında ne kadar tartışmalı olduğunu ortaya koymaktadır. Konuya ilişkin mevcut tartışmaların fazlalığı da konunun basite indirgenebilecek bir kavramdan daha fazlasını, devletlerin ceza hukuku aracılığıyla suç ve suçlulukla mücadele ederken izlediği politikada bir anlayış değişikliğini ifade etmesinden kaynaklanmaktadır.

<sup>1</sup> **Bützler**, Volker: Staatsschutz mittels Vorfelddkriminalisierung, Eine Studie zum Hochverrat, Terrorismus und den schweren staatsgefährdenden Gewalttaten, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017, s. 23; **Rudolphi**, Hans-Joachim: “Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus”, Zeitschrift für Politik, 1979, Heft 9, s. 214.

<sup>2</sup> **Mitsch**, Wolfgang: “Terrorbekämpfung durch Strafrechtsvorverlagerung”, Vortrag auf der dritten Internationalen rechtsvergleichende Konferenz an der Universität Postdam am 16.Dezember 2014, [https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/ls-mitsch/Vorträge/Deutschrussisches\\_Kolloquium2014.pdf](https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/ls-mitsch/Vorträge/Deutschrussisches_Kolloquium2014.pdf), Erişim Tarihi: 04.06.2021, (Vorverlagerung), s. 1.

<sup>3</sup> **Ünver**, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 946.

<sup>4</sup> **Sinn**, Arndt: “Vorverlagerung der Strafbarkeit- Begriff, Ursachen und Regelungstechniken”, in: Arndt Sinn/Walter Gropp/Ferenc Nagy (Hg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Strafrecht, Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts, Universitätsverlag Osnabrück, Göttingen 2011, s. 25; **Baumann**, Jürgen/**Weber**, Ulrich/**Mitsch**, Wolfgang/**Eisele**, Jörg: Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 12. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2016, § 6, kn. 50; **Jescheck**, Hans-Heinrich/**Weigend**, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5., vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1996, § 26 II, s. 267; **Gropp**, Walter: “Tatstrafrecht und Verbrechenssystem und die Vorverlagerung der Strafbarkeit”, in: Arndt Sinn/ Walter Gropp/Ferenc Nagy (Hg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Strafrecht, Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts, Universitätsverlag Osnabrück, Göttingen 2011, s. 99; **Ersoy**, Uğur: “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 41, (Ocak 2020), s. 29.



Konuya ilişkin tartışmalarda ilk aşamayı, cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi kavramının içinin doldurulması, yani kavrama ilişkin bir tanım verilmesi oluşturmaktadır. Bu tanımın yapılması da maalesef çok kolay değildir. Zira kavramın ortaya konmasında, öne çekmeyi belirlerken hangi anın esas alınacağı veya fiilin yarattığı etkinin neyin üzerinde belirleneceği gibi sorunlarla karşılaşılmaktadır. İkinci aşamada ise, aslında kavrama ilişkin verilen tanım doğrultusunda kapsamı belirlenecek olan, cezalandırılabilirliğin öne çekilmesinin görünüm şekilleri karşımıza çıkmaktadır. Söz gelimi, soyut tehlike suçları, cezalandırılabilirliğin öne çekildiği normlara kolaylıkla örnek olarak verilebilecekken; somut tehlike suçlarının bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bu ve bunun gibi teorik tartışmaları bünyesinde barındıran konu, cezalandırma yetkisini kullanan yasama organının bazı durumlarda sınırını aştığı isnadıyla da içkindir. Yasama organının yarattığı yeni suç tipleriyle, suç yolunda ceza hukuku müdahalesini oldukça erken bir aşamaya çekmesi, söz konusu normların meşruiyeti sorununu gündeme getirebilmektedir.

Alman ceza hukuku sisteminde sağlam bir yer edinmiş olan cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi<sup>5</sup>, Türk ceza hukuku sistemi açısından da farklı değerlendirilemez. Zira, Türk ceza hukuku sisteminde de cezalandırılabilirliğin öne çekildiği pek çok düzenleme bulunmaktadır.

Cezalandırılabilirliğin öne çekilmesinin kavram olarak ortaya konulması, nedenleri ve görünüm şekillerine ilişkin genel bir çerçevesinin çizilmesi çalışmamızın başlıca amacını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, çalışmada öncelikle cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi kavramı (II) ve bunun nedenleri (III) ele alınacak ve değerlendirilecektir.

Bu bölümlerin devamında, cezalandırılabilirliğin öne çekilmesinin görünüm şekilleri (IV), genel hükümlerde ve özel hükümlerde olmak üzere ikili bir ayrımla, Alman ceza hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Bununla birlikte çalışmada, özellikle cezalandırılabilirliğin özel hükümlerde öne çekilmesinin görünüm şekilleri ele alınırken, anlatımlarımızı desteklemek üzere yer verdiğimiz suç tipleri, unsurlarına ayrılarak ayrıntılı olarak incelenmiş değildir. Söz konusu suç tipleri, çalışmada, cezalandırılabilirliğin öne çekilmesinin görünüm şekli olarak, dâhil olduğu başlık bazında, bu özel yönleriyle sınırlı olarak ele alınacaktır. Çalışmanın sonuç bölümünde (V) ise, konuya ilişkin değerlendirmelerimize yer verilecektir.

---

<sup>5</sup> Sinn, s. 25.

## II. CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN ÖNE ÇEKİLMESİ KAVRAMI

“Öne çekme (*Vorverlagerung*)”, ceza hukuku dogmatığının özgün bir kavramı olmamasına rağmen, ceza hukuku bağlamında oldukça ilgi gören bir kavramdır. Özellikle Alman ceza hukukunda, hem literatürde<sup>6</sup> hem de yargı kararlarında<sup>7</sup> kavramın çok sıklıkla kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte kavram, Alman Ceza Kanunu (Al. CK.)’nda kendine yer bulabilmiş değildir<sup>8</sup>.

Cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi kavramını “genişleme (*Ausdehnung=Ausweitung*)” kavramı ile eş anlamlı olarak kullanan, yaygın ancak yanlış bir görüş bulunmaktadır. Bu kullanım, dilsel ve hukuken doğru değildir. “Genişleme” terimi, genellikle bir kapsamın veya geçerlilik alanının genişlemesi olarak anlaşılmaktadır. Ceza hukukuna ilişkin olarak böyle bir genişleme, hem *zamansal (zeitlich)* hem de *maddi (sachlich)* açıdan düşünülebilir. Maddi anlamda genişlemeye örnek olarak, taksirli fiil nedeniyle cezalandırılabilirliğin öngörülmesi verilebilir<sup>9</sup>. Dikkat ve özene aykırı davranışın varlığı, cezalandırılabilirlik için tek başına yeterli değildir. Taksirle işlenen haksızlığın suç teşkil edebilmesi için, dikkat ve özene aykırı davranışın kanunda tanımlanmış bir neticeye sebebiyet vermesi gereklidir. Burada Türk Ceza Kanunu’nun (TCK)<sup>10</sup> 85. ve Alman Ceza Kanunu’nun 222. maddelerinde düzenlenen *taksirle öldürme suçu* örnek verilebilir. Dikkat ve özene aykırı davranışın mevcudiyetine rağmen, ölüm neticesinin ortaya çıkmaması hâlinde, taksirle öldürmeden söz edilemeyecektir. Bu anlamda, taksirle öldürmenin bir zarar suçu olduğu ifade edilmektedir<sup>11</sup>. Öne (önceye) çekme kavramında ise, *zamansal bir an* içkindir<sup>12</sup>. Ceza hukuku korumasının öne çekilmesi kavramındaki öne çekme, sadece zamansal olarak cezalan-

<sup>6</sup> **Jescheck/Weigend**, § 26 II, s. 267; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 6, kn. 50; **Zaczyk**, Rainer: in: Kindhäuser Urs/Neumann Ulrich/Paeffgen Hans-Ulrich, Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, 5. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017, (NK-Zaczyk), § 22, kn. 1.

<sup>7</sup> *Kavramın geçtiği örnek kararlar için bkz.* BGH, Besch. v. 6 April 2017- 3StR 326/16; BGH, Urt. v. 8.5.2014-3StR 243/13 (<http://juris.bundesgerichtshof.de>); BGH, Besch. v. 09.08.2016- 3StR 466/15 (<https://datenbank.nwb.de/Dokument/631493/>).

<sup>8</sup> **Sinn**, s. 13.

<sup>9</sup> **Sinn**, s. 16.

<sup>10</sup> 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, (RG. 12.10.2004-25611).

<sup>11</sup> **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 221; **Koca**, Mahmut/**Üzülmüş**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, (Özel), s. 179, dn. 290.

<sup>12</sup> **Bützler**, s. 24; **Sinn**, s. 16.

dırılabilirliğin öne çekilmesini, kaydırılmasını ifade ettiğinden, genişleme kavramından daha dardır. Bu anlamda öne çekme, cezalandırılabilirliğin genişlemesinin özel bir şeklini oluşturmaktadır<sup>13</sup>. Dolayısıyla, cezalandırılabilirliğin öne çekildiği her durum, aynı zamanda cezalandırılabilirliğin genişlemesi teşkil ederken; cezalandırılabilirliğin genişletildiği her durum, cezalandırılabilirliğin öne çekildiği anlamına gelmez.

Kavramı ortaya koyarken değinilmesi gereken iki önemli ön sorun bulunmaktadır: Bunlardan ilki, cezalandırılabilirliğin öne çekilmesinde, fiilin yarattığı etkinin neyin (suçun konusu-*Angriffsobjekt/Handlungsobjekt* veya suçla korunan hukuki değer-*Rechtsgut*) üzerinde belirleneceği; ikincisi ise cezalandırılabilirliğin ne zamandan itibaren öne çekilmiş sayılacağıdır.

İlk soruna ilişkin olarak, fiilin yarattığı etkiyi *suçun konusu üzerinden belirleyen görüşler ve hukuki değer üzerinden belirleyen görüşler* şeklinde ikili bir ayırım yapılması mümkündür. Bu ayırım, temelde, netice kavramına yüklenen anlama kadar uzanır ve ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil edecek mahiyettedir. Burada genel olarak, şu ifade edilebilir: Hukuki değeri esas alan görüş, suç teşkil eden fiil ile hukuki değerın zarara uğratılmasından veya tehlikeye düşürülmesinden söz ederken<sup>14</sup>; konu üzerinden belirleme yapan görüş, suçun konusunun zarar görmesinden veya tehlikeye sokulmasından söz etmektedir<sup>15</sup>. Bu son görüş, aslında soyut ve manevi olan hukuki değerın zarara uğratılmayacağı veya tehlikeye sokulamayacağı, sadece ihlal edilebileceği düşüncesine dayanmaktadır<sup>16</sup>.

İkinci soruna ilişkin olarak ise, iki farklı görüş yer almaktadır: Bunlardan ilki, “zarar” neticesini esas almakta ve öne çekmeyi zarar neticesinin oluşumundan önce bir davranışla kurulan ceza hukuku bağlantısı şeklinde açıklamaktadır<sup>17</sup>. Burada fiilin yarattığı etkinin neyin üzerinde belirleneceği

<sup>13</sup> Sinn, s. 16.

<sup>14</sup> Mitsch, Vorverlagerung, s. 2; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 6, kn. 50; Rudolphi, s. 215.

<sup>15</sup> Gropp, s. 102; Bützler, s. 25.

<sup>16</sup> Hukuki değerın sadece ihlal edilebileceği yönünde Türk doktrinindeki görüşler için bkz. Özgenç, s. 220; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, (Genel), s. 118; Ersoy, s. 33. Aksi yönde bkz. Soyaslan, Doğan: Teşebbüs Suçu, Kazancı Matbaacılık, Ankara 1994, (Teşebbüs), s. 13; Daragenli, Vesile Sonay: Tehlike Suçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Bölümü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998, s. 31-33; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2020, s. 270; Ünver, s. 954, 957.

<sup>17</sup> Mitsch, Vorverlagerung, s. 2; Bützler, s. 24; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 6, kn. 50.

noktasında görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte, “suç yolunda ceza hukuku müdahalesinin zamansal olarak zarardan önceki bir aşamaya çekilmesi”nin ortak nokta olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu belirlemeyi yaparken referans noktası olarak, şekli tamamlanmanın mı yoksa bir değersizliğin maddi olarak gerçekleşmesinin mi esas alınacağı noktasında görüşler yine birbirinden ayrılmaktadır. Şekli tamamlanmayı kriter olarak alanlara göre, hukuki değerın zarara uğratılması ancak tamamlanmış suç fiili ile meydana gelebilecektir<sup>18</sup>. Bunun şekli bir kriter olduğu, bu noktada esas alınması gereken referans noktasının, aslında suç tipi ile de nihaî olarak önlenmesi hedeflenen bir değersizliğin maddi olarak gerçekleşmesi olduğu haklı olarak ifade edilmektedir. Şekli tamamlanma, her zaman bir değersizliğin maddi olarak gerçekleşmesiyle örtüşmez. Şekli tamamlanmanın tespiti, yalnızca izlenen suç politikasına dayalıdır. Kanunkoyucu tarafından bir hazırlık hareketi, tipikliğin gerçekleşmesi için esaslı bir unsur hâline getirilebilecekken, herhangi tehlike veya zararın meydana gelip gelmemesi konu dışı bırakılabilir<sup>19</sup>. Bu husus, Alman Ceza Kanunu’nun belgede sahteciliği düzenleyen 267. maddesi örnek verilerek açıklanmaktadır: Düzenleme uyarınca, sahte belge düzenlemek ve gerçek bir belgeyi tağyir etmek, bunlar henüz failce kullanılmamış olmasına rağmen, tamamlanmış bir suç olarak normlaştırılmıştır<sup>20</sup>. Burada, düzenleme ve tağyir fiillerinin gerçekleştirilmesiyle, suç tipi şekli olarak tamamlanmış olmasına rağmen, henüz zararın vuku bulduğundan söz edilemez<sup>21</sup>. Kanunkoyucu, kullanmanın hazırlık hareketleri niteliğinde olan sahte belge düzenlemeyi ve gerçek bir belgeyi tağyir etmeyi cezalandırmak suretiyle, cezalandırılabilirliği öne çekmiştir<sup>22</sup>. Aynı yorum, Türk Ceza Kanunu’nun resmî belgede sahtecilik suçunu düzenleyen 204. maddesi açısından da geçerlidir. Keza, TCK m. 204’te de hazırlık hareketi niteliğini haiz “bir resmî belgeyi sahte olarak düzenleme” veya “gerçek bir resmî belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirme” fiillerinin gerçekleştirilmesi, suçun tamamlanması için yeterli olabilecek şekilde normlaştırılmıştır.

<sup>18</sup> Mitsch, Vorverlagerung, s. 2.

<sup>19</sup> Bützler, s. 25.

<sup>20</sup> Al. CK. m. 267/1- “Her kim, hukukî ilişkilerde aldatmak amacıyla gerçek dışı belge düzenler, gerçek bir belgeyi tağyir eder veya gerçek dışı veya sahte belgeyi kullanırsa, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.” (Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried: Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), Beta Basım Yayım, İstanbul 2015, (StGB), s. 392).

<sup>21</sup> Bützler, s. 25.

<sup>22</sup> Heine, Günter/Schuster, Frank: in: Schönke Adolf/ Schröder Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2019, § 267, kn. 96.

Cezalandırılabilirliğin ne zamandan itibaren öne çekilmiş sayılacağı hususunda, yukarıda belirttiğimiz görüşlerden kısmen ayrılan diğer görüşe göre ise<sup>23</sup>, öne çekmede cezalandırılabilirlik, “*nedensel olarak zarar verici veya somut olarak tehlikeli fiilden önce gelen davranışla*” ilişkilendirilmektedir. Başka bir ifadeyle bu görüş, netice haksızlığının (*Erfolgsunrecht*) dışlandığı, haksızlığı gerekçelendirenin sadece hareket haksızlığı (*Handlungsunrecht*) olduğu durumları öne çekme kapsamında değerlendirmekte ve cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi kavramının kapsamını, yukarıda bahsettiğimiz ilk görüşe oranla daraltmaktadır.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, öncelikle öne çekmeyi görünür kılabilmek ve bu hususta mukayese yapabilmek için esas alınması gereken bir ölçütün belirlenmesi zorunludur. Her şeyden önce hukuki değerlerin korunmasını ifade eden ceza hukukunda<sup>24</sup> bu fonksiyon, “suçla korunan hukuki değer” tarafından üstlenilebilir<sup>25</sup>. Kavramın “suçun konusu” esas alınarak belirlenmesi, tehlike suçları gibi suçun konusunun net bir şekilde ortaya konulmadığı durumlarda çeşitli sorunlara sebebiyet verebilmektedir. Bu nedenle çalışmamızda, kavramı suçla korunan hukuki değer üzerinde fiilin meydana getirdiği etkiden hareketle ele aldığımızın belirtilmesinde yarar vardır. Yine kavramın, ceza kanunlarının zarar neticesinin meydana gelmesinden önceki bir aşamada cezalandırılabilirlik öngören tüm normlarına ilişkin olarak açıklanmasının ve geniş olarak algılanmasının daha doğru olduğunu düşünmekteyiz. Ceza hukukunun görevi, toplum yaşamının temel değerlerini ve bir toplumsal düzen çerçevesinde barış içinde bir arada yaşamayı güvence altına almak şeklinde açıklansa ve bu çerçevede cezalandırma yetkisini kullanan yasama organının somut tehlikeye sebebiyet veren fiilleri de cezalandırabileceği şeklinde bir anlayış kabul edilebilir olsa dahi; bu, cezalandırılabilirlik açısından öne çekmenin başlangıcı olarak esas alacağımız zamansal anı değiştirmemelidir. Dolayısıyla kanaatimizce, kavramı geniş şekilde anlamak gerekli; bu husus, öne çekmenin sınırının ne olması gerektiği noktasında değerlendirilmelidir.

<sup>23</sup> **Sinn**, s. 16.

<sup>24</sup> **Roxin**, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen-Der Aufbau des Verbrechenslehre, 4., vollständig neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006, (AT I), § 2, kn. 7.

<sup>25</sup> **Fasching**, Stefan: “Terrorismusbekämpfung im österreichischen Strafrecht- Aktuelle Entwicklungen”, Diplomarbeit, zur Erlangung des akademischen Grades eines Magisters der Rechtswissenschaften, Karl-Franzens Universität Graz, Graz, Jänner 2014, s. 46.

### III. CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN ÖNE ÇEKİLMESİNİN NEDENLERİ

#### A. Devletin İç Güvenliğinin Sağlanması

Ceza hukuku, yıllardır iç güvenlikle ilgili tartışmaların ayrılmaz bir parçası hâline gelmiştir. Terörizm ve örgütlü suçluluğun oluşturduğu tehlikelerin artması karşısında, güçlenen tehdit duygusu ile birlikte, bu yeni tehlikelerle mücadele için ceza hukukunun bir araç olarak kullanılması çağruları, gitgide daha fazla yükselmektedir. Ceza ve ceza muhakemesi hukukunun suç teşkil eden fiilleri, henüz fiilen icrasından önceki bir aşamada önleyerek veya zorlaştırarak, iç güvenliğe hızlı, etkili ve verimli bir şekilde katkıda bulunması gerektiği savunulmaktadır. “Güçlü bir devlet” için artan istek ve genellikle toplum için “en kötü” olanın engellenmesini mesele edinen bir “risk toplumu”na dönüşme, yeni ortaya çıkan tehlikeleri mümkün olduğunca etkili bir şekilde önleyebilmek için cezalandırılabilirliğin öne çekilmesini beraberinde getirmektedir<sup>26</sup>.

Devletin iç güvenliğinin sağlanması amacıyla, cezalandırılabilirliğin öne çekilmesinde çitayı oldukça yükselten Alman Ceza Kanunu, Alman ceza hukuku doktrininde büyük tartışmalara neden olan çeşitli düzenlemelere yer vermiştir. Bu noktada, Alman Ceza Kanunu’na 30.07.2009 tarihli Kanun<sup>27</sup> ile eklenen ve daha sonra birkaç kez değişikliğe uğrayan, m. 89a (devlet güvenliğini ağır bir şekilde tehlikeye düşüren cebir ve şiddet suçunun hazırlığını yapma), m. 89b (devlet güvenliğini ağır bir şekilde tehlikeye düşüren cebir ve şiddet suçu işlemek için ilişkiler kurma)<sup>28</sup>, m. 89c (terörün finansmanı suçu) ve m. 91 (devlet güvenliğini ağır bir şekilde tehlikeye düşüren cebir ve şiddet suçu işlemek için yönlendirme)<sup>29</sup> örnek olarak verilebilir.

<sup>26</sup> Sinn, s. 19-20.

<sup>27</sup> Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten vom 30. Juli 2009. Bkz. [http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBI&jumpTo=bgbl109s2437.pdf](http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl109s2437.pdf).

<sup>28</sup> Al. CK. m. 89b’nin “*hazırlık suçuna hazırlık suçu*” niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Wörner**, Liane: “Expanding Criminal Laws by Predating Criminal Responsibility-Punishing Planning and Organizing Terrorist Attacks as a Means to Optimize Effectiveness of Fighting Against Terrorism”, German Law Journal, Vol. 13, No. 09, 2012, s. 1053; **Bützler**, s. 252. Aşırı bir öne çekme teşkil etmesi nedeniyle, hükmün anayasaya uygunluğunun sorgulanabilir olduğu eleştirisinde bulunan *Bützler*, söz konusu düzenlemede cezalandırılan hareketin ilişkin olduğu hukuki değere yakınlığının neredeyse fark edilemez olduğunu, dolayısıyla burada haksızlığın özünün yeterince belirlenebilir olmadığını belirtmektedir (s. 252).

<sup>29</sup> Norm, cezalandırılabilirliği çok fazla öne çekmesi ve bazı unsurlarının belirsizliği nedeniyle eleştirilmektedir. *Eleştiri için bkz. Mitsch*, Vorverlagerung, s. 6.

Bununla birlikte, burada modern ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan ceza hukukunun son çare (*ultima ratio*<sup>30</sup>) olması ilkesinden uzaklaşmaması önem arz etmektedir. Ultima ratio ilkesi, sıklıkla “*ikincilik/talilik (Subsidiarität)*”<sup>31</sup> veya “*ceza hukukunun parçalanmış yapısı (fragmentarisch Charakter des Strafrechts)*”<sup>32</sup> olarak da adlandırılmaktadır. Söz konusu ilke, ağır hukuki sonuçları nedeniyle, ceza hukuku aracılığıyla müdahalenin devlet için en son çare olması gerektiğini ifade eder. Devlet, ancak diğer önlemlerle amacına ulaşamadığında, ceza hukukunun zecri-sert tedbirlerine başvurabilecektir. Bu bağlamda ceza hukuku, hukuki değerlerin korunmasında *ikincil*, başka bir ifadeyle *yardımcı* bir görev üstlenmektedir<sup>33</sup>. Gerekçesi, devletin iç güvenliğinin sağlanması olsa dahi, cezalandırılabilirliğin öne çekilmesinde aşırıya kaçılması veya bunun bir istisna olmaktan çıkarılarak adeta bir kural hâline getirilmesi, bu anlamda kabul edilebilir değildir. Aksi durumda ceza hukuku, mevcut bir haksızlığın karşılığı olan ultima ratio bir hukuk işlevi görmek yerine, gelecekteki bir haksızlığı önleyerek mevcut sosyal ihtiyaçları yansıtan esnek bir hukuka dönüşür<sup>34</sup>.

### B. Cezalandırmanın Amacının Karma Bir Nitelik Kazanması

Ceza hukukunu temel görevi, üst düzey hukuki değerlerin korunması olarak ifade edilmekle birlikte, bu görevin ceza hukuku araçları ile nasıl yerine getirileceği hâlâ netleştirilememiştir<sup>35</sup>. Bu çerçevede, çok eski zamanlardan beri cevap aranan bir soru olan cezanın esasının ve amacının ne olduğu konusunda çeşitli teoriler (*mutlak teoriler = kefarete teorisi, adalet teorisi; nisbi teoriler = özel önleme teorisi, genel önleme teorisi, karma (bağdaştırıcı) teori*) ileri sürülmüştür<sup>36</sup>. Bu sorunun günümüzde büyük

<sup>30</sup> Politik ve hukuki bir kavram olan “*ultima ratio ilkesi*”, Latince “*ultimus (son, sonuncu, en uzak olan)*” ve “*ratio (akıl yürütme, düşünme)*” terimlerinin birleşiminden oluşmakta; genellikle izlenen bir amaca ulaşılması için son veya sonuncu çare olarak anlaşılmaktadır. Burada, kronolojik olarak değil, en geniş kapsamlı etkiye sahip, en çok müdahalede bulunan bir son çare kastedilmektedir (**Wendt**, Rudolf: “The Principle of “Ultima Ratio” And/Or the Principle of Proportionally”, *Oñatio Socio-Legal Series*, Vol. 3, No. 1, 2013, s. 84).

<sup>31</sup> **Roxin**, AT I, § 2, kn. 97.; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 2, kn. 8.

<sup>32</sup> **Jescheck/Weigend**, § 7 II, s. 52.

<sup>33</sup> **Roxin**, AT I, § 2, kn. 97.; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 2, kn. 8; **Rengier**, Rudolf: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012, § 3, kn. 5-6; **Wendt**, s. 85.

<sup>34</sup> **Wörner**, s. 1045.

<sup>35</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 2, kn. 20.

<sup>36</sup> **Rengier**, § 3, kn. 9.

ölçüde kabul gören cevabı da cezalandırılabilirliğin öne çekilmesinde büyük bir paya sahiptir<sup>37</sup>.

Cezanın amacına ilişkin günümüzde hâkim olan karma (bağdaştırıcı) teori, cezanın *kefaret-kusurun denkleştirilmesi*, *hukuk düzeninin korunması*, *genel-özel önleme*, *yeniden topluma kazandırma* gibi çok sayıda amacını bir araya getirerek, kanunkoyucunun suç tipi yaratırken geniş bir hareket alanına sahip olmasına imkân sağlamıştır. Bu durum, kanunkoyucunun cezanın farklı amaçlarının bir araya getirildiği bir çayırılık alandan, beğendiklerini seçerek istediği gibi bir çiçek buketi oluşturabilmesi şeklinde bir benzetmeyle açıklanmaktadır<sup>38</sup>. Kanunkoyucunun çok sayıda önalan suçu (*Vorfelddatbestand*) oluşturmasını sağlayan ve ceza hukukunun polis hukukuna yaklaşmasına neden olan önleme düşüncesini ön plana çıkarmak, endişe verici görünmektedir. Bu bağlamda, anayasal düzenlemelerle getirilen tüm kriterler, düzenlemenin orantılı olup olmadığının belirlenmesinde kullanılabilir. Böylelikle, çoğu suç tipinin en azından meşru bir amaca hizmet etmesi sağlanacak ve anayasaya aykırılığı bertaraf edilecektir<sup>39</sup>.

### C. Usûlî Mülâhazalar

Cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi, sıklıkla “*devletin işler bir ceza adaleti sistemini sağlama görevi*” veya hukuk devleti ilkesinden şüpheli bir şekilde türetilen “*etkili bir ceza kovuşturmasının kaçınılmaz gerekliliği*” gibi usûlî mülâhazalarla da meşrulaştırılmaktadır.

Cezalandırılabilirliğin belirli hazırlık hareketleriyle erken bir aşamada ilişkilendirilmesi, soruşturma tedbirleri için müdahale eşiğinin düşürülmesini sağlar. Ceza hukukunun müdahale sınırının bu şekilde öne çekilmesi, maddi hukukun giderek daha fazla usûle ilişkin işlevler üstlenmesi ve böylelikle bireyin hak ve özgürlük alanına yönelik bir tehdit oluşturması anlamına gelmektedir. Ayrıca cezalandırılabilirlik, maddi hukuk açısından öne çekilirse; onu izleyen usûlî düzenlemeler de genellikle buna uygunluk arz eder, bu da bireylerin hukuki konumunu devletin müdahale yetkileri lehine zayıflatır<sup>40</sup>.

Örneğin; Ceza Muhakemesi Kanunu’nun<sup>41</sup> 100. maddesinin 3. fıkrasında, bu fıkrada sınırlı olarak sayılan suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı hâlinde, tutuklama

<sup>37</sup> Görüş için bkz. Sinn, s. 20.

<sup>38</sup> Sinn, s. 20.

<sup>39</sup> Sinn, s. 20-21.

<sup>40</sup> Sinn, s. 21-22.

<sup>41</sup> 4.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, (RG. 17.12.2004-25673).



nedeninin var sayılabileceği ifade edilmiştir. Bu gruba dâhil olan suç tiplerinden bazıları, cezalandırılabilirliğin öne çekildiği suç tipleridir (TCK m. 220-iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç-, 309, 310, 311, 312, 314, Terörle Mücadele Kanunu'nun<sup>42</sup> 7. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen suçlar gibi). Tutuklama nedeninin var sayılabileceğine ilişkin benzer bir düzenleme, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Al. CMK.)'nda da bulunmaktadır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 112. maddesinin 3. fıkrasında, bu fıkroda sınırlı olarak sayılan suçlardan birini işlediği hususunda kuvvetli şüphe bulunan şüpheliler hakkında, bir tutuklama nedeni (*kaçma ve kaçma tehlikesi ile delil karartma tehlikesi*) bulunmasa dahi, tutuklama kararı verilebileceği ifade edilmektedir. Al. CMK. m. 112/3'te çocukların cinsel istismarının ağır hâli, çocukların cinsel istismarının ölümle sonuçlanması, cinayet, kasten öldürme, yaralamanın ağır hâli, çok ağır kundaklama suçu ve ölümle sonuçlanan kundaklama suçları gibi ağır suçların yanı sıra; cezalandırılabilirliğin öne çekildiği normlardan olan terör örgütü kurma suçu (Al. CK. m. 129a/1, 2) ve yurt dışındaki suç ve terör örgütlerine yönelik Al. CK. m. 129b/1 de yer almaktadır<sup>43</sup>.

Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan farklı olarak, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 112a maddesinde yer alan, suç tekrarlama tehlikesi nedeniyle tutuklama uygulaması burada verilebilecek bir diğer örnektir. Özel bir tutuklama sebebi olan tekrarlama tehlikesi<sup>44</sup>, Al. CMK. m. 112a/2 uyarınca<sup>45</sup> ikincil nitelik taşımaması nedeniyle, Al. CMK. m. 112 kapsamındaki

<sup>42</sup> 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, (RG. 12.4.1991-20843 Mükerrer).

<sup>43</sup> **Sinn**, s. 22. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre; kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakabilmek için tek başına kuvvetli şüphenin varlığını yeterli gören düzenleme, orantılılık ilkesini ihlal etmektedir. Mahkeme, hükmün, şüphelinin tutuklanmamasının ancak suçun derhal açıklığa kavuşturulmasını ve suç şüphesini tehlikeye düşürebilecek olması hâlinde, tutuklama kararı verilebileceği; bu koşulun yokluğu durumunda ise, en ağır suçlarda dahi tutuklama kararı verilemeyeceği şeklinde, Alman Anayasası'na uygun olarak yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. (*Bkz.* BVerfG, Entsch. v. 15.12.1965-1 BvR 513/65); **Meyer-Goßner/Schmitt**, § 112, kn. 37 (*aktaran Soyka*, Martin: StPO, Grundzüge des Strafverfahrensrechts, Verlag Alpmann und Schmitt Juristische Lehrgänge, 20., neu bearbeitete Auflage, Münster 2020, s. 32, kn. 49).

<sup>44</sup> **Graf**, Jürgen-Peter: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 8. Auflage Verlag C. H. Beck, München 2019, (KK-StPO/Graf), § 112a, kn. 6; **Heinrich**, Bernd/**Reinbacher**, Tobias: "Haftbefehl und U-Haft", Examinatorium Strafprozessrecht-Arbeitsblatt Nr. 13, 1. Oktober 2020, <https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02150500/2020/13-uhaft-1-2.pdf>. Erişim Tarihi: 24.03.2022.

<sup>45</sup> **Al. CMK. m. 112a/2-** "Eğer 112'nci maddeye göre tutuklama kararı verilmesi için gerekli şartlar bulunuyorsa ve tutuklama kararının yerine getirilmesinin geri bırakıl-

tüm tutuklama nedenleri buna göre önceliklidir<sup>46</sup>. Düzenlemede, şüphelinin 1. fıkranın 1 ve 2 numaralı bentlerde sınırlı olarak sayılan suçları<sup>47</sup> işlediği konusunda kuvvetli şüphe varsa ve hükmün kesinleşmesinden önce aynı türde önemli başka suçları tekrar işleyeceği veya bunlara devam edeceği tehlikesini gösteren belirli olguların da bulunması hâlinde, tutuklamanın mevcut tehlikenin önlenmesi için gerekli olması koşuluyla tutuklama sebebinin bulunduğu ifade edilmiştir<sup>48</sup>. Söz konusu düzenlemede sınırlı olarak sayılan suçlar arasında, devlet güvenliğini ağır bir şekilde tehlikeye düşüren cebir ve şiddet suçunun hazırlığını yapma (Al. CK. m. 89a) ve terörün finansmanı suçu (Al. CK. m. 89c) gibi cezalandırılabilirliğin öne çekildiği suç tipleri de yer almaktadır. Bununla birlikte, Al. CMK. m. 112a'da suçu tekrarlama tehlikesinin bir tutuklama nedeni olarak öngörülmesinin ceza muhakemesi hukukuna yabancı olduğu ifade edilmelidir. Zira, önleyici tutuklama, özellikle tehlikeli failler tarafından işlenmesi muhtemel olan ağır suçlardan toplumu korumaya hizmet eder ve önleyici kolluk faaliyeti niteliğindedir<sup>49</sup>.

*masının 116'ncı madde 1 ve 2'nci fıkralarında sayılan şartları gerçekleşmemişse, 1.fıkra hükmü uygulanmaz.” (Yenisey Feridun/Oktar Salih, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Strafprozessordnung (StPO), 2. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2015, s. 167).*

<sup>46</sup> **Heghmanns**, Michael: Strafverfahren, Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2014, s. 98, kn. 289; **KK-StPO/Graf**, § 112a, kn. 25; **Soyka**, s. 32, kn. 50; **Heinrich/Reinbacher**, Arbeitsblatt Nr. 13.

<sup>47</sup> Düzenleme doğrultusunda, 1.bentte yer alan *belirli cinsel suçlarda ve ısrarlı bir şekilde izleyerek rahatsız etme suçunda* (Al. CK. m.238/2, 3) ve ayrıca 2. bentte sayılan halihazırda defalarca (en az iki kez) işlenmiş olan hukuk düzenini ağır bir şekilde tehlikeye düşüren suçlar (*devlet güvenliğini ağır bir şekilde tehlikeye düşüren cebir ve şiddet suçunun hazırlığını yapma, terörün finansmanı, kamu barışını bozma suçunun çok ağır hâli, tehlikeli yaralama, himayesi altında bulunan kişiye kötü muamele, yaralamanın ağır hâli, kadının cinsel organlarının sakatlanması, ölümle sonuçlanan yaralama, hırsızlığın çok ağır hâli, silahla/çete kurarak/konuta zorla girerek hırsızlık, yağma, yağmanın ağır hâli, ölümle sonuçlanan yağma, hırsızlıktan yağmaya dönüşen fiil, şantaj, yağma yoluyla şantaj, meslek veya sanat haline getirerek veya bir çete üyesi sıfatıyla suç eşyasının satın alınması, satılması veya temin edilmesi, dolandırıcılık, kundaklama suçları* (Al. CK. m. 306 ila 306c), *sürücüye yağma amaçlı saldırı, Alman Uyuşturucu Maddeler Kanunu m. 29/1 ve 3, m. 29a/1, m. 30/1, m. 30a/1 ve Yeni Psikoaktif Maddeler Kanunu m. 4/3* söz konusu olduğunda, tekrarlama tehlikesi bulunmaktadır (**KK-StPO/Graf**, StPO § 112a, kn. 6b).

<sup>48</sup> Alm. CMK. m. 112a'nın 1. fıkrasının 2 numaralı bendinde sayılan suçlar bakımından, ayrıca bir seneden fazla hapis cezasına hükmedilmesi bekleniyor olmalıdır (**KK-StPO/Graf**, § 112a, kn. 21).

<sup>49</sup> **Meyer-Goßner/Schmitt**, § 112a, kn. 1 (*aktaran Soyka*, s. 32, kn. 50). Aynı yönde *eleştiri için bkz. Heghmanns*, s. 98-99, kn. 292.

Yine CMK m. 151/3 uyarınca, “149’uncu maddeye göre seçilen veya 150’nci maddeye göre görevlendirilen ve Türk Ceza Kanunu’nun 220 ve 314’üncü maddesinde sayılan suçlar ile terör suçlarından şüpheli, sanık veya hükümlü olanların müdafilik veya vekillik görevini üstlenen avukat hakkında, bu fıkırada sayılan suçlar nedeniyle (...)”<sup>50</sup> kovuşturma bulunması hâlinde, müdafilik veya vekillik görevini üstlenmekten yasaklanabileceği” düzenlenmiştir<sup>51</sup>. Benzer şekilde; müdafinin Al. CK. m. 129a’da düzenlenen terör örgütü kurma suçuna karışması, belli koşulların gerçekleşmesi hâlinde, görevden yasaklanma sebebi olarak öngörülmüştür (Al. CMK. m. 138a/2)<sup>52</sup>.

#### IV. CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN ÖNE ÇEKİLMESİNİN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun hem genel kısmında hem de özel kısmında cezalandırılabilirliğin öne çekilmesinin farklı görünüm şekilleri yer almaktadır. Alman ceza hukuku açısından ise “*sistemin ayrılmaz bir parçası*” olarak nitelendirilen cezalandırılabilirliğin öne çekilmesine<sup>53</sup>, Alman Ceza Kanunu’nun genel ve özel hükümlerinde çok yoğun bir şekilde rastlanmaktadır. Bu çerçevede, cezalandırılabilirliğin öne çekilmesinin görünüm şekillerinin *genel ve özel hükümlerde* olmak üzere ikili bir ayrım ile ele alınması mümkündür:

##### A. Genel Hükümlerde Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi

###### 1. Hazırlık (Aşaması)

Suçun işlenmesinde *suç yolu (iter criminis- Stadien der Deliktsverwirklichung)* olarak ifade edilen çeşitli aşamalar bulunur. Bunlardan ilki, *suç fikrinin ortaya çıkması ve düşünce aşamasıdır*. Failin iç dünyasında seyreden ve dış dünyaya hiçbir şekilde yansımaya bu aşama, cezasızdır (*Cogitationis poenam nemo patitur*). Düşünce ceza hukukuna sebebiyet verecek aksi bir tutum, kabul edilemeyecektir<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 24/7/2019 tarihli ve E. 2018/73, K. 2019/65 sayılı Kararı ile bu fıkırada yer alan “soruşturma ya da” ibaresi iptal edilmiştir.

<sup>51</sup> Daha önce mevzuatımızda bulunmayan müdafinin görevden yasaklanması kurumu, 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 22. maddesiyle, CMK m. 151’e eklenen dört fıkra (3., 4., 5. ve 6. fıkralar) ile düzenlenmiştir.

<sup>52</sup> Sinn, s. 22.

<sup>53</sup> Mitsch, Vorverlagerung, s. 2.

<sup>54</sup> Heinrich, Bernd: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4., überarbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2014, § 23, kn. 702; Hillenkamp, Thomas: in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar, 12., neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2007, (LK-Hillenkamp), Vor § 22, kn. 4.

İkinci aşama ise, *hazırlık aşamasıdır*. Ceza kanunlarında, suçun hazırlık aşaması, genellikle açık bir şekilde tanımlanmış değildir. Bu tanımın yapılmasında, bize yol gösterici olabilecek teşebbüse ilişkin hükümlerdir. Zira bu aşama, suç yolunun üçüncü aşaması olan icra hareketlerinin başlaması aşamasında gerçekleşen teşebbüsten, hemen bir önceki aşamayı teşkil eder<sup>55</sup>. Hazırlık aşamasında fail, suçun tüm maddi unsurlarını gerçekleştirmemiş ve doğrudan doğruya icraya başlamamış olduğu için, henüz *tamamlanmamış bir fiil* söz konusudur. İşte, *teşebbüsün önalanını-öncesini (Vorfeld des Versuchs)* ifade eden fiilin oluşum seyrindeki bu aşama, *hazırlık* olarak adlandırılmaktadır<sup>56</sup>.

Hazırlık aşaması, suçla korunan hukuki değer bakımından ciddi bir tehdit olarak görülebilmek için tamamlanma aşamasından çok uzak olması nedeniyle, *kural olarak* cezasızdır. Ayrıca, hazırlık aşamasında suç işleme kastını açıkça ortaya koymak, çoğu zaman mümkün değildir<sup>57</sup>. Kural olarak, ceza hukukunun müdahalesi dışında kalan bu aşama, kanunkoyucu tarafından kimi zaman özel ceza politikası sebepleriyle cezai yaptırım altına alınabilmektedir<sup>58</sup>.

Genel hükümlerde cezalandırılabilirliğin öne çekildiği bir kurum olarak, Türk ceza hukuku sisteminde aşağıda ele alınacağı üzere sadece suça teşebbüsten söz edilirken; Alman Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde, hazırlık aşamasında *iştirak* bakımından bunun bir başka görünümüne daha rastlanmaktadır.

Alman Ceza Kanunu'nun "*suça iştirake teşebbüs (Versuch der Beteiligung)*" düzenlemesinden (Al. CK. m. 30) önce, konuyu şeriklik bakımından ele alan *Gropp*'a göre cezalandırılabilir hareket, şeriklik vasıtasıyla

<sup>55</sup> **Mitsch**, Wolfgang: "Vorbereitung und Strafrecht", Juristische Ausbildung, 2013 (7), (Vorbereitung), s. 696.

<sup>56</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn. 9. Hazırlık aşamasının *objektif* alanda, her türlü hazırlık hareketini (silah temini veya suç mahallini kontrol etme) kapsamına almasının yanında; *sübjektif* alanda da failin suç işleme kararının somutlaşmasına kadar, bir suçla ilgili düşüncelerini içerdiği yönünde *bkz. Rengier*, § 33, kn. 8.

<sup>57</sup> **Jescheck/Weigend**, § 49 VI, s. 523; **Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, Beta Yayınevi, İstanbul 1992, s. 399-400; **Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 693; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 458; **Özen**, Mustafa: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 816.

<sup>58</sup> **Hauf**, Claus-Jürgen: Strafrecht Allgemeiner Teil, Kurzlehrbuch, Luchterhand, Berlin 1996, s. 133; **Jescheck/Weigend**, § 49 VI, s. 523; **LK-Hillenkamp**, Vor § 22, kn. 7; **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 488.

oldukça öne çekilebilmektedir. Nitekim, yardım etme teşkil eden hareketler, esas fiil henüz hazırlık aşamasındayken dahi işlenebilir. Yine, azmettirimin asıl failin esas fiili işlemeye henüz karar vermediği bir aşamaya denk gelmesi, onun doğası gereğidir. Bununla birlikte burada, sadece “cezalandırılabilir şeriklik hareketinin öne çekilmesinden” söz edilebilir. Zira, bağlılık kuralı (*Akzessorietät der Teilnahme*) gereği, cezalandırılabilirlik, esas fiilin en azından teşebbüs aşamasına ulaşmasına bağlıdır. Bununla birlikte aynı yorum, zarar verici bir esas fiilin gerekli olmadığı ve hatta teşebbüs şeklinde dahi olmayan iştirak biçimleri için geçerli değildir. Bahsi geçen bu ikinci durum, Alman Ceza Kanunu’nun genel hükümlerinde, hazırlık aşamasına ilişkin cezalandırılabilirliğin öngörüldüğü 30. maddesinde yer almaktadır.

Düzenlemeye göre:

*“(1) Her kim, bir başkasını bir cürüm işlemek veya bir cürme azmettirmek için sevk etmeye teşebbüs ederse (»Versuchen«), cürme teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır...<sup>59</sup>*

*(2) Her kim, bir cürüm işlemeye veya bir kişiyi cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklar (»Bereiterklären«), bir başkasının önerisini kabul eder (»Annehmen«) veya başka birisi ile bunu yapmak üzere anlaşır (»Verabreden«), aynı şekilde cezalandırılır<sup>60</sup>.”*

Alman Ceza Kanunu’nun 30. maddesinde lafzî olarak bir teşebbüsten söz edilmesine rağmen, düzenlemenin teşebbüsün özel bir görünümünü oluşturmadığı öncelikle ifade edilmelidir. Zira burada, teşebbüsü karakterize eden doğrudan doğruya icraya başlama unsuru eksiktir. Ayrıca burada, şeriklik için gerekli olan bağlılık kuralının yokluğu, düzenlemenin şerikliğin özel bir şekli olarak nitelendirilmesine de engel oluşturmaktadır<sup>61</sup>. Bu bağ-

<sup>59</sup> *Azmettirmeye teşebbüs ile (tamamlanan) azmettirme ayırımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İnci, Z. Özen: “Alman Ceza Kanunu m. 30/1 Perspektifinde Ceza Hukukunda Azmettirmeye Teşebbüs (Sonuçsuz Kalan Azmettirme)”, Hacettepe HFD, 10 (2), 2020, s. 913-980; Balcı, Meral: Ceza Hukukunda Bağlılık Kuralı Kapsamında Azmettirme, T.C. Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa 2021, s. 518-532.*

<sup>60</sup> **Yenisey/Plagemann**, StGB, s. 23-24. *Al. CK. m. 30/2’deki bu düzenlemenin dışı vurulmuş suç işleme kararının cezalandırıldığı tek istisnai durum olduğu yönünde bkz. Jäger, Christian: in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB), Band I, 9., neu bearbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2017, (SK-StGB-Jäger), Vor § 22, kn. 2.*

<sup>61</sup> **Roxin**, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C. H. Beck, München 2003, (AT II), § 28, kn. 2; **Jescheck/Weigend**, § 65 I, s. 701-702.

lamda Al. CK. m. 30, salt cürüm hazırlığının çok tehlikeli şekillerini cezalandırmak suretiyle<sup>62</sup>, cezalandırılabilirliği öne çekmektedir<sup>63</sup>.

Cürüm hazırlığının yukarıda yer verilen bu dört şeklinin ortak özelliği, en az iki kişinin hazırlık fiilinde yer alıyor olmasıdır. Durumun “suça işti- rake teşebbüs” olarak adlandırılmasının nedeni de budur. Katılan başka kiş- iler olmaksızın, sadece tek başına bir failin cürüm hazırlığı, örneğin; failin, hırsızlık yapmak için araç satın alması, Al. CK. m. 30 kapsamında değildir ve kural olarak cezalandırılmaz<sup>64</sup>. Bu nedenle, Alman Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 2. fıkrası uyarınca cezalandırılabilir olan hazırlık hareketleri, müşterek failliğin, azmettirmenin ve yardım etmenin ön aşamaları olarak ele alınmaktadır<sup>65</sup>. Söz konusu düzenlemenin, özellikle cürüm anlaşmasının (*Verbrechensverabredung*), terörizmde, yağmada ve diğer şiddet suçlarında uygulamada oldukça önemli olduğu, doktrinde ifade edilmektedir<sup>66</sup>.

Alman Ceza Kanunu’nda yukarıda yer verilen düzenleme ile benzer- likler taşıyan fiile, Türk Ceza Kanunu’nun özel hükümlerinde 316. madde- sinde, “suç için anlaşma” başlığı altında, bir suç tipi olarak yer verilmekte- dir. Ancak bu düzenleme, özel hükümler kısmında yer aldığı için, çalışma- mızın ilgili kısmı olan “özel hükümlerde cezalandırılabilirliğin öne çekil- mesi” başlığı altında ele alınacaktır<sup>67</sup>.

## 2. Teşebbüs

*Teşebbüs*, cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi için, ceza hukukunda en yaygın olarak başvurulan dogmatik araçlardan biridir<sup>68</sup>.

Alman ceza hukuku doktrininde, suça teşebbüsün cezalandırılabilirliğin öne çekilmesinin «*arketipini*»<sup>69</sup> oluşturduğu ifade edilmektedir<sup>70</sup>. Alman ceza hukuku sistemi açısından, teşebbüs kurumuna ilişkin olarak *Gropp*

<sup>62</sup> Örnek kararlar için bkz. BGHSt 9, 131, 134; 10, 388, 389 (Roxin, AT II, § 28, kn. 2, dn. 5).

<sup>63</sup> Gropp, s. 102-103. Aynı yönde bkz. Mitsch, Vorverlagerung, s. 2-3.

<sup>64</sup> Mitsch, Vorverlagerung, s. 2-3.

<sup>65</sup> Roxin, AT II, § 28, kn. 60; Jescheck/Weigend, § 65 III, s. 704.

<sup>66</sup> Jescheck/Weigend, § 65 III, s. 704.

<sup>67</sup> Bu konuda bkz. IV. B. 2.a.

<sup>68</sup> Mitsch, Vorverlagerung, s. 2.

<sup>69</sup> “Kök örnek, bir nesnenin bilinen ilk ve en özgün biçimi” (<https://sozluk.gov.tr>).

<sup>70</sup> Gropp, s. 102. Teşebbüste cezalandırılabilirliğin öne çekilmesinin ne suç politikasıyla ne de cezanın amacı ile yeterince açıklanabileceği; ancak fiilin bu aşamasında bir ceza hukuku haksızlığının zaten bulunduğu ile gerekçelendirilebileceği yönünde bkz. NK-Zaczyk, § 22, kn. 1.

tarafından yapılan bu nitelendirme, aslında Alman Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri incelendiğinde haklı görülebilecek niteliktedir. Zira, Alman Ceza Kanunu, teşebbüsün esasını teşkil eden 22. maddesi ile, bir zarar veya tehlikeye sebebiyet verilmeksizin cezai sorumluluğun doğmasını mümkün hâle getirmiştir<sup>71</sup>. Söz konusu düzenlemeye göre, “*her kim, fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre, suç tipinin gerçekleşmesi için doğrudan doğruya icraya başlarsa, suç işlemeye teşebbüs etmiş sayılır*”<sup>72</sup>. Bu bağlamda, Alman Ceza Kanunu, teşebbüste sübjektif koşulu, “*suç işleme kararı (Tatentschluß*<sup>73</sup>)”; objektif koşulu ise “*doğrudan doğruya icraya başlama (unmittelbar Ansetzen)*” olarak belirlemiş olmaktadır. Fiilin gerçekleştirildiği anda zarara sebebiyet vermesinin mümkün görünmesi koşuluyla, öne çekmenin bu görünüm şekli (suça teşebbüs) kabul edilebilir görülürken; fiilin ortalama bir insan için tehlike arz etmediğinin aşikâr olduğu durumlarda (*hareketin tehlikeliliğinin yokluğu*), cezalandırılabilirliğin sorgulanabilir olduğu ifade edilmektedir<sup>74</sup>.

Alman Ceza Kanunu 23. maddesinin ikinci fıkrasında, teşebbüsün tamamlanmış olan suçtan daha hafif cezalandırılabilceğini ifade ederek, teşebbüste ceza indirimini hâkimin takdirine bırakmaktadır. Al. CK. m. 23/3'e göre ise, “*fail, ağır bilgi ve anlama eksikliği nedeniyle, suçun konusunu*

<sup>71</sup> **Gropp**, s. 102.

<sup>72</sup> **Yenisey/Plagemann**, StGB, s. 20.

<sup>73</sup> Alman ceza hukuku öğretisinde, suç işleme kararı ile kast genellikle birbiriyle eşit tutulmaktadır (**Roxin**, AT II, § 29, kn. 61). Ancak aralarında terminolojik olarak şöyle bir ayrım yapılmaktadır: Suç tipinde ayrıca bir sübjektif unsura yer verilmişse, suç işleme kararı bunu da kapsamına almaktadır. Suç işleme kararı ile kast, bu anlamda farklılaşır. Örneğin; Alman Ceza Kanunu'nun 242. maddesinde düzenlenen hırsızlık suçu için, suç işleme kararı, salt eşyayı bulunduğu yerden almayı değil, mal edinme maksadını (*Zueignungsabsicht*) da içerir (**Roxin**, AT II, § 29, kn. 61; **Murmann**, Uwe: Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2017, § 28, kn. 38; **Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger**, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 46., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. F. Müller, 2016, § 17, kn. 851).

<sup>74</sup> **Gropp**, s. 102. Alman ceza hukuku sisteminde, *cürüm-cünha* ayrımı söz konusudur. Söz konusu ayrım, Alman Ceza Kanunu'nun 12. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezası tehdidi altına alınmış olan hukuka aykırı fiiller *cürüm* iken; alt sınırı bir yıldan daha az hapis cezası veya para cezası tehdidi altına alınmış olan hukuka aykırı fiiller *cünha*dır. Bu ayrım, teşebbüsün cezalandırılabilirliği açısından da sonuç doğurmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, bir cürüme teşebbüs daima cezalandırılırken; bir cünhaya teşebbüs, ancak kanunda açıkça belirtildiği takdirde cezalandırılmaktadır. Bununla birlikte, Alman ceza hukukunda teşebbüs, tüm cürümlerde geçerli olmasının yanı sıra, birçok cünhada da açıkça belirtilerek cezalandırılmaktadır (**Mitsch**, Vorverlagerung, s. 2).

teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı suç işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak edememişse, mahkeme ceza vermekten vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirebilir.” Bu düzenleme ile Al. CK. m. 22/1 birlikte yorumlandığında, elverişsiz teşebbüsü<sup>75</sup> de cezalandırdığı sonucuna ulaşılan ve hatta elverişsiz teşebbüsün özel bir hâli olan “ağır bilgi ve anlama eksikliğine dayalı elverişsiz teşebbüs (grob unverständiger Versuch)” durumunda dahi kural olarak cezalandırılabilirliğin kabul edildiği Alman ceza hukuku sistemi, teşebbüs konusunda *sübjektif teori ağırlıklı* bir anlayış benimsemiş olmaktadır<sup>76</sup>. Bununla birlikte, Alman ceza hukuku doktrininde, teşebbüsün cezalandırılma sebebine ilişkin olarak, Alman kanunkoyucusunun *etki teorisi* kapsamında, *sübjektif ve objektif teorilerin karması* olan bir anlayışı benimsemiği belirtilmektedir<sup>77</sup>.

Türk Ceza Kanunu’nun teşebbüse ilişkin hükümleri irdelendiğinde ise, 35. maddesinde suça teşebbüse, özel kısmında yer alan her suç tipi için uygulanabilir şekilde yer verildiği görülmektedir<sup>78</sup>. 35. maddesinin 1. fıkrasında, “kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması”ndan söz edilmektedir. Dolayısıyla, Türk Ceza Kanunu’nda teşebbüsün sübjektif koşulu, “suç işleme kastı”; objektif koşulu ise “elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icra başlama” olarak tespit edilmiştir. Sübjektif koşul bakımından, Alman Ceza Kanunu’nda yer alan suç işleme kararının yerini, kast kavramı almışken; doğrudan doğruya icraya başlamanın yanı sıra elverişli hareketlerin aranmasıyla, objektif koşul Alman Ceza Kanunu’na göre ağırlaştırılmış durumdadır. Suça teşebbüsün cezalandırılma nedeni, ancak suçla korunan hukuki değer açısından sebebiyet verilen zarar veya tehlike olmalıdır. Aksi hâlde, yani hiçbir zarar veya tehlikenin doğmadığı

<sup>75</sup> *Elverişsiz teşebbüs konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Alacakaptan*, Uğur: İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968; *Doğan*, Koray: “Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, C. 1, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 183-228; *Kazaker*, Gözde: Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

<sup>76</sup> *Kazaker*, s. 128.

<sup>77</sup> *Heinrich*, § 22, kn. 633; *Rengier*, § 35, kn.1; *Hauf*, s. 141.

<sup>78</sup> Türk Ceza Kanunu’nun özel kanunlarla ilişkisini düzenleyen 5. maddesine göre: “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır”. Bu doğrultuda, Türk Ceza Kanunu’nun suça teşebbüse ilişkin hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.



durumlarda, salt failin kötü iradesinin dışı vurulmuş olması cezalandırılabilirlik sonucunu doğurmamalıdır<sup>79</sup>. Bu çerçevede, Türk Ceza Kanunu, m. 35/2’de “suça teşebbüs hâlinde failin meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre cezalandırılacağını” düzenleyerek, teşebbüsün cezalandırılmaya değerliğini netice haksızlığında gördüğünü açık bir şekilde ifade etmiş olmaktadır. Yine Türk Ceza Kanunu’nda teşebbüs aşamasında kalan suçlar için, suçun tamamlanmış şekline göre zorunlu ceza indirimi öngörülmüş, yapılacak indirimin oranının tespiti ise hâkimin takdirine bırakılmıştır. Elverişsiz teşebbüsü de cezalandırmayan kanunumuza ilişkin belirtilen tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, teşebbüs düzenlemesinin *klasik teori* olarak da adlandırılan *objektif teori* temelinde kurulmuş olduğu söylenmelidir<sup>80</sup>.

İcra hareketlerinin tamamlanamadığı çoğu durumda zarardan değil, sadece tehlikeden söz edilebilecek olması karşısında<sup>81</sup>, suça teşebbüsün cezalandırılabilirliğin öne çekildiği durumlar arasında sayılması hukukumuz açısından da kanaatimizce mümkündür. Suçla korunan hukuki değer en azından tehlikeye sokulduğu bir durum olarak teşebbüs, ceza hukukunun müdahale alanını genellikle zarardan önceki bir aşamaya çekmekle birlikte, teşebbüsün mümkün olabilmesi için en azından suç yoluna giren failin icra hareketlerine başlamasının gerekmesi ve hukukumuz açısından “elverişli hareket” koşulunun aranması karşısında, cezalandırılabilirliğin öne çekildiği durumlardan en makûl olanını oluşturmaktadır.

## B. Özel Hükümlerde Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi

### 1. Kalkışma Suçları

*Burkhardt*’ın 1971’de, henüz yapısal olarak çok az yazar tarafından tam anlamıyla incelenmiş olmasından ötürü, ceza hukukunun üvey çocuğuna benzettiği kalkışma suçları, cezalandırılabilirliğin özel hükümlerde öne çekildiği suç gruplarından ilkinin oluşturmaktadır<sup>82</sup>.

Hukukumuz açısından kalkışma suçlarını ele alırken, öncelikle konuya ilişkin terim sorununa yer verilmelidir. Konu, Türk ceza hukuku doktrininde,

<sup>79</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 455.

<sup>80</sup> Kazaker, s. 127.

<sup>81</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 471.

<sup>82</sup> Burkhardt, Björn: “Das Unternehmensdelikt und seine Grenzen”, Juristen Zeitung, 11. Juni 1971, 26. Jahrg., Nr. 11/12, s. 352. Kalkışma suçlarının öne çekme teşkil ettiği yönünde ayrıca bkz. Mitsch, Vorverlagerung, s. 3. Benzer yönde bkz. Hakeri, s. 176.

“teşebbüs suçu<sup>83</sup>”, “oluşumu öncelenmiş suç<sup>84</sup>” veya “girişme-girişim suçu<sup>85</sup>” şeklinde de ifade edilmektedir. Çalışmamızda konuyu ifade etmek üzere tercih ettiğimiz terim, “kalkışma suçu” olmuştur<sup>86</sup>. Öncelikle, teşebbüs suçu terimi, suça teşebbüs müessesesi ile karışıklığa sebebiyet verebileceği gerekçesiyle kullanılmamıştır. Alman ceza hukuku doktrininde de konu, çoğunlukla, teşebbüsü karşılayan “*Versuch*” kavramından yola çıkılarak oluşturulan “*Versuchstatbestände*” terimiyle ifade edilmemekte<sup>87</sup>; “*Unternehmensdelikt (Unternehmenstatbestände/Unternehmensdelikte)*” şeklinde geçmektedir. İkinci olarak, “oluşumu öncelenmiş suç” terimi ise, kanaatimizce hem kalkışma suçlarının hem de ileride farklı bir grup olarak ele alacağımız hazırlık suçlarının kapsamına dâhil olduğu, üst bir grubu ifade ettiği için tercih edilmemiştir.

Suçun oluşum aşamalarından olan teşebbüs ve tamamlanma, kanunkoyucu tarafından çoğunlukla farklı şekilde ele alınmaktayken; kalkışma suçları, bu iki aşamanın eşdeğer hâle getirilmiş olduğu suç tiplerini ifade etmektedir<sup>88</sup>. Fail, suç tipinin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icraya

<sup>83</sup> Özgenç, s. 568; Koca/Üzülmüş, Genel, s. 434; Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, (Özel), s. 797.

<sup>84</sup> Selçuk, Sami: “Kalkışma Suçları ya da Oluşumu Öncelenmiş Suçlar”, 29.12.2009, (Çevrimiçi), <https://www.timeturk.com/tr/makale/sami-selcuk/kalkisma-suclari-ya-da-olusumu-oncelenmis-suclar.html>, (Erişim Tarihi: 25.06.2021).

<sup>85</sup> Bu kullanım için bkz. Yenisey/Plagemann, StGB, s. 14.

<sup>86</sup> Benzer terim tercihi için bkz. Önder, s. 56; Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 517; Artuk/Gökçen, s. 340; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 217; Aygün Eşitli, Ezgi: Kalkışma Suçları, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016; Özen, s. 353; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, (Genel), s. 233; Hakeri, s. 177.

<sup>87</sup> Alman Ceza Kanunu, cezalandırılabilirliği öne çekmek için, “*final hareket sözcükleri (finale Tätigkeitsworte)*” olarak nitelendirilen, kalkışmanın (Unternehmen) haricinde terimler de kullanabilmektedir. Örneğin; Al. CK. m. 113’te geçen “*saldırmak (angreifen)*” m. 292’deki “*avlanmak üzere izlemek (nachstellen)*” sözcükleri gibi. Saldırmak, yaralamaya teşebbüse karşılık gelirken; avlanmak üzere izlemek ise avlayarak öldürmeye teşebbüsü karşılamaktadır. Bu nedenle, konuyu “teşebbüs suçu” şeklinde ifade edenler de yok değildir (Burkhardt, s. 354).

<sup>88</sup> Mitsch, Wolfgang: “Das Unternehmensdelikt”, Juristische Ausbildung, Heft 7/2012, (Unternehmen), s. 526; Jescheck/Weigend, § 26 II, s. 267; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 6, kn 56; Roxin, AT I, § 10, kn. 125; Wessels/Beulke/Satzger, § 1, kn. 57; Kindhäuser, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, 2009, § 8, kn. 26; Hecker, Bernd: in: Schönke Adolf/Schröder Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2019, (S/S-Hecker), § 11, kn. 45; Bützler, s. 23; Murmann, § 14, kn. 36; Öztürk/Erdem, s. 217; Özen, s. 353.

başladığında; yani suça teşebbüs ettiğinde, kalkışma suçu zaten tamamlanmış olmaktadır<sup>89</sup>. Pratikte bu, teşebbüsteki ceza indiriminin (Alman ceza hukuku için takdiri ceza indiriminin) ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümlerin burada geçerli olmaması sonucunu doğuracağından önemlidir<sup>90</sup>. Hatta, kanunkoyucunun bu tür suç tiplerini yaratmasının temelinde, teşebbüsü tipikliğe dâhil etme arzusunun yanı sıra, teşebbüsteki ceza indiriminin (Alman ceza hukuku için takdiri ceza indiriminin) ve gönüllü vazgeçmedeki cezasızlığın bu suçlarda uygulanabilirliğini önleme isteğinin bulunduğu ifade edilmektedir<sup>91</sup>. Bununla birlikte, teşebbüse ilişkin kuralların ne ölçüde kalkışma suçlarına aktarılabilirliği, Alman ceza hukukunda çok tartışmalı bir konuyu oluşturur ve teşebbüsle bağlantılı geniş bir tartışmayı gerektirir<sup>92</sup>.

Alman ceza hukuku açısından kalkışma suçlarının dayanağını oluşturan düzenleme, Alman Ceza Kanunu'nun kişi ve konulara ilişkin tanımlarının yapıldığı 11. maddesinde yer almaktadır. Al. CK. m. 11/1-6'ya göre: “*Bu kanun anlamında, bir fiili işlemeye girişmek ibaresinden: bir fiilin teşebbüsü ve tamamlanması anlaşılır.*” Lafzından da anlaşıldığı üzere, Al. CK. m.

<sup>89</sup> **Kindhäuser**, § 8, kn. 26; **Heinrich**, § 8, kn. 189; **Mitsch**, Vorverlagerung, s. 3.

<sup>90</sup> **Roxin**, AT II, § 29, kn. 345; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 22, kn. 8; **Wessels/Baulke/Satzger**, § 1, kn. 57; **S/S-Hecker**, § 11, kn. 4.

<sup>91</sup> **Heinrich**, § 8, kn. 189; **Sinn**, s. 32. Bir suçun kalkışma suçu olarak nitelendirilmesi, ancak buna ilişkin kanuni bir tanımın kanunkoyucu tarafından öngörülmesiyle mümkün olabilir (**Hakeri**, s. 177). *Aksi yönde bkz.* “Dairemizin yeni kabul ve uygulamasına göre, sanığın devlet ormanı sayılan yerde orman örtüsünü kaldırmak suretiyle bina yaptığının tespit edilmesi hâlinde, inşaat devam etse dahi, eylemin tamamlanmış sayılmasının hukuka, eşitlik ilkesine, hak ve nesafet ilkesine uygun düşeceğinin kabulü ile teşebbüs hükümleri uygulanmaksızın sanık hakkında açma eyleminden dolayı ceza tayini gerektiğinin gözetilmemesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” (Y.3.CD., 05.12.2011, E. 2010/ 3668, K. 2011/20752; Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 23.03.2022).

<sup>92</sup> **Roxin**, AT I, § 10, kn. 125; **Jescheck/Weigend**, § 26 II, s. 267. Elverişsiz teşebbüse ilişkin hükümlerin kalkışma suçlarında uygulanabilir olduğuna ilişkin bkz. **S/S-Hecker**, § 11, kn. 47. *Türk ceza hukuku doktrindeki kalkışma suçlarına teşebbüsün mümkün olmadığı yönünde görüşler için bkz.* **Önder**, s. 56; **Özgenç**, s. 568; **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 434; **Özen**, s. 354; **Artuk/Gökçen**, s. 725-726; **Öztürk/Erdem**, s. 217; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Genel, s. 456; **Aygün Eşitli**, s. 182. Nitelikleri bakımından teşebbüse elverişli olmalarına rağmen, yaptırım açısından suçun teşebbüs hâli ile tamamlanmış hâli istisnai olarak kanunkoyucu tarafından eşdeğer tutulduğundan, bu ayrımın pratik bir yararı olmadığı yönünde bkz. **Dönmezer**, Sulhi/Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 156-157. Nitekim bu husus, TCK m. 35'in gerekçesinde: “*ayrıca belirtilmelidir ki, anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs gibi, teşebbüs hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlendiği suçlara teşebbüs mümkün değildir*” şeklinde vurgulanmıştır.

11/1-6 ile, cezalandırılabilirliğin teşebbüsün önalanıdaki hazırlık hareketlerine kadar genişletilmesi amaçlanmamaktadır<sup>93</sup>.

(Gerçek) kalkışma suçları (*echten Unternehmensdelikte*), Alman Ceza Kanunu'nda "her kim...kalkışırsa... (*Wer es unternimmt...*)" ibaresi aracılığıyla belirtilmektedir<sup>94</sup>. Al. CK. m. 81 (barışa ihanet), m. 82 (saldırı savaşına tahrik etmek), m. 307/1 (nükleer enerji kullanarak patlamaya sebebiyet verme), m. 309 (iyonlaştırıcı ışınların kötüye kullanılması) buraya örnek olarak verilebilir<sup>95</sup>. Gerçek kalkışma suçlarına ek olarak, madde metninde "kalkışırsa" ibaresini içermeyen, bir suç grubu daha bulunmaktadır<sup>96</sup>. "Gerçek olmayan kalkışma suçları (*unechten Unternehmensdelikte*)" olarak adlandırılan bu suçlar, kalkışmanın tipik özelliğini gösteren bir davranış unsuru içerdiğinden, gerçek kalkışma suçları ile benzer bir yapıya sahiptir<sup>97</sup>. Bu gruba ise, Alman Ceza Kanunu'nda kaçak avlanma suçunun yer aldığı m. 292/1-1'de yer alan "yabani hayvanların avlanmak üzere izlenmesi (*Nachstellen*)" fiili, örnek olarak verilmektedir<sup>98</sup>. Yine Al. CK. m. 113'teki "görevini yerine getiren memura direnişte bulunulması (*Widerstandleisten*)" fiili, verilen diğer bir örnektir<sup>99</sup>.

Türk Ceza Kanunu'na bakıldığında, Al. CK. m. 11/1-6 gibi bir düzenlemenin genel hükümlerde yer almadığı görülmektedir. Hatta belki de bu nedenle, Türk ceza hukuku doktrininde, hazırlık hareketlerinin tamamlanmış suçla eşdeğer görüldüğü suç tipleri de (örneğin; TCK m. 227/1, 2. cümle) kalkışma suçları kapsamında değerlendirilmektedir<sup>100</sup>. Belirli bir suçun hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı ve hazırlık aşamasının teşebbüsle eşdeğer görüldüğü suçlar, kanaatimizce kalkışma suçlarından farklılık arz etmektedir. Bu, bir tercih olmakla birlikte; çalışmamızda bu mahiyette olan suç tipleri, "hazırlık hareketlerinin cezalandırılması" başlığı altında ele alın-

<sup>93</sup> S/S-Hecker, § 11, kn. 45. *Kalkışma suçlarında, hazırlık hareketlerinin icra hareketi sayılarak cezalandırıldığı yönünde görüş için bkz. Özen*, s. 354. *Benzer yönde bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız*, Genel, s. 233.

<sup>94</sup> Mitsch, Unternehmen, s. 526; Kindhäuser, § 8, kn. 27; Heinrich, § 8, kn. 189, § 23, kn. 711; Mitsch, Vorverlagerung, s. 3.

<sup>95</sup> Wessels/Beulke/Satzger, § 1, kn. 57; Heinrich, § 8, kn. 189; Murmann, § 14, kn. 36.

<sup>96</sup> Kindhäuser, § 8, kn. 28; Mitsch, Vorverlagerung, s. 3-4; Heinrich, § 8, kn. 189.

<sup>97</sup> Mitsch, Unternehmen, 526.

<sup>98</sup> Murmann, § 14, kn. 37; Heinrich, § 8, kn. 189, § 23, kn. 712; Kindhäuser, § 8, kn. 28; Mitsch, Unternehmen, s. 526; S/S-Hecker, § 11, kn. 47.

<sup>99</sup> Burkhardt, s. 354; Mitsch, Unternehmen, s. 526; S/S-Hecker, § 11, kn. 50; Murmann, § 14, kn. 37.

<sup>100</sup> *Görüş için bkz. Önder*, s. 56; *Demirbaş*, s. 518; *Artuk/Gökçen*, s. 340; *Özbek/Doğan/Bacaksız*, Genel, s. 233; *Özen*, s. 354; *Hakeri*, s. 176.

mıştır<sup>101</sup>. Zira, işlenmek istenen suç bakımından henüz teşebbüs aşamasına varan bir fiilin dahi bulunmadığı; yani, söz konusu suç tipi için icra hareketlerinin dahi başlamadığı bir aşama için cezalandırılabilirlik öngören bu suç tipleri, kalkışma suçlarından farklı bir yapıdadır. Kalkışma suçları, mahiyeti itibarıyla, en azından teşebbüs aşamasına ulaşılmasını gerektirir. Hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı bu ikinci durumda cezalandırılabilirlik, kalkışma suçlarında olduğundan daha da öne çekilmiş durumdadır.

Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler incelendiğinde; *ilk olarak* doğrudan teşebbüs niteliğindeki hareketlerin bağımsız birer suç tipi hâline getirilerek düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Örneğin; Anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs (TCK m. 309), yasama organına karşı suç (TCK m. 311), hükümete karşı suç (TCK m. 312), kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi (TCK m. 262), yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs (TCK m. 277) ve adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (TCK m. 288) suçlarında durum böyledir. Ya da ikinci olarak, icra hareketlerinin belli bir aşamaya varması, suç tamamlanmamış olmasa bile, tamamlanmış gibi cezalandırılmayı gerektirir şekilde düzenlenmiştir. Örneğin; göçmen kaçakçılığı (TCK m. 79), Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı (TCK m. 310/1), uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin satışı arzı (TCK m. 188/3) ve rüşvet konusunda anlaşmaya varılması (TCK m. 252/3). Bu suç tiplerinin kalkışma suçu şeklinde düzenlenmesinde, kanunkoyucunun söz konusu suçlarda cezalandırılabilirliği öne çekerek, çok önemli gördüğü bazı hukuki değerlerin zarar görmesini önleme isteğinin bulunduğu ifade edilebilir. TCK m. 262, 277, 288, 309, 310/1, 311, 312 açısından durum böyledir. Bununla birlikte, izlenen suç siyaseti gereği ve suçla etkin mücadele edilebilmesi amacıyla da (TCK m. 188/3 ve 252/3 gibi) kimi zaman kanunkoyucu böyle bir tercihte bulunabilmektedir<sup>102</sup>.

Yukarıda vermiş olduğumuz son iki örnek bakımından “*satışa arz*” ve “*anlaşmaya varma*” fiillerinin hazırlık hareketi niteliğinde olup olmadığına da burada değinilmesinde yarar vardır. Kanaatimizce söz konusu hareketler, işlenmesi istenilen suçlar bakımından icra hareketi sayılabilecek niteliktedir. Burada hazırlık aşamasının cezalandırıldığını düşünmemekteyiz. Hatta, söz

<sup>101</sup> Bu konuda bkz. IV. B. 2.

<sup>102</sup> Göçmen kaçakçılığı suçu (TCK m. 79), 22.07.2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte, kalkışma suçu hâline getirilmiştir. Bu durumun en önemli nedeni, suçun hangi hâllerde teşebbüs aşamasında kaldığının belirlenmesi noktasında uygulamada çok büyük sıkıntılarla karşılaşmış olmasıdır (Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, (Özel), s. 83).

konusu suç tiplerinin kalkışmanın tipik özelliğini gösteren bir davranış unsuru içerdiği ve bu nedenle gerçek olmayan kalkışma suçu kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir.

## 2. Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması

Daha önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi, hazırlık hareketleri kural olarak cezasızdır. Ancak kanunkoyucu, *özel ceza politikası sebepleriyle* istisnai olarak hazırlık hareketlerini cezalandırma yoluna gidebilmektedir<sup>103</sup>. Cezalandırılabilirliğin öne çekilmesinin görünüm şekillerinden biri olarak bu başlık altında ele alacağımız durumda, kanunkoyucu, çeşitli düzenleme tekniklerini kullanarak, hazırlık hareketlerini özel hükümlerde cezalandırılabilir hâle getirmektedir.

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılması üst başlığı altında, çalışmanın bu kısmında ele alınacak iki durumu anlaşılır kılmak için, öncelikle, hazırlık hareketlerine ilişkin şu hususa tekrar vurgu yapılması uygun olacaktır:

Hazırlık hareketleri, işlenmesi kastedilen bir fiilin gerçekleştirilmesi için elverişli koşulları oluşturmayı amaçlayan, ancak henüz suçun doğrudan doğruya icrasının başlangıcı niteliğinde olmayan hareketlerdir. Dolayısıyla bu anlamıyla, teşebbüsün başlangıcından itibaren cezalandırılacak bir fiilin, henüz cezasız kısmını oluşturan hazırlık süresini ifade etmektedir. Aşağıda ele alacağımız ilk durum, bunun istisnasını teşkil ederken; ikinci durumda kanunkoyucu, hazırlık hareketlerini bağımsız suç olarak tipleştirme yoluna gitmektedir<sup>104</sup>.

Bu çerçevede; hazırlık hareketleri, aslında iki farklı düzenleme tekniğiyle, özel hükümlerde cezalandırılabilir hâle getirilebilir: Bunlardan ilki, “*asıl suç tipinin bağımlı olarak hazırlık hareketlerine genişletilmesi*”; diğeri, “*hazırlık hareketlerinin bağımsız suç olarak düzenlenmesi*”dir<sup>105</sup>. Bununla birlikte, hazırlık aşamasının istisnai olarak cezalandırılabilir olduğu bu

<sup>103</sup> **Jescheck/Weigend**, § 49 VI, s. 523; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 17, kn. 839; **LK-Hillenkamp**, Vor § 22, kn. 7; **SK-StGB-Jäger**, Vor § 22, kn. 2; **Hakeri**, s. 488.

<sup>104</sup> **Köbler**, Gerhard: Juristischer Wörterbuch, Für Studium und Ausbildung, 16., neuarbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2016, s. 489-490.

<sup>105</sup> **Jescheck/Weigend**, § 49 VI, s. 523-524. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilir hâle getirilmesinde üçüncü usûl, *iştirak hükümlerinin müştereken işlenen bazı hazırlık hareketlerine genişletilmesidir* (**Maurach**, Reinhart/**Gössel**, Karl Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989, (AT 2), § 39 II, kn. 28; **LK-Hillenkamp**, Vor § 22, kn. 9; **SK-StGB-Jäger**, § Vor 22, kn. 4; **Önder**, s. 401). Genel hükümlerde cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi niteliğinde olan bu duruma, çalışmanın ilgili kısmında yer verilmiştir. *Bu konuda bkz. IV.A.1.*

durumlar, suç genel teorisi açısından pek çok farklı soruna sebebiyet vermektedir<sup>106</sup>.

**a. Asıl Suç Tipinin Bağımlı Olarak Hazırlık Hareketlerine Genişletilmesi**

Asıl suç tipinin hazırlık hareketlerine genişletildiği bu durumda, *asıl suç tipine bir ek düzenlemeyle veya getirilen suç tipinde bağlı olduğu asıl suç tipine göndermede (atıfta) bulunularak*, söz konusu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de ceza yaptırımına tabi tutulmaktadır. Kanunkoyucunun izlediği bu usûlde, asıl suç tipine bağlı bir genişletme yapılması; başka bir ifadeyle, asıl suç tipi ile asıl suç tipinin hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilirliğini öngören düzenleme arasında bir bağımlılık (*Unselbstständigkeit*) ilişkisinin yaratılması, Alman ceza hukuku doktrininde, konunun “*suç tipinin bağımlı olarak hazırlık hareketlerine genişletilmesi (unselbstständige Ausweitungen von Tatbeständen)*” şeklinde ifade edilmesine neden olmuştur<sup>107</sup>. Ayrıca bu suretle, konunun hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak tipleştirildiği ikinci durumdan ayrımı sağlanmıştır<sup>108</sup>.

Suçun nitelik itibarıyla, özellikle erken bir müdahaleyi gerektirmesi, kanunkoyucunun bu yola başvurma argümanı olarak ileri sürülmektedir<sup>109</sup>. Bu tür suçlarda, teşebbüs aşamasının beklenmesi hâlinde, hukuki korumanın etkin bir şekilde sağlanamayacağı ifade edilmektedir<sup>110</sup>. Ancak burada genellikle, niteliği ve kapsamına göre, belirli bir suçun hazırlığını teşkil eden fiiller için, suçun tamamlanmış ve teşebbüs aşamasında kalmış hâline kıyasla, önemli ölçüde azaltılmış bir ceza öngörülmektedir<sup>111</sup>.

Asıl suç tipine bağımlı bir genişletmeyle hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı bu tür suçlara örnek olarak; Alman Ceza Kanunu’nun vatana ihanet girişimi hazırlığını düzenleyen 83. maddesi ve sabotaj hareketlerinin hazırlığının yer aldığı 87. maddesi verilebileceği gibi, insan kaçırma suçunun hazırlık hareketlerini cezalandıran 234a. maddesinin 3. fıkrası ve hava ve

<sup>106</sup> **Jescheck/Weigend**, § 49 VI, s. 524.

<sup>107</sup> *Terim için bkz.* **Jescheck/Weigend**, § 49 VI, s. 523; **NK-Zaczyk**, § 22, kn. 4; **LK-Hillenkamp**, Vor § 22, kn. 7; **SK-StGB-Jäger**, Vor § 22, kn. 3.

<sup>108</sup> *Konuyu farklı bir ayrımla ele alan görüş için bkz.* **Maurach/Gössel**, AT 2, § 39 II, kn. 21, 22, 24, 25, 26.

<sup>109</sup> **Eser**, Albin/**Bosch**, Nikolaus: in: Schönke Adolf/Schröder Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2019, (S/S-Eser/Bosch), Vor. § 22, kn. 14; **LK-Hillenkamp**, Vor § 22, kn. 7.

<sup>110</sup> **LK-Hillenkamp**, Vor § 22, kn. 7.

<sup>111</sup> **Maurach/Gössel**, AT 2, § 39 II, kn. 22.

deniz ulaşımına saldırı hazırlığını düzenleyen 316c/4. maddesi<sup>112</sup> verilebilir<sup>113</sup>.

Asıl suç tipine bağımlı olarak yapılan ve asıl suç tipinin hazırlığını cezalandıran bir genişletmenin neyi ifade ettiği, Alman Ceza Kanunu'ndan verdiğimiz örnekler üzerinden şu şekilde açıklanabilir:

İlk olarak, vatana ihanet girişimi hazırlığını düzenleyen 83. maddenin 1. fıkrasında m. 81'de düzenlenen federal devlete ihanet suçuna, 83. maddenin 2. fıkrasında ise m. 82'de düzenlenen bir eyalete karşı vatana ihanet suçuna göndermede bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu anlamda 83. madde, m. 81 ve m. 82'de düzenlenen suç tiplerine bağlı olarak, cezalandırılabilirliğin hazırlık aşamasına çekildiği bir durum teşkil eder. Söz konusu düzenlemede, hem m. 81'e hem de m. 82'ye kıyasla, öngörülen cezalarda indirime gidildiği görülmektedir.

İkinci olarak, Alman Ceza Kanunu'nda insan kaçırma (*Verschleppung*) suçunun hazırlığını düzenleyen 234a/3'e göre: "Böyle bir suçun hazırlık hareketlerini yapan kişi, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır." Suçun temel şeklinin düzenlendiği 1. fıkrada, bu suç için bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası öngörülmüştür. Görüldüğü gibi, Al. CK. m. 234a/3, aynı hükmün 1. fıkrası uyarınca geçerli olan cezalandırılabilirliği açıkça hazırlık aşamasına genişletmekte<sup>114</sup>; daha doğru bir ifadeyle, zaman itibarıyla öne çekmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nda bu duruma örnek olarak, fuhuş suçunda "çocuğun fuhuşa teşvik edilmesi, bunun yolunun kolaylaştırılması, bu maksatla tedarik, barındırma ve aracılık" fiiline ilişkin olarak getirilen m. 227/1-2. cümle verilebilir<sup>115</sup>. Düzenlemeye göre: "Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır." Bu doğrultuda, aslında fuhuş suçunun hazırlık aşamasını oluşturan fuhuş için ilan verme şeklinde bir fiilin gerçekleştirilmesi durumunda, suç tamamlanmış olacaktır<sup>116</sup>. Suçun hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı bu düzenlemede, herhangi bir ceza indirimi öngörülmemiş, aksine suçun tamamlanmış suç gibi cezalandırıla-

<sup>112</sup> Düzenlemeye göre: "Her kim birinci fıkrada düzenlenmiş olan suçun hazırlanması için, ateşli silah, patlayıcı madde veya patlama veya yangın çıkarmaya mahsus sair maddeler veya düzenek imal eder, bunları kendisi veya bir başkası için edinir, bulundurur veya bir başkasına bırakırsa, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." (Yenisey/Plagemann, StGB, s. 452)

<sup>113</sup> Daha fazla örnek için bkz. LK-Hillenkamp, Vor § 22, kn. 7; NK-Zaczyk, § 22, kn. 4.

<sup>114</sup> Maurach/Gössel, AT 2, § 39 II, kn. 22.

<sup>115</sup> Demirbaş, s. 496-497; Soyaslan, Özel, s. 591; Hakeri, s. 488.

<sup>116</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel, s. 893.



çağı belirtilmiştir. Hazırlık hareketlerinin istisnai de olsa cezalandırılması ve bu anlamda cezaya değerliği tartışılırken; bunu, tamamlanmış suçla eşdeğer görmek, çocukların korunması kapsamında dahi olsa eleştirilmelidir<sup>117</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nda asıl suç tipine bağımlı bir genişletme ile hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı durumlara verilebilecek örneklerden bir diğeri, 316. maddede yer alan “suç için anlaşma” suçudur<sup>118</sup>. Düzenlemeye göre: “*Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere iki veya daha fazla kişi, maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşılırsa, suçların ağırlık derecesine göre üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilir.*” Devletin güvenliğine veya anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan herhangi birini işlemek üzere, iki veya daha fazla kişinin anlaşmaya varması, kanunkoyucunun göndermede bulunduğu bu suçlar açısından bir hazırlık hareketi mahiyetinde olmasına rağmen; ceza yaptırımına tabi tutulmuştur. Bununla birlikte doktrinde, genellikle, söz konusu düzenlemede kanunkoyucunun bağımsız bir suç tanımlamasında bulunduğu ifade edilmektedir<sup>119</sup>. Doktrinde ve madde gerekçesinde<sup>120</sup> bağımsızlık ile kastedilen, bu madde kapsamına giren suçların icrasına başlanmamış olsa bile, bu suçları işlemeye yönelik bir hazırlık hareketi mahiyetindeki anlaşma dolayısıyla cezaya hükmedilebilecek olmasıdır. Yine, TCK m. 316'nın göndermede bulunduğu suçlar bakımından *geçit suçu*<sup>121</sup> mahiyetinde olduğu görüşü de doktrinde ifade edilmektedir<sup>122</sup>.

<sup>117</sup> Hükmün sistematik açıdan yerinin doğru olmadığı görüşünde olan *Soyaslan*; burada, sadece çocukların fuhuşa hazırlığının değil, aynı zamanda yetişkinlere ilişkin fiillerin de cezalandırılmak istendiğini ifade etmektedir. *Görüş için bkz. Soyaslan, Özel, s. 591.*

<sup>118</sup> *Demirbaş, s. 497.*

<sup>119</sup> *Özgenç, s. 549; Koca/Üzülmez, Genel, s. 420-421. Aynı yönde bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 458; Soyaslan, Özel, s. 834; Artuk/Gökçen, s. 693.*

<sup>120</sup> “*Madde kapsamına giren suçların işlenmesi hususunda anlaşmaya varılması, bu suçlardan bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu madde kapsamına giren suçların icrasına başlanmamış olsa bile, bu suçları işlemeye yönelik bir hazırlık hareketi mahiyetindeki anlaşma dolayısıyla cezaya hükmedilebilecektir.*” (Bkz. TCK m. 316'nın gerekçesi).

<sup>121</sup> Geçitli suçta fail, daha ağır suç işlemek için daha hafif suçtan geçmek durumunda kalır. Daha ağır neticeyi gerçekleştirmediği durumda, yalnızca daha ağır neticeden dolayı sorumlu tutulur; daha hafif neticelerin bağımsız kimliklerini kaybettiği kabul edilir (*Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku, 13. Tıpkı Bası, Cilt: I, Beta Basım, İstanbul 1997, (C. 1), s. 403-404; Özen, s. 329.*)

<sup>122</sup> Örneğin; TCK m. 309'da yer alan anayasayı ihlal suçunu elverişli vasıtalarla işlemek üzere bir araya gelen üç kişi açısından, suç için anlaşma suçu oluşacaktır. Ancak faillerin hazırlık hareketi niteliğinde olan bu fiilleri, anayasayı ihlal suçunun hazırlık hare-

### **b. Hazırlık Hareketlerinin Bağımsız Suç Olarak Düzenlenmesi**

Tipik özelliği ve kendine özgü tehlikeliliği nedeniyle, belirli hazırlık hareketlerinin kanunkoyucu tarafından bağımsız (müstakil) birer suç tipi (*selbstständiges Delikt*) olarak kanunda düzenlenmesini ifade etmektedir<sup>123</sup>. Söz konusu suç tiplerinde tanımlı fiil, maddi olarak sadece başka bir fiilin ön aşamasını teşkil etmesine rağmen, özel tehlikeliliği nedeniyle cezalandırılmaktadır<sup>124</sup>. Hazırlık hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlenmesi, belirli suçlarda cezalandırılabilirliği teşebbüs aşamasından hazırlık aşamasına taşıyan ve asıl suç tipine bağlı olarak yapılan genişletmeden farklıdır<sup>125</sup>.

Alman ceza hukuku doktrininde, hazırlık hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlenmesinin tipik örneklerinden biri olarak gösterilen Al. CK. m. 80 (saldırı savaşı hazırlığı) yürürlükten kaldırılmıştır<sup>126</sup>. Bununla birlikte, Alman Ceza Kanunu'nda hazırlık hareketlerinin bağımsız suç olarak düzenlendiği suç tipleri hâlâ fazlasıyla mevcuttur. Buraya, devlet güvenliğini ağır bir şekilde tehlikeye düşüren bir cebir ve şiddet suçunun hazırlığı (Al. CK. m. 89a)<sup>127</sup>, casusluk, devlet sırlarını temin etme (Al. CK. m. 96), para ve kıymetli damgalarda sahtecilik suçunun hazırlığı (Al. CK. m. 149), çocuk düşürme araçlarını piyasaya sunma (Al. CK. m. 219b), sigortayı kötüye kullanma (Al. CK. m. 265), gerçek dışı belge düzenleme (Al. CK. m. 267/1,1), gerçek dışı teknik kayıt düzenleme (Al. CK. m. 268/1,1) ve resmî kimliklerde sahteciliğin hazırlığı (Al. CK. m. 275) gibi suç tipleri örnek olarak gösterilmektedir<sup>128</sup>.

ketlerine başladıklarında ayrıca cezalandırılmayacaktır (**Şahin**, Buğra/**Şen**, Ersan: “Suç İçin Anlaşma Suçu Kapsamında Darbeye Teşebbüs Suçları”, <https://sen.av.tr/tr/makale/suc-icin-anlasma-sucu-kapsaminda-darbeye-tesebbus-suclari>, Erişim Tarihi: 30.01.2022).

<sup>123</sup> **Jescheck/Weigend**, § 49 VI, s. 524; **LK-Hillenkamp**, Vor § 22, kn. 8; **S/S-Eser/Bosch**, Vor. § 22, kn. 14; **SK-StGB-Jäger**, Vor § 22, kn. 4; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 458.

<sup>124</sup> **LK-Hillenkamp**, Vor § 22, kn. 8; **SK-StGB-Jäger**, Vor § 22, kn. 4.

<sup>125</sup> **SK-StGB-Jäger**, Vor § 22, kn. 4.

<sup>126</sup> 1 Ocak 2017 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, 22 Aralık 2016 tarihli (BGBl. I S. 3150) Alman Devletlerarası Ceza Kanunu'nunda Değişiklik Yapan Kanun ile ([http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBI&jumpTo=bgbl1116s3150.pdf](http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl1116s3150.pdf)).

<sup>127</sup> **NK-Zaczyk**, § 22, kn. 4, dn. 16. Al. CK. m. 89a/2'nin bir kısmının kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu olan belirlilik ilkesine uygunluk arz etmediği; bir suç işlemek için bireysel hazırlık tedbirlerinin cezalandırılmasının, cezalandırmaya değerliğin asgari gerekliliklerinin gerisinde kaldığı ve bu nedenle orantısızlık teşkil ettiği eleştirisi için bkz. **Mitsch**, Vorverlagerung, s. 5.

<sup>128</sup> **SK-StGB-Jäger**, Vor § 22, kn. 4; **LK-Hillenkamp**, Vor § 22, kn. 8.

Belirli hazırlık hareketlerinin kanunkoyucu tarafından bağımsız birer suç tipi olarak kanunda düzenlenmesine, Türk Ceza Kanunu'nda da rastlanmaktadır. Düzenlenen normların başlığında veya içeriğinde bunun bir hazırlık hareketi olduğu açıkça belirtilmemiş olsa da söz konusu hareketlerin mahiyetinden bu sonuca ulaşılabilir. Bu çerçevede; para ve kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçlar (TCK m. 200), resmî belgeyi sahte olarak düzenleme veya gerçek bir resmî belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirme (TCK m. 204), suç işlemeye alenen tahrik (TCK m. 214/1), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m. 220), devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin (TCK m. 327), siyasal veya askeri casusluk (TCK m. 328), uluslararası casusluk (TCK m. 331), yasaklanan bilgilerin casusluk maksadıyla temini (TCK m. 335), devlet güvenliği ile ilgili belgeleri elinde bulundurma (TCK m. 339) gibi suç tipleri bunun tipik örnekleridir.

Yukarıda verilen örneklerden bazılarını detaylı olarak bakıldığında, kanunkoyucunun TCK m. 204'te kullanmanın hazırlık hareketleri niteliğinde olan resmî belgeyi sahte olarak düzenleme veya gerçek bir resmî belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirme fiillerini cezalandırmak suretiyle, cezalandırılabilirliği öne çekmiş olduğu net bir şekilde görülebilir<sup>129</sup>. Yine tahrik fiilinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimizce TCK m. 214/1'de yer alan suç işlemeye alenen tahrik fiili de hazırlık hareketi mahiyetindedir. Suç işlemeye tahrikin TCK m. 214/1'de ifade edilen şekilde gerçekleşmesi durumunda; fail, asıl suçtan bağımsız olarak cezalandırılmaktadır<sup>130</sup>.

### *c. Teşebbüs Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar*

Kanunkoyucu tarafından, hazırlık aşamasının çeşitli mülahazalarla istisnai olarak cezalandırılabilir hâle getirildiği durumların suç genel teorisi açısından pek çok farklı soruna sebebiyet verdiği daha önceki açıklamalarımızda yer vermiş bulunmaktayız. İşte bu başlık altında, bu sorunlardan çalışmamız bakımından önem arz eden, teşebbüs hükümlerinin söz konusu düzenlemeler açısından uygulanabilirliği irdelenecektir. Zira mahiyeti itibarıyla cezalandırılabilirliği öne çeken bu düzenlemeler, teşebbüs hükümlerinin uygulanmasıyla bu özelliklerini daha da ileriye taşıyabilmektedirler.

Teşebbüs hükümlerinin hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı suç tiplerinde uygulanabilirliğine ilişkin yapılacak belirlemede, öncelikli olarak, teşebbüse ilişkin temel düzenlemelerden hareket edilmesi gerekmektedir.

<sup>129</sup> Koca/Üzülmez, Özel, s. 772.

<sup>130</sup> Aynı yönde bkz. Demirbaş, s. 497.

Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesine bakıldığında, “kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.” Dolayısıyla Türk Ceza Kanunu'nda suça teşebbüs, özel kısımda yer alan her suç tipi için genel olarak uygulanabilir şekilde düzenlenmiştir. Buna karşılık, Alman Ceza Kanunu'nda cürüm-cünha ayrımı yapılmakta, cürümlerde teşebbüs daima cezalandırılabilirken; cünhalarda, ilgili düzenlemede açıkça belirtildiği hâllerde teşebbüs cezalandırılacaktır. Bu çerçevede, Alman Ceza Kanunu, bazen bu durumlarda bir cünha düzenlemesine giderek ve teşebbüsü ayrıca cezalandırmayarak, teşebbüsün uygulanabilirliğini engellemektedir (örneğin; Al. CK. m. 234a/3 ve m. 316c/4)<sup>131</sup>. Türk Ceza Kanunu açısından ise, teşebbüs hükümlerinin özel kısımda yer alan her suç tipi için genel olarak uygulanabilir olması karşısında, böyle bir sınırlama getirilmesi mümkün değildir.

Asıl suç tipinin bağımlı olarak hazırlık hareketlerine genişletildiği normlara ilişkin teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği açısından ikinci sınırlama ise, Alman ceza hukuku doktrininde şöyle getirilmektedir: Söz konusu norm, tüm hazırlık aşamasını (hareketlerini) kapsar şekildeyse; başka bir ifadeyle, düzenlemede hazırlık hareketlerine yönelik bir tipleştirme yapılmamışsa, teşebbüsün mümkün olmadığı, bu durumda teşebbüsün zaten kavramsal olarak dışarıda bırakılmış olduğu ifade edilmektedir. Bu anlamda örneğin, Al. CK. m. 234a/3'e teşebbüs yine dışlanmış olacaktır. Aksi durumda, yani düzenlemede hazırlık hareketleri tipleştirilmişse (örneğin; yalnızca belirli tehlikeli hareketler), teşebbüs düşünülebilecek olmakla beraber<sup>132</sup>, bunun kabul edilebilir olmadığı ifade edilmektedir. Aksi takdirde ceza sorumluluğu, kanunkoyucunun tipleştirmeyerek norma dâhil etmediği ve dolayısıyla cezasız bırakmak istediği fiilleri de kapsayacak şekilde genişletilmiş olmaktadır<sup>133</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nda bu durumun bir örneği olarak ifade ettiğimiz, çocuğu fuhuşa sürükleme suçu bakımından getirilen ve bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketlerinin cezalandırılacağını öngören m. 227/1-2.cümle için ise, durum şu şekilde değerlendirilmelidir: Öncelikle burada da söz konusu hazırlık hareketleri için bir tipleştirme yapılmamış, suçun işlenişine

<sup>131</sup> Maurach/Gössel, AT 2, § 39 II, kn. 22.

<sup>132</sup> NK-Zaczyk, § 22, kn. 4; SK-StGB-Jäger, Vor § 22, kn. 3.

<sup>133</sup> SK-StGB-Jäger, Vor § 22, kn. 3. Bu ayrımı yapmaksızın, bağımlı genişletmede teşebbüsün mümkün olmadığı görüşü için bkz. Jescheck/Weigend, § 49 VI, s. 524; Roxin, AT II, § 29, kn. 342.

yönelik hazırlık hareketlerinin tamamının genel olarak tamamlanmış suç gibi cezalandırılması öngörülmüştür. Dolayısıyla, çocuğu fuhuşa sürüklemeye hazırlığa teşebbüsün bu anlamda düşünülemeyeceği ifade edilmelidir. Burada hazırlık hareketleri, bağımsız suç olarak düzenlenmiş değildir. Mevcut suç tipinde, cezalandırılabilirliği teşebbüs aşamasından hazırlık aşamasına taşıyan, bağımlı bir genişletme yapılmıştır. Dolayısıyla, söz konusu düzenleme açısından, teşebbüsün mümkün olmadığı sonucuna varılmalıdır<sup>134</sup>.

Hazırlık hareketlerinin bağımsız suç olarak düzenlendiği durumlarda ise, teşebbüsün çoğunlukla cezalandırılabilir olduğu Alman ceza hukuku doktrininde ifade edilmektedir<sup>135</sup>. Şekli olarak bağımsız suç niteliğinde olmaları nedeniyle, bu suçlara teşebbüs mümkün görülmektedir. Nitekim, Alman Ceza Kanunu'nda cünha şeklinde tanzim edilen m. 96/2'ye<sup>136</sup> ve m. 265'e<sup>137</sup> teşebbüs cezalandırılabilir<sup>138</sup>.

Türk Ceza Kanunu açısından ise yukarıda verdiğimiz örneklerden biri olan, TCK m. 204'te düzenlenen resmî belgede sahtecilik suçu bakımından, icra hareketlerinin kısımlara bölünebilir olduğu durumlarda, suça teşebbüsün mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bu doğrultuda, hazırlık hareketi niteliğinde olan sahte belge düzenleme fiili açısından, sahte belge düzenlemeyi kararlaştıran failin, elverişli hareketlerle düzenlemeye başlayıp elinde olmayan nedenlerle belgenin düzenlenmesini tamamlayamaması, teşebbüsten cezalandırılması sonucunu doğurur<sup>139</sup>.

<sup>134</sup> *Teşebbüsün mümkün olmadığı yönünde bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel, s. 893; Centel/Zafer/Çakmut, s. 472.*

<sup>135</sup> *Roxin, AT II, § 29, kn. 343; Jescheck/Weigend, § 49 VI, s. 524; SK-StGB-Jäger, Vor § 22, kn. 4.*

<sup>136</sup> *Al. CK. m. 96/2- "Her kim, resmî bir makam tarafından veya bunun aldığı tedbir üzerine gizli tutulan bir devlet sırrını ifşa etmek için temin ederse, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suça teşebbüs cezalandırılır." (Yenisey/Plagemann, StGB, s. 177.)*

<sup>137</sup> *Al. CK. m. 265- "(1) Suçun 263'üncü madde gereğince cezalandırılmadığı hâllerde, kendisine veya başka birisine, bir sigortadan edim sağlamak için, yok olmaya, zarar görmeye, kullanma olanaklarını kısıtlamasına, kaybolmaya veya hırsızlığa karşı sigortalanmış bir şeye zarar veren, tahrip eden, kullanma olanaklarını kısıtlayan, kaçırılan veya başka birine veren kişi, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Bu suça teşebbüs cezalandırılır." (Yenisey/Plagemann, StGB, s. 385).*

<sup>138</sup> *SK-StGB-Jäger, Vor § 22, kn. 4.*

<sup>139</sup> *Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel, s. 846; Koca/Üzülmez, Özel, s. 788; Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 1059-1060.*

### 3. Tehlike Suçları

Zarar-tehlike suçu ayrımı, netice unsuru bakımından suça ilişkin yapılan tasniflerden biridir<sup>140</sup>. Bu ayrım esasen, suçla korunan hukuki değer üzerinde, fiilin meydana getirdiği etkiyi ortaya koymakta<sup>141</sup> ve bu etkinin yoğunluğuna göre yapılmaktadır<sup>142</sup>.

Zarar suçu şeklinde tiplendirilen suçlarda, korunan hukuki değer bir insan hareketiyle somut olarak zarara uğratılmaktadır<sup>143</sup>. Örneğin; yaralama suçu, “yaralanma” şeklinde bir zarara sebebiyet verilmesini gerektirdiğinden, bir zarar suçu olarak karşımıza çıkar<sup>144</sup>. Ceza kanunlarındaki suçların büyük çoğunluğu, zarar suçu şeklinde düzenlenmiştir<sup>145</sup>. Dolayısıyla, zarar suçlarına verilecek örneklerin kolaylıkla çoğaltılması mümkündür.

Zarar suçlarına ilişkin yukarıda yer verilen açıklamalar, onun karşısında yer alan grubu oluşturan ve esas itibarıyla çalışmamız bakımından önem arz eden tehlike suçlarının anlaşılabilirliği için gereklilik arz etmektedir. Zarar neticesine bir unsur olarak yer vermeyen suç tipleri olarak karşımıza çıkan tehlike suçları, özel hükümlerde cezalandırılabilirliğin öne çekilmesinin bir diğer görünümünü oluşturmaktadır<sup>146</sup>.

Cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi, büyük ölçüde tehlike suçlarının yaratılması yoluyla gerçekleştirilmektedir<sup>147</sup>. Söz konusu hükümlerin konularında kanunkoyucuyu harekete geçiren güdü, hukuki değerlerin zarara uğratılmasını önleme kaygısıdır. Tehlike suçları, hukuki değerlerin zarara uğratılmasına sebebiyet verme potansiyeline sahiptir ve bu yüzden cezalandırılmaktadır. Ceza hukuku, zarar suçları aracılığıyla, ancak fiili olarak önlenemeyen zarar durumuna reaksiyon gösterebilirken; tehlike suçlarıyla, olası bir hukuki değer zarara uğratılması durumunu, henüz tehlike aşamasındayken erken müdahale ile önleyebilme imkânına sahiptir<sup>148</sup>.

Tehlike suçlarında tamamlanma, zarar oluşmadan önceki bir aşamaya çekilmektedir<sup>149</sup>. Geleneksel olarak yol ve trafik ihlallerinde başvuru olan eski

<sup>140</sup> Soyaslan, Teşebbüs, s. 12; Centel/Zafer/Çakmut, s. 269-270.

<sup>141</sup> Rengier, § 10, kn. 8.

<sup>142</sup> Heinrich, § 8, kn. 161.

<sup>143</sup> Heinrich, § 8, kn. 161.

<sup>144</sup> Roxin, AT I, § 10, kn. 123; Wessels/Beulke/Satzger, § 1, kn. 40a; Heinrich, § 8, kn. 161; Rengier, § 10, kn. 9.

<sup>145</sup> Roxin, AT I, § 10, kn. 123.

<sup>146</sup> Sinn, s. 31; Mitsch, Vorverlagerung, s. 3.

<sup>147</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 6, kn. 50; Sinn, s. 31.

<sup>148</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 6, kn. 50.

<sup>149</sup> Sinn, s. 31.

bir kavram olan<sup>150</sup> tehlike suçlarının amacı, zarar suçlarına nazaran cezalandırılabilirliği öne çekerek, hukuki değerlerin korunmasını sağlamaktır<sup>151</sup>. Burada, suçun tamamlanması için, “bir tehlike durumunun meydana getirilmesi” veya “sadece tipik olarak tehlikeli bir hareketin icra edilmesi” dahi yeterli olmaktadır<sup>152</sup>. Bu doğrultuda tehlike suçları, kendi içinde somut ve soyut tehlike suçları (konkrete und abstrakte Gefährdungsdelikte) olarak ikiye ayrılmaktadır:

*Somut tehlike suçları*, norma aykırı bir davranışın tehlikeli olabileceği ve ancak bu tehlikenin somut olarak ortaya çıkması koşuluyla cezalandırılmaya değer olabileceği düşüncesine dayanmaktadır. Yani bu anlayışta fail, tehlikenin zarara dönüşüp dönüşmemesinin yalnızca tesadüfe bağlı olduğu bir duruma sebebiyet verdiğinde cezalandırılmaktadır<sup>153</sup>. Burada somut bir tehlikenin varlığı, “*tehlike neticesi (Gefahrerfolg)*” olarak suçun bir unsurudur<sup>154</sup>. Neticeli suçlar grubunda yer alan somut tehlike suçlarında, somut tehlikenin varlığı, hâkim tarafından saptanmak durumundadır<sup>155</sup>. Türk Ceza Kanunu’nda somut tehlike suçlarına örnek olarak; genel güvenliğin tehlikeye sokulması (TCK m. 170), atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme (TCK m. 173), ulaşım müdahale ederek tehlikeye neden olma (TCK m. 179/1), suçu ve suçluyu övme (TCK m. 215) ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik (TCK m. 216) suçları verilebilir<sup>156</sup>. Alman Ceza Kanunu’nda ise patlayıcı maddenin infilak ettirilmesi (Al. CK. m. 308/1), karayolundaki trafiği tehlikeye düşürme (Al. CK. m. 315c/1), önemli tesisleri bozma (Al. CK. m.

<sup>150</sup> Wörner, s. 1046.

<sup>151</sup> Ünver, s. 958. Benzer yönde bkz. Daragenli, s. 59.

<sup>152</sup> Mitsch, Vorverlagerung, s. 3.

<sup>153</sup> Wessels/Beulke/Satzger, § 1, kn. 42.

<sup>154</sup> Schröder, Horst: “Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?”, Juristen Zeitung, 22.Jahrg., Nr. 17, 1967, s. 522; Jescheck/Weigend, § 26 II, s. 264; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 6, kn. 51; Wessels/Beulke/Satzger, § 1, kn. 42; Hauf, s. 5; Heinrich, § 8, kn. 163; Kindhäuser, § 8, kn. 21; Murmann, § 14, kn. 23; Rengier, § 10, kn. 11; Önder, s. 54; Daragenli, s. 59; Centel/Zafer/Çakmut, s. 272; Özbek/Doğan/Bacaksız, Genel, s. 231; Öztürk/Erdem, s. 215; Ersoy, s. 42-43. Somut tehlikenin oluşumunun, haksızlık tipine ait bir unsur olmayıp objektif cezalandırılabilme şartı olduğu yönünde görüş için bkz. Özgenç, s. 222-223; Koca/Üzülmez, Genel, s. 121; Artuk/Gökçen, s. 387; Demirbaş, s. 221.

<sup>155</sup> Roxin, AT I, § 11, kn. 147-148; Jescheck/Weigend, § 26 II, s. 264; Wessels/Beulke/Satzger, § 1, kn. 42; Schröder, s. 522; Önder, s. 54-55; Centel/Zafer/Çakmut, s. 272; Ersoy, s. 35.

<sup>156</sup> Öztürk/Erdem, s. 215.

318/1) ve Al. CK. m. 325a/2<sup>157</sup> somut tehlike suçlarının tipik örneklerini oluşturmaktadır<sup>158</sup>.

*Soyut tehlike suçları* ise, kural olarak, belirli davranış biçimlerinin belirli hukuki değerler için genelde tehlikeli olduğuna dair kanuni bir varsayımına dayanmaktadır. Somut bir tehlikenin meydana gelmesinin gerekli olmadığı bu suçlarda, *sadece tipik olarak tehlikeli bir hareketin icra edilmesi* cezalandırılmaktadır<sup>159</sup>. Fiilin tehlikeliliği, burada suçun bir unsuru değildir, hatta sadece hükmün konuluşunda kanunkoyucuyu harekete geçiren bir güdüdür (*gesetzgeberische Motiv für die Existenz der Vorschrift*)<sup>160</sup>. Ekseriyetle sırf hareket suçlarına dâhil olan soyut tehlike suçlarında<sup>161</sup>, somut olayda gerçekten bir tehlikenin oluşup oluşmadığı, hâkim tarafından genellikle incelenmek zorunda değildir<sup>162</sup>. Türk Ceza Kanunu'nda terk (TCK m. 97), yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (TCK m. 98), iftira (TCK m. 267), yalan tanıklık (TCK m. 272), yalan yere yemin (TCK m. 275), suçu bildirmeme (TCK m. 278) suçları, soyut tehlike suçlarına örnek olarak verilebilir<sup>163</sup>. Alman Ceza Kanunu açısından ise, yemin etmeksizin yapılan yalan tanıklık (Al. CK. m. 153), yalan yere yemin (Al. CK. m. 154), trafikte sarhoş vaziyette araç kullanma (Al. CK. m. 316) ve kendini bilemeyecek derecede sarhoşluk (Al. CK. m. 323a), soyut tehlike suçlarına verilen örnekleri oluşturmaktadır<sup>164</sup>.

Alman ceza hukuku doktrininde soyut tehlike suçlarının alt grubu olarak ele alınan, *potansiyel tehlike suçlarına* (*potentielle Gefährdungsdelikte*) da bu başlık altında yer verilmelidir<sup>165</sup>. Özellikle çevre ceza hukuku kapsa-

<sup>157</sup> **Al. CK. m. 325a/2-** “Bir tesisatı, özellikle bir işletme tesisatını veya makineyi işletirken, idare hukukundan doğan ve güvürlüğe, sarsıntıya veya iyonlaştırıcı ışınlarla karşı korumaya yarayan yükümlülükleri ihlal ederek, başkasının sağlığını, ona ait olmayan hayvanları veya ona ait olmayan değer taşıyan şeyleri tehlikeye düşüren kişi, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.” (Yenisey/Plagemann, StGB, s. 463).

<sup>158</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 6, kn. 51.

<sup>159</sup> **Heinrich**, § 8, kn. 164.

<sup>160</sup> **Roxin**, AT I, § 11, kn. 153; **Hauf**, s. 5; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 1, kn. 43; **Heinrich**, § 8, kn. 164; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Genel, s. 231.

<sup>161</sup> **Jescheck/Weigend**, § 26 II, s. 264; **Kindhäuser**, § 8, kn. 22; **Heinrich**, § 8, kn. 164; **Rengier**, § 10, kn. 11,15; **Murmann**, § 14, kn. 24; **Öztürk/Erdem**, s. 215; **Ersay**, s. 46.

<sup>162</sup> **Wessels/Beulke/Satzger**, § 1, kn. 43; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 271-272.

<sup>163</sup> **Artuk/Gökçen**, s. 387-388.

<sup>164</sup> **Rengier**, § 10, kn. 12.

<sup>165</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, § 6, kn. 53; **Wessels/Beulke/Satzger**, § 1, kn. 44; **Rengier**, § 10, kn. 16; **Ersay**, s. 49.



mında sıklıkla başvuru bu suç tipinde<sup>166</sup>, fiil ile somut bir tehlikenin ortaya çıkması aranmıyor olmasına karşılık, fiilin en azından böyle somut bir tehlikeye sebebiyet vermeye elverişli olması gereklidir<sup>167</sup>. Başka bir ifadeyle; potansiyel tehlike suçu şeklinde oluşturulan suç tipleri, “netice” unsuru değil, “neticeye elverişlilik” unsuru içermektedir<sup>168</sup>. Fiilin tehlikeye sebebiyet vermeye elverişliliğinin aranması nedeniyle, bu suç grubunu doktrinde “*elverişlilik suçları (Eignungsdelikte)*” olarak adlandıranlar da söz konusudur<sup>169</sup>. Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlalini düzenleyen TCK m. 175’in gerekçesinde, fiilin somut bir tehlike suçu niteliğinde olduğu belirtilmiş olsa da<sup>170</sup> kanaatimizce suç, potansiyel tehlike suçunun tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Düzenlemede, akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde ihmal edilmiş olmasının aranması, neticeye elverişlilik unsurundan başka bir şey değildir. Yine TCK m. 125’te düzenlenen hakaret suçu açısından da aynı sonuca ulaşmak kanaatimizce mümkündür. Alman Ceza Kanunu’nda ise m. 126/1, m. 130/1, 3, m. 325 ve m. 325a/1 potansiyel tehlike suçlarına verilen örneklerdir<sup>171</sup>.

Tehlike suçları bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği sorununa ise, somut ve soyut tehlike suçları ayrımı çerçevesinde cevap verilmelidir. Tehlikenin varlığını suçun bir unsuru olarak kabul ettiğimiz, neticeli suçlar grubunda yer aldığını ifade ettiğimiz somut tehlike suçlarına teşebbüs, kanaatimizce mümkündür. Tehlikenin varlığını objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendiren görüş<sup>172</sup>, bu soruya doğal olarak olumsuz cevap vermektedir. Genellikle sırf hareket suçlarına dâhil olmakla birlikte, soyut tehlike suçlarına da hareket bölünebildiği ölçüde teşebbüs mümkün olabilecektir<sup>173</sup>. Mahiyeti itibarıyla zaten cezalandırılabilirliği öne çeken

<sup>166</sup> Heinrich, § 8, kn. 165; Rengier, § 10, kn. 16; Ersoy, s. 51.

<sup>167</sup> Wessels/Beulke/Satzger, § 1, kn. 44; Artuk/Gökçen, s. 388, dn. 475; Ersoy, s. 49. Potansiyel tehlike suçları, karma mahiyete sahip olması itibarıyla, soyut-somut tehlike suçları (*abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte*) şeklinde de nitelendirilir (*Bkz. Schröder*, s. 522). *Soyut-somut tehlike suçlarına ilişkin olarak ayrıca bkz. Daragenli*, s. 53-54.

<sup>168</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 6, kn. 53.

<sup>169</sup> Roxin, AT I, § 10, kn. 124.

<sup>170</sup> *Bkz. TCK m. 175’in gerekçesi. Somut tehlike suçu olduğu görüşü için ayrıca bkz. Özgüç, s. 222; Koca/Üzülmez, Genel, s. 121; Artuk/Gökçen, s. 386.*

<sup>171</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 6, kn. 53.

<sup>172</sup> Özgüç, s. 222-223; Koca/Üzülmez, Genel, s. 121; Artuk/Gökçen, s. 387; Demirbaş, s. 221.

<sup>173</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 472, dn. 76; Soyaslan, Teşebbüs, s. 205.

tehlike suçları, teşebbüs hükümlerinin uygulanmasıyla, bu özelliklerini daha da ileriye taşımaktadır.

#### 4. Zilyetlik Suçları

Kanunkoyucu, belli tehlikeli maddelerin üretilmesini, edinilmesini veya elde bulundurulmasını cezalandırarak, sıklıkla bu tür maddeler kullanılarak işlenen suçları önlemeyi hedeflemektedir<sup>174</sup>. Alman ceza hukuku doktrininde “*Besitzdelikte*” olarak ifade edilen bu suçlarda, salt bir “*zilyetlik*”, yani “*elde bulundurma durumu*” cezalandırılmaktadır<sup>175</sup>. Zilyetlik suçları<sup>176</sup>, yani bireyin ceza sorumluluğunu sadece potansiyel olarak tehlikeli maddeleri elde bulundurmaya bağlı kılan cezai hükümler, önleyici ceza hukukunun etkin bir aracı olarak, çalışma kapsamında ele aldığımız bir diğer suç grubunu oluşturmaktadır.

Düşünülenin aksine oldukça yaygın olan zilyetlik suçlarında, her zaman “*elinde bulundurmak (besitzen)*” ibaresi, tercih edilmez. Kanunkoyucu, ayrıca “*depolamak (vorrätig halten)*”, “*muhafaza etmek (aufbewahren)*” ve benzeri kelimeleri de kullanabilmektedir<sup>177</sup>. Alman hukukunda, madde bulundurmaya cezalandıran yüzden fazla düzenleme bulunmaktadır. Bununla birlikte; belli tehlikeli maddeleri elde bulundurmanın cezalandırılması, cezalandırılabilirliği öne çekmeye istekli olan modern kanunkoyucuların ve Alman kanunkoyucusunun bir icadı değildir, benzer uygulamalara Roma hukukunda da rastlanmaktadır<sup>178</sup>.

Genellikle uyuşturucu madde, tıbbî ilaç, silah ve pornografi kapsamında gündeme gelen bu suçlar<sup>179</sup> aracılığıyla; cezalandırılabilirlik, oldukça öne çekilmektedir. Hatta zilyetliğin cezalandırılmasında, klasik zarar-netice suçlarına göre *çifte bir öne çekme (doppelte Vorverlagerung)* bulunduğu belirtilmektedir. İlk öne çekme, neticesi nazarı itibara alınmadan, salt tehlikeli

<sup>174</sup> **Mitsch**, Vorverlagerung, s. 4.

<sup>175</sup> **Eckstein**, Ken: “Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte- EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen”, ZStW 117 (2005), Heft 1, s. 107; **Gropp**, s. 103; **Mitsch**, Vorverlagerung, s. 4.

<sup>176</sup> *Konuyu ifade etmek üzere kullanılan “hareketsiz suçlar” veya “sırf şüphe suçları” terimleri için bkz. Dönmezer/Erman, C. 1, s. 378.*

<sup>177</sup> **Schroeder**, Friedrich-Christian: “Besitz als Straftat”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 11/2007, s. 444.

<sup>178</sup> *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis (M.Ö. 81): Öldürmek amacıyla zehir bulduran kimse, katil gibi (ölüm cezasıyla) cezalandırılmaktaydı (Eckstein, s. 107; Schroeder, s. 444).*

<sup>179</sup> **Mitsch**, Vorverlagerung, s. 4.

maddelerin kullanımının (izinsiz patlayıcı ve ateşli silah kullanımı gibi) cezalandırılmasında bulunmaktadır. İkinci öne çekme ise, belirli maddelerin yalnızca bulundurulmasının cezalandırılabilirliğindedir. Dogmatik olarak bakıldığında, tehlike suçları kapsamında ele alınabilecek bu suç tipleri, tehlikenin açıkça tespitini gerektirmemesi nedeniyle de ancak soyut tehlike suçları olarak nitelendirilebilir<sup>180</sup>.

Zilyetlik suçları, şüphesiz kanunkoyucunun alışlagelmiş bir aracı olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte bu suçlar, ceza hukuku dogmatikliğinin temel kabullerinden biriyle çelişmektedir: Hâkim görüşe göre; her suç, icraî veya ihmalî bir insan davranışını gerektirmektedir. Bir “insan” ile bir “şey” arasındaki fiili ilişki olarak zilyetlik, hukuk teorisinde hareketler kategorisine değil, hukuken önemli durumlara dâhildir<sup>181</sup>. Yine Alman Anayasası m. 103/2, bir “fiilin” cezalandırılmasından söz etmektedir<sup>182</sup>. Aynı durum 1982 Anayasası’nın suç ve cezalara ilişkin esaslar başlıklı 38. maddesinin 1. fıkrası için de geçerlidir. Bu bağlamda zilyetlik suçları, cezalandırılabilirliği icra veya ihmal şeklinde bir insan davranışıyla değil, bir durumla ilişkilendirilmesi nedeniyle hem ceza hukuku dogmatikliği açısından hem de anayasal açıdan tartışmalı bir meseleyi oluşturmaktadır<sup>183</sup>.

Alman Ceza Kanunu’nda para ve kıymetli damgalarda sahteciliğin hazırlığı (Al. CK. m. 149/1), çocuk pornografisi içeriğini bulundurma (Al. CK. m. 184b/3), genç pornografisi içeriğini bulundurma (Al. CK. m. 184c/3) ve radyoaktif maddelerin muhafazası (Al. CK. m. 328/1) zilyetlik suçlarına örnek oluşturmaktadır<sup>184</sup>. Türk Ceza Kanunu’nda da benzer düzenlemeler

<sup>180</sup> **Schroeder**, s. 445.

<sup>181</sup> **Eckstein**, s. 110; **Dönmezer/Erman**, C. 1, s. 379.

<sup>182</sup> Alman ceza hukuku doktrinde, bu hükmü, *fiil ceza hukuku ilkesinin bir güvencesi ve düşünce ve durumların cezalandırılmasına ilişkin bir yasak* olarak yorumlayanlar bulunmakla birlikte; Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, uyuşturucu madde ve silah bulundurmaya ilişkin kararlarında, bu yorumu kabul etmemektedir. Mahkemeye göre; Alman Anayasası m. 103/2, kanunilik ilkesini içerir; ancak -lafzı uyarınca dahi- yasama organının hangi süreçleri cezalandırabileceğini düzenlemez (BVerfG, Entsch. v. 16.06.1994-2 BvR 1157/94; **Eckstein**, s. 113). *Fiil gerekliliği prensibine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Dursun*, Selman: Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 230-231.

<sup>183</sup> **Mitsch**, Vorverlagerung, s. 4. Hareketsiz suç olmayacağı gerekçesiyle, böyle bir suç grubunun yaratılmak istenmesinin boş bir uğraş olduğu; bu suçların aslında icraî suç niteliğinde olduğu ve belirli eşyayı yanında taşımakla tamamlandığı görüşü için bkz. **Dönmezer/Erman**, C. 1, s. 380.

<sup>184</sup> *Özel ceza kanunlarında yer alan zilyetlik suçlarına örnek olarak ayrıca bkz. Alman Uyuşturucu Maddeler Kanunu m. 29/1, 1; Alman Silah Kanunu m. 51/1 ve m. 52/1,1 (Eckstein, s. 108-109).*

mevcuttur. Türk Ceza Kanunu'nun tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulmasını düzenleyen 174. maddesi, zilyetlik suçlarının tipik bir örneğidir. Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti (TCK m. 186), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m. 188/3), kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma (TCK m. 191), zehirli madde imal ve ticareti (TCK m. 193) ve yine müstehcenlik suçları (TCK m. 226) kapsamında, salt zilyetliği karşılayan durumların cezalandırılmasına rastlanmaktadır<sup>185</sup>.

### 5. Örgüt Suçları

Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar (*örgüt suçları*= *Vereinigungsdelikte*), hukuk devleti için muhtemelen günümüzün en büyük mücadelelerinden birini ifade etmektedir<sup>186</sup>. Gelişmişlik derecelerine bakılmaksızın tüm devletler bakımından artık bir mecburiyet hâlini alan bu mücadelede<sup>187</sup> öncelikli hedef, her bir vatandaşın, aynı zamanda toplumun ve hukuk devletinin kendisinin de şiddet eylemlerinden ve saldırılardan olabileceğince etkin bir şekilde korunmasıdır<sup>188</sup>.

Kanunkoyucular, özel hükümlerde cezalandırılabilirliğin öne çekilmesine örgütlü suçlulukla mücadele için de sıklıkla başvurmaktadır<sup>189</sup>. Örgüt suçları, aslında yukarıdaki başlıklardan birine veya birkaçına (hazırlık aşamasının cezalandırılması veya tehlike suçları gibi) dâhil edilerek incelenebilir özellikler taşımaktadır. Ancak son zamanlarda, devletlerin özellikle terörle mücadele edebilmek için ceza hukukunu bir araç olarak giderek daha fazla kullanıyor oluşu, konunun ayrı bir başlık altında ele alınmasını gerekli kılmıştır.

Amacı, suç teşkil eden faaliyetlerin planlanması, hazırlanması, icrası olan örgütlerin kurulması ve bu örgütlere üye olunması; örgüte dâhil olan kişilerin erken kovuşturulabilmesi ve bu şekilde planlanmış suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla cezalandırılmaktadır<sup>190</sup>.

<sup>185</sup> *Özel ceza kanunlarında yer alan zilyetlik suçlarına örnek olarak ayrıca bkz. 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun m. 15/1.*

<sup>186</sup> **Rudolphi**, s. 214.

<sup>187</sup> **Yurtlu**, Fatih: "Terörle Mücadelede Yeni Konsept: Önalın Suçları- BGH Kararları Işığında Almanya Örneği", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 3, 2021, s. 2172-2173.

<sup>188</sup> **Rudolphi**, s. 214.

<sup>189</sup> *Benzer yönde Yurtlu*, s. 2177.

<sup>190</sup> **Mitsch**, Vorverlagerung, s. 4.

Burada örnek olarak verilebilecek ilk suç tipi, suç işlemek amacıyla örgüt kurmayı düzenleyen TCK m. 220'dir. Konu, Alman Ceza Kanunu'nun 129. maddesinde, "*suç işlemek üzere örgüt kurma*" başlığı altında yer almaktadır<sup>191</sup>. Terör örgütü kurma suçu ise, Türk Ceza Kanunu'nda değil, özel bir ceza kanunu olan Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenmektedir. Alman Ceza Kanunu ise, konuyu, 129. maddede yer alan suç işlemek üzere örgüt kurma suçunun nitelikli hâli olarak, 129a. maddesinde "*terör örgütü kurma*" başlığı ile düzenlemektedir<sup>192</sup>. Ayrıca Al. CK. 129b. maddesinde, yurt dışındaki suç ve terör örgütlerine yönelik, yeni bir suç tipine daha yer vermektedir<sup>193</sup>. Söz konusu düzenlemeler, örgütlü suçlulukla mücadelede, çoğunlukla vasıtalarından en önemlisi belki de tek yol olarak görülen ceza hukukunun üstlendiği bu rolün bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bu düzenlemelerde, işlenmesi amaçlanan suç için bizatihi mahiyeti itibarıyla hazırlık hareketleri niteliğinde olan fiiller, suç olarak düzenlenmiştir<sup>194</sup>.

Söz konusu düzenlemelerin amacı, yalnızca vatandaşların ve devletin yasal çıkarları için belirli bir tehlike kaynağı olan suç ve terör örgütlerini ortadan kaldırmaktır. Önleyici amaç güden bu düzenlemelerle, suç ve terör örgütlerinin potansiyel tehlikesinin ortadan kaldırılması ve örgüt üyelerinin Ceza Kanunu'nun özel bölümünde korunan hukuki değerlere yönelik saldırılarıyla istisnai olarak hazırlık aşamasında mücadele edilmesi hedeflenmektedir<sup>195</sup>.

Alman Ceza Kanunu'nun 89a ve 89b maddelerinde düzenlenen ve aslında iç güvenliğin sağlanmasına hizmet eden suç tiplerine bu başlık altında

<sup>191</sup> *Alman Ceza Kanunu'nun suç ve terör örgütleriyle bağlantılı suç tiplerinin ayrıntılı incelemesi için bkz. Arslan, Mehmet: Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.*

<sup>192</sup> **Bützler**, s. 107.

<sup>193</sup> Önceleri Al. CK. m. 129 ve m. 129a ile korunan hukuki değer, sadece yurt içinde kamusal güvenliğin ve kamu barışının sağlanması olarak belirtilebilmekteyken; yurt dışındaki suç ve terör örgütlerinin dâhil edilmesiyle (Al. CK. m. 129b) bu tespitin zorlaştığı ifade edilmektedir. Kamu barışının tüm dünyada sağlanmasının korunan hukuki değer hâline getirilmiş olduğu eleştirisi için bkz. **Sternberg-Lieben, Detlev/Schittenhelm, Ulrike**: in: Schönke Adolf/Schröder Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, § 129b, kn. 2. *Al. CK. m. 129b'nin değiştirilmesi gerektiği yönünde bkz. Bützler*, s. 102. Al. CK. m. 129a ve m. 129b, soyut tehlike suçu olarak kabul edilir. (**Wörner**, s. 1049).

<sup>194</sup> **Özgenç**, s. 549; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1080; **Koca/Üzülmez**, Genel, s. 420; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Genel, s. 453; **Yurtlu**, s. 2179.

<sup>195</sup> **Rudolphi**, s. 216.

yer verilmemiştir. Zira söz konusu düzenlemeler, örgüt unsurunu gerektirmemektedir. Burada, tek bir fail tarafından da terör saldırılarının planlanması ve hazırlanması suç hâline getirilmiş durumdadır<sup>196</sup>.

## V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Ceza hukuku dogmatığının özgün bir kavramı olmayan “*cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi*”, bu özelliğinin aksine, günümüz ceza hukuku literatüründe oldukça fazla karşımıza çıkmakta ve güncelliğini korumaktadır. Bu durum, aslında onun basit ve kolaylıkla içi doldurulabilir bir kavram olmasından değil; tartışmalara açık bir suç politikası aracı hâline getirilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Doğurduğu ağır sonuçlar nedeniyle, “*sosyal politikanın son çaresi*” olarak adlandırılan ve hukuki değerlerin korunmasında ikincil bir görev üstlenmesi gerektiği ifade edilen ceza hukuku, söz konusu kavramı karşılayan düzenlemelerin fazlaşmasıyla, farklı bir boyut kazanmış olmaktadır. Keza cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi, “*ultima ratio ilkesi*” olarak ifade edilen ilkenin tam tersi yönde bir anlayışın ceza hukukuna yansıtıldığı durumları ifade etmek için kullanılan üst bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ceza hukuku müdahalesinin zamansal olarak öne çekilmesini ifade eden kavram üzerine en önemli tartışma, bu öne çekmenin hangi andan itibaren başladığı noktasındadır. Burada öne çekmeyi belirlerken, başlangıç anı olarak “zarar” aşamasının esas alınması gereklidir. Ceza hukukunun üstlendiği görevi göz önünde bulundurarak, öne çekmeyi somut tehlikeden itibaren başlatan görüşlere katılmıyoruz. Öne çekmenin başlangıç anının tespiti ne kadar öne alınır; bu, cezalandırma yetkisini kullanan yasama organının sınırını daha rahat aşmasına kapı aralayacaktır. Bu görüşümüz doğrultusunda, ceza hukuku müdahalesini ve bu anlamda cezalandırılabilirliği zarar aşamasından önceye çeken her düzenleme, bir öne çekme teşkil etmektedir.

Çalışmamızda cezalandırılabilirliğin öne çekilmesinin görünüm şekillerine yer verilirken de yukarıdaki görüşümüz doğrultusunda hareket edilmiştir. Bu çerçevede; cezalandırılabilirliğin öne çekildiği durumlar, “*genel ve özel hükümlerde cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi*” şeklinde yaptığımız ikili ayırım neticesinde belirlenmiştir. Kanunumuz bakımından genel hükümlerde öne çekme teşkil eden durumlar, suça teşebbüsle sınırlı kalırken; özel hükümlerde bunun çok farklı görünümüne (*kalkışma suçları, hazırlık*

<sup>196</sup> Wörner, s. 1050.

*hareketlerinin cezalandırılması, tehlike suçları, zilyetlik suçları ve örgüt suçları*) rastlanmaktadır.

Çalışmamız kapsamında, cezalandırılabilirliği öne çeken düzenlemeler araştırılırken ortaya çıkan tablo, bunun artık istisnai bir kavram olmaktan çıktığını göstermiştir. Özellikle, özel hükümlerde cezalandırılabilirliğin öne çekilmesini ele alırken, örnek mahiyetinde verdiğimiz suç tiplerinin sayısı, kolaylıkla çoğaltılabilir durumdadır. Cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi, suça teşebbüs ve somut tehlike suçlarında olduğu gibi, makûl sınırlarında kaldığı sürece, söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte, soyut tehlike suçlarında ve hazırlık suçlarında, bu makûl sınırın aşıldığı söylenmelidir. Kanunkoyucu tarafından tehlikeye sebebiyet verdiği şeklinde bir ön kabulle cezalandırılabilir hâle getirilen belirli davranış şekillerinin söz konusu olduğu soyut tehlike suçlarının sayısı, her geçen gün artmaktadır. Aynı yorumu, hazırlık suçları bakımından da yapmak mümkündür. Devletin iç güvenliğinin sağlanması, toplumsal hukuki değerlerin korunması gibi mülahazalarla, kanunkoyucu tarafından başvuru bu suç tipleri, çağdaş ceza hukukunun dayandığı temel ilkelere ters düşen önleyici bir anlayışı ceza hukukuna aşıl原因 bir durum olarak sorgulanmaya değerdir. Söz konusu düzenlemeler, sadece kişilerin temel hak ve özgürlük alanına aşırı bir müdahale teşkil etmekle ve bu anlamda meşruiyeti tartışmalı olmakla kalmayıp, yapıları itibariyle de suç genel teorisi açısından pek çok farklı soruna sebebiyet vermektedir.

### KAYNAKÇA

- Alacakaptan**, Uğur: İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968.
- Arslan**, Mehmet: Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Aygün Eşitli**, Ezgi: Kalkışma Suçları, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Balci**, Meral: Ceza Hukukunda Bağlılık Kuralı Kapsamında Azmettirme, T.C. Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa 2021.
- Baumann**, Jürgen/**Weber**, Ulrich/**Mitsch**, Wolfgang/**Eisele**, Jörg: Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 12. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2016.
- Burkhardt**, Björn: “Das Unternehmensdelikt und seine Grenzen”, Juristen Zeitung, 11. Juni 1971, 26. Jahrg., Nr. 11/12, s. 352-358.
- Bützler**, Volker: Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung, Eine Studie zum Hochverrat, Terrorismus und den schweren staatsgefährdenden Gewalttaten, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2020.
- Daragenli**, Vesile Sonay: Tehlike Suçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Bölümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998.
- Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Doğan**, Koray: “Elverişsiz Teşebbüs ve Ters Tipiklik Hatası”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, C. 1, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 183-228.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 13. Tıpkı Bası, Cilt: I, Beta Basım, İstanbul 1997, (C. 1).
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2019.



- Dursun**, Selman: Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Eckstein**, Ken: “Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte- EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen”, ZStW 117 (2005), Heft 1, s. 107-142.
- Ersoy**, Uğur: “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 11, Sayı: 41 (Ocak 2020), s. 27-64.
- Eser**, Albin/**Bosch**, Nikolaus: in: Schönke Adolf/Schröder Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2019, (S/S-Eser/Bosch).
- Graf**, Jürgen-Peter: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 8. Auflage Verlag C. H. Beck, München 2019, (KK-StPO/Graf).
- Gropp**, Walter: “Tatstrafrecht und Verbrechenssystem und die Vorverlagerung der Strafbarkeit”, in: Arndt Sinn/Walter Gropp/Ferenc Nagy (Hg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Strafrecht, Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts, Universitätsverlag Osnabrück, Göttingen 2011, s. 99-119.
- Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Hecker**, Bernd: in: Schönke Adolf/Schröder Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2019, (S/S-Hecker).
- Hauf**, Claus-Jürgen: Strafrecht Allgemeiner Teil, Kurzlehrbuch, Luchterhand, Berlin 1996.
- Hegmanns**, Michael: Strafverfahren, Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2014.
- Heine**, Günter/**Schuster**, Frank: in: Schönke Adolf/ Schröder Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2019.
- Heinrich**, Bernd: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4., überarbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2014.
- Heinrich**, Bernd/**Reinbacher**, Tobias: “Haftbefehl und U-Haft”, Examinatorium Strafprozessrecht-Arbeitsblatt Nr. 13, 1. Oktober 2020, <https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02150500/2020/13-uhaft-1-2.pdf>. Erişim Tarihi: 24.03.2022.

- Hillenkamp**, Thomas: in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar, 12., neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2007, (LK-Hillenkamp).
- İnci**, Z. Özen: “Alman Ceza Kanunu m. 30/1 Perspektifinde Ceza Hukukunda Azmettirmeye Teşebbüs (Sonuçsuz Kalan Azmettirme)”, Hacettepe HFD, 10 (2), 2020, s. 913-980.
- Jäger**, Christian: in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB), Band I, § § 1-37 StGB, 9., neu bearbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2017, (SK-StGB-Jäger).
- Jescheck**, Hans-Heinrich/**Weigend**, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5., vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Kazaker**, Gözde: Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Kindhäuser**, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, 2009.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, (Özel).
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, (Genel).
- Köbler**, Gerhard: Juristischer Wörterbuch, Für Studium und Ausbildung, 16., neuarbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2016.
- Maurach**, Reinhart/**Gössel**, Karl Heinz/**Zipf**, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechen und Rechtsfolgen der Tat, 7., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1989, (AT 2).
- Mitsch**, Wolfgang: “Das Unternehmensdelikt”, Juristische Ausbildung, Heft 7, 2012, s. 526-530, (Unternehmen).
- Mitsch**, Wolfgang: “Vorbereitung und Strafrecht”, Juristische Ausbildung, 2013 (7), s. 696-704, (Vorbereitung).
- Mitsch**, Wolfgang: “Terrorbekämpfung durch Strafrechtsvorverlagerung”, Vortrag auf der dritten Internationalen rechtsvergleichende Konferenz an der Universität Postdam am 16. Dezember 2014, [https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/ls-mitsch/Vorträge/Deutsch-russisches\\_Kolloquium2014.pdf](https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/ls-mitsch/Vorträge/Deutsch-russisches_Kolloquium2014.pdf), Erişim Tarihi: 04.06.2021, s. 1-6, (Vorverlagerung).

- Murmann**, Uwe: Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2017.
- Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, Beta Yayınevi, İstanbul 1992.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, (Genel).
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, (Özel).
- Özen**, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Rengier**, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012.
- Roxin**, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen-Der Aufbau des Verbrechenslehre, 4., vollständig neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006, (AT I).
- Roxin**, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C. H. Beck, München 2003, (AT II).
- Rudolphi**, Hans-Joachim: “Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus”, Zeitschrift für Politik, 1979, Heft 9, s. 214-221.
- Schroeder**, Friedrich-Christian: “Besitz als Straftat”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 11/2007, s. 444-449.
- Schröder**, Horst: “Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?”, Juristen Zeitung, 22. Jahrg., Nr. 17, 1967, s. 522-525
- Selçuk**, Sami: “Kalkışma Suçları ya da Oluşumu Öncelenmiş Suçlar”, 29.12.2009, (Çevrimiçi), <https://www.timeturk.com/tr/makale/sami-selcuk/kalkisma-suclari-ya-da-olusumu-oncelenmis-suclar.html>, Erişim Tarihi: 25.06.2021.

- Sinn, Arndt:** “Vorverlagerung der Strafbarkeit- Begriff, Ursachen und Regelungstechniken”, in: Arndt Sinn/Walter Gropp/Ferenc Nagy (Hg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Strafrecht, Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts, Universitätsverlag Osnabrück, Göttingen 2011, s. 13-40.
- Soyaslan, Doğan:** Teşebbüs Suçu, Kazancı Matbaacılık, Ankara 1994, (Teşebbüs).
- Soyaslan, Doğan:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, (Özel).
- Soyka, Martin:** StPO, Grundzüge des Strafverfahrensrechts, Verlag Alpmann und Schmitt Juristische Lehrgänge, 20., neu bearbeitete Auflage, Münster 2020.
- Sternberg-Lieben, Detlev/Schittenhelm, Ulrike:** in: Schönke Adolf/Schröder Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2019.
- Şahin, Buğra/Şen, Ersan:** “Suç İçin Anlaşma Suçu Kapsamında Darbeye Teşebbüs Suçları”, <https://sen.av.tr/tr/makale/suc-icin-anlasma-sucu-kapsaminda-darbeye-tesebbus-suclari>, Erişim Tarihi: 30.01.2022.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Ünver, Yener:** Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Wendt, Rudolf:** “The Principle of “Ultima Ratio” And/Or the Principle of Proportionally”, Oñatio Socio-Legal Series, Vol. 3, No. 1, 2013, s. 81-94.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut:** Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 46., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. F. Müller, 2016.
- Wörner, Liane:** “Expanding Criminal Laws by Predating Criminal Responsibility- Punishing Planning and Organizing Terrorist Attacks as a Means to Optimize Effectiveness of Fighting Against Terrorism”, German Law Journal, Vol. 13, No. 09, 2012, s. 1037-1055.
- Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried:** Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), Mayıs 2015, Beta Basım Yayım, İstanbul 2015, (StGB).

**Yenisey**, Feridun/**Oktar**, Salih: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Strafprozessordnung (StPO), 2. Bası, Mayıs 2015, Beta Basım Yayım, İstanbul 2015.

**Yurtlu** Fatih, “Terörle Mücadelede Yeni Konsept: Önalın Suçları- BGH Kararları Işığında Almanya Örneği”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 3, 2021, s. 2169-2208.

**Zaczyk**, Rainer: in: Kindhäuser Urs/Neumann Ulrich/Paeffgen Hans-Ulrich, Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, 5. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017, (NK-Zaczyk).

## **DIJİTAL ÜRÜNLERE İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA ALMAN MEDENİ KANUNU'NDAKİ YENİ DÜZENLEMELER**

*(Araştırma Makalesi)*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1089749>

***Dr. Öğr. Üyesi Numan TEKELİOĞLU\****

### **Öz**

*Avrupa Birliği Dijital İçerik Direktifi, dijital alanda üye devletlerin sözleşme hukukunu yeknesaklaştırmayı amaçlayan önemli bir düzenlemedir. Bu direktif ile amaçlanan bir diğer husus, tüketici ile girişimci arasında akdedilen dijital içerik veya dijital hizmet sözleşmelerinde tüketicinin korunmasıdır. Alman Kanun Koyucusu, Dijital İçerik Direktifi'nin iç hukuka uyarlanması çerçevesinde Alman Medeni Kanunu'nda değişikliğe gitmiştir. 1 Ocak 2022 tarihinden itibaren yürürlüğe giren düzenleme, sözleşme hukukuna dair klasik anlayışları tartışmaya açacak yenilikler içermektedir. Bunun yanında, Alman Medeni Kanunu'nda önceden yer almayan fakat Dijital İçerik Direktifi tarafından öngörülen yeni kavramlar da Kanuna aktarılmış bulunmaktadır. Çalışmada, Alman Medeni Kanunu'nda yapılan bu düzenlemelerin genel hatlarıyla ele alınması amaçlanmıştır.*

### **Anahtar Kelimeler**

*Dijital ürün, Dijital içerik ve hizmet, Tüketici, Girişimci, Alman Medeni Kanunu*

---

\* Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Denizli (ntekelioglu@pau.edu.tr), ORCID: 0000-0001-5787-4137 (Geliş Tarihi: 18.01.2022-Kabul Tarihi: 25.02.2022) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

## NEW REGULATIONS IN GERMAN CIVIL CODE ON CONTRACTS FOR DIGITAL PRODUCTS

*(Research Article)*

### **Abstract**

*The European Union Digital Content Directive is an important regulation that aims to uniformize the contract law of the member states in the digital field. Another issue aimed with this directive is consumer protection in digital content or digital service contracts concluded between the consumer and the entrepreneur. The German Legislator has amended the German Civil Code within the framework of the adaptation of the Digital Content Directive to domestic law. The regulation, which came into force as of January 1, 2022, includes innovations that will open the classical understandings of contract law to discussion. In addition, new concepts that were not previously included in the German Civil Code but stipulated by the Digital Content Directive have also been transferred to the Law. In this study, it is aimed to deal with these regulations in the German Civil Code in general terms.*

### **Keywords**

*Digital product, Digital content and service, Consumer, Entrepreneur, German Civil Code*

## GİRİŞ

Alman Medeni Kanunu'na 25 Haziran 2021 tarihinde kabul edilen değişiklikle, “Dijital ürünlere ilişkin sözleşmeler” (*Verträge über digitale Produkte*) başlıklı yeni bir fasıl eklenmiştir. Söz konusu yeni düzenleme, yalnızca tüketici sözleşmeleri bakımından geçerlidir ve temelde üç ayrı tüketici hakkı kategorisini ilgilendirmektedir. Bunlar; tedarik yöntemleri, ayıptan sorumluluk ve dijital ürünlerde sonradan meydana gelen değişikliklerdir<sup>1</sup>.

Kanun değişikliği, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından kabul edilmiş olan dijital içerik ve dijital hizmetlerin tedarik sözleşmelerine ilişkin 2019/770 sayılı direktifin (Dijital İçerik Direktifi) Alman Hukukuna aktarılmasını amaçlamaktadır<sup>2</sup>. Dijital ürünlere ilişkin yeni düzenlemeler, 1 Ocak 2022 tarihinden itibaren imzalanan ya da daha önce imzalanmakla birlikte, dijital ürünlerin bu tarihte kullanıma sunulduğu sözleşmeler bakımından uygulanabilmektedir<sup>3</sup>.

Alman kanun koyucusu, dijital ürünlere ilişkin sözleşmeler hakkındaki düzenleme ile yeni bir sözleşme tipi ihdas etmemiştir<sup>4</sup>. Dolayısıyla, yeni düzenlemenin maddi kapsamı satış, hizmet veya kiralama gibi belirli bir

---

<sup>1</sup> **Wendehorst**, Christiane: “Die neuen Regelungen im BGB zu Verträgen über digitale Produkte”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 40, 2021, s. 2913.

<sup>2</sup> **Schulze**, Reiner: *Bürgerliches Gesetzbuch-Handkommentar*, § 327, 11. Auflage, Nomos Verlag, 2021, Rn. 3; **Wendehorst**, s. 2913; **Pech**, Sebastian: “Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen – Ein Überblick zu den Neuregelungen im BGB (Teil I)”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht*, Heft 18, 2021, s. 509; **Schrader**, Paul T.: “Verträge über digitale Produkte: lediglich rechtlicher Vorteil für den Minderjähriger”, *Juristische Arbeitsblätter*, Heft 3, 2021, s. 177; **Schöttle**, Hendrik: “Software als digitale Produkt – Was bringen die gesetzlichen Neuregelungen?”, *MultiMedia und Recht – Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung*, Heft 9, 2021, s. 683; **Staudenmayer**, Dirk: “Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 35, 2019, s. 2497; **Rosenkranz**, Frank: “Spezifische Vorschriften zu Verträgen über die Bereitstellung digitaler Produkte im BGB”, *Zeitschrift für Urheber und Medienrecht*, Heft 3, 2021, s. 195. Düzenlemenin geleneksel Medeni Hukuk için yeni bir soluk olduğu ve yaklaşık 20 yıl önce yapılan Borçlar Hukuku'nun modernizasyonundan bu yana Alman Medeni Kanunu'ndaki en temel değişiklik olduğu yönünde bkz. **Schreiber**, Kristina: “Ein neues Vertragsrecht für digitale Produkte”, *MultiMedia und Recht – Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung*, Heft 8, 2021, s. 601.

<sup>3</sup> **Wendehorst**, s. 2913.

<sup>4</sup> **Schrader**, s. 179.



sözleşme türü ile karakterize edilemez<sup>5</sup>. Bunun aksine, dijital ürünlere ilişkin sözleşmelerin Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) genel sözleşme hukuku içerisine dâhil edilmesi bilinçli olarak tercih edilmiştir<sup>6</sup>. Bu nedenle uygulayıcılar, dijital ürünlere ilişkin sözleşmeleri ya kanundaki belirli bir sözleşme tipine dâhil edecek ya da bunları atipik sözleşmelere dair kurallar çerçevesinde ele alacaktır<sup>7</sup>. Tüketicinin ayıplı ürün ve diğer ifa arızaları (*Leistungstörungen*) ile ilgili hakları söz konusu olduğunda, burada bahsedilen özel hükümler dışında Alman Medeni Kanunu'nun münferit sözleşme tipleri için öngördüğü düzenlemeler dikkate alınacaktır. Bunun yanında, borçlar hukukunun genel hükümlerinin uygulanması da söz konusu olabilecektir<sup>8</sup>.

## I. YENİ DÜZENLEMENİN UYGULAMA ALANI

### A. Dijital Ürünler

Dijital ürün kavramı, 2019/770 sayılı Avrupa Birliği Konseyi Direktifi'nde yer alan "dijital içerik" ve "dijital hizmetler" kavramlarını içine alan geniş bir anlama sahiptir<sup>9</sup>. Alman Medeni Kanunu'nun yeni düzenlemesine göre dijital içerik, dijital biçimde üretilen ve kullanıma sunulan veriler olarak tanımlanmıştır (BGB § 327/2). Örneğin indirilmeye hazır hale getirilen ses, video veya müzik dosyaları, bilgisayar programları, uygulamalar, dijital oyunlar veya elektronik kitaplar birer dijital içeriktir<sup>10</sup>. Tanımdan anlaşıldığı üzere, dijital içeriğin hem dijital olarak üretilmesi hem de dijital olarak kullanıma sunulması gerekmektedir. Örneğin bir elektronik kitap, dijital olarak üretilmiş fakat basılı biçimde tüketicilere sunulmuşsa, artık bunun dijital ürün olduğu kabul edilemez<sup>11</sup>. Bunun gibi, tüketicilere belirli ürünlerin satın alınmasında indirim sağlamak için kullanılan elektronik kuponlar ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi'nde ödeme aracı olarak kabul edilen Bitcoin gibi kripto para birimleri dijital içerik kapsamında değildir<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327, Rn. 5; **Pech**, Teil I, s. 510.

<sup>6</sup> **Wendehorst**, s. 2913.

<sup>7</sup> **Wendehorst**, s. 2913; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327, Rn. 5.

<sup>8</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327, Rn. 5.

<sup>9</sup> **Rosenkranz**, s. 199; **Schrader**, s. 177; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327, Rn. 6; **Wendehorst**, s. 2914; **Pech**, Teil I, s. 509; **Schreiber**, s. 601; **Spindler**, Gerald: "Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte in das BGB", MultiMedia und Recht – Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, Heft 6, 2021, s. 451.

<sup>10</sup> **Pech**, s. 509; **Wendehorst**, s. 2914; **Schreiber**, s. 601; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327, Rn. 6.

<sup>11</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327, Rn. 7.

<sup>12</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327, Rn. 7.

Dijital hizmetler, tüketicilerin dijital verileri oluşturmasını, işlemlerini, depolamasını, bunlara erişmesini veya bunları başkalarıyla paylaşmasını sağlayan hizmetler olarak ifade edilmiştir (BGB § 327/2). Şu halde dijital hizmetler, yazılımdan bulut depolama sağlanmasına, çeşitli akış hizmetlerinden (video akışı, veri akışı vs.) sosyal ağlara kadar çok geniş bir yelpazeyi kapsayan hizmetleri içermektedir<sup>13</sup>. Ancak dijital hizmetler, dijital vasıtalarla gerçekleştirilen her türlü hizmeti kapsamaz. Söz gelimi dava dilekçesini elektronik bir sistem üzerinden mahkemeye sunarak dava açan avukatın bu hizmeti, dijital hizmet kapsamında değildir<sup>14</sup>. Aynı şekilde, hastasına uzaktan sağlık hizmeti sunan (Teletıp) hekim de dijital hizmet sunmamaktadır. Zira yeni düzenleme anlamında dijital hizmet, daha çok tüketicinin aktif konumda olduğu ve dijital verilerin konu edinildiği bir hizmeti ifade eder. Diğer deyişle, tüketiciye sağlanan hizmet, onun tarafından dijital verilerin oluşturulmasına, işlenmesine, depolanmasına ya da paylaşılmasına imkân veren bir hizmet olmalıdır.

### **B. Dijital Unsurlar İçeren Şeylere Dair Paket Sözleşmeler ve Diğer Sözleşmeler**

Dijital ürünlere ilişkin yeni hükümler, aynı sözleşme tarafları arasında yapılan sözleşmede dijital ürünlerin sağlanmasına ek olarak başka şeylerin sağlanmasını veya diğer hizmetlerin sunulmasını içeren tüketici sözleşmeleri (*Paketvertrag*) bakımından da geçerlidir (BGB § 327a/1). Diğer deyişle, bir tüketici sözleşmesinde dijital ürünlerle birlikte başka ürünler ya da hizmetler de sağlanmaktaysa, kanundaki yeni düzenleme bu sözleşmelere de uygulanır<sup>15</sup>. Örneğin tüketici, aynı sözleşme ile bir oyun konsolu ve çeşitli bilgisayar oyunları satın aldığı takdirde, yeni düzenleme bu sözleşme bakımından geçerlidir. Burada önemli olan, iki ayrı unsur (dijital ürün-diğer ürün yahut hizmet) üzerindeki anlaşmanın aynı taraflar arasında yapılmış olmasıdır<sup>16</sup>. İki ayrı unsura dair edim yükümlülüklerinin içerik açısından ya da ekonomik anlamda birbirlerine bağımlı olmaları şart değildir<sup>17</sup>. Ancak yeni düzenleme, sözleşmenin yalnızca dijital ürünlerle ilgili kısımlarına uygulanır. Dolayısıyla, biraz önce yer alan örnekte dijital ürün olarak kabul edilen bilgisayar

<sup>13</sup> **Wendehorst**, s. 2914. Yeni düzenlemede dijital içerik ve dijital hizmet tanımları, gelecekteki teknik gelişmeleri yakalayabilmek adına bilinçli olarak geniş tutulmuştur. Bkz: **Pech**, Teil I, s. 509; **Schreiber**, s. 601.

<sup>14</sup> **Wendehorst**, s. 2914.

<sup>15</sup> **Schöttle**, s. 684; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327a, Rn. 2.

<sup>16</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327a, Rn. 2.

<sup>17</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327a, Rn. 3.

oyunları hakkında yeni düzenlemenin uygulanması söz konusu olacaktır. Öte yandan yeni düzenleme, dijital ürünler içeren ve dijital ürünlerle bağlantılı olan tüketici sözleşmelerini de kapsamaktadır (BGB § 327a/2)<sup>18</sup>.

### C. Tüketicinin Bir Bedel Ödemeyi veya Kişisel Verilerini Sağlamayı Üstlendiği Sözleşmeler

Yeni düzenleme, her şeyden önce tüketicinin bir bedel ödemeyi yüklediği tüketici sözleşmeleri bakımından geçerlidir<sup>19</sup>. Nitekim BGB § 327/1 hükmünde bu düzenlemelerin, konusu girişimci (*Unternehmer*) tarafından bir bedel karşılığında dijital içerik veya dijital hizmetler sağlanması olan tüketici sözleşmelerini kapsadığı belirtilmektedir. Şu halde girişimcinin sağladığı dijital ürün ile tüketicinin ödediği bedel arasında bir değişim ilişkisi bulunmalıdır<sup>20</sup>. Bedelin nakden ödenmesi mümkün olduğu gibi, diğer ödeme araçlarının kullanılması da geçerlidir. Sözleşmenin kurulması bakımından ödeme yapılması şart olmayıp, ödemenin taahhüt edilmesi yeterlidir<sup>21</sup>.

Kanun, tüketicinin girişimciye kişisel verilerini sağladığı veya sağlamayı taahhüt ettiği dijital ürünlere dair tüketici sözleşmelerinin de geçerli olduğunu belirtmektedir (BGB § 327/3)<sup>22</sup>. Ancak girişimcinin bu kişisel verileri münhasıran ifa yükümlülüğünü veya kendisine getirilen yasal zorunlulukları yerine getirmek için kullanmaması şart koşulmuştur. Böylelikle tüketici dijital ürün karşılığında bir bedel ödemek yerine, karşı edim olarak kişisel verilerini sağlamış olmaktadır. Öğretide buna “*verilerle ödeme (Bezahlen mit Daten)*” denilmektedir<sup>23</sup>. Kanundaki bu düzenleme doğrudan doğruya Avrupa Birliği Dijital İçerik Direktifi (DCD)’ne dayanmaktadır. Direktif, tüketicinin girişimciye kişisel veri sağladığı veya sağlamayı taahhüt ettiği sözleşmeleri de kapsamına dâhil etmiştir. Her ne kadar direktifte tüketicinin sağlayacağı kişisel veriler için karşı edim (*Gegenleistung/Counter*

<sup>18</sup> **Schöttle**, s. 684.

<sup>19</sup> **Schrader**, s. 177; Alman Medeni Kanunu’nun 310. Paragrafına göre, tüketici sözleşmeleri girişimci ile tüketici arasında akdedilen sözleşmelerdir. Kanunda tüketici; ağırlıklı olarak ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hukuki işlem gerçekleştiren gerçek kişi olarak tanımlanmıştır (BGB § 13). Girişimci ise, hukuki bir işlem gerçekleştirirken ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde hareket eden gerçek veya tüzel kişilerdir (BGB § 14).

<sup>20</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327, Rn. 10.

<sup>21</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327, Rn. 10.

<sup>22</sup> **Rosenkranz**, s. 196; **Schrader**, s. 178; **Spindler**, s. 452; **Schreiber**, s. 602.

<sup>23</sup> **Pech**, Teil I, s. 510; **Wendehorst**, s. 2915; **Schreiber**, s. 602; **Klink-Straub**, Judith: “Do ut des data – Bezahlen mit Daten im digitalen Vertragsrecht”, Neue Juristische Wochenschrift, 74 (2021), Heft 44, s. 3218.

*Performance*) terimi kullanılmasa da, kişisel veriler bir ödeme şekli olarak ele alınmaktadır (DCD m. 3/1). Bununla birlikte, kişisel verilerin pratik olarak parasal ödemeye eşdeğer görülmesi, sözleşme hukuku bakımından tartışmalara yol açmıştır<sup>24</sup>.

Kişisel veriler kavramı, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde (*EU Datenschutz Grundverordnung-DSVGO*) ifade edildiği şekilde geniş bir kapsamda anlaşılmaktadır<sup>25</sup>. Buna göre kişisel veriler, kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye (veri sahibine) ait tüm bilgiler anlamına gelir (DSVGO Art. 4/1). Aynı şekilde, kişisel verilerin tüketici tarafından sağlanmasını da geniş kapsamda anlamak gerekmektedir<sup>26</sup>. Bu bakımdan kişisel verilerin doğrudan tüketici tarafından mı verildiğinin yoksa girişimci tarafından mı elde edildiğinin önemi yoktur. Yine, sağlanan kişisel verilerin ne zaman işleneceği de önemli değildir<sup>27</sup>. Bununla birlikte, verilerin korunmasına dair hakların kullanılması, bu tür dijital ürünler hakkındaki sözleşmeler bakımından sorun teşkil edebilir. Yeni düzenleme, böyle bir ihtimali göz ardı etmemiştir. Sözleşmenin kurulmasından sonra tüketicinin veri korumayla ilgili haklarını kullanması, sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir (BGB § 327q/1)<sup>28</sup>. Ancak tüketici verilerin kullanılmasına ilişkin onayını geri alırsa veya kişisel verilerinin kullanılmasına itiraz ederse, girişimci karşılıklı menfaatleri dikkate alarak, dijital ürünlerin tedarikini gerektiren sözleşmeyi derhal feshetme hakkına sahiptir (BGB § 327q/2)<sup>29</sup>. Kişisel verilerin işlenmesi genellikle salt otomatik yollarla gerçekleştiğinden, bu noktada Avrupa

<sup>24</sup> **Lohsse, Sebastian/Schulze, Reiner/Staudenmayer**, Dirk: Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy, 1. Auflage, Nomos Verlag, 2020, s. 15 vd. Kişisel verilerin karşı edim olarak görülmesi, her şeyden evvel öneri ve kabul ile kurulan geleneksel sözleşme kavramı bakımından şüphe uyandırmaktadır. Zira kişisel verilerini girişimciye sağlayan tüketici, bu hareketiyle bir sözleşme ile bağlanmakta olduğunun genellikle farkında değildir. Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların birbirine uygun irade beyanları arandığına göre, tüketicinin irade beyanının sözleşme kurmaya yönelip yönelmediği hususu önem taşımaktadır. Aksi takdirde, sözleşmenin kurulması bakımından bir belirsizlik meydana gelebilecektir. Bunun dışında, tüketicinin verilerin işlenmesine dair rızasını serbestçe geri alabilmesi, kişisel verilerin sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün konusu halinde getirilmesini zorlaştırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Langhanke, Carmen/Schmidt-Kessel**, Martin: "Consumer Data as Consideration", Journal of European Consumer and Market Law, Heft 6, 2015, s. 218 vd.

<sup>25</sup> **Klink-Straub**, s. 3218; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327, Rn. 14.

<sup>26</sup> **Klink-Straub**, s. 3218; **Wendehorst**, s. 2915.

<sup>27</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327, Rn. 15.

<sup>28</sup> **Klink-Straub**, s. 3220.

<sup>29</sup> **Klink-Straub**, s. 3220.

Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (DSVGO) çerçevesinde kişisel verilerin işlenmesine itiraz etme imkânı dikkate alınmıştır. Nitekim DSVGO Art. 22/1 uyarınca, “*veri özneleri, salt otomatik yollarla kişisel verilerinin işlenmesine dayanan ve kendileri hakkında hukuki sonuçlar doğuran ya da kendilerini önemli derecede etkileyen kararlara konu olmama hakkına sahiptir*”<sup>30</sup>.

Yeni düzenleme, tüketicinin kişisel verilerin sağlanması dışında parasal olmayan bir edim yüklediği sözleşmeleri kapsam dışında bırakmaktadır<sup>31</sup>. Örneğin, blokzinciri tabanlı uygulamalarda görülen depolama alanı (*Speicherplatz*) sağlanması şeklindeki karşılıklar olabileceği gibi, yeni müşteriler temin edilmesi ya da bir çalışmaya katılmak gibi durumlar da olabilir<sup>32</sup>. Şu halde böyle bir karşılık söz konusu olduğunda, dijital ürünlere ilişkin yeni düzenlemeler uygulama alanı bulamayacaktır.

#### D. Kapsam Dışında Bırakılan Sözleşmeler

Kanunla getirilen yeni düzenleme, bir dizi sözleşmeyi kapsam dışında bırakmaktadır (BGB § 327/6). Dolayısıyla bu sözleşmeler bakımından dijital ürünler hakkındaki tüketici sözleşmelerine dair yeni düzenlemeler uygulanmayacaktır. Bahsi geçen sözleşmeler şunlardır:

1. *Girişimcinin hizmeti oluşturmak, tüketiciye teslim etmek veya iletmek için dijital formları ya da araçları kullanıp kullanmadığına bakılmaksızın, dijital hizmetler dışındaki hizmetlere ilişkin sözleşmeler*<sup>33</sup>,
2. *23 Haziran 2021 Tarihli Telekomünikasyon Kanunu çerçevesindeki telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin sözleşmeler*,
3. *BGB § 630a çerçevesindeki tedavi sözleşmeleri*,
4. *Parasal bir bahis konulmasını gerektiren ve bir alıcının bireysel talebi üzerine elektronik ya da diğer iletişim teknolojileri yardımıyla sağlanan şans oyunlarına ilişkin sözleşmeler*<sup>34</sup>,

<sup>30</sup> **Büyüksağış**, Erdem: “Yapay Zeka Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 2, 2021, s. 533.

<sup>31</sup> **Wendehorst**, s. 2915.

<sup>32</sup> **Wendehorst**, s. 2916.

<sup>33</sup> Bu tür sözleşmelerde girişimci hizmeti oluşturmak veya tüketiciye teslim etmek için dijital araçlardan faydalansa bile, esas olan girişimcinin sağladığı hizmetin genellikle kendi becerisi ve performansından kaynaklanmasıdır. Söz gelimi tüketici için proje hazırlayan bir mimarın bu projenin çiziminde dijital programlardan yararlanması ve bunu yine dijital ortam üzerinden tüketiciye göndermesi, bu hizmetin dijital hizmet olarak vasıflandırılmasına yol açmaz. Bkz: **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327, Rn. 24.

<sup>34</sup> Parasal bir bahis olmaksızın oynanabilen şans oyunları bakımından yeni düzenlemeler uygulanabilir.

5. *Finansal hizmetlere ilişkin sözleşmeler*<sup>35</sup>,
6. *Tüketici tarafından sağlanan kişisel verilerin girişimci tarafından yalnızca sunulan yazılımın güvenliğini, uyumluluğunu veya birlikte çalışabilirliğini artırmak için işlenmesi şartıyla, tüketicinin bedel ödemediği ve girişimcinin ücretsiz ve açık kaynaklı bir lisans altında sunduğu yazılımlara ilişkin sözleşmeler*<sup>36</sup>,
7. *Dijital içeriğin bir gösterinin veya etkinliğin parçası olarak sinyal gönderimi dışında kamuya sunulması halinde, dijital içeriğin sağlanmasına ilişkin sözleşmeler,*
8. *13 Aralık 2006 Tarihli Bilgi Kullanımı Kanunu kapsamındaki bilgi sağlama sözleşmeleri.*

Yukarıda sayılanlar dışında, dijital ürünler olmaksızın işlevlerini yerine getiremeyecek olan mallara ilişkin satış sözleşmeleri de kapsam dışında bırakılmıştır (BGB § 327a/3). Dolayısıyla bu türden malları konu edinen satış sözleşmeleri hakkında yeni düzenlemeler uygulanmayacak, Alman Medeni Kanunu'nun satım hukukuna dair hükümleri uygulanmaya devam edecektir<sup>37</sup>. Söz gelimi, tüketicinin cep telefonuna indirilen özel bir yönlendirme uygulaması (*Steuerungs-App*) ile kullanılabilen bir temizlik robotunun satışını konu edinen sözleşme böyledir<sup>38</sup>. Burada temizlik robotunu kullanmak için tüketiciye sunulan uygulama dijital bir unsurdur. Ancak sözleşmeye konu edilen esaslı unsur temizlik robotudur. Dolayısıyla bu temizlik robotunu konu edinen sözleşme bakımından yeni düzenlemeler uygulanmaz. Yine günümüzde pek çok kişi tarafından kullanılan akıllı telefonlar, dizüstü bilgisayarlar ya da akıllı saatler de bu çerçevede sayılabilir. Söz konusu malların hepsi muhtelif dijital unsurlar barındırmaktadır. Bununla birlikte, bu tür malları konu edinen sözleşmelerde satım hukuku hükümleri uygulanacaktır<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Buradaki finansal hizmet kavramı, Dijital İçerik Direktifi'ne paralel olarak geniş biçimde anlaşılır. Finansal hizmetlerle ilgisi olan ya da finansal hizmetlere erişimin sağlandığı hizmetler Direktif'in kapsamı dışındadır (m. 30). Dolayısıyla bu tür hizmetler Alman Medeni Kanunu'nun yeni düzenlemesinin kapsamına da girmemektedir. Bkz: **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327, Rn. 28.

<sup>36</sup> Girişimcinin ücretsiz ve açık kaynaklı bir lisans altında sunduğu yazılımlara ilişkin sözleşmelerin istisna kapsamında olması, bu tür yazılımların gelişimini engellemektir. Nitekim Dijital İçerik Direktifi'nin 32. maddesinde bu husus açıkça ifade edilmiştir.

<sup>37</sup> **Schöttle**, s. 684; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327a, Rn. 5; **Pech**, Teil I, s. 510.

<sup>38</sup> Benzer bir örnek için bkz: **Wendehorst**, s. 2914.

<sup>39</sup> Öğretide bu durumun uygulama açısından kullanılacak hükümlerin tespiti noktasında zorluklar doğuracağı yönünde bkz: **Pech**, Teil I, s. 510.

Öğretide, dijital unsurlar içeren malların üç temel özelliğinin var olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>40</sup>:

- a. Dijital ürünlerin mekânsal veya işlevsel olarak mallarla bağlantılı olması,
- b. Dijital ürünlerin, satılan malın sözleşmeye uygun olarak işlevini yerine getirebilmesi için gerekli olması,
- c. Dijital ürünlerin, satılan mallarla aynı sözleşme kapsamında sağlanmış olması.

## II. DİJİTAL ÜRÜNLERİN SAĞLANMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER BAKIMINDAN TÜKETİCİNİN HAKLARI

### A. Dijital Ürünün Sağlanma Zamanı ve Yöntemi

Alman Medeni Kanunu'nun yeni düzenlemesi, ilk olarak dijital ürünlerin sağlanmasına ilişkin sözleşmelerde ifa zamanını ele almaktadır. Bunun temelinde, Dijital İçerik Direktifi'nde dijital ürünü sağlanmasının girişimcinin sözleşmeden doğan en önemli yükümlülüğü olduğunun vurgulanması yatmaktadır<sup>41</sup>. Kanuna göre, sözleşmenin tarafları dijital ürünün sağlanması için süre belirlemedikleri takdirde, tüketici sözleşmenin kurulmasından sonra hemen (*unverzüglich*) ürünün sağlanmasını talep edebilir (BGB § 327b/2). Her şeyden önce dijital ürünün sağlanma zamanı, tarafların bu konudaki anlaşmalarına bağlıdır. Bu konuda herhangi bir anlaşma bulunmadığı takdirde girişimci, derhal ürünü tüketiciye sağlamakla yükümlüdür<sup>42</sup>. Dolayısıyla bu ihtimalde, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte girişimcinin dijital ürünü sağlama borcu muaccel (*Fällig*) hale gelmektedir<sup>43</sup>.

Dijital hizmet, tüketiciye doğrudan ya da bu amaçla tüketici tarafından belirlenen bir cihaz aracılığıyla sunulduğu takdirde sağlanmış olur (BGB § 327b/4). Girişimcinin dijital ürünü sağlama borcunu yerine getirmesi bakımından en temel husus, ürünün tüketicinin etki alanına girmiş olması ve sözleşmeye uygun şekilde kullanıma hazır durumda bulunmasıdır<sup>44</sup>.

Kanun, dijital ürünlerin sağlanmasına dair sözleşmelerde ifanın gerçekleştiği konusundaki ispat yükünü girişimciye yüklemiştir (BGB § 327b/-

<sup>40</sup> Wendehorst, s. 2914.

<sup>41</sup> Schulze, Nomos Kommentar, § 327b, Rn. 2.

<sup>42</sup> Pech, Teil I, s. 510; Wendehorst, s. 2916.

<sup>43</sup> Schulze, Nomos Kommentar, § 327b, Rn. 6.

<sup>44</sup> Schulze, Nomos Kommentar, § 327b, Rn. 7.

6). Diğer deyişle, ürünün sağlanma zamanı ve yöntemi konusunda bir uyumsuzluk çıkarsa, bu konuda tüketici değil girişimci ispat yükü altındadır<sup>45</sup>.

### **B. Dijital Ürünün Sağlanmaması Durumunda Sahip Olunan Haklar**

Girişimcinin dijital ürünü sağlama borcunu yerine getirmemesi durumunda, tüketicinin sahip olduğu haklar bakımından genel temerrüt kurallarından kısmen ayrılan bazı düzenlemeler getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeler, dijital ürünün muacceliyet zamanı geldiğinde tüketiciye hiç sağlanmamış olması halinde uygulanır<sup>46</sup>. Diğer deyişle burada esasen borcun hiç ifa edilmemesi durumuyla karşılaşılmaktadır. Dijital ürünün girişimci tarafından kısmen sağlandığı hallerde ise ayıptan sorumluluğa dair hükümler uygulanacaktır<sup>47</sup>.

Girişimci, tüketicinin talebi üzerine dijital ürünü sağlama borcunu derhal yerine getirmezse, tüketici sözleşmeyi sonlandırma hakkına sahiptir (BGB § 327c/1). Kanunda bu durumu ifade etmek üzere, sonlandırma anlamına gelen “*Beendigung*” terimi kullanılmıştır. Öğretide bu terimin işlevsel açıdan Alman Medeni Kanunu'nun 323. paragrafında yer alan, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borcun ifa edilmemesi nedeniyle sözleşmeden dönme hakkına (*Rücktrittsrecht*) karşılık geldiği belirtilmektedir<sup>48</sup>. Bununla birlikte, şartları ve sonuçları bakımından bazı farklılıklar bulunmaktadır. Öte yandan bu terim (*Beendigung*), bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerin sona erdirilmesini ve sürekli borç yükleyen sözleşmelerin feshini (*Kündigung*) de karşılamaktadır<sup>49</sup>.

Tüketici sözleşmeyi sonlandırma talebini bildirdikten sonra, taraflar dijital ürünün sağlanma zamanı konusunda yeniden anlaşabilirler. Ancak kanun, bu yeni anlaşmanın açık bir biçimde (*ausdrücklich*) yapılmış olması gerektiğini ifade etmektedir (BGB § 327c/1). Dolayısıyla girişimci, ifa zamanının örtülü bir biçimde uzatılmış olduğunu ileri süremeyecektir<sup>50</sup>.

Sözleşmenin sona erdirilmesi için gereken şartlar mevcutsa, tüketicinin BGB § 280 ve 281 çerçevesinde tazminat talep etme hakkı da bulunmaktadır (BGB § 327c/2). Buna göre borçlu, sözleşme ilişkisinden doğan bir yüküm-

<sup>45</sup> **Pech**, Teil I, s. 510.

<sup>46</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327c, Rn. 1.

<sup>47</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327c, Rn. 1.

<sup>48</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327c, Rn. 2.

<sup>49</sup> **Pech**, Teil I, s. 510; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327c, Rn. 2.

<sup>50</sup> **Wendehorst**, s. 2916.



lülüğünü ihlal ettiği takdirde, alacaklı ortaya çıkan zararın tazminini talep edebilir (BGB § 280/1). Ayrıca tüketici, BGB § 284 hükmüne göre, ifanın gerçekleşeceğine güvenerek yaptığı masrafların ödenmesini de isteyebilir (BGB § 327c/2)<sup>51</sup>.

Aşağıdaki hallerde kanundan doğan hakların kullanılması için tüketicinin talepte bulunması gerekmez (BGB § 327c/3):

1. Girişimci ürünü sağlamayı reddederse,
2. Girişimcinin dijital ürünü sağlamayacağı mevcut koşullar altında açıkça anlaşılıyorsa,
3. Sözleşmede dijital ürünün sağlanmasına ilişkin kesin bir süre belirlenmesine rağmen bu süre içinde girişimci ürünü sağlamazsa.

### C. Dijital Ürünlerin Sözleşmeye Uygunluğuna İlişkin Tüketici Hakları

#### 1. Dijital Ürünlerin Sözleşmeye Uygunluğu

Dijital ürünlerin sözleşmeye uygunluğu konusunda yeni düzenlemenin önemli noktalarından birini, girişimcinin ürünün ayıplarından dolayı kusursuz sorumluluğu teşkil etmektedir<sup>52</sup>. Girişimci, BGB § 327 çerçevesinde bir tüketici sözleşmesi ile dijital ürün sağlama yükümlülüğü altında ise, bu ürünü her türlü ayıptan arınmış bir şekilde sağlamak zorundadır (BGB § 327d). Kanun koyucu, Dijital İçerik Direktifi'nde de karşılaşıldığı gibi, ürünün sözleşmeye uygunluğuna dair hükümlerden önce kapsayıcı nitelikte genel bir kural öngörmüştür<sup>53</sup>.

Ayıbın varlığı bakımından, dijital ürünün bir kez mi yoksa sürekli şekilde mi kullanıma sunulduğu göz önünde tutulur. Dijital ürün bir kez kullanıma sunulduğu takdirde, ürünün kullanıma sunulduğu zamana göre ayıbın varlığı tespit edilir. Örneğin bir uygulamanın (*Applikation*) indirilmek üzere tüketiciye sağlanması böyledir<sup>54</sup>. Dijital ürünün sürekli olarak kullanıma sunulduğu sözleşmelerde ise, bu sürenin tamamı boyunca ürünün ayıpsız biçimde tüketiciye sunulması gerekmektedir. Bunun en yaygın örneğini ise, tüketiciye bulut depolama alanı sağlanması teşkil etmektedir<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Pech, Teil I, s. 511.

<sup>52</sup> Wendehorst, s. 2917.

<sup>53</sup> Schulze, Nomos Kommentar, § 327d, Rn. 1.

<sup>54</sup> Wendehorst, s. 2917.

<sup>55</sup> Wendehorst, s. 2917.

Kanun, dijital ürünün ayıpları bakımından üç tür gereksinimden bahsetmektedir. Bunlar “sübjektif gereksinimler”, “objektif gereksinimler” ve “uyum (entegrasyon) gereksinimleri” şeklindedir<sup>56</sup>. Diğer deyişle, bir dijital ürün kanun hükümlerine göre belirlenen zamanda sübjektif ve objektif gereksinimler ile uyum gereksinimlerini karşıladığı takdirde, ayıptan arınmış olarak tüketiciye sunulmuş demektir (BGB § 327e/1)<sup>57</sup>.

#### **a. Sübjektif Gereksinimler**

Sübjektif gereksinimlerden kasıt, dijital ürünün sözleşmede öngörülen özellik ve niteliklere sahip olmasıdır<sup>58</sup>. Nitekim kanunun yeni düzenlemesinde, dijital ürünün hangi durumlarda sübjektif gereksinimleri karşılamış olacağı ifade edilmiştir (BGB § 327e/2). Buna göre dijital ürün;

1. *Miktarı, işlevselliği, uyumluluğu<sup>59</sup> ve birlikte işlerliği<sup>60</sup> ile ilgili gereksinimler dâhil olmak üzere, anlaşmaya varılan niteliğe sahip ise,*
2. *Sözleşmede öngörülen kullanıma uygun ise,*
3. *Sözleşmede kararlaştırıldığı gibi aksesuarlar, kullanım kılavuzları ve müşteri hizmetleriyle birlikte sağlanmışsa,*
4. *Sözleşmede kararlaştırılan güncellemeler sözleşmeye göre geçerli olan sürede kullanıma sunulmuşsa,*

sübjektif gereksinimleri karşılamaktadır.

Buradaki hususlar dışında, girişimcinin dijital ürünün nitelikleri konusunda tüketiciye yönelik yaptığı açıklamalar da sözleşmenin bir parçası ol-

<sup>56</sup> **Spindler**, s. 454; **Schüttle**, s. 686; **Schreiber**, s. 602; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327e, Rn. 1.

<sup>57</sup> **Pech**, Teil I, s. 511.

<sup>58</sup> **Pech**, Teil I, s. 511.

<sup>59</sup> Uyumluluktan (Kompabilität) maksat, dijital ürünün birlikte kullanıldığı diğer donanım veya yazılımlarla uyumlu olmasıdır. Söz gelimi bir bilgisayar oyununun belirli bir grafik kartıyla uyumlu olması ya da bir elektronik kitabın tablet bilgisayarda okunabilir olması halinde uyumluluk niteliği yerine gelmiş olur. Bkz: **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327e, Rn. 13.

<sup>60</sup> Birlikte işlerlik (Interoperabilität), dijital ürünün farklı donanım veya yazılımlarla birlikte çalışabilmesi anlamına gelir. Birlikte işlerlik, işlevsellik ve uyumluluktan farklı olarak yalnızca ürünün sübjektif gereksinimleri arasında yer alır. Diğer deyişle, işlevsellik ve uyumluluk aynı zamanda objektif gereksinimlerle de ilgiliyken, birlikte işlerlik sadece sübjektif gereksinimlere dâhildir. Dolayısıyla, birlikte işlerliğin mutlaka sözleşme kapsamında yer alması gerekmektedir. Bkz: **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327e, Rn. 14.

malari koşuluyla sübjektif gereksinimler içerisine girmektedir<sup>61</sup>. Dolayısıyla girişimcinin dijital üründe var olduğunu bildirdiği bir niteliğin bulunmaması durumunda, sübjektif gereksinim karşılanmamış olacaktır.

### **b. Objektif Gereksinimler**

Objektif gereksinimler, dijital ürünün türüne göre tüketicinin objektif olarak o üründen bekleyebileceği özellik ve nitelikleri taşımasını ifade eder<sup>62</sup>. Tüketici için genellikle daha önemli olan husus, dijital ürünün aynı türdeki diğer ürünlerle benzer özellikleri taşıması ve olağan bir kullanım için uygun olmasıdır<sup>63</sup>. Objektif gereksinimlerin temelini, Dijital İçerik Direktifi'nde yer alan "amaca uygunluk" (*fit for purpose*) ölçütü (m. 8/1-a) oluşturmaktadır<sup>64</sup>. Buna göre dijital ürün, Avrupa Birliği ya da ulusal düzenlemelerde yer alan teknik standartlara uygun olmalıdır. Böyle bir teknik standart bulunmadığı takdirde ise, ilgili sektörde uygulanan kurallar dikkate alınacaktır<sup>65</sup>.

Kanunda dijital ürünün objektif gereksinimleri sağlaması için şu özellikleri taşıması gerektiği düzenlenmiştir (BGB § 327e/3):

1. *Ürünün olağan kullanım için uygun olması.*
2. *Miktar, işlevsellik, uyumluluk, erişilebilirlik, süreklilik ve güvenlik dâhil olmak üzere, aynı türdeki dijital ürünler bakımından olağan niteliklere ve tüketicinin bekleyebileceği kaliteye sahip olması*<sup>66</sup>.
3. *Girişimcinin sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciye sunduğu bir deneme sürümündeki veya duyurudaki niteliği sağlıyor olması*<sup>67</sup>.
4. *Ürünün tüketicinin almayı bekleyebileceği aksesuarlar ve kullanım kılavuzlarıyla birlikte sağlanması.*

<sup>61</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327e, Rn. 15.

<sup>62</sup> **Rosenkranz**, s. 196; **Schüttle**, s. 686.

<sup>63</sup> **Wendehorst**, s. 2917.

<sup>64</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327e, Rn. 20.

<sup>65</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327e, Rn. 20.

<sup>66</sup> Objektif gereksinimin karşılanması bakımından aranacak kalite, iki farklı ölçüte bağlanmıştır. Bunlardan biri ürünün olağan niteliklere sahip olması, diğeri ise tüketicinin beklentileridir. Olağan kalite, sözleşme konusu dijital ürünün benzer ürünlere kıyasla sahip olduğu ortalama kalitedir. Tüketicinin beklentilerinde ise makul tüketici ölçütü uygulanmalıdır. Bkz: **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327e, Rn. 23.

<sup>67</sup> Tüketicinin özellikle reklamlarda yer alan beyanlara dayalı olarak bekleyebileceği nitelikler bu kapsamdadır. Dijital ürünün bu beyanlarda belirtilen nitelikleri karşılamaması durumunda girişimci bundan sorumludur. Hatta ürünün niteliğine dair beyan kendisi tarafından değil de tedarik zincirindeki başka bir girişimci tarafından yapılmış olsa bile durum değişmez. Bkz: **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327e, Rn. 25.

5. Ürüne ilişkin güncellemelerin tüketiciye sunulması ve güncellemeler hakkında tüketicinin bilgilendirilmesi.
6. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, dijital ürünün sözleşmenin kurulduğu tarihte mevcut olan en son sürümünün sağlanmış olması.

### **c. Uyum (Entegrasyon) Gereksinimleri**

Uyum gereksinimleri, dijital ürünün tüketicinin dijital ortamına entegre edilmesi ve böylelikle tüketici tarafından ürünün beklenen şekilde kullanılabilmesini sağlayan gereksinimlerdir<sup>68</sup>. Dijital ortamlar, tüketici tarafından dijital bir ürüne erişmek veya onu kullanmak için gereken her türlü donanım, yazılım veya ağ bağlantılarıdır. Kanuna göre dijital ürünün tüketiciye entegrasyonu usulüne uygun bir şekilde gerçekleştirildiği takdirde uyum gereksinimi karşılanmış olur (BGB § 327e/4). Ancak uyum sürecinin girişimcinin kusurundan ya da onun tarafından sağlanan talimatlardaki eksiklikten kaynaklanmadığı durumlarda, uyumun sağlanmaması ayıp olarak nitelendirilmez (BGB § 327e/4).

Kanuna göre, girişimcinin sözleşmeye bağlı olarak borçlu olunan dijital üründen farklı bir dijital ürün sağlaması halinde de ayıplı ürün vardır (BGB § 327e/5). Dolayısıyla, temelde ayıp kavramından farklı olan yanlış ifa (Aliud) hali de ayıp kavramının içerisine dâhil edilmiştir<sup>69</sup>. Böylelikle tüketici, dijital ürünlere dair sözleşmelerde aliud ifa halinde sözleşmeyi sonlandırma dışındaki diğer seçeneklere de imkân olduğu ölçüde başvurabilecektir<sup>70</sup>.

## **2. Güncellemelere Dair Yeni Hükümler**

Girişimci, dijital ürünün sözleşmeye uygunluğunu bağlı olduğu süre boyunca sürdürmek için gerekli güncellemelerin tüketiciye sunulmasını ve bu güncellemeler hakkında tüketicinin bilgilendirilmesini sağlamalıdır (BGB § 327f/1)<sup>71</sup>. Bu yükümlülük, bilhassa güvenlikle ilgili güncellemeler için de geçerlidir<sup>72</sup>. Girişimcinin güncellemelerle ilgili yükümlülükleri temelde dijital ürünün objektif gereksinimlerinin bir parçasıdır<sup>73</sup>. Bu nedenle, ancak tüketici tarafından sözleşmede açıkça feragat edilmiş olması halinde, giri-

<sup>68</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327e, Rn. 31.

<sup>69</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327e, Rn. 36.

<sup>70</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327e, Rn. 36.

<sup>71</sup> **Schüttle**, s. 686.

<sup>72</sup> **Pech**, Teil II, s. 548; **Schüttle**, s. 686.

<sup>73</sup> **Wendehorst**, s. 2917; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327f, Rn. 1.

şimcinin sorumluluğu ortadan kalkabilir. Taraflar sözleşme ile daha geniş güncelleme yükümlülükleri de öngörebilirler. Bu durumda dijital ürünün güncellenmesi yükümlülüğü subjektif bir gereksinime dönüşmüş olur<sup>74</sup>.

Kanun girişimciye güncellemeler hakkında tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü (*Informationspflicht*) getirmektedir. Bununla birlikte, bilgilendirme yükümlülüğünün hangi şekilde yerine getirileceği noktasında bir düzenleme yer almamaktadır. Öğretide, somut durumun özelliğine ve dijital ürünün niteliğine uygun şekilde tüketiciye ulaşacak bir bilgilendirmenin yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>75</sup>.

Güncellemelere ilişkin olarak girişimcinin sorumluluğunun ne kadar süreceği noktasında, sözleşmede bir hüküm bulunup bulunmadığına bakılır. Söz gelimi, iki yıllık bir süre için bulut depolama sağlanmasına dair bir sözleşme varsa, bu süre boyunca güncelleme yükümlülüğü devam edecektir. Eğer dijital ürünün sürekli olarak sağlanmasına yönelik bir sözleşme varsa (örneğin bir sosyal ağa üyelik), bu süre boyunca girişimci sorumludur (BGB § 327f/1). Diğer durumlarda ise, dijital ürünün niteliğine ve sözleşmenin koşullarına bağlı olarak tüketicinin bekleyebileceği makul bir süre boyunca sorumluluk söz konusu olur<sup>76</sup>.

Tüketici, usulüne uygun olarak kendisine sunulmuş olan güncellemeyi makul bir süre içerisinde yükleyemediği takdirde, eğer bu durum tüketiciye verilen talimatlardaki eksiklikten kaynaklanmıyorsa ve girişimci tarafından gerekli bilgilendirmeler yapıldıysa, güncellemenin başarısız olmasından kaynaklanan ayıptan girişimci sorumlu değildir (BGB § 327f/2).

### 3. Ayıp Halinde Tüketicinin Hakları

Dijital bir ürünün ayıplı olması durumunda kanun, daha önce ayıptan sorumluluğa dair yürürlükte bulunan hükümlere benzerlik gösteren bazı hakları tüketiciye vermektedir<sup>77</sup>. Buna göre tüketicinin sahip olduğu haklar şunlardır (BGB § 327i):

1. Sonradan ifayı talep etme,
2. Sözleşmeyi sonlandırma veya bedelin indirilmesini isteme,
3. Tazminat isteme.

<sup>74</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327f, Rn. 1.

<sup>75</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327f, Rn. 6.

<sup>76</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327f, Rn. 8.

<sup>77</sup> **Wendehorst**, s. 2918.

### **a. Sonradan İfayı Talep Etme Hakkı**

Tüketici ilk olarak, BGB § 327I hükmü çerçevesinde girişimciden sonradan ifayı (*Nacherfüllung*) talep etme hakkına sahiptir. Sonradan ifa, üründeki ayıbın giderilmesi veya ayıpsız ürünün tüketiciye sağlanması yoluyla sözleşme şartlarının yerine getirilmesi anlamına gelir<sup>78</sup>. Tüketici sonradan ifa talebinde bulunduğu takdirde, girişimci dijital ürünü sözleşmeye uygun olarak yeniden sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca, sonradan ifa nedeniyle ortaya çıkan masraflara da girişimci katlanacaktır (BGB § 327I/1).

Öğretide sonradan ifayı talep etme hakkının, ayıptan doğan diğer haklara kıyasen öncelikli olduğu ifade edilmektedir (*Primat der Nacherfüllung*)<sup>79</sup>. Diğer ifadeyle, tüketicinin ayıptan doğan hakları arasında bir hiyerarşi (*Hierarchie der Rechtsbehelfe*) söz konusudur ve bunun en üstünde sonradan ifa talebi bulunmaktadır<sup>80</sup>. Bu nedenle kural olarak, tüketicinin sözleşmeyi sona erdirebilmesi ya da ifa yerine tazminat talep edebilmesi için öncelikle sonradan ifayı talep etmesi ve girişimcinin borcu ifa etmesi için makul bir süre beklemesi gerekmektedir<sup>81</sup>.

Girişimci, tüketicinin ayıbı kendisine bildirdiği andan itibaren makul bir süre (*angemessenen Frist*) içerisinde ve tüketiciye önemli bir zahmet vermeksizin ifayı gerçekleştirmek zorundadır. Ayıbın bildirilmesi bakımından herhangi bir şekil şartı yoktur. Makul süreden ne anlaşılması gerektiği, somut olayın koşulları ve özellikle dijital ürünün türü ve amacı dikkate alınarak değerlendirilmelidir<sup>82</sup>. Makul süre kuralı, tarafların dijital ürünün sözleşmeye uygun hale getirilmesi için kesin bir tarih üzerinde anlaşmalarına engel değildir (Dijital İçerik Direktifi 64 no'lu gerekçe).

Sonradan ifa talebinin ne şekilde gerçekleştirileceği girişimciye bağlıdır. Nitekim Dijital İçerik Direktifi'nde de belirtildiği üzere (özellikle 63 no'lu gerekçe), girişimci ifanın sözleşmeye uygunluğunu sağlayacak araçları seçmekte özgürdür<sup>83</sup>. Örneğin dijital ürünün güncellenmiş yeni sürümünün sağlanması ya da ayıbın giderilmesi için teknik yardım sunulması gibi yollar kullanılabilir.

<sup>78</sup> **Pech**, Sebastian: “Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen – Ein Überblick zu den Neuregelungen im BGB (Teil II)”, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht, Heft 19, 2021, s. 547.

<sup>79</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327I, Rn. 1.

<sup>80</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327I, Rn. 1.

<sup>81</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327I, Rn. 1.

<sup>82</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327I, Rn. 5.

<sup>83</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327I, Rn. 4.

Sonradan ifanın imkânsız olması ya da girişimci bakımından orantısız nitelikteki maliyetlerle yapılabilmesi durumunda sonradan ifa talep edilemez (BGB § 327I/2)<sup>84</sup>. İfanın imkânsızlığı fiili imkânsızlık olabileceği gibi, hukuki bir imkânsızlık da olabilir<sup>85</sup>. Girişimcinin üstleneceği maliyetin orantısız olup olmadığı konusunda ise özellikle dijital ürünün ayıpsız haldeki değeri ile ayıbın önemi göz önünde tutulacaktır<sup>86</sup>.

### ***b. Sözleşmeyi Sonlandırma Hakkı***

Dijital ürünün ayıplı olması halinde tüketiciye tanınan bir diğer imkân, sözleşmeyi sonlandırma hakkıdır<sup>87</sup>. BGB § 327m hükmünde, dijital ürünün ayıplı olması ihtimalinde sözleşmeyi sonlandırma hakkının kullanılabilceği durumlar sıralanmıştır. Söz konusu durumlar şunlardır:

1. *Sonradan ifa talebinin BGB § 327I/2 hükmüne göre mümkün olmaması,*
2. *Tüketicinin sonradan ifa talebinin BGB § 327I/1 hükmüne göre yerine getirilmemesi,*
3. *Girişimcinin sonradan ifayı yerine getirmesine rağmen bir ayıbın ortaya çıkması,*
4. *Ayıbın, sözleşmenin derhal sona erdirilmesini haklı kılacak ölçüde önemli olması,*
5. *Girişimcinin, tüketici tarafından kendisine iletilen sonradan ifa talebini reddetmesi,*
6. *Koşullar göz önüne alındığında, girişimcinin sonradan ifayı gereği gibi yerine getirmeyeceğinin açıkça anlaşılması.*

Düzenleme, sonradan ifa talebinin önceliğinin bulunduğunu açıkça göstermektedir<sup>88</sup>. Kanunda sayılan bu durumlardan herhangi birinin meydana gelmiş olması, tüketicinin sözleşmeyi sonlandırma hakkını kullanabilmesi

<sup>84</sup> **Pech**, Teil II, s. 547.

<sup>85</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327I, Rn. 9. Örneğin tüketiciye sağlanan bir yazılımdaki hatanın düzeltilmesi (Bugfix) ancak yazılımı üreten firma tarafından yapılabilir. Eğer girişimci, tüketiciye sağladığı yazılımı bizzat kendisi üretmiyorsa, bu hatayı düzeltmesi mümkün olmaz.

<sup>86</sup> **Wendehorst**, s. 2918; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327I, Rn. 10.

<sup>87</sup> Buradaki sözleşmeyi sonlandırma hakkının, klasik anlamda sözleşmeden dönme hakkından (Rücktrittsrecht) farklı olduğuna yukarıda değinilmişti. Alman Medeni Kanunu'na, Dijital İçerik Direktifi'nden alınan "Vertragsbeendigung" terimi, hem sözleşmeden dönmeyi (Rücktritt) hem de sözleşmenin feshini (Kündigung) kapsayan geniş bir anlama sahiptir. Dolayısıyla tüketici, ister ani edimli isterse de sürekli edimli bir sözleşme bakımından sözleşmeden dönebilir.

<sup>88</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327m, Rn. 2.

için yeterlidir<sup>89</sup>. Ancak dijital ürünlerdeki kusurun önemsiz olması halinde, tüketici sözleşmeyi sonlandırma hakkına sahip değildir (BGB § 327m/2)<sup>90</sup>. Bu nedenle öğretide, sözleşmeyi sonlandırma hakkının istisnai nitelikte olduğu ve ayıbın önemsiz olduğu hallerde tüketicinin bedelin indirilmesini isteyebileceği ifade edilmektedir<sup>91</sup>. Üründeki ayıp, tüketicinin ifadan beklemediği menfaate belirgin biçimde zarar vermiyorsa önemsiz kabul edilir<sup>92</sup>. Dijital üründeki ayıbın önemsiz olduğunu ispat yükü girişimciye aittir<sup>93</sup>.

Sözleşmeyi sonlandırma hakkının nasıl kullanılacağı ve bunun sonuçları, BGB § 327o hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmenin sonlandırılması, tüketicinin buna ilişkin beyanının girişimciye bildirilmesiyle birlikte hüküm ifade eder (BGB § 327o/1). Şu halde tüketicinin sonlandırma beyanı, tıpkı BGB § 349 hükmünde olduğu gibi, karşı tarafa varması gerekli tek taraflı irade beyanı ile kullanılan yenilik doğuran bir hak (*Gestaltungsrecht*) niteliğindedir<sup>94</sup>. Sonlandırma beyanının girişimciye bildirilmesi bakımından herhangi bir şekil şartı söz konusu değildir.

Sözleşmenin sonlandırılması durumunda girişimci, tüketicinin sözleşmenin ifası için yaptığı ödemeleri ona iade etmek zorundadır (BGB § 327o/2). Öğretide bu hükmün Dijital İçerik Direktifi çerçevesinde geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>95</sup>. Buna göre girişimci, sözleşme çerçevesinde tüketici tarafından ödenen bütün tutarları iade etmelidir. Söz gelimi, dijital hizmetin genişletilmesi kapsamında tüketiciden sonradan ek ödeme alınmışsa, bu ek ödemenin de iadesi gerekmektedir.

Sözleşme çerçevesinde tüketiciye fiziki bir veri taşıyıcısı (*körperlichen Datenträger*) sağlanmışsa<sup>96</sup>, girişimci tarafından sözleşmenin sona ermesinden itibaren 14 gün içerisinde talep edilmesi şartıyla, tüketici bu veri taşıyıcısını derhal iade etmekle yükümlüdür. Girişimci tarafından bu yönde bir talep bulunmadığı takdirde, tüketicinin fiziki veri taşıyıcısını iade yüküm-

<sup>89</sup> **Wendehorst**, s. 2918.

<sup>90</sup> Bu kural Dijital İçerik Direktifi m. 14/6 hükmünde de aynı şekilde yer almaktadır.

<sup>91</sup> **Wendehorst**, s. 2918.

<sup>92</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327m, Rn. 11.

<sup>93</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327m, Rn. 11.

<sup>94</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327o, Rn. 4.

<sup>95</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327o, Rn. 6.

<sup>96</sup> Yeni düzenleme, münhasıran dijital içerik taşıyıcıları olarak hizmet eden fiziki veri taşıyıcıları sağlama amacını taşıyan tüketici sözleşmeleri bakımından da geçerlidir (BGB § 327/5). Örneğin film veya bilgisayar oyunu DVD'leri, müzik CD'leri, USB bellekler ya da hafıza kartları bu kapsamda sayılabilir. Ancak bunların boş olarak tüketiciye satılması durumunda dijital ürünlere dair hükümler uygulanmaz. Bkz: **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327, Rn. 22.



lülüğü yoktur<sup>97</sup>. Veri taşıyıcısının iadesine ilişkin masraflara girişimci katlanır (BGB § 327o/5).

Tüketici sözleşmenin sona ermesinden sonra dijital ürünü kullanmaya devam edemez ya da dijital ürünü üçüncü kişilerin kullanımına sunamaz (BGB § 327p/1). Girişimci, dijital ürünün tüketici tarafından daha fazla kullanılmasını engelleme hakkına sahiptir. Buna karşılık girişimci, sözleşmenin sona ermesinden sonra tüketicinin dijital ürünü kullanırken sağladığı ya da oluşturduğu ve kişisel veri kapsamına girmeyen içerikleri kullanamayacaktır (BGB § 327p/2). Hatta girişimci, tüketicinin talebi üzerine bahsi geçen içeriği makul bir süre içerisinde ve ücretsiz olarak tüketiciye sağlamakla yükümlüdür (BGB § 327p/3).

### c. Bedelin İndirilmesini İsteme Hakkı

Tüketici sözleşmeyi sonlandırmak istemediği ya da sonlandırma hakkını kullanmadığı takdirde, bedelin indirilmesini isteyebilir. Bunun için de tüketicinin bedelin indirilmesini istediğine dair beyanını girişimciye bildirmesi gerekmektedir<sup>98</sup>. Bedelde indirim hakkının kullanılması bakımından, üründeki ayıbın önemli olması gibi bir şart bulunmamaktadır. Diğer ifadeyle, dijital ürünlerdeki ayıp önemsiz olsa da, tüketici bedelde indirim talep edebilecektir<sup>99</sup>. Nitekim kanunda, BGB § 327m/2 hükmünde belirtilen durumun bedelde indirim bakımından uygulanmayacağı ifade edilmiştir (BGB § 327n/1). Tüketicinin karşı edim olarak bir miktar para değil de kişisel verilerini sağladığı sözleşmeler bakımından ise bedelin indirilmesini isteme hakkı söz konusu olmayacaktır<sup>100</sup>.

Bedelde indirim hakkının kullanılması halinde dijital ürünün ayıpsız haldeki değerinin, ürünün tüketiciye tedariki anındaki gerçek değerine oranı (objektif değer azalması- *objektiven Wertminderung*) dikkate alınarak bedelin indirilmesi gerekmektedir (BGB § 327n/2). Dijital bir ürünün sürekli olarak tedarik edilmesine ilişkin sözleşmelerde ise, bedelin yalnızca ayıbın devam ettiği süre için orantılı olarak indirilmesi söz konusu olacaktır (BGB § 327n/2). Gerekli görüldüğü durumlarda, bedelde indirim kıymet takdiri (*Schätzung*) yoluyla tespit edilebilecektir.

Tüketici indirimli fiyattan fazlasını ödemişse, fazladan ödenen kısmın girişimci tarafından iade edilmesi gerekmektedir<sup>101</sup>. Kanunda tüketiciye iade

<sup>97</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327o, Rn. 10.

<sup>98</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327n, Rn. 3.

<sup>99</sup> **Pech**, Teil II, s. 548; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327n, Rn. 2.

<sup>100</sup> **Pech**, Teil II, s. 548; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327n, Rn. 2.

<sup>101</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327n, Rn. 6.

edilecek bedelin derhal ödeneceği, fakat her halükarda 14 gün içerisinde ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir (BGB § 327n/4). Buradaki 14 günlük süre, bedelde indirimle ilişkin beyanın girişimci tarafından alınmasıyla başlar. Geri ödeme için girişimci, kural olarak tüketicinin ödeme yaparken kullandığı yöntemin aynısını kullanmalıdır. Ancak taraflar başka bir ödeme yöntemi kullanılması konusunda açıkça anlaşabilirler. Bununla birlikte, kararlaştırılan ödeme yönteminin tüketiciye hiçbir masraf yüklememesi gerekmektedir (BGB § 327n/4).

#### **d. Tazminat İsteme Hakkı**

Tüketicinin sözleşmeyi sonlandırma hakkını kullanabileceği haller mevcut olduğu takdirde (BGB § 327m/1), ifa yerine tazminat talep edilmesi mümkündür<sup>102</sup>. BGB § 280/1 hükmüne göre borçlu, sözleşme ilişkisinden doğan bir yükümlülüğünü ihlal ettiği takdirde, alacaklı ortaya çıkan zararın tazminini talep edebilir. Kanunda, BGB § 280/1 hükmünün 3. cümlesine atıfta bulunmaktadır (BGB § 327m/3). Bahsi geçen cümlede, borçlunun edimini borçlu olduğu gibi ifa etmediği takdirde, eğer borcun ihlali önemsiz nitelikte ise, alacaklının ifa yerine tazminat talep edemeyeceği belirtilmektedir. Şu halde, sözleşmeyi sonlandırma hakkında olduğu gibi, ifa yerine tazminat isteme hakkı bakımından da ürünlerdeki ayıbın önemli nitelikte olması aranmaktadır. Diğer ifadeyle, dijital ürünlerdeki ayıbın önemsiz olduğu durumlarda tüketici ifa yerine tazminat isteyemeyecektir<sup>103</sup>. Ayrıca, yine kanunun atıfta bulunduğu BGB § 281/4 hükmü uyarınca, tüketici ifa yerine tazminat talep ettiği anda artık ifayı talep etme hakkı ortadan kalkmaktadır.

Tüketicinin ifa yerine tazminat talep ettiği durumlarda, girişimcinin sözleşme çerçevesinde tüketiciye sağladığı ürünle ilgili talep hakları doğmaktadır. Girişimci, sözleşmeyi sonlandırma hakkında olduğu gibi burada da tüketicinin kullanımına sunduğu fiziki veri taşıyıcısının iadesini talep edebilir. Bunun yanında girişimci, dijital ürünün tüketici tarafından kullanımını sonlandırma hakkına da sahiptir.

#### **e. İspat Yükü**

Yeni düzenleme, ispat yüküne ilişkin tüketici lehine bazı karineler (*Vermutung*) ortaya koymakta ve ispat yükünü ters çevirmektedir<sup>104</sup>. İspat yüküne dair genel kurala göre, ayıp nedeniyle kanundaki hakları kullanmak

<sup>102</sup> **Pech**, Teil II, s. 548; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327m, Rn. 13.

<sup>103</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327m, Rn. 14.

<sup>104</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327k, Rn. 1.

isteyen tüketici, buna ilişkin olguları ispatlamak durumundadır<sup>105</sup>. Ancak Kanundaki yeni hükme göre dijital bir ürün, tüketiciye sağlanmasından itibaren bir yıl içerisinde kanunda belirtilen gereksinimlere aykırı bir duruma gelmişse, dijital ürünün sağlandığı sırada zaten ayıplı olduğu varsayılacaktır (BGB § 327k/1). Sürekli olarak kullanıma sunulan dijital ürünlerde ise, ürünün sağlandığı süre içerisinde kanunda belirtilen gereksinimlere aykırı olduğu tespit edilirse, daha önceki dönemde de ayıplı olduğu kabul edilir (BGB § 327k/2). Şu halde tüketici, dijital ürünün kendisine sağlandığı andan önce ayıplı durumda olduğunu ve dolayısıyla da ayıbın kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispat etmekten kurtulmuş olmaktadır. İspat yükünün tüketici lehine ters çevrilmesi, ayıbın ne zaman mevcut olduğunun geriye dönük şekilde tespit edilmesinin genellikle mümkün olmamasından kaynaklanır. Dijital ürünlerdeki ayıbın tüketiciye sağlandığı sırada zaten ayıplı durumda olduğunu ispat etmek tüketici bakımından neredeyse imkânsızdır. Bu nedenle kanun koyucu, tüketicinin konumunu güçlendirmek adına bu şekilde bir karine öngörmüştür<sup>106</sup>.

Tüketicinin dijital ortamının ilgili zamanda dijital ürünün teknik gereksinimlerini karşılamadığı veya tüketicinin bunu tespit etmek için gerekli olan makul bir işbirliğini göstermediği hallerde söz konusu ispat karineleri uygulanmayacaktır<sup>107</sup>. Ancak kanun, karinelerin uygulanmayacağına dair kuralı, girişimcinin sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciyi açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmiş olmasına bağlamaktadır (BGB § 327k/4)<sup>108</sup>. Dolayısıyla, tüketiciye bu konuda açık ve anlaşılır bir bilgilendirme yapılmadıysa, tüketicinin dijital ortamının uygun olmaması veya makul işbirliğini göstermemesi durumları, tüketici lehine olan karinelerin uygulanmasına engel olmayacaktır.

### *f. Zamanaşımı*

Tüketicinin dijital ürünün ayıplı olması nedeniyle sahip olduğu haklar, ürünün tüketiciye sağlanmasından itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir (BGB § 327j/1). Dijital ürünün sürekli şekilde sağlandığı durumlarda ise, ürünün sağlanmasının sona erdiği tarihten itibaren 12 aya kadar zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz (BGB § 327j/2). Aynı şekilde, güncelleme yükümlülüğünün ihlalinden doğan hak taleplerine dair zamanaşımı da, gün-

<sup>105</sup> Pech, Teil I, s. 511.

<sup>106</sup> Schulze, Nomos Kommentar, § 327k, Rn. 2.

<sup>107</sup> Wendehorst, s. 2919.

<sup>108</sup> Schulze, Nomos Kommentar, § 327k, Rn. 10.

celleme yükümlülüğü ile ilgili sürenin bitiminden itibaren 12 aya kadar işlemeyecektir (BGB § 327j/3). Dijital ürünlerdeki bir ayıp zamanaşımı süresi içerisinde ortaya çıkarsa, zamanaşımı ayıbın ilk defa ortaya çıktığı tarihten itibaren 4 aylık sürenin dolmasından önce başlamayacaktır (BGB § 327j/4).

#### **4. Girişimcinin Rücu Hakkı**

Tüketiciye dijital ürünü sağlayan girişimci, bu ürünü bir başka girişimciden temin etmiş olabilir. Alman Medeni Kanunu bu durumda her iki girişimciyi satış ortağı (*Vertriebspartner*) olarak tabir etmektedir (BGB § 327u). Tüketici ile sözleşme ilişkisi bulunan girişimci, ürünü temin etmiş olduğu diğer girişimcinin fiili sebebiyle bunu tüketiciye sağlayamadığı veya üründe bir ayıp meydana geldiği takdirde, tüketicinin sahip olduğu haklar için ödediği masraflar bakımından kanunda öngörülen şartlar çerçevesinde diğer girişimciye rücu etme hakkına sahiptir.

Dijital ürünün satış ortağı tarafından girişimciye tedarik edileceğine dair bir taahhüt mevcut olduğu takdirde, bu taahhüdün yerine getirilmemesi durumunda ürünün tüketiciye de sağlanamaması sonucu doğacaktır. Tüketici bu durumda yukarıda izah edildiği üzere tazminat talep etme hakkına sahiptir (BGB § 327c/1). İşte bu durumda girişimci, tüketiciye ödemek zorunda olduğu tazminat için satış ortağı olan kendi tedarikçisine başvurabilecektir. Benzer bir durum ürünün ayıplı olması halinde de karşımıza çıkmaktadır. Tüketici tarafından girişimciye karşı ileri sürülen ayıp, ürünün satış ortağı tarafından kullanıma sunulduğu sırada zaten mevcutsa, kanun gereğince girişimci tarafından üstlenilecek masraflar için satış ortağına rücu edilebilecektir<sup>109</sup>. Ancak buradaki masraflar yalnızca tüketici tarafından sonradan ifa talebinde bulunulması halinde ortaya çıkan masraflardır. Diğer deyişle, tüketicinin sözleşmeyi sonlandırma, bedelde indirim yahut ifa yerine tazminat istediği durumlarda, girişimcinin satış ortağına rücu hakkı bulunmamaktadır<sup>110</sup>.

Girişimcinin satış ortağına rücu hakkı altı aylık zamanaşımı süresine tabidir (BGB § 327u/2). Zamanaşımının başlangıcı bakımından kanunda ikili bir ayırım yapılmaktadır. Ürünün tüketiciye sağlanmaması nedeniyle tazminat talebinin söz konusu olduğu hallerde, tüketicinin bu hakkını kullandığı andan itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Ürünün ayıplı olması halinde ise, girişimci tarafından tüketicinin taleplerinin karşılandığı an, zamanaşımının başladığı andır.

---

<sup>109</sup> Wendehorst, s. 2919.

<sup>110</sup> Wendehorst, s. 2919.

### 5. Dijital Ürünlerdeki Değişiklikler

Alman Medeni Kanunu'nun yeni düzenlemeleri arasında, girişimci tarafından dijital üründe sonradan değişiklik yapılmasına dair hükümler bulunmaktadır (BGB § 327r). Bu hükümler yalnızca dijital ürünlerin sürekli şekilde sağlanmasına yönelik sözleşmeleri kapsamaktadır<sup>111</sup>. Söz gelimi, girişimcinin tüketiciye belirli bir süre yazılım sunmayı üstlenmesi ya da bulut depolama alanı sözleşmeleri bu çerçevede sayılabilir<sup>112</sup>.

Girişimcinin dijital üründe değişiklik yapması, daha önce açıklanan güncelleme yükümlülüğünden (BGB § 327f) farklıdır. Güncelleme durumunda, dijital ürünün sözleşmeye uygunluğunu sağlamak adına yapılan sınırlı değişiklikler söz konusudur. Bu başlık altında ele alınan husus ise, güncellenmenin ötesine geçen değişikliklerdir. Genellikle bu tür değişiklikler, dijital ürünün yeni sürümü (*Upgrades*) olarak tanımlanır. Kanuna göre girişimci, güncellenmenin ötesine geçen değişiklikleri yapma hakkına sahiptir. Ancak bunun için üç şartın birlikte (*Kumulativ*) bulunması aranmaktadır (BGB § 327r/1)<sup>113</sup>:

- Sözleşmede bu durumun öngörülmüş olması ve değişikliğin haklı bir nedene dayanması,
- Değişiklik sonucunda tüketiciye herhangi bir ek maliyet doğmaması,
- Değişiklik hakkında tüketicinin açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmesi.

Dijital üründe, tüketicinin dijital ürüne erişimini sınırlandıran veya dijital ürünün tüketici için kullanılabilirliğini etkileyen bir değişiklik yapılabilmesi için tüketicinin bilgilendirilmesi gerekmektedir. Kanuna göre böyle bir değişiklik, ancak tüketicinin değişiklikten önce kalıcı veri taşıyıcısı aracılığıyla bilgilendirilmesi halinde yapılabilir (BGB § 327r/2)<sup>114</sup>. Tüketicie yapılacak bilgilendirme, değişikliğin niteliklerini, zamanını ve tüketicinin değişiklikle sebebiyle sahip olduğu hakları kapsmalıdır (BGB § 327r/2)<sup>115</sup>.

<sup>111</sup> **Pech**, Teil II, s. 548; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327r, Rn. 1; **Schöttle**, s. 688.

<sup>112</sup> **Wendehorst**, s. 2919.

<sup>113</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327r, Rn. 4; **Möllnitz**, Christina: "Änderungsbefugnis des Unternehmers bei digitalen Produkten", MultiMedia und Recht – Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, Heft 2, 2021, s. 117.

<sup>114</sup> **Möllnitz**, s. 119; **Schöttle**, s. 688; **Pech**, Teil II, s. 549; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327r, Rn. 8.

<sup>115</sup> **Möllnitz**, s. 119; **Pech**, Teil II, s. 549; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327r, Rn. 8.

Dijital üründe yapılan değişiklik, tüketicinin ürüne erişimini veya ürünün kullanılabilirliğini etkiliyorsa, tüketici 30 gün içerisinde sözleşmeyi ücretsiz olarak sonlandırma hakkına sahiptir<sup>116</sup>. Süre, girişimci tarafından yapılacak bilgilendirmenin tüketici tarafından alınmasıyla birlikte başlar. Ancak dijital ürünlerdeki değişiklik tüketicinin bilgilendirilmesinden sonra yapılmışsa, artık sürenin başlangıcı değişikliğin yapıldığı andır (BGB § 327r/3). Tüketicinin değişiklik nedeniyle dijital ürüne erişimi veya kullanımında meydana gelen olumsuzluk önemsiz nitelikte ise, sözleşmenin sonlandırılması mümkün değildir (BGB § 327r/4)<sup>117</sup>. Aynı şekilde, tüketici değişmeyen (önceki) dijital ürüne hiçbir ek ücret ödemediği takdirde erişebiliyorsa, sözleşmeyi sonlandırma hakkı bulunmamaktadır<sup>118</sup>.

### SONUÇ

Dijital ürünlere ilişkin sözleşmeler hakkında Alman Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklik, beraberinde muhtelif yenilikleri getirmektedir. Kanun değişikliği büyük oranda Avrupa Birliği Dijital İçerik Direktifi'ne paralel olacak biçimde tasarlanmıştır. Kapsam itibariyle tüketici sözleşmelerini konu edinen yeni düzenleme, dijital ürün kavramını dijital içerik ve hizmetleri kapsayacak şekilde geniş açıdan ele almaktadır. Bunun temelinde, dijital içerik ve dijital hizmet kavramlarının günden güne hızlı bir biçimde değişmekte olması yatmaktadır. Zira dijital ürün kavramının dar bir biçimde gündeme alınmış olması, hızla değişen ihtiyaçlar ve yenilikler karşısında mevcut düzenlemenin kısa zaman içerisinde yetersiz kalması sonucunu doğuracaktır. Öte yandan dijital unsurlar barındıran her sözleşme de yeni düzenlemenin alanına girmemektedir. Nitekim hangi sözleşmelerin kapsam dışı bırakıldığı Kanunda detaylı biçimde düzenlenmiştir.

Kanunda getirilen önemli yeniliklerden biri, tüketicinin karşı edim olarak kişisel verilerini girişimciye sağlamasına ilişkin sözleşmelere cevaz vermesidir. Diğer deyişle tüketici, almış olduğu dijital ürüne karşılık parasal bir bedel ödemek yerine kişisel verilerini sağlamak suretiyle kendi edimini ifa edebilecektir. Ancak bu durum, en başta sözleşme ile bağlanma iradesi bakımından sorunlu görülmekte ve tartışmalara konu edilmektedir. Bir diğer önemli durum ise, sözleşmeden dönme ve fesih kavramlarının her ikisini karşıladığı ileri sürülen sözleşmenin sonlandırılması (Vertragsbeendigung)

<sup>116</sup> **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327r, Rn. 10; **Schöttle**, s. 688.

<sup>117</sup> **Pech**, Teil II, s. 549; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327r, Rn. 11.

<sup>118</sup> **Möllnitz**, s. 120; **Schöttle**, s. 688; **Pech**, Teil II, s. 549; **Schulze**, Nomos Kommentar, § 327r, Rn. 11.

şeklinde yeni bir kavramın Kanuna dâhil edilmesidir. Alman Kanun Koyucusu'nun, Dijital İçerik Direktifi'ndeki bu kavramı Kanuna uyarlamak yerine doğrudan aktarmış olması dikkat çekicidir. Tüm bunların dışında, ispat yükünün tüketici lehine ters çevrilmesi ve dijital ürünlerin mahiyeti gereğince meydana gelebilecek güncellemeler ile değişiklikler gibi konularda tüketiciye koruma sağlanması, düzenlemenin olumlu yanları olarak görülmektedir.

#### KAYNAKÇA

- Büyüksağış**, Erdem: “Yapay Zeka Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 2, 2021, ss. 529-541.
- Klink-Straub**, Judith: “Do ut des data – Bezahlen mit Daten im digitalen Vertragsrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 74 (2021), Heft 44, ss. 3217-3222.
- Langhanke**, Carmen/**Schmidt-Kessel**, Martin: “Consumer Data as Consideration”, *Journal of European Consumer and Market Law*, Heft 6, 2015, ss. 218-223.
- Lohsse**, Sebastian/**Schulze**, Reiner/**Staudenmayer**, Dirk: *Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy, 1. Auflage, Nomos Verlag, 2020.
- Möllnitz**, Christina: “Änderungsbefugnis des Unternehmers bei digitalen Produkten”, *MultiMedia und Recht – Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung*, Heft 2, 2021, ss. 116-121.
- Pech**, Sebastian: “Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen – Ein Überblick zu den Neuregelungen im BGB (Teil I)”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht*, Heft 18, 2021, ss. 509-512.
- Pech**, Sebastian: “Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen – Ein Überblick zu den Neuregelungen im BGB (Teil II)”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht*, Heft 19, 2021, ss. 547-549.
- Rosenkranz**, Frank: “Spezifische Vorschriften zu Verträgen über die Bereitstellung digitaler Produkte im BGB”, *Zeitschrift für Urheber und Medienrecht*, Heft 3, 2021, ss. 195-210.
- Schöttle**, Hendrik: “Software als digitale Produkt – Was bringen die gesetzlichen Neuregelungen?”, *MultiMedia und Recht – Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung*, Heft 9, 2021, ss. 683-690.
- Schrader**, Paul T.: “Verträge über digitale Produkte: lediglich rechtlicher Vorteil für den Minderjähriger”, *Juristische Arbeitsblätter*, Heft 3, 2021, ss. 177-184.
- Schreiber**, Kristina: “Ein neues Vertragsrecht für digitale Produkte”, *MultiMedia und Recht – Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung*, Heft 8, 2021, ss. 601-603.



**Schulze, Reiner:** Bürgerliches Gesetzbuch-Handkommentar, 11. Auflage, Nomos Verlag, 2021.

**Spindler, Gerald:** “Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte in das BGB”, MultiMedia und Recht – Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, Heft 6, 2021, ss. 451-457.

**Staudenmayer, Dirk:** “Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte”, Neue Juristische Wochenschrift, Heft 35, 2019, ss. 2497-2501.

**Wendehorst, Christiane:** “Die neuen Regelungen im BGB zu Verträgen über digitale Produkte”, Neue Juristische Wochenschrift, Heft 40, 2021, ss. 2913-2919.

**BİR ZAYIF YARGISAL DENETİM YÖNTEMİ ÖRNEĞİ  
OLARAK KANADA HAKLAR VE  
ÖZGÜRLÜKLER BEYANNAMESİ'NİN 33. MADDESİ'NİN  
(ASKIYA ALMA HÜKMÜ) DEĞERLENDİRİLMESİ**

*(Araştırma Makalesi)*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1089752>

**Dr. İsmail YÜKSEL<sup>\*,\*\*</sup>**

**Öz**

*Kanada Haklar ve Özgürlükler Beyannamesi'nin 33. maddesiyle parlamento'ya tanınmış olan temel hak ve hürriyetlere dair güvenceleri askıya alma yetkisi yeni bir yargısal denetim modeli yaratmıştır. Bu modelde mahkemeler yasama işlemlerinin yargısal denetimini yapmakta ancak mahkemelerin verecekleri kararlar ya da mahkemelerin denetim yetkisi parlamento tarafından askıya alınabilmektedir.*

*Kanada'nın 1982 tarihli Anayasası'nın yapımı sürecinde eyaletler ve federal hükümet arasındaki pazarlıkların sonucu olarak Beyanname'ye eklenen 33. madde, anayasa yargısına getirilen çoğunluk karşıtlığı eleştirisine bir cevap; parlamento üstünlüğü ile yargısal denetimi uzlaştıran bir yöntem olarak düşünülmüştür. 33. madde hem federal hem eyalet yasama organlarına olağan dönemlerde, salt çoğunlukla beş yıl süreyle temel haklardan bir kısmı için yargısal denetimi askıya alma yetkisi tanımaktadır.*

*33. maddenin metrukiyete düşmesi nedeniyle Kanada'da her ne kadar hukuken zayıf bir yargısal denetim sistemi kurulmuş olsa da uygulamada Kanada mahkemelerinin yetkisinin Amerika Birleşik Devletleri'ndekilerden farklı olmadığı iddia edilmiştir. Bununla beraber son yıllarda madde daha sık gündeme gelmeye başlamıştır.*

---

\* Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Antalya (yuksel.ism@gmail.com), ORCID: 0000-0001-8740-3520 (Geliş Tarihi: 14.08.2021-Kabul Tarihi: 13.12.2021) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

\*\* Antalya Bilim Üniversitesi Anayasa Hukuku ABD Jülide Yaşar'a katkıları için teşekkür ederim.

*Maddeye getirilen en önemli eleştiri, askıya alma yetkisinin temel hak ve hürriyetleri koruma rejimini neredeyse çalışmaz hale getirebileceğidir. Yasama çoğunluğuna hakları askıya alma yetkisi verilmesi sert anayasaların hedefledikleri korumanın tam tersine çalışmaktadır. 33. maddeyi savunan yazarların temel dayanakları ise demokratik karar alma mekanizmalarına öncelik vermesidir.*

### **Anahtar Kelimeler**

*Anayasa Yargısı, Zayıf Yargısal Denetim, Kanada, Temel Haklar, Parlamento Üstünlüğü*

## **REVIEW OF SECTION 33 OF CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS (OVERRIDE CLAUSE) AS AN EXAMPLE OF WEAK-FORM JUDICIAL REVIEW**

*(Research Article)*

### **Abstract**

*Override power given to the parliament by section 33 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms created a novel judicial review system. In this model courts can rule on the conformity of the acts to a constitution or a rights charter, but their decisions can be overridden by the parliament. This model is named as “weak-form judicial review” or “New Commonwealth Model”.*

*Section 33. empowers the legislative bodies of both the territories and the federal government to override judicial review for a period of five years. Disuse of override clause construed as a constitutional convention against its use, and it has been argued that although Canada has a de iure weak-form judicial review system because of disuse of section 33, de facto Canadian courts enjoy Powers like their counterparts in the USA.*

*Most powerful criticism levelled at the section is that the override power can render protection system of fundamental rights useless, and the override power given to the parliamentary majorities is in conflict with the aims of an entrenched constitution. Defenders of the section mainly rely on its empowerment of the democratic decision-making process over unelected judges.*

### **Keywords**

*Constitutional Review, Weak-For Judicial Review, Canada, Fundamental Rights, Parliamentary Sovereignty*

## GİRİŞ

1803 yılında Yargıç John Marshall, Federal Yüksek Mahkemenin yasama organının ürünü olan yasaları anayasaya aykırılık gerekçesiyle uygulamayabileceğini karara bağlarken, İngiltere’de yerleşmiş olan parlamento üstünlüğünü reddetmekteydi. Yargıç Marshall’ın Marbury v. Madison davasında verdiği bu karar, Amerika Birleşik Devletleri’nde bugün dahi tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Marbury v. Madison davasından yaklaşık iki yüzyıl sonra 1982 yılında, Kanada ne güney komşusunun ne de İngiltere’nin anayasal sistemini kabul edecek ve kendine has üçüncü bir yol yaratacaktır. Kanada’yı takiben İngiliz Devletler Topluluğu’nun diğer üyeleri tarafından da uygulanmaya başlayan bu yöntem öğretilde çoğunlukla “Zayıf Yargısal Denetim Sistemi” olarak anılmaktadır. Bu çalışma anayasa yargısı alanında ortaya çıkan bu sıra dışı yetki paylaşımını ilk örneğini inceleyerek açıklamaya çalışacaktır.

TUSHNET, Amerika Birleşik Devletleri ve Kıta Avrupası’nda geçerli olan, mahkemelerin anayasanın ne anlama geldiğini belirlemede tek yetkili mercii olduğu ve onların anayasa yorumlarının diğer organları da bağladığı yargısal denetim sistemlerini güçlü yargısal denetim sistemleri<sup>1</sup>; 1982 tarihli Kuruluş Kanunu’nun<sup>2</sup> birinci kısmı olarak yürürlüğe giren Kanada Haklar ve Özgürlükler Beyannamesi<sup>3</sup> ile kurulan sistemi ise zayıf yargısal denetim sistemi olarak nitelemektedir<sup>4</sup>.

Çalışmamız anayasal denetim alanında parlamento üstünlüğü ve güçlü yargısal denetim yerine, yasama ve yargı arasında farklı güç dengelerine izin veren bir yelpaze yaratan ve sonrasında İngiliz Devletler Topluluğu’nda yayılan Kanada’nın bu kendine özgü sisteminin ortaya çıkışını ve uygulamasını Türk öğretisine tanıtmayı amaçlamaktadır. Beyanname ile kurulan sistemin hem Anglosakson hukuk ailesine ait olması hem de Kıta Avrupası’nda hiçbir benzerinin bulunmaması nedeniyle çalışma karşılaştırmalı bir inceleme değil, bir vak’a incelemesi olarak planlanmıştır. Aşağıda değinileceği üzere zayıf yargısal denetim sistemi temel hak ve hürriyetler açısından, kanımızca yeterli korumayı sağlamaktan uzaktır. Bununla beraber zayıf yargısal dene-

<sup>1</sup> **Tushnet**, Mark: “Alternative Forms of Judicial Review” Michigan Law Review, Cilt 101, Sayı 8, (2003), s. 2784. (Alternative)

<sup>2</sup> Buradan itibaren sadece “Anayasa” olarak anılacaktır.

<sup>3</sup> Buradan itibaren sadece “Beyanname” olarak anılacaktır. (<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-12.html>, en son 14 Ağustos 2021 tarihinde ziyaret edilmiştir.)

<sup>4</sup> **Tushnet**, (Alternative), s. 2785.

tim sistemleri yasama ve yürütme arasında diyalog kurulmasına imkân veren ara yöntemlerin planlanabileceğini göstermektedir. Kanada modelinin daha yakından incelenmesi ile güçlü yargısal denetim sistemleri için de dersler çıkartılabilecektir.

Kanada’da parlamento üstünlüğü hiçbir zaman İngiltere’deki saf haliyle var olmamış, parlamento tam anlamıyla egemen hale gelmemiştir. Koloni idaresi sırasında dahi yasama organlarına önemli sınırlamalar getirilmiş ve yasama 1867’den bu yana yargı tarafından denetlenebilecek sınırlamalara tabi olmuştur<sup>5</sup>. İngiltere kendi topraklarında parlamento egemenliğinden 1998 yılına kadar taviz vermezken Kolonisi’nin yargısal denetim altında kalmasını tercih etmiştir. Ne var ki parlamento egemenliğinin saf biçimde kabul görmemiş olması Beyanname’ye, seçilmemiş ve sorumluluk taşımayan yargıçların halkın seçilmiş temsilcilerinin yaptığı yasaları iptal edebilmesinin demokratik bir toplumla bağdaşmadığı eleştirisinin yönelttilmesini engellemeyecektir<sup>6</sup>. Aşağıda görüleceği üzere Beyanname’nin metnine bakıldığında yargı organı Amerika Birleşik Devletleri ve Kıta Avrupası’nda kine kıyasla daha güçsüz gözüktüğü de uygulama bu yönde gelişmemiştir.

1982 tarihli Kanada Anayasası’nın yapım sürecinde gerçekleştirilen müzakereler sonucunda, son anda, 1960 tarihli Kanada Haklar Bildirgesi’nin 2. maddesinin yeni anayasaya da alınmasına karar verilmiştir<sup>7</sup>. Anayasa hukuku açısından yeni ve benzeri görülmemiş bir düzenleme getirmesine rağmen, Beyanname’nin 33. maddesi iki farklı anayasal teori arasında bir uzlaşma sağlama çabasıyla ziyade, Kanada Anayasası’nın kabul edilmesi için federal hükümet ile eyaletler arasında yapılan uzun müzakerelerin sonucunda, pratik nedenlerle varılmış bir uzlaşmanın sonucudur<sup>8</sup>. Beyanname’nin 33. maddesi yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla benzersiz<sup>9</sup>, şu an içinse ayrıksı bir anayasa yargısı modeli kabul etmektedir.

<sup>5</sup> **Russell**, Peter H.: “Standing Up for Notwithstanding” Alberta Law Review, Cilt 29, Sayı 2, (1991), s. 293.

<sup>6</sup> **Hogg**, Peter W./**Thornton**, Allison A. Bushell: “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, Osgoode Hall Law Journal, Cilt 35, Sayı 1, (1997), 75-124.s. 7.

<sup>7</sup> **Gardbaum**, Stephen: “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, The American Journal of Comparative Law, Cilt 49, Sayı 4, (2001), s. 722. (Commonwealth Model)

<sup>8</sup> **Axworthy**, Thomas S.: “The Notwithstanding Clause: Sword of Damocles or Paper Tiger?”, Policy Options, Mart 2007, s. 61.

<sup>9</sup> **Jonahsen**, David/**Philip**, Rosen: “Background Paper; The Notwithstanding Clause of the Charter”, Library of Parliament, Publication no. BP-194-E, 2012, s. 2. 1960 tarihli

*Madde – 33: Bağlı Olmama Şartı*

33. (1) Parlamento ya da bir eyaletin yasama organı, Parliamentonun ya da yasama organının kabul ettiği kanunlarda, söz konusu kanunun bir hükmünün bu Beyanname'nin ikinci ve, yedinci ila on beşinci maddeleri arasındaki maddelerinde yer alan bir hükümle bağlı olmadan uygulanacağını açıkça bildirebilir.

(2) Hakkında bu madde uyarınca bir bildirimde bulunulmuş olan kanun ya da kanun maddesi, bu Beyanname'nin bildirimde atfta bulunulan hükmeleriyle bağlı olmasaydı nasıl uygulanacaksa o şekilde etki doğuracaktır.

(3) Paragraf (1) uyarınca yapılmış olan bildirim eğer daha önceki bir tarih bildirimde belirlenmediyse yürürlüğe girmesinin ardından beş yıl geçmesiyle etkisini yitirir.

(4) Parlamento ya da bir eyaletin yasama organı paragraf (1) uyarınca yapılan bir bildirimini yineleyebilir.

(5) Paragraf (3) hükmü, paragraf (4) uyarınca yapılan yineleme halinde de uygulanır.

33. madde Kanada Federal Parliamentosuna ve eyalet yasama organlarına bir kanunu sıradan kabul çoğunluğuyla Kanada Yüksek Mahkemesinin denetiminden beş yıl süreyle koruma imkânı vermektedir. Bu yetki kanunun yasalaşması sırasında kullanılabileceği gibi bir iptal kararının ardından da kullanılabilecektir. 33. madde bu yetkiye iki sınırlandırma getirmiştir. Bunlardan ilki zaman bakımındandır; 33. madde bir seferde en fazla beş yıl için kullanılabilir ancak bu sürenin ardından sınırsız defa yenilenebilmektedir. İkinci sınırlandırma ise Beyanname kapsamındaki haklar bakımındandır. Her ne kadar 33. madde; din ve vicdan hürriyeti, ifade hürriyeti, toplantı hürriyeti, dernek kurma hürriyeti, yaşam hakkı, kişi hürriyeti, ayrımcılık yasağı, konut dokunulmazlığı, adil yargılanma hakkı, insanlık dışı ve zalimane muamele yasağı için kullanılabilse de dil hakları, seyahat ve yerleşme hürriyeti ile seçme ve seçilme hakkı için kullanılamayacaktır.

Kanımızca beş yıl gibi uzun bir süreyle kullanılsa da maddenin etkisi geçici olduğu için, kullanılmasının yarattığı sonucu “askıya alma” olarak nitelendirmek yerinde olacaktır.

Çalışmamızın ilk bölümü zayıf yargısal denetim sistemlerini kısaca açıklamakta; ikinci bölüm 33. maddenin yasalaşma serüveni ile maddeye

---

Kanada Haklar Beyanname'si'nin 2. maddesinde de parlamentoya askıya alma beyanı imkânı tanınmıştır. Buna karşın sert bir anayasanın parçası olan bir beyanname için 33. madde ilktir.

yönelik öğretinin değerlendirmelerini ele almakta; son bölüm ise askıya alma hükmünün uygulanmasını, ya da kimi yazarlara göre uygulanmamasını, değerlendirmektedir.

### I. ZAYIF YARGISAL DENETİM SİSTEMİ

Zayıf yargısal denetim sistemleri kısaca; yargı organının yasamanın işleminin anayasallığı üzerinde vermiş olduğu kararın yasama organı tarafından anayasa değişikliği usulünün işletilmesine gerek olmaksızın kalıcı veya geçici biçimde etkisiz kılınabileceği sistemleri ifade etmektedir. Zayıf yargısal denetim sistemlerinin ayırt edici özelliği yasama organlarının olağan çoğunluklarla ve kısa süre içerisinde yargı kararlarını devre dışı bırakabilmesidir<sup>10</sup>. Aynı anayasal sistem içinde anayasada düzenlenmiş kimi konuların zayıf, kimi konuların ise güçlü yargısal denetim konusu yapılması da mümkündür<sup>11</sup>. Örneğin temel haklar alanında güçlü, anayasanın kalan hükümleri için zayıf yargısal denetim sistemi kabul edilebilir. GARDBAUM ise, zayıf yargısal denetim sistemi yerine “Yeni İngiliz Devletler Topluluğu Modeli” olarak adlandırdığı sistemin belirleyici özelliklerini şöyle saymaktadır; i) yasalaştırılmış bir haklar beyannamesi veya bildirgesi, ii) bu hakları korumak için sıradan yetkilerin ötesinde güce sahip bir yargı organı ve iii) yargının rolü ne olursa olsun, sıradan çoğunlukçu bir oylama ile hukukun ne olduğuna yargının değil yasamanın karar vermesini sağlayan bir yöntem<sup>12</sup>. Yazar’a göre bu yöntemle denge ve denet sistemi temel haklar alanına da taşınmış olmaktadır<sup>13</sup>.

Güçlü yargısal denetim sistemlerinde yasama organı kısa vadede yargı organının kararını kabullenmek ve uygulamak zorundadır. Buna karşın güçlü yargısal denetim sistemlerinde de yasama organları anayasa yargısı organlarının kararları üzerinde kısa vadede değişiklik yaratamasa da seçimle göreve gelen yürütme veya yasama uzun vadede mahkemelerin üyelerini değiştirerek önceki yorumların değişmesini sağlayabilirler<sup>14</sup>. Bu nedenle temel haklar alanında son sözün yargı organına bırakıldığı demokrasilerde de aslına bakılırsa bu son söz iddia edildiği kadar kesin değildir. Yargı organının almış

<sup>10</sup> Tushnet, (Alternative), s. 2786.

<sup>11</sup> Tushnet, (Alternative), s. 2802.

<sup>12</sup> Garbbaum, Stephen: “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, International Journal of Constitutional Law, Cilt 8, Sayı 2, (2010), s. 169. (Reassessing)

<sup>13</sup> Garbbaum, (Commonwealth Model), s. 724.

<sup>14</sup> Tushnet, Mark: “Weak-Form Judicial Review and Core Civil Liberties” Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Cilt 41, Sayı 1, (2006), s. 4. (Liberties)

olduğu kararı aşmak için anayasa değişikliği yapılması ya da anayasal denetim organlarının yapısının, yetkilerinin veya üyelerinin değiştirilmesi mümkündür. Ülkemizde de özelleştirmelerin önünün açılması için 1999 yılında 4446 sayılı kanunla ve 367 krizi sonrasında 2007 yılında 5678 sayılı kanunla yapılan değişiklikler bu durumun örnekleridir. Özellikle denetim organlarının yapısı ve yetkilerine yönelik müdahalelerin, zayıf yargısal denetim sistemlerinin yaratacağı kamuoyu tartışmasından daha tercih edilebilir araçlar olmadığı açıktır<sup>15</sup>. Zayıf yargısal denetim modeli tek bir sistemi değil anayasa yargısı organlarının kararlarının kesin olmadığı farklı düzenlemelerin yer aldığı bir gruba ifade etmektedir. Bu nedenle zayıf yargısal sistemin uygulandığı tüm ülkelerdeki düzenlemelerin tek tek ele alınması bu çalışmanın sınırlarının ötesindedir. Bu bölümde zayıf yargısal sistemlerin tamamı için geçerli olan açıklamalara yer verilmiştir.

Parlamento üstünlüğü ve temel hakların korunmasını dengelemeyi amaçlayan ilk düzenleme, sadece federal devlet için bağlayıcı, yasa gücündeki bir belge olan 1960 tarihli Kanada Haklar Bildirgesi sistemiydi<sup>16</sup>. 1960 tarihli Bildirge tüm kanunların aksi açıkça belirtilmedikçe saydığı hakları ihlal etmeyecek şekilde yorumlanmasını emrediyordu<sup>17</sup>. Bu sistem daha sonra 1998 tarihli Birleşik Krallık İnsan Hakları Kanunu'nda da yer alacaktır. Bununla beraber Kanada Haklar Bildirgesi mahkemelerin kendi rollerini parlamento egemenliği ilkesine uygun biçimde belirlemesi ve yasama işlemlerini iptal etmekten kaçınması nedeniyle etkisiz kalmıştır<sup>18</sup>. 1960-1982 yılları arasında Kanada Yüksek Mahkemesi sadece bir federal kanunu Bildirgeyi ihlal ettiği gerekçesiyle iptal ettiği ve askıya alma kuralı sadece bir kez, o da tartışmalı bir durumda, kullanıldığı için eski düzenleme dikkat çekmemiştir<sup>19</sup>.

Yukarıda değinildiği gibi Kanada, Birleşik Krallık, Yeni Zelanda ve Avustralya'da görülmesi nedeniyle bu sistem Yeni İngiliz Devletler Topluluğu modeli olarak da adlandırılmıştır<sup>20</sup>. Bununla beraber Kanada'nın Beyanname'nin askıya alma hükmü ile kurduğu sistem, aşağıda daha ayrıntılı

<sup>15</sup> **Russell**, (Standing Up), s. 298.

<sup>16</sup> **Gardbaum**, (Commonwealth Model), s. 720.

<sup>17</sup> **Gardbaum**, (Commonwealth Model), s. 719.

<sup>18</sup> **Gardbaum**, (Commonwealth Model), s. 720.

<sup>19</sup> **Dodek**, Adam: "The Canadian Override: Constitutional Model or Bete Noire of Constitutional Politics", Israel Law Review, Cilt 49, Sayı 1, (2016), s. 51.

<sup>20</sup> **Weill**, Rivka: "The New Commonwealth Model of Constitutionalism Notwithstanding: On Judicial Review and Constitution Making", American Journal of Comparative Law, Cilt 62, Sayı 1, (2014), s. 128.



ele alınacağı üzere, artık neredeyse hiç kullanılmamaktadır ve uygulamada güçlü yargısal denetim sistemi ile aynıdır<sup>21</sup>. Uygulamada etkinliğini yitirmiş olsa da Kanada modeli Yeni Zelanda, Avustralya, Birleşik Krallık, Güney Afrika ve İsrail'i etkilemiştir<sup>22</sup>. 1994 yılında İsrail Temel Kanunları'nda yapılan bir değişiklik ile 33. maddedekine benzer bir yöntem kabul edilmiştir<sup>23</sup>. Bununla birlikte İsrail Yüksek Mahkemesinin fazla aktivist olduğu ve parlamentodaki seçilmiş temsilciler aracılığıyla beliren çoğunluk iradesine fazla müdahale ettiği iddiası ile<sup>24</sup> modelin İsrail'de de daha geniş çapta kullanılması teklif edilmiştir<sup>25</sup>.

TUSHNET'e göre Zayıf yargısal denetimin tercih edilmesinin temel nedeni, güçlü yargısal denetim modellerine getirilen en bilinen eleştiri olan çoğunluk karşıtlığı sorununa başarılı bir çözüm olmasıdır<sup>26</sup>. Kanımızca verilen bu yetkinin Kanada örneğinde kâğıt üzerinde kalması, bir yargısal denetim sisteminin güçlü ya da zayıf olmasının sadece yazılı metinlere bakılarak değil, daha yakından bir incelemeyle tespit edilebileceğini göstermektedir.

DIXON'a göre de anayasa yargısına getirilen demokratik eleştiriler zayıf yargısal denetim sistemlerine karşı büyük oranda geçersizdir<sup>27</sup>. Hatta Yazar zayıf yargısal denetim sistemlerinin demokrasi için faydalı olduğunu iddia etmektedir: Sistem hem yasama organlarının sürekli sınırlı zamanda ve hızlı çalışması nedeniyle oluşabilecek istemsiz temel hak ihlallerini, DIXON'ın deyimiyle kör noktaları<sup>28</sup>, hem de yasama süreçlerinin uzun zaman alması nedeniyle yasama çoğunluklarının gerçekten karşı çıkmasalar bile daha fazla oy kazandıracak girişimlere zaman ayırmak için azınlıklardan gelen hak taleplerini gündeme almamasıyla oluşan ataleti<sup>29</sup> tespit etmeye ve bu sorunları çözmeye uygundur<sup>30</sup>. Yasama ve yargı organları arasında bir anayasa normunun yorumu üzerinde tartışma yapılabilmesine olanak sağla-

<sup>21</sup> Weill, s. 129.

<sup>22</sup> Dodek, s. 54.

<sup>23</sup> Dodek, s. 50.

<sup>24</sup> Dodek, s. 46.

<sup>25</sup> Dodek, s. 45.

<sup>26</sup> Tushnet, (Liberties), s. 2.

<sup>27</sup> Dixon, Rosalind: "The Core Case for Weak-Form Judicial Review" *Cardozo Law Review*, Cilt 38, Sayı 6, (2017), s. 2201.

<sup>28</sup> Dixon, s. 2209.

<sup>29</sup> Dixon, s. 2210.

<sup>30</sup> Dixon, s. 2213.

yabilecek zayıf yargısal denetim TUSHNET'e göre de demokratik anayasacılığın uygulanması için belki de en iyi sistemdir<sup>31</sup>.

TUSHNET'e göre zayıf ya da güçlü yargısal denetim sistemlerinin uygulanması hükümet sistemi tercihlerini düzenleyen maddeler açısından önemli bir fark yaratmayacakken, yapısal hükümlere göre daha genel ifadelerle düzenlenmiş olan temel hak ve özgürlükler açısından bu tercih önem taşır<sup>32</sup>. Anayasalarda düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin bir kısmı için bu yorum isabetli olsa da kanımızca özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yapılmış olan anayasaların birçoğu, tıpkı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 19. maddesinde olduğu gibi, temel hak ve hürriyetlere ilişkin kesin ve sınırları iyi çizilmiş hükümler de içermektedir. Dolayısıyla bizce TUSHNET'in bu yorumu ancak ABD Anayasası gibi birinci dalga anayasacılık hareketinin ürünü olan veya bu belgelerle benzer sistematığe sahip hakları soyut ve genel şekilde ele alan düzenlemeler için geçerlidir.

TUSHNET, Türk anayasa öğretisinde çağrı kararları olarak bilinen ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzük'ünün 91. maddesindeki temel kanun yönteminin tanımlanması sırasında olduğu gibi yasama organına yol gösteren kararların da zayıf yargısal denetim yöntemine örnek olabileceğini belirtmektedir<sup>33</sup>. Yazar, ABD Yüksek Mahkemesi'nin ifade hürriyeti alanındaki içtihatları üzerine yaptığı inceleme sonucunda, zayıf yargısal denetimin uygulanmasıyla zaman içinde biriken yargısal tecrübe sonucunda anayasanın bir konuda ne anlama geldiğini belirlemesinin, nihayetinde belirli bir alanda güçlü yargısal denetimin oluşmasına neden olacağını belirtmektedir<sup>34</sup>. TUSHNET, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin geliştirmiş olduğu "takdir marjı" içtihadını zayıf yargısal denetimin bir örneği olarak görmekte ve AIHM'nin zamanla takdir marjını daraltarak Avrupa ölçeğinde bir standart oluşturmasını zayıf yargısal denetimin güçlü yargısal denetime evrilmesine örnek göstermektedir<sup>35</sup>. Kanımızca bu örneklerde yargısal denetim organlarının kendi kendilerini siyasi organlar lehine sınırlaması söz konusudur. Yargısal denetim organlarının anayasal sorunla karşılaştıkları ilk seferde nihai ve kesin yetkilerini kullanmaktan kaçınmaları kanımızca, yasama

<sup>31</sup> **Tushnet**, (Liberties), s. 7.

<sup>32</sup> **Tushnet** (Liberties), s. 8.

<sup>33</sup> **Tushnet**, (Alternative), s. 2794. TUSHNET bu tür kararları yasama organına düzenlediği konuyu yeniden gözden geçirme şansı verdiği için "*provisional*" yani geçici kararlar olarak adlandırmaktadır.

<sup>34</sup> **Tushnet** (Liberties), s. 20.

<sup>35</sup> **Tushnet**, (Liberties), s. 21.

organına askıya alma yetkisi verilmesiyle aynı sınıflandırmaya dahil değildir.

WEILL, bir ülkede mevcut anayasa yargısı sisteminin gücünün bu yetkiyi veren hukuk normlarının dilinden ziyade anayasa yapma süreciyle ilişkili olduğunu savunur. Yazara göre sıradan kanunlarla aynı biçimde parlamento tarafından verilen yetkinin zayıf, halk ya da eyaletler ve federal devlet arasındaki bir uzlaşma gibi yasama organının üzerindeki bir irade tarafından verildiği kabul edilen denetim yetkisinin ise güçlü yargısal denetim yaratacağını savunmaktadır<sup>36</sup>.

## II. KANADA HAKLAR VE ÖZGÜRLÜKLER BEYANNAMESİ'NİN ASKIYA ALMA KURALI

Askıya alma kuralı özetle belirli bir kanun için federal ya da eyalet yasama organları tarafından en fazla beş yıl süreyle yargının anayasallık denetiminin etkisiz kılınabilmesine olanak vermektedir. 33. madde askıya alma yetkisinin hem kanun yasalaşırken anayasallık denetimini önleyecek şekilde hem de anayasallık denetimi sonucunda verilecek bir iptal kararından sonra kullanılmasına izin vermektedir. Aşağıda görüleceği üzere uygulamada neredeyse tam olarak güçlü yargısal denetim modeline uymuş olsa da hukuki olarak Beyanname parlamento üstünlüğü ile güçlü yargısal denetim arasında bir uzlaşmanın ürünüdür. Kanada'da Anayasa'ya dayanan bir Yüksek Mahkeme kararını askıya almak için anayasa değişikliğine alternatif ve tamamen Kanada'ya özgü yeni bir yöntem kabul edilmiş<sup>37</sup>, daha önce eyalet hukuklarında bulunan<sup>38</sup> sistem Beyanname'nin 33. maddesine taşınarak ABD'de uygulanan ve Kanada'da başlangıcından beri yakından takip edilen güçlü yargısal denetim ile İngiltere'den miras aldığı parlamento üstünlüğü arasında bir ara yol yaratılmıştır<sup>39</sup>. Beyanname hakların bir kısmı için güçlü denetim sistemini tercih etmiş, askıya alma yetkisini ise yasama organlarına belirli haklar için tanımıştır. Kanımızca temel hakların bir tanesi için dahi zayıf yargısal denetim sisteminin kabul edilmesi bireylerin tüm temel haklarının sahip olduğu anayasal güvenceyi zayıflatacaktır. Beyanname'de olduğu gibi yaşam hakkı ve kişi hürriyeti gibi haklar için zayıf yargısal denetim sisteminin kabul edilmesi ancak seçme ve seçilme hakkı için güçlü

<sup>36</sup> Weill, s. 148.

<sup>37</sup> Russell, Peter H.: "The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", Canadian Bar Review, Cilt 61, Sayı 1 (1983), s. 45. (Purposes)

<sup>38</sup> Jonahsen, David/Philip, Rosen, (2012), s. 2.

<sup>39</sup> Weiler, Paul C.: "Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version" University of Michigan Journal of Law Reform, Cilt 18, Sayı 1, (1984), s. 54.

yargısal denetimin tercih edilmesi kanımızca tüm haklar için zayıf yargısal denetimin kabul edilmesinden farksızdır. Bununla beraber temel hak ve hürriyetler dışında kalan anayasa hükümleri için zayıf yargısal denetim sisteminin kabulü, temel hak ve hürriyetler için ise güçlü yargısal denetimin benimsenmesi anayasa yargısının varlık nedeniyle daha tutarlı olacaktır. Takip eden paragraflarda görüleceği üzere, ne 33. maddenin yarattığı güç dağılımının nasıl anlaşılması gerektiğine ne de niteliğine dair bir uzlaşma bulunmaktadır.

Kanada Yüksek Mahkemesi'ne göre 33. madde şekli bir araçtır ve kullanımının esasına yönelik bir değerlendirme ya da yargısal denetim yapılamaz<sup>40</sup>. Kanada Yüksek Mahkemesinin bu yaklaşımı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 2016 sonrasında olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelelerine olan yaklaşımıyla neredeyse aynıdır. 33. madde ile bir yasanın Beyanname'ye uygun olup olmadığını inceleme yetkisi yargı organına verilmiş ancak son söz, halk tarafından desteklenmekte olan Beyanname'nin sembolik gücüne karşı çıkmanın siyasi riskini alması halinde, yasama organına bırakılmıştır<sup>41</sup>. Kurumlar arasında yaratılmış olan bu iş bölümü WEILER'e göre Kanada'da temel haklara yönelik tehdidin yasama organının baskıcı kararlar alma ihtimalinden değil, yasama organının temel hakları yeterince dikkate almamasından kaynaklanacağı varsayımına dayanmaktadır<sup>42</sup>. Kanımızca bu iyimser varsayım Dünya'nın birçok ülkesinde geçerli olmaktan çok uzaktır.

RUSSELL'a göre mahkemelerin Beyanname ile korunan hakları garanti altına aldığını söylemek yanıltıcıdır; Beyanname sadece kişinin Beyanname'de sayılan haklarının ve özgürlüklerinin bir kanunla ya da yürütme organının bir işlemi ile ölçsüz biçimde ihlal edilip edilmediğinin yargı organı tarafından dikkatlice incelenmesini garanti etmektedir<sup>43</sup>. RUSSELL, kanımızca bu tahlilde oldukça haklıdır, çünkü yargı organı tarafından Beyanname'ye aykırı bulunsa da, yasama organları beş yıl boyunca ilgili kanunu uygulamaya devam etme yetkisine sahiptir.

Kanada sistemini HOGG ve THORTON bir diyaloga benzetmektedirler; yasama organı ulaşmak istediği sosyal ve ekonomik hedeflere, yargı tarafından tespit edilen hak ihlaline neden olmayan bir yöntemle ulaşabildiği

<sup>40</sup> **Weinrib**, Lorraine Eisenstat: "Learning to Live with the Override" McGill Law Journal, Cilt 35, Sayı 3, (1990), s. 555.

<sup>41</sup> **Weiler**, s. 82.

<sup>42</sup> **Weiler**, s. 82.

<sup>43</sup> **Russell**, (Standing Up), s. 296.

sürece, yargı kararının etkisi temel haklara daha fazla önem verilen bir yasama sürecini başlatmak olacaktır. Yazarlara göre yasama işlemini iptal eden yargı kararı yeni bir kanun ile aşılabılır, ya da yargı kararı geri alınabilir veya değiştirilebilirse yargısal denetimin meşruiyetinden kaynaklı endişeler de önemli ölçüde azalacaktır<sup>44</sup>. Kanada’da yazarların incelediği örneklerin çoğunluğunda yasama organı küçük değişikliklerle iptal edilen kanunun amacını gerçekleştirmeyi sağlayan, ancak temel hak ve hürriyet ihlallerini önleyen yasalar kabul etmiştir<sup>45</sup>. Bununla birlikte HOGG ve THORTON’un bu çıkarımlarının yer aldığı çalışmaları sadece iptal kararlarını ele aldığı, mahkemenin yorum yoluyla kanunların anlamını değiştirdiği vakaları değerlendirmede gerekçesiyle eleştiriye uğramıştır<sup>46</sup>. Ancak MANFREDI ve KELLY’nin bu eleştirisinde bizim konumuz olan 33. maddenin kullanımına hiç değinilmemektedir. İptal kararlarının ardından aynı konuda yeniden kabul edilen yasalarinsa birçoğunun, başlangıç kısımlarında temel haklara dair değerlendirmeler yer almaktadır<sup>47</sup>. Çok istisnai durumlarda anayasal çatışma giderilemeyecek derecededir<sup>48</sup> ve yasamanın ulaşmak istediği amacın kendisi anayasaya aykırı ise bir diyalog imkânsızdır<sup>49</sup>. Uygulamada yasama ve yürütme arasında bir diyalog kurulmuşsa da bu diyalog 33. maddeye dayanmamaktadır<sup>50</sup>. Başka bir ifadeyle HOGG ve THORNTON’un tarif ettiği diyalog, eğer varsa, Kanada’ya özgü değildir ve güçlü yargısal denetim sistemlerinde oluşandan farklılık göstermez. MAILY ise, eğer yasama ve yargı arasında eşit taraflardan oluşan bir diyalog kurulacaksa bunun tek yolunun 33. maddenin işletilmesi olduğunu savunmaktadır; 33. madde işletilmediği sürece yargı organı yasamaya göre üstündür ve eşitler arası bir diyalog yoktur<sup>51</sup>. DODEK’e göreyse, 33. maddenin işletilmesi siyasileşmiş ve canavarlaştırılmış olduğu için günümüzde bir diyalog sağlayamamaktadır<sup>52</sup>.

<sup>44</sup> **Hogg/Thornton**, (1997), s. 80. Hogg ve Bushell 1997 yılı itibariyle Kanada Yüksek Mahkemesinin iptal kararı verdiği tüm davaları incelemişlerdir.

<sup>45</sup> **Hogg/Thornton**, s. 97.

<sup>46</sup> **Manfredi**, Christopher P./**Kelly**, James B.: “Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell” *Osgoode Hall Law Journal*, Cilt 37, Sayı 3, (1999), s. 520.

<sup>47</sup> **Hogg/Thornton**, s. 101.

<sup>48</sup> **Hogg/Thornton**, s. 81.

<sup>49</sup> **Hogg/Thornton**, s. 94.

<sup>50</sup> **Albert**, Richard: “Advisory Review: The Reincarnation of the Notwithstanding Clause” *Alberta Law Review*, Cilt 45, Sayı 4, (2008), s. 1047.

<sup>51</sup> **Mailey**, Richard: “The Notwithstanding Clause and the New Populism” *Constitutional Forum*, Cilt 28, Sayı 4, (2019), s. 11.

<sup>52</sup> **Dodek**, s. 62.

HOGG, THORNTON ve WRIGHT, aynı konuda on yıl sonra kaleme aldıkları çalışmalarında ise Beyanname'nin zayıf bir yargısal denetim sistemi kurduğu görüşlerini, 33. maddeden ziyade, yasama organının yargı kararlarına rağmen iptale konu düzenlemenin amaçlarını çoğu zaman gerçekleştirebilmesine dayandırmaktadırlar<sup>53</sup>.

KAHANA 33. maddeye çok daha farklı bir açıdan yaklaşmaktadır. KAHANA'nın öne sürdüğü "anlaşmazlık üzerinde tartışma yaklaşımı"na göre Kanada modelinde yargıya verilmiş olan görev yasama organını denetlemek değil, Beyanname'nin anlamı üzerinde tartışmaktır. Bu yaklaşım yazara göre yasama organını denetlemekle görevli olan yargının, 33. maddenin kullanımıyla bu sefer yasama tarafından denetlenmesi tutarsızlığını ortadan kaldırmaktadır. Bu sistemde yasama yargının kararına uyabileceği gibi, 33. maddeyi kullanarak yargı kararını reddedebilir<sup>54</sup>. KAHANA'nın bu yaklaşımı kanımızca yasama organlarının bilinçli olarak 33. madde ile verilen bu yetkiyi kötüye kullanmayacakları kabulüne dayanmaktadır. Yazara göre, 33. maddenin yargı kararı beklenmeksizin kullanılması, askıya almanın kamuoyu tarafından fark edilmemesine yol açar<sup>55</sup>. Bu nedenle KAHANA'ya göre 33. maddede öngörülene benzer bir askıya alma kuralı ancak yargı kararının verilmesinden sonra kullanılmaya açık olursa, yargı ve yasama arasında bir tartışma yaratarak faydalı olabilir<sup>56</sup>.

### A. Yasalaşma Süreci

33. madde 1982 tarihli Kanada Anayasası'nın kabulünü mümkün kılan, 11 eyaletin Quebec dışında kalan 10'u arasındaki uzlaşının sağlanmasında hayati öneme sahipti<sup>57</sup>. Quebec başlangıcından itibaren Beyanname'ye karşı çıkmaktaydı. 33. madde ilk kez Saskatchewan delegeleri tarafından güçlü yargısal denetim sistemi taraftarları ve karşıtları arasında bir orta yol olarak önerilmiştir<sup>58</sup>. Ontario temsilcisi maddenin kötüye kullanılmasına karşı en sağlam güvencenin siyasal sorumluluk olduğunu söylemiştir. Dönemin adalet bakanı ise askıya alma şartının 1960'tan beri Kanada hukukunda oldu-

<sup>53</sup> **Hogg**, Peter W./**Thornton**, Allison A. Bushell/**Wright**, Wade K.: "Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors", Osgoode Hall Law Journal Cilt 45, Sayı 1, (2007), s. 53.

<sup>54</sup> **Kahana**, Tsvi: "Understanding the Notwithstanding Mechanism", The University of Toronto Law Journal, Cilt 52, Sayı 2, (2002), s. 248.

<sup>55</sup> **Kahana**, s. 239.

<sup>56</sup> **Kahana**, s. 256.

<sup>57</sup> **Dodek**, s. 53.

<sup>58</sup> **Jonahsen**, David/**Philip**, Rosen, s. 3.

ğunu ve sadece bir kez kullanıldığını, mantıksız durumların ortaya çıkması halinde anayasa değişikliği yerine kullanılabilir esnek bir yöntemin gerekli olduğunu beyan etmiştir. Kanada'nın Beyanname'nin kabul edildiği sıradaki başbakanı 33. maddeye dair çekinceleri olduğunu ancak maddenin, son sözün mahkemelerde değil, halkın seçilmiş temsilcilerinden oluşan federal ve eyalet yasama organlarında olmasını sağladığını belirtmiştir<sup>59</sup>. Kanunlaşması aşamasında 33. maddeye yönelik yaklaşımların ortak yönü maddenin nadiren ve ancak yeterli kamuoyu desteği bulunduğu anda, kabul edilemez yargı kararlarına karşı uygulanacağı yönündedir<sup>60</sup>. Görüldüğü üzere 33. madde daha yapım aşamasında bir son çare olarak algılanmaktaydı.

Beyanname'nin yasalaşması sürecinde beliren en çetin argüman yargı üstünlüğünün, demokratik yönetim ve Kanada'daki mevcut parlamento egemenliğiyle bağdaşmıyor olmasıydı<sup>61</sup>. GOLDSWORTHY'nin kanımızca da isabetli tahliline göre 33. madde ne parlamento üstünlüğünü ne de yargı üstünlüğünü savunuları tam anlamıyla mutlu ederek etkin bir uzlaşma yaratmıştır<sup>62</sup>. 1981'e gelindiğinde eyaletler 33. Maddeyi, yargısal denetimin yasama yetkilerine etkisini azaltmak için ellerinde kalan en iyi seçenek olarak görmüşlerdir<sup>63</sup>. Federal hükümet ile temel hak ve hürriyetlerin Anayasa'da güvence altına alınmasına direnen eyaletler arasındaki müzakereler sonucunda, temel hak ve hürriyetler öncesine göre daha güvenceli bir konuma getirilirken, 33. madde Beyanname'ye eklenmiştir<sup>64</sup>.

33. maddenin, kadın-erkek eşitliğini düzenleyen 28. madde için de işletilebilmesine yönelik hüküm ise feministler ve insan hakları örgütlerinden gelen tepkiler üzerine madde metninden çıkartılmıştır<sup>65</sup>. 28. maddenin, 33. maddenin etki alanından çıkartılması aynı zamanda Beyanname'nin toplum tarafından da savunulacağını kanıtlamıştır<sup>66</sup>.

<sup>59</sup> **Jonahsen**, David/**Philip**, Rosen, s. 5.

<sup>60</sup> **Jonahsen**, David/**Philip**, Rosen, s. 6.

<sup>61</sup> **Weiler**, s. 65.

<sup>62</sup> **Goldsworthy**, Jeffrey: "Judicial Review, Legislative Override, and Democracy" Wake Forest Law Review, Cilt 38, Sayı 2, (2003), s. 453.

<sup>63</sup> **Carter**, Mark: "Diefenbaker's Bill of Rights and the Counter-Majoritarian Difficulty: The Notwithstanding Clause and Fundamental Justice as Touchstones for the Charter Debate" Saskatchewan Law Review, Cilt 82, Sayı 2, (2019), s. 137.

<sup>64</sup> **Whyte**, John D.: "Sometimes Constitutions are Made in the Streets: The Future of the Charter's Notwithstanding Clause" Constitutional Forum, Cilt 16, Sayı 2, (2007), s. 82. (Streets)

<sup>65</sup> **Jonahsen**, David/**Philip**, Rosen, s. 3.

<sup>66</sup> **Dodek**, s. 59.

Her ne kadar Beyanname'nin halk desteğini sağlamasının ardındaki temel neden hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması olsa da<sup>67</sup> federal hükümetin temel hakların Anayasa'ya alınmasını desteklerken güttüğü bir diğer amaç da milli birliği güçlendirmektir<sup>68</sup>.

## **B. Askıya Alma Hükümüne Dair Değerlendirmeler**

Öğretide askıya alma hükmü çok farklı açılardan ele alınmıştır. Hükme toptan karşı çıkanlar olduğu gibi, yeterince kullanılmaması nedeniyle eleştirilenler de mevcuttur.

### **1. Askıya Alma Hükümünün Lehine Görüşler**

33. maddenin oldukça büyük bir siyasi fatura ödenmeden kullanılmasının mümkün olmadığı yukarıda gösterildiği üzere gündeme geldiği andan itibaren dile getirilmiştir. WEILER da, her ne kadar 33. madde son sözü yasama organına bırakıyor olsa da bilerek ve isteyerek Beyanname ile çelişecek bir kanun yapan parlamentonun bunu çok açık bir şekilde belirtmesi gerektiğini<sup>69</sup>, temel hak ve hürriyetlere neredeyse âşık olan bir toplumda bunun siyasi bedeli olacağını ve siyasetçilerin ancak büyük kamuoyu desteğine sahip olduklarını düşündükleri durumlarda bu yola başvurabileceklerini iddia etmektedir<sup>70</sup>. Kısacası temel hak ve hürriyetler halk tarafından benimsenip korunduğu sürece 33. madde temel haklar için tehlikeli olamayacaktır. Bu noktada kanımızca sert anayasa ve güçlü anayasa yargısının tam tersi bir durumda, yani çoğunluğun temel hak ve hürriyetleri ihlal etmeye kararlı olduğu anlarda, asıl işlevini ortaya koyacağını belirtmek isteriz.

HOGG ve arkadaşlarına göre, yasama ve yürütme arasında bir tür diyalog kurulmasını sağlayan bu yeni sistem yargısal denetime yönelen çoğunluk karşıtlığı eleştirisine, tam bir cevap olmasa da ciddi bir meydan okumadır<sup>71</sup>.

Her ne kadar ilk okunuşta temel hak ve hürriyetlere sağlanan korumanın tamamen ortadan kalkmasına neden oluyor gibi gözükse de BRIAN, 33. maddenin Beyanname'nin 1. maddesinin ışığında yorumlanması gerektiğini, bu nedenle özgür demokratik bir toplumda savunulamaz ve ölçsüz sınırlamalara gene de izin vermeyeceğini iddia etmektedir. BRIAN'a göre 33.

<sup>67</sup> **Russell**, (Purposes), s. 31.

<sup>68</sup> **Russell**, (Purposes), s. 33.

<sup>69</sup> **Weiler**, s. 81.

<sup>70</sup> **Weiler**, s. 82.

<sup>71</sup> **Hogg/Thornton/Wright**, s. 7.



maddenin işletildiği durumlarda artık temel haklara müdahalenin ölçülü olup olmadığından ziyade, söz konusu durumda 33. maddenin kullanılmasının ölçülü ve özgür demokratik bir toplumda savunulabilir olup olmadığı yargı denetimine tabi olacaktır<sup>72</sup>. Daha açık bir ifade ile BRIAN'ın yorumunda 33. maddenin kullanımı da bir kanun ile olacağı için Beyanname'nin 1. maddesinde sayılan şartlara uygun olmalıdır. Kanımızca bu yorum 33. maddenin varlığı ile çelişmektedir. Eğer yasama organının yargısal denetimi askıya alması yargısal denetime tabi ise bu durumda 33. maddenin verdiği yetki içi boş bir yetkiden ibarettir. GROVER, 33. maddeyle mutlak bir yasama kısıntısı yaratılarak siyasal kararlarda son sözün yasama çoğunluğuna bırakılmasıyla demokrasinin güvenceye alındığını iddia edenlerin iddialarını safсата olarak nitelemektedir<sup>73</sup>. Yazar, 33.maddenin Beyanname'nin temel hak ve hürriyetlerin sadece özgür ve demokratik bir topluma uygun oldukları ispat edilebilecek biçimde sınırlanmalarına izin veren 1. maddesine istisna getirmediğini bu nedenle 33. madde kullanılırken de yasama organlarının 1. maddenin getirdiği bu yükümlülükle bağlı olduğunu savunmaktadır<sup>74</sup>. Yazara göre 33. maddenin kullanımının öngörülen etkisinin demokratik yaşam tarzı ile uyumlu olacağı ispatlanmadan askıya alma bildirimini kullanılması, Anayasa'ya aykırı olacaktır<sup>75</sup>. Bu görüşlere karşın, yukarıda da değinildiği üzere, Kanada Yüksek Mahkemesinin askıya alma bildirimini denetlemeyi reddettiğini hatırlatmak isteriz.

BLAKENEY, 33. maddenin temel hak ve hürriyetlerin çatışması halinde de uygulama alanı bulabileceğini belirtmektedir<sup>76</sup>. Yazara göre Beyanname'ye alınmamış olan hakların korunması yasama ve yürütmenin sorumluluğuyken, Beyanname kapsamındaki haklar yargı tarafından korunmaktadır. BLAKENEY, yargı organlarının Beyanname kapsamındaki bir hakkı korurken aşırıya kaçarak Beyanname'ye dâhil olmayan hakları göz ardı edebileceklerini iddia etmektedir<sup>77</sup>. Beyanname dışında kalan bir hak ile

<sup>72</sup> **Slattery**, Brian: "Canadian Charter of Rights and Freedoms -- Override Clauses Under Section 33 -- Whether Subject to Judicial Review Under Section 1." Canadian Bar Review Cilt 61, Sayı 1 (1983), s. 393.

<sup>73</sup> **Grover** Sonja: "Democracy and the Canadian Charter Notwithstanding Clause: Are They Compatible?", The International Journal of Human Rights, Cilt 9, Sayı 4, (2005), s. 484.

<sup>74</sup> **Grover**, s. 480.

<sup>75</sup> **Grover**, s. 481.

<sup>76</sup> **Blakeney**, Allan E.: "The Notwithstanding Clause, the Charter, and Canada's Patriated Constitution: What I Thought We Were Doing" Constitutional Forum, Cilt 19, Sayı (2010), s. 1.

<sup>77</sup> **Blakeney**, s. 7.

Beyanname'nin koruduğu bir hakkın çatışması durumunda 33. madde ile bu çatışmanın yargı organı değil yasama organı tarafından çözülmesi sağlanabilir<sup>78</sup>.

Görüldüğü üzere 33. madde iki temel gerekçe ile savunulmuştur. Bunlardan ilki 33. maddenin metninin açık ifadesine rağmen temel haklar açısından iddia edildiği kadar tehlikeli olmadığı, diğeri ise 33. maddenin demokratik meşruiyet ve çoğunluk karşıtlığı eleştirilerini bertaraf ettiğiidir.

Kanımızca 33. maddenin kullanımı ancak yasama organında ve kamuoyunda itinalı tartışmaların yapılması durumunda kendisinden beklenen faydaları sağlayacaktır. Ne var ki, Kanada Yüksek Mahkemesi *Ford* kararında bu hususu değerlendirmeye almamış, 33. maddenin tartışma veya değerlendirme yapılmadan kullanılmasına izin vermiştir<sup>79</sup>.

## 2. Askıya Alma Hükümünün Aleyhine Görüşler

33. madde aleyhine ileri sürülen görüşlerin kanımızca en önemli gerekçesi, maddenin sadece istisnai olarak ve bu amaçla kullanılmayabileceği; siyasi iktidarın bir noktada bu maddeyi baskıcı amaçlarla ve bazı gruplara akla yatkın gerekçeleri olmamasına rağmen ciddi yükümlülükler getirecek biçimde kullanabileceği endişesidir<sup>80</sup>. Kanımızca da geçtiğimiz on yıl içinde gerçekleşen anayasal zorlama örnekleri<sup>81</sup>, 33. madde ve benzeri düzenlemelerin partizanca kullanılmasının oldukça muhtemel olduğunu göstermektedir.

MAILEY de, kanımızca haklı biçimde, 33. maddenin verdiği yetkinin popülist liderler tarafından açıkça ve ısrarla kullanılacağını belirtmektedir<sup>82</sup>. Yazara göre popülist bir hükümet 33. maddeyi istisnai bir uyumsuzluk çözüm aracı olarak kullanmayacak, Beyanname'nin engellemek istediği parlamento üstünlüğünü yeniden kuracaktır<sup>83</sup>. Bu ise temel haklara ilişkin yargı kararlarının seçimden seçime ölüp ölüp dirilmesine neden olacaktır<sup>84</sup>.

WHYTE'a göre temel hakları sadece, seçilmiş bir çoğunluk askıya alınmalarına karar verene kadar koruyan bir anayasa vatandaşlara mantıksız

<sup>78</sup> **Blakeney**, s. 8.

<sup>79</sup> **Russell**, (Standing Up), s. 299.

<sup>80</sup> **Whyte**, John D.: "On Not Standing For Notwithstanding" Alberta Law Review, Cilt 28, Sayı 2, (1990), s. 355. (Not Standing)

<sup>81</sup> **Tushnet**, Mark V.: Constitutional Hardball (September 11, 2021). Forthcoming, Cambridge Handbook of Constitutional Theory (J. King & R. Bellamy eds.), s. 10.

<sup>82</sup> **Mailey**, s. 11.

<sup>83</sup> **Mailey**, s. 12.

<sup>84</sup> **Mailey**, s. 14.

gelecektir<sup>85</sup>. Yazara göre nasıl kullanılırsa kullanılsın, arkasındaki saik ne olursa olsun, 33. maddenin yasama organına tanıdığı yetki bir askıya alma yetkisi olarak görülecektir<sup>86</sup>. Yazara göre siyasetçilere 33. madde ile tanınan yetki ne mantıklıdır ne de prensiplere dayanmaktadır<sup>87</sup>.

AXWORTHY, 33. maddeyi oldukça renkli bir örnek ile resmetmektedir; “Tıpkı Odiseus’un sirenlerin şarkılarıyla baştan çıkartılmasını engellemek için kendini geminin direğine bağlatması gibi, bir hak beyannamesi kabul eden toplumlar da kendilerini direğe bağlamış olurlar. Lakin askıya alma şartı Odiseus’a sirenlerin şarkılarının en kuvvetli olduğu anda kendisini serbest bırakabilmesi için bir hançer vermekten başka bir şey değildir.”<sup>88</sup>.

RUSSELL, 33. maddenin atanmış yargıçların çoğunluk tarafından seçilmiş bir organın iradesini ortadan kaldırmaya yetkili olmayacağına dayanarak savunulamayacağını, bu savunmanın; özgürlükçü olmayan, aşırı basit, hürriyeti sağlamak için denge-denetleme mekanizmalarının gerekliliğinden ve çoğunluğun azınlığa dayatabileceği haksızlıklardan habersiz, ahlaken sığ bir demokrasi anlayışına dayanabileceğini belirtmektedir<sup>89</sup>.

LECKEY, 33. maddenin anayasal denetime konu kanunun uygulanmasını sağladığını ancak yargısal denetim yolunu tamamen kapatmadığını iddia etmektedir. Yazara göre Yüksek Mahkeme kanunun uygulanmasını durduramayacak olsa da hak ihlalinin tespit etmelidir<sup>90</sup>. LECKEY, bir adım daha ileri giderek 33. maddenin idarenin sorumluluğunu engelleyemeyeceğini, 33. madde ile korunan kanun hukuka uygun kabul edilse bile kişilerin idarenin mali sorumluluğunu işletmesinde 33. maddenin bir engel oluşturmayacağını savunmaktadır<sup>91</sup>.

### III. ASKIYA ALMA HÜKMÜNÜN UYGULANMASI

Aşağıda detaylı olarak ele alınacağı üzere kanımızca temel hak ve hürriyetler açısından oldukça büyük bir risk barındıran 33. madde Kanada’da neredeyse hiç uygulanmamaktadır. 33. maddenin kullanılmasına karşı adeta anayasa hükmünü ihmal eden bir teamül oluşmuş durumdadır.

<sup>85</sup> Whyte (Streets), s. 79.

<sup>86</sup> Whyte, (Streets), s. 80.

<sup>87</sup> Whyte (Streets), s. 84.

<sup>88</sup> Axworthy, s. 63.

<sup>89</sup> Russell, (Standing Up), s. 295.

<sup>90</sup> Leckey, Robert: “Advocacy Notwithstanding the Notwithstanding Clause” Constitutional Forum, Cilt 28, Sayı 4, (2019), s. 4.

<sup>91</sup> Leckey, s. 5.

33. maddenin kullanılmasının yasama organı için çok yüksek bir siyasi maliyete sahip olması nedeniyle neredeyse hiç kullanılmaması yargısal denetim karşıtlarınca sıklıkla dile getirilmektedir. GOLDSWORTHY bunun nedeninin seçmenlerin anayasal haklar alanında yargının takdirine, yasamaya kıyasla daha fazla güveniyor olmasında bulunabileceğini belirtmektedir<sup>92</sup>. Yazara göre yasama organının, bir yargı kararını geçersiz kılmanın siyasi bedelleri hesaba katıldığında, 33. maddeyi uygulanabilir görüp görmemesi tamamen demokratik sürecin sonucu olacaktır<sup>93</sup>. SNOW'a göre maddenin yürürlüğe girişinden bu yana başbakanlar tarafından düşman olarak gösterilmesi, maddenin Beyanname karşıtı ve hak düşmanı olarak algılanmasına neden olmuştur<sup>94</sup>. Yasama organının bir kanunun açıkça anayasaya aykırı olabileceğini ve bunun kabul edildiğini belirtmesi, beraberinde kamuoyunda tartışmaları ve eleştirileri getireceği için, 33. maddeyi kullanarak bir kanunu kabul etmek sıradan bir kanuna göre daha zordur<sup>95</sup>. 33. maddenin kullanımı bir kanunu en fazla beş yıl süreyle yargı denetiminden kaçırabilmektedir, bu beş yıllık süre içerisinde kesinlikle bir seçim yapılacağı için askıya alma bildirimi büyük olasılıkla seçimler için de muhalefetin elinde koz haline gelecektir<sup>96</sup>.

GARDBAUM, 33. maddenin nadir kullanımının siyasi maliyet dışında başka bir sebebinin de Kanada Yüksek Mahkemesi'nin yargısal denetim gücünün görece tartışmasız olması ve yargısal denetim yetkisini kendi kendisinin sınırlaması olduğunu belirtmektedir<sup>97</sup>. Kanımızca bu ayrıca bir neden değil maddenin yasalaşma sürecinden itibaren sık sık dile getirilen siyasi maliyeti arttıran bir durum olarak nitelenmelidir.

WEILL yukarıda da yer verdiğimiz görüşünden yola çıkarak Beyanname, parlamentonun dışında ve üstünde bir irade tarafından kabul edildiği için 33. madde kullanılmamakta, hatta meşru görülmediğini iddia etmektedir<sup>98</sup>.

KAHANA, 33. maddenin, hakların anayasal korumaya alınmasını isteyen ve buna karşı çıkan gruplar arasında akıllıca bir uzlaşma olduğunu belirtmektedir. Mahkemelerin birçok kanunu anayasaya aykırı bulmalarına rağmen

---

<sup>92</sup> Goldsworthy, s. 456.

<sup>93</sup> Goldsworthy, s. 457.

<sup>94</sup> Snow, s. 1.

<sup>95</sup> Kahana, s. 231.

<sup>96</sup> Kahana, s. 231.

<sup>97</sup> Gardbaum, (Reassessing), s. 178.

<sup>98</sup> Weill, s. 164.

men 33. madde nadiren kullanılan bir araç haline gelmiştir. Hukuken haklar tam olarak korunmuyor olsa da uygulamada Beyanname'nin sağladığı koruma tamdır<sup>99</sup>. HOGG ve THORNTON'a göreyse uygulamada kullanımına karşı oluşan siyasi direnç nedeniyle 33. madde görece önemsizdir<sup>100</sup>.

TUSHNET de Beyanname'nin uygulamada zayıf bir yargısal denetim sistemi kuramadığını belirtmektedir<sup>101</sup>. Quebec dışında 33. maddenin yürürlüğe girişinden 2001 yılına kadar zaman zaman yargı ile yasama karşı karşıya gelmiş hatta maddenin işletilmesi yasama organlarında tartışılmış olsa da bir örnek dışında bu araç tercih edilmemiştir<sup>102</sup>. 2007 yılında yapılan başka bir çalışma 33. maddenin bir yargı kararının ardından sadece bir kere kullanıldığını tespit etmiştir<sup>103</sup>.

GOLDSWORTHY'e göre 33. madde yargı kararlarındaki yorumlar ile yasamanın çatışmasını değil, yasama organının doğrudan ve açık bir beyanla Beyanname'yi askıya aldığını bildirmesini gerektirmektedir ki bunun gerekçelendirilmesi oldukça güçtür<sup>104</sup>. GOLDSWORTHY 33. maddenin kullanılmasının ardındaki nedenleri şu şekilde sıralamaktadır; i) kamuoyundaki yasamaya nazaran üstün popülerliği nedeniyle yargı kararlarına karşı çıkmanın güçlüğü, ii) yürütme organındaki hukukçuların yargı kararlarına uyulmasını tavsiye etmesi, iii) 33. maddenin ancak daha makul araçların tükenmesi halinde kullanılacak bir son çare olarak görülmesi, iv) beş yıllık zamanaşımı süresi nedeniyle boşa bir çaba olarak algılanması ve v) uygulamanın yarattığı tecrübe. Sayılan bu nedenler her ne kadar Kanada için geçerli olsa da tamamen ülkenin sübjektif özelliklerinin sonucudur ve benzer bir maddenin başka bir ülkede sürekli kullanılmasını engelleyecek objektif nedenler değildir.

SNOW, kamuoyu tepkisinden çekinmenin de 33. maddenin kullanılmasını için yeterli bir açıklama oluşturmadığını savunmaktadır. Yazara göre halkın neredeyse yarısının maddeden haberi yoktur ve nihai karar verme organının kim olması gerektiği sorusuna verilen cevaplar yarı yarıya bölünmekte, yargı üstünlük sağlayamamaktadır, dahası kullanıldığı tek örnek

<sup>99</sup> Kahana, s. 223.

<sup>100</sup> Hogg/Thornton, s. 83.

<sup>101</sup> Tushnet (Liberties), s. 5.

<sup>102</sup> Snow, David: "Notwithstanding the Override: Path Dependence, Section 33, and the Charter", Innovations: A Journal of Politics, Cilt 8, (2008-2009), s. 5.

<sup>103</sup> Hogg/Thornton/Wright, s. 51.

<sup>104</sup> Goldsworthy, s. 467.

olan *Ford* kararında kamuoyu bu kullanımı onaylamıştır<sup>105</sup>. Yazara göre 33. maddenin kullanılmamasının ardında “patika “bağımlılığı” bulunabilir; maddenin bir yargı kararına karşı ilk kullanımı olan *Ford* kararı 33. maddenin Kanada’nın İngilizce konuşan vatandaşları için düşman hale gelmesinin kapısını aralamış ve kararın ardından göreve gelen başbakanlar bu eğilimi desteklemiştir<sup>106</sup>. ALBERT, bu patika bağımlılığının artan verimli olduğunu ve 33. maddenin kullanılmamasının, kullanılmayacağı yönündeki inancı güçlendirdiğini belirtmektedir<sup>107</sup>. ALBERT, Beyanname’nin doğması için gerekli eyalet desteğini almak için yapılan siyasi at pazarlığının önemli ve anayasal yapbozun nihai parçası olarak gördüğü<sup>108</sup> 33. maddenin, artık herhangi bir biçimde ıslah edilemeyecek biçimde anayasal limboya mahkûm olduğunu belirtmektedir<sup>109</sup>. 2001 tarihli çalışmasında GARDBAUM, Quebec dışındaki eyaletler ve federal hükümet için 33. maddenin hiçbir zaman kullanılmaması gerektiği yönünde bir anayasal teamül oluştuğunu belirtmektedir<sup>110</sup>. GARDBAUM, 2010 yılında kaleme aldığı çalışmasında ise Kanada’nın, 33. madde kullanılmamasına rağmen, halen zayıf yargısal denetim sistemine sahip olduğunu belirtmektedir<sup>111</sup>.

Quebec hükümeti tarafından aşağıda ele alınacak iki uygulama sonucunda 33. madde neredeyse hiç uygulanma fırsatı bulamamıştır<sup>112</sup>. Daha en başından anayasa değişikliğine direnmiş olan Quebec, 1982 ila 1985 yılları arasında kabul ettiği tüm kanunlara bir askıya alma şartı eklemenin yanı sıra, Beyanname’nin yürürlüğe girdiği sırada yürürlükte bulunan tüm kanunlarına askıya alma şartını ekleyecek bir torba kanun kabul etmiştir<sup>113</sup>. Quebec yasama organı Beyanname’nin kabulünden üç ay sonra çıkarttığı bu torba yasayla 33. maddenin askıya alma bildirimini yapılmasına izin verdiği tüm haklar için bu yetkiyi kullandığını belirten standart hükmü tüm kanunlarına eklemenin yanı sıra, torba yasanın kabulüne kadar aradan geçen süre zarfında da yargı yetkisinin kullanılmasını engellemek amacıyla torba yasayı Beyanname’nin ilan tarihine kadar geriye yürüyecek şekilde kanunlaştır-

<sup>105</sup> Snow, s. 6.

<sup>106</sup> Snow, s. 9.

<sup>107</sup> Albert, s. 1043.

<sup>108</sup> Albert, s. 1039.

<sup>109</sup> Albert, s. 1038.

<sup>110</sup> Gardbaum, (Commonwealth Model), s. 726.

<sup>111</sup> Gardbaum, (Reassessing), s. 183.

<sup>112</sup> Goldsworthy, s. 469.

<sup>113</sup> Jonahsen, David/Philip, Rosen, s. 7.

miştir<sup>114</sup>. Bu uygulama eyalet politikalarının yargı tarafından geliştirilen standartlardan korunmasından ziyade, Beyanname'nin Quebec'in eyalet hükümetinin rızası olmadan yasalaşmış olmasına bir tepki olarak ortaya çıkmıştır<sup>115</sup>. 33. maddenin bu oldukça önemli kullanımı, temel hakları sınırlama girişimi değil de, siyasi bir karşı saldırı olarak görüldüğünden fazla dikkat çekmemiştir<sup>116</sup>. Quebec'de Parti Qubecouis iktidarı sırasında 33. maddenin mutlak olarak her kanunda kullanılması, askıya alma yönteminin sadece belirli kanunlar için istisnai biçimde kullanılması sonucunda yaratacağı siyasi maliyeti de ortadan kaldırarak Beyanname'nin kurmuş olduğu sistemi alt üst etmiştir<sup>117</sup>.

Quebec Temyiz Mahkemesi *Alliance des Professeurs de Montrial v. A.G. Quebec* kararıyla standart askıya alma hükmünü, 33. maddenin gerektirdiği açıklık şartına uymadığı gerekçesiyle, oybirliği ile iptal edecektir. Quebec Temyiz Mahkemesi'ne göre temel haklara getirilen her sınırlama gibi 33. madde de özgürlük lehine yorumlanarak yarattığı parlamento üstünlüğü istisna olarak görülmeli ve bu sebeple sadece madde numaralarına yapılan bir atıfla 33. maddenin kullanılması mümkün olmamalıdır<sup>118</sup>. Bununla beraber Kanada Yüksek Mahkemesi Quebec'in torba kanun ile yaptığı askıya alma bildirimini 33. maddeye uygun bulmuş, ancak geriye yürüme hükmünü iptal etmiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi'ne göre cümle veya paragraf numarasının gösterilmesi gibi, askıya alma bildiriminde sadece madde numarasının belirtilmesi dahi yeterlidir<sup>119</sup>.

15 Aralık 1988'de Kanada Yüksek Mahkemesi, Quebec Fransız Dili Beyannamesi'nin ticari tabelalarda sadece Fransızca kullanılmasını zorunlu kılan bir maddesini iptal etti. Sadece altı gün sonra 21 Aralık 1988'de Quebec Parlamentosu aynı düzenlemeyi bu sefer 33. madde bildirimini de kullanarak yasalaştırdı. Quebec dışında tüm Kanada'da bu kullanım anında ve çok güçlü bir olumsuz tepki gördü<sup>120</sup>. İngilizce konuşan Kanada'da Quebec'in 33. maddeyi azınlık haklarını ezecek şekilde kullanımına karşı içgüdüsel olarak doğan bu karşı çıkış, hızla 33. maddenin varlığına yöneldi<sup>121</sup>.

<sup>114</sup> Weinrib, s. 544.

<sup>115</sup> Russell, (Purposes), s. 42.

<sup>116</sup> Dodek, s. 59.

<sup>117</sup> Weiler, s. 90.

<sup>118</sup> Weinrib, s. 546.

<sup>119</sup> Weinrib, s. 552.

<sup>120</sup> Dodek, s. 60.

<sup>121</sup> Dodek, s. 61.

Quebec'in 1988 tarihli Ford Kararına karşı kullandığı 33. madde bildirimini, beş yıllık süresinin dolmasının ardından, 1993 tarihinde hükümet değişmemiş olmasına rağmen, sert Fransızca kullanım politikalarının terkedilmesi sonucunda yenilenmemiştir<sup>122</sup>.

1986 yılında Saskatchewan Hükümeti süt ürünleri işçilerinin greve gitmesini yasaklayan bir hükmü iptalden korumak için çıkardığı kanunun ilk halinde 33. maddeyi kullanmış olsa da 1987 yılında Kanada Yüksek Mahkemesi bu kanunu Anayasaya uygun bulacaktır<sup>123</sup>.

1998 yılında Alberta Hükümeti bir Beyanname tartışmasını bertaraf etmek için, 33. madde bildirimini de taşıyan, zorunlu kısırlaştırma mağdurlarına ödenecek tazminatın sınırlandırılmasına yönelik bir tasarı sunmuş, ancak tasarı kamuoyundan gelen tepkiler üzerine ertesi gün geri çekilmiştir. Birkaç hafta sonra ise Alberta hükümeti 33. maddeyi, Kanada Yüksek Mahkemesi'nin cinsel yönelimi eyaletin insan hakları hukukunda sayılan korunan gruplara yorum yoluyla ekleyen kararına karşı, karar her ne kadar kamuoyundan tepki çekse de, kullanmamış ve bu tutumu anketlere göre Albertalıların üçte ikisi tarafından yerinde bulunmuştur. 2000 yılında Alberta bu sefer eşcinsel evlilikleri yasaklayan bir kanunda 33. maddeyi kullanmış, ancak Kanada Yüksek Mahkemesi'nin evliliğin tanımlanmasının Federal hükümete ait bir yetki olduğuna karar vermesi üzerine 33. maddenin kullanımını anlamsız hale gelmiştir<sup>124</sup>.

LECKEY, 33. maddenin kullanılmaması yönündeki alışkanlığı "eski paradigma" olarak adlandırmakta, yeni paradigmadaki hükümetlerin hak ihlallerine neden olan yasalarını anayasallık denetiminden daha tereddütsüzce koruduklarını ve yargıçlar tarafından yapılan anayasallık denetimini çoğunluk yönetimine gayrimeşru müdahaleler olmakla itham ettiklerini belirtmektedir<sup>125</sup>. Her ne kadar uzun yıllar 33. madde kullanılmamışsa da yakın dönemde Quebec tarafından 16 Haziran 2019 tarihli kamu çalışanları için dini kıyafetleri yasaklayan "Devletin Laikliğini Koruma Yasası" nı yargısal denetimden korumak<sup>126</sup>; 2018 yılında Ontario tarafından "Etkin Yerel Yönetimler Yasası" için Toronto'daki yerel seçim çevrelerinin azaltılmasının ifade hürriyetine getirilen ölçüsüz bir sınırlama olduğunu gösteren mahkeme kararını aşmak; Saskatchewan tarafından ise 2018 tarihli "Okul Tercihini

<sup>122</sup> Hogg/Thornton, s. 84.

<sup>123</sup> Dodek, s. 60.

<sup>124</sup> Dodek, s. 62.

<sup>125</sup> Leckey, s. 1.

<sup>126</sup> Carter, s. 140.



Koruma Yasası” için mezhep okullarının kamu tarafından finanse edilmesini korumak amacıyla kullanılmıştır<sup>127</sup>.

### SONUÇ

Zayıf yargısal denetim sistemleri kanımızca kalıcı bir yöntem değil, parlamento egemenliği ile güçlü anayasa yargısı arasında bir geçiş aşaması olarak kabul edilmelidir. Her ne kadar zayıf yargısal denetim sistemi, anayasa yargısının anayasal dayanağa sahip olmadığı veya anayasal denetim organlarının aktivist tutum takındığı ve bu sebeple çoğunluk karşıtlığı argümanının güçlü olduğu ülkelerde gündeme gelse de Kanada örneği bu geçici önlemin hızla terkedilip anayasa yargısının yerleştiğini göstermektedir. Eğer zayıf yargısal denetim, Kanada örneğinin aksine parlamento üstünlüğüne doğru evrilirse ki kanımızca sistemin iki tarafa da kaymadan planlandığı noktada kalması mümkün gözükmemektedir, zayıf yargısal denetim temel haklar açısından büyük bir tehdit oluşturur. Bununla beraber Beyanname ile ortaya çıkan zayıf yargısal denetim sistemleri, anayasa yargısı ve yasama arasındaki ilişkinin kesin ve nihai araçlar dışında da seçeneklere sahip olduğunu göstermesi açısından önemlidir.

Kanımızca 33. madde anayasal denetimin varlığı veya yokluğundan ziyade, Kanada’da eyaletlerin federal anayasa ile yetkilerinin kaybolacağı endişesinden kaynaklanmıştır. Yasalaşması sırasında eyaletler tarafından talep edilen ve Anayasa’nın kabul edilmesi için federal hükümet tarafından katlanılmak zorunda kalınan maddenin, temel haklara bağlılık açısından değil, dikey kuvvetler ayrılığı açısından değerlendirilmesi daha doğrudur. Askıya alma bildiriminin federal hükümet tarafından hiç kullanılmamış olması ve tüm kullanımların eyaletlere ait olması bu kanımızı desteklemektedir.

Askıya alma yetkisinin Beyanname’nin geneli ile çelişki içinde olduğu, temel hakları korumayı amaçlayan hukuki aracın tam da temel hakları karşısında koruması gereken yasama çoğunluğuna bu hakları askıya alma yetkisi verdiği eleştirileri bizce de isabetlidir. Nitelikli çoğunluk ya da gizli oylama şartı dahi aranmadan temel hakların olağan dönemde beş yıl için askıya alınabilmesi Beyanname’nin getirdiği koruyucu rejimi temelinden sarsmaktadır. Kanada Yüksek Mahkemesinin askıya alma yetkisinin kullanımını denetlemeyi reddetmesi bu tehlikeyi daha da büyütüştür.

<sup>127</sup> Carter, s. 141. Temyiz mahkemesi tarafından alt derece mahkemesinin kararının yürütmesi durdurulduğu için teklif yürürlüğe girmemiştir.

Beyanname'ye en başından beri karşı çıkan Quebec Hükümetinin 33. maddeyi kendi eyaletinde azınlık ancak Kanada'da çoğunluk olan İngilizce konuşan bireylerin haklarına karşı kullanması bize göre temel hak ve hürriyetler açısından olumlu bir gelişmeye neden olmuş, askıya alma bildirimini en başından itibaren tehlikeli ve hak karşıtı olarak göstermiştir. İlk askıya alma bildirimlerinin ülke genelinde azınlıkta olan bireylerin haklarına karşı kullanılması ve siyasi sorumluluk doğurmaması halinde uygulamanın farklı yönde gelişmesi mümkün olabilir, tıpkı 1960 tarihli Bildirge gibi, Beyanname de çalışmayan bir araca dönüşebilirdi.

Her ne kadar uzun yıllar, neredeyse kanunlaşmasının ardından 40 yıl boyunca kullanılmamış olsa da askıya alma bildirimini geçerli bir hukuk kuralı olarak kalmış ve son yıllarda yeniden canlanmıştır. Askıya alma bildirimlerinin seçimlerde kullanan taraf için bir dezavantaj olacağı iddia edilmişse de tam tersine toplumda tepkiyle karşılanan azınlıklara karşı seçimlerden önce askıya alma bildirimlerinin kullanılması, başka bir ifadeyle hükümetlerin siyasi manevralar için 33. maddeyi kullanması da mümkündür.

Maddenin yasalaştığı dönemde en büyük güvencenin yargı kararlarına karşı çıkmanın hükümetler için oldukça büyük siyasi faturalara neden olacağı savunulmuşsa da 33. maddenin verdiği askıya alma yetkisinin yasanın iptal edilmesini engellemek için yargısal denetimden önce yasanın ilk metninde kullanılması halinde bu etki doğmamaktadır. Bu durumda kamuoyu gündemini işgal edecek bir yargı-yasama çatışması daha doğmadan engellenmekte, yukarıda yer verilen diyalogun başlaması dahi beş yıl ertelenmektedir. Bu nedenle, eğer gerçekten bir tartışma ortamı yaratılması ve siyasi sorumluluk doğurması isteniyorsa, askıya alma yetkisi sadece ve sadece belirli bir mahkeme kararına karşı kullanılabilir.

Kanada'da henüz kötüye kullanılmamış olsa dahi, 1982'den kalma bu düzenleme mevcut haliyle temel hak ve hürriyetlere getirilen korumaları anlamsız kılmaktadır ve özellikle heterojen toplumlarda temel hakları koruma rejimini temelden yıkabilir. Bununla beraber askıya alma bildiriminin, nitelikli çoğunluk ve gizli oylama şartlarına bağlanması ve askıya alma süresinin ciddi şekilde kısaltılması durumunda, temel haklar dışında kalan anayasa hükümleri için kullanılması mümkündür. Anayasayı değiştirme çoğunluğuna sahip iktidarlara bu zor yöntem yerine çatışma doğuran mahkeme kararını bir süreliğine askıya alma yetkisi tanıyan bir ara çözüm, anayasa hükümlerinin değiştirilmesini ve belirli bir krizin aşılması için çoğu zaman aceleyle ve tartışılmadan yapılan değişiklikleri önleyebilir. 1982 Anayasası'nın değiştirilmesi için beşte üç gibi birçok anayasaya göre düşük bir çoğunluğun, tamamen çoğunlukçu halk oylaması sürecini başlatabilmesi,

henüz Kanada'daki kadar desteğe sahip olmayan Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı yasama çoğunluğunun anayasa değişikliği yapabilmesine olanak sağlamaktadır. Bu tehlikeye karşı yasama organına, norm denetimi kararlarına karşı kullanabileceği ara bir yöntem sunmak, hem anayasa yargısına yönelen demokratik meşruiyet ve çoğunluk karşıtlığı eleştirilerini zayıflatacak hem de kalıcı zararları önleyebilecektir. Bu yöntem 33. maddenin aksine tıpkı anayasa değişikliklerinde olduğu gibi kesinlikle gizli oylamaya konu olmalıdır. Bu sayede siyasi parti disiplini bir miktar kırılabilecek ve yasama organının temel haklara dair bir değerlendirme yapması kolaylaştırabilecektir. Askıya alma kararı içinse yapılacak gizli oylamada ilgili Anayasa Mahkemesi kararındaki çoğunluğun yani kabul ve ret oylarının oranının aşılması gerekmektedir. Bu sayede Anayasa Mahkemesi'nde iptali yönünde uzlaşma olan düzenlemeler için askıya alma yetkisi hiç kullanılmayacak, kanunu iptal eden çoğunluğun büyük olduğu durumlarda ise çok yüksek bir oran gerekecektir. Son olarak askıya alma süresi yıllarla değil aylarla ölçülecek bir seviyeye indirilmelidir.

### KAYNAKÇA

- Albert**, Richard: “Advisory Review: The Reincarnation of the Notwithstanding Clause” *Alberta Law Review*, Cilt 45, Sayı 4, (2008), 1037-1070.
- Axworthy**, Thomas S.: “The Notwithstanding Clause: Sword of Damocles or Paper Tiger?”, *Policy Options*, Mart 2007, 57-63.
- Blakeney**, Allan E.: “The Notwithstanding Clause, the Charter, and Canada’s Patriated Constitution: What I Thought We Were Doing” *Constitutional Forum*, Cilt 19, Sayı (2010), 1-10.
- Carter**, Mark: “Diefenbaker’s Bill of Rights and the Counter-Majoritarian Difficulty: The Notwithstanding Clause and Fundamental Justice as Touchstones for the Charter Debate” *Saskatchewan Law Review*, Cilt 82, Sayı 2, (2019), 121-146.
- Dixon**, Rosalind: “The Core Case for Weak-Form Judicial Review” *Cardozo Law Review*, Cilt 38, Sayı 6, (2017), 2193-2232.
- Dodek**, Adam: “The Canadian Override: Constitutional Model or Bete Noire of Constitutional Politics”, *Israel Law Review*, Cilt 49, Sayı 1, (2016), 45-65.
- Gardbaum**, Stephen: “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 8, Sayı 2, (2010), 167-206. (Reassessing)
- Gardbaum**, Stephen: “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 49, Sayı 4, (2001), 707-760. (Commonwealth Model)
- Goldsworthy**, Jeffrey: “Judicial Review, Legislative Override, and Democracy” *Wake Forest Law Review*, Cilt 38, Sayı 2, (2003), 451-472.
- Grover**, Sonja: “Democracy and the Canadian Charter Notwithstanding Clause: Are They Compatible?”, *The International Journal of Human Rights*, Cilt 9, Sayı 4, (2005) 479-490
- Hogg**, Peter W./**Thornton**, Allison A. Bushell: “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, *Osgoode Hall Law Journal* Cilt 35, Sayı 1, (1997), 75-124.

- Hogg**, Peter W./**Thornton**, Allison A. Bushell; and **Wright**, Wade K.: “Charter Dialogue Revisited: Or “Much Ado About Metaphors”, Osgoode Hall Law Journal Cilt 45, Sayı 1, (2007), 1-65.
- Jonahsen**, David/**Philip**, Rosen: “Background Paper; The Notwithstanding Clause of the Charter”, Library of Parliament, Publication no. BP-194-E, 2012.
- Kahana**, Tsvi: “Understanding the Notwithstanding Mechanism”, The University of Toronto Law Journal, Cilt 52, Sayı 2, (2002), 221-274.
- Leckey**, Robert: “Advocacy Notwithstanding the Notwithstanding Clause” Constitutional Forum, Cilt 28, Sayı 4, (2019), 1-8.
- Mailey**, Richard: “The Notwithstanding Clause and the New Populism” Constitutional Forum, Cilt 28, Sayı 4, (2019), 9-18.
- Manfredi**, Christopher P. and **Kelly**, James B.: “Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell” Osgoode Hall Law Journal, Cilt 37, Sayı 3, (1999), 513-527.
- Russell**, Peter H.: “The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” Canadian Bar Review Cilt 61, Sayı 1, (1983), 30-54. (Purposes)
- Russell**, Peter H.: “Standing Up for Notwithstanding” Alberta Law Review, Cilt 29, Sayı 2, (1991), 293-309. (Standing Up)
- Slattery**, Brian: “Canadian Charter of Rights and Freedoms -- Override Clauses Under Section 33 -- Whether Subject to Judicial Review Under Section 1.” Canadian Bar Review Cilt 61, Sayı 1 (1983), 391-397.
- Snow**, David: “Notwithstanding the Override: Path Dependence, Section 33, and the Charter”, Innovations: A Journal of Politics, Cilt 8, (2008-2009), 1-15.
- Tushnet**, Mark: “Alternative Forms of Judicial Review” Michigan Law Review, Cilt 101, Sayı 8, (2003), 2781-2802. (Alternative)
- Tushnet**, Mark: “Weak-Form Judicial Review and Core Civil Liberties” Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Cilt 41, Sayı 1, (2006), 1-22. (Liberties)
- Tushnet**, Mark V.: Constitutional Hardball (September 11, 2021). Forthcoming, Cambridge Handbook of Constitutional Theory (J. King & R. Bellamy eds.), 1-30. (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3921575>)

- Weiler**, Paul C.: “Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version.” *University of Michigan Journal of Law Reform*, Cilt 18, Sayı 1, (1984), 51-92.
- Weill**, Rivka: “The New Commonwealth Model of Constitutionalism Notwithstanding: On Judicial Review and Constitution Making”, *American Journal of Comparative Law*, Cilt 62, Sayı 1, (2014), 127-169.
- Weinrib**, Lorraine Eisenstat: “Learning to Live with the Override,” *McGill Law Journal*, Cilt 35, Sayı 3, (1990), 541-571.
- Whyte**, John D.: “On Not Standing For Notwithstanding” *Alberta Law Review*, Cilt 28, Sayı 2, (1990), 347-357 (Not Standing)
- Whyte**, John D.: “Sometimes Constitutions are Made in the Streets: The Future of the Charter’s Notwithstanding Clause” *Constitutional Forum*, Cilt 16, Sayı 2, (2007), 79-88 (Streets)



## AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA DEVLET YARDIMLARININ DENETİM USULÜ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1092568>

**Dr. Ezgi AVCIOĞLU AKSOY\***

### Öz

Avrupa Birliği, serbest rekabet ortamının sağlandığı bir iç pazar oluşturmaya hedeflemektedir. Bu kapsamda devlet yardımları rekabeti bozucu etkileri nedeniyle Avrupa Birliği hukukunda denetim altına alınmaktadır. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma ile üye devletlerin devlet yardımı vermeleri Avrupa Birliği hukukunda a priori olarak yasaklanmıştır. Ancak ilgili Antlaşma'da belirli yardım türleri iç pazarla bağdaşır ya da bağdaşabilir kabul edilmiştir. Böylelikle üye devletlerin bu yardım türlerini yürürlüğe koymalarına izin verilmiştir. Bu çerçevede devlet yardımlarına yönelik Avrupa Komisyonu merkezli sıkı bir denetim sistemi oluşturulmuştur. Üye devletlere de Avrupa Birliği Komisyonu'nun olumlu kararı olmadan bir devlet yardımı programını yürürlüğe koymama yükümlülüğü getirilmiştir. Devlet yardımı denetim usulü Avrupa Birliği mahkemelerinin kararları ve Avrupa Konseyi'nin tüzükleri ile şekillenmiştir. Ulusal mahkemelere de devlet yardımlarının Avrupa Birliği hukuku ile uyumunun sağlanması konusunda tamamlayıcı bir rol verilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Devlet yardımı, Ulusal mahkemeler, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa Komisyonu

---

\* Manisa Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Manisa (ezgi.aksoy@cbu.edu.tr), ORCID: 0000-0001-6650-2685 (Geliş Tarihi: 10.02.2022-Kabul Tarihi: 22.03.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.



## STATE AID CONTROL PROCEDURE IN EUROPEAN UNION LAW

*(Research Article)*

### **Abstract**

*European Union aims to create an internal market in which a free competition environment is provided. In this context, state aids are controlled in the European Union law due to their anti-competitive effects. With the Treaty on the Functioning of the European Union, member states are prohibited from granting state aid a priori under European Union law. However, in the Treaty, certain types of aids are deemed compatible or may be considered to be compatible with the internal market. Thus, member states were allowed to enact these types of aid. In this framework, a strict control centered on the European Commission has been established for state aid. An obligation has been imposed on the member states not to put into effect a state aid program without the positive decision of the European Union Commission. The state aid control procedure has been shaped by the decisions of the European Union courts and by the European Council regulations. National courts have also been given a complementary role in ensuring that state aids are in line with European Union law.*

### **Keywords**

*State aid, National courts, Court of Justice of the European Union, European Commission*

## GİRİŞ

Avrupa Birliği (AB) hukukunun temel özelliklerinden biri kamu müdahalelerinin rekabeti etkileyen sonuçlarından dolayı özel olarak düzenlenmesidir. Bu çerçevede Avrupa Birliği hukukunda bir kamu müdahalesi şekli olan devlet yardımlarına önemli sınırlamalar getirilmiştir. Avrupa Birliği devlet yardımı politikasının çerçevesi, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma<sup>1</sup>'nin (ABİHA) rekabet kuralları kısmında alt başlık olan “Devlet Yardımları” kesiminde yer alan 107-109. maddelerinde ortaya konulmuştur. Avrupa Birliği'nde devlet yardımları haksız rekabet oluşturarak piyasayı bozdukları için *a priori* olarak yasaklanmıştır. Ancak devletlerin sanayi politikalarında, planlamalarında ve piyasa başarısızlıklarını çözümlenmelerinde önemli bir ekonomi politikası aracı oldukları yadsınmadığından devlet yardımlarının büsbütün yasaklanması da uygun bulunmamış ve ABİHA'da bu temel yasağa yönelik çeşitli istisnalar öngörülmüştür. AB üyesi ülkelerin vermeyi planladıkları devlet yardımlarının Avrupa Birliği hukukuna uygunluğunun sağlanması için Avrupa Komisyonu merkezli sıkı bir denetim mekanizması oluşturulmuştur. Bu çalışmada söz konusu denetim usulünün incelenmesi amaçlanmaktadır. Çalışmada denetim usulünün hukuki açıdan tartışılmalı noktaları AB mahkemelerinin içtihatları<sup>2</sup> ışığında değerlendirilecek ve son olarak devlet yardımlarının denetiminde Avrupa Birliği mahkemelerinin ve ulusal mahkemelerin rolüne değinilecektir.

## I. GENEL OLARAK DEVLET YARDIMI KAVRAMI

Devletler teşebbüsleri ekonominin belirli alanlarında faaliyette bulunmaya yönlendirmek için çeşitli ekonomi politikası araçlarından yararlanmaktadır. Bu çerçevede kullanılan temel ekonomi politikası araçlarından birini devlet yardımları oluşturmaktadır. Devlet yardımları genel olarak bir kamu otoritesi tarafından belirli bir sektöre ya da belirli bir teşebbüse ekonomik amaçlarla sağlanan mali faydaları ifade etmektedir<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Consolidated version of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ, C 326, 26.10.2012, s. 47-390.

<sup>2</sup> Çalışmamızda atıf yapılan AB mahkeme kararlarının orijinal metinlerine [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1\\_6308/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/) adresinden, dosya bilgilerini yazmak suretiyle ulaşılabilmesi mümkündür. Bu nedenle atıf yapılan her bir karar bakımından bu sayfaya tekraren atıf yapılmamıştır.

<sup>3</sup> **Avcıoğlu Aksoy**, Ezgi: İdare Hukuku Açısından Yatırımlarda Devlet Yardımları, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 25. Devlet yardımı kavramı öğretilerde benzer şekillerde tanımlanmaktadır. Leblebici'nin tanımına göre devlet yardımları “*bir mal veya hizmetin maliyetini düşürmeye yönelik devlet tarafından yapılan bir kaynak transferidir.*”. **Leblebici**,

Kamu otoriteleri çok farklı türlerde devlet yardımı tedbirleri uygulamaktadır. Hibe, düşük faizli kredi kullandırılması, vergi avantajları, bedelsiz arsa temini, sigorta primi destekleri devletler tarafından sıklıkla uygulanan devlet yardımı tedbirleridir. Bu yardımlar amaçlarına göre belirli sektörlere yönelik olabilecekleri gibi sektör sınırı olmaksızın genel bir ekonomik amaçla da verilebilir. İstihdamın artırılması, AR-GE faaliyetlerinin desteklenmesi, çevrenin korunması amaçlarıyla verilen yardımlar ikinci türe örnek oluşturmaktadır. Devletler aynı zamanda bölgeler arası gelişmişlik farklılıklarının azaltılması amacıyla ülke içerisindeki belirli bölgelere yapılan yatırımlara yönelik yardım programları da hazırlamaktadır<sup>4</sup>. Devlet yardımlarının nakdi yardımlar ve gayri nakdi yardımlar olarak sınıflandırılması da mümkündür. Nakdi yardımlar hibe, sermaye yatırımı, düşük faizli kredi gibi teşebbüslere doğrudan maddi kaynak sağlayan yardımlardır. Nakdi olmayan yardımlar ise teşebbüslerin maliyetlerinin bir kısmını azaltan ya da kaldıran birtakım ayrıcalıkları ifade eder<sup>5</sup>.

Serbest rekabet ortamına dayanan iç pazar yaratmak için kurulmuş bir örgüt olan Avrupa Birliği'nde devlet yardımları ulus üstü bir hukuki kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. ABİHA'da devlet yardımı kavramına ilişkin açık bir tanımlama yapılmamıştır<sup>6</sup>. Ancak Antlaşmada bulunan devlet yardımlarına ilişkin temel düzenlemeden dolayı olarak Avrupa Birliği hukukunda devlet yardımı kavramının anlamının çıkarılması mümkündür. Söz

---

Fatih: Devlet Yardımları Uygulamasının Maliyeti ve Ekonomik Göstergelerle Mukayesesi, DPT Yayınları, Ankara 2002, s. 3; Erdem, devlet yardımlarını “*kamu kaynaklarıyla sağlanan hibe, garanti, vergi indirimi veya istisnası, düşük fiyatlı mal veya hizmet sağlama gibi her türlü önlemi açıklayan, destek, teşvik gibi kavramları içine alan geniş bir içerik*” olarak tanımlamıştır. Erdem, Şükrü: Devlet Yardımları: Avrupa Topluluğu Müktesebatı ve Türkiye'nin Uyumu”, Avrupa Birliği Müktesebatında Devlet Yardımları ve Türkiye'nin Uyumu, Akdeniz Üniversitesi Akdeniz Ülkeleri Ekonomik Araştırmalar Merkezi, Antalya 2004, s. 25, Köksal ise devlet yardımlarını kısaca “*devlet tarafından kamu ya da özel işletmelere yapılan her türlü yardım*” olarak ifade etmiştir. Köksal, Tunay: Avrupa Birliği ve Türkiye'nin Devlet Yardımları Sistemlerinin Uyumlaştırılması, Etki Yayıncılık, Ankara 2002, s. 4.

<sup>4</sup> **İktisadi Kalkınma Vakfı**: Avrupa Birliği ve Türkiye'de Devlet Yardımları, İKV Yayınları, İstanbul 2005, s. 24-25.

<sup>5</sup> **İnceci**, Barbaros: Avrupa Topluluğu ve Türkiye'de Sübvansiyonlar, İstanbul Sanayi Odası, İstanbul 1993, s. 11; **Avcıoğlu Aksoy**, s. 78.

<sup>6</sup> Açık bir tanım yapılmamasının altında devletlerin kesin bir tanımı dolanmanın ustaca yollarını bulabilecekleri yönündeki endişenin bulunduğu ifade edilmektedir. **Wishlade**, Fiona G.: Subsidies and State Aids The Definition of Acceptable Measures Under the European Union and GATT Rules, Avrupa Politikaları Araştırma Merkezi, Bölgesel ve Endüstriyel Araştırma Makaleleri Serisi, Sayı: 21, Haziran 1996, s. 7.

konusu hüküm ABİHA'nın 107. maddesinin birinci fıkrasıdır. İlgili düzenleme uyarınca; “*Antlaşmalar'da aksine hüküm bulunmadıkça, bir üye devlet tarafından veya devlet kaynakları vasıtasıyla herhangi bir şekilde verilen ve belirli teşebbüsleri veya belirli ürünlerin üretimini kayıracak rekabeti bozan veya bozma tehlikesi yaratan her türlü destek, üye devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde, iç pazarla bağdaşmaz.*”. Bu düzenleme çerçevesinde AB hukukunda devlet yardımı kavramı, devlet tarafından veya devlet kaynakları vasıtasıyla herhangi bir şekilde verilen ve belirli teşebbüsleri veya belirli ürünlerin üretilmesini kayıran her türlü faydayı ifade etmektedir. Ancak belirli teşebbüslere devlet tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak sağlanan faydaların AB hukuku anlamında devlet yardımı oluşturabilmesi için yardımın rekabeti bozması ya da bozma tehlikesi yaratması ve üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi gerekmektedir<sup>7</sup>. ABİHA'nın 107. maddesinin birinci fıkrasındaki “*herhangi bir şekilde*” ibaresi devlet yardımını belirlemede ilgili tedbirin şeklinin, adının, hukuki niteliğinin ve gerekçesinin önemli olmadığını ortaya koymaktadır. Ancak burada dikkate alınması gereken husus somut olayda bir tedbirin devlet yardımı kavramına girip girmediğini belirleme yetkisinin Avrupa Komisyonu'nda, Komisyon'un kararını denetim yetkisinin ise ABAD'da olduğudur<sup>8</sup>.

## II. DEVLET YARDIMLARININ DENETİM USULÜ

Avrupa Birliği rekabet politikasında devlet yardımları, Avrupa Komisyonu'nun üye devletlerin ekonomi politikalarına doğrudan müdahale edebileceği ender alanlardan birini oluşturmaktadır<sup>9</sup>. Üye devletlerin devlet yardımı rejiminin sınırlandırılması ile iç pazar rekabeti üzerinde ortaya çıkabilecek olumsuz etkilerin engellenmesi amaçlanmaktadır. Üye devletler ulusal

<sup>7</sup> Devlet yardımı kavramının unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal**: Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2000, s. 501-513.

<sup>8</sup> **Tekinalp/Tekinalp**, s. 501; Devlet yardımı kavramının daha anlaşılır kılınması ve uygulamada yeknesaklığın sağlanması için ABAD içtihatları gözetilerek devlet yardımı kavramına ilişkin Avrupa Komisyonu tarafından resmi bir Tebliğ yayınlanmıştır. Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107(1), OJ, C 262, 19.07.2016.

<sup>9</sup> **Aygün, Ömrüye**: Avrupa Birliğinde Devlet Yardımları Sistemi ve Türkiye'ye Yansımaları, DPT Yayınları, Ankara 2007, s. 11. Devlet yardımı denetim sisteminin haksız rekabet doktrininin bir manifestosu haline geldiği ve Komisyon'un bu alanda kendi değerlendirmelerini üye devletlerin inisiyatiflerinin yerine geçirdiği ifade edilerek, AB hukukunun üye devletler üzerindeki bu müdahaleci yapısına yönelik eleştiriler de dile getirilmektedir. **Vogel, Louis**: European Competition Law, Bruylant, Paris 2015, s. 597.

ekonomi politikalarında meşru ve hukuki bir araç olarak kullandıkları devlet yardımı tedbirleriyle bir yandan kendi ulusal ekonomilerini düzenlerken bir yandan da iç pazarın rekabet ortamına zarar vermemekle mükellefler<sup>10</sup>. AB devlet yardımı sisteminde bu karmaşık çıkar çatışmasını uzlaştırma ve söz konusu çıkarlar arasında bir denge sağlama hedefi ön plana çıkmaktadır<sup>11</sup>.

AB hukukunda devlet yardımlarının denetimine ilişkin hükümler ABİHA'nın 108. ve 109. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca Avrupa Birliği'nde devlet yardımlarının denetimini yapma görev ve yetkisi Avrupa Komisyonu'na verilmiştir. Bu kapsamda bir devlet yardımının iç pazarla bağdaşıp bağdaşmadığını ve hangi şartlar altında bağdaşacağını Avrupa Komisyonu belirlemektedir. Ancak Avrupa Konseyi'nin de devlet yardımlarının denetimi çerçevesinde önemli yetkileri bulunmaktadır<sup>12</sup>.

AB hukukunda uzun bir süre boyunca devlet yardımlarının denetim usulüne ilişkin ayrıca bir düzenleme yürürlüğe konulmamış, bu nedenle uygulama yalnızca Komisyon kararları ve Birlik mahkemesi içtihatları ışığında yürütülmüştür. Bu durum da devlet yardımlarının denetim usulüne ilişkin hukuki belirliliğin sağlanması konusunda sıkıntılar ortaya çıkarmıştır<sup>13</sup>. Denetim usulüne yönelik dağınık haldeki teamül kurallarının tek bir

<sup>10</sup> **Tekinalp/Tekinalp**, s. 491-492; **Oder**, Burak: "Devlet Yardımlarının Denetimi Alanında AT Komisyonu'nun Çerçeve İşlemleri", İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 19-20, Sayı 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 2001, s. 611.

<sup>11</sup> **Oder**, s. 611.

<sup>12</sup> ABİHA'nın 108. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Konsey, bir üye devletin başvurusu üzerine, olağanüstü durumlar haklı kıldığı takdirde, 107. maddede yer alan hükümlere veya 109. maddede belirtilen tüzüklere istisna olarak, bu devlet tarafından verilen ya da verilmesi planlanan desteğin iç pazarla bağdaştığına oybirliğiyle karar verebilir. Komisyon'un devlet yardımına ilişkin resmi soruşturma usulü başlatması halinde, ilgili devletin Konsey'e yapacağı başvuru, Konsey tutumunu açıklayıncaya kadar bu usulün askıya alınması sonucunu doğurur. Ancak, Konsey söz konusu başvurunun yapılmasını izleyen üç ay içinde tutumunu açıklamazsa, Komisyon konuya ilişkin kararını verir. Bu hüküm ile Konsey'e üye devletlerce verilen yardımların iç pazarla uyumlu kabul etme hususunda geniş bir yetki verildiği görülmektedir. Ancak ABAD, Konsey'in söz konusu hükümde öngörülen yetkisinin istisnai bir yetki olduğunu, bu nedenle hükmün dar yorumlanması gerektiğini belirtmiş, bir yardımın iç pazarla uyumlu olup olmadığının belirlenmesinde esas yetkinin Komisyon'da olduğunun altını çizmiştir. Bu kapsamda, Komisyon, bir yardımın iç pazarla uyumlu olmadığına karar verdikten sonra, üye devletin Konsey'e başvurarak yardımın iç pazarla uyumlu olduğuna dair bir karar alınmasını sağlaması mümkün olmayacaktır, Case C-118/10, Commission v. Council, [2013], para. 43-45.

<sup>13</sup> **Aksan Ayduran**, Nazlı Melis: "Avrupa Birliği (Topluluk) Hukukunda Devlet Yardımları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2006, s. 74.

bağlayıcı hukuki düzenlemede toplanması ve böylelikle usule ilişkin hukuki belirsizliğin giderilmesi ise 659/1999 sayılı Konsey Tüzüğü<sup>14</sup> ile sağlanmıştır. Söz konusu Tüzük ile Komisyon'a üye devletlerin yaptıkları ve yapmayı planladıkları devlet yardımlarına yönelik derinlemesine inceleme yapma ve karar alma yetkisi verilmiştir<sup>15</sup>. Ancak 659/1999 sayılı Konsey Tüzüğü zaman içerisinde pek çok değişikliğe uğramış en son olarak da 2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü ile yürürlükten kaldırılmıştır. Şu an ABİHA'da öngörülen devlet yardımı denetiminin uygulama usulü 2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'yle düzenlenmektedir<sup>16</sup>.

ABİHA'nın 108. maddesinde devlet yardımı denetiminin usulüne ilişkin temel düzenleme yapılmaktadır. Bu hükümde denetim usulünün esas olarak iki farklı türü olduğu görülmektedir. Bunlardan biri yeni devlet yardımlarının denetimi, diğeri mevcut devlet yardımlarının denetimidir. Görüldüğü şekilde Komisyon, AB üyesi devletlerin hem yapmayı planladıkları devlet yardımlarını hem de bilfiil yapmakta oldukları devlet yardımlarını denetleme yetkisine sahiptir. Maddenin birinci fıkrasında mevcut devlet yardımlarına yönelik genel denetim usulü, üçüncü fıkrasında yeni devlet yardımlarının Komisyon'a bildirim ve ön inceleme usulü, ikinci fıkrasında ise her iki devlet yardımı kategorisi için getirilen denetim usulü düzenlenmiştir<sup>17</sup>. ABİHA'nın bu hükümlerindeki devlet yardımlarının denetim usulüne ilişkin genel düzenlemeler 2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'yle ayrıntılı bir şekilde açıklanmaktadır. Ayrıca Konsey Tüzüğü'nde yasa dışı yardım ve kötüye kullanılan yardım türleri de düzenlenmiş olup, bunlara ilişkin özel denetim hükümleri de bulunmaktadır.

### A. Yeni Devlet Yardımlarının Denetlenmesi

ABİHA'nın 108. maddesinin üçüncü fıkrası, üye devletlere yeni yardım planlarını veya mevcut bir yardım planında yapacakları değişiklikleri

<sup>14</sup> Council Regulation (EC) No 659/1999 of 22 March 1999 Laying Down Detailed Rules for the Application of Article 93 of the EC Treaty, OJ, L 83, 27.03.1999.

<sup>15</sup> **Buts**, Caroline/**Jegers**, Marc/**Juris**, Tony: "Determinants of the European Commission's State Aid Decisions", Journal of Industry, Competition and Trade, Cilt 11, Sayı 4, 2011, s. 401.

<sup>16</sup> Council Regulation (EU) 2015/1589 of 13 July 2015 laying down detailed rules for the application of Article 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union (codification), OJL 248, 24.09.2015.

<sup>17</sup> **Özer**, Serkan: "Avrupa Birliği Rekabet Politikasında Devlet Yardımları ve Türkiye'nin Uyumunu", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2006, s. 79.

Komisyon'a bildirme yükümlülüğü getirmekte ve söz konusu yardımların Komisyon'a bildirilmeden evvel yürürlüğe konulmasını yasaklamaktadır. Bu kapsamda üye devletlerin yürürlüğe koymak ya da değiştirmek istedikleri devlet yardımı planları Komisyon'un *a priori* denetimine tabidir<sup>18</sup>. 2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 2. maddesi de yeni yardımların bildirimini düzenlemektedir. Ancak gerek ABİHA gerekse Konsey Tüzüğü'nde yeni yardımın açık bir tanımı yapılmamıştır. Konsey Tüzüğü'nün 1. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yeni yardım, mevcut yardımlarda yapılan değişikliklerde dâhil olmak üzere mevcut yardım niteliğinde olmayan tüm yardım planları ve bireysel yardımlar olarak tanımlanmıştır.

Mevcut yardımlarla yapılan değişikliklerin hepsinin yeni yardım olarak kabul edilmesi 2015/1589 sayılı Tüzük ile getirilmiş bir yeniliktir. Dolayısıyla yeni düzenlemenin eski usul Tüzüğü'ne nazaran daha sıkı olduğunu söylemek mümkündür<sup>19</sup>.

2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 2. maddesi uyarınca üye devletler, Komisyon'u, yardımın verilmesi ya da değiştirilmesiyle ilgili planlardan, görüşlerini bildirmesine imkân verecek bir süre öncesinde haberdar etmelidir. Bildirim, Komisyon'un bir karar almasını sağlamak için gerekli tüm bilgileri içermelidir. Komisyon'un karar alması için gerekli tüm bilgileri kapsayan bildirim "tam bildirim" denilmektedir.

Üye devletlerce Komisyon'a bildirilen yardımlar Komisyon tarafından bu yardımlara izin verilmediği sürece uygulamaya konulmamalıdır. Aksi halde uygulanan yardımlar yasa dışı yardım olacaktır.

Yardımların uygulamaya konulması, yardımın fiilen verilmesi veya yardımın verilebilmesine imkân tanıyan yetkilerin ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına tanınması olarak kabul edilir. AB üyesi devletler yardımlara yönelik hukuki düzenlemelerini hazırlarken bu koşulu ihlal etmemek için düzenlemeler taslak halindeyken gerekli bildirim yapabilirler ya da ulusal yardım mevzuatına yardımcı verecek idari makamın Komisyon'un yardımı onaylamasının ardından ödeme yapabileceğini belirten bir hüküm getirebilirler<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> **Tezcan**, Ercüment: "Avrupa Birliği Hukukunda Devlet Yardımları: Yeni Düzenlemelere ve İçtihadı İlişkin Değerlendirmeler", Rekabet Dergisi, Sayı 3, Temmuz-Ağustos-Eylül 2000, s. 39.

<sup>19</sup> **Hancher**, Leigh/**Salerno**, Francesco Maria/**Schutte**, Michael: "The Different Stages in the State Aid Procedure", State Aid Law of The European Union, ed., Herwig C.H. Hofmann-Claire Micheau, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 351.

<sup>20</sup> **Soltész Ulrich/Bielez**, Holger: "Judicial Review of State Aid Decisions – Recent Developments", European Competition Law Review, Cilt 25, Sayı 3, 2004, s. 140.

### 1. Ön İnceleme Aşaması

Üye devletlerin yürürlüğe koyacakları devlet yardımı planlarını, bireysel devlet yardımlarını ve mevcut devlet yardımları hakkında yapacakları değişiklikleri, yürürlüğe geçirmeden önce Komisyon'a bildirmeleri gerekmektedir. Bu bildirimle ön inceleme süreci başlayacaktır.

Ön inceleme süreci Konsey Tüzüğü'nün 4. maddesinde belirlenmiştir. Bu hüküm uyarınca Komisyon önüne bir bildirim gelir gelmez, bu bildirim konu olan devlet yardımının ABİHA'nın 107. maddesi uyarınca iç pazarla bağdaşır bağdaşmadığını incelemeye başlamakla yükümlüdür.

ABİHA'nın 107. maddesi uyarınca devlet yardımları kural olarak iç pazarla bağdaşmamakla birlikte bu mutlak bir kural değildir. Antlaşma'da bazı yardım kategorileri iç pazarla bağdaşır kabul edilmiştir. Antlaşma'nın 107. maddenin 2. fıkrası uyarınca, “a) ürünlerin menşesine ilişkin bir ayırım gözetmeksizin verilmesi koşuluyla, münferit tüketicilere verilen sosyal nitelikli destekler, b) doğal afetler veya olağanüstü olayların neden olduğu zararları karşılamak için verilen destekler, c) Almanya Federal Cumhuriyeti'nin Almanya'nın bölünmesinden etkilenen bazı bölgelerinin ekonomisine, bu bölünmenin neden olduğu ekonomik dezavantajların giderilmesi için gerekli olduğu ölçüde verilen destekler” iç pazarla bağdaşır.

ABİHA'nın 107. maddesinin 3. fıkrası iç pazarla bağdaştığı kabul edilebilecek yardımları düzenlemektedir. Bu yardımlar “a) yaşam standardının anormal ölçüde düşük olduğu veya ciddi boyutta eksik istihdamın var olduğu bölgeler ile yapısal, ekonomik ve sosyal durumları göz önüne alınarak, 349. maddede belirtilen bölgelerin ekonomik gelişmesini teşvik etmeye yönelik destekler, b) Avrupa'nın ortak çıkarını ilgilendiren önemli bir projenin gerçekleştirilmesinin teşvik edilmesine veya bir üye devlet ekonomisinde ortaya çıkan ciddi bir bozulmanın düzeltilmesine yönelik destekler, c) ticaret koşulları ortak çıkarlara zarar verecek ölçüde olumsuz şekilde etkilemedikçe, belirli ekonomik faaliyetlerin veya belirli ekonomik bölgelerin gelişmesini kolaylaştırmaya yönelik destekler, d) ticaret koşullarını ve Birlik içindeki rekabeti ortak çıkarlara aykırılık teşkil edecek ölçüde etkilememesi kaydıyla, kültürün ve kültürel mirasın korunmasını teşvik etmeye yönelik destekler, e) Konsey'in, Komisyon'un önerisi üzerine bir kararla belirleyeceği diğer destek kategorileridir”. Avrupa Komisyonu bu kategoriye dayanarak grup muafiyet tüzüğü çıkarmış, bölgesel yardımlar, KOBİ'lere verilen yardımlar, istihdam yardımları gibi pek çok yardım kategorisini devlet yardımı yasa-



ğından muaf tutmuştur<sup>21</sup>. Grup muafiyeti düzenlemesi kapsamına giren yardımlarda Komisyon tarafından iç pazarla bağdaşabilir kabul edildikleri için iç pazarla bağdaşır niteliktedir<sup>22</sup>.

Grup muafiyeti öngörülen yardımlar, günümüzde devletler tarafından teşebbüslere yapılan yardımların çok büyük bir oranını kapsamaktadır. 2017 yılı itibarıyla üye devletler tarafından uygulanan devlet yardımı tedbirlerinin yaklaşık %95'i (yıllık yaklaşık 28 milyar Euro'luk bir harcama ile) grup muafiyeti kapsamında bildirim yükümlülüğünden muaf tutulmuştur. Araştırma, geliştirme ve inovasyon alanlarında, devlet yardımı bildirimlerinin sayısı 2014'ten 2017 yılına kadar yarıya inmiştir<sup>23</sup>. Avrupa Birliği, devlet yardımı modernizasyonu politikası çerçevesinde üye devletlerin teşebbüslere sağladığı devlet yardımlarının bu alanlara kaydırılmasını sağlamaya çalışmaktadır.

Ön inceleme sonucunda Komisyon, üç farklı şekilde karar verebilir:

- Komisyon, ön incelemeden sonra, bildirilen tedbirin bir devlet yardımı oluşturmadığını tespit ederse, ilgili tedbirin bir devlet yardımı niteliğinde olmadığı yönünde karar verir.
- Komisyon, ön incelemeden sonra, bildirilen tedbirin ABİHA'nın 107. maddesine kapsamında iç pazarla bağdaştığı konusunda hiçbir tereddüt doğmaması durumunda, tedbirin iç pazarla bağdaştığı yönünde karar verir. Bu yöndeki kararlarda tedbirin hangi istisna kapsamına girdiği de belirtilmelidir. (İtiraz etmeme kararı)

<sup>21</sup> Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty, OJ, L 187, 26.06.2014. Grup muafiyeti tüzüğü kapsamında belirli parasal limitleri aşmamaları ve düzenlemede yer alan diğer koşulları sağlamaları halinde bildirimden muaf olan yardım türleri şunlardır; bölgesel yardımlar, KOBİ'lere yatırım veya işletme yardımları ve KOBİ'lerin finansmana erişimini sağlayan yardımlar, çevre koruma yardımları, AR&GE ve inovasyon yardımları, eğitim yardımları, dezavantajlı ve engelli işçiler için işe alım ve istihdam yardımları, bazı doğal afetlerin yol açtığı hasarı iyileştirmek için verilen yardımlar, uzak bölgelerin sakinlerine ulaşım için verilen sosyal yardımlar, geniş bant altyapıları için verilen yardımlar, kültür ve mirasın korunması için verilen yardımlar, spor ve çok amaçlı eğlence altyapısı için verilen yardımlar, yerel altyapı için verilen yardımlar, bölgesel havaalanı yardımları, liman yardımları (651/2014 sayılı Komisyon Tüzüğü m. 1)

<sup>22</sup> Grup muafiyeti öngörülen yardımlar, günümüzde devletler tarafından teşebbüslere yapılan yardımların çok büyük bir oranını kapsamaktadır.

<sup>23</sup> European Commission, "State aid: Commission simplifies rules for public investment in ports and airports, culture and the outermost regions", [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1341\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1341_en.htm) (Erişim Tarihi: 20.04.2021).

- Komisyon, ön incelemeden sonra, bildirilen tedbirin iç pazarla bağdaşmadığı konusunda tereddütlerin ortaya çıkması durumunda, ABİHA'nın 108. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen usulün başlatılması yönünde karar verir. (Resmî soruşturma usulünü başlatma kararı)

Komisyon bu kararları, kendisine tam bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren iki ay içinde almalıdır. ABAD kararı uyarınca tam bildirim, Komisyon'un, kapsamlı bir inceleme gerekmeden, yardım tedbirinin iç pazarla bağdaşırılığı konusunda ilk izlenim olarak bir değerlendirme yapabilmesini ifade etmektedir<sup>24</sup>. İlk yapılan bildirimde uygulanması planlanan devlet yardımına ilişkin bilgilerde eksiklikler olması durumunda Komisyon, bildirimde bulunan üye devletten ek bilgiler talep edebilecektir. Bilgi taleplerinin süre açısından önemli bir hukuki sonucu bulunmaktadır. Şöyle ki, Komisyon'un iki aylık ön inceleme süresi, AB üyesi devletin cevabının Komisyon'a ulaştığı tarihten itibaren yeniden işlemeye başlamaktadır. Ancak Komisyon bir karara varmak için ihtiyaç duyduğu bilgiler dışında sırf inceleme sürecini yapay olarak uzatmak için ek bilgi talep etmemelidir. Aksi halde bu bilgi talebi sürenin yeniden işlemeye başlamasına neden olmayacaktır<sup>25</sup>. İki aylık ön inceleme süresinin Komisyon ve ilgili devletin kabulüyle uzatılması mümkündür. Üye devletler açısından haklı nedenlerin olduğu hallerde Komisyon'a daha kısa süreler belirleme yetkisi de tanınmıştır.

Üye devlet öngörülen süre içinde Komisyon'un bilgi talebine cevap vermezse, üye devletin bildirimini geri çektiği kabul edilecektir. Komisyon'un ön inceleme sonucunda aldığı kararlar ilgili devlete tebliğ edilir ve Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde (Official Journal of the European Union) yayımlanır.

2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 4. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca Komisyon tarafından ön inceleme için öngörülen iki aylık sürede alınması gereken kararlardan herhangi birinin alınmaması durumunda ilgili devlet yardımına izin verildiği kabul edilecektir. Bu durumda ilgili üye devlet Komisyon'a bildirimde bulunarak söz konusu tedbiri uygulayabilecektir. Ancak Komisyon'un, ilgili devletin bildirimini üzerine on beş gün içerisinde karar verebilme yetkisi bulunmaktadır.

İlgili üye devletin, Komisyon'un ön inceleme konusunda kararını almasından önce, bildirimini geri çekebilmesi mümkündür. Ancak resmî soruş-

<sup>24</sup> Case C-99/98, Austria v. Commission [2001], para. 54–56.

<sup>25</sup> Case C-99/98, Austria v. Commission [2001], para. 65.

turma süreci başladıktan sonra Komisyon resmî soruşturmasını bitirmekle yükümlüdür.

## 2. Resmî Soruşturma Aşaması

ABİHA'nın 108. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Komisyon ön inceleme sonucunda ilgili devlet yardımının iç pazarla bağdaşmadığı kanısına varırsa gecikmeksizin resmî soruşturma açmak zorundadır. Bu durum Komisyon için bir yükümlülük olup, takdir yetkisine tabi değildir<sup>26</sup>. Resmî soruşturmanın amacı ilgili devlet yardımının iç pazarla bağdaşırılığının detaylı olarak incelenmesini sağlamak ve yardımın iç pazarla bağdaşmayan yönlerine ilişkin olarak yardımı sağlayan üye devlet ve ilgili diğer tarafların görüşlerini dinlemektir.

Resmî soruşturma, Komisyon'un resmî soruşturma usulünü başlatma kararıyla açılır. Bu karar üye devlete tebliğ edilerek, Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayınlanır. Resmî soruşturma usulünü başlatma kararı, ilgili yasal dayanakları ve fiili nedenleri özetleyecek, önerilen tedbirin yardım niteliği konusunda Komisyon'un ön incelemesini içerecek ve tedbirin iç pazarla uyumluluğu konusundaki şüpheleri ortaya koyacaktır. Ayrıca bu Kararda, ilgili üye devlete ve diğer ilgili taraflara, normalde bir ayı geçmeyecek bir süre içinde görüş bildirmeleri için çağrıda bulunulacaktır. Durumun gerektirdiği hallerde Komisyon bu süreyi uzatma yetkisine sahiptir. İlgili üye devlet, ilgili taraflarca sunulan görüşlere bir aylık süre içerisinde cevap verme hakkına sahiptir.

ABİHA soruşturmaya kimlerin katılabileceği yönünde bir içtihat benimsemediği gibi bu konuda bir kıstas da belirlememiştir. Ancak soruşturmanın önemi ve devlet yardımlarının kapsamlı olarak incelenmesi gereği göz önüne alındığında, soruşturma içerisine katılanların mümkün olduğunca geniş tutulması gerekmektedir. Bu sebeple ilgili taraflar yalnızca yardımı alan teşebbüs veya teşebbüsler değil, ayrıca yardımın verilmesinden menfaatleri zarar görebilecek rakip teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri gibi kişi ve kuruluşlardır<sup>27</sup>. 2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 1. maddesinin (h) bendi de katılanları yardımın verilmesinden menfaati etkilenebilecek her kişi, teşebbüs veya teşebbüs birliği olarak belirlemektedir. "Menfaati etkilenenler"

<sup>26</sup> **Hakenberg, Waltraud/Erlbacher.** Friedrich: "State Aid Law in the European Courts in 2001 and 2002", *European Competition Law Review*, Cilt 24, Sayı 9, 2003, s. 439.

<sup>27</sup> **Rumford, Chris:** Sanayiye Devlet Yardımı: Türkiye ve Gümrük Birliği, Çev., Ayşe Berktaş Hacımırzaoğlu, Intermedia Yayınları, İstanbul 1997, s. 81.

kıstası gereği katılanların çerçevesinin sınırlı yorumlanmaması gerekmektedir<sup>28</sup>.

2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'nün hazırlık aşamasında usul ekonomisini ve verimliliği sağlamak adına Komisyon'un ilgili herhangi bir merciye doğrudan ve eş zamanlı erişimi ve daha şeffaf, doğru ve hızlı bilgi akışını sağlamaya yönelik yetkileri güçlendirilmek istenilmiştir. Bu kapsamda Komisyon'un denetim yetkisini güçlendirmek amacıyla Komisyon'a herhangi bir üye devletten ya da teşebbüs veya teşebbüs birliklerinden piyasa bilgilerini talep etme yetkileri verilmiştir<sup>29</sup>. Bu yeni yetkilerle, Komisyon, söz konusu tedbirle ilgili değerlendirmesini tamamlamak için ihtiyaç duyduğu "piyasa bilgilerini" başka herhangi bir üye devlet, teşebbüs veya teşebbüs birliğinden talep edebilecektir. Komisyon'un bu yetkileri 2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 7. maddesinde detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Komisyon'un bilgi talep edebilmesi, bu bilginin yalnızca Komisyon tarafından yürütülen mezkûr soruşturmayla sınırlı kalması ve bu bilgiler yardımın yararlanıcılarından sağlanacaksa ilgili üye devletin bu hususu kabul etmesi şartlarına bağlıdır.

Üye devletler, talep edilen bilgileri Komisyon tarafından öngörülen ve normalde bir ayı geçmeyen bir zaman sınırı dahilinde sağlamalıdır. Üye devletin istenilen bilgiyi belirlenen süre içerisinde Komisyon'a bildirmemesi durumunda Komisyon tarafından üye devlete bir hatırlatmada bulunulması mümkündür.

Komisyon, bir teşebbüs veya teşebbüs birliğinden bilgi istemesi halinde, bu teşebbüs veya teşebbüs birliğine bilgi için bir talep yazısı göndermelidir. Bu yazıda söz konusu isteğin kanuni dayanağı, talebin amacı, hangi bilgilerin istendiği ve bilginin sağlanacağı orantılı bir süre yer almalıdır. Ayrıca yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi durumunda uygulanacak olan Konsey Tüzüğü'nün 8. maddesinde öngörülen para cezaları da belirtilmelidir. Bunlara ek olarak ilgili yazıda teşebbüslere veya teşebbüs birliğine söz konusu karara karşı Avrupa Birliği Adalet Divanı'na başvurabilme haklarına ilişkin bilgilendirmeye de yer verilmelidir.

2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'nde getirilen bir diğer önemli değişiklik üçüncü kişilerin haklarına ilişkindir. Söz konusu Konsey Tüzüğü'nün 24. maddesinin birinci fıkrasıyla ilgili herhangi bir tarafa, resmî soruşturma usulünün başlatılması için alınan bir Komisyon kararını takiben görüş bildi-

<sup>28</sup> Tekinalp/Tekinalp, s. 522.

<sup>29</sup> Hancher/Salerno/Schutte, s. 365-366.

rebilme yetkisi tanınmıştır. Bu kapsamda görüş bildiren herkese ve bireysel yardımlardan yararlanan ilgili taraflara, Komisyon tarafından alınan kararın bir örneği gönderilecektir.

2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 9. maddesi uyarınca Komisyon'un resmî soruşturma usulü şu dört karardan birinin alınmasıyla sona erecektir:

- Komisyon, bildirilen tedbirin bir devlet yardımı teşkil etmediğini tespit ederse bu tespiti belirten bir karar vermelidir.
- Komisyon, tedbirin iç pazarla bağdaşmayacağı yönündeki tereddütlerin ortadan kalkması durumunda, yardımın iç pazarla bağdaşır olduğu yönünde karar vermelidir (Olumlu karar). Bu kararda yardımın ABİHA'nın hangi istisnasının kapsamına girdiği de belirtilmelidir.
- Komisyon, yardımın iç pazar ile bağdaşır olduğunu belirlediği olumlu kararını koşullara bağlayabilir ve bu koşullara riayet edilip edilmediğini denetlemek için çeşitli denetim yükümlülükleri getirebilir. (Koşullu karar)
- Komisyon, bildirilen yardımın iç pazarla bağdaşır olmadığını tespit etmesi halinde, yardımın yürürlüğe konulmamasına karar vermelidir. (Olumsuz karar)

Komisyon'un aldığı karar ilgili üye devlete bildirilerek Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayımlanır.

Koşullu kararın hukuki temeli, ABİHA'nın 108. maddesinin ikinci fıkrasıyla Komisyon'a verilen, devlet yardımının değiştirilmesini isteyebilme yetkisidir. Koşullu bağdaşırılık kararında, devlet yardımının hangi koşullarda iç pazarla bağdaşır kabul edilebileceği belirlenecektir.

Olumsuz kararın hukuki sonucu, ilgili devlet yardımının yürürlüğe konulamamasıdır. ABİHA'nın 108. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca uygulama yasağı, etkisini soruşturma aşamasında da sürdürmektedir. Bu nedenle Komisyon'un, yardımın kaldırılması veya uygulanmamasına ilişkin olarak ayrıca bir hüküm vermesine gerek bulunmamaktadır<sup>30</sup>.

Komisyon, resmî soruşturmanın açılmasından itibaren 18 aylık süre içerisinde bu kararlardan birini kabul etmek için mümkün olduğu kadar çabayı göstermekle yükümlüdür. Ancak bu süre sınırının, Komisyon ile ilgili üye devlet arasındaki bir anlaşma ile uzatılabilmesi mümkündür. Öngörülen 18 aylık sürenin dolmasından sonra ilgili devletin de talep etmesi halinde,

<sup>30</sup> Özer, s. 87.

Komisyon iki ay içerisinde elindeki bilgilere dayanarak bir karar almak zorundadır. Verilen bilgilerin devlet yardımının iç pazarla bağdaşıklığının tespiti için yeterli olmadığı durumlarda Komisyon olumsuz karar almalıdır.

Ön inceleme kararına veya resmî soruşturmayı sona erdiren kararına etki eden bilgilerin doğru olmaması halinde, Komisyon'un bu kararlarını geri alabilmesi mümkündür. Bu yetki Konsey Tüzüğü'nün 11. maddesinde düzenlenmiştir. Komisyon'un geri alma işlemini gerçekleştirmeden önce, ilgili üye devletin konuya ilişkin görüşlerini alması gerekmektedir. Komisyon, kararını geri alması ile resmî soruşturma usulünü yeniden başlatmaktadır.

### **B. Yasa Dışı Yardımların Denetimi**

Üye devletler, bildirimde bulunmadan da devlet yardımı verebilmektedir. Bu tür devlet yardımları “yasa dışı yardım” olarak adlandırılmaktadır. 2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'nde yasa dışı yardımlara uygulanacak denetim usulü ayrı bir bölümde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, yasa dışı yardımların denetiminde, yeni yardımlara uygulanan denetim usulüne göre farklılıklar bulunmaktadır.

Konsey Tüzüğü'nün 1. maddesinin ilk fıkrasının (f) bendinde yasa dışı yardım, “*ABİHA'nın 108. maddesinin 3. fıkrası hükmüne aykırı olarak yürürlüğe giren yeni yardım*” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla yasa dışı yardımı, bildirim yükümlülüğüne uyulmadan ve/veya yardımın yürürlüğe konulabilmesi için Komisyon'un alması gereken bağdaşırılık kararı beklenmeden üye devletlerce yürürlüğe konulan yardımlar olarak açıklamamız mümkündür.

Komisyon çoğunlukla, böyle bir yardımdan menfaati zedelenen bir tarafın şikâyeti üzerine haberdar olur. Ancak Komisyon yasa dışı yardımlardan re'sen yaptığı araştırmalar sonucunda da haberdar olabilmektedir. Komisyon, herhangi bir kaynaktan yasa dışı yardım iddialarıyla ilgili bilgi alması durumunda, kendi inisiyatifiyle, bu bilgilerle ilgili inceleme başlatabilir. Konsey Tüzüğü'nün 24. maddesinin ikinci fıkrasıyla ilgili bir tarafa, Komisyonu bilgilendirmek için şikâyette bulunabilme hakkı tanınmıştır. Komisyon, bu hükme uygun olarak ilgili tarafça sunulan şikâyeti gecikmesizin incelemekle ve ilgili üye devletin incelemenin ilerleyişi ve sonucu hakkında tam ve düzenli olarak bilgilendirilmesini sağlamakla yükümlüdür.

Yeni yardımlara yönelik ön incelemeyle, yasa dışı yardımlara yönelik inceleme amaç itibariyle, ikisinin de tedbirin Komisyon'un iç pazarla bağdaşırılığına ilişkin ilk izlenimlerini ortaya çıkarması açısından aynıdır. Ancak yasa dışı yardımlara yönelik ön incelemenin doğası çok daha farklıdır. Zira

yasa dışı yardımlara ilişkin incelemede Komisyon'un öncelikle ABİHA'nın ihlal edildiğine ilişkin bir bilgiye sahibi olması gerekir. İnceleme başlatıldıysa Komisyon'da böyle bir ihlale yönelik bir kanaat de oluşmuş demektir. Dolayısıyla üye devletin Komisyon'un şüphelerini ortadan kaldıracak bilgiler sağlayarak ya da tedbirin iç pazarla bağdaşır olduğunu ortaya koyacak kanıtlar ve argümanlar ileri sürerek eylemlerini haklı çıkarması gerekmektedir. Bu bağlamda, inceleme süreci, üçüncü taraf hakları açısından daha çok önem kazanmaktadır<sup>31</sup>. Üye devlet, savunma hakkı çerçevesinde, üçüncü kişiler tarafından ileri sürülen ve Komisyon'un kararında etkili olabilecek görüşlere karşı kendi görüşlerini açıklama hakkına sahiptir. Bunun sağlanması için Komisyon'un incelemeye başladığında ilk yapacağı iş ilgili üye devletten bilgi talep etmektir. Bilgi talebine ilişkin olarak Konsey Tüzüğü'nün ön inceleme ile ilgili hükümleri aynen uygulanacaktır.

Yasa dışı yardımlara yönelik inceleme ile yeni yardımlara ilişkin ön inceleme arasındaki temel farklılık Komisyon'un yasa dışı yardımlara yönelik başlattığı ön incelemede süre sınırlamasının bulunmamasıdır. Komisyon'un başlattığı incelemeler bir şikâyete dayalı dahi olsa bağlayıcı süre sınırlamalarına tabi değildir. 2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'nde ön inceleme süresinin makul olması gerektiği vurgulanmışsa da makul sürenin ne kadar olduğu ortaya konulmamıştır. Bu belirsizlik mahkeme içtihatlarına da yansımıştır. AB mahkemeleri çeşitli zamanlarda yasa dışı yardımlara yönelik incelemelerde makul sürenin belirlenmesi ile ilgili kararlar vermişlerdir<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Hancher/Salerno/Schutte, s. 357.

<sup>32</sup> AB mahkemeleri çeşitli uyuşmazlıklarda yasa dışı yardımlara yönelik incelemelerin sürelerini değerlendirmiştir. Örneğin Ryanair davasında, Genel Mahkeme, yirmi bir aylık bir ön inceleminin aşırı olduğuna, çünkü süreç içinde, ihtilafı dava konusunun yaklaşık iki yıl süren bir ön incelemeyi gerektirecek kadar karmaşık olmadığına karar vermiştir, Case T-512/11, Ryanair v. Commission [2014], para. 72. Yine aynı kararda Mahkeme yasa dışı yardım şikâyetleri üzerine açılan ön incelemelerde Komisyon'un hassas ve tarafsız bir soruşturma yürütmesi gerektiğini ancak ön incelemeyi süresiz olarak uzatamayacağını ifade etmiştir. Başka bir uyuşmazlık ise Komisyon'un yasa dışı yardım şikâyetine ilişkin sürdürdüğü altı yıllık ön inceleme sürecine yönelik olarak ortaya çıkmıştır. Söz konusu uyuşmazlığı inceleyen Genel Mahkeme her ne kadar uyuşmazlıktaki somut nedenlerden ötürü sürenin uzamasının hukuka aykırılık yaratmadığına karar veriyse de kararında idari usulün süresine ilişkin hukuki belirlilik ilkesinin Komisyon'un yetkilerini süresiz olarak geciktirmesini önlediğini ifade etmiştir, Case T-109/01, Fleuren Compost BV v. Commission [2004], para. 145. Yine başka bir davada Genel Mahkeme yedi aylık sürenin, prensip olarak, Komisyon'un ön incelemesini tamamlaması için uyması gereken süreyi aştığını belirtmiş ancak Komisyon'un bu süre zarfında Belçika otoriteleriyle üç görüşme yapmış ve inceleme konusuyla ilgili Belçika hükümetine üç ayrı bilgi talebi göndermiş olmasının ön inceleminin süresinin uzama-

Ancak belirtmek gerekir ki mahkemeler kesin süre limitleri verme konusunda isteksiz davranmışlar ve Komisyon'un süreler açısından sahip olduğu takdir yetkisini devlet yardımlarının olaya özgü niteliği ile açıklamışlardır. Buna göre bir şikâyet incelemesinin süresinin makul olup olmadığı, her bir davanın kendi koşullarına ve özellikle de içeriğine, Komisyon tarafından izlenen usul işlemlerine ve davanın karmaşıklığına bağlı olarak belirlenmelidir<sup>33</sup>.

Muhtemel yasa dışı yardımların incelenmesi sonucunda Komisyon, ön inceleme usulünde alabileceği kararlardan birini almakla yükümlüdür. Yani Komisyon bu inceleme sonucunda üye devletçe uygulanan tedbirin devlet yardımı niteliğinde olmadığına, yardımın iç pazarla bağdaşır olduğuna ya da yardımın iç pazarla bağdaşırlığı konusunda tereddütler olması durumunda resmî soruşturma usulünün başlatılmasına karar verecektir. İncelemenin resmî soruşturma usulüne başvurulması kararıyla sona ermesi durumunda, resmî soruşturma usulü yukarıda açıklandığı şekilde yürütülecek ve sonuçlandırılacaktır. Resmî soruşturma usulünün başlatılmasından sonra, Komisyon ayrıca, teşebbüslerden, teşebbüs birliklerinden veya başka herhangi bir üye devletten bilgi talep edebilir. Eğer Komisyon'un yasa dışı yardımlarla ilgili yürüttüğü incelemeye bir şikâyet dayanak olduysa, incelemenin sonuçlarının şikâyetçiye de bildirilmesi gerekmektedir.

### **1. Yasa Dışı Yardımların Denetiminde Komisyon'un Alabileceği İhtiyati Tedbirler**

Komisyon'un yasa dışı yardım iddiası üzerine başlattığı inceleme sırasında çeşitli ihtiyati tedbirler alma yetkisi bulunmaktadır. Konsey Tüzüğü'nün 13. maddesi uyarınca Komisyon;

- ilgili üye devlete görüşlerini sunma imkanını verdikten sonra, Komisyon'un yardımın iç pazar ile bağdaşırlığına dair bir kararına kadar üye devletin yasa dışı yardımının askıya alınmasına karar verebilir. (Askıya alma tedbiri)
- ilgili üye devlete görüşlerini sunma imkanını verdikten sonra, Komisyon'un yardımın iç pazar ile bağdaşırlığına dair kararına kadar, hukuka aykırı yardımın üye devletçe geri alınmasına karar verebilir. (Geçici geri alma tedbiri) Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi başka bazı şartlara bağlanmıştır. Bunlar; yerleşik uygulamaya göre, söz

---

sının haklı nedenlere dayandığına dair delil oluşturabileceğini ifade etmiştir, Case T-388/03, Deutsche Post AG and DHL International v. Commission [2009], para. 98-99.

<sup>33</sup> Case T-95/96, Gestelevision Telecinco SA v. Commission [1998], para.75.



konusu tedbirin yardım karakteri hakkında hiçbir tereddütün bulunmaması, karar almada bir aciliyetin söz konusu olması ve bir rakip için ciddi ve onarılamaz bir hasar riskinin varlığıdır.

Yasa dışı yardıma ilişkin olarak ilgili üye devlete geçici olarak geri alma tedbirinin uygulanması, Konsey Tüzüğü'nün yardımların geri alınmasına ilişkin hükümlerine uygun olmak zorundadır. Yardım bütün sonuçlarıyla geri alındıktan sonra Komisyon, bildirilen yardım için geçerli olan zaman sınırları içinde bir karar almalıdır.

Üye devletin Komisyon'un aldığı tedbir kararlarına uymaması durumunda, Komisyon konuyu AB Antlaşması'nın ihlali gerekçesiyle ABAD'a havale edebilme hakkına sahiptir. Bu durumda ABAD, ilgili üye devlete ABİHA'nın 260. maddesi uyarınca ayrıca bir para cezasına da hükmedebilecektir.

## 2. Yasa Dışı Yardımların Geri Alınması

Konsey Tüzüğü'nün 16. maddesi uyarınca Komisyon'un yasa dışı yardıma ilişkin resmî soruşturması sonucunda olumsuz karar alması, başka bir ifadeyle bildirilen yardımın iç pazar ile bağdaşır olmadığını tespit etmesi halinde, Komisyon ilgili üye devletin verdiği yasa dışı devlet yardımını geri alması için gerekli olan bütün tedbirleri almasına karar verecektir. Yasa dışı yardımın geri alınması, bir yardımı yasa dışı bulmanın mantiki neticesidir<sup>34</sup>.

Şunu da ifade etmek gerekir ki geri alma kararı niteliği itibariyle bir yaptırım kararı olmayıp, yasa dışı yardımın bir sonucu olarak alıcının sağladığı avantajın ortadan kaldırılmasına hizmet etmektedir<sup>35</sup>.

Yerleşik içtihatlarla ortaya konulduğu üzere, üye devletlerin Komisyon tarafından iç pazarla bağdaşmaz olduğuna karar verilen yardımları geri alma yükümlülükleri "*iç pazarın yardım verilmeden önceki hale getirilmesini*" ifade etmektedir<sup>36</sup>. Komisyon yasa dışı yardıma ilişkin kararında geri alınacak yardım miktarını belirleyebilir ancak genel olarak böyle bir belirleme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Case C-75/97, Belgium v. Commission [1999], para. 66.

<sup>35</sup> Joined cases C-74/00 P and C-75/00 P, Falck SpA and Acciaierie di Bolzano SpA v. Commission [2002], para. 181.

<sup>36</sup> Case C-142/87, Belgium v. Commission [1990], para. 66; Joined cases C-278/92, C-279/92 and C-280/92, Spain v. Commission [1994], para. 75; Case C-350/93, Commission v. Italy [1995], para. 21; Case C-75/97, Belgium v. Commission [1999], para. 64.

<sup>37</sup> Ghazarian, Lucyne: "Recovery of State Aid", European State Aid Law Quarterly, Cilt 15, Sayı 2, 2016, s. 233.

Konsey Tüzüğü'nün 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Komisyon tarafından verilecek geri alma kararı gecikmeksizin ve Komisyon'un kararının derhal ve etkin bir şekilde yürütülmesine uygun olması şartlarıyla ilgili üye devletin iç hukukundaki usullere uygun olarak uygulanmalıdır.

Görüldüğü üzere yasa dışı yardımın geri alınması ilgili üye devletlere bırakılmış ve bu geri almanın usulü ilgili üye devletin kendi iç hukukuna tabi tutulmuştur. Ancak bu alanda uygulanacak usul kuralları konusunda üye devletler tam bir otonomiye de sahip değillerdir. Zira bu kurallar AB mahkemeleri tarafından "AB hukukunun etkinliğini sağlamak" bakımından belirli kıstaslara tabi tutulmaktadır. Bu amaç doğrultusunda, AB mahkemeleri, üye devletin uyguladığı geri alma yöntemlerini belirli konularla sınırlamıştır. İlk olarak üye devlet tarafından uygulanan kural ve usul, AB hukukunun gerektirdiği geri almayı pratikte imkânsız kılacak bir etkiye sahip olmamalı ve ulusal hukuktaki uygulamada birlik sağlama açısından eşitlik ilkesine zarar vermemelidir. İkincisi, ulusal tedbirler, itiraz konusu yasa dışı ve iç pazarla uyumsuz yardımla çarpıtılan rekabetin normal koşullarının yeniden oluşturulmasına "uygun" olmalıdır. Son olarak, seçilen ulusal önlemler Komisyon'un geri alma kararının "derhal ve etkili bir şekilde uygulanmasını" sağlayacak nitelikte olmalıdır<sup>38</sup>.

Geri alma kararına göre geri alınacak yardım, Komisyon tarafından belirlenen uygun bir oranda faizi de içermelidir. Faiz, yasa dışı yardımın, yararlanıcının eline verildiği tarihten yararlanıcı tarafından elden çıkarıldığı tarihe kadar olan süre için ödenir.

İlgili üye devletin verdiği yardımı geri almasının iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki yardımın geri alınmasının Birlik hukukunun genel bir ilkesine aykırı olmasıdır. Böyle bir durumun söz konusu olması halinde Komisyon'un yardımın geri alınmasını talep edemeyeceği Konsey Tüzüğü'nde açıkça düzenlenmiştir. Yardımın üye devletçe geri alınmasının bir diğer istisnası ise AB mahkemelerinin içtihatlarıyla geliştirilmiş olan mutlak imkânsızlıktır.

2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 16. maddesinin ilk fıkrası uyarınca Birlik hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşmayan hallerde yasa dışı yardımın geri alınması talep edilemez. Bu konudaki AB içtihatlarına bakıldığında geri almanın Birlik hukukunda aykırılık yaratacağı ilkelerin başında "haklı beklenti" ve "hukuki belirlilik" ilkelerinin geldiği görülmektedir. Bu

<sup>38</sup> Hancher/Salerno/Schutte, s. 384.

iki ilkede Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı<sup>39</sup>,nın 41. maddesinde düzenlenen “iyi yönetim hakkı”nın parçalarıdır. İyi yönetim hakkı kapsamında vatandaşların idareden neler bekleyebileceği Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen Avrupa İyi İdari Davranış Yasası<sup>40</sup> ile ortaya konulmuştur<sup>41</sup>. İlgili Yasa'nın 10. maddesi idarenin davranışlarının haklı beklentilere uygunluğunu ve idarenin davranışlarının hukuki belirliliğini iyi yönetimin unsurları olarak belirlemektedir. Ayrıca Temel Haklar Şartı, hukukun üstünlüğünü Birliğin dayalı olduğu temel prensiplerden biri olarak belirtmektedir. Hukukun üstünlüğü prensibinin hayata geçirilmesinde de hukuki belirlilik ve haklı beklentilerin korunması ilkeleri büyük önem taşımaktadır.

Başvurucular tarafından sıklıkla geri alma usulü nedeniyle bu ilkele-  
rinin ihlal edildiği iddia edilse de AB mahkemelerinin bu konudaki uygulama-  
ması çok sınırlıdır. Zira ABAD haklı beklentilerin korunması ilkesinin uy-  
gulanmasında basiretli tacir testini uygulamaktadır. Divan basiretli tacirlerin  
kendi çıkarlarını etkileyebilecek bir Topluluk önlemini öngörebilmeleri ha-  
linde, bu önlemin uygulanması üzerine haklı beklentilerin korunması ilke-  
sine dayanamayacaklarını ifade etmektedir<sup>42</sup>. Dolayısıyla AB mahkemele-  
rinin devlet yardımları alanındaki içtihatlarında Komisyon tarafından devlet  
yardımlarının denetiminin zorunlu niteliği göz önüne alınarak, yardım alan-  
ların, ilke olarak, yardım hakkında ABİHA'daki kurallara uygun olarak  
bağdaşırılık kararı verilmedikçe, yardımın yasal olduğuna dair haklı bir bek-  
lentiyi ileri süremeyecekleri vurgulanmıştır<sup>43</sup>. Yardımın yararlanıcısı olan  
teşebbüsler “basiretli tacir” gibi hareket etmeleri gerektiği için devlet yar-  
dımlarının usulüne uygun olarak verilip verilmediğini bilebilecek durumda-  
dırlar<sup>44</sup>. Örneğin, ABAD, *Demesa ve diğerleri* kararında, yardımın Komis-

<sup>39</sup> Charter of fundamental rights of the European Union (2012), OJ, C 326, 26.10.2012.

<sup>40</sup> [https://cpvo.europa.eu/sites/default/files/documents/lex/Ombudsman\\_European\\_Code\\_of\\_Good\\_Administrative\\_Behaviour.pdf](https://cpvo.europa.eu/sites/default/files/documents/lex/Ombudsman_European_Code_of_Good_Administrative_Behaviour.pdf), (Erişim Tarihi: 20.03.2022)

<sup>41</sup> **Akyılmaz**, Bahtiyar: “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, Yıl 2003, s. 149; **Mendes**, Joana: “Good Administration in EU Law and the European Code of Good Administrative Behaviour”, SSRN Electronic Journal, Sayı 9, Yıl 131, 2009, s.10-13.

<sup>42</sup> Case 265/85, Van den Bergh en Jurgens BV and Van Dijk Food Products (Lopik) BV v. Commission of the European Communities [1987], para. 44.

<sup>43</sup> Joined cases C-205 to 215/82, Deutsche Milchkontor GmbH and Others v. Germany [1983], para. 30; Case C-5/89, Commission v. Germany [1990], para. 13; Case C-148/04, Unicredito Italiano SpA v. Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova [2005], para. 104.

<sup>44</sup> **Simonati**, Anna: “The Principles of Administrative Procedure and the EU Courts: an Evolution in Progress?”, Review of European Administrative Law, Cilt 4, Sayı 1, 2011, s. 56; **Dalkılıç**, Elvin Evrim: Avrupa ve Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik ve Meşru Beklentilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 70.

yon'a önceden bildirilmeksizin verilmesi durumunda, yardımın alıcısının hibenin yasal olduğuna dair meşru bir beklentiye sahip olamayacağını açıkça belirtmiştir<sup>45</sup>.

Yardımanın üye devletçe geri alınmasında bir diğer istisna olan mutlak imkânsızlık ise her ne kadar AB mahkemelerinin içtihatlarıyla getirilmiş olsa da bu alanda da AB mahkemelerinin uygulaması oldukça sınırlı olmuştur. Bu çerçevede üye devletler tarafından geri alma kararının uygulanmasında başarısız olmalarına gerekçe olarak ileri sürülen ulusal usul kuralları, haklı beklentilerin korunmasını öngören ulusal düzenlemeler, çok sayıda yararlanıcının bulunmasından kaynaklanan güçlükler gibi hukuki ya da teknik zorluk iddiaları mutlak imkânsızlık kapsamında değerlendirilmemişlerdir<sup>46</sup>. Bir örnekte Fransız hükümeti faaliyetlerini durduran 204 teşebbüse verilen yardımların geri alınması hususunda mutlak imkânsızlık bulunduğunu iddia etmiştir. ABAD ise söz konusu iddiaya ilişkin yaptığı değerlendirmede Fransız hükümetinin teşebbüslerin her birinin durumunun belirlenmesine ilişkin ayrı ayrı incelemeler yürüttüğüne yönelik somut deliller ortaya koymadığını ve hangisinden yardımın geri alınabileceğinin bireysel olarak belirlenmediğini ifade ederek teşebbüslerin faaliyetlerine son vermiş olması halinde dahi yardımların geri alınmasında mutlak imkânsızlık iddiasının kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>47</sup>.

Konsey Tüzüğü'nde Komisyon'un yardımı geri alma yetkilerini kullanmasına ilişkin olarak onyıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür. İlgili düzenleme zamanaşımı süresini yalnızca Komisyon'un geri alma konusundaki yetkilerini kullanmasına yönelik olarak düzenlemektedir. Bu nedenle ABAD içtihatlarında bu sürenin yetkili ulusal makamlar tarafından yasa dışı yardımın geri alınmasında uygulanamayacağı kabul edilmektedir<sup>48</sup>. Zamanaşımı süresi yasa dışı yardımın yararlanıcıya bireysel yardım veya yardım programı kapsamında yardım olarak verildiği gün başlamaktadır. Ancak Komisyon tarafından veya üye devlet tarafından Komisyon'un talebi üzerine yasa dışı yardımla ilgili yapılan her bir işlem, zamanaşımı süresini

<sup>45</sup> Joined Cases C-183/02 P and C-187/02 Demesa and Others v. Commission [2004], para. 44-45. Aynı yönde Case C-81/10, P France Télécom v. Commission [2011], para. 59.

<sup>46</sup> **Hancher/Salerno/Schutte**, s. 395.

<sup>47</sup> Case C-214/07, Commission v. France [2008], para. 65.

<sup>48</sup> Case C-349/17, Eesti Pagar v. Ettevõtlike Arendamise Sihtasutus and Majandus [2019], para. 108-109; Case C-387/17, Presidenza dei Consiglio dei Ministri v. Fallimento Traghetti del Mediterraneo [2019], para. 52; Case C-627/18, Nelson Antunes da Cunha Lda v. Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas IP (IFAP) [2020], para. 29-32.

kesintiye uğratmaktadır. Her bir kesinti de zamanaşımı süresinin yeniden başlamasına yol açmaktadır. Komisyon kararına karşı ABAD önünde dava açılması halinde ise zamanaşımı süresi durmaktadır.

### C. Kötüye Kullanılan Yardımların Denetimi

Yardımanın kötüye kullanılması hukuki kaynağını doğrudan ABİHA'nın 108. maddesinin ikinci fıkrasından almaktadır. Bu hükme göre, Komisyon, bir devlet tarafından veya devlet kaynakları aracılığıyla verilen yardımın kötüye kullanıldığını saptarsa, bir süre belirlemeli ve bu süre içerisinde, ilgili devletin bu yardımı kaldırmasına veya değiştirmesine karar vermelidir. Kötüye kullanılan yardım kavramı 2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 1. maddesinin ilk fıkrasının (g) bendinde tanımlanmıştır. Buna göre, Komisyon tarafından iç pazarla bağdaşır olduğuna ya da koşullu bağdaşır olduğuna karar verilen bir yardımın, yararlanıcılar tarafından alınan bu kararlara aykırı olarak kullanılması yardımın kötüye kullanılması anlamına gelmektedir. Kötüye kullanılan yardımlarla ilgili izlenecek usul Konsey Tüzüğü'nün 20. maddesinde düzenlenmiştir.

Konsey Tüzüğü'nün 24. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ilgili olan herkes bir yardımın kötüye kullanıldığı iddiasıyla Komisyon'u bilgilendirmek için şikâyette bulunma hakkına sahiptir. Komisyon bir yardımın kötüye kullanıldığından şüphelenirse, bu iddiayı araştırmak için resmî bir soruşturma açmak zorundadır. Bu çerçevede, resmî soruşturma usulü bakımından yapılan açıklamalar, kötüye kullanılan yardımların denetimi için de geçerlidir.

Bir devlet yardımının kötüye kullanılan yardım olarak tanımlanabilmesi için, öncelikle ilgili devlet yardımı tedbirinin Komisyon tarafından resmî bir soruşturma ya da ön inceleme süreci sonucunda iç pazarla bağdaşır olarak değerlendirilmiş olması gerekmektedir. Kötüye kullanım, bu Komisyon kararının sözüne ve özüne aykırılıktır. Yardımın kötüye kullanılması Komisyon kararının çeşitli yönleriyle bağlantılı olabilir. En sık görülen durumlar ise, kararda yer alan taahhütlerin veya yardımın iç pazarla bağdaşırılığı için öngörülen koşulların ihlal edilmesidir<sup>49</sup>. Yardımın kötüye kullanılma ihtimali özellikle yeniden yapılandırma yardımları gibi karmaşık devlet yardımında daha yüksektir. Zira bu tür yardımlar üç veya daha uzun yıl süren bir plana dayanır ve ilgili piyasanın koşullarından makroekonomik ölçütlere kadar pek çok değişkenden etkilenmeye açıktır. Eğitim yardımı, yatırım yardımı gibi

<sup>49</sup> Hancher/Salerno/Schutte, s. 368.

yardımanın amacının spesifik olduğu yardım türlerindeyse yardımın kötüye kullanılması ihtimali azalmaktadır<sup>50</sup>.

Komisyon, kötüye kullanılan yardım iddiasıyla ilgili bir soruşturma başlatmak istiyorsa, yardımın neden kötüye kullanıldığını ortaya koyma yükümlülüğü kendisine aittir. Başka bir ifadeyle yardımın kötüye kullanıldığını ispat yükü Komisyon'un üzerindedir. Ancak ilgili üye devlet, yardımın nasıl kullanıldığına ilişkin açık ve kesin bilgi sağlamazsa Komisyon bahse konu yardımın kötüye kullanılıp kullanılmadığını elindeki bilgiler ışığında belirlemekte serbesttir<sup>51</sup>.

Komisyon, yardımın kötüye kullanıldığını tespit ederse, yardımın kötüye kullanılan kısmının iç pazarla bağdaşmaz olduğunu beyan ederek, bu kısmın geri ödenmesine karar vermelidir.

İlgili üye devletin Komisyon'un belirlediği süre içerisinde bu karara uymaması durumunda, Komisyon ya da ilgili diğer üye devletler, ABİHA'nın 258. ve 259. maddelerinde yer alan hükümlere istinaden, Avrupa Birliği Adalet Divanı'na başvurabilme yetkisine sahiptirler. Bu çerçevede ABAD, ilgili üye devletin, Birlik hukuku kapsamında üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin yargısal denetimini gerçekleştirecektir. ABAD, üye devletin kötüye kullanılan yardımı geri alma yükümlülüğünü yerine getirmediğini tespit ederse, bu devlet Divan'ın kararı doğrultusunda gerekli tedbirleri almak zorundadır. Komisyon, ilgili üye devletin Divan'ın kararı doğrultusunda gerekli tedbirleri almadığı kanısına varırsa, bu üye devlete görüşlerini sunma imkânı tanıdıktan sonra, meseleyi Divan'a götürebilir. Bu durumda Komisyon ilgili üye devletin belirli bir miktarda para cezası ödemesini talep eder. Üye devletin kararına uymadığını tespit etmesi durumunda Divan, bu devlet tarafından para cezası ödenmesine karar verebilir (ABİHA m. 260).

#### **D. Mevcut Devlet Yardımlarının Denetimi**

Mevcut yardımın tanımı 2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 1. maddesinin (b) fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemede beş farklı mevcut yardım türü kabul edilmiştir:

Bunlardan ilki katılım öncesi yardımlardır. Avusturya, Finlandiya, İsveç ve Doğu Avrupa devletlerinin Avrupa Birliği'ne katılımı ile ilgili Antlaşmalar, mevcut yardım olarak değerlendirilecek açık bir yardım tedbirleri

<sup>50</sup> Hancher/Salerno/Schutte, s. 369.

<sup>51</sup> Joined cases T-111/01 and T-133/01, Saxonia Edelmetalle and Others v. Commission [2005], para. 59 vd.

listesi içermektedir. Bu listede bulunmayan herhangi bir yardım, katılımdan uzun bir süre önce kabul edilmiş bir yardım tedbiri olsa bile, mevcut yardım olarak nitelendirilmeyecektir. Fransa veya Almanya gibi daha eski “Üye Devletler” in yanı sıra Danimarka, İspanya, Portekiz ve Yunanistan gibi diğer ülkeler de, Roma Antlaşması’nın tamamlanmasından önce var olan bazı yardım tedbirlerine sahiptir ve bu tür önlemler de mevcut yardım olarak kabul edilmektedir<sup>52</sup>.

Mevcut yardım olarak kabul edilen yardımlardan ikincisiyse “yetkilendirilmiş yardım (authorised aid)”lardır. Bu yardımlar Komisyon veya Konsey tarafından yetkilendirilmiş yardım planları ve bireysel yardımları ifade etmektedir. İç pazar ile uyumlu olduğu Konsey ya da Komisyon tarafından kabul edilen bir yardım programı kapsamında verilen herhangi bir devlet yardımı, Komisyon tarafından uygunluğu bakımından araştırılmaz. Ancak bu hükümden yararlanılabilmesi için verilen yardımın, onaylanmış yardım planına tamamen uygun olması gerekmektedir. Bu plandan herhangi bir sapma, bir yardım tedbirinin mevcut yardım tanımının dışında kalmasına neden olur ve yardım, yasalara aykırı olarak yeni bir devlet yardımı haline gelir ve bunun uyumluluğunun Komisyon tarafından özel olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu yardımlara 2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü’nün mevcut yardımları düzenleyen 21-23. maddeleri uygulanmaz. Bir devlet yardımının, onaylanmış yardım planının tüm koşullarına uymaksızın verilmesi ya da başka bir deyimle yardım planının yanlış bir şekilde uygulanması, program kapsamında olmayan “yeni”, “yasa dışı” bir yardımın verilmesine yol açacaktır.

Mevcut yardımların üçüncü kategorisi, “yetkilendirilmiş kabul edilen” devlet yardımları ile ilgilidir. Bu kural, 659/1999 sayılı Tüzük’ten önce, ABAD’ın Lorenz kararıyla ortaya çıkmıştır. Lorenz kararına göre Komisyon yardımın kendisine bildiri üzerine, yardımın iç pazara uyumlu olup olmadığı konusunda değerlendirme yapmak için yeterli süre geçmesine rağmen (Mahkemece iki ay yeterli kabul edilmiştir) değerlendirmesini tamamlayamadıysa üye devlet tedbiri uygulamakta serbesttir ve tedbir, iç pazarla uyumlu ve dolayısıyla mevcut bir yardım olarak kabul edilecektir<sup>53</sup>. ABAD’ın bu kararı hukuki düzenlemelere de yansımış gerek 659/1999 sayılı Tüzükün 4. maddesinin altıncı fıkrasıyla gerekse 2015/1589 sayılı Tüzükün 4. maddesinin altıncı fıkrasıyla, ilgili Tüzüklerde belirlenen sürelerin geçi-

<sup>52</sup> Hancher/Salerno/Schutte, s. 352.

<sup>53</sup> Case 120-73, Lorenz v. Germany [1973], para. 4.

rilmesine rağmen Komisyon değerlendirmesinin tamamlanamaması halinde ilgili yardımın mevcut yardım haline geleceği açıkça düzenlenmiştir.

İki aylık süre Komisyon'un bütün bilgileri elde ettiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağından Komisyon, idari uygulamasında, ilgililere daha fazla soru sorarak ek süre kazanma yoluna gitmiştir. Sonuç olarak her yeni bilgi talebinde iki aylık süre baştan başlamaktadır. Ancak bu durum istenilen bilginin yeni ve konuyla ilgili olması halinde geçerlidir. Avusturya ile ilgili bir davada Komisyon, bir yıl önce sorduğu ve cevabını aldığı bir soruyu tekrar etmiştir. Bunun üzerine Avusturya yardımını uygulamaya koymuş ve Komisyon uygulamaya konulan tedbir hakkında soruşturma başlatmıştır. Avusturya, soruşturma sonucu alınan karara karşı yargıya gitmiş ve ABAD yaptığı inceleme sonunda Komisyon'un üçüncü mektupla, ikinci mektupta gündeme getirilen hususların açıklığa kavuşturulmasını değil, ek süre kazanmayı amaçladığı tespitini yapmıştır. Bu çerçevede ABAD, Komisyon'un bu şekilde kazanmaya çalıştığı ek sürenin ön incelemenin yapay bir şekilde uzatılmasına neden olduğu için geçersiz olduğuna ve yeterli bir değerlendirme süresine sahip olmasına rağmen bu sürede değerlendirmesini tamamlayamadığı için yardımın mevcut yardım haline geldiğine hükmetmiştir<sup>54</sup>.

Bir diğer mevcut yardım kategorisi, 2015/1589 sayılı Tüzüğün 17. maddesi kapsamında mevcut yardım kabul edilen yardımlardır. 17. madde yasa dışı yardımların geri alınmasına ilişkin zamanaşımını düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre geri alma için öngörülen zamanaşımı süresinin sona ermesi ile ilgili yardım mevcut yardım olarak kabul edilecektir.

Son mevcut yardım türü ise yürürlüğe girdiği anda bir yardım oluşturmayan, ancak sonradan iç pazarın evrimi sonucunda devlet yardımı niteliğini almış tedbirlerdir. Daha basit bir açıklamayla Komisyon bir tedbirin devlet yardımı niteliğinde olmadığına karar vermiş ancak yıllar sonra yaptığı başka bir değerlendirmede konuyu yeniden ele alıp iç pazardaki gelişimi göz önüne alarak söz konusu tedbirin bir devlet yardımı haline geldiğine hükmedebilecektir. Komisyon bu durumda ilgili tedbirin geri alınmasına karar verebilecektir. Zira tedbir bir mevcut yardım niteliğinde olacaktır. Ancak bu hususta Konsey Tüzüğü'nde bir istisna öngörülmüştür. Buna göre önceden devlet yardımı olarak kabul edilmeyen bazı tedbirler, Birlik düzenlemeleri ile ilgili faaliyetin serbestleştirilmesi halinde devlet yardımı niteliğini alırsa, bu tedbirler serbestleşme için öngörülen geçiş dönemini takiben mevcut yardım olarak kabul edilmeyecektir.

<sup>54</sup> Case C-99/98, Austria v. Commission [2001], para. 65.



ABİHA'nın 108. maddesinin ilk fıkrasıyla Komisyon'a üye devletlerle iş birliği yaparak, bu devletlerde mevcut yardım sistemlerini devamlı olarak izleme yükümlülüğü yüklenmiştir. Mevcut devlet yardımlarının izlenme mekanizmasıyla bu yardımların iç pazarla bağdaşırlıklarının değişen koşullar karşısında sürdürülmesi amaçlanmaktadır<sup>55</sup>. Mevcut yardımların izlenme usulünde, bu yardımların iç pazarla bağdaşırlığı ön inceleme ya da resmî soruşturma açılmadan ele alınmakta ve Komisyonca uyguladıkları devlet yardımlarının artık iç pazarla bağdaşmadığı kanısına varıldığında üye devletlere çeşitli tedbirler almaları önerilmektedir<sup>56</sup>. Avrupa Komisyonu, ABİHA'nın 108. maddesinin birinci fıkrasına atıf yaparak üye devletlere, çerçeve düzenlemelerini kabul etmelerini ve/veya devlet yardımlarını bu düzenlemelere uygun hale getirmelerini önermektedir<sup>57</sup>. Grup muafiyeti düzenlemesinin genişlemesiyle birlikte Komisyon'un ex post denetimi çok önemli bir hale gelmiştir. AB devlet yardımı düzenlemelerinin etkin bir şekilde uygulanabilmesi adına Komisyon'un ex post denetimi büyük önem taşımakla birlikte, ilgili kuralların gereği gibi uygulanabilmesi ancak Komisyon ve üye devletlerin yanlış uygulamaları azaltmadaki ortak çabaları ile mümkündür<sup>58</sup>.

Mevcut yardımların izlenmesi iki temel yol ile sağlanmaktadır. Bunlardan biri üye devletlerin sunacağı yıllık raporlar, diğeri ise Komisyon'un yerinde inceleme ziyaretleridir.

Konsey Tüzüğü'nün 21. maddesiyle, Komisyon'a söz konusu iş birliği çerçevesinde mevcut yardım planlarının gözden geçirilmesi için gerekli tüm bilgileri ilgili üye devletten alma yetkisi tanınmıştır. Bu çerçevede üye devletlere ayrıca mevcut tüm yardım planları hakkında Komisyon'a yıllık raporlar sunma yükümlülüğü de getirilmiştir. Üye devletçe mevcut yardımlara ilişkin yıllık rapor sunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda, Komisyon üye devlete bu yükümlülüğünü hatırlatır. Üye devlet, buna rağmen yıllık raporunu vermezse Komisyon, Konsey Tüzüğü'nün 22. maddesi kapsamında üye devlete çeşitli tedbirlerin uygulanması için harekete geçebilecektir.

Konsey Tüzüğü ile Komisyon'a mevcut yardımların izlenmesi konusunda sağlanan bir diğer yetki ise yerinde inceleme ziyaretleri yapma yetkisidir. Tüzüğün 27. maddesi uyarınca Komisyon münferit yardımlarla ilgili

<sup>55</sup> Oder, s. 632.

<sup>56</sup> Tekinalp/Tekinalp, s. 528.

<sup>57</sup> Oder, s. 606.

<sup>58</sup> Munoz De Juan, Maria: "Monitoring of State Aid", European State Aid Law Quarterly, Cilt 17, Sayı 4, 2018, s. 493.

verdiği itiraz etmeme kararı, olumlu karar veya koşullu bağdaşırılık kararlarına uyulup uyulmadığıyla ilgili ciddi şüphelerin ortaya çıkması halinde ilgili üye devlete görüşlerini sunma imkânı verdikten sonra, yerinde gözlem yapabilecektir. İlgili kararlara uyumluluğu denetlemek için Komisyon görevlileri şu konularda yetkili kılınmıştır:

- ilgili teşebbüsün herhangi bir binasına veya arazisine girmek,
- yerinde sözlü açıklama istemek,
- defterleri ve diğer iş kayıtlarını incelemek, kopyalarını almak veya talep etmek.

Komisyon bu yetkisi çerçevesinde bağımsız uzmanlardan da yararlanabilecektir.

Komisyon makul bir süre önce Komisyon görevlilerini ve uzmanları belirterek yerinde inceleme ziyaretinden üye devleti haberdar etmelidir. Eğer üye devlet Komisyonca seçilecek uzmanlara itiraz ederse, itirazlarının haklı gerekçelere dayanması halinde uzmanlar üye devletle özel bir anlaşma sonucunda belirleneceklerdir. Komisyon görevlileri ve uzmanlar incelemenin konusunu ve amacını belirten bir yetkilendirme yazısı ile görevlendirilmelidir. Yerinde inceleme sırasında üye devletin görevlileri de hazırda bulunmalıdırlar. Bir teşebbüsün, bir Komisyon kararıyla emredilen izleme ziyareti karşı çıkması halinde, ilgili üye devlet, izleme ziyaretini gerçekleştirebilmeleri için Komisyon tarafından görevlendirilen yetkililere ve uzmanlara gerekli yardımı sağlayacaktır. Komisyon yerinde inceleme ziyareti sonrasında hazırlanacak raporun bir örneğini üye devlete sunmakla yükümlüdür.

Komisyon, mevcut bir yardım planının iç pazarla bağdaşır olmadığını veya artık bağdaşmadığını düşündüğü hallerde, ilgili üye devlete ön görüşünü bildirecek ve ilgili üye devletin bir aylık süre içerisinde konuya ilişkin görüşlerini sunmasına fırsat tanyacaktır. Haklı durumlarda, Komisyon bu süreyi uzatabilecektir.

ABİHA'nın 108. maddesinin ilk fıkrasıyla Komisyon'a, üye devletlere iç pazarın kademeli olarak gelişiminin ya da işleyişinin gerekli kıldığı uygun tedbirleri önerme yetkisi tanınmıştır. Bu çerçevede Konsey Tüzüğü ile Komisyon'un, üye devlet tarafından edindiği bilgiler ışığında, mevcut yardım planının iç pazar ile uyumlu olmadığı veya artık geçerli olmadığı sonucuna varması halinde, ilgili üye devlete uygun önlemler öneren bir tavsiye sunabileceği düzenlenmiştir. Komisyon sunacağı tavsiyede, özellikle yardım planına yönelik esaslı değişiklikler, usule ilişkin gereklilikler ve yardım planının kaldırılmasını önerilebilecektir.

İlgili üye devletin tavsiye edilen tedbirleri kabul ederse Komisyon'u bu durumdan haberdar etmesi gerekmektedir. İlgili üye devlet bu kabul beyanıyla tavsiyede yer alan tedbirleri uygulama yükümlülüğü altına girmektedir.

İlgili üye devletin önerilen tedbirleri kabul etmemesi durumunda, Komisyon üye devletçe öne sürülen görüşleri dikkate alarak bir değerlendirme yapar. Komisyonca yapılan değerlendirme sonrasında halen daha öneride yer alan tedbirlerin uygulanması gerekli görülüyorsa resmî soruşturma usulü başlatılır. Mevcut yardımlara ilişkin açılacak soruşturma, yeni yardımlara uygulanacak resmî soruşturma usulünün aynısı olacaktır.

2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü ile Komisyon'a ayrıca sektör incelemeleri yapabilme yetkisi getirilmiştir. Komisyon'un bu yetkisi Tüzüğün 25. maddesiyle düzenlenmiştir. Buna göre mevcut bilgilerin, bazı üye devletlerin belirli bir sektördeki devlet yardımlarının iç pazardaki rekabeti kısıtladığı/bozduğunu ya da bazı üye devletlerin belirli sektörlerindeki mevcut yardımların iç pazarla bağdaşır olmaktan çıktığını göstermesi halinde Komisyon bu üye devletlerin ilgili sektörlerinde inceleme başlatabilecektir. Bu incelemeler sırasında Komisyon, üye devletlerin ve/veya ilgili teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin ABİHA'nın ilgili maddelerinin uygulanması için gerekli bilgiyi temin etmesini orantılılık ilkesini de dikkate almak şartıyla talep edebilir. Komisyon sektör incelemeleri kapsamındaki bilgi taleplerini ilgililere gönderirken, incelemenin ve ilgililerin seçilme nedenlerini belirtmekle yükümlüdür.

İncelemenin sonunda Komisyon, ekonominin belirli sektörlerine veya çeşitli üye devletlerde kullanılan belirli yardım araçlarına ilişkin incelemenin sonuçlarına ilişkin bir rapor yayınlamalı ve ilgili üye devletler ile ilgili teşebbüsleri ya da teşebbüs birliklerini raporla ilgili görüş bildirmeye davet etmelidir.

Sektör incelemesi sırasında Komisyonca elde edilecek bilgiler, Komisyon'un yürüteceği diğer ön inceleme ve resmî soruşturma usullerinde de kullanılabilir.

Komisyon'un yetkileri arasına sektör incelemelerinin getirilmesi Komisyon'un *ex post* denetiminin etkinliğini artıran önemli bir gelişme olmuştur.

### **III. DEVLET YARDIMI KURALLARININ UYGULANMASINDA VE DENETİMİNDE BİRLİK MAHKEMELERİNİN VE ULUSAL MAHKEMELERİN ROLLERİ**

Genel olarak, AB devlet yardımı sistemi hem merkezi hem de merkezi olmayan bir uygulama ve denetim usulüne sahiptir. Bu nedenle AB devlet

yardımları kurallarının yorumlanmasında ve uygulanmasında Birlik mahkemeleri ile ulusal mahkemeler bütünleşik bir sistem oluşturmaktadır.

Avrupa Birliği, hukukun üstünlüğü ilkesine dayanmaktadır. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları kapsamında Avrupa Birliği, adalete erişimin ve etkili yasal korumanın temel gerekliliklerine uymakla yükümlüdür. Birliğin çok seviyeli yapısına bakıldığında, bu hükümler ve ilkeler hem Birlik hem de üye devletler düzeylerinde yargısal denetimin varlığını gerektirmektedir. Ulus üstü ya da ulusal makamlarca yapılmaları fark etmeksizin, Birlik hukuku kapsamında gerçekleştirilen tüm yasal ve idari işlemler üzerindeki yargısal denetimin etkili ve bütüncül olması gerekmektedir<sup>59</sup>.

#### A. Birlik Mahkemelerinin Rolü

Devlet yardımı uygulamalarına karşı Birlik mahkemelerine başvuru, AB hukukunun çift karakterli yargılama yapısında merkezi denetimi ifade etmektedir.

AB hukukunda devlet yardımı uygulamalarının merkezi yargısal denetiminin konusu ABİHA'nın 108. maddesi uyarınca bu alandaki ana denetim organı görevini üstlenen Avrupa Komisyonu'nun işlemleridir. AB mahkemelerine yapılacak yargısal başvurunun konusu ABİHA'nın 263. maddesi çerçevesinde Birlik mahkemelerine yapılacak iptal davası başvurularını, ABİHA'nın 265. maddesi çerçevesinde hareketsizlik davası başvurularını ve ABİHA'nın 268. ve 340. maddeleri çerçevesinde yapılacak tazminat davası başvurularını kapsamaktadır<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Nehl, Hanns Peter: "Direct Actions and Judicial Review Before the Union Courts", State Aid Law of The European Union, ed., Herwig C. H. Hofmann-Claire Micheau, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 401.

<sup>60</sup> İptal davaları, AB organlarının hukuki karar ve tasarruflarının hem geçerlilik hem de hukuka aykırılık açılarından ABAD tarafından denetimidir. Dava bağlayıcı olan Birlik Tüzükleriyle diğer bağlayıcı hukuki işlemlere karşı açılır. Davaya konu edilecek tasarruf hukuki sonuçlar doğurabilecek nitelikte olmalıdır. Hareketsizlik davası ABİHA'nın üye devletlerce ihlali karşısında AB organlarının hareketsiz kalması halinde, diğer üye ülkeler ve bundan etkilenen Birliğin diğer kurumlarınca açılacak bir dava türüdür. Hareketsizlik davası bir "ihlalin tespiti" davası olup, hareketsiz kalan organın hareketsizlik yönünde bir karar alması veya bir harekette bulunmasına ilişkin talebin cevapsız bırakılması üzerine ikame edilebilir. Bu davanın açılabilmesi için, davalıya Antlaşma'da bir karar alma ya da harekette bulunma borcu yüklenmiş, ona bu konuda açık ve kesin bir görev verilmiş olmalıdır. Sözleşme dışı sorumluluktan doğan tazminat davası ise Birlik organ ve hizmetlilerinin görevlerini yerine getirirken vermiş oldukları zararların üye devletlerin hukuklarında iç olan genel ilkelere göre tazminine yöneliktir, **Tekinalp/ Tekinalp**, s. 246-258.

Birlik mahkemelerinin devlet yardımı meselelerinde yargısal denetime, temel olarak Komisyon'un üye devletçe verilen yardımlar hakkında hukuki bağlayıcılığı olan kararları için başvurulmaktadır. Örneğin 2015/1589 sayılı Tüzüğün 4. maddesi çerçevesinde yapılan ön inceleme sonrasında verilecek itiraz etmeme kararı, yine ön inceleme sonrasında verilecek resmî soruşturma başlatma kararı, ilgili Tüzüğün 7. maddesi uyarınca gerçekleştirilecek resmî soruşturma usulünün tamamlanması üzerine alınan kararlar, Konsey Tüzüğü'nün 16. maddesi kapsamında yasa dışı yardımın geri ödenmesine ilişkin karar Komisyon'un dava edilebilecek kararlarından<sup>61</sup>.

Prensip olarak, ABİHA'nın 108. maddesi kapsamında Komisyon'un karar verme yetkisi yalnızca üye devletlere karşı olup yardımın yararlanıcısına veya başka bir gerçek ya da tüzel kişiye yönelik değildir. Ancak bu durum 2015/1589 sayılı Tüzük çerçevesinde yapılan usul reformu ile farklılaşmış, Komisyon'a ilgili Tüzüğün 7. ve 8. maddeleriyle getirilen inceleme ve idari yaptırım uygulama yetkileriyle üye devletler dışında yardım yararlanıcısı ve diğer üçüncü kişiler hakkında Komisyon'a icrai kararlar alma yetkisi getirilmiştir<sup>62</sup>. Tüm bu kararlar da ABİHA'nın 263. maddesi kapsamında yargısal denetime tabidir. Birlik mahkemeleri önlerine gelen uyuşmazlıklarda verdikleri kararları ile devlet yardımları denetim usulüne ilişkin temel hukuki ilkelerin gelişiminde önemli bir rol oynamıştır.

## B. Ulusal Mahkemelerin Rolü

AB devlet yardımı kurallarının uygulanmasını denetleme görevi temel olarak Avrupa Komisyonu'na aittir. Ancak Komisyon, devlet yardımlarının denetiminde tek yetkili kurum değildir. Üye devletlerin ABİHA'nın 107. ve 108. maddeleri kapsamındaki yükümlülüklerine uymalarının denetimi konusunda, ulusal mahkemelerin de önemli bir rolü bulunmaktadır. Devlet yardımı uygulamalarının denetimi konusunda Komisyon'un ve ulusal mahkemelerin rolleri hem ayrı hem de bütüncül bir yapıdadır<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Nehl, s. 406.

<sup>62</sup> ABİHA'nın 263. maddesinde üye devletlerin Avrupa Birliği Adalet Divanı'na erişimine açıkça izin verilmektedir. Ancak Antlaşma üçüncü kişilerin bu haktan yararlanmasını bazı koşullara bağlamıştır. Kabul edilebilirlik koşulları olarak ifade edilen bu koşullar uyarınca üçüncü kişilerin Birlik organlarınınca alınan kararlara karşı iptal davası açabilmesi için, dava açacağı hukuki işlemin kendisini doğrudan ve bireysel olarak ilgilendirmesi gerekmektedir.

<sup>63</sup> **Ottervanger**, Tom/**Jestaedt**, Thomas/**Derenne**, Jacques: Study on the Enforcement of State Aid Law at National Level, European Union Publications Office, Belçika 2006, s. 35; **Kreuschitz**, Victor: "Decentralized Judicial Review and Enforcement of EU State

Yardım tedbirlerinin iç pazarla uyumluluğunun değerlendirilmesi Komisyon'un münhasır yetkisi dahilinde kabul edilirken, ulusal mahkemelerin temel görevlerinden biri, Komisyon nihai kararını alana kadar, bireylerin haklarının, devlet yetkilerinin ABİHA'nın 108. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen yasağı ihlal etmesiyle görebileceği zararlardan korunmasıdır<sup>64</sup>.

ABİHA'nın 108. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi uyarınca “*ilgili üye devlet, bu usul nihai bir kararla sonuçlanmadan, almayı planladığı tedbirleri uygulamaya koyamaz.*”. Burada ilgili üye devletin vermeyi düşündüğü yardım tedbirini uygulamaya koyabilmesi için sadece Komisyon'a bildirim yeterli değildir. İlgili yardım tedbirinin uygulamaya konulabilmesi için, Komisyon'un bu yardımın uygulamasını onaylaması gerekmektedir. Komisyon'un onayı olmadan uygulamaya konulan yardım tedbirleri yasa dışı yardım olarak kabul edilir. Bu durumdaki yasa dışı yardımlardan bireylerin haklarının korunması ulusal mahkemelerin görevidir. Ulusal mahkeme bu kapsamda verilen yardımların ulusal hukuk çerçevesinde geri alınmasını sağlamalıdır. Aksi halde Komisyon yasa dışı yardımın geri alınması kararını verene kadar söz konusu yardım varlığını sürdürmüş olacaktır<sup>65</sup>.

Yasa dışı yardımın daha sonra Komisyon tarafından iç pazarla uyumlu bulunması halinde de ulusal mahkemelerin görevi sona ermiş olmaz. Bu durumda ulusal mahkemeler yardım alıcısından, yasa dışılık süresi için, yani yardımın verilış tarihinden Komisyon'un olumlu kararının alındığı tarihe kadar, faiz ödemesini emretmelidir. Hatta ulusal mahkeme iç hukuk çerçevesinde, eğer uygunsu, aynı zamanda, üye devletin yardımı yeniden düzenleme hakkına hanel getirmeksizin, yasa dışı yardımın geri alınmasını da isteyebilecektir. Ayrıca, ulusal mahkemenin yardımın hukuka aykırı niteliğinin

---

Aid Rules”, State Aid Law of The European Union, ed., Herwig C. H. Hoffmann-Claire Micheau, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 451. Case C-39/94, SFEI and Others v. La Poste and Others [1996], para. 41; Joined cases C-261/01 and C-262/01, Belgische Staat v. Eugene van Calster and Others [2003], para. 74; Case C-368/04, Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH and Others v. Finanzlandesdirektion für Tirol and Others [2006], para. 36-37; Case C-284/12, Deutsche Lufthansa AG v. Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH, [2013], para. 27; Case C-387/17, Presidenza dei Consiglio dei Ministri v. Fallimento Traghetti del Mediterraneo, [2019], para. 54.

<sup>64</sup> Joined cases C-261/01 and C-262/01, Belgische Staat v. Eugene van Calster and Others [2003], para. 75; Case C-368/04, Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH and Others v. Finanzlandesdirektion für Tirol and Others [2006], para. 38.

<sup>65</sup> Case 120-73, Lorenz v. Germany [1973], para. 8; Case C-39/94, SFEI and Others v. La Poste and Others [1996], para. 67-69.

neden olduğu zarar için önüne gelen tazminat taleplerini de karara bağlaması gerekebilecektir<sup>66</sup>. Ancak ulusal mahkemelerin bu kapsamdaki yasa dışı yardımlardan doğan hukuka aykırılıkların telafisine karar vermeden önce, verilen yardım tedbirinin ABİHA'nın 107. maddesinin ilk fıkrası kapsamında bir devlet yardımı oluşturup oluşturmadığını denetlemesi gerekmektedir. Bu ulusal mahkemelere yüklenen önemli bir sorumluluktur. Zira mahkeme bu çerçevede yardımı, devlet yardımının seçicilik, avantaj sağlama, kamu kaynağı gibi tüm unsurları açısından inceleyecektir. Ancak ABİHA'nın 108. maddesinin üçüncü fıkrasının son hükmü devlet yardımları için uygulanacak bir hüküm olduğundan, tedbirin bir devlet yardımı oluşturup oluşturmadığının ulusal mahkemece denetlenmesi gereklidir<sup>67</sup>. Ayrıca yardım tedbiri grup muafiyeti düzenlemesi kapsamındaysa bu durumda da 108. maddenin üçüncü fıkrasının ihlali söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla mahkemenin grup muafiyeti hükümlerini de gözetmesi gerekmektedir.

Ulusal mahkemelerin devlet yardımı uygulamasına ilişkin bir diğer temel rolü ise 2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 16. maddesi kapsamında Komisyon tarafından yasa dışı yardımlar için verilen geri alma kararının uygulanmasının denetimidir. Tüzük hükmü gereği verilen yardımların geri alınması ulusal hukuk çerçevesinde yapılacaktır. Üye devletler yine Tüzük hükmü uyarınca Komisyon kararının hızlı ve etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamalıdır. Yasa dışı yardımların geri alınmasında ulusal mahkemelerin görevi, yardımın yararlanıcıları tarafından açılacak davalar çerçevesinde ulusal makamlarca yürütülen geri alma işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, Komisyon'un yasa dışı yardımın geri alınması kararına üye devletin uymaması durumunda üçüncü kişilerin devlete karşı açacağı tazminat davaları hakkında hüküm vermek olarak da ortaya çıkabilecektir.

Ulusal mahkemelerin devlet yardımları sistemindeki rolüne ilişkin olarak Komisyonca Tebliğ çıkarılmış bu Tebliğ ile ulusal mahkemelere yol göstermek amaçlanmıştır<sup>68</sup>. Komisyon'un bu Tebliğ'i esasen ABAD'ın konuya ilişkin içtihadının açıklanması niteliğindedir ve hukuki bir bağlayıcılığı da bulunmamaktadır.

Şunu belirtmek gerekir ki ABİHA tarafından kendilerine verilen rol temelinde, Avrupa Birliği'nin devlet yardımı kurallarının uygulanması, bir

<sup>66</sup> **Ottervanger/Jestaedt/Derenne**, s. 38.

<sup>67</sup> Case C-345/02, *Pearle and Others v. Hoofdbedrijfschap Ambachten* [2004], para. 31.

<sup>68</sup> Commission notice on the enforcement of State aid law by national courts (2009), OJ, C 85/01, 9.4.2009.

yanda ulusal mahkemeler diğer yanda Avrupa Birliği Komisyonu ve Mahkemeleri arasındaki samimi iş birliğine dayanmaktadır. Bu iş birliği bağlamında, ulusal mahkemeler, Avrupa Birliği hukuku kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak ve Antlaşma'nın amaçlarının elde edilmesini tehlikeye atabilecek uygulamalardan kaçınmak için gerekli tüm önlemleri almalı, bu yükümlülüklerini yerine getirirken ulusal mahkemeler, geçici bile olsa, Komisyon kararıyla çelişen kararlar almaktan kaçınmalıdır<sup>69</sup>. Komisyon ile ulusal mahkemeler arasındaki iş birliği 2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 29. maddesinde de belirtilmektedir. Bu hüküm uyarınca; ABİHA'nın 107. ve 108. maddelerinin uygulanmasında üye devlet mahkemeleri, Komisyon'a devlet yardımı kurallarının uygulanması ile ilgili soru sorabilecek ve Komisyon'un sahip olduğu bilgileri veya görüşlerini kendileriyle paylaşmalarını isteyebileceklerdir. Ulusal mahkemenin talebi olmaksızın Komisyon da, kendi inisiyatifiyle, ABİHA'nın 107. maddesinin ilk fıkrasının ve 108. maddesinin yeknesak bir şekilde uygulanmasının gerekli kıldığı durumlarda, devlet yardımı kurallarının uygulanmasından sorumlu üye devletlerin mahkemelerine yazılı olarak gözlemlerini sunabilecek ve söz konusu mahkemenin izni ile sözlü olarak da gözlemlerini açıklayabileceklerdir.

Ulusal mahkemeler nezdinde yapılan yargılamalarda AB devlet yardımı kurallarından kaynaklanan bir uyuşmazlığın incelenmesi sırasında ulusal mahkemeler, AB Antlaşması'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında, ABAD'a başvurarak, uyuşmazlık konusu devlet yardımıyla ilgili bir ön karar almasını isteyebilir<sup>70</sup>.

Grup muafiyeti düzenlemesinin uygulanmasıyla ulusal mahkemeler, devlet yardımı tedbirlerinin yargısal denetiminde artan bir öneme sahip olmuştur. Grup muafiyeti düzenlemesi kapsamında ilgili düzenlemede belirtilen şartların yerine getirilmesi koşuluyla, belirli kategorideki yardım ted-

<sup>69</sup> **Kreuschitz**, s. 456.

<sup>70</sup> Birlik tarafından çıkarılmış bulunan bir hukuki düzenleme Birlik üyesi ülkelerin mahkemelerinden birinin önüne herhangi bir sebeple gelebilir. Bu durumda Birlik mevzuatı ulusal mahkemeler tarafından yorumlanır. Ancak ulusal mahkemelerin bu yetkisi her üye ülkenin Birlik mevzuatını farklı yorumlaması tehlikesini ortaya çıkarır. İşte Birlik mevzuatında yorum birliğini sağlamak amacıyla, "ön karar" diye adlandırılan bir usul düzenlenmiş ve bu usulü uygulayarak bağlayıcı karar verme yetkisi ABAD'a verilmiştir. Ulusal mahkeme, Birlik mevzuatına aykırılık iddiasını bir ön sorun, yani bekletici mesele kabul edecek, iddiayı ABAD'a yollayacak, ABAD Birlik mevzuatının nasıl anlaşılması gerektiğine karar verecek ve kararını ulusal mahkemeye gönderecek ve ulusal mahkeme de ABAD'ın kararına göre davayı sonuçlandıracaktır, **Tekinalp/Tekinalp**, s. 260-261.



birleri iç pazarla uyumlu kabul edilmektedir. Bu yardım tedbirleri bildirim konu olmamaktadır. Dolayısıyla Komisyon'un her biri için ayrı ayrı inceleme yapma ve onay kararı verme gerekliliği de bulunmamaktadır. Komisyon'un ön denetimine tabi tutulmaktan çıkarılan bu yardım tedbirleri ulusal mahkemelerin *ex post* denetimine tabi kılınmıştır. Böylelikle devlet yardımlarına ilişkin merkezi denetime önemli bir istisna yaratılmıştır<sup>71</sup>.

### SONUÇ

Devlet yardımlarının denetimi AB hukukunun önemli konularından birini oluşturmaktadır. Üye devletlerin verdiği devlet yardımlarının Birlik hukukuna uygunluğunun denetimine ilişkin genel esaslar ABİHA'nın 108. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükümde Avrupa Komisyonu'na hem üye ülkelerin mevcut yardım programlarını sürekli olarak izleme hem de üye devletlerin yeni kabul edecekleri devlet yardımı planlarını ya da mevcut planlarda yapılacak değişiklikleri ön denetime tabi tutma yetki ve görevi verilmiştir. ABİHA'nın 108. maddesinin üçüncü fıkrasına göre üye devletler yeni yardım planlarını ve mevcut yardım planlarında yapmayı düşündükleri değişiklikleri Komisyon'a bildirme yükümlülüğü altındadır. Üye devletlerce Komisyon'a bildirilen yardımların Komisyon tarafından bu yardımlara izin verilmediği sürece uygulamaya konulması yasaktır. Ancak Komisyon'un iş yükünü azaltmak için belirli yardım türleri genel grup muafiyeti adı altında bildirim yükümlülüğünden muaf tutulmaktadır. Bu yardım türlerinin AB üyesi ülkelerin uyguladıkları yardımların büyük çoğunluğunu oluşturduğu dikkate alındığında devlet yardımlarının denetiminde *ex post* denetimin önem kazandığı görülmektedir.

Devlet yardımlarının denetim usulü 2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü ile belirlenmiştir. İlgili Tüzük ile devlet yardımlarına ilişkin sıkı bir denetim mekanizması oluşturulmuştur. Devlet yardımlarının denetiminde devlet yardımı türlerine göre farklı usuller belirlenmiştir. Bu denetim usullerini yeni devlet yardımlarının denetimi, yasa dışı yardımların denetimi, kötüye kullanılan yardımların denetimi ve mevcut devlet yardımlarının denetimi olarak belirlememiz mümkündür. Yeni devlet yardımlarının denetim usulü iki aşamalı olarak düzenlenmiştir. Komisyon bildirilen yardımları öncelikle ön incelemeden geçirmekte, yardımların iç pazarla uyumlu olmadığı konusunda tereddütlerin ortaya çıkması durumunda resmî soruşturma usulüne geçilmektedir. AB hukukunda yeni devlet yardımlarının denetim usulü ABİHA hükümleri yanında AB mahkemelerinin içtihatları ile de şekillenmiştir.

<sup>71</sup> Kreuschitz, s. 464.

Devlet yardımı denetiminin usulüne ilişkin tüzükler hazırlanırken hukuki belirsizlik oluşturan çeşitli hususlar ABAD içtihatları çerçevesinde hukuki düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu duruma usul tüzüğü öncesi uygulamada tartışma yaratan ön inceleme süresinin ABAD kararı ile iki ay olarak belirlenmesi ve 2015/1589 sayılı Konsey Tüzüğü'nde de ön inceleme süresinin iki ay ile sınırlandırılması örnek gösterilebilir.

Bir üye devletin bildirim yükümlülüğüne uymadan ve/veya yardımın yürürlüğe konulabilmesi için Komisyon'un alması gereken bağıdaşırılık kararını beklemeden devlet yardımını yürürlüğe koyması halinde ise yasa dışı yardım söz konusudur. Komisyon genellikle, böyle bir yardımdan menfaati zedelenen bir tarafın şikâyeti üzerine haberdar olmaktadır. Bu durumda Komisyon vakit geçirmeden inceleme başlatmakla yükümlüdür. Komisyon'un yardımın yasa dışı olduğuna karar vermesi durumunda üye devletin verilen yardımı ulusal mevzuatı çerçevesinde geri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. ABAD kural olarak yasa dışı yardımın geri alınmasının yardımdan yararlananların haklı beklentilerini ya da hukuki belirlilik ilkesini ihlal etmediğine hükmetmektedir. Dolayısıyla üye devletlerin bu gerekçelerle yardımı geri alma yükümlülüklerini yerine getirmemesi mümkün değildir.

Devlet yardımları denetim mekanizmasında AB mahkemelerine ve ulusal mahkemelere de önemli roller düşmektedir. Birlik mahkemeleri Birlik hukukunu yorumlama ve Komisyon'un denetim usulü kapsamında aldığı icrai kararların geçerliliğini denetleme bakımından yetkilidir. Bu çerçevede Birlik mahkemelerinin içtihatları devlet yardımı denetim usulünün temel hukuki ilkelerinin gelişiminde de büyük bir rol oynamıştır. Ulusal mahkemeler ise temel olarak, üye devletlerin, Komisyon denetiminden geçmemiş yardımları yapmasını engelleme ve yapmış oldukları bu nitelikte yardımların geri alınmasını sağlama görevlerini üstlenmişlerdir. Ulusal mahkemelerin rolü bu kapsamda Komisyon'un görevini tamamlayıcı niteliktedir.

## KAYNAKLAR

### Kitap ve Makaleler

- Aksan Ayduran**, Nazlı Melis: Avrupa Birliği (Topluluk) Hukukunda Devlet Yardımları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2006.
- Akyılmaz**, Bahtiyar: “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2003, ss. 143-158.
- Avcıoğlu Aksoy**, Ezgi: İdare Hukuku Açısından Yatırımlarda Devlet Yardımları, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Aygün**, Ömrüye: Avrupa Birliğinde Devlet Yardımları Sistemi ve Türkiye’ye Yansımaları. DPT Yayınları, Ankara 2007.
- Buts**, Caroline/**Jegers**, Marc/Juris Tony: “Determinants of the European Commission’s State Aid Decisions”, Journal of Industry, Competition and Trade, Cilt 11, Sayı 4, 2011, ss. 399-426.
- Dalkılıç**, Elvin Evrim: Avrupa ve Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik ve Meşru Beklentilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- Erdem**, Şükrü: Devlet Yardımları: Avrupa Topluluğu Müktesebatı ve Türkiye’nin Uyumunu”, Avrupa Birliği Müktesebatında Devlet Yardımları ve Türkiye’nin Uyumunu, Akdeniz Üniversitesi Akdeniz Ülkeleri Ekonomik Araştırmalar Merkezi, Antalya 2004.
- European Commission**: “State aid: Commission simplifies rules for public investment in ports and airports, culture and the outermost regions”, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1341\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1341_en.htm) (Erişim Tarihi: 20.04.2021).
- Ghazarian**, Lucyne: “Recovery of state aid”. *European State Aid Law Quarterly* C. 15, S. 2 (2016): 228-234.
- Hakenberg**, Waltraud/**Erlbacher**, Friedrich: “State Aid Law in the European Courts in 2001 and 2002”, *European Competition Law Review*, Cilt 24, Sayı 9, 2003, ss. 431-448.
- Hancher**, Leigh/**Salerno**, Francesco Maria/**Schutte**, Michael: “The Different Stages in the State Aid Procedure”, *State Aid Law of The European Union*, ed., Herwig C.H. Hofmann-Claire Micheau, Oxford University Press, Oxford 2016, ss. 348-380.
- İktisadi Kalkınma Vakfı**: Avrupa Birliği ve Türkiye’de Devlet Yardımları, İKV Yayınları, İstanbul 2005.

- İnci**, Barbaros: Avrupa Topluluğu ve Türkiye’de Sübvansiyonlar, İstanbul Sanayi Odası, İstanbul 1993.
- Kreuschitz**, Victor: “Decentralized Judicial Review and Enforcement of EU State Aid Rules”, State Aid Law of The European Union, ed., Herwig C. H. Hoffmann-Claire Micheau, Oxford University Press, Oxford 2016, ss. 450-468.
- Köksal**, Tunay: Avrupa Birliği ve Türkiye’nin Devlet Yardımları Sistemlerinin Uyumlulaştırılması, Etki Yayıncılık, Ankara 2002.
- Leblebici**, Fatih: Devlet Yardımları Uygulamasının Maliyeti ve Ekonomik Göstergelerle Mukayesesi, DPT Yayınları, Ankara 2002.
- Mendes**, Joana: “Good Administration in EU Law and the European Code of Good Administrative Behaviour”, SSRN Electronic Journal, Sayı 9, Yıl 131, 2009, ss. 15-19.
- Munoz De Juan**, Maria: “Monitoring of State Aid”, European State Aid Law Quarterly, Cilt 17, Sayı 4, 2018, ss. 483-493.
- Nehl**, Hanns Peter: “Direct Actions and Judicial Review Before the Union Courts”, State Aid Law of The European Union, ed., Herwig C. H. Hofmann-Claire Micheau, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 406-449.
- Nicolades**, Phedon: “a) Natural Disasters and b) Absolute Impossibility to Recover Incompatible State Aid”, <https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/a-natural-disasters-and-b-absolute-impossibility-to-recover-incompatible-state-aid/>, (Erişim Tarihi: 07.09.202).
- Oder**, Burak: “Devlet Yardımlarının Denetimi Alanında AT Komisyonu’nun Çerçeve İşlemleri”, İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 19-20, Sayı 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, 2001, s. 603-655.
- Ottervanger**, Tom/**Jestaedt**, Thomas/**Derenne**, Jacques: Study on the Enforcement of State Aid Law at National Level, European Union Publications Office, Belçika 2006.
- Özer**, Serkan: Avrupa Birliği Rekabet Politikasında Devlet Yardımları ve Türkiye’nin Uyumu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2006.
- Rumford**, Chris: Sanayiye Devlet Yardımı: Türkiye ve Gümrük Birliği, Çev., Ayşe Berktaş Hacimirzaoğlu, Intermedia Yayınları, İstanbul 1997.

- Simonati**, Anna: “The Principles of Administrative Procedure and the EU Courts: an Evolution in Progress?”, *Review of European Administrative Law*, Cilt 4, Sayı 1, 2011, ss. 45-81.
- Soltész**, Ulrich/**Bieleşz**, Holger: “Judicial Review of State Aid Decisions – Recent Developments”, *European Competition Law Review*, Cilt 25, Sayı 3, 2004, ss. 133-151.
- Tekinalp**, Gülören/**Tekinalp**, Ünal: *Avrupa Birliği Hukuku*, 2. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2000.
- Tezcan**, Ercüment: “Avrupa Birliği Hukukunda Devlet Yardımları: Yeni Düzenlemelere ve İçtihadı İlişkin Değerlendirmeler”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 3, Temmuz-Ağustos-Eylül 2000, ss. 27-62.
- Vogel**, Louis: *European Competition Law*, Bruylant, Paris 2015.
- Wishlade**, Fiona G.: *Subsidies and State Aids The Definition of Acceptable Measures Under the European Union and GATT Rules*, Avrupa Politikaları Araştırma Merkezi, Bölgesel ve Endüstriyel Araştırma Makaleleri Serisi, Sayı: 21, Haziran 1996.

#### **Mahkeme Kararları**

- Case 120-73, *Lorenz v. Germany* [1973], ECLI:EU:C:1973:152.
- Case 74/76, *Iannelli v. Meroni* [1977], ECLI:EU:C:1977:51.
- Joined cases C-205 to 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH and Others v. Germany* [1983], ECLI:EU:C:1983:233.
- Case C-265/85, *Van den Bergh en Jurgens BV and Van Dijk Food Products (Lopik) BV v. Commission of the European Communities* [1987], ECLI:EU:C:1987:121.
- Case C-142/87, *Belgium v. Commission* [1990], ECLI:EU:C:1990:125.
- Case C-5/89, *Commission v. Germany* [1990], ECLI:EU:C:1990:320.
- Joined cases C-278/92, C-279/92 and C-280/92, *Spain v. Commission* [1994], ECLI:EU:C:1994:325
- Case C-350/93, *Commission v. Italy* [1995], ECLI:EU:C:1995:96.
- Case C-39/94, *SFEI and Others v. La Poste and Others* [1996], ECLI:EU:C:1996:285.
- Case T-95/96, *Gestelevision Telecinco SA v. Commission* [1998], ECLI:EU:T:1998:206.
- Case C-75/97, *Belgium v. Commission* [1999], ECLI:EU:C:1999:311.

- Case C-99/98, Austria v. Commission [2001], ECLI:EU:C:2001:94.
- Joined cases C-74/00 P and C-75/00, P, Falck SpA and Acciaierie di Bolzano SpA v. Commission [2002], ECLI:EU:C:2002:524.
- Joined cases C-261/01 and C-262/01, Belgische Staat v. Eugene van Calster and Others [2003], ECLI:EU:C:2003:571.
- Case C-345/02, Pearle and Others v. Hoofdbedrijfschap Ambachten [2004], ECLI:EU:C:2004:448.
- Case T-109/01, Fleuren Compost BV v. Commission [2004], ECLI:EU:T:2004:4.
- Joined Cases C-183/02 P and C-187/02 Demesa and Others v. Commission [2004], ECLI:EU:C:2004:701.
- Joined cases T-111/01 and T-133/01, Saxonia Edelmetalle and Others v. Commission [2005], ECLI:EU:T:2005:166.
- Case C-148/04, Unicredito Italiano SpA v. Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova [2005], ECLI:EU:C:2005:774.
- Case C-368/04, Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH and Others v. Finanzlandesdirektion für Tirol and Others [2006], ECLI:EU:C:2006:644.
- Case C-214/07, Commission v. France [2008], ECLI:EU:C:2008:619.
- Case T-388/03, Deutsche Post AG and DHL International v. Commission [2009], ECLI:EU:T:2009:30.
- Case C-81/10, P France Télécom v. Commission [2011], ECLI:EU:C:2011:811.
- Case C-118/10, Commission v. Council [2013], ECLI:EU:C:2013:787.
- Case C-284/12, Deutsche Lufthansa AG v. Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH, [2013], ECLI:EU:C:2013:755.
- Case T-512/11, Ryanair v. Commission [2014], ECLI:EU:T:2014:989.
- Case C- 349/17, Eesti Pagar v. Ettevõtlike Arendamise Sihtasutus and Majandus, [2019], ECLI:EU:C:2019:172.
- Case C-387/17, Presidenza dei Consiglio dei Ministri v. Fallimento Traghetti del Mediterraneo, [2019], ECLI:EU:C:2019:51
- Case C-627/18, Nelson Antunes da Cunha Lda v. Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas IP (IFAP), [2020], ECLI:EU:C:2020:321.



## KADINLARA YÖNELİK SİBER ORTAMDA GERÇEKLEŞTİRİLEN ŞİDDET FİİLLERİ VE FAİLLERİNİN TİPOLOJİSİNE YÖNELİK FENOMENOLOJİK BİR ÇALIŞMA

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1089754>

Arş. Gör. Ahsen AKDEMİR\*

### Öz

İnternet ile sanal dünya beraberinde birçok yeniliği getirdiği gibi suç işleme yollarını da çeşitlendirerek ceza hukukuna yeni araştırma alanları katmıştır. İnternet kullanımının yaygınlaşmasıyla özellikle kadına yönelik tehdit, hakaret, teşhircilik, sarkıntılık ve dolandırıcılık gibi birçok fiilin işlenişi kolaylaşmıştır. Bu eylemler, kadınlara yönelik duygusal, fiziksel ve ekonomik zarar vererek onları mağdur etme yoluyla gerçekleşen siber suçlar olarak nitelendirilmektedir. Sosyal medyanın günümüzde büyük bir rol oynamasıyla gün geçtikçe vakalar daha da artmaktadır. Bunun yanı sıra bu fiillerin özellikle birbirini tanıyan kişiler arasında mağdurun tehdit edilmesi şeklinde gerçekleştiği görülmektedir. İnternetin sağladığı birtakım kolaylıklar vasıtasıyla da gerçek dünyada alışlagelmiş fail profillerinin aksine bu mecralarda suçlular kimliklerini gizli tutabilmeleri sayesinde suç işlemeyi basit hale getirerek önlerindeki birçok engeli ortadan kaldırmaktadır.

Çalışma kapsamında kadınlara yönelik sanal ortamda işlenen suçların kriminolojik boyutunu incelemek ve olaylara mağdurların gözünden bakabilmek adına bir araştırma yapılmıştır. On biri kadın ve biri erkek olmak üzere on iki siber şiddet fiili mağduru ile gerçekleştirilen bu fenomenolojik çalışmada temel amaç öncelikle bu kategoride işlenen suçlar bakımından bir fail ve fiil tipolojisi çıkarmaktır. Ardından mağdurların Türkiye'deki adalet sistemi ile ilgili değerlendirmeleri ele alınacaktır. Özellikle adli makamlara şikâyette bulunan ve bulunmayan mağdurlar karşılaştırmalı olarak mercek altına alınıp bu saldırı türlerinin neticeleri incelenmektedir.

\* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul (ahsenakdemir@hotmail.com), ORCID: 0000-0003-2678-4045 (Geliş Tarihi: 07.09.2021-Kabul Tarihi: 16.12.2021) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.



**Anahtar Kelimeler**

*Siber şiddet, Sosyal medya şiddeti, Kadına yönelik siber şiddet, Hakaret, Tehdit, Cinsel taciz*

**A PHENOMENOLOGICAL STUDY ON THE TYPOLOGY OF VIOLENCE ACTIONS PERFORMED AGAINST WOMEN IN CYBER ENVIRONMENT AND THEIR PERPETRATORS**

*(Research Article)*

**Abstract**

*With the Internet, the virtual world has introduced us to many innovations, as well as diversifying the ways of committing crimes and adding new research areas to criminal law. Committing acts such as threats, insults, exhibitionism, molestation, and fraud against women have become much simpler with the widespread use of internet. Virtual crimes against women are described as acts which are carried out by victimizing women by causing emotional, physical, and even economic harm to women using information technologies. As social media started to play a big role in terms of global communication, these actions have escalated gradually. In addition, it is seen that these acts take place in the form of threatening the victim, especially among people who know each other. Due to some of the facilities provided by the Internet, criminals can keep their identities private in these channels, making it simple to commit crimes.*

*It was deemed essential to conduct this research in order to examine the criminological dimension of these cybercrimes against women and to look at these crimes from the eyes of the victims. The main aim in this phenomenological study, which has been conducted with twelve victims of cyber violence crimes, eleven women and one man, is primarily to create a typology of perpetrators and acts in terms of crimes committed in this category. Next, the victims' evaluations of the Turkish justice system will be discussed. Then, the victims will be examined comparatively in terms of those who have filed a complaint with the judicial authorities and those who chose not to and the consequences of these types of acts.*

**Keywords**

*Cyber violence, Social media violence, Cyber violence against women, Insulting, Threat, Sexual harassment*

## GİRİŞ

Suç, toplumun benimsediği yeni bir olgu değildir. İnsanların bir arada yaşamaya başlamasıyla belirli kurallar benimsenmiş ve o kurallara aykırı hareket edenler suçlu olarak görülmüştür<sup>1</sup>. İşlenen bu suçların faili olduğu gibi mutlaka mağduru da vardır. Mağdur suçun konusu oluşturan kimse anlamına gelmektedir. Eğer suçun konusu belirli bir kişi veya kişilere atfedilebiliyorsa mağdur bu kişi veya kişilerdir. Aksi durumda ise mağdur toplumu oluşturan herkeştir<sup>2</sup>. Zaman içinde değişen toplum yapısı, kadınları ataerkil bir yapı altında hükmedilmeye mecbur bıraktığından, kadınlar fiziksel olarak daha zayıf olmanın verdiği dezavantajla birtakım suçların mağduru olmaya başlamıştır. Bu suçlar sıklıkla cinsel taciz, sarkıntılık, cinsel saldırı, tehdit, hakaret, kasten yaralama, hürriyetten alıkoyma gibi vücut ve cinsel dokunulmazlığa ve kişi hürriyetine karşı suçlardır. Dünya ne kadar gelişse de kadınlara yönelik işlenen suç tipleri değişmemiş, aksine internetin hayatımızın bir parçası olmasıyla bu suçların bazıları sanal dünyaya taşınmıştır. Nitekim Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin Genel Kurulu'nun 1993 yılında yayınlamış olduğu deklarasyonun ilk maddesine göre *'ister özel ister kamusal alanda olsun, "kadına yönelik şiddet" terimi, kadınlara fiziksel, cinsel veya psikolojik zarar veya ıstırapla sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel olan her türlü cinsiyete dayalı şiddet eylemi anlamına gelmektedir. Bu eylemlerin tehditleri de şiddet kapsamına dahildir.*<sup>3</sup>. Oldukça kapsamlı olan bu tanımda kamusal alan kavramına artık günümüzde "sanal alan" olgusunun da dahil olduğunu belirtmek gerekmektedir<sup>4</sup>.

Kadına yönelik sanal eylemler bilişim teknolojilerinin kullanılmasıyla duygusal, fiziksel ve ekonomik olarak zarar vererek mağdur etme yoluyla gerçekleşir. Sanal dünyada işlenen bu fiillerin kendisi, faileri ve failin saiki çok çeşitli nedenlerle karşımıza çıkmaktadır. Nitekim hırs, merak ve heyecan gibi duyguların yoğunlaşması failin motivasyonunu şekillendirebilir ve suç

<sup>1</sup> **Güçlü, İdris/Akbaş, Halil:** Suç Sosyolojisi Kavram - Teori - Uygulama, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 2.

<sup>2</sup> **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 116.

<sup>3</sup> **OHCHR General Assembly:** Declaration on the Elimination of Violence against Women, 1993, Erişim Adresi: <<https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/eliminationvaw.pdf>>, Erişim Tarihi: 25 Mayıs 2021.

<sup>4</sup> **Yıldırım, Elif:** "Sosyal Medyada Kadınlara Yönelik Dijital Şiddet", İstanbul Üniversitesi Tez Arşivi, 2019, Erişim Adresi: <<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET000750.pdf>>, Erişim Tarihi: 12 Haziran 2021, s. 27.

için fırsatlar sağlayabilir<sup>5</sup>. Sanal dünyada erişimin sınırsızlığı, kimliği gizli tutabilme ve benzeri diğer kolaylıklar sayesinde birçok kişi fail olmaktan çekinmemektedir<sup>6</sup>.

Bu kategoride işlenen suçların da son zamanlarda akademide de merak uyandırması sebebiyle söz konusu suçların sanal dünyaya yansımaları ve neticelerini daha iyi anlayabilmek adına fenomenolojik araştırma yöntemi ile 12 görüşmeci ile bir araya gelinmiştir. Sayısız araştırma metodları arasında fenomenolojik araştırmanın tercih edilmesinin ana sebebi bu araştırma türünün belirli olgu ve kavramlara yönelik olarak bireylerinin deneyimlerinden yola çıkan bir tür olmasıdır<sup>7</sup>. Araştırma kadına yönelik siber şiddet olgusunu ele aldığı için bu alanda bir tecrübe yaşamış mağdurları inceleyecek en iyi yöntemin bu olduğu kararına varılmıştır.

Araştırmadaki kişilerden her biri siber şiddet fiillerinin bir veya birkaç türüne maruz kalmıştır. Mağdurlara yönelttiğimiz genel sorularda söz konusu kategoride bulunan suçların bir fiil ve fail tipolojisini oluşturmak hedeflenmektedir. Bununla beraber özellikle kriminolojik açıdan bu suçların ne sıklıkla yargı mercilerine taşındığı hususu irdelenip; başvuranların deneyimleri ve başvurmayı tercih etmeyen mağdurların sebepleri teker teker ele alınmaktadır. Ayrıca bu eylemlerin gerçekleşmesinin mağdurların internet kullanımını nasıl etkilendiği hususu da ele alınmaktadır. Çalışmanın diğer bir amacı da mağdurların, bu fiillere yönelik adli mercilerin tutumuna dair bir önyargılarının olup olmadığını ortaya koymaktır.

## I. KADINA YÖNELİK SUÇLARIN İŞLENİŞ BİÇİMİNİN ZAMAN İÇİNDE DEĞİŞİMİ VE SANAL DÜNYA İLE İLİŞKİSİ

### A. Kadına Yönelik Şiddetin Genel Tarihçesi

Kadınlar, dünyanın var oluşundan beri toplumun yarısını oluşturan, insanlığın devamını sağlayan ve onun ilk öğretmenliğini üstlenen cinsiyettir. Yerleşik hayata geçmekle daha az eşitlikçi bir toplum yapısının bir parçası

<sup>5</sup> Goldsmith, Andrew/Wall, David S.: "The Seductions Of Cybercrime: Adolescence And The Thrills Of Digital Transgression", European Journal of Criminology, Sayı: Özel, 2019, s. 3.

<sup>6</sup> Yar, Majid: "The Novelty of "Cybercrime": An Assessment in Light of Routine Activity Theory", European Journal of Criminology, Cilt: 2, Sayı: 4, 2005, s. 408.

<sup>7</sup> Güler, Ahmet/Halicioğlu, Mustafa Bülent/Taşkın, Serkan: Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 234.

olan kadınlara karşı<sup>8</sup> 20. yüzyıl öncesine kadar, şiddete dayalı bu suçların toplumu belirli bir düzene oturtmak adına oluşturulmuş hiyerarşiyi canlı tutmak gayesiyle işlendiğini görülmektedir<sup>9</sup>. Bu hiyerarşi, zamanla neslin korunması için kadının cinselliğinin kontrol altında tutulması gerektiğine dair bir inanca dönüşmüştür<sup>10</sup>. Böylece erkeklerin tabiiyeti altına alınan kadınlara karşı genel olarak cebir, tehdit, kasten yaralama, öldürme, istismar, cinsel taciz, cinsel saldırı, evlilik vaadiyle kızlık bozma, ısrarlı takip gibi fiiller gerçekleştirilmiştir<sup>11</sup>. Erkekler insanlık tarihinin neredeyse tamamında kadınlar üzerinde fiziksel ve hukuki egemenliğe haizdi. Orta ve Yeni Çağ dönemlerinde erkeklerin kadınlar üzerindeki egemenliği devam ederken Yakın Çağ'da kadına şiddet ile mücadele, devletlerin de politika değişikliğine gitmeye başlaması ile ilk kıvılcımlarını göstermiştir.

Kendilerine seçme ve seçilme haklarının tanınmasıyla kadınlar, artık lehlerine olan kuralları koyabileceklerine ve kadın-erkek arasındaki eşitsizliği azaltabileceklerine inanmaya başlamışlardır<sup>12</sup>. Bu inanç doğrultusunda birçok ülkede kadınlar ve onları destekleyen erkekler toplumun kadınlara olan tutumunu değiştirmek adına seslerini duyurma gayreti içerisine girmişlerdir. Neticesinde bir önceki yüzyıla kıyasla birçok ülkede kadınlar iyileştirilmiş bir yasal sisteme tabidir. Fakat kadınların tüm bu yeni imkânlarla sahip olmaları kendilerine karşı işlenen suçların devamına engel olamamıştır. Tüm gelişmelere rağmen şiddet, cinsel taciz ve tehdit başta olmak üzere aynı fiillerin mağduru olmaya devam etmişlerdir<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> **Yılmaz**, Sena: "Toplumsal Cinsiyet Rollerinin Günlük Hayattaki Yansımaları: Çorum/Alaca Örneği", İmgelem, Cilt: 2, Sayı: 2, 2018, s. 7.

<sup>9</sup> **Fox**, Vivian C.: "Historical Perspectives on Violence Against Women, Journal of International Women's Studies", Cilt: 4, Sayı: 1, 2002, s. 16.

<sup>10</sup> **Brooks**, James F.: "This Evil Extends Especially... to the Feminine Sex": Negotiating Captivity in the New Mexico Borderlands, Feminist Studies, Cilt: 22, Sayı: 2, 1996, s. 281.

<sup>11</sup> Bkz. **Aksın**, Ahmet/**Maral** Emrah: "Osmanlı Devletinde Irza ve Namusa Yönelik İşlenen Suçlar ve Uygulanan Cezalar", 2015, Erişim Adresi: <[http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=osmanli-devletinde-irza-ve-namusa-yonelik-islenen-suclar-ve-uygulanan-cezalar-\(1789-1850\)\\_ahmet-aksin-emrah-maral.pdf](http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=osmanli-devletinde-irza-ve-namusa-yonelik-islenen-suclar-ve-uygulanan-cezalar-(1789-1850)_ahmet-aksin-emrah-maral.pdf)>, Erişim Tarihi: 5 Haziran 2021; **Sokullu-Akıncı**, Füsun/**Dursun**, Selman: Viktimoloji, 3. Basım, İstanbul 2016, ss. 147-148.

<sup>12</sup> **Lind**, JoEllen: "Dominance and Democracy: The Legacy of Woman Suffrage for the Voting Right", UCLA Women's Law Journal, Cilt: 5, Sayı: 1, 1994, s. 149.

<sup>13</sup> **Fine**, Michelle/**Weis**, Lois: "Disappearing Acts: The State And Violence Against Women In The Twentieth Century", City University of New York: Academic Works, 2000, Erişim Adresi: [https://academicworks.cuny.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1701&context=gc\\_pubs](https://academicworks.cuny.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1701&context=gc_pubs), Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2021; **Sokullu-Akıncı/Dursun** (dn 9), s. 58.

Nihayetinde günümüze geldiğimizde şu gözlem kadına şiddetin tarihçesini özetlemektedir: şiddet öğrenilen bir davranış olarak kabul edilmekte olup, kuşaktan kuşağa aktarılan bir eylemdir<sup>14</sup>. Böylelikle bir kısır döngüde işleyen bu şiddete şahit olan çocuklar başka şekilde sorunlarını çözme ve uzlaşma yöntemi bilmediğinden şiddeti kendisi de uygulamaktadır<sup>15</sup>. Bu nedenle toplumlar ne kadar modern olurlarsa olsunlar, maalesef kadına yönelik aile içi şiddetin bulunmadığı bir toplum günümüzde bulunmamaktadır<sup>16</sup>. Nitekim, yukarıda saymış olduğumuz suç tiplerine her coğrafyada yaygın olarak rastlanılmaktadır<sup>17</sup>.

## B. Sanal Dünya

### 1. Sosyal Medya

19.yüzyılın ilk yarısında telgrafın icat edilmesiyle başlayan teknoloji yoluyla kişilerarası mesajlaşma ve bilgi paylaşımı, şu an günümüzde yerini en büyük sosyal paylaşım ağlarını oluşturan sosyal medyaya bırakmış durumdadır<sup>18</sup>. *Sosyal medya*, kullanıcıların, bilgi, fikir, kişisel mesaj ve videolar gibi diğer içerikleri paylaşmak için oluşturduğu elektronik iletişim biçimleri olan çevrimiçi topluluklar olarak tanımlanmıştır<sup>19</sup>. Günümüzde sosyal medya, Facebook ile 2,7 milyar, YouTube ile 2 milyar, Instagram ile 1,1 milyar ve Twitter ile 353 milyon aktif kullanıcıya sahip, çok boyutlu bir sanal dünyadır<sup>20</sup>. Kişiler bu platformlarda kolaylıkla yazı, görüntü ve ses gibi

<sup>14</sup> **Sutherland**, Edwin/**Cressey**, Donald R./**Luckenbill**, David F.: Principles of Criminology, 11. Basım, General Hall, Lanham 1992, s. 176; Sosyal öğrenme teorisi hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Akers**, Ronald L.: Criminological Theories, Bölüm 5: Social Learning Theory, 8. Basım, Oxford University Press, New York 2020; **Sokullu-Akıncı**, Füsün; Kriminoloji, 15. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, ss. 210-218.

<sup>15</sup> **Sokullu-Akıncı/Dursun**, 2016, ss. 63-64.

<sup>16</sup> **Fine/Weis**, s. 1140.

<sup>17</sup> **WHO** Department of Reproductive Health Research: London School of Hygiene and Tropical Medicine/South African Medical Research Council: "Global and Regional Estimates of Violence against Women", 2013, s. 3, Erişim Adresi: <<https://www.who.int/publications/i/item/9789241564625>>, Erişim Tarihi: 13 Mayıs 2021.

<sup>18</sup> **Edosomwan**, Simeon/**Prakasan**, Sitalaskshmi Kalangot/**Kouame**, Doriane/**Watson**, Jonelle/**Seymour**, Tom: "The History of Social Media and Its Impact on Business", The Journal of Applied Management and Entrepreneurship, Cilt: 16, Sayı: 3, 2011, s. 79.

<sup>19</sup> **Merriam Webster Dictionary**: "Social Media", 2021, Erişim Adresi: <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/socialmedia>>, Erişim Tarihi: 6 Haziran 2021.

<sup>20</sup> **STATISTA**: "Most Popular Social Networks Worldwide As Of October 2020, Ranked By Number Of Active Users", 2020, Erişim Adresi: <<https://www.statista.com/statistics/>

içerik paylaşmaktadır. Sosyal medya kullanımı iş hayatına da katkıda bulunmuştur. Kuruluşlar sosyal medya sayesinde iletişim kanallarını arttırmış ve etkin oldukları alanları genişletmiştir<sup>21</sup>.

Bunun gibi hayatımıza birçok katkıda bulunmanın yanı sıra sosyal medya, ceza hukukunda suçun işlenme yeri kavramına da bir yenilik kazandırmıştır. Örneğin 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 125.maddesinde tanımlanan hakaret suçunun gerekçesinde "...hakaretin mağdurunu muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir mesajla yapılması hâlinde ... cezaya hükmedileceği kabul edilmiştir. Buna göre, kişiyi muhatap alan mektup, telgraf, telefon ve benzeri araçlarla yapılan hakaret de huzurda hakaret olarak cezalandırılmalıdır." diye belirtilmiştir<sup>22</sup>. Madde gerekçesindeki "benzeri araçlar" tabirini yorumlayacak olursak sesli, yazılı ve görüntülü mesajların paylaşılabilirdiği sosyal medya platformlarını da bünyesine dahil ettiğini söyleyebiliriz<sup>23</sup>. Böylelikle hakaret gibi birçok suçun da sosyal medya yoluyla işlenebildiği kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. Bunu önlemek adına kullanıcılar zamanla hesaplarını gizli tutabilmektedir. A.B.D.'nde yapılan bir anket çalışmasına göre sosyal medya kullanıcılarının %45'i tüm hesaplarını gizli hesap şeklinde kullanırken sadece %19'u tüm hesaplarının herkesin görebileceği şekilde erişime açık olduğunu bildirmiştir<sup>24</sup>.

## 2. Siber Ortamlarda Kadınlara Karşı İşlenen Suçların Görünüş Şekli ve Saikleri

Ceza hukukunda tüm suç tiplerini incelerken olduğu gibi, siber zorbalık fiilini de suçun maddî unsurları çerçevesinde incelemek önem taşımaktadır. Suçun maddî unsurları ise fiil, fail, netice, nedensellik bağı, mağdur, konu ve

---

272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>, Erişim Tarihi: 6 Haziran 2021.

<sup>21</sup> Edosomwan/Prakasan/Kouame/Watson/Seymour, s.85.

<sup>22</sup> **Türk Hukuk Sitesi**: "5237 S.L1 Türk Ceza Kanunu MADDE 125", 2009, Erişim Adresi: <<https://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=1212>>, Erişim Adresi: 6 Haziran 2021.

<sup>23</sup> **Şengül**, Mustafa Buğra: "Sosyal Medya Yoluyla İşlenen Hakaret Suçu", Çankaya Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Erişim Adresi: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=f10Kw4p1rmMDotyKRdYv1HkvMX5uvBCFAB4HRpMIyZF4uf-BCDYGWsKLa5CDIZqf>, Erişim Tarihi: 26.11.2021, s. 37.

<sup>24</sup> **Morning Consult**: "National Tracking Poll", 2018, Erişim Adresi: <[https://morningconsult.com/wp-content/uploads/2018/10/180960\\_crosstabs\\_BRANDS.pdf](https://morningconsult.com/wp-content/uploads/2018/10/180960_crosstabs_BRANDS.pdf)>, Erişim Tarihi: 7 Haziran 2021.

nitelikli hallerdir<sup>25</sup>. Kadına yönelik siber suçlar üzerinde fenomenolojik bir araştırma yapılıyor ise, olgunun kendisine yoğunlaşmamız gerekmektedir<sup>26</sup>. Bu nedenle diğer suç tipleri nasıl inceleniyor ise bu fiillerin de öyle açıklanması gerektiği kanaati doğmuştur.

Siber suçlar hukuk dünyamızda yeni yeni var olan bir kavramdır. Bu alanda nitelikli bir esere imza atmış olan *Halder ve Jaishankar*, kadınlara yönelik bu suçları “*İnternet ve cep telefonları gibi modern telekomünikasyon ağlarını kullanarak mağdura kasten zarar vermek amacıyla kadınları hedef alan suçlar*” olarak tanımlamaktadır<sup>27</sup>. Bununla birlikte baktığımızda her suç bakımından hangi cinsiyetin daha fazla mağdur olduğu konusunda ayırt edici bir istatistiksel çalışma mevcut değildir. Ancak biliyoruz ki kadınların sanal ortamda işlenen bir suçun mağduru olabilmeleri için ilk öncelikle internete erişimlerinin bulunması gerekmektedir. Türkiye İstatistik Kurumu’nun 2020 verilerine göre ülkemizin kadın nüfusunun %73,3’nün internete erişimi mevcuttur<sup>28</sup>. Bu da ülkemizde kadınların büyük bir çoğunluğunun sanal ortamlarda aktif olabileceğine ve bu suçların potansiyel mağduru olabileceklerini göstermektedir.

İnternete erişimi olsun veya olmasın dünyanın her yerinde kadınlar genellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçların ve henüz hukuk sistemimizde direkt belirli bir suç olarak tanımlanmamış olan *ısrarlı takip* (stalking) fiilinin mağduru konumundadırlar<sup>29</sup>. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar Türk Ceza Kanunu’nda cinsel saldırı suçu (md. 102), çocukların cinsel istismarı (md. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (md. 104) ve cinsel taciz (md. 105) olarak düzenlenmiştir. İsrarlı takip ise bir kişinin kasıtlı bir şekilde tekrarlı ve kötü niyet ile takip, taciz veya tehdit edilmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>30</sup>. Doktrinde ısrarlı takibin bir suç olarak düzenlenmesi gerektiğini

<sup>25</sup> **Artuk**, Mehme Emin/**Gökçen** Ahmet/**Yenidünya**, Ahmet Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 297.

<sup>26</sup> **Ersoy**, Figen: Eğitimde Nitel Araştırma Desenleri, Bölüm 3: Fenomenoloji, Saban, Ahmet/Ersoy, Ali (ed.), 3. Basım, Anı Yayıncılık, Ankara 2019, s. 84.

<sup>27</sup> **Halder**, Debarati/**Jaishankar**, Karuppanan: Cyber Crime and the Victimization of Women: Laws, Rights and Regulations, Chapter 2: Definition, Typology and Patterns of Victimization”, 2. Basım, IGI Global, Hershey, 2012, s. 15, (Victimization).

<sup>28</sup> **TUİK**, ‘Hanehalkı Bilişim Teknolojileri (BT) Kullanım Araştırması, 2020, Erişim Adresi: <[https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-\(BT\)-Kullanim-Arastirmasi-2020-33679](https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2020-33679)>, Erişim Tarihi: 7 Haziran 2021.

<sup>29</sup> **Sokullu-Akıncı/Dursun** (dn 9), ss. 147-148.

<sup>30</sup> **DeKeseredy**, Walter S./**Schwartz**, Martin D./**Nolan**, James/**Mastron**, Nicholas/**Hall-Sanchez**, Amanda: “Polyvictimization and the Continuum of Sexual Abuse at a College Campus: Does Negative Peer Support Increase the Likelihood of Multiple

savunan *Türkoğlu*, bu savını şu gerekçeye dayandırmaktadır: “...suç tipi olarak ısrarlı takip, ileride gerçekleşmesi imkan imkân dahilinde olan daha ağır hukuki ihlalleri engellemek; mağdurun yaşam hakkı, vücut bütünlüğü bakımından tehlike oluşturabilecek olası durumlar için bir önlem olarak düşünülebilir... ısrarlı takip Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının ikinci bölümü olan 'Kişilere Karşı Suçlar' bölümünde 'Hürriyete Karşı Suçlar' başlığı altında düzenlenmelidir<sup>31</sup>”.

Bu fiillerin sanal dünyaya yansması ise genel bir başlık altında *siber şiddet* olarak ifade edilir. *Kalem*, siber şiddeti şöyle tanımlamaktadır: “...fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik zarara veya ıstıraba neden olan veya bunlarla sonuçlanabilme ihtimali olan, bireylere karşı şiddete neden olmak, bunları kolaylaştırmak veya şiddet tehdidinde bulunmak için bilgisayar sistemlerinin kullanılmasındı ve bireyin koşullarının, özelliklerinin veya açıklarının istismar edilmesini içerebilir<sup>32</sup>”. Kanunumuzda siber zorbalık adı altında bir suç düzenlenmemiştir. Fakat bu fiil cezalandırılırken neticeye göre bir yaptırım belirlenir. Nitekim siber şiddet kapsamında birçok suçu barındırır. Bunlar: hakaret (md.125), siber zorbalık, cinsel şiddet de dahil olmak üzere şiddete yönelik tehdit (md. 106), cebir (md. 108), şantaj<sup>33</sup>

Victimizations?”, British Journal of Criminology, Cilt: 59, Sayı: 2, 2019, s. 283; **Melton**, Heather: “Predicting the Occurrence of Stalking in Relationships Characterized by Domestic Violence”, Journal of Interpersonal Violence, Cilt: 22, Sayı: 1, 2007, s. 4.

<sup>31</sup> **Türkoğlu**, Selin: Ceza Hukuku Açısından İsrarlı Takip, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, ss. 75-77.

<sup>32</sup> **Kalem**, Ayşegül: “Kadına Yönelen Çevrimiçi Tehdit: Siber Şiddet”, Cyberpolitik, Cilt: 4, Sayı: 8, 2019, s. 265.

<sup>33</sup> Sosyal medya aracılığıyla şantaj suçunun işlenmesine dair bkz.: “1- Katılan ...'ın internet aracılığıyla tanıştığı ve bir araya hiç gelmediği sanığın kendisinden çıplak fotoğraflarını istemesi üzerine o anki ruh hali ve çocukluğu yüzünden kendi isteği ile sanığın bu isteğini yerine getirerek fotoğrafları gönderdiğini ve bir süre sonra kendisinden para isteyerek göndermediği takdirde fotoğrafları yayacağını söylediğini ancak fotoğrafları yayıp yaymadığını bilmediğini sanığın ise soruşturma aşamasındaki beyanında katılan ile facebookta tanıştığını ve telefonda görüşmeye başladığını beyan etmesi ve dosya kapsamında beyan edilen bu fotoğraflara ya da fotoğrafların sanık tarafından iddianamede iddia edildiği üzere sosyal medya profilinde paylaşılıp paylaşılmadığına dair bir tespitin bulunmadığının anlaşılması karşısında mahkemece iddianamede belirtilen fotoğrafların iddia edildiği şekilde sanık tarafından paylaşılıp paylaşılmadığı araştırılmaksızın sanığın üzerine atılı cinsel taciz ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının unsurlarının somut olayda ne şekilde olduğu ve fotoğrafların paylaşılması halinde sanığın eyleminin TCK'nın 134/2. maddesindeki eylemi oluşturup oluşturmadığı yeterince açıklanıp tartışılmadan eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile sanık hakkında bu suçlardan mahkumiyet hükmü kurulması,

2- Şantaj suçundan hüküm kurulurken, TCK'nın 107/1. maddesinde hapis cezasının yanında adli para cezası da öngörülmesine karşın, adli para cezasına hükmedilmemesi,”



(md. 107), şiddete teşvik, intikam pornosu yayınlama (md.226- müstehcenlik), intihara yönlendirme (md. 84) veya mağduru araç olarak kullanıp kendine zarar vermesine yol açma (md. 86-87), görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal (md. 134/2)<sup>34</sup> ve benzeri suçlardır<sup>35</sup>.

Son olarak özellikle vurgulamak isteriz ki kadınlara yönelik sanal suçlar sadece cinsel saikle icra edilmez. Aksine, faili bu suçu işlemeye zorlayan diğer birtakım dürtüler: evliliğin başarısızlığı nedeniyle mağdura karşı kişisel düşmanlık, kendini güçlü bir siber karakter olarak gösterme arzusu, yeni gelişen dijital hileler hakkındaki bilgisini test etme niyeti, dijital hileler ile şaka yapmak ve arkadaşları eğlendirmek olarak sıralanabilir<sup>36</sup>.

### 3. Siber Alanda Suç İşleyen Failler, Suçun İşlenme Saikleri ve Siber Suçla Mücadele

Cihazlar ve yazılımlar, akıllı telefonlar, mobil uygulamalar, küresel konumlandırma sistemleri (GPS) veya sadece tek başına internet bile failler tarafından kötüye kullanılabilirdiği gibi mağdurlar tarafından da yardım yolları arama ve destek için kullanılabilir<sup>37</sup>. Teknolojinin sebep olduğu zararların ontolojisini kriminolojik ve zemiolojik (sosyal zarar bilimi) açıdan ele alan bir çalışmada, bazı teknoloji türlerinin belirli çıkarlar için tasarlandığı

Yarg. 4. CD., T. 21.10.2021E. 2019/6071, K. 2021/25171, (Yargıtay Karar Arama Sistemi, Erişim Adresi: Erişim Tarihi: 1.12.2021).

<sup>34</sup> Bu suç tipine yönelik olarak bkz. "Sanık ...'in, mağdur ... tarafından aralarındaki arkadaşlık ilişkisinin sona erdirilmesine tepki olarak, beraberlikleri döneminde mağdur tarafından kendisine gönderilen mağdurun cinsel ve fiziksel mahremiyetine ilişkin çıplak fotoğraflarını, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda, mağdurun annesine göndermesi ve farklı instagram hesaplarında yayımlaması biçiminde sübut bulan eylemlerinden dolayı sanık hakkında ilk derece mahkemesince zincirleme şekilde görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan kurulan mahkumiyet hükmüne yönelik Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesince yapılan istinaf incelemesi sonucunda verilen 25.02.2019 tarihli, 2018/1804-2019/348 sayılı "istinaf başvurusunun esastan reddine" ilişkin kararda dosya kapsamına göre bir isabetsizlik görülmemiştir." Yarg. 12. CD., T. 09.09.2020E. 2020/314, K. 2020/4447, (Yargıtay Karar Arama Sistemi, Erişim Tarihi: 1.12.2021).

<sup>35</sup> **Council of Europe- Cybercrime Convention Committee**: Mapping Study on Cyberviolence, 2018, s. 8, Erişim Adresi: <<https://rm.coe.int/t-cy-2017-10-cbg-study-provisional/16808c4914>> Erişim Tarihi: 6 Haziran 2021.

<sup>36</sup> **Halder/Jaishankar**, Victimization, s. 45.

<sup>37</sup> **Douglas, Heather/Harris, Bridget A./Dragiewicz, Molly**: "Technology-Facilitated Domestic and Family Violence: Women's Experiences", British Journal of Criminology, Cilt: 59, Sayı: 3, 2019, s. 551.

iddia edilmiştir<sup>38</sup>. Kişisel verileri depolamak ve aleyhe kullanmak amacıyla geliştirilen tüketici casusluk programlarını bu kategoride görebiliriz<sup>39</sup>. Sanal dünyanın kişilere gizli bir kimlik vererek hareket alanı sağlaması insanların tanınma kaygısı olmadan bu dünyanın imkânlarından faydalanmalarını sağlamaktadır. Ayrıca kullanması kolay olarak nitelendirilen birçok platform sayesinde de teknoloji hakkında çok bilgisi olmayan kişilerin dahi bu yolla suç işleyebildiği bilinmektedir<sup>40</sup>. Böylelikle daha fazla insan bu teknolojik imkanları çekinmeden kullanabilmektedir. Başka bir çalışmada ise internetin baştan çıkarıcı özelliklerinin ve olanaklarının, *normalde* sapkın olmayan insanların sapkın hale gelmesine neden olacak nitelikte olduğu iddia edilmiştir<sup>41</sup>. 2018’de yayımlanan bir rapora göre siber suçların (hükümet yolsuzlukları ve narkotik suçlardan sonra üçüncü sırada) dünya ekonomisine yaklaşık \$600 milyar zarar verdiğini düşünecek olursak, bu düşünceye hak verilebilir<sup>42</sup>. Zira böylesi bir zarar ancak bu suçun işlenmesindeki kolaylığa ve failin anonim olmasının kişiyi bu suçu işlemeye diğer suçlardan daha çabuk motive ettiğini gösterir.

Kadınlara yönelik siber şiddet eylemlerinin fail profillerini incelediğimizde karşımıza mağdur ile daha önce bir ilişkisi olan ve mağduru hiç tanımayan olarak iki tür suçlu profili çıkmaktadır. İlk profilde fail yukarıda da belirttiğimiz gibi evlilik veya sevgililiğin başarısızlığı nedeniyle mağdura karşı kişisel düşmanlık beslemesi sebebiyle mağdura yönelik sosyal medyada karalama, kimlik hırsızlığı, kişisel bilgileri çevrimiçi olarak paylaşma, cinsel görüntülerin yetkisiz dağıtımı ve aşağılayıcı mesaj gönderme gibi fiilleri işleyebilir<sup>43</sup>. Nitekim kadınlara yönelik siber şiddet eylemlerinin temel saiki failin bu baskı dolu ilişkiyi kontrol altında tutmaya çalışmaktır<sup>44</sup>.

İkinci tip faillere bakacak olursak birçok çeşit saikle hareket ettikleri söylenebilir. İlk olarak ekonomik kazanım elde etme amacıyla, kendini ilişki

<sup>38</sup> Wood, Mark A.: “Rethinking How Technologies Harm”, British Journal of Criminology, Cilt: 61, Sayı: 3, 2020, s. 635.

<sup>39</sup> Wood, s. 639.

<sup>40</sup> DeKeseredy/Schwartz/Nolan/Mastron/Hall-Sanchez, s. 287.

<sup>41</sup> Goldsmith/Wall, s. 3.

<sup>42</sup> Lewis, James Andrew: “Economic Impact of Cybercrime”, Center for Strategic and International Studies (CSIS), 2018, s. 4, Erişim Adresi: <<https://csis-website-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/economic-impact-cybercrime.pdf>>, Erişim Tarihi: 10 Haziran 2021.

<sup>43</sup> Douglas, vd., s. 552.

<sup>44</sup> Korkodeilou, Jenny: “Stalking Victims, Victims of Sexual Violence and Criminal Justice System Responses: Is There a Difference or Just “Business as Usual”?”, British Journal of Criminology, Cilt: 56, Sayı: 2, 2016, s. 256.

arayan bir kimse gibi göstererek sanal dünyada mağdurları dolandırma fiilini gerçekleştiren suçlular vardır. Burada fail uzun bir vadede mağdurun güvenini kazanarak ilişkinin ileri etaplarında para koparmanın yollarını arar. Bu suçta kadınların erkeklere göre daha fazla mağdur olduklarını belirten bir çalışmada genellikle bu kadınların orta yaşlı ve eğitilmiş bireyler olduklarını göstermiştir<sup>45</sup>.

Bir diğer fail tipi ise interneti kullanarak insan ticareti suçunu kadınları fuhuş yapmaya zorlayarak icra eden veya yine kadın bedeni üzerinden müstehcen görüntü yayınlayan kişilerden oluşur. İnternet, günümüzde bu insanların yeni mağdurlara ulaşabilmelerini sağlayan araçlardan biridir<sup>46</sup>. Benzer şekilde bir örnek ise Hindistan'ın Andaman ve Nikobar adalarında bulunan Jarawa kabilesindeki kadınların bir tur şirketi tarafından yiyecek karşılığında, *insan safarisi* adı altında, turistler için yarı çıplak şekilde dans ettirmesinin ardından videolarının YouTube'da yayınlanması ve internette bu kadınlara yönelik aşağılayıcı ve ırkçı söylemler zikredilmesidir<sup>47</sup>.

Feminist kimliğini benimseyen ve feminist kuramın görüşlerini sanal dünyada da yaymaya çalışan kadınlara yönelik sanal şiddet uygulayan kişiler de bu fail tiplerindedir. Yapılan bir çalışmada, interneti aktif olarak kullanan (günde en az üç saat) feminist kadınların %85'i hakarete ve aşağılanmaya uğradıklarını, %79'u tacize, %60'ı fiziksel tehdide, %57'si cinsel tacize, %56'sı başkalarının tacize kışkırtılmasına, %50'sinin cinsel tehdide, %40'nın ısrarlı takibe ve %18'inin de kimlik hırsızlığı suçlarına maruz kaldığı gözlemlenmiştir<sup>48</sup>.

Son olarak değinmek istediğimiz fail grubu ise siber takipçilerdir. Çok sıklıkla görülen<sup>49</sup> fiil olan *cyberstalking* veya Türkçe alternatifi olan *sanal dünyada ısrarlı takip* fiilinin görünüş biçimleri oldukça çeşitlidir. İsrarlı

<sup>45</sup> **Coluccia, Anna/Pozza, Andrea/Ferretti, Fabio/Carabellese, Fulvio/Masti, Alessandra/Gualtieri, Giacomo:** "Online Romance Scams: Relational Dynamics and Psychological Characteristics of the Victims and Scammers. A Scoping Review", *Clinical Practice & Epidemiology in Mental Health*, Cilt: 16, Sayı: 1, 2020, ss. 24.

<sup>46</sup> **Schanz, Youngyol/Kenyon, Samuel:** "Sex Trafficking: Examining Links to Prostitution and the Routine Activity Theory", *International Journal of Criminology and Sociology*, Cilt: 3, Sayı: 1, 2014, s. 63.

<sup>47</sup> **Halder, Debarati/Jaishankar, Karuppanan:** "Online Victimization of Andaman Jarawa Tribal Women: An Analysis of the "Human Safari" YouTube Videos (2012) and Its Effects", *British Journal of Criminology*, Cilt: 54, Sayı: 4, 2014, s. 673, (Human Safari).

<sup>48</sup> **Lewis, Ruth/Rowe, Michael/Wiper, Clare:** "Online Abuse Of Feminists As An Emerging Form Of Violence Against Women And Girls", *British Journal of Criminology*, Cilt: 57, Sayı: 6, 2017, s. 1470.

<sup>49</sup> **Halder/Jaishankar, Victimization, s. 25.**

takibin işleme şekilleri mağduru tehdit etmek veya sindirmek için mağdur hakkındaki kişisel bilgileri kullanma, düşmanca tehdit oluşturabilecek istenmeyen, tekrarlanan e-postalar veya anlık mesajlar gönderme ve son olarak mağdurun sosyal medya hesaplarını ele geçirerek kendini o kişiymiş gibi göstererek paylaşımlarda bulunma olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>50</sup>. Working to Halt Online Abuse Organisation (WHOA) tarafından 2000-2013 yılları arası yayımlanan raporlara göre bu fiilin mağdurları çok sıklıkla kadınlardan, failerin büyük çoğunluğu da erkek bireylerden oluşmaktadır<sup>51</sup>. 2013 yılında yapılan çalışmada WHOA, failerin %53'ünün mağdurla bir yakınlığı olduğu, bu yakınlığı olanların %47'sinin ise eski eş/sevgili, %15'inin sanal ortamda tanışılan arkadaş, %15'inin iş arkadaşı ve %14'ünün de aile bireyleri olduğu gözlemlenmiştir<sup>52</sup>. Yapılan çalışmada elde edilen oranlara aşağıda ayrıca değinilecektir.

Bu suçla mücadele kapsamında özellikle suçun takibi bakımından bir takım zorluklar olduğu görülmektedir. İnternet ortamında ses, görüntü ve yazı gibi birçok olgunun aynı anda ve toplu olarak kullanılması etkinlik alanlarını arttıracak ve hukuka aykırılık teşkil eden içerikler tüm dünyaya yayılacaktır. Ayrıyeten, fail ile mağdur arasında mesafe olması, siber suçların herhangi bir kalıba oturtulamayacak düzeyde değişkenlik göstermesi ve tespit edilebilirliğinin güç olması, suçla ilgili mevcut tanımların literatürde sorunlara sebep olması, ülkelerin ulusal ve uluslararası hukuklarını siber suçlar kapsamında yeterince güncellememiş olmaları ceza hukukunu zorlayan durumlardır. Sonuç olarak, klasik suç tiplerinin aksine siber suçlar kolaylıkla sınırlandırılabilir ve kontrol altına alınabilecek bir suç kategorisi değildir<sup>53</sup>. İsrarlı takip gibi henüz suç olarak tanınmamış olan fiiller de cezalandırılabilme olanağını kısıtlamaktadır.

Görüldüğü üzere kadınlara yönelik siber suç faileri çeşitli profillerde olabildikleri gibi, birçok farklı saikle hareket edebilmektedirler. Bu failerin

<sup>50</sup> **Marcum**, Catherine D./**Higgins**, George E./**Ricketts**, Melissa L.: "Juveniles and Cyber Stalking in the United States: An Analysis of Theoretical Predictors of Patterns of Online Perpetration", *International Journal of Cyber Criminology*, Cilt: 8, Sayı: 1, 2014, s. 48.

<sup>51</sup> **WHOA**: Online Harassment/Cyberstalking Statistics, 2015, Erişim Adresi: <<http://www.haltabuse.org/resources/stats/index.shtml>>, Erişim Tarihi: 10 Haziran 2021.

<sup>52</sup> **WHOA**: 2013 Cyberstalking Statistics, 2013, Erişim Adresi: <<http://www.haltabuse.org/resources/stats/2013Statistics.pdf>>, Erişim Tarihi: 10 Haziran 2021.

<sup>53</sup> **Öztürk**, Güliden Atilla: Müstehcenlik Suçu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 83.

genellikle mağdurlarla olan geçmiş yakınlığının bu suç türlerinde sıklıkla görüldüğü de gözlemlenmiş olup bunu sanal dünyanın sunduğu gizlilik ve kolaylık nedeniyle tercih ettikleri bilinmektedir.

## II. ARAŞTIRMA

### A. Amaç

Çalışmanın araştırma deseni olan fenomenolojik yaklaşım ile sosyal gerçekliği anlamak için bu sosyal gerçekliği oluşturan bireysel deneyimlere odaklanmak gerekmektedir<sup>54</sup>. Bu çalışmada temel hedef ilk olarak kadınlara yönelik sanal ortamlarda işlenen suçlar hakkında bir fiil ve fail tipolojisi çıkarmaktır. Olaylara mağdur penceresinden bakılan bu çalışmada, özellikle mağdurlara yönelik fiili ve bu fiili gerçekleştiren kişilerle olan ilişkileri irdelenerek bir risk haritası çıkarılması hedeflenmektedir. Ardından bu mağdurların adalet sistemine olan inançları da belirli birtakım sorularla ölçülerek; yargının uygulama alanında nasıl bir intiba bıraktığı hususu da irdelenmektedir. Son olarak da mağdurların sanal saldırılar sonrası internet kullanımlarında ne tür değişiklikler olduğu öğrenilerek; onların psikolojik olarak ne derece etkilendikleri bu açıdan değerlendirilmeye çalışılmaktadır.

### B. Yöntem

Fenomenolojik araştırma yöntemine göre araştırılan olguya ilişkin farklı görüşleri elde edebilmek için küçük örneklem grubu ile çeşitli yöntemler kullanılır<sup>55</sup>. Zira fenomenoloji olguyu tanımlamaya dayalı bir bilimdir; herkes deneyimlerini farklı şekilde yorumlar ve anlamlandırır. Fenomenolojide bazı araştırmacılar epistemolojik yaklaşım ile katılımcıların araştırılan fenomen hakkında *ne bildiğini* ölçmeye çalışırken, bazı araştırmacılar ontolojik yaklaşım ile *olgu nedir* sorusuna yanıt aramaya çalışır. Bu çalışmada kadınlara yönelik siber suç olgusunun ne olduğu ve sıklığı araştırıldığı için ontolojik yaklaşım ile veriler değerlendirmeye alınmıştır.

Öncelikle çalışmada nitel araştırma yöntemlerinden biri olan fenomenolojik araştırma yönteminin Kovid-19 pandemisi nedeniyle kısıtlı imkanlar neticesinde gerçekleştirilmek zorunda kaldığını belirtmek gerekmektedir. Mağdurlar ile yüz yüze görüşme imkânı bulunmadığından teknolojik imkânlardan faydalanarak görüntülü veya sesli arama yöntemleri ile veya

<sup>54</sup> Ersoy, s.83.

<sup>55</sup> Gray, David E.: Doing Research In The Real World, 4. Basım, SAGE, Londra 2018, s. 25; Ersoy, s. 83.

mağdurun talebi üzerine mesajlaşma yolu ile temas sağlanmıştır. Araştırma örnekleminde katılımcılar, fenomene ilişkin deneyimi yaşayan bir katılımcı bulduktan sonra diğer katılımcıları o kişiden öğrenerek belirlenen kartopu yöntemi ile oluşturulmuştur<sup>56</sup>. On biri kadın ve biri erkek olmakla birlikte toplamda on iki mağdur ile görüşmeler tamamlanmıştır. Katılımcıların tamamı en az lise mezunu olup, ikisi lisans üstü eğitimi almaktadır. Görüşmecilerin yaş aralığı 21 ila 25 olup yaş ortalamaları 23'tür. Kadın mağdurlara yönelik fiillerin incelendiği bu çalışmada erkek mağdurun da araştırma alanına alınması hususunda ise, söz konusu bu kişinin Facebook uygulaması üzerinde kurulan oyun gruplarına daha rahat alınabilmek için bir taktik olarak kadın profilli bir hesap açması sebebiyle kendisine yönelik birtakım fiiller gerçekleştirilmesinden kaynaklandığını belirtmek gerekmektedir.

Çalışmada yukarıda belirtilen hedeflere ulaşabilmek için olayı daha iyi anlamayı sağlayan, sübjektif sorular dışında mağdurların hepsine ayrıca şu yedi soru sorulmuştur:

1. Fail hangi platform üzerinden size ulaştı?
2. Fail kimdi? Kimliğini gizlemeye çalıştı mı? Çalıştı ise ne kadar başarılı oldu?
3. Sizce failin amacı ne idi? Faili motive eden duygu ne idi?
4. Bu sanal şiddet ne kadar süre devam etti?
5. Adli makamlara başvurduysanız bu süreç nasıl ilerledi? Başvurmadıysanız neden başvurmadınız?
6. Sizce adli makamlar bu suçları yeterince dikkate alıyor mu?
7. Saldırıdan sonra internet kullanımınızda ne gibi değişiklikler oldu?

Son olarak yapılan çalışma her ne kadar bir nitel araştırma yöntemi ile gerçekleştirilse de çalışmanın hem nitel hem de nicel veri sunmaya müsait olması nedeniyle her iki veri türü vasıtasıyla değerlendirmeler yapıldığını belirtmek gerekmektedir.

### **C. Sonuçlar**

Görüşmelerde sorulan sorulara alınan yanıtlar neticesinde birçok açıdan farklı sonuçlar elde edilmiştir. Ancak bu sonuçlar her ne kadar kriminoloji alanını bir miktar aydınlatsa da olayların karmaşıklığı ve çok boyutluluğu kadınlar için endişe vericidir. Bulunan sonuçlar gösteriyor ki; neredeyse her mağdur birden fazla suça aynı anda maruz kalmıştır. Vakaları birer suç

---

<sup>56</sup> Ersoy, s. 109.

kategorisinde incelemek bu nedenle mümkün olmamaktadır. Fakat bir fiil tipolojisi çıkarmak adına hangi suçun ağırlıklı olarak işlendiğini görmekte büyük fayda vardır. Tablo 1'e bakacak olursak cinsel taciz suçu yedi, tehdit suçu ise altı vakada görülen en sık suç tipleridir. Bu iki suç tipi dört mağdura aynı anda işlenmiştir (G5, G8, G10 ve G11). Bir diğer sıklıkla işlenen fiil hakaret suçu olup dört mağdur tarafından deneyimlenmiştir. Dikkat çekicidir ki mağdur G8 tehdit ve cinsel taciz fiillerinin yanı sıra bu fiile de maruz kalarak ciddi bir saldırıya maruz kalmıştır. Ne yazık ki mağdur G10 ise, en fazla suç tipine maruz kalan kişidir. G10, internette hatırı sayılır bir takipçi sayısı olan bir şair tarafından cinsel taciz, hakaret, tehdit ve ısrarlı takip olmak üzere dört farklı sanal suçun yanı sıra fiziksel tacize ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarına da ayrıyeten maruz kalmıştır.

**Tablo 1**

Israrlı Takip	Hakaret	Tehdit	Cinsel Taciz	Kişiliği Taklit Etme
G3 G9 G10	G1 G3 G8 G10	G2 G4 G5 G8 G10 G11	G5 G6 G8 G9 G10 G11 G12	G7

### 1. Failin Kullandığı Sanal Platformlar

**Tablo 2**

Platform	Mağdur Sayısı
1) Twitter	2
2) Instagram	8
3) Facebook	1
4) Dolap	1

Teknolojinin hızla gelişmesiyle internet kullanımında son 10 yılda büyük bir artış olduğu tartışmaya neden olmayacak kadar bilinen bir gerçektir. İstatistiklere göre ortalama bir sosyal medya kullanıcısı gün içerisinde yaklaşık 145 dakika bu platformlara aktif katılım sağlamaktadır<sup>57</sup>. Bu da günün

<sup>57</sup> STATISTA: "Daily Time Spent On Social Networking By Internet Users Worldwide From 2012 To 2020", 2021, Erişim Adresi: <<https://www.statista.com/statistics/433871/daily-social-media-usage-worldwide/>>, Erişim Tarihi: 13 Haziran 2021.

onda birini sanal dünyada geçirmek anlamına gelmektedir. Görüşme yapılan mağdurlara faillerin kendilerine hangi platform üzerinden ulaştıklarının sorulmasının en önemli sebebi kadınların en çok hangi sitelerde bu tür saldırılar ile karşılaşmasının muhtemel olduğu sorusuna bir cevap bulmaktır. Katılımcılar; *Facebook*, *Twitter*, *Instagram* ve ikinci el kıyafet satımı için kullanılan Dolap uygulaması üzerinden siber şiddet fiillerine maruz kalmışlardır. Tablo 2'de de görüldüğü üzere mağdurlara en fazla Instagram uygulaması üzerinden temas sağlanmıştır. Fakat belirtmek gerekir ki failler, mağdurlara sadece bu uygulamalar üzerinden değil, *Linked In*, *Whatsapp* gibi birçok platformdan aynı anda sanal şiddet uyguladıkları görülmüştür. Nitekim ısrarlı takip fiilinde mağdurlar sadece bir platform üzerinden değil, mağdur ile temas sağlayabilecekleri tüm platformları kullanmaktadırlar.

## 2. Fail Tipolojisi

Doktrindeki bazı görüşler bilişim alanında işlenen suçlar için belirli düzeyde bilgi birikiminin gerektiğini, bu nedenle de bu tür suçların *beyaz yaka suçları* kategorisinde değerlendirileceğini savunsa da günümüzde bilişim teknolojisinin geldiği düzey, dünya nüfusunun büyük bir çoğunluğunun bilgisayarları temel düzeyde de olsa kullanabileceğini ve birçok suçun artık internet ortamında da işlenebileceğini göstermektedir<sup>58</sup>. Bilişim suçları içerisinde daha dar bir alanı ihtiva eden kadınlara yönelik siber suçlar, genellikle kullanımı oldukça kolay olarak dizayn edilmiş sosyal medya platformları üzerinden gerçekleştirildiği için faillerin üst düzey teknik bilgiye sahip olmaları gerekmemektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere internetin en önemli özelliklerinden biri kullanıcıların sosyal platformlar ve diğer sitelerde çoğu zaman kimliklerini gizleme olanağını bulabilmeleridir. Bu da normalde bir kimseye alenen hakaret, sarkıntılık veya dolandırıcılık gibi eylemleri gerçekleştirmeye çekecek kişilerin sanal dünyanın bu olanağını cazibesine kapılarak eylemi gerçekleştirmekte bir sakınca görmemesi şeklinde sonuçlanmaktadır. Zaman zaman yabancı zannedilen kimseler mağduru rahatsız etmek için sahte hesap kullanan tanıdık kimseler çıkabilmektedir. Bazen de fail kimliğini gizleme ihtiyacı dahi duymadan mağdur ile temas kurarak saldırısını gerçekleştirir. Bu alandaki suçlar için bir fail tipolojisi çıkarmak için failin kim olduğu ve kimliğini gizlemeye çalışıp çalışmadığına yönelik sorulara verilen cevaplar büyük önem taşımaktadır.

<sup>58</sup> **Dülger**, Murat Volkan: Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, ss. 126-128.



## a. "Fail kimdi?"

Tablo 3

Görüşmeci	Fail
G1	"Twitter üzerinden hakaret eden <u>yüzlerce kişi</u> vardı. Aralarında kadınlar da vardı."
G2	" <u>Eski erkek arkadaşım</u> bir sürü sahte hesap açıp tehdit ediyordu"
G3	"Hakarete bulunan kişinin <u>eski erkek arkadaşımın karısı</u> olduğunu öğrendim."
G4	"Benden 30 yaş büyük <u>amcam</u> hesaplarımı çalıp fotoğraflarımı ve telefon numaramı millete yaymakla tehdit ediyordu"
G5	" <u>Eski erkek arkadaşım ve kız kuzeni</u> tarafından cinsel taciz ve tehdide uğradım."
G6	"Beni <u>okuldan tanıyan bir kimse</u> bana ve arkadaşşıma cinsel taciz ve teşhircilik yaptı."
G7	"Beni <u>okuldan tanıyan biri</u> , adıma sahte hesaplar açıp arkadaşşılarım benmişim gibi mesajlar atıyordu."
G8	" <u>Erkek olan eski bir arkadaşım</u> , onunla sevgili olmak istemediğim için beni aylarca rahatsız etti."
G9	"Birden fazla kişi tarafından liseden beri benzer olaylar oldu. Fakat bir kere birinin kim olduğunu öğrenmek için hırs yaptım. Çabalarım sonucunda <u>eski erkek arkadaşımın kız arkadaşının kuzeni</u> olduğunu öğrendim."
G10	"Sosyal medyada on binlerce takipçisi olan <u>bir şair</u> tarafından saplantılı bir şekilde hem sosyal medya üzerinden hem de gerçekte çok rahatsız edildim. Sevgili olduğumuzu falan düşünüyordu."
G11	"Ona iç çamaşırlarımı satmamı isteyen bir <u>yabancı bir sapıktı</u> ."
G12	" <u>Birçok kişi</u> tarafından cinsel içerikli mesajlar geliyordu. Aralarında evli barklı yaşlı adamlar da vardı."

Tablo 3 incelendiğinde mağdurların %50'sine erkek arkadaşşı veya erkek arkadaşşıya yakın kişiler tarafından sona ermiş bir ilişki veya reddedilmeden kaynaklı bir hırs ile sanal şiddet uygulandığı görölmektedir. Mağdur

G1, G9 ve G12'ye karşı iştirak iradesi olmadan birden fazla fail tarafından şiddet uygulanırken; mağdur G5, müşterek olarak eski erkek arkadaşı ve onun kadın kuzeni tarafından taciz ve tehdit edilmiştir. Diğer mağdurlar bakımından ise fail tektir.

**b. “Kimliğini gizlemeye çalıştı mı? Çalıştıysa ne kadar başarılı oldu?”**

Yukarıda da belirtildiği üzere internetin sağladığı olanaklardan biri de kişilerin sosyal medya platformlarında anonim olabilme imkanlarının olmasıdır. Mağdurların yarısı faillerinin kimliklerini gizlemediklerini belirtirken diğer yarısı bu yolun tercih edildiğini belirtmiştir. Gizliliğin korunmaya çalışıldığı vakalarda mağdurlar sorulara şu şekilde cevap vermiştir:

**Tablo 4**

Görüşmeci	Fail kimliğini gizlemede ne kadar başarılı oldu?
G2	“Sahte hesaplar açıp duruyordu ama tehdit edenin o olduğunu bildiğim için pek de işe yaramıyordu.”
G3	“Aylarca kim olduğunu bilmiyordum ama ne zaman ki şikâyet ettim soyadından eski erkek arkadaşımın karısı olduğunu öğrendim.”
G6	“Okuldan biri olduğuna emindim ama kim olduğunu öğrenemedim.”
G7	“Kim olduğunu öğrenemedim açıkçası. Şimdiki aklım olsa başvurur öğrenirdim.”
G9	“Yıllar içinde bir sürü kişi böyle yapıp beni rahatsız ediyordu. Onların kim olduğunu bilmiyorum ama bir keresinde hırs yaptım öğrenmek için. Çabaladım bayağı. Sonra eski erkek arkadaşımın yeni sevgilisinin kuzeni olduğunu öğrendim. Soyadından anladım.”
G11	“Dolap uygulamasında kullanıcı adı yoktu. Instagram'dan mesaj atınca da sahte hesaptan yazmıştı. Sadece sağlık çalışanı olduğunu biliyorum. Attığı fotoğrafta yüzü yoktu ama üzerinde beyaz önlük vardı.”

**3. Faili Motive Eden Duygular**

Fail tipolojisi oluşturmaya çalışırken suçun manevi unsurlarından maksat göz ardı edilemeyecek kadar önemli olmasından dolayı mağdurların

gözünden faillerin bu fiilleri gerçekleştirirken onları hangi duygunun motive ettiği sorulmuştur. Vakalarda en çok saplantı duygusunun (5 vaka ile %41,6) faili motive ettiği tespit edilmiştir. Özellikle reddedilmeden veya terkedilmeden kaynaklı hırs bu vakalarda belirleyici motivasyon olmuş ve fiilin uzun süre devam etmesine sebep olmuştur. Saplantının ardından %25 ile (3 vaka) cinsel arzuları tatmin etmek amaçlı mağdurlar G6, G11 ve G12 cinsel taciz ve bazen de teşhircilik suçlarına maruz kalmışlardır.

Bu duyguların ardından %16,6 (2 vaka) ile kin veya nefret duygusu ile hareket eden failer söz konusudur. Özellikle mağdur G1 bakımından başından geçen bir olay neticesinde polisler için yönelik eleştirel bir tweet paylaşmasının ardından polislik ile ilgili paylaşımları olan bir başka hesap tarafından mağdurun attığı tweeti paylaşmış, yorum olarak da yalancılıkla suçlanmıştır. Bu olay ardından mağdura yüzlerce nefret içerikli tweetler atılmıştır. Mağdur G1: *“özellikle kadın olmamla alakalı tweetler beni çok üzdü. Sırf kadın olduğum için iğrenç bir dille hakaretler yağdıranlar vardı. İşte ‘bunu hangi polis sinkaf etti de bu delirdi’ veya ‘bir polis şunu sinkaf etsin de aklı başına gelsin’ gibi şeyler söylendi. Yüzlercesi hakaret ve tehdit içerikliydi. Sadece %10’u eleştirel bir dil kullanmıştı ama diğer kısım tamamen hakaretten ibaretti.”* gibi ifadelerde bulunarak olayın ulaştığı boyutları dile getirmiştir.

Son olarak bir mağdurumuz (G4), amcası (50) ile yaşadığı fikir ayrılıkları sebebiyle kendisinin sosyal medya hesaplarını çalıp orada paylaştığı fotoğraflarının yanı sıra telefon numarasını yaymakla tehdit ettiğini belirtmiştir. Mağdur G7 ise bir insanın neden bir başkasının adı ile sosyal medya hesapları açıp onun ağzıyla arkadaşlarına mesaj attığına anlam veremediği için failin motivasyonunu bilmediğini söylemiştir.

#### 4. Sanal Şiddetin Devam Etme Süresi

Tablo 5

Görüşmeciler	Süre	%
G1, G5, G11	1-7 gün arası	25
G4, G7	+1-4 hafta arası	16,6
G6, G8, G9, G10	+1-11 ay arası	33,3
G2, G3, G12	1 yıl ve üzeri	25

### 5. Adli Makamlara Şikâyet Etme Oranları ve Başvurmama Nedenleri

Kadınlara yönelik siber şiddet eylemleri diğer tip suçlara oranla oldukça yeni bir fiil kategorisidir. Bu nedenle toplumun henüz bu eylemleri bir suç olarak görmesinin zaman alacağı kanaatine varılmıştır. Fakat hem mağdurların hem de adli makamların günümüzde bu fiillere atfettiği önemin ölçülmesi geleceğe ışık tutmak adına elzemdir. Bu ölçme faaliyeti de ancak bu iki grup topluluğun bu fiillere karşı verdikleri tepkilerin değerlendirilmesi ile olacağı düşünülmektedir. Bu nedenle mağdurların karşılaştıkları olaylara verdikleri tepkileri değerlendirmek adına herhangi bir yetkili organa şikâyette bulunup bulunmadıkları sorulmuştur. Ardından başvuran kişilerden adli makamların vakayı ne ciddiyetle ele aldıklarını değerlendirmelerini istenilmiştir. Bununla bağlantılı olarak aşağıda da ele alınacağı üzere diğer mağdurlara da adli makamların sanal şiddet suçlarına olan yaklaşımlarının yeterince ciddi olup olmadığı sorulmuştur. Böylelikle fail tipolojisinin yanı sıra fiil tipolojisi oluşturmak adına bu suçların uygulamaya ve topluma yansımalarını incelemek hedeflenmiştir.

Mağdurlardan sadece üçü (G3, G5 ve G8) yani %25'i karşılaştıkları olayları savcılığa şikâyet ederken diğer dokuz mağdur aşağıda belirtilen çeşitli sebepler nedeniyle şikâyette bulunmaktan çekinmiştir. Şikâyette bulunan mağdurların adli süreçteki deneyimleri sorularda bağlantıyı daha iyi yansıtılabilmek adına bir sonraki başlık altında ele alınmaktadır.

**Tablo 6**

Görüşmeci	Adli Makamlara Başvurmama Nedeni
G1	<i>“Polislerin rüşvet alması ile ilgili tweet attığım için olayı polis önüne taşımak istemedim açıkçası.”</i>
G2	<i>“Ailem olayı kısmen biliyordu ama bu boyutta olduğunu bilmiyorlardı. Verecekleri tepkiden de korktuğum için polise gitmekten çekindim.”</i>
G4	<i>“Amcamın çaldığı hesabımı çok kısa bir sürede geri aldığım için gerek duymadım.”</i>
G6	<i>“O dönemde çok da uğraşmak istemedim.”</i>
G7	<i>“Birkaç arkadaşım bana başvuru ve dava açmada çok para ödenmesi gerektiğini söyleyince öğrenci de olduğum için başvurmam.”</i>

G9	<i>“Aslında başvururdum ama olayın sürecini bilmiyorum. O yüzden nasıl yapacağımı bilmediğim için şikâyet etmedim. Bir de para ödeyeceğim sanırım. O yüzden şikâyet etmekten çekindim.”</i>
G10	<i>“Abimlerin o adama bir şey yapıp başlarına bela almalarını istemediğim için kimseye şikâyet edemedim.”</i>
G11	<i>“Onu şikâyet etseydim işinden atılırdı. Fotoğrafta üzerinde sağlık çalışanı önlüğü vardı zaten. İşten atılsaydı bana daha kötü şeyler yapacağımı düşündüm.”</i>
G12	<i>“Adli makamlara başvurmadım. Öncelikle bir kişinin bana sosyal medyadan arkadaşlık teklif etmesi ve hatta birlikte olmak istediğini belirtmesinin bir suç olayı olduğunu bile bilmiyordum. Bunun bir suç olduğunu bilseydim dahi, adli makamlara olayı taşıyıp büyütme, eşim ve aileme yabancı kişilerle sohbet ediyor algısını yaratmak, tercih edeceğim bir yol olmazdı.”</i>

### 6. Mağdurlara Göre Adli Makamların Sanal Şiddet Eylemlerine Olan Yaklaşımı

Kriminoloji biliminin temel amaçlarından biri olan suçta karanlık sayıları ortaya çıkarmak<sup>59</sup> için mağdurların adli makamlara yönelik tepkilerini ölçerek başvurulardaki azlığın sebepleri ortaya çıkarılmaya çalışılmalıdır. Bu nedenle başlarından geçen olayı yargıya intikal ettirmeyen mağdurlara yukarıda da belirttiğimiz (bkz. tablo 6) üzere bu tercihlerinin sebeplerini sorulmuştur. Fakat hem şikâyette bulunan hem de bulunmayan mağdurlardan ayrıca bu tip suçlar bakımından adli makamların olayları nasıl bir ciddiyetle ele aldıklarını değerlendirmelerini istedik. Başta belirtmek gerekmektedir ki şikâyette bulunmanın ardından değerlendirme yapan üç mağdurun görüşleri, şikâyette bulunmayarak sadece sosyal çevre ve haberlerden duydukları kadarıyla bir yorumda bulunan diğer dokuz mağdurun görüşleri bakımından daha güvenilirdir. Zira tecrübe ile sabitlenmiş bir değerlendirme, tecrübeye dayalı olmayan değerlendirmeye kıyasla daha sağlam bir temele sahiptir. Fakat diğer mağdurların da özellikle görüşlerinin alınmak istenilmesinin asıl amacı olumsuz veya nötr görüşlere karşılık olarak görüşme sona erdikten sonra süreç ile ilgili mağdurları bilgilendirmek istenilmesidir. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere bazı mağdurların (örneğin G7, G9 ve G12) süreç

<sup>59</sup> Artuk, M. Emin/Alşahin, M. Emin: Kriminoloji, 3. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 139.

ile ilgili yeterince bilgiye sahip olmamaları veya yanlış yönlendirmeleri nedeniyle başvurmaktan çekindikleri tespit edilmiştir.

Şikâyetle bulunan mağdurlar görüşmelerde şöyle ifadelerde bulunmuşlardır:

G3: “Artık dayanamayınca hemen savcılığa gittim ve şikâyetle bulundum. Ertesi gün IP adresinden tespit gerçekleşti zaten. Stajyer avukat olmanın da hırsıyla çok fazla olayın üzerinde durduğum ve sürekli savcılığa gidip dosyanın gidişatını sorguladığım için süreç çok hızlı ilerledi. Uzlaşma sırasında 30 bin TL bağış yapmalarını istedim ama vermeyecekleri biliyordum. O yüzden anlaşamadık ve dava açıldı. Ama kadın hala her şeyi reddetmeye devam ediyor. ... Normalde bu suçlar aşırı ciddiye alınmıyor henüz kanunlarımızda siber zorbalık düzenlenmediği için. Ama ben işimin peşine çok düştüm. Haftada bir kere savcı ile görüştim. Savcı yoksa bile kâtibeye sordum. Biraz da benim çabamla böyle hızlı ilerledi.”

G5: “Ben İzmir’den annem de İstanbul’dan şikâyetle bulunduk. Ama annem benden önce şikâyet ettiği için dosya açılmış oldu ve işlemlerin İstanbul’da devam edeceğini söylediler. Annemle aramız iyi değildi ama annem her şeyi çözeceğini söyledi. Ben de ona bıraktım. IP adresi eski erkek arkadaşımın ev adresi çıktı. Kuzeniyle birlik olup böyle bir şey yaptılar. Ama şu an dosya nasıl bir aşamada bilmiyorum. ... Ben karakola gittiğimde ciddiye aldılar. Ama işin İstanbul tarafında ben yoktum. Ama annemin dediğine göre çok iyi ilgilenmişler. Üç günde her şey çözüldü.”

G8: “Yaklaşık 8 ay önce başvurduğum ama hala bir sonuç alamadım. Şikâyetçi olduğumda savcı bana şöyle dedi «seni tanımadığın bir kimse rahatsız etmiş olamaz. Senin erkek arkadaşın mı bu?» dedi. Hayır dedim. Zaten çok kadın düşmanı biriydi. Çok imalı imalı konuşuyordu. Arkadaşım savcıyı şikâyet etmemi söyledi ama bunu yapmaktan bile çekindim. Stajyerlik yaptığım bürodaki avukatlar bana çok sinirlendiler. ‘Neden bize haber vermedin, yalnız gitmeseydin böyle olmazdı’ diye kızdılar çok.... Benim savcım çok kötüydü. Onu şikâyet etsem bile dosyaya atanan yeni savcıyı kışkırtacağını düşündüm. Her gün birlikte olan insanlar sonuçta. Aylar geçmesine rağmen hâlâ sonuç alamamam da cabası. En son gittiğimde henüz emniyete adres tespit emri dahi yazılmamıştı. «Yazarız ya» diye geçiştirdi savcı.”

Adli makamlara başvurmayan mağdurlardan ikisi (G1 ve G2) ilk başta olumlu sonuçlar alacaklarını düşünürken ilerleyen süreçte faillerin yeterince ceza almayacaklarını ve cezalarının erteleneceği düşünmektedirler. Nitekim bu yüzden G2 polise gitmek yerine failin polisten ziyade babasından korktuğunu düşündüğü için babasına olanları anlatmayı istediğini belirtmiştir.

Mağdurlardan dördü (G4, G9, G11 ve G12) ise adli makamların bu suçları kesinlikle ciddiye almadıklarını, biri de (G6) sürecin çok uğraştırıcı olduğunu düşündüğünü belirtmiştir. Geriye kalan G7 ve G10 bu konu hakkında bir bilgileri olmadığı için yorum yapmak istememişlerdir.

### 7. Saldırı Sonrası Mağdurlarda Değişen İnternet Kullanımı

Çalışmanın sanal suçları ilgilendirmesi hasebiyle özellikle gerçek (fiziki) ortamda saldırıya uğramış kişiler ile sanal ortamda saldırıya uğrayan kişiler arasında verilen tepki farklı olacağı hususuna dikkat çekmek gerekmektedir. Nitekim mağdurların yarısı kendilerine gerçekleştirilen eylemlerin ardından sosyal medya hesaplarını gizliye almışlardır. Bazı mağdurlar ise ilk etapta gizliye almayı da yeterli bulmayıp hesaplarını tamamen kapatmışlardır. Fakat mağdurların en yoğun tepkisi saldırı sonrası tüm fotoğraf, tweet vb., paylaşımlarına çok dikkat etmeleridir. Nitekim mağdurlardan sekizi eskisi gibi sosyal medyayı sıklıkla ve özgürlükle kullanmadıklarını dile getirmişlerdir.

### III. DEĞERLENDİRME

Çalışma ile elde edilen veriler değerlendirilirken ilk olarak altını çizmekte büyük önem olan bir husus vardır ki, o da kadınların sosyal medya gibi sanal platformlarda erkeklerden çok daha fazla yıpratıcı eylemlere maruz kaldığı ve bu durumun onların hayatlarını zaman zaman çok derinden etkilediği gerçeğidir. Mağdur G1'i örnek verecek olursak, kariyerinin önemli bir kısmı Twitter adlı uygulamada paylaşımlar yapmak olan bu mağdur, maruz kaldığı yüzlerce hakaret sonrası düşüncelerini eskisi gibi özgür bir şekilde paylaşmamaktadır. Ayrıca mağdur G1'e kadın olması hasebiyle yöneltilen bazı birtakım hakaretlerin yine kadınlar tarafından sarf edilmesi toplumumuzda kadınların kendi hemcinslerine karşı cinsiyetçi küfürler sarf edebileceklerini gözler önüne sermektedir.

Mağdur sayısının azlığı bakımından bazı değerlendirmeler zayıf temelli olma riski ile karşı karşıyadır. Fakat çalışmaya göre Instagram adlı sosyal medya uygulamasının mağdurların en sık saldırıya uğradığı platform olması sanal alemdeki risk haritasında bu uygulamanın gerçekten de bir kırmızı bölge olduğu gerçeğine ışık tutmaktadır. Fakat özellikle de belirtmek gerekmektedir ki asıl saldırı platformunu Instagram olarak belirten mağdurlarımızdan tehdit suçu ile maruz kalanların hepsi, Twitter gibi diğer platformlardan da faillerin kendilerine ulaşmaya çalıştıklarını dile getirmişlerdir. Bu da bazı eylemleri gerçekleştirmek adına faillerin bir uygulama ile kendilerini sınırlamadıklarını, özellikle saplantılı davranış gösteren eski erkek arkadaş-

lar, mağdurlara ulaşabilmek ve onları tehdit edebilmek adına her yolu denemektedirler. Dolap uygulaması üzerinden mağdur G11'in yaşadığı durum ise günümüzde gerçekten var olan bir ticari ilişkinin sanal saldırı kataloğuna bir yeni maksat eklemiştir. Zira gerçekten de bazı kadınların kullanılmış iç çamaşırı satarak büyük gelir elde ettikleri bilinmektedir<sup>60</sup>. Bu nedenle internetten ikinci el kıyafet satan kadınların bu tür teklifler ile karşılaşması muhtemel hale gelmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere kadınlara yönelik siber şiddet eylemlerine yönelik bir fail tipolojisi çıkarmak temel amaçtır. Araştırma da göstermektedir ki bu kategoride suçlar genellikle eski erkek arkadaş veya ona yakın olan (kuzen, yeni kız arkadaş veya eş) kişiler tarafından gerçekleştirilmektedir. Özellikle saplantılı davranış gösteren bu kişiler mağdurlara fiziki hayatta ulaşamadıklarında onları rahatsız edebilmenin en kolay yolu olan sosyal medya platformlarını tercih etmekten imtina etmemektedirler. Ayrıca eski erkek arkadaşına yakınlığı olan faillerin (G3 ve G9'un maruz kaldığı olaylardaki failer) kimliği gizleme imkanını kullanarak saldırıda buldukları gözlemlenmiştir. Genellikle bu failer kadındır ve mağdurları geçmişteki ilişkileri nedeniyle bir tehlike olarak görmekte ve onu rahatsız etmektedirler.

Bir diğer fail türü ise kimliğini gizleyerek mağduru rahatsız eden okul arkadaşlarıdır. Mağdur G6 bakımından fail erkektir. Mağdura ilk olarak sahte hesap üzerinden '*bir şeyi çok merak ediyorum, neden hiç sutyen kullanmıyorsun?*' gibi bir soruyla başlayan tacizi, daha sonraları hem mağdura hem de mağdurun yakın arkadaşına cinsel organının fotoğrafını gönderme boyutuna kadar ulaşmıştır. Mağdurlardan G7 bakımından ise durum farklıdır. Öncelikle failin cinsiyeti bilinmemektedir. Mağdurun kendisi de faili böyle bir şeyi yapmaya iten motivasyonun ne olduğunu bilmediğini belirtmiş.

Son olarak cinsel taciz amacı ile mağdura yaklaşan failerde özellikle internetin sağladığı kimlik gizleme imkanını kullandıkları gözlemlenmiştir. Mağdurun şikâyetinde bulunmayacağını düşünmeleri ile de çoğu zaman 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda üç yıla kadar cezalandırılabilen nitelikli cinsel taciz suçlarını (md. 150/2- d ve e) rahatlıkla işleyebilmektedirler.

Saldırı sürelerine yönelik bir değerlendirmede bulunacak olursak Tablo 1'den de faydalanarak suç tipine bağlı bir inceleme yapmanın fenomenolojik

<sup>60</sup> **Mynet Haber:** "*Giyilmiş İç Çamaşır ve Çoraplarını Satan Öğrenci Ayda 6.200 TL Kazanıyor*", 2021, Erişim Adresi: <https://www.mynet.com/giyilmis-ic-camasir-ve-coraplarini-satan-ogrenci-ayda-6-200-tl-kazaniyor-110106669925>, Erişim Tarihi: 18 Haziran 2021.



bir çalışma bakımından daha uygun olacağı düşünülmektedir. Zira yukarıda da belirtildiği gibi ontolojik fenomenoloji yönteminde olgulara yoğunlaşılmaktadır. Çalışmamızda incelenen olgu kadına yönelik siber şiddet suçu olduğundan bu olgu üzerinden verileri değerlendirmek gerekmektedir.

Burada ilk olarak görülüyor ki cinsel taciz fiili karşımıza bir haftadan daha az süreli olarak çıkabildiği gibi (G5 ve G11), bazı vakalarda en az 1 ay olmak üzere bir yıl gibi uzun bir süre de karşılaştığımız, zincirleme olarak işlenebilen bir suç tipidir (G6, G8, G9 ve G10). Tehdit suçunun her dört farklı zaman kategorisinde işlenirken hakaret suçunun da üç farklı zaman aralığında işlendiği görülmektedir. Bu da sonuç olarak iki suç tipi bakımından zaman ve fiilin bir korelasyon göstermediğini söylemek mümkündür. İsrarlı takip fiili ise mutlaka bir aydan fazla olmak üzere en uzun zaman dilimine yayılan bir suç tipidir. Nitekim fiilin adından da anlaşılacağı üzere bu suçun failleri ciddi bir kararlılıkla mağdur üzerinde bir hakimiyet kurma isteğindedirler. Bu nedenle bu suç tipinin kısa sürelerde işlenmesi pek mümkün görülmemektedir. Son olarak sahte sosyal medya hesapları açarak kendini mağdur yerine koyma eyleminde (*impersonation*) ise tek mağduru-muz olan G7 bakımından sürenin birkaç hafta ile sınırlı kaldığını gözlemlemekteyiz. Burada fail, mağdurun da yakın arkadaşlara karşı durumu açıklamasıyla, fiilini icra etmeye devam etmede ısrar etmemektedir.

Burada ayrıyeten ne kadarlık bir sürenin ‘uzun’ olarak nitelendirilebileceği sorusuna cevap vermek gerekmektedir. İlk olarak özellikle vurgu yapmak gerekir ki mağdurların hiçbiri sadece bir günle sınırlı bir husus yaşamamış ve her biri farklı boyutlarda rahatsız edilmeye, tacizlere, tehditlere ve hakaretlere maruz kalmışlardır. Bu nedenle hiçbirinin yaşadığı olayı hafif olarak nitelendirmemekteyiz. Bu süreler bir iki hafta da sürse ‘kısalıklarına’ bakılmaksızın ciddi sayılmaları gerekmektedir. Çalışma bakımından uzun süreli olarak nitelendirebileceğimiz vaka sayısı dokuzdur (%75). Nihayetinde görülüyor ki sanal şiddet eylemleri zincirleme biçimde işlenen ve uzun süre devam eden bir fiil kategorisidir ve bu fiillere yönelik düzenleme ve yargılamalar bu hususlar dikkate alınarak yapılmalıdır.

Merçeğimizi biraz da suçta karanlık sayılar alanına çevirecek olursak çalışma da ortaya koyuyor ki kadınlar kendilerine yönelik işlenen suçları yetkili mercilere iletmekte çekincelidirler. Sadece mağdurlar G3, G5 ve G8’in savcılıklara müracaat etmesi bu gerçeği yansıtmakta da cömert davranıldığı düşünülmektedir. Bu kanaatin temel sebebi, kartopu yöntemiyle mağdurlar ile temas kurmaya çalışırken bazı kadınların yaşadıklarını, kimliklerinin gizli kalacağını taahhüt eden bir araştırmacıyla dahi paylaşmada büyük bir çekince göstermesi ve çalışmaya dahil olmayı reddetmesidir.

Böylelikle araştırma için örnekleme oluşturmaya çalışırken dahi yaşanan bu zorluk asıl evrenin çok daha az oranlarla vakaları yargıya taşıdığına işaret etmektedir. Ayrıca vurgulamak isteriz ki çalışmamızın temel eksikliklerinden biri, katılımcı sayısının azlığı olup, gelecekte böyle bir çalışma yapacak araştırmacıların çok daha geniş örnekleme ulaşması umut edilmektedir. Fakat yine de belirtmek gerekir ki fenomenolojik araştırma yöntemi bakımından 5 ilâ 25 katılımcının yeterli kabul edilmektedir<sup>61</sup>. Bu tavsiye sadece araştırılan olgu bakımından daha fazla veri toplamanın suç bilimine daha faydalı olacağı düşünüldüğü için ileri sürülmüştür.

Herhangi bir mercie başvurmayan mağdurların çekinceleri ağırlıklı olarak bir endişeye dayanmaktadır. Nitekim mağdur G1 bakımından mağdur edilme sebebi polisi Twitter üzerinden eleştirmek olduğu için olayı polis önüne götürmeye yönelik endişe, G2, G10 ve G12 bakımından aile ve çevrenin vereceği tepkiye yönelik endişe ve son olarak direkt failin şikâyet edilmenin doğuracağı sonuçlara tepki olarak mağdura daha ciddi bir zarar verme endişesi her biri bakımından makul ve olağan duygulardır. Fakat mağdurlar G7 ve G9'un sürecin maliyeti ve işleyişi konusunda yeterince bilgiye sahip olmamaları bakımından başvuruda bulunamaması eğitim sistemimizdeki büyük bir eksiklikten kaynaklanmaktadır. Özellikle ortaokul veya lise düzeyinde öğrencilere adli ve idari sistemin işleyişi hakkında daha kapsamlı eğitim verilmesi gerekmektedir. Son olarak mağdurlar G4 ve G6 kendi hür iradeleriyle adli sürece dahil olmak istememişlerdir. Burada özellikle mağdur G6'nın sürecin uğraştırıcı olmasından yakındığını ve bunun da mağdurların başvurmama sebepleri arasında sıklıkla dile getirildiklerini belirtmek gerekmektedir.

Yukarıda sayılan tüm sebepler kadınlara yönelik siber şiddet fiillerinin karanlık alanını açıklarken, ayrıca belirtmekte fayda vardır ki bu sebepler sadece bu tip suçlar için geçerli değildir. Sanal ortamda gerçekleşmeyen fakat yine de kadınlara yönelik olarak işlenen birtakım suçlarda da mağdurların şikâyet hakkını kullanmaktan veya ihbar etmekten çekindiği görülmektedir. Özellikle cinsel dokunulmazlığa ve vücut bütünlüğüne karşı suçlar bakımından oluşan bu karanlık alanın sebepleri mağdurun rızası, suçlunun mağdur tarafından yeterince tanımlanamaması, suçlu ile önceden var olan ilişkiler, önemsememe, korkma, polise güvenmeme veya mağdurun bir suça maruz kaldığının farkında olmaması gibi durumlardır<sup>62</sup>. Sonuç olarak kadınlar kendilerine karşı hem sanal ortamda ve hem de gerçek dünyada işlenen

<sup>61</sup> Ersoy, s. 110.

<sup>62</sup> Sokullu-Akıncı, ss. 88-94.

suçlara karşı belirli birtakım sebepler ile adli mercilere ulaşmaktan çekinmektedir.

Mağdurlardan adli mercilerin bu suçlara olan yaklaşımlarını değerlendirmeleri istenildiğinde, yukarıda da belirttiğimiz üzere başvurmayanlarda yoğun olarak olumsuz bir önyargının varlığı göz ardı edilmemelidir. Nitekim mağdurlardan G9 bu önyargısını temellendirirken şunları söylemiştir: “*sıklıkla haberlerde çok daha ciddi suçları işleyenlerin ceza dahi almadıklarını, salıverildiklerini görüyoruz yani ben gidip şikâyet etsem bana herhalde gülerler gibi geliyor*”. Bu da medyanın toplum psikolojisi üzerindeki etkileri arasında en zarar verici olanlarından biridir. Zira adalet sistemine güvenin azalması sadece mağduru çekinceye düşürmede değil potansiyel failleri de rahatlıkla suç işlemeye itmede başarılı olacaktır.

Yukarıda da belirtildiği gibi adli mercilere başvuran mağdurların bu soru bakımından görüşleri deneyimle sabit olması nedeniyle daha büyük öneme sahiptir. Burada mağdur G5 bakımından sürecin pürüzsüz ilerlemesi umut verici iken mağdur G8’in dosyası ile ilgilenen savcı ile yaşamış olduğu problem yargı makamlarında da zaman zaman kadınlara yönelik cinsel mitlerden<sup>63</sup> biri olan ‘kadın kuyruk sallamazsa erkek bir şey yapmaz’ düşüncesinin benimsendiğinin kanıtıdır. Burada özellikle vurgulamak gerekir ki, devletin pozitif yükümlülük kavramını tanımadığı veya bu yükümlülüğün tam olarak bilincinde olan vatandaşlara karşı hareket etmediği durumlarda, etkin bir soruşturmanın sağlanmasına yönelik eylemleri tartışmak faydasızdır<sup>64</sup>. Bu nedenle öncelikli olarak devletin pozitif yükümlülüklerinden olan hukuki düzenleme yapma yükümlülüğünün<sup>65</sup> yerine getirilmesi gerektiği vurgulanmak zorundadır. Diğer bir yandan mağdur G3’ün bir stajyer avukat olarak başvurusundaki ısrar ve özverinin sürece olumlu yansması ise adliye

<sup>63</sup> Cinsel mitler cinsel mitler bir kimsenin bulunduğu çevrenin de etkisinde kalarak cinsel suç mağdurları, faileri ve cinsel suçun kendisi ile alakalı doğru olduğunu düşündüğü veya doğru olması gerektiğini hissettiği basmakalıp inançlar bütünüdür. Bu konu hakkında bkz. **Fitzgerald**, Louise F./**Lonsway**, Kimberly A.: “Rape Myths: In Review”, *Psychology of Women Quarterly*, Cilt: 18, Sayı: 2, 1994, ss. 133-164; **Korkusuz**, Gülşah: “Cinsel Saldırı Suçu (TCK Md. 102)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 71, Sayı 1, 2013, ss. 815-854.

<sup>64</sup> **Erbaş**, Rahime: “Effective Criminal Investigations For Women Victims of Domestic Violence: The Approach of the ECtHR”, Cilt: 86, 2021, s. 3 Erişim Adresi: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0277539521000327>, Erişim Tarihi: 12 Ağustos 2021.

<sup>65</sup> **Metin**, Yüksel: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlıkın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler*, Cilt: 7, Sayı: 27, 2010, s. 113.

deneyimi olmayan diğer kadınların aynı hırsla hareket edememesi durumunda sürecin uzayabileceğinin de muhtemel olduğunu gösterir. Her üç mağdur da adli süreç bakımından farklı deneyimler ile karşılaşmıştır. Bu deneyimlerden hangisinin adli süreci tam anlamıyla yansıttığını söylemek veri yetersizliğinden dolayı mümkün olmayacaktır.

Son değerlendirmemiz mağdurların yaşadıkları bu olaylar sonrasında sosyal medya kullanımlarında ne gibi değişiklik olduğuna yöneliktir. Söyleyebiliriz ki, yaşadıklarının ardından kendini bir kısıtlamaya mecbur hissetmeyen bir mağdur bulunmamaktadır. İster hesabını gizliye almak olsun ister belirsiz bir süreliğine tamamen sosyal medyadan uzaklaşmak olsun, her mağdur kendine bu platformlarda yeni bir sınır belirlemiştir. Gerçek hayatta tehdiye uğrayan kişinin sokağa dahi çıkmaya korkması, sarkıntılığa maruz kalan kadının giyiminde eskisi kadar özgür olamaması gibi sosyal medyanın da kendine özgü olumsuz neticeleri vardır. Maalesef ki böylelikle kadınları hedef alan eylemlere sosyal medya da başka bir boyutta zemin hazırlamaktadır. Sosyal medya konusunda bireyler bilinçlendirilmeyip bu husustaki sürecin kolaylaştırılması ceza hukuku bazında düzenlemelerle desteklenmedikçe kadınlar sanal şiddet eylemlerine bu yoğunlukta maruz kalmaya devam edeceklerdir. Zira bu tür şiddet eylemlerinde tazminat gibi özel hukuk prensipleri yeterli bir çözüm sunamayacaktır. Bunun için de kanun koyucunun ceza hukukunu bir araç olarak kullanıp insan hakları alanına olumlu bir müdahale için ilk çare (*prima ratio*) prensibini benimseyerek hareket etmesi elzemdir<sup>66</sup>.

## SONUÇ

Hiç şüphesizdir ki 2020 ve 2021 yılları, Kovid-19 pandemisi nedeniyle dünyada derin izler bırakıcı yaralara sebep olmuştur. Kapanma süreçlerinde okullarından uzak gençler başta olmak üzere her yaş grubundan insanın sanal dünya ile normalden çok daha fazla etkileşim halinde olduğunu bilmekteyiz<sup>67</sup>. Sosyal medya da bu etkileşim alanlarında en ön sıralarda yerini almıştır. Böylece artan kullanımla birlikte risk haritasının da genişlediğini

<sup>66</sup> **Erbaş**, Rahime: Bölüm: Effective Criminal Investigations in Combating Domestic Violence and the ECtHR: Prima Ratio v. Ultima Ratio, “Gender Based Approaches to the Law and Juris Dictio in Europe”, 1. Basım, Pisa University Press, Pisa 2020, s. 222.

<sup>67</sup> **Fernandes**, Blossom/**Biswas**, Urmi Nanda/**Tan-Mansukhani**, Roseann/**Vallejo**, Alma/**Essau**, Cecilia A.: “The Impact Of Covid-19 Lockdown On Internet Use And Escapism In Adolescents”, Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes”, Cilt: 7, Sayı: 3, 2020, s. 60.

işaret etmek gerekir. Bununla bağlantılı olarak ilerleyen yıllarda bu suç tiplerine daha sıklıkla rastlanılacağı düşünülmektedir<sup>68</sup>.

Çalışmaya başlamadan önce kadınlara yönelik sanal suçlar hususunun gerçek hayatta ne kadar ciddi neticelere sebep olabileceği konusunda netliğe sahip olmayan bir fikrimiz mevcuttu. Fakat bu araştırma sayesinde faillerin bu ortamlarda ne kadar ileriye gidebilecekleri konusunda kesin bir resmi hâiz olduğumuzu belirtmek isteriz. Özellikle yakalanma korkusu olmayan bu failler yapacakları her türlü tacizin, tehdidin ve hakaretin cezasız kalacağı konusunda katı bir kaniya sahiptirler. Bunun üzerine mağduru yeterince korkutabilecek bir saldırı yapılmışsa, bu failler artık sosyal medyayı kendilerine engelsiz bir hareket alanı olarak görürler. Tablo 6 incelendiğinde ise bu hususun mağdurlara yönelik gerçekleştirilen saldırılarda ne kadar hâkim olduğunu görmekteyiz.

Bu araştırma iki hususu çok net olarak göstermektedir. Sanal dünyada işlenen suçlar, en az gerçek dünyada işlenen suçlar kadar yıpratıcı olabilmektedir. Bu gerçeğin temel hareket noktası olarak alınmadan yapılan hiçbir düzenleme bu soruna gerçek bir çözüm üretemeyecektir. İkinci husus ise ne yazık ki bir başka bir gerçeği karşımıza çıkarmaktadır: kadınlar, gerçek dünyada olduğu gibi sanal dünyada da maalesef güvende değildirler.

---

<sup>68</sup> **Özdemir**, Burak: Siber Ansiklopedi, Bölüm: Çevrim İçi Taciz (Online Harassment), Akdemir, Naci/Tuncer, Can Ozan (ed.), 1. Basım, Pagem Yayıncılık, Ankara 2021, s. 107.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar ve Makaleler

- Akers**, Ronald L.: *Criminological Theories*, Bölüm 5: Social Learning Theory, 8. Basım, Oxford University Press, New York 2020.
- Aksın**, Ahmet/**Maral**, Emrah: “Osmanlı Devleti’nde Irza ve Namusa Yönelik İşlenen Suçlar ve Uygulanan Cezalar”, 2015, Erişim Adresi: <[http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=osmanli-devletinde-irza-ve-namusa-yonelik-islenen-suclar-ve-uygulanan-cezalar-\(1789-1850\)\\_ahmet-aksin-emrah-maral.pdf](http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=osmanli-devletinde-irza-ve-namusa-yonelik-islenen-suclar-ve-uygulanan-cezalar-(1789-1850)_ahmet-aksin-emrah-maral.pdf)>, Erişim Tarihi: 5 Haziran 2021
- Artuk**, M. Emin/**Alşahin**, M. Emin: *Kriminoloji*, 3. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 139.
- Artuk**, Mehmed Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Ahmet Caner: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 297.
- Brooks**, James F.: “This Evil Extends Especially... to the Feminine Sex”: Negotiating Captivity in the New Mexico Borderlands, *Feminist Studies*, Cilt: 22, Sayı: 2, 1996, ss. 279-309.
- Coluccia**, Anna/**Pozza**, Andrea/**Ferretti**, Fabio/**Carabellese**, Fulvio/**Masti**, Alessandra/**Gualtieri**, Giacomo: “Online Romance Scams: Relational Dynamics and Psychological Characteristics of the Victims and Scammers. A Scoping Review”, *Clinical Practice & Epidemiology in Mental Health*, Cilt: 16, Sayı: 1, 2020, ss. 24-35.
- DeKeseredy**, Walter/**Schwartz**, Martin D./**Nolan**, James/**Mastron**, Nicholas/**Hall-Sanchez**, Amanda: “Polyvictimization and the Continuum of Sexual Abuse at a College Campus: Does Negative Peer Support Increase the Likelihood of Multiple Victimization?”, *British Journal of Criminology*, Cilt: 59, Sayı: 2, 2019, ss. 276-295.
- Douglas**, Heather/**Harris**, Bridget A./**Dragiewicz**, Molly: “Technology-Facilitated Domestic and Family Violence: Women’s Experiences”, *British Journal of Criminology*, Cilt: 9, Sayı: 3, 2019, ss. 551-570.
- Dülger**, Murat Volkan: *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, ss. 126-128.
- Edosomwan**, Simeon/**Prakasan**, Sitalaskshmi Kalangot/**Kouame**, Doriane/**Watson**, Jonelle/**Seymour**, Tom: “The History of Social Media and Its Impact on Business”, *The Journal of Applied Management and Entrepreneurship*, Cilt: 16, Sayı: 3, 2011, ss. 79-91.

- Erbaş**, Rahime: “Gender Based Approaches to the Law and Juris Diction in Europe”, Bölüm: Effective Criminal Investigations in Combating Domestic Violence and the ECtHR: Prima Ratio v. Ultima Ratio, 1. Basım, Pisa University Press, Pisa, 2020, ss. 221-240.
- Erbaş**, Rahime: “Effective Criminal Investigations For Women Victims of Domestic Violence: The Approach of the ECtHR”, Cilt: 86, 2021, Erişim Adresi: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0277539521000327>, Erişim Tarihi: 12 Ağustos 2021.
- Ersoy**, Figen: Eğitimde Nitel Araştırma Desenleri, Bölüm 3: Fenomenoloji, Saban, Ahmet/ Ersoy, Ali (ed.), 3. Basım, Anı Yayıncılık, Ankara 2019, ss. 81-138.
- Fernandes**, Blossom/**Biswas**, Urmi Nanda/**Tan-Mansukhani**, Roseann/**Vallejo**, Alma/**Essau**, Cecilia A.: “The Impact Of Covid-19 Lockdown On Internet Use And Escapism In Adolescents”, Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes, Cilt: 7, Sayı: 3, 2020, ss. 59-65.
- Fine**, Michelle/**Weis**, Lois: “Disappearing Acts: The State And Violence Against Women In The Twentieth Century”, City University of New York: Academic Works, 2000, Erişim Adresi: [https://academicworks.cuny.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1701&context=gc\\_pubs](https://academicworks.cuny.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1701&context=gc_pubs), Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2021.
- Fitzgerald**, Louise F./**Lonsway**, Kimberly A.: “Rape Myths: In Review”, Psychology of Women Quarterly, Cilt: 18, Sayı: 2, 1994, ss. 133-164
- Fox**, Vivian C.: “Historical Perspectives on Violence Against Women”, Journal of International Women’s Studies, Cilt: 4, Sayı: 1, 2002, ss. 15-34.
- Goldsmith**, Andrew/**Wall**, David S.: “The Seductions Of Cybercrime: Adolescence And The Thrills Of Digital Transgression”, European Journal of Criminology, 2019, ss. 1-20.
- Gray**, David E.: Doing Research In The Real World, 4. Basım, SAGE, London, 2018.
- Güçlü**, İdris/**Akbaş**, Halil: Suç Sosyolojisi Kavram-Teori-Uygulama, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 2.
- Güler**, Ahmet/**Halcıoğlu**, Mustafa Bülent/**Taşgın**, Serkan: Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 234.
- Halder**, Debarati/**Jaishankar**, Karuppanan: Cyber Crime and the Victimization of Women: Laws, Rights and Regulations, Chapter 2:

Definition, Typology and Patterns of Victimization, 2. Basım, IGI Global, Hershey, 2012, ss. 12-39, (Victimization).

**Halder, Debarati/Jaishankar**, Karuppannan: “Online Victimization of Andaman Jarawa Tribal Women: An Analysis of the “Human Safari” YouTube Videos (2012) and Its Effects”, *British Journal of Criminology*, Cilt: 54, Sayı: 4, 2014, ss. 673-688, (Human Safari).

**Kalem, Ayşegül**: “Kadına Yönelen Çevrimiçi Tehdit: Siber Şiddet”, *Cyberpolitik*, Cilt: 4, Sayı: 8, 2019, ss. 259-272.

**Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan**: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

**Korkodeilou, Jenny**: “Stalking Victims, Victims of Sexual Violence and Criminal Justice System Responses: Is There a Difference or Just “Business as Usual”?”, *British Journal of Criminology*, Cilt: 56, Sayı: 2, 2016, ss. 256-273.

**Korkusuz, Gülşah**: “Cinsel Saldırı Suçu (TCK Md. 102)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 71, Sayı 1, 2013, ss. 815-854.

**Lewis, Ruth/Rowe, Michael/Wiper, Clare**: “Online Abuse Of Feminists As An Emerging Form Of Violence Against Women And Girls”, *British Journal of Criminology*, Cilt: 57, Sayı: 6, 2017, ss. 1462-1481.

**Lind, JoEllen**: “Dominance and Democracy: The Legacy of Woman Suffrage for the Voting Right”, *UCLA Women’s Law Journal*, Cilt: 5, Sayı: 1, 1994, ss. 103-216.

**Marcum, Catherine D./Higgins, George E./Ricketts, Melissa L.**: “Juveniles and Cyber Stalking in the United States: An Analysis of Theoretical Predictors of Patterns of Online Perpetration”, *International Journal of Cyber Criminology*, Cilt: 8, Sayı: 1, 2014, ss. 47-56.

**Melton, Heather**: “Predicting the Occurrence of Stalking in Relationships Characterized by Domestic Violence”, *Journal of Interpersonal Violence*, Cilt: 22, Sayı: 1, 2007, s. 3-25.

**Metin, Yüksel**: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler*, Cilt: 7, Sayı: 27, 2010, ss. 111-132.

**Özdemir, Burak**: *Siber Ansiklopedi*, Bölüm: Çevrim İçi Taciz (Online Harassment), Akdemir, Naci/Tuncer, Can Ozan (ed.), 1. Basım, Pagem Yayıncılık, Ankara 2021, ss.105-107.



- Öztürk**, Gülden Atilla: Müstehcenlik Suçu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Schanz**, Youngyol/**Kenyon**, Samuel: “Sex Trafficking: Examining Links to Prostitution and the Routine Activity Theory”, *International Journal of Criminology and Sociology*, Cilt: 3, Sayı: 1, 2014, ss. 61-76.
- Sokullu-Akıncı**, Füsün/**Dursun**, Selman: *Viktimoloji*, 3.Baskı, İstanbul 2016.
- Sokullu-Akıncı**, Füsün: *Kriminoloji*, 15. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Sutherland**, Edwin/**Cressey**, Donald R./**Luckenbill**, David F.: *Principles of Criminology*, 11. Basım, General Hall, Lanham 1992.
- Şengül**, Mustafa Buğra: “Sosyal Medya Yoluyla İşlenen Hakaret Suçu”, Çankaya Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Erişim Adresi: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=f10Kw4p1rmMDotyKRdYv1HkvMX5uvBCFAB4HRpMIyZF4uf-BCDYGWsKLa5CDIZqf>, Erişim Tarihi: 26.11.2021, s. 37.
- Türkoğlu**, Selin: *Ceza Hukuku Açısından Israrlı Takip*, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020
- Wood**, Mark A.: “Rethinking How Technologies Harm”, *The British Journal of Criminology*, Cilt: 61, Sayı: 3, 2020, ss. 627-647.
- Yar**, Majid: “The Novelty of “Cybercrime”: An Assessment in Light of Routine Activity Theory”, *European Journal of Criminology*, Cilt: 2, Sayı: 4, 2005, ss. 407-427.
- Yıldırım**, Elif: “Sosyal Medyada Kadınlara Yönelik Dijital Şiddet”, İstanbul Üniversitesi Tez Arşivi, 2019, Erişim Adresi: <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET000750.pdf>, Erişim Tarihi: 12 Haziran 2021.
- Yılmaz**, Sena: “Toplumsal Cinsiyet Rollerinin Günlük Hayattaki Yansımaları: Çorum/Alaca Örneği”, *İmgelem*, Cilt: 2, Sayı: 2, 2018, ss. 59-79, Erişim Adresi: [https://dergipark.org.tr/tr/pub/imgelem/issue/38228/415425#article\\_cite](https://dergipark.org.tr/tr/pub/imgelem/issue/38228/415425#article_cite), Erişim Tarihi: 12 Haziran 2021.

### Raporlar ve Elektronik Kaynaklar

- Council of Europe- Cybercrime Convention Committee**, Mapping Study on Cyberviolence, 2018, s. 8, Erişim Adresi: <https://rm.coe.int/t-cy-2017-10-cbg-study-provisional/16808c4914> Erişim Tarihi: 6 Haziran 2021.

- Lewis, James Andrew:** “Economic Impact of Cybercrime”, Center for Strategic and International Studies (CSIS), 2018, Erişim Adresi: <<https://csis-website-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/economic-impact-cybercrime.pdf>>, Erişim Tarihi: 10 Haziran 2021
- Merriam Webster Dictionary:** “Social Media”, 2021, Erişim Adresi: <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/socialmedia>>, Erişim Tarihi: 6 Haziran 2021.
- Morning Consult:** “National Tracking Poll”, 2018, Erişim Adresi: <[https://morningconsult.com/wp-content/uploads/2018/10/180960\\_crosstabs\\_BRANDS.pdf](https://morningconsult.com/wp-content/uploads/2018/10/180960_crosstabs_BRANDS.pdf)>, Erişim Tarihi: 7 Haziran 2021.
- OHCHR General Assembly:** “Declaration on the Elimination of Violence against Women”, 1993, Erişim Adresi: <<https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/eliminationvaw.pdf>>, Erişim Tarihi: 25 Mayıs 2021.
- STATISTA:** “Most Popular Social Networks Worldwide As Of October 2020, Ranked By Number Of Active Users”, 2020, Erişim Adresi: <<https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>>, Erişim Tarihi: 6 Haziran 2021.
- STATISTA:** “Daily Time Spent On Social Networking By Internet Users Worldwide From 2012 To 2020”, 2021, Erişim Adresi: <<https://www.statista.com/statistics/433871/daily-social-media-usage-worldwide/>>, Erişim Tarihi: 13 Haziran 2021.
- TUİK:** “Hanehalkı Bilişim Teknolojileri (BT) Kullanım Araştırması”, 2020, Erişim Adresi: <[https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-\(BT\)-Kullanim-Arastirmasi-2020-33679](https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2020-33679)>, Erişim Tarihi: 7 Haziran 2021.
- Türk Hukuk Sitesi:** “5237 S.Lı Türk Ceza Kanunu MADDE 125”, 2009, Erişim Adresi: <<https://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=1212>>, Erişim Adresi: 6 Haziran 2021.
- WHO,** Department of Reproductive Health Research: London School of Hygiene and Tropical Medicine/ South African Medical Research Council: “Global and Regional Estimates of Violence against Women”, 2013, s. 3, Erişim Adresi: <<https://www.who.int/publications/i/item/9789241564625>>, Erişim Tarihi: 13 Mayıs 2021.
- WHOA:** “2013 Cyberstalking Statistics”, 2013, Erişim Adresi: <<http://www.haltabase.org/resources/stats/2013Statistics.pdf>>, Erişim Tarihi: 10 Haziran 2021.

**WHOA:** “Online Harassment/Cyberstalking Statistics”, 2015, Erişim Adresi: <<http://www.haltabuse.org/resources/stats/index.shtml>>, Erişim Tarihi: 10 Haziran 2021.

#### **Mahkeme Kararları**

- Yarg. 4. CD., T. 21.10.2021E. 2019/6071, K. 2021/25171, (Yargıtay Karar Arama Sistemi, Erişim Adresi: Erişim Tarihi: 1.12.2021).
- Yarg. 12. CD., T. 09.09.2020E. 2020/314, K. 2020/4447, (Yargıtay Karar Arama Sistemi, Erişim Tarihi: 1.12.2021).

## 1858 TARİHLİ CEZA KANUNNAMESİ İLE 1926 TARİHLİ TÜRK CEZA KANUNU'NUN FOUCAULTÇU PERSPEKTİFTEN KARŞILAŞTIRILMASI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1089763>

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK\*

### Öz

*Hapis cezası, on dokuzuncu yüzyıl başında Avrupa ülkelerinin ceza sistemleri için öngörülen ceza reformunda yer verilen bir yaptırım türü değildir. Buna rağmen çok kısa bir süre içinde, öngörülen yaptırımların yerine geçerek başat bir yaptırım türü haline gelmiştir. M. Foucault, bunun altında yatan nedenin zihniyet değişimi olduğunu savunur. Ona göre on dokuzuncu yüzyıl ile bütün ceza usulü bir denetim sistemi haline gelmiştir. Bu makalede söz konusu anlayışın peşinden gidilerek Tanzimat döneminin temel ceza yasası olan 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ile yeni cumhuriyetin ilk ceza kanunu olan 1926 tarihli Ceza Kanunu, cezalara öngördükleri yaptırım türleriyle, özel olarak da hapis cezasına yaklaşımlarıyla karşılaştırılacaktır. Her ikisi de kodifikasyon çalışmalarının ürünü olan ve esasında, yaklaşım itibarıyla benzer bir gelenekten iktibas edilmelerine rağmen farklılık gösteren iki kanunun yaptırım tercihleri tartışmaya açılacaktır.*

### Anahtar Kelimeler

*Hapis Cezası, 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi, 1926 tarihli Ceza Kanunu, M. Foucault, Denetim Sistemi*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya (afurkan.kaynak@selcuk.edu.tr), ORCID: 0000-0001-7674-0396 (Geliş Tarihi: 03.09.2021-Kabul Tarihi: 20.12.2021) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**A COMPARISON OF THE PENAL CODE OF 1858 AND  
THE TURKISH PENAL CODE OF 1926  
FROM FOUCAULT'S PERSPECTIVE**

*(Research Article)*

**Abstract**

*Imprisonment is not a type of sanction included in the penal reform for the penal systems of European countries at the beginning of the nineteenth century. In spite of the fact that it has become a dominant type of sanction in a very short time. M. Foucault argues that the underlying reason is a change in mentality. According to him, in the nineteenth century, all criminal procedures became a control system. In this article, following this understanding, the Penal Code of 1858, which is the basic penal code of the Tanzimat period, and the Penal Code of 1926, the first penal code of the new republic, will be compared with the types of sanctions they envisage. The sanction preferences of the two laws, both of which are the product of codification studies and differ, despite being quoted from a similar tradition in approach, will be discussed.*

**Keywords**

*Imprisonment, Penal Code of 1858, Penal Code of 1926, M. Foucault, Control System*

## GİRİŞ

Ceza hukuku tarihinin belirli bir noktasında Avrupa'da, o dönemki gelişmelere tamamen aykırı bir yaptırım türü, yeni bir ceza kurumuyla doğdu: Hapis cezası ve hapishane kurumu. Daha önceki dönemlerde asli ceza vasfını kazanmamış olan bu yaptırım türü, dönemin özgün şartlarının yardımıyla önce Avrupa'da, ardından bütün dünyada ceza kanunlarındaki temel yaptırım türü olmayı başardı. Peki hapis cezasına, bir yaptırım olarak Osmanlı Ceza Hukukunda ve yeni cumhuriyetin ilk ceza kanunu olan 1926 tarihli Ceza Kanununda nasıl yaklaşmıştır? Bu çalışmada, Tanzimat döneminin temel ceza yasası olan 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ile yeni cumhuriyetin ilk ceza kanunu olan 1926 tarihli Ceza Kanunu, cezalara öngördükleri yaptırım türleriyle, özel olarak da hapis cezasına yaklaşımlarıyla karşılaştırılacaktır. Her ikisi de kodifikasyon çalışmalarının ürünü olan ve esasında, yaklaşım itibarıyla benzer bir gelenekten iktibas edilmelerine rağmen farklılık gösteren iki kanunun yaptırım tercihleri tartışmaya açılacaktır. 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ile 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu arasındaki yaptırım farklılıklarının nedenini soruşturmayı amaçlayan bu çalışmada, M. Foucault'nun düşüncelerinden hareket edilecek ve 1926 Türk Ceza Kanunu ile bizim hukukumuzda da egemen hale gelen hapis cezasının bir zihniyet değişiminin sonucu olarak diğer yaptırımlar karşısında öne çıktığı savının peşinden gidilecektir.

## I. FOUCAULTÇU ANALİZDEN HAREKETLE HAPİS CEZASININ GELİŞİMİ

### A. Ortaçağ'dan Yeni Sisteme Doğru Hapis Cezası

Hapishanenin kendi başına bir ceza olduğunun kabulü Ortaçağ'a tamamen yabancı bir düşüncedir. Bu nedenle Ortaçağ toplumlarında modern anlamda hapis cezası ve hapishane kurumunun varlığından bahsedemeyiz<sup>1</sup>. Ortaçağ toplumu, uzun süreli hapis cezalarını karşılayabilecek ekonomik ve fiziksel olanaklardan yoksun olduğu için hapis cezasının yerine icrası görece çok daha kolay olan bedensel cezalarla idam cezalarını tercih etmiştir<sup>2</sup>. Bedensel cezalar ve idam cezaları karşısında hapis cezası, temel bir ceza yerine suç işleyen kişinin, infazına kadar geçen sürede kapatılmasına yarayan

<sup>1</sup> **Foucault**, Michel (çev. Işık Ergüden): "Büyük Kapatılma", Büyük Kapatılma içinde, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2015, s. 105.

<sup>2</sup> **Roth**, Mitchel P. (Çev. Barışhan Erdoğan): Göze Göz, Suç ve Cezanın Küresel Tarihi, Can Yayınları, İstanbul 2017, s. 196.

bir araç olarak kullanılmıştır. Ortaçağ'ın yaptırım uygulamalarına bakıldığında yaptırımların büyük oranda bedensel cezalara dayandığı, bu süreçte bedene çektirilen acının giderek artırıldığı, bedensel cezanın son noktası olan idam cezasının da giderek yaygınlaştığı görülecektir. Örneğin İngiltere'de, 1536 yılında idam cezasını gerektiren suçların sayısı korsanlık, cinayet, tecavüz, kutsal değerlere saygısızlık, yollarda yapılan soygunlar, insan kaçırma, bazı hırsızlıklar ve haneye tecavüzü de içerecek şekilde artırılmış<sup>3</sup>, on sekizinci yüzyıla gelindiğinde 315 farklı fiilden dolayı bireylerin idam cezasıyla yargılanabildiği bir noktaya varılmıştır<sup>4</sup>. Üstelik cezalar, çoğunlukla halkın da katılımın sağlandığı bir seyir gösterisine dönüştürülmüş, törensel bir eda ile gerçekleştirilmiştir. Dönem Avrupası uygulamalarına bakıldığında, idam cezasının bir tiyatroya dönüştürüldüğü, bu uygulamayla izleyenlerde bir dehşet uyandırarak caydırıcılığı sağlamanın amaçlandığı görülecektir. Bu amacı gerçekleştirmek için idam cezası tek başına yeterli görülmemeyerek idamın uygulanmasının öncesinde suçluya Foucault'nun deyimiyle "azap çektirilmiştir."<sup>5</sup> Ancak ceza hukuku tarihinin belirli bir noktasında bu anlayış terk edilmiş ve beden, ceza ile yıldırmanın ana hedefi olmaktan çıkmıştır<sup>6</sup>.

Bedensel cezaların mutlak üstünlüğü on sekizinci yüzyılın sonuna kadar devam etse de on sekizinci yüzyılın sonu ve on dokuzuncu yüzyılın başında gerçekleştirilen hukuk ve ceza sistemi reformuyla yeni bir anlayış doğmuştur<sup>7</sup>. Farklı ülkelerde farklı biçimlerde gerçekleşen bu dönüşüm, temelde ceza yasasının teorik olarak yeniden hazırlanmasıdır. Foucault öncelikle bu yeniden hazırlanmanın tarihsel gelişimini takip ederek başat yaptırım haline gelen hapis cezasının nasıl bu konuma vardığını araştırmıştır.

### B. Yeni Ceza Sisteminin Temelleri

Foucault'ya göre bu dönüşümün temellerini Beccaria'da, Bentham'da, Brissot'da ve devrim dönemi birinci ve ikinci Fransız ceza yasalarını hazırlayan yasa koyucularda görebiliriz<sup>8</sup>. Bu yazarlar öncelikle ceza yasasının

<sup>3</sup> Roth, s. 178.

<sup>4</sup> Foucault, Michel (Çev. Işık Ergüden): "Hakikat ve Hukuksal Biçimler", Büyük Kapatılma içinde, s. 218.

<sup>5</sup> Foucault, Michel (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay): Hapishanenin Doğuşu, İmge Kitabevi, Ankara 2015, s. 39-41.

<sup>6</sup> Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 39.

<sup>7</sup> Foucault, Büyük Kapatılma, s. 218.

<sup>8</sup> Foucault, Büyük Kapatılma, s. 219. Panoptikon fikrinin mucidi olarak modern hapishaneyi mümkün kılan Bentham'ı diğer isimlerden farklı bir noktaya koymak gerekebilir.

teorik sisteminin temel ilkesini tanımlayarak yasa ihlalinin ahlaki ya da dinsel hatayla hiç ilişkisinin olmadığını altını çizmiştir<sup>9</sup>. Suç ya da cezai ihlal, siyasi iktidarın yasama kanadı tarafından bir toplumun içinde özellikle oluşturulan medeni yasadan kopmadır. İhlalin olması için öncelikle siyasi bir iktidarın, bir yasanın olması ve bu yasanın formüle edilmiş olması gerekir. Bu teorisyenlere göre ancak yasa tarafından kınanacak davranışlar olarak tanımlanan davranışlar cezalandırılabilir<sup>10</sup>.

Reform yazarlarının altını çizdiği ikinci ilke, bir ceza yasasının, sadece toplum için yararlı olan şeyi temsil etmesi gerekliliğidir. Bu yazarlara göre iyi yasaların olabilmesi için siyasi iktidar tarafından formüle edilen ve hukuk sistemi içerisinde yer alan yasaların, doğal yasayı, dinsel yasayı ya da ahlaki yasayı yeniden yazmaktan kaçınması gerekir<sup>11</sup>. Buradan anlaşılacağı üzere siyasal iktidar tarafından yasa; dine, ahlaka vs. atıf yapmadan, hukuk sistemi içerisinde anlam teşkil edecek şekilde formüle edilmelidir.

Bu iki ilkenin sonucu olarak üçüncü ilke, suçun açık ve basit bir tanımı olması gerektiğini ifade eder. Suç, günah ve hataya yakın olan bir şey değildir; tüm topluma yapılmış bir haksızlık, tüm toplum için bir rahatsızlıktır. Reform yazarlarına göre suç, toplumsal bir zarardır<sup>12</sup>. Suçun yeni tanımıyla birlikte suçlu da artık yeni bir tanım kazanır: Suçlu, topluma zarar veren, toplumu karıştıran kişidir. Suçlu, iç düşmandır<sup>13</sup>. Bu noktada artık suçun ve suçlunun yeni bir tanımı vardır ve değişen tanımlar, suça ve suçluya gösterilen tepkinin de değişmesi gerektiğini ileri sürer. Reform yazarlarına göre,

---

Nitekim Beccaria, döneminin henüz yeni bir cezalandırma sistemi olan hapis cezasının önemini fark etmiş, bu cezanın cezalandırmanın amacını sağlayabilecek cezalandırma tipi olduğunu belirtmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Bentham**, Jeremy (çev. Ömer Saruhanhoğlu, Uğur Kaşif Boyacı): Ahlak ve Yasama ilkeleri, Litera Yayıncılık, 2017.

<sup>9</sup> Örneğin Beccaria yasaların, birbirlerinden bağımsız ve ayrı yaşayan insanların toplum halinde yaşamalarını, birleşmelerini sağlayan koşulları belirlediğini söyler. Bu ifade de dine ya da ahlaka bir atıf olmadığı açıktır. **Beccaria**, Cesare (Çev. Sami Selçuk): Suçlar ve Cezalar Hakkında, İmge Kitabevi, Ankara 2014, 4. Baskı, s. 25.

<sup>10</sup> **Beccaria**, s. 31; **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 219.

<sup>11</sup> Beccaria, suçların ağırlıklarını işlenen günahın ağırlığına göre ölçme düşüncesini tutarsız, temelsiz ve insan ile Tanrı arasındaki ilişkiyi anlamamış kişilerin önereceği bir yöntem olarak görmektedir; **Beccaria**, s. 52-53. **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 219.

<sup>12</sup> Nitekim Beccaria, suçların gerçek ağırlık ölçüsünün söz konusu suçun topluma verdiği zararın ölçüsüyle belirlenebileceğini savunur, bkz. **Beccaria**, s. 55. **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 219.

<sup>13</sup> **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 219-220. Suçlunun toplum düşmanı olma düşüncesinin köklerini J. J. Rousseau'nun Toplum Sözleşmesi'nde görebiliriz. Detaylı bilgi için bkz. **Rousseau**, J. J. (Çev. Vedat Günyol): Toplum Sözleşmesi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2019, s. 31-34.



suçun hata ile, doğal, ilahi, dinsel hukukla ilişkisinin kesilmesi, ceza yasasının bir intikam ya da bir günahın kefareti istemeyeceği anlamına gelir. Onlara göre ceza yasası öyle olmalıdır ki, bireyin topluma verdiği zarar silinebilmelidir; eğer bu mümkün değilse, zararın söz konusu birey ya da bir başkası tarafından tekrarlanamaması gerekir. O halde ceza yasası ya zararı telafi etmeli ya da zararın tekrar ortaya çıkmasını engellemelidir<sup>14</sup>. On sekizinci yüzyılın sonunda ortaya çıkan yeni ceza hukuku düşüncesi, aslında bir idealin peşindedir: Toplumu korumak, evrensel akla uygun cezalandırmak<sup>15</sup>. Cezanın bireyi eğitebileceği inancı, o dönemde ortaya çıkmıştır.

Bütün bunların ışığında reform yazarlarına göre, bu amacı sağlayacak dört tür ceza ortaya çıkar. Bu cezalardan ilki, Beccaria ve Bentham'da sık sık rastlanan hukuk alanının dışına çıkan bireyi toplumsal mekândan kovmak gerektiğine ilişkin fikre göre insanları basitçe kovmak, sürgün etmek, sürmek ya da ihraç etmektir. Bu cezada suç işleyerek toplumsal gövdeden ayrılan birey, toplumsal mekândan da uzaklaştırılır. Dört tür cezanın ilki ihraç, yani sürgündür<sup>16</sup>.

İkinci tür ceza, suç işleyen bireyin bulunduğu yerde dışlanmasıdır. Bu cezada birey, toplumsal alanın dışına çıkarılmaz, kamuoyunun oluşturduğu ahlaki, psikolojik baskı ile kamusal alan içinde tecrit edilir. Bireyin suçu açığa vurulur; suçlu, herkesin önünde teşhir edilir, kamuda bir tiksinti, küçümseme, mahkûm etme tepkisi kışkırtılır. Örneğin kürek cezasına çarptırılan suçluların cezalarını çekecekleri yere bütün şehri dolaşarak götürülmelelerinin altında yatan sebep de bu kamusal tepkiyi oluşturmaktır. O halde dört tür cezanın ikincisi utanç, kamusal skandaldır<sup>17</sup>.

Üçüncü ceza, suç neticesinde ortaya çıkan toplumsal zararın telafi edilmesidir. Suç işleyen bireyleri, devlete ya da topluma yararlı bir faaliyete zorlayarak neden olunan zararın telafi edilmesi öngörülür. Reform yazarlarının önerdiği dört tür cezadan üçüncüsü zorunlu çalışmadır<sup>18</sup>.

Son olarak dördüncü tür ceza, suç neticesinde ortaya çıkan zararın tekrar meydana gelmesini önlemek amacıyla suç işleyen kişinin ya da başkalarının suçu yeniden işleme arzularını engellemektir. Bu sonucu elde etmek için düşünülen ceza kısasa kısastır. Böylece başkalarının da aynı suçu işlemesini engellemek için bir hakka tecavüz eden kişi benzer bir şeye maruz

<sup>14</sup> **Beccaria**, s. 69-70. Ayrıca bkz. **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 220.

<sup>15</sup> **Ergüden**, Işık: Hapishane Çağı Kapatılan İnsan, Versus Kitap, İstanbul 2007, s. 23.

<sup>16</sup> **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 220.

<sup>17</sup> **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 220-221.

<sup>18</sup> **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 220.

bırakılmalıdır. İnsan öldüren kişi öldürülür, hırsızın çaldığı mal elinden alınır vs. Dördüncü tür ceza, kısasa kısastır<sup>19</sup>.

O halde reform yazarlarının önerdiği ceza sistemi, teoride ihraç (sürgün), zorunlu çalışma, utanç (kamusal skandal, aşağılama) ve kısasa kısas cezalarından müteşekkildir. Peki teoride bu şekilde planlanan yeni ceza sistemi, uygulamaya nasıl yansımıştır? Ceza hukuku tarihine bakıldığında, yeni ceza sistemi düşüncelerinde adı pek sık geçmeyen<sup>20</sup>, önemsiz görülen bir yaptırımın, tam da bu dönemlerde etkili hale geldiğini ve giderek tüm ceza sistemlerinin temel yaptırımı noktasına ulaştığını görüyoruz. Bu yaptırım, hapis cezasıdır. Yeni ceza sistemi düşüncelerinde bahsi geçmeyen hapis cezası, bedensel cezalara karşı geliştirilen yeni ceza sisteminde yer almayan bir yaptırım olarak yeni ceza sisteminde öngörülen yaptırımların yerini, çok büyük bir hızla almıştır.

### C. Varılan Nokta: Hapis Cezası

Pratik, teoriden farklı bir yöne sapsmış ve 1820'lerde, gelişme halindeki sanayi toplumları, birkaç yıl önce tasarlanmış olan ceza sisteminden farklı bir ceza sistemi yaklaşımı benimsemişlerdir. Bu yaklaşım ile yeni ceza sisteminin önerdiği dört yaptırımdan hızlıca uzaklaşmıştır. Kamusal tepkiyi hedefleyen yaptırımlar, tam anlamıyla hiçbir zaman uygulamaya konmamıştır. Kısasa kısas cezası ise, gelişmiş bir toplumda eskimiş bir ceza olarak görülerek hızlıca kaybolmuştur. Son olarak zorunlu çalışma da temel bir ceza olarak kabul edilmek yerine simgesel bir ceza olarak görülmüştür<sup>21</sup>. Yukarıda anlattığımız dört tür cezadan yalnızca sürgün, hukuk sistemlerinde kendisine bir süre yer bulabilmiştir. O halde denebilir ki yeni ceza sistemini savunan yazarların öngördüğü dört yaptırım türü karşısında hapis cezası, hızlı ve mutlak bir zafer kazanmıştır. Bu noktadan bakıldığında, on sekizinci yüzyıldaki ceza usulü reformunun teorik projesine dahil olmayan hapis cezasının ve beraberinde getirdiği hapisane kurumunun, ceza sistemine, böylesine bir anda ve hızlıca yerleşmesinin nedenlerine bakılmalıdır. Foucault da bu sorgulamayı yapmıştır.

<sup>19</sup> **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 221.

<sup>20</sup> Beccaria hapis cezasından birkaç yerde bahsederken Brissot, bu cezayı önemsiz olarak anar. **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 221. Ayrıca Foucault hapis cezasının toplum için yararsız olduğu, mahkûmları aylak tuttuğu, onların kötülüklerini artırdığı gerekçeleriyle eleştirildiğini de söyler, **Foucault**, Hapishanenin Doğuşu, s. 181.

<sup>21</sup> **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 221.

Foucault'ya göre bu değişimin sebebi, bir zihniyet değişimidir. Yeni ceza sistemini öneren isimlerin toplumsal faydayı ön planda tuttukları ve ceza sisteminden beklediklerinin toplumu savunmak olduğu aşıkardır. Suçu toplumsal bir zarar olarak gören bu isimlerin belirlediği temel ilke de sarih bir yasa ve yasa ihlali olmadan cezalandırmanın da olamayacağıdır<sup>22</sup>. Ancak pratikte gelişen ceza usulü, başta Beccaria olmak üzere reform yazarlarının ilkelerinin dışında bir yöne sapmıştır. On dokuzuncu yüzyılda, ceza usulünün amacı, toplumu genel olarak savunmaktan çok bireylerin tavır ve davranışlarının denetimiyle psikolojik ve ahlaki reformu sağlamak olmuştur<sup>23</sup>.

Foucault, on dokuzuncu yüzyıl ile bütün ceza usulünün bir denetim haline geldiğini belirtir. Bu dönemde ceza sistemi, bireylerin yaptıkları şeyin değil, yapabilecekleri şeyin, yapmaya muktedir oldukları şeyin, yapmaya yükümlü oldukları şeyin ve pek yakında yapacakları şeyin denetimini konu edinmeye başlamıştır<sup>24</sup>. Böylece tehlikelilik kavramı ortaya çıkmış, bireylerin suç işlemelerinden önce denetlenmesi fikri kuvvetlenmiştir. Bu fikir beraberinde, bireylerin gözetlenmesi ve ıslah edilmesi gerekliliğini getirmiş ve böylece on dokuzuncu yüzyılda, hukuk kurumları etrafında ve bireylerin tehlikelilikleri düzeyinde denetlenmesi işlevini üstlenmesini sağlamak için, bireyleri kuşatacak bir dizi dev kurum gelişmiştir: Okul, hastane, tımarhane, polis<sup>25</sup>. Hapishane de bu kurumlardan biridir. Foucault'ya göre, hapishane kurumu, "ıslah etmek için hapsedmek" fikriyle birlikte gelişmiştir.

Foucault, "Hakikat ve Hukuksal Biçimler" başlıklı sempozyumunun bir oturumunda ıslah etmek için hapsedmek fikrinin tarihsel kökenlerini araştırır. Ona göre bu fikir, İngiltere ve Fransa kaynaklı iki farklı geleneğin bir araya gelmesinden doğmuştur. İngiltere örneğinde denetim mekanizmaları, üst bir iktidarın etkisi olmadan bireylerin oluşturduğu gruplar tarafından yasaya karşı öz savunma grupları olarak kurulmuştur. Bu öz savunma grupları, başlangıçta toplumun alt kesiminin kontrolünderken on sekizinci yüzyılın sonunda aristokrasi, rahipler ve toplumun zengin kişilerin yönetiminde olduğu iktidarın denetim araçları haline gelmiştir. Fransa'da ise toplum, kendi kendini, kraldan talep edilen *lettre de cachet* ile denetlemiştir. *lettre de cachet* ile bir kişinin sürgün edilmesi, bazı işlevlerden yoksun bırakılması, mahkûm edilmesi mümkündür. Dönemin Fransa'sında eşini aldatan erkek, müsrif evlatlar, doğru davranmayan köy papazı hakkında kraldan bir *lettre de cachet*

<sup>22</sup> Foucault, Büyük Kapatılma, s. 222.

<sup>23</sup> Foucault, Büyük Kapatılma, s. 222.

<sup>24</sup> Foucault, Büyük Kapatılma, s. 223.

<sup>25</sup> Foucault, Büyük Kapatılma, s. 223.

arak o kişilere yaptırım uygulanabiliyordu. Bunlar bir anlamda toplumsal denetim araçlarıydı. Zamanla *lettre de cachet*'nin cezalandırıcı kullanımını yaygınlaştırmış ve hapis cezası sistemde kendisine yer bulmaya başlamıştır<sup>26</sup>. Dikkat edilirse, *lettre de cachet*'nin herhangi bir hukuki soruşturma yapılmadan, kişinin ıslah olduğuna inanılana kadar hapse atılması sonucunu doğurduğu görülecektir. İşte, ıslah etmek için hapsedmek fikrinin kökeni, Foucault'ya göre bu uygulamadır<sup>27</sup> ve bu fikir, Beccaria'nın öncüsü olduğu yeni ceza sistemini, çok kısa bir sürede unutturmayı başarabilmiştir.

Bu noktada, Foucault'a göre, geriye sadece, bunun nasıl olduğunu açıklamak kalmıştır. Soru açıktır: “Bireylere, davranışlarına ve potansiyel üzerine kurulu ve onları ıslah etme işlevi taşıyan tamamen farklı bir ceza pratiği, nasıl olmuş da Beccaria'nın çok büyük dersini unutturabilmiş, uzaklaştırmış ve sonunda da boğabilmiştir?”<sup>28</sup> Sorunun cevabını, Foucault'ya göre, üretimin üstlendiği yeni biçimde aramak gerekir. On sekizinci yüzyılda giderek ivme kazanan kapitalizm, yeni bir üretim biçimine bağlı yeni bir zenginlik biçimi de getirir. On altıncı ve on yedinci yüzyılların zenginliği esas olarak toprak üzerinden tanımlanırken on sekizinci yüzyılda, artık parasal olmayan, yeni bir zenginlik biçimi ortaya çıkmıştır: Mallara, stoklara, makinelere, atölyelere, hammaddelere, gönderilecek mallara yapılan yatırım<sup>29</sup>. Kapitalizmin getirdiği yeni üretim biçimi olan fabrikada üretim, üretimin yapıldığı yer ile serveti aynı mekâna yerleştirir. Fabrikanın kendisi, yeni zenginliğin hem ürünü hem de bir bakıma üreticisidir. Bununla beraber yeni bir tehlike doğar: Stoklardan, hammaddelerden, ithal mallarından, makinelerden, atölyelerden ibaret bu yeni servetin doğrudan tahribata maruz kalma tehlikesi. Yoksullardan, işsizlerden, iş arayan insanlardan oluşan bu nüfusun şimdi servetle, zenginlikle doğrudan, fiziksel bir teması vardır. Örneğin on sekizinci yüzyılda İngiltere'de gemilerin soyulması, mağazaların ve depoların talanı, atölyelerdeki tahribat yaygınlaşmıştır<sup>30</sup>. İşte Foucault'ya

<sup>26</sup> “On yedinci ve on sekizinci yüzyıl ceza usul sisteminde hapisanenin yasal bir ceza olmadığını görmek ilginçtir. Hukukçular bu konuda çok kesindirler. Yasa birini cezalandırdığında cezanın ölüme mahkûm etme, yakılma, kol ve bacakların çekilerek koparılması, damgalanmak, sürgüne gönderilmek, ceza ödemek olacağını belirtirler. Hapis, bir ceza değildir. On dokuzuncu yüzyılın en önemli cezası olacak olan hapisanenin kökeni, kesinlikle, bu *lettre de cachet*'nin hukukun yanı sıra yer alan uygulaması, krallık iktidarının grupların kendiliğinden denetimi tarafından kullanılmasıdır.” Foucault, Büyük Kapatılma, s. 233.

<sup>27</sup> Detaylı değerlendirme için bkz. Foucault, Büyük Kapatılma, s. 225-234.

<sup>28</sup> Foucault, Büyük Kapatılma, s. 234.

<sup>29</sup> Foucault, Büyük Kapatılma, s. 235.

<sup>30</sup> Foucault, Büyük Kapatılma, s. 235.

göre on sekizinci yüzyıl sonunda yeni toplumsal denetimleri gerekli kılan şey, sanayi ve tarım zenginliğinin mekânsal ve toplumsal yeni dağılımıdır<sup>31</sup>. Hapis cezası ve hapishane kurumu, yeni gelişen zenginliğe yönelik tehdidi engellemeyi amaçlayan özel bir denetim kurumu olarak ortaya çıkmıştır. Gözetlemenin tanıdığı imkanla, bireylerin çeşitli uygulamalarla yeni gelişen üretim aygıtına bağlanmalarını gerçekleştirmeyi amaçladığı için de iktidar tarafından sahip çıkılmıştır. Hapishaneler nüfusun bir bölümünü tehlikeli bularak elemeye imkân tanımış<sup>32</sup>; geliştirdiği uygulamalar ile de yeni gelişen üretim biçiminin ihtiyaç duyabileceği iş gücünü, her ne kadar bu iş gücünü belirli bir mekânda pasif halde tutuyor olsa da herhangi bir sorunla karşılaşmayacağından emin bir şekilde hazırda bekletmeyi planlamıştır. Mahkûmun bedeni artık, çalışan bedene dönüşmeye aday olmuş, Ortaçağ'ın bedeni hedef alan cezaları, bedenler faydalı hale geldiği için çağdışı görülmeye başlanmış; bedenin kontrolü, bedenin imhasına karşı galip gelmiştir. Hapishaneler, üretim biçimine dahil edilebilecek bedenlerin eski ceza sisteminin acımasızlığından korunabileceği kurumlar olmuştur<sup>33</sup>.

Hapishane, modern zamanların modern bir kurumudur<sup>34</sup>. Hapis cezası ve hapishane kurumunun yeni ceza sisteminin yerini hızlıca almasının nedeni, yeni üretim biçimiyle ortaya çıkan bireylerin denetlenmesi ihtiyacını karşılamaya en büyük aday olmasıdır. Yönetsel bir aygıt olan hapishane, aynı zamanda zihinleri dönüştürecek bir makine olarak tasarlanmıştır<sup>35</sup>. Üretim için ihtiyaç duyulan işgücünün sağlanmasının yolu, çalışmayanlara çalışmayı hapishane kurumunda öğretmek olarak görülmüştür<sup>36</sup>. Dönemin ceza yasaları ile yeni ceza sisteminin önerdiği yaptırımlar yerine hapis cezasına ağırlık verilirken amaçlananın ortaya çıkan iş gücü ihtiyacına hızlı ve kesin bir cevap verme isteği olduğu söylenebilir. Hapis cezası ve hapishane kurumuyla o dönem gelişmekte olan yeni ceza sisteminin aksine bir ceza sistemi gelişmiş ve çalışmayan bireyin ıslah edilerek “normalleştirildiği” bir anlayış egemen hale gelmiştir<sup>37</sup>. Böylece elli yıldan daha kısa bir sürede

<sup>31</sup> **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 236.

<sup>32</sup> **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 105.

<sup>33</sup> **Catucci**, Stefano: “The Prison Beyond Its Theory Between Michel Foucault’s Militancy and Thought”, Prison Architecture and Humans, (Editörler: Elisabeth Fransson, Francesca Giofre, Berit Johnsen), Cappelen Damm Akademisk, 2018, s. 335.

<sup>34</sup> **Ergüden**, s. 41.

<sup>35</sup> **Foucault**, Hapishanenin Doğuşu, s. 196.

<sup>36</sup> **Ergüden**, s. 42.

<sup>37</sup> **Ergüden**, s. 46.

Avrupa'da halka açık infazlardan hapisane sistemine geçilmiştir<sup>38</sup>. O halde bu aşamada yapılması gereken, bu tezi, Osmanlı Devleti'nin 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ile test etmek, eğer ortada bir fark var ise bunun nedenini açığa çıkarmaya çalışmaktır. İzleyen bölümde 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi, kaynak alındığı 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu ile birlikte değerlendirilecektir.

## II. 1858 TARİHLİ OSMANLI CEZA KANUNU'NUN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Kanun Hakkında Genel Bilgiler ve Çeviri Tartışması

Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile başlayan Tanzimat Dönemi, Osmanlı Devleti'nde duraklama döneminden bu yana ihtiyacı hissedilen ciddi reformların yapılmasına uygun bir zemin olmuştur. Bu dönemde gerek devlet yönetiminde gerek toplum hayatında önemli reformlar yapılmış, hukuk sistemi de Avrupa örneği alınarak güncellenmiştir. Ceza kanunu da bu anlayışın ürünüdür. Nitekim 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nda da özellikle kanun önünde eşitlik ve cezaların eşitliği konularını güvenceye alacak yeni bir ceza kanunu yapılmasının gerekliliğinden bahsedilmiştir<sup>39</sup>. Bu nedenle öncelikle 1840 tarihli Kanunname ilan edilmiş, ancak beklenen sonuçları sağlayamamıştır. Ardından bu kanunun eksikliklerini ortadan kaldırmak amacıyla 1851 tarihli Kanunname ilan edilmiştir. 1851 tarihli Kanunname, 7 yıl yürürlükte kalsa da sorunları çözmekte başarılı olamamıştır.

Tanzimat Dönemi'nin bu ilk iki ceza kanununun ardından, 1856 tarihli İslahat Fermanı'nın da etkisiyle yeni bir kanun hazırlanması gündeme gelmiş ve 1926 yılına kadar yürürlükte kalacak olan 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas alınarak hazırlanmıştır<sup>40</sup>. Çok tartışmalı olan "esas alınma" konusuna geçmeden önce Kanunname'nin hazırlanışına, sistemine ve özelliklerine bakmak gerekir.

1858 tarihli Kanunname, başkanlığını Ahmet Cevdet Paşa'nın yaptığı ve Meclis-i Ali-i Tanzimat'ın sekiz üyesinden meydana gelen bir komisyon tarafından hazırlanmış, 9 Ağustos 1858 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>41</sup>. 1840

<sup>38</sup> **Catucci**, s. 334. Foucault, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda, belli bazı biçimler altında olmak üzere hapis cezasının ceza alanının tümünü işgal ettiğini ifade eder. Detaylı açıklama için bkz. **Foucault**, Hapishanenin Doğuşu, s. 182.

<sup>39</sup> **Gökçen**, Ahmet: Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s. 12.

<sup>40</sup> **Gökçen**, s. 14.

<sup>41</sup> **Cin**, Halil/**Akgündüz**, Ahmet: Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1989, C. 1, s. 288; **Akgündüz**, Ahmet: Mukayeseli İslam ve Osmanlı

ve 1851 tarihli Kanunnamelerden farklı olan kanunname, bir mukaddime ve üç baptan müteşekkildir. Mukaddime 4 fasıla ayrılırken birinci bap 16 fasıla, ikinci bas 12 fasıla bölünmüştür. Üçüncü bap ise fasıllara ayrılmamıştır. Mukaddimede genel hükümler, suçların taksimi ve cezaların neveleri gösterildikten sonra, birinci bapta ammeye karşı, ikinci bapta kişiler aleyhine, üçüncü bapta da kabahatlerle ilgili suçlara yer verilmiştir<sup>42</sup>.

1858 tarihli Kanunname, kendinden önceki iki kanunnameden her yönüyle farklı bir kanundur. Buna sebep olarak söz konusu kanunun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun çevirisi olması gösterilmişse<sup>43</sup> de kanunnamenin çeviri olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Akgündüz, Kanunname'nin bir çeviri olduğu konusunda kararsızdır. "Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı" isimli kitabının "Osmanlı Ceza Hukuku" başlığında, 1858 tarihli Kanunname'yi eserine almayı ilk başta düşünmediğini belirten Akgündüz, buna gerekçe olarak kanunnamenin İslam Hukuku menşeli olmamasını göstermiş, devam eden satırlarda da kanunnamenin "tamamen batı menşeli yani 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun basit bir tercümesi ve kopyası olmayışı ve yüzde yetmiş yakın hükümlerinin İslama ve eski Osmanlı Ceza Kanunlarına dayanışı sebebiyle" metni eserine eklemeye karar verdiğini belirtmiştir<sup>44</sup>. Gayretli de Akgündüz ile aynı kanıya sahiptir<sup>45</sup>. Gayretli, Kanunname'nin Fransız Ceza Kanunu'nun basit bir tercümesi olmadığını ve metnin aynen iktibas edilmediğini savunmaktadır<sup>46</sup>. Cin ve Akgündüz'ün ortak kanaatine göre ise Kanunname'nin "Fransız Ceza Kanunu'nun yanlış bir tercümesi ve nerede uygulanacağı bilinmeyen acayip bir kanun olduğu" yönündeki görüşler, belgelere ters düşmektedir. Yazarlara göre kanunun vasfını, Tanzimat Dönemi'nin kozmopolit niteliğinde aramak gerekir<sup>47</sup>. Ekinci'ye göre ise Kanunname, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Bununla beraber yazar, kanunun mukaddimesinde, "bu kanunun ta'zir suçlarını tanzim ettiği, hukuk-ı şahsiyyeye, yani mağdur ve

Hukuku Külliyyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1986, s. 806-807.

<sup>42</sup> **Gökçen**, s. 26; **Akgündüz**, s. 807; **Cin/Akgündüz**, s. 288.

<sup>43</sup> **Gökçen**, s. 26.

<sup>44</sup> **Akgündüz**, s. 806.

<sup>45</sup> **Gayretli**, Mehmet: "1858 Osmanlı Ceza Kanununun Kaynağı Üzerindeki Tartışmalar ve Bu Kanuna Ait Bir Taslak Metnin Bir Kısmıyla İlgili Değerlendirmeler", <http://earsiv.ebyu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12432/1763/mgayretli-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, s. 3. (E.T: 23.12.2020)

<sup>46</sup> **Gayretli**, s. 3.

<sup>47</sup> **Cin/Akgündüz**, s. 288, 289.

maktulün velisinin kısas ve diyet taleplerine hanel getirmeyeceğinin” yazılı olmasından hareketle kanunun laik bir kanun olarak sınıflandırılmayacağını savunmaktadır<sup>48</sup>.

Son olarak Gökçen'e göre kanunname, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun tercümesi olmakla birlikte içinde İslam Hukuku'ndan gelen hükümler de mevcuttur<sup>49</sup>. Buna ek olarak Gökçen, Kanunname ile batılı hukuk sistemine girildiğini savunmuştur<sup>50</sup>. Bu husus, çalışmamız bakımından önemlidir. Bir önceki bölümde Avrupa ceza hukukunun geçirdiği değişimden bahsedilmişti. Bu değişimin yaşandığı dönemi takip eden dönemde ilan edilen ve kendisine kaynak kanun olarak 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nu alan Kanunname'nin Avrupa'daki değişimlerden etkilenip etkilenmediğinin incelenmesi gerekmektedir. Batılı hukuk sistemine girilip girilemediği, tam anlamıyla girilemediyse bunun nedenlerinin ne olduğunun saptanması önemlidir. Bu nedenle izleyen başlıkta, karşılaştırmalı bir inceleme yapılacak ve 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu ile 1858 tarihli Kanunname, sistematiği ve suçlar ile cezalara yaklaşımları göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir.

### **B. 1810 Fransız Ceza Kanunu Karşısında 1858 Tarihli Ceza Kanunnamesi**

1858 tarihli Kanunname, hukuk tarihimiz bakımından kendine has bir yere sahiptir. Çeviri olup olmadığı hakkındaki tartışmalar bir kenara bırakılırsa, ilan edildiği dönemin ruhuna uygun şekilde Avrupa'daki gelişmeleri dikkate alan, ayrıca İslam Hukuku'ndan gelen hukuk anlayışına da sırtını çevirmeyen yaklaşımıyla Kanunname'nin, Tanzimat Dönemi Osmanlı Devleti'nin yaşadığı ikiliği bünyesinde barındırdığını söyleyebiliriz. Bir yanıyla yüzünü Batı'ya dönen Kanunname, geçmişinden gelen uygulamalardan da kopmamış, ancak bu iki anlayış arasındaki çelişki nedeniyle bir çatışma ortamı oluşturmuş; böylece Akgündüz'e göre, “*kendi yürüyüşünü terk etmiş, başkasının yürüyüşünü de öğrenememiştir.*”<sup>51</sup>

1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu (Code Pénal De L'empire Français), Napolyon Bonaparte'nin kendini imparator ilan ettiği 1804 yılından altı yıl

<sup>48</sup> **Ekinci**, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2008, s. 563.

<sup>49</sup> **Gökçen**, s. 26.

<sup>50</sup> **Gökçen**, s. 28.

<sup>51</sup> **Akgündüz**, Ahmet: İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumi), Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İmak Ofset Basım Yayın, C. 1, İstanbul 2011, s. 542.



sonra ilan edilmiş, 484 maddeden müteşekkil bir kanundur<sup>52</sup>. Her ne kadar Kanunname'nin yalnızca Fransız Ceza Kanunu'nu kaynak almadığı, söz konusu kaynakla aralarında ciddi farklılıklar olduğu ileri sürülmüşse de<sup>53</sup> de iki kanunun sistematigi incelendiğinde 1858 tarihli Kanunname'nin kanun sistematigi başta olmak üzere, suçlar ve yaptırımlar açısından 1810 tarihli Kanun'u kaynak aldığı söylemek mümkündür. Kanunname'nin İslam Hukuku'ndan gelen ve Osmanlı Hukuku'na yüzyıllardır egemen olan yaklaşımları da bünyesinde barındırması onun, Fransız Ceza Kanunu'nun birebir çevirisi olmadığını düşündürmektedir. Yine de iki kanun, farklı açılardan değerlendirildiğinde farklılıklar kadar benzerlikler de ortaya çıkacaktır. Bu nedenle bu iki kanun, kanun sistematigi ve suçlar ile cezalara yaklaşımı açılarından değerlendirilecektir.

### 1. Kanunların Sistematiği Açısından Değerlendirilmesi

İki kanun, kanun sistematigi açısından incelendiğinde kanunlar arasında benzerlik olduğu görülecektir. Bununla beraber öncelikle, 1858 tarihli Kanunname'nin bir çeviri olmadığını savunanların iddialarına kanıt olarak gösterdikleri madde sayısı farklılığına bakmak gerekir. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu 484 madde iken Kanunname 264 maddedir<sup>54</sup>. Aradaki 220 maddelik fark, kaynak kanundan ilk kopuş olarak değerlendirilebilir. Değerlendirmeyi en başta yapmak gerekirse Kanunname, kaynak kanunu birebir almak yerine ihtiyaçlar çevresinde yorumlayarak almıştır. Benzer yaklaşımı, alt başlıklar ve sınıflandırmada da görmek mümkündür<sup>55</sup>.

Fransız Ceza Kanunu, suçların düzenlendiği kitaplardan önce bulunan bir *Dispositions Préliminaires* (Başlangıç Hükümleri) bölümü ile dört kitaptan oluşmaktadır. Kanunname ise bir mukaddime ile üç baptan oluşmaktadır. Fransız Ceza Kanunu'nun birinci kitabı *Des Peines En Matière Criminelle Et Correctionnelle, Et De Leurs Effets* (Ağır Suç ve Islah Konularındaki Cezalar ve Bunların Hususları) başlığını; ikinci kitabı *Des Personnes Punissables, Excusables Ou Responsables, Pour Crimes Ou Pour Délits* (Ağır Suçlar ya da Suçlar ile Cezalandırılabilir, Affedilebilir ya da Sorumlu Tutulabilir Kişiler) başlığını; üçüncü kitabı, *Des Crimes, Des Délits Et De*

<sup>52</sup> Öner, Senem: "Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan Çevrilmesi", Yayınlanmamış Doktora Tezi, <http://dspace.yildiz.edu.tr/xmlui/handle/1/168>, s. 27 (E.T. 24.12.2020)

<sup>53</sup> Gayretli, s. 1-2.

<sup>54</sup> Kanunname'nin tam metni için bkz. Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, s. 834-876.

<sup>55</sup> Öner, s. 28.

*Leur Punition* (Ağır Suçlar, Suçlar ve Cezaları) başlığını; dördüncü kitabı ise *Contraventions De Police Et Peines* (Polise Karşı Kabahatler ve Cezaları) başlıklarını taşımaktadır<sup>56</sup>. Kanunname'de ise kitaplar yerine baplar üzerinden ayırım yapılmıştır. Birinci bap, “*Zararı Âmm Olan Cinayet ve Cünha ile Mücâzât-ı Müterettibeleri Beyanındadır*” (Zararı Umumi Olan Cinayet ve Cünhalar ile Bunlara İlişkin Cezaların Düzenlenmesi Hakkındadır) başlığını; ikinci bap, “*Eşhaş Hakkında Vuku Bulan Cinayet ve Cünhalarla Mücâzât-ı Müterettibeleri*” (Şahıslar Hakkındaki Cinayet ve Cünhalarla İlişkin Cezaların Düzenlenmesi) başlığını; üçüncü bap, “*Umur-u Tahaffuziyye ve Tanzifiyye ve Zabıtaya Muhalif Hareket Eden Aşhab-ı Kabayihin Cezaları Beyanındadır*” (Temizlik, Koruma ve Zaptiye ile İlgili Kabahatlerin Cezaları Hakkındadır) başlığını taşımaktadır<sup>57</sup>.

Fransız Ceza Kanunu'ndaki kitaplardan ilk üçü alt bölümlere ayrılmıştır. Birinci kitap dört fasıldan (*chapitre*) oluşmaktadır. İkinci kitap bölümlendirilmemiştir. Üçüncü kitap iki bap (*titre*) içermekte; birinci bap üç fasıldan, ikinci bap iki fasıldan oluşmaktadır. Dördüncü kitapta iki fasıl bulunmaktadır<sup>58</sup>. Kanunname'de ise Mukaddime bölümü dört fasla ayrılmıştır. Birinci bap on altı fasıl, ikinci bap on iki fasıla ayrılırken üçüncü bap kısa olduğu için fasıllara ayrılmamıştır<sup>59</sup>.

1858 tarihli Kanunname'yi kendine has konumuna yerleştiren, kaynak kanunda yer almayan birinci maddesidir. Mukaddime'nin birinci faslında yer alan bu madde şu şekildedir:

“Doğrudan doğruya hükümet aleyhine vuku bulan cerâyimin icrây-ı mücâzâtı devlete ait olduğu gibi, bir şahıs aleyhinde vuku bulan cerâyimin âsayiş-i umumiye ihlal eylemesi ciheti dahi kezalik devlete ait olduğundan, tayin ve icrası şer'an emr-i ulül-emre ait olan ta'zirin tayin-i derecâtını dahi işbu Kanunname mütekeffil ve mutazammın olup ancak herhalde şer'an muayyen olan hukuk-u şahsiyeye hâlel gelmeyecektir.”<sup>60</sup>

Bu madde, Kanunname'nin kabul edildiği tarihe kadar ikili bir yapıya sahip olan Osmanlı Hukuku'nun ikili yapısını, en azından şahsi haklar bakımından devam ettireceğini belirtmesi bakımından ilginçtir. Bir yandan suçların devlet tarafından cezalandırılacağı belirtilmişken şahsi hakların saklı

<sup>56</sup> Öner, s. 28.

<sup>57</sup> Öner, s. 28-29; Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, s. 834-876.

<sup>58</sup> Öner, s. 29.

<sup>59</sup> Gökçen, s. 26.

<sup>60</sup> Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, s. 834.

tutulmuş olması, batılılaşma çabalarının yarattığı çelişkiyi ortaya koymakta<sup>61</sup>, yüzyıllardır devam eden İslam hukuku geleneğinin, hukuk sisteminde ikilik yaratma pahasına sürdürüleceğini göstermektedir. Buradan, Kanunname'nin yalnızca bir çeviri olmadığı, kanunu yapanların Batılılaşmayı arzulayan Osmanlı Devleti'nin hukuk geleneğini de geride bırakmayı tercih etmediği sonucuna varabiliriz. Nitekim suçlar ve cezalar kısmında göreceğimiz üzere, İslam Hukuku'ndan gelen yaptırım anlayışı, kaynak kanunun yaptırım anlayışının önüne geçmiştir.

## 2. İki Kanunun Suçlar ve Cezalar Bakımından Değerlendirilmesi

İki kanun öncelikle suçların ayrımı bakımından karşılaştırıldığında kaynak kanunda suçların kanunun birinci maddesinde sınıflandırıldığı görülecektir. Bu ayrıma göre 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu suçları, kabahatler, suçlar ve ağır suçlar olmak üzere üçe ayırmıştır. Bu üçlü ayırmada kabahatler polis cezaları ile; suçlar ıslah cezaları ile; ağır suçlar ise acı verici ya da onur kırıcı cezalar ile cezalandırılacak fiiller olarak tanımlanmıştır<sup>62</sup>. Kanunname'de ise suç ayrımı, Mukaddime bölümünün birinci faslında 2., 3., 4. ve 5. maddelerinde yapılmıştır. Bu maddelerde suçlar cinâyet, cünha ve kabahat olarak ayrılmıştır. Cinâyet suçları mücâzât-ı terhibiye (korkutucu cezalar); cünha suçları mücâzât-ı tedibiye (ıslah edici cezalar); kabahatler muamele-i tekdiriye (azarlama) ile cezalandırılacak davranışlar olarak tanımlanmıştır. Buradan yola çıkarak kaynak kanun tarafından belirlenen suç ayrımlarının Kanunname'de de benimsendiğini söyleyebiliriz. Yalnızca, kaynak kanunda suçlar, hafiften ağıra doğru sıralanırken Kanunname'de tam tersi bir yöntem benimsenmiş ve ağırdan hafife doğru gidilmiştir<sup>63</sup>.

Suçların ayırımından sonra bu suç teşkil edilen hareketlere verilen cezalara göre bir ayrıma gidilirse kaynak kanunun, ilk bölümde anlatılan yeni ceza sistemi ile hapis cezalarının gelişimini takip eden, farklı anlayışları bünyesinde barındıran bir kanun olduğunu görüyoruz. Nitekim kanun metni incelendiğinde gerek yeni ceza sisteminin önerdiği yaptırımlar gerek de hapis cezasının kanunda kendilerine yer bulduklarını söyleyebiliriz. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu, kabahatleri tanımladıktan sonra dokuzuncu maddede bu suçlara uygulanacak yaptırımları öngörmüştür. Maddeye göre bu cezalar; bir ıslahevinde geçici hapis, belli haklardan geçici süre ile mah-

<sup>61</sup> Gökçen, s. 30.

<sup>62</sup> Öner, s. 31.

<sup>63</sup> Öner, s. 32; Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, s. 835; Gökçen, s. 28-30.

rumiyet ve para cezasıdır<sup>64</sup>. Kanun sekizinci maddesinde suçları tanımladıktan sonra bu suçların onur kırıcı cezalar olarak tanımlanan boyunduruk, uzaklaştırma (sürgün) ve medeni haklardan mahrumiyet cezaları ile cezalandırılacağını belirtmiştir<sup>65</sup>. Son olarak ağır suçları tanımlayan kaynak kanun, altıncı maddesinde ağır suçların acı verici ve onur kırıcı ya da sadece onur kırıcı cezalarla cezalandırılacağına hükmetmiş, yedinci maddede bu cezaları idam, müebbet kürek, sürgün, geçici kürek ve ağır hapis cezası olarak saymıştır<sup>66</sup>. O halde kaynak kanunun tercih ettiği yaptırımlara bakıldığında kanunun, hem ilk bölümde saydığımız dört tür yaptırımı hem de hapis cezasını (ağır ve geçici olmak üzere) kabul ettiğini görürüz.

1858 tarihli Ceza Kanunnamesi'ni cezalar bakımından incelediğimizde kanunnamenin cezalar bakımından zengin bir yapıya sahip olduğunu söyleyebiliriz. Bunun sebebi, kaynak metinden gelen cezaların yanı sıra İslam Hukuku'ndan gelen yaptırımlara da yer verilmesidir<sup>67</sup>. Kanunname, kaynak kanundan idam, müebbet kürek, geçici kürek, sürgün, medeni haklardan mahrumiyet, geçici hapis, para cezasını alırken ağır hapis cezasını kalebentlik cezası olarak almıştır<sup>68</sup>. Bunlara ek olarak İslam Hukuku'ndan gelen kısas, diyet gibi şahsi haklarla ilgili cezalara da yer vermiştir.

Bu noktada hapis cezasının üzerinde daha dikkatli durmak gerekmektedir. Yukarıda kaynak kanunun, hapis cezasına ağır ve geçici olmak üzere iki farklı şekilde yer verdiği belirtilmişti. Buna karşın Kanunname, ağır hapis cezasını kalebentlik cezasına çevirmiş; geçici hapis cezasının ise üst sınırını değiştirerek cezayı bir hafta ile sınırlandırmıştır<sup>69</sup>. Ağır hapis cezası yerine getirilen kalebentlik cezası ilk defa bu kanunnamede düzenlenmiştir. Kanunnamenin 23, 24, 25, 26, 27, 30, 32 ve 33. maddelerinde kalebentlik cezası ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır<sup>70</sup>. Kalebentlik cezası, devletçe belirlenen kalelerden birinde hapis olarak kalmak olup geçici veya müebbet olarak verilebilen bir ceza olarak tasarlanmıştır. Kalebentlik cezasını hapis cezasından ayıran, kalebentlik cezasının bir hapishanede değil, etrafı surlarla çevrili bir kalede infaz edilmesidir. Bir kale sınırları içerisindeki kalebent, kale içinde ve dışındaki şahıslarla konuşabilmekte, buralarda çalışabilmekte,

<sup>64</sup> Öner, s. 37-38.

<sup>65</sup> Öner, s. 36.

<sup>66</sup> Öner, s. 34-35.

<sup>67</sup> Gökçen, s. 31.

<sup>68</sup> Gökçen, s. 31; Öner, s. 35.

<sup>69</sup> Öner, s. 38.

<sup>70</sup> Gökçen, s. 43.

sanatlarını icra edebilmekte, hatta eğer varsa ailelerini yanlarına aldırarak bir arada yaşayabilmekte, hatta evlenebilmektedir<sup>71</sup>. Kanunname'nin hapis cezası yerine tercih ettiği ve ağırlık verdiği kalebentlik, birinci bölümde anlattığımız üzere, hapis cezasından beklenen amaçları sağlamaktan uzak bir yaptırım türü olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Kalebent olanların, kale içinde kalmak şartıyla hayatlarına devam edebilmeleri, Avrupa'da yaşanan ve hapis cezasının ceza kanunlarında hâkim yaptırım olmasıyla sonuçlanan süreç düşünüldüğünde, dönemin anlayışıyla çelişmektedir. Kaynak kanundan bir kopma yaşanan bu noktada, bu kopmanın nedenlerine bakmak gerekir. Şahsi kanaatimize göre bu kopmanın sebebi, Osmanlı Hukukunu etkileyen İslam Ceza Hukuku anlayışının hapis cezasına yaklaşımıdır.

### C. İslam Ceza Hukukunda Hapis Cezası

İslam Ceza Hukuku'nda suçlar ve cezalar bir arada düzenlenmiş ve suçlardan ayrı sadece cezalarla ilgili ayrımlar yapılmamıştır<sup>72</sup>. Suç sayılan eylemlere ilişkin adlandırmalar cezalar için de kullanılmıştır. Bu akılda tutularak suçlar ve cezaların üçlü bir ayrıma tabi tutulduğu söylenebilir. Bunlar had, kısas (cinâyet) ve ta'zirdir<sup>73</sup>.

Had suçları, uygulamadaki bazı aksaklıklara rağmen İslam devletlerinin tamamında, itirazsız kabul edilen ve değiştirilemeyen suçlar ve cezalardır. Değiştirilememelerinin sebebi had suçlarının ve cezalarının Kur'an ve sünnette kesin sınırlar içinde belirlenmiş olmalarıdır<sup>74</sup>. Belirlenen sınırlar aşıldığı anda had cezasını gerektirecek bir suç oluşmamış demektir. Son derece katı bir şekilde belirlenen bu suçlar yedi adettir: Zina, iffete iftira, içki içmek, hırsızlık, yol kesme (hirabe), dinden dönme ve isyan<sup>75</sup>.

Kıyas ya da daha yaygın kullanımıyla cinâyet suçları, insanın canına, malına ve ırzına yönelik şer'an yasak olan fiillere denir. Bu suçlara verilen ceza kısas veya diyet cezaları olmuştur<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> Gökçen, s. 43-45.

<sup>72</sup> Gökçen, s. 65.

<sup>73</sup> Akgündüz, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumi), s. 513-514.

<sup>74</sup> Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, s. 804; Cin/Akgündüz, s. 264-265.

<sup>75</sup> Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, s. 804; Cin/Akgündüz, s. 265.

<sup>76</sup> Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, s. 804; Cin/Akgündüz, s. 271.

Ta'zir suçları ise had ve cinâyet suçları dışında kalan, miktarı ve keyfiyeti Kur'an ve sünnet tarafından belirlenmemiş suç ve cezalara denir<sup>77</sup>. İslam Hukuku, bütün suçların cezalarını kesin olarak tespit etmeyip suçlar ve cezaları belirleme işini, belli esaslar çerçevesinde zamanın kanun koyucusuna bırakmıştır. Kanun koyucu ihtardan idama kadar bu suçların cezalarını belirleyebilir. Ayrıca had ve cinâyet suçlarının aksine ta'zir cezaları için affin mümkün olduğu kabul edilmiştir<sup>78</sup>. İslam Hukuku tarafından kesin olarak yasak kabul edilen fiiller, hakkında had veya cinâyet cezası öngörülmele beraber suçun unsurlarının tam olarak gerçekleşmemesi nedeniyle ta'zir cezasıyla cezalandırılması öngörülen fiiller, had veya cinâyet olarak görülmeyen, ancak yasaklanmış fiiller ve aslında yasak olmadığı halde kamu yararı ve düzeni açısından yasak kabul edilen fiiller ta'zir suçunun kapsamına girer. Örnek vermek gerekirse bazı yasak yiyecek ve içeceklerin yenilmesi ve içilmesi, ölçü ve tartıda hile yapılması, faiz, sövme, hakaret, rüşvet, ihracat yasağına uymama gibi eylemler ta'zir suçları olarak kabul edilmiştir<sup>79</sup>.

Kaynaklarda ve uygulamada görülen bazı ta'zir cezaları ise şunlardır: İdam, celd (sopa ile dövme), hapis, sürgün (nefy), öğüt verme, kınama, tehdit, teşhir, para cezası. Osmanlı Devleti'nde bu cezalara ek olarak kürek cezası, prangabentlik ve kalebentlik cezaları uygulanmıştır<sup>80</sup>. Görüleceği üzere hapis cezası da ta'zir cezaları arasındadır.

İslam Hukuku'nda hapis cezalarının niteliğine geçmeden önce İslam Hukuku'nun cezalandırmadaki amacına bakarsak temel amaç toplum düzenini sağlamak olduğu için ceza ile zulüm çektirmek ya da intikam almak amaçlanmamıştır<sup>81</sup>. Genel önleme düşüncesinin hâkim olduğu İslam Hukuku'nda cezalarda sosyal fayda gözetilmiş, bunun yanı sıra özel önleme düşüncesine de önem verilmiştir. Cezanın, suçlunun ahlakını güzelleştirmek, onu uslandırmak, böylece de tekrar suç işlemesini engellemek için verildiği düşüncesi ön planda tutulmuştur<sup>82</sup>. Bu yaklaşımı, konumuz özelinde hapis cezalarında görebiliriz.

<sup>77</sup> **Akgündüz**, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, s. 804; **Cin/Akgündüz**, s. 277.

<sup>78</sup> **Cin/Akgündüz**, s. 277; **Akgündüz**, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumi), s. 533.

<sup>79</sup> **Cin/Akgündüz**, s. 278-279; **Akgündüz**, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumi), s. 534.

<sup>80</sup> **Cin/Akgündüz**, s. 279-281; **Akgündüz**, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumi), s. 535-536.

<sup>81</sup> **Gökçen**, s. 65; **Akgündüz**, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumi), s. 513.

<sup>82</sup> **Gökçen**, s. 65.

İslam Hukuku'nda taziren verilen hapis cezası, süresi belirli ve belirsiz olmak üzere iki şekilde uygulanır. Süresi belirli olan hapis cezaları müebbet hapis cezası ve muvakkat hapis cezası olmak üzere ikiye ayrılır. Muvakkat hapis cezasının alt sınırı bir gündür. Üst sınırı ise kimilerine göre altı ay, kimi İslam hukukçularına göre ise bir yıl olmalıdır. Üçüncü bir görüş, üst sınırın devlet başkanı tarafından takdir edilmesi gerektiğini savunmuştur<sup>83</sup>. Süresi belirsiz hapis cezası ise, suçlunun tövbe ettiği ve ıslah ettiği anlaşılınca kadar verilen, amacın suçlunun ıslahını sağlamak olduğu cezadır.

Hapis cezası, İslam Hukuku'nda hiçbir zaman asli ceza olarak görülmemiştir. Diğer cezalara ek olarak uygulanmıştır. Hapis cezasının temel ceza olarak öngörüldüğü durumlarda da eğer hapis cezasının suçluyu ıslah etmekte etkili olmayacağı anlaşılırsa başka bir cezanın uygulanabileceği öngörülmüştür<sup>84</sup>. İslam hukukunda hapis cezası ile amaçlanan suçluların, suçlarıyla ilgili olarak tövbe edinceye kadar tutulmaları olduğu için bu ceza, çok uzun süreli olarak tayin edilmemiş; suçlunun pişmanlık hissetmesini sağlayacak bir araç olarak düşünülmüştür. Öyle ki, suçlulara takdir edilen cezanın miktarı önceden belirlensin ya da belirlenmesin, suçlu tövbe etmişse ya da ıslah olduğu görülmüşse, takdir edilen cezanın süresinin dolup dolmadığına bakılmaksızın, hapis cezasının amacı olan ıslahın gerçekleşmiş olması sebebiyle, suçlunun cezasını tamamladığı kabul edilmiştir<sup>85</sup>. Ayrıca suçluların, bakmakla yükümlü oldukları aileleri olduğu ve hapis cezasının, suçlunun ailesini zor durumda bırakacağı düşüncesinden hareketle uzun süreli hapis cezalarına sıcak bakılmamıştır. Hapis, suç ve cezanın şahsiliği prensibine aykırı görülmüş; insanın ibadetlerini ve himayesi altındakilere karşı mükellefiyetlerini yerine getirebilmek için serbest olması gerektiği düşünülmüştür<sup>86</sup>. Özellikle Osmanlı Devleti'nde, 1858 Ceza Kanunnamesi'nde hapis cezasının yerine daha rahat bir yaşam imkânı sunan kalebentlik cezasının öngörülmesinin sebebinin bu olduğu söylenebilir. Nitekim kalebentlik cezasında mahkûm, ailesini yanına alabilmekte ve kalebent olduğu kalede ekonomik hayatını sürdürebilmekteydi.

Bakıldığında, hapis cezasının İslam Hukuku'ndaki fer'i niteliğinin, Osmanlı Hukuku'nu da etkilediği görülecektir. Osmanlı hukukunda asli

<sup>83</sup> **Gökçen**, s. 81; **Görkemli**, Burcu: "İslam Hukukunda ve Modern Hukukta Hapis Cezası ve Hapishaneler", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2015, s. 179, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/eruhfd/issue/35605/395564> (E.T: 24.12.2020).

<sup>84</sup> **Gökçen**, s. 81.

<sup>85</sup> **Görkemli**, s. 181-182.

<sup>86</sup> **Ekinci**, s. 340-341.

ceza, bedene yönelik cezadır. Çünkü bedene yönelen cezanın herkeste aynı acıya sebep olduğundan, adaletin tecellisine daha elverişli olduğu düşünülmüştür. Hapis cezası, İslam Hukuku'ndan hareketle fer'i olarak nitelendirilmiş ve suçluyu bir işi yapmaya, bir malı teslim, borcunu ödemeye, suç ortağını söylemeye, suç aletini göstermeye sevk etmek için geçici bir ceza olarak uygulanmıştır<sup>87</sup>.

O halde hapis cezasından beklenene bakıldığında modern anlamdaki hapis cezası ile İslam Hukuku'nun benimsediği hapis cezası anlayışının birbirlerinden farklı olduğu görülür. İslam Hukuku'nun suçlunun ıslahından anladığı ahlak temelli bir ıslahdır. Buna bağlı olarak hapis cezası kişinin vicdanına yönelen bir uygulama olarak görülmüştür. Diğer cezalar gibi hapis cezası da suçlunun ahlakını güzelleştirmek için verilmiştir<sup>88</sup>. Avrupa'da ise ıslah, bireyin sosyal ve ekonomik yaşantısını denetim altına almayı amaçlayan bir dizi iktidar mekanizmasının yöneldiği bir hedef olmuştur. İslahın amacı, insanların yaşamını üretici güce dönüştürmek olarak görülmüş ve bunu sağlamanın en iyi yolunun, hapishanenin de içinde bulunduğu kapatma kurumları olduğu düşünülmüştür. Fabrika, okul, psikiyatri kliniği, hastane gibi kapatma kurumları arasında hapishanenin öne çıkmasının nedeni, bütün bu kapatma kurumlarının yoğunlaşmış, örnek teşkil eden, sembolik biçimi olmasıdır<sup>89</sup>. Hapishane, bünyesindekilerin mekân içindeki hayatını dakikalara bölerek kontrol etmiş, onları üretici güce dönüştürmek için bir dizi uygulama geliştirmiştir. İslam Hukuku'nda ise tövbe etmeye daha fazla önem verildiği için haliyle hapishaneden ve hapis cezasından, suçluyu dönüştürme işlevini gerçekleştirmesi beklenmemiş, bu nedenle de hapis cezası fer'i niteliğini sürdürmüştür. İslam Hukuku'nda hapis cezası, kişisel bir nitelik taşıyan tövbe mekanizmasını varlığı nedeniyle özel önlemeye daha yakın olmuş, kişinin kendi kendine ıslah olması beklenmiştir. Avrupa uygulamasında ise hapishane mekânında kişinin ıslah edilmesi bir dizi uygulamayla sağlanmaya çalışılmıştır. Bu açıdan baktığımızda İslam Hukuku'ndaki hapis cezasının beklemeye geçen pasif bir süreç, sanayileşmeye başlayan Avrupa'da ortaya çıkan ve hapishaneyle birlikte sisteme dahil olan hapis cezasının ise mahkumların sonunda dönüştürülmesini hedefleyen aktif bir süreç olduğunu söyleyebiliriz.

Bütün bunların ışığında 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi'ne baktığımızda bu iki anlayışın karşılaştığını görürüz. Kaynak kanun, hapis cezasına

<sup>87</sup> **Ekinci**, s. 338.

<sup>88</sup> **Gökçen**, s. 65.

<sup>89</sup> **Foucault**, Büyük Kapatılma, s. 252.



yer vermiş olmasına rağmen Kanunname’de İslam Hukuku’ndan gelen anlayışla hapis cezasına sıcak bakılmamış, bunun yerine kalebentlik cezası uygulanmıştır. Bu tercihin bilinçli olduğu açıktır. Zaten Kanunname incelendiğinde batılılaşma düşüncesinin yanında gelenekleri terk etmeme düşüncesinin de bulunduğu görülecektir. Hazırlık çalışmaları sırasında Kanunname’nin, Şeyhülislamlık makamına gönderilip bu makam tarafından önerilen bazı önemli değişikliklerin ve ilavelerin metne işlenmesi de buna işaret etmektedir<sup>90</sup>. Sonuçta Kanunname’nin İslam Hukuku’ndan gelen hükümlerle uyumlu olmasına dikkat edilmiştir. Belki de bu düşünce, Kanunname’nin tartışmalara konu olan sistematığının oluşumunda da etkili olmuştur. Ancak sonuçta hapis cezalarının asli ceza olarak kabul edilmemesi, hapishanelerin kuruluşunu da etkilemiştir. Avrupa’da hapishaneler 1760-1865 yılları arasında muntazam şeklini alırken Osmanlı Devleti’nde 1840’larda başlayan hapishane yapımı, 1870’te ilk örnek hapishanenin Sultanahmet’te açılmasıyla hız kazanmış, ancak Avrupa’daki hapishanelerin seviyesine ulaşamamıştır<sup>91</sup>.

Son olarak Kanunname’nin ilanından sonra hapis cezalarının kısa süreli olmasının bilhassa istenmesine ek olarak, kısa süreli hapis cezalarının yerine para cezasının tercih edilmesi ya da kısa süreli hapis cezasını gerektiren fiillerin suç olmaktan çıkarılması önerileri de getirilmiştir. Bu önerilerin sebebi, kısa süreli hapis cezalarının mahkûmun ıslahını sağlayamaması, aksine diğer mahkûmların kötü huylarını alması nedeniyle beklenen ıslah etkisinden uzaklaşıldığı düşüncesidir<sup>92</sup>. Hapis cezası ve hapishane kurumunun bu kronik sorununun<sup>93</sup>, 1858 Kanunnamesi döneminde tartışılması ve bu sorunun çözümü için öneriler getirilmesi önemli bir noktadır. Bu sorunun görülebilmiş olmasının temel nedeni, İslam Hukuku’nun hapis cezasına karşı tutumudur.

<sup>90</sup> **Akgündüz**, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, s. 806.

<sup>91</sup> **Yıldız**, Özgür: “Osmanlı Hapishaneleri Üzerine Bir Değerlendirme: Karesi Hapishanesi Örneği”, Akademik Bakış, C. 9, S. 17, 2015, s. 92-95. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/74051> (E.T: 24.12.2020). 1914 yılında Trabzon Valisi Salih Rifat, Adliye Nezareti’ne gönderdiği raporda 200 kişilik şehir hapishanesinde 600’den fazla mahkûm ve mevkufun sağlıksız koşullarda yaşadığını anlatmıştır. Detaylı bilgi için bkz. **Soran**, Volkan: “Cumhuriyetin İlk Yıllarına Ait Hapishaneler Raporu Üzerine Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, S. 59, 2016, s. 113-114.

<sup>92</sup> **Mustafa Reşit**’ten aktaran **Gökçen**, s. 47.

<sup>93</sup> Hapishane, ilk ortaya çıktığı andan beri reform çabalarının ve tartışmalarının odağı olmuştur. **Ergüden**, s. 37.

Sonuç olarak her ne kadar 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan etkilenmişse de 1858 tarihli Kanunname'nin dönemin anlayışını tam anlamıyla yansıtan bir kanun olmadığını söyleyebiliriz. Bu durumun en büyük sebebi, Osmanlı Hukuku'na uzun yıllardır egemen olan İslam hukuku anlayışından o dönemde vazgeçilmemesidir. İslam hukukundan gelen hükümlerin korunmak istemesi ve İslam hukukunu hapis cezasına bakış açısı, dönemin kanunkoyucusunu da etkilemiş; yeni gelişen ve benzer tarihli diğer kanunlarda kendisine yer bulan hapis cezasına sıcak bakılmamasına neden olmuştur. Bu anlayış, Osmanlı Devleti'nin sona erip yeni Türk Cumhuriyeti'nin kurulmasına kadar devam etmiştir. İzleyen bölümde incelenecek olan 1926 tarihli Ceza Kanunu, 1858 tarihli Kanunname gibi kaynağını Avrupa'dan almışsa da -görüleceği üzere- yeni anlayışı da benimsemiştir.

### III. 1926 TARİHLİ TÜRK CEZA KANUNU'NUN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Kanun Hakkında Genel Bilgiler

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulması, pek çok bakımdan Osmanlı Devleti'nden kesin kopuş ve yeni bir başlangıç anlamına gelmiştir. Hemen hemen her alanda önemli reformların yapıldığı bu dönem de yeni bir kanunlaştırma hareketine girişilmiştir. Cumhuriyet dönemi kanunlaştırma hareketleri ile yapılmak istenen yalnızca mevcut kanunların reforma tabi tutulması değil, yeni siyasi rejimle birlikte yeni bir hukuk düzenine de geçmektir<sup>94</sup>. Bu nedenle bu kopuş ve yeni başlangıç, hukuk alanında köklü değişimlerle gerçekleştirilmiştir. Osmanlı Devleti'nin dini hukuk sisteminin yerine geçmesi planlanan yeni hukuk düzeninin laik bir sistem olması düşünülmüş ve bu nedenle “modern, zinde, dinamik bir toplum yaratmak” için yeni bir hukuk düzeni oluşturulmaya çalışılmış, bunun yolu da o dönem için “resepsiyon” yolunda bulunarak Avrupa'daki kanunlar incelenmiştir<sup>95</sup>. 1926 tarihli Ceza Kanunu da bu arayışın bir ürünüdür.

Cumhuriyetin ilanı sırasında yürürlükteki ceza kanunu, bir önceki başlıkta incelemiş olduğumuz 1858 tarihli Kanunname'dir. Kanunname'nin

<sup>94</sup> **Sözüer**, Adem: “Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü, Yarını (Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 3039, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/ADEM-SOZUER.pdf> (E.T. 02.01.2021)

<sup>95</sup> **Hafizoğulları**, Zeki: “Türk Ceza Hukukunun Esasları, Pazar Ekonomisinin Oluşması ve İşlemesinde Önemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1, 1993, s. 24, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/629618> (E.T. 02.01.2021)

birtakım sorunları bünyesinde barındırdığını, bu nedenle de tartışıldığını ifade etmiştik. Tartışılan Kanunname'nin yerini alacak yeni bir ceza kanunu için çalışmalar, İkinci Meşrutiyet'ten sonra başlamıştır<sup>96</sup>. Bu doğrultuda 1909 yılında dönemin Adliye Nazırı Necmettin Molla Bey, 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nu tercüme ettirmiş ve bu tercümeden hareketle bir "Ceza Kanunu Layihası" hazırlanmıştır. Ancak kanun tasarısının müzakeresinin ve kabulünün seneler süreceği, halbuki mevcut kanundaki eksikliklerin bir an önce giderilmesi gerekçe gösterilerek layiha 1911 yılında geri alınmıştır<sup>97</sup>.

Kanunname'nin yerine yeni bir ceza kanununun meydana getirilmesi çalışmaları Birinci Dünya Savaşı'nın bitimiyle devam etmiştir. Adliye Nezareti 1920 yılında bir komisyon oluşturmuş, 1921 yılına kadar otuz sekiz toplantı yapmış, ancak o dönem çalışmalarına devam edememiştir. 1923 yılında ise "Tadili Kavanin Komisyonları" adı altında altı komisyon kurulmuş ve çalışmalara hız kazandırılmıştır<sup>98</sup>. Kesintiye uğrayan çalışmalarına 1924 yılında tekrar başlayan komisyonlar, her ne kadar belirli maddeler üzerinde anlaşmışlarsa da 1925 yılına gelindiğine hala metnin son halini şekillendirememişlerdir. Bunun üzerine, tasarının bir an önce Meclis'e sunulmasını isteyen Adliye Vekili Mahmut Esat Bozkurt, Eskişehir'de Mehmet İhsan Bey başkanlığında yeni bir komisyon kurduğunu<sup>99</sup>. Eskişehir Komisyonu olarak adlandırılan bu komisyon, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 1909 yılında Adliye Nezareti tarafından yaptırılan tercümesini esas alarak çok kısa bir sürede ceza kanunu tasarısını hazırlayarak meclise sunmuştur. Üzerinde pek çok değişiklik yapılan metin 1 Mart 1926 tarihinde kabul edilmiştir<sup>100</sup>.

Kanunun 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan çevrilmiş olması o dönem tartışmalara neden olmuştur. Adalet Komisyonu raporunda İtalyan Kanunu'nun en yeni ve en mükemmel ceza kanunlarından biri olduğu belirtilmiş, daha sonraki yıllarda doktrinde de kaynak kanunun inkılapçı, insani ve liberal olduğu görüşüne yer verilmiştir<sup>101</sup>. Ancak esas nedenin elde hazır bir çevirinin bulunması olduğu söylenebilir. Nitekim Kunter'e göre, kanu-

<sup>96</sup> **Artuk**, Mehmet Emin: "1926 Türk Ceza Yasası ile 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'nın Hazırlanması Üzerine Düşünceler", 75 Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu Bildiri Kitabı, Dicle Üniversitesi Yayınları, 1998, s. 158.

<sup>97</sup> **Artuk**, s. 158.

<sup>98</sup> **Kunter**, Nurullah: "Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi – Ne Bulduk, Ne Yapmalıyız?" İstanbul Barosu Mecmuası, S. 10, 1948, s. 543, **Artuk**, s. 159.

<sup>99</sup> **Kunter**, s. 545; **Artuk**, s. 159.

<sup>100</sup> **Kunter**, s. 546; **Artuk**, s. 160.

<sup>101</sup> **Artuk**, s. 160.

numuzun kabul edildiği dönemde, kendi ülkesinde eleştirilen ve değiştirilmesi için çalışmalara başlanmış olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun alınmasının nedeni elde mevcut ve çevirisi hazır bir kanun olmasıdır<sup>102</sup>. Ancak tartışmaların üzerinde uzlaştıkları nokta, tamamen milli bir kanun, üç beş senede yapılamayacağı için yeni cumhuriyetin acil ihtiyacının göz önünde tutulmasının doğru olduğudur. Bu durum ne kadar kabul edilebilir olsa da 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 1909 tarihli çevirisinin, birkaç değişiklik yapılarak kullanılması ve oluşturulan tasarıya çarçabuk birkaç değişiklik eklenmesi, kanunun sistematikliğini problemlili hale getirmiştir. Kanunun yirmi iki senede on bir değişiklik geçirmesinin sebebi de aceleden kaynaklı eksikliklerdir<sup>103</sup>.

### B. 1889 Tarihli İtalyan Ceza Kanunu İle Karşılaştırma

Zanardelli Kanunu olarak da bilinen 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, 1890-1930 tarihleri arasında İtalya'da uygulanmış, birçok Avrupa ceza kanununun yanı sıra Güney Amerika yasalarını da etkilemiştir<sup>104</sup>. 1930 yılında yerini Rocco Kanunu'na bırakan Zanardelli Kanunu, o dönemde İtalya'daki ceza yasalarını birleştirmiş, idam cezasını kaldırmış, işçilere grev hakkı tanımış; şartlı tahliyeyi, suçluların rehabilite edilmelerini, hakimin takdir yetkisini ve akıl hastalığının kişiyi yargılamadan muaf tutacağını kabul etmiştir. Zaten bu özellikleriyle döneminin en liberal ve en çok övülen kanunlarından biri olmuştur<sup>105</sup>. Kanunun ruhuna egemen olan bu anlayış, esasında Zanardelli'nin düşünceleridir. Ona göre, bir suçluyu sadece dizginlemek yeterli değildi, suçluyu düzeltmek ve eğitmek de gereklidir. Zanardelli, bu düşüncelerini kanun metninde de yansıtmış ve ortaya Zanardelli Kanunu çıkmıştır.

Liberal bir anlayışın ürünü olan Zanardelli Kanunu, döneminde ülkesinde de eleştirilmiştir. Özellikle 1930'da yerini Rocco Kanunu'na bırak-

<sup>102</sup> **Kunter**, s. 546.

<sup>103</sup> **Kunter**, s. 549. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girene kadar, 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu toplamda 54 kez değişikliğe uğramıştır.

<sup>104</sup> **Cadoppi**, Alberto: "The Zanardelli Code and Codification in the Countries of the Common Law", James Cook University Law Review, Vol. 7, 2000, İtalyanca'dan çeviren: Justice Cullinane, s. 120. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/JCULawRw/2000/5.pdf> (E. T. 05.01.2021)

<sup>105</sup> **Skinner**, Stephen J.: "Tainted Law? The Italian Penal Code, Fascism and Democracy", International Journal of Law in Context, Vol. 7, 2011, s. 8. <https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10036/3416/S.%20Skinner%20-%20%27Tainted%20Law%27%20IJLC%202011.pdf?sequence=6&isAllowed=y> (E. T. 05.01.2021)

madan önce söz konusu kanun, bireyin özgürlüğünü bir dogma olarak kabul ettiği ve onu fetişleştirdiği gerekçeleriyle bizzat Rocco tarafından eleştirilmiştir<sup>106</sup>.

Bakıldığında 1889 tarihli Zanardelli Kanunu'nun dönemin gelişen anlayışını yansıtan bir kanun olduğunu söyleyebiliriz. Bizzat Zanardelli'nin suçluların eğitilmeleri ve düzeltilmeleri gerektiği yönündeki düşüncesinin ürünü olan Kanun'un idam cezasını kaldırması, hapis cezasına ağırlık vermesi yeni ceza sistemini benimsediğini göstermektedir. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu ile karşılaştırmak gerekirse 1889 tarihli Zanardelli Kanunu, hapis cezasıyla ortaya çıkan sistemi daha rafine bir şekilde bünyesinde barındırmış ve sürgün cezası dışında, Beccaria ve takipçilerinin önerdiği yaptırımlardan uzaklaşmıştır. Zanardelli Kanunu'ndan çevrilen 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu da 1858 tarihli Kanunname'nin aksine kaynak kanuna, bir istisna dışında, daha sadık kalmıştır.

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, 1858 tarihli Kanunname'nin cinayet, cünha ve kabahat olarak kabul ettiği suç ayrımı yerine, 1899 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun benimsediği cürüm ve kabahat ayrımını tercih etmiştir<sup>107</sup>. Söz konusu ayrımı ifade eden birinci maddede ayrıca kanunilik ilkesine de yer verilmiştir.

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun suçlar ve kabahatler için kabul ettiği cezalar da 1858 tarihli Kanunname'nin yaklaşımından farklıdır. Öncelikle 1858 tarihli Kanunname'de suçları ve cezaları bir arada ifade etmeyi uygun bulan anlayışının aksine yeni Türk Ceza Kanunu'nda suçlar ve cezalar farklı maddelerde ele alınmıştır. Kanun'un birinci maddesi suçları açıklarken 11. maddede suçlara mahsus cezalar belirtilmiştir. Buna göre cürümlere idam cezası<sup>108</sup>, ağır hapis, hapis, sürgün cezası, ağır cezayı nakdi, hidemati ammeden memnuiyet cezaları; kabahatlere ise hafif hapis, hafif cezayı nakdi, muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası cezaları verilecektir. Aynı maddede şahsi hürriyeti tahdit eden cezalar tabirinden ağır hapis, hapis, sürgün ve hafif hapis cezalarının anlaşılacağı belirtilmiştir<sup>109</sup>. 12-30. maddeler

<sup>106</sup> Skinner, s. 10.

<sup>107</sup> Her ne kadar kanunun yetiştirilmesi için acele edilmesinden kaynaklı terim yanlışlıklarına metinde rastlansa da Kunter'e göre ilk tasarının aksine ikili ayırım, özellikle tercih edilmiştir. Kunter, s. 545.

<sup>108</sup> 1926 tarihli TCK'nın 1889 tarihli Zanardelli Kanunu'ndan cezalar açısından ayrıldığı en önemli nokta idam cezasına yer verilmesidir. TCK'da idam cezası, 2004 yılına kadar varlığını sürdürmüştür.

<sup>109</sup> Kanun metni için bkz. <https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm>, (E. T. 05.01.2021)

arasında söz konusu cezaların ne oldukları ve nasıl uygulanacaklarına yer verilmiştir. 15. maddede ise hapis cezasının yedi günden yirmi seneye kadar olduğunun ifade edilmesi yine 1858 tarihli Kanunname'nin anlayışından farklı bir anlayışla karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir.

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, suçlar ve cezaları açısından incelendiğinde hapis cezalarının yeni kanunda başat bir konumda bulunduğu kolaylıkla söylenebilir. Kanun, sürgün cezası dışında (ki bu ceza da sadece 249, 512 ve 587. maddelerde düzenlenmiştir.) suçların temel olarak hapis cezası ile cezalandırılmasını tercih etmiş, belirli özel suçlar için farklı cezalar öngörmüştür. Ama temelde, kanunun benimsediği temel ceza, hapis cezasıdır. Bu durum kaynak kanundan, 1858 tarihli Kanunname'nin aksine uzaklaşmadığını göstermektedir. Esasında hem Kanunname hem de 1926 tarihli Kanun temelde Avrupa kanunlarını örnek alsalar da bu kanunları örnek alma biçimleri birbirlerinden ayrılmıştır. 1858 tarihli Kanunname'nin 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan neden farklı bir yola saptığı bir önceki bölümde anlatılmıştı, izleyen bölümde 1926 tarihli Ceza Kanunu'nun yeni sistemi benimsemesinin nedenleri tartışmaya açılacaktır.

### C. Yeni Anlayış, Yeni Kanun, Yeni Sistem

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, Türkiye Cumhuriyeti'nin gerçekleştirmek istediği hukuk reformunun önemli adımlarından biridir. Yukarıda bahsedildiği gibi bu reform, yeni bir hukuk sistemine geçişi amaçlamış, Osmanlı Devleti'nin iki başlı ve İslam Hukuku'nun etkisindeki hukuk sisteminin yerine laik bir hukuk sistemi tercih edilmiştir. Bu tercih, öncelikle suçların ayırımında kendisini göstermiş, İslam Hukuku'ndan gelen üçlü ayırım yerine ikili ayırım tercih edilmiştir.

Laik bir hukuk sistemine geçme tercihi beraberinde Avrupa kanunlarının incelenmesini getirmiştir. Bunun sebebinin Avrupa hukuk sistemine dahil olmak isteği olduğunu söyleyebiliriz. Bunun için de Avrupa hukuk sisteminin, özellikle yeni ceza hukuku sisteminin en saf örneklerinden biri olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu tercih edilmiştir. Her ne kadar İtalyan Ceza Kanunu'nda döneminin en yeni kanunu olmasa da<sup>110</sup> gelişmekte olan ceza teorisini temel almış ve kanunun ruhuna işleyebilmiş bir metindir. İdam cezasından uzaklaşılması, hapis cezasının merkezi konumu ve cezalara suçluları rehabilite etme işlevi veren yaklaşımıyla tarihin akışında ceza teorisini-

<sup>110</sup> Nitekim İtalyan Ceza Kanunu, dönemin en yeni kanunu değildir. 1896 Bulgaristan ve 1905 Rusya Ceza Kanunları bu kanundan daha yenidir. **Artuk**, s. 162, 26 numaralı dipnot.

nin ilerlemekte olduğu yolun önemli bir yolcusudur<sup>111</sup>. Yukarıda bu yolun, gelişen kapitalizm ve burjuvazinin takip etmek istediği bir yol olduğu ifade edilmişti. Yeni kurulan ve muasır medeniyetler seviyesine ulaşmayı temel hedeflerinden biri haline getiren Türkiye Cumhuriyeti'nin bu kanunu tercih etmesindeki sebeplerin bir diğeri de budur. Yeni, laik bir hukuk sistemiyle Avrupa hukuk sistemine dahil olmak, muasır medeniyetler seviyesine ulaşma hedefini sağlamakta önemli bir adım olarak görülmüştür.

Bununla birlikte yeni cumhuriyetin doğduğu koşulları da değerlendirmek gerekir. Osmanlı Devleti'nin son yıllardaki ekonomik çöküşü, yüksek borçlanma ve üzerine iki büyük savaşın yarattığı yıkım, Türkiye Cumhuriyeti'ni daha kuruluşta çok zor bir mücadeleyle karşı karşıya bırakmıştır. Bu koşullarda devlet, yerli bir burjuvazinin oluşturulmasını kendi eliyle sağlama görevini üstlenmiştir. Bu nedenle İslam Hukuku'nun neden olduğu hukuki ikilikten uzak, bedensel cezaların yerini toplumu şekillendirecek hapisanelerde geçirilen hapis cezasının aldığı bir hukuk sisteminin tercih edilmesi, yeni cumhuriyetin amaçlarına da uygundur. Kurulmasının ardından hiç vakit kaybetmeden ekonomik hamleler yapan cumhuriyet, yeni bankalar, fabrikalar açmış; istihdamı artırmak için çabalamış, üreten bir toplum yaratmak için mücadele etmiştir. Bu mücadelenin eskimiş bir hukuk anlayışıyla yapılamayacağı açıktır. İşte sanayi ve tarım zenginliğini yaratmak için mekânsal ve toplumsal bir yeniden dağılımın peşinde olan Türkiye Cumhuriyeti, hukukunu da bu amacına uygun hale getirmeyi tercih etmiştir. Nitekim hukuk reformu, yalnızca ceza hukukuyla sınırlı kalmamış, özellikle Medeni Hukuk ve Ticaret Hukuku bağlamında çok önemli reformlara imza atılmıştır. Bu atılımları, iktidarın disipline edilmiş bireye olan ihtiyacını karşılama hamleleri olarak okumak mümkündür. Avrupa'da XVII. ve XVIII. yüzyıllarında genel egemenlik kurma formülleri haline gelen disiplinler, bağımlı ve idmanlı bedenler, "itaatkâr" bedenler imal etmiştir<sup>112</sup>. Mekânsal ve toplumsal bir yeniden dağılımın peşinde olan yeni cumhuriyetin de disiplin araçları yoluyla bu dağılımı gerçekleştireceği bireyleri yetiştirmeyi planladığı söylenebilir.

1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan kodifikasyon yoluyla alınarak kabul edilen 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun, benzer bir kodifikasyonla 1810 tarihli Fransız Kanunu'ndan alınan 1858 tarihli Ceza Kanunname-

<sup>111</sup> Bu ilerlemenin biraz geç kalmış olduğu söylenebilir. Nitekim Foucault, Avrupa ceza kanunlarının bedeni hedef almaktan çıkmasının 10 yıl içinde gerçekleştiğini belirtmiştir. Bizde ise 68 yıl beklemek gerekmiştir. Bkz. **Foucault**, Hapishanenin Doğuşu, s. 39.

<sup>112</sup> **Foucault**, Hapishanenin Doğuşu, s. 211.

si'nden, kaynak kanuna bağlılık bakımından ayrılmasının nedeni zihniyet değişimidir. 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi, ikili bir hukuk sistemine sahip olan imparatorluğun ceza yasalarını birleştirmeyi amaçlayan, ancak yüzyıllardır taşıdığı ikiliği bünyesinden atamayan bir kanundur. Devletin pek çok kurumunu etkileyen İslam hukukunun yorumlarından etkilenerek o dönem gelişmekte olan hapis cezasına, kanunnamede yer vermeye sıcak bakılmamıştır. Üstelik Avrupa'da gelişmekte olan kapitalizm ve yeni üretim biçimi, Osmanlı Devleti ülkesinde gelişme koşullarını bulamadığı için yeni bir zenginlik üretilmemiş ve üretilemeyen zenginliğin korunması, elbette ki gerekmemiştir. 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu ise yeni bir devletin yeni bir anlayış benimseme yolunda, istenen anlayışı çok iyi temsil ettiği düşünülen bir kanun kaynak kabul edilerek hazırlanmıştır. Ancak Avrupa'dan farklılaştığı noktalar vardır. Hapis cezası ve hapishane kurumu, devlet eliyle yapılan yatırımlar neticesinde oluşması beklenen zenginlik henüz oluşmadan, sermaye birikimi gerçekleşmeden sisteme dahil edilmiştir. Foucault'ya göre hapis cezası sisteminde beden, bir araç ya da aracı durumundadır<sup>113</sup>. Bir yasaklar sistemi içerisine alınan bedenden beklenen, bu sistem içerisinde çalışmayı öğrenmesidir.

Avrupa'da, zenginliğin artması ve sermayenin birikimiyle bu yeni gelişen zenginliğe yönelik tehdidi engellemeyi amaçlayan özel bir denetim kurumu olarak ortaya çıkan hapis cezası ve hapishane kurumuna karşılık Türkiye'de hapis cezasının sistemin temel cezası haline gelmesi, zenginliğin gelişmesinden önce olmuştur. Ancak yine de hapishanelerde çalışmanın önünün açılması, bu konuda düzenlemeler yapılması<sup>114</sup> ve hapishanelerde mahkumların çalıştırılmalarının önerilmesi de devlet eliyle topluma benimsenilmeye çalışılan yeni üretim biçimine katkı sağlamak amacıyla atılmış adımlardır. Bu amacın Foucault'nun cezai tedbirlere yönelik düşünceleriyle örtüştüğü görülebilir. Foucault'ya göre cezai sürecin yalnızca kişileri bastır-

<sup>113</sup> Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 43.

<sup>114</sup> 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun 14. maddesine göre "*Mevkûflardan çalışmak isteyenler ceza ve tevfiik evi dahilinde çalıştırılabilirler.*" Adliye Vekaletince hazırlatılan 24.12.1931 tarihli hapishanelerin durumuna ilişkin raporda da "*Hapishane hayatının esasını teşkil eden, iktisadi olduğu kadar sıhhi ve terbiyevi maksatlar taşıyan çalışma meselesinin hapishanelerimizde tamamen denebilecek bir derecede ihmal edilmiş olduğu*" kaydedilmiş ve bu konuda çalışmalar yapılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca raporda mahkumların çalıştırılmalarındaki faydanın tüm dünyaca kabul edildiği ifade edilmiştir. Son olarak raporda, hapishanelerin büyük merkezlerin yakınında veya sanayi merkezlerinde tesis edilmeleri önerilmiştir. Bu öneri, yukarıda ifade ettiğimiz hususlarla örtüşmesi bakımından önemlidir. Detaylı açıklama için bkz. Soran, s. 118-127.



maya, engellemeye, dışlamaya veya onları yok etmeye olanak veren olumsuz mekanizmalar olmadıklarının farkına varılması gerekir<sup>115</sup>. Hapis cezasının cezalandırmada başat öge konumuna yerleşmesi, bu cezanın olumsuz yanı sebebiyle değil, beden üzerinde hakimiyet kurabilmesi ve bedeni istediği gibi şekillendirebileceği düşüncesine inanılmasıyla sağlanmıştır. Foucault'ya göre hapishaneye konulan bedenin hem üretken beden hem de tabi kılınmış beden haline getirilebilirse devlet için yararlı olacağı düşüncesinden hareket edilmiştir<sup>116</sup>. Modern bir devlet yapısı ve üreten bir toplum modeli kurmak isteyen Türkiye Cumhuriyeti, devlet eliyle başlattığı ekonomi hamlesini hukuk ile sürdürmüştür. 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nda, diğer devletlerin ceza kanunlarına benzer şekilde, hapis cezasına önem verilmesinin nedeni, Osmanlı Devleti'nden farklı bir zihniyete sahip olan Türkiye Cumhuriyeti'nin modern bir devlet yapısı kurma isteğidir. Bu isteğin etkisiyle eski dönemin bedene yönelik ceza sisteminden ruha yönelik ceza sistemine geçilmiştir<sup>117</sup>.

Bu noktada yukarıda da ifade edilen bir anlayışa geri dönmek gereklidir. Hatırlanacağı üzere İslam hukukunda hapis cezasının suçlunun ıslahının beklendiği pasif bir süreç olduğu ifade edilmişti. Bu sürecin etkililiği tartışmalıdır. Nitekim İslam hukukunda suçlunun ıslah olduğunu söylemesi, hapis cezasının kaldırılması için yeterli görülmüştür. Ancak bu kabulün, yeni cezalandırma sisteminden bekleneni karşılamayacağı açıktır. Avrupa'da başlayan ceza hukuku ıslahatı, cezalandırma iktidarının etkilerini artırma, cezalandırmanın ekonomik ve siyasal maliyetini düşürme amacıyla gerçekleşmiştir<sup>118</sup>. İslam hukukunun hapis cezası anlayışında hapishanedeki suçlunun ıslah olduğunu beyan etmesini bekleyen iktidarın, cezalandırmadaki etkisi az olacaktır. Üstelik bu sistemde, cezanın sona ermesi, suçlunun ıslah olduğuna yönelik ifadesine bırakılmıştır. Cezalandırmadan beklenen amacı zedeleyebilecek bu kabul karşısında iktidarın pasif kaldığı söylenebilir. Yeni ceza sisteminde ise cezalandırma iktidarı daha düzenli, etkili ve sabit hale gelecek; süreç, suçlunun inisiyatifinden kanunlara, yani iktidara geçecektir. Türk Ceza Kanunu'ndaki bu değişikliği, bu açıdan da okumak önemlidir. Yeni sistemle birlikte Foucault'nun belirttiği üzere "daha az cezalandırmak değil de daha iyi cezalandırmak" tercih edilmiştir<sup>119</sup>.

<sup>115</sup> Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 61.

<sup>116</sup> Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 63.

<sup>117</sup> G. De Mably'den aktaran Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 51.

<sup>118</sup> Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 135.

<sup>119</sup> Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 137.

Bakıldığında, hapis cezasına yaklaşımları açısından 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ile 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu arasındaki fark, kanunların ilanı arasındaki 68 yılda yaşanan zihniyet değişikliğidir. Cezalandırmanın amacının toplumu korumak olduğu bir anlayıştan bireylerin denetlenmesinin esas amaç olduğu bir anlayışa geçilmesinin sebebi de budur.<sup>120</sup> Osmanlı Devleti'nin ardından kurulan yeni Türkiye Cumhuriyeti, kurulduğu anda hedefini muasır medeniyetler seviyesine ulaşmak olarak belirlemiş, bunun için modern bir devlet yapısı kurması gerektiğini gördüğü için gereken adımları atmıştır. Bunun neticesinde 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi'nin aksine kaynak kanunu takip eden, yeni ceza hukuku sistemini benimsemiş 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu kabul edilmiş ve 68 yıl önceki kanunda kendisine zoraki yer bulabilen hapis cezası, cezalandırmanın başat ögesi olmuştur.

### SONUÇ

Bu makalede 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ile 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, hapis cezasına yaklaşımları açısından karşılaştırılmıştır. Böyle bir karşılaştırmanın hareket noktası, her iki kanunun da dönemin Avrupası'nın ceza kanunlarından kodifikasyonla alınmış olmasıdır. Her iki kanuna da kaynak olan kanunlar, Avrupa'nın ceza hukuku tarihinde yeni geldiği bir noktayı temsil etmelerine ve hapis cezasına yer vermelerine karşın 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ile 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu arasındaki farkın nedeni sorunsallaştırılmıştır.

On sekizinci yüzyılın sonu ve on dokuzuncu yüzyılın başında gerçekleştirilen hukuk ve ceza sistemi reformuyla yeni bir anlayış doğmuştur. Esasında hapis cezası ve hapisane kurumu, bu yeni ceza sistemine dahil değildir. Hatta yeni ceza sistemiyle aynı dönemde ortaya çıkmasına rağmen, yeni ceza sisteminin öngördüğü yaptırımları geride bırakmış ve -günümüzde de devam ettiği üzere- ceza hukukunda başat yaptırım haline gelmiştir. Foucault'ya göre, Beccaria, Bentham gibi ünlü düşünürlerin savunuculuğunu yaptığı yeni ceza sistemi reformu karşısında hapis cezasının başarılı olmasının nedeni dönem Avrupası'nda gelişmesi hız kazanan kapitalizm ve yeni üretim biçimidir. Kapitalizmin beraberinde getirdiği yeni üretim biçimiyle beraber yeni bir zenginlik oluşmuş, bu zenginliği oluşturan üretim araçları da zenginliğin bir parçası görülmüştür. İşte, yeni oluşan bu zenginliği korumak ve zenginlik artışının devamını sağlayacak bireylerin üretimi için diğer

<sup>120</sup> Nitekim bu değişimin ilk olarak yaşandığı Avrupa'ya bakıldığında XVIII. yüzyılın sonundan itibaren mülkiyete karşı suçlarda büyük bir artış yaşanması, bireyin denetlenmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bkz. **Foucault**, Hapishanenin Doğuşu, s. 128.

disiplin kurumlarının yanı sıra hapisane kurumuna da ihtiyaç duyulmuştur. Hapis cezasının temel ceza haline gelmesinin sebebi, çalışmayan bireyin denetlenmesi, dönüştürülmesi ve sisteme dahil edilmesi ihtiyacıdır. 19. yüzyıl ceza kanunları, bu ihtiyaca cevap verecek şekilde ve giderek artan bir oranda hapis cezasını bünyelerine almıştır.

1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nu esas alınarak hazırlanan 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ise döneminin kanunlarından farklı olarak hapis cezası verilmesine pek sıcak bakmamıştır. Bunun en temel sebebi, Osmanlı Devleti'nin hukuku etkileyen İslam Hukuku'nun hapis cezasına bakışıdır. İslam Hukuku'nda hapis cezası hiçbir zaman temel ceza olmamış, ıslahı sağlamakta etkili bir ceza olarak görülmemiştir. İslam Hukuku'nun etkisinin çok bariz bir şekilde hissedildiği 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi de bu nedenle hapis cezasından uzaklaşmış, kalebentlik cezasına yer vermiştir.

Osmanlı Devleti'nin ardından kurulan Türkiye Cumhuriyeti ise kuruluşuyla birlikte esaslı reformlar planlamış, hukuk sistemini modern bir hale getirmek için çalışmalara başlamıştır. Devletin öncelikli hedefleri, ekonomik kalkınmayı sağlamak ve muasır medeniyetler seviyesine ulaşmak olduğu için dönemin Avrupası örnek alınmış, yapılan hukuk reformlarında önce de Avrupa kanunları incelenmiştir. 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu da 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas edilmiş, 1858 tarihli Kanunname'nin aksine hapis cezasına sırt çevrilmemiştir. Aksine yeni Türk Ceza Kanunu, hapis cezasını temel ceza olarak kabul etmiştir. Bunun öncelikli nedeni laik bir hukuk sistemi kurulmak istendiği için İslam Hukuku anlayışının terk edilmesidir. İkinci neden, ekonomik kalkınmayı sağlamak isteyen yeni cumhuriyetin bu amacının, hapis cezasının dahil olduğu yeni ceza sistemiyle sağlanabileceği düşüncesidir. Zihniyet değişikliği neticesinde, esasında aynı gelenekten gelen kanunlardan iktibas yoluyla alınan iki kanun, hapis cezasına farklı yaklaşmış; 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu ile hapis cezası, cezalandırma sistemimizde temel öge olmuştur.

## KAYNAKLAR

- Akgündüz**, Ahmet: İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumi), Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İmak Ofset Basım Yayın, C. 1, İstanbul 2011.
- Akgündüz**, Ahmet: Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1986.
- Artuk**, Mehmet Emin: “1926 Türk Ceza Yasası ile 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'nın Hazırlanması Üzerine Düşünceler”, 75 Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu Bildiri Kitabı, Dicle Üniversitesi Yayınları, 1998.
- Beccaria**, Cesare (Çev. Sami Selçuk): Suçlar ve Cezalar Hakkında, İmge Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2014.
- Bentham**, Jeremy (çev. Ömer Saruhanlıoğlu, Uğur Kaşif Boyacı): Ahlak ve Yasama ilkeleri, Litera Yayıncılık, 2017.
- Cadoppi**, Alberto: “The Zanardelli Code and Codification in the Countries of the Common Law”, James Cook University Law Review, Vol. 7, 2000, İtalyanca'dan çeviren: Justice Cullinane, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/JCULawRw/2000/5.pdf> (E. T. 05.01.2021)
- Catucci**, Stefano: “*The Prison Beyond Its Theory Between Michel Foucault's Militancy and Thought*”, Prison Architecture and Humans, (Editörler: Elisabeth Fransson, Francesca Giofre, Berit Johnsen), Cappelen Damm Akademisk, 2018.
- Cin**, Halil/**Akgündüz**, Ahmet: Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1989, C. 1.
- Ekinci**, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2008.
- Ergüden**, Işık: Hapishane Çağı Kapatılan İnsan, Versus Kitap, İstanbul 2007.
- Foucault**, Michel (çev. Işık Ergüden): “Büyük Kapatılma”, Büyük Kapatılma içinde, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2015.
- Foucault**, Michel (Çev. Işık Ergüden): “Hakikat ve Hukuksal Biçimler”, Büyük Kapatılma içinde.
- Foucault**, Michel (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay): Hapishanenin Doğuşu, İmge Kitabevi, Ankara 2015.

- Gayretli**, Mehmet: “1858 Osmanlı Ceza Kanununun Kaynağı Üzerindeki Tartışmalar ve Bu Kanuna Ait Bir Taslak Metnin Bir Kısmıyla İlgili Değerlendirmeler”, <http://earsiv.ebyu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12432/1763/mgayretli-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, s. 3. (E.T: 23.12.2020)
- Gökçen**, Ahmet: Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989.
- Görkemli**, Burcu: “İslam Hukukunda ve Modern Hukukta Hapis Cezası ve Hapishaneler”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2015, s. 179, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/eruhfd/issue/35605/395564> (E.T: 24.12.2020).
- Hafizoğulları**, Zeki: “Türk Ceza Hukukunun Esasları, Pazar Ekonomisinin Oluşması ve İşleminde Önemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1, 1993, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629618> (E.T. 02.01.2021)
- Kunter**, Nurullah: “Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi – Ne Bulduk, Ne Yapmalıyız?” İstanbul Barosu Mecmuası, S. 10, 1948.
- Öner**, Senem: “Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan Çevrilmesi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, <http://dspace.yildiz.edu.tr/xmlui/handle/1/168>. (E.T. 24.12.2020)
- Roth**, Mitchel P. (Çev. Barışhan Erdoğan): Göze Göz, Suç ve Cezanın Küresel Tarihi, Can Yayınları, İstanbul 2017.
- Rousseau**, J. J. (Çev. Vedat Günyol): Toplum Sözleşmesi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2019.
- Skinner**, Stephen J.: “Tainted Law? The Italian Penal Code, Fascism and Democracy”, International Journal of Law in Context, Vol. 7, 2011, <https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10036/3416/S.%20Skinner%20-%20%27Tainted%20Law%27%20IJLC%202011.pdf?sequence=6&isAllowed=y> (E. T. 05.01.2021)
- Soran**, Volkan: “Cumhuriyetin İlk Yıllarına Ait Hapishaneler Raporu Üzerine Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, S. 59, 2016, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/624719> (E.T: 25.12.2020)
- Sözüer**, Adem: “Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü, Yarını (Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar)”, Dokuz Eylül

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/ADEM-SOZUER.pdf> (E.T. 02.01.2021)

**Yıldız**, Özgür: “Osmanlı Hapishaneleri Üzerine Bir Değerlendirme: Karesi Hapishanesi Örneği”, Akademik Bakış, C. 9, S. 17, 2015, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/74051> (E.T: 24.12.2020)

#### **Online Kaynaklar**

<https://ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm>



## MOBESE İZLEME VE KAYITLARI: GÖZETİM TOPLUMU BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1089766>

Arş. Gör. Hazan Dicle ÖZER<sup>\*,\*\*</sup>

### Öz

Toplumsal bir pratik olarak gözetimin tarihi oldukça eski olmakla birlikte gözetimin bir iktidar mekanizması olarak kullanılmaya başlanması modernite ile mümkün olmuştur. Modern toplumda iktidarın devamlılığı, bilgiye sahip olabilmesine bağlıdır. Bu anlamda modernlikle birlikte farklı gözetim mekanizmalarına ihtiyaç doğmuştur. Bunlardan biri kameralı gözetleme olarak karşımıza çıkar. Günümüz Türkiye'sinin kameralı gözetleme aracı MOBESE'ye ise yalnızca kent merkezlerinde değil, herhangi bir sokakta rastlamak mümkündür. Ne var ki bu sistemin kurulmasına, kullanımına, kayıtlarına yönelik herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple yasal dayanaktan yoksun ve özel hayatın gizliliği başta olmak üzere insan haklarına bir müdahale niteliğinde olan MOBESE izleme ve kayıtları, dönem dönem tartışma konusu olmaktadır. Makale günümüzde toplumsal yaşamın ve bir delil elde etme aracı olarak hukuk uygulamasının vazgeçilmez bir aracı hâline gelmiş olan MOBESE'yi ve MOBESE kameraları ile izleme ve kayıt altına almayı gözetim toplumu bağlamında değerlendirmektedir.

### Anahtar Kelimeler

MOBESE, Kameralı Gözetleme, Gözetim toplumu, Modern toplum, Panoptikon

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, İzmir (hazandicleozer@gmail.com), ORCID: 0000-0003-0505-1221 (Geliş Tarihi: 23.02.2022-Kabul Tarihi: 02.03.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

\*\* Bu çalışma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı, "Ceza Muhakemesi Hukuku Soruşturma Evresi" dersinde sunulan seminer ödevinin, Doç. Dr. Koray DOĞAN ve dersi alan doktora öğrencilerinin değerlendirmeleri çerçevesinde geliştirilmiş hâlidir. Destek ve katkılarından dolayı Doç. Dr. Koray DOĞAN'a, dönem arkadaşlarıma ve çalışmayı ayrıca gözden geçirerek, görüş ve katkılarını sunan Dr. Öğr. Üyesi Engin TOPUZKANAMIŞ'a teşekkür ederim.



## MOBESE MONITORING AND RECORDINGS: AN ASSESMENT IN THE CONTEXT OF THE SURVEILLANCE SOCIETY

*(Research Article)*

### **Abstract**

*Although the history of surveillance as a social practice is quite old, the use of surveillance as a power mechanism has been possible with modernity. The continuity of power in modern society depends on its ability to have knowledge. In this sense, with modernity, the need for different surveillance mechanisms has arisen. One of them is camera surveillance. It is possible to come across MOBESE which is the camera surveillance tool of today's Turkey, not only in city centers but on any street. However, there is not any legal regulation regarding the installation, use and recording of this system. For this reason, MOBESE monitoring and recordings which lack legal basis and interfere with human rights, especially the right of privacy, become a subject of discussion from time to time. This article evaluates MOBESE, which has become an indispensable tool for social life and legal practice as means of obtaining evidence, and monitoring and recording with MOBESE cameras in the context of surveillance society.*

### **Keywords**

*MOBESE, Camera Surveillance, Surveillance society, Modern society, Panopticon*

## GİRİŞ

Modern ulus-devletlerle birlikte geçmişten farklı ve gelişmiş pratiklerle iktidar mekanizmalarının ve toplumsal yaşamın parçası hâline getirilen “gözetleme”, bugün adına yaraşır bir şekilde hayatımızın her alanında üzerimizde bir “göz” hissettiğimiz bir hâle bürünmüştür. Modern kapitalist devletlerin, kapitalizm öncesi toplumlardaki basit gözetleme mekanizmaları ile toplumsal düzeni tesis etme, sanayi kapitalizmi ile ortaya çıkan yeni üretim biçimini yerleştirme, rasyonel bir disiplini tesis etme ve değişen toplumda *aylaklığı* ya da suçluluğu önleme gibi amaçlarını karşılayamaması ile birlikte farklı gözetim mekanizmalarını üretmesi, bir diğer deyişle gözetim teknolojilerinin icadı bir zorunluluk hâline gelmiştir.

Gözetim teknolojileri, daha çok Foucault’nun işaret etmesiyle gündeme gelmiş ve önemi fark edilmiş bir proje olan Bentham’ın Panoptikon’undan bu yana çok yol kat etmiştir. Günümüzde gözetim mekanizmaları yalnızca *anormal* insanların belirli alanlara kapatılması ve izlenmesinin çok ötesine geçerek *herkesin* izlendiği ve gözleendiği bir hâl almıştır. Elbette bugün gözetim artık yalnızca devletin toplumsal düzeni sağlanmasına hizmet eden bir araç değil; bunun da ötesinde toplumsal ve ekonomik düzenin bizzat kendisini oluşturmakta rol oynamaktadır. Burada piyasanın rolünün de görmezden gelinmemesi gerekir. Modernliğin erken dönemlerinde sadece modern devletin bir mekanizması olan *gözetlemenin* artık piyasanın da doğrudan kullandığı bir mekanizma hâline geldiği aşikardır. Nitekim “kişisel veri” kavramının bu denli bir zorunluluk olarak gündeme gelmesinin nedeni de budur. Ancak bu çalışma gözetimin ve gözetim toplumunun tüketim ve piyasa ile ilişkilerinden ziyade, modern devletin suçu ve suçluluğu önleme politikası bağlamında gözetimi ele almaya çalışacaktır. Bunun günümüzdeki en önemli örneklerinden biri ise *güvenlik* saikiyle kameralar ile gerçekleştirilen gözetlemedir.

Türkiye’de gözetim pratiklerinin başında gelen kameralar ile gözetleme, kısaltması MOBESE olan bir sistem ile gerçekleştirilmektedir. MOBESE, günümüzde toplumsal yaşamın olağan bir parçası hâline gelmiş, 2000’li yılların başlarından bu yana giderek çoğalmış ve her köşe başında yerini almıştır. Başlangıçta yalnızca trafik takip ve kontrolü maksadıyla getirildiği kabul edilen sistem, bu kadar uzun süredir ve gittikçe artan bir biçimde kullanılmasına karşın sistemin dayanağı olarak kabul edilebilecek açık herhangi bir yasal düzenleme ise bulunmamaktadır. Bu kapsamda, bu çalışmada öncelikle gözetim ve gözetim toplumu kavramları incelenecek ve daha sonra kameralı gözetleme, MOBESE’lerin ve MOBESE ile izleme,

kayıt alma ve saklama uygulamalarının hukukiliğine ilişkin tartışmalar ve AIHM'nin değerlendirmeleri ışığında Türkiye örneği incelenecektir.

## I. GÖZETİMİN GELİŞİMİ VE DÖNÜŞÜMÜ

### A. Gözetim ve Gözetim Toplumu Kavramları

Gözetim/gözetleme (surveillance) kelimesi, Fransızca'daki *sur* "üzerine, üzerinde" ve *veiller* "izlemek" kelimelerinin birleşiminden oluşmaktadır ve ilk kez 18. yüzyılın sonlarına doğru kullanılmıştır. Bu kavram genel anlamıyla kişilerin davranış, durum ve hareketlerinin yakından izlenmesine karşılık gelir<sup>1</sup>. Türkçe'de gözetimin himaye (koruma) ve nezaret (bakma) ile bağdaştırılması da önemlidir<sup>2</sup>. Nitekim Lyon da gözetlemenin iki yüzünden bahseder; bunlardan biri koruma, diğeri ise kontroldür<sup>3</sup>.

Gözetim; "etkileme, yönetme, koruma, yönlendirme gibi amaçlarla" kişisel verilere yönelik "odaklı, sistemli ve düzenli bir ilgi"dir<sup>4</sup>. Bugün yaşadığımız şekilde bireylerin eylemlerinin bazı özel veya tüzel kişilerce izlenmesini, aynı zamanda bireylere ait çeşitli verilerin toplanmasını ve depolanmasını içerir<sup>5</sup>. Ancak gözetleme kavramı modern toplumlarda ve geleneksel toplumlarda mevcut farklı olanak ve koşullar sebebiyle farklı biçimlerde kendini gösterebilir. Küçük kırsal gruplarda gözetleme ile modern kentlerdeki gözetleme şekilleri birbirinden ayrışır. Nitekim modern anlamda gözetleme gündelik yaşamın her alanında ve sürekli iken geleneksel anlamda

<sup>1</sup> Online Etymology Dictionary, ([https://www.etymonline.com/word/surveillance#etymonline\\_v\\_22429](https://www.etymonline.com/word/surveillance#etymonline_v_22429), Erişim Tarihi: 22.5.2020); **Güven**, Oğuzhan Özgür: "Gözetim Tekniklerinin Güç İlişkileri Bağlamında Dönüşümü ve Toplumsal Denetim", Atatürk İletişim Dergisi, S. 7, Temmuz 2014, s. 80.

<sup>2</sup> Türk Dil Kurumu Sözlüğü, (<https://sozluk.tdk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 22.12.2020)

<sup>3</sup> **Lyon**, David: Gözetlenen Toplum, çev. Gözde Soykan, Kalkedon Yayıncılık, 2006, (Gözetlenen Toplum), s. 14-18; **Demircan**, Gülçin: "Gözetim ve Gözetimin Toplumsal Meşruiyeti Üzerine Bir İnceleme", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 2033-2062, s. 2036.

<sup>4</sup> **Lyon**, David: Gözetim Çalışmaları- Genel Bir Bakış, çev. Ali Toprak, Kalkedon Yayınları, İstanbul 2013, (Gözetim Çalışmaları), s. 31; **Dolgun**, Uğur: Şeffaf Hapishane yahut Gözetim Toplumu- Küreselleşen Dünyada Gözetim, Toplumsal Denetim ve İktidar İlişkileri, 3. Basım, Ötüken Neşriyat, Ankara 2015, (Şeffaf Hapishane), s. 148.

<sup>5</sup> **Giddens**, Anthony: Ulus Devlet ve Şiddet, çev. Cumhuriyet Atay, İkinci Basım, Kalkedon Yayınları, İstanbul 2008, (Ulus Devlet), s. 24-25; **Karakehya**, Hakan: "Gözetim ve Suçla Mücadele: Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.2, 2009, s. 319-357, s. 325; **Dolgun**, Şeffaf Hapishane, s. 148; **Demircan**, s. 2036.

gözetleme komşunun komşuyu izlemesi seviyesinden çok da öteye gitmiş değildir<sup>6</sup>.

Esasen modern anlamda oldukça farklılaşmasına karşın “gözetim” o kadar da yeni bir kavram sayılmaz. Gözetimin insanlık tarihi boyunca -usul ve görünümleri oldukça değişmekle beraber- var olduğunu söyleyebiliriz. Bu anlamda, gözetim pratiklerinin gelişiminin üç aşamada incelendiği kabul edilebilir: modernlik öncesindeki *pastoral nitelikli* gözetleme (yerleşik uygarlıklar, göçebe toplumlar, askerî devletler, feodal beylikler, kilise, imparatorluklar), modernlikte ulus-devletle birlikte üretim güçlerinden en fazla faydanın sağlanmasını hedefleyen sanayi kapitalizmi açısından gözetleme ve son olarak enformasyon teknolojilerine dayanan gözetleme<sup>7</sup>.

Giddens açısından yazının bulunması ile gözetim faaliyetleri arasında önemli bir ilişki vardır ve hatta gözetim yazının bulunmasıyla birlikte başlamıştır. Yazıyla birlikte, kayıt veya çetele tutmak ve böylece birtakım olayları ve faaliyetleri düzenleyip sıralamak mümkün olmuştur<sup>8</sup>. Antik dönem yöneticileri tarafından vergi, askerlik hizmeti ve nüfusa ilişkin kayıtların tutulduğu; M.Ö. 15. yüzyılda İsrail halkının birden fazla nüfus sayımı yaptığı bilinmektedir<sup>9</sup>. Demek ki o dönemlerde de vergi, askerlik hizmeti ve nüfusa ilişkin verileri toplayıp belirli bir düzene koymak gibi şekillerde kendini gösteren bir gözetim anlayışı mevcuttur. Yine bugün kabul ettiğimiz şekilde bir bilgi-gözetim ilişkisine vurgu yaptıklarından bahsedemsek de örneğin M.Ö. 4. yüzyılda yaşamış Hintli yazar Çanakya'nın Arthashastra'sı gibi birçok kadim kitapta da insanlarla ilgili bilgi sahibi olmanın önemine vurgular vardır<sup>10</sup>.

Bugünkü şekliyle, devletin toplum ve ülkesi üzerinde gözetiminin ortaya çıkışı modernliğin erken dönemlerine denk gelir<sup>11</sup>. Modernlik öncesi dönem açısından devletin güvenliği sağlamak adına ya da başka herhangi bir ideolojik amaçla bir gözetim faaliyeti yürüttüğünden söz edilemez. Gelecekte toplumda insanlar, aynı yerde bulunarak (ortak mevcudiyet kurarak) fiziksel bedenleriyle birbirleri için ulaşılabilir ve dolayısıyla doğrudan

<sup>6</sup> Giddens, Ulus Devlet ve Şiddet, s. 25.

<sup>7</sup> Dolgun, Şeffaf Hapishane, s. 16-17.

<sup>8</sup> Giddens, Ulus Devlet ve Şiddet, s. 64-67.

<sup>9</sup> Karakehya, s. 325, 329.

<sup>10</sup> Lyon, Gözetim Çalışmaları, s. 116.

<sup>11</sup> Gözetim toplumunun “ortaya çıkışının izleri, modernitenin koordine ve kontrol isteğine kadar sürülebilir.” Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 98.

sosyal ilişkiler kurmuşlardır<sup>12</sup>. Buna yüz yüze gözetim de denmektedir<sup>13</sup>. Bu anlamda geleneksel toplumda, küçük yerlerde yaşayan insanların birbirlerini yakından tanımaları, birbirlerinin hareketlerini izleyebilmeleri ve izlemeleri söz konusu olmuştur. Böylece antropologların “genelleştirilmiş karşılıklık” adını verdikleri bir etkinlik olarak gözetim söz konusu olmuştur<sup>14</sup>. Cemaat şeklinde örgütlenmiş bu topluluklarda insanların birbirlerini tanımamasından gelen bir çeşit şeffaflıktan söz edilebilir. Bu şeffaflık içinde insanların birbirlerini izleyerek gözetimi vasıtasıyla bir çeşit güvenlik sağlanır. Bu küçük topluluklarda, insanlar birbirlerinin hayatları hakkında o kadar çok şey biliyordur ki bu bilgi düzenleyici bir amaca yönelebilmektedir<sup>15</sup>. Birbirlerini çok iyi tanıdıklarından ötürü aynı zamanda aralarına herhangi bir yabancı karıştığında da bunu fark edip gereken önlemleri alabilmektedirler<sup>16</sup>. Ancak 16. yüzyıl ve sonrası dönemde nüfus artışının, İngiliz Devrimi, Fransız Devrimi gibi burjuva devrimlerinin, Sanayi Devriminin ve dönemin batı toplumlarında yaşanan diğer birçok kökten değişimin etkisiyle artık birbirini tanımayan, öncesine oranla daha az tanıyan yahut yaşam alanlarında tanıdıkları insanlar tanımadıklarından çok daha az sayıda olan insanların bir arada yaşadığı modern kentlerin, kent yaşamının ortaya çıkmasıyla birlikte bu geleneksel gözetim yetersiz kalmıştır<sup>17</sup>.

Kentler, cemaatlerdeki gibi sürekli gözetilmesi mümkün olmayan ve “efendisiz-aylaklar” olarak tanımlanan kaygısız, uyumsuz, tehlikeli ve ehlileştirilemeyen aylak insanlar ortaya çıkarmıştır. Öyle ki İngiltere’de 1531 tarihli *Vagabonds Act*<sup>18</sup> (Aylaklar Yasası)’nda bu aylakların bir tanımı dahi yapılmıştır: “Bedensel eksikliği ve özrü bulunmayan, çalışmaya muktedir, toprağı ve efendisi olmayan, geçimini sağlayabileceği yasal herhangi bir

<sup>12</sup> Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 34.

<sup>13</sup> Lyon, Gözetim Çalışmaları, s. 115.

<sup>14</sup> Bauman, Zygmunt: Yasa Koyucular ile Yorumcular, çev. Kemal Atakay, 2. Basım, Metis Yayınları, İstanbul 2003, s. 60.

<sup>15</sup> Lyon, Gözetim Çalışmaları, s. 116.

<sup>16</sup> Güven, s. 84.

<sup>17</sup> Bauman, s. 56; Güven, s. 84.

<sup>18</sup> Ayrıca 1531 tarihli *Vagabonds Act* ile sulh hakimlerinin (justices of peace) fakirlere dilenme faaliyetleri için de belirli limitler ile lisans vereceği ve bu lisanslar olmadan dilenenlerin kırbaçlanacağı ya da üç gün üç gece yalnızca su ve ekmek verilerek kızağa çekileceği (set in stocks) düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Greenough, Birdie Oneita: The Origin of the English Poor Law and its Development Through 1601, Master Thesis, Department of Sociology, The University of Kansas Pre-1923 Dissertations and Theses Collection, 1909.

malı, zanaati ya da hikmeti olmayan erkek ve kadınlar.”<sup>19</sup> aylaklardır. Bu düzenlemede de görüldüğü üzere yasa yapıcılar, efendilerden, toprak ya da zanaat atölyelerinden medet ummuşlardır. Çünkü bu zamana kadar bu tür aylaklıkların, sapkın hareketlerin def edilmesine, ıslahına yönelik olarak gözetim ve denetimi sağlayan bunlar olmuştur. Çünkü bu dönemde henüz yasa koyucular da gözetimi sağlayabilecek başka bir yol bilmemektedir<sup>20</sup>. Sürekli yer değiştiren ve her daim yabancı olan bu *aylakların* yerel gözetimin çok dışında ve neredeyse görünmez olduğunun fark edilmesiyle birlikte onları görünür kılmak için başvurulan ilk yöntemlerden biri ise “damgalamak” olmuştur. 1604 tarihli yasa ile şu talimat verilmiştir: “deriye ve ete o şekilde dağlanıp işlenmeli ki, ‘R’ harfi görülsün ve böyle bir alçağın (rogue) üzerinde yaşamı boyunca sürekli bir işaret olarak kalsın.”<sup>21</sup> Damgalama ile bu başıboş insanların artık sık sık yer değiştirseler dahi gittikleri her yerde tehlikeli insanlar olarak ayırt edilebilmeleri, doğrudan gözetim altına alınabilmeleri istenmiştir<sup>22</sup>. İroniktir ki; 1960’lara gelindiğinde önem kazanan “*damgalama*” kuramı her ne kadar fiziksel bir damgalamadan bahsetmese de toplumsal anlamda damgalamanın, diğer bir deyişle etiketlenmenin insanların suça itilmelerindeki önemine işaret edecektir<sup>23</sup>.

Gözetlemenin başıboş sığırlara uygulanan yöntemlerle sağlanmaya çalışıldığı, geleneğin artık işlemez kurumlarıyla yeni gelişmelere ayak uydurmadığı bu dönemde gözetleme faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere daha güçlü bir faile ihtiyaç doğmuş ve bu güçlü fail olarak devletin toplumsal yaşamdaki rolü ve müdahalesi kökten değişmeye başlamıştır<sup>24</sup>. Devletin *efendisiz aylaklara* müdahalesi, onları öncekinden farklı bir biçimde görünür kılıp gözetleyebilmek için kullandığı yöntemler arasında en önemli sonuçları doğurana ise Foucault’nun “büyük kapatılma” diye kavramlaştırdığı zorunlu kapatma olmuştur<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> Bauman, s. 55.

<sup>20</sup> Bauman, s. 51-62.

<sup>21</sup> Bauman, s. 57.

<sup>22</sup> Bauman, s. 59; Karakehya, s. 327.

<sup>23</sup> Sarı, Özgür: “Suç ve Kent”, Suçun Sosyolojisi Cezanın Felsefesi- Temel Kavramlar ve Tartışmalar, ed. Güncel Önkal/Özgür Sarı, Nobel Kitap, Ankara 2013, s. 187.

<sup>24</sup> Bauman, s. 55-56; Karakehya, s. 325-326.

<sup>25</sup> Foucault, Michel: Deliliğin Tarihi-1, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, Ankara 1992, (Deliliğin) s. 96-97; Foucault, Michel: Hapishanenin Doğuşu, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 8. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2019, (Hapishanenin Doğuşu), s. 248 vd.

“Efendisiz-aylakları gözetleme amacıyla cemaat toplumuna dönük arayışların”<sup>26</sup> bir sonuç vermediğinin fark edilmesiyle, gözetimin ancak bunu amaç edinmiş ve yapay bir şekilde oluşturulmuş kapalı alanlarda mümkün olduğu yönelimi baş göstermiştir. Zorunlu kapatmaların, bir diğer ifadeyle hapisaneler, akıl hastaneleri gibi kapatma kurumlarının kökeni burasıdır diyebiliriz. Artık kent yaşamında insanları izleyip, denetlemesi için komşularından medet umulamayacağına göre insanların her an denetlenebilecekleri kapalı alanlara zorla kapatılmaları suretiyle gözetimden kaçmalarına engel olunacaktır. Bu bir bakıma geleneksel toplumdaki şeffaflığın yeniden üretilmesi denemesidir. Günümüzdeyse artık kentler, gözetleme şebekesi ağlarının en sıkı olduğu yerler hâline gelmiştir<sup>27</sup>. Öyle ki kentlerin yalnızca işlek bölgeleri, iş merkezlerinde değil; kent merkezi dışında yaşayanların evlerinde dahi bu gözetleme ağının dışında kaldıkları söylenemez<sup>28</sup>. Gözetimin gelenekselden modern topluma izlediği bu seyir ile birlikte erken modernlikte meydana gelen en önemli değişikliklerden biri de gözetimin karşılıklılığının da sona ermiş olmasıdır. Artık gözetleyen komşular değil, iktidar adına bu işi meslek edinmiş olanlar olacaktır<sup>29</sup>.

Foucault, *görülmeden gözetim altında tutan hapisane* sistemini açıklamaya öncelikle veba salgınında alınan tedbirlere ilişkin 17. yüzyılın sonuna ait bir yönetmelikten bahsederek başlar. Buna göre öncelikle mekânsal kapatma olarak belirli günlerde herkes evine kapatılır. Bu günlerde dışarı çıkmanın cezası ölümdür. Burada herkesin kapılarının bir temsilci tarafından kapatılması ve anahtarın mahalle eminine teslimi söz konusudur, yani insanlar kilit altına alınır. Herkesin evine erzak yığma yükümlülüğü vardır. Ekmek ve şarap ihtiyacı için cadde üzerinde ve evlerin arasında bulunan tahta kanallar söz konusudur, bunlar sayesinde halk arasında iletişim olmadan ihtiyaçlar karşılanır. Et, balık, otlar gibi şeyler için kaldıraçlar ve sepetler kullanılmalıdır. Bu noktada teftiş sürekli ve her yerdedir, büyük bir milis birliği kapılarda, belediyede, bütün mahallelerdedir. Muhafız birlikleri vardır ki bunların görevi hem halkı itaatkâr kılmak hem yöneticilerin otoritesini sağlamlaştırmak hem de “*her türlü düzensizliği, hırsızlığı ve yağmayı gözetim altında tutmak*”<sup>30</sup>tır. Bu gözetim sürecinde ciddi anlamda bir sürekli

<sup>26</sup> Karakehya, s. 327.

<sup>27</sup> Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 25, s. 99.

<sup>28</sup> Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 107.

<sup>29</sup> Bauman, s. 61; Karakehya, s. 330; Karakehya, H./Usluadam, A. K.: “Neden Gözet(en)iyoruz?”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Akar ÖCAL Armağanı, C. 2, S. 3, 2016, s. 194.

<sup>30</sup> Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 290.

kayıt da söz konusudur: mahallelerde yaşayanların adları, yaşları, cinsiyetleri; ölümler, hastalıklar, talepler, düzensizlikler kayıt altında tutulmaktadır. Temsilciler eminelere, eminelere de belediye meclisi üyelerine ya da belediye başkanına rapor vermektedir<sup>31</sup>. Bu anlamda Foucault, vebanın -cüzzam gibi diğer büyük kapatma örneklerinden farklı olarak<sup>32</sup>- disiplinsel şemalara hayat verdiğini söyler. Veba söz konusu olduğunda artık ikili bir ayırım değil çok yönlü bir ayırım vardır; gözetim ve denetimin ciddi örgütlenmesi ve iktidarın yoğunlaştırılmasına bir çağrı söz konusudur. İşte bu disiplinci iktidar, gözetleyen ve kontrol altında tutan, bir disiplin düzeni tahayyül eden iktidar, 19. yüzyılın başlarından itibaren düzenli olarak kapatmayı kullanmıştır:

*“Akıl hastanesi, hapishane, ıslahhane, gözetim altında eğitim kurumu ve bir bakıma hastaneler, genel olarak bütün bireysel denetim mercileri çifte bir tarz üzerinde iş görmektedir: İkili ayırım ve işaretleme (deli-deli değil; tehlikeli-zararsız; normal-anormal) tarzı; ve baskı altına alıcı ayırma, farklılaştırıcı dağıtım (kimdir, nerede olmalıdır, onu neyle belirlemeli, nasıl tanımalı; onun üzerinde sürekli bir gözetim bireysel olarak nasıl uygulanmalı vb.”*<sup>33</sup>

Bu anlamda Foucault'nun disiplinci, gözetim iktidarının köklerini vebaya ilişkin pratiklerde bulduğunu söyleyebiliriz. Nitekim O'nun kavramsallaştırmasıyla *büyük kapatılmanın* gerçekleştirildiği hapishaneler, ıslahhaneler, hastaneler, akıl hastaneleri gibi cemaat toplumunun şeffaflığına yeniden erişilmeye çalışılan yerler gözetimin gelişmesinde önemlidir. Erken modernlikte ortaya çıkan bu kurumlar görünüşte birbirleriyle bağımsız da olsalar disiplin ve gözetim pratiklerinin oturtulması bakımından aşağı yukarı benzer niteliktedir ve tüm bu kurumlar ve pratiklerin aynı dönemde ortaya çıkmış olmaları dahi bu anlamda bizlere bir ipucu vermektedir. Bu kurumlar ile toplumsal denetim mekanizması yeniden düzenlenmiştir<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 290-291.

<sup>32</sup> “Cüzzamlı bir ret, bir sürgün-kapatma uygulamasının içine alınmıştır; buraya sanki ayırmanın önemsiz olduğu bir kitlenin içine atılıyormuş gibi terk edilmektedir; vebalılar ise, bireysel farklılıştırmaların kendini çoğaltan, eklemle ve altbölümlere ayrılan bir taktik çerçeveleninin içine alınmışlardır. Bir yandan büyük kapatma, diğer yandan iyi terbiye. Cüzzam ve paylaşım, veba ve parçalara ayrılması. Biri vurguludur; diğeri çözümlenmiş ve dağıtılmıştır. Cüzzamlının sürgün edilmesi ve vebanın tutuklanması kendileriyle birlikte aynı siyasal düşü taşımamaktadır. Biri arınmış bir toplumun, diğeri disiplinli bir toplumun düşüdüdür.” Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 293.

<sup>33</sup> Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 294.

<sup>34</sup> Foucault, Michel: Büyük Kapatılma, çev. Işık Ergüden ve Ferda Keskin, 4. Basım, Ayrintı Yayınları, İstanbul 2015.s. 142; Karakehya, s. 328-329; Güven, s. 94.



## B. Panoptik Gözetimden Günümüze

### 1. Bilgi, güçtür<sup>35</sup>: İktidar ve Bilgi

Gelenek ile modernlik karşıtlığındaki önemli farklılıklardan biri de “bilgi” meselesinde ortaya çıkar. Burada kilit isimlerin başında ise Bacon gelmektedir. Bacon’ın bilmeyi güç ile eşitleyen ve bilmek suretiyle tabiata hükmedilebileceğini temel alan bakışı<sup>36</sup> esasen *epistemik bir kırılma*<sup>37</sup> diyebileceğimiz bir dönüşümü haber vermektedir. Modernlikte bilginin kaynağı, üretimi, amacı ve kullanımı kökten bir değişime uğramıştır ve esasen modernliği mümkün kılan da bu değişimdir<sup>38</sup>. Bu noktada modern iktidar bilgiye ihtiyaç duyar. Çünkü bilgi toplumları olarak modern toplumlar, “emsalsiz bürokratik belgelenmeye ve müdahaleye bağımlıdır”<sup>39</sup>. Çünkü bilgi, iktidarın kendini meşrulaştırması ve etkinlik kazanmasının en önemli yolu hâline gelmiştir. Bilgiye sahip olan, iktidara da sahiptir<sup>40</sup>.

Bilgi toplumları, gözetim toplumlarıdır<sup>41</sup>. Modernliğe ait bu bilgi anlayışı ve bilme eylemi ile gözetlemenin ilişkisi öyle karşılıklıdır ki modernliğin dört kurumsal boyutundan<sup>42</sup> birini *toplumsal yaşamın tüm boyutlarının gözetlenmesi*<sup>43</sup> olarak kuran Giddens, gözetlemenin öz bir tanımını şöyle yapar: “bilgi denetimi ve bazı grupların faaliyetlerinin diğerleri tarafından

<sup>35</sup> Bacon’a göre; “tabiatın hâkimi ve yorumlayıcısı” insanın gücü ile bilgi eşanımlıdır. Ona göre tabiat, yalnızca tabiatın kurallarına uyularak kontrol edilebilir. Dolayısıyla tabiatın kurallarını bilmek ile onu kontrol altına alabilmek arasında doğrudan bir ilişki vardır. Bkz. **Bacon**, Francis: *Novum Organum-Tabiatın Yorumu ve İnsan Âlemi Hakkında Özlü Sözler*, Çev. Sema Önal, Say Yay., İstanbul, 2012, s. 119-120.

<sup>36</sup> **Bacon**, s. 120.

<sup>37</sup> “Epistemik bir kırılma diyebileceğimiz ve bilginin kaynağı, üretimi, amacı ve kullanımındaki büyük değişiklikte birlikte modernlik mümkün olmuştur.” **Topuzkanamış**, Engin: *Hukuk ve Disiplin – Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları*, 3. Basım, Zoe Kitap, İstanbul, Ekim 2019, s. 26.

<sup>38</sup> **Topuzkanamış**, s. 14.

<sup>39</sup> **Lyon**, *Gözetlenen Toplum*, s. 64.

<sup>40</sup> **Bauman**, s. 62; **Karakehya**, s. 333; “...modernite, gücü yaratmak ve devam ettirmek için veri ve bilgiye dayanmak anlamına gelmektedir. Bu bilginin çoğu, kişisel olduğu için, kişisel veriler üzerine odaklanmış dikkat gözetimi gerektirir.” **Lyon**, *Gözetlenen Toplum*, s. 64; **Karakehya/Usluadam**, s. 190.

<sup>41</sup> **Lyon**, *Gözetlenen Toplum*, s. 60.

<sup>42</sup> **Giddens**’da modernliğin kurumsal boyutları; kapitalizm, endüstriyalizm, şiddet araçlarının kontrolü ve gözetimdir. Bkz. **Giddens**, Anthony: *Modernliğin Sonuçları*, çev. Ersin Kuşdil, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1994, (Modernliğin), s. 55-57; **Giddens**, *Ulus Devlet*, s. 11 vd.

<sup>43</sup> **Giddens**, *Ulus Devlet*, s. 12.

denetlenmesi”<sup>44</sup>. Modernlik, kapitalizm ve ulus-devlet, yarattığı bireyler üzerinden bilgi toplamayı gerekli kılar<sup>45</sup>. Modernlikte artık “iktidar sahipleri ‘kamu yararı’nın (insan soyunun, tüm toplumun ya da onların yönetimine bırakılan kesimin yararı) ve ona en uygun davranış örüntüsünün ne olduğunu; bu davranışı nasıl meydana çıkaracaklarını ve kalıcı olmasını nasıl güvence altına alacaklarını bilmeli”<sup>46</sup>dir. Çünkü herhangi bir nesne, birey ya da toplum üzerinde toplumsal kontrolün sağlanabilmesi için o şeyin iyi bilinmesi gerekir. Bu yüzden modern iktidar elindeki tüm olanaklarla üzerinde kontrol sağlamak istediği toplumu gözetler, bilgi toplar ve bilgiyi kaydeder<sup>47</sup>. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bilgiye sahip olmak, iktidar olmaktır.

İfade etmek gerekir ki; araştırmalarının iktidar tekniklerine ve iktidarın nasıl tahakküm uygulayıp kendine itaat ettirdiğine yönelik olduğunu belirten<sup>48</sup> Foucault’ya göre; iktidar varlığı için bilgiye ihtiyaç duymakla beraber aynı zamanda bilgi de üretmektedir. Bu anlamda iktidar ile bilgi arasında tek yönlü değil; aksine çift yönlü bir ilişkiden söz edilebilir<sup>49</sup>. Ona göre iktidar ile bilgi doğrudan birbirini içermektedir ve bağlantılı bir bilgi alanı olmadan iktidar ilişkisi kurmak da mümkün değildir<sup>50</sup>. Demek ki modern devletin gözetleme yoluyla yalnızca bilgiyi elde etmesi değil aynı zamanda bilgiyi üreterek tahakküm kurması da söz konusudur<sup>51</sup>.

## 2. Panoptikon ya da Denetim Evi<sup>52</sup>

“...*panopticon*, daimi denetim, gözetleme, belli bir çizelgeye göre görev yükleme ve gereğinde yaptırımlandırma, toplumsal yaşamın tümünde özgürlüğün koşullarını oluşturur noktaya gelmiştir.”<sup>53</sup>

<sup>44</sup> Giddens, Ulus Devlet, s. 8.

<sup>45</sup> Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 44.

<sup>46</sup> Bauman, s. 62.

<sup>47</sup> Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 64.

<sup>48</sup> Foucault, İktidarın Gözü, çev. Işık Ergüden, 4. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2015, (İktidarın Gözü), s. 246-248.

<sup>49</sup> Foucault, İktidarın Gözü, s. 248.

<sup>50</sup> Foucault, Hapishanenin Doğuşu, s. 65.

<sup>51</sup> Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 119.

<sup>52</sup> Panopticon or The Inspection House, Bentham’ın Panoptikon fikrini ortaya koyduğu mektupların yayınlandığı başlıktır. Bkz. Bentham, Jeremy: Panopticon Writings, ed. Miran Božovič, Verso, New York 1995, s. 29.

<sup>53</sup> Özcan, Mehmet Tefik: Modern Toplum ve Hukuk Devleti, 2. Baskı, Tekin Yayınevi, 2017, s. 241.

Bentham'ın<sup>54</sup> ünlü Panoptikon'u, az sayıda personel ve az maliyet<sup>55</sup> ile bilgi edinmeyi ve gözetlemeyi mümkün kılan dizaynıyla liberal söylemle oldukça bağdaşan bir tasarımdır. Keza Panoptikon kapitalist toplum ve çalışma yaşamının denetim altında tutulması gereksinimiyle doğrudan ilişkili ve modernitenin aynası<sup>56</sup> denebilecek bir tasarımdır<sup>57</sup>. Panoptikon tasarımının önemi aslında Foucault'nun işaret etmesi ile anlaşılmalıdır<sup>58</sup>. Foucault için Panoptikon tasarımı oldukça önemlidir ve Foucault, öz-disiplinli modern toplumların ortaya çıkışını anlayabilmek adına Panoptikon'a başvurur<sup>59</sup>. Denilebilir ki Bentham'ın bu projesi somut olarak hiçbir zaman gerçekleşmemesine karşın bir anlamda defalarca uygulanmış bir projedir<sup>60</sup>.

Panoptikon fikri aslında denetim gerektiren her türlü kurum ve yerde kullanılabilir bir tasarımdır<sup>61</sup>. Hatta Bentham, mektuplarında Panoptikon'un birbirinden farklı amaçları olan ve hatta birbirine zıt amaçları olan kurumlar da dahil olmak üzere ıslah olmayanların cezalandırıldığı veya hastaların iyileştirildiği kurumlardan fabrikalara değin denetim yapılan tüm kurumlarda kullanılabilirliğini açıkça ifade eder<sup>62</sup>. Bauman, panoptikonun simgesel olarak temsil ettiği kurumlar olduğundan bahseder<sup>63</sup>. Bu kurumlar içerisinde en çok hapisane ön plana çıktığı ve panoptikon hapisane üzerinden daha çok işlendiği için bu bağlamda devam edeceğim. Panoptikon merkezinde bir kule bulunan halka şeklinde bir hapisane binası olarak düşünülebilir. Merkezdeki kulenin çevresi geniş pencerelerle kaplıdır, bunlar vasıtasıyla 360 dereceden binanın iç cephesi görülebilmektedir. Bu kulenin

<sup>54</sup> "...**Bentham** bu düşünceyi kardeşi Samuel'in bir fabrikadaki işçilerin denetimi için oluşturduğu plandan alır. (...) Sanayileşme, **Bentham**'ın bunu tasarladığı dönem olan on sekizinci yüzyıl sonlarında patronlara çözmeleri gereken yeni sorunlar yaratmıştı. İşçilerin kendilerinden isteneni yaptıklarından emin olmak kadim bir ikilemdir; fabrika sistemi, ücretli işgücünün yeni sanayi ekonomisinin temeli olmasıyla birlikte bunun önemini daha da arttırmıştır." **Lyon**, Gözetim Çalışmaları, s. 57.

<sup>55</sup> **Foucault**, İktidarın Gözü, s. 95; **Karakehya/Usluadam**, s. 193.

<sup>56</sup> **Bauman**, Zygmunt/**Lyon**, David: Akışkan Gözetim, çev. Elçin Yılmaz, 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2016, s. 67.

<sup>57</sup> **Çoban**, Barış: "Gözün İktidarı Üzerine", Panoptikon-Gözün İktidarı, ed. ve çev. Barış ve Zeynep Özarlan, Su Yayınları, İstanbul 2008, s. 111.

<sup>58</sup> **Foucault**, Hapishanenin Doğuşu, s. 295-319.

<sup>59</sup> **Bauman/Lyon**, s. 66.

<sup>60</sup> **Lyon**, David: The Electronic Eye - The Rise of Surveillance Society, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1994, (Eye), s. 63; **Karakehya**, s. 335; **Karakehya/Usluadam**, s. 193.

<sup>61</sup> **Bentham**, s. 33; **Topuzkanamış**, s. 260.

<sup>62</sup> **Bentham**, s. 34.

<sup>63</sup> **Bauman**, s. 60.

içerisi ise dışarıdan görülememektedir. Halka şeklindeki kısım içeri ve dışarı bakan iki penceresi olan hücrelere bölünmüştür. Dışarıdan gelen ışıkla mahkumların gölgeleri ortaya yansyarak kuleden görülebilir. Demek ki hücredeki mahkumlar kuledekileri ve hatta kulede birinin olup olmadığını dahi göremezken; kulede bulunanlar yani gözetleyenler hücrelerdeki her hareketi gözetleyebilmektedir<sup>64</sup>. Nitekim “panoptikon” kelimesi de esasen Yunanca kökenli bir kelime olup “göz önündeki yer” anlamını karşılamaktadır<sup>65</sup> ve Panoptikon’un “ilkesi bilinmemektir”<sup>66</sup>.

Panoptikon’da mahkûmun saklanabileceği, gözetimden kaçabileceği herhangi bir alan yoktur. Mahkûma ait bir özel alan söz konusu değildir. Öyle ki merkezdeki kulede hiçbir gözetleyen/gardiyan olmasa dahi mahkûm bunun farkına varamaz. Her daim kulede birileri var ve onu gözetliyor gibi davranmak zorundadır. Bentham buna denetleyen her yerde birden bulunması demektedir<sup>67</sup>. Bu durumda mahkûmun tek çaresi her yerde olan ve görünmez otoriteye<sup>68</sup> itaat etmektir<sup>69</sup>. Bu şekilde esasen her bir mahkûm, kendi kendisinin gardiyanı hâline gelmektedir<sup>70</sup>.

Foucault’nun tespitiyle Panoptikon, yalnızca gözetleme sorunlarına çözüm sunan bir hapishane modeli değil; bir iktidar teknolojisidir<sup>71</sup>. Elbette

<sup>64</sup> **Bentham**, s. 35-36; **Foucault**, İktidarın Gözü, s. 86-87; **Foucault**, Hapishanenin Doğuşu, s. 295 ve devamı; Uğur **Dolgun**, Enformasyon Toplumundan Gözetim Toplumu - 21. yüzyılda gözetim, toplumsal denetim ve iktidar ilişkileri, Ekin Kitabevi, Ankara 2005, (Enformasyon Toplumundan), s. 92; **Güven**, s. 93.

<sup>65</sup> **Lyon**, Eye, s. 63; **Karakehya/Usluadam**, s. 193; **Dolgun**, Enformasyon Toplumundan, s. 92.

<sup>66</sup> **Bozkurt**, s. 2.

<sup>67</sup> **Bentham**, s. 45.

<sup>68</sup> “Modernliğin eleştirisini mikro-iktidar alanlarında görmenin gücü üzerinden yapan **Foucault**, “gören mi iktidardır, görülmeyen mi, yoksa görülmeden gören mi?” şeklinde formüle ettiği kuramında, mimariden ödünç aldığı panoptik bakış ile görünmeden görmenin yarattığı iktidar alanının çekimi üzerinde durur.” **Dolgun**, Enformasyon Toplumundan, s. 90.

<sup>69</sup> **Lyon**, Eye, s. 254, note 18.

<sup>70</sup> **Güven**, s. 94; “Denetçi, kapatılanlar hakkında her şeyi bilirken; kapatılanlar, denetçi hakkında hiçbir şey bilmezler. Kapatılanların her yaptığı, sürekli bir gözetim altındayken; denetçinin kendisi/ nerede olduğu ve eylemleri, esrar perdesi altında gizlenmiştir. Hedeflenen, her yaptıklarının gözlemlendiği inancı bilinçaltlarına işlenmek yoluyla; kapatılanların, sürekli denetim altında olduklarını içselleştirmeleridir. Denetçinin her an her yerde olduğu düşüncesine karşı, kapatılanların özel yaşamı savunmasız şekilde apaçık ortadadır.” **Dolgun**, Uğur: “Gözetim Toplumu’nun Yükselişi: Enformasyon Toplumundan Gözetim Toplumu”, Yönetim Bilimleri Dergisi (1: 3), 2004, s. 55-74, (Gözetim Toplumu’nun), s. 64.

<sup>71</sup> **Foucault**, İktidarın Gözü, s. 87;

Panoptikon'un kullanılabilirliğinin de tarihsel ve mantıksal olarak bir sınırı bulunmaktadır<sup>72</sup>. Ancak yine de bu iktidar teknolojisini Bentham'ın tasarımından yaklaşık üç asır sonra bugün hayatımızın dört bir tarafını kuşatan gözetleme sistemlerinin atası olarak kabul etmek yanlış olmayacaktır. Aslında günümüz teknolojiyle gelişen, elektronik olan zenginleşen Panoptikon, Bauman'un da ifade ettiği üzere<sup>73</sup> bugün Foucault'nun hayal bile edemeyeceği derecede güçlendi. Belki de her anlamda gözetlenmemize karşın yalnızca bulut sistemlerinde depolanan kişisel veriler ortalığa saçıldığında ya da anlık mesajlaşma uygulamaları yeni gizlilik sözleşmeleri açıkladığında infial yaratması, günümüzde merkezdeki kulenin dahi görülmez hâle gelmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

### 3. Düenden Bugüne Modern Toplumda Gözetim

Modern devletin temel amacının serbest piyasanın, kapitalist üretimin sürdürüldüğü, rasyonellik iddia ve görüntüsünde bir toplum düzeni oluşturmak olduğu söylenebilir. Bu anlamda *rasyonel* kararlar alabilen özgür ve irade sahibi bireylerden oluştuğu kabul edilen toplum açısından düzenin sağlanabilmesinin yegâne koşullarından biri de bireylerin modern devletin oluşturduğu rasyonel düzeni kuran rasyonel yasalara uyma davranışı, yani rasyonel bir disiplin göstermeleridir. Ancak modernlikte artık tek tek bireyler disipline edilmez; "bilinçli ve metotlu bir biçimde, ordudan bürokrasiye, fabrikalardan topluma yayılan" bir disiplin söz konusudur<sup>74</sup>. Bunun sağlanabilmesi için modern devletin toplumsal yaşama birçok alanda doğrudan doğruya müdahale etmesi<sup>75</sup>, toplumun bütününde kontrol ve denetim mekanizmalarını kurması<sup>76</sup> gerekir. Bu doğrudan müdahale ise o devletin yurttaşları tarafından kimi zaman -belki çoğu zaman- görülmemektedir. Çünkü modern devlet, bu müdahalesinin bir kısmını -belki de önemli bir kısmını- gözetleme aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Toplumsal yaşam üzerinde kurumsallaşmış ve yaygın gözetleme, modernlik ve modern devlet ile mümkün olmuştur.

Modern ulus-devletler ortaya çıktıkları dönem itibariyle *rasyonel düzeni* oluşturmak, halka rasyonel bir disiplin anlayışını aşlamak için

<sup>72</sup> Bauman/Lyon, s. 67.

<sup>73</sup> Bauman/Lyon, s. 70.

<sup>74</sup> Topuzkanamış, s. 38.

<sup>75</sup> Lyon da benzer şekilde, modern toplumların "müdahaleye bağımlı" olduğunu söylemektedir. Bkz. Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 64.

<sup>76</sup> Topuzkanamış, s. 38.

gözetlemeyi kullanmıştır<sup>77</sup>. Modern devlet, bu *rasyonel düzen tasavvurunu*<sup>78</sup> gerçekleştirebilmek adına kurallar koymanın, rasyonel yasalar çıkarmanın ve bunlara uyma ya da uymama davranışlarını denetlenmenin dışında, kurduğu ya da kurmaya çalıştığı toplum düzenine karşı tehditleri de takip etmek ister. Bu tehditler hem gerçekten birtakım insanların somut hareket ve faaliyetlerinden kaynaklanan tehditler hem de olası tehditlerdir. Modern devletin olası tehditlere karşı tetikte olması, bunları kontrol altında tutması için ortaya çıkması muhtemel rahatsızlıkları öngörebilmesi, bir diğer deyişle önceden görebilmesi gerekir. Bunun içinse toplumsal yaşama yönelik sürekli gözetlemeden daha iyi bir araç ne olabilir ki?

Erken modernlikte gözetleme esasen iki temel şekilde karşımıza çıkmaktaydı: devlet tarafından uygulanan gözetleme ve işyerinde uygulanan gözetleme<sup>79</sup>. Bu durum, yeni ortaya çıkan liberal ulus-devlet fikriyle de tam bir uyum göstermektedir. Keza bu yeni düzenin kurulması için hem ulus-devletin vatandaşının hem de işçinin *üretilmesi* gerekir. Giddens'a göre, bu anlamda gözetleme tarihsel olarak kapitalizmle iç içe geçmiş olan ulus-devletin temelinde yer alır<sup>80</sup>. Bu dönemde teknolojik gelişmelerin etkisiyle birlikte ortaya çıkan kapitalist üretim biçimi oldukça sıkı bir disipline ihtiyaç duymuştur<sup>81</sup>. Bu anlamda yeni uygulamaların ortaya konması gerekmiştir ve özellikle fabrikalardaki bu uygulamalar modern gözetim tekniklerinin ilk örneklerinden olup; hayatın her alanına yansımıştır<sup>82</sup>. Bu doğrultuda özellikle bugünkü anlamda bir zaman kavrayışı ve mesai kavramı doğrudan doğruya o dönemin bir sonucudur<sup>83</sup>.

Giddens'a göre modern devlette gözetleme iki tür olguya denk düşmektedir. Bunlardan ilki bireylerin eylemlerini yönlendirmek/yönetmek için kullanılabilen “şifrelenmiş bilgi” birikimidir. Burada bilginin toplanması

<sup>77</sup> Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 72.

<sup>78</sup> Topuzkanamış, s. 14.

<sup>79</sup> Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 119.

<sup>80</sup> Giddens, Ulus Devlet, s. 69-75.

<sup>81</sup> Topuzkanamış, s. 227.

<sup>82</sup> Güven, s. 88; “işçileri gözetlemek/izlemek ve disiplin altına alınmış bir güç olarak boyun eğmelerini sağlamak için, günümüzde “yönetim” olarak bildiğimiz şey gelişmiştir.” Bozkurt, Veysel: “Gözetim Toplumu ve İnternet”, <https://birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-136-agustos-2000/2328/gozetim-ve-internet-ozel-yasamin-sonu-mu/2499>, (10.01.2021).

<sup>83</sup> Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Thompson, E. P.: “Time, Work-Discipline and Industrial Capitalism”, *Past&Present*, No: 38, December 1967, ps. 56-97, s. 56-97; Weber, Max: *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu*, 2. Baskı, Çev. Milay Köktürk, Bilgesu Yay., Ankara, 2013, s. 30.

değil, depolanması önemlidir. Nitekim modern devletlerde artık bu depolama elektronik depolama ile bambaşka bir boyuta varmış ve oldukça genişlemiştir. Elektronik iletişimle artık doğrudan iletişim ortadan kalkmış ve yüz yüze iletişim dışsallaşmıştır. Bu durum ise Giddens'a göre modern kültürde ulus-devletin oluşumu ve gelişimi için temel gelişmelerin başlamasına işarettir<sup>84</sup>. Bu anlamda devlet yalnızca gözetlemez; ayrıca kaydeder. Bugün bu sebeple her birimizin kan grubuna ve hatta dinine ilişkin bilgiler devlet kayıtlarındadır. Bu sebeple dünyanın neresine gidersek gidelim ulus-devletlerin *yurttaşlarına* bu yurttaşlık bağına gösteren bir kimlik bir de kimlik numarası<sup>85</sup> verdiğini görürüz. Çalışma yaşamına katıldığımızı ilişkin bilgiler de o büyük ve kapsamlı devlet organizmasının elindedir. Lyon'a göre esasen bugün bildiğimiz anlamda devlet gözetimi de ad ve adres, birinci dereceden akrabalar, mülkiyete dair bilgiler ve motorlu taşıt tescil belgesi, gelir vergisi beyannamesi gibi belgelerin toplanması, tasnifi ve kanunlaştırılmasıyla başlamıştır<sup>86</sup>.

Modern devlet, çoğu zaman tüm bu bilgi toplama ve kaydetme hâlinin düzen ve güvenlikle bağlantılı olduğu iddiasındadır. Nitekim modern liberal ulus-devletin teorisyenleri olarak görmemizde bir beis bulunmayan -başta Hobbes<sup>87</sup> olmak üzere- sosyal sözleşme kuramcıları da bu güvenlik arayışını işaret eder<sup>88</sup>. Pek çok insan yalnızca gündeğumundan günbatımına kadar aydınlık yerlerde değil, günbatımından gündeğumuna kadar da çeşitli araçlarla aydınlatılmış, güvenli kentlerde yaşamak ister<sup>89</sup>. Bugün sürekli bizi gözetleyen bir göz ile yaşıyor olmamız, mahremiyetimizin ihlal edildiği hissini yanında görece daha olumlu bir hisse gebedir: güvenlik<sup>90</sup>. Modern

<sup>84</sup> **Giddens**, *Ulus Devlet*, s. 24-25; **Demircan**, s. 2037.

<sup>85</sup> Ayrıca belirtmek gerekir ki, kimlik numarası gibi şeyler esasen **Lyon**'ın da tespit ettiği üzere toplumsal bütünleşme şekillerindeki radikal değişimle beraber, "ortak mevcudiyet" alanında ilişkilerini sürdüren insanlar için güven sağlayan bir araç işlevi de görür. İmza gibi tanınmayı sağlayan araçlar da bu işlevi görmektedir. Bkz. **Lyon**, *Gözetlenen Toplum*, s. 35.

<sup>86</sup> **Lyon**, *Gözetim Çalışmaları*, s. 54.

<sup>87</sup> **Hobbes**, Thomas: *Leviathan*, çev. Semih Lim, 6. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2007, s. 146.

<sup>88</sup> Güvenlik anlayışları veya nasıl bir güvenlikten bahsettikleri değişebilmekle birlikte toplum sözleşmecilerinde bir güvenlik arayışı vardır. Örneğin Hobbes'taki genel olarak bir barış ve güvenlik vurgusu ya da Locke'da da özellikle siyasal toplumun kuruluşunun mülkiyetin güvenliğinin sağlanmasına bağlanması bu kapsamdadır. **Fabre**, Cécile: "Toplumsal Sözleşme", çev. Mehmet Fatih Deniz, *Felsefe Arkivi*, 48. Sayı, 2018/I, s. 123-135, s. 127-129.

<sup>89</sup> **Lyon**, *Gözetlenen Toplum*, s. 107.

<sup>90</sup> **Güven**, s. 80.

devletin (gözetleme) uzmanları, kameraları, resmi kayıtları ve elbette -belki de en başta- yasaları ile kendimizi *güvende* hissederiz. Dolayısıyla modern devlet, *doğal olarak*, bizlere o güvenlik hissini tam manasıyla verebilmek için bazen doğrudan yaşam alanlarımıza müdahalede bulunacak ve birtakım özgürlüklerimizi kısıtlayacaktır<sup>91</sup>. Bu anlamda serbest piyasa ile gözetleme arasındaki örtüşme de önemlidir. Nitekim özellikle de tüketim, eğlence ve turizmin mümkün kılınması bakımından güvenli bölgelerin yaratılmasında kullanılan temel araç -özellikle de İngiltere’de- kamusal alanda gözetleme yapan kameralardır<sup>92</sup>. Ekonomik canlanma için kent sokakları denetlenmekte, 19. yüzyıl kapitalist şehirlerindeki benzer biçimde sosyal eşitsizliğin izleri kamusal alandan uzaklaştırılmakta ve *güvenlik* için kentsel alan yeniden kurulmaktadır<sup>93</sup>. Klasik anlamda liberalizmin, *laissez-faire* anlayışının ilk güçlü örneği olduğu söylenebilecek<sup>94</sup> İngiltere’nin bugün CCTV kameraları ile dünyada başı çekiyor olması<sup>95</sup> da bu anlamda manidardır. Üzerlerindeki “elektronik göz” ile birlikte günümüzde gözetlemenin en görünen sembollerinden biri işte bu kameralardır<sup>96</sup>.

Modernlik, belirleyici diğer unsurlarının yanında gözetlemenin büyümesi ile de karakterizedir<sup>97</sup>. Modern toplumlarda bireyin toplum içerisindeki çeşitli faaliyet, eylem ve tercihleri birçok kurum tarafından gözetlenmektedir. Daha önce de ifade ettiğim üzere, başta piyasanın ve sermaye sahiplerinin gözetlemeyi çok çeşitli yol ve yöntemlerle sağladığını, özellikle de tüketici hareketlerinin tespiti, kaydı ve hatta yönlendirilmesi amacıyla kullanıldığını görebilmekteyiz. Bu durum esasen gelişen veri toplama yöntemleri ile doğrudan bağlantılı olup gözetlemenin devlet dışında diğer faillerce de

<sup>91</sup> Aynı doğrultuda; “Devlet hükmetme gücü altındaki toplumu gözetim vasıtasıyla Güvende mi tutar yoksa onların özgürlüklerini kısıtlayarak onları denetim altına alma amacı mı taşır? Bu anlamda devletin güvenliği sağlama söyleminin, gözetimin meşruiyetinin kaynaklarından biri olarak incelenmesi gerekir.” **Demircan**, s. 2052.

<sup>92</sup> **Lyon**, Gözetlenen Toplum, s. 122.

<sup>93</sup> **Coleman**, Roy: Reclaiming the Streets- Surveillance, social control and the city, Willan Publishing, 2004, s. 221.

<sup>94</sup> “Britanya’nın *laissez-faire* iktisadının egemenliğinde olduğu kadar, tümüyle bir doktrinin a priori egemenliği altında olan çok az sayıda ülke olmuştur.” **Hobsbawm**, Eric: Sanayi ve İmparatorluk, 2. Baskı, çev. Abdullah Ersoy, Dost Kitabevi Yay., Ankara, Haziran 2003, s. 212.

<sup>95</sup> **Çapar**, Selim: Birleşik Krallık’ta CCTV, Türkiye’de MOBESE-Caddelerde Güvenlik Nöbetindeki Kameralar, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 13; **Lyon**, Gözetim Çalışmaları, s. 64.

<sup>96</sup> **Lyon**, Eye, s. 111; **Lyon**, Gözetlenen Toplum, s. 123.

<sup>97</sup> **Lyon**, Gözetlenen Toplum, s. 112.



gerçekleştirilebilir olması ile doğrudan bağlantılıdır: Artık gözetleme “yayılmış, merkezsizleştirilmiş, düzensizleştirilmiş ve her şehrin düzenlenmesinin bir parçası olmuştur”<sup>98</sup>. Örneğin marketlerin indirim kartları dahi tüketim alışkanlıklarının takibi için kullanılmaktadır<sup>99</sup>. Elbette marketler ya da şirketler bizlerin bireysel tüketim davranışlarıyla ilgilenmez. Esasen gözetim teknolojilerini, neyin, nerede, ne zaman ve ne kadar satın alındığını tespit etmek için kullanırlar<sup>100</sup>. Bugünün modern toplumunda birçok enformasyon teknolojisinin varlığından söz etmek gerekmektedir. İnternetteki hareketlerin izlenmesi, e-posta sistemleri, banka kartı/kredi kartı/çipli kartlar gibi akıllı kartlar ile ekonomik hareketlerin takibi<sup>101</sup>, kamera sistemleri, cep telefonlarının dinlenmesi, hükümlülerin elektronik kelepçelerle veya çiplerle takip edilmesi gibi enformasyon teknolojileri ile gözetim bugün üst seviyeye çıkmıştır<sup>102</sup>. Özgür irade ve seçme özgürlüğü üzerine kurulu bir özgürlük ideali ve vaadiyle şekillenen liberal ideoloji temelinde yükselmiş olan günümüz modern toplumlarına bakıldığında, bu özgürlüğün bir illüzyon olduğu görülmektedir. Birey hâline getirilmiş insanların ne giydiğinden ne konuştuğuna ve ne tükettiğine kadar tek-tipleştirilmesinin gözetimin doğrudan katkısı ile mümkün kıldığı bir toplum düzeninde yaşadığımız göz önüne alındığında her alana böylesine müdahale eden düzenin iddia ettiği anlamda *özgür* bir düzen olduğu kolay kolay kabul edilebilir görünmemektedir<sup>103</sup>. Bu noktada ise Lyon’un da vurguladığı üzere hukukun pratikte nasıl işlediği ve bu göze-

<sup>98</sup> Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 112.

<sup>99</sup> Lyon, Gözetim Çalışmaları, s. 30; Karakehya, s. 323.

<sup>100</sup> Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 40.

<sup>101</sup> “Her bir kredi kartı kullanımı ve hemen her bir satın alma eylemiyle çoğalan muazzam veri, Poster’a göre bir “süper-panoptikon” sonucunu doğurur; ancak bu bir farkla değişik bir panoptikon’dur: Depoya veri sağlayan “gözetim altındaki” kişi gözetimde birincil ve gönüllü bir unsur haline gelmiştir” Güven, s. 98; Poster’in süper-panoptikon anlayışına ilişkin olarak detaylı bilgi için bkz. Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 231 vd.

<sup>102</sup> Dolgun, Şeffaf Hapishane, s. 14; Bozkurt, s. 4.

<sup>103</sup> Bu görüşümün aksine görünen bir biçimde Deflem, gözetlemenin yalnızca özgür toplumlarda üretilebileceğini ve özgür toplumlara has bir tehlike olduğunu ifade etmektedir. Deflem, gözetim sistemlerini “kaba kuvvet ve aleni baskının yokluğu” ile ilişkilendirerek ancak demokratik toplumlarda uygulandıklarını iddia eder. Ancak Deflem ile özgürlük anlayışlarımızın farklılaşması sebebiyle esasen bu konuda uyuşmaktayız. Çünkü Deflem, demokratik modern devletin liberal ideolojisinin geçerli olduğu düzeni “özgür” olarak addederken; benim açımdan bu toplumlarda özgürlük yalnızca soyut bir idealden ibaret. Dolayısıyla Deflem’in özgür toplumlar dediği toplumlar ile benim özgür olmayan toplumlar dediklerimin örtüşüğünü ifade etmem gerekir. Bkz. Deflem, Mathieu: Hukuk Sosyolojisi, çev. Devrim Özkan ve Yücel Karadaş, Adres Yayınları, Ankara 2019, s. 213.

timi dengelediği hususlarına dikkat edilmesi gerekir; keza çoğu zaman mahremiyet, veri korunması gibi hususları düzenleyen yasalar da uygulanmamaktadır<sup>104</sup>. Bunun önemli bir örneği ise ülkemizde senelerdir kullanılmasına karşın yasal dayanaktan dahi yoksun olan kameralı gözetleme araçlarıdır.

Günümüzün video kameralar, kapalı devre televizyonlar, bilgisayarlar, internet gibi modern gözetleme sistemleri mekân ve zaman sınırlarını aşan bir şekilde evrenselleşmiştir. Bu anlamda her eylem ve düşüncüyü görünür kılma hedefindeki video kameralar ve bilgi veri tabanları sistemleri, pratikleri gibi kendileri de görünmezdir. Bu gözetleme teknolojilerinin yerleştiği maksimum güvenlik toplumlarında, toplumun tüm mensupları masumiyetleri ispatlanana dek şüpheli veya suçlu kabul edilerek; her beden ve her eylem gözetlenir, dinlenir, kaydedilir ve depolanır<sup>105</sup>. Bugün gözetleme *her an* devam etmektedir<sup>106</sup>.

## II. KAMUSAL ALANDA KAMERALI GÖZETLEME

### A. Kameralı Gözetleme

Günümüzde teknolojik gelişmelerin geldiği nokta itibariyle iletişim ve haberleşme yöntemlerinin de çeşitlendiğini görmekteyiz. Devletler de iç ve dış güvenliği sağlamak, bu anlamda özellikle kentlerde suç ve suçlulukla mücadele etmek ve halkın kendini güvende hissetmesini sağlamak<sup>107</sup> amacıyla yeni ve çeşitli yöntemler geliştirmeye devam etmektedir. Bu yöntemler ise kamusal alandaki her türlü hareketin, kişilerin haberleşmelerinin ve birtakım kişisel verilerin *gözetim* altında tutulması temeline dayanmak-tadır<sup>108</sup>. Keza gözetim faaliyetlerinin gerekçelendirilmesi açısından, suç ve suçlulukla mücadele, “toplumsal denetim” ve “yönetim” ile doğrudan ilişkilidir<sup>109</sup>. Elbette toplu yaşanan alanların düzenliliğinin sağlanması yeni bir arayış değildir. Bu düzenlilik arayışını, şehrin (polis) düzenliliğini,

<sup>104</sup> Lyon, Gözetim Çalışmaları, s. 41.

<sup>105</sup> Marx, Gary T.: Undercover- Police Surveillance in America, University of California Press, Berkeley 1988, s. 227; Deflem, s. 213; Derdiman, R. Cengiz/Tatroğlu, Nihal: “Devlet Gözetimi ile İnsan Haklarının Uyumlaştırılması Sorunu ve Çözüm Önerileri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, 2016, s. 254.

<sup>106</sup> Deflem, s. 214.

<sup>107</sup> Çapar kameralı gözetlemenin üç amacı olduğunu ifade eder: suç işlemenin önlenmesi, işlenmiş suçların aydınlatılmalarının sağlanması ve halkın kendisini güvende hissetme duygusunun artırılması. Çapar, s. 71.

<sup>108</sup> Karakehya, s. 323.

<sup>109</sup> Lyon, Gözetim Çalışmaları, s. 41.

toplumun nasıl olması gerektiğinin bir yansıması olarak gören Platon ve Aristo'ya kadar dayandırabiliriz<sup>110</sup>. Ancak belirtildiği üzere günümüz teknolojileri ile bu düzenliliğin sağlanması için geliştirilen yöntemler oldukça gelişmiş ve çeşitlenmiştir. Pek çok gözetleme uygulaması ve aracı kent yaşamında yerini almıştır<sup>111</sup>. Bu yöntemler esasen modernliğin insan hayatına soktuğu gözetleme teknolojilerinin de bambaşka bir boyuta vardığına dellettir. Bu anlamda en yaygın gözetleme teknolojilerinden biri de -günümüzde alelade kabul edilen- kamera sistemleridir.

Kameralı gözetleme sistemi dediğimizde esasen bahsettiğimiz şey *kapalı devre televizyon sistemi* olarak kullanılan closed circuit television (CCTV)'dir. Bu sistem; kamera, lens, dijital kayıt cihazı, sinyal bağlantı hattı ve monitörden oluşan bir sistemdir. Bu sistemler aracılığıyla belirli alanların görüntüleri monitörlere ulaştırılabilmektedir. Bu anlamda bu sistemler suçu önleme, delil elde etme, trafik kontrolü, perakende kontrolü, endüstriyel işlemler gibi birçok alanda kullanılmaktadır<sup>112</sup>. Kameralı gözetlemenin öncülüğü Vietnam Savaşı'nda Amerika tarafından yapılmış, 1960'ların sonları 1970'lerin başları civarında polisin kullanımına sunulmuş<sup>113</sup> ve 1980'ler itibarıyla de yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır<sup>114</sup>. Ancak CCTV kameraları, 1990'lı yıllarda özellikle de İngiltere'de hızla artmıştır<sup>115</sup>. 1993 yılında gerçekleşen ve kamuoyuna da yansıyan James Bulger isimli küçük bir çocuğun iki genç tarafından öldürülmesi olayında, çocuğun götürülüşünü gösteren CCTV kamerası kayıtlarına ulaşılmasıyla birlikte failerin tespit edilebilmesi, İngiltere'de CCTV kameralarının artışında etkili bir rol oynamıştır<sup>116</sup>. Aynı şekilde İrlanda Cumhuriyet Ordusu'nun terör saldırılarıyla mücadelenin de etkisinden bahsedilebilir<sup>117</sup>. Kamuoyunun kameralardan çoğunlukla memnun olmasının arkasında çoğu ülkede benzer süreçler

<sup>110</sup> Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 104.

<sup>111</sup> Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 106; Güven, s. 100.

<sup>112</sup> Abanoz, Buket: Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, (Kameralı Gözetleme), s. 26.

<sup>113</sup> Çapar, s. 70.

<sup>114</sup> Taşçı, Ufuk: "Güvenlik Amaçlı Gözetim Aracı Olarak Türkiye'de Mobese ve Eleştiriler", CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 2, Haziran 2016, s. 163.

<sup>115</sup> Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 123; Birleşik Krallık'ta kameralı gözetlemenin gelişimi için bkz. Çapar, s. 73 vd; Derdiman/Tatroğlu, s. 257; Taşçı, s. 160.

<sup>116</sup> Lyon, Gözetim Çalışmaları, s. 65; Derdiman/Tatroğlu, s. 276.

<sup>117</sup> Lyon, Gözetim Çalışmaları, s. 65.

etkili olmuştur denilebilir. Yine Amerika açısından da özellikle 11 Eylül saldırısı ile gündeme oturan *güvenlik* arayışı ile kameralı gözetlemenin ciddi anlamda arttığı görülmektedir<sup>118</sup>.

Kameralı gözetleme, Graham'ın ifadesiyle su, elektrik, gaz ve telefonun yanında "beşinci kamu hizmeti" hâline gelmiştir<sup>119</sup>. Kamusal alanları gözetleyen bu kameralar çoğu ülkede suç korkusuna hitap etmektedir. Bu sebeple de kişisel verilerin mahremiyetiyle, özel yaşamın gizliliği ile ilgili tereddütler suçtan korunma güdüsüyle azalmış görünmektedir<sup>120</sup>. Bugün teknolojinin geldiği nokta, kameraların insan yüzünü hesaplayıp tespit edebilmesini de mümkün kıldığından, kameralı gözetleme sistemlerinin suçun fark edilmesinden ziyade henüz işlenmemiş suçun öngörülmesi ve engellenmesine kaydığı görülmektedir<sup>121</sup>. Ancak bu noktada, bir kişinin takip edilmesi için illa suç olması gerekmemektedir. Genellikle suçun yoğun olduğu tespit edilen bölgelerde kurulmaya başlanmış olan kamera sistemleri üzerinden operatörlerce -herhangi bir suç işlemeden önce- takip edilen *şüphelilerin*, *şüpheli* olarak kabul edilmelerinin temelinde saç stili, ten rengi, kıyafetler ve yaş gibi unsurlar yatabildiğini de görmezden gelmemek gerekir<sup>122</sup>. Ki bu da toplumsal sınıf, ırk, etnik köken, toplumsal cinsiyet gibi temellere dayanan ayrımcılığı destekler durumdadır<sup>123</sup>. Gary T. Marx, gözetlemenin ve bu anlamda kategorik şüphenin, "masumiyet karinesi"ne yönelik bir tehdit oluşturduğunu 1988 tarihli çalışmasında öngörmüştür<sup>124</sup>. Kameralı gözetimden ortaya çıkan kategorik şüphenin yanında belli bölgelerin kamera ile gözetlenmesiyle, suçluluğun önlenmekten çok yer değiştirmesi de söz konusu olabilmektedir. Bunların yanında, suçun önlenmesi amacıyla kurulduğu kabul edilen kameralı gözetleme sistemlerinin, örneğin kötü koşullarda çalıştırılan işçilerin patronlarına karşı, çevrecilerin çevreye zararlı faaliyetlerde bulunan şirketlere karşı, vatandaşların hükümetlere karşı gösteri ve eylemleri

<sup>118</sup> **Dolgun**, Şeffaf Hapishane, s. 240 vd; **Güven**, s. 103 vd; **Demircan**, s. 2054 vd.; **Derdiman/Tatroğlu**, s. 256; Taşçı, s. 165.

<sup>119</sup> **Graham**, Stephen: "CCTV: The Stealthy Emergence of a Fifth Utility?", [http://www.casa.ucl.ac.uk/cyberspace/graham\\_cctv\\_fifth\\_utility.pdf](http://www.casa.ucl.ac.uk/cyberspace/graham_cctv_fifth_utility.pdf), (12.03.2021).

<sup>120</sup> **Lyon**, Gözetlenen Toplum, s. 124-125.

<sup>121</sup> **Lyon**, Gözetlenen Toplum, s. 80, 126; **Lyon**, Gözetim Çalışmaları, s. 60.

<sup>122</sup> **Lyon**, Gözetlenen Toplum, s. 127,

<sup>123</sup> **Lyon**, Gözetlenen Toplum, s. 99; Kameralar ile yapılan gözetlemenin "önyargılara bağlı olarak muhtemel suçlulara yönelik olabileceğine (azınlık gruplarına ait gençlerin hedeflenmesi)" yönelik dikkat çeken çalışmalar yapılmıştır. Bkz. **Çapar**, s. 33.

<sup>124</sup> **Marx**, s. 227.

gibi gösteri ve yürüyüş haklarını kullanmaları aleyhine bir etkisi de olacağı ifade edilmektedir<sup>125</sup>.

## B. Türkiye’de Kamusal Alanda Kameralı Gözetleme Sistemi: Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu (MOBESE)

### 1. MOBESE Kavramı

MOBESE, Türkiye’de kullanılan kapalı devre televizyon sisteminin adıdır. MOBESE kavramı, Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu kelime grubunun her bir kelimesinin baş harflerinin birleşiminden meydana gelen ve güvenlik kameralarından oluşan bir kent izleme, denetim ve kontrol teknolojisini karşılamaktadır. Bu teknoloji ile hem trafik takip edilebilmekte, araç plakaları okunup aracın sahibi tespit edilebilmekte hem de bulunduğu bölgelerde kişilerin özel yaşamı kayıt altına alınabilmektedir<sup>126</sup>. Ancak MOBESE tabirinin, emniyetin resmi kayıtlarında ve web sitesinde kullanılmadığı; bunun yerine resmi isimlendirme olarak Kent Güvenlik Yönetim Sistemleri (KGYS) tabirinin kullanıldığı görülmektedir<sup>127</sup>. KGYS kapsamında da “Bölge Görüntüleme Sistemi”<sup>128</sup>, “Plaka Tanıma Sistemi”, “Hız Ölçüm Sistemi”, “Kırmızı Işık İhlal Sistemi” gibi bileşenler bulunmakta olup; bunlar vasıtasıyla görüntüler kaydedilmekte ve ilgili veriler toplanmaktadır<sup>129</sup>.

<sup>125</sup> Coleman, s. 233; Benzer şekilde bkz. Yıldız/Erkul, s. 3; Küçük, Tevfik Sönmez: “Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Çerçevesinde Kamuya Açık Alanların Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Video Kamera Aracılığı ile Önleyici Amaçla İzlenmesi”, YÜHFD, Cilt: XV, Sayı:1, 2018, s. 55; Derdiman/Tatroğlu, s. 281.

<sup>126</sup> Özbek, Veli Özer: “ “Mobese” Sisteminin Türk Hukukundaki Durumu “, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 1003-1004.

<sup>127</sup> Emniyet Genel Müdürlüğü’nün yakın tarihli 2022 Performans Programı’nda da bu şekilde kullanıldığı görülmektedir. Bkz. T.C. İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü, 2022 Performans Programı, <https://www.egm.gov.tr/kurumlar/egm.gov.tr/IcSite/strateji/MaliDurum/2022-PERFORMANS-PROGRAMI.pdf>, s. 8; Yıldız, Mete/ Erkul, R. Erdem: “Elektronik Göz ve Türkiye’de Kameralı Hayat”, XI. “Türkiye’de İnternet” Konferansı Bildirileri, 21-23 Aralık 2006 TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Ankara, s. 1; Detaylı bilgi için bkz. Başar, Civan: “Devletin Kitlemel Gözetleme Araçlarının Özgürlükler ve Hukuk Güvenliği Üzerindeki Etkileri ile Bunların Yasal Dayanakları Üzerine Bir İnceleme”, TBB Dergisi, S. 133, 2017, s. 104, dipnot 5; Taşçı, s. 161; Küçük, s. 72; Derdiman/Tatroğlu, s. 255.

<sup>128</sup> “Bölge görüntüleme sistemi, halkın yoğun olarak bulunduğu ve geçiş güzergahı olarak bilinen yerlere konulan kameralar ile, bu kameralardan alınan görüntülerin merkeze sürekli olarak aktarılıp kaydedilmesinden oluşmaktadır.” Yıldız/Erkul, s. 3.

<sup>129</sup> Başar, s. 105; Taşçı, s. 167.

Özbek, MOBESE ile yürütülen ve mobil izlemenin ötesine geçmiş bulunan izleme faaliyetleri için kullanılan MOBESE teriminin bu sistemin insan haklarına yönelik müdahalesinin vahametini azalttığını ifade ederek bunun yerine “*optik ve teknik araçların kullanılması suretiyle veri toplanması*” tabirini kullanmakta ve MOBESE ile yürütülen faaliyetleri önleyici tedbir kapsamında değerlendirmektedir<sup>130</sup>.

MOBESE’ler genel olarak il valilikleri nezdinde il emniyet müdürlükleri tarafından oluşturulan merkezlerce işletilmektedir. Ancak belediye başkanlıkları hatta köy muhtarlıklarınca da kamera sistemlerinin kurulduğu görülmektedir<sup>131</sup>.

## 2. Türkiye’de Kameralı Gözetlemenin Popülerleşmesi

MOBESE kameraları esasen kentlerin trafik akışının takibi ve düzenlenmesine yönelik olarak geliştirilmiştir. İlk olarak 2001 yılında Diyarbakır’da Araç Takip ve Suç Analizi Uygulaması olarak kurulmuştur. Daha sonra genişletilmesi amaçlanmış ve 2005 yılında İstanbul Valiliği’nin desteği ile İstanbul Emniyet Müdürlüğü bünyesinde faaliyete geçirilmiştir<sup>132</sup>. Ancak daha sonra büyük kentlerde ana caddeler, meydanlar, kent giriş çıkışları ve kritik yol noktalarında olmak üzere yaygınlaşmaya başlamıştır<sup>133</sup>. Karakehya, 2009 tarihli makalesinde, o dönem suçla mücadele kapsamında yapılan hukuki düzenleme ve değişikliklerin gözetimin boyutları bakımından “bir tür kırılma noktası” oluşturduğunu ifade etmiştir<sup>134</sup>. Taşçı da 2001 yılında EGM’nin kendi imkanları ile kurduğu sisteme 2008 yılında hükümetin büyük bir destek sağladığından bahsetmiştir<sup>135</sup>. Karakehya’ya göre; özellikle terör örgütü faaliyetleri kapsamında araç yakma fiilleri gerçekleştiren bazı failerin MOBESE kameraları ile tespit edilmesiyle birlikte MOBESE kameraları daha popüler hâle gelmiş ve akabinde buna benzer başka faydalı sonuçlara ulaşılmasıyla birlikte kamera sayılarının artırılması ve her yerin kameralar ile gözetlenmesine dair ciddi bir kamuoyu desteği ortaya çıkmıştır<sup>136</sup>. Aynı zamanda MOBESE kameraları ile çalıntı araçların

<sup>130</sup> Özbek, s. 1005; Aynı doğrultuda bkz. Özkan, Halid: “Mobese İzleme ve Kayıtlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, S.30, Nisan 2016, s. 65.

<sup>131</sup> Başar, s. 106.

<sup>132</sup> Yıldız/Erkul, s. 1; Derdiman/Tatroğlu, s. 256; Taşçı, s. 165.

<sup>133</sup> Özbek, s. 1003.

<sup>134</sup> Karakehya, s. 324.

<sup>135</sup> Taşçı, s. 168.

<sup>136</sup> Karakehya, s. 345.

bulunabilmesi, şüpheli paketlerin tespiti, yankesicilerin izlenebilmesi, kaçak olaylarının kontrolü, trafik kazalarının tespiti gibi birçok şüpheli durumun takibinin sağlanabiliyor olması da bu sistemin yaygınlaşmasında önemli bir etkidir<sup>137</sup>. Nitekim genel olarak devletlerin artan gözetleme faaliyetleri için desteğin, ulusal güvenliğe ve refaha yönelik bariz bir gereksinimin ortaya çıktığı dönemlerde oldukça güçlendiği görülmektedir<sup>138</sup>.

### 3. MOBESE'nin Hukuki Dayanağına İlişkin Tartışmalar

MOBESE kameraları ülkemizde, yasa ya da yönetmelik şeklinde dahi düzenlenmiş herhangi bir hukuki dayanak olmaksızın<sup>139</sup>, kamusal alanların izlenmesinde kullanılan sistemlerdir. MOBESE kameralarının kullanılabilmesi için herhangi bir hukuki dayanağa ihtiyaç olup olmadığı tartışmalarının önemli bir kısmı, bu kameraların izleme ve kayıt yaptığı alanların "kamusal alan"<sup>140</sup> olması hususu üzerinden yürütülüyor görülmektedir.

Kamusal alanla bağlantılı olarak MOBESE kameralarıyla yapılan kayıtları hukuka uygun bulan iddialara bakacak olursak; bir iddiaya göre kamusal alanın izlenmesi ve kayıt altına alınması hâlinde temel hak ve özgürlüklere hâlel gelmemektedir<sup>141</sup>. Çünkü kamusal alanlar özel hayatın söz

<sup>137</sup> Özbek, s. 1004.

<sup>138</sup> Lyon, Gözetlenen Toplum, s. 69.

<sup>139</sup> Başar, s. 102.

<sup>140</sup> "Neye kamusal dediğiniz; insani varoluşun mahiyetini nasıl kavradığınız, nasıl bir devlet toplum ilişkisi tasarladığınıza bağlı olarak değişir". Bu bağlamda kişi siyasi görüşüne göre kamusal alan; "kamu otoritesinin geçerli olduğu yer", "çoğulculuğun, renkliliğin ve özgürlüğün olduğu alan", "kamu görevlisinin bulunduğu her yer" olmak üzere çeşitli şekillerde tanımlayabilir. İkincisi bazıları kamusal alan-özel alan karşılığını ahlaki bir hiyerarşi içinde yapar. Bazıları ise iki alan arasında sıralama yapar; önce özel alan sonra kamusal alan veya tersi gibi. Aslında bu yine de siyasi anlayışla yakından ilişkilidir. Üçüncü grup ise, günümüz toplumlarını anlamada "kamusal alan-özel alan" ayrımının yeterli bir ayrım olmadığını ifade eder ve bunun yerine "kamusal-özel-siyasal", "kamusal-özel-sivil-siyasal" gibi üçlü veya dörtlü ayrımlar koyar." Yükselbaba, Ülker: "Kamusal Alan Modelleri ve Bu Modellerin Bağlantıları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S.2, 2008, s. 227; "Toplumsal yaşamın bir kamusal bir de özel yönü bulunduğu fikri, on yedinci yüzyıldan bu yana Batı Avrupa siyasal düşüncesinde merkezi bir yer tutmaktadır. Liberal siyasa açısından, 'geniş anlamda' devlet alanı ve toplumsal alan, 'dar anlamda' ev alanı ve ev dışı alan olarak ayrımlaşan bu iki kavram; kamusal dendiğinde *devleti*, özel dendiğinde de *evi ve mahrem yaşamı* kapsar." Dolgun, Gözetim Toplumundan, s. 15.

<sup>141</sup> Eryılmaz, *kural olarak* kamusal alanda korunması gereken bir özel hayatın olmadığını; ancak bu kamuya açık bir alanın sürekli, sistematik olarak kaydı hâlinde ortaya korunması gereken bir özel hayatını çıktığını iddia etmektedir. Eryılmaz, M. Bedri: İnsan Hakları Prensipleri Işığında Kolluk Uygulamalarının Denetimi, 2. Baskı, İçişleri Bakanlığı, Ankara 2009, s. 96; Aynı doğrultuda bkz. Çapar, s. 72.

konusu olduğu bireysel alanlar değildir, dolayısıyla özel hayatın, mahremiyetin ihlal edildiği iddia edilemez ve izlenilebilmesi için ilgilinin rızası dahi gerekmez<sup>142</sup>. Bu iddianın bir varyasyonu kamusal alanda gözetlemenin *ilgilinin rızası* hukuka uygunluk sebebine dayandığına ilişkindir. Buna göre bireyler kamusal alanda gözetleme faaliyetlerinin yapıldığını bilerek bu bölgelere geliyorlar ise burada örtülü bir rıza söz konusudur<sup>143</sup>.

Yukarıdakilerin aksine bir iddiaya göre ise, bireylerin kamusal alanlarda da gizli kalmasını istemesinin makul kabul edilebileceği<sup>144</sup>, kamusal alanlarda da özel hayata içkin faaliyetlerin gerçekleşebileceği ve özel hayatın yalnızca konut içindeki hayattan ibaret olmayıp toplum içindeki görüntü ve seslerin de kişisel verilerin ve özel hayatın korunması kapsamında olacağı<sup>145</sup> durumların da mümkün olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla MOBESE kameralarının yalnızca kamusal alanı gözetliyor ve kaydediyor olması, tek başına, hukuki dayanak olmaksızın bu işlemleri gerçekleştirebilecekleri ve bu kayıtların kullanılabilmesi anlamına gelmez. Bunun yanında meşru savunma ya da zorunluluk hâli gibi müesseselerin de MOBESE ile ilişkilendirilebilmesi mümkün görünmemektedir. Keza izleme düzenekleri saldırıdan önce kurulmaktadır. Gerçekleşen ya da gerçekleşmesi veya tekrarı muhtemel olan haksız saldırıdan önce kurulsun da bunları engelleyebileceğinden ötürü MOBESE'nin bir "önleyici meşru savunma" niteliği olduğu iddia edilebilir; ancak hukuk sistemimizde bunun bir yeri yoktur. Keza bu müesseye kabul edilebilse dahi temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren bir

<sup>142</sup> **Abanoz**, Kameralı Gözetleme, s. 86; **Karakehya**, s. 345; Yargıtay 12. Ceza Dairesi ise 03.04.2012 tarihli kararında bu görüşe katılmıyor görünmektedir. "Özel hayat kavramı; kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret olmayıp, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içermektedir. Kamuya açık alanda bulunulduğunda dahi, 'kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik' prensibinin geçerli olduğu ve kamuya açık alana çıkan her kişinin, bu alandaki her görüntü veya sesinin kaydedilip, sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterdiğinin kabulü mümkün değildir." Yarg. 12. CD., T. 03.04.2012 E. 2011/7345 K. 2012/8936, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 5.5.2021)

<sup>143</sup> **Abanoz**, Kameralı Gözetleme, s. 136-139.

<sup>144</sup> "Örneğin sevgilisiyle sarılmış şekilde parkta oturan bir genç, plajda güneşlenen insanlar, kanuni devlet kurumu olan geneleve giren beyefendi kendilerinin bir kamera tarafından çekilmesini umursamazlar mı?" **Karakehya**, s. 345.

<sup>145</sup> **Akyürek**, Güçlü: Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, 2. Baskı, Ankara 2013, S. 273; **Abanoz**, kişisel verilerin korunması hakkı ve özel hayatın gizliliğinin korunması hakkına bir de kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme hakkını ekler. bkz. **Abanoz**, Kameralı Gözetleme, s. 95-96.



uygulamanın genel hükümlerden dayanak alması mümkün değildir; özel yasal dayanağı olmalıdır<sup>146</sup>.

Yukarıda açıklananların yanında MOBESE kameraları ile gözetleme faaliyetlerinin yasal dayanağı bulunduğunu iddia edenler de vardır. Bu anlamda MOBESE kameraları ile izleme ve kayıt altına alma işlemlerinin çoğunlukla “teknik araçlarla izleme”ye<sup>147</sup> ilişkin düzenlemelerle bağdaştırıla-

<sup>146</sup> Özkan, s. 71.

<sup>147</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu “Madde 140: (1) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80) ile organ veya doku ticareti (madde 91), 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83), 3. (Ek:21/2/2014–6526/14 md.) Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148,149) ile nitelikli dolandırıcılık (madde 158), 4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 5. Parada sahtecilik (madde 197), 6. (Mülga:21/2/2014–6526/14 md.; Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/28 md.) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç), 7. (Ek: 25/5/2005 – 5353/19 md.) Fuhuş (madde 227) 8. İhaleye fesat karıştırma (madde 235), 9. (Ek: 24/11/2016-6763/28 md.) Tefecilik (madde 241), 10. Rüşvet (madde 252), 11. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), 12. (Değişik: 2/12/2014-6572/43 md.) Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302), 13. (Ek: 2/12/2014-6572/43 md.) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316), 14. Devletin Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335,336, 337), Suçları. b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları. c) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar. d) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

(2) (Değişik: 24/11/2016-6763/28 md.) Teknik araçlarla izlemeye hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde kayıtlar derhâl imha edilir.

(3) (Değişik:21/2/2014–6526/14 md.) Teknik araçlarla izleme kararı en çok üç haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir hafta daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi hâlinde, hâkim yukarıdaki sürelerle ek olarak her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplam dört haftayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir. (Ek cümle: 15/8/2017-KHK-694/143 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/138 md.) Teknik araçlarla izleme tedbiri ile birlikte gizli soruşturmacı görevlendirilmesi halinde bu fıkrada belirtilen süreler bir kat artırılarak uygulanır.

(4) Elde edilen deliller, yukarıda sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz; ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı taktirde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhâl yok edilir.

(5) Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz.”

bildiği görülmektedir. MOBESE kameralarının teknik araçla izleme kapsamında değerlendirilmesine ilişkin olarak en başta, Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında teknik araçlarla izleme düzenlemesinin bir koruma tedbiri olduğunu hatırlatmak gerekir. Bunun yanında, MOBESE ile yapılan izlemlerde ise amaç suçun önlenmesidir. Demek ki bu izlemler, önleyici bir tedbir niteliğindedir<sup>148</sup>. Aynı zamanda CMK kapsamında teknik araçlarla izlemenin bir koruma tedbiri olmasından kaynaklı olarak, izlemler uzun süreli bir gözetleme şeklindedir. Buna karşılık MOBESE ile izlemenin genele yönelik ve tesadüfi olması gerekmektedir<sup>149</sup>.

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu Ek Madde 7/6<sup>150</sup> ve Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu Ek Madde 5/5<sup>151</sup> de önleyici nitelikte olmaları bakımından MOBESE kameraları ile ilişkilendirilebilir. Ancak kolayca fark edilecek husus, bu düzenlemelerde yalnızca teknik araçlarla “izleme”nin bulunmasıdır. PVSK ve JTGYK düzenlemeleri kapsamında yapılan teknik araçlarla izlemede, kayıt ve saklamaya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşın Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 140. maddesinde “izleme”nin yanında “ses ve görüntü kaydı alma”nın da kapsama dahil edildiği görülmektedir. MOBESE kameraları vasıtasıyla yapılan gözetlemenin ise yalnızca bir izleme değil izleme ve kayıt altına alma şeklinde gerçekleştiği açıktır. Bunun yanında gerek CMK düzenlemesi gerekse PVSK ve JTGYK düzenlemeleri kapsamında yapılan izlemler daimi olmayan izlemlerdir. Oysa MOBESE faaliyetlerinin, süresiz olarak ve sürekli devam eden izleme, kayıt alma ve saklamayı içerdiği görülmektedir<sup>152</sup>.

MOBESE ile gözetleme ile ilişkilendirilen düzenlemelerin hepsinde ortak koşullar vardır ki bunların hiçbiri MOBESE ile yürütülen faaliyetler açısından geçerli değildir. Bu anlamda MOBESE ile ilişkilendirilen bu yasal faaliyetlerin yürütülebilmesi ilgili maddelerde sayılı suçlarla sınırlıdır. Demek ki maddede sayılmayan suçlar için, örneğin kasten yaralama ya da basit hırsızlık, suçun işlendiğiyle ilgili somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri olsa dahi CMK 140 kapsamında bir teknik araçlarla izleme

<sup>148</sup> **Özbek**, s. 1006; **Özkan**, s. 71.

<sup>149</sup> **Özkan**, s. 71.

<sup>150</sup> 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu Ek Madde 7/6: (Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.) İstihbarat faaliyetlerinde, bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir.

<sup>151</sup> 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu Ek Madde 5/5: Bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir.

<sup>152</sup> **Derdiman/Tatroğlu**, s. 263; **Küçük**, s. 73-74.

yapılamayacaktır. Buna karşılık, MOBESE kameralarının bulunduğu her yerde işlenen tüm basit hırsızlık ya da kasten yaralama suçları, herhangi bir şarta bağlı olmaksızın doğrudan doğruya MOBESE ile izlenmekte ve kayıt altına alınmaktadır. Yine önleme niteliğinde teknik araçlarla izlemeyi düzenleyen PVSK hükmünde ve JTGYK hükmünde de teknik araçlarla izlemenin şartı olarak açıkça birebir aynı ifade kullanılmıştır: “bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla”.

MOBESE ile ilişkilendirilen bu düzenlemelerde ancak yetkili makamca karar verilmesi hâlinde teknik araçlarla ilgili faaliyetler yürütülebileceği düzenlenmiştir. Bu yetkili makam, saydığımız üç düzenleme için de -CMK’-da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının karar verebileceği istisnasıyla- hâkimdir. Oysa uygulamada MOBESE kameraları yasal herhangi bir kıstasa bağlı olmaksızın herhangi bir bölgeye idari nitelikte bir kararla kurulabilmektedir.

Yine, CMK’daki koruma tedbirine gidilebilmesi için kuvvetli suç şüphesi ve başka türlü delil elde edilmesinin mümkün olmaması şartları da aranmaktadır. Bu anlamda önleyici bir tedbir olarak kullanılan MOBESE faaliyetlerinin aksine CMK’daki düzenleme kapsamındaki teknik izleme ve takibin şüpheli veya sanığa karşı adli maksatlı teknik araçlarla izlemeye ilişkin olduğu tekrar görülmektedir.

MOBESE’nin, yukarıda açıklananların yanında bir de 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 11-A ve 32-B maddeleri kapsamında valinin ve kaymakamın suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini sağlamak için alacağı tedbirler dahilinde değerlendirilebilmesinin de tek başına mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Keza bu yetkiler süreklilik arz eden durumlarda değil, kamu düzeninin gerekli kıldığı an için kullanılabilir<sup>153</sup>.

Belirtmek gerekir ki; yasal dayanaktan yoksun olan MOBESE ile yapılan izlemelerde kişilere gözetlendiklerinin bildirilmemesi hâlinde izlemenin *gizli* yapıldığı kabul edilecektir ve bu durumda bu faaliyet hukuka aykırıdır. Dolayısıyla CMK’nın 217/2.<sup>154</sup> maddesi karşısında hukuka aykırı yöntemle elde edilen kişisel veriler de hukuka aykırı delil olacaktır<sup>155</sup>. AİHM’nin Ağaoğlu v. Türkiye kararı<sup>156</sup>, bu noktada aydınlatıcıdır; keza Mahkeme 2005

<sup>153</sup> **Derdiman/Tatroğlu**, s. 262; **Küçük**, s. 74.

<sup>154</sup> CMK Madde 217 (2) – “Yüklenen suç, *hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş* her türlü delille ispat edilebilir.”

<sup>155</sup> **Küçük**, s. 77, dipnot 106.

<sup>156</sup> Ağaoğlu v. Türkiye, Başvuru No: 27310/95, T. 06.12.2005, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-173698> , Erişim Tarihi: 5.5.2021)

tarihli kararında, yasayla öngörülmüş olma kistasını karşılamadığından bahisle, hâkim kararıyla dinlenen kişiden elde edilen telefon kayıtlarının ceza yargılamasında delil teşkil etmeyeceğine hükmedilmiştir<sup>157</sup>. MOBESE kayıtlarının delil kabul edilebilmesi için, yasal düzenlemesinin yapılması ve bu düzenlemede katalog suçların belirlenmesi, bu katalog suçların işlenmesinin önlenmesi için yasal şartlara uygun olarak izleme ve kayıt faaliyetleri yürütülmüş olması gerekmektedir<sup>158</sup>. Ancak Yargıtay kararlarında da açıkça görülmektedir ki mahkemeler MOBESE kayıtlarını delil kabul etmekte<sup>159</sup>, hatta MOBESE kayıtlarının dosya kapsamında incelenmemiş olması Yargıtay’ca bir bozma sebebi olarak değerlendirilmekte<sup>160</sup> ve hatta Yargıtay *görüntüler*

<sup>157</sup> AİHM’nin bu kararına atıfta bulunan Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 2011 tarihli bir kararında “suç işlenmesinin ve kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi amacıyla baş vurulabilecek ve önleme amacıyla yapılan iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgular da, yasanın öngördüğü amaçlar dışında ve bu arada bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak da kullanılamayacaktır. (...) Önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgularla bir suç işlendiğinin anlaşılması karşısında, elde edilen bu bulgular, 5397 sayılı Yasanın 1. ve 2. maddeleri uyarınca, yasanın öngördüğü amaçlar dışında ve bu arada bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak kullanılamayacağından, anılan düzenlemenin gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, kolluk görevlilerince durum derhal adli birimlere bildirilmeli ve somut olayın özelliğine göre Cumhuriyet Savcılığınca gerek görülürse bu bilgilerden hareketle soruşturmaya başlanmalıdır.” şeklinde açıklamalarıyla önleyici tedbir kapsamında elde edilen delillerin soruşturma başlatılmak üzere kullanılabilmesini ancak soruşturma ve kovuşturmada kullanılamayacağını tespit etmiştir. Yarg. CGK, T. 17.05.2011 E. 2011/9-93, K. 2011/95, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 5.5.2021)

<sup>158</sup> **Özkan**, s. 88.

<sup>159</sup> “Sanıkların bahse konu afişleri yırtarak zarar verdiklerinin mobese kayıtları ve sanıkların ikrarları ile sabit olduğu...” Yarg. 2. CD., T. 15.12.2020 E. 2020/23904 K. 2020/15478, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 5.5.2021)

<sup>160</sup> “Mobese ve HTS kayıtlarının incelenmesi gerektiğine...” Yarg. 1. CD., T. 21.1.2021 E. 2020/1715, K. 2021/291, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 6.5.2021); “MOBESE kayıtlarının araştırılması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek, sanığın hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile hüküm kurulması...” Yarg. 10. CD., T. 4.11.2020 E. 2020/5128, K. 2020/6587, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 6.5.2021); “Olay günü olay yeri bina ve çevresinde kamera veya MOBESE sistemi olup olmadığının araştırılması... gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yarg. 6. CD., T. 20.6.2018 E. 2015/7929, K. 2018/4641, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 6.5.2021); “...kavşakta mobese kayıtlarının bulunup bulunmadığı araştırılması daha sonra gerekirse davalı savunması üzerinde durularak davalı araç üzerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken...” Yarg. 17. HD., T. 9.5.2016 E. 2016/464, K. 2016/5654, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 6.5.2021).

üzerinde iyileştirme yapmak gibi birtakım müdahaleleri de gerekli görmektedir<sup>161</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki CMK madde 138'in<sup>162</sup> açık hükmü karşısında MOBESE izleme ve kayıtlarının tesadüfen elde edilen delil kabul edilmesi de mümkün değildir<sup>163</sup>.

#### 4. AİHM'nin Kameralı Gözetlemeye Bakışı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişisel verileri, Sözleşme'de özel ve aile hayatına saygı hakkının düzenlendiği 8. madde kapsamında değerlendirmektedir<sup>164</sup>. Dolayısıyla kameralı gözetlemelerin konusunu da kişisel veriler<sup>165</sup> oluşturduğundan, kameralı gözetleme hususunda Mahkeme'nin genel olarak 8. madde kapsamında değerlendirme yaptığı görülmektedir.

Kamusal alan tartışmaları açısından bakıldığında ise Mahkeme'nin kamusal alanda gerçekleştirilen faaliyetlerin hepsini özel hayatın gizliliği dışında kabul ettiği söylenememekle birlikte; aynı şekilde kamusal alandaki faaliyetlerin hepsini doğrudan özel hayatın gizliliğine ya da kişisel verilere müdahale olarak gördüğü de söylenemeyecektir. Bu anlamda AİHM'nin kamusal alan açısından kategorik bir kabulü yoktur, kimi faaliyetler kamusal alanda yapılırsa dahi özel hayat ve/veya kişisel veri kapsamında olabilir. Mahkemenin “kamusal alanda özel hayat olmaz” gibi bir kabulünün olmadığını gösteren önemli bir karar olan *Niemietz v. Almanya* kararında Mahkeme, kamuya açık alanlarda da özel hayata saygı gösterilmesi hakkının talep edilebileceğine hükmetmiştir: “Özel hayat kavramını bireyin kendi seçtiği kişisel hayatı olan iç çevresi ile kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan

<sup>161</sup> “...güzergahta bulunan mobese ve kamera kayıtları temin edilip gerekirse görüntü iyileştirilmesi yapılarak sanığın olay tarihinde kaza mahallinde aracıyla seyredip seyretmediğinin araştırılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ve incelemeye yazılı şekilde beraatine karar verilmesi...” Yarg. 12. CD., T. 19.2.2020 E. 2019/4851 K. 2020/1712, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.5.2021)

<sup>162</sup> CMK Madde 138 – “ (1) Arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.

(2) Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.”

<sup>163</sup> Özkan, s. 92.

<sup>164</sup> Küçük, s. 56.

<sup>165</sup> Özkan, s. 67.

dış dünyayı ayırmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, belirli bir dereceye kadar diğer insanlar ile ilişki kurma ve bu ilişkileri geliştirme hakkını da içerir.”<sup>166</sup>. Demek ki AİHS kapsamında kamuya açık alanlarda da özel hayatın korunması ve özel hayata saygı gösterilmesine yönelik bir korumadan söz edilebilir<sup>167</sup>.

Mahkeme, özellikle düzenli ve kalıcı olarak izlemenin söz konusu olduğu aralıksız izleme ve kayıt altına alma durumlarında o bölgeden geçmek zorunda olan insanların özel hayatının gizliliğine ilişkin problemlerin ortaya çıkacağını ve bu durumlarda kolluk tarafından belirli bir birey hakkında toplanan kayıtların -bu kayıtlar müdahaleci ya da gizli bir yöntemle toplanmasa dahi- özel hayatın gizliliğine bir ihlal teşkil edeceğini vurgulamıştır<sup>168</sup>.

AİHM'nin, kameralı gözetleme ile haklara bir müdahale olduğunu tespit etmesi hâlinde üç temel kıstas ile müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı hususunda karara vardığını söyleyebiliriz: Kanunilik<sup>169</sup>, Meşru Amaç<sup>170</sup> ve Ölçülülük<sup>171</sup>.

<sup>166</sup> Niemietz v. Almanya, Başvuru No: 13710/88, T. 16.12.1992, (<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57887>, Erişim Tarihi: 9.5.2021); **Küçük**, s. 57.

<sup>167</sup> **Özkan**, s. 69.

<sup>168</sup> Bkz. P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 44787/98, T. 25.09.2001, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59665>, Erişim Tarihi: 9.5.2021)

<sup>169</sup> AİHM, genel kabulünde olduğu gibi kamera sistemleri ile kayıtlara ilişkin olarak da kanunilik tabirinden şekli anlamda kanuni bir düzenleme olmasını değil, *belirli, öngörülebilir ve erişilebilir* hukuki herhangi bir düzenlemenin olması şeklinde algılamaktadır.

<sup>170</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden düzenlenen hakların sınırlama nedenleri de her hak ile ilgili düzenlemede önceden sayılmıştır. Dolayısıyla bu haklardan birine müdahalede bulunulacaksa bunun hak ihlaline sebep vermemesi için sayılı nedenlerle bu müdahalede bulunulması ve bunun gerçekten de meşru bir amaca yönelik olması gerekmektedir. Kameralı gözetleme ile ilgili en çok gündeme gelen madde olan AİHS madde 8 (özel ve aile hayatına saygı hakkı) düzenlemesinde sayılan sınırlama nedenleri ise şöyledir: “demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması”. Maddede müdahalenin yasayla öngörülmesi olmasının da arandığını hatırlatma fayda vardır.

<sup>171</sup> Bu ilkenin kendi içinde *elverişlilik, gereklilik ve orantılılık* olarak üç alt ilkeden oluştuğu görülmektedir. Elverişli bir müdahalede alınan tedbir ile hedeflenen amaca ulaşılabilmesi, yani araç ile amacın uygun olması gerekir. Gerekli bir müdahaleden söz edebilmemiz için insan haklarına muhtemel en az müdahalede bulunan aracın kullanmış olması aranır. Eğer insan haklarına daha az müdahale ile çözülebilecek bir durum söz konusuysa daha ağır müdahalenin gerekli olmadığı kabul edilir. Oranlı müdahale ise kameralı gözetleme açısından kamera sayısı, sistemin kurulacağı bölgelerin seçimi gibi hususlarla ilgilidir. Kamera sayıları haddinden haddinden fazla ya da seçilen bölge suç

Genel olarak görüntüleme, kayda alma, kayıtları düzenleme ve saklama ile ilgili olarak AİHM'nin tavrını anlayabilmek adına birkaç karardan özellikle bahsetmek gerekecektir. Keza bu kararlarda belirlenen kıstaslar ve kararların gerekçeleri, kamusal alanda yapılan kamera ile izleme, kayıt ve saklama faaliyetlerine bakışını yansıtmaktadır.

Mahkeme, *Perry v. Birleşik Krallık* kararında<sup>172</sup>, polis merkezinde görüntüleri kamera ayarları ile oynanarak farklı bir hızla alınan ve akabinde fotomontaj yoluyla görüntülere başka şahıslar eklenmesiyle ortaya çıkan son görüntünün teşhis için kullanılmış olmasını, bu hususta başvuru ya da avukatına bilgi verilmemiş ya da başvurucudan izin alınmamış olmasını özel yaşama yönelik bir müdahale olarak görmüş ve ihlal kararı vermiştir. Mahkeme, kararında polis merkezi gibi yerlerde kameralarla rutin görüntü alınmasının özel hayatın gizliliğinin ihlali olmadığını ifade etmiş ancak somut olayda kişinin izni olmadan ve ileride kullanılmak üzere görüntüleri ile oynanmış olmasını bir hileye başvurulmak suretiyle olağan ve beklenebilir kullanımının ötesine geçilmesi bakımından rutin kayıtlardan ayırmıştır. Görüntü kaydı için, başvuru için izni alınmalı, bunların teşhis amacıyla kullanılacağı hakkında kullanıcı bilgilendirilmeli ve kendisine içeriğe itiraz etme hakkı tanınmalıdır<sup>173</sup>. Görülmektedir ki Mahkeme, burada “özel hayata saygı makul beklentisi”<sup>174</sup> kriterini kullanmıştır.

*Peck v. Birleşik Krallık* kararına<sup>175</sup> konu olayda ise başvuru kamuya açık bir alanda elinde bıçakla intihar teşebbüsünde bulunduğu sırada CCTV<sup>176</sup> kameralarına yakalanmıştır. Başvurucunun kaydedilen görüntüleri, kameranın faydalarını anlatmak için yetkililerce basın mensupları ile paylaşılmış ve bu görüntüler başvuru için yüzü açık bir şekilde ve “CCTV ve polis ortaklığı ile potansiyel tehlikeli bir durum etkisiz hâle getirildi.”<sup>177</sup>

oranlarının düşük olduğu bir bölge ise müdahalenin orantılılığına ilişkin soru işaretleri doğacaktır.

<sup>172</sup> Perry v. Birleşik Krallık, Başvuru No:63737/00, T. 17.10.2003, (<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-61228>, Erişim Tarihi: 9.5.2021)

<sup>173</sup> Atak, Songül: “Avrupa Konseyi’nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.87, 2010, s. 113; Küçük, s. 79.

<sup>174</sup> “Eğer söz konusu müdahale, hayatın olağan akışı içinde beklenebilecek nitelikte ise ve kişi, bu makul beklentiye rağmen tedbir almıyorsa, bu alanı başkaları ile paylaşmakta sakınca görmediği anlamına gelmektedir.” Abanoz, Kameralı Gözetleme, s. 88.

<sup>175</sup> Peck v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 44647/98, T. 28.01.2003, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60898>, Erişim Tarihi: 12.5.2021)

<sup>176</sup> Birleşik Krallık’ta kullanılan kameralı gözetleme sistemi hakkında detaylı bilgi için bkz. Çapar, s. 13-78; Abanoz, Kameralı Gözetim, s. 25-26.

<sup>177</sup> Abanoz, Kameralı Gözetim, s. 118.

ifadeleriyle bazı televizyon kanallarında yayınlanmıştır. Mahkeme bu olayla ilgili olarak ihlal kararı vermiştir. Mahkeme kararında suçları izleme ve önleme açısından kamera sistemlerinin önemine vurgu yapmış ancak görüntülerin başvuru yüzü kapatılmadan yayınlanmış olmasını orantısız ve haksız bir müdahale olarak değerlendirerek özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine hükmetmiştir<sup>178</sup>. Aynı zamanda bu kararda Mahkeme, kamusal alanda görüntülerin izlenmesinin tek başına özel hayatın gizliliğinin ihlali olmayacağını; ancak *sistemik ve kalıcı olarak kaydedilmesi* hâlinde ihlalin söz konusu olacağını belirtmiştir<sup>179</sup>. Görülmektedir ki AİHM suçla mücadele açısından ve önleyici niteliği bakımından kamera ile izlemenin önemini kararlarında vurgulamakta ve bunları tek başına özel hayatın gizliliği ya da kişisel verilerin kaydedilmesi açısından bir ihlal olarak değerlendirmemektedir. Ancak kamusal alanlardaki verilerin sistemik ve sürekli kaydedilmesi hâlinde özel hayatın gizliliği ihlal edilmiş olacaktır.

Belirtmek gerekir ki; AİHM, kamera sistemleri ile kayıtlara ilişkin olarak kanunilik kavramını dar yorumlamaktadır. Bu doğrultuda Mahkeme, *Antovic ve Mirkovic v. Karadağ* kararında kamu kurumlarının yalnızca kamu binalarının ulaşım yolunu kamera ile izleyebileceğine ilişkin yasal düzenlemeden yola çıkılarak üniversite amfilerinde kamera sistemleri kurulamayacağına kanaat getirmiştir. Keza ilgili yasaya göre yalnızca binaya giden yol kamerayla izlenebilecektir<sup>180</sup>.

## 5. MOBESE Uygulamalarının Hukukilik Kazanması

MOBESE kameralarına ilişkin herhangi bir yasal dayanağın bulunmaması; bu kameraların kurulması, kayıt alması, kayıtlarının saklanması gibi hususların tamamen idari makamlara bırakılmış olması anlamına gelir. Burada hukuki anlamda herhangi bir düzenleme olmamasına karşın mahkemelerde her gün MOBESE kameraları ile kaydedilen verilerin mahkemelerde delil olarak kullanıldığı<sup>181</sup>, bununla ilgili uygulamada doğrudan pek de bir

<sup>178</sup> **Atak**, s. 113-114; **Derdiman/Tatroğlu**, s. 260.

<sup>179</sup> **Küçük**, s. 58.

<sup>180</sup> Bkz. *Antovic ve Mirkovic v. Karadağ*, Başvuru No: 70838/13, T. 28.11.2017, ([https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22display%22:\[2\],%22itemid%22:\[%22002-11757%22\]%7D](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22display%22:[2],%22itemid%22:[%22002-11757%22]%7D), Erişim Tarihi: 12.5.2021)

<sup>181</sup> “Atatürk Bulvarı üzerindeki yaya geçidinde, açık havada, kuru, eğimsiz, düz asfalt yolda, gündüz vakti meydana geldiği, kazaya ilişkin Mobese kaydından ... plakalı Volkswagen marka, ... model araç sürücüsü olan sanığın havalimanı istikametine doğru seyir hâlinde iken kendisine kırmızı ışık yandığı hâlde kazayı engelleyici hiçbir tedbir almadan kırmızı ışıkta geçerek aracının sol ön köşe ve yan kısımları ile yaya geçidini



tartışmanın olmadığı ve hatta herhangi bir Yüksek Mahkeme kararında bu kayıtların delil niteliğinin bile tartışılmadığı -aksine değerlendirilmemelelerinin bozma sebebi kabul edildiği- göz önüne alındığında; görülmektedir ki ülkemizde ciddi bir uygulaması bulunmasına karşın MOBESE'ler dayanağını pozitif hukuktan almamaktadır. Bir hukuk devletinde hukuki dayanaktan yoksun olan kameralı gözetleme uygulamalarının dayanağı ne olabilir? Hukuk dışı herhangi bir dayanak hukuk devleti kavramsallaştırması içerisinde geçerli kabul edilebilir mi? Yukarıdaki açıklamalar ışığında bunların hukuken geçerli uygulamalar olmadığı gayet açıktır. Yine açıktır ki; belirliliği sağlamakla yükümlü ve temel hak ve özgürlüklere saygılı modern bir hukuk devletinde<sup>182</sup> bu uygulamanın hukuken düzenlenmesi bir zorunluluktur. Nitekim resmî kurumlardan buna yönelik çalışmaların sürdüğüne ilişkin bilgiler verilmiştir<sup>183</sup>. Ancak söz konusu çalışmaların kamuya hiçbir şekilde açılmadığı ve bir türlü de tamamlanmadığı görülmektedir.

MOBESE ile izleme, kayıt alma ve saklama işlemlerinin hukukilik kazanması, yasa ile düzenlenmesine bağlıdır. Nitekim doğrudan doğruya kişisel verilerin korunması hakkı ile bağlantılı olduğundan bir hakka müdahale söz konusudur ve bu müdahaleler ancak yasa ile yapılabilecektir. Uygulamalar ölçülü olmalı; bir diğer deyişle amaca elverişli olmalıdır. Kişisel verilerin korunması hakkı ile izleme faaliyeti ile hedeflenen kazanım arasında menfaatler dengesi gözetilmelidir<sup>184</sup>. Kişisel veriler üzerinde herhangi

kullanarak yeşil ışıkta geçmekte olan mağdur ...'na çarptığı" Yarg. CGK, T. 21.05.2020 E. 2018/3-473, K. 2020/225, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 18.5.2021)

<sup>182</sup> Anayasa Mahkemesi de 1976 tarihli kararında hukuk devleti şu şekilde tanımlanmaktadır: "...hukuk devleti demek, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sanan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir." Bkz. AYM, T. 25.05.1976 E. 1976/1, K. 1976/28, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1976/28?EsasNo=1976%2F1>, Erişim Tarihi 20.5.2021); Dicey, hukuk devletinin "keyfi gücün etkisinin aksine, olağan hukukun mutlak hakimiyeti veya üstünlüğü anlamına gelmekte" olduğunu ve "devlet organlarının yetkilerinde keyfiliği, ayrıcalığı ve hatta geniş takdir yetkisini bile dışla[dı-ğın]" ifade etmektedir. **Dicey**, Albert V.: "Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar", Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasî Bir İdeal, ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 36.

<sup>183</sup> Taşçı ve Derdiman/Tatroğlu'nun her ikisi de 2016 yılında yayımlanan çalışmalarında birtakım çalışmaların yapıldığı ifade edilmiştir. "...MOBESE çalışmalarının henüz bir yasal dayanağının olmadığı ve EGM Hukuk Müşavirliğinden alınan görüşler doğrultusunda çalışmaların yapıldığı verilen cevaptan anlaşılmıştır" **Taşçı**, s. 178; "İçişleri Bakanlığında (bilgi edinme hakkı kapsamında) edinilen bilgiler ışığında, MOBESE'ye yönelik yönetmelik üzerinde çalışıldığı bilinmektedir." **Derdiman/Tatroğlu**, s. 272.

<sup>184</sup> **Küçük**, s. 70-77.

bir işlem tesisi için yasa veya Anayasa'dan gelen üstün bir kamu yararı olmalıdır<sup>185</sup>. Yapılacak yasal düzenleme, bunların nerelere kurulabileceği<sup>186</sup>, çektikleri görüntülerin nasıl saklanacağı, ne kadar süre saklanacağı<sup>187</sup> gibi soruları cevaplar nitelikte bir düzenleme olmalıdır<sup>188</sup>. Abanoz daha spesifik bir şekilde; suçun önlenmesine *elverişli, uygun ve etkili* olduğu bilimsel olarak kanıtlanmış<sup>189</sup> ortamlarda, tedbir süresine uyararak, izleme-kaydetme-saklama ve kullanma süreçlerinin *açık, belirli ve denetlenebilir* olduğu bir yasal düzenlemenin yapılması gerektiğini işaret etmektedir<sup>190</sup>.

Özbek'e göre tedbirin uygulanacağı yerin belirli olması, tedbirin uygulanacağı süre ve sürenin tespiti bakımından koşulların mevcut olduğunun belgelendirilmesi gerekir ve tedbirin uygulanmasına ise kolluk amiri karar verir<sup>191</sup>. Lyon'ın<sup>192</sup> dikkat çektiği üzere güvenlik amaçlı kamera sistemleri yalnızca operatörü tarafından izlenmeyebilir; bu imgeler sayısallaştırılıp veri hâline getirildikten sonra kullanıma açık hâle gelirler. Bu sebeple kimin, hangi nedenlerle bu verilere erişeceği açık olmalıdır. Bu anlamda; yasal düzenlemede kameraların -önleyicilik fonksiyonu ön planda olmak üzere- hangi amaç veya amaçlarla kullanılacağı, kamera sisteminin kurulmasına ilişkin kararı verecek kişi veya makam, izleme yapma/verileri toplama/

<sup>185</sup> **Özkan**, s. 69.

<sup>186</sup> “Avrupa’da kabul edilen görüş, kamera kurulması için suçun artmış olması, önlenemez olması gibi zorunlu olarak kabul edilebilir, bilimsel olarak kanıtlanmış gerekliliğin olması, ayrıca kamera sayısının ihtiyaç oranında kurulması, gereklilik ortadan kalktığına kameraların kaldırılması olarak kabul edilmektedir” **Taşçı**, s. 174.

<sup>187</sup> Taşçı tarafından 2015 yılında yapılan bilgi edinme başvurusuna cevaben İstanbul Emniyet Müdürlüğü’nden kayıtların teknolojiye bağlı olarak farklı süreler saklanabildiği; eski sistemlerde 10 güne, yenilerde 30 güne kadar saklama süresi olabildiği ve adli ve idari soruşturma birimlerince istenmiş olması hâlinde beş yıl süreyle saklandığı bildirilmiştir. Bkz. **Taşçı**, s. 176; Bu noktada Küçük, amaca uygunluk ilkesi doğrultusunda amaç hasıl olduktan sonra kayıtların imha edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Küçük**, s. 80; **Derdiman/Tatroğlu** da ölçülülük ilkesi ve kişi güvenliğinin bir gereği olarak gerekli olmayan verilerin imha edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. **Derdiman/Tatroğlu**, s. 282.

<sup>188</sup> **Karakehya**, s.346.

<sup>189</sup> “Suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla kamera sistemi kurulacaksa; ilgili bölgedeki suç oranları ve suç türleri dikkate alınmalı, pilot uygulaması yapılarak kameranın bölgedeki suç oranlarını nasıl etkilediği takip edilmelidir.” **Abanoz**, Kameralı Gözetleme, s. 161.

<sup>190</sup> **Abanoz**, Buket: “Biri Bizi Hukuka Aykırı Gözetliyor: MOBESE Kameraları”, <https://blog.lexpera.com.tr/biri-bizi-hukuka-aykiri-gozetliyor-mobese-kameralari/>, (Hukuka Aykırı), s. 1.

<sup>191</sup> **Özbek**, s. 1012-1015.

<sup>192</sup> **Lyon**, Gözetlenen Toplumu, s. 46-47.

muhafaza etme görev ve yetkilerine sahip olacak kişi veya kurum da açıkça belirtilmelidir<sup>193</sup>.

Yasal bir düzenleme yapılmadığı takdirde hukuka uygunluğun söz konusu olabilmesi için MOBESE kameraları ile izlenen ve kayıt alınan bölgelerde, bölgenin izlendiğinin, izlemenin hangi kamu tüzel kişisi tarafından yapıldığının<sup>194</sup>, kayıt alındığının ve kayıtların bir süre saklandığının açıkça yazıldığı uyarı levhalarının herkesin görebileceği şekilde<sup>195</sup> konulması<sup>196</sup> ya da başka bir yöntem ile izleme ve kayıt altına alma işlemlerine ilişkin bilgilendirmenin yapılması suretiyle bireylerin “açık rıza”sının alınması gerekmektedir. Ayrıca bu bilgilendirmeler kişiler izlenen alana girmeden önce yapılmalıdır<sup>197</sup>. Çünkü Anayasa’nın 20. maddesi düzenlemesine göre; kişisel veriler ancak yasayla önceden öngörülmüş hâllerde ya da “açık rıza” ile işlenebilmektedir<sup>198</sup>.

## SONUÇ

Kameralı gözetlemenin, bir diğer deyişle dijital gözün özellikle de kentlerde yaşayanlar açısından kaçınılması mümkün olmayan bir ağ üzerinden işlediği görülmektedir. Kentlerin en işlek meydan ve caddelerinden, en ıssız sokaklarına değin dört bir köşesinin kameralar ile izlendiği bir dönemde yaşıyoruz. Ki bu uygulama aslında çok da yeni değil; ancak gün geçtikçe bu kameraların sayısı, niteliği artmakta ve kameralı gözetlemenin kapsamı genişlemektedir. Bu noktada esasen modern hukuk devletinden toplumsal yaşamın her alanını böylesine işgal etmiş bir uygulamayı yasa ile düzenlemesi

<sup>193</sup> **Abanoz**, Kameralı Gözetleme, s. 160-165; **Özkan**, s. 76; **Derdiman/Tatroğlu**, s. 280.

<sup>194</sup> **Küçük**, s. 78.

<sup>195</sup> **Özkan**, s. 76.

<sup>196</sup> Bu minvalde levhaların varlığının ise tek başına hukuka uygunluk getireceği söylene-  
mez. **Abanoz**, 24 saat izleme gerektiren havalimanı, meydanlar gibi bölgeler haricinde  
şehrin hangi bölgesinin, hangi kamera sistemiyle ve hangi saatler arasında izlendiğine  
ilişkin bilgilendirmenin yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim neye rıza veril-  
diği konusunda bireylerin bilgi sahibi olması gerekir. Ayrıca şehrin her alanında her saat  
bir izleme ve gözetlemenin olması hâlinde de bireylerin bundan kaçınabilme şansları  
olmadığından ötürü rızadan söz edilebilmesi mümkün görünmemektedir. **Abanoz**,  
Kameralı Gözetleme, s.163; **Abanoz**, Hukuka Aykırı, s. 2. Ancak bu durumda belli bir  
bölgede suç işleme hazırlığı içinde olanlara hangi saatlerde o bölgenin izlenmediği  
hakkında önceden bildirimde bulunulmuş olması gibi bir sonuç doğabileceği de iddia  
edilebilir. Bu noktada sanıyorum ki belirleyici olan devletin temel hak ve özgürlüklere  
mesafesi ve suç politikası olacaktır.

<sup>197</sup> **Küçük**, s. 78.

<sup>198</sup> **Abanoz**, Kameralı Gözetleme, s. 162-163.

beklenir. Ancak Türkiye’de yaygın olarak bulunan bu kameralara ilişkin elle tutulur yasal bir düzenleme senelerdir yapılmamıştır.

Kamerallı gözetlemenin Türkiye’deki uygulaması, MOBESE olarak adlandırılan Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu’nda karşılığını bulmaktadır. Bu uygulama güvenlik kameralarından oluşturulmuş bir sistem ile kentlerin izlenmesi, denetlenmesi ve kontrolü için kullanılmaktadır. Türkiye’de özellikle 2000’li yılların başlarından itibaren yaygınlaşmaya başlayana MOBESE kameraları bugün kentlerin hemen her bölgesinde toplumsal yaşamın her anını izlemekte, kayıt altına almaktadır. Bu anlamda bir sürekli izleme ve kayıt alma pratiği, başta insan onurunun korunması olmak üzere, kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın korunması ve mahremiyet hakkı gibi insan haklarına doğrudan bir müdahale olduğundan MOBESE kameralarına ilişkin şekli anlamda da yasal bir düzenlemenin yapılması bir zorunluluktur. Oysa Türkiye’de toplumsal hayatın her alanında yerini edinmiş olan MOBESE kameralarına ilişkin olarak yasal bir düzenleme bulunmamasına karşın bunların her türlü cezai soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanıldığı, suçun önlenmesi ve suçla mücadelede belki de bir numaralı araç olduğu görülmektedir. MOBESE faaliyetleri doktrinde “teknik araçlarla izleme” gibi çeşitli ceza muhakemesi kurumları ile bağdaştırılmaya çalışılmışsa da bu düzenlemelerin MOBESE’yi kapsama almadığı açıktır.

İnsan haklarına doğrudan müdahale niteliğinde olan bir uygulamaya hukuk perspektifinden bakıldığında, hukuk devletlerinin genel kabulü doğrultusunda insan haklarına yönelik müdahale ancak yasa ile ve bu hakların düzenlendiği Anayasa ile uluslararası sözleşmelerde açıkça sayılı sebeplerle sınırlı olarak gerçekleştirilebilir. Ancak -tekrara düşmek pahasına- Türkiye’de bu uygulamayı düzenleyen değil yasa, bir yönetmelik dahi bulunmamaktadır. Peki, yasa değilse MOBESE uygulamalarının dayanağı nedir? Bu noktada bu çalışma modern hukuk devletinde kendi mekanizmalarına doğrudan aykırı olarak hukuki bir dayanak normdan yoksun böylesine kapsamlı bir uygulamanın varlığının sebebini yine modernliğin kendisinde ve onun bir sonucu olarak gözetimde ve gözetim toplumunda bulmuştur. Hukuk devleti kadar gözetim ve gözetim toplumu da modernliğin bir sonucudur ve birbirinden bağımsız düşünülemez. Modern hukuk devletinin ideolojik temellerine bakıldığında kaynağını doğadan alan ve birtakım haklara dayanan hukuka atıfta bulunan liberalizmle karşılaşılır. Liberal ideolojinin bireylerin *güvenlik ihtiyaçlarını* ve *özgürlüklerini* temele alan sözleşmecî anlayışı ise bugün *üstünlüğüne* istisnasız inanılan hukuk devleti çatısı altında hukuka dayanmayan birtakım uygulamaları mümkün kılmaktadır. Ne kadar çelişkili

görünürse görünsün liberal ideoloji bir yandan insan hak ve özgürlüklerini ve bunlara dayanan hukuku her şeyin üstüne yerleştirirken bir yandan da sistemin devamlılığı için gereken müdahalelerde bulunulmasını zorunlu kılar. Bu durum modern hukuk devletinin pratiklerinin pür bir hukuk perspektifinden anlaşılabilmesini imkânsız hâle getirir. Çünkü hukuk hiçbir zaman sadece “hukuk”tan ibaret değildir. Hukuk ve hukuk devletinin -hukuka uygun olmasa dâhi süregelen- pratikleri, tarihsel ve toplumsal koşullar içerisinde değerlendirilmek zorundadır. Bu anlamda dayanağını hukuktan almayan MOBESE uygulamalarının da modern devletin devamlılığını sağlayabilmesi için kullandığı gözetim pratiklerinden biri olarak varlığını sürdürdüğü görülmektedir.

**KAYNAKÇA**

- Abanoz**, Buket: Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Abanoz**, Buket: “Biri Bizi Hukuka Aykırı Gözetliyor: MOBESE Kameraları”, <https://blog.lexpera.com.tr/biri-bizi-hukuka-aykiri-gozetliyor-mobese-kameralari/>
- Atak**, Songül: “Avrupa Konseyi’nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.87, 2010, s. 90-120.
- Akyürek**, Güçlü: Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Bacon**, Francis: Novum Organum-Tabiatın Yorumu ve İnsan Âlemi Hakkında Özlü Sözler, Çev. Sema Önal, Say Yay., İstanbul 2012.
- Başar**, Civan: “Devletin Kitlesel Gözetleme Araçlarının Özgürlükler ve Hukuk Güvenliği Üzerindeki Etkileri ile Bunların Yasal Dayanakları Üzerine Bir İnceleme”, TBB Dergisi, S. 133, 2017, s. 97-132.
- Bauman**, Zygmunt: Yasa Koyucular ile Yorumcular, çev. Kemal Atakay, 2. Basım, Metis Yayınları, İstanbul 2003.
- Bauman**, Zygmunt/Lyon, David: Akışkan Gözetim, çev. Elçin Yılmaz, 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2016.
- Bentham**, Jeremy: Panopticon Writings, ed. Miran Božovič, Verso, New York 1995.
- Bozkurt**, Veysel: “Gözetim Toplumu ve İnternet”, <https://birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-136-agustos-2000/2328/gozetim-ve-internet-ozel-yasamin-sonu-mu/2499>, (10.01.2021).
- Coleman**, Roy: Reclaiming the Streets- Surveillance, social control and the city, Willan Publishing, 2004.
- Çapar**, Selim: Birleşik Krallık’ta CCTV, Türkiye’de MOBESE-Caddelerde Güvenlik Nöbetindeki Kameralar, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- Çoban**, Barış: “Gözün İktidarı Üzerine”, Panoptikon-Gözün İktidarı, ed. ve çev. Barış Çoban ve Zeynep Özarlan, Su Yayınları, İstanbul 2008.
- Dicey**, Albert V.: “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasî Bir İdeal, ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 25-40.

- Demircan**, Gülçin: “Gözetim ve Gözetimin Toplumsal Meşruiyeti Üzerine Bir İnceleme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 2033-2062.
- Derdiman**, R. Cengiz/**Tatroğlu**, Nihal: “Devlet Gözetimi ile İnsan Haklarının Uyumlaştırılması Sorunu ve Çözüm Önerileri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, 2016, s. 247-294.
- Dolgun**, Uğur: “Gözetim Toplumunun Yükselişi: Enformasyon Toplumundan Gözetim Toplumuna”, Yönetim Bilimleri Dergisi, S.1, C.2, 2004, s. 1-21, (Gözetim Toplumunun).
- Dolgun**, Uğur: Enformasyon Toplumundan Gözetim Toplumuna - 21. yüzyılda gözetim, toplumsal denetim ve iktidar ilişkileri, Ekin Kitabevi, Ankara 2005, (Enformasyon Toplumundan).
- Dolgun**, Uğur: Şeffaf Hapishane yahut Gözetim Toplumu- Küreselleşen Dünyada Gözetim, Toplumsal Denetim ve İktidar İlişkileri, 3. Basım, Ötügen Neşriyat, Ankara 2015, (Şeffaf Hapishane).
- Eryılmaz**, M. Bedri: İnsan Hakları Prensipleri Işığında Kolluk Uygulamalarının Denetimi, 2. Baskı, İçişleri Bakanlığı, Ankara 2009.
- Fabre**, Cécile: “Toplumsal Sözleşme”, çev. Mehmet Fatih Deniz, Felsefe Arkivi, 48. Sayı, 2018/I, ss. 123-135.
- Foucault**, Michel: Büyük Kapatılma, çev. Işık Ergüden ve Ferda Keskin, 4. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2015.
- Foucault**, Michel: Deliliğin Tarihi-1, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, Ankara 1992, (Deliliğin).
- Foucault**, Michel: Hapishanenin Doğuşu, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 8. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2019, (Hapishanenin Doğuşu).
- Foucault**, Michel: İktidarın Gözü, çev. Işık Ergüden, 4. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2015, (İktidarın Gözü).
- Giddens**, Anthony: Ulus Devlet ve Şiddet, çev. Cumhur Atay, İkinci Basım, Kalkedon Yayınları, İstanbul 2008, (Ulus Devlet).
- Giddens**, Anthony: Modernliğin Sonuçları, çev. Ersin Kuşdil, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1994, (Modernliğin).
- Graham**, Stephen: “CCTV: The Stealthy Emergence of a Fifth Utility?”, [http://www.casa.ucl.ac.uk/cyberspace/graham\\_cctv\\_fifth\\_utility.pdf](http://www.casa.ucl.ac.uk/cyberspace/graham_cctv_fifth_utility.pdf), (12.03.2021).
- Greenough**, Birdie Oneita: The Origin of the English Poor Law and its Development Through 1601, Master Thesis, Department of Sociology,

The University of Kansas Pre-1923 Dissertations and Theses Collection, 1909.

**Güven**, Oğuzhan Özgür: “Gözetim Tekniklerinin Güç İlişkileri Bağlamında Dönüşümü ve Toplumsal Denetim”, Atatürk İletişim Dergisi, S. 7, Temmuz 2014, s. 79-112.

**Hobbes**, Thomas: Leviathan, çev. Semih Lim, 6. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2007.

**Hobsbawm**, Eric: Sanayi ve İmparatorluk, 2. Baskı, çev. Abdullah Ersoy, Dost Kitabevi Yay., Ankara, Haziran 2003.

**Karakehya**, Hakan: “Gözetim ve Suçla Mücadele: Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.2, 2009, s. 319-357.

**Karakehya**, H./**Usluadam**, A. K.: “Neden Gözetl(en)iyoruz”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Akar ÖCAL Armağanı, C. 2, S. 3, 2016, s. 187-200.

**Küçük**, Tevfik Sönmez: “Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Çerçevesinde Kamuya Açık Alanların Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Video Kamera Aracılığı ile Önleyici Amaçla İzlenmesi”, YÜHFD, Cilt: XV, Sayı:1, 2018, s. 49-87.

**Lyon**, David: Gözetlenen Toplum, çev. Gözde Soykan, Kalkedon Yayıncılık, 2006, (Gözetlenen Toplum).

**Lyon**, David: The Electronic Eye - The Rise of Surveillance Society, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1994, (Eye).

**Lyon**, David: Gözetim Çalışmaları- Genel Bir Bakış, çev. Ali Toprak, Kalkedon Yayınları, İstanbul 2013, (Gözetim).

**Marx**, Gary T.: Undercover- Police Surveillance in America, University of California Press, Berkeley 1988.

**Deflem**, Mathieu: Hukuk Sosyolojisi, çev. Devrim Özkan ve Yücel Karadaş, Adres Yayınları, Ankara 2019.

**Özbek**, Veli Özer: ““Mobese” Sisteminin Türk Hukukundaki Durumu”, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 1003-1020.

**Özcan**, Mehmet Tevfik: Modern Toplum ve Hukuk Devleti, 2. Baskı, Tekin Yayınevi, 2017.



- Özkan**, Halid: “Mobese İzleme ve Kayıtlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, S.30, Nisan 2016, s. 63-103.
- Sarı**, Özgür: “Suç ve Kent”, Suçun Sosyolojisi Cezanın Felsefesi- Temel Kavramlar ve Tartışmalar, ed. Güncel Önkal/Özgür Sarı, Nobel Kitap, Ankara 2013, s. 183-196.
- Taşçı**, Ufuk: “Güvenlik Amaçlı Gözetim Aracı Olarak Türkiye'de Mobese ve Eleştiriler”, CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 2, Haziran 2016, s. 159-190.
- Thompson**, E. P.: “Time, Work Discipline and Industrial Capitalism”, Past & Present, No: 38, December 1967, p. 56-97.
- Topuzkanamış**, Engin: Hukuk ve Disiplin – Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları, 3. Basım, Zoe Kitap, İstanbul, Ekim 2019.
- Weber**, Max: Protestan Ahlâkı ve Kapitalizmin Ruhu, 2. Baskı, Çev. Milay Köktürk, Bilgesu Yay., Ankara, 2013.
- Yıldız**, Mete/**Erkul**, R. Erdem: “Elektronik Göz ve Türkiye'de Kameralı Hayat”, XI. “Türkiye'de İnternet” Konferansı Bildirileri, 21 - 23 Aralık 2006 TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Ankara, s. 1-4.
- Yükselbaba**, Ülker: “Kamusal Alan Modelleri ve Bu Modellerin Bağlıları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S.2, 2008, s. 227-272.

<https://hudoc.echr.coe.int/>

<http://www.kazanci.com/>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1976/28?EsasNo=1976%2F1> (20.05.2021)

[https://www.etymonline.com/word/surveillance#etymonline\\_v\\_22429](https://www.etymonline.com/word/surveillance#etymonline_v_22429) (22.5.2020)

<https://www.egm.gov.tr/kurumlar/egm.gov.tr/IcSite/strateji/MaliDurum/2022-PERFORMANS-PROGRAMI.pdf> (10.02.2022)

<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/2015-parliament-in-the-making/get-involved1/demontfortproject/ballots-and-bills-exploring-norfolks-parliamentary-past/vagabondact/> (02.05.2021)

## İZİNSİZ KAZI VE SONDAJ YAPMA SUÇU (KTVKK m.74/1)

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1089770>

**Arş. Gör. Seda Yağmur SÜMER\***

### Öz

*Kültür ve tabiat varlıkları bakımından önemli bir konuma sahip olan ülkemizde ortak mirasın korunması büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle kültür ve tabiat varlıklarının korunması amacı doğrultusunda Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda (KTVKK) bazı suç düzenlenmelerine yer verilmiştir. Bizler bu çalışmada KTVKK'nun 74. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen ve uygulamada "Definecilik Suçu" veyahut "Tarihi Eser Kaçakçılığı" olarak da anılan İzinsiz Kazı ve Sondaj Yapma Suçu'nu ele alacağız. Özellikle bu suç tipini çalışmanın merkezine alma sebebi uygulamada sıklıkla karşılaşılan fiilleri bünyesinde barındırması ve kanunda yer alan diğer suç tipleriyle yakın bir ilişkisinin olmasıdır. Nitekim bu yaygın uygulama ve yakın ilişki birçok teorik tartışmaya ve uygulama sorununa neden olmaktadır.*

### Anahtar Kelimeler

*İzinsiz Kazı, Sondaj, Definecilik, Kültür Varlığı, Tabiat Varlığı*

## THE CRIME OF UNAUTHORIZED EXCAVATION AND DRILLING (Art. 74/1 of LPCNP)

(Research Article)

### Abstract

*In our country, which has an important position in terms of cultural and natural assets, the protection of the common heritage is of great importance. For this reason, in order to protect cultural and natural assets, some criminal regulations have been included in the Law on the Protection of Cultural and*

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İzmir (sedayagmur.sumer@deu.edu.tr), ORCID: 0000-0001-8071-1889 (Geliş Tarihi: 07.02.2022-Kabul Tarihi: 10.03.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

*Natural Assets. In this study, we evaluated the 74th article of LPCNP. We will consider the Crime of Unauthorized Excavation and Drilling, which is regulated by the first paragraph of the article and is also referred to as the “Treasure Crime” or the “Historical Artifact Smuggling” in practice. In particular, the reason for placing this type of crime at the center of the study is that it embodies the acts that are often encountered in practice and has a close relationship with other types of crimes contained in the law. As a matter of fact, this widespread practice and close relationship cause many theoretical discussions and problems in legal practice.*

**Keywords**

*Unauthorized Excavation, Drilling, Treasure Hunting, Cultural Presence, Natural Presence*

## GİRİŞ

Ülkemiz kültür ve tabiat varlıkları bakımından zengin bir yapıya sahiptir. Bu durum insanlığın ortak mirası olan kültür varlıklarının korunması ihtiyacını doğurmaktadır. Nitekim ülkemizde bu alanda suç işleme eğiliminin olduğu görülmektedir. Toplumda özellikle eski eserlere veyahut halk diliyle bilinen gömü yani definelere ilişkin merak bu suçların işlenmesinde temel itici güçtür. Bununla birlikte bu alanda suç işleme nedenleri arasında yalnızca merak duygusu yer almayıp kültür varlığının ticaretini yaparak ekonomik çıkar sağlamak veyahut bireylerin şahsi koleksiyonlarını genişletmek/hobilerini geliştirmek amacının da olduğu görülmektedir. Bu durum kanun koyucuyu 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 74. maddesinin birinci fıkrasında İzinsiz Kazı ve Sondaj Yapma Suçu'nu düzenlemeye yöneltmiştir.

Bizler de çalışmamızda toplumsal ihtiyaçlar ve suç işleme eğilimindeki bariz göstergeler sonucu düzenlenen İzinsiz Kazı ve Sondaj Yapma Suçu'na değineceğiz. Uygulamada “*Definecilik Suçu*” veyahut “*Tarihi Eser Kaçakçılığı*” olarak da ifade edilen bu suç tipi ile ilgili öncelikle ortaya çıkan hukuki sorunların doğru tespiti ve çözümü için gerekli kavramsal açıklamalar yapılacak suçun kanuni düzenlemesine genel hatlarıyla değinilecektir. Ardından suç genel teorisi ışığında bu suçun unsurları tek tek ele alınacaktır. Suçun unsurları ele alınırken teorik açıklamalar kadar Yargıtay uygulamasına da yer verilecektir.

Bu çalışma ile hedeflenen temel amaç; suçun kanuni düzenlemesinde yer alan sorunlara değinilerek suçun kanuni düzenlemesinin iyileştirilmesinde ve bu suç tipi ile ilgili uygulamada ortaya çıkan hukuki sorunlara ışık tutarak olası çözümlerin neler olabileceği hususunda literatüre katkı sunmaktır.

## I. GENEL OLARAK

Burada suç tipinin anlaşılabilmesi adına öncelikle ilgili temel kavramlara değinmek gerekir. Bunun için 14/01/2020 tarih ve 39797 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarıyla İlgili Yapılacak Yüzey Araştırması, Sondaj ve Kazı Çalışmalarının Yürütülmesi Hakkında Yönerge ve Kültür ve Tabiat Varlıklarıyla İlgili Olarak Yapılacak Araştırma, Sondaj ve Kazılar Hakkında Yönetmelik<sup>1</sup>'te yer alan tanımlara bakmak gerekir.

Yönetmeliğin 3. maddesinde “*Bu yönetmelikte geçen: “Sondaj ve Kazı”; taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ortaya çıkarılması*

<sup>1</sup> Resmî Gazete Tarihi: 10.08.1984 Resmî Gazete Sayısı: 18485.

*için bilimsel metodlarla toprak ve su altındaki tabii, tarihi ve arkeolojik alanlarda yapılan çalışmaları,*

*“Araştırma”; kültür ve tabiatla ilgili herhangi bir meseleyi tahkik, tahlil ve teşhis etmek için müzelerde veya kazı yapmaksızın toprak üstünde, su altında yapılan çalışmaları, ifade eder.”* demek suretiyle temel kavramlara ilişkin bir açıklama getirilmiştir.

Yine benzer bir şekilde yönergenin 3. maddesinin u bendinde *“Sondaj”*: Taşınır ve taşınmaz kültür varlıkları ile taşınır tabiat varlıklarının tespit edilmesi amacıyla bilimsel yöntemlerle yapılan kazıyı,

I bendinde *“Kazı: Toprak ve su altındaki taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının ortaya çıkarılması için bilimsel metotlarla yapılan sondaj ve kazı”*

*“Yüzey Araştırması: Taşınır ve taşınmaz kültür varlıkları ile taşınır tabiat varlıklarının tespit, tahkik, tahlil ve teşhis edilmesi amacıyla kazı yapmaksızın toprak üstünde ve su altında yapılan çalışmaları”*,

*“Kazı Alanı: Kazı Başkanı tarafından yıllık çalışma programında belirtilen ve sınırları Genel Müdürlükçe uygun görülen alan”*, anlamına gelmektedir.

Kanunu düzenlemelerde yer alan bu tanımlara ek olarak doktrinde sondaj kavramına değinmek gerekir. Burada sondaj kavramından ne anlamamız gerektiği bizler için önem arz etmektedir. Çünkü ilerleyen bölümlerde kazı ile sondaj kavramı arasındaki ayrım hukuka aykırı fiilin tespit edilmesi ve teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği bakımından önem arz edecektir.

Doktrinde sondaj kavramı; *“yeraltı kaynaklarını araştırma, üretim ve işletmek için, ayrıca mühendislik yapılarının temel koşullarının saptanması ve iyileştirilmesi amacıyla düşey, yatay veya herhangi bir yön ile açılı olarak yapılan silindirik kazı işlemi”* şeklinde tanımlanmaktadır. Sondaj işleminin hedeflenen amaca göre birçok çeşidi bulunmaktadır. Burada kanun hükümde suç olarak kastedilen sondaj işlemi kültür varlığı bulma amacı ile olduğu için *arkeolojik bir sondaj* işlemidir. Arkeologlar tarafından gerçekleştirilen izinli sondaj işlemlerinde söz konusu araziyi bütünü ile kazmak hedeflemez. Belirli aralıklarla, küçük boyutlarda ana toprak ya da ana kayaya ulaşacak derinliğe değin çukurlar açılır. Bu tür deneme çukurlarına *“sondaj çukuru”*, bu tür kazılara da *“sondaj kazısı”* denmektedir<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> “Arkeoloji Bilimi. Tanım, Çalışma Alanı ve Yöntemleri, Temel Kavramları”, ([https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/6888/mod\\_resource/content/2/Konu%202.pdf](https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/6888/mod_resource/content/2/Konu%202.pdf), Erişim Tarihi: 06.06.2021).

Bu temel açıklamaların ardından çalışma konumuz suç tipinin kanuni düzenlemesine bakacak olursak; bu suç 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun "*İzinsiz Araştırma, Kazı ve Sondaj Yapanlar*" başlığı altında 74. maddenin birinci fıkrasında düzenlendiği görülmektedir. Madde başlığında her ne kadar "*izinsiz araştırma*" gibi bir kavram tercih edilmiş olsa da izinsiz araştırma fiili 2008 yılında 5278 sayılı Kanun'un 416. maddesi ile<sup>3</sup> yapılan değişiklik sonrası suç olmaktan çıkarıldığı için kanun hükmünün başlığının yeniden düzenlenmesi gerekmektedir<sup>4</sup>. Nitekim doktrinde hükmün başlığının "*İzinsiz Kazı ve Sondaj Yapanlar ve İzinsiz Define Araştıranlar*" şeklinde değiştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>5</sup>.

Ayrıca kanun hükmüne bakıldığında kazı ve sondaj fiillerinin "ve" bağlacı kullanılarak suçun oluşması için beraber aranması gerektiği izlenimi doğsa da burada anlaşılması gereken bu fiillerden birinin tipiklik için yeterli olduğunu ifade etmek gerekir. Bu nedenle kanaatimizce kanun koyucu hükmün başlığında "ve" bağlacı yerine "veya" bağlacı kullanmalıydı<sup>6</sup>.

Çalışma konusu suç tipi her ne kadar uygulamada "*Definencilik Suçu*" veyahut "*Tarihi Eser Kaçakçılığı*" gibi tabirler ile anılsa da bu kavramlar suçun unsurlarını tam olarak karşılayamadığı için kanaatimizce isabetsizdir.

Yine doktrinde kanun hükmünün başlığı ile içeriğinin sistematik olarak uyuşmaması eleştirilmektedir. Kanun hükmünün başlığına bakıldığında önce izinsiz define araştırma daha sonra izinsiz kazı ve sondaj fiilleri cezalandırılmaktadır. Oysa kanun hükmünün içeriğine bakıldığında tam tersi bir sistematik izlendiği görülmektedir. Araştırmak fiili kazı veya sondaj yapma fiillerinin bir nevi ön şartı niteliğinde olduğu için kanun sistematığının de başlığa göre düzenlemesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>7</sup>.

Son olarak bu suçun oluşması için kanun koyucu kazı veya sondaj işleminin "*izinsiz*" yapılması koşulunu aramaktadır. Burada izin kavramın-

<sup>3</sup> Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Sayı: 26781, 8 Şubat 2008.

<sup>4</sup> **Katoğlu**, Tuğrul: Ceza Hukuku ve Kültür Varlıkları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 287.

<sup>5</sup> **Sancakdar**, Oğuz/**Yağcı**, Pınar/**Taşyıldız**, Şükür/**Çırak**, Ezgi: Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 982.

<sup>6</sup> Aynı yönde bakınız: **Kanadoğlu**, Sabih: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 507; **Köken**, Enes: Kültür&Tabiat Varlığı/ Define Kavramları ile İzinsiz Araştırma, Kazı ve Sondaj Yapmak Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 54.

<sup>7</sup> **Köken**, s. 44.

dan ne anlamamız gerektiği noktasında yol gösterici hükümler 2863 sayılı Kanun'un 35, 36 ve 37. maddeleridir.

Kanun koyucu "*Araştırma, Sondaj ve Kazı İzni*" başlıklı 35. maddede izne ilişkin koşulları açıklamıştır. Bu hüküm gereği 2863 sayılı Kanun'a tabi, taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını meydana çıkarmak üzere, araştırma, sondaj ve kazı yapma hakkı, sadece Kültür ve Turizm Bakanlığı'na aittir. Bilimsel ve mali yeterliği Kültür ve Turizm Bakanlığı'na takdir ve kabul olunan Türk ve yabancı heyet ve kurumlara araştırma izni, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından; sondaj ve kazı yapma izni Cumhurbaşkanlığı kararı ile verilir, Kültür ve Turizm Bakanlığı elemanları veya bu Bakanlıkça görevlendirilecek Türk bilim adamları tarafından yapılacak araştırma, sondaj ve kazılar ise Kültür ve Turizm Bakanlığının iznine bağlıdır. Askeri yasak bölgelerde yapılacak araştırma, sondaj ve kazı için gerekli ruhsatname, Genelkurmay Başkanlığının iznini müteakip, sözü geçen heyet ve kurumların göstereceği uzmanlar adına düzenlenir. Kültür ve Turizm Bakanlığınca haklı görülebilecek sebep olmadıkça heyet ve kurumlar ruhsatnamedeki üyelerini değiştiremezler<sup>8</sup>.

Hükümde dikkat çeken en temel husus gerçek kişilere kazı ve sondaj için izin verilmemesi ve verilecek izne Kültür ve Tabiat Varlıklarıyla İlgili Olarak Yapılacak Araştırma, Sondaj ve Kazılar Hakkında Yönetmelik ile kurumsal bir yapı kazandırılmış olmasıdır. Bunun altında yatan neden sondaj ve kazı çalışmasının toprak veyahut su altında bulunan kültür ve tabiat varlıklarının zarar verme riskidir<sup>9</sup>. Ayrıca hüküm gereği su altında korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının bulunduğu bölgeler ise Cumhurbaşkanlığı kararı ile tespit edilerek ve yayımlanır. Bu bölgelerde, sportif amaçlı dalış yapmak yasaktır, ikinci fıkra hükümlerine göre izin almak şartıyla araştırma ve kazı yapılabilir.

Kanun'un 36. maddesinde ise; maliklerin mülkleri içinde yapılacak kazılara ilişkin ayrı bir düzenleme getirilmiştir. Taşınmaz kültür varlığı sahiplerinin kendi mülkleri içinde kültür varlığı aramak maksadı ile araştırma, sondaj ve kazı yapmaları da 2863 Sayılı Kanun'un 35 ve 41 inci maddeleri hükümlerine tabidir. Hükümde görüleceği üzere kişilerin maliki olduğu arazide dahi kazı veya sondaj yapılabilmesi için kanun koyucu bir izin usulü öngörmüştür. Burada kişinin kendi arazisinde sınırsız bir tasarrufu olduğunu

<sup>8</sup> **Sancakdar**, Oğuz: Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku (Teorik ve Uygulamalı Bir Yaklaşım), Güncellenmiş 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 191.

<sup>9</sup> **Çolak**, Nusret İlker: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 767.

düşünüp izinsiz bir kazı veya sondaj yapması halinde nasıl bir değerlendirme yapılacağına ilişkin hata başlığında ayrıca değinilecektir.

Kanunun 37. maddesinde ise kazı izninde izlenecek usul düzenlenmiştir. Hüküm gereğince; aynı kazı heyetine veya şahsa, aynı süre içinde Kültür ve Turizm Bakanlığınca yapılan kurtarma kazıları dışında, birden fazla yerde kazı ve sondaj izni verilemeyecektir. İzin verilmesi, araştırma, sondaj ve kazının yapılması, elde edilecek kültür ve tabiat varlıklarının muhafaza şartları, bu eserler üzerinde araştırma, sondaj ve kazı sahiplerine tanınacak diğer haklar bir yönetmelikte tespit olunacaktır. Ayrıca Bakanlık tarafından verilen kazı ve sondaj izni ve ruhsatnamenin süresi altı ay olup bu süre içerisinde başlanılmayan kazı ve sondaj izinleri ve ruhsatları hükümsüz sayılmaktadır<sup>10</sup>.

## II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bu suçla korunan hukuki değerın karma bir niteliğe sahip olduğunu ifade etmek gerekir. Çünkü bu suç tipiyle kültür varlıklarının izinsiz sergilenmesi, yok edilmesi, kazı veya sondaj esnasında tahrip edilmesi, kirletilmesi gibi istenmeyen sonuçların da önü açılmış olmaktadır. Örneğin; izinsiz yapılan kazı neticesinde elde edilen kültür varlığının yurtdışına kaçırılabilir ve bu şekilde kayıt dışı bir para akışı da sağlanabilir. Bu nedenle bu suç tipiyle öncelikle kültür varlıklarının korunması hedeflenirken bir yandan kamu ekonomisi de korunmaktadır<sup>11</sup>. Aynı zamanda bu istenmeyen sonuçların önüne geçirilerek kültür ve tabiat varlıklarının gelecek nesillere aktarımı da sağlanmakta ve devletin denetim ve gözetim yükümlülüğü yerine getirilmektedir<sup>12</sup>.

## III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

### A. Suçun Hukuki Konusu

Bu suç tipi bakımından klasik anlamda hukuki bir konudan söz edilemez. Suçun üzerinde gerçekleştiği somut bir eşya veyahut varlık söz konusu olmayıp suçun üzerinde gerçekleştiği varlık suçun işlendiği yer ile iç içe geçmiştir. Dolayısıyla artık bir konudan ziyade mekandan söz edilebilir<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Eröksüz, Can: Arkeolojik Sit Alanları, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 125; Çolak, s. 769-770.

<sup>11</sup> Köken, s. 44-45; Kanadoğlu, s. 508.

<sup>12</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 983.

<sup>13</sup> Köken, s. 45; Katoğlu, s. 287-288.



### B. Fail - Mağdur

Kanun koyucu bu suç tipinin faili bakımından özellikli bir hal aramadığı için bu suçun faili herkes olabilecektir<sup>14</sup>. Bununla birlikte doktrinde bu suçun failinin kamu görevlisi olmasının (Kültür Bakanlığı Personeli, kolluk kuvveti gibi.) ağırlaştırıcı bir nitelik hal olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>15</sup>. Bu suçun mağduru ise yukarıda suçla korunan hukuki değer bölümünde yapılan açıklamalar nedeniyle kamu yani toplumdur<sup>16</sup>.

### C. Eylem

Bu suç tipinin oluşabilmesi için failin izin almadan kazı veya sondaj yapması gerekmektedir. Kanuni düzenlemede de görüleceği üzere kanun koyucu suçun oluşması için birbirinden bağımsız birden fazla hareket düzenlemiştir. Suçun oluşması için düzenlenen hareketlerden birinin icra edilmesi yeterli olduğu için bu suç seçimlik hareketli bir suçtur<sup>17</sup>. Bu suç tipinde netice hareket ile bitişik olup zaman ve yer olarak netice hareketten ayrılamamaktadır. Bir başka deyişle hareketin yapılmasıyla suç oluşmaktadır<sup>18</sup>. Kanun hükmüne baktığımızda failin izinsiz kazı veya sondaj işlemi yapması ile suç tamamlanmış olacak olup ayrıca kültür varlığının bulunması netice olarak aranmamaktadır<sup>19</sup>. Bu nedenle neticesi hareketle birleşik bir suçtur. Bu ayrım teşebbüs bakımından önem arz etmekte olup bu hususa teşebbüs başlığında ayrıca dönülecektir.

<sup>14</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 983, Katoğlu, s. 288; Artuç, Mustafa: Özel Ceza Yasaları Pratik Kitap, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 983.

<sup>15</sup> Köken, s. 45.

<sup>16</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 983, Köken, s. 46; Katoğlu, s. 212-213.

<sup>17</sup> Köken, s. 56-57.

<sup>18</sup> Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 228.

<sup>19</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 984, Katoğlu, s. 289; Günay, s. 166; Artuç, s. 983; Köken, s. 58-59; Kanadoğlu, s. 507; Yağcı/Taş/Kılıç, s. 523.

*“Sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek suç tarihinde 2863 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğine haiz bulunmayan Konya İli, Ereğli İlçesi, ... Köyü, ... Mevkiinde ki arazide yaklaşık 50 metre çapında bir alan içerisinde 11 ayrı yerde, 20 cm derinliğinde ve 40 cm çapında çukurlar kazmaktan ibaret eylemleri, 5728 sayılı Kanun ile değişmeden önceki 2863 sayılı Kanunun 74/2. cümlede belirtilen suçu, değişiklik sonrası ise 2863 sayılı Kanunun 74/1-2. cümlesine temas eden suçu oluşturduğu ve eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeksizin, 5728 sayılı Kanun ile 2863 sayılı Kanunun 74/1 maddesinde yapılan değişiklik ile define arama yapmanın suç olmaktan çıkarıldığı kanaatiyle, sanıkların atılı suçlardan beraatlerine karar verilmesi...”*, Yarg. 12. CD., E. 2013/25522, K. 2014/1265, T. 22.1.2014, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi:18.04.2021).

Suçun hukuki konusu üzerinde zarar tehlikesinin meydana gelmesinin netice kabulü için yeterli olduğu suçlara tehlike suçları denir. Tehlike suçlarında suçun hukuki değerinden gerçekten zarara uğramış olması aranmamaktadır<sup>20</sup>. Tehlike suçları somut ve soyut tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Somut tehlike suçları; hareket neticesinde suçla korunan hukuki değer somut bir şekilde tehlike ile karşı karşıya kalmakta, fiil tehlikeyi doğurmaya elverişli ve uygun olmakla birlikte zarar neticesi meydana gelmemektedir. Soyut tehlike suçlarında ise; suçun hukuki konusunun tehlikeye sokulmuş olması önem arz etmez. Hareketin yapılması ile tehlikenin ortaya çıktığı kabul edilir<sup>21</sup>. Çalışma konusu suç tipine bakacak olursak failin izinsiz kazı ya da sondaj hareketlerinden birini yapması başlı başına suçun hukuki konusu bakımından bir tehlike yarattığı ve zarar neticesi bu suç bakımından aranmadığı için bir soyut tehlike suçu niteliğindedir.

Burada fiil bakımından kazılan alanın sit alanı veyahut korunması gerekli başka bir yer olup olmaması önem arz etmemektedir. Bir başka deyişle burada ikili bir ayırım yapmak gerekecektir. Eğer KTVKK m. 74/1-1'den söz ediyorsak kazılan veya sondaj yapılan yerin; sit alanı, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığı olarak tescilli bir yer, 2863 sayılı Kanun'un 6. maddesi gereği korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarından biri olması gerekmektedir<sup>22</sup>. Bu sayılanlar dışındaki olasılıklar bakımından artık 74. maddenin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*Ancak, kazı veya sondajın yapıldığı yerin, sit alanı veya bu Kanuna göre korunması gerekli başka bir yer olmaması halinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.*" hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Burada birinci fıkranın birinci cümlesine giren özellikli alanların tespitinde bir tereddüt var ise mutlaka bilirkişi vasıtasıyla bir tespit yapılacak buna karşın şüphe devam ediyor ve alanın tespitinde bir netlik sağlanamıyor ise şüpheden sanık yararlanacaktır<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 229.

<sup>21</sup> **Doğan**, Koray: "Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İctimai Sorunu", TAAD, Yıl: 5, Sayı: 16 Ocak 2014, s. 180-182; **Ersoy**, Uğur: "Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları", TAAD, Yıl: 11, Sayı: 41 Ocak 2020, s. 44.

<sup>22</sup> **Günay**, Erhan: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasasındaki Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 165.

<sup>23</sup> "... İlçe Emniyet Müdürlüğü görevlilerince yapılan devriye görevi esnasında,... ilçesi, ...mahallesinde bulunan ... Mezarlığında sanıklar ... ve ... ile haklarında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı temyiz incelemesine gelmeyen ... ve ...'ın kazma, kürek gibi suç aletleriyle, izinsiz kazı yaptıkları esnada kolluk görevlilerince yakalandıkları, sanıkların verdikleri ifadelerinde, mezarlıkta altın gömülü olduğunu duymaları

nenediyle kazı yapmaya karar verdiklerini ve kazı esnasında da yakalandıklarını ikrar ettikleri, olay yerinde yapılan incelemede, **1 metre çapında ve 1,5 metre derinliğinde kazının yapılmış olduğunun tespit edildiği**, tüm dosya kapsamından sanıkların kültür varlığı bulabilmek amacıyla, fikir ve eylem birliği ile izinsiz kazı yaptıkları ve eylemlerinin sabit olduğu anlaşılmakla,

**Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanıkların, eksik inceleme ile karar verildiğine ilişkin sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;**

**1-Olay yerinde yapılan keşiften sonra arkeolog bilirkişi tarafından düzenlenen 22/01/2014 tarihli raporda; kazı mahallinde, 2863 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilecek korunması gerekli taşınır veya taşınmaz kültür varlığına rastlanmadığının ve kazı yerinin sit alanı ilan edilmiş bir bölge içerisinde de yer almadığının belirtilmesi karşısında, sanıklar hakkında aynı Kanununun 74/1-1. cümlesine göre tayin edilen temel cezadan, 74/1-2. cümlesi uyarınca indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi...**", Yarg. 12. CD., 2015/1688 E., 2016/4838 K., T. 23.03.2016, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

**"Kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı fiilinin gerçekleştirildiği 98 parselin, ...kararı ile, tescilli kaya mezarı dışında herhangi bir korunması gerekli kültür varlığına rastlanmadığından, kaya mezarının korunma alanının 99 parsel ile sınırlı şekilde belirlendiği, yine aynı dosyada bulunan Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğü'nün 21/05/2015 tarihli cevabi yazısında, Yazıtlı Kaya korunma alanını gösterir karar eki koordinat listeli onaylı kroki ile kaçak kazının yapıldığı noktayı gösterir kroki çakıştırıldığında, kaçak kazı yerinin, korunma alanı sınırları dışında kaldığı sonucuna varılacağı belirtiltiği, incelenen dosya içerisinde mevcut bilirkişi raporları ile de, kazı yapılan alanın, 2863 sayılı Kanun kapsamına girmediğinin tespit edildiği anlaşılmakla; sanıklar hakkında anılan Kanununun 74/1-1. cümlesi uyarınca teşdiden tayin edilen temel cezada, 74/1-2. cümlesi uyarınca indirim yapılması gerektiği gözetilmeksizin, hatalı değerlendirme ile sanıklara fazla ceza tayini..."**, Yarg. 12. CD., 2016/10684 E., 2017/7131 K., 05.10.2017, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

**"Davaya konu yerde arkeolog ve üniversitelerin sanat tarihi bölümlerinde görevli öğretim üyelerinin de yer aldığı tarafsız bilirkişi heyeti marifetiyle keşif yapılarak, kazı yapılan yerin sit alanı ya da 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında kaldığının tespiti halinde anılan Kanununun 74/1. maddesi gereğince temel ceza tayin edilmesi; sit alanında ya da 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında bir yer olmadığının belirlenmesi durumunda ise, 74/1-2. cümle gereğince temel cezada indirim yapılması gerektiği gözetilmeksizin, eksik inceleme ile temel cezada indirim yapılması..."**, Yarg. 12. CD., 2016/5175 E., 2017/493 K., 19.01.2017, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

**"Dairemizin 2015/3402 - 2016/8856 sayılı dosyasının Uypa ortamında incelenmesi sonucu, Çanakkale Cumhuriyet Başsavcılığınca, 2013/648 sayılı dosya üzerinden 2863 sayılı Kanuna aykırılık suçuna ilişkin olarak yürütülen soruşturma kapsamında, Çanakkale 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 22/01/2013 tarih, 2013/56 değişik iş ve 18/02/2013 tarih, 2013/118 değişik iş sayılı kararları ile sanık ...'ın ve hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen ...'nin iletişimlerinin tespitine, dinlenme-**

Nitekim Yargıtay kazı yapılan yerin sit alanı dışında veya koruma alanı dışında kalmasının suçun maddi unsurlarının oluşmayacağı anlamına gelmediğini ve artık birinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan indirim sebebinin uygulanacağını ifade etmektedir<sup>24</sup>.

*sine, kayda alınmasına, izlenmesine ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verildiği görülmüş ise de;*

*5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde düzenlenen "iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" tedbiri uygulanarak elde edilen delillerin, maddi yan delillerle desteklenmesinde zorunluluk bulunduğu, Yarg. Ceza Genel Kurulu'nun 10/12/1990 tarih, 1990/6-257 Esas, 1990/335 Karar ve 09/11/2010 tarih, 2010/8-134 Esas, 2010/217 Karar sayılı ilamlarında da vurgulandığı üzere, tek başına suçun nitelendirilmesine ilişkin yeterli bilgiyi içermeyen iletişimin tespiti tutanakları dışında delil elde edilememesi halinde, suçun sübuta erdiğinin kabul olunamayacağı, diğer yandan, mahkeme huzurundaki ikrarın dahi yan delillerle desteklenmediği sürece kesin kanıt olarak değerlendirilemeyeceği muhakkak iken, iletişim kayıtlarındaki ikrarın, suçun işlendiği hususunda tek başına delil olamayacağının evleviyetle kabulü gerektiği, bu bakımdan, "iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" tedbiri ile ulaşılan soyut verilerin yanı sıra, somut ve maddi delillerin varlığı halinde suçun sübut bulunduğu; aksi takdirde, mahkumiyet hükmünün dayanağı olan kesin ve açık bir ispattan söz edilemeyeceğinden, "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereği suçun sübuta ermediği sonucuna varılacağı; Bu kapsamda somut olay değerlendirildiğinde; 21/07/2013 tarihli iddianame ile sanıklar hakkında, "kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma" suçunu işledikleri iddia edilerek, 2863 sayılı Kanununun 74/1. maddesi uyarınca cezalandırılmaları istemiyle dava açıldığı, bununla birlikte, 14/02/2013 tarihinde ele geçirilen 1 adet mermer adak steli ve 1 adet bronz sikkenin dava konusu edilmediği anlaşılmakla; öncelikle, bahse konu varlıkların ele geçirildiği 14/02/2013 tarihli olay ile ilgili olarak Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulup, dava açılması halinde incelenen dosya ile birleştirilmesine karar verilmesi, daha sonra, sanıkların Bayramiç ilçesinde nerede, ne zaman, kim ya da kimlerle kazı yaptıklarının, kazı yapılan yer veya yerlerin sit alanı ya da 2863 sayılı Kanuna göre korunması gerekli başka bir yer olup olmadığının somut şekilde belirlenmesi, yukarıda sözü edilen 1 adet mermer adak steli ve 1 adet bronz sikke üzerinde üniversitelerin arkeoloji ve sanat tarihi kürsülerine mensup öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılarak, korunması gerekli kültür varlığı olup olmadıklarının saptanması, Çanakkale Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2013/648 sayılı soruşturma dosyası kapsamında, 5271 sayılı CMK'nın 135 ve 140. maddeleri uyarınca verilen tüm kararların dosya içerisine alınması, toplanan delillerin, sözü edilen kanun maddeleri ile bir bütün halinde değerlendirilmesi sonucu ulaşılabilecek kanaate göre sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerektiği gözetilmeksizin, "ileri teknoloji dedektörler kullanmak suretiyle tarihi yerleşim yerlerinde arkeolojik eser bulabilmek için kazı yaptıkları" şeklindeki soyut ve yetersiz gerekçe ile "kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma" suçundan sanıkların mahkumiyetlerine karar verilmesi...", Yarg. 12. CD., 2015/10714 E., 2017/888 K., 08.02.2017, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).*

<sup>24</sup>

*"Kültür varlığı bulmak amacıyla "izinsiz kazı yapma" fiilinin her durumda suç oluşturur bir eylem olduğu, ancak, kazı mahallinin niteliğine göre uygulama yapılması gerek-*

tiği, bu kapsamda somut olay değerlendirildiğinde, sanıklar S., L. ve C.'in, fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, kültür varlıkları bulmak amacıyla, yaklaşık 70 - 80 cm derinliğinde kazı yaptıkları, sanık N.'in de amaçlarını bildiği sanıkları aracı ile kazı mahalline götürdüğü, Antalya Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğünce gönderilen 12.1.2012 tarihli cevabi yazıya göre, mahallinde yapılan inceleme sonucu, suça konu kazı alanının, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kurulu'nun 7.3.1985 tarih ve 741 Sayılı kararı ile tescilli 1. derece arkeolojik sit alanı içerisinde kaldırıldığının belirlendiği anlaşılmakta; -sanıkların eylemlerinin 2863 Sayılı Kanununun 74/1-1. cümlesi kapsamında kaldığı, "yardım eden" sıfatıyla suça iştirak eden sanık N. hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 39/1 maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeksizin, olay yerinin sit alanı dışında kalması sebebiyle atılı suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle beraat hükmü tesisi hatalıdır.", Yarg. 12. CD., E. 2014/13647, K. 2015/9207, T. 28.5.2015, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).

"5728 sayılı Kanun ile değişik 2863 sayılı Kanununun 74/2. maddesinde düzenlenen izinsiz araştırma yapma suçu ile 2863 sayılı Kanun'un 6. maddesinde belirtilen kültür ve tabiat varlıklarında, bunların koruma alanlarında, tespit ve tescil edilmiş sit alanlarında araziye fiziki müdahale teşkil etmeyen toprak üstünde veya su altında kültür ve tabiat varlıklarının araştırılmasına yönelik eylemlerin yaptırım altına alındığı, somut olayda ise sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, 2863 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğine haiz olmayan B... ili, M..., S... köyü, G... Mevkinde kültür varlığı bulmak amacıyla, kazma kürek vasıtasıyla 4.20x2.10 m. genişliğinde, 3.40 m. derinliğinde çukur kazdıklarının anlaşılması karşısında; sanıkların eyleminin 2863 sayılı Kanun'un 74/1-2. cümlesinde düzenlenen suçu oluşturacağı gözetilmeksizin, yargulamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması...", Yarg. 12. CD., E. 2013/26727, K. 2014/22528, T. 12.11.2014, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).

"Bu çerçevede somut olay değerlendirildiğinde; kolluk kuvvetlerine, ... isimli şahsın, kendi evinin bahçesinde define aramak için kazı yaptığı ihbarında bulunulması üzerine, Ardahan Sulh Ceza Mahkemesinin 14/01/2013 tarihli, 2013/25 değişik iş sayılı ve 15/01/2013 tarihli, 2013/28 değişik iş sayılı kararlarına istinaden adı geçen sanığın evinde ve bahçesinde arama yapıldığı, arama sonucunda, evin içinden geçilerek girilen ahır bölümünde, duvar dibinde, yaklaşık 2 x 2 metre çapında, 1.5 metre derinliğinde ve evin bahçesinde, duvara bitişik vaziyette, yaklaşık 4 x 3 metre çapında, 4 metre derinliğinde kazı çukurları bulunduğu, sanıkların aşamalarda savunmalarında, bahse konu evin bahçesinde, üzerinde haç işareti olan bir taş görerek, "orada bir şeyler vardır" düşüncesiyle önce ahırdan başlamak suretiyle kazdıklarını, önlerine duvar çıkınca kazıya dışarıdan devam ettiklerini, ancak herhangi bir şey bulamadıklarını beyan ettikleri, tüm dosya kapsamının birlikte değerlendirilmesi ile, sanıkların, fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yaptıklarının sabit olduğu anlaşılmakta; olay yerinde keşif icra edilerek, kazı mahallinin, 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli niteliği haiz bir yer olup olmadığının tereddütsüz şekilde belirlenmesi, sonucuna göre, anılan özelliği taşıyan bir yerde kazı yapılmış olması halinde, aynı Kanununun 74/1-1. cümlesi; aksi takdirde, 74/1-1. cümlesinin yanı sıra 74/1-2. cümlesi uyarınca mahkumiyet hükmü tesisi gerektiği gözetilmeksizin, eksik araştırma ve "kazı yapılan yerin 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamında bulunmadığı" şeklindeki hatalı

Buraya kadar eylem ile ilgili yapılan açıklamaların ardından uygulamada hükümde yer alan seçimlik hareketlerin nasıl gerçekleştiğine değinmek suç tipinin anlaşılması bakımından büyük kolaylık sağlayacaktır.

Burada önem arz eden ilk husus suçun oluşması için gerekli filleri faillerin bir iş makinası, halat, dinamit<sup>25</sup> veya hilti (kablolu kırıcı) kullanarak icra etmesi halidir. Kanun koyucu bu hallerde de işlenen suç için aynı cezayı

*gereğe ile beraat kararı verilmesi...*”, Yarg. 12. CD., 2015/13282 E., 2017/5204 K., 15.06.2017, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

“Her ne kadar sanık ... temyiz dışı sanıklar tarafından kazı yapılan alan sit alanı olarak tescilli değil ise de; kolluk tutanağı içeriğine göre eski mezarlık olduğu, mahallinde icra edilen keşif neticesinde alınan arkeolog bilirkişi raporunda; dava konusu alanda mezar bulunduğu, çevresinde antik yerleşim izleri bulunduğu, kaçak kazı çukuru ile mezar yapısı arasında 7-8 metre mesafe bulunduğu ve arkeolojik değer arz eden yerlerden olduğunun tespit edilmesi karşısında, **dava konusu alanın 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz eski mezarlık olduğu anlaşılmalı, mahkemece 2863 sayılı Kanununun 74/1-2. cümlesi gereğince indirim hükümlerinin uygulanmamasında bir isabetsizlik görülmediğinden**, tebliğnamedeki II nolu bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir.”, Yarg. 12. CD., 2019/12117 E., 2019/12025 K., 19.12.2019, (<https://karararama.Yarg.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

“Dosya kapsamı itibariyle, sanıkların, fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, İzmir 2 Numaralı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu’nun 30/11/1989 gün, 1442 sayılı kararı ile 1. derece arkeolojik sit alanı olarak tescil edilen sınırlar dahilinde yer alan Bergama ilçesi, ... beldesi, İskele mahallesi, ... mevkinde bulunan arazide ...’nden kalma bir mezarlıkta kazı yaparak, atılı suçu işledikleri anlaşılmalı,

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre sanıklar ..., ... ve ... müdafinin, bilirkişi raporunun hüküm kurmak için yeterli olmadığına, sanıkların beyanlarının aksine mahkumiyetleri için yeterli bulunmadığına ve lehe hükümlerin uygulanmadığına, sanıklar ... ve ... müdafinin, kararın usul ve ya-saya aykırı olduğuna ilişkin temyiz itirazlarının reddine...”, Yarg. 12. CD., 2014/2885 E., 2014/25909 K., 17.12.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

<sup>25</sup> “Sanıkların, dosya kapsamında mevcut 08/05/2012 tarihli bilirkişi raporuna göre korunması gerekli taşınır kültür varlığı niteliğini haiz kayayı, içinde altın bulunduğu düşüncesiyle patlatmak üzere, üç farklı yerinden 30, 30 ve 32 cm derinliklerinde delip, yine dosya içerisindeki 29/01/2009 tarihli ekspertiz raporunda “önemsiz tür ve miktarda” olduğu belirtilen sodyum klorat ve şeker karışımı el yapısı patlayıcı madde ile doldurarak, kablolarla bağladıkları jeneratörü kullanmak suretiyle patlatacakları sırada kolluk kuvvetlerince yakalanmaları karşısında, 2863 sayılı Kanununun 74/1-1. cümlesi ve 5237 sayılı TCK’nın 35/2. maddesi uyarınca mahkumiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, hatalı nitelendirme ile “izinsiz define araştırma” suçundan hüküm tesisi...”, Yarg. 12. CD., 2017/3504 E., 2019/8716 K., 12.09.2019, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

öngördüğü için özellikli bir hal olarak kabul edilemeyecektir. Nitekim uygulamada da genellikle bir araç vasıtasıyla suça konu fiilin işlendiği görülmektedir. Fakat doktrinde bu gibi hallerde artık hakimin cezaı tayin ederken üst sınırdan ceza tayini yapması gerektiği ifade edilmektedir<sup>26</sup>.

Yine uygulamada bu suç bakımından hukuka aykırı fiil tespit edilirken 74. maddenin ikinci fıkrasında yer alan izinsiz define arama suçu bakımından ayrıma dikkat edilmesi gerekmektedir. Burada fıkralar arasındaki temel ayırım noktası sit alanı ya da korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz yerde kazı eylemi olmaksızın, yüzeysel faaliyetler ile araştırma yapılması halinde ikinci fıkra uygulanacaktır<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Köken, s. 55-57.

<sup>27</sup> “Sanıkların zeytinlik alan içerisinde yaklaşık 5 m çapında, 3-3.5 m derinliğinde çukur açmak suretiyle izinsiz kazı yaptıkları anlaşılma; eylemin “kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma” suçunu oluşturduğu, “izinsiz define araştırma” suçunun oluşabilmesi için, sanıkların sit alanı ya da korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz yerde kazı eylemi olmaksızın, yüzeysel faaliyetler ile araştırma yapmış olmaları gerektiği, bu bakımdan, “kültür varlığı” ya da “define” bulmak kastı ile hareket edilmesinin anılan suçları birbirinden ayırmada esas alınacak bir kriter olmayıp, kazı fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun bu noktada belirleyici olduğu, sanıklar hakkında 2863 sayılı Kanunun 74/1-1. cümlesine göre tayin edilecek temel cezadan, aynı maddenin 2. cümlesi uyarınca indirim yapılarak hüküm tesisi gerektiği gözetilmeksizin, “sanıkların taşınmaz kültür varlığı değil, define aramak amacıyla kazı yaptıkları” şeklindeki hatalı değerlendirme ile “izinsiz define araştırmak” suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi hukuka aykırıdır.”, Yarg. 12. CD., E. 2013/8810, K. 2013/23493, T. 11.10.2013, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).

“2863 Sayılı Kanun’un 74/2. maddesinde düzenlenen “izinsiz define araştırma” suçunun oluşabilmesi için, anılan Kanunun 6. maddesi kapsamında kalan korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarında, bunların korunma alanlarında veya sit alanlarında, araziye fiziki müdahale teşkil etmeyen yüzeysel araştırma faaliyetlerinde bulunulması gerektiği, buna karşılık, eylemin yüzeysel araştırma boyutunu aşarak kazı boyutuna ulaşması halinde, 2863 Sayılı Kanun’un 74/1. maddesinde düzenlenen “kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma” suçunun olduğundan söz edileceği, kazı yapılan yer sit alanı veya anılan Kanuna göre korunması gerekli başka bir yer ise, 2863 Sayılı Kanun’un 74/1-1. cümlesinin, belirtilen niteliği haiz bir yer değilse, ayrıca aynı Kanunun 74/1-2. cümlesinin uygulama alanı bulacağı, dolayısıyla, gerek “izinsiz define araştırma” gerekse “kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma” suçları bakımından olay yerinde keşif icra edilerek, suçun unsurlarının ve bu kapsamda olay yerinin sit alanı veya 2863 Sayılı Kanuna göre korunması gerekli başka bir yer olup olmadığının tespitinde zorunluluk bulunduğu değerlendirilerek yapılan incelemede...”, Yarg. 12. CD., E. 2015/15102, K. 2017/7843, T. 24.10.2017, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 04.2021).

#### D. Suça Etki Eden Haller

Bu suç bakımından kanun koyucu 74. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde kazı veya sondajın yapıldığı yerin, sit alanı veya 2863 sayılı Kanun'a göre korunması gerekli başka bir yer olmaması halinde, verilecek cezanın üçte bir oranında indirileceğini düzenleyerek özellikli bir hal getirmiştir<sup>28</sup>.

#### IV. HUKUKA AYKIRILIK

Kanun koyucu bu suç tipi bakımından özel olarak herhangi bir hukuka uygunluk sebebi düzenlememiştir. Genel hükümlerde yer alan hukuka uy-

<sup>28</sup> “Eskişehir Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunun 05/06/2013 tarih ve 1501 Sayılı kararı ile 1. ve 2. derece arkeolojik sit alanı olarak tescilli Hakimtepe Frig Kale ve Yerleşimi'nde izinsiz kazı yaptıkları iddiasıyla sanıklar hakkında açılan davada, sanıkların savunmalarında atılı suçlamayı kabul etmedikleri, tanığın aşamalarda tutarlı beyanlarında, sanıkları köylüleri olması sebebiyle tanıdığını aralarında husumet bulunmadığını, olay günü Büyükkale olarak adlandırılan mevkide avlanmak için bulunduğu sırada sanıklar ile tanımadığı bir şahsı kazma ve kürekle gördüğünü, sanıkların kazı yaptıklarını, sanıklardan birinin kazı çukurunun içinde olduğunu, yanlarına gitmek istediğinde sanığın eliyle işaret yaparak kendisine “gelme, hemen uzaklaş” dediğini beyan ettiği, kolluk kuvvetleri tarafından tanzim edilen 08/07/2013 tarihli tutanak içeriğinde, telefon ile aranan sanığın kazıyı diğer sanıklar ve Ankara ili, Ayaş ilçesinden bir kişi ile birlikte yaptıklarını, kazı yapmak için köye kendisine ait araç ile geldiklerini beyan ettiğinin belirtildiği, tüm dosya kapsamında sanıklar ile arasında husumet bulunmadığına dair herhangi bir bilgi bulunmayan tanığın beyanlarına itibar edilerek, sanıkların izinsiz kazı yapmak suçundan mahkumiyetlerine dair hüküm tesis edilip, bölgede yapılan tüm kazıların kolluk kuvvetleri tarafından kapatılması karşısında, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilerek, **2863 Sayılı Kanun'un 74/1-2. cümlesi gereğince temel cezadan indirim yapılması gerektiği gözetilmeksizin, dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçe ve hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi kanuna aykırı olup...**”, Yarg. 12. CD., E. 2015/15454, K. 2017/8264, T. 2.11.2017, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).

“2863 sayılı Kanun'un 74/1. maddesinde yer alan “Kültür varlıkları bulmak amacıyla, izinsiz olarak kazı veya sondaj yapan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Ancak, kazı veya sondajın yapıldığı yerin, sit alanı veya bu Kanuna göre korunması gerekli başka bir yer olmaması halinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.” şeklindeki düzenleme dikkate alındığında, dosya kapsamına göre, sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde, kültür varlığı bulabilmek amacıyla, davaya konu yerde izinsiz kazı yaptıkları şeklinde gerçekleşen olayda, davaya konu yerin sit alanı kapsamında bulunmadığının tespit edilmiş olması ve ayrıca bu yerin 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli bir yer olduğuna dair bir iddianın da olmaması karşısında, temel ceza tayin edildikten sonra 2863 sayılı Kanun'un 74/1-2. cümlesi gereğince indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi...”, Yarg. 12. CD., E. 2016/778, K. 2016/3651, T. 9.3.2016, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 04.2021).



gunluk sebepleri geçerli olmakla birlikte uygulamada bir hukuka uygunluk sebebinin ortaya çıkma olasılığı güçtür.

## V. MANEVİ UNSUR

### A. Genel Olarak

Kural olarak ceza hukukunda failin cezalandırılabilmesi için genel kast yeterlidir. Bununla birlikte bazı hallerde failin cezalandırılabilmesi için belirli bir saik ile hareket etmesi aranmaktadır. Bu hallerde kanun koyucu bu amacı ya da saiki hukuki düzenlemede açıkça belirtir<sup>29</sup>. Nitekim bu suç tipi bakımından kanuni düzenleme bakımından failin kültür varlıklarını bulmak amacı ile hareket etmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce kanun koyucu suç düzenlemesinde özellikle “Kültür varlıkları bulmak amacıyla” ibaresine yer verdiği için bu suç bakımından özel kast aranmakta olup genel kast ile işlenmesi yeterli olmayacak ve bu nedenle olası kast ile işlenmesi de mümkün olmayacaktır<sup>30</sup>. Nitekim yukarıda kavram açıklamalarında detaylı bir şekilde değinildiği üzere fail bittabi sondaj ya da kazı işlemini petrol, doğalgaz, maden, su<sup>31</sup> veya jeotermal

<sup>29</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 265.

<sup>30</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 985, Köken, s. 58.

<sup>31</sup> “Kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yaptığı iddia olunan sanığın soruşturma aşamasında kolluk kuvvetlerine verdiği ifadede; müşterek tapulu arazisini bahçe olarak değerlendirmek üzere su çıkabileceğini tahmin ettiği bölgede iş makinesi ile kazı yaptığını, 5 metre derinliğe ulaşıldığında kuracağı bahçe için yeteri kadar suyu çıkaracağını, tapulu taşınmazında su çıkarmaktan başka bir amaç ile hareket etmediğini söylediği, kovuşturma aşamasındaki savunmasında ise; mülkiyetinde olan arazilerin imara açılacağını ve o bölgede yeni bir üniversite binası inşa edileceğini öğrenince sosyal tesis yapmak istediğini, bunun için de tesisi yapmayı düşündüğü yerde su olup olmadığını bilmesi gerektiğini, belediyeden aldığı sözlü izne istinaden tapulu taşınmazında su bulmak amacıyla kazı yaptırdığını beyan ettiği, sanık tarafından aşamalarda verilen ifadeler karşılaştırıldığında; su çıkarmak için bahse konu eylemi gerçekleştirdiği hususunda tutarlılık bulunmakla birlikte, suyun hangi amaçla çıkarılmak istendiğinin çelişkili beyanlarla açıklandığı, diğer yandan, olay yerini inceleyen müze uzmanlarınca düzenlenen 15/06/2011 tarihli raporda; inceleme yapılan taşınmazlar üzerinde biri 3 x 7 metre ebadında, 2 metre derinliğinde, diğeri 5 x 10 metre ebadında, 3 metre derinliğinde olmak üzere iki adet kazı çukuru bulunduğu, çukurların, 04/10/2010 tarihli yazı eki rapor ile tespiti yapılan iki adet kaya mezarına yaklaşık 20 metre mesafede olduğunun, açılan birinci kazı çukurunda, 70 x 40 x 120 cm ölçülerinde bir yapıya ait olduğu düşünülen blok taş; ikinci kazı çukurunda ise ana kaya oyularak yapılmış, halen içinde toprak dolgusu olan kemerli bir çeşme yapısı ortaya çıkartıldığının, sözü edilen çeşme yapısının 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz olduğunun belirtildiği, yine olay yerindeki keşfe katılan arkeolog bilirkişi tarafından da, kazı mahallinin korunması

kaynakları aramak için veya kuyu kazmak, tarımsal verimlilik sağlamak<sup>32</sup>, çeşme/sulama havuzu<sup>33</sup> yapmak gibi nedenlerle de yapılabilir. Bu suç tipinin

gerekli nitelik taşıdığıının belirlendiği, **tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, su bulmak amacıyla yapılacak faaliyetin de belirli bir yöntem ile gerçekleştirilmesi gerektiği, önceden tespit edilen kaya mezarlarına yaklaşık 20 metre mesafede iş makinesi ile metrelerce kazı yapılmasının, su bulma amacına hizmet etmekten uzak olduğu,** kazı çukurlarının içerisinde yer aldığı taşınmazların hisseli olarak sanığın mülkiyetinde bulunduğu ve çukurların farklı zamanlarda kazıldıklarına dair delil mevcut olmadığı anlaşılma; “kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma” suçu nedeniyle 2863 sayılı Kanunun 74/1 maddesi uyarınca sanığın mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, çelişkili ve hayatın olağan akışına aykırı savunmaya itibarla yazılı şekilde hüküm tesisi...”, Yarg. 12. CD., 2013/27315 E., 2014/22695 K., 13.11.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

<sup>32</sup> “Sanık ...’ın, 29/05/2009 tarihli dilekçe ile ... Belediye Başkanlığı’na müracaat ederek kiraladığı iş makinesi aracılığıyla, belde halkı tarafından “eski kilise mevkii” olarak bilinen, 2863 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamındaki ... dönemlerine ait yerleşim yerinde yaklaşık 100 metre karelik bir alanı kazdırdığı, sanık aşamalarındaki savunmalarında, hayır amaçlı çeşme inşa ettirmek için kazı yaptırdığını beyan etmiş ise de; dosya içerisinde mevcut 21/09/2011 tarihli bilirkişi raporunda, özellikle seramiklerin bulunduğu alanın kazılmış olduğunun, vadi tabanındaki dereden hayvanların sulatılması mümkün olduğu halde, iş makinesi ile az miktarda olan suyu geliştirip yüksek rakımlara çıkarmaya çalışmanın ekonomik olmadığı, sadece bir alanın hedef seçilerek kazılmasının, kazının defne arama maksatlı yapıldığı izlenimi verdiğinin belirtildiği, dosya kapsamında bulunan bilgi, belge ve fotoğrafların sanığın savunmasını desteklemeyip, aksine savunmanın hayatın olağan akışına aykırı olduğunu ortaya koyduğu, belediyeye yaptığı müracaat ile kanuna aykırı bir fiil gerçekleştirmeyeceği intibayı uyandıran sanığın gerçekte, halk arasında “eski kilise mevkii” olarak bilinen mahalde, **belediyenin iş makinesini ve operatörünü kullanmak suretiyle, kültür varlıkları bulmak için kazı yaptığı, bu nedenle de 2863 sayılı Kanunun 74/1-1. cümlesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, hatalı değerlendirme ve dosya kapsamına uygun olmayan gerekçe ile beraate dair hüküm tesisi...**”, Yarg. 12. CD., 2014/5115 E., 2015/3537 K., 26.02.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

<sup>33</sup> “Sanığın, kültür varlıkları bulmak amacıyla, yaklaşık 40 x 12 metre karelik bir alanda, 5 ve 6 metre derinliklerinde izinsiz kazı yaptığının iddia olunması, sanığın aşamalarındaki savunmalarında, kiralamak suretiyle kullandığı suça konu taşınmazda, tarımsal amaçlı sulama havuzu oluşturmak için kazı yaptığını, defne bulma amacıyla hareket etmediğini söylemesi karşısında; kazı yapılan taşınmaza ait tapu kaydının getirilmesi, taşınmazın, gerçek kişinin mülkiyetinde olduğunun belirlenmesi halinde, **tanık sıfatıyla dinlenecek malike, olaya dair bilgi ve görgüsünün sorulması, ziraat mühendisi bilirkişi refakate alınmak suretiyle olay yerinde yeniden keşif yapılarak, kazı mahallinin zirai açıdan özelliklerinin, suça konu taşınmazın, tarımsal amaçla kullanılmakta olan bir taşınmaz olup olmadığı, taşınmazda tarımsal faaliyet yapıldığının tespiti halinde, sulama ihtiyacının ne şekilde karşılanması gerektiğinin, sanığın savunmasında belirttiği üzere, sulama havuzu yapımına ihtiyaç duyulup duyulmadığının, ihtiyaç duyulması durumunda, dosya kapsamındaki fotoğraflar da dikkate alınmak suretiyle, sanık**

manevi unsurunda ayırt edici husus kültür varlığı bulma amacıdır. Burada somut olayın özelliklerine göre hakim sanığın beyanına ek olarak kullandığı araç veya gereçleri, sondaj veya kazının türünü ve niteliğini, tanık beyanlarını bütüncül bir şekilde değerlendirerek kast unsurunu tespit etmelidir<sup>34</sup>.

*tarafından yapılan faaliyetin, sulama havuzu oluşturma amacına yönelik olup olmadığı, başka bir deyişle, sulama havuzu yapımının, sanığın izlediği yöntem ile gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğinin ve bölgede tarımsal faaliyet kapsamında, sulama amaçlı olarak anılan türden bir uygulama yapılmasının olağan olup olmadığına tereddütsüz biçimde belirlenmesi, böylece savunmanın doğruluğu araştırılıp, suçun unsurları şüpheden uzak şekilde ortaya konulduktan sonra ulaşılabilecek kanaate göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeksizin, eksik araştırma ile beraate dair hüküm tesisi...*", Yarg. 12. CD., E. 2015/10771, K. 2017/221, T. 12.1.2017, **Özkepir**, Ramazan/**Hürmüz**, Peyman: İçtihatlı Özel Ceza Kanunları, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 610.

<sup>34</sup> "... Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nun 15/12/1992 tarih ve 1680 sayılı kararı ile 1. derece arkeolojik sit alanı olarak tescilli ... örenyeri mevkiinde kaçak kazı yapıldığı ihbarının alınması üzerine kolluk kuvvetleri tarafından olay mahalline gidildiğinde, naylondan yapılmış bir baraka içerisinde sanıklar ..., ..., ... ve ...'nin yakalandıkları, kazı mahallinde jeneratör, hilti vb. kazı malzemelerinin ele geçirildiği ve 3,60 metre derinliğinde kaçak kazı yapıldığının tespit edildiği, sanıkların 20 gündür kazı yaptıklarını, kazı işini kendilerine sanıklar ... ve ...'un verdiklerini, onların da kendileri ile bir müddet kazı yaptıklarını, sanık ...'in ise aracıyla kendilerine yiyecek ve kazı malzemesi getirdiğini beyan ettikleri anlaşılmakla,

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, mahallî Cumhuriyet savcısının hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin tartışılmadığına, sanıklar ... ve ... müdafininin beraat kararı verilmesi gerektiğine, sanıklar ... ve ... müdafininin, sanıkların suç işleme kasıtlarının bulunmadığına ilişkin temyiz itirazlarının reddine...", Yarg. 12. CD., 2015/11086 E., 2016/8410 K., 12.05.2016, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

"Sanıklardan ...'in, katılan ...'tan kiraladığı...ilçesi,... mevkiinde bulunan fabrika yerinin, Gayrimenkul ....ve... Yüksek Kurulu'nun 14.02.1981 tarih ve A-2718 sayılı kararı ile 1. derece arkeolojik sit alanı ilan edilen Değirmendere Nekropol alanı içerisinde yer aldığı, .... İlçe Jandarma Komutanlığı'na yapılan ihbar üzerine olay yerine giden jandarma görevlilerince, olay yerinde eski kaya mezarlarının yakınında yarım metre kadar izinsiz kazı yapılmış olduğunun tespit edildiği, her ne kadar sanık ... ile işçisi ve işyeri sorumlusu olan sanık ...'in ifadelerinde, havuz yapmak amacıyla kazı yaptıklarını beyan etmiş iseler de, dosya kapsamında bulunan olay yeri resimlerinden kazı yapılan yerin eğimli ve kayalık bir yer olduğu, bu nedenle havuz yapılmasına müsait bir yer olmadığı, ayrıca bir kayanın da matkap benzeri alet ile delinmiş olması karşısında beyanların hayatın normal akışına göre inandırıcı olmadığı, sanıkların 1. derece arkeolojik sit alanında izinsiz kazı eylemlerinin sabit olduğu anlaşılmakla,

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan vekilinin bir sebebe dayanmayan, sanık ... müdafininin ise sanığın üzerine atılı suçu işlemediğine, beraatine karar verilmesi gerektiğine ilişkin, yerinde görülme-

Doktrinde aksi yöndeki görüşe göre<sup>35</sup>; kanun koyucu ilgili yönetmelikte kazı ve sondaj kavramlarını bu amacı dikkate alarak tanımlamıştır. Bu nedenle bu suçun tanımı aslında kazı ve sondaj faaliyetlerindeki amaç unsurunu da kapsamaktadır. Hal böyle iken bu suç bakımından genel kast yeterli olacaktır.

## B. Kusurluluğu Kaldıran ya da Azaltan Haller

Suçun cezalandırılabilmesi için suçun objektif unsurları olan tipe uygunluk ve hukuka aykırılığın bir arada bulunması yeterli olmayıp failin aynı zamanda kusurlu olması gerekmektedir<sup>36</sup>. Hukukun çizdiği normatif değerlere göre failin kusurunun tespit edilebilmesi için öncelikle failin kusur yeteneğinin mevcudiyeti değerlendirilmelidir<sup>37</sup>.

Kusurluluğun mevcut olabilmesi için öncelikle failin TCK m.31, m.33, m.57 gereği fiili işlediği esnada kusur yeteneği bulunmalı, hukuka aykırı olan bir fiili kasten veya taksirle işlemiş olmalı ki bu bize kast ve taksirin çifte fonksiyonunu gösterir. Ayrıca failin bir haksızlık yanılığısı bulunmalıdır. Bir başka deyişle kusurluluğu etkileyen bir halin bulunmaması gerekir<sup>38</sup>. Bu açıklamalar doğrultusunda bu çalışmada suç tipini göz önünde bulundurarak mazeret sebeplerinden cebir, şiddet ve tehdide ve kusurluluğu kaldıran ya da etkileyen hallerden hataya değinmeyi uygun gördük.

### 1. Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit

TCK m. 28'de "*Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit*" başlığı altında "*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.*" şeklinde cebir-şiddet-korkutma-tehdit mazeret sebebi olarak kabul edilmiştir<sup>39</sup>. Bu suç tipi bakımından işinin cebir veya tehdit altında izinsiz

---

*yen temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA...*" Yarg. 12. CD., 2013/23784 E., 2014/10951 K., 06.05.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

<sup>35</sup> **Katoğlu**, s. 290; **Artuç**, s. 983; **Kanadoğlu**, s. 507; **Yağcı**, Ali/**Taş**, Rabia/**Kılıç**, Tuğçe: (Açıklamalı-İçtihatlı) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 522.

<sup>36</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 353.

<sup>37</sup> **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 993.

<sup>38</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 351-352.

<sup>39</sup> **Sözüer**, Adem: "Türk Ceza Kanunu'nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18,

kazı veyahut sondaj fiillerini işlemesi veyahut bu fiillere iştirak etmesi halinde artık kusuru olmadığı kabul edileceğinden cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

## 2. Hata

Hata bakımından uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir duruma değinmenin ve bunun üzerinden hata hükümlerini ele almanın faydalı olacağı kanaatindeyiz. Uygulamada zaman zaman şüpheli/sanığın mülkiyetinde olan arazide sınırsız bir tasarruf yetkisinin olduğunu düşündüğü bu nedenle KTVKK m. 36'da yer alan izin yükümlülüğünden haberdar olmadığını ileri sürdüğü görülmektedir. Örneğin; kişi kendi evinin bahçesinde izinsiz kazı yaparak bunun izne tabi olduğunu bilmediğini ileri sürmektedir.

Doktrinde<sup>40</sup> böyle bir halde TCK m. 30/4'te yer alan "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*" hükmü gereğince kaçınılmaz bir hataya düşüldüğü için failin cezalandırılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Yine somut olayın özelliklerinin göre eğer fail daha önce bu suç tipine ilişkin bir soruşturma veya kovuşturma geçirdi ise artık hatasının kaçınılmaz olduğunun ifade edilemeyeceği belirtilmektedir.

Kanaatimizce bu görüş hatalıdır. Şöyle ki; "*hata*" kelime olarak "*İstemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanılma, yanılğı*" anlamına gelmektedir<sup>41</sup>. Kelime anlamından yola çıkarak kişinin istemeden bir yanılığa düşmesi halinde hata söz konusu olacaktır. TCK m.30'un 4. fıkrasında ise "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*" denerek işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda düşülen hata ifade edilmektedir. "*Emir Hatası/Yasak Hatası*" olarak da ifade edilen bu hata halinde; fail işlediği fiili bilerek ve isteyerek işlemekte fakat işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunun bilincinde olmayıp hukuki normun varlığında veyahut yorumunda hataya düşmektedir<sup>42</sup>. Burada önem arz eden ilk husus TCK m.4 "*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*" hükmü ile haksızlık yanılığısı arasındaki ilişkidir. TCK m.4 karşısında TCK m. 30/4'ün uygulanabilmesi için öncelikle failin haksızlık

Sayı: 2, 2014, s. 232-233. (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48103/608287>, E.T.:06.06.2021).

<sup>40</sup> **Köken**, s. 52-54.

<sup>41</sup> <https://sozluk.gov.tr/>

<sup>42</sup> **Güleç** Sesim Soyer, "Türk Ceza Kanunu'nda Haksızlık Yanılığısı (m. 30/4)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 1, 2008, s. 61.

bilincinin bulunması gerekmektedir. Burada failin davranışının haksız olduğunu bilmesi yeterlidir. Ayrıca fiile ilişkin hukuk normunun bağlayıcı olup olmadığından şüphe etmesi bir önem arz etmemektedir. Bu nedenle failin inancı veyahut vicdani kanaatıyla hareket edip fiili kendince hukuka uygun kabul etmesi halinde m. 30/4 uygulama alanı bulamayacaktır<sup>43</sup>.

Bir diğer koşul hatanın kaçınılmaz olması gerekliliğidir. Burada kaçınılabilirliği tespit ederken failin sosyal konumunu, kişisel yeteneklerini, mevcut bilgisini kullanmasını ondan ne kadar beklenebileceğini, hukuksal ve ahlaki değerlerini dikkate almamız gerekecektir<sup>44</sup>. Fail “*kendi hareketinin ortak yargıya göre anti sosyal bir karakter taşıdığını bilmeli ise bireysel inançları mazur görülemez ve kanunu bilmediğini ileri süremez*”. Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki bu koşulların bulunması halinde failin fiili TCK m.30’un birinci fıkrasından farklı olarak failin kastını ortadan kaldırmayacak olup yalnızca kusurluluğunu ortadan kaldıracağı için fail cezalandırılmayacaktır<sup>45</sup>. Nitekim Yargıtay da benzer bir şekilde bu suç tipi bakımından hatanın kaçınılmaz olmasını aramaktadır<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Güleç, s. 74-75.

<sup>44</sup> Hakeri Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 467-468; Güleç, s. 80-81.

<sup>45</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 433-436.

<sup>46</sup> “Diğer yandan, arkeolojik sit alanlarında yapılabilecek ve yapılamayacak fiiller, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunun 05/11/1999 tarih ve 658 sayılı Arkeolojik Sitler Koruma ve Kullanma Koşulları hakkındaki ilke kararında tek tek sayıldığından, belirtilen hususta şahıslara ayrıca bildirimde bulunulması gerektiği, sözü edilen ilke kararının (1) numaralı bendinde 1. derece arkeolojik sit alanlarının, “korumaya yönelik bilimsel çalışmalar dışında aynen korunacak sit alanları” olarak tanımlandığı;

Bu kapsamda somut olay değerlendirildiğinde; sanığın, İzmir II Numaralı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulunun 10/04/1991 tarih ve 1943 sayılı kararı ile 1. derece arkeolojik sit alanı olarak tescil edilen Magnesia Antik Kentinin nekropol (mezarlık) sahasındaki tapulu taşınmaz üzerine yeni ağaç fidanları diktiği, taşınmaza ait tapu kaydının beyanlar hanesine “1. derece sit alanıdır” şerhinin 06/03/1997 tarihinde konulduğu, ayrıca, Germencik Belediyesi tarafından düzenlenen 27/01/1997 tarihli hoparlör duyuru tutanağına göre, Magnesia ören yerine ilişkin tescil kararının, hoparlör ile beş kez duyurulmak ve belediye ilan tahtasına asılmak suretiyle ilan edilmiş olduğu, sanığın da Cumhuriyet Savcılığında verdiği ifadede, sit alanı içerisinde bulunan arazisine fidan dikimi yaparken sorumlu bekçilerin gelerek kendisini uyardıklarını söylediği, tüm bu bilgi, belge ve beyanlar birlikte değerlendirildiğinde, atılı suçun maddi ve manevi unsurlarının oluştuğu sonucuna varılacağı anlaşılmakla; 2863 sayılı Kanununun 65/1. maddesi uyarınca sanığın mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, suçun unsurlarının oluşmadığı ve suç kastının bulunmadığı gerekçesiyle beraatine hükmedilmesi kanuna aykırı...”, Yarg. 12. CD.,

## VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

### A. Teşebbüs

Bu suç soyut tehlike suçu niteliğinde olduğu için teşebbüsün mümkün olup olamayacağı tartışılmalı bir husustur. Kural olarak bir suça teşebbüsün mümkün olup olamayacağı belirlenirken hareketin parçalara bölünüp bölünemediğine bakılmalıdır. Eğer bir bölünebilme hali mümkün ise orada artık teşebbüs mümkün olacaktır.

Burada teşebbüse ilişkin değerlendirme yapılırken somut olayda öncelikle yapılan keşifte kazının kültür varlığını elde etmeye yeterli derinliğe ulaşıp ulaşılmadığının belirlenmelidir. Kolluğun olay yeri tespit tutanağında mutlaka bu hususa ilişkin tespitlerini belirtmesi gerekmektedir. Yine ifade etmek gerekir ki önemli olan *derinlik olup yüzey altındaki genişlik burada önem arz etmemektedir*. Örneğin; jandarmanın geldiği esnada şüphelilerin kazma, kürek ile kaçıyor olması artık fiilin teşebbüs aşamasında kaldığını göstermektedir<sup>47</sup>.

2017/34 E., 2017/3305 K., 19.04.2017, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

“Sanık hakkında Turhal ilçesi Kızkayası Köyü Çiftlik Mahallesi mevkiinde resmi bir izin belgesi olmaksızın define aramak amacıyla kazı yaptığı iddiasıyla kamu davası açıldığı, sanığın aşamalarındaki savunmasında kazı yapmak için izin talebinde bulunduğunu ancak kendisine resmi olarak verilmiş bir izin bulunmamakla birlikte müze müdürü vekili tanık ...'in bilgisi dahilinde kazı yaptığını belirttiği, bu nedenle de sanığın izin başvurusunda bulunması nedeniyle yasal mevzuat içerisinde hareket ettiği ve kaçınılmaz bir hata içerisinde olduğu gerekçesi ile sanık hakkında beraat kararı verilmiş ise de; **tanık...’in aşamalarındaki beyanlarında sanığın defalarca kazı yapmak için sözlü olarak izin istediği ancak kendisine bahse konu yerde define kazısı yapılamayacağı ve buna izin verilemeyeceğini söylediğini belirttiği, ortada sanığa kazı yapması için verilmiş resmi bir izin bulunmadığı, sanığın savunmasının tanık... tarafından doğrulanmadığı, sanığın arkadaşı olan tanık ...’in da beyanında resmi izin müracaatlarının kabul edilmediğini belirttiği, 2863 Sayılı Kanun’un 35. maddesine göre kültür ve tabiat varlıklarını meydana çıkarmak üzere araştırma, sondaj ve kazı yapma hakkının sadece Kültür ve Turizm Bakanlığına ait olduğu, sanığın yetkili mercilerce verilmiş resmi izni olmadan define bulmak amacıyla izinsiz kazı yaptığı sabit olmakla sanığın kaçınılmaz hata içinde bulunduklarından bahsedilemeyeceği gibi, bir suç kastıyla hareket etmediğinin de kabul edilemeyeceği anlaşılmakla...”, Yarg. 12. CD., 2018/2560 E., 2020/7505 K., 24.12.2020, ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 13.03.2022).**

<sup>47</sup> Günay, s. 166; Katoğlu, s. 290; Köken, s. 62-65; Kanadoğlu, s. 508.

“Sanığın, İzmir (1) numaralı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu’nun 04.04.1991 tarih ve 2809 sayılı kararı ile dava konusu yerin 1.derece arkeolojik sit alanı olarak tescil edildiği, 04.12.2012 havale tarihli Arkeolog bilirkişi raporunda, kazı mahallinin Genç Roma Dönemi’nde inşaa edilen sarnıç olduğu, bu alanda son bir yıllık

Olayda ayrıca kültür varlığının bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Netice önem arz etmemekle birlikte eğer kültür varlığı bulunmuş ise kazı ya da sondaj işlemi tamamlanmış kabul edileceğinden artık burada teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. Ama eğer kültür varlığı bulunmamış ise yukarıda belirtildiği gibi derinlik bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekecektir<sup>48</sup>.

Yargıtay'ın bu konudaki yerleşik uygulamasına bakılacak olursa; kültür varlığının bulunmadığı kazılar bakımından ülkemizde tarımsal faaliyetler için öngörülen 40 cm derinlik kıstasını esas aldığımızı görmekteyiz<sup>49</sup>. Yargıtay

*süre zarfında kaçak kazı eylemlerinin yapıldığı, bu eylemlerin sarnıç duvarını tahrip etmek suretiyle açılan 1.2 metre/1.1 metre ebatındaki delik ile başladığını ve mekan içerisinde 2.6 metre /5 metre / 7.5 metre ebatlarında bir alanda gerçekleştiğini belirttiği, olay yeri tespit tutanağı ile kazı mahallinde eski kazılmış toprağın yanı sıra ıslak toprağın da mevcut olduğunun tespit edildiğinin belirtilmesine rağmen, sanık tarafından yapılan kazının derinliğine ilişkin bir açıklamanın yer almaması, dosya kapsamı içerisinde de belirtilen konuya yönelik herhangi bir bilgi ve belge bulunmaması karşısında; sanık hakkındaki temel cezanın asgari haddten uzaklaşarak belirlenmesinde isabetsizlik bulunmamakla birlikte, kültür varlığı elde etmek için yeterli derinliğe ulaşıldığına dair delil mevcut olmadığından, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü suretiyle TCK'nın 35/2 maddesi uyarınca cezasından indirim yapılması gerektiği gözetilmeksizin, hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi...*, Yarg. 12. CD., 2013/28412 E., 2014/22686 K., 18.12.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

<sup>48</sup> Yağcı/Taş/Kılıç, s. 523.

<sup>49</sup> “Sanık tarafından gerçekleştirilen eylemin, 5728 sayılı Kanun ile değişik 2863 sayılı Kanunun 74/1 maddesinde düzenlenen “kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma” suçunu oluşturduğu, aynı Kanunun 74/2 maddesinde düzenlenen “izinsiz define araştırma” suçunun oluşabilmesi için sanığın, sit alanı ya da korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz yerde, kazı eylemi olmaksızın yüzeysel faaliyetler ile araştırma yapmış olması gerektiği, bu bakımdan, “kültür varlığı” ya da “define” bulmak kastı ile hareket edilmesinin, anılan suçları birbirinden ayırmada esas alınacak bir kriter olmayıp, kazı fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun belirleyici olduğu, somut olayda, 2863 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamı dışında kalan bölgede define bulmak amacıyla kazı yapan sanık hakkında, 2863 sayılı Kanunun 74/1-1. cümlesi uyarınca tayin edilecek temel cezadan, aynı Kanunun 74/1-2. cümlesine göre indirim yapılmak, ayrıca dosya kapsamı içeriğinde, kazının boyutlarına, dolayısıyla kazının ülkemizde tarımsal amaçlı faaliyet için öngörülen 40 cm’lik derinliği aşmış olmadığına ilişkin kesin bir belirlemenin yapılamaması karşısında, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince, sanığın eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü ile sanığın cezasında 5237 sayılı TCK’nın 35. maddesi uygulanmak suretiyle hüküm tesisi gerektiği gözetilmeksizin, hatalı nitelendirme ile “izinsiz define araştırma” suçundan mahkumiyet kararı verilmesi...”, Yarg. 12. CD., 2014/9904 E., 2015/2304 K., 10.02.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

“Sanığın, hakkında aynı suçtan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen diğer sanıklar A. K., A. G., Y. İ., Ö. İ. ve S. İ. ile birlikte, Karadığın Deresi Köyü



bu ölçüyü esas alarak fiilin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığını veyahut failin kastını belirlemektedir.

Kanaatimizce bu şekilde bir yaklaşım isabetsizdir. Şöyle ki; kullanılan bu ölçüt ülkemizin tarımsal faaliyetleri esas alınarak belirlenmiş genel bir ölçüt niteliğindedir. Somut olayda kazı veya sondajın yapıldığı arazinin yapısının her seferinde kazının gerçekleştiği bölgenin toprak yapısını veya

*yakınlarında bulunan muntıkaya dedektör, kazma ve küreklerle giderek define aradıkları ve kazı yaptıkları, dönüşlerinde köylüler tarafından kullandıkları araçların durdurularak jandarmanın olay yerine intikal etmesinin sağlandığı, kolluk kuvvetleri tarafından tanzim edilen tespit tutanağında, kazı mahallinde 3-4 yerde kumun 15-20 cm kadar kazıldığı, derenin başlangıcında sol üst tarafa doğru 10 m mesafede kayaların altında yaklaşık 1 m genişliğinde, 40 cm derinliğinde yeni bir kazının yapıldığı, Aslanlitaş yakınlarında da iki yerde yeni kazı izlerinin tespit edildiği, tüm sanıkların kolluk beyanlarında, sanık Yılmaz'a ait olan dedektörle arama yaptıklarını, dedektörün ikaz verdiği yerlerde hafif şekilde kazı yaptıklarını beyan ettikleri anlaşılmakla,*

1) Dosya kapsamından, kazı yapılan yerin sit alanı olduğuna dair bir tespit bulunmadığı, bu itibarla sanığın eyleminin, 2863 Kanununun 74/1-son cümlesinde açıklanan suçun oluşturduğu gözetilmeksizin anılan Kanununun 74/2 maddesi gereğince hüküm kurulması,  
2) Kazı yapılan çukurların en büyüğünün 40 cm derinliğinde olduğunun tespit edilmesi karşısında, teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi...”, Yarg. 12. CD., 2013/14444 E., 2014/1468 K., 24.01.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

“Olay günü kaçak kazı yapıldığı yönünde ihbar alan kolluk kuvvetlerinin saat 12:20 sıralarında ... Mahallesi, ... mevkiine geldiklerinde, sanıkları 1,5 metre derinliğinde kaçak kazı yaptıkları sırada suçüstü yakaladıkları ve sanıkların aşamalarda atılı suçlamayı ikrar ettikleri anlaşılmakla, Sanıklar tarafından gerçekleştirilen eylemin, 5728 Sayılı Kanun ile değişik 2863 Sayılı Kanun’un 74/1. maddesinde düzenlenen “kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma” suçunu oluşturduğu, aynı Kanununun 74/2. maddesinde düzenlenen “izinsiz define araştırma” suçunun oluşabilmesi için sanıkların, sit alanı ya da korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz yerde, kazı eylemi olmaksızın yüzeysel faaliyetler ile araştırma yapmış olmalarının gerektiği, anılan suçları birbirinden ayırmada esas alınacak kriterin, kazı fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun olduğu, bu itibarla, davaya konu yerde arkeolog ve üniversitelerin sanat tarihi bölümlerinde görevli öğretim üyelerinin de yer aldığı tarafsız bilirkişi heyeti marifetiyle keşif yapılarak, kazı yapılan yerin sit alanı ya da 2863 Sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında kaldığının tespiti halinde 74/1. madde gereğince temel ceza tayin edilmesi; sit alanında ya da 2863 Sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında bir yer olmadığının belirlenmesi durumunda ise, 74/1-2. cümle gereğince temel cezada indirim yapılması, davaya konu kazının, ülkemizde tarımsal amaçlı faaliyet için öngörülen 40 cm’lik derinliği aştığı, bu sebeple eylemin teşebbüs aşamasında kalmayıp, tamamlanmış olduğu da gözetilerek TCK’nın 35/2. maddesi uyarınca indirim yapılmaması gerektiği gözetilmeksizin, hatalı nitelendirme ile yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi...”, Yarg. 12. CD., E. 2015/11133, K. 2017/914, T. 9.2.2017, ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 04.2021).

geçmişini bilen uzmanlar ve bilirkişiler vasıtasıyla ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>50</sup>. Örneğin; bir mezar ya da mezarlık içeren, toprak yığılması oluşturulmuş tepelikler olarak bilinen Tümülüslerin bulunabilmesi için iki metreden yedi metreye kadar derine inilmesi gerekmektedir<sup>51</sup>. Yine örnek olarak Akyurt-Kalaba Tümülüsü ve Selmanlı Tümülüsü kurtarma kazılarında en az iki metre derinliğe inildiği görülmektedir<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> **Köken**, s. 75-76.

“Olay tarihi olan 21.03.2012 günü, geçici köy korucuları tanıklar ..., ... ve ...'in, ... ili, ... ilçesi, ... köyü, ... civarında, saat gece 22:30 sıralarında güvenlik amaçlı devriye görevi yaptıkları esnada, tümülüs üzerinde birkaç adet el fenerinin yanıp sönmekte olduğunu gördükleri ve durumdan şüphelenerek ... Jandarma Komutanlığına haber verdikleri, kolluk görevlileri gelene kadar da tümülüse yakın yerde önlem alan korucuların, tümülüstü kendilerine doğru gelen sanıklar ... ve ... ile haklarında verilen kararlar temyiz incelemesine gelmeyen sanıklar ..., ... ve ...'i ellerindeki kazma, kürek, murç, çekiç, el feneri gibi suç aletleriyle yakaladıkları, olay yerine gelen kolluk görevlilerince sanıkların ellerindeki suç aletlerinde taze toprak olduğunun ve tümülüsünün yeni kazılmış olduğunun tespit edildiği, bu tespitler üzerine sanıklar hakkında soruşturmaya başlandığı ve 2863 sayılı Kanuna aykırılık suçundan davanın açıldığı, her ne kadar sanık ... verdiği ifadelerinde, atılı suçlamayı kabul etmemiş ve kazı olayı ile kendisinin bir ilgisi olmadığını, diğer sanıkları beklediği esnada kolluk görevlilerince yakalandığını, sanık ... da verdiği ifadelerinde, **altın olduğunu duydukları tümülüsü kazmak amacıyla diğer sanıklarla olay yerine gittiklerini, ancak kazılacak yeri bulamadıklarını ve kazı yapmadan geri döndükleri esnada yakalandıklarını beyan etmiş iseler de; haklarında verilen kararlar temyiz incelemesine gelmeyen sanıklardan ...'in verdiği ifadesinde, altın bulabilmek amacıyla hep beraber kazı yerine gittiklerini, 45 dakika kadar kazdıklarını, geri döndükleri esnada da yakalandıklarını beyan ettiği, sanıkların yakalanış şekilleri, tanık ifadeleri, sanık ifadeleri ve tüm dosya kapsamından, sanıklar ... ve ...'in, kararları temyiz incelemesine gelmeyen diğer sanıklar ile birlikte fikir ve eylem birliği içerisinde, ....Koruma Bölge Kurulu'nun 27.04.2012 tarih ve 289 sayılı kararıyla 1. derece arkeolojik sit alanı ilan edilen ... üzerinde, kültür varlığı bulabilmek amacıyla, 130 cm genişliğinde ve 100 cm derinliğinde izinsiz kazı yaptıkları ve eylemlerinin sabit olduğu anlaşılmakla;**

**Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanıkların, üzerlerine atılı suçu işlemediklerine, bu nedenle beraatlerine karar verilmesi gerektiğine ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün istem gibi ONANMASINA, 15.04.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.**”, Yarg. 12. CD., 2014/10488 E., 2015/6552 K., 15.04.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

<sup>51</sup> <https://tr.wikipedia.org/wiki/T%C3%BCm%C3%BCl%C3%BCs>, (E.T:06.06.2021).

<sup>52</sup> **Cinemre**, Okan: “2012 Yılı Akyurt – Kalaba Tümülüsü Kurtarma Kazısı”, s. 351; **Bal**, Nimet: “Selmanlı Tümülüsü Kurtarma Kazısı”, s. 338, 22. Müze Çalışmaları ve Kurtarma Kazıları Sempozyumu, 14-17 Kasım 2013 Adana, Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü Yayınları, <https://kvmgm.ktb.gov.tr/Eklenti/31925,muzecalis22.pdf?0>, (E.T:06.06.2021).

Teşebbüs ile ilgili önem arz eden bir diğer husus icra hareketleri bakımındandır. Burada ikili bir ayırım yaparak tartışmalı hususlara değinmekte fayda görüyoruz.

Bu olasılıklardan ilki failin icra hareketlerine başlamadan suça konu fiili işlemek amacıyla kullandığı araç veya gereçlerle (kazma, kürek, dinamit vb.) kazı veya sondaj alanında kolluk güçlerince yakalanması halidir. Burada üç olasılık gündeme gelebilecektir:

- ✚ Fail kazı veya sondaj fiiline teşebbüsten sorumlu tutulabilir.
- ✚ Fail define arama suçuna teşebbüsten sorumlu tutulabilir.
- ✚ Fail icra hareketlerine başlamadığı için failin cezai sorumluluğu doğmayabilir.

Burada öncelikle değinilmesi gereken husus somut olayda ne zaman hazırlık hareketleri tamamlanmış olup ne zaman icra hareketlerinin başlayacağıdır. Öncelikle bu hususun aydınlatılması gerekmektedir. Çünkü kanun koyucu teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için failin suç işleme kastının bulunmasını, suçun icrasına elverişli hareketlere doğrudan doğruya başlanmasını ve failin işlemeyi kastettiği suçu elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasını aramaktadır.

Tartışma konusu olasılık bakımından hazırlık hareketlerinin nasıl tespit edilmesi gerektiği önem arz etmektedir. İfade etmek gerekir ki doktrinde subjektif ve objektif olmak üzere bu konuyla ilgili iki teori bulunmaktadır. Subjektif teoriye göre; failin iradesi açık ve kesin bir şekilde belirli bir neticeye yönelik ise artık icra hareketlerinin başladığının kabul edilmesi gerekecektir. Objektif teoriye göre ise; o ana kadar failin gerçekleştirdiği hareketlerin objektif anlamı hazırlık-icra hareketi ayırımını belirleyecektir<sup>53</sup>.

Bu genel bilgiler doğrultusunda ifade etmek gerekir ki uygulamada hazırlık hareketleri belirlenirken *failin bilgisi, genel yaşam kuralları ve tecrübesi, failin kastı ve şüphe derecesi* gibi bütün özellikler bütüncül bir şekilde ele alınarak hakim tarafından belirlenecektir<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 449-450.

<sup>54</sup> Nitekim TCK m. 35'in gerekçesine baktığımızda "Suça teşebbüs düzenlemesinde getirilen diğer bir yenilik, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Eğer failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki subjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacaktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık – icra

Nitekim Yargıtay'ın görüşüne bakacak olursak kararlarında objektif görüşü esas almakla birlikte bazı kararlarında her iki teoriden istifade ederek karma nitelikli bir yaklaşım sergilediği ve icra hareketi-hazırlık hareketi ayrımında failin fiilin izlerini ortadan kaldırabilmesini ve kastının şüpheye yer bırakılmayacak şekilde tespit edilmesini önemli kriterler olarak dikkate aldığı görülmektedir<sup>55</sup>.

Bu genel açıklamalar doğrultusunda söz konusu örneğe dönecek olursak hangi olasılığın somut olayda geçerli olduğunu tespit ederken şu hususlara dikkat etmemiz gerekmektedir:

---

*hareketleri ayrımı konusunu bir kanıtama sorunu hâline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilir. Açıklanan bu nedenlerle, Tasarıdaki "kastı şüpheye yer bırakmayacak" ölçütü madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine "doğrudan doğruya icraya başlama" ölçütü kabul edilmiştir. Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır." denerek sadece subjektif görüşün başlı başına yeterli olmayacağı vurgulanmıştır.*

<sup>55</sup> **Bacaksız**, Pınar: "Türk Ceza Hukuku'nda Teşebbüs ve İştirak", Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:26, Aralık 2014, s. 250.

*"Sanığın apartmana girdikten sonra herhangi bir daireye henüz girme girişiminde bulunmadan görgü tanığının sesini duyarak apartmandan ayrılmaya çalıştığı sırada yakalanması nedeniyle gerçekleştirmek istediği hırsızlık eyleminin bütün eser ve izlerini silme olanağının mevcut olduğu bir ortamda yakalanmış olması, gerçekleştirilmek istenen eylem için yapılan hareketlerin bütün eser ve izlerinin silinme olanağının mevcut olup olmadığının hazırlık hareketleri ile icra hareketlerini ayırmaya yarayan en önemli ölçüt olduğunun gerek uygulamada gerek öğretide benimsenmiş olması ve somut olayda apartmana giren sanığın hırsızlık suçu açısından herhangi bir dairenin kapısına ya da başka bir yere dokunmadan ayrılma ihtimalinin mevcut olması karşısında; gayri meşru amaçla apartmana giren ve kaçmak isterken apartmanın ortak kapısının camını kıran sanığın konut dokunulmazlığını ihlal ve mala zarar vermek suçlarından sorumluluğu düşünülebilir ise de, hırsızlık suçu açısından, henüz icra hareketlerine başlamış olması nedeniyle hırsızlık suçunun unsurlarının oluşmadığından bahisle hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken, sanığın hangi hareketlerinin icra hareketleri olarak kabul edildiğinin karar yerinde denetime olanak sağlayacak şekilde açıklanmadığı gibi hırsızlık suçunun apartman sakinlerinden kime yöneltildiği ve buna bağlı olarak olayın mağdurunun kim olduğu dahi belirlenmeden yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi..."*, Yarg. 13. CD., 2012/25039 E., 2013/690 K., 17.01.2013, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

*"Kaçak akaryakıt almak için İran 'a geçen sanığın o ülke askerince müdahale edilmesi üzerine akaryakıt alamadan döndüğünün ve el konulan bir eşyanın bulunmadığının anlaşılması karşısında, fiilin hazırlık hareketleri aşamasından öteye geçmediği ve icrai hareketlere başlanmadığı gözetilerek unsurları itibarıyla oluşmayan suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi..."*, Yarg. 7. CD., 2012/20013 E., 2013/9136 K., 17.04.2013, ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 18.04.2021).

1- Fail somut olayda suçu işlemek için yanında bulundurduğu aletleri kullanmış mı?

2- Fail eğer aletleri kullandı ise bu aletler suça konu fiil için elverişli midir? Aletlerin niteliği nedir? Burada aletlerin niteliği 74. maddenin hangi fıkrasının uygulanacağını tespit edebilmek bakımından önem arz etmektedir<sup>56</sup>.

3- Fail aletleri kullandı ise failin fiili neye yöneliktir? Bir başka deyişle suça konu özel kast yani manevi unsur olayda mevcut mu? Burada kastı belirlerken kullanılan aletin niteliği de yol gösterici olacaktır.

Tüm bu hususlar bütüncül bir şekilde değerlendirildiğinde somut olayda fail aletleri hiç kullanmamış ve icra hareketi olarak kabul edilebilecek

<sup>56</sup> “Suç tarihinde yapılan bir ihbar üzerine, olay yerine intikal eden güvenlik güçleri tarafından sanık ... ile temyize gelmeyen sanıklar ... ve ...'in, ... İlçesi, ...Yaylasında, müze görevlileri tarafından düzenlenen rapor ile tarihi ve doğal kaya oyma mekanlar içermesi nedeniyle 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında bulunduğu belirlenen mağara içerisinde Adli Emanette kayıtlı projektör ve bakır çubuklar ile araştırma yaptıkları sırada yakalandıkları, ceza hukukunda gerçekleştirilen eylemden dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için işlemeyi kastettiği suçun icrai hareketlerine elverişli vasıtalar ile başlamış olmasının gerektiği, somut durumda sanıktan ele geçirilen projektör ve bakır çubukların define araştırma suçunun icrasına elverişli vasıta niteliğinde olmadığı, bu itibarla sanığın anılan aletler ile gerçekleştirdiği eylemin, izinsiz define araştırma suçunu oluşturmayacağı, atılı suçtan beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, hatalı değerlendirme sonucu sanığın mahkumiyetine karar verilmesi...”, Yarg. 12. CD., 2014/9931 E., 2015/2822 K., 17.02.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

“Olay günü, saat 23:00 sıralarında, iş makinesi ile kaçak kazı yapıldığı ihbarında bulunulması üzerine kolluk kuvvetlerince ihbara konu yere gidildiği, sanık ...'ın idaresindeki iş makinesinin çalışır durumda olmadığı, iş makinesinde, valiz içinde, kullanıma hazır olmayan bir adet dedektör bulunduğu ve yaklaşık 3 metre çapında, 1.5 metre derinliğinde kazı yapıldığının belirlendiği, olay yerinin, Nevşehir Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunun 13/02/2009 tarih ve 2065 sayılı kararı ile tescilli 3. derece arkeolojik sit alanı içerisinde kaldığı, her ne kadar sanık ... aşamalarındaki savunmalarında, olay yerine hafriyat işi için gittiğini, define arama gibi bir amacının olmadığını beyan etmiş ve sözü edilen savunma, diğer sanıklar tarafından da doğrulanmış ise de; kazı mahallinin, 3. derece arkeolojik sit alanı içerisindeki köy orta malı vasıflı taşınmaz olması ve Niğde ilinde ikamet eden sanık ...'un gece saat 23:00 sıralarında hafriyat işi yapmak üzere Ulukışla ilçesinde bulunmasının hayatın olağan akışına aykırı düşmesi birlikte değerlendirildiğinde, adı geçen sanığın, diğer sanıklar ... ve ... ile fikir ve eylem birliği içerisinde hareket edip, kültür varlıkları bulmak amacıyla, 3. derece arkeolojik sit alanında iş makinesi ile 1.5 metre derinliğinde kazı yaparak atılı suçu işlediği anlaşılmalıdır; sanık ...'un, 2863 sayılı Kanununun 74/1-1. cümlesi uyarınca mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, delil yetersizliği gerekçesiyle beraatine hükmedilmesi...”, Yarg. 12. CD., 2015/11391 E., 2017/4382 K., 25.05.2017, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

başka bir fiil yok ise burada failin filleri hazırlık hareketi olarak kabul edilecek olup failin cezai sorumluluğundan söz edilemeyecektir<sup>57</sup>. Fakat fail suça konu aletlerle kazı yapacağı alana gelmiş fakat icra hareketlerini tamamlamadan yakalanmış ise teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>58</sup>. Bununla birlikte eğer fail aleti kullanmış fakat kastı aletin niteli-

<sup>57</sup> “Sanıkların, olay günü, saat 15:30 sıralarında, haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanıklar ... ve ... ile birlikte dedektörle araştırma yaparken suç üstü yakalandıkları, aynı gün, saat 20:00 sıralarında kolluk kuvvetlerince yapılan kontrolde de, 1 metre boyunda, 50 cm genişliğinde ve 30 cm derinliğinde kazı çukuru tespit edildiği...kazı çukurunun bulunduğu bölgedeki incelemeler sonucu düzenlenen 06/02/2014 tarihli müze uzman raporunda, kazı çukuru ve toprağı içerisinde, herhangi bir taşınır ve taşınmaz kültür varlığı mevcut olmadığı, bölgenin ilan edilmiş sit alanları kapsamında bulunmadığının, ancak, kazı çukurunun yaklaşık 250-300 metre kuzeydoğusunda Kocatepe Tümülüsünün, yaklaşık 250-300 metre güneydoğusunda Kaynarca Tümülüsünün ve yaklaşık 1 km kuzeybatısında Keltepeliler Tümülüsünün yer aldığı belirtiltiği anlaşılmalıdır; mümkün olduğu takdirde, 05/02/2014 tarih, saat 16:20 itibarıyla düzenlenen tutanakta imzası olan kolluk kuvvetleri refakate alınmak suretiyle, sanıkların dedektör ile define araştırması yaparken yakalandıkları yerde keşif icra edilerek, olay mahallinin, tescilli tümülüslerin korunma alanı içerisinde kalıp kalmadığı, 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli niteliği haiz olup olmadığı tereddütsüz şekilde belirlendikten sonra, sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerektiği gözetilmeksizin, eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm tesisi...”, Yarg. 12. CD., 2015/15184 E., 2017/7844 K., 24.10.2017, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

“Kayseri Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunun 27/03/2009 tarih ve 1326 Sayılı kararı ile 1. derece arkeolojik sit alanı olarak tescilli Kepez Tepesi mevkiinde, olay günü saat 19:50 sıralarında icra edilen önleyici kolluk devriyesi sırasında kolluk kuvvetleri tarafından park halinde bulunan bir aracın görülmesi, bu sırada teyviz dışı sanıklar ... ve ...'un aracın yanına geldikleri, kendilerine bölgede ne yaptıkları sorulduğunda, gezmek için geldiklerini beyan ettikleri, adı geçen sanıkların birlikte çevrede yapılan kontrolde yeni kazı yapıldığına dair bir bulguya rastlanılmadığı, yarım saat süren incelemeden sonra aracın yanına gidildiğinde sanık ... ile birlikte teyviz dışı diğer sanık ...'un aracın yanında beklediklerinin görüldüğü, sanıkların yapılan mülakatta, bölgeye define aramak için geldiklerini ancak henüz hiçbir yeri kazmadıklarını beyan ettikleri, sanık ...'nın duruşmadaki beyanında da aynı mahiyette savunmada bulunduğu anlaşılmalıdır, henüz kazı eylemine başlamadan yakalanan sanık yönünden atılı suçun hazırlık hareketleri tamamlanmış ise de, icra hareketlerine geçilmediğinden, teşebbüs aşamasında kalmış bir fiilden de söz edilemeyeceği değerlendirilerek, sanığın atılı suçtan beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde mahkumiyetine dair hüküm tesisi...”, Yarg. 12. CD., E. 2019/11741, K. 2021/457, T. 21.1.2021, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

<sup>58</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 986.

“Sanık hakkında teyviz dışı diğer sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde Çorum Merkez Örencik köyü Simali mevkiinde kültür varlığı bulmak amacı ile izinsiz kazı yaptığı iddiasıyla açılan kamu davasında; 19.11.2006 tarihli olay yeri tespit tutanağına

ğinden ya da olaydaki diğer hususlardan kuşkuyla yer bırakmaz şekilde tespit edilemiyor ise şüpheden sanık yararlanır denerek lehe olan hükmün uygulama alanı bulması gerekecektir<sup>59</sup>.

*göre Simali kayasında bulunan mağara içerisinde bazı şahısların kaçak kazı yaptıkları yönündeki ihbar üzerine olay yerine gidildiği, mağaradan balyoz sesleri duyulduğu, mağaranın içerisine girildiğinde sanık ... diğerlerinin oturmuş vaziyette yemek yediklerinin görüldüğü, yanlarında çanta içerisinde dedektör, dedektöre ait batarya, tarama cihazı, tarama aparatı, el projektörü, 3 adet defineyle ilgili kitap, levye, balyoz gibi aletlerin ele geçirildiği, yapılan incelemede, mağara içinde bulunan kayanın balyoz ile kırıldığına dair kaya parçalarının olduğu, balyozların uç kısımlarında kaya kırılmasından dolayı beyaz toz şeklinde izlerin olduğunun tespit edildiği, sanıkların kazı yaptıkları bölgede herhangi bir malzeme bulamadıkları, çevrede yapılan araştırmada herhangi bir tarihi esere rastlanmadığının belirtildiği, sanığın savcı huzurunda müdafii eşliğinde alınan beyanı ve mahkeme huzurunda alınan savunmasında oradaki kayaya birkaç kez balyozla vurduktan sonra kıramayacaklarını anladıklarını ve oturup piknik yapmaya başladıklarını belirttiği, her ne kadar sonraki beyanında kayaya vurmadığını belirtmiş ise de sonradan değişiklik gösteren beyanının suçtan kurtulmaya yönelik olduğu dikkate alınarak sanığın üzerine atılı kültür varlığı bulmak amacı ile izinsiz kazı yapmak suçunu işlediği ve suçun teşebbüs aşamasında kaldığı anlaşılmakla...*, Yarg. 12. CD., 2020/1152 E., 2020/6193 K., 18.11.2020, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

59

**Köken**, s. 71-73.

*"... İlçe Jandarma Komutanlığı'na yapılan izinsiz kazı ihbarı üzerine, kolluk görevlilerince olay yeri olan ... ilçesi,... köyü; ... mevkiine gidildiği, içerisinde antik dönemden kalma gözetleme kulesi ile mezar yapısı bulunan ve ... numaralı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nun 29.01.1999 tarih, 8287 sayılı kararıyla 1. derece arkeolojik sit alanı ilan edilen bölge içerisinde yer alan yerde sanık ... ile haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulanıp, kararları temyiz incelemesine gelmeyen sanıklar ... ve ...'nin kazma, kürek, hilti, balyoz gibi suç aletleriyle izinsiz kazı yaptıkları esnada yakalandıkları, olay yerinde yapılan incelemede sanıklarca kültür varlığı bulabilmek amacıyla 1.7x3.3 metre genişliğinde ve 2.5 metre derinliğinde kazının yapılmış olduğunun tespit edildiği, sanıkların verdikleri ifadelerinde de, kültür varlığı bulabilmek amacıyla kazı yapmaya karar verdiklerini, kazı yaptıkları esnada da yakalandıklarını beyan ettikleri, sanıklar hakkında soruşturmaya başlandığı ve 2863 sayılı Kanuna aykırılık suçundan davanın açıldığı, olay yerinde inceleme yapan ... Müze Müdürlüğü görevlilerinden alınan rapordan da anlaşılabacağı üzere, olay yerinin 1. derece arkeolojik sit alanı ilan edilen bölge içerisinde yer aldığı, böylece sanık ...'ın, kararları temyiz incelemesine gelmeyen diğer sanıklarla fikir ve eylem birliği içerisinde, kültür varlığı bulabilmek amacıyla izinsiz kazı yaptığı ve üzerine atılı eylemin sabit olduğu anlaşılmakla..."*, Yarg. 12. CD., 2014/11451 E., 2015/5080 K., 25.03.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).

*"Suç tarihinde sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, 2863 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğine haiz olan .... ilçesi, .... köy, Teslim mevkiinde bulunan su sarnıcında kültür varlığı bulmak amacıyla 1 metre genişliğinde, 1 metre derinliğinde bir çukur kazdıktan sonra, kazı malzemelerini burada bırakıp, 14/06/2011 günü, saat 21.00 sıralarında, hakla-*

**Teşebbüs bakımından önem arz eden bir diğer hal icra hareketlerine henüz başlamış olan fail/faillerin kolluk tarafından yakalanması halinde ne olacağına ilişkindir.** Örneğin; kültür varlığı bulmak amacıyla çukur kazan fail jandarma tarafından yakalanırsa hangi fiilden sorumluluğu doğacaktır? Burada iki ihtimal söz konusu olacaktır<sup>60</sup>: Fail kazı fiiline teşebbüsten sorumlu tutulabilir veyahut fail tamamlanmış sondaj fiilinden sorumlu tutulabilir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki Yargıtay uygulamasına ve kanun hükmüne bakıldığında kazı ve sondaj fiilleri arasında bir ayırım somut bir şekilde belirlenmemiştir.

Doktrinde bir görüşe göre; sondaj işlemi kazı işlemine ön hazırlık niteliğinde bir eylemdir. Bu nedenle sondaj fiili kazı fiilinden önce olduğu için ceza sorumluluğu bakımından içinde erir. Failin yerin tespiti için ufak çukurlar açması, definenin yerini kaybetmemek için toprağı biraz kazıp işaret koyması gibi hallerde artık kazıya teşebbüs söz konusu olacaktır. Fakat yine somut olayın özelliklerine göre fiile ilişkin kararsız kalınması halinde şüpheden sanık yararlanacaktır. Yine aynı görüşe göre kanuni düzenlemeden dolayı sondaj yapmak fiilinin neredeyse hiç uygulaması olmaması nedeniyle ölü norm niteliğinde olduğu, kanun hükmünden bu fiilin çıkarılarak sadece kazı yapmak fiilinin bırakılması gerektiği ifade edilmektedir. Yine kazı ve sondaj fiilleri arasındaki yoğunluk farkından ötürü verilecek ceza miktarlarının da kanun hükmünde farklı bir şekilde düzenlemesi gerekmektedir<sup>61</sup>.

Kanaatimizce kanun koyucu hükmü düzenlerken sondaj gibi teknik bir kavramdan ne anlaşılması gerektiğini en azından hükmün gerekçesinde daha açık bir şekilde ifade etmeliydi. Çünkü literatüre bakıldığında sondaj fiili kazı fiilinden daha komplike olup kültür varlığına verebileceği zararın

---

*rında aynı suçtan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen ..., ... ve ... ile birlikte buraya gelip, kazı malzemelerini alarak, yaklaşık 250-300 metre uzaklıkta bulunan tepede kazı yapmak için hazırlık yaptıkları sırada kolluk görevlileri tarafından yakalanmaları ile sonuçlanan olayla ilgili olarak, sanıkların 14/06/2011 tarihinde, henüz kazı fiiline başlamadan yakalandıklarının anlaşılması karşısında, bu tarihte gerçekleştirdikleri eylemlerinin suç teşkil etmeyeceği, keza bu safhada atılı suçla ilgili olarak henüz icra hareketlerine başlanılmadığı, bu durumda sanıkların sadece 12/06/2011 tarihinde yapmış oldukları kazı eyleminden sorumlu tutulup, haklarında TCK'nın 43/1 maddesinde düzenlenen müteselsil suç hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeksizin, yazılı şekilde hüküm kurulup, fazla ceza tayin edilmesi...”, Yarg. 12. CD., 2014/7066 E., 2015/2936 K., 18.02.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).*

<sup>60</sup> Köken, s. 66-70.

<sup>61</sup> Köken, s. 67, 69-70.



yoğunluğu veyahut ortaya çıkacak tehlikenin yoğunluğunun daha fazla olduğu görülmektedir. Yine sondaj fiili için gerekli olan ekipmanın kazı fiili için gerekli olandan daha karmaşık ve maliyetli olduğu görülmektedir. Hal böyle iken kanun koyucu öncelikle bu eylemlerden ne anlaşılması gerektiğini mukayeseli bir şekilde ortaya koyarak verilecek ceza miktarı bakımından da farklı bir düzenleme getirmeliydi. Nitekim uygulamaya bakıldığında sondaj eyleminden ne anlaşılması gerektiğine dair bir açıklama ya da kıstas görülmemektedir. Birçok olayda ya da kararda sondaj fiiline “kazı” dendiği görülmektedir.

**Teşebbüs ile ilgili tartışmalı son husus failin kazı/sondaj yaptığı arazide aslında kültür varlığının bulunmaması halinde ne olacaktır.** Başka bir deyişle; kazı ya da sondajın yapıldığı yerde kültür varlığının olmadığı bilimsel yollarla tespit edilebilirken fail bunu bilmeden bir kazı ya da sondaj yapması ve kültür varlığı değil de bir jeolojik boşluk tespit etmesi halinde teşebbüs bakımından nasıl bir değerlendirme yapılacağı önem arz etmektedir.

Kanaatimizce burada bu husus suç tipinin oluşması bakımından önem arz etmemektedir. Kanun koyucu suç tipinde kültür varlığını bulmayı yalnızca manevi unsurda aramakta olup varlığın bulunup bulunmamasına bir sonuç atfetmemiştir. Burada cezalandırılan fiil izinsiz yapılan kazı veya sondaj işlemidir. Hal böyle iken burada kültür varlığının bulunmadığından bahisle teşebbüsten söz edilemeyecek olup kazı ya da sondaj fiilinin tamamlandığını kabul etmek gerekecektir<sup>62</sup>.

Benzer görüşte olan Köken'e göre; aksi yöndeki bir bakış açısı bu suçla izlenen politikaya aykırılık teşkil edecek olup izinsiz kazı veya sondaj fiillerinin önüne geçilemeyecektir. Bu suç tipi tipik bir zarar suçu olmayıp tehlike suçu olduğu için burada netice önem arz etmemelidir<sup>63</sup>.

## B. İştirak

Bu suç tipi bakımından iştirak hükümlerine ilişkin özellikli bir hal bulunmayıp Türk Ceza Kanunu'nun 37, 38 ve 39. maddesindeki hükümler geçerli olacaktır. Bu hususla birlikte bu suç tipi bakımından yaygın olarak müşterek faillik<sup>64</sup> ya da yardım etme söz konusu olmaktadır. Azmettirme

<sup>62</sup> Kanadoğlu, s. 508.

<sup>63</sup> Köken, s. 76-78.

<sup>64</sup> “Suç tarihinde kaçak kazı yapıldığına dair ihbar üzerine kolluk görevlilerince Karaman İli, Üçkuyu Köyü'nde bulunan Kasım'ın Yeri isimli mevkiye gidildiğinde, burada bulunan 3 metre genişliğinde 2 metre derinliğindeki çukurun etrafında yapılan araştırma-

uygulamada karşılaşılması zor bir ihtimaldir. Burada önem arz eden husus failin ne zaman müşterek fail ne zaman yardım eden olarak sorumlu tutulacağıdır<sup>65</sup>.

*larda S. K. ve H. K. isimli şahısların yakalandıkları, kolluk görevlileri tarafından düzenlenen 24/11/2012 tarihli olay yeri görgü ve tespit tutanağında, sanık S. K.'in yakalandığı sırada, görevlilere, davaya konu yerde 3-4 gündür tek başına kazı yaptığını, sanık H. K.'nin ise S. K. ile S., M. ve İ. isimli şahıslarla birlikte 3-4 gündür kazı yaptıklarını, bu kişilerin soyisimlerini bilmediğini söylediklerinin belirtildiği, sanık H. K.'nin yakalandığı anda, kolluk görevlilerine, eyleme katıldıklarını iddia ettiği S. ve İ. isimli şahısların açık kimlik bilgilerini tam olarak söylemeyip, sonradan ise korkudan bu isimleri verdiği dair beyanı, sanıklar S. K. ve İ. K.'in tüm aşamalarda, eyleme katılmadıklarına dair savunmaları dikkate alındığında, sanıklar S. K. ve İ. K.'in atılı suçta iştirak ettiklerine dair mahkumiyetleri için yeterli, her türlü şüpheden uzak, kesin bir delilin bulunmadığı, bu kapsamda beraatlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, delillerin takdirinde yanılığa düşülerek, mahkumiyetlerine dair yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi...”, Yarg. 12. CD., E. 2015/1548, K. 2016/899, T. 1.2.2016, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).*

<sup>65</sup> “2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamı dışında kalan bölgede yapılan izinsiz kazı yapma eylemine, kendisini hoca olarak tanıtan ve yıldıznameye bakarak definelerin yerini bulduğunu iddia eden sanığın, davaya konu yerde kazılacak yeri diğer sanıklara göstermek suretiyle iştirak ettiği, böylece sanığın işlenen suçtan TCK'nun 37/1. maddesi uyarınca fail olarak sorumlu tutulması gerekirken, TCK'nun 39. maddesinde düzenlenen yardım eden olarak kabul edilmesi, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

... iş sayılı arama kararıyla aramanın yapıldığı ve ikamet bahçesinde, 2,5 metre derinliğinde yeni kazılmış çukurun tespit edildiği, dinleme içeriklerinden izinsiz kazıyı gerçekleştiren kişilerden olduğu anlaşılan ve yargılama sonunda mahkumiyetine karar verilip hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulanan ve kararı temyiz incelemesine gelmeyen sanık ...'in ifadelerinden, izinsiz kazıya yardımcı olması için bir hoca aradıkları, bunun için mahkumiyet hükmü temyiz incelemesine gelmeyen sanık ...'den yardım istediği, sanık ...'in da mahalle komşusu olan ve kazı faaliyetlerine hoca olarak katılan sanık ...'ı kazıya yardımcı olması için ikna ettiği, kazı mahalline gelen sanık ...'in da kazılacak yerleri sanık ...'e gösterdiği, bu durumun gerek sanık ...'in ifadelerinden, gerek sanık ...'nin ifadelerinden ve gerekse dosya kapsamında bulunan sanıklar .... ve ... arasında geçen 08.12.2009 tarihli görüşme içeriğinden anlaşılabilirdiği, her ne kadar sanık ... verdiği ifadelerde üzerine atılı suçlamayı kabul etmemiş ve sadece yıldıznameye baktığını ve bilgisi dahilinde yardımcı olduğunu beyan ederek kısmi ikrarda bulunmuş ise de, verdiği ifadelerin birbiri ile çelişkili olduğu, tüm dosya kapsamından mahkumiyet hükmü temyiz incelemesine gelen sanık ...'ın, kültür varlığı bulabilmek amacıyla Milas ilçesinde yapılacak izinsiz kazıya iştirak etmek için Aydın ilinden Milas ilçesine geldiği, kendisini hoca olarak tanıtan ve yıldıznameye bakarak define bulabildiğini iddia eden sanığın, maddi karşılığı olmak koşuluyla kazılacak yeri sanık ...'e gösterdiği, böylece haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulanan ve kararları temyiz incelemesine gelmeyen diğer sanıklar ile fikir ve eylem birliği içerisinde, sit alanı veya 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli yerlerden olmayan bölgede, define bulmak amacıyla izinsiz

Öncelikle ifade etmek gerekir ki müşterek faillik için fiilin birlikte işlenmesi (objektif unsur) ve birlikte suç işleme kararının (sübjektif unsur) bulunması gerekmektedir. Burada fiilin birlikte işlenmesinden kasıt faillerin adeta bir takım halinde iş bölümüne dayalı olarak hareket etmeleridir. Burada önem arz eden husus faillerin müşterek bir hakimiyeti söz konusu mudur? Failler hangi rolleri üstlenmiştir? En önemlisi failin katkısı olmasaydı bu suç işlenemez miydi? Olmazsa olmaz nitelikte bir katkı mıydı? Bu soruların yanıtlanmasına ek olarak faillerin neticenin gerçekleşmesindeki önemi ve olmazsa olmazlığı esas alınacaktır<sup>66</sup>. Yardım etme ise müşterek faillikten fiil üzerindeki hakimiyet alanı bakımından ayrılmaktadır. Örneğin; suç ortağının olay yerinde ya da yakınında bulunması tek başına fiili hâkimiyetinin varlığını göstermeyecektir<sup>67</sup>. Yargıtay kararlarına bakıldığında suç işleme kararını belirlerken somut olayın öncesi, esnası ve sonrasındaki davranışları bir bütün halinde değerlendirdiği görülmektedir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında da bu şekilde bir yaklaşım olduğu görülmektedir<sup>68</sup>.

Bu genel açıklamalar doğrultusunda çalışma konusu suç tipi bakımından ifade etmek gerekir ki kazı alanına araçla faili taşıyan kişi, telefonla arayarak jandarmanın yola çıktığını haber veren kişi, kazı ya da sondaj için

---

*kazı eylemine iştirak ettiği ve eyleminin sabit olduğu anlaşılma...*”, Yarg. 12. CD., 2013/26030 E., 2014/22249 K., 10.11.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.2021).

<sup>66</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 515-516.

<sup>67</sup> **Çelen, Ömer**: Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail- Yardım Eden Ayrımı), Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 206-208.

<sup>68</sup> “Yasa koyucunun 37. maddenin 1. fıkrasındaki “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur” ifadesiyle faillik kavramının kapsamını oldukça geniş tuttuğunu söyleyebiliriz. Bu durumda, suçun işlenmesini sağlayan hareket üzerinde hâkimiyet kuran herkes fail sayılabilecektir. Hareket üzerinde hâkimiyet kurmak, birlikte irtikâp etme şeklinde gerçekleşebileceği gibi, zimni veya açık bir iş bölümüne dayalı olarak hareketi birlikte gerçekleştirmeyi de kapsayabilir. Öyle ki, bu anlamda suçu sonuçlayan hareketi yapmayan, fakat bir başkasının bu hareketi yapması için gerekli ortamı hazırlayanlardan her birisi de fail sayılabilecektir. Buradan çıkartabileceğimiz netice, suçun işlenmesi sırasında mağdura yönelik olarak yapılacak hareketlerin çoğu kez yardım etme olarak değil, faillik olarak değerlendirileceği yönünde olacaktır. Ancak, bu ifadeden yardım etmenin sadece suçun işlenmesinden önce veya sonra mümkün olabileceği sonucunun da çıkartılmaması gerekir. Zira, yardım etme her aşamada mümkün olabilecek ise de daha çok suçun işlenmesinden önceki ve sonraki hareketler yardım etme olarak değerlendirilebilecektir.” YCGK, 02.02.2010, 2009/1-239 E, 2010/14 K, YCGK, 13.10.2009, 2009/1-194 E, 2009/235 K., ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 18.04.2021).

gerekli ekipmanları tedarik eden kişi iştirak ilişkisi bakımından artık yardım eden olarak sorumlu olacaktır<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> Günay, s. 167.

“Başka bir kazı olayında yapılan dinlenme sırasında dava konusu yerde kazı yapılabacağına ilişkin Manyas İlçesinin kolluk kuvvetlerine bilgi verilmesi üzerine, kolluk kuvvetleri tarafından yapılan incelemede, 8 metre derinliğinde çukur açıldığının tespit edildiği, 26.03.2010 tarihli Bandırma Arkeoloji Müzesi Müdürlüğü raporunda, dava konusu tümülüsün 1.derece arkeolojik sit alanı içerisinde yer aldığı, çevresinin ise 3.derece arkeolojik sit alanı olduğunun bildirildiği, kolluk kuvvetlerince 28.04.2010 tarihli araştırma tutanağında, 10 K 0798 plakalı Mitsubishi marka kamyonetin kazı mahallinde görüldüğü ve sahibinin sanık ... olduğunun ve diğer sanıkların, kazı mahalline bahsedilen araç ile gidip geldiklerinin tespit edildiğinin bildirildiği, sanık ...'ın aşamalarda verdiği benzer ifadelerinde, diğer sanıkları tanımadığını, dava konusu yerde kazı yapmadığını, Mitsubish marka gri renk arabasının olduğunu beyan ettiği, temyize gelmeyen sanık ...'nın aşamalarda verdiği benzer ifadelerinde, **kendilerini kazı alanına götürmesi için açık gri renk çift kabin pikabı olan sanık ...'a teklif ettiği ve sanık ...'ın teklifi kabul ettiğini ancak sadece götürüp getireceğini kazı alanında beklemeyeceğini söylediğini beyan ettiği**, sanık ...'ın kollukta verdiği ifadesinde, kazı olayında ...'in de olduğunu beyan ettiği, temyize gelmeyen sanık ...'ın aşamalarda verdiği ifadelerinde, sanık ...'ı kazı alanına arabası ile gelen şahıs olarak tanıdığını ve diğer şahısları olay yerine getirip götürdüğünü beyan ettiği, temyize gelmeyen sanık ...'ın Manyas Sulh Ceza Mahkemesi 07.05.2010 tarih 2010/3 değişik iş sayılı sorgu duruşmasında verdiği ifadede, sanık ...'i dava konusu yerde yapılan kazı olayından tanıdığını fakat sanık ...'ın kazı eylemini gerçekleştirmediğini beyan etmesi karşısında; sanık ...'in, 5237 sayılı TCK'nın 39. maddesinde belirtilen “yardım eden” sıfatıyla kazı eylemine iştirak ettiği gözetilmeksizin sanık hakkında beraat hükmü tesisi...”, Yarg. 12. CD., 2013/24608 E., 2014/22687 K., 13.11.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

“2863 Sayılı Kanununun 74. maddesinde düzenlenen “kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma” suçunun oluşabilmesi için, kazı mahallinin, sit alanı ya da korunması gerekli başka bir yer niteliği taşımasının zorunlu olmadığı, sözü edilen özellikte bir yerde kazı yapılmış ise, eylemin 2863 Sayılı Kanununun 74/1-1. cümlesi kapsamında değerlendirileceği, sit alanı ya da korunması gerekli başka bir yer dışında kazı yapılmış ise, aynı Kanununun 74/1-1. cümlesi uyarınca tayin edilecek temel cezadan 74/1-2. cümlesi uyarınca 1/3 oranında indirime gidileceği, yani, kültür varlığı bulmak amacıyla “izinsiz kazı yapma” fiilinin her durumda suç oluşturan bir eylem olduğu, ancak, kazı mahallinin niteliğine göre uygulama yapılması gerektiği, bu kapsamda somut olay değerlendirildiğinde, **sanıklar S., L. ve C.'in, fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, kültür varlıkları bulmak amacıyla, yaklaşık 70 - 80 cm derinliğinde kazı yaptıkları, sanık N.'in de amaçlarını bildiği sanıkları aracı ile kazı mahalline götürdüğü, Antalya Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğünce gönderilen 12.1.2012 tarihli cevabi yazıya göre, mahallinde yapılan inceleme sonucu, suça konu kazı alanının, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kurulu'nun 7.3.1985 tarih ve 741 Sayılı kararı ile tescilli 1. derece arkeolojik sit alanı içerisinde kaldığının belirlendiği anlaşılmakla; -sanıkların eylemlerinin 2863 Sayılı Kanununun 74/1-1. cümlesi kapsamında kaldığı, “yardım eden” sıfatıyla suça iştirak eden sanık N. Hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 39/1 maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeksizin,**

Son olarak ifade etmek gerekir ki Yargıtay uygulamasında failin kazı alanını belirleyerek diğer failleri yönlendirdiği olaylarda failin fiilini azmettirme olarak nitelendirmesi isabetsizdir. Kanaatimizce failin kazı alanını belirlemesi ve diğer şeriklerle ortak karar doğrultusunda hareket ederek kazıya katılması halinde artık azmettiren değil de müşterek faillik söz konusu olacaktır. Bununla birlikte failin sadece kazı alanını diğer faillere söylemesi suçun icrasındaki hiçbir harekete iştirak etmemesi hali azmettirme olarak değerlendirilecektir. Çünkü burada bir iştirak iradesi söz konusu olmayıp fail mevcut olmayan bir suç kararı oluşmasına neden olmaktadır<sup>70</sup>.

*olay yerinin sit alanı dışında kalması sebebiyle atılı suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle beraat hükmü tesisi...*", Yarg. 12. CD., E. 2014/13647, K. 2015/9207, T. 28.5.2015, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).

*"Kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz olarak kazı yapma suçundan mahkumiyetine hükmedilen ve hakkındaki hüküm temyize konu edilmeyen sanık ...'un soruşturma aşamasında kolluk kuvvetlerine müdafii huzuru ile verdiği ifadede, ... Köyünde, ... isimli şahsa ait araziye keçi çiftliği yapmak için çalışmaya başladığını, zemin düzlemesi yaparken farklı şekilde taşların çıkmasından şüphelenerek burada tarihi eser olabileceğini düşündüğünü, daha önce çardak yeri olarak kazılan yerden yaklaşık 3 metre kadar aşağıya indiklerini, zeminde toprak çıkması nedeniyle tarihi eser aramaktan vazgeçtiklerini, ...'ın buradaki kazı ile ilgili olarak kendisine talimat vermediği gibi, yardımcı da olmadığını, ancak kazıdan sonra kendisi ile telefon görüşmesi yaptığını beyan ettiği, aynı sanığın kovuşturma aşamasındaki savunmasında da, hafriyat işi ile uğraştığından, ... isimli arkadaşının kendi tapulu arazisine yapacağı evin hafriyat işini üstlendiğini, zemin düzeltme ve temel kazısı sırasında önceden görmediği farklı taşlar çıkması üzerine internette araştırduğunda, Antalya'dan bir telefon numarası bulduğunu, görüştüğü kişilerin yönlendirmesi ile ... ile irtibat kurduğunu, daha sonra, ..., ... ve Antalya'dan gelerek dedektör getiren şahıs ile hafriyat alanına gidip baktıklarında, bir şey çıkmayacağı sonucuna vardıklarını söyledi;*

*Sanık ...'in soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcılığında müdafii huzuru ile verdiği ifadede, ... mevkinde gittikleri yerin zaten kazılmakta olduğunu, yanında bulunan ve kendilerini götüren çocuğun elindeki makine ile araştırma yapıldığını, herhangi bir şey bulunmadığını beyan ettiği, adı geçen sanığın kovuşturma aşamasındaki savunmasında da, ...'un kazdığı yere onun çağırması üzerine merak ederek arkadaşı... ile birlikte bakmaya gittiklerini, tarihi eser çıkartma amaçlarının olmadığını söylediği, dosya kapsamına göre, sanık ...'ün, kazı fiilini gerçekleştirdikten sonra sanık ... ile irtibata geçtiği, sanık ...'in, izinsiz defne araştırma suçundan mahkumiyetine hükmedilen ve hakkındaki hüküm temyize konu edilmeyen sanık ... ve diğer arkadaşları ile birlikte sanık ... tarafından kazılan yere giderek dedektör ile araştırma yaptığı sabit ise de, bahse konu eylem, sanık ...'ün kazı fiilinden sonra gerçekleştirilmiş olup, adı geçen sanığın fiiline iştirak olarak kabul edilemeyeceği anlaşılmakla; tebliğnamedeki sanık ...'in, sanık ...'ün kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz olarak kazı yapma suçuna "yardım eden" sıfatıyla katıldığından bahisle bozma öneren görüşe iştirak edilmemiştir.", Yarg. 12. CD., 2015/16216 E., 2018/8441 K., 20.09.2018, (https://karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.06.2021).*

70

*"Sanık ...'in haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanıklar ..., ..., ... ve ... ile fikir ve eylem birliği içerisinde bir araya gelerek 2863 sayılı*

## C. İçtima

### 1. Zincirleme Suç

Bu suç tipi bakımından zincirleme suç hükümlerini uygularken zincirleme suç hükümlerindeki koşullara bakmak gerekir. Zincirle suç hükmünün uygulanabilmesi için failin aynı suç işleme kararıyla, farklı zamanlarda, birden fazla kez kazı veya sondaj yapmış olması gerekmektedir. Burada önem arz eden koşul; failin aynı suç işleme kararıyla hareket edip etmediğidir. Karar kavramı kast kavramından daha geniş olup kasttan önce mevcuttur. Bu nedenle failin kararındaki birlik kastında da birlik anlamı taşımamaktadır. Burada aynı suç işleme kararının mevcudiyetini belirlerken; failin eylemlerindeki benzerlik, suçu işleyebilmek için yararlandığı fırsatlardaki benzerlik, işlediği suçlar arasında geçen zaman dilimi gibi kıstaslar dikkate alınabilecektir<sup>71</sup>.

Bu açıklamalar doğrultusunda failin aynı suç işleme kararıyla farklı zamanlarda birden fazla kazı veya sondaj fiili var ise artık tek bir suç oluştuğunu kabul ederek TCK m. 43/1 gereği hakkında verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır. Eğer failin farklı suç işleme kararlarıyla hareket ederek farklı zamanlarda farklı mekanlarda birden fazla kazı veya sondaj fiili var ise burada artık zincirleme suç hükümleri uygulanamayacak olup her bir kazı veya sondaj eylemi bakımından gerçek içtima gereği ayrı ayrı cezalandırılacaktır<sup>72</sup>. Çünkü zincirleme suç hükümlerinin uygulama-

---

*Kanununun 6. maddesi kapsamında bulunmayan ve ... Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunun 23/09/2004 tarih ve 104 sayılı kararı ile belirlenen arkeolojik sit sınırları dışında yer alan ... İli, ... İlçesi, ...Beldesinde mezarlık alana yakın bir mevkiide kazı yapmaya karar verdikleri, suç tarihinden bir hafta önce sanık ...'ın, sanıklar ... ve ... ile kazı mahalline gelerek kendisine ait dedektör ile bir süre araştırma yaptığı, sanık ...'ın gösterdiği noktayı suç tarihinde temyize gelmeyen sanıkların yaklaşık 1 metre derinliğinde kazdıkları, sanıkların kazı neticesinde ele geçirilen eserlerin paylaşımı konusunda ihtilafa düşmeleri üzerine sanık ...'in güvenlik güçlerine müracaatla izinsiz olarak gerçekleştirdikleri kazı eylemini anlattığı, temyize gelmeyen sanıkların savunmaları ve olayın gelişimi nazara alındığında, sanık ...'in kazılacak mevkiyi belirleyerek ve "burada altın var burayı kazın" diyerek, ayrıca suçta kullanılacak aletleri temin etmek suretiyle kazı eylemine "fiili birlikte gerçekleştiren ve azmettiren" sıfatıyla katıldığı, 5237 sayılı TCK'nun 37 ve 38. maddeleri delaleti ile 2863 sayılı Kanununun 74/1-2. cümlesi uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeksizin, delillerin takdir ve değerlendirilmesinde yanılığa düşülerek beraatine karar verilmesi...", Yarg. 12. CD., 2014/9410 E., 2015/225 K., 13.01.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).*

<sup>71</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 550-553.

<sup>72</sup> Yağcı/Taş/Kılıç, s. 523.

nabilmesi için yer, zaman ve en önemlisi amaç birliğinin bulunması gerekmektedir<sup>73</sup>.

Doktrinde aksi yöndeki görüşe göre<sup>74</sup>; bu suç tipinde düzenlenen icra hareketleri özellikleri itibarıyla zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına elverişli olmayıp hukuki veya fiili kesintinin varlığı söz konusu ise artık ayrı bir suç işleme kastı bulunduğu için ayrı bir suçtan söz edilecektir.

Bu suç bakımından uygulamada en sık karşılaşılan durum arazi koşulları, hava koşulları, yerleşim yeri/jandarma uzaklığı, beden gücü ve ekipman yetersizliği gibi nedenlerle sondaj veya kazı işlemlerinin zamana yayılarak yapılmasıdır. Burada yine ifade etmek gerekir ki izinsiz kazının günlerce sürmesi halinde artık birden fazla suç değil de zincirleme suç hükümleri gereği tek bir suçun varlığı kabul edilmelidir<sup>75</sup>.

*“Sanık ...’in, kendisine ait arazide tek başına yaklaşık 2, 2 ve 8 metre derinliklerinde ve sanık ... ile birlikte ... Köyüne 4 km mesafedeki ormanlık arazide yaklaşık 20 metre derinliğinde kazı yapması karşısında, sanığın farklı yerlerdeki eylemleri sebebiyle iki kez mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, TCK’nın 43. maddesi gereğince temel cezada artırım yapılmak suretiyle eksik ceza tayini, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.”*, Yarg. 12. CD., E. 2015/10079, K. 2016/13230, T. 1.12.2016, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).

<sup>73</sup> Köken, s. 86-87.

<sup>74</sup> Kanadoğlu, s. 508.

<sup>75</sup> Günay, s. 168; Köken, s. 85.

*“... ilçesi dışında ikamet eden sanıklar .... ve ...’in, fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, kültür varlıkları bulmak amacıyla, ... ilçesi, ... Mahallesi’nde yer alan, dosya içerisinde mevcut 12/11/2008 tarihli bilirkişi raporuna göre 2863 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli kültür varlığı niteliği taşıyan bölgede, 07/08/2007 tarihinde, 115 x 176 cm ebadında, 180 cm derinliğinde kazı yaptıkları, daha sonra, sanıklar ... ve ...’in, yine ... ilçesi dışında ikamet eden diğer sanıklar ... ve ... ile birlikte 11/08/2007 tarihinde aynı mevkiye tekrar gelerek, önceden kazdıkları yerde kazı yapıp, alanın ölçülerini 120 x 180 cm ebada, 190 cm derinliğe ulaşacak şekilde genişlettikleri, bu bakımdan atılı suç sabit kabul edilerek sanıkların mahkumiyetlerine hükmedilmesinde, kazı fiilini zincirleme şekilde gerçekleştiren sanıklar ... ve ... hakkında 5237 sayılı TCK’nın 43/1 maddesinin uygulanmasında ve yukarıda sözü edilen 12/11/2008 tarihli bilirkişi raporuna göre kültür varlığının zarara uğramasına sebebiyet veren sanıklar hakkındaki hükümlerin açıklanmasına karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir.”*, Yarg. 12. CD., 2014/2498 E., 2015/6175 K., 09.04.2015, (https://karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

*“... sayılı kararı ile 1. derece arkeolojik sit alanı olarak tescil edilen Keltepe Tümülüsü’nde defin bulmak amacıyla kaçak kazı yapıldığı ihbarı üzerine kolluk kuvvetleri tarafından olay yerine gidildiği, kazı mahallindeki şahısların kaçmaya çalıştığı fakat ... ve ...’in olay yerinde yakalandığının iddia olunduğu, anılan şahısların Vize Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2009/53 esas nolu dosyasında, aşamalarda verdikleri ortak beyanlarında, sanık ... ile ...’ünde, 1.5 metre uzunluğunda, 1.5 metre genişliğinde çukur açtıkları*

Yargıtay içtihadından hareketle burada mekânsal birliğin zincirleme suç hükümleri uygulanırken önem arz ettiği görülmektedir. Hal böyle iken mekânsal birliğin somut olay bakımından tespiti de büyük önem arz etmektedir. Örneğin; kazılar esnasında tarihi bir mezar olduğu tespit edilen ve birden fazla giriş noktası olan bir alan bakımından mekânsal bir birlikten söz edilebilecek midir?

Kanaatimizce her somut olayda ayrıca mekânsal birliğin araştırılması gerekmektedir. Bulunması amaçlanan kültür varlığının özellikleri ve arazinin yapısı itinayla tespit edilmeli ve zincirleme suç hükümleri uygulanırken bu şekilde bir belirleme yapılmalıdır.

---

*rını, aradıklarını bulamayınca da çukuru kapatarak ikamet ettikleri İstanbul iline döndüklerini, bir gün sonra tekrar ...'ne birlikte gelerek başka bir noktayı aynı ölçülerde kazdıklarını, ikinci kazı faaliyetinde de bir şey bulamayıp çukuru kapattıklarını beyan etmeleri üzerine Vize Asliye Mahkemesi'nce, sanık ... hakkında Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına karar verildiği;*

*Sözü edilen suç duyurusu sonrası başlatılan soruşturma neticesinde, sanığın 1. derece arkeolojik sit alanı içerisinde yer alan ...'nde, aynı olaya ilişkin Vize Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/53 esas sayılı dosyasındaki sanıklarla fikir ve eylem birliği içinde 80 cm. derinliğinde çukur açtıklarının 10.04.2009 tarihli tutanak ile tespit edildiği, sanık ...'ın 20.01.2011 tarihinde kollukta verdiği ifadesinde, ... ve ... ile birlikte define aramak için kazı yaptıklarını, birşey bulamamaları üzerine kendisinin döndüğünü, diğer şahısların kazmaya devam ettiklerini beyan ettiği, bu beyanlar değerlendirildiğinde eylemin, başlanılan bir kazı çalışmasının günlere yayılarak devam ettirilmesi niteliği taşımayıp tek suç işleme kararının aynı suçun farklı zamanlarda birden çok kez işlenmesi olarak kabulü ile sanık hakkında tayin edilen temel cezanın TCK'nın 43/1 maddesi uyarınca arttırılması gerektiği gözetilmeksizin, sanığa eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.”, Yarg. 12. CD., 2013/27725 E., 2014/22683 K., 13.11.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi:06.06.2021).*

*“... izinsiz kazı yaptıkları esnada, kazma, kürek, murç ve keski gibi suç aletleriyle yakalandıkları, sanıklar hakkında soruşturmaya başlandığı ve 2863 sayılı Kanuna aykırılık suçundan davanın açıldığı, sanıklar verdikleri ifadelerde, kültür varlığı bulabilmek amacıyla kazı yapmaya karar verdiklerini, ilk olarak 1 hafta önce kazı yaptıklarını, olay günü de aynı yerde kazıya devam ettikleri esnada kolluk görevlilerince yakalandıklarını beyan ettikleri, sanık beyanları, olay tutanağı ve tüm dosya kapsamından, sanık ...'nın, hakkında verilen kararı temyiz incelemesine gelmeyen sanık ... ile fikir ve eylem birliği içerisinde, kültür varlığı bulabilmek amacıyla izinsiz kazı yaptığı, sanığın atılı suçu müteselsilen işlediği ve üzerine atılı eylemlerin sabit olduğu anlaşılmakla Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanığın, beraatine karar verilmesi gerektiğine ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme aykırı olarak ONANMASINA”, Yarg. 12. CD., 2014/8889 E., 2015/2931 K., 18.02.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).*



## 2. Fikri İçtima

TCK m. 44 “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” hükmü ile farklı neviden fikri içtima kurumu düzenlenmiştir. Farklı neviden fikri içtimada bir fiil ile birden fazla farklı suç oluşmaktadır. Önem arz eden husus fiilin tekliğidir. Fiilin tekliğini belirlerken zincirleme suç hükümlerinden farklı olarak suç kararında teklik değil de harekette teklik aranmalıdır. Çünkü kanun koyucu burada özellikle “bir fiil” diyerek harekette tekliği vurgulamıştır. Bununla birlikte somut olayda birden fazla hareket varmış gibi görünmesine rağmen hukuki veya doğal anlamda harekette birliktelik söz konusu ise hareketin tek olduğu kabul edilmelidir. Burada hareketin hukuki tekliğinden kasıt; “hukuki bir gerekçeye dayalı olarak hareketlerin tek bir fiil olarak kabul edilmesi”, hareketin doğal tekliğinden kasıt ise; kanuni bir düzenlemeden hareket edilmeksizin tamamen failin gerçekleştirdiği hareketlerin zamansal ve mekansal birlikteliği esas alınarak somut olayın özelliklerine göre karar verilmesidir. Bu koşulların oluşması halinde fail artık işlediği suçlardan cezası en ağır olanla cezalandırılacaktır.<sup>76</sup>

Burada TCK m. 154’te düzenlenen “Hakkı Olmayan Yere Tecavüz”<sup>77</sup> ve TCK m. 151’de düzenlenen “Mala Zarar Verme”<sup>78</sup> zarar suçları ile çalışmaya konu suç arasındaki içtima ilişkisinin ele alınması gerekir. Bu suçlar arasındaki içtima ilişkisi belirlenirken önem arz eden temel husus aslında zarar suçu ile tehlike suçları arasındaki içtima ilişkisidir.

<sup>76</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 561-564.

<sup>77</sup> “Hakkı olmayan yere tecavüz- **Madde 154-** (1) (Değişik: 25/2/2009-5841/1 md.) Bir hakka dayanmaksızın başkasına ait taşınmaz mal veya eklentilerini malikmiş gibi tamamen veya kısmen işgal eden veya sınırlarını değiştiren veya bozan veya hak sahibinin bunlardan kısmen de olsa yararlanmasına engel olan kimseye, suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir. (2) Köy tüzel kişiliğine ait olduğunu veya öteden beri köylünün ortak yararlanmasına terk edilmiş bulunduğunu bilerek mera, harman yeri, yol ve sulak gibi taşınmaz malları kısmen veya tamamen zapt eden, bunlar üzerinde tasarrufta bulunan veya sürüp eken kimse hakkında birinci fıkrada yazılı cezalar uygulanır. (3) Kamuya veya özel kişilere ait suların mecrasını değiştiren kimse hakkında birinci fıkrada yazılı cezalar uygulanır.”

<sup>78</sup> “Mala zarar verme-**Madde 151-** (1) Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.”

Yukarıda eylem bölümünde tehlike suçlarından kısaca bahsetmiştik. Genel olarak zarar suçlarını tanımlayacak olursak: suçla korunan hukuki değer, suçun hukuki konusunun zarara uğratıldığı, zararın netice olarak suçun objektif unsurlarına dahil olduğu suçlardır. Bu suçlar neticeli olup zamansal ve mekânsal anlamda netice ayrılabilir<sup>79</sup>. Tehlike suçları ile zarar suçları arasındaki içtima ilişkisine dair görüşler; asli-tali norm görüşü, fikri içtima görüşü, özel-genel norm görüşü, korunan hukuki değere dayalı ayırım yapanlar ve geçitli suç görüşü olmak üzere kendi içerisinde ayrılmaktadır<sup>80</sup>.

Doktrinde Doğan'a göre<sup>81</sup>; tehlike suçları ile zarar suçları arasındaki içtima ilişkisi bakımından genel bir kural belirlemek zordur. Somut olayda yer alan suç tiplerine ve koşullara göre ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekebilir. Fakat bu konuyla ilgili en azından temel prensipler belirlenebilir. Bu noktada suçla korunan hukuki değer esas alınarak somut olayda hareketin tekliğini ele almak gerekir. Suçun tamamlanması ile kesintinin gerçekleşmesi arasındaki süreci dikkate alarak eğer hareket tek diyebiliyorsak tehlike suçu zarar suçunun ön aşaması olarak kabul edilebilir. Böyle bir durumda artık zarar suçu tehlike suçunu içine çekmektedir. Bu nedenle kural olarak aralarındaki ilişkinin asli-tali norm ilişkisi olduğunu kabul etmek gerekir. Bir başka deyişle aynı hukuki değeri koruyan bir tehlike suçu ile zarar suçu arasında kural olarak asli-tali norm ilişkisi; farklı hukuki değeri koruyan bir soyut tehlike suçu ile zarar suçu arasında fikri içtima ilişkisinin olduğunu ifade etmek gerekir. Burada korunan hukuki değer aynılığı kısmen de olabilir.

Doktrinde aksi görüşte olan Ersoy'a göre<sup>82</sup>; tehlike ile zarar suçları arasındaki içtima ilişkisi belirlenirken suçla korunan hukuki değer değil de suçun maddi konusu esas alınmalıdır. Çünkü suçla korunan hukuki değer zarar uğratılmaz olup ancak ihlal edilebilir.

Göktürk'e göre ise<sup>83</sup>; tehlike suçları ile zarar suçları arasındaki içtima ilişkisi belirlenirken korunan hukuki değere göre bir değerlendirme yapmaksızın TCK m. 44 gereği fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Çünkü kanun koyucunun tehlike suçlarını düzenlemesindeki amaç zarar neticesinin önlenmek istemesidir. Hal böyle iken bazen somut olayda tehlikenin büyüklüğü ortaya çıkan zarar neticesi karşısında geri çekilme-

<sup>79</sup> Doğan, s. 186.

<sup>80</sup> Bu görüşlerle ilgili açıklamalar için bakınız: Doğan, s. 188-193; Göktürk, Neslihan: Fikri İçtima (Suçların İçtimaı), Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 237-240.

<sup>81</sup> Doğan, s. 195-199.

<sup>82</sup> Ersoy, s. 32-33.

<sup>83</sup> Göktürk, s. 239-240; Kanadoğlu, s. 509.

yebilir veya verilen ceza tehlike suçunda daha fazla olabilir. İşte bu gibi hal-lerde korunan hukuki değere göre bir ayırım yapmak adaletsiz sonuçlar doğuracağı için burada fikri içtima ilişkisi olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Doktrinde Köken'e göre<sup>84</sup>; tehlike suçunun zarar suçunun gerisine çekilmesi gerekirken KTVKK m. 74'te düzenlenen soyut tehlike suçunun cezası daha ağır olduğu için KTVKK m. 74 ile TCK m. 154 gibi bir zarar suçu arasında tam tersi bir durum meydana gelebilmektedir. Bu nedenle burada yalnızca korunan hukuki değer esas alınarak bir tespit yapılması isabetli değildir. Eylemin suçun konusu üzerinde yarattığı etkiye de bakılması gerekmektedir. Bu durumda yazar soyut tehlike suçu ile zarar suçu arasındaki içtima ilişkisini belirlerken; soyut tehlike suçunda korunan hukuki değer kamusal yarar olması ve suçun mağdurunun toplum olması kıstasından hareket etmektedir. KTVKK m.74/1 ile zarar suçu arasında korunan hukuki değer bakımından kısmi bir aynılık dahi oluşmayacağı için asli-tali norma ilişkisi söz konusu olmayacaktır. Yazara göre burada TCK m. 44 anlamında farklı neviden fikri içtima hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte aynı hukuki değeri koruyan zarar suçları ile tehlike suçları arasındaki ilişki ise görünüşte içtima ilişkisi olup somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir.

Bu konuda Yargıtay uygulamasına bakacak olursak; hareketin hukuki tekliği esas alınarak tehlike suçu ile zarar suçu arasındaki içtima ilişkisinin TCK m. 44'te düzenlenen fikri içtima hükümleri çerçevesinde çözümlendiği görülmektedir<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> Köken, s. 91-92.

<sup>85</sup> "... İlçe Jandarma Komutanlığı'na yapılan izinsiz kazı faaliyeti ihbarı üzerine, olay yeri olan ..... ilçesi, ....köyü, ... Mezarlık mevkiine giden kolluk görevlilerince, özel mülkiyete konu 1486 sayılı parselde, sanıkların iş makinesi marifetiyle izinsiz kazı yaptıkları esnada yakalandıkları, olay yerinde yapılan incelemede sanıklar tarafından 1 metre derinliğinde ve 2 metre genişliğinde çukurun kazılmış olduğunun, ayrıca olay yerinde bulunan taşların iş makinesi marifetiyle bir kenarda toplandıklarının tespit edildiği, bunun üzerine sanıklar hakkında soruşturmaya başlandığı ve 2863 sayılı Kanuna aykırılık suçunda davanın açıldığı, her ne kadar sanıklar verdikleri ifadelerinde, bahse konu araziye ağaç dikmek için iş makinesi ile zemini düzelttiklerini iddia etmiş ve yargılama neticesinde sanık beyanlarına itibar edilerek beraatlerine karar verilmiş ise de; olay yerinde inceleme yapan ... görevlilerince hazırlanan 15.12.2011 tarihli rapor ile 22.04.2013 tarihli olay yeri keşfine iştirak eden arkeolog bilirkişisinden alınan rapordan anlaşılacağı üzere, olay yerinde antik yapı taşları, antik yapı kalıntıları, sarnıçlar ve lahit mezarların bulunması nedeniyle, henüz sit alanı ilan edilmemişse de 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli bir alan olduğu, sanıklar tarafından yapılan izinsiz kazı faaliyeti sonucu, lahit mezar, yapı kalıntıları ve taşlarının zarar gördüğü, dosya kapsamında bulunan fotoğraflardan da anlaşılacağı üzere, olay yerinin kayalık ve engebeli olduğu, izinsiz faaliyetin ağaçlandırma maksatlı yapılma-

Kanaatimizce tehlike suçları ile zarar suçları arasındaki içtima ilişkisi ele alınırken başlı başına suçla korunan hukuki değerden hareketle bir belirleme yapmak her daim adil neticeler doğurmayacak ve isabetli olmayacaktır. Nitekim çalışma konumuz olan suç tipi bakımından tehlike suçu için görülen ceza miktarı söz konusu örnekte yer alan zarar suçlarında görülen ceza miktarından fazla olup bir geri çekilme söz konusu değildir. Hal böyle iken burada suçla korunan hukuki değerden hareketle bir görünüşte içtima halinin mümkün olduğu söylenemeyecektir. Keza suçların mağdurları arasında da farklılık bulunmaktadır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki örnekte yer alan zarar suçlarının koruduğu hukuki menfaat te KTVKK m. 74/1'de farklıdır. Hal böyle iken tehlike suçu-zarar suçu içtimasında ilişkin kesin ve genel bir kural belirlemek yerine somut olayın özelliklerine göre fiilin tekliği, söz konusu suç tiplerinin özelliği, korunan hukuki değerler gibi bütün hususların bütüncül bir şekilde ele alınması gerekecektir. Hal böyle iken gerek TCK m. 151 gerek m. 154 bakımından KTVKK m. 74/1 arasındaki içtima ilişkisi ele alınırken korunan hukuki değerlerin, mağdurun farklı oluşu ve fiilin tekliğinin somut olayda mümkün olması/oluşu nedeniyle burada TCK m. 44 anlamında tek bir fiil ile birden fazla farklı suç oluştuğu için fikri içtima hükümleri gereğince fail en ağır olandan cezalandırılacaktır.

## 2. Görünüşte İçtima-Gerçek İçtima

Görünüşte içtima hali kanunda bir içtima düzenlemesinin bulunmadığı durumlarda yorum yoluyla ulaşılan içtima halidir. Bunu tespit ederken, tehlike suçunun soyut veya somut tehlike suçu olması, ani veya mütemadi suç olması, taksirli veya kasıtlı işlenen bir suç olması, olayda hareketin hukuki veya doğal şekilde tek olup olmaması ve korunan hukuki değerlerin aynı veya farklı olması önem taşımaktadır<sup>86</sup>.

*dığı, kazı faaliyetinin kültür varlığı bulabilmek amacıyla yapıldığı ve iş makinesi marifetiyle yapılan kazı faaliyeti sonucu kültür varlıklarının zarar gördüğü, sanıkların eylemleri nedeniyle kültür varlıklarının zarar görebileceğini bilecek durumda buldukları, buna rağmen iş makinesiyle izinsiz kazı yapmak suretiyle korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarına zarar veren sanıkların, tek bir eylem ile kanunun birden çok maddesini ihlal etmiş oldukları, bu durumda 5237 sayılı TCK'nın 44/1 maddesi uyarınca en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmalarının zorunlu olduğu, 2863 sayılı Kanunun 65/a maddesinde öngörülen yaptırımın, aynı Kanunun 74/1 maddesinde öngörülen yaptırımdan daha ağır olduğu, bu nedenle sanıklara ek savunma hakkının tanınarak 2863 sayılı Kanunun 65/a maddesine göre mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi...*", Yarg. 12. CD., 2014/8275 E., 2015/2437 K., 11.02.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

<sup>86</sup>

Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 567.

**Görünüşte içtima başlığında öncelikle 74. maddenin birinci ve ikinci fıkrası arasındaki içtima ilişkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir.**

Doktrinde bizim de katıldığımız Köken'e göre<sup>87</sup>; hayatın olağan akışında öncelikle arazi üzerinde ikinci fıkrada yer alan bir araştırma işlemi yapılmakta ardından birinci fıkrada yer alan kazı veya sondaj fiillerine girilmektedir. Hal böyle iken 2. fıkrada yer alan fiiller cezalandırılmayan önceki hareket olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle aynı anda iki fıkranın somut olayda vücut bulması halinde artık tüketen norm-tüketilen norm ilişkisi olduğundan birinci fıkradan failin cezai sorumluluğu doğacaktır.

**Bir diğer değerlendirilmesi gereken ilişki KTVKK m. 65/1<sup>88</sup> ile m. 74/1 arasındaki ilişkidir.**

Doktrinde bir görüşe göre; aynı fiil ile iki farklı suç vücut bulduğu için TCK m. 44'te yer alan fikri içtima hali söz konusu olup iki suç arasında en ağır cezayı gerektiren suç olan KTVKK m. 65/1'de yer alan ceza hükmedilecektir<sup>89</sup>.

Doktrinde bir başka görüşe göre; bu suç tipleri arasında korunan hukuki değer aynı olduğu için ve fail aynı fiil ile hem soyut tehlike suçu hem de zarar suçu oluşturduğu için asli norm- tali norm ilişkisi bulunmakta olup izinsiz kazı esnasında korunması gerekli bir kültür varlığına zarar veren fail bakımından artık asli norm olan KTVKK m. 65/1 uygulama alanı bulacaktır<sup>90</sup>.

Kanaatimizce burada bulunan içtima ilişkisi tüketen-tüketilen norm şeklinde bir görünüşte içtima ilişkisidir. Suçlardan biri diğerinin haksızlık içeriğini de kapsamına alarak onu tüketiyor ise burada artık tüketen norm-tüketilen norm ilişkisi söz konusu olacaktır. Bu ilişkide cezalandırılmayan önceki ya da sonraki fiiller söz konusudur<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> Köken, s. 86-87, 133-134.

<sup>88</sup> "Tescil edilen sit alanları ve korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile korunma alanlarının bu Kanuna göre tescil veya ilan edilmiş olmasına rağmen yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarar görmesine kasten sebebiyet verenler ile (...) (1) izin alınmaksızın inşâ ve fiziki müdahale yapanlar veya yaptıranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır."

<sup>89</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 987; Yağcı/Taş/Kılıç, s. 523.

<sup>90</sup> Köken, s. 92-95.

<sup>91</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 560-571.

Nitekim Yargıtay içtihadına baktığımızda hırsızlık suçu işlenirken mala zarar verilmesi halinde artık tüketen-tüketilen norm ilişkisi nedeniyle hırsızlık suçun ceza verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Burada asli-tali norm ilişkisinin olduğunu söylemek isabetsiz olacaktır. Asli-tali norm ilişkisinin varlığından söz edebilmek için yardımcı norm diğer norm uygulanmadığı sürece uygulanabilmektedir. Tali normun amacı asli normda yer alan eksiklikleri ya da boşlukları doldurmaktır. KTVKK m.65/1 bakımından böyle bir durum söz konusu olmayıp izinsiz kazı veya sondaj eylemleri dışındaki olasılıklarda da maddenin uygulanması mümkündür. Fakat burada önemle üzerinde durulması gereken husus somut olayda failin KTVKK m. 65'te yer alan seçimlik hareketlerden birini "kasten" işlemiş olmasıdır. Çünkü kanun koyucu hükümde özellikle "kasten sebebiyet verenler" diyerek bu suçun taksirle işlenemeyeceğini açıkça belirtmiştir. Hal böyle iken somut olayda failin zarar verme kastı şüpheye yer bırakılamayacak derecede tespit edilmiş ise şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince 65. madde vücut bulmayacak olup fail yalnızca m.74/1'den sorumlu tutulacaktır. Bir başka deyişle failin kazı esnasında kültür varlığına zarar verme ihtimalini bilmesine ve öngörmesine rağmen zararı umursamaksızın kazıya devam etmesi halinde artık bilinçli taksir değil de olası kast söz konusu olacağı için 65. madde vücut bulacaktır. Lakin fail zarar olasılığını öngörememiş veyahut öngörmüş fakat zarar neticesinin oluşmayacağı inancıyla ve zarar vermek kastı olmadan kazı esnasında kültür varlığına zarar vermiş ise 65. madde vücut bulmayacaktır.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında ise bu suçlar arasındaki içtima ilişkisi bakımından TCK m. 44 hükmü gereğince failin en ağır olandan cezalandırılması gerektiği genel olarak ifade edilmekle birlikte içtihadta bir birlik olmadığı görülmektedir<sup>92</sup>.

<sup>92</sup> "... İlçe Jandarma Komutanlığı'na yapılan izinsiz kazı faaliyeti ihbarı üzerine, olay yeri olan .... ilçesi, ....köyü, ... Mezarlık mevkiine giden kolluk görevlilerince, özel mülkiyete konu 1486 sayılı parselde, sanıkların iş makinesi marifetiyle izinsiz kazı yaptıkları esnada yakalandıkları, olay yerinde yapılan incelemede sanıklar tarafından 1 metre derinliğinde ve 2 metre genişliğinde çukurun kazılmış olduğunun, ayrıca olay yerinde bulunan taşların iş makinesi marifetiyle bir kenarda toplandıklarının tespit edildiği, bunun üzerine sanıklar hakkında soruşturmaya başlandığı ve 2863 sayılı Kanuna aykırılık suçunda davanın açıldığı, her ne kadar sanıklar verdikleri ifadelerinde, bahse konu araziye ağaç dikmek için iş makinesi ile zemini düzelttiklerini iddia etmiş ve yargılama neticesinde sanık beyanlarına itibar edilerek beraatlerine karar verilmiş ise de; olay yerinde inceleme yapan... görevlilerince hazırlanan 15.12.2011 tarihli rapor ile 22.04.2013 tarihli olay yeri keşfine iştirak eden arkeolog bilirkişisinden alınan rapordan anlaşılacağı üzere, olay yerinde antik yapı taşları, antik yapı kalıntıları, sarnıçlar ve lahit mezarların bulunması nedeniyle, henüz sit alanı ilan edilmemişse de 2863 sayılı

*Kanun kapsamında korunması gerekli bir alan olduğu, sanıklar tarafından yapılan izinsiz kazı faaliyeti sonucu, lahit mezar, yapı kalıntıları ve taşlarının zarar gördüğü, dosya kapsamında bulunan fotoğraflardan da anlaşılacağı üzere, olay yerinin kayalık ve engebeli olduğu, izinsiz faaliyetin ağaçlandırma maksatlı yapılmadığı, kazı faaliyetinin kültür varlığı bulabilmek amacıyla yapıldığı ve iş makinesi marifetiyle yapılan kazı faaliyeti sonucu kültür varlıklarının zarar gördüğü, sanıkların eylemleri nedeniyle kültür varlıklarının zarar görebileceğini bilecek durumda buldukları, buna rağmen iş makinesiyle izinsiz kazı yapmak suretiyle korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarına zarar veren sanıkların, tek bir eylem ile kanunun birden çok maddesini ihlal etmiş oldukları, bu durumda 5237 sayılı TCK'nın 44/1 maddesi uyarınca en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmalarının zorunlu olduğu, 2863 sayılı Kanunun 65/a maddesinde öngörülen yaptırımın, aynı Kanunun 74/1 maddesinde öngörülen yaptırımdan daha ağır olduğu, bu nedenle sanıklara ek savunma hakkının tanınarak 2863 sayılı Kanunun 65/a maddesine göre mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi...”, Yarg. 12. CD., 2014/8275 E., 2015/2437 K., 11.02.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).*

**Karşı yöndeki görüşü içeren bir kararda ise:**

*“Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanıklar müdafinin, sanıkların mahkumiyetlerine yeterli delil bulunmadığına beraatlerine karar verilmesi gerektiğine, 2863 sayılı Kanunun 74/2. maddesinin kararda tartışılmamasının usul ve yasaya aykırı olduğuna, katılan vekilinin, sanıklar hakkında alt hadden uzaklaşarak ceza tesis edilmesi gerektiğine ilişkin temyiz itirazlarının reddine, ancak;*

*Dosya içeriğine göre, sanıkların, 2863 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz, Roma dönemine ait kaya mezarında, 1 metre derinliğinde çukur açtıkları, sözü edilen bilirkişi raporunda, sanıklar tarafından gerçekleştirilen kazı eylemi nedeniyle kültür varlığının tahrip edildiğinin ve zarar gördüğünün belirtildiği, 2863 sayılı Kanunun 6498 sayılı Kanun ile değişik 65/1 ve suç ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 65/a maddesinde, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verilmesi eyleminin yaptırım altına alındığı, aynı Kanunun 74/1-1. cümlesinde ise, sit alanı ya da korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğini haiz yerde izinsiz kazı yapılması suçunun düzenlendiği, kültür varlığı bulmak amacıyla izinsiz kazı yapılan yerin korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olması ve kazı eylemi ile aynı zamanda bu kültür varlığına zarar verilmesi halinde tek bir fiil ile kanunun farklı maddelerinin ihlal edilmiş olacağı, diğer yandan 2863 sayılı Kanunun 65/a maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının “her ne suretle olursa olsun” zarara uğramalarına kasten sebebiyet verilmesi halinin suçun unsuru olarak tanımlanması karşısında, izinsiz kazı yapmak suretiyle taşınmaz kültür varlığına zarar verilmesinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla sanıkların eylemlerinin 2863 sayılı Kanunun 6498 sayılı Kanun ile değişik 65/1 ve suç ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 65/a maddesine temas eden suç oluşturup oluşturmayacağı tartışılması gerektiği gözetilmeksizin, izinsiz kazı yapmak suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi...”, Yarg. 12. CD., 2014/9389 E., 2015/1405 K., 27.01.2015, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).*

**Suç tipleri arasındaki bir başka ilişki KTVKK m. 67 ve 68<sup>93</sup> ile m. 74/1 arasındadır.** Burada ifade etmek gerekir ki bu suç tipleri arasında geçitli suç ilişkisi bulunmamakta olup farklı eylemler neticesinde farklı suç tipleri oluşmaktadır. Örneğin; failin izinsiz kazı neticesinde bulduğu kültür varlığını kanuna aykırı olarak yurt dışına çıkarması halinde zamansal bir birlik bulunmayıp iki farklı suç olduğu için gerçek içtima gereği KTVKK m. 68 ve m. 74/1’de düzenlenen her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> “**Haber verme sorumluluğuna ve kültür varlığı ticaretine aykırı hareket edenler-Madde 67** – (Değişik: 23/1/2008-5728/410 md.) Kültür ve tabiat varlıklarıyla ilgili olarak bildirim yükümlülüğüne mazereti olmaksızın ve bilerek aykırı hareket eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bildirimi yapılmamış olan kültür ve tabiat varlığını satışa arzeden, satan, veren, satın alan, kabul eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, bu durumda birinci fıkrada tanımlanan suçtan dolayı ayrıca cezaya hükmolunmaz. Ticareti yasak olmayan taşınır kültür varlıklarının izinsiz olarak ticaretini yapan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

“**Yurt dışına çıkarma yasağına aykırı hareket edenler-Madde 68** – (Değişik: 23/1/2008-5728/411 md.) Kültür ve tabiat varlıklarını bu Kanuna aykırı olarak yurt dışına çıkaran kişi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

<sup>94</sup> **Ceylan**, Ümit: “Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Kaçakçılığı Suçu (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m.32, 68)”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008, s. 292-293; **Ülgen**, Mert: “Kültür ve Tabiat Varlıklarının Ticareti ve Yurt Dışına Çıkarılması Suçları (KTVKK m. 67/2, 67/3, m. 68)”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 84; **Kanbur**, Mehmet Nihat: “Kültür ve Tabiat Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılma Yasasına Muhalefet Suçu (KvTVKK m.32 ve m.68)”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2007, s. 224; **Köken**, s. 96-97.

“Sanığın soruşturma aşamasında kollukta ve Cumhuriyet Savcılığı’nda verdiği benzer ifadelerde, Nisan ayı başlarında kahvehanesine içme suyu almak için T. K. D. mevkine gittiğini, bölgede gezinirken yerde 10-15 adet eski para bulunduğunu, 1-2 m ileride gördüğü beyaz bir taşın da dikkatini çektiğini, evine giderek kazma kürek alıp tekrar aynı mevkiye geldiğini, taşın altını yaklaşık 25 cm kazdığına suça konu kültür varlıklarını bulunduğunu, anılan varlıkları satmak için görüşmeler yaptığını, ancak satamadan kolluk kuvvetlerince yakalandığını beyan ettiği, yürütülen soruşturma sonucunda sanık hakkında “izinsiz kazı yapma” eylemi nedeniyle dava açıldığı, bununla birlikte, **iddianame içeriğinde sanığın “kültür varlığı ticaretine aykırılık” eylemine dair açıklamalara da yer verildiği anlaşılmakla, sanık tarafından gerçekleştirilen her iki eylemin birbirinden bağımsız olup gerçek içtima hükümleri uygulanarak hüküm tesisi gerektiği gözetilmeksizin, “izinsiz kazı yapma” suçu geçitli suç olarak kabul edilmek suretiyle sadece “kültür varlığı ticaretine aykırılık” suçundan mahkumiyet kararı verilmesi...**”, Yarg. 12. CD., 2013/25611 E., 2014/4290 K., 20.02.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).



Yine failin evinde yapılan aramada korunması gereken kültür varlığının ele geçirilmesi durumunda ayrıca olay yerinde izinsiz kazı yaptığının tespit edilmesi halinde artık (çünkü fail kazı veya sondaj işlemini tamamladıktan sonra haber vermemiş olacaktır) bir ihmali bir de icrai olmak üzere iki farklı hareket iki farklı suça sebebiyet vereceği için gerçek içtima gereği KTVKK m. 67 ve m. 74/1'de düzenlenen her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır<sup>95</sup>.

Son olarak “*Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi*” başlıklı TCK m. 174'ün üçüncü fıkrasında yer alan “*Önemsiz tür ve miktarda patlayıcı maddeyi satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, kullanılış amacı gözetilerek, bir yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.*” şeklindeki hüküm ile çalışma konusu suç tipi arasındaki içtima ilişkisine değinmek gerekir.

<sup>95</sup> “İlçe Jandarma Komutanlığı görevlilerince ... köyünde yaptıkları devriye görevi sırasında sanık Ş. 'in ... mevkiinde izinsiz kazı yaparken suç aletleri olan 2 adet kürek, 1 adet balyoz, 1 adet kazma, 2 adet çekiç, 3 adet murç, 1 adet tahra ve çeşitli malzemeler ile yakalandığı, olay yerinin incelenmesi ile sanığın 1 x 1,5 metre genişliğinde ve 4 metre derinliğinde kazı yaptığının tespit edildiği, gerek 12.03.2010 tarihli ... Müze Müdürlüğü'nün yazısından, gerekse de olay yeri keşfi sonrası arkeolog bilirkişiden alınan 13.01.2010 tarihli rapordan olay yerinin korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı alanı olmadığı, sanığın olay günü evinde yapılan aramada 1 adet Roma döneminden kalma, 11.8 cm yüksekliğinde, pişmiş topraktan yapılmış koku kabı ile 1 adet Roma döneminden kalma, pişmiş topraktan yapılmış, 7 cm çapında, 3 cm kalınlığında ağırşakin ele geçirildiği, sanığın beyanında evinde ele geçirilen eserleri 2007 yılının yaz mevsiminde aynı bölgede yaptığı kazıda bulduğunu ve evinde süs olarak bulundurduğunu beyan ettiği, sanık beyanları ve tüm dosya kapsamından, sanığın define bulmak amacıyla birisi 2007 yılı yaz mevsiminde, diğeri 06.01.2010 tarihinde olmak üzere iki kez kazı yaptığı, kazı yapılan yerin sit alanı veya korunması gerekli başka bir yer olmadığı, sanığın ayrıca 2007 yılında bulduğu korunması gerekli taşınır kültür varlığını süresi içerisinde ilgili makamlara bildirmediği, böylece sanığın üzerine atılı izinsiz kazı ve bildirim yükümlülüğüne aykırılık suçlarının sabit olduğu anlaşılmıştır. ...Sanığın evinde yapılan aramada ele geçirilen dava konusu eserleri sanığın 2007 yılının yaz mevsiminde yaptığı kazı neticesinde bulduğunu beyan ettiği, 5237 sayılı TCK'nın 44 maddesinde düzenlenen fikri içtima kaidesinin objektif koşullarının “tek bir fiilin bulunması” ve “birden fazla kanun hükmünün ihlali” olduğu, somut durumda ise, sanık tarafından izinsiz kazı yapma ve bu kazı neticesinde bulduğu tarihi eserleri 2863 sayılı Kanununun 4. maddesinde belirtilen 3 günlük bildirim süresi içerisinde yetkili mercilere bildirmemek şeklinde gerçekleşen iki ayrı eylem mevcut olduğu, izinsiz kazı yapmak ve haber verme yükümlülüğüne aykırılık suçlarının birbirinden bağımsız ve ayrı suç tipleri olduğu, bu itibarla 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığı, gerçek içtima kuralının tabiki ile sanığın 2863 sayılı Kanununun 74/1. maddesinin yanında 67/1 maddesi uyarınca da cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği anlaşıldığından, tebliğnamede bu yöndeki bozma öneren düşünceye iştirak edilmemiştir.”, Yarg. 12. CD., E. 2013/22619, K. 2014/1588, T. 27.1.2014, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).

İfade etmek gerekir ki suçun unsurları ve korunan hukuki değerlerin farklı olduğu ve failin bir fiil ile iki farklı suça sebebiyet verdiği dikkate alındığında burada gerçek içtima ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle failin izinsiz kazı esnasında aynı zamanda patlayıcı kullanması halinde her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılması gerekmektedir<sup>96</sup>.

## VII. ETKİN PİŞMANLIK

Kanun koyucu KTVKK 74. maddenin 3. ve 4. fıkrasında iki farklı etkin pişmanlık düzenlemesi yapmıştır. KTVKK 74. maddenin 3. fıkrası hem izinsiz kazı ve sondaj yapma suçu hem de izinsiz define araştırmak suçu bakımından geçerli iken 4. fıkra yalnızca izinsiz define araştırmak suçu bakımından geçerlidir.

KTVKK 74. madde 3. fıkra da yer alan etkin pişmanlık hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için: Failin 74. maddede tanımlanan suçlardan birini işlemiş olması ve bu suç neticesinde bulunduğu kültür varlığını soruşturma başlamadan önce mahallî mülkî amire teslim etmesi gerekmektedir. Bu koşulları sağlaması halinde fail hakkında verilecek cezada üçte ikisine kadar indirim yapabilecektir. Soruşturma kavramından ne anlamamız gerektiği Ceza Muhakemesi Kanunu m. 2/1-e’de “*Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre*” olarak tanımlanmıştır.

<sup>96</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 987-988.

“...sonuç olarak suça konu insan gücü ile kaldırılamayacak büyüklükteki kaya ve kaya parçalarının etrafları kazılmak sureti ile açıldıktan sonra akım kaynağını seyyar jeneratörden alan hilti ve delici uç marifetiyle bir kaç yerinden delinip, mavi renkli plastik boru parçaları içerisinde barut veya el yapımı patlayıcı madde doldurularak ve koli bandı ile sarılıp sıkıştırılarak hazırlanan düzeneklerin kaya üzerine açılan deliklere yerleştirilip patlatılması ile kaya ve kaya parçalarının parçalandıkları, kullanılan malzemelerin piyasada kolaylıkla bulunabilen malzemelerden olmaları, miktar açısından az olması ve düşük güçteki patlayıcılık özelliklerinden dolayı 5237 sayılı TCK m.174/3 kapsamında olduğu hususlarının saptandığı, sanıkların, olay günü define işaretlerini araştırdıklarına, kazı yapmadıklarına dair savunmalarına olayın gelişimi, kazı yapılan bölgede ve sanıkların içerisinde buldukları araçta ele geçirilen aletler, tanık anlatımları ve bilirkişi raporları nazara alındığında itibar edilemeyeceği, tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, sanıkların, fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek 2863 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olan kaya mezarında izinsiz kazı eylemi gerçekleştirdiklerinin ve patlayıcı madde bulduklarının ve kullandıklarının kabulü gerektiği anlaşılmakla...”, Yarg. 12. CD., E. 2014/10276, K. 2015/8995, T. 26.05.2015, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.04.2021).

Burada görüldüğü üzere kanun koyucu fail bakımından tazminat ya da aynen iade gibi kurumları düzenlememiştir. Bunun sebebi burada önem arz eden hususun zararın tazmini değil de bulunan kültür varlığının teslimi olmasıdır<sup>97</sup>. Önemle ifade etmek gerekir ki fıkra “*indirim yapılabilir*” denerek hakime indirim konusunda bir takdir hakkı verilmiştir<sup>98</sup>. Doktrinde bu şekilde bir takdir hakkının verilmesinin isabetsiz olduğu, suçlulukla etkin bir şekilde mücadele için bu hükmün emredici nitelikte düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>99</sup>.

KTVKK 74. madde 4. fıkra düzenlenen etkin pişmanlık hükmü ise yalnızca izinsiz define araştıran hakkında uygulanabilecek olup şu koşulların bulunması gerekmektedir: Fail hakkında kovuşturma başlayınca kadar kendisini izinsiz define araştırma fiilini işlemeye gerekli cihazları temin etmek suretiyle sevk eden kişilerin kimliklerini açıklaması ve yakalanmasını sağlamalıdır.

Kovuşturma kavramından ne anlamamız gerektiği konusunda ise Ceza Muhakemesi Kanunu m. 2/1-e’de yer alan “*Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre*” tanımı yol gösterecektir. Burada önem arz eden ilk husus failin kişilerin yalnızca kimliklerini açıklaması yeterli olmayıp aynı zamanda yakalanmalarını sağlamalarıdır. Hayatın olağan akışı ve uygulamaya bakıldığında bu iki şartın “ve” bağlacı ile bir arada aranması hükmü adeta uygulanamaz hale getirmektedir. Yine “*sevk etmek*” fiili bildirilecek failer bakımından yeterli olmayıp aynı zamanda “*define araştırma fiilini işlemeye gerekli cihazları temin etmek suretiyle*” sevk etmeleri gerekmektedir. Burada sevk etmek fiilinden ne anlaşılması gerektiği belirsiz bir husustur. Bu kavramın iştirak kurumu kapsamında azmettiren mi yoksa yardım eden olarak mı nitelendirilmesi gerektiği kanun koyucu tarafından açıklığa kavuşturulmamıştır<sup>100</sup>.

### VIII. YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA

Bu suç takibi şikayete bağlı olmayıp re’sen takip edilmektedir. Kanun hükmü gereğince kültür varlıkları bulmak amacıyla, izinsiz olarak kazı veya sondaj yapan fail, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Ancak, kazı veya sondajın yapıldığı yerin, sit alanı veya bu 2863 sayılı Kanun’a göre korunması gerekli başka bir yer olmaması halinde, verilecek

<sup>97</sup> Katoğlu, s. 296-297.

<sup>98</sup> Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 986.

<sup>99</sup> Köken, s. 99.

<sup>100</sup> Katoğlu, s. 297-298.

cezanın üçte biri indirilir. Hükümde “*indirilir*” denerek kanun koyucu emredici bir hüküm düzenlemiş olup takdir hakkı tanımamıştır<sup>101</sup>.

Bir diğer önemli husus 2. fıkra bakımından öngörülen “*Ancak, bu fiillerin yurt dışına kültür varlıklarını kaçırma amacıyla veya kültür varlıklarının korunmasında görevli kişiler tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza iki katına kadar artırılır.*” düzenlemesinin birinci fıkra düzenlenmiş çalışma konumuz suç bakımından da uygulanıp uygulanamayacağıdır.

Kanaatimizce burada kanun koyucunun fıkrayı düzenleme yerinden ziyade düzenleme amacına bakılarak birinci fıkra bakımından da uygulanabileceğini belirtmek gerekir. Bununla birlikte kanun koyucunun sistematik açıdan bir belirsizlik doğmaması adına bu artırım nedeninin düzenleme yerini gözden geçirmesi gerekmektedir<sup>102</sup>.

Yine bu artırım nedeninde “*görevli kimseler*” kavramından ne anlamamız büyük önem arz etmektedir. Kanaatimizce burada kanun koyucu 2863 sayılı Kanun bağlamında kültür varlığını korumakla görevli kamu görevlilerini kastetmektedir. Aksi bakış açısı hükmün amacını aşan bir yorum niteliğinde olacak orantısız bir cezalandırmanın doğmasına neden olacaktır.

Bu suç tipi bakımından kanunda düzenlenen cezanın üst sınırı beş yıl olduğu için 5235 sayılı “*Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun*”un 11. maddesi gereğince bu suç bakımından görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemeleridir<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> **Köken**, s. 98.

<sup>102</sup> **Köken**, s. 100.

<sup>103</sup> “*Sanık A. A. hakkında, temyize gelmeyen sanık T. K. ile birlikte define bulmak amacıyla kazı yaptığı iddia edilerek 2863 sayılı Kanunun 74/2. Maddesi uyarınca cezalandırılması istemi ile dava açıldığı, sanığa isnat olunan kültür varlıkları bulmak amacıyla izinsiz kazı yapma suçunun 2863 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamında kalan bir yerde işlenmesi halinde, aynı Kanunun 74/1. cümlesinin uygulanacağı, belirtilen kapsam dışında bir yerde işlenmesi halinde ise 74/1-1. cümleye göre belirlenecek temel cezadan, 74/1-2. cümle uyarınca indirim yapılacağı, 2863 sayılı Kanunun 5728 sayılı Kanun ile değişik 74/2 maddesinin, izinsiz kazı yapılması halinde uygulanmayıp, 2863 sayılı Kanun kapsamında tescilli veya 6. madde uyarınca tescile gerek olmadan korunması gerekli yerlerde icra edilmek kaydıyla araziye fiziki müdahale teşkil etmeyen yüzeysel araştırma faaliyetlerinde bulunulması durumunda mevzu bahis olacağı, bu bakımdan sanığın soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki beyanları ile diğer tüm deliller birlikte değerlendirilerek, yine olay yerinde keşif yapıp kazı mahallinin niteliği kesin biçimde tespit edilerek yargılama yapma görevinin 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 10, 11 ve 12. maddeleri uyarınca Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilmeksizin,*

Son olarak bu suç tipi bakımından TCK m. 66/1-e hükmü gereğince dava zamanaşımı 8 yıl, TCK m. 68/1-e hükmü gereğince de ceza zamanaşımı on yıldır.

### SONUÇ

Çalışma boyunca değinilen hususlar göstermektedir ki izinsiz kazı ve sondaj yapma suçu ile ilgili uygulamada ortaya çıkan hukuki sorunların kökeninde öncelikle suçun kanuni düzenlemesi yer almaktadır. Suçun kanuni düzenlemesine bakıldığında hükmün başlığında her ne kadar “*izinsiz araştırma*” gibi bir kavram tercih edilmiş olsa da izinsiz araştırma fiili kanunda suç olmaktan çıkarıldığı için kanun hükmünün başlığının yeniden düzenlenmesi gerektiği görülmektedir. Yine hükümde kazı ve sondaj fiillerinin “*ve*” bağlacı kullanılarak düzenlenmesi suçun oluşması için bu fiillerin beraber aranması gerektiği izlenimine neden olmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce kanun koyucunun hükmün başlığında “*ve*” bağlacı yerine “*veya*” bağlacı kullanması daha isabetli olacaktır.

Suçun kanuni düzenlemesi gereği eylem bakımından kazılan alanın sit alanı veyahut korunması gerekli başka bir yer olup olmaması önem arz etmemektedir. Burada ikili bir ayırım yapılarak ceza miktarının tayin edilmesi gerekmektedir. Bu suç tipinde uygulamada yaşanan bir diğer temel sorun sondaj ve kazı eylemlerinin birbirinden ayırt edilememesi ve çok fazla iç içe geçmiş olmasıdır. Kanaatimizce kanun koyucu hükmü düzenlerken sondaj gibi teknik bir kavramdan ne anlaşılması gerektiğini en azından hükmün gerekçesinde ifade etmeliydi. Çünkü literatüre bakıldığında sondaj eylemi kazı fiilinden daha komplike olup kültür varlığına verebileceği zararın veyahut ortaya çıkacak tehlikenin daha yoğun olduğu görülmektedir. Yine sondaj fiili için gerekli olan ekipmanın kazı fiili için gerekli olandan daha karmaşık ve maliyetli olduğu görülmektedir. Hal böyle iken kanun koyucu öncelikle bu eylemlerden ne anlaşılması gerektiğini mukayeseli bir şekilde ortaya koyarak verilecek ceza miktarı bakımından da farklı bir düzenleme getirmeliydi. Nitekim uygulamaya bakıldığında sondaj eyleminden ne anlaşılması gerektiğine dair bir açıklama ya da kıstas görülmemektedir. Birçok olayda ya da kararda sondaj fiiline “*kazı*” dendiği görülmektedir.

İzinsiz kazı ve sondaj suçunun tipi göz önünde bulundurulduğunda failin kusurluluğunu etkileyen ya da kaldıran hallerin tamamının uygula-

---

*yargılamaya devamlı davanın sonuçlandırılması...*”, Yarg. 12. CD., 2014/3164 E., 2014/25128 K., 09.12.2014, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.06.2021).

mada gerçekleşme olasılığı pek zor olduğu için çalışmada yalnızca mazeret sebeplerinden cebir, şiddet ve tehdide ve kusurluluğu kaldıran ya da etkileyen hallerden hata haline değinmiştik. Hata bakımından temel tartışmalı husus “*emir hatası/yasak hatası*” olarak da ifade edilen TCK m. 30/4’te yer alan hata düzenlemesinin bu suç tipi bakımından uygulanabilirliğidir. Nitekim uygulamada zaman zaman şüpheli/sanığın mülkiyetinde olan arazide sınırsız bir tasarruf yetkisinin olduğunu düşündüğü bu nedenle KTVKK m. 36’da yer alan izin yükümlülüğünden haberdar olmadığını ileri sürdüğü görülmektedir. Burada TCK m.30/4 bakımından ilgili koşulların bulunması halinde; failin fiili TCK m.30’un birinci fıkrasından farklı olarak failin kastını ortadan kaldırmayacak olup yalnızca kusurluluğunu ortadan kaldıracığı için fail cezalandırılmayacaktır.

Bu suça teşebbüste tartışmalı hususlardan ilki hazırlık hareketi-icra hareket ayırımına ilişkindir. Örneğin failin icra hareketlerine başlamadan suça konu fiili işlemek amacıyla kullandığı araç veya gereçlerle (kazma, kürek, dinamit vb.) kazı veya sondaj alanında kolluk güçlerince yakalanması veyahut icra hareketlerine henüz başlamış olan fail/faillerin kolluk tarafından yakalanması gibi bir halde teşebbüs bakımından nasıl bir değerlendirme yapılacağı doktrinde tartışmalı bir husustur. Somut olayda yer alan hususlar bütüncül bir şekilde değerlendirildiğinde fail aletleri hiç kullanmamış ve icra hareketi olarak kabul edilebilecek başka bir fiil yok ise burada failin filleri hazırlık hareketi olarak kabul edilecek olup failin cezai sorumluluğundan söz edilememelidir. Eğer fail aleti kullanmış fakat kastı aletin niteliğinden ya da olaydaki diğer hususlardan kuşkuya yer bırakmaz şekilde tespit edilemiyor ise şüpheden sanık yararlanır denerek lehe olan hükmün uygulama alanı bulması gerekecektir.

Yine bu suç tipinde teşebbüs bakımından değerlendirme yapılırken keşifte kazının kültür varlığını elde etmeye yeterli derinliğe ulaşıp ulaşılmadığı ve kültür varlığının bulunup bulunmadığı yol gösterici ve tartışma barındıran hususlardır. Uygulamaya bakıldığında Yargıtay kültür varlığının bulunmadığı kazılar bakımından ülkemizde tarımsal faaliyetler için öngörülen 40 cm derinlik kıstasını esas alarak bir teşebbüs değerlendirmesi yaptığı görülmektedir. Kanaatimizce bu şekilde bir yaklaşım isabetsizdir. Kullanılan bu ölçüt ülkemizin tarımsal faaliyetleri esas alınarak belirlenmiş genel bir ölçüt niteliğindedir. Somut olayda kazı veya sondajın yapıldığı arazinin yapısının her seferinde kazının gerçekleştiği bölgenin toprak yapısını veya geçmişini bilen uzmanlar ve bilirkişiler vasıtasıyla ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu suç tipi bakımından iştirak hükümlerine ilişkin özellikli bir hal bulunmayıp Türk Ceza Kanunu'nun 37, 38 ve 39. maddesindeki hükümler geçerli olacaktır. Bu hususla birlikte bu suç tipi bakımından yaygın olarak müşterek faillik ya da yardım eden söz konusu olmaktadır. Azmettirmenin uygulamada karşılaşılması zor bir ihtimaldir.

Suç tipindeki içtima ilişkisinde öncelikle zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilirliği ele alındığında; failin aynı suç işleme kararıyla farklı zamanlarda birden fazla kazı veya sondaj fiili var ise artık tek bir suç oluştuğunu kabul ederek TCK m. 43/1 gereği fail hakkında verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabilecektir. Eğer failin farklı suç işleme kararlarıyla hareket ederek farklı zamanlarda farklı mekanlarda birden fazla kazı veya sondaj fiili var ise burada artık zincirleme suç hükümleri uygulanamayacak olup her bir kazı veya sondaj eylemi bakımından gerçek içtima gereği ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Çünkü zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için yer, zaman ve en önemlisi amaç birliğinin bulunması gerekmektedir.

Bu suç bakımından fikri içtima hükümleri ele alındığında gündeme gelebilecek temel tartışma konularından biri TCK m. 154'te düzenlenen "*Hakkı Olmayan Yere Tecavüz*" ve TCK m. 151'de düzenlenen "*Mala Zarar Verme*" zarar suçları ile çalışmaya konu suç arasındaki içtima ilişkisi olacaktır. Kanaatimizce tehlike suçları ile zarar suçları arasındaki içtima ilişkisi ele alınırken başlı başına suçla korunan hukuki değerden hareketle bir belirleme yapmak her daim adil neticeler doğurmayacak ve isabetli olmayacaktır. Nitekim çalışma konumuz suç tipi bakımından tehlike suçu bakımından görülen ceza miktarı söz konusu örnekte yer alan zarar suçlarında görülen cezadan fazla olup bir geri çekilme söz konusu değildir. Hal böyle iken burada suçla korunan hukuki değerden hareketle bir görünüşte içtima halinin mümkün olduğu söylenemeyecektir. Keza suçların mağdurları arasında da farklılık bulunmaktadır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki örnekte yer alan zarar suçlarının koruduğu hukuki değer de KTVKK m. 74/1'de farklıdır. Hal böyle iken tehlike suçu-zarar suçu içtimasında ilişkin kesin ve genel bir kural belirlemek yerine somut olayın özelliklerine göre fiilin teklifi, söz konusu suç tiplerinin özelliği, korunan hukuki değerler gibi bütün hususların bütüncül bir şekilde ele alınması gerekecektir. Hal böyle iken gerek TCK m. 151 gerek m. 154 bakımından KTVKK m. 74/1 arasındaki içtima ilişkisi ele alınırken korunan hukuki değerlerin, mağdurun farklı oluşu ve fiilin teklifinin somut olayda mümkün olması/oluşu nedeniyle burada TCK m. 44 anlamında tek bir fiil ile birden fazla farklı suç oluştuğu için fikri içtima hükümleri gereğince fail en ağır olandan cezalandırılacaktır.

Bu suç bakımından görünüşte içtima halleri ele alındığında gündeme gelebilecek temel tartışma konularından biri ise 74. maddenin birinci ve ikinci fıkrası arasındaki içtima ilişkisidir. Kanaatimizce burada somut olayda her iki suçun da koşullarının oluşması halinde artık tüketen norm-tüketilen norm ilişkisi olduğundan birinci fıkradan failin cezai sorumluluğu doğacaktır. Yine burada bir diğer değerlendirilmesi gereken ilişki KTVKK m. 65/1 ile m. 74/1 arasındaki ilişki olacaktır. Kanaatimizce burada da somut olayda her iki suçun da koşullarının oluşması halinde artık tüketen norm-tüketilen norm ilişkisi söz konusu olacaktır. İçtima bakımından son olarak KTVKK m. 67 ve 68 ile m. 74/1 arasındaki içtima ilişkisi ele alındığında ifade etmek gerekir ki iki farklı suç oluştuğu için gerçek içtima gereği fail her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Bu suç bakımından etkin pişmanlık mümkün olup kanun koyucu KTVKK 74. maddenin 3. ve 4.fikrasında iki farklı etkin pişmanlık düzenlemesi yapmıştır. KTVKK 74. maddenin 3. fıkrası hem izinsiz kazı ve sondaj yapma suçu hem de izinsiz define araştırmak suçu bakımından geçerli iken 4. fıkrası yalnızca izinsiz define araştırmak suçu bakımından geçerlidir.



**KAYNAKÇA**

- Artuç**, Mustafa: Özel Ceza Yasaları Pratik Kitap, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Bacaksız**, Pınar: “Türk Ceza Hukuku’nda Teşebbüs ve İştirak”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:26, Aralık 2014, s. 249-252.
- Bal**, Nimet: “Selmanlı Tümülüsü Kurtarma Kazısı”, Müze Çalışmaları ve Kurtarma Kazıları Sempozyumu, 14-17 Kasım 2013 Adana, Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü Yayınları, <https://kvmgm.ktb.gov.tr/Eklenti/31925,muzecalis22.pdf?0>, s.337-349.
- Ceylan**, Ümit: “Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Kaçakçılığı Suçu (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m.32, 68)”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008.
- Cinemre**, Okan: “2012 Yılı Akyurt – Kalaba Tümülüsü Kurtarma Kazısı”, Müze Çalışmaları ve Kurtarma Kazıları Sempozyumu, 14-17 Kasım 2013 Adana, Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü Yayınları, <https://kvmgm.ktb.gov.tr/Eklenti/31925,muzecalis22.pdf?0>, 349-365.
- Çelen**, Ömer: Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail- Yardım Eden Ayrımı), Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Çolak**, Nusret İlker: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Doğan**, Koray, “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu”, TAAD, Yıl: 5, Sayı: 16 Ocak 2014, s. 1-38.
- Eröksüz**, Can: Arkeolojik Sit Alanları, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Ersoy**, Uğur: “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 41 Ocak 2020, s. 27-64.
- Göktürk**, Neslihan: Fikri İçtima (Suçların İçtimai), Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Güleç**, Sesim Soyer: “Türk Ceza Kanunu’nda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 1, 2008, s. 59-91.
- Günay**, Erhan: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasasındaki Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

- Kanadoğlu**, Sabih: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Kanbur**, Mehmet Nihat: “Kültür ve Tabiat Varlıklarının Yurt Dışına ıkarılma Yasasına Muhalefet Suçu (KvTVKK m.32 ve m.68)”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2007.
- Katoğlu**, Tuğrul: Ceza Hukuku ve Kültür Varlıkları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Koca**, Mahmut/**zlmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geğirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Köken**, Enes: Kültür&Tabiat Varlığı/ Define Kavramları ile İzinsiz Araştırma, Kazı ve Sondaj Yapmak Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- zbek**, Veli zer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- zdemir**, Adil: Sondaj Tekniğine Giriş, 2. Baskı, Mattek Matbaacılık, Ankara 2009.
- zkepir**, Ramazan/**Hürmüz**, Peyman: İçtihatlı zel Ceza Kanunları, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Sancakdar**, Oğuz: Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku (Teorik ve Uygulamalı Bir Yaklaşım), Güncellenmiş 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Sancakdar**, Oğuz/**Yağcı**, Pınar/**Taşyıldız**, şükür/**ırak**, Ezgi: Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Szier**, Adem: “Türk Ceza Kanunu’nda ngrlen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:2, 2014, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48103/608287>, s. 230-233.
- Ülgen**, Mert: “Kültür ve Tabiat Varlıklarının Ticareti ve Yurt Dışına ıkarılması Suçları (KTVKK m. 67/2, 67/3, m. 68)”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- Yağcı**, Ali/**Taş**, Rabia/**Kılıç**, Tuğçe: (Açıklamalı-İçtihatlı) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.



**HUKUKUN İSTİKAMETİ\***

(Çeviri)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1089775>**Oliver Wendell Holmes Jr.\*\***  
**(Çev.) Berk ÖZÇELİK\*\*\***

\* Bu konuşma, Massachusetts Yüksek Mahkemesi Hâkimi Mr.Holmes tarafından, 8 Ocak 1897 tarihinde, Boston Üniversitesi Hukuk Okulunun yeni salonunun açılış töreninde yapılmıştır. Makalenin özgün kimliği: "The Path of Law," *Harvard Law Review*, Vol. 10, No. 8 (1897), pp. 457-478 DOI: <https://doi.org/10.2307/1322028>

\*\* 1841-1935. Amerikan iç savaşı öncesinde Harvard'da edebiyat eğitimi gören Holmes, savaş yıllarının ardından yine Harvard bünyesinde hukuk eğitimi almaya başladı. Mezuniyetinin ardından bir süre avukatlık yapan Holmes, daha sonra Massachusetts Yüksek Mahkemesinde yargıçlık yapmaya başladı. Bu göreviyle eş zamanlı olarak Harvard'da dersler verdi. Massachusetts Yüksek Mahkemesinde baş yargıçlığa kadar yükseldiği 20 yılı aşkın sürenin ardından ABD başkanı T.Roosevelt'in adayı olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi hakimliğine seçildi. 1902 yılından emekli olduğu 1932 yılına kadar bu görevini sürdürdü. Emekli olduğunda 91 yaşına basmak üzereydi. Holmes 1881'de yayınladığı Common Law adlı eserinde hukuki sorumluluğu ilkel toplumlara kadar götürdü ve ahlaki sorumluluğun yasal sorumluluktan ayrıldığı günümüz toplumlarının farklı nitelikte çözümlere gereksinim duyduğunu söyledi. Hukuk ve ahlak arasındaki ayırımı dikkat çeken Holmes, ahlaki kıstasların hukukçuyu yanlış yollara sürükleyebileceğine işaret etmiştir. Hukuki ve ahlaki idealarn benzeşimi istisnai niteliktedir. Ortaya koyduğu öngörü (prediction) teorisiyle ona göre hukuk, mahkemelerin ne yapacaklarını öngörmekten başka bir şey değildir. Holmes'e göre hakim sosyal avantajları da göz önünde bulundurarak değerlendirme yapmalıdır. Böyle bir hakim kararı öngörü teorisin amacına uygun olacaktır. Buradan sonra ortaya koyduğu kötü insan (bad man) teorisiyle hukuka yalnızca maddi neticeleri öngören biri gibi bakılması gerektiğini söyledi. Bu teoriye göre vicdani yaptırımlar bizim alanımızın dışındadır, bizi ilgilendiren sadece mahkemelerin vereceği kararlardan nasıl etkileneceğimizdir. Holmes ortaya koyduğu bu oldukça pragmatist bakış açısıyla hukuki realizmin öncülleri arasında sayılabilir. Çağdaşı Roscoe Pound onu ağırlıklı olarak sosyolojik yaklaşımın temsilcisi olarak görmektedir. Max Rodin'e göreyse Holmes hukuki realizmin kurucusudur. Biyografik bilgiler için bkz. <https://www.britannica.com/biography/Oliver-Wendell-Holmes-Jr>

Holmes ve hukuki realizm üzerine değerlendirmeler için bkz. Wilfred E. Rumble Jr, *Journal of the History of Ideas*, Vol. 26 No. 4 (1965), pp. 547-566; Hamide Topçuoğlu (1969), *Hukuk Sosyolojisi* C. I. (3.baskı). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no. 174; Ülker Gürkan (1967), *Hukuki Realizm* Akımı. Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no. 225.

\*\*\* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, İstanbul (bozcelik5@gmail.com) ORCID: 0000-0002-4870-0036 (Geliş Tarihi: 03.12.2021-Kabul Tarihi: 28.01.2022) Yazar, *eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

**Öz**

Amerikan hukuki realizminin öncüsü olan Holmes bu çalışmasında, hukukun niteliğini sosyolojik bir yaklaşımla açıklamaya çalışmaktadır. Yazar hukuki işleyişin dinamiklerini saptarken sosyal olguları dikkate alarak hareket etmiştir. Sosyal olguların hakimler tarafından dikkate alınması hukukun işleyişinin önemli bir gelişim dayanağı olacaktır. Bu sayede mahkeme kararları daha işlerlik kazanacaktır. Hukuk ve ahlak arasındaki karmaşaya da dikkat çeken yazar, bu karmaşanın hukuki değerlendirmeleri büyük yanlışlara sürüklediğini bundan kurtulmak için hukuki kavramların otonomisini sağlamak gerektiğini söyler. Kavramların niteliklerini maddi neticelere bakarak değerlendirmek daha doğru olacaktır. Holmes, bu makalesinde pragmatist bir bakış açısıyla bu sorunları değerlendirmiştir. Özetle Holmes tarafından dile getirilen hukuk anlayışı hukukun toplumsal gelişime paralel gitmesini sağlama çabasından başka bir şey değildir.

**Anahtar Kelimeler**

*Holmes, Amerikan Hukuki Realizmi, Sosyolojik Hukuk İlmi, Ahlak, Common Law*

**THE PATH OF LAW**

*(Translation)*

**Abstract**

*Holmes, the pioneer of American legal realism, tries to explain the nature of law with a sociological approach in this work. While determining the dynamics of the legal process, Holmes going by taking into account the social facts. Consideration of social facts by jugdes will be an important development base for the treatment of law. By this way, court decisions will become more functional. The author who is drawing attention to the confusion between law and morality, says that this confusion leads to great errors in legal evaluations and that in order to get rid of this, it is necessary to ensure the autonomy of legal concepts. It would be more accurate to evaluate the qualities of the concepts by looking at the material results. Holmes evaluated these issues from a pragmatist point of view in this article. In summary, the understanding of law expressed by Holmes is nothing but an effort to ensure that law goes parallel with social development.*

**Keywords**

*Holmes, American Legal Realism, Sociological Jurisprudence, Morality, Common Law*

Biz hukuk üzerine çalışırken, bir gizemle değil oldukça bilinen bir uzmanlık alanı üzerine çalışıyor oluruz. Hakimlerin huzuruna hangi isteklerle çıkacağımız ya da insanları mahkemelerden uzak tutacak tavsiyeler üzerine çalışırız. Bunun meslek sayılmasının, insanların kendilerini savunmaları için avukatlara ödeme yapmalarının sebebi, bizimki gibi toplumlarda kamu gücünün belirli vakalarda yargıçlara emanet edilmesi ve gerektiğinde yasaların ve hükümlerin uygulanması için devletin tüm gücünü ortaya koymasıdır. İnsanlar hangi şartlar altında olduklarını, karşılarındaki kendilerinden çok daha güçlü riskin ne kadar uzakta olduğunu bilmek istiyor ve bu tehlikenin ne zaman korkulacak düzeye erişeceğini bilebilmek bir uzmanlık haline geliyor. O halde çalışmamızın konusu bir öngörü, kamu gücünün mahkemeler aracılığıyla ne sıklıkla ortaya çıkacağı öngörüsüdür.

Çalışmamızın araçları, burada ve İngiltere’de geçmişte altı yüz seneye uzanan ve aralarına her yıl yüzlercesi eklenen birtakım raporlar, antlaşmalar ve yasalar. Bu kehanetle ilgili sayfalarda, geçmişte görülen davalarda oluşan dağılmış kehanetler toplanır. Bunlar uygun bir şekilde hukukun vahiyleri olarak adlandırılır. Hukuki düşünüşün her yeni çabasının en önemli ve neredeyse tüm anlamı, bunları daha kesin bir hale getirip genelleştirip tümüyle bağlantılı bir sistem haline getirmektir. Avukatın vakıya ilişkin beyanından itibaren ilk aşama, müvekkilinin hikayesindeki dramatik unsurların elenip yalnızca hukuki mahiyetteki olguların bırakılıp nihai analizi ve hukuk ilminin soyut, tümel, teorik açıklamalarını içerir. Mrs. Quickly’nin yaldızlı kadeh ve kömür ateşinden bahsedilmesi gerektiğinden emin olmasına rağmen, avukatın müvekkilinin sözleşmeyi yaparken beyaz bir şapka giydiğinden bahsetmemesinin sebebi, müvekkilinin kafasında ne olursa olsun kamu gücünün aynı yönde hareket edeceğini öngörmesindedir. Geçmişin öğretilerinin genel çerçevelere oturtulup ders kitaplarında toplanması ve yasaların genel formlarda yapılması kehanetleri daha kolay hatırlanabilir ve anlaşılabilir kılar. Hukuk ilminin ilgilendiği temel hak ve ödevler sadece kehanetlerdir. Şimdi söyleyeceğim hukuki ve ahlaki düşünceler arasındaki karışıklığın en kötü etkilerinden biri, bu teorinin arabayı atın önüne koymaya eğilimli olması<sup>1</sup>, hak veya yükümlülükleri ihlal neticeleri haricinde ve bağımsız bir halde ele alması ve müeyyideleri sonradan eklemesidir. Ancak göstermeye çalıştığım gibi, hukuki yükümlülük bir adamın belirli şeyleri

<sup>1</sup> Orj: “get the cart before the horse”. İşleri yanlış sırayla yapmak anlamına gelen bir deyim. – ç.n

yapması ya da ihlal etmesi sebebiyle acı çekeceğini, hukuki bir hak sebebiyle yargılanacağını öngörmektir.

Öngörülerimizi genelleyip, bir sisteme dönüştürdüğümüzde bunların sayısı kontrol edemeyeceğimiz bir boyutta değildir. Bunlar, kendilerini makul bir sürede uzmanlaşılacak birtakım dogmalar olarak sunarlar. Sürekli artan raporların sayısından korkmak büyük bir hatadır. Bir nesil boyunca verilmiş yargı kararları hukukun neredeyse tamamını içermekte ve o günün bakış açısını özetlemektedir. Eğer elimizdeki tüm külliyat yanmış olsaydı biz bunlardan faydalanarak külliyatı yeniden oluşturabilirdik. Hakkında bitirmeden evvel konuşacak olduğum geçmiş kararların kullanımı, geniş ölçüde tarihseldir.

Yapabilirsem, hukuk olarak adlandırdığımız bu birtakım dogmalar ve sistematik öngörülerini çalışanlar ve bunu geleceklerini kestirebilmek maksadıyla araç olarak kullanmak isteyenler için temel ilkeler koymak ve çalışmayla ilgili olarak hukukumuzun henüz erişmemiş olduğu bir ideali göstermek isterim.

İlk olarak bunu ciddi bir şekilde anlayabilmek için işin sınırlarını anlamak gerekir dolayısıyla kanaatimce bazen bilinçli bir teori boyutuna ulaşan ancak genellikle bu aşamaya gelmeden detaylarda boğulan ahlak ve hukuk karmaşasını yok etmek uygun bir tercih olacaktır. Açıkça görebilirsiniz ki kötü bir insan da kamu gücüyle karşılaşmaktan kaçınmak için iyi bir insan kadar sebebe sahiptir; bu bağlamda ahlak ve hukuk arasındaki farkın pratik önemini görebilirsiniz. Komşuları tarafından hiçbir etik kuralı umursamadığı görülmüş bir adam bile büyük ihtimalle para ödemekten kaçınmak için iyi bir anlaşmayı ve hapisten uzak durabilmeyi umursar.

Dinleyicilerimin bu alaycı bir dille söylediklerimi yanlış anlamadığını kabul ediyorum. Hukuk manevi hayatımızın tanığı ve harici teminatıdır. Bunun tarihi ahlakın nesiller boyu gelişiminin tarihidir. Bunun uygulaması, yaygın küçümsemelere rağmen iyi vatandaşlar ve iyi insanlar yetiştirme eğilimindedir. Hukuk ve ahlak arasındaki farkı vurgularken aynı zamanda hukuku öğrenme ve anlama bakımından tek bir yol göstermiş oluyorum. Bu amaçla kesinlikle bunun özellik arz eden noktalarında uzmanlaşmalısınız bu nedenle sizlerden bir an için diğer ve daha büyük şeylere kayıtsız kaldığınızı düşünmenizi isteyeceğim.

Tüm matematiksel ayırımların sonsuzlukta yok oluşu gibi, hukuk ve ahlak arasındaki ayırma ilişkin tali nitelikte ya da önemsiz daha geniş bir perspektifin bulunmadığını söylemiyorum. Ancak bu ayırımın, sınırları anlaşılmalı ve sınırları belli birtakım dogmalar olarak ele aldığımız hukuk

üstüne uzmanlaşmak ve onu doğru çalışmak için en önemli ayırım olduğunu söylüyorum. Az önce ifade ettiklerimin pratik sebeplerini gösterdim. Sadece hukuku anlamak istiyorsanız hukuka, hareketleri için hukuki ya da hukuki olmayan sebepleri, belirsiz vicdani yaptırımları göz önüne alarak davranan iyi biri gibi değil, sadece bilgisi dahilinde öngörebildiği maddi sonuçları önemseyen kötü bir adam gibi yaklaşmanız gerekir. Öznenin mantığını doğru kavrayabilmek istiyorsanız bu ayırımın teorik önemi azımsanamaz. Hukuk tamamen ahlaki deyişlerle doludur ve biz zihnimizden önce bir engelimiz olmadığından eminken, dilin saf gücü bizi konuyu tam kavrayamadığından bir alandan diğer bir alana geçmeye zorlar. Hukuk haklar, ödevler, kötülük, kast, ihmal ve daha basit olmayan benzer kavramlar hakkında konuşur ve şöyle söyleyebilirim hukuki düşünüşte daha yaygın olarak bu kavramları ahlaki anlamlarında kullanmak argümanın bazı aşamalarında hata yapmaya sebep olur. Örneğin, ahlaki düşünüşle bir adamın haklarından bahsederken bireysel özgürlüğünün sınırlarının vicdanen belirlendiğini -ya da idealimiz ne şekilde oluştuysa- düşünürüz. Zamanın en aydınlanmış fikirlerinin karşı olduğu veya tüm uygulaması ahlakın çizdiği sınırları aşan hukuklar uygulanmış ve kuvvetle muhtemel bazıları halen uygulanmaktadır. Dolayısıyla, ahlaki anlamda bir insanın hakları ile anayasal ve hukuki haklarının eşit olduğu kabul edilirse düşünüşün karmaşası buradan doğabilir. Şüphesiz ki anayasal bir yasak bulunmamasına rağmen bazı olağan ve olağanüstü öngörülebilir vakalarla ilgili yasalar oluşturmaya yasa koyucunun gücü yetmez; zira toplum isyan ve karmaşaya sürüklenebilir, dolayısı ile bu bize hukukun ahlakın parçası değil ahlak tarafından sınırlandırıldığı tezi için bir miktar akla yatkınlık sağlamaktadır. Ancak bu gücün sınırları herhangi bir ahlaki sistemle eşdeğer genişlikte (coextensive) değildir. Çoğunlukla bir sistemin sınırları dahilinde kalır, bazı durumlarda bunun ötesine geçer çünkü sınırları birtakım insanların belirli bir zaman içindeki davranışları belirler. Bir keresinde merhum Profesör Agassiz'in bira fiyatlarına iki sent zam yapılsaydı Alman toplumunun ayaklanacağını söylediğini duymuştum. Böylesi bir durumda yasa yanlış olduğu için değil uygulanmadığı için geçersiz olacaktır. Hiç kimse yanlış yasaların olabildiğini ve uygulanabildiğini reddetmeyecektir ancak hangi yasaların yanlış olduğu konusunda fikir birliğine tam anlamıyla varılamaz.

Uğraştığım karmaşa açık bir şekilde hukuki kavramlarla kuşatılmıştır. Temel bir soruyu ele alalım; Hukuku ne meydana getirir? Hukukun Massachusetts ya da İngiltere mahkemelerinin verdikleri kararlardan farklı bir şey olduğunu, kararlarda görülebilen ya da görülemeyen, birtakım gerekçeler sistemi, etik ilkelerden ya da kabul edilen veya edilmeyen aksi-



yomlardan seçmeler olduğunu söyleyen yazarlarla karşılaşacaksınız. Eğer kötü insanın bakış açısını ele alacak olursak arkadaşımızın, onun aksiyom ya da etik neticelerini önemsemediğini ancak Massachusetts ya da İngiltere mahkemelerinin bu durumda muhtemelen ne yapacaklarını bilmek istediğini göreceğiz. Ben de onun gibi düşünüyorum. Hukuk olarak ifade ettiğim mahkemelerin bilfiil ne yapacağını öngörmekten daha iddialı bir şey değildir.

Genelde hukukun içerdiği en geniş kavram olarak anlaşılmış bir fikri tekrar ele alalım: bahsetmiş bulunduğum hukuki ödev kavramı. Kelimeyi ahlaki kıstaslarla dolduruyoruz. Ancak bu kötü bir insan için ne demektir? İlk olarak belirli davranışları gerçekleştirdiğinde tutuklanması veya tazminat borcuna maruz kalması gibi nahoş neticeleri öngörmek gelecektir. Ancak onun bakış açısından para cezasına çarptırılmak ile belirli bir şeyi yaptığı için vergilendirilmek arasındaki fark nedir? Onun bakış açısına göre hukuksal ilkelerin uygulanışı, mahkemelerin yasal zorunluluk olarak para cezası veya vergilendirme üzerine yaptığı tartışmalarda ortaya çıkar. Bu sorunun cevabı, kararların hukuki olarak doğru veya yanlış olmasına ve adamın yükümlülük altında veya özgür olmasına bağlıdır. Ceza yasalarını bir kenara bırakacak olursak, *the mill acts and statutes*<sup>2</sup> ya da kamulaştırmayı düzenleyen yasaların doğurduğu yükümlülükler ve geri dönüşü mümkün olmayan yanlış tayin edilmiş mülkiyetin doğurduğu yükümlülük arasındaki fark nedir? Her iki durumda da mesele şundan ibarettir; bir başka adamın mülkiyetini alan topluluk jürinin belirlediği değeri ödemek zorundadır. Hukukun bakış açısına göre birini doğru birini yanlış olarak adlandıran ayırım nedir? Zorunlu ödeme kararı verildiği sürece, eylemin bir övgü veya kabahat olarak tanımlanması ya da yasanın bunu yasaklaması ya da izin vermesi önemli değildir. Kötü insanın bakış açısından konuşmaya devam edelim; eğer bunların bir önemi varsa, bir vaka sebebiyle olması gerekir ve yasanın eylemiyle ilgili başka bir dezavantajlı durum ya da daha ileri bir yaptırım sebebiyle olmamalıdır. Şimdiye kadar görebildiğim, bununla ilgili diğer dezavantajlar, çok önemli olmayan ve fazla çaba harcanmadan çürütülebilecek iki hukuk doktrininde görülür. Bunlardan biri, yasaklanmış eylemi içeren sözleşmenin geçersizliği, diğeri ortaklaşa bir zarara sebebiyet verenlerden zararı tazmin edenlerin diğer ortaklara rücu edememesidir. Kanaatimce hepsi bu kadar. Ödev kavramının belirsiz çemberini kuşkucu bir dil (cynical acid) ile yıka-

<sup>2</sup> 18. yüzyılda başlayan, özellikle Kuzey-Güney Savaşı sonrasında sayıları artan, özel kişilere başkasının arazisi üzerinde değirmen ve sanayi tesisi kurma izni veren yasalar. Bu yasalar, ırmak kıyısında ve ırmağa suyun enerjisini kullanmak üzere baraj vb. tesis yaparak başkasının arazisine su değirmeni kurma imtiyazı olarak başladı. – ç.n

dığımızda, çalışmamızın amacı -hukukun eylemleri- hariç her şeyi dışarıda bıraktığımızda, çemberin nasıl küçülüp kusursuzlaştığını görürüz.

Hukuki ve ahlaki fikirler arasındaki karışıklık hiçbir alanda sözleşme hukukunda olduğu kadar belirgin değildir. Bu arada, yine burada sözde temel hak ve ödevler, açıklanabilen, belirlenebilen şeyler yerine mistik anlamlarla belirlenmiştir. *Common Law* sisteminde sözleşmeye uygun davranma ödevi, sözleşmeye aykırılık halinde zararı tazmin etmeyi öngörmekten başka bir anlam içermez. Eğer bir haksız fiilde bulunursanız, bu zararı gideci edimi yerine getirmek zorundasınız. Eğer bir sözleşmeyi ihlal ederseniz yol açtığınız zararı karşılamak zorundasınızdır, tüm fark bundan ibarettir. Ancak meseleye böylesi bir bakış, etik kuralları önemsemenin kendilerine hukuken bir avantaj sağlayacağını düşünenlerin burunlarına kötü kokular gelmesiyle sonuçlanır. Nasıl olursa olsun, birçok vakada olduğu gibi bu, benim de katıldığım gibi, Lord Coke<sup>3</sup> için yeterince iyiydi. İngiliz Kraliyet Mahkemesinde (King's Bench) görülen *Bromage v. Genning* davasında, Galler sınırlarında görülen kiralamaya ilişkin bir davada aynen ifa talebine karşı ret kararı istendi; Coke bunun sözleşmeyi yapanın, zararı gidermenin yahut kiralamayı gerçekleştirmenin kendi kararı oluşunu bozacağını söyledi. Davacı vekili Harris, meseleyi vicdanına aykırı ele aldığını itiraf etti ve ret kararı verildi. Bu şu an istediğimiz noktadan daha öteye geçiyor ama, Mr. Harriman'a rağmen, naçizane düşüncem oldukça hünerli sözleşmeler üzerine kitabında yanılarak farklı bir sonuca vardıdır; söylemeye çalıştığım şeyin başlangıcından itibaren *Common Law* bakış açısı olduğunu gösteriyor.

Sadece *Common Law* için konuştum; çünkü burada medeni yükümlülüklerin anlaşılabilir mantiki gerekçelerini bulabileceğimiz bazı vakalar vardır. Birinin mahkeme emrine uymadığı, adaletin mahkeme emriyle kişiyi zorla hapse koyduğu yahut başka türlü cezalandırdığı durumlar görece az sayıdadır. Ancak ben genel teorinin istisnalara göre şekillendirilmesini doğru bulmuyorum; ve bence kehanetlerimizi hukukun yaygın olarak dayattığı bu uygun olmayan kavramlarla ifade etmektense bütünüyle temel hak ve ödevlerin bizi rahatsız etmelerini engellemek daha iyi olacaktır.

Ahlak, kötü niyet, kasıt, ihmal kavramlarının hukuki kullanımından bahsetmişim. Kötü niyetin -biz hukukçuların haksız fiil hukuku olarak adlandırdığı- medeni yükümlülük anlamındaki kullanımını incelemek bize kavramların ahlaki ve hukuki farklılıklarını göstermek için yeterlidir ve ayrıca birbiriyle çok az ya da hiç ilgili olmayan prensiplere aynı isimlerin

<sup>3</sup> 16. Yüzyılda yaşamış İngiliz hukukçu. – ç.n

verilmesiyle aradaki farkın nasıl yok olduğunu gösterir. Bundan üç yüz sene önce, bir papaz verdiği vaazda Foxe'nin *Book of Martyrs*'ndan (Şehitler Kitabı), azizlerden birinin işkence görerek ölmesine yardım edip daha sonra telafi edici ruhsal işkence çekerek ölen bir adamın hikayesini anlattı. Foxe'nin yanıldığı ortaya çıktı. Adam yaşıyordu, tesadüfen vaazı duydu ve papaza karşı dava açtı. Baş yargıç Wary jüriye sanığın sorumlu olmadığını çünkü vaazın kötü niyetle anlatılmadığını söyledi. O kötü niyeti belirtirken bunu ahlaki anlamda kullandı. Ancak günümüzde hiç kimse, kötü niyetli olmayan birinin yol açtığı maddi zararlardan sorumlu tutulamayacağını düşünmez. İleri sürülen iddiaları belirlerken, hala sanığın davranışını kötü niyetli bulmalıyız; ancak, en azından ben öyle düşünmekteyim, bu kelime saiki ve hatta davalının geleceğe yönelik tutumunu göstermez ama davranışının niteliğinin açık şekilde belirli şartlar altında müştekinin zararına yol açma eğiliminde olmasını gösterir<sup>4</sup>.

Sözleşme hukukunda ahlaki ifadelerin kullanılması, kısmen gösterdiğim gibi aynı kargaşaya yol açtı. Ahlak kuralları, bireyin gerçek iç durumuyla, neyi istediğiyle ilgilenir. Romalılar döneminden bu yana bu ilgi, sözleşme hukukunun dilini etkilemiş ve bu dil düşünceye etki etmiştir. Sözleşmeden taraflarının iradelerinin uyuşmaları olarak bahsediyor ve bu yüzden iradelerin uyuşmadığı için var olmayan sözleşmeler karşımıza çıkıyor; çünkü ya taraflar farklı şeyler istiyor ya da taraflardan biri diğerinin rızasını bilmiyor. Yine de hiçbir şey, tarafların ikisinin de niyet etmediği bir durumun varlığı olsa ve taraflardan biri diğerinin rızasını bilmese de tarafların sözleşmeyle bağlı olabileceğinden kesin değildir. Zamanını belirtmeden bir konferans verilmesini öngören bir sözleşmenin usule uygun biçimde yapıldığını düşünelim. Taraflardan biri edimin bir seferlik ve bir hafta içerisinde gerçekleşeceğini düşünüyor. Diğer taraf kendisi müsait olduğunda gerçekleşeceğini düşünüyor. Mahkeme ise uygun bir vakitte anlam ifade edeceğini söylüyor. Taraflar sözleşmeyi mahkemenin söylediği şekilde yorumlamasalar da mahkemenin yorumuyla bağlıdır. Kanaatimce, sözleşmelerin iki tarafın irade uyuşmalarına değil, iki tarafın dışa yönelik beyanlarına -ancak bu beyanlar tarafların aynı şeyi kastettiklerini değil aynı şeyi söylediklerini gösterir- ve resmi şekle bağlı olduğunu anlamadan genel sözleşme teorisini tartışmak ya da birtakım temel soruları sorabilmek mümkün değildir. Dahası, beyanlar bir duyuya yönelik olabilir -görme ya da duyma gibi- ve beyanın doğası gereği beyan sözleşmenin yapıldığı ana da bağlı olacaktır. Eğer bu beyan elle tutulur somut bir şeyse, örneğin bir mektupsa, sözleşme kabul

<sup>4</sup> Bkz. *Hanson v. Globe Newspaper Company*, 159 Massachusetts 293-302.

mektubu teslim alındığında gerçekleşir. Eğer tarafların isteklerinin buluşması gerekiyorsa, kabul mektubunun üçüncü bir kişi tarafından kaçırıldığı bir durumda sözleşme oluşmayacaktır.

Şu an teoriyi ayrıntılı olarak tartışmanın, bu genel bakışlarda ortaya çıkan besbelli şüphelerin ve sorunların cevaplanmasının zamanı değil. Biliyorum, bunların hiçbirini cevaplamak kolay değil ancak ben şu an birtakım ipuçlarıyla, hukuk doktrininin dar istikametini ve iki gizli tehlikeyi -ki bence tehlikeli bir biçimde yan yanlardır- aydınlatmaya çalışıyorum. Bunlardan ilkiyle ilgili yeterince konuştum. Umarım açıklamalarım ahlak ve hukuk karmaşasının teorik ve pratik tehlikelerini ve hukuki dilin yolumuza kurduğu tuzakları göstermiştir. Kendi açımdan, ahlaki anlamı olan kelimelerin hukuktan tamamen çıkarılmasının ve hukuki ideaları iletecek kelimelerin başka hiçbir alandan etkilenmemiş olmasının bir kazanç olup olmadığı konusunda sık sık şüphe duyarım. Bir hayli çok olan tarihin fosil kalıntılarını ve etik ilişkilerden gelen heybeti silmeliyiz ancak kendimizi gereksiz bir kafa karışıklığından korumak için zihnimizin açıklığından oldukça faydalanmalıyız.

Hukukun sınırları için bu kadar yeterli. Tartışmak istediğim sıradaki şey, bunun içeriğini ve büyümesini belirleyen kuvvetlerin ne olduğudur. Siz de hukuku telaffuz eden ilk insanlar yargıçlar olsa bile, Hobbes, Bentham ve Austin gibi hukukun iktidardan doğduğunu sanabilirsiniz ya da *Zeitgeist'in*<sup>5</sup> sesi ya da neyi beğeniyorsanız o olduğunu düşünebilirsiniz. Bunların hepsi benim şu anki amacım bakımından aynıdır. Her hüküm despot ve tuhaf bir zihne sahip bir egemenin yaptırımına ihtiyaç duysa bile, yine de öngörülerle, bazı emirleri keşfetmekle, rasyonel açıklamalarla ve onun koyduğu kuralları geliştirmekle ilgili ilkelerle ilgilenmeliyiz. Her sistemde böylesi açıklamalar ve ilkeler bulunabilir. Bunlarla ilgili, açıklamanın önemli olduğunu düşündüğüm ikinci bir büyük yanılgı bulunuyor.

Bahsettiğim yanılgı, hukukun gelişiminde tek gücün mantık olduğu düşüncesidir. Aslında bu, en geniş anlamıyla doğrudur. Evren hakkında kabul ettiğimiz varsayım, tüm fenomenler arasında ve bunların nedenleri ve etkileri arasında sabit nicel ilişkiler olduğudur. Böylesi ilişkilere sahip olmayan bir fenomen varsa bu bir mucizedir. Bu, nedensellik ilkesinin dışındadır bu nedenle düşünce gücümüzü aşar ve muhakeme edebileceğimiz yahut ilerleme noktası olarak kabul edebileceğimiz bir şey değildir. Evren hakkında düşünmemizin koşulunu, rasyonel düşünebilme kapasitemiz belirler; başka kelimelerle söyleyecek olursam, bu durumun tüm sebep ve

<sup>5</sup> Zamanın ruhu. – ç.n

sonuçlarını en aşına olduğumuz şeyler belirler. Yani en geniş anlamda, her şey gibi hukukun da mantıksal bir gelişim olduğu doğrudur. Bahsettiğim tehlike, diğer fenomenleri yöneten ilkelerin hukuku yönettiğini kabul etmez; fakat bizimki gibi verili bir sistemde bazı genel aksiyomların örneğin matematik gibi çözülebilmek imkânı vardır. Bu okulların bir hatasıdır ancak onlarla da sınırlanmış değildir. Bir keresinde çok saygın bir yargıcın doğrulduğundan kesinlikle emin olana kadar hüküm vermediğini duymuştum. Dolayısı ile yargıda talep tarafları, taraflardan birinin hesabını düzgün yapmadığı ve eğer taraflar biraz daha çaba gösterebilirlerdi hüküm kaçınılmaz olacakmış suçlamasıyla sıklıkla hedeftedir.

Bu tarz bir düşünüş oldukça doğaldır. Hukukçuların eğitimi mantık eğitimidir. Mukayese, ayırım, tündengelim süreçleri genellikle bireysel olarak ilerler. Yargı hükmünün dili esasen mantığın dilidir. Ve mantıki yöntem ve biçim, her zihinde olan kesinlik ve huzur arzusunu destekler. Ancak kesinlik bir yanlısamadır, huzur ise insanın kaderi değildir. Mantıki biçimin arkasında, ilgili değer ve hukuki sebeplerin yarışmasının önemine dair bir yargılama vardır, genellikle anlaşılabilir ve bilinçsiz bir yargılama; bu doğrudur yine de bu sürecin kökü ve hassas noktasıdır. Herhangi bir sonuca mantıki form verebilirsiniz. Bir sözleşmeyle herhangi bir durumu belirtebilirsiniz. Ancak bunu neden belirtirsiniz? Bu topluluğun ya da bir sınıfın uygulamalarına ilişkin inançtan veya politik fikirlerden ya da kısaca üzerinde kesin niceliksel ölçüm yapamayacağımız konuyla ilgili tutumlardan kaynaklanır ve dolayısı ile kesin mantıksal sonuçlara varılamaz. Böylesi konular, her zaman için iyi olacak saptamaları bulabileceğimiz araçların olmadığı, belirli bir yerde ve belirli bir zamanda oluşturulmuş tercihleri somutlaştırmaktan daha fazla bir şey yapamayacağımız mücadele alanlarıdır. Halkın zihnindeki ufak bir değişimin hukukumuzun ne kadar büyük bir parçasını yeniden tartışmaya açabileceğini kavrayamayız. Kabul etmeye ne kadar hazır olursak olalım hiçbir somut önerme aşikâr değildir; Mr. Herbert Spencer'in, "herkes istediğini yapmakta özgürdür ancak komşularının hakkını ihlal etmemek kaydıyla", önermesi bile.

Bir hizmetli hakkında dürüstçe bilgilendirme yapılmışsa, neden haksız ve yanlış bir ifade imtiyazlı olsun? Çünkü ifadenin özgürce verilmesi gerekliliği, bireyin diğer koşullar altında dava edilebilecek bir yanlıştan korunmasından daha önemli olduğu düşünülmüştür. Bir adam mahallesini yok edebileceğini bildiği bir işi kurmakta niçin özgürdür? Çünkü serbest rekabetin kamu yararına en iyi şekilde hizmet edildiği kabul edilmektedir. Açıktır ki, benzer değerlerle ilgili yargılamalar çeşitli zaman ve yerlere göre farklılık gösterebilir. Yargıç neden jüriye, iş sırasında sakatlanan işçinin sakatlığın-

dan ihmalkâr davranmadığı sürece işverenin sorumlu olmadığı söyler ve eğer dava jüriye intikal etmişse jüri neden çoğunlukla davacı lehine karar verir? Basiretli bir adamın yaralanmayı veya en azından tehlikeyi öngörebileceği vakalarda yasamızın geleneksel tutumu sorumluluğu sınırlamaktır; oysa toplumun genel eğilimi belirli sınıflardaki insanların güvenliklerini işverene karşı korumaktır. Son sözler yazıldığından beri, gerekliliğini gördüğüm bu tür bir sigorta, tanınmış işçi kuruluşlarından birinin programının bir parçası olarak ortaya konmuştur. Yasama politikası üzerine gizli ve biraz bilinçli bir tartışma var, eğer biri bunun tümünden gelen bir sabit olduğunu söylerse ben bunun teorik olarak yanlış olduğunu ve pratikte kabul edilemeyeceğini söylerim *semper ubique et ab omnibus*<sup>6</sup>.

Aslında, eğer bir tartışma açılırsa ne söyleyeceğimi bilmiyor olmama rağmen, teorimizin şu an bile yeniden değerlendirmeye açık olduğunu düşünüyorum. Haksız fiil hukukumuz, hukuki yargılama tarafından zararların yanlış belirlenmiş olabileceği, iftira, saldırı, genelleşmemiş yanlışlar ve benzerleriyle sarılı eski günlerden gelmektedir. Ancak bugün mahkemelerimizin meşgul olduğu haksız fiiller açıkça iyi bilinen vakalardandır. Bunlar kişiye karşı veya demiryolları, fabrikalar gibi mülkiyete karşı gerçekleşen eylemlerdir. Bunların sorumluluğu öngörülmüştür ve öncesinde veya sonrasında kamuya yük olan bedele tekabül eder. Kamu gerçekten bu bedeli ödüyorsa ve yeterince üzerinde durulursa sorumluluk problemi şöyle ortaya çıkıyor: kamu üretimini kullandığı kişilerin güvenliğini sağlamaya ne kadar isteklidir? Böylesi vakalarda davalının lehine karar çıkması genellikle bir şans eseridir, ara sıra hakem kararıyla olağan sürecin kesilmesi büyük olasılıkla vicdanlı davacının çekilmesi durumunda gerçekleşir dolayısıyla bunları geride bırakmak daha doğru olacaktır. Öte yandan bir yaşamın bile toplum için ekonomik değeri tahmin edilebilir ve hiçbir tazminin bu değeri geçmemesi gerektiğini söylenebilir. Belirli vakalarda, *Leges Barbarorum'da*<sup>7</sup> gördüğümüz yaşam ve uzuv tarifesinin daha ileri bir düzlemde taklit edileceğini düşünebiliriz.

Yargıçların sosyal avantajların önemini tartma ödevlerini yeterince yerine getiremediklerini düşünüyorum. Bu ödev kaçınılmazdır ve böylesi düşüncelerle uğraşmakla ilgili sık sık ortaya çıkan hukuki isteksizliğin sonucu, daha önce söylediğim gibi yargılamayı dayanaksız, anlaşılabilir ve sıklıkla bilinçsiz bırakır. Sosyalizm ilk kez konuşulmaya başlandığında toplumun ayrıcalıklı sınıfları oldukça korkmuştu. Bu korkunun, burada ve

<sup>6</sup> Her zaman her yerde herkes tarafından anlamına gelen latince deyiş. – ç.n

<sup>7</sup> Eski Cermen yasaları. – ç.n

İngiltere’de yargısal eylemi etkilediğinden kuşkuluyorum ancak atıfta bulunduğum kararlarda bu korkunun bilinçli bir faktör olmadığı kesin. Bence benzer bir şey, yasama organını artık kontrol edebilme ümidi kalmayan insanları, yargıya anayasanın yorumlayıcısı olarak bakmaya yöneltti ve bazı mahkemeler bu durumu görmeden yaklaşık elli sene önce geçerli olan ekonomik doktrinin kabullerine uygun ilkeler ve hukukçuların doğru olmadığını düşündüğü yasaklar ortaya koydu. Eğer hukukçuların eğitimi, onları koydukları kuralın haklı kıldığı sosyal avantaj üzerine daha yakın ve açık düşünmeye yönlendirseydi, bazen şu anda güvendikleri konumdan tereddüt edeceklerine ve tartışılması gereken önemli sorunlarda taraf tuttuklarını göreceklarine inanmaktan kendimi alamıyorum.

Mantıksal biçimin yanlıcılığı için bu kadarı yeterli. Şimdi, hukukun şu anki durumunu bir çalışma konusu olarak ele alalım ve hangi ideale yöneldiğini düşünelim. Hala ulaşmak istediğim bakış açısının uzağındayız. Henüz kimse buna ulaşmadı veya ulaşabilecek gibi değil. Biz bir felsefi tepkinin, çoğu alanı üzerinde kasıtlı, bilinçli ve sistematik sorgulama yapılmadan çantada keklik görülen doktrinlerin yeniden değerlendirilmesinin daha ilk aşamasındayız. Hukukumuzun gelişimi bir bitkinin gelişimi gibi bin yıldır sürüyor, her nesil bir sonraki kaçınılmaz adımı atıyor ve zihinler tıpkı konumuz gibi kendiliğinden, gelişen hukuka uyum sağlıyor. Olması gerektiği gibi: tamamen doğal ve doğru. Dikkate değer bir yazar olan Fransız M. Tarde<sup>8</sup> hayran olunası *Les Lois de l’Imitation* adlı kitabında gösterdiği gibi, uyma insan doğasının bir zorunluluğudur. Yaptığımız şeylerin çoğunu, atalarımızın ya da komşularımızın yapmalarının sebeplerinden daha iyi bir sebep için yapmıyoruz ve bu gerçek şüphelendiğimiz alanlardan daha geniş bir alanda geçerlidir. Bu iyi bir sebeptir ancak ömrümüzün bize yeteri kadar vakit vermemesinden ötürü en iyisi de değildir. Bu hayatımızın bazı alanlarını mantığa uymayarak düzenleyebileceğimiz ya da kolektif olarak tüm gidişat boyunca mantığa uygun davranma arzusu içinde olmamız gerekmediği anlamına gelmez; çünkü düşüncemizi ve eylemimizi dayandırdığımız inançların birçoğunu ikinci elden almak zorundayız. Hukuk söz konusu olduğunda, bir evrimcinin kendi sosyal fikirlerinin evrensel geçerliliğinden ya da yasada bulunmasını düşündüğü ilkelerden tereddüt edeceği şüphesiz doğrudur. Bunları en iyi şekilde burada ve şimdi kanıtlayabilirse memnun olur. Evrendeki mutlak bir en iyi hakkında hiçbir şey bilmediğini hatta insanlar için kalıcı bir en iyi hakkında hiçbir şey bilmediğini kabul etmeye

<sup>8</sup> Gabriel Tarde 1843-1904. Kriminoloji, sosyal psikoloji ve sosyoloji alanlarında çalışmalar yapmış Fransız düşünür. – ç.n

hazır olabilir. Yine de hukukun yapısının, içerdiği her kural hizmet ettiği neticeye göre kolay anlaşılır ve keskin bir şekilde atıfta bulunduğu ve bu neticenin istenmesinin dayanağı belirtilmiş veya ifade edilmeye hazır olduğunda, daha rasyonel ve medeni olduğu bir gerçektir.

Şimdi birçok vakada hukuk kuralının neden belirli bir şekil aldığı ve az ya da çok neden hepsinin var olduğunu bilmek istiyorsak, geleneğe yöneliriz. Bunu yıllıklarda, belki Salic Frankların geleneklerinde, tarihteki bazı yerlerde, Cermen ormanlarında, Norman krallarının isteklerinde, egemen sınıfların varsayımlarında, genelleşmiş ideaların yokluğunda takip ederiz; şimdi en iyinin bu dayanaklarla değerlendirilmesi ve insanların bunu kabul etmesinin pratik nedenlerini buluyoruz. Rasyonel hukuk çalışması, hala büyük ölçüde tarih çalışmasıdır. Tarih çalışmanın bir parçası olmak zorunda çünkü onu çıkardığımızda konumuz olan kuralların kesin alanlarını bilemeyiz. Bu akılcı çalışmanın bir parçasıdır çünkü bu aydınlatılmış bir şüpheliğin yani kuralların değerinin kasıtlı olarak yeniden değerlendirilmesinin ilk adımıdır. Bir ejderhayı gündüz vakti mağarasından bir düzluğe çıkarabilirseniz dişlerini ve pençelerini sayabilir, gücünün ne olduğunu ölçebilirsiniz. Ancak onu dışarı çıkarmak sadece ilk adımdır. Sonraki adım onu öldürerek ya da ehlileştirerek işimize yarar hale getirmektir. Hukukun akılcı çalışması için belki, kuralı tartışmadan uygulayan insan (black-letter man<sup>9</sup>) günümüzün insanı olabilir ancak geleceğin insanı istatistik ve ekonomi uzmanı olacaktır. Bir hukuk kuralı için IV. Henry zamanındaki kurala istinat etmekten daha iyi bir gerekçeye sahip olmamak sarsıntı yaratıcıdır. Dayandığı gerekçeler uzun zaman önce ortadan kalkmasına rağmen kuralın geçmişin bir kör taklidi olarak sürdürülmesi daha da sarsıcıdır. Açıklamaya çalıştığım yakın tarihli bir Massachusetts dava dosyasında teknik kuralın *ab initio*<sup>10</sup> suiistimali olduğunu düşünüyorum<sup>11</sup>.

Birkaç kelime ile açıklanabilecek olan bir hukuk kuralı ile ulaşılmak istenen sosyal amacın, kuralın bütünüyle değişmesi yerine bu kuralın formunu tarihsel aşamalarının birikiminden alması sebebiyle nasıl saklı kaldığını ve kısmen erişilebildiğini, en son bakışa atıfta bulunarak örneklemek isterim. Birinin malının bir başkası tarafından zilyetliğine geçirilmesinin engellenmesini istenilir buluyoruz ve hırsızlığı suç haline getiriyoruz. Bu kötülük, malın malikinin elinden bizzat alan biri veya malı haksız bir şekilde

<sup>9</sup> Brian Bix, Holmes'un bu ifade ile fikren doktrinlere bağlı insanı kastettiğini belirtiyor. Bkz. Jurisprudence : Theory and Context, 5th ed. 201. – ç.n

<sup>10</sup> Latince en temelinden başlamak anlamına gelen deyiş. – ç.n

<sup>11</sup> Commonwealth v. Rubin, 165 Massachusetts. 453.



ele geçiren kişi tarafından işlenmesi de ayındır. Ancak zayıf tarafla ilkel hukuk, zorbalığı önleme çabasını ilerletmekte çok çaba harcamadı ve çok doğal olarak kusurlu şekilde ele geçirmeyi, tecavüzü kendi ceza tanımlamasının içine dahil etti. Modern zamanlarda yargıçlar failin mülkü, aldatma veya hile ile ele geçirdiğinde suçun oluştuğunu savunarak bunu biraz olsun genişletmişlerdir. Bu gerçekten haksız müdahalenin gerekliliğini reddediyor ve hukukun şimdiki konusuna uygun olarak gerekliliği tümünden reddedip mantıksal yaklaşıma daha uygun kılıyor. Ancak bu çok cüretkâr bir hamleydi ve yasaya bırakıldı. Zimmete geçirme bir suç olarak kabul edildi. Ancak geleneğin kuvveti bugün zimmete geçirmenin hırsızlıktan çok farklı bir şey olarak kabul edilmesine yol açtı, bazı yargılama alanlarındaki hatalı köşeler hırsızlar için, eğer hırsızlık için suçlanıyorlarsa zimmete geçirmekle suçlanmaları gerektiğini eğer zimmete geçirmekle suçlanıyorlarsa hırsızlık için suçlanmaları gerektiğini ileri sürebilme ve bu dayanakla ayak sürüme imkanlarını açık bıraktı.

Babalarımızın cevapladığından daha iyi cevaplar bekleyen çok daha fazla temel sorular var. Mevcut formuyla ceza hukukunun zarardan çok fayda getirdiğini gösteren kör bir tahminden daha iyi neyiz var? Mahkumlara onur kırıcı davranmanın onları daha büyük suçlara itebileceğini ya da suçluya verilen para cezası veya hapis cezasının suçludan çok eşine ve çocuklarına etki edebileceği sorunlarından bahsetmeyi bırakmıyorum. Akımda daha geniş kapsamlı sorular var. Ceza caydırıcı mıdır? Suçlularla ilişkimizi uygun ilkelere göre mi sürdürüyoruz? Avrupalı modern bir kriminologlar okulu, ilk olarak *Gall*<sup>12</sup> tarafından söylenen şu formülü öne sürdü: suçtan çok suçluyu düşünmemiz gerekiyor. Bu formül bizi çok ileri götürmese de bu araştırmalar sorularımın bilime dayalı cevaplarının ilk adımlarını atıyor. Suçlu kişi bir yılanı ısırma iten güdüler gibi doğal bir zorunluluk sebebiyle dolandırıcılık veya öldürme suçları işleyecek kadar yozlaşmışsa onu klasik hapis cezasıyla cezalandırmaktan bahsetmek fuzuli laftan ibarettir. Suçludan kurtulmalıyız; o iyileşemez veya yapısal tepkilerinin tahakkümü altındadır. Öte yandan, eğer suç normal bir insan davranışı gibi taklit meselesi ise, cezalandırma onu modanın dışında tutmayı isteyecektir. Suçlular üzerine çalışmak, bazı tanınmış bilim adamlarınca halihazırda bulunan hipotezi sürdürmek için düşünülmüştür. Kalabalık yerleşim yerlerinde, örneğin iş imkanlarının çok olduğu yerler, yoğunluğun az olduğu yerlere göre bağlı suç artışının daha çok olduğu istatistiği ikinci görüş lehine kullanılmıştır. Böyle olsa bile ağırlıklı görüş şuna inanır: “Suçun niteliğinden ziyade suç-

<sup>12</sup> Joseph Gall 1758-1828. Frenolojinin kurucusu olarak kabul edilmektedir. – ç.n

lunun tehlikeliliği, suçluya karşı oluşan kaçınılmaz sosyal tepkiye rehberlik edebilecek tek makul hukuksal kriterdir.”<sup>13</sup>

Hırsızlık hukukunda göstermiş olduğum rasyonel genellemenin ayak bağı hukukun diğer dallarında olduğu gibi suç hukukunda da ortaya çıkar. Sözleşme ve benzeri şeyleri ayrı tutarak, zararlar için medeni sorumluluğa ya da haksız fiil hukukuna bakın. Böylesi bir yükümlülüğün genel bir teorisi var mıdır ya da bunu içeren vakalar teker teker sayılmış mıdır? Doğru davranışı bilmenin kolay olduğu iftira ve mülkiyete tecavüz gibi iyi bilinen birtakım haksızlıklarda olduğu gibi her haksızlığın özel tarihi var mıdır? Kurulmuş ve kabul edilmiş değil, eğilim aşamasında olmasına rağmen keşfedilmesi gereken bir genel teori olduğunu düşünüyorum. Hukukun, davacıyı korumayı reddettiği ya da davalıya ayrıcalık tanımadığı durumlar haricinde maddi zararın tazmininden sorumlu insanı, eğer bildiği koşullar altında eyleminin oluşturduğu durum genel deneyime göre açıkça tehlike oluşturuyorsa ya da kendi deneyimlerine göre -bu daha kapsamlı olabilir- tehlike oluşturduğu açıksa dava edilebilir olduğunu kabul ettiğini düşünüyorum<sup>14</sup>. Genel olarak kötü niyet, kasıt ve ihmâl, aktörün bildiği koşullar altında sadece ve açıkça tehlikenin derecesini ifade ediyor ancak bazı durumlarda ayrıcalıklı bir kötü niyet fiili bir kötü niyet anlamına gelebilir ve böylesi bir güdü bilerek zarar vermeye yol açabilir; bunun dışında kamu yararı gerekçesiyle böyle bir davranışa izin verilebilir. Ancak başka bir gün bu görüşümü seçkin bir İngiliz hakime açıkladığımda bana şunu söyledi: “Siz hukukun nasıl olması gerektiğini tartışıyorsunuz; hukukun yaptığı gibi hakkı göstermeniz gerekir, ihmalkar davranan bir adam ödevle yükümlü değilse sorumlu değildir.” Aramızdaki farklılık kelimelerin farklılığından daha fazlasıysa ya da istisna ve kural oranıyla ilgili ise, o halde ona göre fiilden sorumluluk eylemin genel eğilimine atıfta bulunamaz çünkü maddi zarar için genel açıklama yeterlidir; ancak zararın özel doğasına atıfta bulunulmalıdır ya da genel bir açıklamanın bulunmadığı eylemin aşikâr eğilimin dışındaki bazı özel şartlardan kaynaklanmalıdır. Böylesi bir bakışın yanlış olduğunu düşünüyorum ancak bu gayet yaygındır ve İngiltere’de genel olarak kabul edildiğini söyleme cesaretinde bulunabilirim.

<sup>13</sup> Havelock Ellis, *The Criminal*, 41 Garofalo’dan alıntı. Ayrıca bakınız. Ferri, *Sociologie Criminelle*, passim; cf. Tarde, *La Philosophie Penale*.

<sup>14</sup> Hukukun davacıyı korumadığı duruma şöyle bir örnek verebiliriz: Kullanımı özel şarta tabii bir yolda bir yabancı tarafından yolu kesilen insanın o hafta o yolu kullanma hakkının olmayışı. Bir hafta sonra yeni bir hak kazanacaktır ancak şu an için izinsiz girmiştir. Ayrıcalıklı ilgili örneği zaten vermiştim. İş dünyasındaki rekabet en iyi örneklerdendir.

Her yerde ilkenin kökeni gelenektir; böylesi bir durumun varlığında geleneğin önemini olduğundan daha fazla görmek tehlikesiyle karşı karşıyayız. Geçtiğimiz günlerde Profesör Ames, diğer şeylerin yanı sıra, *Common Law*'un belirli durumlarda dolandırıcılığa karşı bir savunma öngörmediğini ve onun ahlaki olarak hakkaniyetli öznel doğasından kaynaklanan bir savunmanın varlığını göstermek için öğretici bir makale yazdı. Söylediğim gibi, eğer tüm sözleşmeler biçimselse, sözleşmenin yapılmasını engelleyen şekli hatalar ile rasyonel olarak adlandırmamız gereken herhangi bir sistemde, bu güdülere sırdaş olan sistem hariç, kabul edilmeyecek yanlış güdüler arasındaki fark tarihsel değil teoriktir. Bu bir uzmanlık alanında hap-solmuş değil evrensel bir uygulamadır. Söylediğim şeye Mr. Ames'in katılmayacağını düşündüğümü de eklemeliyim.

Ancak sözleşme hukukuna bakacak olursak, onu tarihle sarılı buluyoruz. Borç, anlaşma ve sözleşmeye dayanan zarar tazmini talebi arasındaki farklar sadece tarihseldir. Hukuk tarafından belirlenen para ödeme yükümlülüklerinin sınıflandırılması, hiçbir anlaşmaya bağlı olmayan akit benzerleri<sup>15</sup> gibi yalnızca tarihseldir. Karşılıklılık doktrini<sup>16</sup> yalnızca tarihseldir. Mühre verilen etki kabiliyeti, yalnızca tarihle açıklanmalıdır. --- Karşılıklılık sadece bir biçimdir. Bu gerekli bir biçim midir? Öyleyse neden her sözleşme için zorunlu olmasın? Bu mühür yalnızca bir biçimdir ve karşılıklılığın gerçekleşmiş olması gerekliliği parşömenlerde ve yasalâştırmalarda kayboluyor, üzerlerinde mühür olsun ya da olmasın. --- Neden yalnızca tarihsel bir ayırımın, bir iş insanının hak ve yükümlülüklerine etki etmesine izin verilsin?

Bu konuşmayı yazmamdan sonra geleneğin kendiliğinden rasyonel politikayı yok etmediği, ancak geleneğin bir anlamı olduğu anda bir yanlış anlaşılmanın ardından daha geniş ve yeni bir kapsam kazandığı bundan sonra rasyonel politikayı yok ettiğine dair çok iyi bir örnek buldum. Yapılmış bir sözleşmede tarafların yaptığı değişikliklerin kendileri aleyhine olmasının önlenmesi İngiliz hukukunda yerleşik bir kuraldır. Doktrin, hukukun genel eğiliminin aksi yönündedir. Bir insan bir seferinde yalan söylemiş ise biz jüriye, onun bunu sürdüreceğini söylemiyoruz. Şahıs aldatmaya çalışsa bile bu, onun gerçeği ispatlama hakkını engellemek için yeterli değildir. Genellikle itirazlar kanıtın kabul edilebilirliğine değil etkisine yönelir. Dahası bu kural aldatmadan bağımsızdır ve kanıtla bağlı değildir. Bu sözleşme

<sup>15</sup> Orj: *quasi contracts*. Tarafların irade birliği neticesinde değil mahkeme kararıyla meydana gelen sözleşmeler. – ç.n

<sup>16</sup> Orj: *doctrine of consideration*. Sözleşmenin hukuken dikkate alınabilmesi için taahhüt edilen tarafın bunun karşılığında bir uyum hareketi göstermesi gerektiği doktrini. – ç.n

metninin kullanılamayacağı anlamına değil ancak sözleşmenin bittiği anlamına gelir. Bu ne demektir? Yazılı sözleşmenin varlığı, teklif eden ve teklif edilenin yazılı iradelerinin değiş tokuşuna dayanır; bu iradelerin devamına değil. Ancak bağlantı bakımından ilkel kavrayış daha farklıydı. Sözleşme parşömeden ayrılamazdı. Bir yabancı onu tahrip ettiyse, mührü değiştirdiyse veya yok ettiyse, alacaklı kusursuz olsa bile zararını tazmin edemez; çünkü davalının sözleşmeyle bağlılığı gerçek anlamda mührüyle olur, bağlı olduğu biçim yeniden üretilemez. Yaklaşık yüz sene önce Lord Kenyon<sup>17</sup>, ara sıra hukukun zararına yaptığı gibi, mantığını bu gelenek üzerine kullanmaya kalkıştı ve onu anlamadan, bir bono için doğru olanın diğer sözleşmeler için doğru olmaması için bir sebep göremediğini söyledi. Borç içeren senetlerle ilgili tercihi doğrudu, burada *Common Law* sözleşmeyi üzerine yazıldığı kâğıttan ayrılmaz olarak görüyordu, ancak mantık geneldi ve kısa süre sonra diğer yazılı sözleşmeleri de kapsar hale geldi ve saçma ve gerçekçi olmayan politik dayanaklar bu genişlemiş kuralı açıklamak için icat edildi.

Hukuku çok özgürce eleştirdiğim için kimsenin, saygısızlıkla konuştuğumu düşünmeyeceğine güveniyorum. Hukuku, özellikle de bizim hukukumuzu insan aklının en geniş ürünlerinden biri olarak görüyor, saygı duyuyorum. Hiç kimse, kuvvetli bütünle karşılaştırıldığında en iyisinin güçsüz kalacağı, bir miktar ekleme ve iyileştirme yapmak için çaba harcayan sayısız zekayı benden iyi bilemez. Bu saygı duyulan nihai bir unvana sahip, bu Hegelci bir hayal değil insan hayatının bir parçasıdır. Ancak birisi saygı duyulası bir şeyi bile eleştirebilir. Hukuk hayatımı adadığım iştir; eğer tüm gücümle onu geliştirmeye çalışmadıysam, bana geleceği için ideal gelen şeyi algıladığımda ona işaret edip tüm kalbimle üzerine gitmediysem, yaptığım hayatımı adamak değildir.

Muhtemelen bugün tarih çalışmasının hukukun akıllıca çalışılmasında oynadığı gerekli rol hakkında yeterince konuştum. Bu okulun ve Cambridge'in eğitiminde, bu konunun küçümsenme tehlikesi yoktur. Burada Mr. Bigelow, orada Mr. Ames ve Mr. Thayer unutulamayacak önemli katkılarda bulundular ve İngiltere'de, Sir Frederick Pollock ve Mr. Maitland erken dönem İngiliz hukukunun yakın tarihiyle ilgili büyüleyici çekicilikte dersler bıraktılar. Antikacılığın kurduğu tuzaklara karşı dikkatli olmalı ve geçmişle ilgilenmemizin amacının bugüne tuttuğu ışık olduğunu unutmamalıyız. Dogmaların açıklanmasında tarihin rolünün oldukça az olacağı günü sabırsızlıkla bekliyorum, ustaca araştırma yapmak yerine enerjimizi ulaşı-

<sup>17</sup> 18.yüzyılda yaşamış İngiliz politikacı ve avukat (barrister). – ç.n

mak istenen amaçlara ve bu amaçları istemenin sebeplerine harcayacağız. Kanaatimce bu ideale doğru yönelen bir adım olarak her hukukçunun ekonomiyi anlamak için çaba sarf ediyor olması gerekir. Günümüzdeki siyasal iktisat ve hukuk okulları arasındaki ayrılık, bana felsefi çalışmalardaki gelişmenin hala ne kadar çalışılmaya muhtaç olduğunun kanıtı gibi geliyor. Aslında, siyasal iktisadın mevcut durumunda biz tekrar daha geniş ölçekte tarihine yaklaşıyoruz, ama bu bizi, ona ulaşmanın araçlarını, maliyetini ve yasamanın halini düşünmeye ve bunları ölçmeye yönlendiriyor. Kazandığımız her şey için bir şey kaybettiğimizi, kazandığımız her avantajı kaybettiğimiz diğer avantaja göre belirlememiz gerektiğini ve bu seçimleri yaparken ne yaptığımızı anlamayı öğreniyoruz.

Bazen, pratikleşmiş akıl tarafından küçümsenen bir çalışma daha var bunu iyi bir kelimeyle adlandırmak isterim ancak iyiden iyiye yoksul içerik bu kelimenin kapsamındadır. *Jurisprudence* dediğimiz şeyin çalışmasını kastediyorum. *Jurisprudence* kavramında benim gördüğüm, en genelleşmiş kısımlarıyla hukuktur. Bir vakayı bir kurala indirgemek için verilen her çaba *jurisprudence*'un çabasıdır, ancak bu kelime İngilizcede en geniş kurallara ve en temel kavramlara hapsolmüştür. Harika bir hukukçunun alameti, en geniş kuralların kullanımını görmesidir. Vermont sulh yargıcının hikayesinde bir çiftçinin diğerine süt kabını kırdığı için açtığı bir dava vardır. Yargıç düşünmek için biraz zaman harcadı ve yasalarda süt kaplarıyla ilgili hiçbir şey bulamadıklarını söyledi ve davalı lehine hüküm verildi. Aynı zihin durumu genel kavrayışlarımızda ve ders kitaplarında da vardır. Sözleşme veya haksız fiile ilişkin temel kuralların kullanımı Demiryolları veya Telgraflar başlıkları altına sıkıştırılmıştır veya Nakliye ve Hakkaniyet gibi tarihsel alt bölümler hakkındaki iyi bilimsel eserlerde görülür ya da Ticaret Hukuku gibi pratik akla çekici gelen keyfi bir başlık altında toplanır. Bir insan uzmanlaşmak için hukuk ile meşgul olursa ve bunda uzmanlaşırsa bu şu demektir: tüm dramatik olaylara doğrudan bir bakış ve kehanetlerin doğru temellerini anlamak. Bu sebeple, hukuk, hak, ödev, kötü niyet, kasıt, ihmal, zilyetlik, mülkiyet ve benzeri kavramları kullanırken neyi kastettiğini kesin bir şekilde anlamak gereklidir. Aklımda, en yüksek mahkemelerin bu kavramlar hakkında açık ve net fikirleri olmadığı için bocaladığımı düşündüğüm bazı vakalar var. Bunların önemlerini halihazırda göstermiş bulunuyorum. Eğer daha ileri bir açıklama arzu edilirse, Sir James Stephen'ın *Criminal Law* kitabının zilyetlik konulu ekine ve sonra Pollock ve Wright'ın aydınlatıcı kitabına bakılabilir. Sir James Stephen, hukuki düşüncesini analiz etme girişiminde, tek bir sistemin doğru anatomisi yerine tüm sistemlerin işe yaramaz özetlerini elde etmeye çalışan ve neticesinde kafası karışan tek yazar

değil. Austin'deki sorun, onun İngiliz hukukunu yeterince bilmemesiydi. Yine de Austin'i, onun selefleri Bentham ve Hobbes'u ve onun değerli halefleri Holland ve Pollock'u iyi bilmek pratik açıdan avantaj sağlar. Sir Frederick Pollock'un son kitabı, tüm çalışmalarını izi bulunan mutlulukla değindiği bütünüyle sapkın Roma modellerinden tamamen sıyrılmıştır.

Yaşlıların gençlere verdiği öğütler en iyi yüz kitap listesi kadar gerçek dışı olmaya eğilimlidir. En azından ben kendi zamanımda böylesi öğütlerden payımı almıştım ve bu gerçek dışı nasihatlerin arasına Roma hukukunu çalışma önerisini koyuyorum. Böylesi bir tavsiyenin, Lord Coke'un Bracton'a tavsiye ettiği gibi, söylevi birkaç Latince özdeyişle süslemek amacından daha fazlası olduğunu düşünüyorum. Eğer amaç buysa, *De Regulis Juris Antiqui* bir saat içinde okunabilir. Eğer amaç Roma hukukunu iyi bir şekilde araştırmaksa, onu çalışan bir sistem olarak ele almak doğru olacaktır. Bu bizim sahip olduğumuzdan daha zor ve daha anlaşılmasız bir dizi teknik ayrıntıda uzmanlaşmak ve kabul ettiğimiz Roma hukukunu daha iyi anlamlandırabilecek bir tarih çalışmasının gerekliliği anlamına gelir. Eğer benden şüphelenen biri varsa ona Keller'in preator kararlamelerini incelediği *Der Romische Civil Process und die Actionen* adlı eserini, Muirhead'in *Historical Introduction to the Private Law of Rome* ve ona en iyi imkanı sunacak kitap Sohm'un *Institutes* adlı eserini okumasını öneririm. Hayır. Konumuz için özgür ve geniş bir bakışa sahip olmanın yolu kitap okumak değil, onu alt üst etmektir. Bunu yapmanın araçları olarak ilk önce, *jurisprudence'in* yardımıyla birtakım dogmaların en üstün genellemelerini takip etmek gerekir; daha sonra tarihe bakarak nasıl bugünkü haline geldiğini anlamak gerekir ve son olarak elinizden geldiğince, çeşitli kurallar ile ulaşılmak istenen amaçları, niçin bu amaçların istendiğini, bunları kazanmak için nelerden vazgeçildiğini ve bunların bu değere sahip olup olmadıklarını düşünmeniz gerekir.

Hukuk üzerine çok az teorimiz var, bilhassa bu son çalışma alanında. Tarihten bahsederken bir hırsızlık örneği ile hukukun belirli bir amacı sağlayacak somut ve açık bir formda düzenlenmiş kuralı olmadığına nasıl kıvrandığını göstermiştim. O halde demek oluyor ki bu sorun, ilgili kuralın daha dar kapsamlı bir amacın hedeflendiği bir zamandan kalmış olmasından kaynaklanıyor. Güncel vakalarla ilgili kararları anlamak için hukukun amacını anlamının pratik önemini göstermek amacıyla, bildiğim kadarıyla şimdiye kadar elverişli bir yolla açıklanmamış yahut kuramlaştırılmamış kuralardan örnek vereceğim. Zamanaşımı kurallarına ve hak düşürücü süreye atıfta bulunuyorum. Böylesi kuralların sonu bellidir, ancak aslında saf bir kötülük olan zamanaşımı sonucunda bir insanı haklarından mahrum bırak-

manın gerekçesi nedir? Bazen delillerin kaybından söz edilir ancak bu tali önemde bir konudur. Bazen de barışın arzulanmasından söz edilir, barış yirmi yıl sonra daha çekici bir hale mi gelmiştir? Barışın, yasanın yardımı olmadan vuku bulması gitgide daha kolay bir hale gelmiştir. Bazen de şu söylenir: eğer bir insan hakkını aramayı ihmal ederse ve hukuk da onun izinden giderse bir süre sonra hakkıyla ilgili bir talepte bulunamaz. Bu konuda söylenecekler bu kadarsa büyük ihtimal davacı lehine karar vereceksiniz ancak önereceğim bakışı tercih ederseniz davalı lehine karar verirsiniz. Bir adam başkasının arsasına tecavüzden dolayı dava edilir ve geçit hakkına dayanılarak lehine hüküm verilir. Davacı, yolun yirmi senedir açık bir biçimde kullanıldığını kabul ediyor, ancak bunun sebebinin yetkili olmamasına rağmen makul bir şekilde davalının yetkili temsilcisi sandığı biriyle yaptığı sözleşme olduğunu dolayısıyla aslında kazanılmış bir hak olmamasına rağmen bu geçit hakkının haklı olduğunu sandığını belirtiyor. Davalı bir hak kazanmış mıydı? Davalının kazancı genel olarak sanıldığı gibi malikin yanlışına ve ihmaline dayanıyorsa, burada böyle bir ihmal yoktur ve hak kazanılmamıştır. Eğer davalının danışmanı olsaydım, zamanaşımıyla hak kazanımının temeli için, hakkı kaybedenin konumundan değil kazananın konumundan bakmasını önerirdim. Sir Henry Maine, arkaik mülkiyet kavramını kazandırıcı zamanaşımı ile eklemeyerek bunu rağbet gören bir hale getirdi. Ancak bu bağlantı, kaydedilen ilk tarihinden epeyce eskidir. Bu insan aklının doğasındadır. Uzun zamandır severek, kendinizin olduğunu düşünerek kullandığımız bir fikir veya bir mülkiyet, benliğinizde kökleşecektir ve nasıl edinmiş olursanız olun, sizin bu eyleme karşı bir tavrınız ve kendinizi savunmaya çalışmadan bu hak sizden ayrılmayacaktır. Hukuk, en derin insan içgüdülerinden daha iyi bir gerekçe sunamaz. Önceki maliki kötü bir sonuca uğrattığımız iddiasına karşı tek cevap şöyledir: onun ihmalinin, amacı ve kendisi arasında tedricen ayrılmaya yol açtığı ve yine tedricen başkasıyla ilişkilenebilmesine sebep olduğudur. Eğer bu kişi, birinin davranışlarının gösterdiğine göre böylesi bir ilişki kurmaya yöneldiğini biliyorsa, riski taşıyan tarafın izni var mı, uyarılmış mı ve gerekirse durdurulmuş mu bunu adil bir şekilde tartışmam gerekir.

Hukuk üzerine çalışmakla ilgili konuşuyorum, ancak bu bağlamda genel olarak konuşulan, ders kitapları, vaka sistemi ve doğal olarak öğrenicilerle ilgili konularda hiçbir şey söylemedim. Onlar hakkında bir şey söylemeyeceğim. Benim konum pratik değil, teoridir. Şüphesiz benim zamanımdan bu yana öğretim metodları gelişti, ancak yetenek ve çaba işlenmemiş malzemeyi her halükârda geliştirecektir. Bir binanın inşasındaki en önemli parçanın mimar olması gibi, teori de hukuk dogmasının en önemli parçasıdır.

Son çeyrek asrın en önemli gelişmesi, teorinin gelişimidir. Bunun için ehli olmak için kullanışsız olduğundan kuşkulamayın; bu açıkça konunun temeline inmek demektir. Genel fikirlere ilginin özel bilginin eksikliği demek olduğu söyleyişi gibi, bazen bu yetenezsizler için doğrudur. Askerdeyken, en düşük seviye için sınav olan ve bölük tatbikatını sorduklarında, on binden az erkeğin gelişimini hiç düşünmediği cevabını veren bir gencin hikayesini okumuştum. Fakat zayıf ve aptallar kendi aptallıklarına bırakılmalıdır. Tehlikeli olan, yetenekli ve pratik zekalıların, işleriyle alakası uzak olan fikirlere itimatsız ve umursamaz bakmalarıdır. Geçenlerde, yüksek bir maaş verdiği uşağı olan bir adamın uşağının hatalarına bağlı olarak maaşında kesinti yaptığı bir hikâye duydum. Kesintilerden biri şöyleydi: “Hayal gücü eksikliği, beş dolar!”. Bu eksiklik sadece uşaklar için geçerli değil. Güç ve hırsın konusu bugünlerde sadece para olarak ortaya çıkıyor. Para en dolaysız biçimdir ve uygun bir arzu nesnesidir. Rachel’e göre servet zekanın ölçüsüdür. Bu aptallar cennetinin dışındaki aydınlanmış insanlar için iyi bir metindir. Ancak Hegel’in dediği gibi<sup>18</sup>: “Neticede tatmin edilmesi gereken arzu değil fikirdir.” Herhangi bir kapsamda hayal için en geniş kapsamlı biçim paranın gücü değil, fikirlerin emirleridir. İyi örnekler istiyorsanız, *Mr. Leslie Stephen’in History of English Thought in the Eighteenth Century* adlı eserini okuyun ve ölümünden yüz yıl sonra Descartes’in soyut teorilerinin, insanın davranışları üzerinde nasıl pratik bir güce dönüştüğünü görün. Büyük Alman hukukçularının eserlerini okuyun ve bugün dünyayı Bonaparte’ın değil Kant’ın yönettiğini görün. Kant veya Descartes olamayız ancak hepimiz mutluluğu isteriz. Ve mutluluk, birçok başarılı insanı tanıdığım için eminim ki, büyük şirketlere danışmanlık yapmakla ve elli bin dolarlık gelire sahip olmakla kazanılmaz. Ödüller kazanacak kadar büyük bir zekanın, başarının yanında başka gıdalara da ihtiyacı vardır. Hukukun daha uzak ve daha genel görünüşü onun evrensel ilgi uyandıran taraflarıdır. Onlar aracılığıyla sadece ilginizin bir uzmanı olmakla kalmaz, aynı zamanda konunuzu evrenle bağlı hale getirir, sonsuzluğunun bir yankısını, dipsiz gidişatından bir belirtiyi, evrensel hukuktan bir ipucunu yakalarsınız.

<sup>18</sup> Hegel, *Philosophie des Rechts*, 190.



**DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI**

<u>Y.N</u>	<u>YAYININ ADI</u>	<u>YAZARI</u>
0 13	İcra İflas Hukukunda Şikayet (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
0 14	Hisse Senetleriyle Değ. Tah. (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
02	Hukuk Fakültesi Der./M.ALAM Armağanı (İZMİR-1983)	
0 17	Hukuk Fak. Dergisi Sayı 1-4 (Kudret Ayiter Armağanı)	
0 32	İşçi Buluşları Hukuku (İZMİR-1987)	Doç.Dr. A.Necip ORTAN
0 33	2918 Sayılı Karayolları Tr. K...(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Demet ÇELİKTAŞ
0 34	Devre Mülk Hakkı(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Ayşe HAVUTÇU
0 35	Grev Kavramı (İZMİR-1987)	Yard.Doç. Dr. Melda SUR
1-	Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku (C.2) (İZMİR-1988)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
2-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi(1.Basım) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
3-	İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri) (ANKARA-1988) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU	
4-	Hukuk Felsefesi (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
5-	Eşya Hukuku (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
6-	Türk Yunan İlişkileri (ANKARA-1989)	E.Gn. Sedat İLHAN
7-	İktisat Giriş (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Sadık ACAR
8-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi-1 (2.Basım) (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
9 -	Haksız Yakalama ve Tutuklama (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
10-	Bina ve Yapı Eseri Malikleri (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
11-	Eski Eserler Hukuku (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Bilge UMAR
12-	Almanya'daki Türkler ve Sorunları (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
13-	Veraset İntikal Vergisi (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Yusuf KARAKOÇ
14-	Grev (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
15-	Kıymetli Evrakın Ziya-ı ve İp.. (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Hanife DİRİKKAN
16-	Uyg. Cez. Muh. H. Cilt-1 (2.Bası) (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
17-	Ceza Muh. H. Koğuşturma Mecburiyeti (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
18-	Anonim Ortaklıkların İflası (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
19 -	Top. Söz. H. Yararlılık İlkesi (ANKARA-1991)	Prof.Dr. Polat SOYER

20-	Farklı Cinslerin Eşit Hak. Sah... (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
21-	Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Melda SUR
22-	Öldürme Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
23-	İşkence Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
24-	Kamulaştırma ve İptal (ANKARA-1992)	Arş.Gör. Meltem KUTLU
25-	Alacaklının Temerrüdü (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
26-	Kitlerin Tacir Sıfatı (İZMİR-1992)	Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM
27-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk.(1.Bas.) (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
28-	Tarafların Yeterlilik Belirleme Sözleşmesi (ANKARA-1992)	Arş.Gör. Ziya AKINCI
29-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk. (2.Bas.) (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
30-	Medeni Usul Hukukunda Ferhi Müdahale (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
31-	A.Y.O Tanıtım Bülteni (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
32-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
33-	Alman İş Kanun Taslağı (ANKARA-1993) Prof.Dr. S.EDİS-/B.ÖZTAN/F.ÖZTAN	
34-	Hukuk Sosyolojisi (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
35-	Ticari İşletme Hukuku (ANKARA-1993)	Yard.Doç. Ercüment ERDEM
36-	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
37-	D.E.Ü. Öğr. İçin Temel Yasa ve Yönet. (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
38-	Millet Meclisi İç Tüzüğü	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
39-	Roma Özel Hukuku (İZMİR-1993)	Prof.Dr. Kudret AYITER
40-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku (3.Bası) (ANKARA-1993)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
41-	Medeni Huk. Gir. ve Başl. Hükm. (4.Basım) (ANKARA 1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
42-	İthalatta Yapay Fiyat İndirimi ve Karşı Önl. (ANK.ARA 1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
43-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi - I (3.Bası) (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
44 -	Milletlerarası Ticari Hakem Kar. ve Tenfizi (ANKARA-1994)	Yard.Doç. Ziya AKINCI
45-	Hukuk Felsefesi (2.Basım )- (ANKARA -1994)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
46-	Uygulamalı Ceza Muh. Kanunu (3.Basım) (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK

47-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
48-	Genel İktisat (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Sadık ACAR
49-	Ceza Hukukunda Basit/Postada Elkoyma (ANKARA-1994)	Dr. Ahmet GÖKÇEN
50-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi (4. Basım ) (ANKARA 1995)	Prof.Dr. Ergun AYBARS
51-	Yeni Değer Sigortası (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
52-	İdari Yargı İle İlgili Kanunlar (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
53-	Rekebet Yasağı Sözleşmesi (ANKARA-1994)	Prof.Dr. M. Polat SOYER
54-	Anonim Şirketlerin Sermaye Piyasası (ANKARA-1995)	Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM
55-	Eşya Hukuku (2.Basım) (ANKARA-1995)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
56-	Miras Hukuku (3.Basım) ANKARA-1995	Prof.Dr. Ş.ERTAŞ- Prof.Dr. A.N.İNAN
57-	Temel Hak Genel Teorisi (ANKARA-1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
58-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
59-	Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışması (İZMİR-1995)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES
60-	Tam İki Tar.Borç.Yük.Müsbet Zar.Taz. (İZMİR-1995)	Yrd.Doç.Dr. Ayşe HAVUTCU
61-	Sosyal Maliye (İZMİR-1995)	Dr.Yusuf KARAKOÇ
62-	Avukatlık Mes. Av.Hak ve Yükümlülükleri (İZMİR-1995)	Dr. Meral SUNGURTEKİN
63-	Hukuk Sosyolojisi(2.Basım) (İZMİR-1995)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
64-	İdare Hukuku Mevzuatı Cilt.II (İZMİR-1995)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
65-	Türkiyede Top. ve Gösteri Yürüyüş Özgür. (İZMİR-1995)	Dr. Esra ATALAY
66-	İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları (İZMİR-1995)	Doç.Dr. Melda SUR
67-	Anonim Şirketlerin İflası (İZMİR-1996)	Yrd.Doç. Dr. Oğuz ATALAY
68-	Karşılaştırmalı Huk. Açısından Damping ve Antidamping (İZMİR-1996)	Dr. Hanife DİRİKKAN
69-	Vergi Sorunlarını Çözümü (İZMİR-1996)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
70-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (İZMİR-1996)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
71-	Sanığın Hazırlık Sor. İfadesinin Alınması (İZMİR-1996)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
72 -	İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-1996)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN

- |     |  |  |
|-----|--|--|
| 73- | Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözl. (İZMİR-1996)  | Doç.Dr. Ziya AKINCI  |
| 74- | Eşya Hukuku (2.Basım) (İZMİR-1997)   | Prof.Dr. Şeref ERTAŞ   |
| 75- | İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci (İZMİR-1997)  | Dr. Meltem KUTLU   |
| 76- | Türk Vergi Ceza Huk. Pişmanlık ve Islah (İZMİR-1997)   | Dr. Yusuf KARAKOÇ  |
| 77- | Türk Vergi Yargılaması.Huk.Delil Sistemi (İZMİR-1997)  | Dr. Yusuf KARAKOÇ  |
| 78- | Çevre Hukuku (İZMİR-1997)  | Prof.Dr. Şeref ERTAŞ   |
| 79- | Hukuk Başlangıcı (ANKARA-1997)   | Prof.Dr. Bilge UMAR  |
| 80- | Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (5. Basım) (İZMİR 1997)   | Prof.Dr. Ergün AYBARS  |
| 81- | Fakülte Der.Şükrü POSTACIOGLU'na Armağan (İZMİR-1997)  |  |
| 82- | Medeni Usul Hukuku Pratik Çalış. 2.Bas. (İZMİR-1997)   | Doç.Dr. H.PEKCANITEZ<br>Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES   |
| 83- | Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (İZMİR-1998)  | Prof.Dr. Zafer GÖREN   |
| 84- | Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi (İZMİR-1998)   | Arş.Gör. M. Beşir ACABEY   |
| 86- | Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu (İZMİR-1998)  | Prof.Dr. Zafer GÖREN   |
| 87- | Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (6. Basım) (İZMİR 1998)   | Prof.Dr. Ergün AYBARS  |
| 88- | Prof.Dr.ERNST E. HIRSCH'ten Mekt. (İZMİR-1998)   | Prof.Dr. Zafer GÖREN   |
| 89- | Genel İktisat (3.Basım)-(İZMİR-1998)   | Prof.Dr. Sadık ACAR  |
| 90- | İdare Hukuku Mevzuatı 2. Bası (İZMİR-1998)   | Prof.Dr. Durmuş TEZCAN<br>Yrd.Doç. Dr. Meltem KUTLU<br>Dr. Oğuz SANCAKDAR<br>Ar.Gör. Muhlis ÖĞÜTÇÜ |
| 91- | İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 3. Bası (İZMİR-1998)   | Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU   |
| 92- | 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar (İZMİR-1998)   | Arş.Gör. Murat AYDOĞDU   |
| 93- | Türk Hukukunda Altına ve Diğer Kıymetli Madenlere Dayalı Sermaye Piyasası Araçları (İZMİR-1998)                                      | Doç. Dr. Huriye KUBİLAY  |
| 94- | İş Mücadelesinde Denge İlkesi (İZMİR-1999)   | Yard.Doç.Dr. Şükran ERTÜRK   |
| 95- | 1998-1999 Öğretim Yılı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Adalet Yüksekokulu Tanıtım ve Bilgilendirme Kılavuzu (İZMİR-1999) | Prof. Dr. Zafer GÖREN  |

- 
- 96- Anayasa ve Sorumluluk T.C. Anayasası Eki İle II Cilt (İZMİR-1999) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 97- Anayasa Hukukuna Giriş (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 98- Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 99- Uluslararası Hukukun Esasları (İZMİR-2000) Prof. Dr. Melda SUR
- 100- Borçlar Özel Hukuku Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları (İZMİR-2001) Doç. Dr. Nevzat KOÇ/  
Arş. Gör. Murat AYDOĞ
- 101- Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı (İZMİR-2001) Doç. Dr. Oğuz ATALAY
- 102- Prof. Dr. Mahmut Tefvik BİRSEL'e Armağan (İZMİR-2001)
- 103- İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri (İZMİR-2001) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
- 104- 2001-2002 Öğretim Yılı D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Tanıtım ve Bilgilendirme Klavuzu
- 105- Prof.Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan (İZMİR-2001)
- 106- İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-2001) 2. Baskı Prof.Dr. Durmuş TEZCAN  
Yrd.Doç.Dr. Meltem K. GÜRSEL  
Yrd.Doç.Dr. Oğuz SANCAKDAR  
Yrd.Doç.Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
- 107- Nişanlanma Sözleşmesi (İZMİR-2002) Doç.Dr. Nevzat KOÇ
- 107- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı 1, 2002) İzmir
- 108- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı 2, 2002) İzmir
- 109- Topluluğun Mali Çıkarlarının Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında YEŞİL KİTAP Prof.Dr. Durmuş TEZCAN  
Arş.Gör. Murat ÖNOK  
Arş.Gör. Behiye EKER  
Arş.Gör. Sesim SOYER  
Arş.Gör. Serkan EKİZ
- 110- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı 1, 2003) İzmir
- 111- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı 2, 2003) İzmir
- 112- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 1, 2004) İzmir
- 113- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 2, 2004) İzmir
- 114- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 1, 2005) İzmir
- 115- Prof.Dr. İrfan BAŞTUĞ Anısına Armağan- DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt:7, Özel S., 2005) İzmir
- 116- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 2, 2005) İzmir
- 117- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 1, 2006) İzmir
- 118- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 2, 2006) İzmir

- 
- 119- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 1, 2007) İzmir
- 120- Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU Armağanı  
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Özel S., 2007) İzmir
- 121- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 2, 2007) İzmir
- 122- DEÜ Yayınları, TC Anayasası ve Prof.Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL  
İdari Yargı Temel Mevzuatı (İzmir-2010)
- 123- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 1, 2008) İzmir
- 124- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 2, 2008) İzmir
- 125- Prof.Dr. Bilge UMAR'a Armağan  
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 11, Özel S., 2009)  
(Basım Yılı 2010) İzmir
- 126- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 1, 2009) İzmir
- 127- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 2, 2009) İzmir
- 128- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 1, 2010) İzmir
- 129- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 2, 2010) İzmir
- 130- Prof.Dr. Burhan CEYHAN'a Armağan  
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 12, Özel S., 2010) (Basım Yılı 2012) İzmir
- 131- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 1, 2011) İzmir
- 132- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 2, 2011) İzmir
- 133- DEÜ Hukuk Fakültesi Yayın Kataloğu (2013) İzmir
- 134- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 1, 2012) İzmir
- 135- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 2, 2012) İzmir
- 136- Prof.Dr. M. Polat SOYER'e Armağan  
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 15, Özel S., 2013)  
(Basım Yılı 2014) İzmir
- 137- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 1, 2013) İzmir
- 138- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 2, 2013) İzmir
- 139- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 1, 2014) İzmir
- 140- Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan  
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 16, Özel Sayı, 2014)  
(Basım Yılı 2015) İzmir
- 141- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 2, 2014) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 142- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 1, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 143- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 2, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 144- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 1, 2016) İzmir
- 145- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 2, 2016) (Basım Yılı 2017) İzmir
- 146- DEÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ve  
Özel Hukuk Anabilim Dallarını Lisansüstü Rehberi (İzmir-2017)  
(Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)

- 147- Sıkça Sorulan Sorular (2017-2018) (İzmir-2017) (Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)
- 148- Prof.Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan  
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 19, Özel S., 2017) İzmir
- 149- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 1, 2017) İzmir
- 150- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 2, 2017) İzmir
- 151- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 1, 2018) İzmir
- 152- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 2, 2018) İzmir
- 153- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 21, Sayı 1, 2019) İzmir
- 154- Prof.Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi  
(Cilt 21, Özel S., 2019) İzmir
- 155- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 21, Sayı 2, 2019) İzmir
- 156- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 22, Sayı 1, 2020) İzmir
- 157- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 22, Sayı 2, 2020) İzmir
- 158- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 23, Sayı 1, 2021) İzmir
- 159- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 23, Sayı 2, 2021) İzmir