

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

# HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 25

Sayı: 1

2023



ISSN 1303-6963

İZMİR - 2023



# DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume : 25

Sayı/Number: 1

Yıl / Year : 2023



ISSN : 1303 - 6963

İzmir - 2023

## DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

### HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 25 Sayı: 1 Yıl: 2023

Yayın No: 09.1300.0000.000/BY.023.084.1179

ISSN: 1303-6963

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

**Sorumlu Müdür** : Doç. Dr. Serdar NART (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 yayınlanan ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) ulusal hukuk veri tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

**Editör** : Doç. Dr. Serdar NART (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

#### Editör Yardımcıları :

Doç. Dr. Uğur TÜTÜNCÜBAŞI (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Dr. Burcu DEMİRBAŞ AKSÜT (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Banu ATLI (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Arda Doruk KÖSE (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Engin TOPUZKANAMIŞ (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. İlker TEPE (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Egemen KARACA (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Öğr. Görevlisi Serap ŞEN (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

#### Birim Yayın Komisyonu

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dekan V.) (Asil Üye)

Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (Asil Üye)

Dr. Öğr. Üyesi Serkan MERAKLI (Yedek Üye)

Doç. Dr. Ali Gümrah TOKER (Asil Üye)

Dr. Öğr. Üyesi Ali Haydar YAĞCIOĞLU (Yedek Üye)

#### Yayın Kurulu

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi)

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI (İzmir Bakırçay Üniversitesi)

Prof. Dr. Özge KARAEGE (İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi)

Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Mine AKKAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

#### Danışmanlar Kurulu

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Aydın Üniversitesi) (İstanbul)

Prof. Dr. Melda SUR (İzmir Ekonomi Üniversitesi) (İzmir)

Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi) (İstanbul)

Prof. Dr. Erdal ONAR (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi) (Ankara)

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi) (İzmir)

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi) (İzmir)

**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 Serap 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** : 26.05.2023

**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

**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.  
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 sayfa** (çeviriler için en fazla **30 sayfa**) geçmemesi gerekmektedir.
11. Metin içerisinde başlıklar aşağıdaki şekilde numaralandırılmalı ve gösterilmelidir:

## **I. KALIN VE TÛMÛ BÛYÛK 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 Akdın 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 kısaltılmadır.  
**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 Yayım 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.
  17. Hakemlerden herhangi birinin gönderilen yazıda bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırılık olduğu yönünde kanaat bildirmesi durumunda, yazara yazının Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanmaya uygun görülmediği bildirilecektir. Yayın Kurulu, hakem incelemesinden



## VIII

geçmiş olmasına rağmen, eserin yayımlanmasına engel oluşturan herhangi başka bir durumun tespit edilmesi halinde, gerekçesi yazara bildirilmek şartıyla eserin yayımlanmaması konusundaki takdir hakkını saklı tutar.

18. Dergiye gönderilen yazıların geri çekilmesi, hakem süreci tamamlanana kadar mümkündür.
19. Hakemlerin incelemesinden geçen ve yayımlanmasına ve/veya 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.
20. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın yazılı veya elektronik ortamda gönderdiği biçimiyle “**basıma**” verdiği kabul edilir.
21. 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.
22. Değerlendirme süreci tamamlanarak, yayıma kabul edilen makalelerin yazarlarından **Telif Hakkı Devir Formu** talep edilecektir.

**DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ****Hukuk Fakültesi Dergisi****Cilt: 25 Sayı: 1 Yıl: 2023****İÇİNDEKİLER****ARAŞTIRMA MAKALELERİ****Prof. Dr. A. Füsun ARSAVA**

Almanya Örneğinde Terörizmle Mücadele Aracı Olarak Vatandaşlık Kaybı – Uluslararası Hukukun Sınırları ..... 1-21

**Dr. Öğr. Üyesi Bilge BİNGÖL SCHRİJER**

Hukuk ve Kalkınma İlişkisi Açısından Araçsallaştırılmış Yasama Faaliyeti ..... 23-65

**Dr. Öğr. Üyesi Coşkun KOÇ**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanık Beyanının Delil Değeri ..... 67-91

**Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Fatih ÖZKAN**

Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Fahiş Fiyatlarla Mücadele Edilebilir Mi? ..... 93-130

**Dr. Öğr. Üyesi Yağız YAVUZ**

Azmettirmenin Özel Oluşum Şekilleri ..... 131-163

**Dr. Tayfur YUMUŞAK**

Türkiye'nin Rusya - Ukrayna Savaşı'ndaki Arabuluculuk Rolünün Değerlendirilmesi ..... 165-194

**Arş. Gör. Dr. Nurullah KANTARCI**

Müşterek Faillikte İcra Hareketlerine Başlama Sorunu ..... 195-227

**Arş. Gör. Sercan ECEMİŞ**

Türk Vatandaşlığının Doğum Yeri (Ius Soli) Esasıyla Kazanılması ... 229-266

**Arş. Gör. Abdulkadir HAŞHAŞ**

ABD Hukuku Örneğinde Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler  
(KOBİ) İçin Özel Yeniden Yapılandırma.....267-320

**Arş. Gör. Pınar YAĞCI**

Sürdürülebilirlik İçin Yeni Bir Adım: Çevre İçin Küresel  
Antlaşma'ya Doğru -Çevresel Usuli Haklar Özelinde Bir  
Değerlendirme- .....321-369

**KARAR İNCELEMESİ**

**Furkan Kaan YÜKSEK**

AİHM İçtihatlarında Kişisel Verilerin Korunması .....371-420

**DERLEME MAKALE**

**Seden DÜRÜSTKAN**

Yabancı Hakem Kararlarında Kamu Düzeni Kavramı .....421-451

**DOKUZ EYLUL UNIVERSITY****Faculty of Law Review****Volume: 25 Number: 1 Year: 2023****CONTENTS****RESEARCH ARTICLES****Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA**

Loss of Citizenship as a Tool to Fight Terrorism in the Case of  
Germany – Limits of International Law ..... 1-21

**Assist. Prof. Dr. Bilge BİNGÖL SCHRİJER**

Instrumentalized Legislative Activity in Terms of the Relationship  
between Law and Development..... 23-65

**Assist. Prof. Dr. Coşkun KOÇ**

Evidence Value of Anonymous Witness Statement in the Light of  
the European Court of Human Rights Decisions ..... 67-91

**Assist. Prof. Dr. Ahmet Fatih ÖZKAN**

Is it Possible to Combat Unfair Prices Under the Turkish  
Commercial Code? ..... 93-130

**Assist. Prof. Dr. Yağız YAVUZ**

Special Forms of Instigation ..... 131-163

**Dr. Tayfur YUMUŞAK**

Evaluation of Türkiye's Mediation Role in the Russia - Ukraine  
War ..... 165-194

**Research Assist. Dr. Nurullah KANTARCI**

The Problem of Beginning the Execution in Co-Perpetration ..... 195-227

**Research Assist. Sercan ECEMİŞ**

Acquisition of Turkish Citizenship Based (Ius Soli)  
on Place of Birth ..... 229-266

**Research Assist. Abdulkadir HAŞHAŞ**

Special Reorganization for Small and Medium Size Enterprises  
(SMEs).....267-320

**Research Assist. Pınar YAĞCI**

A New Step for Sustainability: Towards a Global Pact for the  
Environment -An Examination in Terms of Environmental  
Procedural Rights- .....321-369

**JUDGEMENT REVIEW**

**Furkan Kaan YÜKSEK**

Protection of Personal Data in ECHR Case-Laws .....371-420

**REVIEW ARTICLE**

**Seden DÜRÜSTKAN**

The Concept of Public Policy in Foreign Arbitral Awards.....421-451

**ALMANYA ÖRNEĞİNDE  
TERÖRİZMLE MÜCADELE ARACI OLARAK  
VATANDAŞLIK KAYBI –  
ULUSLARARASI HUKUKUN SINIRLARI**

*(Araştırma Makalesi)*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1276235>

**Prof. Dr. A. Füsun ARSAVA\***

**Öz**

*Terörizmle mücadelede vatandaşlık kaybı günümüzde bir rönesans yaşamaktadır. Kimi devletlerin bu çerçevede mevcut hukuki dayanağa istinat ettiği görülmektedir. Örneğin Almanya'da vatandaşlık hukuku 2019'da terörizmle bağlantılı vatandaşlık kaybı düzenlemesi ile genişletilmiştir. Makalede bu tür düzenlemelerin Uluslararası Hukuka uygunluğu tartışılmaktadır. Yapılan düzenleme ile hernekadar Uluslararası Hukukun reddettiği vatansızlık durumu ortaya çıkmasa da, farklı insan hakları sorunları ortaya çıkmaktadır. Almanya'nın yaptığı düzenleme somut durumu dikkate almaması nedeni ile eleştirildiği gibi, vatandaşlık kaybının ülkeye girişi engelleme amacı taşıması nedeni ile de eleştirilmektedir. Devletler bu tür düzenlemelerle güvenliği bakımından tehlikeli gördükleri vatandaşları hakkında cezai takibat yapmak yerine onları vatandaşlıktan çıkararak Uluslararası Hukuk sorumluluklarından kurtulmak istemektedir. Makalede devletlerin terörizmle mücadele araçlarına ve Uluslararası Hukukun bu çerçevedeki sınırlarına ışık tutulmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler**

*AİHK, Vatandaşlık, Vatansızlık, Terörizmle mücadele, Ayrımcılık yasağı*

---

\* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara (fusun.arsava@atilim.edu.tr) ORCID: 0000-0003-2275-7664 (Geliş Tarihi: 15.09.2022-Kabul Tarihi: 05.01.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**LOSS OF CITIZENSHIP AS A TOOL TO FIGHT TERRORISM IN  
THE CASE OF GERMANY –  
LIMITS OF INTERNATIONAL LAW**

*(Research Article)*

**Abstract**

*The loss of citizenship in the fight against terrorism is currently experiencing a renaissance. It is seen that some states rely on the existing legal basis in this context. In Germany, for example, nationality law was expanded in 2019 with the regulation of terrorism-related loss of citizenship. The article discusses the compatibility of such regulations with International Law. Although the statelessness situation, which is rejected by International Law, does not arise with the regulation, different human rights problems arise. The regulation made by Germany is criticized for not considering the concrete situation, as well as for the reason that the loss of citizenship aims to prevent entry into the country. With such regulations, states want to get rid of their responsibilities under International Law by depriving them of citizenship instead of prosecuting their citizens whom they deem dangerous in terms of security. The article sheds light on the states' means of combating terrorism and the limits of International Law in this context.*

**Keywords**

*EGMR, Citizenship, Statelessness, Fight with terrorism, Prohibition of discrimination*

## **GİRİŞ**

IŞID'in büyük ölçüde yenilgiye uğramasından sonra IŞID savaşçıları ve sempatanları ile nasıl baş edileceği sorunu ortaya çıkmıştır. Küçümsenmeyecek sayıda IŞID savaşçısı savaşın sona ermesi ertesinde kendi ülkelerine dönmüştür<sup>1</sup>. Bu durum Alman yasama organını terör örgütlerinin savaş eylemlerine katılan Alman vatandaşları için kendine özgü bir vatandaşlık kaybı düzenlemesi yapmaya sevk etmiştir. Diğer devletler terör eylemlerine katılan vatandaşları için daha kapsamlı vatandaşlıktan çıkarma düzenlemeleri yapmıştır. Makalede bu tür vatandaşlıktan çıkarma ve vatandaşlığı kaybetme düzenlemelerinin Uluslararası Hukuka uygunluğu incelenmektedir.

Makalede konunun Uluslararası Hukuk bakış açısı ile ele alınmış olması nedeniyle uluslararası özel hukuk konusu olan vatandaşlık hukukuna, dolayısı ile vatandaşlık kaybına dogmatik anlamda yer verilmemiştir.

## **I. IŞID SAVAŞÇILARININ VATANDAŞLIK KAYBI**

IŞID bölgelerinden geri dönüşlerin başlaması ile birlikte Alman yasama organı (Federal Meclis) 2019'da vatandaşlık kanununda vatandaşlık kaybı konusunda bir değişiklik yoluna gitmiştir (kanun 12.8.2021'de yürürlüğe girmiştir). Kanunun 28.paragrafında terör örgütlerinin savaş eylemlerine katılan Alman vatandaşlarının vatandaşlıktan çıkarılması kabul edilmiştir. Alman Vatandaşlık Kanununun vatandaşlık kaybı nedenlerini listeleyen ve yabancı bir devletin silahlı kuvvetlerine yahut benzer gruplarına katılmayı vatandaşlık kaybı nedenleri arasında düzenleyen 17.paragrafa yapılan gönderme ile 28.paragrafta (§28) terör örgütü faaliyetlerine katılma da vatandaşlık kaybı nedeni olarak öngörülmüştür. 17.paragrafa esas olan düşünce bireyin yabancı bir devletin silahlı güçlerine katılması ile Alman vatandaşlığından vazgeçmesi, diğer devletin vatandaşlığında karar kılması mantığına istinat etmektedir. Alman Ceza Kanunu bu yaklaşımı yabancı ülkelerde faaliyet gösteren terör örgütlerinin savaş eylemlerine katılan Alman vatandaşları için de 17.paragrafa yapılan gönderme üzerinden vatansız kalmama koşulu ile 28.paragrafta kabul etmiştir.

Vatandaşlık kaybı için terör örgütünün savaş eylemlerine fiilen katılma gerekmektedir. Sadece yabancı bir terör örgütüne katılma vatandaşlık kaybı için yeterli değildir. Düzenleme geriye dönük hüküm doğurmamaktadır.

---

<sup>1</sup> The Return of Foreign Fighters to EU Soil (EPRS). 2018, s.5, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621811/EPRS\\_STU\(2018\)621811\\_](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621811/EPRS_STU(2018)621811_) (ulaşım tarihi 30.08.2022)



Kanunun yürürlüğe girmesinden önce bu tür savaş eylemlerine katılmak, vatandaşlık kaybına yol açmayacaktır. Bu nedenle düzenleme IŞİD üyesi savaşçılar bakımından sembolik bir anlama sahiptir. Düzenleme birden ziyade vatandaşlığı olan kişileri kapsamaktadır. Zira vatandaşlık kaybının vatansızlığa yol açmaması gerekmektedir. Ceza Kanununun 28.paragrafının 1.fikrasına göre henüz reşit olmamış (küçükler) çocuklar vatandaşlıklarını kaybetmeyecektir. Savaş eylemlerine katılımı re'sen resmi merciler tespit edecektir<sup>2</sup>. Resmi mercilerin tespit kararı suç unsurlarının varlığına istinat edecektir. Bu çerçevede takdir hakkı kullanılmayacaktır. Prosedür öncelikle kişinin ne zaman savaş eylemlerine katıldığıнын (kanıtlara istinaden) tespitine hizmet edecektir. Resmi mercilerin bu bağlamda verecekleri kararda somut durumun koşullarını yahut zorunluluk durumlarını dikkate alma yetkisi yoktur.

## II. DİĞER AVRUPA ÜLKELERİNDEKİ BENZER DÜZENLEMELER

Diğer Avrupa devletleri de geçen yıllarda terörist eylemlere katılanlar için Almanya paralelinde vatandaşlık kaybı, vatandaşlıktan çıkarma düzenlemeleri yapmış veya mevcut düzenlemelerini genişletmişlerdir. Avusturya'daki hukuki durum Almanya'ya benzemektedir. Avusturya'da da terörist eylemlere katılanların vatandaşlıktan çıkarılması için ilave düzenleme kabul edilmiştir. Düzenlemeye göre terörist eylemlere katılanların vatandaşlıktan çıkarılması zorunludur; resmi mercilerin kararı ile vatandaşlıktan çıkarma gerçekleşir<sup>3</sup>. İngiltere'de de vatandaşlıktan çıkarma idari kararlarla gerçekleşmektedir. Vatandaşlık kaybı istisnai olarak vatansızlığa yol açabilir. Bu durum sonradan kazanılan vatandaşlık için kabul edilmiştir<sup>4</sup>. Fransa'da vatandaşlıktan çıkarma düzenlemesi 1915'de yapılmıştır. Fransa'da vatandaşlıktan çıkarma bir başka devletin yararına, Fransa'nın zararına olan ağır suçlar nedeniyle mahkumiyet durumunda Conseil d'Etat'nın onayını gerektiren idari işlemle olur<sup>5</sup>. Doğum ile Fransız vatandaşlığı kazananlar vatandaşlıktan çıkarılamaz. Fransız vatandaşlığı ebeveynlerden asgari birinin Fransız vatandaşı olması veya ebeveynlerden asgari birinin Fransa'da doğması kaydıyla doğum ile kazanılır. Fransa'da doğmamış yabancıların Fransa'da doğan çocukları reşit olduktan sonra seçtikleri takdirde ("acquisition" yön-

<sup>2</sup> Ceza Kanunu §28 III I

<sup>3</sup> Avusturya Vatandaşlık Kanunu §33 II

<sup>4</sup> British Nationality Act 1981, Section 40, Sub-section 4, 4A

<sup>5</sup> Code Civil md.25; AİHM'nin bu bağlamda verdiği karar için bkz.: Ghomid u.a. vs. France, 25.6.2020, No. 52273/16 u.a., Rn.19 vd.

temi ile) Fransız vatandaşlığı kazanır<sup>6</sup>. Vatandaşlıktan çıkarılma bağlamında isnat edilen suçun vatandaşlığın kazanılmasından itibaren onbeş yıl içinde işlenmiş olması gerekmektedir. Böyle bir durumda vatandaşlığın kazanıldığı tarihten itibaren işleyen onbeş yıl içinde vatandaşlıktan çıkarma işlemi gerçekleştirilebilir. Süre aslında 10 yıl olarak öngörülmekle beraber, ulusun çıkarlarına yönelik olan ve terörist eylem olarak kategorize edilen durumlar için süre 15 yıl olarak uzatılmıştır. Bunun dışında vatandaşlıktan çıkarma işlemi vatansızlığa yol açtığı takdirde vatandaşlıktan çıkarma işlemi gerçekleştirilmez.

Belçika’da buna karşılık yargısal bir prosedür işletilmesi gerekmektedir. Vatandaşlıktan çıkarma aslında Cour d’appel’in yetkisinde olmakla beraber, terörizmle bağlantılı vatandaşlıktan çıkarma yetkisi ceza mahkemelerine verilmiştir. Fransa’da olduğu gibi Belçika’da da vatandaşlıktan çıkarma vatandaşlık kazanma olasılıklarına göre düzenlenmiştir. Fransa’da olduğu gibi vatandaşlıktan çıkarma Belçika’da da vatandaşlık sonradan kazanılmışsa mümkündür. Bu sınırlayıcı düzenleme Belçika vatandaşlığını doğum ile kazanan, ebeveyni yabancı olan çocukları korumaktadır. Bu durum Fransa’ya benzer şekilde ebeveynlerin kendilerinin Belçika’da doğması ve son 10 yıl, doğum öncesi asgari 5 yıl Belçika’da ikâmet etmeleri koşulu ile geçerlidir<sup>7</sup>. Fransa’dan farklı olarak Belçika düzenlemesinde vatandaşlıktan çıkarma konusunda zamansal bir sınırlama bulunmamaktadır<sup>8</sup>. Danimarka’da da terörizmle bağlantılı suçlar nedeniyle mahkûmiyet vatandaşlıktan çıkarılma nedeni oluşturmaktadır. Vatandaşlıktan çıkarma işlemi ceza mahkemelerinde görülen davada verilen kararlar gerçekleşir (Section 8b of the Danish Nationality). Danimarka düzenlemesi çifte vatandaşlığa izin vermektedir. Vatandaşlığın doğum ile kazanılması ve sonradan kazanılması arasında Danimarka ayırım yapmamaktadır.

Verilen örnekler devletlerin terör eylemlerine katılan vatandaşları bakımından normatif dayanaklar (ceza mahkemelerinde alınan mahkûmiyet kararı veya terör eylemlerine katılmanın tespiti gibi) ve düzenlemeler arasında farklılık olsa da vatandaşlıktan çıkarma yöntemi ile reaksiyon gösterdiklerini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede Alman vatandaşlıktan çıkarma düzenlemesinin çifte vatandaşlığı olanlarla ve yabancı bir ülkede terörist

---

<sup>6</sup> Code Civil’in 21-7. maddesine ek bir kriter olarak 11.yaştan itibaren Fransa’da asgari 5 yıl ikâmet öngörmektedir.

<sup>7</sup> Code de la nationalité belge, md.11

<sup>8</sup> **Wautélet**, Patrick: “The Law of Nationality: comparative and international perspective”, ORBi of University of Liège, 2016, 427 pages s. 18 vd.

savaş eylemlerine fiilen katılanlarla sınırlı tutulması nedeni ile dar bir uygulama alanına sahip olduğu görülmektedir. Düzenleme Belçika veya Fransa düzenlemelerinden farklı olarak ulusal seviyedeki terör eylemlerini ve suçlarını kapsamamaktadır.

### III. KONUYA İLİŞKİN ÖZEL ULUSLARARASI HUKUK ANLAŞMALARI: VATANSIZLIĞIN AZALTIKMASI ANLAŞMASI VE AVRUPA VATANDAŞLIK ANLAŞMASI

Vatandaşlık kazanılması ve kaybedilmesi ulusal hukuka bırakılan klâsik konular olsa da Uluslararası Hukuk uzun bir süredir vatansızlığı önleme hedefi gütmektedir<sup>9</sup>. Vatansızlığın vatandaşlık kaybı ile doğması zorunlu olarak Uluslararası Hukuk düzenlemeleri yapılmasını gerektirmiştir. Bu çerçevede özellikle işaret edilmesi gereken iki anlaşma bulunmaktadır. Bunlar Vatansızlığın Azaltılmasına İlişkin Anlaşma (BGBl, 1977 II, s. 597) ve Avrupa Vatandaşlık Anlaşması'dır (BGBl, 2004 II, s. 578). Vatansızlığın azaltılması anlaşması Alman hukukundan farklı olarak baştan vatansızlık durumunu önleyen bir düzenleme içermemektedir. Diğer Avrupa ülkelerindeki vatandaşlık kaybına ilişkin düzenlemelerde vatansızlık göze alınmaktadır. Vatansızlığın azaltılması anlaşmasını onaylayan devletler bakımından anlaşmanın 8.maddesinde yer alan çekince olanağı önem taşımaktadır. İngiltere örneğinin böyle bir çekince bildirimini yapmıştır<sup>10</sup>. Yapılan bildirim vatansızlığa yol açan düzenlemenin yeniden yürürlüğe konulmasına imkân tanıyıp tanımadığı açık değildir. İngiltere vatansızlığa yol açan vatandaşlıktan çıkarmayı 2002'de yasaklamıştır. Bu sınırlama 2014'de yeniden kaldırılmıştır<sup>11</sup>. Anlaşmanın, vatansızlığın önlenmesi amacı dikkate alındığında, anlaşmaya katılırken yapılan bildirimle vatansızlığa yol açan düzenlemeleri yeniden yürürlüğe koyma çekincesi yapılması tereddüte yol açmaktadır. Vatansızlığa yol açan vatandaşlık kaybı düzenlemesinin yeniden yürürlüğe konulması anlaşmanın amacına ters düşmektedir. Anlaşma tarafı devletlerin anlaşmaya taraf olmaları ertesinde vatansızlığa neden olan bu tür düzenlemeler yapmaları anlaşmanın ihlâline yol açar. Avrupa Vatandaşlık Anlaşması vatansızlığın azaltılması anlaşmasından farklılıklar göstermektedir. Avrupa Vatandaşlık Anlaşması kötü niyet yahut yanıltıcı durumlar istisna

<sup>9</sup> Nottebohm Case (second phase), 06.04.1955, ICJ Reports 1955, s. 4; **Weber**, Ferdinand: Staatsangehörigkeit und Status, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, 1570 pages, s. 184.

<sup>10</sup> diğer bildirimler için bkz.: [https://treaties.un.org/pages/viewDetails.aspx?src=TREATY&mt\\_dg\\_no.4&chapter=5](https://treaties.un.org/pages/viewDetails.aspx?src=TREATY&mt_dg_no.4&chapter=5) (ulaşım tarihi 30.8.2022)

<sup>11</sup> **Arnell**, Paul: "The Legality of the Citizenship Deprivation of UK Foreign Terrorist Fighters", ERA Forum, Vol.21, Issue 3, 2020, s. 395-412.

olmak kaydıyla vatansızlığa yol açacak vatandaşlıktan çıkarma işlemlerine karşı koruma sağlamaktadır (md.7, III). Anlaşma vatandaşlık kaybını vatansızlığa yol açan sonuçları itibariyle düzenlemekte ve vatandaşlık kaybına neden olabilecek hususları tam liste olarak ortaya koymaktadır. Listede yer alan nedenler dışında bir nedenle vatandaşlıktan çıkarılma anlaşmanın 7.maddesine göre açık olarak yasaklanmıştır<sup>12</sup>.

Terörizmle ilgili suçlar ve yabancı bir ülkede terörist savaş eylemlerine katılma vatandaşlıktan çıkarma nedenleri olarak Avrupa Vatandaşlık Anlaşması'nda (7.md.) yer almamaktadır. Ancak bu tür vatandaşlık kaybı düzenlemelerinin anlaşma tarafı devletlerin önemli çıkarlarının ağır ihlali olarak kabul edilerek istisna kuralı muvacehesinde değerlendirilmesi mümkündür<sup>13</sup>. Bu istisnanın ancak terör eylemlerinin yahut terör örgütünün yabancı ülkelerdeki savaş eylemlerine katılmanın vatanın çıkarlarına gerçekten zarar vermesi koşulu ile uygulanması mümkündür. Normun ortaya çıkış sürecinde de istisnanın dar yorumlanması eğiliminin ağır basması nedeni ile herhangi bir ağır suç nedeniyle değil vatana ihanet yahut casusluk gibi suçlar nedeniyle devletin çıkarlarının ağır ihlali durumunda vatandaşlıktan çıkarma söz konusu olabilecektir<sup>14</sup>.

Terör eylemi vatana yönelik gerçekleştiği takdirde vatandaşlıktan çıkarma koşulu daima gerçekleşmiş olmaktadır. Terör eylemlerinin vatanla bağlantısının olmadığı veya onu ilgilendiren bir çatışmanın bulunmadığı durumlarda ise tereddüt doğmaktadır (çatışmanın bölgesel ve ideolojik olması halinde vatandaşlıktan çıkarma koşulunun gerçekleşmediği ileri sürülmektedir). Bu tür ortada olan sorunların Uluslararası Hukuk yanlısı yorumla Avrupa Vatandaşlık Anlaşması'nın amacı ışığında yorumlanması uygundur. Literatürde bu nedenle Avrupa Vatandaşlık Anlaşması'nın 7.madde, c-bendinin engelleyici bir hüküm teşkil ettiği, anlaşmanın 7-1.madde, c-bendinde açık şekilde sadece yabancı bir devletin silahlı gücüne katılmanın vatandaşlıktan çıkarma nedeni olarak kabul edildiğine işaret edilmektedir. Bunun sonucu olarak devlet dışı aktörlerin savaş eylemlerine katılma nedeniyle Avrupa Vatandaşlık Anlaşması'nın 7.madde-I, d-bendi muvacehesinde vatandaşlıktan çıkarma işleminin gerçekleştirilmesi mümkün değildir<sup>15</sup>. Bu

<sup>12</sup> Avrupa Vatandaşlık Anlaşması'na anlaşmaya 21 devlet taraftır, bkz. [https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/66/signatures?p\\_auth=u9ADBuno](https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/66/signatures?p_auth=u9ADBuno), (ulaşım tarihi 30.08.2022)

<sup>13</sup> Avrupa Vatandaşlık Anlaşması. md.7 I, d-bendi

<sup>14</sup> Europarat 1997, Rn.67; **Zimmermann**, Andreas/**Eiken**, Jan: "Reform des § 28 StAG und das Völkerrecht", NVwZ, Heft 18, 2019, s. 1313-1318.

<sup>15</sup> **Zimmermann/Eiken**, s. 1316 vd.

yaklaşım ikna edici gözükmemektedir. Avrupa Vatandaşlık Anlaşması terör örgütlerinin faaliyetlerinin henüz Avrupa Konseyi gündeminde olmadığı bir dönemde kabul edilmiştir. Devletler bu nedenle de anlaşmada devlet dışı terör örgütlerinin faaliyetleri ile bağlantılı olarak vatandaşlık kaybı konusunu düzenlememiştir. Bu nedenle engelleyici etkiye sahip 7.madde I, c-bendi hükmünün devlet dışı silahlı grupların devletlerin silahlı güçleri ile mukayese edilebilir olmaları halinde vatandaşlıktan çıkarmaya esas alınması pekâlâ mümkündür. Sonuç olarak yabancı ülkelerde terör örgütlerinin savaş eylemlerine katılma nedeniyle vatandaşlık kaybını öngören düzenlemeler vatansızlığa yol açmadıkları nispette prensip olarak Avrupa Vatandaşlık Anlaşması muvacehesinde caiz olarak kabul görmektedir. Bu durum Avrupa Vatandaşlık Anlaşması'nın ulusal düzenlemeler için sadece bir çerçeve oluşturduğunu ortaya koymaktadır.

#### IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI KONVANSİYONU

AİHM son zamanlarda terörizmle bağlantılı vatandaşlıktan çıkarma işlemlerinin AİHK'na uygunluğunu sıkça ele almaktadır<sup>16</sup>. AİHM şimdiye kadar karara bağladığı davalarda alınan ulusal önlemlerin AİHK'na uygun olduğunu kabul etmiştir. AİHM içtihadında vatandaşlıktan çıkarma bağlamında devletlere yönelik mükellefiyetler yahut talepler yer almamaktadır.

##### A. AİHK'na Ek 4 Nolu Ek Protokol

AİHK'na ek 4 nolu protokolün 3.maddesi vatandaşları sınır dışı edilmekten korumakta ve onlara ülkelerine yeniden seyahat etme hakkını garanti etmektedir. Bu hüküm mevcut bir vatandaşlığı esas alması nedeni ile ilk bakışta vatandaşlık kaybına ilişkin bir sonuç doğurma, sınır dışı edilmeye karşı bir koruma sağlama ve ülkeye seyahat etme hakkı bakımından bir dayanak teşkil etme potansiyeline sahip gözükmemektedir. Ancak, devletlerin vatandaşlıktan çıkarma işlemlerini kişinin sınır dışı edilmesini sağlamak veya onun tekrar ülkeye girmesini engellemek amacıyla gerçekleştirmesi 4 nolu ek protokolün 3.maddesinde yer alan amacın ihlâline yol açmaktadır<sup>17</sup>. 4 nolu ek protokolün hazırlığı sırasında bu problem öngörülmüştür. Ancak pratik zorluklar ve üye devletlerin vatandaşlık konusundaki muhtar yakla-

<sup>16</sup> AİHM, Ghomid u.a. vs. France, 25.06.2020, No.52273/16 u.a.; AİHM, K2 vs. UK, 07.02.2017, No.42387/13; AİHM, Mansour Said Abdul Salam Mubarak vs. Denmark, 22.01.2019, No.77411/16

<sup>17</sup> **Gerards**, Janneke: Prohibition of Expulsion of Nationals (Article 3 of Protocol No. 4), bkz.: **van Dijk**, Pieter et al. (ed.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 5. Bası, Cambridge, 2008, s. 945-951.

şimleri vatandaşlıktan çıkarma konusunda bu bağlamda açık bir yasağın getirilmesini mümkün kılmamıştır<sup>18</sup>. 4 nolu ek protokolün 3.madde, II fıkrasının bu bağlamda devre dışı bırakılması sınır dışı etme işleminin bununla beraber ölçülülük denetimine tabî olmasını önlememektedir. Konu kural olarak AİHK'nun 8.maddesinin veya 3.maddesinin ihlali olarak gündeme gelmektedir<sup>19</sup>. Ülkeye girişin engellenmesi ulusal mahkemelerin ve AİHM'nin hak ihlali denetimini zorlaştırmakta, hatta imkansız kılmaktadır. Bu nedenle Almanya'nın yaptığı düzenleme sorunsuz gözükmemektedir. Yeni düzenlemenin hukuki etkileri prensip olarak düzenlemenin kapsadığı kişiler daha yurtdışında iken doğmaktadır. Vatandaşlıktan çıkarılma ile bağlantılı olarak terör eylemlerine fiilen katılan kişilerin ülkeye girişi engellenmektedir. Vatandaşlık kanununun 28.paragrafı, III. fıkrası muvacehesinde somut durumda sınır polisi önlemleri ile ülkeye girişin engellenmesi bireylere AİHK'ya ek 4 nolu protokolün 3.maddesine istinaden vatandaşlık kaybı tespitine itiraz başvurusu yapma imkânı bırakmamaktadır<sup>20</sup>, vatandaşlık kaybı tespitine karşı açılan davaların tehir edici etkisi bulunmamaktadır. Bu tablo Almanya'nın yapmış olduğu düzenlemenin 4 nolu ek protokolün 3.maddesini devre dışı bırakma amacı taşıdığını göstermektedir.

### **B. AİHK'nin 8.Maddesi Muvacehesinde Vatandaşlık Kaybı – Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması**

AİHK prensip olarak vatandaşlık hakkı ile ilgili hükümler içermemektedir. AİHM bununla beraber vatandaşlığın kişisel kimliğin parçası olduğunu ve vatandaşlığın AİHK'nin 8.maddesinde yer alan özel hayatın korunması hakkı üzerinden korunduğunu karara bağlamaktadır<sup>21</sup>. Bu çerçevede yer alan yerleşik içtihadı göre vatandaşlıktan keyfi çıkarma özel hayatın ihlali olarak görülmektedir<sup>22</sup>. Bu içtihat ışığında AİHK'nin 8.maddesi muvacehesinde iki aşamalı bir denetim yapılması söz konusudur. İlk aşamada vatandaşlıktan çıkarma kararının soyut olarak keyfi olup olmadığı incelenmektedir. Bu

<sup>18</sup> Schabas, William A.: The European Convention on Human Rights - A Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2015, 1308 pages

<sup>19</sup> AİHM, Mansour Said Abdul Salam Mubarak vs. Denmark, 22.01.2019, No.77411/16, Rn.43 vd., 72 vd.; AİHM (Büyük Daire), M.S.S. vs Belgium and Greece, 21.01.2011, No. 30696/09, Rn.313 vd.

<sup>20</sup> BT-Drs. 19/9736, 29.04.2019, s. 11.

<sup>21</sup> AİHM, Menesson vs. France, 26.06.2014, No.65192/11, Rn.97; AİHM, Ghomid u.a. vs. France, 25.06.2020, No.52273/16 u.a., Rn.43

<sup>22</sup> AİHM, Ramadan vs. Malta, 21.06.2016, No.76136/12, Rn; AİHM, K2 vs. UK, 07.02.2017, No.42387/13, Rn.49

aşamada AİHK'nin 8.maddesinde korunan hukuki pozisyonlara somut durumda bir müdahale olup olmadığı incelenmemektedir. Denetimin ikinci aşamasında keyfilik durumunun olmadığı vatandaşlıktan çıkarma durumları bağlamında AİHK'nin 8.maddesi muvacehesinde somut durumda ülkeye dönüş olanağının bulunmamasının aileden ve sosyal çevreden ayrılma nedeni ile ölçü dışı bir konvansiyon ihlâline yol açıp açmadığı incelenmektedir<sup>23</sup>.

Alman Vatandaşlık Kanunu'nun 28.paragraf, I.fıkra, I.bend düzenlemesi bağlamında keyfilik olarak ileri sürülen iddialar kuralların belirliliği, hukuki sonuçların öngörülebilirliği, makul usul garantileri, hakları koruma mekanizmasının mevcudiyeti AİHM nezdinde kabul görmemiştir. Terör örgütlerinin savaş eylemlerine katılanlar için öngörülen düzenleme yabancı askeri güçlere katılanlarla aynı paralelde kaleme alınmıştır. Bu nedenle keyfilik iddiası geçersizdir; hakların korunması olanakları ve usul garantileri bakımından özel bir durum bulunmamaktadır. Bu bağlamdaki hakların iddiasına ilişkin geleneksel idari başvuru yolları vatandaşlık kanununun 28.paragrafı, III.fıkrası, I-bendinde temin edilmiştir. Alman vatandaşlık kanunda sorunlu gözüken durum somut örnekte düzenlemenin etkilerinin denetim eksikliğidir. Ulusal mahkemenin vatandaşlık kaybı bağlamında ölçülülük denetimi yapılmamasına rağmen AİHM'nin terörizmle bağlantılı olarak şimdiye kadar verdiği kararlarda vatandaşlık kaybının hukuka uygunluğunu kabul etmesi şaşırtıcı gözükmektedir. Alman vatandaşlık kanunu somut örnekte ölçülülük prensibinin denetimine izin vermemektedir. Terör örgütünün savaş eylemlerine fiilen katılma otomatik olarak hukuken vatandaşlık kaybına yol açmaktadır. Vatandaşlık kaybı hukuken bir merci kararına istinaden değil, doğrudan terör örgütünün savaş eylemlerine katılan kişinin davranışı sonucu ortaya çıkmaktadır. Vatandaşlık Kanununun 28.paragraf, III.fıkra, I.bendine istinaden verilen tespit kararı vatandaşlık kaybında insani bir etkiye sahip olmayıp, sadece vatandaşlık kaybının hangi tarihten itibaren söz konusu olduğuna açıklık getiren bir işlem olarak görülmektedir. Bu tablo vatandaşlık kaybında terör örgütünün yabancı ülkelerdeki savaş eylemlerine fiilen katılma koşulunun yerine gelmesinin esas alındığını göstermektedir. Vatandaşlık kaybında somut kişisel durum esas alınarak ölçülülük denetimi yapılmamaktadır; Almanya'nın bu bağlamdaki yasal düzenlemesi AİHM'de karara bağlanan Ghoumid davasında teyit edildiği üzere özellikle Fransa'nın yasal düzenlemesinden farklılık göstermektedir<sup>24</sup>. Somut örnekte bireysel

<sup>23</sup> AİHM, Usmanov vs. Russia, 22.12.2020, No.43936/18, Rn.58

<sup>24</sup> bknz.: AİHM, Ghoumid u.a. vs. France, 25.06.2020, No. 52273/16 u.a.

ölçülülük denetimi eksikliğini AİHM AİHK'na aykırı görmemiştir. AİHM, AİHK tarafı devletlerin yasal düzenlemelerinde kategorik durumlar için belirledikleri esasları benzer durumlar arasında etkileri bakımından ayırım yaratmaması kaydı ile AİHK'ye aykırı görmemektedir. AİHM'nin ancak ölçülülük denetimi eksikliğinin ağır etkiler doğurduğu durumlarda istisnai olarak ölçülülük denetimi gerekliliğini kabul ettiği örnekler de bulunmaktadır<sup>25</sup>. Ülkeye girişin ve ikâmetin yasaklanması, sınır dışı etmenin kolaylaştırılan koşullarla gerçekleşmesi vatandaşlık kaybının hukuki sonuçlarının ağır ve kapsamlı olduğu kanaati oluşturmaktadır. Bu durumlarda vatandaşlık kaybı bağlamında somut örnekte genel bir ölçülülük denetimi gerekli görülmektedir.

Vatandaşlık kaybı AB üyesi devlet vatandaşlarının AB yurttaşlığı statüsünün kaybına da yol açmaktadır. AB Adalet Divanı Tjebbes kararında somut durum için ölçülülük denetimini gerekli görmüştür<sup>26</sup>. Pratik sonuçları itibariyle ülkeye yeniden girişi engelleyen, sınır dışı etme, geri gönderme durumlarında da AB Adalet Divanı tarafından somut durumu esas alan bir ölçülülük denetimi gerekli görülmektedir. Bu yaklaşım sınır dışı edilen kişinin kişisel koşullarının karara esas alınması gereğini öngören kolektif sınır dışı etme yasağına istinat etmektedir<sup>27</sup>. İç hukuktaki mevcut sınır dışı etme kurallarının somut durumun koşullarının esas alınarak değerlendirilmesini öngören yeni düzenlemelerle ikâme edilmesi somut duruma ilişkin ölçülülük denetimi olmaksızın özel hayata müdahale edilmesini caiz görmeyen AİHK yaklaşımının gereğidir<sup>28</sup>. Kapsamlı sonuçları olan yaptırımlardan etkilenen kişilerin özel koşullar içinde bulunma olanakları AİHK'nun 14.maddesinde yer alan somut durumun ölçülülük denetimine tabi olması kriterinin kabulüne yol açmıştır. AİHK'nun 14.maddesi AİHM'nin içtihadına göre sadece eşitlerin farklı muamele edilmemesini değil, eşit olmayanların objektif bir dayanak olmaksızın eşit muamele edilmesini de yasaklamaktadır.

Somut durum için ölçülülük denetimi gerekliliğini reddedenler Alman Vatandaşlık Kanunu'nun 28.paragrafı, I.fıkra, 2.bendinde öngörülen suç unsurunun diğer vatandaşlık kaybı yahut vatandaşlıktan çıkarma düzenlemelerinden farklı şekilde spesifik, dar bir düzenleme olarak münhasıran terör

<sup>25</sup> AİHM, Sadak u.a. vs. Turkey, 06.11.2002, No. 25144/94 u.a., Rn.37 vd.

<sup>26</sup> EuGH, Tjebbes u.a., 12.03.2019, C-221/17, Rn.40 vd.

<sup>27</sup> AİHK'na Ek 4 nolu protokolün 4.md.; AİHM, Khlaifa u.a. vs. Italy, 15.12.2016, No.16483712, Rn.238

<sup>28</sup> **Weber**, Ferdinand: § 28 StAG (*Vatandaşlık kanunu*), bknz.: **Kluth**, Winfried/**Heusch**, Andreas, (ed.), Beck'scher Online- Kommentar Ausländerrecht. 26.bası, C. H. Beck, München, 2020.



örgütlerinin yabancı ülkelerdeki savaş eylemlerine fiilen katılma ile oluştuğunu ve bu bağlamdaki vatandaşlık kaybının çifte vatandaşlığa sahip olanlarla sınırlı tutulduğuna dikkat çekmektedir. Ancak madde hükmünde yer alan bu sınırlamalar AİHK'nun 8.maddesine esas olan vatandaşın ülkesi ile kişisel bağlarını ve aile bağlarını dikkate almamaktadır. Bu nedenle bu düzenlemeler AİHK'nun 8.maddesine göre yapılan ölçülülük denetimini ikâme etme özelliğine sahip değildir. Vatandaşlık kaybına karar verecek merci yahut mahkemenin somut durumda suç unsuru teşkil eden eylemin gerçekten yapıldığını saptamak için zaten detaylı bir inceleme yaptığı, ölçülülük denetiminin bu nedenle zaman kaybından başka bir işe yaramayacağı gibi genel gerekçelerle somut durumda ölçülülük denetiminin devre dışı bırakılması AİHK'nin 8.maddesinin amacına uygun değildir. Bu tablo somut durumda ölçülülük denetimi yapılmaksızın vatandaşlık kaybı işleminin gerçekleşmesinin AİHK'nun 8.madde ile bağdaşmadığını ortaya koymaktadır<sup>29</sup>.

### **C. Vatandaşlık Kaybının AİHK'na Ek 7 Nolu Protokolün 4.Maddesi Muvacesesinde Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Kullanılması**

AİHK'nin ek 7 nolu ek protokol 4.maddesinde mükerrer ceza yasağı öngörülmektedir (non bis in idem). Almanya henüz ek protokolü onaylamamıştır. Ek protokolü onaylayan diğer AİHK tarafı devletler bakımından vatandaşlık kaybı düzenlemelerinin çifte cezalandırmaya yol açıp açmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Böyle bir sonucun doğması için her iki prosedürün (yaptırım ve vatandaşlıktan çıkarma prosedürünün) ceza hukuku karakterli olması gerekmektedir. Böyle bir durum söz konusu olduğu takdirde AİHM her iki prosedürün aynı olaya ilişkin olup olmadığını ve mükerrer bir prosedürün olup olmadığını incelemektedir<sup>30</sup>. Mükerrer ceza durumunda AİHM "Engel-Kriterlerini" uygulamaktadır. Mahkeme öncelikle suç teşkil ettiği iddia edilen davranışın ulusal hukukta nasıl kategorize edildiğini, uygulanacak normun tabiatını ve kanunda öngörülen cezanın ağırlığını incelemektedir<sup>31</sup>. Her üç kriterin zorunlu olarak yaptırımın cezai karakterini ortaya koymasına gerekmemektedir. Özellikle son iki kriter AİHM içtihadında kümülatif olarak değil, alternatif olarak kullanılmaktadır<sup>32</sup>. 7 nolu ek protokolün 4.maddesine göre terör suçu nedeniyle yürütülen prosedür açık şekilde

<sup>29</sup> AİHM, Animal Defenders international vs. UK, 22.04.2013, No.48876/08, Rn.108

<sup>30</sup> AİHM, Mihalache vs. Romania, 08.07.2019, No.54012/10, Rn.49

<sup>31</sup> AİHM, Engel u.a. vs. the Netherlands, 08.06.1976, No.5100/71 u.a., Rn.82

<sup>32</sup> AİHM, Mihalache vs. Romania, 08.07.2019, No.54012/10, Rn.54

bir ceza hukuku prosedürüdür. Vatandaşlıktan çıkarma işlemi idari bir prosedür olarak gerçekleşse de yaptırım teşkil ettiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. AİHM bununla beraber Ghomid - Fransa davasında vatandaşlıktan çıkarma normlarının vatandaşlık kanununda düzenlenmesi ve birey ile devlet arasındaki bağın koparılması amacını taşıması nedeniyle vatandaşlıktan çıkarma normlarının ve buna ilişkin usul normlarının ceza hukuku karakterini reddetmiştir. AİHM vatandaşlıktan çıkarma işlemi Conseil d'Etat'nın idari karakterli bir yaptırımı olarak nitelendirmiştir<sup>33</sup>. Bunun ötesinde vatandaşlıktan çıkarma işlemi Fransa'da ikâmeti kendiliğinden sona erdirmemesi nedeniyle yaptırımın etkisi AİHM tarafından ağır olarak da nitelendirilmemiştir.

AİHM'nin gerekçesi ikna edici gözükmemektedir. Vatandaşlıktan çıkarmanın AİHM'nin kararının aksine AİHK'ye ek 7 nolu protokolün 4.maddesi muvacehesinde ağır sonuçları itibariyle cezai nitelikli bir yaptırım olarak görülmesi gerekmektedir. Vatandaşlıktan çıkarma otomatik olarak ülkedeki ikâmeti sona erdirmemekle beraber AİHK'ye ek 4 nolu protokolün 31.maddesine göre ilgilinin sınır dışı edilmesinin önkoşuludur. Vatandaşlıktan çıkarılma ikâmet etme dışında tüm vatandaşlık haklarını kaybetme sonucu doğurmaktadır. AİHM'nin başka bağlamlarda verdiği kararlarda idari yaptırımları 7 nolu ek protokolün 4.maddesinin uygulanma alanında değerlendirdiği görülmektedir<sup>34</sup>. Vatandaşlıktan çıkarma örneğin, önemli mali sonuçları itibarı ile vergi hukuku bağlamında cezai yaptırım olarak nitelendirilmiştir<sup>35</sup>. Bu içtihat ışığında vatandaşlıktan çıkarmanın sonuçlarına ilişkin olarak AİHM'nin farklı kararlar vermesi anlaşılmamaktadır. Her iki prosedürün (ceza hukukuna göre mahkûmiyet ve vatandaşlıktan çıkarma prosedürü) ceza hukuku karakterinden hareket edilmesi halinde iki prosedürün aynı konuya ilişkin olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu durum terörle bağlantılı suçlar nedeni ile vatandaşlıktan çıkarılmada kriter olarak esas alınmamaktadır. AİHM aynı konuya ilişkin çifte prosedürün mevcudiyeti durumlarında iki prosedürün bütünsellik ilişkisi içinde bulunması halinde mükerrer ceza verilmesini kabul etmemektedir. Her iki prosedürün zamansal ve içerik olarak yeterli şekilde birbirleriyle bağlantılı oldukları durumda böyle bir bütünsellik ortaya çıkabilmektedir. Prosedürlerin birbirleriyle içerik olarak bağlantılı olup olmadığı, mükerrerliğin öngörülebilir olup olmadığına, delillerin ortak olarak toplanıp toplanmadığına, bir

<sup>33</sup> AİHM, Ghomid u.a. vs. France, 25.06.2020, No.52273/16 u.a., Rn.71

<sup>34</sup> AİHM, Mihalacahe vs. Romania, 08.07.2019, No.54012/10, Rn.62

<sup>35</sup> AİHM, A and B vs. Norway, 15.11.2016, No.24130/11, Rn.138f

prosedürde verilen cezanın bütünü itibariyle ölçü dışı olmaması için diğer prosedürün dikkate alınıp alınmadığına göre değerlendirilmektedir<sup>36</sup>. AİHM bu dayanak ışığında ceza hukukuna istinat eden mahkûmiyet yanı sıra diğer prosedürde cezai yaptırım olarak vergi iadesine hükmedilmesi halinde iki prosedürün içerik olarak bağlantılı olduğunu kabul etmektedir. AİHM bununla beraber vatandaşlıktan çıkarma işleminin cezai mahkûmiyete istinat ettirildiği Ghomid davasında iki prosedür arasında zamansal yakınlık olmaması nedeniyle sıkı bağlantı olduğunu kabul etmemiştir. Bütünü itibariyle Ghomid davasında AİHM'nin verdiği karar ikna edici gözükmemektedir. AİHK'ye ek 7 nolu protokolün 4.maddesinin ölçü dışı dar yorumlandığı bu karar AİHM'nin mükerrer ceza yasağına ilişkin verdiği diğer kararları ile de tutarlı gözükmemektedir.

#### **D. AİHK'nun 8.Madde ile Bağlantılı Olarak 14.Maddesinin İhlâli**

Vatandaşlık kaybı ile ilgili düzenlemeler AİHK'nin 14.maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı bakımından da problem oluşturmaktadır. Vatandaşlık kaybına ilişkin kurallar AİHK'nin 8.maddesi muvacehesinde değerlendirilmektedir. Ancak, AİHK'nin 8.maddesinin ihlâlinden bağımsız olarak bu bağlamda AİHK'nin 14.maddesi tamamlayıcı düzenleme olarak uygulama bulmaktadır. Vatandaşlık kaybına ilişkin kurallar muvacehesinde doğrudan ayrımcılık yapılamaması nedeniyle bu bağlamda dolaylı ayrımcılık sorunu gündeme gelmektedir. AİHM özel olarak belli bir grubu hedef almasa dahi belli bir grubu ölçü dışı zarara uğratan önlemlerin ayrımcılık teşkil ettiğini kabul etmektedir<sup>37</sup>. AİHM böyle bir durumda ayrımcılık yapma kastını kriter olarak gerekli görmemektedir. Belli bir gruba ölçü dışı zarar veren önlemler grubun ayrımcı muamele edildiğini ortaya koyan yeterli bir kriter teşkil etmektedir<sup>38</sup>.

Gerek Belçika'nın, gerekse Fransa'nın vatandaşlıktan çıkarma düzenlemeleri vatandaşlığı sonradan kazananların vatandaşlıktan çıkarılabileceğini kabul etmektedir. Bu durumun ağırlıklı olarak mülteciler bakımından söz konusu olması etnik menşe itibariyle ayrımcılık konusunu gündeme getirmektedir<sup>39</sup>. Ghomid davasında bu fiili ayrımcılık mahkeme nezdinde bir rol oynamamıştır. Ancak bu tür sonradan vatandaşlık kazananlara yönelik

<sup>36</sup> AİHM, A and B vs. Norway, 15.11.2016, No.24130/11, Rn.132

<sup>37</sup> AİHM D.H. vs. Czech Republic, 13.11.2007, No.57325/00, Rn.175; AİHM, BiaO vs. Denmark, 24.05.2016, No.38590/10, Rn.91

<sup>38</sup> AİHM, Abdulaziz, Cabales and Balkandali vs. UK, 12.05.1983, No.9214/80 u.a., Rn.82; AİHM, BiaO vs. Denmark, 24.05.2016, No.38590/10, Rn.90

<sup>39</sup> AİHM, BiaO vs. Denmark, 24.05.2016, No.38590/10, Rn.94

ayrımcılık, ayrımcılık yasağı ihlâli olarak yorumlanmaktadır. Vatandaşların hepsinin vatandaşlığı nasıl kazandıklarından bağımsız olarak eşit muamele edilmesi gerekliliği Avrupa Vatandaşlık Anlaşmasında vurgulanmaktadır. Anlaşmanın 51.madde II. fıkrası vatandaşlığın doğum yahut sonradan kazanılması arasında ayırım yapılmamasını öngörmektedir. Devletlere bu bağlamda bir yasaklama getirmeyen madde hükmü sadece bir irade açıklaması olarak kaleme alınmıştır. Bu esnek formülasyon vatandaşlıktan çıkarma düzenlemelerini doğum ile vatandaşlık kazanan ve sonradan vatandaşlık kazananlar arasında ayırım yapan devletler tarafından desteklenmiştir<sup>40</sup>. AİHM yeni içtihadında Avrupa Vatandaşlık Anlaşması'nın 51.madde, II. fıkraya atıfta bulunarak, madde hükmünün ortak Avrupa standardındaki gelişmeyi sembolize ettiğine ve bu nedenle AİHK'nin 14.maddesinin yorumunda önem taşıdığına işaret etmiştir<sup>41</sup>.

Bu tür bir kapsamlı ayrımcılık yasağının AİHK'dan doğrudan istihraç edilmesinin mümkün olup olmadığı açık değildir. Mülteciler bakımından sonradan vatandaşlık kazanımı söz konusu olması nedeniyle bu bağlamda ırk veya etnik menşee nedeniyle fiili ayrımcılık yapıldığı açıktır. AİHM Büyük Dairesi 2016'da Biao - Danimarka davasında bu düzenlemenin öncelikle etnik Danimarkalıların yararına olduğunu, yabancı menşeli diğer insanların ise fiili ayrımcılığın yol açtığını vurgulamıştır<sup>42</sup>. Bu ölçü esas alındığında Belçika'nın ve Fransa'nın konuya ilişkin düzenlemelerinin mülteci geçmişli olan kişileri mağdur etmesi ve doğumla vatandaşlık kazanılması ile sonradan vatandaşlık kazanılması arasında ayırım yapması nedeniyle tartışmaya yol açtığı görülmektedir. Belçika'da ve Fransa'da bununla beraber çocuklar ebeveynleri o ülkede doğmuşsa (*Belçika'da buna ilave olarak doğum öncesi ikâmet etme koşulu bulunmaktadır*) doğumla vatandaşlık kazanmaktadır. Belçika'da ve Fransa'da mülteci geçmişli olan çocuklar bu şekilde vatandaşlıktan çıkarılma düzenlemesinin dışında kalmaktadır. Mağdur grupların bir kısmı için öngörülen, onların lehlerine olan bu düzenleme Biao davasında AİHM tarafından ayrımcılığın önlenmesi bakımından yeterli görülmemiştir. AİHM denetimini daha çok mağduriyet üzerine yoğunlaştırmış ve vatandaşlıktan çıkarmanın münhasıran yabancı etnik menşelilere yönelik olduğunu tespit etmiştir. AİHM içtihadına göre bu bağlamda AİHK'nin 14.madde muvacehesinde bir ayrımcılık söz konusudur. AİHM vatandaşlıktan çıkar-

<sup>40</sup> **Ersbøll**, Eva: "Biao v. Denmark: Discrimination Among Citizens?", EUI Working Paper RSCAS, No.79, 2014, s. 1-24.

<sup>41</sup> AİHM, Biao vs. Denmark, 24.05.2016, No.38590/10, Rn.132

<sup>42</sup> AİHM, Biao vs. Denmark, 24.05.2016, No.38590/10, Rn.111 vd.

mada etnik menşee ayrımcılığına sıkı bir ölçü getirmiştir. AİHM bu tür bir ayrımcılığın “compelling or very weighty reasons unrelated to ethnic origin” (*etnik kökenle ilgisi olmayan zorlayıcı veya çok ağır nedenler*) şeklinde gerekçelendirilmesini istemektedir<sup>43</sup>. AİHM, AİHK tarafı devletlere terörlere mücadele bağlamında alınacak önlemler konusunda geniş bir takdir alanı bırakmaktadır<sup>44</sup>. Fransız yasama organı düzenlemeyi terörlere mücadelenin gereksinimi olarak savunmaktadır<sup>45</sup>. Conseil constitutionnel bu gerekçeyi anayasa mahkemesi denetimi çerçevesinde doğum ve sonradan kazanılan vatandaşlık arasında yapılan ayırım için de kabul etmiştir<sup>46</sup>. Belçika'nın yaptığı düzenlemede de terörlere mücadele amacı vurgulanmıştır<sup>47</sup>.

Sadece bir vatandaşlığı olan kişiler ve çifte vatandaşlığı veya daha çok vatandaşlığı olan kişiler arasında yapılan ayırımın buna karşılık problem teşkil etmediği görülmektedir. Tek vatandaşlığı olan kişiler vatandaşlıktan çıkarılmalarının söz konusu olmaması nedeni ile birden ziyade vatandaşlığı olan kişilere nazaran kural olarak daha tercihli durumdadır. Tek vatandaşlığı olanlar ve birden ziyade vatandaşlığı olanlar arasında yapılan bu ayırımın, vatansızlığın Uluslararası Hukuk tarafından önlenmek istenmesi nedeniyle meşru bir dayanağı olduğu kabul edilmektedir.

## SONUÇ

Vatandaşlıktan çıkarma hukukun uzun süre ihmal ettiği konular arasında yer almaktadır. Almanya'da nasyonal sosyalist yönetim döneminde yaşanan vatandaşlıktan çıkarma tecrübeleri konunun açık bir anayasal yasakla düzenlenmesine yol açmıştır<sup>48</sup>. Bu güvenli durum yıllar içinde erozyona uğramıştır. Vatandaşlıktan çıkarma ve vatandaşlık kaybı gibi vatandaşlık kazanımı bağlamında da çeşitli modeller bulunmaktadır (bunlar arasında Almanya'da arada geçen sürede büyük ölçüde ortadan kaldırılan opsiyon modeli yanı sıra, Fransa'da doğuma bağlı olan, ancak reşit olduktan sonra kullanılabilen vatandaşlık kazanımı modeli yer almaktadır). Vatandaş-

<sup>43</sup> AİHM, Biao vs. Denmark, 24.05.2016, No.38590/10, Rn.131

<sup>44</sup> AİHM, Big Brother Watch u.a. vs UK, 13.09.2018, No.58170/13 u.a., Rn.445 vd.

<sup>45</sup> Commentaire sur Décision n°2014-439 QPC, 23.01.2015, s. 3.

<sup>46</sup> Conseil Constitutionnel, Décision n°2014-439 QPC, 23.01.2015, Rn.13,16; Conseil Constitutionnel, Décision n°96-377 DC, 16.07.1996, Rn.23

<sup>47</sup> **Wautelet**, s. 17.

<sup>48</sup> GG 16 I, 1; Federal Anayasa Mahkemesi kararı için bkz.: 24.05.2006, 2 BvR 669/04, BVerfGE 116,24, s. 37 vd.; **Giegerich**, Thomas: Art. 16, Abs.1 GG, bkz.: **Maunz**, Theodor/**Dürig**, Günter (ed.): Grundgesetz-Kommentar (78. delivery). C. H. Beck, München, 2016, 85 pages

daşların statüleriyle ilgili birçok konunun bugün insan hakları hukuku tarafından düzenlenmesi, vatandaşlıktan çıkarma ve vatandaşlık kaybı konusunun da insan hakları hukuku muvacehesinde değerlendirilmesine yol açmıştır.

Vatandaşlık hukukuyla ilgili anlaşmalar vatansızlığa yol açan ulusal düzenlemeleri Uluslararası Hukuka aykırı kılmaktadır. AİHK muvacehesinde vatandaşlıktan çıkarılma ve vatandaşlık kaybı işlemlerinin AİHM tarafından denetimi Uluslararası Hukuk'ta bu nedenle önem taşımaktadır. AİHK vatandaşlıktan çıkarma yöntemini ve işlemin yapıldığı tarihi Konvansiyona uygunluk kriteri olarak önemsemektedir. Almanya'nın vatandaşlıktan çıkarma ve vatandaşlık kaybı uygulamasında somut durum incelemesi yapılmaması eleştiri konusu olmaktadır. Bunun dışında Alman Vatandaşlık Kanunu'nun 28.paragrafının amacının açık şekilde AİHK'na ek 4 nolu protokolün 3.madde, II. fıkrasının devre dışı bırakılarak, vatandaşlığını kaybeden kişinin bir daha Almanya'ya girişini önlemesi sorun teşkil eden bir konu olarak görülmektedir. İç hukuk yollarına başvuru imkânsız kılan bu durum AİHK'nin ihlâlini oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra farklı grupların vatandaşlıkları arasında ayırım yapılması ayrımcılık yasağının ihlâline yol açma potansiyeline sahiptir. Bununla beraber AİHM şimdiye dek terör eylemleri nedeniyle vatandaşlıktan çıkarma tasarruflarını AİHK'nin ihlâli olarak değerlendirmemiştir. Terörle mücadelede AİHK'nin taraf devletlere ne ölçüde takdir alanı bıraktığının mevcut düzenlemelere istinaden cevaplandırılması mümkün gözükmemektedir.

Vatandaşlıktan çıkarma ve vatandaşlık kaybı Uluslararası Hukuka uygunluk tartışmaları yanı sıra, hukuk politikası sorunları da doğurmaktadır. Terörle mücadeleye ilişkin bu tür düzenlemelerin etkinliği konusunda tereddüt bulunmaktadır<sup>49</sup>. Bu çerçevedeki kuralların takdirinin yasama organına bırakılması uygun görülse de, devletlerin vatandaşlarını vatandaşlıktan çıkararak terör eylemlerine katılanları yargılama sorumluluğundan kendilerini kurtarmaları eleştirilmektedir. Devletlerin Uluslararası Hukuk muvacehesinde cezai takibat ile ilgili kapsamlı mükellefiyeti bulunmamaktadır. Terörle mücadeleye ilişkin anlaşmalar devletlere sadece işbirliği ve düzenleme yükümlülüğü getirmektedir<sup>50</sup>. Somut cezai takibat yükümlülüğü devletlerin

<sup>49</sup> **Wautelet**, s. 7 vd.; **Macklin**, Audrey/**Bauböck**, Rainer: "The Return of Banishment: Do the New Denationalisation Policies Weaken Citizenship?", EUI Working Paper RSCAS, No.14, 2015, s. 1-65.

<sup>50</sup> International Convention for the Suppression of Terrorist Bombing, 09.12.1997, BGBl. 2003 II, s. 2506; International Convention for the Suppression of the Financing of

kendi ülkeleriyle sınırlıdır. Vatandaşlık bu nedenle cezai yetkinin kullanılmasının en önemli hukuki dayanağını oluşturmaktadır. Devletlerin bununla beraber Uluslararası Hukuka göre vatandaşlarına karşı cezai takibat yürütme mükellefiyeti bulunmamaktadır<sup>51</sup>. Devletlerin bu bağlamda etkin cezai takibat düzenlemeleri yapmak yerine vatandaşlarını vatandaşlıktan çıkararak sorumluluktan kaçınmaları dünya barışını temin eden rasyonel bir hukuk politikası olarak değerlendirilmemektedir.

---

Terrorism, 09.12.1999, BGBl. 2003 II, s. 1923; European Convention on the Prevention of Terrorism, 16.05.2005, BGBl. 201, III, s. 300)

<sup>51</sup> **Özdemir, Özgen/Manandhar, Timeela:** Responsibility to punish. Zur Verantwortung Deutschlands für deutsche IS-Kämpfer“, Völkerrechtsblog, 22.03.2019, doi: 10.17176/20190322-104804-0 (son erişim 30.08.2022)

## BİBLİYOGRAFYA

### Kitap & Makaleler:

- Arnell**, Paul: “The Legality of the Citizenship Deprivation of UK Foreign Terrorist Fighters”, ERA Forum, Vol.21, Issue 3, 2020, s. 395-412.
- Ersbøll**, Eva: “Biao v. Denmark: Discrimination Among Citizens?”, EUI Working Paper RSCAS, No.79, 2014, s. 1-24.
- Gerards**, Janneke: Prohibition of Expulsion of Nationals (Article 3 of Protocol No. 4), bkz.: **van Dijk**, Pieter et al. (ed.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. 5. Bası. Cambridge, 2008, s. 945-951.
- Giegerich**, Thomas: Art. 16, Abs.1 GG, bkz.: **Maunz**, Theodor/**Dürig**, Günter (ed.): Grundgesetz-Kommentar (78. delivery). C. H. Beck, München, 2016, 85 pages.
- Macklin**, Audrey/**Bauböck**, Rainer: “The Return of Banishment: Do the New Denationalisation Policies Weaken Citizenship?”, EUI Working Paper RSCAS, No.14, 2015, s. 1-65.
- Özdemir**, Özgen/**Manandhar**, Timeela: “Responsibility to punish. Zur Verantwortung Deutschlands für deutsche IS-Kämpfer”, Völkerrechtsblog, 22.03.2019, doi: 10.17176/20190322-104804-0 (son erişim 30.08.2022).
- Schabas**, William A.: The European Convention on Human Rights - A Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2015, 1308 pages.
- Wautelet**, Patrick: “The Law of Nationality: comparative and international perspective”, ORBi of University of Liège, 2016, 427 pages, s. 18 vd.
- Weber**, Ferdinand: Staatsangehörigkeit und Status, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, 570 pages.
- Weber**, Ferdinand: § 28 StAG (*Vatandaşlık Kanunu*), bkz.: **Kluth**, Winfried/**Heusch**, Andreas, (ed.), Beck’scher Online- Kommentar Ausländerrecht. 26.bası, C. H. Beck, München, 2020.
- Zimmermann**, Andreas/**Eiken**, Jan: “Reform des § 28 StAG und das Völkerrecht”, NVwZ, Heft 18, 2019, s. 1313-1318.

### Kurum Araştırmaları ve Raporlar:

- European Parliamentary Research Service (EPRS) (2018): The Return of Foreign Fighters to EU Soil. <http://www.europarl.europa.eu/RegData/>



etudes/STUD/2018/621811/EPRS\_STU (2018)621811\_ (ulaşım tarihi 30.08.2022).

**Elektronik Kaynaklar:**

[https://treaties.un.org/pages/viewDetails.aspx?src=TREATY&mtdg\\_no.4&chapter=5](https://treaties.un.org/pages/viewDetails.aspx?src=TREATY&mtdg_no.4&chapter=5) (ulaşım tarihi 30.8.2022).

[https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/66/signatures?p\\_auth=u9ADBuno](https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/66/signatures?p_auth=u9ADBuno)), (ulaşım tarihi 30.08.2022).

## **KISALTMALAR**

<b>AIHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>Art.</b>	: Artikel (madde)
<b>Aufl.</b>	: Auflage (bası)
<b>BT-Drs</b>	: Bundestag - Drucksache
<b>BvR</b>	: Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht
<b>BVerfGE</b>	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
<b>EPRS</b>	: European Parliamentary Research Service
<b>EuGH</b>	: Europäischer Gerichtshof
<b>EUI</b>	: European University Institute
<b>EuStAU</b>	: Europäisches Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit
<b>Hrsg.</b>	: Editör
<b>ICJ</b>	: International Court of Justice
<b>NVwZ</b>	: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
<b>ORBi</b>	: Open Repository and Bibliography
<b>Rn</b>	: Randnummer
<b>RSCAS</b>	: Robert Schuman Centre for Advanced Studies
<b>StAG</b>	: Staatsangehörigkeitsgesetz ( <i>Vatandaşlık kanunu</i> )
<b>VVDStRL</b>	: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer



## HUKUK VE KALKINMA İLİŞKİSİ AÇISINDAN ARAÇSALLAŞTIRILMIŞ YASAMA FAALİYETİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1276247>

**Dr. Öğr. Üyesi Bilge BİNGÖL SCHRİJER\***

### Öz

Hukuk ve kalkınma arasında kurulan ilişkide, hızlı kalkınmanın hukuk kuralları aracılığıyla gerçekleştirilmesi beklentisi, yasamanın araçsallaştırılmasını ortaya çıkartmaktadır. Araçsallaştırılmış bir yasama faaliyeti ise, hukukun araçsallığından farklı olarak, yasa yapım süreçlerinden müzakereci bir modelin dışlanmasına yol açmaktadır. Bu doğrultuda Türkiye’de, hem hukuk ve kalkınma arasındaki ilişki kalkınma planlarında açıkça belirtilmiş, hem de yasa yapım süreçleri, toplumun hızlı kalkınması amacıyla hızlandırılmış; ancak aynı derecede de demokratik bir süreç olma özelliğini yitirmeye başlamıştır. Torba yasalar bu durumun en belirgin örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, yasa yapım sürecindeki sorunlar, TBMM’de siyasi olarak üzerinde uzlaşılabilen özellikle ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin konuların, Anayasa Mahkemesi tarafından çözülmesi beklentisini de ortaya çıkartmaktadır. Zira Meclis içinde kanun tasarı ve tekliflerine müdahale etme fırsatından yoksun bırakılan siyasi muhalefet, her dönemde Anayasa Mahkemesi’ne başvurmaktadır. Bu durum da Anayasa Mahkemesi’nin kimi zaman aktivist, kimi zamanda pasifist bir tutum sergileyerek siyasallaşma eleştirileriyle karşılaşmasına yol açmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Yasamanın araçsallaştırılması, Torba yasa, Anayasa Mahkemesi, Hukuk ve kalkınma yaklaşımı, Türkiye Büyük Millet Meclisi

\* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Antalya (bilgebingol@akdeniz.edu.tr) ORCID: 0000-0003-2338-6199 (Geliş Tarihi: 19.01.2023-Kabul Tarihi: 09.03.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**INSTRUMENTALIZED LEGISLATIVE ACTIVITY IN TERMS  
OF THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW  
AND DEVELOPMENT**

*(Research Article)*

**Abstract**

*In the relationship between law and development, the expectation that rapid development will be achieved through legal rules leads to the instrumentalization of legislation. In contrast to the instrumentality of law, an instrumentalized legislative activity leads to the exclusion of a deliberative model from lawmaking processes. Accordingly, in Turkey, while the relationship between law and development is clearly stated in development plans and law-making processes have been accelerated for the sake of rapid development of society, they have started to lose their democratic character. Omnibus laws are the most prominent example of this situation. In addition, the problems in the law-making process give rise to the expectation that the Constitutional Court will resolve issues, especially those related to economic, social and cultural rights, that cannot be politically agreed upon in the Parliament. When the political opposition is unable to find an opportunity within the Parliament, it resorts every term to the Constitutional Court. This leads to the politicization of the Constitutional Court, sometimes in an activist and sometimes in a pacifist manner.*

**Keywords**

*Instrumentalization of legislation, Omnibus legislation, Constitutional Court, Law and development studies, The Grand National Assembly of Turkey*

## GİRİŞ

Bu çalışma, Türkiye'deki 'yasama faaliyetinin' nitelik problemini, hukuk ve kalkınma arasında kurulan ilişkiye atıfla değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Hukuk ve kalkınma arasında kurulan ilişkide, kalkınmanın doğrudan hukuk kurallarında değişiklik yapılarak gerçekleştirilmesi anlayışı yer almaktadır. Ancak hukuk normlarını koyma faaliyeti, demokratik yönetimin doğasına ve kurumlarına ilişkin bir faaliyettir. Bir devlet biçiminde<sup>1</sup> örgütlenmiş insanlar, kendi amaçları doğrultusunda ve çeşitli sorunları çözmek için kararlar almak durumundadırlar. Ancak demokratik siyasi bir birliğin bu konuda karşılaştığı zorluklardan biri, mevcut sorunların çözümüne yönelik politikaların tespit ve uygulanmalarına yönelik yöntem ve araçlara ilişkindir.

Demokratik sistemlerde ideal olan, kamu politikalarının, bireysel taleplerle toplumsal refahı ve kamu yararını uzlaştırma çabası içinde olmasıdır. Bununla birlikte, demokrasisi iyi işleyen bir devlette, müzakereci süreçlere önem verilir ve belli kişi ya da grupların tahakküm altına alınmasıyla sonuçlanmayacak bir yapı oluşturulması amaçlanır. Demokratik devletlerin temel işleyiş ilkelerinden olan kuvvetler ayrılığı ve ulus egemenliği ilkeleri doğrultusunda şekillenmiş anayasal bir devlette, kamu politikaları yasama ve yürütme organları tarafından oluşturulur ve uygulanır<sup>2</sup>. Dolayısıyla bu organların yapmış oldukları norm koyma faaliyeti, kamusal politikaların hayata geçirilmesi için uygun birer araç olarak değerlendirilir.

Örgütlü ve demokratik bir siyasi birlikte, hukuk normları aynı zamanda, insan davranışlarını yönlendiren ve olması gerekeni belirleyen normlardır. Ancak bir ülkede hukuk yalnızca 'egemenin emri' olarak değerlendirdiğinde<sup>3</sup>, yasama faaliyetinin araçsallaştırılması ortaya çıkmaktadır. Özellikle

<sup>1</sup> İster modern devlet biçiminde olsun ister site devleti biçiminde olsun.

<sup>2</sup> **Biçer**, Mustafa/**Yılmaz**, Hakan H.: "Parlamentonun Kamu Politikası Oluşturma ve Planlama Sürecindeki Konumunun Yeni Kamu Mali Yönetim Sistemi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Yasama Dergisi*, Sayı: 13, 2009, s. 45.

<sup>3</sup> Hukuku bir egemenin emri olarak ela alan yaklaşım analitik pozitivistizmdir. Analitik pozitivistizm, özellikle Thomas Hobbes, Jeremy Bentham ve John Austin'in, devlet tarafından oluşturulan ve ahlaki, hukukun içeriği tartışmasından ayıran bir pozitif hukuk düzeni yaklaşımını ifade etmek için kullanılmaktadır. **Acar**, Ali (Editör: Ozan Ergül): *Kanun Yapım Tekniği ve Torba Kanun Uygulaması Çalıştayı-3 Ekim 2013*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2014, s. 67. Bununla birlikte bu durum aynı zamanda 'hukuk devleti' ile 'kanun devleti' arasındaki farkı da oluşturur. Kanun devleti yaklaşımı, yasaları, siyasa iktidara tümüyle sahip olanların açıkladığı bir irade olarak ele alır. Bkz. **Misafir**, Selim: "Hukuk Devleti Olgusunun Eski Çağlardaki Kökenleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 163, s. 258.

19. yüzyıl Alman hukuk doktrininden etkilenen Türkiye’de de hukuk normlarına yüklenen rol oldukça ‘önemli’ ve ağırdır<sup>4</sup>.

Türkiye’de, 1961 Anayasası’yla planlı kalkınma dönemine geçildiğinden beri<sup>5</sup> hukuk ve kalkınma arasında doğrudan bir ilişki kurulmaya başlanmış ve hukuk, oldukça araçsallaştırılmış bir yaklaşımla ele alınmıştır. Kamusal politikaların üretiminin dayanması gereken demokratik zemin meclis temelinde oluşturulamadığı için siyasi anlaşmazlıklar yargı organları nezdinde çözülmeye çalışılmıştır<sup>6</sup>. Bu husus, kimi zaman yargı organı ile yürütmenin<sup>7</sup> ya da yasama organının, kamu politikalarının oluşumu bakımından, müzakereci demokrasiyle örtüşmeyen bir çatışma içine girmesine neden olmaktadır. Bu doğrultuda makalede öncelikle hukuk ve kalkınma çalışmaları esas alınarak hukuk ve kalkınma arasındaki ilişki incelenecek, kalkınma programları ve politikaları doğrultusunda hukukun araçsallaştırılması irdelenecektir. Ardından, Türkiye’de yasama organında araçsallaştırılmış norm

<sup>4</sup> **Dilcher**, Gerhard (çev: Ahmet Mumcu): “Bilimsel Metot ve Siyasal Karar Aracı Olarak Hukuki Pozitivizm”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 31, Sayı: 1, Yıl: 1974, 484. Dilcher, Almanya’da 19. yüzyıldaki kanun koyma faaliyetlerini, Almanya’daki devlet kuramının izlediği dönüşümle birlikte ele alarak, hukukçulara toplumun önünde oldukça ağır bir rol atfedildiğini vurgulamaktadır. Hukukun iktisadi kalkınmanın bir aracı olarak ele alınması yaklaşımı, Almanya’da eski sınıfsal yapının liberalleşmesiyle birlikte söz konusu olmuştur. Dilcher’e göre 19. yüzyılda Almanya’da hukuki pozitivizm bir metot değil, toplumsal felsefenin bir biçimi olmuştur. **Dilcher**, s. 483.

<sup>5</sup> Hatta söz konusu açıklamalar, 1961 Anayasası döneminden öncesine, Osmanlı Devleti’nde yasama faaliyetlerinin hız kazandığı 19. yüzyılla Cumhuriyetin kurulduğu 20. yüzyılın ilk yarısına yönelik olarak da değerlendirilebilir.

<sup>6</sup> Burada elbette siyasi tıkanmalar sonucunda yaşanan darbeler de hatırlanmalıdır.

<sup>7</sup> Çalışmada hukukun araçsallaştırılması, *yasamanın* araçsallaştırılması olarak ele alınmakla birlikte, *yürütmenin düzenleyici işlemlerinden* olan yönetmelikler de hukukun araçsallaştırılmasında rol oynamaktadır. Yasalar, belli bir konunun düzenlenmesi için yönetmeliklere geniş bir hareket alanı tanıdığına, Danıştay ve idare arasında kimi zaman çekişme yaşanmakta; yargı yerleri politika üreten birer kurum gibi davranmak zorunda kalmaktadır. 2008-2010 yılları arasında Yüksek Öğretim Kurulu (YÖK) ve Danıştay arasında yaşanan, üniversiteye giriş sınavındaki kat sayı uygulamasına ilişkin düzenleme tartışması bunun en tipik örneğidir. Bkz. **Özdemir**, Esin: “Üniversiteye Girişte Katsayı Uygulamasına İlişkin YÖK ve Danıştay Kararları Hakkında İnceleme ve Değerlendirme”, TOBB Avrupa Birliği Dairesi, 2010.

Üniversiteye giriş sınavına ilişkin hususların aslında toplumun her kesiminin katıldığı bir yasama süreci içinde düzenlenmesi gerekirken, bu konuda YÖK’e insanların meslek seçme özgürlüğünü etkileyecek biçimde geniş yetki tanınması sonucu Danıştay, o dönemde üniversiteye giriş politikasını belirleyen bir kurum pozisyonuna gelmiştir. İdeal olan üniversiteye giriş hususunun, temel eğitim ya da yükseköğretim yasasında, yasama organında gerçekleşecek müzakereci bir süreç sonunda ve Anayasa’da korunan temel hak ve özgürlüklerle uyum içinde düzenlenmesidir.

koyma faaliyeti kapsamında torba yasa olgusu değerlendirilecek ve ulusal eğitim alanına ilişkin bir örnek üzerinden Anayasa Mahkemesi'nin bu durum karşısındaki tutumu tartışılacaktır. Eğitim, ekonomik kalkınmanın gereklerinden olan *beşerî sermayenin*<sup>8</sup> yetiştirilmesini sağlayan en önemli unsurdur. Eğitim sistemi Türkiye'de daima ekonomik kalkınma için gerekli insan gücünü yetiştirme işlevi üzerinden ele alınmıştır. Bu nedenle beşerî sermayenin altyapısını oluşturan eğitim sistemine ilişkin reform önerilerine kalkınma planlarında oldukça geniş yer verilmiştir<sup>9</sup>. Ancak bu durum eğitim alanına ilişkin yasaların torba yasalar aracılığıyla hızlı ve çok sayıda değişikliğe uğramasına yol açmıştır.

## I. HUKUK VE KALKINMA İLİŞKİSİ

Hukuk ve kalkınma arasında ilişki eleştirel bir açıdan incelenmeye oldukça müsaittir. Ancak hem 'hukuk' hem de 'kalkınma' kavramlarının belirsizliği nedeniyle bu incelemeyi yapmak pek kolay bir iş değildir<sup>10</sup>. Hukuk ve kalkınma çalışmaları (law and development studies), akademik alanda 1960'lı yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) yayınlanan bir dizi makaleyle<sup>11</sup> sosyal bilimler çatısı altında, hukuk ve kalkınma arasındaki ilişkiyi incelemeyi amaçlayan bağımsız bir yaklaşım olarak ortaya çıkmıştır. Bu alan sonradan 1980'li yıllarda akademik alanda popülerliğini yitirmiş olsa da<sup>12</sup>, hukuk ve kalkınma alanına yönelik çeşitli akademik prog-

<sup>8</sup> Beşerî sermaye kavramı 20. yüzyılda özellikle II. Dünya Savaşı'nın ardından ekonomik refah ile insanların eğitim düzeyi yüksekliği arasında doğrudan ilişki kuran ekonomi yaklaşımlarında kullanılmıştır. Kavramın kullanım türleri ve analizi hakkında bkz. **Deming**, David J.: "Four Facts about Human Capital", *Journal of Economic Perspectives*, Volume 36, Number 3, Summer 2022, s. 75-102.

<sup>9</sup> **Buyruk**, Halil: "Ekonomik Kalkınma Hedefinden Bin Yıl Kalkınma Hedeflerine: Eğitim-Kalkınma İlişkesine Dair Bir Çözümleme", *Mülkiye Dergisi*, Sayı: 40, Cilt: 1, 2016, s. 133-134.

<sup>10</sup> Çalışmamızda hem hukukun hem de kalkınmanın tanımını yapmaktan kaçındık. Her iki kavram da betimleyici olarak değil, normatif olarak tanımlanmaya müsaittir. Ancak, çalışmada fark edilecektir ki, hukuk ve kalkınma arasında ilişki kuran yaklaşımlar, hukuku daha çok 'egemenin emri', kalkınmayı da daha çok 'ekonomik olarak kalkınmak, refah seviyesini yükseltmek ve endüstrileşmek' olarak ele almaktadır.

<sup>11</sup> John Henry Merryman, hukuk ve kalkınma çalışmaları olarak adlandırılan akademik yayınları 1977 yılındaki makalesinin ek kısmında ("Appendix A: Bibliography of Works On Law & Development" başlığı altında) ayrıca listelemiştir. Bkz. **Merryman**, John Henry: "Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 25, No. 3, 1977, s. 457-491.

<sup>12</sup> **Merryman**, s. 457.



ramlar hala varlığını sürdürmektedir<sup>13</sup>. Bununla birlikte hukuk ve kalkınma çalışmalarının etkileri dünyadaki birçok devlette halen izlenebilmektedir. Güncel bir çaba olarak 2017 yılında Yong-Shik Lee, hukuk ve kalkınma çalışmaları için genel bir teori oluşturmuş ve bu alana özgü parametreleri belirlemeye çalışmıştır<sup>14</sup>. Hukuk ve kalkınma çalışmaları temelinde, hukukun, hukuk sisteminin ve kurumların kalkınma üzerindeki etkisini inceleyip değerlendiren akademik bir araştırma alanı olarak tanımlanmaktadır<sup>15</sup>.

Hukuk ve kalkınma çalışmalarında, toplumsal kalkınma fikri için hukuk reformuna yapılan vurgu dikkati çekmektedir. Bu fikir aslında liberal düşüncede, -Adam Smith gibi hukuku refahın sağlanması için bir araç olarak gören yaklaşımlarda da- karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Smith, ‘Hukuk Üzerine Dersler’inin ‘Polis Üzerine’ olan bölümünde ticari faaliyete zarar veren olguları açıklarken, hukuk kurallarını da bu zararı ortaya çıkaran olgulardan birisi olarak ele almakta ve yasaların sözleşmelerle ilgili kısımlarının oldukça kötü olduğunu ve ticari faaliyetle ilgilenen insanlara sınırlı koruma sağladığını belirtmektedir<sup>16</sup>. Ancak bağımsız bir akademik disiplin olarak hukuk ve kalkınma çalışmaları özellikle tüm dünyada kalkınma yılları olarak adlandırılan 1960’lı yıllarda yoğunlaşmaktadır. 1960’lı yıllarda, kalkınmanın yaygınlaşması için çalışan kalkınma ajansları ve çeşitli vakıflar, kalkınma politika ve planlarının oluşturulması ve uzman insan desteği için üniversitelere yönelmiştir. Böylece bu dönemde akademi, hukuk ve kalkınma arasındaki varsayıma dayalı bir ilişki üzerinden ilerleyerek, ‘gelişmekte olan ülkeler’ için çeşitli vakıfların da desteğiyle modeller tasarlamaya başlamıştır<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Günümüzde hala çeşitli ABD üniversitelerinde disiplinler arası bir alan olarak hukuk ve kalkınma çalışmaları yüksek lisans ve doktora programı bulunmaktadır. Bu programlar kapsamında hukuk sistemi ve ekonomik kalkınma ve sosyal refah arasındaki ilişki incelenmekte ve gelişmekte olan ülkeler, ya da savaş sonrası yeniden şekillenen ülkeler için çeşitli hukuki düzenleme çalışmaları yaptırılmaktadır. Bir örnek için bkz. Tufts Üniversitesi, Hukuk ve Kalkınma Programı, <https://fletcher.tufts.edu/academics/courses-general-requirements/fields-study/law-development#:~:text=The%20field%20of%20law%20and,markets%2C%20and%20nations%20in%20transition.> (18.01.2023).

<sup>14</sup> Lee, Yong-Shik: “General Theory of Law and Development”, Cornell International Law Journal, Vol. 50, No. 3, 2017, s. 416-471.

<sup>15</sup> Trubek, David: “Law and Development: Forty Years After ‘Scholars In Self-Estrangement’”, The University of Toronto Law Journal, Vol. 66, No. 3, 2016, s. 302.

<sup>16</sup> Smith, Adam (editörler: R. L. Meek, D. D. Raphael, P. G. Stein): Lectures on Jurisprudence, Liberty Fund-Oxford University Press, 1978, s. 528, para 303.

<sup>17</sup> Trubek David/Galanter Marc: “Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States”, Wisconsin Law Review, No. 4, 1974, s. 1065.

Bu dönemde, özellikle ABD ve İngiltere başta olmak üzere, ‘gelişmiş devletler’ tarafından, ‘gelişmekte olan’ devletlerin, hukuk reformunu yönlendirebilmek için *hukuk eğitimi programlarına* önemli yatırımlar yapılmıştır. 1970 yılında ABD’deki Uluslararası Hukuk Merkezi ve Ford Vakfı’nın desteğiyle gelişmekte olan ülkeleri ve hukuk eğitimlerini araştırmak için New York’ta, bir komitenin kurulması da bu açıdan dikkat çekicidir<sup>18</sup>. Ford Vakfı’nın desteğiyle kurulan bu araştırma komitesi, *Değişen Dünyada Hukuk Eğitimi-1975*<sup>19</sup> başlıklı bir rapor hazırlamıştır. Bu rapor, farklı alt yapıları olan ve farklı ülkelere -ancak daha çok Batılı ülkelere- katılan üyeler tarafından hazırlanmıştır<sup>20</sup>. Raporun temel amacı “özellikle üniversite hukuk eğitiminin, farklı ve olası sosyal ve eğitimsel işlevlerini belirlemek ve kalkınmayı etkileyen bir eylem sistemi olarak hukuk eğitiminin planlanması ve güçlendirilmesi için öneride bulunmak” olarak belirtilmiştir<sup>21</sup>. Raporda ayrıca, az gelişmiş ülkelerin yoksulluk, hastalık, yetersiz beslenme ve kaynak kıtlığıyla özdeşleştirilmesi dikkat çekmektedir. Bu doğrultuda, ‘kalkınma’, “daha az gelişmiş ülkelere söz konusu zorluklarla yüzleşmek ve

<sup>18</sup> **Olson**, Walter: The Ford Foundation and the Modern American Law School. Cato Institute, 2013, <https://policycommons.net/artifacts/1310352/the-ford-foundation-and-the-modern-american-law-school/1913643/> (08.12.2022); **Trubek**, s. 308-309.

Burada hemen belirtelim ki, Ford Vakfı özellikle 1960’lı yıllardaki kalkınma çalışmaları kapsamında sağladığı desteklerle, ABD’nin hukukunu ve hukuk eğitimini önemli bir biçimde etkilemiştir. Bkz. **Olson**; **Trubek**, s. 308-309. Öte yandan Amerikan Ford Vakfı 1957 ile 1977 yılları arasında Afrika ülkelerinde de birçok hukuk ve hukuk eğitimi projesine mali ve akademik destek vermiştir. Bkz. **Krishnan**, Jayanth K.: “Academic Sailors: The Ford Foundation and the Efforts to Shape Legal Education in Africa, 1957–77”, *American Journal of Legal History*, Vol. 52, No. 3, 2012, s. 261-324; **Twinning**, William: *Jurist in Context-A Memoir*, Cambridge University Press, 2019, s. 53.

<sup>19</sup> “Legal Education in a Changing World”.

<sup>20</sup> **Twinning**, s. 219; **International Legal Center-NewYork**, *Legal Education in a Changing World: Report of the Committee on Legal Education in the Developing Countries*, Uppsala Offset Center, Uppsala 1975, s. 6-7. Komite’nin hazırladığı rapordan katılımcılar görülebilmektedir. Komitenin nihai raporuna Anglo-Amerikan ortak hukuk fikirleri hakimdir. Soğuk Savaş döneminin gereği, Sovyet Bloğu ülkeleri, bazı Asya ülkeleri ve Çin’e ilişkin raporda bilgi bulunmamaktaydı. William Twinning’in eseri ayrıca hukuk anlayışlarının nasıl şekillendiğini ortaya koyan otobiyografik bir çalışma olarak oldukça ilgi çekicidir. Söz konusu eserde, özellikle hukuk ve kalkınma çalışmaları kapsamında Tanzanya ve Uganda’da yürütülen ve ABD kaynaklarıyla desteklenen hukuk ve hukuk eğitimi reformu çalışmaları incelenmektedir. Bkz. **Twinning**, s. 229 vd. Twinning ayrıca söz konusu hukuk eğitimi raporunun hazırlanmasında da bizzat çalışmıştır.

<sup>21</sup> **International Legal Center-NewYork**, Rapor, s. 15.

*toplumu temelden değiştirmek için bilinçli ve örgütlü çabalar*”; ‘hukuk’ da “*söz konusu değişimi gerçekleştirmenin bir aracı*” olarak tanımlanmıştır<sup>22</sup>.

Ancak söz konusu çabaların tümü, hukuk ve kalkınma çalışmalarının uzun ömürlü olamadan eleştirileri üzerine toplaması ile sonuçlanmıştır. 1974 yılında, David Trubek ve Marc Galanter’in hukuk ve kalkınma çalışmalarını oldukça sert bir biçimde eleştiren, -halihazırda 1100’den fazla atıf almış- *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*<sup>23</sup> isimli makalesi yayınlanmış ve 1970’li yılların ardından akademinin bu alana ilgisi azalmıştır<sup>24</sup>. Trubek ve Galanter, 1974 yılında yayınladıkları makalelerinde hukuk ve kalkınma çalışmalarını sömürgecilikten kurtulan ülkelere yapılan kalkınma yardımlarının akademik bir uzantısı olarak tanımlamış ve bu alanın hukuk ve ekonomik kalkınma arasındaki kanıtlanmamış, varsayıma dayalı ilişkiye fazlaca bel bağladığını, kalkınmanın yolunu Batılı kurumların ithal edilmesi olarak ele aldığını, liberalizme ve hukukçuların liberal mesleğine gereğinden fazla inandığını, ampirik bir temelden yoksun olduğunu ve özerk bir akademik alandan çok kalkınma politikası kurumlarına eklenmiş bir alan olduğunu belirtmiştir<sup>25</sup>.

Hukuk ve kalkınma çalışmalarına gelen eleştiriler yoğun olarak, bu çalışmalarını yapan kişilerin ‘Batılı ülkelerin’ bilim insanları olmasının yanı sıra, ‘hukuk’ ve ‘kalkınma’ kavramlarına getirilen tanımların da muğlaklığına

<sup>22</sup> **International Legal Center-NewYork**, Rapor, s. 15.

<sup>23</sup> Makale başlığı: “Kendine Yabancılaşan Bilim İnsanları: Amerika Birleşik Devletleri’nde Hukuk ve Kalkınma Çalışmalarındaki Kriz Üzerine Bazı Düşünceler”.

<sup>24</sup> **Trubek**, s. 309. Trubek makalesinde, Yale Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde, hukuk ve modernleşme isimli bir seminer verirken bir öğrencisiyle tartışma yaşadığını aktarmaktadır. Ona göre o dönemde akademinin hukuk ve kalkınma çalışmalarına ilgisinin azalmasının nedenlerinden biri, hukuk öğrencilerinin hukuku oldukça eleştirel bir yaklaşımla ele almaya başlamalarıdır. Hatta Trubek *eleştirel hukuk çalışmalarının* da bu dönemde ortaya çıktığını belirtmektedir. “...*Ancak bu dönem ABD üniversitelerinde büyük çalkantıların yaşandığı ve ABD’nin denizaşırı her türlü müdahalesine derin şüpheyle yaklaşıldığı bir dönemdi. 1970’li yılların başında Yale’de Hukuk ve Modernleşme üzerine deneysel bir seminer vermeye çalıştığımda, başın öğrenci yaklaşımı geliştirmekte olan ülkelerde hukuk reformu için dış yardımın arkasındaki tüm fikre saldırmaktı. O seminere katılan Duncan Kennedy’nin ‘hukuk ve modernleşme’ kavramına getirdiği eleştiriyi asla unutmayacağım: karakteristik olarak parlak bir analizle, bu çabaları küresel ticareti desteklerken aslında geliştirmekte olan toplumlara zayıflatan yeni sömürgeci bir proje olarak tasvir etti [vurgu yazara aittir].*” **Trubek**, s. 309.

<sup>25</sup> **Trubek /Galanter**, s. 1062-1064; **Trubek**, s. 302.

ilişkindir<sup>26</sup>. Burg'un öne sürdüğü gibi, bu alandaki her bir araştırma farklı bir hukuk tanımına sahip olmuştur; üstelik bu tanımlar genellikle hukuk olgusunu resmi bir hukuk sistemiyle ilişkilendirdiği için hukuka teknokratik<sup>27</sup> ve araçsal bir şekilde yaklaşmışlardır<sup>28</sup>. Dolayısıyla, hukuk ve kalkınma çalışmaları daha çok 3. Dünya ülkelerinde ABD normlarının ve kurumlarının uygulanması için hukukun araçsallaştırılmasını temsil etmeye başlamış ve bu nedenle 'hukuk ve kalkınma' olarak değil, 'hukuk ve 3. Dünya kalkınması' olarak adlandırılmaya başlanmıştır<sup>29</sup>.

Hukuk ve kalkınma çalışmalarının, 1960'lı yıllarla birlikte bir akademik disiplin olarak beliren biçimiyle, 'hızlı biçimde reformları hayata geçirmek için yasa yapmak' gayesiyle, aslında müzakereci bir demokratik modele dayanan ve toplumun uzlaşmasından türeyen bir 'yasa' fikrini reddettiği söylenebilir. Öte yandan akademik literatürde hukuk ve kalkınma çalışmalarıyla sömürgecilik faaliyeti arasında da doğrudan ilişki kurulmaktadır. Özellikle 19. yüzyılda Avrupa'nın sömürge güçleri, yerel halkların ekonomik açıdan sömürülmelerini ve siyasi açıdan baskı altına alınmalarını meşrulaştırmak için hukuku kullanmıştır. Hukuk 'kalkınma'ya giden yolda bir araç olarak ele alınmış ve sömürülen devletleri görünürde örgütlü bir yapıya kavuşturma vaadiyle çok sayıda yasa çıkartılmıştır. Ancak sömürülen devletlerde hukuk, insanları demokrasiden, cinsiyet ve ırk eşitliğinden, hukukun üstünlüğünden ve iyi yönetimden yoksun bırakmanın bir aracı olmuştur<sup>30</sup>.

Akademik ilgisizliğine rağmen, 1990'lı yıllara gelindiğinde hukuk ve kalkınma, siyasi söylemde hâlâ varlığını sürdürmüştü ve ağırlıklı olarak Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP), Asya Kalkınma Bankası gibi çok taraflı ve yabancı kuruluşlar tarafından desteklenmiştir. Ayrıca, gelişmiş ekonomiler -Danimarka, Japonya, İsveç, Birleşik Krallık, ABD, Fransa, Almanya gibi ülkeler- hukuku, ekonomiyi etkileyen faktörler olarak gördükleri için hukuk ve kalkınmayı

<sup>26</sup> **Burg**, Elliot M.: "Law and Development: A Review of the Literature & a Critique of 'Scholars in Self Estrangement'", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 25, No. 3, 1977, s. 503.

<sup>27</sup> **Dayal**, Shiy (editör: M. Ndulo): *Dynamics of Development: Legal Education and Developing Countries*. Law in Zambia, East Africa Publishing House, Nairobi, Kenya, 1984, s. 95.

<sup>28</sup> **Burg**, s. 502-505.

<sup>29</sup> **Trubek/Galanter**, s. 1097.

<sup>30</sup> **Von Benda-Beckmann**, Franz: "Recht und Entwicklung im Wandel", *Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, Vol. 41, No. 3, 2008, s. 298-299.

savunmaya devam etmişlerdir<sup>31</sup>. Kalkınmayı destekleyen uluslararası kuruluşların ve gelişmiş kapitalist ekonomilerin kalkınma hedefleri çoğu zaman ekonomi odaklı olmuştur. Bu dönemde ticaret hukukunun küreselleşmesine yönelik projelerin yanında<sup>32</sup>, demokratikleşme, kamu yönetiminde âdem-i merkezîyetçilik ve iyi yönetim gibi konularda siyasi reform paketleriyle alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemleri ve yoksulların hukuk aracılığıyla güçlendirilmesi gibi yargı reformu paketleri teşvik edilmiştir<sup>33</sup>. Soğuk Savaş döneminde Dünya Bankası öncülüğünde ‘ekonomik olan’ yeniden yorumlanmıştır. Daha önce siyaset ve hukuk, ‘ekonomik olan’a dahil değilken, artık her ikisi de yeni kurumsal ekonominin alanına dahil edilmiştir. Bu doğrultuda -fikri mülkiyet de dahil- mülkiyet haklarının tanımlanması ve korunması, etkili bir hukuk ve yargı sisteminin oluşturulması, kamu hizmetlerinde verimliliğin artırılması gibi hususlar, iyi bir ekonomi için önemli faktörler olarak kabul edilmeye başlanmış ve hatta Dünya Bankası’nın kalkınma yardımlarından faydalanabilmek için birer ön koşul haline gelmiştir<sup>34</sup>. Dolayısıyla ekonomik kalkınma odaklı olarak hazırlanan reform paketleri, gelişmekte olan ülkelerde hızlı ve çok sayıda yasal düzenleme yapılmasıyla sonuçlanmıştır.

## II. TÜRKİYE’DE PLANLI KALKINMA DÖNEMİNDE HUKUK VE KALKINMA ARASINDA KURULAN İLİŞKİ

Hukuk ve kalkınma ilişkisi, Türkiye’de özellikle 1961 Anayasası dönemiyle birlikte planlı ekonomiye geçildikten sonra açıkça izlenmektedir. 1961 Anayasası’nda hem Anayasa Mahkemesi hem de Devlet Planlama Teşkilatı kurulmuş, her beş yılda bir kalkınma planları hazırlanması öngörülmüştür. Bu bağlamda 1961 Anayasası’nın 129. maddesinde, “plânın bütünlüğünü bozacak değişikliklerin önlenmesini sağlayacak tedbirler özel kanunla düzenlenir.” hükmüne yer verilmiş ve 1962 yılında “Uzun Vadeli Planın Yürürlüğe Konması ve Bütünlüğünün Korunması Hakkında Kanun<sup>35</sup>”

<sup>31</sup> Rose, Carol V.: “The “New” Law and Development Movement in the Post-Cold War Era: A Vietnam Case Study”, *Law & Society Review*, Vol. 32, No. 1, 1998, s. 108-109. Rose, makalesinde Vietnam’ın kalkınma sürecindeki dış yardımların hukuk sistemine etkisini incelemektedir. Aynı yönde bkz. **Von Benda-Beckmann**, s. 300.

<sup>32</sup> **Von Benda-Beckmann**, s. 300. Yazar burada ulusal ticaret hukuklarının “asimile edilmesi” ifadesini kullanmaktadır.

<sup>33</sup> **Von Benda-Beckmann**, s. 300-301.

<sup>34</sup> **Von Benda-Beckmann**, s. 300. Benzer doğrultuda Dünya Bankası’nın, ‘Hukuk, Adalet ve Kalkınma Programı’ incelenebilir ([www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)).

<sup>35</sup> Kanun No. 77, Kabul Tarihi: 16.10.1962, R.G. Tarih: 18.10.1962, R.G. Sayı: 11235.

kabul edilmiştir. Bu Kanuna göre, *yasama teklif ve tasarılarıyla* bunlar hakkında verilen önerge ve değişikliklerin *kalkınma planına uygunluğu*, yasama meclisleri komisyonları ve karma komisyonlar tarafından değerlendirilir ve uygun bulunmadığı takdirde de reddedilir (madde 2, madde 3). Türkiye’de 1970’li yıllara hâkim olan hızlı kalkınma amacı doğrultusunda, yürütme organını, yasama karşısında güçlendiren önlemler de alınmıştır. Bunlardan en önemlisi 1961 Anayasası’nın 91. maddesinde, 1971 yılında yapılan bir değişiklikle Bakanlar Kurulu’na Kanun Hükmünde Kararname (KHK) çıkartma yetkisinin verilmesidir<sup>36</sup>.

İlk kalkınma planının hazırlandığı 1963 yılından itibaren Türkiye’nin tarım ve turizm gibi stratejik alanlarına odaklanılmış, 1977 yılında kabul edilen 3. Beş Yıllık Kalkınma Planı’nda Türkiye’deki hukuk sisteminin, sosyal ve ekonomik değişimlerin ortaya çıkarttığı yeni koşullara kendisini uyarılama yeteneğinden yoksun olduğu belirtilmiştir<sup>37</sup>. 1979-1989 yılları arasını kapsayan 4. ve 5. kalkınma planlarında<sup>38</sup>, ‘hukuk düzeni ve planlı kalkınma’ isimli ayrı bir başlık yer almış ve hukuk sistemi ülkenin kalkınmasıyla doğrudan ilişkilendirilmiştir:

*“Planlı kalkınmayla birlikte Türk toplumunun yapısında meydana gelen gelişmeler ve bunun doğurduğu ekonomik, sosyal ve siyasal sorunlar hukuk alanında yeni düzenlemeleri zorunlu kılmaktadır. Hukuk, toplum hareketlerini yakından izlemek, toplumdaki yenileşmelere cevap vermek zorundadır...Ancak geçmiş uzun dönemde, hukuk düzeni ile kalkınma süreci arasında bütünleşme sağlanamamış, mevzuata, kalkınma hedeflerini özel ve geçerli öğeler haline sokacak araç olma niteliği kazandırılmamıştır...Bu ilişki içinde mevzuatın günün koşullarına uyumunun sağlanması, hukuk kurallarına işlerlik kazandırılması yasa koyucunun kalkınma ilkelelerine öncelik vermesi, uygulayıcıların da mevzuat hedeflerini bilmeleri ve bunları savunmaları; hukuk eğitimine kadar uzanan düzenleme ve iyileştirmelerin yapılmasını gerekli kılmaktadır... Anayasanın öngördüğü ilkeler doğrultusunda, ekonomik kalkınmanın sağlanması ve planlama ile saptanan toplumsal hedeflere ulaşabilmesi için ekonomik uygulamaların vazgeçilmez araçları olan hukuk kurallarında bir ayıklama yapılması, gereki-*

<sup>36</sup> **Özbudun**, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 63-64, 247-249.

<sup>37</sup> 3. Beş Yıllık Kalkınma Planı, 1973-1977, s. 911.

<sup>38</sup> 4. Beş Yıllık Kalkınma Planı, 1979-1983, s. 320-322; 5. Beş Yıllık Kalkınma Planı, 1985-1989, s. 174; 5. Beş Yıllık Kalkınma Planı, 4. Beş Yıllık Kalkınma Planındaki yaklaşımı kısaca özetleyerek yinelemiştir.

*yorsa değiştirilmesi, yenilerinin konulması ve sistematize edilmesi günümüzde ivedi ve zorunlu hale gelmiştir.*

*Mevzuat konusunda gerek kurumsal gerekse bütün kurumları ilgilendiren sorunların en önemlisi mevzuatın çokluğu ve karışıklığıdır... Türk mevzuatının sayı çokluğu ve isim çeşitliliği sorunu, önemini sürdürmektedir... Anayasanın 113 ncü maddesi ile kamu idarelerine verilmiş olan yönetmelik çıkarma yetkisinin, bu idarelerce yoğun bir biçimde kullanılması sonucu, özellikle son 15 yılda, ülkemizde yönetmelik enflasyonu yaratılmasına, buna bağlı olarak kurallar arasında büyük çapta tutarsızlık ve çelişkiler doğmasına, düzenleyici tasarruf standartlarının saptırılmasına yol açılmıştır.... Bunların sonucu olarak ülkemizde mevzuat yığılmasına yol açılmış aynı amaca yönelik ya da aynı hizmet alanını düzenleyen kurallar arasında çelişkiler yaratılmıştır. Hukuk kuralları, hizmetin daha kolay ve disiplinli görülmesini sağlayan araçlar olması gerekirken, plan uygulamasını da içeren birçok mali ve yönetsel işlemlerde sorunlara neden olmuştur... Öte yandan konulan kural, genellikle bir başka hukuk kuralı konulması gereğini beraberinde getirmektedir. Başka deyişle, konulan hukuk kuralı, hukuka rağmen hukuku engellemektedir<sup>39</sup>."*

Aynı plana göre, kalkınma ve hukuk düzeni arasında bir bağ kurmak ve yasama ve yürütme organları arasında bir eş güdüm oluşturma amacıyla, Başbakanlık bünyesinde 'Merkezi Mevzuat Birimi' adı altında bir birim kurulması ve birimde planlama, uygulama, koordinasyon ve denetim birimleri olmak üzere alt birimler de yer alması öngörülmüştür. Bu birimlerin, mevcut yasa ve yönetmeliklerin gözden geçirilmesinden ve bunların kalkınmayla uyumluluğundan sorumlu olacağı; birimin, gerekli mevzuatı hazırlarken Danıştay, Adalet, İçişleri ve Maliye Bakanlıkları, Türkiye Barolar Birliği ve hukuk fakülteleriyle koordinasyon içinde çalışacağı; birimin, Bakanlıkla diğer kamu kurumlarının hukuk müşavirlikleri arasında bir koordinasyon merkezi olacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede *yasa ve yönetmelik hazırlamanın*, hukuk eğitimi müfredatında bağımsız bir ders olarak ele alınması ve hem lisans hem de yüksek lisans eğitiminde okutulması hedeflenmiştir<sup>40</sup>. Öte yandan, ekonomik, sosyal ve kültürel politika tedbirleriyle ilgili kanunların yayımlanmasından önce Devlet Planlama Teşkilatının görüşünün alınması zorunlu kılınmıştır<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> 4. Beş Yıllık Kalkınma Planı, 1979-1983, s. 320-321.

<sup>40</sup> Günümüzde halen hukuk fakülteleri müfredatında yasa hazırlama ve norm koyma dersi zorunlu dersler kategorisinde bulunmamaktadır.

<sup>41</sup> 4. Beş Yıllık Kalkınma Planı, 1979-1983, s. 322.

Bu dönemde kimi mevzuat değişiklikleri hakkında, kalkınma planına aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davaları açılmış ve yasaların, kalkınma plan ve hedeflerine uygunluğunun Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenip denetlenemeyeceği hususu tartışılmıştır. Yine 1970’li yıllarda idare hukukçuları kalkınma planlarının hukuki niteliği ve yasalar karşısındaki konumuna yönelik çeşitli görüşler ileri sürmüşlerdir. Bunlardan bazıları kalkınma planlarının yasa koyucu tarafından bağlayıcı olduğu; bir kısmı ise bağlayıcı olmadığı yönündedir<sup>42</sup>. Anayasa Mahkemesi ise, çeşitli kararlarında yasaların kalkınma planlarına uygunluğunun denetlenemeyecek olduğunu ve kalkınma planlarının politik birer hedef olduğunu çeşitli kararlarında belirtmiştir<sup>43</sup>.

Kalkınma ve hukuk arasında doğrudan ilişki kurulması, yasama ve yürütme erkleri arasındaki ayrımı bir iş birliğine çevirmekte; hatta aşağıda ele alınacağı üzere iş birliğinden çok yasamayı araçsallaştıran bir faaliyete dönüştürmektedir. Buna ek olarak, Türkiye’de 1982 Anayasası’yla yürütme erkinin güçlendirilmesi ve hızlı yasama faaliyeti, yasama yetkisinin neredeyse yürütmeye devredilmesine yol açmaktadır<sup>44</sup>. Türkiye’de hızlı yasama yöntemleri özellikle 2000’li yıllarda Avrupa Birliği’ne üye olma hedefiyle hız kazanmış; hatta temel yasama yöntemi haline gelmiştir<sup>45</sup>.

### III. YASAMANIN ARAÇSALLAŞTIRILMASI

Türkiye’de 1982 Anayasası’ndan önceki dönemlerde kalkınma hedefleriyle başlayan, ardından 2000’li yıllarda Avrupa Topluluğu’na uyum süreci doğrultusunda gelişen ‘paket kanun’ ve sonrasında da ‘torba kanun’ adında iki farklı yasama yöntemi -her ne kadar bir yöntem olarak adlandırılmayacak olsa da<sup>46</sup> - kullanılmıştır. Bunlara ek olarak kanun teklifi görünümlü kanun tasarıları ve temel kanun<sup>47</sup> yöntemleri de Türkiye’de yasamanın araçsallaştırılmasına yol açan olgulardandır<sup>48</sup>. Paket yasa ve torba yasayı irdele-

<sup>42</sup> **Şanlı**, Deniz: “Planlama Yetkisinin Analizi”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 67, Sayı 3, 2009, s. 51.

<sup>43</sup> Anayasa Mahkemesi, E.1975/145, K.1975/198, K.T. 14.10.1975.

<sup>44</sup> **Haspolat**, Evren: “Yasamadan Yürütmeye İktidar Devri Olarak Torba Yasa(ma)”, Alternatif Politika, Cilt 8, Sayı 2, 2016, s. 407; **Yüksel**, İsmail: TBMM’nin Kanun Yapma Yöntemi, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 179-180.

<sup>45</sup> **Bakırcı**, Fahri (editör: Yener Ünver): “Yasama Sürecinin Hızlandırılması ve Sakıncaları”, içinde: Kanun Yapma Tekniği, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016, s. 25-27, 32.

<sup>46</sup> **Yüksel**, s. 170; **İba**, Şeref: “Ülkemizde ‘Torba Kanun’ ve ‘Temel Kanun’ Uygulamaları”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 11, 2011, s. 200.

<sup>47</sup> **İba**, s. 198.

<sup>48</sup> **Bakırcı**, “Yasama Sürecinin Hızlandırılması...”, s. 32; **Ergül**, Ozan: “Türkiye’de Yasama Siyasetinin Temel Sorunları: Torba Kanunlar ve Duruma Özel Kanunlar”, yıl



meden önce yasamanın araçsallaştırılmasına değinmek yerinde olacaktır. Çünkü araçsallaştırma ile hukukun araçsallığı birbirinden farklıdır. *Hukukun araçsallığı* (instrumentality of law) -bir başka ifadeyle yasama işleminin bir araç olması durumu- ile *yasamanın araçsallaştırılması* (legislative instrumentalism - araçsalcı yasama) birbirinden ayrılmalıdır<sup>49</sup>.

Hukuk kuralları elbette sosyal yaşamı düzenlemenin birer aracıdır. Bu durum hukukun araçsallığı olarak tanımlanmaktadır<sup>50</sup>. Hukukun araçsallığı, hukukun, sosyal ve ekonomik değişimden bağımsız, kendi kendine var olan ve yeten bir normlar sistemi olmadığı anlamına gelmektedir. Bu açıdan, hukukun bir ‘araç’ olması, hukukun düzenleyici bir yönü olduğunu kabul eder. Ancak hukukun düzenleyici yönüyle hukukun, bireylere koruma sağlayan temel değerleri arasında bir dengenin olması gerekliliğini dışlamaz<sup>51</sup>. Bir başka ifadeyle bir araç olarak hukuk belli sosyal ekonomik politikaların hayata geçirilmesinde rol oynarken, aynı anda temel hukuki ilkelerle de uyumlu olmalıdır. Söz konusu ilkeler, eşitlik, öngörülebilirlik, hukuki belirlilik, şeffaflık, yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, herkesin dinlenilmek için adil bir fırsata sahip olması gibi ilkelerdir ve bu ilkeler bir hukuk sisteminin işlerliğiyle vatandaşlara devlet iktidarının kötü kullanımına karşı bir koruma sağlamaktadır<sup>52</sup>.

Hukukun araçsallığına karşılık yasamanın araçsallaştırılması ya da araçsalcı yasama ise hukuku, toplumun ‘yeni’ ihtiyaçlarına göre belirli ekonomik, sosyal veya siyasi hedeflerin uygulanabilmesi için sürekli olarak gözden geçirilip değiştirilebilecek bir ‘teknik veya araç’ olarak görür<sup>53</sup>. Yasamanın araçsallaştırılmasında, hukukun içsel ilkelerini küçümseme eğilimi bulunmaktadır. Bu açıdan yasama organı, eğer nihayetinde ekonomik büyüme ve istihdamın artırılmasını sağlamaya hizmet edecekse, belli yasal düzenlemeler oluşturulurken yasamayı araçsallaştıran bir tutumla hukukun temel ilkelerini ihlal etmeyi göze alabilmektedir<sup>54</sup>. Ancak toplumsal sorun-

---

belirtilmemiş, <http://yasaizleme.org.tr/turkiyede-yasama-siyasetinin-temel-sorunlari-torba-kanunlar-ve-duruma-ozel-kanunlar/> (01.12.2022).

<sup>49</sup> **Gribnau**, “Legislative Instrumentalism...”, s. 93-94.

<sup>50</sup> **Gribnau**, Hans: “Legislative Instrumentalism vs. Legal Principles in Tax”, Coventry Law Journal, Vol. 16, 2013, s. 93-94.

<sup>51</sup> **Gribnau**, “Legislative Instrumentalism...”, s. 92-93.

<sup>52</sup> **Gribnau**, “Legislative Instrumentalism...”, s. 93; **Fuller**, Lon L.: The Morality of Law, Yale University Press, New Haven and London 1964, s. 200-244.

<sup>53</sup> **Gribnau**, “Legislative Instrumentalism...”, s. 93-94.

<sup>54</sup> **Gribnau**, “Legislative Instrumentalism...”, s. 92-93. Bu açıdan Gribnau burada ABD’de ‘araçsalcılığın’ oldukça etkili bir hukuk kuramı olduğunu belirtmekte ve ‘araç-

ların -ekonomik büyüme ve istihdamın arttırılması da dahil- yasama organının bir faaliyeti olarak yasalar aracılığıyla çözülmesi beklentisi temsili demokrasilerde oldukça naif ve hatta ‘yasamanın onuruna<sup>55</sup>, aykırı bir beklentidir<sup>56</sup>. Çünkü temsili demokrasilerde parlamentoların iç tüzükleri çoğu zaman sınırlı bir kamusal tartışma ortaya çıkarır<sup>57</sup>. Örneğin bu açıdan

salık’ ile ‘araçsalcılık’ arasında kavramsal bir ayrıma gitmektedir. Araçsalcılar hukuku, politikaların hayata geçirilmesi için bir araçtan başka bir şey olarak ele almazlar. **Gribnau**, “Legislative Instrumentalism...”, s. 94.

<sup>55</sup> **Waldron**, Jeremy: “The Dignity of Legislation”, Maryland Law Review, Vol. 54, No. 2, 1995, s. 633.

<sup>56</sup> Burada çocuk işçiliğini sonlandırmak için çocuk işçiliğini cezalandıran ya da çocuk işçiliğini düzenleme amacı olan çeşitli yasaların yapılması örneği verilebilir. Bir ülkede çocuk işçiliği sorununun yalnızca yasalar aracılığıyla parlamentoda çözülmesi oldukça naif bir beklentidir. Böyle bir sorunun çözümü için öncelikle kamusal olarak toplumda “çocuk işçiliği sorununun” var olduğunun kabul edilip tanımlanması gerekmektedir. Ardından toplumdaki işverenlerin, sermaye sahiplerinin, ailelerin, bürokratların, çeşitli dini grupların, eğitimcilerin ve toplumdaki diğer çıkar gruplarının bu sorunu tartışmaya ve çözmeye istekli olması gerekmektedir. Öte yandan böyle bir sorunun yalnızca çocuk işçiliğini cezalandıran ya da çocuk işçiliğini sınırlandırarak düzenleyen diğer yasaların oluşturulmasıyla çözülemeyeceği de bir gerçektir. Türkiye’den örnek için bkz. **Erdoğan**, Emre/**Uyan-Semerci**, Pinar: “Çocuk İşçiliği Sorunu Neden Çözülemiyor?”, Eğitim Reformu Girişimi, [https://www.egitimreformugirisimi.org/cocuk-isciligi-sorunu-neden-cozulemiyor/#:~:text=Yoksul%20ailelerde%20e%C4%9Fitimsizli%C4%9Fin%20yayg%C4%B1nl%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20ve,yeti%C5%9Fkinler%20i%C3%A7in%20bu%20durum%20ola%C4%9Fan,09.08.2022,\(23.02.2023\)](https://www.egitimreformugirisimi.org/cocuk-isciligi-sorunu-neden-cozulemiyor/#:~:text=Yoksul%20ailelerde%20e%C4%9Fitimsizli%C4%9Fin%20yayg%C4%B1nl%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20ve,yeti%C5%9Fkinler%20i%C3%A7in%20bu%20durum%20ola%C4%9Fan,09.08.2022,(23.02.2023).). Araçsalcı yasama tutumu ise, daha çok ekonomik kalkınma odaklı istihdam ve eğitim alanındaki yasaların çocuklarla ilgili hükümlerinin birbiri ile uyumsuz olması sonucunu ortaya çıkartmaktadır. Bu açıdan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının, 2017-2023, “Çocuk İşçiliği ile Mücadele Ulusal Programı” başlıklı raporunda “Hukuki Düzenlemeler ve Mevzuatın Uygulanması ve Güncellenmesine Yönelik Önlemler” başlığında yer alan kanunlar arasındaki uyumsuzluk örnekleri incelenebilir. T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Çocuk İşçiliği ile Mücadele Ulusal Programı-2017-2023, 2017, [https://www.csgb.gov.tr/media/1322/cocukisciligimucadele\\_2017\\_2023\\_tr.pdf](https://www.csgb.gov.tr/media/1322/cocukisciligimucadele_2017_2023_tr.pdf), (23.02.2023), s. 62-63.

<sup>57</sup> Bir siyasal sistemde toplumsal sorunların ortak bir biçimde, kişisel çıkarlardan arınmış olarak çözülebilmesi için öncelikle *iyi işleyen müzakereye dayalı bir demokrasi* ve *kamusal erdemlere dayalı bir vatandaşlık eğitiminin* de var olması gerekir. Kamusal erdemler yoksun bir vatandaşlık eğitimi, bireylerin kendi kişisel çıkarlarını ‘toplumsal olanın’ çıkarından üstün tutma eğilimine sahip olmasına yol açar. Böyle bir sistemde parlamentolarda çoğu zaman kişisel saikler ön plana çıkarak sınırlı bir kamusal tartışma yapılır. *Kamusal erdem* (civic virtue) ise bir bireyin toplumsal yaşama katılırken sergilediği tutum ve davranışlarla ilgili bir kavramdır. Antik çağ felsefesinde özellikle cumhuriyetçi yönetim biçimlerinin sağlam bir şekilde ayakta kalabilmesi için gerekli olan vatandaşlık etiğini ifade etmektedir. Bu kavram günümüzde siyaset bilimi, devlet teorisi, sosyoloji ve eğitim bilimleri alanında vatandaşlık eğitimi kapsamında değerlendirilmektedir. Yönetimde kişisel çıkarların kamusal çıkarların önüne geçmemesi için vatandaşların kamusal erdemlere (civic virtue) sahip olmaları gerekir. Örneğin bu açıdan

Türkiye’de yasama sürecinde, TBMM İçtüzüğü’nün Meclis’te iyi biçimde uygulanmayarak kimi zaman ihlal edilmesi, yasalar hazırlanırken süreci hızlandırmak amacıyla -ilgili komisyonlarda tartışmacı bir biçimde görüşmek yerine- doğrudan Genel Kurul sürecine geçilmesi ve Anayasa’da yasaların şekil denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından oldukça sınırlı bir biçimde yapılacağıının öngörülmesi<sup>58</sup>, yasama sürecinde müzakereci yöntemi dışlaşmanın yolları olarak gösterilebilir<sup>59</sup>.

Müzakere, bir kurum olarak parlamentoyu diğer forum benzeri kurumlardan ayıran önemli bir özelliktir<sup>60</sup>. Müzakere kavramı siyasal sistemin işleyişi içinde parlamentonun “ne yaptığını” açıklamaktadır. Bir başka ifadeyle parlamento, bir danışma kurulu olmasının ötesinde, “müzakere” yapılan siyasal bir kurumdur. Parlamentosunun müzakere ile özdeşleştirilmesine yol açan iki özelliği bulunmaktadır. Bunlardan ilki, parlamentosunun yürütme organını denetleyen ve bu sayede yürütme gücünün kötüye kullanılmasını önleyen bir kurum olması; ikincisi ise, parlamenterlerin her türlü dış baskıdan bağımsız olarak özgürce karar verebilmeleridir<sup>61</sup>.

---

siyaset bilimci ve sosyolog Robert David Putnam, “Bowling Alone” isimli kitabında ABD toplumunda aşırı bireyselleşimin yükselişinin ‘ortaklık’ fikrini aşındırdığını ve kamusal yaşama aktif katılım, güvenilir olma ve sosyal ilişkilerde karşılıklılık (dayanışma) gibi kamusal erdemlerden yoksun bir toplum ortaya çıkartarak ABD’nin sosyal sermayesini zayıflattığını çeşitli istatistik verilerden yararlanarak ortaya koymaktadır. Putnam, Robert David: *Bowling Alone-The Collapse and Revival of American Community*, Simon&Schuster Paperbacks, 2020, s. 41-78, 157 vd.

<sup>58</sup> Anayasa, Madde 148: “*Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılmıyıp yapılmadığı; ... Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def’i yoluyla da ileri sürülemez.*”

<sup>59</sup> **Yüksel**, s. 181-182; **Bakırcı**, “Yasama Sürecinin Hızlandırılması...”, s. 28-29, 47-50. 1982 Anayasası’nın, yasa yapım sürecinde muhalefetin katılımını bertaraf edecek biçimde milli iradenin iktidar çoğunluğunun eline bırakılmasını amaçladığı ve torba kanunların hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu görüşü hakkında bkz. **Teziç**, Erdoğan: “Torba Kanun”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2015, Cilt: 1, s. 3-10, s. 6 ve 9.

<sup>60</sup> **Ihalainen**, Pasi/**Ilie**, Cornelia/**Palonen**, Kari (editörler): *Parliament and Parliamentarism, A Comparative History of a European Concept*, Berghahn Books, New York, 2016, s. 6. Yazarlar burada müzakereyle birlikte temsil, egemenlik ve sorumluluk olgularını parlamentoyu tanımlamak kullanmakta ve bir kurum olarak parlamentosunun geçirdiği dönüşümü söz konusu dört kavram üzerinden tarihi olarak analiz etmektedirler.

<sup>61</sup> **Seaward**, Paul/**Ihalainen**, Pasi: “Key Concepts for Parliament in Britain (1640–1800)”, içinde: *Parliament and Parliamentarism, A Comparative History of a European Concept*, Berghahn Books, (Editörler: Pasi Ihalainen, Cornelia Ilie, and Kari Palonen), New York, 2016, s. 41. Benzer yönde Carl Schmitt de parlamentosunun müzakere ve aleniyet olarak iki temel ilkeye dayandığını belirtmektedir. Schmitt, liberal hukuk devleti düşüncesinde

Parlamentoların müzakere ile özdeşleştirilmesi aslında 1215 yılında dönemin feodal beyleri ile İngiltere kralı arasında akdedilen ve kralın iktidarını sınırlandıran Magna Carta Libertatum ile başlayan döneme kadar geri götürülebilir<sup>62</sup>. Magna Carta'nın 12. maddesinde kralın, baronların (ve yüksek derece kilise mensuplarının) rızası olmaksızın olağan dışı yardım isteğinde (yeni vergiler) bulunamayacağı düzenlenmiştir. Ancak dönemin kendine özgü şartları, parlamentoya ve parlamento tartışmalarına 1215 yılından önceki kraliyet konseylerinin<sup>63</sup> uzlaşmacı ve itaatkâr rolünden çok farklı bir siyasi önem kazandırmıştır<sup>64</sup>. İlk zamanlarda yeni vergiler için öngörülen kraliyet konseyinin onay şartı daha sonra birçok toplumsal meseleye ilişkin bir müzakere ve onay zorunluluğuna dönüşmüştür<sup>65</sup>. Bu şekilde parlamen-

---

yalmızca müzakere ve aleniyet aracılığıyla mutlak güç ve otoritenin üstesinden gelinebileceği fikrine atıf yapmaktadır. Ancak Schmitt, analiz ettiği parlamentonun müzakere işlevini parlamenter sistemi eleştirmek için bir hareket noktası olarak da kullanmaktadır. Schmitt'e göre parlamentonun liberal demokrasiler için vadettiği müzakerenin ideal biçimiyle gerçekleşmesi pek de mümkün değildir. Gerçekte parlamentolar kamusal müzakerenin gerçekleşmesi bakımından elverişli kurumlar da olmamıştır. Çünkü partilerin ve koalisyonların oluşturduğu küçük komiteler toplumun bütününe ilgilendiren kararlarını kapalı kapılar ardında almaktadır. Bu kararlarda büyük kapitalist çıkar gruplarının etkisi oldukça fazladır. **Schmitt**, Carl: *Parlamenter Demokrasinin Krizi*, 3. Baskı, (Çeviren: A. Emre Zeybekoğlu), Dost, Ankara 2014, s.75-77.

<sup>62</sup> Magna Carta, kralın iktidarını sınırlandırarak krallığı zorbalıktan ayırmaya hizmet eden, imzalandığı dönem açısından siyasal sisteme yön veren bir belgedir. **Dinçkol**, Bihterin: "İngiltere'de Parlamenter Monarşinin Erken Dönemi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 27, Sayı 2, Aralık 2021, s. 884. Magna Carta'yı ilk olarak kral Yurtsuz John imzalamış ancak Yurtsuz John, daha sonra Papa III. Innocent'ten bu belgenin hükümsüz olduğuna dair yazı almıştır. Yurtsuz John'un ölümü üzerine feodal beylerin yeni çabası neticesinde 1225 yılında Kral III. Henry, Magna Carta'ya son halini vermiş ve uygulamıştır. **Dinçkol**, s. 884.

<sup>63</sup> İngiltere'de krala danışmanlık yapan Curia Regis ve Magnum Concilium Regis olarak iki farklı kurul bulunmaktaydı. Bu kurullardan ilki (Curia Regis), Orta Çağ'da 12. yüzyıla kadar yürütme ve yargı fonksiyonlarına da sahip krala danışmanlık yapan bir organdı ve feodal beylerden oluşuyordu. Magnum Concilium Regis ise feodal beyler ve din adamlarından oluşan bir kurumdu. Bu kurum daha sonra 'shire'lardan ve kasabalardan katılacak şövalye temsilcileriyle birlikte daha geniş temsili niteliği olan bir parlamentoya doğru evrilmiştir. **Dinçkol**, s. 886-888.

<sup>64</sup> **Maddicott**, John R.: "Magna Carta and the Origins of Parliament", *The Historian*, Spring 2015, s. 2. Örneğin Magna Carta'ya son şeklini veren Kral III. Henry'nin 1230'lu yıllarda sık sık yeni vergi talep etmesi nedeniyle Magna Concilium Regis olarak adlandırılan bu kurum giderek danışmanlıktan öte bir işlev üstlenmeye başlamıştır. **Maddicott**, John R.: *The Origins of the English Parliament, 924-1327*, Oxford University Press, New York, 2010, s. 106, 164-166,167-187.

<sup>65</sup> Örneğin Kral III. Henry'nin 1242 yılında parlamentoya danışmadan yurtdışına sefer düzenlemesi parlamento tarafından eleştirilmiştir. Yine 1240'lı ve 1250'li yıllarda, önde

tonun “danışma kurulu (counsel)” olma işlevi ile “müzakere (deliberation)” işlevinin birbirinden ayrılmasının anlamı önemlidir. Çünkü parlamento müzakere işleviyle, ulusun tümünü ilgilendiren meselelerin yasa biçiminde ifade edilmesini sağlayan bir kurum olarak, dini temelli egemenlik anlayışından halk egemenliği anlayışına dönüşümü temsil etmiştir<sup>66</sup>. Parlatarizmle özdeşleşen İngiltere’de 1770’li yıllarda “müzakere” kavramı, genellikle belirli bir kararın büyük bir dikkatle ve özenle alınması gerektiğini vurgulamak için kullanılmaya başlanmıştır<sup>67</sup>. Bu açıdan parlamentolarda müzakere, yasalar yapılırken özgür ve önyargısız tartışmanın önemini vurgulayan ve toplumsal meseleler hakkında ihtiyatlı bir biçimde karar verilmesini sağlayan bir zorunluluk olmuştur<sup>68</sup>.

gelen devlet görevlilerinin (örneğin hazinedar ve adalet bakanı gibi) atanmasına rıza gösterme hakkı, parlamentoya katılan feodal beylerin taleplerinden birisi olmuştur ve bu sayede kralın yürütme görevi için seçeceği yüksek düzeyli kamu görevlilerinin atanmasında parlamentonun onayı koşulu yerleşmeye başlamıştır. Krallığın yönetimi için “çeşitli temsilcilerden oluşan bir kurula danışılma” geleneği kral III. Henry’nin kendi tutumundan da kaynaklanmıştır. Baronlar devlet yönetimiyle ilgili birçok konuda kendilerine danışılması beklentisine sahip olmuş ve bunu bir hak olarak görmeye başlamışlardır. Bu geleneğin yerleşerek parlamenter bir siyasal sistem ortaya çıkartması, Magna Carta’nın mali konularda parlamentonun onayının alınması şartını düzenlemesi ile başlamıştır. Çünkü devlet faaliyetlerinin birçoğunun merkezinde mali konularla doğrudan bir bağlantı bulunmaktadır. Magna Carta’yla birlikte Avam Kamarası ortaya çıkmış ve İngiltere’de parlamenter rejimin günümüzdeki biçimini almasının en önemli adımı atılmıştır. Maddicott, *The Origins of the English...*, s. 167-187.

<sup>66</sup> İngiltere’de 16. yüzyıla gelindiğinde büyük ölçüde parlamento hukukun otoriter bir kaynağı olarak kabul edilmekteydi. Parlamento burada tacı, lordları ve avamları içermekteydi. Bu açıdan monark yasama yetkisine sahip en üstün güç olmakla birlikte bu yetkisini parlamentonun iki kamarasıyla birlikte kullandığında ancak tam anlamıyla egemen olmaktadır. Bu fikir 17. yüzyılda, yavaş yavaş dini temellere dayalı monarşik bir egemenlik anlayışından temsile dayalı bir parlamenter egemenlik anlayışına geçildiğinin bir göstergesi olmuştur. Seaward/Ihalainen, s. 33.

<sup>67</sup> İngiltere’de dönemin Avam Kamarası üyelerinden siyasetçi Thomas Townshend, kararların alınmasında acele edilmesinin parlamento için utanç verici olduğunu belirterek, acele etmeyi, çaresiz bir bakanlar grubunun karanlık entrikalarına benzetmiş ve bunu özgür ve müzakereci meclislerin ortaya çıkarttığı yasaların zıttı olarak tanımlamıştır. Benzer şekilde Edmund Burke’de parlamentonun, farklı ve birbirine zıt çıkarılara sahip insanların temsilci ve avukatlarının müzakere yaptığı bir kurum olmadığını, tek bir ulusun bütününe yönelik bir çıkarı müzakere eden bir kurum olduğunu ifade etmiştir. Bu şekilde dönemin çeşitli siyasetçileri parlamentoğu tüm ulusun müzakere yaptığı bir meclis olarak tanımlamıştır. Bu bilgiler için bkz. Seaward/Ihalainen, s. 41.

<sup>68</sup> Seaward/Ihalainen, s. 42. Hatta 18. yüzyılda İskoçya başsavcısı Alexander Murray, parlamento dışı kurum ve kuruluşların devlet meseleleri hakkında müzakere etmesi ve meseleleri çözmesi fikrine şiddetle karşı çıkmıştır. Seaward/Ihalainen, s. 42. Parlatamentoda müzakerenin gerçekleşebilmesi için usul kuralları (süreler, komisyonlar gibi

Yasama organının müzakere işlevini zedeleyen araçsallaştırılmış yasama faaliyeti genellikle yasaların aşırı derecede karmaşıklaşmasına neden olmakta ve genel adalet ilkelerini uygulamada başarısız olma veya temel hukuk ilkelerine saygı göstermeme tehlikesini de beraberinde getirmektedir<sup>69</sup>. Antik Roma döneminin önemli tarihçilerinden olan Tacitus, -yaşadığı Roma'nın tiranlık döneminden de etkilenererek- birçok kitaptan oluşan *Annales* eserlerinin üçüncü kitabında (*Annales* 3.27<sup>70</sup>), yasaların sayısının muazzam bir biçimde artmasının, devlet düzeni için taşıdığı riskten söz etmiştir. Bu nedenle çok fazla yasanın varlığı, aslında yasaların yetersizliğini ve yararsızlığını açıkça ortaya koymaktadır<sup>71</sup>. Öte yandan Roma'da M.Ö. 1. yüzyılda, konu bakımından ilgisiz birçok hüküm içeren ya da yüzeysel yasaların (torba yasaların) yapılması da yasaklanmıştır<sup>72</sup>.

Yasama faaliyetinin araçsallaştırılması, Fuller tarafından savunulan ve yasamanın iç ahlakını ya da hukukun iç ahlakını<sup>73</sup> sağlayan sekiz ilkeyi yerine getiremeyen ve bu nedenle bir hukuk sistemi oluşturma yeteneğinden yoksun bir yasama faaliyetiyle de sonuçlanır<sup>74</sup>. Fuller, yasamanın nasıl ya-

---

süreçleri düzenleyen) oldukça önemlidir. İngiltere'de parlamento usul kuralları da zaman içinde krallar ve parlamento arasında ortaya çıkan gerilimli dönemlerde alınan belli başlı kararlara dayanarak gelişmiştir. Bunlar birer meclis içtüzüğü niteliğindedir ve özgür ve önyargısız tartışmanın garanti altına alınması için açıısından oldukça önemlidir. İngiltere hakkında bkz. **Palonen**, Kari: "Thinking of Politics in a Parliamentary Manner", içinde: *Parliament and Parliamentarism, A Comparative History of a European Concept*, Berghahn Books, (Editörler: Pasi Ihalainen, Cornelia Ilie, and Kari Palonen), New York, 2016, s. 229-240.

<sup>69</sup> **Gribnau**, Hans (editör: Arendt Soeteman): "Legal Principles and Legislative Instrumentalism", *Pluralism and Law-Proceedings of the 20th IVR World Congress, Amsterdam 2001, Volume 2: State, Nation, Community, Civil Society*, Franz Steiner Verlag, Amsterdam, 2001, s. 36.

<sup>70</sup> Tacitus, *Annals Book 3 (20)*; burada 27. paragrafta "corruptissima re publica plurimae leges" ifadesi dönem açıısından oldukça önemlidir. Bu ifade, "bir devlet çok yozlaştığında çok yasa çıkar" anlamına gelmektedir.

<sup>71</sup> **Lucrezi**, Francesco (editör: Yener Ünver): "Corruptissima Republica Plurimae Leges-Ein Übermass an Gesetzen Führt zur Schwäche des Rechts", *Kanun Yapma Tekniği, Türkiye Barolar Birliği*, Ankara 2016, s. 179; **Bakırcı**, "Yasama Sürecinin Hızlandırılması...", s. 32; **Ergül**, "Türkiye'de Yasama Siyasetinin...".

<sup>72</sup> **Somer**, Pervin (editörler: B. Öztürk, Ü. Kocasakal, F. İlkiz): "Leges Saturae [v]e Lex Caecilia et Didia (Roma Hukuku'nda Torba Kanun Yasağı)", 2010 *Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 23. Bu türden yasalar leges saturae ya da per saturam olarak adlandırılmaktaydı. Bkz. **Somer**, s. 23-26.

<sup>73</sup> **Akı**, Emine İrem: "Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 64, Sayı 1, 2015; s. 5.

<sup>74</sup> **Acar**, s. 68-69.

*pılmaması* gerektiğine ilişkin sıklıkla atıf alan, kapsayıcı bir hukuk reformu yapmak isteyen oldukça hevesli bir kralı (King Rex) örnek vermektedir<sup>75</sup>.

Kral Rex, kendisinden önceki yöneticilerin en büyük başarısızlıklarının hukuk alanında olduğunu düşünmektedir. Ona göre, kendisinden önce hukuk sisteminde temel reform olgusu bilinmemekte, yargılamalar ağır işlemekte, hukuk kuralları çağ dışı bir dile sahip, adalet pahalı, yargıçlar savsak ve kimi zaman da yolsuzluk içindedir. Rex ise tüm bu sorunları çözme azmi içinde, tarihin en iyi yasa koyucusu olmak istemektedir. Ancak Kral Rex bu yolda olağanüstü bir biçimde başarısız olmuş, ne gerekli reformları oluşturabilmiş ne de iyi ya da kötü herhangi bir yasa oluşturmayı başarabilmiştir<sup>76</sup>.

Kral Rex, istediği reformları hayata geçirebilmek için öncelikle temiz bir sayfaya ihtiyacı olduğuna karar vermiş ve ardından tebaasına mevcut tüm yasaları yürürlükten kaldırdığını duyurarak yeni bir yasa taslağı hazırlamaya başlamıştır. Ancak ne yazık ki bir prens olarak yetiştirildiği için *eğitim düzeyi yetersiz kalmıştır*. Hatta öyle ki, en basit *genellemeleri* bile yapamadığını fark etmiştir. Kralın, belli tartışmalarda karar verme konusunda kendisine güveni tam olmasına rağmen belli bir sonuç hakkında açıklayıcı gerekçeler sunma çabası, onun kapasitesini epey zorlamıştır<sup>77</sup>.

Bundan sonra sınırlarının farkına varan Kral Rex, yasa hazırlama projesinden vazgeçerek tebaasına aralarında çıkabilecek anlaşmazlıklarda *bir yargıç olarak* hareket edeceğini duyurmuştur. Böylece Rex, çeşitli vakalarla uğraşarak *genelleme gücünün gelişebileceğini* ve vaka vaka ilerleyerek, aşamalı olarak yasalara dahil edeceği bir kurallar sistemi oluşturabileceğini düşünmüştür. Ancak ne yazık ki, eğitimindeki eksiklik tahmin ettiği kadar büyük olduğu için bu girişimi de tamamen başarısız olmuştur. Önüne gelen uyuşmazlıklarda yüzlerce karar verdikten sonra ne kendisi ne tebaası bu kararlarda herhangi bir örüntü tespit edebilmiştir. Kralın uyuşmazlıkları çözerken verdiği kararlarda yer alan genelleme denemeleri, tebaasını yanlış yönlendirdiği ve daha sonraki kararlarında kendi muhakeme gücünün dengesini bozduğu için yalnızca daha fazla karışıklığa yol açmıştır<sup>78</sup>.

Tüm bu başarısızlıkların ardından Kral Rex, *genelleme üzerine akademik dersler* olarak bu işi çözmek istemiş; bu sefer de derste öğrendikleriyle hazırladığı uzun metne güvenmediğinden tebaasına ilan ettiği yasaya uy-

<sup>75</sup> Fuller, s. 33 vd.

<sup>76</sup> Fuller, s. 33-34.

<sup>77</sup> Fuller, s. 34.

<sup>78</sup> Fuller, s. 34.

makla yükümlü olduklarını ancak *belirsiz bir süre boyunca* yasanın kendisi ve yazmanı arasında *gizli olacağı*nı söylemiştir. Ancak elbette insanlar bilmedikleri bir yasaya da uymak istememiştir. Bu girişiminde de başarısız olan kral bu sefer, yeni takvim yılının başında, bir önceki dönemdeki uyuşmazlıkları çözerek vermiş olduğu kararları ve bu kararları çözerken dayandığı kuralları yayınlamaya karar vermiş; ancak, kralın tebaası *önceden bilmedikleri* bir kurala uyamayacaklarını söylemiştir. Bu yöntemle de başarısız olan kral, *yeni bir kanun* yayımlamış; ancak bu kanun da hem *anlaşılmaz* hem de *belirsizliklerle* dolu olduğundan kimse kanunu anlamamıştır. Bunun üzerine kral, uzmanlarından kanunun özüne dokunmadan kuralların açık hale getirilmesini istemiş; bu çabanın sonunda kanunun maddelerinin *birbiriyle çelişkili* olduğu anlaşılmış ve kanun yine yürürlükten kaldırılmıştır<sup>79</sup>.

Bu gelişmelerle birlikte Kral Rex, hiçbir şeyden memnun olmayan tebaasına hadlerini bildirmek için uzmanlarından, *kanunları sertleştirmele-**rini* istemiş ve kanuna birçok yeni suç tipi ekletmiştir. Bununla birlikte daha önce krala rapor verme süresi olan on gün, yeni düzenlemeyle on saniyeye indirilmiştir ve kralın önünde öksürmek, hapşırma, hıçkırmak, bayılmak veya düşmek on yıl hapis cezasını gerektiren fiiller olarak sayılmıştır. Ancak bu kanun yayımlandıktan sonra adeta bir devrim meydana gelmiş ve vatandaşlar krala başkaldırarak, “Neyin yapılamayacak olduğunu emretmek hukuk yapmak değildir; bu hukuk yapmamaktır, uyulamayacak bir emir, karışıklık, korku ve kaostan başka bir şeye hizmet etmez.” notunu iletmışler ve böylece bu kanun da yürürlükten kaldırılmıştır. Daha sonra kralın uzmanları bir başka kanun üzerinde çalışmaya başlamıştır. Bu yeni kanun diğerlerinden farklı olarak *açık, tutarlı* ve tebaanın yapabileceklerinin ötesinde başka bir şey talep etmeyen biçimde yazılmıştır. Bu yeni kanun her sokakta dağıtılmıştır ancak bu kanun yapılarına kadar o kadar uzun süre gözden geçirilmiştir ki, zaman içinde ülkede birçok değişiklik meydana gelmiş ve bu nedenle bu kanunda neredeyse *her gün başka bir değişiklik* yapılması gerekmiştir. Bu yeni durumla birlikte tebaadan yine tepkiler gelmiş ve sokaklarda “Her gün değişen bir hukuk hiç hukuk olmamasından da kötüdür.” yazıları dağıtılmaya başlanmıştır. Ardından kral, yasama sürecindeki tüm bu başarısızlığı uzmanlarına yıkılmış ve yargı yetkisini yine kendisinde topladığını söyleyerek kanunun uygulanmasını doğrudan kontrol etmek ve yönetmek istemiştir. Ancak bir süre sonra anlaşılmıştır ki, kralın verdiği kararlarla kanun arasında bir bağ kalmamıştır. Bunun üzerine artık dayanamayan tebaa kralı tahttan

<sup>79</sup> Fuller, s. 34-36.



indirme hazırlıklarını yapmaya başlamış ancak bu sırada Kral Rex ölmüştür<sup>80</sup>.

Fuller kralın yasa yapmaya çalışması örneğinden yola çıkarak yasamanın iç ahlakını oluşturan sekiz ilkeyi temellendirmiştir. Bu ilkeler şunlardır:

*1.Kurallar genel olmalıdır; 2.Kurallar yayımlanmış olmalıdır; 3.Kurallar geçmişe yürür olmamalıdır; 4.Kurallar anlaşılır olmalıdır; 5.Kurallar çelişmemelidir; 6.Kurallar etkilenen tarafların elinden gelenin ötesini talep etmemelidir; 7.Kurallar sıklıkla değişmemelidir (süreklilik); 8. Yetkililerin eylemi ve yayımlanmış kurallar arasında uyum olmalıdır*<sup>81</sup>.

Fuller'a göre, söz konusu ilkeleri yerine getiremeyen yasalar, bir hukuk sistemi olma özelliğine sahip dahi olmaz<sup>82</sup>. Fuller'ın hukukun iç ahlakı olarak adlandırdığı bu sekiz ilke, öngörülebilir bir yaşam sağlayarak insanın yapısal potansiyelini geliştiren, bireyi kaostan uzak tutan ve özerkliğine saygı gösteren bir hukuk sistemi kurmaya hizmet etmektedir<sup>83</sup>. Öte yandan Fuller aslında verdiği örnekte, geleceğe yönelik ve hayatı yönlendirmeyi amaçlayan genel ve düzenleyici bir kural koymanın zorluğunu da okuyucuya göstermektedir. Fuller'ın başarısız kral örneği, bir 'yasanın' ne olduğu, ne olması ve ne olmaması gerektiği ve nasıl yapılmaması gerektiği üzerine düşünmeye sevk ederken, aslında yasama faaliyetinin *büyük bir ciddiyet ve ihtimamla*<sup>84</sup> ele alınması gereken bir süreç olduğunu da hatırlatmaktadır.

Waldron, yasanın yapıldığı koşulların, yasanın doğasını şekillendirdiğini ve milletvekillerinin seçimine atıfta bulunan demokratik ilkenin, yasama yetkisini açıklamakta yetersiz kaldığını savunmaktadır<sup>85</sup>. Yasamanın otoritesi, yasa koyucuların kendi aralarındaki ilişkilerine dayanmaktadır. Şöyle ki, müzakereci bir süreçten yoksun bir yasama, yasamanın otoritesini de

<sup>80</sup> Fuller, s. 36-39; Akı, s. 10-13.

<sup>81</sup> Fuller, s. 39; Akı, s. 5.

<sup>82</sup> Fuller, s. 39; Akı, s. 14.

<sup>83</sup> Akı, s. 30-31.

<sup>84</sup> İhtimam kavramı, ihtimam etiği teorisyenlerinin irdelediği gibi çok farklı anlamlarda kullanılabilir. Burada yasama faaliyetinin, 'sorumluluk' ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekilmek istenmiştir. İhtimam etiği teorisyenleri, ihtimam kavramının bileşenlerini tartışırken, ihtimam gösterilecek kişiden çok ilişkinin kendisine odaklanan ilişkisellik, sorumluluk, kaygı duymak, dertlenerek ilgilenmek ve ilgi alaka gösterilmesi gibi çok farklı açılımlar yapmaktadır. Bkz. Karacan, Olcay: İhtimam Etiği Teorisinden Hareketle Hukuk Eğitiminin Değerlendirilmesi, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2017, s. 41-47, 148.

<sup>85</sup> Waldron, s. 663-664.

sarsacaktır<sup>86</sup>. Waldron'a göre müzakereci süreçlerden yoksun bir yasama organı, "tüm toplum adına kolektif olarak hareket etme iddiasında olan, ancak önlerindeki belirli sözcük formlarına atıfta bulunmaları dışında, kolektif bir organ olarak, tam olarak neye karar verdiklerinden asla emin olamayan farklı bireylerden oluşan büyük bir topluluktur<sup>87</sup>." Waldron, bu anlamda yasama organını demokratik bir platform olarak ele almaktadır<sup>88</sup>.

Sunstein, anayasalcılığı açıklarken, 'salt tercih yasağından (the ban on naked preferences)' söz etmektedir. Anayasalarda yer alan her ifade, farklı tarihi süreçlere sahip ve farklı toplumsal sorunlara yönelik olarak yazılmış olsalar da hepsinin ortak bir düşmanı bulunmaktadır. Bu düşman, yalnızca istediklerini elde etmeye yönelik çığ bir siyasi güce sahip olmalarından ötürü tüm kaynakların ve olanakların belli bir gruba dağıtılması olarak ifade edilen 'salt tercihlerdir'. Salt tercih yasağı, devletin, özel çıkarları sağlamak için yapılan baskıları dikkate almaması anlamına gelmektedir. Bu açıdan siyasi süreç, verili birtakım çıkarların uzlaştırılması değil, kamu yararına yönelik bir müzakerenin ürünü olmalıdır<sup>89</sup>. Dolayısıyla, "belirli bir grubun, aradığı faydaları elde etmek için siyasi gücü bir araya getirebilmiş olması" hususu, siyasi bir birlik için yeterli değildir<sup>90</sup>. Salt tercih yasağı, yasa koyucuların motivasyonuna odaklanarak, temsil kavramına belli bir açıdan yaklaşmaktadır. Buna göre yasa koyucuların görevi, özel çıkar ve baskılara arkalarını dönerek, müzakere ve tartışma aracılığıyla belirli değerleri seçmek ve bu şekilde kamu yararı hakkında müzakere edilmiş bir yasama faaliyeti ortaya çıkartmaktır<sup>91</sup>. Bu açıdan salt çıkar yasağı, temsili demokrasilerde yasama organının meşruiyetini salt tercihlere dayanarak açıklamaya çalışmanın ötesinde, yasama organının demokrasiyi gerçekten ortaya çıkartabilecek bir biçimde işlemesini ifade etmektedir. Ancak yasamanın araçsallaştırılması, hem salt tercih yasağına aykırı bir siyasal sistemi, hem de iç ahlaktan yoksun bir hukuk sistemini ortaya çıkartmaktadır.

### **A. Yasama Faaliyetinin Araçsallaştırılmasının Bir Yöntemi: Torba Yasa Örneği**

Araçsallaştırılmış yasama faaliyeti vergilendirme, sosyal güvenlik, iç güvenlik, sağlık, eğitim, çalışma ilişkileri, kültür varlıkları ve tabiatı koruma

<sup>86</sup> Waldron, s. 663-664.

<sup>87</sup> Waldron, s. 654.

<sup>88</sup> Ergül, "Türkiye'de Yasama Siyasetinin...".

<sup>89</sup> Sunstein, Cass R.: *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge 1993, s. 25-26.

<sup>90</sup> Gribnau, "Legislative Instrumentalism...", s. 101.

<sup>91</sup> Sunstein, s. 26.

alanı gibi, daha çok ekonomik ve sosyal haklar alanlarında söz konusu olmaktadır. Bu alanlar aynı zamanda kalkınma planlarında da öncelikle ele alınan alanlardandır. Yasamanın araçsallaştırılması, belli bir kanunun yürürlüğe girdikten sonra kısa süreler içinde yüzlerce varan sayıda değiştirilmesiyle ortaya çıkabileceği gibi hızlı yasama sürecinin bir ürünü olan paket ya da torba yasa biçiminde de ortaya çıkabilir. Örneğin 2006 yılında yürürlüğe giren Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu<sup>92</sup>, yürürlüğe girdiği yıldan itibaren her yıl değişikliğe uğramıştır; 1983 yılında yürürlüğe giren Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu<sup>93</sup>, 2004 yılına kadar birkaç defa değişikliğe uğrasa da, 2004 yılının ardından neredeyse her yıl değişikliğe uğramıştır; 1961 yılında yürürlüğe giren Gelir Vergisi Kanunu<sup>94</sup>, hemen ilk olarak 1963 yılında değişikliğe uğramış ve ardından yine neredeyse her yıl değişikliğe uğramıştır; 2002 yılında yürürlüğe giren Kamu İhale Kanunu<sup>95</sup>, yürürlüğe girdiği yıl olan 2002 yılında değişikliğe uğrayarak ardından neredeyse her yıl değişikliğe uğramıştır. Bu şekilde yasaların yürürlüğe girdikten sonra kısa süreler içinde ve devamlı olarak değişikliğe uğraması, yasanın düzenlemeyi ve aslında korumayı amaç edindiği hak ve özgürlük alanını anlamsızlaştırma tehlikesini barındırmaktadır.

Hemen ilk başta belirtelim ki, torba yasama tekniği yalnızca Türkiye’ye özgü bir düzenleme biçimi değildir ve başka ülkelerde de kullanılmaktadır<sup>96</sup>. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nde de *omnibus legislation*<sup>97</sup> olarak adlandırılan ve genel bir yasa paketi içinde birbiriyle ilişkili olmayan, genellikle karmaşık, uzun ve sosyal politikalarda esaslı değişiklikler yapan yasalar bulunmaktadır<sup>98</sup>. Yasama organı üyeleri çoğu zaman, bu türden yasaları, ‘ya hep ya hiç’ mantığıyla hareket ederek, içindeki detaylara vakıf olmadan onaylamak durumunda kalmaktadırlar<sup>99</sup>. Öte yandan omnibus yasaları Amerikan siyasal sisteminde kullanışlı bir pazarlık aracı olarak da ele alınmaktadır. Amerikan hukukunda omnibus yasalarına yönelik bir tanım-

<sup>92</sup> Kanun No. 5510, R.G. Tarih-Sayı: 16.6.2006-26200.

<sup>93</sup> Kanun No. 2863, R.G. Tarih-Sayı: 23.07.1983-18113.

<sup>94</sup> Kanun No.193, R.G. Tarih-Sayı: 06.01.1961-10700.

<sup>95</sup> Kanunun No. 4734, R.G. Tarih-Sayı: 22.1.2002-24648. Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girdikten sonra neredeyse iki yüze yakın değişikliğe uğramıştır. Bu durum yasama sürecinde çıkar gruplarının etkisini de ortaya koymaktadır.

<sup>96</sup> **Yüksel**, s. 170.

<sup>97</sup> Omnibus, içinde çok sayıda yolcu taşıyan büyük otobüslere verilen isimdir.

<sup>98</sup> **Krutz**, Glen S.: “Tactical Maneuvering on Omnibus Bills in Congress”, American Journal of Political Science, Vol. 45, No. 1, 2001, s. 211.

<sup>99</sup> **Krutz**, s. 210.

lama çalışması yapan Krutz'a göre, omnibüs yasalarında sosyal ve ekonomik politika alanlarına yönelik yasalarla ilgili kapsamlı hükümler yer almaktadır. Bu yasalar mevcut siyasi partilerin, parti lider ve üyelerinin bulunduğu Kongre'nin (yasama organı) ve kendi siyasi ajandası olan Başkanın (yürütme organı), yeniden seçilebilmek için kendilerini seçen seçmenlere yönelik olarak vadettikleri politikaları hayata geçirmelerine yarayan bir pazarlık aracıdır<sup>100</sup>. Şöyle ki, omnibüs yasalarına genellikle muhalefetten onay almayacak türden yasal değişiklikler dahil edilmekte ve böylelikle her iki taraf da müzakerelerle ve pazarlık yaparak kendi seçmenlerini etkilemeye yönelik mevzuat değişikliklerini ilgili yasaya dahil edebilmektedirler<sup>101</sup>. Bununla birlikte bu yasalarda genellikle Başkan'ın da veto etme olasılığının yüksek olduğu değişiklikler yer almakta ve bu yasalar, Kongre ve Başkan arasında da bir pazarlık aracı olarak kullanılmaktadır. Nihayetinde Başkan da halk seçimiyle görevine geldiği için demokratik meşruluğu olan bir kişi olarak kendi seçmenine yönelik siyasetini hayata geçirmeye çabalamaktadır ve bu doğrultuda, ekonomik ve sosyal politikalar alanında kendi istediği değişikliklerin omnibüs yasasında yer alması yönünde Kongre'yle bir pazarlığa girebilmektedir<sup>102</sup>. Böylece Kongre, Başkan'ın veto etmeyeceği hükümleri, Başkan'ın veto edebileceği hükümlerin yanına ekleyerek omnibüs yasalar hazırlamakta ve aslında Başkan'ın veto yetkisini kullanmasının da önüne geçmeye çalışmaktadır<sup>103</sup>.

Yukarıda da değinildiği gibi Amerikan siyasal sistemi pragmatisttir ve hukuka araçsal bir biçimde yaklaşmaktadır. Amerikan pragmatist araçsalcılarının çoğu, hem değerlerin hem de kuralların ve kuralların amaçlarının, hakim istek ve çıkarlardan kaynaklanması gerektiğini savunmaktadır<sup>104</sup>. Bu şekilde bir araçsalcılık ise hukuku, otoriter birtakım kurallar olarak değil, sosyal gelişimin pragmatik bir aracı olarak görmektedir<sup>105</sup>. Ancak Amerikan siyasal sisteminin temelinde ifade özgürlüğüyle sıkı bir biçimde korunan, *fikirlerin özgür pazarı* yaklaşımı bulunmaktadır. Bununla birlikte ABD, *common law*<sup>106</sup> temelli bir hukuk sistemine sahip federal bir devlettir. Böyle

---

<sup>100</sup> Krutz, s. 211-212.

<sup>101</sup> Krutz, s. 211-212.

<sup>102</sup> Krutz, s. 211-212.

<sup>103</sup> Yüksel, s. 171.

<sup>104</sup> Gribnau, "Legislative Instrumentalism...", s. 94.

<sup>105</sup> Gribnau, "Legislative Instrumentalism...", s. 94.

<sup>106</sup> Common law, ortak hukuk anlamına gelmektedir. Common law hukuk sistemleri, mahkemeler tarafından uyuşmazlıkları çözerken geliştirdikleri yazılı olmayan hukuk ilkele-

bir sistem içinde yasama işlevine pragmatist ve araçsalcı yaklaşım, sistemin kendi içinde yer alan frenleme mekanizmaları ve etkin demokratik süreçlerin de yardımıyla, otoriter bir devlet modeline yol açmamaktadır.

Türkiye’de ise torba yasa olgusu neredeyse olağan bir yasama süreci haline gelmiştir<sup>107</sup>. Türk hukuk literatüründe, aynı anda birden çok yasada değişiklik meydana getiren yasalar için torba yasanın yanı sıra paket yasa kavramı da kullanılmakta, ancak bunlar arasında bir nitelik farkının olduğundan söz edilmektedir. Bakırcı’ya göre paket yasalar, torba yasalardan farklı olarak, aynı konuya ve amaca yönelik ve farklı yasalarda değişiklik meydana getirmelerine rağmen, maddeleri arasında konu ve amaç bakımından ilişki olan yasalardır; buna karşılık torba yasalar ise, içinde birbiriyle ilgisi bulunmayan konu ve alanlarda, farklı politika alanlarına yönelik yasalarda değişiklik meydana getiren maddeler içeren ve bir sistemden yoksun olan yasalardır<sup>108</sup>. Paket yasalar daha çok 2000’li yıllara kadar belli sosyal ve ekonomik hedefleri gerçekleştirmek -ve kalkınma hedeflerini hayata geçirmek- için kullanılmış ve diğer yasalara oranı %2-3’ü geçmemiştir. 2000’li yıllarla birlikte de Avrupa Birliği’ne (AB) uyum sürecinde Kopenhag Kriterlerini yerine getirmesi için Türkiye’ye AB tarafından öngörülen süreye riayet etmek amacıyla hızlı bir yasama metodu olarak kullanılmıştır<sup>109</sup>.

Paket yasa metodu, 2000’li yıllarla birlikte giderek yaygınlaşmaya başlayınca, bu sefer konu ve amaç birliği sınırlaması olmaksızın “çeşitli veya bazı kanunlarda değişiklik yapılması hakkında kanun” adı altında yasalar da çıkartılmaya başlanmıştır<sup>110</sup>. Bu türden yasalar torba yasa olarak adlandırılmakta ve oluşumunda, yasama organının esas müzakere kısmını oluşturan ihtisas komisyonları aşaması dışlanmaktadır<sup>111</sup>. Hatta İba’ya göre torba yasaların çoğu, mali hükümler de içerdiğinden genellikle bütçe komisyonuna gönderilmekte ve yasanın ilgili olduğu ihtisas komisyonlarının görüşü alınmadan yasalaşmaktadır<sup>112</sup>. Öte yandan, torba yasaların komisyon aşamasında yeni madde ihdası da sıklıkla yapılmakta ve yasanın içerdiği madde sayısı arttırılmakta; hatta özellikle kamuoyunun belli kesiminin gözünden bir süre

---

rinin bağlayıcı olduğu hukuk sistemlerine verilen isimdir. Kanada, ABD, Yeni Zelanda, Birleşik Krallık, Hindistan, Hong Kong’da uygulanmaktadır.

<sup>107</sup> **Bakırcı**, “Yasama Sürecinin Hızlandırılması...”, s. 23; **Yüksel**, s. 170.

<sup>108</sup> **Bakırcı**, “Yasama Sürecinin Hızlandırılması...”, s. 24-25; **Yüksel**, s. 170.

<sup>109</sup> **Bakırcı**, “Yasama Sürecinin Hızlandırılması...”, s. 26-27.

<sup>110</sup> **Yüksel**, s. 170.

<sup>111</sup> **İba**, s. 199.

<sup>112</sup> **İba**, s. 199, **Yüksel**, s. 174.

kaçırılmak istenen ve ilk başta yasaya eklenmeyen hükümler de bu aşamada hızlıca eklenebilmektedir<sup>113</sup>. Bu türden yasalarda hem kamuoyundaki farklı görüşler arasında sağlıklı bir diyalog hem de hukuk uygulayıcılarının yasayı yorumlarken kullanacakları madde gerekçeleri çoğu zaman eksik olmaktadır<sup>114</sup>. Ayrıca torba yasalarla kimi zaman genellikle yoksun, “kişiye veya duruma özel” düzenleme yapıldığı da görülmektedir<sup>115</sup>. Yüksel, Anayasa Mahkemesi’nin 1990’lı yıllarla birlikte, kanun hükmünde kararname (KHK) çıkartma sürecindeki yetki kanunlarını oldukça sıkı bir biçimde denetleyerek, yürütmenin düzenleme olanağını daraltmasının, özellikle tek parti dönemlerinde yürütme organını torba yasa yapmaya yönlendirdiğini belirtmektedir<sup>116</sup>. Bir başka ifadeyle yargı organının yürütmeyi sınırlama çabası sonucunda yürütme, KHK yolu daha zor hale geldiğinden yasama çoğunluğunu elinde bulundurduğu zamanlarda, yasamanın araçsallaştırılmasına yönelmiştir. Görüldüğü gibi Türkiye’de torba yasalar, -ABD’den farklı olarak- iktidar ve muhalefet arasında karşılıklı ödün vermeye yönelik siyasi bir araç olarak kullanılmamaktadır<sup>117</sup>. Bu durum Fuller’ın deyimiyle aslında bir ‘sistem olmayan’ hukuk sistemi ortaya çıkartmaktadır<sup>118</sup>.

## **B. Yargının Araçsallaştırılmış Yasama Faaliyeti Karşısındaki Tutumu**

Yasamanın araçsallaştırılması, müzakereye dayalı olmayan bir siyasal sisteme yol açtığı için yargı organları, -çoğu zaman da yüksek mahkemeler-, kamusal politikaların üretilmesi bakımından bir rol üstlenmek zorunda kalmaktadır. Yargı erkinin bir siyasal sistemdeki meşruluğu, ilgili siyasal sistemdeki hukuk yaklaşımıyla doğrudan bağlantılıdır. Şöyle ki, hukuku ‘egemenin emri’ olarak ele alan bir yaklaşım ya da hukuku belli ilke ve değerlere atf yaparak ele alan bir yaklaşım ya da hukuku uygulamaya dayanarak ele alan bir yaklaşım, yargının sistemdeki konumuna yönelik farklı değerlendirmelere yol açar<sup>119</sup>. Bununla birlikte bir hukuk sisteminde yargıcın ‘yorum-

<sup>113</sup> İba, s. 199-200.

<sup>114</sup> İba, s. 200.

<sup>115</sup> Ergül, “Türkiye’de Yasama Siyasetinin...”.

<sup>116</sup> Yüksel, s. 178-179.

<sup>117</sup> Yüksel, s. 174.

<sup>118</sup> Örneğin, bir örnekte, bir torba kanunla 76 farklı kanunda konularına ve birbirleriyle ilgilerine bakılmaksızın değişiklik yapılmıştır; bu değişiklikler çoğunlukla ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin değişiklikleri içermektedir. Bkz. Yüksel, s. 170-171.

<sup>119</sup> Örneğin dava temelli bir hukuk sistemine sahip ABD’de ‘public law litigation’ olarak adlandırılan davalardaki kararlar, devletin ekonomik ve sosyal politikalarına yön ver-

lama faaliyetinin' sahip olduğu anlam da önem taşımaktadır. Örneğin Türk hukuk sisteminde en tartışmalı hususlardan birisi yargısal aktivizmdir. Çünkü hukuk sistemimizde yargı yerlerinin idarenin ya da yasa koyucunun yerine geçecek biçimde karar veremeyecekleri kabul edilmiştir<sup>120</sup>. Özellikle Anayasa Mahkemesi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilgili yasalar hakkında gerçekleştirmiş olduğu norm denetimi kararlarında, kendi iradesini yasama organının iradesinin yerine geçirecek biçimde karar verdiğinde yargısal aktivizm eleştirileriyle karşılaşmaktadır<sup>121</sup>.

Siyasal sistemlerin işleyişinde, seçilmiş kişilerden oluşan parlamentolar tarafından yapılan yasaların, atanmış kişilerden oluşan mahkeme üyeleri tarafından denetlenmesi ve iptal edilmesinin ortaya çıkarttığı, anayasa mahkemelerinin demokratik meşruluğuna ilişkin temel bir tartışma bulunmaktadır<sup>122</sup>. Bu tartışmadaki temel soru, mahkemelerin bir yandan siyasi sistemin anayasal düzenini korumayı amaçlarken bir yandan da demokrasinin işlemesine engel teşkil etmemeyi nasıl başaracakları yönündedir. Çok farklı biçimlerde yanıtlanan bu soruyu yanıtlamaktan şimdilik kaçınmakla birlikte, anayasa mahkemelerinin yasaları denetleyebilmesinin 'anayasal demokrasi'

---

mekte ve geleceğe yönelik etki doğurmaktadır. ABD'deki devlet okullarının finansal kaynağı, okulların yer aldığı belediye sınırları içinde kalan mülk vergilerine dayandığından, devlet okulları arasında imkanlar bakımından ciddi eşitsizlikler bulunmaktadır. Eğitimle ilgili düzenlemeler âdem-i merkezi bir yapıdadır ve yerel eşitsizliklerle irka dayalı ayrımcı yaklaşım, çoğu zaman yerel parlamentoların yasama faaliyetine yansımaktadır. Öte yandan ABD Anayasası'nda eğitim hakkı korunmadığından, Federal Yüksek Mahkeme önüne gelen eğitim hakkı talepli davalarda, eğitim hakkının anayasal bir hak olmadığını belirtmektedir. Bu nedenle, eğitim alanındaki eşitsizlik ve ayrımcılık konulu her mesele ve özellikle eyaletlerde eğitimin finansmanı ilişkin politikalar, yargı organı aracılığıyla yönlendirilmeye çalışılmaktadır. Bu konu hakkında bir inceleme için bkz. **Lukemeyer**, Anna: Courts as Policymakers, School Finance Reform Litigation, LFB Scholarly Publishing LLC., New York 2003. Öte yandan ABD'de çoğu eyalette yargı erkini oluşturan yargıçlar halk tarafından demokratik seçimle göreve gelmektedir.

<sup>120</sup> Bu hususta Anayasa'da açık hüküm bulunmaktadır. Anayasa madde 125 ve madde 153.

<sup>121</sup> **Hakyemez**, Yusuf Şevki: Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 25-26, 28; **Özbudun**, Ergun: "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 62, Sayı 3, 2007, s. 259-260.

<sup>122</sup> **Yancı Özalp**, Nihan: Türkiye'de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 57, 222 vd, 286; **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, s. 9; **Özden**, Yekta Güngör: "Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kural Nedir, Ne Değildir?", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 2, 1985, s. 43.

yaklaşımıyla<sup>123</sup> birlikte bir anlam ifade ettiğini belirtmekle yetinelim. Anayasal demokrasi, azınlığın çoğunluk görüşüne karşı korunmasını amaçlayan, ulusal iradenin yalnızca yasama çoğunluğuna bağlı olmadığı, insan hak ve özgürlüklerinin korunmasının güvence altına alındığı bir demokrasi anlayışıdır<sup>124</sup>. Öte yandan temsili demokrasilerde ulusa ait olan egemenliğin kullanılmasına yönelik yetkiler, aralarında bir üstünlük sıralaması olmaksızın yasama, yürütme ve yargı organları arasında paylaştırılmıştır<sup>125</sup>. Bu nedenle yukarıda belirtilen anayasa yargısının demokratik meşruluğuna ilişkin soru, yerini *aktivist* bir tutum sergileyen anayasa mahkemelerinin *kararlarının meşruluğu* sorusuna bırakmıştır<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> Anayasal demokrasi kavramı 1970'li yıllarda Avrupa ülkeleri ve ABD'de, kendilerini halk demokrasisi olarak nitelendiren sosyalist ülkelere karşı Batı demokrasisinin farklılığını vurgulamak için kullanılmıştır. **Yancı Özalp**, s. 15. Yekta Güngör Özden bu türden bir demokrasi anlayışını klasik demokrasi yaklaşımından ayırarak 'modern demokrasi' kavramını kullanmaktadır. **Özden**, s. 44-45. Kaboğlu, yönetilenlerin, yönetenleri sürekli ve etkili bir biçimde denetleyebilmesinin demokrasisinin ölçütü olduğunu belirterek, anayasa mahkemelerinin bu denetimi gerçekleştiren organlar olarak demokratik rejimin korunmasına önemli bir katkı yaptığını belirtmektedir. **Kaboğlu**, İbrahim Ö.: Anayasa Yargısı-Avrupa Modeli ve Türkiye, 4. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, Ekim 2007, s. 242-243.

<sup>124</sup> **Özden**, s. 44. Benzer doğrultuda Bakırcı da 'anayasanın üstünlüğü ilkesiyle' bu sorunun aşıldığını savunmaktadır. Anayasaların insan haklarını güvence altına alan belgeler olarak, diğer bütün hukuk normlarından üstün olmalarının hukuki bir karşılığının olması için anayasa mahkemeleri, demokratik meşruiyeti olan parlamentoların yaptığı yasaları, anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle iptal edebilecektir. Bkz. **Bakırcı**, Fahri: "Anayasa Mahkemesinin Eylemli İktidarı Üzerine", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 112, 2014, s. 293.

<sup>125</sup> Bu hususu Anayasa'nın 6., 7., 8. ve 9. maddeleri açıkça ifade etmektedir. Bununla birlikte siyasal sistemlerde egemenlik ve egemenliğin kullanımının farklı organlar arasında bölünmüş parçacıklarının birbirinden farkını ifade etmek için Latince isimleriyle *auctoritas* ve *potestas* kavramları kullanılmaktadır. Bu kavramların anlamı ve kullanımı literatürde değişkenlik göstermiştir. Tartışmalar ve farklı anlamlar hakkında bkz. **Agamben**, Giorgio: State of Exception (Çev.: Kevin Attel), The University of Chicago Press, Chicago, 2015, s. 74-88. Auctoritas kavramı, eylem açısından bağlayıcı kurallar koyan nihai ve üstün iktidarı ifade etmek için ilk olarak Roma siyasal sisteminde kullanılmıştır. Auctoritas iktidarın ilkesiyken potestas iktidarın kullanış biçimidir. Buradaki önemli nokta auctoritas'ın bölünmez olmasıyken potestas'ın bölünebilir olmasıdır. Bu iki kavram Orta Çağ'da Papa I. Gelasius tarafından imparatorun iktidarını Kilise'ye tabi kılmak için geliştirdiği iki-kılıç kuramını açıklamak için de kullanılmıştır. Gelasius öğretisinde auctoritas'ın tam olarak gerçekleşebilmesi için tek adamda toplanması ve bölünmemesi gerekmektedir. Bunun için auctoritas Kilise'nin olmuştur. Buna karşılık bölünebilir olan potestas ise imparatorun olmuştur. **Ağaoğulları**, Mehmet Ali/**Köker**, Levent: İmparatorluktan Tanrı Devletine, 1. Baskı, İmge Kitabevi, Kasım 1991, s. 143-144. Benzer şekilde temsili demokrasilerde millet bölünmez olan auctoritas'ın sahibiyken, yasama, yürütme ve yargı potestas'a karşılık gelmektedir.

<sup>126</sup> **Yancı Özalp**, s. 9.



Mahkeme kararları bir yargılama faaliyeti sonunda ulaşılan bağlayıcı ve emredici -otoriteye sahip- tespitlerdir. Yargılama faaliyeti yürürlükteki hukukun yorumlamasına dayandığından, burada yargı organının bir yorumlama yeteneğine sahip olduğu açıktır. Yorumlama faaliyetinin ise, -hangi yorum yöntemi kullanılırsa kullanılsın-, özünde bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Takdir yetkisinin olmadığı bir yorumlama faaliyeti, zaten yorumlama anlamına gelmemektedir<sup>127</sup>. Barak'a göre, her yargıcın aslında hukukun yorumlanması bakımından bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Bir yargıç aynı zamanda yorumlama faaliyeti gerçekleştirdiğinde yasa ve yaşam arasında bir köprü de inşa etmiş olmaktadır<sup>128</sup>. Yargıçların sahip olduğu hukuku yorumlama otoriteleri ise onların *epistemolojik yeteneğinden* kaynaklanmaktadır<sup>129</sup>. Bu nedenle yargı organları, tıpkı yürütme gibi, yasama organının yasama faaliyetinde bir 'ortak'tır<sup>130</sup>. Yasama organının yaptığı yasalar, yargı organının yorumlaması olmadan uygulanamaz; bu nedenle yargı organları hukuku oluşturma sürecinin bir ortağıdır. Ancak demokratik bir sistemde, yasanın amacını belirlemek konusunda yetkili olan yasama organı asli ortakken, yargı organı daha az rolü olan tali bir ortaktır<sup>131</sup>. Yargının bu süreçteki görevi, yasaların amacını açıklamaktansa, anayasal düzenin temelini oluşturan ilke ve değerlerin sözcülüğünü yaparak hukukun üstünlüğünü korumak; bir başka ifadeyle aktivist, ancak ölçülü bir tutum izlemektir<sup>132</sup>. Bu durumda demokratik süreçlerle oluşturulmuş yasaların yargı tarafından iptal edilmesi, ancak 'kötü yasama' söz konusu ise savunulabilir<sup>133</sup>.

<sup>127</sup> **Barak**, Aharon: *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton 2006, s. 146.

<sup>128</sup> **Barak**, s. 149.

<sup>129</sup> **Gaus**, Gerald: *Justificatory Liberalism: An Essay on Epistemology and Political Theory*, Oxford University Press, New York 1996, s. 276. Gaus'a göre burada yargıçların sahip olduğu epistemolojik yetenek, yargıçların felsefi yönü kuvvetli olan ve değer yargıları arasında adil bir denge kurma konusunda derinleşmiş bir hukuk eğitimi aldıkları varsayımına dayanmaktadır. **Gaus**, s. 276.

<sup>130</sup> **Barak**, s. 17; **Gribnau**, "Legislative Instrumentalism...", s. 102.

<sup>131</sup> **Gribnau**, "Legislative Instrumentalism...", s. 102.

<sup>132</sup> **Gribnau**, "Legislative Instrumentalism...", s. 102-104. Anayasal demokrasi, demokratik sistemlerde kurumların da anayasaya uygun davranmasını gerektirir. Bu nedenle parlamentoların da anayasaya uygun karar alması gerekmektedir. İnsan hak ve özgürlüklerinin korunması anayasa yargısının en önemli meşruluk temelidir. **Yancı Özalp**, s. 24.

<sup>133</sup> **Gribnau**, "Legislative Instrumentalism...", s. 103. Öte yandan "kötü yasama" olgusu, "baskı yönetimlerinin kurulması ya da anayasal düzene aykırı yasaların yapılması" olarak da değerlendirilebilir. Kaboğlu, anayasa mahkemelerinin meşruiyetini tartışırken, anayasa mahkemeleriyle parlamento ve hükümet arasındaki 'mekân farklılaşması' tezine

Türkiye’de yukarıda da açıklandığı gibi çoğu zaman araçsallaştırılmış yasama faaliyetiyle ortaya çıkan bir ‘kötü yasama’ süreci söz konusudur. Öte yandan Anayasa’nın 148. maddesi, yasaların şekil bakımından denetimini de yalnızca son oylamayla sınırlı tutmuştur. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi kimi kararlarında, yasaların kabul edilme sürecindeki usulsüzlükleri ‘eylemli içtüzük değişikliği’ olarak ele alarak, esas yönünden iptal kararı verdiyse de bu yöndeki içtihadı çelişkilidir<sup>134</sup>. Dolayısıyla yasama organının müzakereci bir demokratik modeli uygulaması yine yasama organının inisiyatifine bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi, yasama sürecinde müzakereci bir demokrasiye erişilemediği zaman, özellikle özelleştirmeler, emeklilik ve sosyal güvenlik, eğitim, rektörlerin seçilmesi, hatta seçim sistemine yönelik olan kimi yasalar karşısında, politika üreten bir kurum görevini üstlenmek zorunda kalmış ve kimi zaman oldukça aktivist bir biçimde yasa koyucunun yerine geçtiği yönünde eleştirilmiş<sup>135</sup>; kimi zaman da tam tersine, temel anayasal ilkelerin gerekliliklerine atf dahi yapmadan pasifist bir tutumla meseleyi ele almıştır<sup>136</sup>. Öte yandan Anayasa Mahkemesi’nin her iki tutumu da -hem aktivizm hem pasifizm- yargının siyasallaşmasına neden olmaktadır<sup>137</sup>. Çünkü demokratik süreçler içinde üretilemeyen politikalar nedeniyle Anayasa Mahkemesi bir muhalefet aracına dönüşmekte ve Mahkeme üyelerinin profiline göre<sup>138</sup> de kimi zaman aktivist, kimi zaman pasifist bir tutum sergileyerek, aslında siyasallaşmış olmaktadır<sup>139</sup>.

atf yapmaktadır. Bunlardan parlamento ve hükümet ‘temsilciler mekânına’, anayasa mahkemeleri ise ‘yurttaş mekânına’ yakın kurumlardır. Halk sahip olduğu üstün iradesini, temsilcilerin iradesinin bir ürünü olan kanunlarda değil, anayasada açıklamaktadır. Bu nedenle temsili demokrasilerde temsilcilerin iradesi ikincildir ve geçerli olabilmesi için anayasada beliren halk iradesine saygılı olmak zorundadır. Halk, bu uygunluğun denetimini de iki seçim dönemi arasında anayasa mahkemeleri aracılığıyla gerçekleştirir. Böylece anayasa mahkemeleri, parlamentodaki “geçici” çoğunluğun anayasaya aykırı kanunlar çıkartarak baskı yönetimleri kurmasının önüne geçebilir. Bununla birlikte anayasa mahkemeleri her iki seçim dönemi arasında siyasal karar mercilerine giriş olanağı olmayan grupları koruyarak sistemin global temsiliğini artırıp daha demokratik olmasını sağlayabilir. **Kaboğlu**, s. 239-241, 252-253. Aynı yönde bkz. **Yancı Özalp**, s. 25-26.

<sup>134</sup> **Bakırcı**, “Anayasa Mahkemesinin Eylemli...”, s. 294-295.

<sup>135</sup> **Hakyemez**, s. 63-180; **Özbudun**, “Türk Anayasa Mahkemesinin...”, s. 259.

<sup>136</sup> **Yancı Özalp**, s. 57, 222 vd, 286; **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, s. 436.

<sup>137</sup> **Yancı Özalp**, s. 56.

<sup>138</sup> Siyasi iktidar, anayasa mahkemesini, üyelerinin seçimi ve işleyişine ilişkin yasalar yaparak etkileme yoluna gidebilir. Bu durum elbette yasama yetkisi bakımından doğaldır. Ancak örneğin Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Mahkemesi’ne yargıç seçimiindeki siyasallaşma tartışmaları, Mahkeme’nin norm denetimini genişletmesi ve bu

Söz konusu hususları Türkiye’de ilköğretimin kesintisiz olarak yapılıp yapılmamasına yönelik mevzuat değişiklikleri ve konunun Anayasa Mahkemesi’nde tartışılma biçimi üzerinden örneklendirebiliriz. Türkiye’de eğitim sistemi, iktidar değiştikçe değişikliğe uğrayan ve araçsallaştırılmış yasamanın belirgin olarak görüldüğü en önemli alanlardan birisidir. 1997 yılında, “*İlköğretim ve Eğitim Kanunu, Milli Eğitim Temel Kanunu, Çıracılık ve Meslek Eğitimi Kanunu, Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun ile 24.3.1988 tarihli ve 3418 sayılı Kanunda Değişiklik Yapılması ve Bazı Kâğıt ve İşlemlerden Eğitime Katkı Payı Alınması Hakkında Kanun*<sup>140</sup>” ile ilköğretimi kesintisiz olarak 8 yıla çıkartan bir değişiklik öngörülmüştür. Bu değişikliğin gerekçesi aşağıdaki gibidir<sup>141</sup>;

*“Toplumumuz, ülkemizin gerçekleri ve ihtiyaçları doğrultusunda gelişen ve değişen dünya şartlarına uygun çağdaş ve demokratik bir eğitim ortamı içinde çocuklarımızın yetiştirilmesini beklemektedir. Bu beklentinin 5 yıllık zorunlu eğitimle gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu nedenledir ki, zorunlu eğitimin kesintisiz 8 yıla çıkarılması kaçınılmaz hale gelmiştir... Çağımız, insanı ön plâna çıkararak, bilgi toplumlarının oluşturduğu yeni bir dünya düzenine açılmaktadır... bilgi toplumu olma yolunda ipi önde göğüsleyerek 21’inci yüzyılı karşılayanları, bugünkünden çok daha parlak bir gelecek beklemektedir. İlköğretimin kesintisiz sekiz yıla çıkarılmasıyla, bu konuda çok ciddi bir adım atılmış olacaktır...”*

2012 yılında ise, ilköğretim ve ortaöğretimin 8 yıl kesintisiz yapılacağına ilişkin hükmü, *İlköğretim ve Eğitim Kanunu* metninden çıkartan,

---

nedenle siyasal açıdan önemli ve tartışmalı kararların artmasıyla bağlantılı olmuştur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, parlamentonun yaptığı yasaları denetlerken ne kadar aktivist davranırsa, üyelerinin seçimi de o oranda siyasallaşacak ve kurumsal itibarı zedeleneyecektir. **Gören**, Zafer: “Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 13, 1996, s. 142. Aynı yönde Anayasa Mahkemesi’ne üye seçimi ve siyasallaşma ilişkisi hakkında bkz. **Yancı Özalp**, s. 81-86.

<sup>139</sup> Ergül, anayasa yargısında aktivizm ve pasifizm tutumlarının ve bu kavramlarının kullanılma biçimlerinin, siyasal atmosfere göre değiştiğini ve ‘aktivizm’ kavramının -ABD anayasa yargısını örnek vererek-, belli bir siyasal ideolojiyi içerdiğini belirtmektedir. **Ergül**, Ozan: “Berraklaştırılmayan Bir Kavram: ‘Yargısal Aktivizm’”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 104, 2013, s. 39.

<sup>140</sup> Kanun No: 4306, R.G. Tarih-Sayı: 18.08.1997-23084.

<sup>141</sup> Kanunun genel gerekçesi için bkz. TBMM, 20. dönem, 2. yasama yılı, tarih: 22.07.1997, 376 no’lu Komisyon raporu, s. 3 (www.tbmm.gov.tr). Kanun genel gerekçesi Anayasa Mahkemesi kararına da aynen alınmıştır. Bkz. *Anayasa Mahkemesi*, E.1997/62, K.1998/52, K.T.16.9.1998.

“İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”<sup>142</sup> kabul edilmiştir. Eğitimin kesintisiz olmasını sonlandıran ve öğrencilerin henüz 10 yaşında oldukları ilkokul 4. sınıftan itibaren seçimli dersler aracılığıyla meslek seçimine yönlendirilmeleri sonucunu doğuracak yeni yasanın<sup>143</sup> genel gerekçesinde mesleki eğitimin önemine vurgu yapılmıştır<sup>144</sup>. Söz konusu düzenlemeyle ayrıca eğitime başlama yaşı 60 aya düşürülmüş ve ortaokul-lise düzeyinde okutulmak üzere İslam diniyle ilgili çeşitli dersler müfredata dahil edilmiştir.

Yukarıda verilen her iki kanun hakkında da dönemin muhalefet partisi millet vekilleri Anayasa Mahkemesi’nde iptal davası açmıştır. 1997 yılındaki değişiklik ile öngörülen zorunlu eğitimin 8 yıl kesintisiz olmasını öngören düzenlemeye karşı dönemin ana muhalefet partisi -Refah Partisi- TBMM grubu, ilgili yasanın hem şekil hem de esas yönünden Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açmıştır<sup>145</sup>. 2012 yılındaki düzenleme hakkında da dönemin muhalefet partisi milletvekilleri -Cumhuriyet Halk Partisi- hem şekil<sup>146</sup>, hem de esas yönünden anayasa aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nde iki ayrı iptal davası açmışlar; ayrıca doğrudan bir şekil itirazı olmamakla birlikte, ilgili yasanın TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda görüşülmediği yönünden de Anayasa’ya aykırı olduğunu iddia etmişlerdir<sup>147</sup>.

Anayasa Mahkemesi, her iki davada da şekil yönünden aykırılık iddialarını kabul etmemiş; ayrıca her iki davada da davalara konu olan düzenlemeleri Anayasa’nın eğitim hakkını düzenleyen 42. maddesine aykırı bulmamıştır. Her iki dönemde de ana muhalefet partilerinin, ilgili yasaların TBMM içindeki oluşum süreçleri hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiasında bulunmaları ve Meclis içindeki süreçleri birer ‘eylemler içtüzük değişikliği’ olarak değerlendirmeleri, yasama sürecinin demokratik tartışmaya el vermediği yönünde düşündürücü olmaktadır<sup>148</sup>.

<sup>142</sup> Kanun No: 6287, R.G. Tarih-Sayı: 11.04.2012-28261. Bu kanun kamuoyunda 4+4+4 yasası olarak anılmaktadır.

<sup>143</sup> Kanun teklifi, 24. dönem, 2. yasama yılında görüşülmüştür; tüm sürece ilişkin bilgilere ve komisyon raporlarına erişim için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss199.pdf> (22.12.2022).

<sup>144</sup> Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss199.pdf> (22.12.2022).

<sup>145</sup> Anayasa Mahkemesi, E.1997/62, K.1998/52, K.T.16.9.1998.

<sup>146</sup> Anayasa Mahkemesi, E.2012/48, K.2012/75, K.T.24.05.2012.

<sup>147</sup> Anayasa Mahkemesi, E.2012/65, K.2012/128, K.T.20.09.2012.

<sup>148</sup> Örneğin 2012 tarihli yasadaki değişiklik, bir kanun tasarısı olarak değil, teklif biçiminde TBMM’ye sunulmuştur. Böylece, kanun tasarısı sürecindeki, önce bir çalışma taslağının

Anayasa Mahkemesi, 1997 yılındaki ilk davada, davanın eğitim hakkına yönelik esas hakkında, ana muhalefet partisinin 8 yıllık kesintisiz eğitimin Milli Eğitim Temel Kanunu'nda yer alan eğitimin “yönlendirme ilkesine uygun olmadığı” gerekçesini reddederek, zorunlu eğitimin kesintisiz olarak 8 yıla çıkartılmasını, “kişilerin bu alandaki haklardan daha fazla yararlanmalarına olanak sağlamak” olarak değerlendirmiş ve “bu durum, çağdaş gelişmelerle de uyum içindedir; ayrıca eğitimin süresinin ve niteliğinin yükseltilmesi insan haklarına saygının da gereğidir” ifadesini kullanarak, ilgili düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

Buna karşılık 2012 yılında ise, 4 + 4 + 4 olarak kesintili eğitim öngören yasa değişikliğinin eğitim hakkına aykırılığını değerlendirirken, ilgili düzenlemenin yer aldığı yasanın genel gerekçesindeki “öğrencilerin ilgi ve becerileri doğrultusunda erken yaşta yönlendirilmeleri” amacına atıf yaparak, dava konusu düzenlemeyi, eğitimin yönlendirme ilkesiyle uyum içinde olduğundan bahisle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Öte yandan bu kararında Mahkeme, Anayasa'nın 42. maddesinde yer alan, ‘eğitimin çağdaş ve bilimsel olması’ ifadesinin, çocuğa verilecek eğitimin içeriği ve yönteminin, çocuğun yaşı ve gelişim düzeyiyle uyumlu olması anlamına geldiğini ifade ederek “içerik ve yönteminin çağdaş ve bilimsel esaslara uygun olarak belirlenmesi koşuluyla Anayasa'nın 42. maddesinde öngörülen zorunlu eğitimin hangi yaşta başlatılacağına ilişkin kanun koyucuya ait olduğunu” belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1997 yılındaki ilk kararında da eğitimin kesintili ya da kesintisiz olması hususunun yasa koyucunun takdirinde olduğunu belirtmekle birlikte, yasa koyucunun amacının, ülkenin Anayasa'nın başlangıç kısmında belirtilen çağdaş uygarlık seviyesine ulaşma arzusuyla uyumlu olduğu yönünde bir yorum yaparak aslında 2012 yılındaki tutumuna oranla

---

oluşturulması, ardından bunun Başbakanlığa gelmesi ve Bakanlar Kurulu üyelerinin imzasına sunulması gibi aşamalardan geçmeden (Bakırcı, “Yasama Sürecinin Hızlandırılması...”, s. 29-34), dönemin iktidar partisinin birkaç milletvekili tarafından TBMM'ye sunulmuştur. Bu hususta TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 18, 86. Birleşim, 30 Mart 2012 Cuma, sayfa 65-66'daki tartışmalar incelenebilir. Öte yandan 1997 yılındaki yasa değişikliği ise, bir tasarı biçiminde sunulmasına rağmen, dönemin siyasi olayları gereği (kamuoyunda 28 Şubat süreci olarak bilinen) anti-demokratik bir nitelikte olduğu yönünden eleştirilerle karşılaşmıştır. Bu eleştiri ve süreç hakkında bkz. Aydın, Özgür: “Anayasal Düzen İçinde Simgesel İktidar Mücadelesi: 28 Şubat Süreci”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, 2019, s. 58-59. Bu tartışmalar için TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 33, 136. Birleşim, 15 Ağustos 1997'de yer alan kayıtlar incelenebilir.

daha aktivist davranmıştır. 2012 yılındaki kararında ise çağdaş uygarlık seviyesine dair herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Kırıt'a göre, 2012 yılındaki kararında Mahkeme, eğitime başlama yaşının küçüklüğü ve eğitim sisteminde yönlendirme ilkesinin olumsuz etkilerine ilişkin çeşitli üniversitelerin eğitim fakültelerinin kamuoyuyla paylaşmış olduğu bilimsel verileri dikkate almayarak siyasi bir tercihte bulunmuş; ayrıca müfredata yeni eklenen İslam dinine ilişkin seçmeli derslere ilişkin olarak laiklik ilkesi bakımından herhangi bir değerlendirme yapmamış ve oldukça pasif bir tutum sergilemiştir<sup>149</sup>.

Kararlarda dikkati çeken bir diğer husus ise her iki davada da dönemin muhalefet partilerinin, ilgili mevzuat değişikliklerinin, dönemlerin kalkınma planlarına aykırılığını ileri sürmüş olmalarıdır. Ancak her iki davada da Anayasa Mahkemesi davaya konu yasal düzenlemelerin kalkınma planına uygun olması zorunluluğunun bulunmadığını ve yasa koyucunun değişen ihtiyaçlar karşısında plandan farklı düzenlemeler yapabileceğini kabul etmiştir.

## SONUÇ

Ülkemizde kalkınma hedeflerini hızlı bir biçimde hayata geçirmek için başvurulmuş toplu ve hızlı yasama süreci, yasamanın araçsallaştırılmasıyla sonuçlanarak demokratik ideallerden ve demokrasinin müzakereci yönünden giderek uzaklaşmasına yol açmıştır. 1960'lı ve 1970'li yıllarda kalkınma planlarında belirtildiği gibi, kalkınma için yasaların hızlıca yapılması fikri, 1990'lı yılların sonu ve 2000'li yılların başında AB uyum süreciyle daha da pekişmiş ve paket yasalarla, yasamanın araçsallaştırılması devam etmiştir. 2000'li yıllardan günümüze değin ise, 'torba yasa' uygulaması yasama faaliyeti bakımından adeta kural haline gelmiş ve Fuller'in belirttiği iç ahlakından yoksun bir hukuk sistemi ortaya çıkartmıştır. Bir başka ifadeyle önceleri kalkınma ve hukuk arasında doğrudan kurulan ilişkiye bağlı olarak araçsallaştırılan yasama faaliyeti, -günümüzde kalkınma ilke ve hedefleriyle doğrudan ilgi kurulmaksızın-, muhalefetin yasa yapım sürecinde etkisiz hale getirilmesine hizmet eden torba yasa uygulamasına dönüşmüştür.

Torba yasalar, daha çok kazuistik metotla yazılmakta ve sık sık değişikliğe uğrayarak aslında düzenlediği kamu politikası alanının ilgili olduğu

---

<sup>149</sup> **Kırıt**, Emrah: "4+4+4 Yasası Hakkında Anayasa Mahkemesi Kararı: Sunuş", Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, 2014, s. 86-87.

insan hakkıyla bağı kopuk olan yasalardır<sup>150</sup>. Öte yandan hızlı yasama süreçleri, ülkenin temel ekonomik, sosyal ve kültürel politikaları belirlenirken, konuyla ilgili bilimsel görüşlerin, gerektiği zaman üniversitelerin, konuyla ilgili sivil toplum kuruluşlarının<sup>151</sup>, ilgili meslek gruplarının, hatta politikaların sonuçlarından doğrudan etkilenecek olan vatandaşların da doğrudan yasama sürecine katılması gibi demokratik araçları dışlamaktadır<sup>152</sup>. Bunun sonucu olarak, özellikle Anayasa Mahkemesi çoğu zaman demokratik araçlarla çözülmesi gereken kimi toplumsal sorunlarda hem bir muhalefet aracı olarak kullanılmakta, hem de politika üretici bir konumda bulunmaktadır. Bu anlamda Mahkeme, önüne gelen ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilgili yasaların hukuka uygunluğunu denetlerken, kimi zaman aktivist, kimi zaman da pasifist bir tutumla aslında siyasi davranmaktadır.

Ülkemizde ABD'den farklı olarak yargıçlar demokratik olarak seçimle göreve gelmeseyse de, Anayasa'nın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkeleriyle yargıçların epistemolojik yeteneklerinden kaynaklanan otoriteleri, onların yasama işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken dolaylı olarak da olsa, yasama sürecinin bir parçaları olmaları sonucunu doğurmaktadır. Bu da kimi zaman Anayasa Mahkemesi'nin aktivist bir tutumla yasama organının yerine geçtiği yönünde eleştirilmesine neden olmaktadır. Ancak ülkemizdeki yargısal aktivizm-pasifizm tartışmaları 'kötü yasama' sürecinden bağımsız bir sorun olarak ele alınmamalıdır. Zira 'kötü yasama' ise, müzakereci demokratik süreçlerin dışlandığı, hızlı kalkınma için yasamanın araçsallaştırıldığı bir süreç sonunda ortaya çıkmaktadır. Türkiye'de yasama sürecine ilişkin demokratik değişiklikler yapılmadığı sürece, Anayasa Mahkemesi -

<sup>150</sup> Örneğin ülkemizde bir uç örnek olarak, "*Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*" verilebilir. Bkz. Kanun No. 5453, R.G. Tarih-Sayı: 07.02.2006-26073. Üstelik bu kanun, iletişimin dinlenmesi ve istihbarat toplamayla ilgili oldukça önemli bir yetki içermektedir. Aynı yönde bkz. **Yüksel**, s. 173.

<sup>151</sup> Yasa yapım sürecine sivil toplum ya da vatandaşların katılımı aynı zamanda siyasi iktidarın meşruiyetine de kaynaklık edecek olması açısından demokratik siyasal sistemlerde oldukça önemlidir. Bu husus için bkz. **Biçer**, Mustafa: "Yasa Yapma Sürecine Sivil Toplumun Katılımı ve Temsili Demokrasi Açısından Önemi", Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, Antik ve Modern Dönemde Yasalar ve Yasa Yapımı Paneli, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü ve Yasama Derneği (Yasader) Ortak Paneli, 07 Nisan 2018, (Editörler: F. Bakırcı, M. Çekiç, B. Dağsalı), Ankara Barosu Başkanlığı, Ankara 2021, s. 118-122.

<sup>152</sup> **İşık**, Cennet Sümeyya: Türkiye'de Kanun Yapım Süreci ve Torba Kanun Uygulamaları, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016, s. 63-65; **Bakırcı**, "Yasama Sürecinin Hızlandırılması...", s. 40.

aktivist ya da pasifist- siyasi kararlar verdiği yönünde eleştirilerle karşılaşmaya devam edecektir<sup>153</sup>. Öte yandan hukuk ve kalkınma arasındaki ilişkiyi konu edinen uluslararası hukuk ve kalkınma çalışmaları ve akademik programlar da dikkatle takip edilmelidir. Daha çok ekonomik kalkınmaya odaklı bir yaklaşımla hukuk kurallarını ele alan bu disiplinin hukuku araçsallaştıran yönü de göz ardı edilmemelidir.

---

<sup>153</sup> En güncel örnek olarak, 7354 sayılı Öğretmenlik Meslek Kanunu verilebilir. Söz konusu yasanın hazırlanması aşaması katılımcı süreçlere dayanmadığı yönünden eleştirilmiştir (TBMM Tutanak Dergisi, 52. Birleşim, 3 Şubat 2022 Perşembe). Öte yandan ana muhalefet partisi -Cumhuriyet Halk Partisi- söz konusu yasanın Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmıştır. Davanın esastan görüşülmesi henüz sonuçlanmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesi davada Millî Eğitim Bakanlığı ve en fazla üyeye sahip üç eğitim sendikasının dinlenmesine karar vermiştir. Bkz. [www.trthaber.com](http://www.trthaber.com) (14.12.2022).



## KAYNAKÇA

- Acar**, Ali: Kanun Yapım Tekniği ve Torba Kanun Uygulaması Çalıştayı-3 Ekim 2013 (Editör: Ozan Ergül), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2014, s. 65-71.
- Agamben**, Giorgio: State of Exception (Çev.: Kevin Attel), The University of Chicago Press, Chicago, 2015.
- Ağaoğulları**, Mehmet Ali/**Köker**, Levent: İmparatorluktan Tanrı Devletine, 1. Baskı, İmge Kitabevi, Kasım 1991.
- Akı**, Emine İrem: “Hukukun İç Ahlâkı: Lon L. Fuller’ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 64, Sayı 1, 2015, s. 1-35.
- Aydın**, Özgür: “Anayasal Düzen İçinde Simgesel İktidar Mücadelesi: 28 Şubat Süreci”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, 2019, s. 51-70.
- Bakırcı**, Fahri: “Yasama Sürecinin Hızlandırılması ve Sakıncaları”, Kanun Yapma Tekniği, (Editör: Yener Ünver), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016, s. 21-61.
- Bakırcı**, Fahri: “Anayasa Mahkemesinin Eylemli İçtüzük Kuralına İlişkin İctihat Değişikliğinin Gerekçesi Üzerine”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 112, 2014, s. 257-296.
- Barak**, Aharon: The Judge in a Democracy, Princeton University Press, Princeton 2006.
- Biçer**, Mustafa/**Yılmaz**, Hakan, “Parlamentonun Kamu Politikası Oluşturma ve Planlama Sürecindeki Konumunun Yeni Kamu Mali Yönetim Sistemi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Yasama Dergisi, Sayı 13, 2009, s. 45-84.
- Biçer**, Mustafa: “Yasa Yapma Sürecine Sivil Toplumun Katılımı ve Temsili Demokrasi Açısından Önemi”, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, Antik ve Modern Dönemde Yasalar ve Yasa Yapımı Paneli, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü ve Yasama Derneği (Yasader) Ortak Paneli, 07 Nisan 2018, (Editörler: F. Bakırcı, M. Çekiç, B. Dağsalı), Ankara Barosu Başkanlığı, Ankara 2021, s. 109-143.
- Burg**, Elliot M.: “Law and Development: A Review of the Literature & a Critique of ‘Scholars in Self Estrangement’ ”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 25, No. 3, 1977, s. 492-530.

- Buyruk**, Halil: “Ekonomik Kalkınma Hedefinden Bin Yıl Kalkınma Hedeflerine: Eğitim-Kalkınma İlişkisine Dair Bir Çözümleme”, *Mülkiye Dergisi*, Sayı: 40, Cilt: 1, 2016, s. 111-142.
- Dayal**, Shiy: *Dynamics of Development: Legal Education and Developing Countries, Law in Zamb*, (Editor: M. Ndulo), East Africa Publishing House, Nairobi, Kenya 1984, s. 91-112.
- Deming**, David J.: “Four Facts about Human Capital”, *Journal of Economic Perspectives*, Volume 36, Number 3, Summer 2022, s. 75-102.
- Dilcher**, Gerhard (Çev.: Ahmet Mumcu): “Bilimsel Metot ve Siyasal Karar Aracı Olarak Hukuki Pozitivizm”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 31, Sayı 1, 1974, s. 467-485.
- Dinçkol**, Bihterin: “İngiltere’de Parlamenter Monarşinin Erken Dönemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 27, Sayı 2, Aralık 2021, s. 877-897.
- Erdoğan**, Emre/**Uyan-Semerci**, Pınar: “Çocuk İşçiliği Sorunu Neden Çözülemiyor?”, *Eğitim Reformu Girişimi*, <https://www.egitimreformugirisimi.org/cocuk-isciligi-sorunu-neden-cozulemiyor/#:~:text=Yoksul%20ailelerde%20e%20e%20C4%9Fitimsizli%20C4%9Fin%20yayg%20B1n%20C4%9F%20ve,yeti%20C5%9Fkinler%20i%20A7in%20bu%20durum%20ola%20Fan> , 09.08.2022, (23.02.2023).
- Ergül**, Ozan: “Berraklaştırılmayan Bir Kavram: ‘Yargısal Aktivizm’ ”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 104, 2013, s. 37-54.
- Ergül**, Ozan: *Türkiye’de Yasama Siyasetinin Temel Sorunları: Torba Kanunlar ve Duruma Özel Kanunlar*, <http://yasaizleme.org.tr/turkiyede-yasama-siyasetinin-temel-sorunlari-torba-kanunlar-ve-duruma-ozel-kanunlar/> , yıl belirtilmemiş, (01.12.2022).
- Fuller**, Lon L.: *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven and London 1964.
- Gaus**, Gerald: *Justificatory Liberalism: An Essay on Epistemology and Political Theory*, Oxford University Press, New York 1996.
- Gören**, Zafer: “Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 13, 1996, s. 81-145.
- Gribnau**, Hans: “Legislative Instrumentalism vs. Legal Principles in Tax”, *Coventry Law Journal*, Vol 16, 2013, s. 89-109.

- Gribnau**, Hans: Legal Principles and Legislative Instrumentalism. Pluralism and Law, proceedings of the 20th IVR World Congress, Amsterdam, 2001, Volume 2: State, Nation, Community, Civil Society, (Editor: Arendt Soeteman), Franz Steiner Verlag, Amsterdam 2001, s. 33-43.
- Hakyemez**, Yusuf Şevki: Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Haspolat**, Evren: “Yasamadan Yürütmeye İktidar Devri Olarak Torba Yasa(ma)”, Alternatif Politika, Cilt 8, Sayı 2, 2016, s. 404-449.
- Ihalainen**, Pasi/**Ilie**, Cornelia/**Palonen**, Kari (editörler): Parliament and Parliamentarism, A Comparative History of a European Concept, Berghahn Books, New York, 2016.
- Işık**, Cennet Sümeyya: Türkiye’de Kanun Yapım Süreci ve Torba Kanun Uygulamaları, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016.
- International Legal Center-NewYork**: Legal Education in a Changing World: Report of the Committee on Legal Education in the Developing Countries, Uppsala Offset Center, Uppsala 1975.
- İba**, Şeref: “Ülkemizde ‘Torba Kanun’ ve ‘Temel Kanun’ Uygulamaları”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 11, 2011, s. 197-202.
- Kaboğlu**, İbrahim Ö.: Anayasa Yargısı-Avrupa Modeli ve Türkiye, 4. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, Ekim 2007.
- Karacan**, Olcay: İhtimam Etiği Teorisinden Hareketle Hukuk Eğitiminin Değerlendirilmesi, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2017.
- Kırıt**, Emrah: “4+4+4 Yasası Hakkında Anayasa Mahkemesi Kararı: Sunuş”, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, 2014, s. 53-89.
- Krishnan**, Jayanth K.: “Academic Sailors: The Ford Foundation and the Efforts to Shape Legal Education in Africa, 1957-77”, American Journal of Legal History, Vol. 52, No. 3, 2012, s. 261-324.
- Krutz**, Glen S.: “Tactical Maneuvering on Omnibus Bills in Congress”, American Journal of Political Science, Vol. 45, No. 1, 2001, s. 210-223.
- Lee**, Yong-Shik: “General Theory of Law and Development”, Cornell International Law Journal, Vol. 50, No. 3, 2017, s. 416-471.

- Lucrezi, Francesco:** “Corruptissima Republica Plurimae Leges-Ein Übermass an Gesetzen Führt zur Schwäche des Rechts”, Kanun Yapma Tekniği. (Editör: Yener Ünver), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016, s. 179-193.
- Lukemeyer, Anna:** Courts as Policymakers, School Finance Reform Litigation, LFB Scholarly Publishing LLC, New York 2003.
- Maddicott, John R.:** The Origins of the English Parliament, 924-1327, Oxford University Press, New York, 2010.
- Maddicott, John R.:** “Magna Carta and the Origins of Parliament”, The Historian, Spring 2015, s. 2-4.
- Merryman, John Henry:** “Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 25, No. 3, 1977, s. 457-491.
- Misafir, Selim:** “Hukuk Devleti Olgusunun Eski Çağlardaki Kökenleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 163, 2022, s. 241-263.
- Olson, Walter:** The Ford Foundation and the Modern American Law School. Cato Institute, <https://policycommons.net/artifacts/1310352/the-ford-foundation-and-the-modern-american-law-school/1913643/>, 2013, (08.12.2022).
- Özalp Yancı, Nihan:** Türkiye’de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- Özbudun, Ergun:** Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Özbudun, Ergun:** “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 62, Sayı 3, 2007, s. 257-268.
- Özdemir, Esin:** Üniversiteye Girişte Katsayı Uygulamasına İlişkin YÖK ve Danıştay Kararları Hakkında İnceleme ve Değerlendirme, TOBB Avrupa Birliği Dairesi, 2020.
- Özden, Yekta Güngör:** “Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kural Nedir, Ne Değildir?”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 2, 1985, s. 41-90.
- Palonen, Kari:** “Thinking of Politics in a Parliamentary Manner”, içinde: Parliament and Parliamentarism, A Comparative History of a European

- Concept, Berghahn Books, (Editörler: Pasi Ihalainen, Cornelia Ilie, and Kari Palonen), New York, 2016, s. 228-242.
- Putnam**, Robert David: *Bowling Alone-The Collapse and Revival of American Community*, Simon&Schuster Paperbacks, 2020.
- Rose**, Carol V.: “The “New” Law and Development Movement in the Post-Cold War Era: A Vietnam Case Study”, *Law & Society Review*, Vol. 32, No. 1, 1998, s. 93-140.
- Schmitt**, Carl: *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, 3. Baskı, (Çeviren: A. Emre Zeybekoğlu), Dost, Ankara 2014.
- Seaward**, Paul/**Ihalainen**, Pasi: “Key Concepts for Parliament in Britain (1640-1800)”, içinde: *Parliament and Parliamentarism, A Comparative History of a European Concept*, Berghahn Books, (Editörler: Pasi Ihalainen, Cornelia Ilie, and Kari Palonen), New York, 2016, s. 32-48.
- Smith**, Adam: *Lectures on Jurisprudence*, (Editörler: R. L. Meek, D. D. Raphael, P.G. Stein), Liberty Fund-Oxford University Press, 1978.
- Somer**, Pervin: “Leges Saturae [v]e Lex Caecilia et Didia (Roma Hukuku’nda Torba Kanun Yasağı)”, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, (Editörler: B. Öztürk, Ü. Kocasakal, F. İlkiz), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 23-29.
- Sunstein**, Cass R.: *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge 1993.
- Şanlı**, Denizer: “Planlama Yetkisinin Analizi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 67, Sayı 3, 2009, s. 47-58.
- T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı**: Çocuk İşçiliği ile Mücadele Ulusal Programı-2017-2023, 2017, [https://www.csgb.gov.tr/media/1322/cocukisciligimucadele\\_2017\\_2023\\_tr.pdf](https://www.csgb.gov.tr/media/1322/cocukisciligimucadele_2017_2023_tr.pdf) (23.02.2023).
- Tacitus**, *Annals Book 3 (20)*, <https://www.sacred-texts.com/cla/tac/a03020.htm> (08.12.2022).
- Teziç**, Erdoğan: “Torba Kanun”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2015, Cilt: 1, s. 3-10.
- Twining**, William: *Jurist in Context-A Memoir*, Cambridge University Press, 2019.
- Trubek**, David: “Law and Development: Forty Years After ‘Scholars In Self-Estrangement’ ”, *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 66, No. 3, 2016, s. 301-329.

**Trubek, David/Galanter, Marc:** “Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States”, *Wisconsin Law Review*, No. 4, 1974, s. 1062-1103.

**Von Benda-Beckmann, Franz:** “Recht und Entwicklung im Wandel”, *Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, Vol. 41, No. 3, 2008, s. 295-308.

**Waldron, Jeremy:** “The Dignity of Legislation”, *Maryland Law Review*, Vol. 54, No. 2, 1995, s. 633-665.

**Yüksel, İsmail:** *TBMM'nin Kanun Yapma Yöntemi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss199.pdf> (12.12.2022).

<https://www.trthaber.com/haber/turkiye/aym-ogretmenlik-kariyer-sinavi-basvurusunu-gorustu-722442.html> (14.12.2022).

<https://www.worldbank.org/en/about/legal/brief/law-justice-and-development-weeks> (14.12.2022).



# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA GİZLİ TANIK BEYANININ DELİL DEĞERİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1276259>

**Dr. Öğr. Üyesi Coşkun KOÇ\***

## Öz

Gizli tanığın ceza yargılamasında kullanılması hukuk devletinin vazgeçilmezi olan adil yargılanma hakkını tehlikeye sokmaktadır. Zira gizli tanıklık duruşmanın aleniliği ilkesine ters bir uygulamadır. Bu nedenle tanığın ciddi bir tehlike altında bulunduğu durumlar ile sınırlı olarak uygulanması kabul edilebilir. Bu durumda dahi gizli tanık beyanı hüküm açısından tek ve belirleyici delil olmamalıdır. Başka deliller ile hüküm desteklenmelidir. Aksi bir düşünce tarzı, tanığın korunması adına adil yargılanma hakkının feda edilmesi anlamına gelir. Bu makalede, ceza muhakemesi alanında çözümlenmemiş bir sorun olarak varlığını sürdüren gizli tanık beyanının delil değeri, konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde incelenmiştir.

## Anahtar Kelimeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Tanık beyanı, Gizli tanık, Delil değeri, Adil yargılanma hakkı

## EVIDENCE VALUE OF ANONYMOUS WITNESS STATEMENT IN THE LIGHT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DECISIONS

(Research Article)

## Abstract

The application of the anonymous witness in criminal proceedings jeopardizes the right to a fair trial, which is an indispensable part of the rule of

\* Kafkas Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Öğretim Üyesi, Kars (coskun.koc@kafkas.edu.tr) ORCID: 0000-0001-9453-5919 (Geliş Tarihi: 18.08.2022- Kabul Tarihi: 06.01.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.



*law. Because, witness anonymity is an application contrary to the principle of public hearing. It is therefore acceptable to apply it limited to situations in which the witness is in serious danger. Even in this case, the statement of a anonymous witness should not be the only and decisive evidence in terms of the judgment. The judgment must be supported by other evidence. To think otherwise means sacrificing the right to a fair trial for the protection of the witness. In this article, the practice of anonymous witnesses, which continues to exist as an unresolved problem in criminal procedure, has been evaluated within the scope of the decisions of the European Court of Human Rights.*

**Keywords**

*European Convention on Human Rights, Witness statement, Anonymous witness, Evidence value, Right to a fair trial*

## GİRİŞ

Amacı maddi gerçeğin ortaya çıkması olan ceza muhakemesinin işlevlerinden birisi de suç ve suçluluk ile mücadeledir. Bir hukuk devletinin öncelikli vazifesi ceza muhakemesi faaliyetini etkin bir şekilde yürütmektir. Bu noktada suç teşkil eden fiillerin cezai yaptırıma bağlanması tek başına yeterli olmaz. Devlet aynı zamanda suç işlendikten sonra, soruşturma, yargılama ve sonuçta infaz edilebilir bir mahkumiyet kararı tesis etmelidir. Tabii ki bu sürecin sağlıklı işlemesi için yegane araç, suçtan arta kalan delillerdir. Bu delillerin en önemlisi de tanık beyanıdır<sup>1</sup>. Birçok ülke yolsuzluk, uyuşturucu kaçakçılığı, ciddi ve organize suçlar, insan hakları ihlalleri ve terör gibi insan güvenliği ve gelişimi üzerinde derin etkisi olan suç faaliyetlerinden etkilenmektedir. Ancak ülkelerin ceza adaleti sistemlerinin bu tür ciddi suçları soruşturma ve kovuşturma yeteneği genellikle çok sınırlıdır. Konuya ilişkin mevcut sorunlardan biri bu tür cezai meseleler hakkında önemli bilgi ve kanıt elde etmek için tanıkların işbirliğini sağlamaktır<sup>2</sup>. Tanık sindirme, kolluk kuvvetleri ve ceza adaleti ile ilgili kurumlar için önemli bir sorundur<sup>3</sup>. Zira maddi gerçeğe ulaşma noktasında çok değerli bir delil türünü etkisiz hale getirmektedir.

Yargılama konusu olay hakkında beş duyusu aracılığıyla öğrendiklerini hakim veya Cumhuriyet savcısına anlatan üçüncü kişilere tanık, bunların yaptıkları açıklamalara da tanık beyanı denir. Tanık beyanı ve diğer deliller sayesinde geçmişte yaşanan ve suç teşkil eden bir olay mahkeme huzurunda yeniden canlandırılır. Kural olarak yargılamada, üçüncü kişi konumunda bulunan herkes tanık olabilir; tanığın akıl hastası, çocuk, akraba veya yakın, sanıkla arkadaş veya ona hasım, geçimini sanıktan temin eden veya daha önce yalan tanıklık suçundan mahkum edilmiş olması tanıklığa engel bir durum değildir. Tanıklık için aranan temel ölçüt, yargılama konusu olayı algılama ve bununla ilgili olarak sahip olunan bilgileri aktarabilme yeteneğinin bulunmasıdır<sup>4</sup>. Ceza muhakemesinde, suçların ne zaman işleneceği

<sup>1</sup> **Yaşar**, Yusuf: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Tanıklık”, E- Akademi Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 133, 2013, s. 3. <http://www.e-akademi.org/makaleler/cezamuh.pdf>, (E.T. 21.06.2022).

<sup>2</sup> **Kramer**, Karen: “Witness Protection as a Key Tool in Addressing Serious and Organized Crime”, 2016, p. 3, [https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/GG4/Fourth\\_GGSeminar\\_P3-19.pdf](https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/GG4/Fourth_GGSeminar_P3-19.pdf), (E.T. 28.11.2022).

<sup>3</sup> **Costigan**, Ruth/**Thomas**, Philip A.: “Anonymous Witnesses”, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 51, No. 2, 2020, p. 326.

<sup>4</sup> **Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, M. Ruhan/**Gezer**, Özge S./**Kırıt**, Yasemin F. S./**Özaydn**, Özdem/**Akcan**, Esra A./**Tütüncü**, Efser E./**Villemin**, Derya A./**Tok**,

genellikle önceden bilinmediğinden delil toplamaya yönelik hazırlık yapılamaz. Bu nedenle tanık beyanı ceza muhakemesinde halen en yaygın ve önemli delil türünü teşkil eder. DNA örneği, parmak izi gibi bilimsel delilin olmadığı durumlarda, tanık beyanı davanın gidişatını belirleyen ana etken olabilmektedir. Bugün itibarıyla hiçbir hukuk sistemi tanık beyanından vazgeçememiştir<sup>5</sup>.

Tanıklık ülkemizde genellikle bir külfet olarak görülmekte ve bireyler tanık oldukları olayla ilgili tanıklık yapmaktan kaçınmak için çeşitli yollara başvurmaktadır. Özellikle ağır ceza mahkemesinde yargılanan suçlara ilişkin tanıklık, aynı zamanda cesaret isteyen bir iş halini almıştır<sup>6</sup>. Oysaki tanık beyanı, kolay temin edilebilmesi nedeniyle ceza muhakemesinde en fazla başvurulmuş delil türüdür. Tanık beyanının önemi, örgütlü suçlulukta bir kat daha artar. Zira suç örgütlerinin faaliyetlerinde yazılı delile ulaşmak neredeyse imkansızdır. Ayrıca suç örgütlerinde katı bir sessizlik ve gizlilik kuralı egemendir. Bunun doğal sonucu olarak, suç örgütleri aleyhlerine tanıklık yapacak kişi ve yakınlarını ciddi bir baskı altına almaktadır<sup>7</sup>. Tanıklık zorunlu bir kamu hizmeti olmakla birlikte çok zahmetli bir kamu hizmetidir. Kendini güvende hissetmeyen tanığın gerçeği söyleyeceği her zaman şüphelidir. Tanıklık yapması halinde zarar göreceğini düşünen tanık istisnalar hariç gerçeği söyleyemez. Bu noktada tanıklık yapmayı emreden devletin tanığı da koruması gerekir. Aksi halde kimseden kahramanlık beklenmemelidir<sup>8</sup>. Şüphesiz ki ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşmak hedefinden vazgeçilemez. Aynı şekilde tanığın hayatı pahasına da olsa maddi gerçeğe ulaşmak kabul edilebilir bir durum değildir<sup>9</sup>.

Tanık beş duyusu ile suç teşkil eden fiil hakkında mahkemeye bilgi verdiği zaman, aleyhine tanıklık ettiği kişinin düşmanlığına maruz kalır. Uygulamada tanığın, aleyhine tanıklık ettiği kişinin intikam duygularına hedef olduğu sıkça görülen bir durumdur. Özellikle suç örgütlerinin bu tür

---

Mehmet C.: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 300-301.

<sup>5</sup> **Turgut**, Bayram: Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2010, s. 12-13.

<sup>6</sup> **Dönmez**, Burcu: "AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması", TBB Dergisi, S. 127, 2016, s. 121-122.

<sup>7</sup> **Gürol**, Candaş: "Tanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılanma Hakkı", TBB Dergisi, S. 60, 2005, s. 44.

<sup>8</sup> **Turgut**, s. 14-15.

<sup>9</sup> **Şahin**, Cümhur: "Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi", AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2002, s. 179.

tanıkları öldürmeye çalıştıkları bilinen bir gerçektir. İşte bu nedenle tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de tanığın korunması için fiili ve hukuki tedbirler alınmaktadır<sup>10</sup>. Avrupa Birliği Konseyi, 23.11.1995 ve 20.12.1996 tarihli kararlarıyla, üye ülkeleri, uluslararası organize suçlulukla mücadelede tanıklık yapanların ve bunların yakınlarının korunması hususunda işbirliğine davet etmiştir<sup>11</sup>. Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanan 15.11.2000 tarihli *Newyork Uluslararası Organize Suçluluğa Karşı Sözleşme*'nin 24. maddesine göre, imzacı devletler organize suçluluğa karşı mücadelede tanıklara ve yakınlarına girişilebilecek saldırılar ve tehditlere karşı gereken tedbirleri alma yükümlülüğü altına girmişleridir<sup>12</sup>. Buradan hareketle, her ne kadar adil yargılanmanın ön şartı olan duruşmanın aleniliği ilkesine ters düşse de kişinin tanıklık yapması, kendisi ve yakınları için “ağır ve ciddi” bir tehlike teşkil ediyorsa gizli olarak dinlenmesi mümkündür.

Gizli tanıkların ceza yargılamalarında kullanılması adaletin adil yönetimini tehlikeye sokar<sup>13</sup>. Gizli tanık suç konusu olayla ilgili olarak görgü ve bilgisine başvurulana, ancak can güvenliği nedeniyle kimliği saklanan kişidir<sup>14</sup>. Gizli tanıklık, tanığın kimliğinin saklı tutulmasının yanı sıra duruşmada hazır bulunması zorunlu olanların yokluğunda ses ve görüntüyü değiştirerek dinlenmeyi de zorunlu kılmaktadır<sup>15</sup>. Son dönemde kamuoyunu yoğun bir şekilde meşgul eden gizli tanık kurumu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 58. maddesinde düzenlenmiştir<sup>16</sup>. 58. maddenin 5. fıkrası uyarınca gizli tanıklık, sadece suç örgütlerinin faaliyeti çerçeve-

<sup>10</sup> **Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 553.

<sup>11</sup> **Pınarcı**, Mustafa/**Çevik**, Kürşat: “Tanık Koruma Mevzuatı ve Uygulamalarının Suç Soruşturması Bakımından Değerlendirilmesi”, EÜHFHD, C. XVIII, S. 1-2, 2014, s. 102.

<sup>12</sup> **Gürol**, s. 45.

<sup>13</sup> **Costigan/Thomas**, 328.

<sup>14</sup> **Tatar**, Erol: “Gizli Tanık”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2013, s. 285.

<sup>15</sup> **Pınarcı/Çevik**, s. 108.

<sup>16</sup> “(2) Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir. (3) Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır.”

sinde işlenen suçlara ilişkin olarak başvurulabilecek istisnai bir müessesesidir. Dolayısıyla gizli tanıklık düzenlemesinin, Türk Ceza Kanunu'nun “*suç işlemek amacıyla örgüt kurma*” başlıklı 220. maddesiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Tanığın korunmasına ilişkin ayrıntılar ise 2008 yılında yürürlüğe giren 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nda (TKK) yer almıştır. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşabilmek için tanığın kimliğinin gizlenmemesi ve duruşma evresinde savunmanın bulunduğu ortamda beyanda bulunması, adil yargılama ilkesinin bir gereğidir<sup>17</sup>. Kanun koyucu gizli tanık müessesesi ile maddi gerçeğe ulaşmak adına, adil yargılama ilkesinin ihlali riskini göze almaktadır.

Bu çalışmamızda, gizli tanık kurumu ile ilgili olarak bütün detaylara değinmemiz elbette mümkün olamayacaktır. Nitekim gizli tanıklık bir makalenin kapsamını oldukça aşan bir konudur. Ancak özellikle adil yargılanma hakkı bağlamında gizli tanıklık ve gizli tanık beyanının hükme alınması konuları üzerinde titizlikle duracağız. Ülkemizde halen üzerinde ciddi tartışmalar bulunan gizli tanıklık ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatlarının yol gösterici olduğunu düşündüğümüzden çalışmamızda bu kararlara da yer vereceğiz.

## I. TANIĞIN GİZLİ DİNLENMESİ

### A. AİHM Kararlarında Gizli Tanık

Tanığı ve yakınlarını koruma ihtiyacı; tanığın ceza yargılamasında yer alan kişiler arasında en geri sırada yer alması, bir muhakeme süjesi değil ispat vasıtası olması, tanıklığın zahmetli bir kamu görevi olması ve tehlike arz etmesi sebeplerine dayanır. Bu tehlikenin bertaraf edilmesi için üç kademeli bir tedbir süreci tatbik edilebilir. Bu kapsamda tanık, tanıklıktan önce ve sonra koruma altına alınabileceği gibi yargıma esnasında gizli de dinlenebilir<sup>18</sup>. AİHM, gizli tanıklık meselesini *Kostovski/Hollanda*<sup>19</sup> başvurusunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6/3-d maddesi kapsamında ele almıştır. Mahkeme, konuya ilişkin vermiş olduğu kararlarda<sup>20</sup> ağır suçlar için gizli tanık kullanımına izin vermektedir.

<sup>17</sup> Şen, Ersan: “Gizli Tanık”, Nevşehir Barosu Dergisi, Yıl 1, S. 1, 2014, s. 274.

<sup>18</sup> Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 2, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 54.

<sup>19</sup> *Kostovski/The Netherlands*, Appl. No: 11454/85, 20.11.1989.

<sup>20</sup> *Lüdi/Switzerland*, Appl. No: 12433/86, 15.06.1992; *Saïdi/France*, Appl. No: 14647/89, 20.09.1993.

AİHM, *Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık*<sup>21</sup> davasında, hükmü belirleyici bir tanığın aleni sorgulamanın her zaman mümkün olamayacağına ancak bu tanığın ifadesinin güvenilirliğini başka yollarla da test etmenin mümkün olabileceğine karar vermiştir. İkinci olarak AİHM, *Ellis, Simms ve Martin/Birleşik Krallık*<sup>22</sup> davasında verdiği karar ile bir mahkumiyetin yalnızca veya belirleyici bir ölçüde, gizli tanık ifadelerine dayandırılmasına olanak tanımıştır. Ancak bu durumda gizli tanık ifadesinin güvenilirliğinin adil bir şekilde değerlendirilmesi ve tarafların arasında eşitlik sağlayacak yeterli unsurların mevcut olup olmadığının incelenmesi yerel mahkemenin görevidir. AİHM'nin bu kararı uyarınca, gizli tanığın ifadesine temkinli yaklaşılmalı ve bu ifadeyi destekler başka deliller samimiyetle aranmalıdır. Ayrıca savunma makamı, gizli tanık ifadesini etkin bir şekilde sorgulayabilmelidir. Bu iki karar ile birlikte gizli tanık ifadelerine, o güne kadar mevcut olmayan özel bir önem atfedilmiştir<sup>23</sup>.

AİHM *Schatschaschwili/Almanya* davasında, konuya ilişkin mevcut tutumunu değiştirerek tanığın korunmasına yönelik tedbirlerin ancak zorunluluk halinde uygulanması ve sanığın haklarını en az sınırlandıracak tedbirin seçilmesi gerektiğini belirtmiştir. Gizli tanık uygulaması için tanığın hazır bulunmamasını gerektiren haklı bir sebebin varlığının yanı sıra bu delilin tek ve belirleyici nitelikte olmaması gerekir. Tüm bu şartların gerçekleşmesinden sonra savunmaya aleyhte durumunu telafi edici usuli güvenceler de verilmelidir<sup>24</sup>. Kararda, duruşmaya gelmeyen ve savunma tarafından sınanmayan tanığın beyanına ihtiyatla yaklaşmanın adil yargılanma hakkı bağlamında önemli bir güvence teşkil ettiği belirtilmektedir<sup>25</sup>. Bu noktada, AİHM içtihatları ile tanığın korunmasına yönelik tedbirleri düzenleyen ulusal mevzuatın sonraki bölümde izah edildiği üzere birbiriyle uyumlu olduğu ifade edilebilir<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> *Al-khawaja and Tahery/The United Kingdom*, Appl. No: 26766/05 and 22228/06, 15.11.2011.

<sup>22</sup> *Ellis, Simms and Martin/United Kingdom*, Appl. No: 46099/06 and 46699/06, 12.04.2012.

<sup>23</sup> **De Wilde**, Bas: "A Fundamental Review of the ECtHR Right to Examine Witnesses in Criminal Cases", *International Journal of Evidence and Proof*, 17(2), 2012, p. 157.

<sup>24</sup> *Schatschaschwili/Germany*, Appl. No: 9154/10, 15.12.2015.

<sup>25</sup> Benzer şekilde, *Gani/Spain*, Appl. No: 61800/08, 13.02.2013.

<sup>26</sup> **Erden**, Tütüncü, E.: "Schatschaschwili Almanya'ya Karşı Kararı Işığında Sanığın İddia Tanıklarına Doğrudan Soru Sorma Hakkı", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 2016, s. 767- 777.

Yukarıdaki kararları ışığında AİHM'nin bir ceza yargılaması kapsamında, tehlikede olan tanıkların korunmasının bedeli olarak savunmanın hakkının kısıtlanabileceğini benimsediğini<sup>27</sup>; delillerin açık bir şekilde ortaya konulması hakkını mutlak bir hak olarak görmediğini söyleyebiliriz. AİHM, sanığın hakları ile tanığı koruma gibi bazı üstün menfaatlerin yarışabileceğini ancak savunma hakkının sınırlandırılmasının mutlak bir zorunluluk halinde meşru olabileceğini kabul etmektedir. Organize suçluluk, terör suçları karşısında klasik ceza muhakemesi tedbirlerinin yetersizliği bir mutlak zorunluluk hali teşkil eder. Esasında Mahkeme, gizli tanık beyanın delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı meselesinden ziyade; yargılamanın bütününe adil ve hukuka uygun icra edilip edilmediğine odaklanmaktadır<sup>28</sup>.

### B. Türk Hukukunda Gizli Tanık Dinlenmesinin Koşulları

Ceza muhakemesinde tanıkların korunması konusu bünyesinde ciddi sorunlar barındırmaktadır. Özellikle suç örgütlerinin korkutucu gücünden endişe eden kişiler, tanıklık yapmaktan çekinmekte veya gerçeğe aykırı beyanda bulunmaktadırlar. Bu zaten temini güç olan tanık beyanı hususunda meseleyi iyice içinden çıkılmaz bir duruma sürüklemektedir. Tanığın korunması ceza muhakemesinde halen çözüm bekleyen alanlardan biridir<sup>29</sup>. Tehlikeye maruz kalan tanığın korunması için hem 5237 sayılı CMK'da hem de 5726 sayılı TKK'da<sup>30</sup> düzenlemeler yer almaktadır. Ancak CMK, konuya

<sup>27</sup> **Kızılkaya**, Ezgi: “Adil Yargılanma Hakkı Işığında Gizli (Ulaşılamayan, Anonim) Tanık”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 4, S. 30, 2009, s. 61.

<sup>28</sup> **Duman**, Barış: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Ceza Yargılamasında Gizli Tanık Uygulamasına Bakış Açısı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 7, S. 7, 2012, s. 73.

<sup>29</sup> **Şentürk**, Candide/**Bayzit**, Tuğba: “Gizli Tanık”, TBB Dergisi, S. 101, 2012, s. 103.

<sup>30</sup> “Tanık koruma tedbirleri MADDE 5 – (1) Bu Kanun kapsamında bulunanlar hakkında uygulanabilecek tanık koruma tedbirleri şunlardır: a) Kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi. b) Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi. c) Tutuklu veya hükümlü olanların durumlarına uygun ceza infaz kurumu ve tutukevlerine yerleştirilmesi. ç) Fizikî koruma sağlanması. d) Kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi: 1) Adli sicil, askerlik, vergi, nüfus, sosyal güvenlik ve benzeri bilgi ve kayıtlarının değiştirilmesi ve düzenlenmesi. 2) Nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, evlilik cüzdanı, diploma ve her türlü ruhsat gibi resmi belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi. 3) Taşınır ve taşınmaz mal varlığıyla ilgili haklarını kullanmasına yönelik işlemlerin yapılması. e) Geçici olarak geçimini sağlama amacıyla maddî yardımında bulunulması. f) Çalışan kişinin iş yerinin ya da iş alanının değiştirilmesi veya öğrenim görenin devam etmekte olduğu her türlü eğitim ve öğretim kurumunun değiştirilmesi. g) Yurt içinde başka bir yerleşim biriminde yaşamasının sağlanması. ğ) Ulus-

ilişkin son derece genel belirlemeler yapmış; ağır tehlikenin ne olabileceği, alınması gereken tedbirlerin neler olabileceği hususları netleştirilmemiştir<sup>31</sup>. CMK m. 58’de kimliğin gizli tutulmasına yönelik önlemlerin neler olduğu açık olmamasına rağmen, ifadeden önce kimliğine ilişkin bilgi vermeme (CMK m. 58/2) ve iddianamede tanığın kimliğini açığa çıkarabilecek hallere ilişkin açıklamaya yer vermeme (CMK m. 170/3) bu hallere örnek verilebilir<sup>32</sup>.

Ceza muhakemesinde esas olan, tanığın kimliğini gizlemeden duruşmaya katılması ve bildiklerini beyan etmesidir. Bu suretle duruşmanın ahenkliği ilkesi ihlal edilmemiş ve sanığın hakları korunmuş olur. Ancak suç örgütlerinin faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarda, tanığın kimliğini gizlemeden tanıklık yapması can güvenliğini tehlikeye düşürebilir. Bu tehlikeyi bertaraf etmek isteyen kanun koyucu CMK m. 58’de gizli tanıklık kurumunu düzenlemiştir<sup>33</sup>. CMK m. 58 f. 2’ye göre, tanık olarak dinlenecek kişinin kimliğinin ortaya çıkması kendisi veya yakınları bakımından ağır bir tehlike meydana getirecekse, tanığın kimliği gizli tutulabilir. Madde tehlikenin ağır olmasını aramıştır. Ağır tehlike bizzat tanığa yönelik olabileceği gibi herhangi bir yakınına da yönelik olabilir<sup>34</sup>. TKK’nın amaç ve kapsamını düzenleyen 1. maddesinde de<sup>35</sup> bu husus açıkça düzenlenmekte, tanığın koruma kapsamına alınabilmesi için ağır ve ciddi tehlikenin tanığın veya kanunda belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığına yönelik olması aranmaktadır.

CMK m. 58, f. 5’de, tanık koruma tedbirine sadece “suç örgütlerinin faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarda” başvurulabileceği belirtilmişken, TKK daha fazla suç açısından bu tedbire başvurulabileceğini belirtmiştir. TKK m. 3’e göre: “a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müeb-

---

*lararası anlaşmalara ve karşılıklılık ilkesine uygun şekilde, geçici olarak başka bir ülkede yerleştirilmesinin sağlanması. h) Fizyolojik görünümün estetik cerrahi yoluyla veya estetik cerrahi gerektirmeksizin değiştirilmesi ve buna uygun kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesi.”*

<sup>31</sup> Yazıcı, Samet: “Tanık Koruma”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 61, 2011, s. 31.

<sup>32</sup> Öztürk/Tezcan/Erдем/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü/Villemin/Tok, s. 325.

<sup>33</sup> Şen, s. 273.

<sup>34</sup> Turhan, Faruk: Tanıkların Korunması, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 97.

<sup>35</sup> “**MADDE 1 – (1)** Bu Kanunun amacı, ceza muhakemesinde tanıklık görevi sebebiyle, kendilerinin veya bu Kanunda belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunmaları zorunlu olan kişilerin korunması amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.”



bet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar.

b) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar” bakımından içerisinde gizli tanık uygulaması da olan tanık koruma tedbirlerine başvurulabilir. Görüldüğü üzere, CMK ile TTK arasındaki gizli tanık tedbirinin uygulanabileceği suç tipleri arasında farklılıklar mevcuttur. Bu durumda hangi yasal düzenlemenin uygulanacağı sorunu ortaya çıkar. CMK’ya göre özel ve yeni tarihli olduğundan, TTK’da belirtilen suçlar kapsamında gizli tanık uygulamasına gidilmelidir.

Tanık koruma tedbiri kapsamına alınarak kimliği gizlenecek kişiler TTK’nın 4. maddesinde<sup>36</sup> sayılmıştır. TTK m. 22, f. 1’e göre<sup>37</sup> korunması gereken tanıklar suçun tanığı olabileceği gibi, o suçun aydınlatılması sürecinde görev alan kişiler de olabilir. Bu kapsamda, istihbarat görevlileri, kolluk amir ve memurları, gizli soruşturmacı, muhbir ve yakınları tanık koruma kapsamına alınabilir. Yukarıda izah ettiğimiz üzere tanık koruma tedbirlerinden bir tanesi de gizli tanık kurumudur.

2017 yılında yapılan düzenlemeden önce gizli soruşturmacı, can güvenliğinin temin amacıyla çok zorunlu olmadıkça tanık olarak dinlenmiyordu. Ancak 2017 yılında CMK m. 193, f. 3’e: “Soruşturmacı, kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenmesinin zorunlu olması halinde, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenir. Bu durumda 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 9 uncu maddesi hükmü kıyasen uygulanır.”

<sup>36</sup> “Tanık koruma tedbiri kapsamına alınacak kişiler

**MADDE 4 – (1)** Bu Kanun hükümlerine göre haklarında tanık koruma tedbiri uygulanabilecek kişiler şunlardır: a) Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 236 ncı maddesine göre tanık olarak dinlenen suç mağdurları. b) (a) bendi hükümlerine göre dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, ikinci derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler.”

<sup>37</sup> “Tanık koruma biriminde görev yapanlar, diğer görevliler, suçun aydınlatılmasında yardımcı olanlar ve yakınlarının korunması

**MADDE 22 – (1)** Tanık koruma biriminde görev yapan personel, bu Kanun kapsamına giren suçlara ait istihbaratta, soruşturmada veya kovuşturmada görev alan kolluk amir ve memurları ile diğer kamu görevlileri, bu suçlarda kullanılan gizli soruşturmacı, bu Kanun kapsamına giren suçların ortaya çıkartılmasında yardımcı olan muhbirler ile bunların yakınları hakkında bu Kanun hükümleri uygulanır.”

düzenlemesi eklenmiştir. Bu düzenleme ile gizli soruşturmacının, gizli tanık olarak dinlenmesine ilişkin tereddüt ortadan kalkmıştır<sup>38</sup>.

Yukarıda ifade edilen gizli tanıklık şartlarının gerçekleştiğine ilişkin detaylı bir açıklamanın, duruşma tutanağına ve gerekçeli karara yazılması gerekir. Genellikle mevzuatın tekrarı şeklinde kullanılan basmakalıp ifadeler yeterli değildir<sup>39</sup>. Sanığın adil yargılanma hakkına müdahale niteliği taşıyan tanık koruma tedbirlerine ölçülülük ilkesine riayet edilerek başvurulmalıdır. Nitekim TTK m. 5, f. 2’de tedbirlerden bir veya birkaçının aynı anda uygulanabileceği, bununla birlikte aynı sonuç daha hafif bir tedbir ile elde edilebiliyorsa daha hafif olanın uygulanması gerektiği ifade edilmiştir<sup>40</sup>. Kanaatimizce de “delillerin doğrudan doğrualığı” ilkesini ve “silahların eşitliği” ilkesini sanık aleyhine bozan gizli tanık uygulaması, tanığı korumak adına başvurulması gereken en son çare olmalıdır.

### **C. Gizli Tanık Dinlenmesinin Usulü**

Gizli tanığın dinlenmesine ilişkin usul kuralları CMK m. 58 ile TTK m. 9’da düzenlenmiştir. CMK m. 58, f. 3’deki düzenlemeye göre: “*Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır.*”. TTK m. 9, f. 2’ye göre, “*Ceza Muhakemesi Kanununun 58 inci maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanmasına mahkemece karar verilmesi hâlinde, dinleme sırasında tanığın görüntü veya sesi değiştirilerek tanınması engellenebilir.*”.

Mevzuatta yer alan düzenlemelerden hareketle gizli tanığın iki farklı usul ile dinlenebileceğini söyleyebiliriz. Bunlardan birincisi gizli tanığın “yüz yüze” dinlenilmesidir. Bu yöntem uygulandığında hakim, tanığın olayı anlatış şekline, beyanı esnasındaki hareketlerine, psikolojik durumuna, mimiklerine bakabilir. Ancak tanığın kimlik bilgileri gizli tutulur. Gizli tanığın ikinci dinlenme usulü ise “gizli” dinlenilmesidir. Bu usulde tanık, duruşmada hazır bulunması gerekenler olmadan dinlenir. Bir başka deyişle tanık, taraflardan gizlenir. Bu ya tanığın duruşma salonunda bulunmamasıyla ya da

<sup>38</sup> **Aydın**, Devrim: “Adil Yargılanma İlkeleri Açısından Türk Ceza Yargılamasında Gizli Tanıklık Kurumu”, YBHD, C. 2, 2021, s. 21-22.

<sup>39</sup> **Şen**, Ersan: “ Hazır olmayan Tanığın İfadesiyle Mahkumiyet ve Delillerin İspat Gücü”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 114, 2016, s. 105.

<sup>40</sup> **Yaşar**, s. 19.

bulunup yüzü gizlenip sesi değiştirilerek tanıklık yapmasıyla sağlanır (TKK m. 5/1-b)<sup>41</sup>.

Tanık özel bir ortamda bulunup ses ve görüntü aktarımı suretiyle tanıklık yaptığında, kimliğinin gizli kalması için sesinin ve görüntüsünün elektronik aletler ile değiştirilmesi gerekir. Ses ve görüntü aktaran sistem ancak iki yönlü kapalı devre bir sistem olabilir. Zira TTK m. 9 uyarınca duruşmaya katılanların soru sorma hakkı saklı tutulmaktadır. Ses ve görüntü aktarımı sırasında hakim, tanığın yanında mı bulunacağı yoksa başka bir odada mı bulunacağı konusu mevzuatta açık düzenlenmemiştir. Doktrindeki bir görüşe göre hakim, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlarla birlikte kalabilir ve tanığın ifadesini ses ve görüntü nakli suretiyle alabilir<sup>42</sup>. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Zira CMK m. 58, f. 3'de ses ve görüntü aktarımı esnasında hakim tanığın yanında bulunacağına ilişkin açık bir ifade bulunmamaktadır. İlave olarak tanığın ses ve görüntü nakli suretiyle verdiği ifade, mutlaka elektronik ortamda kayıt altına alınıp saklanmalıdır.

TTK m. 9, f. 5 uyarınca, gizli tanığa soru sorma imkanının duruşmaya katılanlara verilmesi ile çelişmeli bir duruşmanın sağlanması amaçlanmıştır. Ancak tanığın kimliği bilinmeden, gerçek anlamda çelişmeli bir duruşmanın varlığından söz edemeyiz. Zira tanığın gizli dinlenmesi her durumda savunma açısından dezavantajlı bir ortam oluşturur. Bu olumsuzluğu engellemenin tek yolu, gizli tanık ifadesinin hükme esas alınmamasıdır<sup>43</sup>.

Gizli dinlemenin ikinci türü olan sanığın duruşmada hazır bulunması durumunda ise, görüntüsünün makyaj, peruk, geniş güneş gözlüğü, maske, özel kabin gibi araçlar ile değiştirilmesi suretiyle tanığın gizliliği sağlanabilir<sup>44</sup>. TTK m. 9, f. 3, bu konuda hakime geniş bir takdir yetkisi vermiştir. Hakim, tanığın kimliğinin ortaya çıkmaması için kullanılacak usulü serbestçe tayin eder.

Gizli tanığın ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi, onun sorulara verdiği tepkinin anlaşılmasını engellediği için savunma hakkının kısıtlanmasına yol açabilir. Nitekim AİHM, *Van Mechelen/Hollanda* kararında<sup>45</sup>, savunma tarafı ile tanığın iki ayrı odaya konularak

<sup>41</sup> Tatar, s. 288 vd.

<sup>42</sup> **Değirmenci**, Olgun: “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, TBB Dergisi, S. 83, 2009, s. 101.

<sup>43</sup> **Taner**, F. Gökçen: Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 448.

<sup>44</sup> **Yazıcı**, s. 33.

<sup>45</sup> *Van Mechelen and others/The Netherlands*, Appl. No: 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93, 23.04.1997.

aralarında sesli iletişim bağlantısının sağlanmasını, adil yargılanma hakkının tesisi için yeterli kabul etmemiştir<sup>46</sup>. Mahkeme vermiş olduğu bu kararla, tanığın kendisine yöneltilen sorulara vermiş olduğu tepkiler ile bunun savunma makamınca görülmesi arasında, adil yargılanma bakımından bir bağ kurmuştur

Tanığın, kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması tedbirine başvurma konusunda takdir yetkisi muhakemenin hangi evrede olduğuna göre değişiklik gösterir. Bu yetki soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısına, kovuşturma evresinde ise hakime aittir. Hakim ve Cumhuriyet savcısı yapacağı değerlendirme neticesinde tanığa yönelik ciddi ve ağır bir tehlikenin bulunduğunu tespit ederlerse kimlik ve adres bilgileri gizli olarak tanığı dinlerler. Bu yöndeki karar re'sen verilebileceği gibi istem üzerine de verilebilir. Gizli tanık tedbirine başvurulmasıyla birlikte tanığa bir kod ismi verilecek ve o andan itibaren yapılan tüm yargılamalarda bu isim kullanılacaktır. Hakim gizli dinlenen tanığın kimliğini ortaya çıkartacak nitelikteki sorulardan özenle kaçınmalıdır<sup>47</sup>. Tanığın gerçek adresinin resmi yazışmalarda kullanılması, tanığın kimliğini ortaya çıkarma riskini barındırdığından tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmelidir. Nitekim TTK m. 5/a'ya göre: “*kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi*”, tanık koruma tedbirlerinin arasında sayılmıştır.

## II. ADİL YARGILANMA HAKKI BAĞLAMINDA GİZLİ TANIKLIK

### A. Genel Olarak

Adil yargılanma hakkı genel olarak davanın tarafsız ve bağımsız bir mahkeme önünde makul sürede, kamuya açık bir şekilde görülüp hakkaniyete uygun bir kararın verilmesini ifade eder. AİHM'nin yerleşik içtihatlarından hareketle, adil yargılanma hakkının birbiriyle bağlantılı üç unsurunun olduğunu söyleyebiliriz. Bunlar: çelişmeli yargılama, silahların eşitliği ve savunmaya etkin katılım imkanının verilmesidir. Çelişmeli yargılamanın esas özelliği, delillerin mahkeme huzurunda ortaya konulup tartışılmasıdır. Silahların eşitliği ise kamu gücünü kullanan iddia makamı karşısında şüphelinin/sanığın dezavantajlı bir duruma düşürülmemesidir. Savunmaya etkin katılım ise savunma makamının hükmün oluşmasında etkili olabilmesini

---

<sup>46</sup> Centel, Nur/Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2022, s. 300.

<sup>47</sup> Turgut, s. 259.

ifade eder. Savunmaya etkin katılımında en önemli hukuki araç duruşmanın sözlülüğüdür<sup>48</sup>. Her ne kadar tanığın korunmasıyla ilgili olarak CMK m. 58'deki düzenlemeye ihtiyaç duyulsa da gizli tanık müessesesinin adil yargılanma hakkını ihlal etme riski bulunmaktadır. Adil yargılanma hakkı, AİHS'nin 6., 1982 T.C. Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenmiştir. AİHS 6. maddede adil yargılanma hakkının birçok gereği sayılmakla birlikte 3-d bendi inceleme konumuz açısından özel bir öneme sahiptir. Bu düzenlemeye göre: “*Bir suç ile itham edilen herkes...iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek*” hakkına sahiptir. AİHS m. 6/3-d'deki bu düzenleme, adil yargılanma hakkını sağlayabilmek için varlığı şart olan, çelişmeli yargılama, silahların eşitliği ve savunmaya etkin katılım imkanının verilmesi ilkelerinin bir gereğidir.

AİHM içtihatlarına göre çelişmeli yargılama hakkı, taraflara, diğer tarafın sunduğu görüşler veya ileri sürülen kanıtlar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma fırsatı anlamına gelir<sup>49</sup>. Adil yargılanma hakkını sağlamaya yönelik çelişmeli yargılama ilkesi, sanığın suçluluğunun belirlenmesinde göz önüne alınacak tanık beyanı da dahil tüm delillerin mahkeme ve sanığın huzurunda ortaya konularak tartışılmasını gerektirir. Tanığın, sanığın huzurunda beyanda bulunması ve sanığa da tanığı sına imkânının verilmesi etkili savunma yapabilmek için varlığı gerekli olan hususlardır. Ancak tanığın duruşmada sanığın huzurunda beyanda bulunması ve sanığa tanığı sına imkânı verilmesi mutlak bir hak veya ilke teşkil etmemektedir<sup>50</sup>. AİHM'ye göre delilin kaynağı ve hükme esas alınması hususunda takdir yetkisi ulusal mahkemeye aittir. Bununla birlikte tanığın kimliğinin gizli tutulması için tanığın tehdit altında bulunması vazgeçilmez bir şarttır. Bu noktada ulusal mahkemeler sanığın, tanığın kimliğini öğrenme ile tanığın güvenliği arasında adil bir denge kurmak zorundadır. Bu şartın tesisi halinde AİHM gizli tanık tedbirine karşı değildir<sup>51</sup>.

Tehdit altındaki tanıklar ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşma ilkesi ile adil yargılanma ilkesini karşı karşıya getirir. Bu ilkeler yanında

<sup>48</sup> Arslan, Mehmet, “Sanığın İddia Tanığını Sınama Hakkı Özellikle Tehlike Altındaki Gizli Tanık Meselesi”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 816.

<sup>49</sup> Ruiz-Mateos/Spain, Appl. No: 12952/87, 23.06.1993, §.63. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57838%22%5D%7D> (E.T. 05.05.2022).

<sup>50</sup> Arslan, s. 817.

<sup>51</sup> Şentürk/Bayzit, s. 154.

tanığın menfaatinin de korunması gerekir. İşte bu süreçte dengeyi sağlamak amacıyla, ceza yargılamasında bazı tedbirler alınabilir<sup>52</sup>. Bu tedbirler, kimliğin gizlenmesi, değiştirilmesi veya kişinin tanıklık yükümlülüğünden kurtarılması biçiminde olabilir<sup>53</sup>. Avrupa içtihat hukukunda geliştirilen tanık kavramını tanımlayan Strazburg Mahkemesi, savunma haklarına yönelik büyük önyargı nedeniyle, özellikle gizli tanıkların kullanılmasına odaklanmıştır. AİHM içtihatları uyarınca “gizli tanık”, gerçek kimliği sanığa ve avukatına açıklanmayan kişilerdir<sup>54</sup>. AİHM, 1996 tarihli *Doorson/Hollanda*<sup>55</sup> kararında, tanıkların sanıkların kendilerine misilleme yapmalarından çekinmeleri nedeniyle gizli tanıklık yapmalarının kabul edilebilir bir durum olduğunu tespit etmiştir. Kişinin yaşamının tehlikede olması kadar özgürlüğünün de tehlikede olması gizli tanıklık için haklı bir nedendir<sup>56</sup>. AİHM, *Al khawaja ve Tehery*/Birleşik Krallık davasında<sup>57</sup>, dengeleyici usul kullanılmasına rağmen, gizli tanık ifadesinin tek ve belirleyici delil olamayacağını belirtmiştir. Mahkemenin bu tespitinin altında yatan, savunmanın tanığın güvenilirliğini sorgulama imkanının kısıtlanmış olmasıdır<sup>58</sup>. Benzer şekilde AİHM, konuya ilişkin verdiği bir diğer kararda<sup>59</sup>, ilk derece ve kanun yolu mahkemelerinin,

<sup>52</sup> **Turgut**, s. 291.

<sup>53</sup> **Öztürk/Tezcan/Erдем/Gezer/Kırıt/Özaydın/Akcan/Tütüncü/Villemin/Tok** s. 325.

<sup>54</sup> **Lonati**, Simone: “Anonymous Witness Evidence Before the European Court of Human Rights: Is It Still Possible to Speak of “Fair Trial”?”, *European Criminal Law Review*, Vol. 8, 1/2018, p. 121.

<sup>55</sup> *Doorson/The Netherlands*, Appl. No: 20524/92, 26.03.1996.

<sup>56</sup> **Sevük**, Handan Yokuş: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Gizli Tanıklık”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, S. 1, 2010, s. 617-618.

<sup>57</sup> “...gizli tanığın mahkeme önünde sözlü ifade vermek için çağrıldığı yargılamaların adillğine ilişkin yapılacak değerlendirmede Mahkemenin öncelikle tanığın kimliğinin gizli tutulması için iyi bir sebep bulunup bulunmadığını incelemesi gerekmektedir. İkincil olarak Mahkeme, gizli tanık tarafından verilen ifadenin mahkûmiyet kararı verilirken tek ya da belirleyici delil olup olmadığını değerlendirmelidir. Üçüncül olarak mahkûmiyet kararı verilirken gizli tanıkların ifadelerinin tek ya da belirleyici delil olarak kullanıldığı ya da bu karara ciddi etkilerinin bulunduğu durumlarda Mahkemenin yargılamalara ilişkin kapsamlı bir inceleme yapması gerekmektedir. Bu kapsamda Mahkeme, söz konusu delilin güvenilirliğinin adil ve düzgün bir şekilde değerlendirilmesine izin veren güçlü usuli güvencelerin mevcut olması dâhil olmak üzere yeterli dengeleyici unsurların bulunduğuna ikna olmalıdır.” *Al-khawaja and Tahery/The United Kingdom*, Appl. No: 26766/05 and 22228/06, 15.11.2011. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22002-262%22>}, (E.T. 01.12.2022).

<sup>58</sup> **İnceoğlu**, Sibel: *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4*, 1 Baskı, Ankara 2018, s. 350.

<sup>59</sup> *Balta and Demir/Turkey*, Appl. No. 48628/12, 23.06.2015.

yargılamanın her aşamasında tanığın gizliliğinin korunmasının sebeplerini ve tanığın savunma makamının yokluğunda dinlenilmesini haklı kılan sebepleri araştırmakla yükümlü olduğunu belirtmektedir.

AİHM'ye göre, kimliği gizli tanık beyanının adil yargılanma hakkını ihlal etmemek için belli şartlar altında kullanılması mümkündür. İlk olarak ceza yargılamasında bir tanığın kimliğinin tamamen gizli tutulabilmesi için öncelikle önemli ve yeterli bir sebep bulunmalıdır. AİHM içtihatlarında tanığın veya yakınının hayat, vücut bütünlüğü, özel hayat gibi çok önemli hukuki değerlerin tehlikeye düşmesi önemli ve yeterli bir neden olarak değerlendirilmektedir. İkinci olarak, iddia tanıklarına soru sormak veya sorgulamak hakkı zorunlu olarak gerekli olandan fazla sınırlanmamalıdır. Üçüncü olarak, kimliği tamamen gizlenen tanık ve ifadesinin sanığın mahkumiyetinde kullanılmasının savunma açısından ortaya çıkardığı zorluklar başka yargılama önlemleri ile dengelenmelidir. Son olarak mahkumiyet kararı, tek başına veya belirleyici ölçüde kimliği gizlenen tanık ifadesine dayandırılmamalıdır. Başka deliller ile bu hüküm desteklenmelidir<sup>60</sup>. Mahkeme tanık beyanının yanında yer alan ancak hüküm etkileme kapasitesi olmayan bazı emarelerin varlığı halinde dahi gizli tanık beyanının hükmün verilmesinde “bir dereceye kadar belirleyici bir şekilde” kullanıldığı gerekçesiyle ihlal kararı verebilmektedir. *Kostovski*/Hollanda kararında, silahların eşitliği ilkesinin gerçekleşebilmesi için sanığın, aleyhinde beyanda bulunan tanık ile yüz yüze gelmesini, bunun tanık açısından ciddi tehlike doğurduğu durumlarda ise müdafî aracılığıyla yazılı soru yöneltebilmesinin şart olduğunu ifade etmiştir<sup>61</sup>. Bu noktadan hareketle AİHM'nin suçun aydınlatılması ve failerin cezalandırılması suretiyle gerçekleşecek kamu yararına, adil yargılanma hakkını feda etmediğini söyleyebiliriz. Mahkeme esasında gizli tanık kurumuna karşı olmamakla birlikte adil yargılanma hakkının davada ihlal edilip edilmediğini son derece titiz bir şekilde incelemektedir.

Bu başlık altında değinmemiz gereken bir diğer konu da, sanığın iddia tanığını sınama hakkıdır. Kamusal bir makam olan iddia makamı karşısında silahların eşitliğinin sağlanabilmesi ve duruşmaya etkin katılımın tesisi için, sanığın kural olarak tüm tanıkları huzurunda sınama imkanına sahip olması gerekir. Ancak bu sanık açısından mutlak bir hak değildir. AİHM, *Al-Khawaja ve Tahery*/Birleşik Krallık davasında, sanığın iddia tanığını sınama hakkının, iddia tanığının sanığın baskılarından ve tehditlerinden korunması

<sup>60</sup> Ünver, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 266.

<sup>61</sup> **Gürol**, 50-51.

gayesiyle sınırlanabileceği belirtilmiştir. Ancak bunun için makul emarelerin varlığı şarttır. Mahkeme örgütlü suçlulukta gizli tanık için makul şartların oluştuğunu kabul etmektedir<sup>62</sup>. AİHM içtihatlarında, sanığın iddia tanığını sınama hakkını sınırlandıran başka sebeplere yer verilmiş olsa da çalışmamızın kapsamı dışında olduğundan bunlara değinmeyeceğiz.

Adil yargılanma ilkesinin önemli bir yönü, sanığın kendisine karşı sunulan delillere itiraz etme hakkıdır. Bir tanık gizli olarak ifade verdiğinde, bu hakkın uygunsuz bir şekilde ihlal edilmesi olasılığı vardır. Delillere itiraz hakkı mutlak olmamakla birlikte, bu temel hakkın ihlalini haklı gösterecek koşulları belirlemek kolay değildir<sup>63</sup>. Gizli tanık ile hakkında koruma kararı alınan tanık birbirinden farklıdır. Gizli tanık, TTK m.3/a'da belirtilen miktarlarda hapis cezasını gerektiren suçlarda ve bir suç örgütü faaliyeti kapsamında işlenen suçlarda kimliği gizlenmek suretiyle beyanı alınan tanıktır. Korunan tanık ise kimliği gizlensin veya gizlenmesin, tanıklığı nedeniyle ağır ve ciddi tehlike altında olan, bu nedenle de hakkında kolluk kuvvetlerince koruma kararı alınan kimsedir<sup>64</sup>.

## **B. Duruşmanın Aleniliği İlkesi Açısından Gizli Tanıklık**

Tarihsel süreç içerisinde baktığımızda duruşmaların kapalı yapılmasının insan hakları açısından korkunç sonuçlara neden olduğu görülmüştür. Bu nedenle özellikle aydınlanma çağından itibaren düşünürler, duruşmaların kamuya açık (aleni) yapılması fikrini savunmuşlardır<sup>65</sup>. Bu ilke uyarınca duruşmalar halka açık yapılır. Başka bir deyişle, duruşmanın tarafı olmayan bireyler herhangi bir menfaati olmasa dahi duruşma salonuna girerek duruşmayı izleyebilirler. Buradaki temel gaye duruşmada her şeyin hukuk kurallarına uygun yapılıp yapılmadığının muhakeme süjesi olmayan bireylerce denetlenme isteğidir.

Ceza muhakemesi soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki aşamaya ayrılır. Soruşturma evresi gizli iken kovuşturmanın duruşma evresi alenidir. Duruşmanın aleniliği ile kastedilen, muhakeme işlemlerinin muhakeme süjelerinin dışında kamuya açık bir şekilde yapılmasıdır. Bu sayede hazır bulunmak isteyenler, duruşma salonundaki muhakemeyi görebileceği gibi söylenen sözleri de işitebilir. Duruşmanın kamuya açık olması en başta

<sup>62</sup> Arslan, 818.

<sup>63</sup> Naudé, BC: "The Absolute Anonymity of a State Witness", OBITER, Vol. 32, No.1. 2011, p. 158.

<sup>64</sup> Tatar, s. 286.

<sup>65</sup> Şentürk/Bayzit, s. 129.



vatandaşlar açısından bir güvence teşkil eder. Zira hakimlerin yetkilerini kötüye kullanmamasının önündeki en ciddi engel duruşmanın aleni yapılmasıdır. Bunun içindir ki gizli adaletin en büyük adaletsizlik olduğu söylenmiştir. Gizlilik sanık için tehlike teşkil ettiği gibi hakim içinde tehlike teşkil eder. Gizlilik adaleti kaynağında zehirler. Buradan hareketle aleni yargılamanın demokratik hukuk devletin vazgeçilmezi olduğunu söyleyebiliriz<sup>66</sup>. AİHM’de vermiş olduğu kararlarda yargılamanın aleni yapılmasının demokratik bir toplumun en önemli gereklerinden biri olduğunu vurgulamaktadır<sup>67</sup>.

CMK m. 182, f. 1 uyarınca: “*Duruşma herkese açıktır.*”. Genel kural açık duruşma olmakla birlikte, CMK m. 182, f. 2’de genel kuralın istisnaları yani duruşmanın kapalı yapılmasına cevaz veren haller düzenlenmiştir. Konumuz bağlamında öncelikle şunu ifade edebiliriz ki, tanığın kimliğinin güvenlik gerekçesiyle gizli tutulmasına karar verildiği durumlarda, açık duruşma yapmak, tanığın tanınma riskini ortaya çıkarır. Bunun doğal sonucu olarak da tanığın ve yakınlarının güvenliği tehlikeye düşer. Bu güvenlik riski CMK m. 182, f. 2’de düzenlenen, “*kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâl*” kapsamında değerlendirilerek, gizli tanığın katıldığı oturumun kapalı yapılmasına karar verilebilir.

### C. Vasıtasızlık (Doğrudan Doğruluk) İlkesi Açısından Gizli Tanıklık

Ceza muhakemesine hakim olan önemli ilkelerden bir tanesi de vasıtasızlık ilkesidir. Bu ilke gereğince hakim doğrudan doğruya bir başka deyişle araya herhangi bir vasıta girmeden delillerle temas etmesi ve bu

<sup>66</sup> Artantaş, Günce: “Duruşmanın Aleniyeti İlkesi ve Sınırlandırılması”, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, S. 71 (1), 2022, s. 414-415.

<sup>67</sup> “*Yargılamanın aleni yapılması*”, tarafları, yargılamanın toplumun denetimi olmadan gizli olarak yürütülmesine karşı korur. Böylelikle mahkemelere güven de sağlanmış olur. Yargılamanın görünür ve aleni olarak yürütülmesi, demokratik bir toplumun temel ilkelerinden olan “*adil yargılama*”nın amacına ulaşmayı sağlar. Bununla birlikte madde 6 § 1’de sayılan hâllerde, mahkemeler önlerindeki davaların özel niteliklerini dikkate alarak bu “*ilkeyi ihmal*” edebilirler. Ancak bunun için davanın şartları, yargılamanın kısmen veya tamamen gizli yapılmasını kesin olarak gerektirmelidir. Diğer taraftan yargılamanın gizli yapılması için gerekli koşullar bulunsa bile, çok istisnai durumlar dışında, “*hukuk yargılamalarında*”, taraflara en azından yargılamanın aleni yapılmasını talep etme imkânının tanınması gerekir. Buna rağmen mahkeme davanın özel koşullarını dikkate alarak yargılamanın gizli yapılmasına karar verebilir.” (Martini/France, Appl. No: 58675/00, 12.04.2006, § 39-42). Çelik, Abdullah: Adil Yargılama Hakkı Rehberi, 1. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s. 144.

sayede vicdani kanaatinin oluşması gerekir<sup>68</sup>. Bu ilkenin doğal sonucu olarak tanık duruşma salonunda dinlenmeli, gerekli yüzleştirme yapılmalı ve duruşmanın tarafları tanığa soru sorabilmelidir. Bu sayede tanığın tavrı ve güvenilirliği mahkemece gözlenebileceği<sup>69</sup> gibi özellikle savunma makamına tanığın beyanını çürütebilme imkanı sağlanmış olur.

CMK'da doğrudan doğruyalık (vasitasızlık) ilkesi açıkça düzenlenmemekle beraber bu anlamı ihtiva eden dolaylı hükümler vardır. Örneğin: CMK m. 188'de yer alan hükme katılacak hakimlerin duruşmaya katılma zorunluluğu; CMK m. 190'da düzenlenen duruşmaya ara verilmeksizin bitirilme kuralı bu ilkeyi gerçekleştirmeye yönelik düzenlemelerdir<sup>70</sup>. Benzer şekilde CMK m. 217'de yer alan: "*Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir*" düzenlemesi ile CMK m. 210'da yer alan: "*Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez*" düzenlemeleri bu ilkeye vurgu yapmaktadır. Vasitasızlık, AİHS m. 6, f. 3-d'de düzenlenmiş ve bu düzenleme gereğince sanık: "*İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek*" hakkına sahiptir. Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere doğrudan doğruyalık (vasitasızlık) ilkesi gereğince tanık duruşma salonuna gelip tanıklığını burada bizzat yapmalıdır. Tanığın duruşma salonuna hiç gelmeden soruşturma evresindeki ifadesinin aynen okunulup geçilmesi bu ilkeye tezat teşkil eder.

Bir tanık koruma tedbiri olarak tanığın kimliği gizli tutularak, ses ve görüntü aktarımı suretiyle dinlenmesi, savunma bakımından bazı kısıtlamalar oluştursa da aynı durum hakim açısından söz konusu olmaz. Nitekim hakim her halükarda tanığın kimlik bilgilerine vakıftır. Ayrıca tanığı ya aynı ortamda ya da kameralar aracılığıyla doğrudan temas kurarak dinlemektedir<sup>71</sup>. Bu açıdan konu değerlendirildiğinde, gizli tanık uygulamasının doğrudan doğruyalık (vasitasızlık) ilkesine açıkça aykırı olmadığı söylenebilir.

<sup>68</sup> Yaşar, s. 25.

<sup>69</sup> İnceoğlu, s. 355.

<sup>70</sup> Şentürk/Bayzıt, s. 115.

<sup>71</sup> Gökçe, İsmail: Ceza Muhakemesindeki "Gizli Tanık" İfadelerinin Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Maltepe Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2012, s. 81.

### III. GİZLİ TANIK BEYANININ HÜKME ESAS ALINMASI

Gizli tanıklığı düzenleyen mevzuat, hem gizli tanığın dinlenmesinde kimliği açık dinlenen tanıktan farklı usuller getirmiş hem de tanığın güvenliğine tesise yönelik kimliği açık dinlenen tanık için uygulanmayan tedbirler öngörmüştür. Bu sınırlamalardan ötürü gizli tanık beyanının güvenilirliği zayıftır<sup>72</sup>. Tanığın kimlik bilgilerinin gizlenerek dinlenmesinin, savunma makamı açısından olumsuz bir durum oluşturacağı kesindir. Sanık her şeyden önce tanığı tanımadığı için onun inandırıcılığını sorgulama imkanından yoksun kalacaktır. Bir başka deyişle, tanığın kimlik bilgileri gizlenerek dinlenmesinin savunma açısından getirdiği en önemli olumsuzluk, kimliği bilinmeyen tanığın güvenilirliğini test etmenin zorluğudur<sup>73</sup>. Zira yalan söylemesini gerektiren bir sebebin var olup olmadığı tespit edilemez. Örneğin, gizli tanık belki de geçmişte yaşadığı bir olayın intikamını almak için tanıklık yapsa da kimliği bilinmediğinden bu durum ortaya çıkarılamayacaktır<sup>74</sup>. Bu gizlilik zırrı kötü niyetli tanığa daha da cesaret verecektir. Tanığın duruşma salonunda hazır edilmesi bu olumsuzluğu gidermez. Bu nedenle kimlik bilgileri gizli tutulan tanık ile kimliği bilinen tanığın ifadeleri aynı değerdedir<sup>75</sup>. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da AİHM ile uyumlu olarak gizli tanık beyanının tek başına hükme esas alınamayacağı şeklindedir<sup>76 77</sup>.

<sup>72</sup> Tatar, s. 290.

<sup>73</sup> "...Gizli tanık ve tanığın mahkemede bulunmamasına yönelik ortaya çıkan sorunlar aynı olmasa da kural olarak bu iki durum farklı değildir çünkü ikisi de savunma makamı için potansiyel bir dezavantaj teşkil etmektedir. Buradaki temel ilke ceza yargılamalarında davalının hakkındaki delillerle etkili bir şekilde itiraz etme fırsatının bulunması gerektirir. Bu ilke sadece bir davalının kendini suçlayan kimselerin doğruluklarına ve güvenilirliklerine itiraz edebilmesi için onların kimliği bilmesini gerektirmez aynı zamanda bu ilke tanığın ifade verdiği sırada ya da yargılamaların ilerleyen aşamalarında davalının huzurunda tanığın sözlü olarak sorguya çekilmesi yoluyla davalıya tanığın sunduğu delillerin doğruluğunu ve güvenilirliğini test etme fırsatının verilmesini gerektirmektedir..." Sarkizov and others/Bulgaria, Appl. No: 37981/06, 17.04.2012, § 55. [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22%22gizli%20tan%C4%B1k%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-210355%22\]}. \(E.T. 28.11.2022\)](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22%22gizli%20tan%C4%B1k%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-210355%22]}.)

<sup>74</sup> Turgut, s. 291.

<sup>75</sup> Turgut, s. 262.

<sup>76</sup> Yargıtay, 16. Ceza Dairesi 2016/3652 E., 2016/4784 K.: "haklarında beraat hükmü kurulan ... ve ...'in ise gizli tanık ...'in beyanını doğrulayan delil elde edilmesi halinde örgüt üyesi olup olmadığının değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi...". Benzer şekilde Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 2016/2525 E., 2016/5340 K.: "Yapılan yargılama sonunda toplanan deliller karar yerinde incelenip sanığın silahlı örgüt üyesi olma suçunun gizli tanık beyanı dışında kalan delillerle sübutu kabul, olay

Hukuk sistemimizde gizli tanık dinlenmesine ilişkin hükümlerin varlığı, her tanığın gizli dinlenebileceği anlamına gelmez. Zira tanığın kimliği açık dinlenmesi esas gizli dinlenmesi istisnadır. Yasal şartları taşımaksızın gizli tanık statüsüne alınanın beyanı elbette ki hükme esas teşkil etmeyecektir. Esasında yasal şartları taşımaksızın gizli tanık statüsüne alınanın beyanları usulsüz delil niteliğini taşır. Bunların hükme esas teşkil etmeyeceği hususunda zaten bir tereddüt bulunmamaktadır.

TTK m. 9, f. 7'e göre, içerisinde tanığın gizli dinlenmesi usulü de olan tanık koruma tedbirleri çerçevesinde verilen ifadeler, CMK hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir. Bu düzenlemenin adil yargılanma hakkı açısından oluşturduğu tehlikeyi bertaraf etmek için aynı maddenin 8. fıkrasında, gizli tanık beyanının tek başına hükme esas alınamayacağı; 10. fıkrasında ise bu madde hükümlerinin, savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamayacağı belirtilmiştir. Özellikle, mahkumiyet kararı ilave deliller sağlanmadıkça, sadece gizli tanık beyanına dayanılarak verilemez. Bu noktada dinlenen gizli tanık sayısının birden fazla olması durumu değiştirmez<sup>78</sup>.

## SONUÇ

Tanığın kimliğini gizlemek suretiyle beyanının alınması, can güvenliğini sağlamaya yönelik olduğu kadar yargılama sonucunda maddi gerçeğe ulaşmaya da hizmet eder. Zira ister terör amaçlı olsun ister çıkar amaçlı olsun organize yapıların işlediği suçlara ilişkin yargılamalarda, kimliği gizlenmeksizin tanıklık yapanların, korkularından gerçek dışı beyanda bulunabilmeleri ihtimal dahilindedir. Bu kapsamda tanığın yaşam hakkının devletçe korunması bir zorunluluk olsa da tanığın güvenliğinin tesisi noktasında adil yargılanma hakkından feragat etmemek gerekir. Bilakis tanığın korunması için kimliğinin gizli tutulması ile adil yargılanma hakkı arasında bir denge-

---

*niteliğine ve kovuşturma sonuçlarına uygun şekilde vasıfları tayin edilmiş, savunmaları inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, sanığın örgütteki konumu, faaliyetleri nazara alındığında cezanın alt sınırdan ayrılarak belirlenmesi orantılılık ilkesine uygun bulunduğundan incelenen dosyaya göre verilen hükümde bir isabetsizlik görülmemiş, sanık müdafinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle mahkumiyete dair hükmün onanmasına...*”. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (E. T. 22.06.2022).

<sup>77</sup> Yargıtay, 16. Ceza Dairesi 2018/367 E., 2018/2423 K.: “...Teknik araçlarla izleme kararı olmayan sanık hakkında başka delillerle desteklenmeyen gizli tanık beyanının hükme esas alınmayacağı nazara alınarak...”. **Aydın**, s. 16.

<sup>78</sup> **Tatar**, s. 291.

nin sağlanması gerekir. Tanığın kimliğinin gizlenmesi usulüne ancak zorunluluk halinde başvurulmalı ve süreç denetlenebilir olmalıdır.

Gizli tanıkların kullanıldığı durumlarda, savunma sadece strateji üzerindeki ciddi kısıtlamalar nedeniyle dezavantajlı değildir; aynı zamanda kimliği belirsiz, fiziksel olarak saklanan tanıkların ifadelerine ilişkin olarak da önyargılıdır. Gizli tanık, kimliği gizli tutulmayan tanıklardan farklı olarak duruşmada muhakeme süjelerinin sorularına muhatap olmaz. Bu durum gizli tanığa, yalan tanıklık yapsa bile işlediği suçun ortaya çıkmayacağına ilişkin bir güven verir. İşte bu noktada savunmanın, tanık gizli bile olsa beyanını yargılamanın her aşamasında sorgulayabilmesi gerekir. Bu yolla maddi gerçeğe ulaşma ile savunma hakkı arasında makul bir denge kurulmuş olur. Tanığın kimliğinin gizlenmesinin esas nedeni güvenlik kaygısıdır. Tanığın güvenliği tehlikeye atılmadan da savunmaya tanık beyanını sorgulama imkanı verilebilir. Tanık koruma programlarının etkin hale getirildiği bir ortamda gizli tanık dinleme ihtiyacı en az seviyeye inecektir. Tanığın gerçek anlamda korunduğu bir ortamda, savunma makamından saklanmasına gerek kalmayacaktır.

Gizli tanık kurumu bünyesinde çok ciddi sakıncalar barındırsa da toptan reddedilmemelidir. Elbette adil yargılanma hakkı önemli olmakla birlikte tanığın durumu gözetilmeli, tehditlerden korunmalıdır. Aksi takdirde kimliği açık yapılan tanıklığın gerçeği yansıtmayacağı açıktır. Gizli tanıklık kurumu tamamıyla adil yargılanma hakkına aykırı değildir. Yaşamsal bir tehdidin varlığı halinde tanığın kimliği gizli tutulabilse de sanığın mahkumiyeti sadece gizli tanık beyanına dayandırılmamalıdır. Zira AİHS m. 6, f. 3-d gereğince sanık iddia tanıklarının sorgulama veya sorgulatma hakkına sahiptir. Gizli tanık uygulamasında sanığın bu hakkı elinden önemli ölçüde alınmaktadır. O nedenle sanığın doğruluğunu teyit edemediği bir ifadeye dayanarak mahkumiyeti adil yargılanma hakkını ihlal eder. Benzer bir şekilde olayın tek tanığı varsa ve mahkumiyet hükmü bu tanığın beyanına dayandırılıyorsa, bu tanık duruşma salonunda dinlenmeli ve sanık tarafından da sorgulanabilmelidir.

## KAYNAKÇA

- Arslan**, Mehmet: “Sanığın İddia Tanığını Sınama Hakkı Özellikle Tehlike Altındaki Gizli Tanık Meselesi”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 813-860.
- Artantaş**, Günce: “Duruşmanın Aleniyeti İlkesi ve Sınırlandırılması”, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, S. 71 (1), 2022, s. 413-436.
- Aydın**, Devrim: “Adil Yargılanma İlkeleri Açısından Türk Ceza Yargılamasında Gizli Tanıklık Kurumu”, YBHD, C. 2, 2021, s. 1-38.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2022.
- Costigan**, Ruth/**Thomas**, Philip A.: “Anonymous Witnesses”, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 51, No. 2, 2020, p. 326-356.
- Çelik**, Abdullah: Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, 1. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014.
- De Wilde**, Bas : “A Fundamental Review of the ECtHR Right to Examine Witnesses in Criminal Cases”, International Journal of Evidence and Proof, 17(2), 2012, p. 157-182.
- Değirmenci**, Olgun: “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, TBB Dergisi, S. 83, 2009, s. 73-122.
- Dönmez**, Burcu: “AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması”, TBB Dergisi, S.127, 2016, s. 121-156.
- Duman**, Barış: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Ceza Yargılamasında Gizli Tanık Uygulamasına Bakış Açısı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 7, S. 7, 2012, s. 70-74.
- Erden**, Tütüncü, E.: “Schatschaschwili Almanya’ya Karşı Kararı Işığında Sanığın İddia Tanıklarına Doğrudan Soru Sorma Hakkı”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2016, s. 753-786.
- Gökçe**, İsmail: Ceza Muhakemesindeki “Gizli Tanık” İfadelerinin Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Maltepe Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2012.
- Gürol**, Candaş: “Tanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılanma Hakkı”, TBB Dergisi, S. 60, 2005, s. 44-53.

- İnceoğlu**, Sibel: Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4, 1 Baskı, Ankara 2018.
- Kızılkaya**, Ezgi: “Adil Yargılanma Hakkı Işığında Gizli (Ulaşılamayan, Anonim) Tanık”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 4, S. 30, 2009, s. 53-72.
- Kramer**, Karen: “Witness Protection as a Key Tool in Addressing Serious and Organized Crime”, 2016, [https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/GG4/Fourth\\_GGSeminar\\_P3-19.pdf](https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/GG4/Fourth_GGSeminar_P3-19.pdf), (E.T. 28.11.2022).
- Lonati**, Simone: “Anonymous Witness Evidence before the European Court of Human Rights: Is It Still Possible to Speak of “Fair Trial”?”, European Criminal Law Review, Vol. 8, 1/2018, p. 116-142.
- Naudé**, BC: “The Absolute Anonymity of a State Witness”, OBITER, Vol. 32, No.1. 2011, p. 158-170.
- Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, M. Ruhan/**Gezer**, Özge S./**Kırit**, Yasemin F. S./**Özaydın**, Özdem/**Akcan**, Esra A./**Tütüncü**, Efser E./**Villemin**, Derya A./**Tok**, Mehmet C.: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Pınarcı**, Mustafa/**Çevik**, Kürşat: “Tanık Koruma Mevzuatı ve Uygulamalarının Suç Soruşturması Bakımından Değerlendirilmesi”, EÜHFD, C. XVIII, S. 1-2, 2014, s. 99-125.
- Sevük**, Handan Yokuş: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Gizli Tanıklık”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, S.1, 2010, s. 615-624.
- Şahin**, Cumhur/**Göktürk**, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 2, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Şahin**, Cumhur: “Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2002, s. 156-189.
- Şen**, Ersan: “Gizli Tanık”, Nevşehir Barosu Dergisi, Yıl 1, S. 1, 2014, s. 273-283.
- Şen**, Ersan: “Hazır olmayan Tanığın İfadesiyle Mahkumiyet ve Delillerin İspat Gücü”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 114, 2016, s. 104-113.
- Şentürk**, Candide/**Bayzit**, Tuğba: “Gizli Tanık”, TBB Dergisi, S. 101, 2012, s. 103-166.
- Taner**, F. Gökçen: Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

- Tatar**, Erol: “Gizli Tanık”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2013, s. 283-296.
- Turgut**, Bayram: Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2010.
- Turhan**, Faruk: Tanıkların Korunması, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Yaşar**, Yusuf: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Tanıklık”, E- Akademi Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 133, 2013, s. 1-42. <http://www.e-akademi.org/makaleler/cezamuh.pdf>, (E.T. 21.06.2022).
- Yazıcı**, Samet: “Tanık Koruma”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 61, 2011, s. 28-41.
- Yenisey**, Feridun/**Nuhoglu**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

### **Elektronik Kaynaklar**

<https://hudoc.echr.coe.int>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>





## TÜRK TİCARET KANUNU KAPSAMINDA FAHİŞ FİYATLARLA MÜCADELE EDİLEBİLİR Mİ?

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1276261>

**Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Fatih ÖZKAN\***

### Öz

Türkiye'nin yakın dönemdeki en önemli sorunlarından birisi olan fahiş fiyatlarla mücadele, ilk kez haksız ticari uygulamalar kapsamında tüketici hukuku kurallarına başvurulmak suretiyle başlatılmıştır. Akabinde 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanunla birlikte "fahiş fiyat artışı", idari para cezası gerektiren bir fiil haline getirilmiş ve fahiş fiyat artışlarıyla mücadeleye yönelik her türlü tedbiri almak üzere "Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu" oluşturulmuştur. Fahiş fiyatlar her ne kadar en başta tüketicileri olumsuz etkilemekteyse de işletmelerin ve diğer gerçek veya tüzel kişilerin de fahiş fiyatlardan etkileneceği aşikârdır. Bununla birlikte, bugüne kadar fahiş fiyatlara 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ekseninde bir müdahalede ise bulunulmamıştır. Fahiş fiyatlara karşı verilen mücadele kapsamında Türk Ticaret Kanununun devreye girebilmesi halinde fahiş fiyatlara karşı tacirler ve tacir olmayan kişiler korunabileceği gibi, tüketicilere de mevcut düzenlemeler haricinde ek bir koruma sağlanması söz konusu olabilir. Bu makalede Türk Ticaret Kanunu kapsamında fahiş fiyatlarla mücadele edilip edilemeyeceği tartışılmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

*Fahiş fiyat, Fahiş fiyat artışı, Haksız ticari uygulamalar, Haksız rekabet, TTK m.1530/1*

\* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara (af.ozkan@hbv.edu.tr) ORCID: 0000-0003-2277-072X (Geliş Tarihi: 22.10.2022-Kabul Tarihi: 27.11.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

## IS IT POSSIBLE TO COMBAT UNFAIR PRICES UNDER THE TURKISH COMMERCIAL CODE?

*(Research Article)*

### **Abstract**

*Combating unfair prices, which is one of the most important problems of Turkey in recent times, first began with the implementation of consumer protection laws in the context of unfair commercial practices. Subsequently, the Act on the Mitigation of the Effects of the Covid-19 Pandemic on Economic and Social Life no: 7244 stipulated administrative fines for “price gouging”, while establishing the “Unfair Price Assessment Board” who is empowered to take any measures necessary to tackle price gouging. Although unfair prices affect consumers the most, evidently enterprises and other natural or legal persons are also effected by unfair prices. However, so far no action has been taken under the Turkish Commercial Code no: 6102 against price gouging. If the Turkish Commercial Code is to come into play in the fight against unfair prices, traders and individuals who are not considered as a consumer could be protected against unfair prices, which could also grant extra protection to consumers in addition to the existing laws. This article discusses whether the Turkish Commercial Code can be implemented to combat unfair prices.*

### **Keywords**

*Unfair price, Price gouging, Unfair commercial practices, Unfair competition, Turkish Commercial Code Art.1530/1*

## GİRİŞ

Fiyat, bir ekonomide mal ve hizmetlerin alım satımını belirleyen en önemli parametrelerden biridir. Genel olarak serbest piyasa ekonomilerinde fiyat, arz ve talep dengesine göre piyasada belirlenmektedir. Diğer koşullar sabit kaldığı sürece, arzın talebi karşılamakta yetersiz kalması veya talebin arzdan daha fazla artması halinde fiyatlar da yukarı yönlü hareket edecektir. Fiyatların yükseliş eğilimine girmesi tüketiciler, hatta çoğu zaman işletmeler açısından dahi arzu edilebilir bir durum olmayıp, ulaştığı seviye karşısında fiyatların kimi çevrelerce “fahiş” veya “haksız” olarak nitelendirildiğine sıkça rastlanmaktadır. Bununla birlikte, fiyatların göreceli olması karşısında fiyatın neye veya kime göre fahiş olduğunun belirlenmesi kolay değildir. Ne tür fiyat oluşumlarının “haksız” veya “adil” olduğu konusunda herkesin üzerinde anlaşabileceği genel bir tanım bulunmamakla birlikte, en azından bazı fiyat oluşumlarının haksızlık oluşturduğu konusunda modern hukuk sistemlerinde genel bir kabulün bulunduğu, serbest piyasa ekonomisinin en geniş çerçevede uygulandığı ülkelerde bile serbest piyasa düzenini bozucu eylemlere izin verilmediği de bir gerçektir<sup>1</sup>. Fiyatların fahiş olup olmadığının tespiti bağlamında karşılaşılabilecek zorluklara ek olarak, fahiş fiyatlarla hukukten nasıl ve hangi araçlarla mücadele edileceği de ayrı bir sorundur.

Fahiş fiyatlarla mücadele, Ağustos 2018 tarihinde Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde yapılan bir değişikliği takiben ilk kez haksız ticari uygulamalar kapsamında tüketici hukuku kurallarına başvurulmak suretiyle başlamıştır. İlk başta döviz kuru kaynaklı maliyet artışları düşünülerek hareket edilmiş, sonrasında ise Covid-19 salgınının baş göstermesi ve artan enflasyonla birlikte, ekonominin pek çok alanında fahiş fiyat artışları yaşanmaya başlamıştır. Bu durum karşısında fahiş fiyatlarla mücadele için bu amaca özgü, özel bir kanun çıkarma yoluna gidilmiştir. Bu doğrultuda, 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanunla “fahiş fiyat artışı” kavramı mevzuata dâhil edilerek, idari para cezası gerektiren bir fiil haline getirilmiş, aynı zamanda fahiş fiyat artışlarına yönelik her türlü tedbiri almak üzere “Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu” oluşturulmuştur. Devletin sözleşme serbestisine ve serbest piyasa ekonomisine müdahalesi niteliğindeki bu yasal ve idari düzenlemelerle idareye birtakım görev ve yetkiler verilmek suretiyle fahiş fiyatlara karşı tüketiciler koruma altına alınmıştır.

<sup>1</sup> **Söyler**, Yasin: “Yeni Bir İdari Suç Olarak Covid-19 Salgın Sürecinde İhdas Edilen Fahiş Fiyat Artışı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 45, 2021, s. 465.

Makalenin birinci bölümünde fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında yapılan yasal ve idari düzenlemelerin kısa bir özetine yer verilmektedir.

Bununla birlikte, bugüne kadar fahiş fiyatlara, ticari hayatın işleyişine dair hükümler içeren en temel yasal düzenlemelerden biri olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) ekseninde bir müdahalede ise bulunulmamıştır. Fahiş fiyatlar her ne kadar en başta tüketicileri olumsuz etkilemekteyse de tedarik zincirinin farklı seviyelerindeki işletmelerin ve diğer gerçek veya tüzel kişilerin de fahiş fiyatlardan etkilenebileceği aşikârdır. Tüketicileri koruyan düzenlemelerin konusunu işletmeden tüketiciye (B2C) yapılan mal ve hizmet satışlarının oluşturması ve işletmeden işletmeye (B2B) yapılan mal ve hizmet tedariklerinin kapsam dışında kalması sonucu, tacirlerin veya tüketici sıfatını haiz olmayan diğer kişilerin bu düzenlemeler uyarınca fahiş fiyatlara karşı korunması mümkün değildir. TTK’nın fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında devreye girebilmesi durumunda fahiş fiyatlara karşı tacirler ve tacir olmayan kişiler korunabileceği gibi, tüketicilere de mevcut düzenlemeler haricinde ek bir koruma sağlanması söz konusu olabilir. Bu durum karşısında ikinci bölümde, TTK’nın genel sistematığı içerisinde fiyatlara ve fiyatlama davranışlarına yön vermek suretiyle fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında gündeme gelebilecek müesseseler olan haksız rekabet (TTK m.54 vd.) ile yasak ve en yüksek sınırı aşan işlemler (TTK m.1530/1) incelenmektedir. Üçüncü ve son bölümde ise TTK kapsamında fahiş fiyatlarla mücadele edilip edilemeyeceği değerlendirilmektedir.

## I. FAHİŞ FİYATLARLA MÜCADELE KAPSAMINDA YAPILAN YASAL VE İDARİ DÜZENLEMELER

### A. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

Fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında atılan ilk adım, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde<sup>2</sup> yapılan değişikliktir. Söz konusu Yönetmeliğin ekinde “Haksız Ticari Uygulama Olarak Kabul Edilen Örnek Uygulamalar” adı altında, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (“TKHK”) m.62/4 uyarınca “*her hâlükârda haksız ticari uygulama olarak*” kabul edilen birtakım “aldatıcı ticari uygulamalar” ile “saldırgan ticari uygulamalara” yer verilmiştir. Yönetmelikte aldatıcı ticari uygulamalar, 18 bent halinde örneklendirilmiştir. Ağustos 2018 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönet-

<sup>2</sup> RG T. 10.01.2015, S. 29232.

meliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle<sup>3</sup> 19. bent olarak, “Girdi maliyeti ve döviz kuru artışı gibi fiyat değişimlerinden etkilenmemesine rağmen bu durumlardan etkileniyormuş gibi hareket ederek tüketiciye sunulan mal veya hizmetin satış fiyatında haklı bir gerekçe olmaksızın artış yapmak” şeklinde yeni bir haksız ticari uygulama örneği kabul edilmiştir. Yönetmelikte fiyatların “fahiş” veya “haksız” olması şartı aranmamış, ilgili bentte bahsi geçen şekilde fiyatlarda artış yapılması yeterli sayılmıştır.

Ülkemizde Ağustos 2018 tarihinde yaşanan döviz kuru artışları karşısında enflasyonda yukarı yönlü bir eğilim baş göstermiş, bu durum kısa sürede mal ve hizmet fiyatlarına artış olarak yansımıştır. Bu doğrultuda, üretimde kullanılan girdilerin maliyetinde yaşanan artışlar veya ithal girdilerin fiyatını etkileyebilecek kur artışları gibi haklı bir gerekçe olmaksızın malların satış fiyatlarının artırılması, haksız ticari uygulama olarak değerlendirilmiştir. Bu düzenleme uyarınca fiyat artışını haksız kılan, salt fiyatların artmasından ziyade, özellikle kur artışlarının gerekçe gösterilerek (bir nevi suiistimal edilerek) gerçekte maliyetlerde bir artış yaşanmamasına rağmen fiyatların artırılmasıdır. Maddede geçen “fiyat değişimlerinden etkilenmemesine rağmen bu durumlardan etkileniyormuş gibi hareket ederek” ibaresi aldatma unsuruna işaret etmekte olup, fiyatların bu şekilde artırılması haksız ticari uygulama olarak değerlendirilmiştir. Bakanlık tarafından yapılan basın açıklamasında bu düzenlemeyle gerek tüketicilerin, gerekse işletmelerin korunmasının amaçlandığı vurgulanmıştır<sup>4</sup>. Ancak yapılan değişiklik, aldatma iradesinin varlığına bağlı olması ve sadece satış fiyatı bakımından tüketicilere hitap etmesi nedeniyle uygulama sahasının dar olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> RG T. 31.08.2018, S. 30521.

<sup>4</sup> Konuyla ilgili Ticaret Bakanlığının basın açıklaması şöyledir: “Bilindiği üzere, döviz kurlarındaki yükselişler bazı mal ve hizmet maliyetlerini etkilemediği halde döviz kaynaklı maliyet artışı iddiasıyla fiyatlarını artıran işletmelere karşı... tüketicilerimizin korunması ve aynı zamanda haksız rekabet karşısında işletmelerimizin zarar görmemesi için gerekli önlemlerin alınması zorunlu hale gelmiştir... Bu düzenlemenin... asıl amacı, hem haksız fiyat artışları ile mağdur edilen tüketicilerin, hem de haksız rekabet karşısında dürüst ticaret prensiplerine bağlı olarak faaliyet gösteren işletmelerin korunmasıdır.” Kaynak: <https://ticaret.gov.tr/haberler/haksiz-fiyat-artistlerinin-denetlenmesi-hakkinda-basin-aciklamasi> (Erişim Tarihi: 05.03.2022). Bu açıklamadan hareketle fahiş fiyatlara karşı korunan hedef kitlenin aslen tüketiciler olduğu, işletmelerin ise salt fahiş fiyatlardan ziyade Yönetmelikte bahsi geçen şekilde fiyat artışı yapan diğer işletmelerin yol açtığı haksız rekabet karşısında korunmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır.

<sup>5</sup> Akçaoğlu, Vahdet Deniz: Perakende Ticarete Yeni Dönem: Fahiş Fiyat, Stokçuluk ve Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Düzenlemelerine Yönelik Bir Analiz, 02.06.2020, <https://www.procompliance.net/perakende-ticarete-yeni-donem-fahis-fiyat-stokculuk->

## B. Fiyat Etiketleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde yapılan değişiklikten kısa bir süre sonra, fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında Fiyat Etiketleri Yönetmeliğinde<sup>6</sup> de değişiklik yapılmıştır. Tüketicilerin bilgilendirilmesine yönelik bir müessese olan fiyat etiketlerinde bulunması zorunlu hususlar, Fiyat Etiketleri Yönetmeliğinin 5/2. maddesinde sayılmıştır. Eylül 2018 tarihinde Fiyat Etiketleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle<sup>7</sup> fiyat etiketlerinde bulunması gereken bilgiler arasına, “*malın satış fiyatı ve birim fiyatının uygulanmaya başlandığı tarih*” ile “*üretim yeri Türkiye olan mallar için Bakanlıkça tespit ve ilan edilen şekil, logo veya işaret*” eklenmiştir. Konuya ilişkin olarak ayrıca Ekim 2018 tarihinde Fiyat Etiketlerinde Yerli Üretim Logosu Kullanımına İlişkin Tebliğ yayınlanmıştır<sup>8</sup>. Fiyat Etiketleri Yönetmeliğinde Temmuz 2019 tarihinde yapılan başka bir değişiklikle<sup>9</sup> de daha önceki değişiklikle getirilen “*üretim yeri Türkiye olan mallar için Bakanlıkça tespit ve ilan edilen şekil, logo veya işaret*”, kısaca “*yerli üretim logosu*” olarak tanımlanmıştır.

Malın satış fiyatının uygulanmaya başlandığı tarihin fiyat etiketlerinde gösterilmesiyle birlikte, fiyatın en son değiştirildiği tarih bilgisi de etikette yer almaya başlamıştır. Denetimler sırasında fiyat değişim tarihine bakılarak fiyat artışının yapıldığı dönemde geçerli olan döviz kurları incelenecek, kurlarda bir artış olmamasına rağmen kurdan etkileniyormuşçasına yapılan fiyat artışları daha kolay tespit edilebilecektir. Öte yandan, malın üretim yerini esas alan yerli üretim logosu şartı gereği, üretici firmanın yabancı sermayeli olup olmadığına bakılmaksızın Türkiye’de üretilen ve satılan tüm malların fiyat etiketlerinde yerli üretim logosu yer alacaktır<sup>10</sup>. Yerli üretim logosunun yer almadığı mallar ithal mal niteliğinde olduğundan kurlarda yaşanan artışlar, bu malların satış fiyatındaki artışları haklı kılabilecektir.

---

ve-haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu-duzenlemelerine-yonelik-bir-analiz/ (Erişim Tarihi: 05.03.2022). Belirtmek gerekir ki Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğindeki 19. bent, Şubat 2022 tarihinde yapılan bir değişiklikle yürürlükten kaldırılmıştır. RG T. 01.02.2022, S. 31737.

<sup>6</sup> RG T. 28.06.2014, S. 29044.

<sup>7</sup> RG T. 18.09.2018, S. 30539.

<sup>8</sup> RG T. 05.10.2018, S. 30556.

<sup>9</sup> RG T. 27.07.2019, S. 30844.

<sup>10</sup> Konuyla ilgili Ticaret Bakanlığının açıklaması için bkz. <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/ticaret-bakanligi-yerli-uretim-logosu-kullanilmasi-zorunludur/1273369> (Erişim Tarihi: 05.03.2022).

Ancak yurtdışından ithal edilmeyen malların fiyatlarındaki artışlar doğrudan kurlardaki artışla açıklanamayacağından, maliyetlerin artmamasına rağmen kurdan etkileniyormuşçasına yapılan fiyat artışları daha kolay tespit edilebilecektir.

### C. 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun

Nisan 2020 tarihinde 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun<sup>11</sup> (“7244 sayılı Kanun”) ile fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında önemli bir adım atılmıştır. Özel bir kanun niteliğindeki 7244 sayılı Kanunla ilk kez “fahiş fiyat artışı” kavramı mevzuata girmiştir<sup>12</sup>. 7244 sayılı Kanun ile 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanuna (“6585 sayılı Kanun”) bir madde eklenmek suretiyle fahiş fiyat artışları ve stokçuluk yasaklanmıştır. Ek 1. maddenin 1. fıkrası uyarınca “*Üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş artış yapılamaz.*” Ek olarak, 7244 sayılı Kanunla fahiş fiyat artışı ve stokçuluk fiillerine yönelik düzenlemeler yapmak ve her türlü tedbiri almak, denetim ve incelemelerde bulunmak ve idari para cezası uygulamak üzere Ticaret Bakanlığı bünyesinde “Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu” (“HFDK” veya “Kurul”) kurulmuştur. Bu bağlamda HFDK, fahiş fiyat artışı yapan işletmelere 10.000 TL’den 100.000 TL’ye<sup>13</sup>; stokçuluk yapan işletmelere ise 100.000 TL’den 2.000.000 TL’ye kadar idari para cezası verebilir (6585 sayılı Kanun m.18/1-(i))<sup>14</sup>.

### D. Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği

7244 sayılı Kanunda HFDK’nın görevleri, çalışma usul ve esasları, sekretarya hizmetleri ve diğer hususların, Ticaret Bakanlığının çıkaracağı bir

<sup>11</sup> RG T. 17.04.2020, S. 31102.

<sup>12</sup> Fahiş fiyat artışlarıyla mücadele edebilmek adına bazı ülkeler meseleyi yürürlükteki tüketici veya rekabetin korunmasına ilişkin mevzuatları çerçevesinde ele almaktayken, Türkiye de dâhil olmak üzere diğer ülkeler konuya ilişkin özel kanunlar ya da düzenleyici işlemler yapma yöntemini tercih etmiştir. **Söyler**, s. 468. 7244 sayılı Kanun da bu bağlamda fahiş fiyatlarla mücadelede özel bir kanun niteliğindedir.

<sup>13</sup> 2022 yılı için bu cezalar sırasıyla 14.860 TL ile 143.860 TL olarak uygulanmaktadır.

<sup>14</sup> 6585 sayılı Kanunun ilk halinde stokçuluk için öngörülen idari para cezası 50.000 TL’den 500.000 TL’ye kadar iken, 7350 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle bu cezalar 100.000 TL’den 2.000.000 TL’ye olacak şekilde artırılmıştır. Fahiş fiyat artışı için öngörülen cezada ise bugüne kadar herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.



yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir (Ek m.1/6). Bu doğrultuda Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği (“HFDK Yönetmeliği”), Mayıs 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>15</sup>. HFDK Yönetmeliğinde ağırlıklı olarak HFDK’nın yapısı ile çalışma esasları düzenlenmekle birlikte, 7244 sayılı Kanunda düzenlenen bazı anahtar kavramlara ilişkin de birtakım yol gösterici esaslara yer verilmiştir. Bunlardan en önemlisi “fahiş fiyat artışı” kavramının tanımlanmasıdır. Buna göre fahiş fiyat artışı, “*Olağanüstü hal, afet ve ekonomik dalgalanma dönemleri ile diğer acil durumlarda üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından satışa sunulan ve kamunun beslenme, sağlıklı yaşama ve korunma gibi temel ihtiyaçlarını karşılamak için zorunlu olan mal ve hizmetlerin fiyatında girdi ve diğer üretim maliyetlerindeki artış gibi haklı bir sebebe dayanmaksızın yapılan aşırı ve adil olmayan artışı*”nı ifade etmektedir (m.3/1-(ç)). Böylece 7244 sayılı Kanunla tanımlanmamış olan fahiş fiyat artışı kavramından ne anlaşılması gerektiği yönetmelikle ortaya konulmuştur.

HFDK Yönetmeliğindeki fahiş fiyat artışı tanımı; muğlak olduğu, HFDK’ya geniş bir takdir yetkisi tanıdığı ve genel olarak serbest piyasa ekonomisinin temel ilkeleriyle örtüşmediği gerekçeleriyle eleştirilmiştir<sup>16</sup>. Fiyatlardaki artışın hangi eşikten veya orandan sonra fahiş sayılacağı belli olmadığına, her bir mal veya hizmete ilişkin ekonomik parametrelerin farklı olabileceğinden bir ürüne yönelik fiyat artışı fahiş sayılabilecekken başka bir üründe bu oranın fahiş fiyat sayılmayabileceğine dikkat çekilmiş ve değerlendirmenin somut olay özelinde ve disiplinler arası bir şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir<sup>17</sup>. 7244 sayılı Kanunun aksine, HFDK Yönetmeliğinde fahiş fiyat artışı için zaman bakımından bir uygulama alanı belirlenmiştir. Buna göre fiyatlardaki artışlar, ancak “*olağanüstü hal, afet, ekonomik dalgalanma dönemleri ve diğer acil durumlarda*” fahiş olarak değerlendirilebilecektir<sup>18</sup>. Buradan hareketle adı geçen durumların söz konusu

<sup>15</sup> RG T. 28.05.2020, S. 31138.

<sup>16</sup> Kaynak: <https://www.ari.av.tr/tr/2020/06/09/haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu-yonetmeligine-dair-bilgi-notu/> (Erişim Tarihi: 10.03.2022).

<sup>17</sup> **Gündoğdu**, Gökmen/**Cantürk**, Barış: Korona Virüs Salgınına Çerçevesinde İhdas Edilen Yeni Bir Kurum Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu, *Lexpera* 02.06.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/korona-virus-salginini-cercevesinde-ihdas-edilen-yeni-bir-kurum-haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu/> (Erişim Tarihi: 09.03.2022).

<sup>18</sup> Ticaret Bakanlığınca yapılan açıklamada da HFDK’nın “*olağan dışı durumlarda özellikle temel ihtiyaç maddeleriyle ilgili yaşanan sorunları çözmek için*” faaliyet göstereceği kamuoyuyla paylaşılmıştır. Kaynak: <https://iticaret.ticaret.gov.tr/haberler/haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu-olusturuldu> (Erişim Tarihi: 09.03.2022).

olmadığı, başka bir deyişle “olağan” dönemlerde fiyatlarda yaşanacak fahiş artışların HFDK’nın görev alanı dışında kalacağı söylenebilir<sup>19</sup>.

Ek olarak, HFDK Yönetmeliğinde fahiş fiyat artışlarına konu olabilecek birtakım ürün kategorileri de belirlenmiştir. Yönetmelikte fahiş fiyat artışlarının, “*beslenme, sağlıklı yaşama ve korunma gibi temel ihtiyaçlarını karşılamak için zorunlu olan mal ve hizmetler*” açısından söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla fahiş fiyat artışı her türlü mal veya hizmet için değil, sadece gıda, sağlık gibi alanlardaki mal ve hizmetler açısından söz konusu olabilecektir. HFDK Yönetmeliğinin salgın ortamında yürürlüğe girdiği ve uygulama alanının olağanüstü durumlarla sınırlı tutulduğu dikkate alındığında, ürün kategorilerinin belirlenmiş olması anlaşılabilir. Zira HFDK Yönetmeliği öncesinde fahiş fiyat artışı gerekçesiyle işletmelere verilen cezalar da ağırlıkla maske, dezenfektan ve kolonya gibi belli ürün gruplarına ilişkin olmuştur<sup>20</sup>. Öte yandan, HFDK Yönetmeliğinin geçici 1. maddesinde, 7244 sayılı Kanunun HFDK’ya ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girdiği 17.04.2020 tarihinden önce Bakanlığa yapılan fahiş fiyat kaynaklı başvuruların Reklam Kurulu tarafından sonuçlandırılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla HFDK Yönetmeliğinin yürürlüğe girmesiyle birlikte fahiş fiyat artışlarıyla mücadele görevi Reklam Kurulundan alınarak HFDK’ya verilmiştir.

## II. FAHİŞ FİYATLARLA MÜCADELE KAPSAMINDA TTK’DA KULLANILABİLECEK ENSTRÜMANLAR

Önceki bölümde incelendiği üzere fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında ilk kez tüketici hukuku kapsamında aksiyon alınmış, akabinde ise bu amaç doğrultusunda özel bir kanun çıkarılmıştır. Bununla birlikte, tacirlerin veya tüketici sıfatını haiz olmayan diğer kişilerin korunabilmesi adına TTK

<sup>19</sup> “Diğer acil durumların” kapsamının geniş olduğu, mesela Covid-19’un yol açtığı salgın ortamının da bu kapsamda değerlendirildiği görüşü için bkz. **Akçaoğlu**, <https://www.procompliance.net/perakende-ticarette-yeni-donem-fahis-fiyat-stokculuk-ve-haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu-duzenlemelerine-yonelik-bir-analiz/> (Erişim Tarihi: 09.03.2022). “Ekonomik dalgalanma dönemi” ibaresinin anlamının da bu bağlamda çok net olmadığı, bu durumun HFDK Yönetmeliğinin uygulama alanına ilişkin belirsizlik yarattığı ifade edilmiştir. **Söyler**, s. 477-478.

<sup>20</sup> Ticaret Bakanlığınca yayınlanan bir istatistiğe göre Covid-19 salgının başladığı dönemde Reklam Kurulu tarafından fahiş fiyat gerekçesiyle inceleme konusu yapılan ürünlerin 111’ini maske, 36’sını dezenfektan, 26’sını kolonya, 6’sını gıda ürünleri ve birini ise ıslak mendil oluşturmuştur. Kaynak: <https://covid19.ticaret.gov.tr/tuketici/haber/fahis-fiyat-artisi-tespit-edilen-firmalara-verilen-cezalar-aciklandi> (Erişim Tarihi: 09.03.2022).

uyarınca bir düzenleme yapılması yoluna ise gidilmemiştir. Bu durum karşısında fahiş fiyatlara karşı verilen mücadeleye, TTK'nın da devreye sokulması suretiyle destek verilip verilemeyeceği sorusu akıllara gelmektedir. Bu doğrultuda TTK'nın fahiş fiyatlarla mücadele için uygun bir araç olup olmadığı, TTK'da yer alan enstrümanların fahiş fiyatları önlemek üzere kullanılıp kullanılmayacağı incelenmelidir. Esasen TTK, fiyatlara doğrudan müdahale öngören bir kanun olmadığı gibi, TTK'nın düzenleme alanı da fiyatlara müdahale değildir. Bununla birlikte, TTK'nın genel sistematığı içerisinde fiyatlara ve fiyatlama davranışlarına yön vermek bağlamında kendisinden yararlanılma potansiyeline sahip iki müessese bulunmaktadır: (i) TTK m.54 vd. hükümlerinde düzenlenen haksız rekabet ve (ii) TTK m.1530/1'de yer alan yasak ve en yüksek sınırı aşan işlemler. Bu bölümde TTK'da düzenlenen bu iki müessesenin fahiş fiyatlarla ilgili olabilecek boyutları incelenmektedir.

## A. Haksız Rekabet

### 1. Genel Olarak Haksız Rekabet

TTK m.54/2 uyarınca “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*” Haksız rekabet hukukunda yaptırıma bağlanan davranış ve uygulamalar; rekabet ortamını, piyasayı, kısaca ticari hayatı etkileyen veya etkileme ihtimali olan davranış ve uygulamalardır<sup>21</sup>. Mevzuat İsviçre hukukundaki 1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Federal Kanuna benzer biçimde<sup>22</sup>, TTK'nın 54/2. maddesinde genel bir yasaklayıcı hüküm düzenlendikten sonra, 55. maddede birtakım haksız rekabet örneklerine yer verilmiştir. 55. madde, başlıca haksız rekabet halleri olarak altı üst başlık öngördükten sonra her bir başlık altında somut birtakım örnekler içermektedir. TTK m.55'de sayılan davranışlar doğrudan haksız rekabete vücut vermekte olup, bu örnekler açısından 54/2. maddedeki genel hükme göre ayrıca bir değerlendiril-

<sup>21</sup> **Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsün:** Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 348.

<sup>22</sup> *Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) AS 1988 223.* Bu kanunun 2. maddesinde haksız rekabet genel olarak tanımlandıktan sonra, 3 vd. maddelerinde spesifik birtakım haksız rekabet hallerine yer verilmiştir. **Jung, Peter /Spitz, Philippe:** Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2016.

dirme yapılmasına gerek bulunmamaktadır<sup>23</sup>. Öte yandan, TTK m.54/2 hükümünün kapsamına giren, ancak TTK m.55’de sayılmamış bulunan bir davranış da haksız rekabet oluşturabilir<sup>24</sup>. Aşağıda fahiş fiyatlarla mücadele noktasında gündeme gelebilecek haksız rekabet halleri olarak TTK m.55/1-(a) kapsamında “dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar” ile TTK m.55/1-(e) uyarınca “iş şartlarına uymama” ele alınmaktadır.

## 2. Dürüstlük Kuralına Aykırılık Nedeniyle Haksız Rekabet

TTK m.55/1’de sayılan haksız rekabet halleri arasında fiyatlara ve fiyatlandırma davranışlarına etki edebilecek ilk ve en geniş kategori, (a) bendini oluşturan “dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar”dır. TTK m.55/1-(a)’da açıkça “fiyat” ibaresi geçen alt bentler ve bu bentlerde düzenlenen durumların fahiş fiyatlarla mücadele boyutu aşağıda ayrı ayrı incelenmektedir.

### a. Kötülüme

TTK m.55/1-(a)-(1) uyarınca “Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek” haksız rekabet oluşturmaktadır. Bu alt bentte düzenlenen haksız rekabet hali, genel olarak “kötüleme” olarak isimlendirilmektedir. Başkalarını (genellikle de rakipleri) kötülemek üzere yapılan yanlış veya yanıltıcı ya da gereksiz yere incitici beyanlar dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaktadır. Kötülüme; değersiz bulma, aşağılama, kınama, ayıplama veya diğer bir suretle olumsuz yargı yaratmaktır<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> **Bozer**, Ali/**Göle**, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 7. Bası, BTHAE Yayınları, Ankara 2021, s. 238; **Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 28. Bası, BTHAE Yayınları, Ankara 2022, s. 354; **Kendigelen**, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 82; **Bahtiyar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 21. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 179; **Nomer Ertan**, N. Füsün: Haksız Rekabet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 97-98; **Aslan**, İ. Yılmaz: Ticaret Hukuku Dersleri, 14. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa 2021, s. 125; **Berzek**, Ayşe Nur: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 11. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 85; **Dinç**, Serhan: Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 29; **Uzun Şenol**, Pınar: Haksız Rekabet ile Rekabetin Korunması Alanları Arasındaki Hukuki İlişki, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 71.

<sup>24</sup> **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 351; **Şener**, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 593-594; **Erdil**, Engin: Haksız Rekabet Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 81.

<sup>25</sup> **Erdil**, s. 88.

Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere kötüleme; karalama, perdeleme, değerini küçümsetme veya düşürme şeklinde gerçekleşebilir. Esas itibarıyla açıklamalar yoluyla gerçekleşebilecek kötülenmenin, belli bir kişiye yönelmesi ve o kişinin ticari hayatını olumsuz etkilemesi gerekmektedir<sup>26</sup>. Örneğin bir işletme hakkında gerçek olmadığı halde iflas ettiği veya haciz işlemi başlatıldığı ya da o işletmede kaçak işçi çalıştırıldığı yönündeki açıklamalar kötüleme teşkil eder<sup>27</sup>. İşletmenin kendisi veya sahibi kötülenebileceği gibi o işletmeye ait unsurlar, örneğin mal veya hizmetleri, iş ve işlemleri vs. de kötülenebilir. 6762 sayılı TTK'nın, 6102 sayılı TTK'nın m.55/1-(a)-(1) hükmünü karşılayan 57/1. maddesinde “fiyat” ibaresine yer verilmemişti. 6102 sayılı TTK'da ise kötülenecek unsurlar arasına fiyat da dâhil edilmiştir.

Fiyatların kötülenmesi daha çok fiyatların seviyesiyle ilgilidir. Fiyatların olması gerektiği ileri sürülen seviyeden daha yüksek ya da daha düşük olması, kötülenmenin hedefi olabilir. Örneğin fiyatların olması gerekenden daha düşük olduğundan hareketle rakiplerin maliyetleri kısıtına, ürettikleri ürünlerin kalitesiz olduğuna yönelik gerçek dışı beyanlar haksız rekabet oluşturabilir. Fiyatların düşük olmasının kötülenmenin hedefi olması halinde aslında kötülenenin, o fiyatlarla sunulan mal ve hizmetlerin kalitesi olduğu söylenebilir<sup>28</sup>. Bununla birlikte kötüleme, fiyatların fahiş olmasından da kaynaklanabilir<sup>29</sup>. Hatta fiyatların düşük olmasının tüketicilerin lehine bir durum olması karşısında, düşük fiyatlara nazaran fahiş fiyatların kötülenecek tarafı daha fazladır. Bu bağlamda fiyatlarının fahiş olduğundan hareketle, rakiplerin “vurguncu” veya “fırsatçı” olduğunun ya da halkı “soyduğunun”

<sup>26</sup> **Bozer/Göle**, s. 239.

<sup>27</sup> **Erdil**, s. 89.

<sup>28</sup> Öğretide bir görüşe göre fiyat, kötüleme açısından başlı başına bir unsur olmayıp, mal ve hizmetlerin kalitesi, imalat malzemesi ve imalat teknolojisi gibi diğer özellikleriyle birlikte değerlendirilmelidir. Bu görüş uyarınca malların fiyatının kötülenmesi, o malın emtiasının (yani kendisinin veya kalitesinin) kötülenmesi anlamına gelmektedir. **Aksoy**, Mehmet Ali: Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011, s. 89-90. Düşüncemize göre bu görüşe katılmak mümkün değildir. Şöyle ki fiyatın kötülenmesinin malın kalitesiyle ilgili bir boyutu olsa da fiyatlar pekâlâ kaliteden bağımsız olarak da kötülenebilir. Özellikle fahiş fiyat durumunda esas kötülenenin, malın kalitesinden ziyade fiyatının ulaştığı seviyedir.

<sup>29</sup> Yargıtay bir kararında, bir televizyon dizisi kapsamında bir işletmenin ürettiği bir malın pahalı olduğu ve benzer kalitede daha uygun fiyatlı başka malların da bulunduğu, bu durumun israfa yol açtığı şeklindeki hiçbir somut veriye dayanmayan beyanların, tüketicilerin ilgili malın pahalı olduğu düşüncesiyle onu tercih etmeme riski taşıyabileceği gerekçesiyle kötüleme suretiyle haksız rekabet oluşturduğuna hükmetmiştir. Yarg. 11. HD, T.10.10.2019, E.2018/5202, K.2019/6452 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.03.2022).

iddia veya ima edilmesi haksız rekabet oluşturabilir. Öğretide bir işletmenin ürettiği gömlekler için “*ey tüketici bu ürüne bu fiyatla sizi kazıklyorlar*” şeklindeki açıklamaların haksız rekabet oluşturabileceği ifade edilmiştir<sup>30</sup>. Hatta rakiplerin fiyatlarının, sırf piyasa koşullarında olması gerekenden daha yüksek olduğu gerekçesiyle fahiş olarak nitelendirilmesi bile pekâlâ gereksiz yere incitici bir beyan oluşturabilir<sup>31</sup>.

### ***b. Gerçek Dışı veya Yanıltıcı Açıklamalarla Kendisini veya Üçüncü Kişiyi Rekabette Avantajlı Duruma Getirmek***

TTK m.55/1-(a)-(2) uyarınca “*Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek*” haksız rekabet oluşturmaktadır. Bu alt bent kapsamında önceki alt benden farklı olarak kişinin başkaları hakkında değil; kendisi, malları, fiyatları vs. hakkında yanlış veya yanıltıcı beyanları söz konusu olup, bu beyanlar suretiyle kişi, kendini veya üçüncü bir kişiyi rekabette avantajlı duruma getirmeye çalışmaktadır. Burada kötülemeden ziyade övme, yüceltme gibi bir durum söz konusu olup, bu durum yanlış veya yanıltıcı beyanlar suretiyle gerçekleştirilmektedir. Kötülemede yapılan açıklama başkaları hakkında olumsuz içerik iken, bu alt bendde düzenlenen haksız rekabet halinde kişi, yine yanlış veya yanıltıcı açıklama yapmakla birlikte bu açıklamanın içeriği olumsuz değil, aksine olumludur<sup>32</sup>. Yine 6762 sayılı TTK’dan farklı olarak, 6102 sayılı TTK m.55/1-(a)-(2) kapsamında da haksız rekabet oluşturan yanlış veya yanıltıcı beyanların fiyatlara ilişkin olması mümkündür.

TTK m.55/1-(a)-(1) kapsamında başkalarının fiyatları hakkında yanlış veya yanıltıcı açıklamalar, onların fiyatlarının olması gereken seviyeden

<sup>30</sup> Erdil, s. 128. Bu bağlamda öğretide verilen diğer bir haksız rekabet örneği de bir inşaat şirketinin, rakipleri tarafından satılan konutların piyasa fiyatlarından çok yüksek olduğunu basın yoluyla beyan etmesidir. **Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal**, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 417.

<sup>31</sup> Gereksiz yere incitici açıklamalar, içeriği doğru olmakla birlikte, ölçsüz bir şekilde ve amacını aşarak kişinin kendisi, faaliyetleri, iş ürünleri vs. hakkında olumsuz bir intiba yaratan beyanlardır. Gereksiz yere incitici olup olmadığının tespitinde kullanılacak ölçüt, açıklamanın orta yetenekteki olağan muhatapınca algılanma şeklidir. **Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan**, s. 352. Bu bağlamda bir kişinin, rakiplerinin fiyatlarının fahiş olduğunu açıklamasının, özellikle derin ekonomik kriz ortamlarında ekonomik sıkıntılar çeken orta yetenekli olağan muhatapları nezdinde yaratacağı infial düşünüldüğünde, gereksiz yere incitici bir beyan olabileceği söylenebilir.

<sup>32</sup> Erdil, s. 132.

daha düşük veya ucuz olduğu, böylece mallarının kalitesiz olduğu imasını içerebileceği gibi, fiyatlarının fahiş olduğu şeklinde de tezahür edebilir. Buna karşılık, TTK m.55/1-(a)-(2) kapsamında kişinin kendi veya üçüncü kişilerin malları hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunması, daha ziyade bu malların fiyatının düşük, ucuz, makul vs. olduğu ya da mallarının daha kaliteli olduğu şeklinde gerçekleşebilir<sup>33</sup>. Zira kişinin kendi mallarının fiyatı hakkında fahiş gibi bir nitelendirme yapması hayatın olağan akışına aykırı olacaktır. Kişi, başkalarının mallarının fiyatının fahiş olduğu izlenimi yaratarak onlara oranla kendisini rekabette avantajlı duruma getirebilir. Aynı eylemin üçüncü kişiler lehine yapılması da mümkündür. Örneğin bir bakkalın, mallarını çok uygun fiyatlarla ve düşük kârlarla halka sunduğunu, hâlbuki aynı mahalledeki bir zincir marketin böyle hareket etmediğini, bu nedenle müşterilerin kendisinden veya diğer mahalle bakkallarından (yani üçüncü kişilerden) alışveriş yapmayı tercih etmelerinin yararlarına olacağını ifade etmesi bu bent kapsamına girebilir<sup>34</sup>. Öte yandan kişinin, uyguladığı fahiş fiyatların fahiş olmadığına dair yanlış veya yanıltıcı beyanları da bu alt bent kapsamında değerlendirilebilir.

### c. Karşılaştırmalı Reklamlar

TTK m.55/1-(a)-(5) uyarınca “*Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınımlılığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek*” haksız rekabet sayılmaktadır. Bu alt bent, TTK m.55/1-(a)-(1)’de yer alan kötülemenin “karşılaştırma” yapılması suretiyle gerçekleştirildiği özel bir türüdür. TTK m.55/1-(a)-(5)’de kişi bir taraftan kendisi, işletmesi, malları vs. hakkında yanlış, yanıltıcı açıklamalarda bulunurken, aynı zamanda kendisini veya üçüncü bir kişiyi rekabette ön

<sup>33</sup> Fahiş fiyatların rakipler açısından sonuç doğurması, fahiş fiyat artışı yapan işletmenin, kendi mal ve hizmetlerinin rakiplerinkinden daha kaliteli olduğunu dile getirmesi veya diğer gerçek dışı ya da yanıltıcı beyanları suretiyle rakiplerinin fahiş fiyatla satış yaptığını açıklaması durumunda ortaya çıkabilecektir. **Eryürek**, Güzel: Fiyat Üzerinden Haksız Rekabet, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 90-91.

<sup>34</sup> Reklam Kurulunun da bir kararına yansıyan “*Vatandaşla dalga geçmek herhalde böyle bir şey. Bizim Toptan satışta Ariel 4.5 kilogram toptan fiyatı 23.99 TL, Bizim Bakkal’larda aynı ürün Ariel 4.5 kg 19.90 perakende fiyatı. Yorum sizin. Uzaklarda aramayın. Mahalle bakkalınız size yeter*” şeklindeki beyanların, rakip işletmenin fiyatlarının yüksek olması sebebiyle vatandaşla dalga geçildiği algısı uyandırdığı, bu şekilde rakipleri gereksiz yere kötüleyerek haksız rekabet oluşturabileceği ileri sürülmüştür. **Eryürek**, s. 116.

plana çıkarmak için başkalarını araç olarak kullanmakta, bu uğurda karşılaştırma yapmakta ve karşılaştırma yaparken de başkalarını kötülemektedir<sup>35</sup>. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere karşılaştırmalı reklam, kural olarak dürüstlük kurallarına aykırı sayılmamış ve yasaklanmamış olup, hukuka aykırı olan, nesnel yönden gerçek dışı ve ölçüyü aşan abartılı karşılaştırmalı reklamdır. Haksız rekabet oluşturan karşılaştırmalı reklam; gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibi gereksiz yere kötüleyici veya rakibi sömürücü (rakibin tanınmışlığından yararlanacak) şekilde gerçekleştirilebilir<sup>36</sup>.

TTK m.55/1-(a)-(5) uyarınca karşılaştırmaya ve karşılaştırmalı reklamlara konu olan unsurlardan biri de fiyattır. Madde gerekçesinde fiyatların, karşılaştırmalı reklamın özellikle konusunu oluşturduğu ve fiyat yoluyla karşılaştırmanın ucuzluk temelinde gerçekleşeceği belirtilmiştir. Gerçekten, mal ve hizmetlerin tüketicilerce tercih edilmesinde en başta dikkate alınacak unsurun fiyat olması sonucu, karşılaştırmanın da fiyat üzerinden ve fiyatların düşük olması ekseninde gerçekleşmesi normaldir. Madde gerekçesinde bu bağlamda birtakım örneklere de yer verilmiştir: “*Süper market (x)’den daha ucuzda daha kaliteli*”, “*Deterjanımız tanıdığınız (X) değildir. Şüphesiz (X)-den daha ucuz, daha etkili, üstelik (X)’den daha çevreci*” ve “*Herkesinkinden daha ucuz ve sağlıklı*”<sup>37</sup>. Burada kişi kendi veya üçüncü bir kişinin mallarının fiyatının ucuz olduğunu öne çıkarmakta, gerçeğe aykırı bir biçimde rakiplerinin aynı nitelikteki ve nicelikteki mallarının fiyatının fahiş ya da en azından pahalı olduğunu ima etmektedir. Örneğin bir kişinin kendi malları hakkında yaptığı “*X’den daha iyi, üstelik fiyatı da onunki gibi fahiş değil*” veya “*X’in fiyatına kanma, bizim ürünlerimizden şaşma*” şeklindeki reklamlar haksız rekabet oluşturabilir. Böylece hem karşılaştırma yapılmak suretiyle rakipler kötülenmekte, hem de rakiplerin tanınmışlığından yararlanılmaktadır.

<sup>35</sup> Erdil, s. 203.

<sup>36</sup> Erdil, s. 208-209; Suluk/Karasu/Nal, s. 422.

<sup>37</sup> Reklam Kurulu bir işletmenin reklamlarında kullandığı “*Televizyonda pahalı fiyata atlayacak kadar sazan mıyım?*”, “*Çamaşır makinesinde kazığa razı olacak kadar koyun muyum?*”, “*Fotoğraf makinesi alırken sağılacak inek miyim?*”, “*Cep telefonlarında kazık yiyecek kadar kuş beyinli miyim?*”, “*Bilgisayara fazla para ödeyecek kadar kaz kafalı mıyım?*” şeklindeki ifadelerin, alışverişlerinde o işletmeyi tercih etmeyen tüketicileri rencide edici ve küçük düşürücü olduğuna, ayrıca bu tarz reklamlarla aynı sektörde faaliyet gösteren diğer tüm işletmeleri de kötülediğine karar vermiştir. Eryürek, s. 99-100. Reklam Kurulunun kararına konu bu açıklamaların, rakiplere yönetildiği durumlarda rakiplerin fiyatlarının kötülenmesi gerekçesiyle haksız rekabet teşkil etmesi pekâlâ mümkündür.



#### d. Göstermelik (Mostra) ile Aldatma

Son olarak, TTK m.55/1-(a)-(6) uyarınca “Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak” haksız rekabet halleri arasında sayılmıştır. Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere bu bendin konusu olan eylem, İsviçre öğretisinde “göstermelik (mostra) ile aldatma” veya “mostra ile avlama” diye adlandırılmaktadır. Bu örnekte seçilmiş bazı mallar (yani mostra), işletmeler tarafından birkaç kez<sup>38</sup> tedarik fiyatının<sup>39</sup> altında satışa sunulmakta ve bu husus ilanlarda özellikle öne çıkarılmakta, böylece müşterilerde o işletmenin sunduğu mallar hakkında daha ucuz, daha kaliteli gibi yanlış bir izlenim yaratılmaktadır. Göstermelik düşük fiyatlarla aldatılan (bir nevi avlanan) müşteriler, tedarik fiyatı altında sunulan ürünlerden ya sınırlı olarak yararlandırılmakta ya da hiç yararlandırılmamaktadır. Madde gerekçesinde hükmün uygulama alanı bulabilmesi için avlanan müşterinin nasıl kötüye kullanıldığının önemli olduğunun ifade edilmesi sonucu müşterilerin fiyat haricinde malların kalitesi, sınıfı veya özellikleri gibi başka unsurlarla da yanıltılması mümkündür.

İlk başta TTK m.55/1-(a)-(6)’nın fiyatların fahiş olmasından ziyade tedarik fiyatı altında olmasıyla ilgilendiği düşünülebilirse de adı geçen hükümle önlenmek istenen davranışlardan biri de mostra yoluyla aldatılan tüketicilerin daha yüksek fiyatlar ödememesidir. Düşük fiyat bir nevi yem gibi düşünüldüğünde düşük fiyatlarla yemlenen müşteriler, almak istedikleri mallar yerine daha yüksek fiyatlı başka malları satın almaya yönlendirilebilir. Böylece göstermelik olarak fiyatı düşürülen mallar yerine müşteriler, son tahlilde fiyatı yüksek diğer ürünleri almak durumunda kalabilir. Kendilerinde uyandırılan olumlu intiba nedeniyle müşteriler, fiyatını tam olarak bilmediği diğer malları da tereddütsüz bir şekilde satın alabileceklerdir<sup>40</sup>. Bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için aldatma konusu malların tedarik fiyatı altında satılması şart olsa da bu mallar yerine müşterinin önüne sürülen malların fiyatının fahiş olması aranmamaktadır. Kaldı ki fiyatı fahiş kabul

<sup>38</sup> Tedarik fiyatının altında satışların birkaç kez yapılması şart olup, tek bir sefer yapılması yeterli değildir. Örneğin eski sezondan kalan veya defolu malların bir defaya mahsus olmak üzere tedarik fiyatının altında satılması bu anlamda haksız rekabet oluşturmaz. **Nomer Ertan**, s. 326; **Şener**, s. 612.

<sup>39</sup> Tedarik fiyatının altında satış, mal veya hizmetin satıcıya mal olduğu fiyattan daha düşük bir fiyata ve zararına satış yapılması anlamına gelmektedir. **Nomer Ertan**, s. 225.

<sup>40</sup> **Erdil**, s. 219-220.

edilse bile müşterinin almak istediği veya ilgilendiği mal, esasen fahiş fiyata konu olan değil, tedarik fiyatı altında satışa sunulan maldır. Burada tüketicilerin, diğer malların fahiş fiyatla satılmasından ziyade, almak istedikleri veya ilgi duydukları malı alamamaktan ya da başka bir malı almak durumunda kalmaktan şikâyet edeceği düşünülebilir.

### 3. İş Şartlarına Uymama Nedeniyle Haksız Rekabet

TTK m.55/1’de düzenlenen haksız rekabet hallerinden bir diğeri de “iş şartlarına uymamak”tır. TTK m.55/1-(e) uyarınca “*özellekle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur*”. Buna göre bir işin ya da mesleğin yapılması için geçerli olan iş şartlarına uyulmaması, diğer yasal sonuçları dışında, haksız rekabete yol açmaktadır. TTK’da iş şartları tanımlanmamış, diğer bentlerin aksine iş şartlarının neler olabileceğine ilişkin alt bentlere de yer verilmemiştir. Öğretide iş şartları, tüm iş hayatını kapsayan ve rakipler için de geçerli olan hukuki düzenlemeler olarak tanımlanmıştır<sup>41</sup>. İlgili piyasada faaliyet göstermek isteyen tüm işletmeler için geçerli olan, adeta “oyunun kuralları” niteliğini taşıyan hukuk kuralları iş şartlarını oluşturmaktadır<sup>42</sup>. İş hayatında geçerli olan hukuk kurallarına aykırı davranmak, iş şartlarına uymama olarak değerlendirilebilir<sup>43</sup>. İş şartlarına aykırı davranmak; kanun veya sözleşme hükmü ya da meslek dalı kuralı olarak öngörülen yahut olağan uygulamalarla yerleşmiş olan iş şartlarını uygulamamak, bu şartlara aykırı eylemler ifa etmek veya uygulanması gereken iş şartlarına tepkisiz kalmak şeklinde gerçekleşebilir<sup>44</sup>. Bu düzenlemeyle rakiplerin kanun, sözleşme veya ticari örf ve adet ile belirlenmiş iş şartlarına uymamak suretiyle haksız bir avantaj sağlamaları engellenmek istenmektedir<sup>45</sup>.

Öğretide iş şartlarına uymama nedeniyle haksız rekabet oluşturabilecek durumlara verilen tipik örnekler arasında vergi verilmemesi veya kayıtsız işçi çalıştırılması<sup>46</sup>, çalışma sürelerine uyulmaması<sup>47</sup>, asgari ücretten daha

<sup>41</sup> **Bozer/Göle**, s. 255.

<sup>42</sup> **Özkan**, Ahmet Fatih: “İş Şartlarına Uymama Nedeniyle Haksız Rekabet Hali Olarak Fiyat Tarifelerine Aykırılık”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 37, 2019, s. 139.

<sup>43</sup> **Poyraz**, Zeynelabidin: İş Şartlarına Uymamak Suretiyle Haksız Rekabet Hali, Legal Yayınları, İstanbul 2011, s. 64.

<sup>44</sup> **Erdil**, s. 285.

<sup>45</sup> Yarg. HGK, T.11.12.2018, E.2017/117, K.2018/1833 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.03.2022).

<sup>46</sup> **Aslan**, s. 137; **Bozer/Göle**, s. 255.

düşük ücretle işçi çalıştırılması<sup>48</sup>, indirimli satış sezonu kurallarına veya zamanına uyulmaksızın satış yapılması<sup>49</sup>, çevre ve gıda mevzuatına aykırı davranışlarda bulunulması<sup>50</sup> ve açılışı resmi bir makamın iznine tabi bir işyerinin söz konusu izin alınmadan açılması<sup>51</sup> bulunmaktadır. Yargıtay kararlarında ise taşıma güzergâhında belediyece belirlenen araç sayısından fazla sayıda araçla taşımacılık yapılması<sup>52</sup>, üretim ruhsatı olmadan ekmek üretilmesi<sup>53</sup>, bir ürünün Türkçe kullanım kılavuzu olmaksızın piyasaya sürülmesi<sup>54</sup>, resmi kayıtlarda lokanta olarak gösterilen bir taşınmazda ruhsatsız düğün salonu işletilmesi<sup>55</sup>, şehirlerarası yolcu taşıyan bir minibüs işletmecisinin kendi güzergâhına dâhil olmayan bir güzergâh üzerinde taşımacılık hizmeti vermesi<sup>56</sup> gibi eylemler, iş şartlarına uymama nedeniyle haksız rekabet olarak değerlendirilmiştir. İlaveeten, Yargıtay kararları uyarınca resmi makamların belirlediği fiyat tarifelerine aykırılık da iş şartlarına uymama kapsamında haksız rekabet olarak değerlendirilmektedir<sup>57</sup>.

Fiyat/ücret tarifeleri; kapsadıkları mal ve hizmetlere ilişkin olarak uygulanması gereken, ilgili malı satan veya hizmeti gören kişilerin, müşterilerinden talep edebileceği sabit, azami ya da asgari bedelleri içeren ve mevzuatta öngörülen kamu kuruluşları tarafından hazırlanan resmi nitelikteki tarifelerdir<sup>58</sup>. Yargıtay'ın esnaf ve tacirler için olan azami fiyat tarifelerinde belirlenen fiyatların altında mal veya hizmet sunulmasını iş şartlarına

<sup>47</sup> Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 414; Bozer/Göle, s. 255; Dinç, s. 87.

<sup>48</sup> Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 372.

<sup>49</sup> Arkan, s. 361; Bahtiyar, s. 185; Eryürek, s. 165.

<sup>50</sup> Arkan, s. 361.

<sup>51</sup> Suluk/Karasu/Nal, s. 432.

<sup>52</sup> Yarg. 11. HD, T.02.03.2020, E.2019/2866, K.2020/2223 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.03.2022).

<sup>53</sup> Yarg. 11. HD, T.07.10.2019, E.2018/5318, K.2019/6278 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.03.2022).

<sup>54</sup> Yarg. 11. HD, T.08.07.2013, E.2012/14895, K.2013/14465 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.03.2022).

<sup>55</sup> Yarg. 11. HD, T.09.05.2013, E.2012/9239, K.2013/9493 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.03.2022).

<sup>56</sup> Yarg. 11. HD, T.16.02.2004, E.2003/6762, K.2014/1317 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.03.2022).

<sup>57</sup> Bununla birlikte, fiyat tarifelerine aykırılığın iş şartlarına uymama yerine göstermelik ile aldatma olarak değerlendirildiği kararlara da rastlanmaktadır. Bkz. Yarg. 11. HD, T.28.02.2018, E.2016/7703, K.2018/1505; 11. HD, T.23.06.2014, E.2014/5946, K.2014/11805 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.03.2022).

<sup>58</sup> Özkan, s. 154.

uymama olarak nitelendirdiği, özellikle ekmek fırınları ve berberler hakkında verdiği çok sayıda kararı bulunmaktadır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları doğrultusunda tarifeye konu bir mal veya hizmetin satış fiyatının, maliyetinin altında belirlenmesi, iş şartlarına uymama nedeniyle haksız rekabete yol açmaktadır<sup>59</sup>. Henüz bir Yargıtay kararına yansımaya da öğretide azami fiyat tarifelerinde belirtilen fiyatların üzerinde bir fiyatla mal veya hizmet sunulmasının da haksız rekabet oluşturacağı ifade edilmiştir<sup>60</sup>. Fahiş fiyatlarla mücadele noktasında şayet fahiş fiyatla sunulduğu ileri sürülen bir mal veya hizmete ilişkin fiyat tarifesinin bulunması durumunda, özellikle azami fiyatın üzerinde bir fiyatla mal ve hizmet sunan işletmelere karşı iş şartlarına uymama gerekçesiyle haksız rekabet hükümlerinin işletilmesi düşünülebilir.

### **B. Yasak ve En Yüksek Sınırı Aşan İşlemler (TTK m.1530/1)**

TTK'nın 1530(1). maddesi uyarınca “*Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanunu'nun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz.*” İş bu fıkra, öğretide nitelendirildiği biçimiyle “*yasak ve en yüksek sınırı aşan işlemler/sözleşmeler*”<sup>61</sup> veya “*en yüksek sınırı aşan ticari işlemler*”<sup>62</sup> açısından öngörülen yaptırımın, ticaret hukukundaki özel görünümünü düzenlemektedir. Fıkranın birinci cümlesinde ticari hükümlerle, yani TTK m.1/1 gereği TTK'daki hükümler ile bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümlerle yasaklanan işlemlerin batıl, yani “kesin hükümsüz” olduğu ifade edilmiştir. İkinci cümlede ise ticari hükümlerle belirlenen en yüksek sınırı aşan sözleşmeler açısından özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.

<sup>59</sup> Yarg. 11. HD, T.11.06.2020, E.2019/3681, K.2020/2817; 11.HD, T.07.10.2019, E.2018/5175, K.2019/6250; 11. HD, T.26.11.2018, E.2017/1916, K.2018/7379; 11. HD, T.19.9.2018, E.2017/368, K.2018/5633; 11. HD, T.28.5.2018, E.2016/12332, K.2018/3995; 11. HD, T.14.03.2018, E.2016/7458, K.2018/1947; 11. HD, T.23.11.2016, E.2015/11728, K.2016/9020; 11. HD, T.25.10.2016, E.2015/11653, K.2016/8407 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.03.2022).

<sup>60</sup> **Nomer Ertan**, s. 346.

<sup>61</sup> **Bozer/Göle**, s. 405; **Aslan**, s. 31.

<sup>62</sup> **Arkan**, s. 98.

Madde gerekçesinde iş bu maddeyle ticari hükümlerde belirlenen sınırların aşılması halinde, sınırı aşan sözleşmelerin tümüyle geçersiz kılınması yerine, sınırın aşıldığı tutar veya kısım ile sınırlı olarak kısmi geçersizlik öngörüldüğü ifade edilmiştir. Buna göre ticari hükümlerle yasaklanan bir konuda yapılan bir sözleşme, kanunla koyulan veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak yetkili bir makamın koyduğu bir azami haddi aşıyorsa tümüyle geçersiz değil, kısmen geçersiz olacaktır. Sözleşmenin en yüksek haddi aşan kısmının geçersiz olması, en yüksek haddin altında kalan kısmın da geçersizliğine yol açmamaktadır. Taraflar en yüksek haddi aşan edimleri geri alabilirlerse de TBK m.27/2'den farklı olarak geçersiz kısım olmadan o sözleşmeyi yapmayacaklarını ileri sürerek sözleşmeyi tümüyle geçersiz kılamazlar. TTK m.1530/1, ekonomik bakımdan zor olanların çıkarlarını korumak amacıyla kabul edilmiştir<sup>63</sup>. TTK m.1530/1'in amacının en yüksek haddi aşan sözleşmelerin alacaklısının, butlan yaptırımına başvurmak suretiyle işlem temelinin yokluğu korumasından istifade etmesinin önüne geçilmesi olduğu ifade edilmiştir<sup>64</sup>.

### III. FAHİŞ FİYATLARLA MÜCADELE KAPSAMINDA TTK'-NİN UYGULANABİLİRLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Fahiş Fiyatlarla Mücadele Kapsamında Haksız Rekabet Hükümlerinin Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi

Haksız rekabetin fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında uygulanıp uygulanamayacağı konusunda ilk değerlendirilmesi gereken husus, bu mücadelenin uğruna verileceği hedef kitle açısından uygulanabilirliğidir. Haksız rekabet de dâhil olmak üzere TTK hükümlerinin tacirler arasındaki hukuki ilişkilere, örneğin ticari işletme niteliğindeki üretici, toptancı, perakendeci gibi birimler arasındaki sözleşmelere uygulanacağı kuşkusuzdur. Dolayısıyla hedef kitle açısından asıl tartışılması gereken, tüketiciler ile tacir olmayanlar açısından uygulanabilirliktir. Birinci bölümde incelendiği üzere fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında yapılan yasal ve idari düzenlemeler, ağırlıkla tüketici hukuku bağlamında şekillendiğinden hâlihazırda tüketiciler fahiş fiyatlara karşı korunmaktadır. Bu bölümde tüketicilerin anılan düzenlemelere ek olarak TTK uyarınca da korunabilip korunamayacağı, fahiş fiyatlarla mücadeleye TTK uyarınca da katkı verilip verilemeyeceği incelenmektedir. Tacir olmayanlar açısından ise bu kişilerin tüketici olmaması halinde tüketici

<sup>63</sup> Arkan, s. 99.

<sup>64</sup> Karaahmetoğlu, İsmail Özgün: "TTK M. 1530/1 Bağlamında Ticari Hükümlerle Yasaklanmış İşlemler", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı 2, 2021, s. 569.

hukuku bağlamındaki korumadan yararlanamayacak olmaları sonucu, fahiş fiyatlarla mücadelede TTK'nın devreye girebilmesi önem arz edecektir. Hedef kitleye ek olarak, fahiş fiyat örneği özelinde haksız rekabet hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı sorusuna da yine bu bölümde yanıt aranmaktadır. Zira fahiş fiyatların TTK m.54 vd. hükümleri uyarınca haksız rekabete vücut vermemesi durumunda, fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında TTK'daki bu enstrümandan yararlanılamayacaktır.

## **1. Hedef Kitle Açısından Uygulanabilirlik**

### ***a. Tüketiciler Açısından Uygulanabilirlik***

İlk olarak TTK'daki haksız rekabet hükümlerinin tüketicinin taraf olduğu işlemler açısından uygulanıp uygulanamayacağı ortaya konulmalıdır. Bu soruya olumlu yanıt verildiği takdirde tüketiciler, kendilerine fahiş fiyatla mal veya hizmet sunan işletmelere karşı haksız rekabet hükümleri uyarınca taleplerde bulunabileceklerdir. Öncelikle 6762 sayılı TTK'nın haksız rekabet hükümleri arasında tüketiciyi koruyucu haksız rekabet halleri bulunmamaktaydı. 6102 sayılı TTK'da ise tüketiciyi koruyucu birtakım haksız rekabet hallerine yer verilmiş, böylece tüketicinin haksız rekabet kurallarıyla da korunması düşüncesi kabul edilmiştir. Buradan hareketle tüketici mevzuatına ek olarak, TTK'nın da tüketicilere yönelik haksız rekabet niteliğindeki davranışlar karşısında kullanılmaya elverişli olduğu söylenebilir<sup>65</sup>. İlaveten, yine 6762 sayılı TTK'nın aksine, 6102 sayılı TTK'da haksız rekabetin yalnızca rakipler arasında değil, aralarında rekabet ilişkisi bulunmasa dahi işletmeler ile müşterileri arasında gerçekleşebileceği kabul edilmiştir. Bu doğrultuda müşterilerin, dolayısıyla tüketicilerin<sup>66</sup> de haksız rekabet hükümlerinin konusu olması mümkündür. Bir tarafının tüketici olması nedeniyle tüketici işlemi olarak değerlendirilen işlere uygulanacak hükümler, bu işlerden doğan uyuşmazlıkların görüleceği mahkemeler gibi sorunlar dikkate alındığında TTK hükümlerinin tüketici işlemlerine uygulanması konusunun tartışmalı

---

<sup>65</sup> Öğretide Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde sayılan uygulamaların büyük çoğunluğunun aynı zamanda TTK m.55'de sayılan haksız rekabet hallerine de örnek teşkil ettiği, TTK m.55'de sayılan hallere dâhil edilmeyen uygulamaların ise haksız rekabet teşkil edip etmeyeceğinin TTK m.54/2 çerçevesinde tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 365.

<sup>66</sup> Haksız rekabet açısından kanun koyucu, "tüketici" kavramı yerine "müşteri" kavramını bilinçli bir biçimde tercih etmiştir. Tüketici kavramının içeriği, müşteri kavramından daha dar olmakla birlikte, müşteri kavramı tüketiciyi de içine almaktadır. **Nomer Ertan**, s. 93-94. Haksız rekabetin yöneldiği hedef kitle arasına tüketicilerin de dâhil edilmesi sonucu, tüketiciler de haksız rekabet kurallarının muhatabı olabileceklerdir.

olduğunu<sup>67</sup>, ancak teorik de olsa TTK m.54 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulabileceğini belirtmekle yetiniyoruz.

### ***b. Tacir Olmayanlar Açısından Uygulanabilirlik***

Tartışılması gereken diğer husus, haksız rekabet hükümlerinin tacir olmayanlara uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bu soruya olumlu yanıt verildiği takdirde esnaf, dernekler gibi tacir sıfatı bulunmayan gerçek veya tüzel kişileri konu edinen fahiş fiyat iddiaları karara bağlanabilecek, böylece fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında tüketici sıfatını haiz olmayan diğer kişiler de haksız rekabet hükümlerince korunabilecektir. Hâlihazırda tüketicilere yönelik düzenlemelerin bulunduğu düşünüldüğünde, esasen fahiş fiyatlarla mücadeleye TTK'nın katkı yapabileme ihtimali de tam bu noktadadır. Tacir olmayanların durumu açısından adi iş - ticari iş ayrımı belirleyici olmaktadır. Öğretide bir görüş TTK'nın sadece ticari işlerden doğan haksız rekabet hallerine uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>68</sup>. Buna karşılık, bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise haksız rekabet oluşturabilmesi için eylemin ticari iş niteliğinde olmasının veya tacirler tarafından yapılmasının zorunlu olmadığını, bu nedenle TTK'nın m.54 vd. hükümlerinin adi işlere de uygulanabileceğini kabul etmektedir<sup>69</sup>. Yargıtay'ın geçmişte her iki görüşe de uygun kararları bulunmakla birlikte<sup>70</sup>, HGK'nın verdiği bir kararın<sup>71</sup> ardın-

<sup>67</sup> Konuyla ilgili olarak bkz. **Narbay**, Şafak/**Akkuş**, Muhammet: “Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş-Tüketici İşlemi Ayrımı”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 823-881; **Bahtiyar**, Mehmet/**Biçer**, Levent: “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 395-436; **Ufuk**, Tekin: Tüketicilerin Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

<sup>68</sup> **Bahtiyar**, s. 177; **Dinç**, s. 23; **Uzun Şenol**, s. 30.

<sup>69</sup> **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 344; **Arkan**, s. 349; **Bozer/Göle**, s. 236; **Şener**, s. 589; **Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 366-369; **Kayıhan**, Şaban: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 252-253. Bu durum karşısında bazı yazarlar, adi işlere ilişkin haksız rekabeti düzenleyen TBK m.57 hükmünün uygulama alanının kalmadığını, hatta fiilen yürürlükten kalktığını ileri sürmüşlerdir. **Berzek**, s. 82; **Eryürek**, s. 34.

<sup>70</sup> Haksız rekabet hükümlerinin adi işlere uygulanamayacağı yönünde bkz. Yarg. 11. HD, T.15.05.1989, E.1988/2889, K.1989/2929 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.03.2022), Yarg. 11. HD, T.07.06.2007, E.2006/929, K.2007/8748 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.03.2022)). Haksız rekabet hükümlerinin tüm işlerle uygulanabileceği yönünde bkz. Yarg. 11. HD, T.21.02.2010, E.2008/9072, K.2010/591 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.03.2022).

<sup>71</sup> Yarg. HGK, T.11.12.2018, E.2017/117, K.2018/1833 (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.03.2022).

dan TTK'daki haksız rekabete ilişkin hükümlerin adi işlere de uygulanabileceği noktasında herhangi bir belirsizliğin kalmadığı savunulabilir. Şu halde şayet fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında haksız rekabet hükümlerinden yararlanılabilecekse, bu bağlamda herhangi bir uygulama alanı sorunu da yaşanmayacaktır.

## 2. Fahiş Fiyatlar Özelinde Uygulanabilirlik

Yukarıda haksız rekabet hükümlerinin gerek tüketicilerin, gerekse tacir olmayan diğer kişilerin tarafını oluşturduğu hukuki işlemler kapsamında uygulanabileceği sonucuna ulaşılmıştı. Bununla birlikte, söz konusu hükümlerin uygulama alanı bulabilmesi için fahiş fiyatların haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı hususu da netleştirilmelidir. Öncelikle serbest piyasa ekonomilerinde bir mal veya hizmetin fiyatının artırılması, fiyat artışının ardında pek çok haklı sebep olabileceğinden başlı başına haksız rekabete yol açmaz. TTK da bu noktadan hareket etmiş ve sadece fiyat artırarak veya azaltarak mal ve hizmet sunulmasına, başka bir deyişle salt fiyatlarda gerçekleşen değişimlere doğrudan bir sonuç bağlamamıştır<sup>72</sup>. Dolayısıyla fiyatların fahiş olması, TTK m.54/2 kapsamında başlı başına bir haksız rekabet hali oluşturmaz. Şu halde fahiş fiyatların haksız rekabet oluşturabilmesi için TTK m.55'de sayılan hallerden birine dâhil olması gerekmektedir<sup>73</sup>. İkinci bölümde incelendiği üzere TTK m.55'de pek çok haksız rekabet örneği sayılmışsa da fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında gündeme gelebilecek haksız rekabet halleri arasında dürüstlük kuralına aykırılık ile iş şartlarına uymama öne çıkmaktadır. Bu doğrultuda haksız rekabete vücut verebilmesi için fahiş fiyat artışları, ya dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde yapılmalı ya

<sup>72</sup> **Kesici**, Buğra/**Sorgun**, Furkan: Covid-19 Döneminde Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilir? *Lexpera* 08.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-doneminde-gerceklesen-fiyat-artistarina-rekabet-ve-haksiz-rekabet-hukuku-enstrumanlari-ile-ne-sekilde-mudahale-edilebilir/> (Erişim Tarihi: 15.06.2022).

<sup>73</sup> Bazı yazarlarca tek başına girdi maliyeti ve döviz kuru artışı gibi fiyat değişimlerinden etkilenmek suretiyle mal ve hizmetler hakkında fiyat belirlemenin haksız rekabet oluşturmayacağı, zira serbest ticaret ve rekabet özgürlüğünün kabul edildiği ekonomi ve hukuk sistemlerinde her işletmenin mal ve hizmetlerinin fiyatını belirlemede özgür olduğu haklı olarak vurgulanmıştır. Bu nedenle fiyata ilişkin eylemin haksız rekabet olarak nitelendirilebilmesi için başkaca faktörlere ihtiyaç olduğu, örneğin ilgili mal veya hizmete ilişkin bir fiyat teklifi sunulması veya reklamlarda fiyatın gösterilmesine rağmen gerçek satış fiyatının farklı olması (yani reklam veya ilanlarda yer alan fiyat ile satış fiyatının farklı olması) ya da fiyata ilişkin genel olarak gerçek dışı açıklamalarda bulunulması halinde bunun haksız rekabet teşkil edebileceği ileri sürülmüştür. **Eryürek**, s. 111-112.



da tüm iş hayatını kapsayan ve rakipler için de geçerli olan iş şartlarına aykırılık oluşturmaktadır.

#### ***a. Dürüstlük Kuralına Aykırılık Nedeniyle Haksız Rekabet Açısından***

TTK m.55/1-(a)'da düzenlendiği biçimiyle dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle haksız rekabet, kural olarak fiyatlara ve fiyatlama davranışlarına etki edebilecek nitelikte bir müessesedir. İş bu maddedeki (1), (2), (5) ve (6) nolu alt bentlerde açıkça “*fiyat*” ibaresinin zikredilmesi de bunun bir göstergesidir. Gerçekten (1), (2) ve (5) nolu alt bentlerin, fahiş fiyatları konu etmesi mümkündür. Mesela TTK m.55/1-(a)-(1) uyarınca rakiplerin fahiş fiyatla mal veya hizmet sattıklarının ya da “vurguncu”, “soyguncu” yahut “fırsatçı” olduklarının ima veya iddia edilmesi, yanlış veya yanıltıcı bir beyan oluşturabilir. Hatta rakiplerin fiyatlarını fahiş olarak nitelendirmek bile gereksiz yere incitici bir kötülelemeye vücut verebilir. İlaveten, TTK m.55/1-(a)-(2) kapsamında kişinin uyguladığı fahiş olabilecek fiyatların, fahiş olmadığına dair yanlış veya yanıltıcı beyanları suretiyle bir algı yaratılması, bu suretle kişinin kendisini veya üçüncü bir kişiyi rekabette avantajlı duruma getirmesi haksız rekabete yol açabilir. Yine TTK m.55/1-(a)-(5) kapsamında kişinin yanlış veya yanıltıcı bir biçimde kendi veya üçüncü bir kişinin mallarının fiyatının makul veya ucuz olduğunu beyan etmek suretiyle kendisini ya da üçüncü bir kişiyi rekabette ön plana çıkarması, rakiplerin mallarının fiyatıyla karşılaştırma yaparak onların fiyatının fahiş olduğunu ima etmesi, böylece rakiplerini kötülelemesi veya onların tanınmışlığından yararlanması haksız rekabet oluşturabilir.

İş bu alt bentlerdeki durumlar detaylı incelendiğinde kişi, ya rakiplerinin mal veya hizmetlerinin fiyatının fahiş olduğu gerekçesiyle onları kötülemekte ya da kendisinin veya üçüncü bir kişinin mal veya hizmetlerinin fiyatlarının ucuz ya da makul olduğu gerekçesiyle kendisini veya üçüncü bir kişiyi rekabette öne çıkarmaktadır. İlk durumda yanlış veya yanıltıcı beyanların konusu rakiplerin mal ve hizmetleriyken, ikinci durumda ise kişinin kendisinin veya üçüncü bir kişinin mal ve hizmetleridir. Haksız rekabet oluşturan beyanların yanlış veya yanıltıcı olması koşulu arandığından, ilk durumda aslında ortada fahiş fiyat bulunmamaktadır. Zira fiyatların gerçekten fahiş olması halinde ortada yanlış bir beyan bulunmayacağına göre haksız rekabetten söz etmek de zorlaşacaktır<sup>74</sup>. Bu nedenle ilk durum kapsa-

<sup>74</sup> Yapılan beyanların “yanlış” olup olmadığının tespiti bakımından yegâne ölçüt, açıklamanın gerçeklerle bağdaşıp bağdaşmadığıdır. **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 352. Buradan hareketle, fiyatların hakikaten fahiş olması durumunda ortada yanlış bir beyan bulunmayacağı için haksız rekabet de söz konusu olmayacaktır.

mında fahiş fiyatlarla mücadele etmenin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. İkinci durumda ise kişi esasen kendisinin veya üçüncü bir kişinin mal veya hizmetlerinin ucuz olduğu konusunda yanlış veya yanıltıcı açıklamalar yapmakta olduğundan, son tahlilde rakiplerinin fiyatlarının fahiş olup olmaması sonucu değiştirmemektedir. Zira burada kişi, kendi veya üçüncü bir kişinin fiyatları hakkında yanlış veya yanıltıcı beyanlara başvurduğundan, rakiplerin fiyatları gerçekten fahiş olsa bile, asıl belirleyici olan rakiplerin fiyatlarının seviyesi değil, kişinin kendi veya üçüncü bir kişinin fiyatları hakkındaki beyanlarının yanlış veya yanıltıcı olmasıdır. Durum böyle olunca haksız rekabette doğan davaların konusunu da davacının uyguladığı ileri sürülen fahiş fiyatlar yerine, davalının yanlış veya yanıltıcı beyanları oluşturacağından, bu durumun fahiş fiyatlarla mücadeleye herhangi bir katkısı olmayacağı açıktır. Dolayısıyla (1), (2) ve (5) nolu alt bentlerin fahiş fiyatlardan ziyade yanlış ve yanıltıcı beyanları önlemeye çalıştığı, bu nedenle bu alt bentler uyarınca fahiş fiyatlarla mücadele edilemeyeceği ileri sürülebilir.

(6) nolu alt bent ise ilk bakışta fiyatlar ve fiyatlama davranışlarıyla ilgili gibi bir düzenlememiş gibi görünse de daha çok aldatıcı nitelikte bir hareketi yasaklamaktadır. Bu hüküm kapsamında fahiş fiyatlardan ziyade, tedarik fiyatı altında yapılan satışlar konu edilmektedir. Hükümde satıcının uyguladığı fiyatların, malın tedarik fiyatının altında olması şartı arandığından, satıcı fahiş fiyat uyguladığı sürece zaten teknik olarak bu alt bendin kapsamına giren bir durum söz konusu olmayacaktır. Burada belki satıcı, ilk etapta tedarik fiyatı altında satış yaparak müşterilerini avladıktan sonra diğer malları için müşterilerine fahiş fiyat uygulayabilir, göstermelik ile aldatılan müşteriler de böylece istedikleri ürünler yerine, satıcının fahiş fiyatlı mallarını almaya yönlendirilebilir. Bununla birlikte, hükmün uygulanabilmesi için müşterilerin fahiş fiyatlı malları satın alması gerekmektedir. Burada müşterilerin almak istediği veya ilgilendiği mal, fahiş fiyata konu olan değil, tedarik fiyatı altında satışa sunulan maldır. Yani müşteriler, bu eylem neticesinde istedikleri malı satın alamamaktadır. Bu nedenle müşterilerin şikâyet edeceği asıl hususun fahiş fiyatlar yerine, istedikleri malı temin edememek olduğu söylenebilir. Bu hususlar gözetildiğinde (6) nolu alt bendin de fahiş fiyatlarla doğrudan bir ilgisinin bulunmaması sonucu fahiş fiyatlarla mücadele için elverişli olmadığı söylenebilir.

### ***b. İş Şartlarına Uymama Nedeniyle Haksız Rekabet Açısından***

TTK m.55/1-(e) uyarınca iş şartlarına uymamadan söz edilebilmek için her şeyden önce ortada bir iş şartının bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda fahiş fiyat artışlarını yasaklayan mevzuattaki hükmün, TTK uyarınca

bir iş şartı oluşturup oluşturmadığı tespit edilmelidir. İlk bölümde incelendiği üzere 7244 sayılı Kanunla 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanuna eklenen Ek 1/1. madde, “*Üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş artış yapılamaz.*” hükmüne amirdir. Öğretide aksi görüşe<sup>75</sup> rastlanmakla birlikte, kanaatimizce serbest piyasa ekonomilerinde fiyatın arz ve talebe göre şekillenmesi karşısında fiyatlama davranışlarına ilişkin ekonominin tüm sektörlerini ilgilendiren, genel geçer bir iş şartından bahsedilemez. Mevcut düzenlemenin adeta “fiyatlarda fahiş artış yapmak yasaktır” mealinde basit ve muğlak bir kural niteliğinde olması nedeniyle somut bir iş şartı olabilmekten çok uzak olduğu ileri sürülebilir<sup>76</sup>. Dolayısıyla fahiş fiyatların, mevcut iş şartlarına uymama hallerinden birinin kapsamına girip girmediğine bakılmalıdır. Bu noktada fiyat tarifelerine aykırılık gündeme gelmektedir. İkinci bölümde incelendiği üzere esnaf ve tacirler için olan azami fiyat tarifelerinde öngörülen fiyatların altında bir fiyat belirlenmesi, Yargıtay’a göre iş şartlarına uymama nedeniyle haksız olarak değerlendirilmektedir.

Yargıtay’ın önüne gelen uyuşmazlıklar kapsamında fiyat tarifesine aykırılık, genel olarak tarifedeki azami hadlerin üzerinde değil, altında bir fiyat belirlenmesi şeklinde gerçekleşmiştir. Bu doğrultuda Yargıtay’ın esasen tarifede belirtilenden daha yüksek fiyatlara değil, daha düşük fiyatlara müdahale ettiği görülmektedir. Azami fiyat tarifesinde belirlenen fiyatların altında bir fiyat belirlenmesi, Yargıtay’a göre iş şartlarına uymama olsa bile fahiş fiyatlara yol açmaz. Fahiş fiyat, ancak azami bir fiyat tarifesinde belirlenen en yüksek haddin üzerinde bir fiyat olabilir. Nitekim tarifedeki azami haddin altında belirlenen bir fiyatın fahiş olduğunu ileri sürmek mantıken mümkün değildir. Tarifede öngörülen en yüksek haddin üzerindeki her fiyat fahiş fiyat anlamına gelmese de uygulanan fiyatın en azından azami haddin üzerinde olması, o fiyatın fahiş olabilmesinin ön koşuludur. Dolayısıyla fahiş fiyattan söz edebilmek için uygulanan fiyatın, tarifedeki azami hadlerin üzerinde

<sup>75</sup> 7244 sayılı Kanunla fahiş fiyat artışının sınırlanmasına yönelik getirilen kuralın bizatihi kendisinin tüm muhataplar nezdinde uyulması gereken bir iş şartı niteliği taşıdığını, bunun ihlalinin TTK m.55/1-(e) çerçevesinde haksız rekabet teşkil edebileceği görüşü için bkz. **Karasu, Rauf/Özdemir, Semih** Sırrı: “Fahiş Fiyata İlişkin Sınırlamalar ve Aykırılığın Ticaret Hukuku Açısından Sonuçları”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXVI, Sayı 3, 2022, s. 16.

<sup>76</sup> Öğretide genel kanunlara ve yönetmeliklere aykırı davranmanın kapsamının çok geniş olduğu, bunun TTK m.55/1-(e)’de sayılan iş şartlarına uymama hali içinde kabul edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. **Poroy/Yasaman**, s. 437. Buradan hareketle, fahiş fiyat artışı yapmanın da bir iş şartı olduğunu ileri sürmek zordur.

olması gerekmektedir. İlâveten, öğretide Yargıtay'ın iş şartlarını geniş yorumladığı ve mehaz mevzuatın aksine<sup>77</sup> sadece iş hukuku mevzuatını değil, diğer mevzuat ihlallerini de iş şartına uymama olarak değerlendirdiği ifade edilmektedir<sup>78</sup>. Bu açıdan fahiş fiyat artışı yapmayı, fiyat tarifelerine aykırılık nedeniyle iş şartlarına uymama olarak değerlendirmek bir yana, fiyat tarifelerine aykırılığı iş şartlarına uymama olarak nitelendirmek bile başlı başına eleştiriye açıktır.

Ek olarak, fiyat tarifelerine aykırılık nedeniyle iş şartlarına uymamanın söz konusu olabilmesi için öncelikle bahse konu mal veya hizmet için geçerli bir fiyat tarifesinin bulunması zorunludur. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kendi kuruluş kanunlarından aldığı birtakım yetkilerle hazırladıkları resmi bir fiyat tarifesinin bulunmaması durumunda, iş şartlarına uymama nedeniyle haksız rekabetten de söz edilemeyecektir. O halde şayet fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında TTK m.55/1-(e)'den yararlanılabilecek olsa bile yalnızca fiyat tarifesine tabi mal ve hizmetler açısından söz konusu madde işletilebilecek, buna karşın herhangi bir fiyat tarifesinin bulunmadığı diğer mal ve hizmetler için adı geçen hüküm uygulama alanı bulamayacaktır. Hâlbuki fahiş fiyatların asıl problem oluşturduğu mal ve hizmetler; başta meyve ve sebze çeşitleri ya da un, şeker, bakliyat ürünleri gibi temel gıda maddeleri olmak üzere fiyat tarifelerine konu olmayan mal ve hizmetlerdir. Nitekim fiyat tarifelerinin bulunması durumunda fiyatlar zaten belli bir ölçüde devlet kontrolünde olacağından, tarifede belirlenen fiyatlar, ne kadar yüksek olursa olsun fahiş fiyat olarak nitelendirilmeyecektir<sup>79</sup>. Sonuç olarak iş şartlarına uymama nedeniyle haksız rekabetin de fahiş fiyatlarla mücadelede genel olarak elverişli bir mekanizma olmadığı sonucuna varılabilir.

## **B. Fahiş Fiyatlarla Mücadele Kapsamında TTK m.1530/1'in Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi**

Esasen TTK m.1530/1, özel olarak fiyatları konu etmeyip, fiyatlara ilişkin olsun veya olmasın sözleşmelerdeki en yüksek sınırların akıbetini

<sup>77</sup> Mehaz İsviçre hukukundaki Haksız Rekabete Karşı Federal Kanununun 7. maddesinde geçen "iş şartları" (*Arbeitsbedingungen*) kavramıyla, işçilerin çalışma hayatına ilişkin şartlar ya da iş hukukuna ilişkin şartlar kastedilmektedir. **Jung/Spitz**, s. 831-836.

<sup>78</sup> **Nomer Ertan**, s. 339; **Özkan**, s. 145.

<sup>79</sup> Mal ve hizmetlerin fiyatlarının kamu kuruluşlarınca belirlendiği durumlarda ilgili düzenlemelere uyulması kaydıyla yapılan fiyat artışlarının fahiş fiyat artışı olarak değerlendirilemeyeceği, bu tür düzenlemelerin bir hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu görüşü için bkz. **Söyler**, s. 479.

düzenlemektedir. Bununla birlikte, en yüksek sınırın fiyatlara ilişkin olması durumunda, ilgili fiyatın üzerinde belirlenen fiyatlar açısından TTK m.1530/1 uygulama alanı bulabilir. Bir mal veya hizmetin fiyatı usulüne uygun ve emredici bir şekilde resmi makamlarca belirlenmişse, belirlenen fiyatın üzerinde satılması halinde bu satışın, resmen tespit ve ilan edilen fiyat üzerinden yapıldığı varsayılacaktır<sup>80</sup>. En yüksek haddi aşan fiyat, fahiş fiyat anlamına gelmesi de en yüksek sınırı aşan sözleşmelerin kanunen bu sınır üzerinden yapılmış sayılacağı düşünüldüğünde, en yüksek sınır üzerinde kalan “fahiş kısım” engellenebilecek, bu vesileyle fahiş fiyatlarla mücadele edilebilecektir. Bu açıdan TTK m.1530/1, ilk bakışta fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında yararlanılabilecek bir hükme benzemektedir. Öte yandan, TTK m.1530/1’in uygulanabilmesi için evvela mal ve hizmetlerin fiyatlarına ilişkin en yüksek sınırın belirlenmesi şarttır. Başka bir deyişle, TTK m.1530/1 uyarınca en yüksek sınırın, kanunen veya yetkili makamlar tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Bu ise serbest piyasa ekonomilerinde ya hiç gerçekleşmeyen ya da sınırlı durumlarda söz konusu olan bir durumdur. Zira serbest piyasa ekonomilerinde fiyatlar, resmi merciler tarafından belirlenmemektedir. Serbest piyasada fiyatların arz ve talebe bağlı olarak piyasa katılımcıları tarafından belirlenmesi durumunda ise TTK m.1530/1 anlamında en yüksek sınırdan söz edilemeyeceğinden, anılan hüküm uygulama alanı bulmayacaktır.

TTK m.1530/1’de en yüksek sınırın, kanunen veya yetkili makamlarca ne zaman veya hangi hallerde belirleneceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. 6102 sayılı TTK’nın 1530. maddesini karşılayan 6762 sayılı TTK’nın 1466. maddesinin gerekçesinde, devlet tarafından en yüksek sınır koyulabilecek durumlara örnek olarak “savaş”, “olağanüstü haller” ve “ekonomik sebepler” gösterilmiştir<sup>81</sup>. Benzer biçimde öğretide de TTK m.1530/1

<sup>80</sup> **Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan/**Özboyacı**, Alper: Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, Dora Yayınevi, Bursa 2022, s. 105.

<sup>81</sup> Madde gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir: “*Gerek harb ve fevkalade hâllerde, gerekse iktisadi bir takım sebeplere, nizam altında tutulmak, bilfarz bir narha tabi tutulmak lazımlı gelen akıtlarla butlan hükmününün mutlak şekilde tatbiki, korunmak istenen kimselerin menfaatlerine asla uygun düşmez. Bu bakımından bir akit uyarınca yerine getirilecek edalar mesela teslim dilecek mallar veya ödenecek paralar hakkında en yüksek bir had tespit edilmiş bulunmasına rağmen bu haddi aşkın olarak yapılan akıtlardaki edaların ancak haddi aşan kısmının hükümsüz sayılması ve fakat en yüksek had koymayı derpiş ederek varmak istediği koruma gayesine uygundur. İkinci cümle bu hükmü, bu esas belirlemek üzere konulmuştur.*” Madde gerekçesinde her ne kadar açıkça fiyatlara atıfta bulunulmamış ve yalnızca “akıtlere” gönderme yapılmışsa da “narha tabi tutulmak” ibaresine yer verilmiştir. TDK Sözlüğünde narh, “*Tüketiciyi korumak amacıyla, özellikle temel ihtiyaç maddeleri için resmî makamlarca belirlenen ve her yerde geçerli olan*

uyarınca fiyatlara ilişkin en yüksek sınırı; özellikle savaş, ekonomik kriz, doğal afet gibi olağanüstü koşullarda veya ortamlarda belirlenebileceği ifade edilmiştir<sup>82</sup>. Buradan hareketle, şayet fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında TTK m.1530/1 hükmünden yararlanılabilecek olsa bile söz konusu maddenin uygulama alanının olağanüstü koşullarla sınırlı kalacağı, normal zamanlarda uygulanma kabiliyetinden yoksun olacağı, bu nedenle fahiş fiyatlarla mücadelede bu hükümden etkin olarak yararlanılamayacağı ileri sürülebilir. Yine hedef kitle tartışması TTK m.1530/1 açısından da geçerli olup, iş bu hükmün yalnızca ticari işler için mi, yoksa tüm işler için mi uygulanacağına dair farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretide bir görüşe göre TTK m.1530/1, yalnızca ticari hükümler çerçevesinde tespit edilen ticari işler açısından uygulama bulabilir<sup>83</sup>. Buna karşın, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise TTK m.1530/1, adi işlere de kıyasen uygulanabilecek niteliktedir<sup>84</sup>. Madde gerekçesinde olağanüstü hallerin zikredilmesi, anılan maddenin uygulama alanının sadece ticari işlerle sınırlı olmadığını göstermekte olup, toplumun genelinin bahsi geçen durumlarda korunabilmesi için en yüksek hadlerin ticari iş olup olmadığına bakılmaksızın tüm işler için belirlenmesi gerekmektedir<sup>85</sup>.

### **C. Fahiş Fiyatlarla Mücadele Kapsamında TTK'yu Uygulayacak Mercii**

Hedef kitlenin ve mücadelede kullanılacak enstrümanların incelenmesinin ardından, fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında TTK'ya başvurulması durumunda TTK'daki hükümleri kimin uygulayacağı konusu gündeme gelecektir. Bu noktada “kamu uygulaması” ve “özel hukuk uygulaması”

---

*fiyat*” olarak tanımlanmıştır. Kaynak: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 14.06.2022). Dolayısıyla fiyatlara ilişkin olarak en yüksek hadlerinin belirlenmesi durumunda da bu sınırı aşan edimler açısından TTK m.1530/1 uygulama alanı bulabilecektir.

<sup>82</sup> **Arkan**, s. 99; **Aslan**, s. 32; **Berzek**, s. 31; **Karaahmetoğlu**, s. 569.

<sup>83</sup> **Karaahmetoğlu**, s. 572 dpn.18'de zikredilen yazarlar; **Bozer/Göle**, s. 406; **Arkan**, s. 98.

<sup>84</sup> **Karaahmetoğlu**, s. 572 dpn.19'da zikredilen yazarlar.

<sup>85</sup> Örneğin ülkemizde Covid-19 salgının etkilerinin en yoğun hissedildiği dönemlerden biri olan Mayıs 2020 tarihinde Ticaret Bakanlığı tarafından cerrahi maskelerin adet fiyatı 1 TL ile sınırlandırılmış ve bu fiyat üzerinden yapılacak satışların fahiş fiyat olarak değerlendirileceği belirtilmiştir Kaynak: <https://ticaret.gov.tr/haberler/cerrahi-maskelerin-satisina-iliskin-basin-aciklamasi> (Erişim Tarihi: 14.09.2022). Bu durumda ilgili dönemde 1 TL'den fazla bir fiyatla üretici veya toptancılar ile perakendeciler arasındaki satışlar kadar, tüketicilere yapılan satışlar açısından da TTK m.1530/1, şayet diğer şartlar da yerine getirilmişse uygulanmalıdır.

şeklinde bir ayırım karşımıza çıkmaktadır. Kamu uygulamasında bir kamu kuruluşu (idari otorite), ilgili mevzuata aykırı fiilleri incelemekte ve soruşturmakta, mevzuatı ihlal edenlere kamu adına kanunda öngörülen idari yaptırımları uygulamaktadır. Örneğin bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan Rekabet Kurulu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca rekabet ihlallerini kamu adına soruşturmak ve iş bu kanunu ihlal eden teşebbüsler için öngörülen idari para cezaları ile diğer tedbirleri uygulamakla görevli ve yetkilidir (m.27/1-(a)). Buna karşılık, özel hukuk uygulamasında ise ilgili mevzuatın ihlalden zarar görenlerin, uğradıkları zararların tazmini için zarar verenlere karşı adli yargıda açacağı tazminat davaları kapsamında mevzuatın uygulanması söz konusudur. Örneğin marka hakkına tecavüz durumunda, marka hakkı ihlal edilen kişi veya kişilerin açacağı tazminat davası kapsamında 6769 sayılı Sınâi Mülkiyet Kanununun hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu dava kapsamında davacının fikri mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediğini tespit edecek ve ihlal halinde tazminata hükmedecek merci ise Türk Patent ve Marka Kurumu gibi idari bir otorite değil, mahkemeler olacaktır.

Kamu uygulaması ve özel hukuk uygulaması ayırımında haksız rekabet, özel hukuk uygulaması kapsamına girmektedir. Bu bağlamda haksız rekabet oluşturan eylemleri kamu adına soruşturan bir kamu kuruluşu bulunmamakta olup, haksız rekabetten zarar görenlerin adli yargıda açacağı haksız rekabetin tespiti, önlenmesi, ortadan kaldırılması veya tazminat istemli davalar aracılığıyla TTK somut olayda tatbik edilecektir. Fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinden hareket edildiği takdirde, süreç haksız rekabetten zarar gören rakipler, müşteriler veya tüketicilerin açacağı bireysel davalar (tüketici örgütlerinin açacağı davalar hariçinde) üzerinden ilerleyecek ve kamu adına bir mücadele verilemeyecektir<sup>86</sup>. Yine TTK m.1530/1 uyarınca en yüksek haddin üzerindeki kısımların iade edilmesine dair taleplerin de dava yoluyla ileri sürüldüğü hallerde benzer bir durum söz konusu olacaktır. Hâlbuki tüketicileri konu alan fahiş fiyatları

<sup>86</sup> Mehaz İsviçre hukukunda 1943 tarihli mülga Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanunda ve 6762 sayılı TTK'da tüketicilerden açıkça söz edilmemekle birlikte "müşteri" kavramının tüketicileri de kapsayacak şekilde yorumlanması sonucu, Alman hukukundan farklı olarak tüketicilerin de ekonomik menfaatlerinin zarar görmesi halinde bireysel olarak dava açma hakkına sahip olacakları ileri sürülmekteydi. Buna karşın, gerek İsviçre, gerekse Türk hukukunda müşteriler ya da tüketiciler tarafından açılan haksız rekabet davalarına rastlanılmamaktadır. Buradan hareketle öğretide, müşteri ya da tüketicilerin, münferit olarak haksız rekabetle mücadelede aktif bir role sahip olmadıkları öne sürülmüştür. **Güven**, Şirin: Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, Adalet Yayınları, Ankara 2012, s. 26.

incelemek ve fahiş fiyat artışı yapmak suretiyle mevzuatı ihlal eden işletmeleri cezalandırmak yetkisi, bir idari otorite olan HFDK'ya verilmiştir. Fahiş fiyatlardan zarar görenlerin TTK m.54 vd. ve TTK m.1530/1 hükümleri uyarınca açacağı bireysel davalar suretiyle fahiş fiyatlara karşı Türkiye genelinde yeknesak ve topyekûn bir mücadele verilebilmesinin zorluk arz edeceği aşikâr olup, kanaatimizce bu süreçte kamu kuruluşlarının soruşturulan ve mevzuatı ihlal edenlere karşı idari yaptırımların uygulandığı kamu uygulamasının daha etkili sonuçlar vereceği ileri sürülebilir.

#### **D. Fahiş Fiyatlarla Mücadele Kapsamında TTK'da Uygulanacak Yaptırımlar**

Son olarak fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında fahiş fiyat artış yapanlara karşı TTK uyarınca uygulanabilecek yaptırım da incelenmelidir. Bilindiği üzere TTK, özel hukuk karakterli hukuk kuralları içermektedir. TTK'da yer alan hükümlerin bir kısmı emredici nitelikteyken, önemli bir kısmı da tamamlayıcı (yedek) niteliktedir. Kaldı ki emredici olsa bile TTK hükümlerinin ihlali halinde uygulanacak yaptırım da çoğu zaman butlan veya iptal edilebilirlik olup, TTK kapsamında hapis veya idari para cezası yaptırımlarına nadiren rastlanmaktadır<sup>87</sup>. Şayet TTK uyarınca fahiş fiyatlarla mücadele edilecekse, geçersizlik yaptırımının bu mücadeleye ne ölçüde katkıda bulunacağı tartışmalıdır. Fahiş fiyatla mal ve hizmet satanlar açısından geçersizlik yaptırımı, somut olayda fahiş fiyatla yapılan sözleşmenin kısmen geçersizliğine (örneğin TTK m.1530/1 uyarınca belirlenen en yüksek haddi aşan kısmın geçersizliğine) yol açabilecekse de bu tarz bir yaptırımın fahiş fiyatları önlemek noktasında caydırıcılık işlevi görmekten uzak olduğu ileri sürülebilir. Hal böyle olunca fahiş fiyatlarla TTK uyarınca etkili bir mücadele verilmesi mümkün olmayabilir. Bu nedenle fahiş fiyatlarla mücadele için kamu hukuku karakterli yasal düzenlemelere, caydırıcı idari para cezalarına ve kamu adına ilgili mevzuatı uygulayacak idari otoritelere ihtiyaç bulunmaktadır.

TTK'nın 54. maddesinin gerekçesinde, TTK'daki haksız rekabet hükümlerinin mehz mevzuattan iktibası sırasında İsviçre'ye özgü Fiyatların Gözetimi Kanunuyla<sup>88</sup> bağlantılı ve fiyatların tüketiciye bildirilmesi hakkında düzenlemelerin TTK'ya alınmadığı belirtilmiş, bunun gerekçesi olarak ise TTK'nın "*bu tür idari düzenlemeler için uygun bir kanun*" olmadığı

<sup>87</sup> Karşılığında hapis ve/veya para cezası öngörülen TTK hükümlerinden bazıları için bkz. TTK m.33, 38, 51, 62, 562, 947, 948, 949, 950.

<sup>88</sup> *Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985* (PüG) AS 1986 895.



gösterilmiştir. Buradan hareketle, idari nitelikteki düzenlemelerin TTK'nın bünyesine pek de uygun olmadığı ileri sürülebilir. Bunun en temel nedeni, TTK m.54 vd. ile TTK m.1530/1 hükümleri özelinde TTK'yı uygulayacak bir idari otoritenin bulunmaması ve uygulanacak yaptırımların da idari nitelik taşımasıdır. Kanun koyucu tarafından fahiş fiyat artışlarına ilişkin düzenlemenin TTK bünyesine değil de 6585 sayılı Kanun kapsamına alınmasının nedenlerinden birinin de iş bu kanunun hükümlerinin ihlali karşısında Ticaret Bakanlığına tanınan idari para cezası verme yetkisi olduğu ileri sürülebilir<sup>89</sup>. TTK m.210 uyarınca TTK'nın çeşitli hükümlerinin uygulanması açısından Ticaret Bakanlığına yetki verilmekle birlikte, esasen bu yetki ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerin uygulanmasıyla sınırlı olduğundan TTK m.54 vd. ile TTK m.1530/1'i kapsamamaktadır.

Burada tartışılacak son bir husus da TTK'da haksız rekabet karşılığında öngörülen cezai yaptırımların, şayet fahiş fiyatların haksız rekabet oluşturması durumunda fahiş fiyat artışı yapan işletmeler için uygulanıp uygulanamayacağıdır. TTK m.55'de sayılan haksız rekabet hallerinden birini kasten işleyenler, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, şikâyet üzerine iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır (TTK m.62). Ancak TTK m.55'de haksız rekabet halleri örnek niteliğinde düzenlendiğinden, bu maddede açıkça sayılmayan, fakat TTK m.54/2 uyarınca haksız rekabet oluşturabilecek davranışların da suç oluşturması, suçta ve cezada kanunilik ilkesi karşısında sorunludur<sup>90</sup>. Konuyla ilgili olarak TTK m.62'nin gerekçesinde, TTK m.55'de açıkça sayılmayan fiillerin haksız rekabet suçuna vücut vermeyeceği dile getirilmek suretiyle bu bağlamda bir yasal güvence tesis edilmek istenmiştir. Yukarıda ifade edildiği

<sup>89</sup> 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun "Ceza hükümleri" başlıklı 18. maddesinde söz konusu kanunun çeşitli maddelerini ihlal edenler için birtakım idari para cezaları öngörülmüştür. Fahiş fiyat artışı için öngörülen idari para cezası, adı geçen maddenin 1. fıkrasına (1) bendi olarak 7244 sayılı Kanunla eklenmiştir. İş bu maddenin 4. fıkrasında, 1. fıkrası kapsamındaki idari para cezalarını vermeye Ticaret Bakanlığının yetkili olduğu düzenlenmişken, fahiş fiyat artışları özelinde idari para cezası uygulama yetkisi ise HFDK'ya verilmiştir.

<sup>90</sup> Öğretide haksız rekabet suçu olarak cezalandırılması arzulanan davranışları daha rafine bir şekilde tanımlamak yerine TTK m.55'e genel bir atıf yapılmasının, haksız rekabet oluşturan hallere ilişkin tanımlar göz önünde bulundurulduğunda sorunlu bir durum olduğu, suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle ve bu ilkenin gereklerinden olan belirlilik ilkesiyle bağdaşmadığı ifade edilmiştir. **Üzülmez, İlhan/Özdamar, Mehmet:** Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku Arasındaki İlişki ve Rekabet İhlalinin Cezalandırılabilirliği Üzerine Değerlendirmeler, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Cilt 2, Ankara 2020, s. 1420-1421.

üzere fahiş fiyatlar, TTK m.54/2 kapsamında başlı başına bir haksız rekabet hali oluşturmadığı gibi TTK m.55’de de açıkça bir haksız rekabet örneği olarak sayılmamıştır. Bu durum karşısında fahiş fiyat artışları için TTK m.62 uyarınca hapis veya adli para cezası yaptırımlarının uygulanabilmesi mümkün görünmemektedir.

## SONUÇ

Esasen TTK, fiyatlara doğrudan müdahale öngören bir kanun olmadığı gibi, TTK’nın düzenleme alanı da fiyatlara müdahale değildir. Bununla birlikte, TTK’nın genel sistematığı içerisinde fiyatlara ve fiyatlama davranışlarına yön vermek suretiyle fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında kendisinden yararlanılma potansiyeline sahip iki müessese bulunmaktadır. Bunlardan ilki olan haksız rekabet incelendiğinde, öncelikle salt fiyatların artması, fiyat artışının ardında pek çok haklı sebep olabileceğinden TTK m.54/2 kapsamında başlı başına bir haksız rekabet örneği oluşturmaz. Fahiş fiyat artışının haksız rekabete vücut verebilmesi için TTK m.55’de sayılan hallerden birine dâhil olması gerekmektedir. TTK m.55’de açıkça fiyatlara göndermede bulunan bentler arasında “dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar” ile “iş şartlarına uymama” öne çıkmaktadır. Bu doğrultuda haksız rekabete vücut verebilmesi için fahiş fiyat artışları, ya dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde yapılmalı ya da tüm iş hayatını kapsayan ve rakipler için de geçerli olan iş şartlarına aykırılık oluşturmalıdır.

TTK m.55/1-(a) kapsamında fiyatlara göndermede bulunan (1), (2) ve (5) nolu alt bentler uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle haksız rekabete yol açan husus, fahiş fiyat uygulamaktan ziyade, kişinin kendisi veya rakipleri hakkında yanlış veya yanıltıcı beyanlarda bulunmasıdır. Durum böyle olunca haksız rekabetten doğan davaların konusunu da davacının uyguladığı ileri sürülen fahiş fiyatlar değil, davalının yanlış veya yanıltıcı beyanları oluşturacağından, bu durumun fahiş fiyatlarla mücadeleye herhangi bir katkısı olmayacağı açıktır. Fiyatlara atıfta bulunan (6) nolu alt bent ise fahiş fiyatlardan ziyade tedarik fiyatı altında yapılan satışları ve bu satışlar suretiyle müşterilerin aldatılmasını konu etmektedir. Öte yandan, fahiş fiyat artışlarını yasaklayan mevzuattaki hükmün, TTK uyarınca bir iş şartı oluşturmaktan uzak olduğu anlaşılmaktadır. İş şartlarına uymamanın bir örneği olan fiyat tarifelerine aykırılık açısından değerlendirildiğinde ise fiyat tarifelerinin bulunmadığı mal ve hizmetler özelinde iş şartlarına aykırılık sözü konusu olmayacağından, fiyat tarifelerinin bulunması durumunda ise fiyatların belli bir ölçüde devlet kontrolü altında olacak olması sonucu fahiş

fiyatlardan söz edilemeyeceğinden, TTK m.55/1-(e) uyarınca da fahiş fiyatlarla mücadele edilemeyecektir.

Diğer müessese olan TTK m.1530/1 hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle mal ve hizmetlerin fiyatlarına ilişkin en yüksek hadlerin, ya kanun ya da kanunun verdiği yetkiye dayanarak kamu kuruluşları tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, fiyatlara ilişkin azami hadler bu şekilde belirlenmediği sürece TTK m.1530/1 uygulama alanı bulamayacaktır. Fiyatların resmi makamlar tarafından belirlenmesi ise serbest piyasa ekonomilerinde ya hiç gerçekleşmeyen ya da sınırlı durumlarda söz konusu olan bir durumdur. Öte yandan, gerek madde gerekçesinde, gerekse öğretide ifade edildiği üzere TTK m.1530/1 uyarınca sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimlere ilişkin en yüksek sınırnın belirlenmesi, ancak savaş, olağanüstü hal, ekonomik sebepler gibi olağanüstü koşullarda söz konusu olabilecektir. Bu durum karşısında şayet TTK m.1530/1 fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında kullanılabilir olsa bile, hükmün uygulama alanının olağanüstü koşullarla sınırlı kalacağı, olağan dönemlerde uygulanmaktan yoksun olacağı, bu nedenle fahiş fiyatlarla mücadelede bu hükümden etkin olarak yararlanılamayacağı ileri sürülebilir.

Ek olarak, haksız rekabet oluşturan eylemleri kamu adına soruşturan bir idari otoritenin bulunmadığı ve TTK m.54 vd. hükümlerinin haksız rekabetten zarar görenlerin açacağı davalar aracılığıyla uygulama alanı bulabileceği dikkate alındığında, şayet TTK uyarınca fahiş fiyatlarla mücadele edilecekse, süreç büyük ölçüde haksız rekabetten zarar gören rakipler, müşteriler, tüketiciler gibi kişilerin açacağı bireysel davalar üzerinden ilerleyecektir. Kamu adına verilecek bir mücadelenin yokluğunda, yalnızca zarar görenlerin açacağı bireysel davalar suretiyle fahiş fiyatlara karşı Türkiye genelinde yeknesak ve topyekûn bir mücadele verilmesi güç görünmektedir. Yine, özel hukuk karakterli hukuk kuralları içeren TTK'nın ihlali halinde genellikle butlan, iptal edilebilirlik gibi yaptırımlar öngörülmüş olup, hapis veya idari para cezası gerektiren durumlara nadiren rastlanmaktadır. Buradan hareketle şayet TTK uyarınca fahiş fiyatlarla mücadele edilecekse, geçersizlik yaptırımının bu mücadeleye ne ölçüde katkıda bulunacağı ve fahiş fiyatla mal ve hizmet satan işletmeler açısından ne derece caydırıcı olacağı tartışmalıdır.

Bugüne kadar fahiş fiyatlarla mücadele kapsamında yapılan yasal ve idari düzenlemelerin hedef kitlesinin tüketiciler olması karşısında, tacirlerin ve tüketici sıfatını haiz olmayan diğer kişilerin fahiş fiyatlara karşı korunabilmesi adına TTK'nın devreye girebilmesi önem arz etmektedir. Ancak fahiş fiyatlarla mücadele noktasında TTK'daki mevcut müesseselerin çok sınırlı olması ve teknik olarak ya hiç uygulanamaması ya da olağanüstü

durumlarda uygulanabilmesi, uygulama alanı bulsa bile ilgili maddeler kapsamında öngörülen müdahale yönteminin fahiş fiyatlarla mücadeleye pek elverişli olmaması ve ilgili maddelerin ihlali halinde uygulanacak yaptırımın da caydırıcı olmaktan uzak olması karşısında, TTK kapsamında fahiş fiyatlarla mücadele edilemeyeceği sonucuna varılabilir. Kanun koyucunun tüketicilere yönelik fahiş fiyat artışlarını idari para cezası gerektiren bir fiil olarak tanımladığı ve fahiş fiyatlarla idari alanda sonuç doğuracak şekilde mücadele etme yoluna gittiği düşünüldüğünde, benzer bir yöntemin tacirler ve tacir olmayan kişiler açısından da tatbik edilebileceği, bu bağlamda kamu hukuku karakterli yasal düzenlemelere, caydırıcı idari para cezalarına ve kamu adına mevzuatı uygulayacak idari otoritelere ihtiyaç olduğu savunulabilir.

**KAYNAKÇA**

- Akçaoğlu**, Vahdet Deniz: Perakende Ticarete Yeni Dönem: Fahiş Fiyat, Stokçuluk ve Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Düzenlemelerine Yönelik Bir Analiz, 02.06.2020, <https://www.procompliance.net/perakende-ticarete-yeni-donem-fahis-fiyat-stokculuk-ve-haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu-duzenlemelerine-yonelik-bir-analiz/> (Erişim Tarihi: 05.03.2022).
- Aksoy**, Mehmet Ali: Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011.
- Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 28. Bası, BTHAE Yayınları, Ankara 2022.
- Aslan**, İ. Yılmaz: Ticaret Hukuku Dersleri, 14. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa 2021.
- Ayhan**, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Bahtiyar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 21. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Bahtiyar**, Mehmet/Biçer, Levent: “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 395-436.
- Berzek**, Ayşe Nur: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 11. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Bilgili**, Fatih/Demirkapı, Ertan/Özboyacı, Alper: Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, Dora Yayınevi, Bursa 2022.
- Bozer**, Ali/Göle, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 7. Bası, BTHAE Yayınları, Ankara 2021.
- Diñç**, Serhan: Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Erdil**, Engin: Haksız Rekabet Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Eryürek**, Güzel: Fiyat Üzerinden Haksız Rekabet, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

- Gündoğdu**, Gökmen/**Cantürk**, Barış: Korona Virüs Salgınına Çerçevesinde İhdas Edilen Yeni Bir Kurum Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu, *Lexpera* 02.06.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/korona-virus-salginini-cercevesinde-ihdas-edilen-yeni-bir-kurum-haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu/> (Erişim Tarihi: 09.03.2022).
- Güven**, Şirin: Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, Adalet Yayınları, Ankara 2012.
- Jung**, Peter/**Spitz**, Philippe: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2016.
- Karaahmetoğlu**, İsmail Özgün: “TTK M. 1530/1 Bağlamında Ticari Hükümlerle Yasaklanmış İşlemler”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 2, 2021 s. 565-610.
- Karasu**, Rauf/**Özdemir**, Semih Sırrı: “Fahiş Fiyata İlişkin Sınırlamalar ve Aykırılığın Ticaret Hukuku Açısından Sonuçları”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXVI, Sayı 3, 2022, s. 3-28.
- Kayihan**, Şaban: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Kendigelen**, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Kesici**, Buğra/**Sorgun**, Furkan: Covid-19 Döneminde Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilir?, *Lexpera* 08.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-doneminde-gerceklesen-fiyat-artislarina-rekabet-ve-haksiz-rekabet-hukuku-enstrumanlari-ile-ne-sekilde-mudahale-edilebilir/> (Erişim Tarihi: 15.06.2022).
- Narbay**, Şafak/**Akkuş**, Muhammet: “Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş-Tüketici İşlemi Ayrımı”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 823-881.
- Nomer Ertan**, N. Fusun: Haksız Rekabet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Özkan**, Ahmet Fatih: “İş Şartlarına Uymama Nedeniyle Haksız Rekabet Hali Olarak Fiyat Tarifelerine Aykırılık”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 37, 2019, s. 133-180.
- Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

- Poyraz**, Zeynelabidin: İş Şartlarına Uymamak Suretiyle Haksız Rekabet Hali, Legal Yayınları, İstanbul 2011.
- Söyler**, Yasin: “Yeni Bir İdari Suç Olarak Covid-19 Salgın Sürecinde İhdas Edilen Fahiş Fiyat Artışı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 45, 2021, s. 463-488.
- Suluk**, Cahit/**Karasu**, Rauf/**Nal**, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Şener**, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Ufuk**, Tekin: Tüketicilerin Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Uzun Şenol**, Pınar: Haksız Rekabet ile Rekabetin Korunması Alanları Arasındaki Hukuki İlişki, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N. Fusun: Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022.
- Üzülmez**, İlhan/**Özdamar**, Mehmet: Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku Arasındaki İlişki ve Rekabet İhlalinin Cezalandırılabilirliği Üzerine Değerlendirmeler, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Cilt 2, Ankara 2020, s. 1403-1428.

## AZMETTİRMENİN ÖZEL OLUŞUM ŞEKİLLERİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1276266>

**Dr. Öğr. Üyesi Yağız YAVUZ\***

### Öz

*Bu çalışmanın konusunu azmettirmenin özellik gösterdiği kimi haller oluşturmaktadır. Bunlar, hali hazırda belirli bir suçu işlemeye karar vermiş olan failin, o suçu işlemeye sevk edilmesi, başka bir suçu işlemeye sevk edilmesi ve belirli bir suçu işlemeyi tamamlayan failin o suçu işlemeye devam etmeye sevk edilmesi şeklinde sıralanabilir. Bu hallerde teknik anlamda bir azmettirme hareketinin mevcudiyetinden söz edilip edilemeyeceği ve şerikin ne sıfatla sorumlu tutulabileceği inceleme konusu yapılmıştır. Bu doğrultuda, ilk olarak omnimodo facturus kurumu incelenmiş ve failin bu şekilde adlandırılabilmesi için aldığı suç işleme kararının taşınması gereken özellikler irdelenmiştir. Bunun akabinde, suç işleme kararında ne gibi hususlarda değişiklikler meydana getirilmesi halinde başka bir suçun mevcudiyetinden söz edilebileceği meselesi üzerinde durulmuştur. Son olarak, kendiliğinden almış olduğu suç işleme kararına karşılık gelen icra hareketlerini tamamlayan faili, aynı suça yönelik ek icra hareketleri gerçekleştirmeye sevk edenin nasıl cezalandırılması gerektiği tartışılmıştır.*

### Anahtar Kelimeler

*Omnimodo facturus, Azmettirme, Başka suça azmettirme, Suçun devamına azmettirme, Manevi yardım etme*

## SPECIAL FORMS OF INSTIGATION

(Research Article)

### Abstract

*This paper aims to present certain special appearance forms of instigation. These can be listed as instigation the perpetrator who has already decided to*

\* Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul (yagizyavuz2@gmail.com) ORCID: 0000-0003-2214-3734 (Geliş Tarihi: 30.08.2022-Kabul Tarihi: 24.02.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.



*commit a certain crime, instigation the perpetrator to commit another crime and instigation the perpetrator who has completed a certain crime to continue to commit that crime. In these cases, it has been examined whether there is an act of instigation in the technical sense and in what capacity the accomplice can be held responsible. In this respect, firstly, the institution of omnimodo facturus was examined and the characteristics of the decision to commit a crime taken by the perpetrator in order to be named as such were analyzed. Subsequently, the issue of what kind of changes should be made in the decision to commit a crime in order to speak of the existence of another crime was emphasized. Finally, it was discussed how the person who induces the perpetrator to commit additional executive acts of the same offense should be punished.*

**Keywords**

*Omnimodo facturus, Instigation, Instigation to another crime, Instigation to continuation of the crime, Aiding and abetting*

## GİRİŞ

Suç işleme düşüncesi olmayan bir kimseye belirli bir suç işleme kararı aldırarak suç işletmek azmettirme olarak adlandırılır. Bu halde suçun işlenmesinin esas nedeni (ilk ve etkili nedeni) azmettirenin faili suça sevk etmesidir<sup>1</sup>. Azmettiren, failde suç işleme fikri ortaya çıkararak işlenen suçun sebebini oluşturduğu için cezalandırılır<sup>2</sup>. Azmettirenin ceza hukuku anlamında sorumluluğunun doğabilmesi için, bağlılık kuralı gereği, azmettirilen failin suçu işlemesi veya en azından suçun icrasına başlamış olması aranır. Zira şeriklerin sorumluluğu ancak esas fiil teşebbüs aşamasına erişmişse doğar<sup>3</sup>. Bu nedenle azmettirme hem faile bir suç işleme kararı aldırarak hem de failin bu kararı doğrultusunda suçun icrasına başlamasını sağlayacak ölçüde yoğun bir manevi faaliyetin mevcudiyetini şart koşar<sup>4</sup>. Azmettirmenin objektif şartları, suç işleme kararının oluşumu bakımından nedensel olan bir karar verdirme hareketinin mevcudiyeti ve bunu dayanak alarak suç teşkil eden bir fiilin icrasındır<sup>5</sup>. Azmettiren bu karar verdirme hareketini kasten ger-

<sup>1</sup> **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 503; **Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 8. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 572. TCK m.38'in gerekçesine göre, "Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir." Sevk etme teriminin tahrikin yoğun bir şekli olduğu, tahrik eden ile edilen arasında yakın bir ilişkinin mevcudiyetini gerektirdiği hususunda bkz. **Bayraktar**, Köksal: Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul 1977, s. 32.

<sup>2</sup> **Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III, 2. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 1992, s. 463; **Aydın**, Devrim: Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 164. Esasen, suçun kanuni tanımındaki haksızlığı doğrudan doğruya gerçekleştirilmeyen azmettirenin cezalandırılmasının hukuki dayanağı bağlılık kuralında bulunur. Bağlılık kuralı vasıtasıyla suçun icra hareketlerini gerçekleştirilmeyen azmettirenin de meydana gelen haksızlıktan sorumlu tutulması sağlanır. Bkz. **Özgenç**, İzzet: Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s. 141-142.

<sup>3</sup> **Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 742, 744; **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 487, 492. Azmettirme hareketinin mevcudiyetine yani azmettirilene suç işleme kararı aldırılmasına rağmen, azmettirilenin suçu işlememesi veya suçun icrasına başlamaması akim kalmış azmettirme biçiminde adlandırılır. Bkz. **Akbulut**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 814-815; **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 24. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 529.

<sup>4</sup> **Bayraktar**, s. 15.

<sup>5</sup> **Kühl**, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2017, §20 kn.177.

çekleştirmelidir. Yani azmettirilen failde belirli bir suç işleme kararını oluşturma kastına sahip olmalıdır<sup>6</sup>.

Somut olayda gerçekleşen durumun teknik anlamda azmettirme teşkil edip etmediğinin tespiti her zaman kolay olmayabilir. Zira hali hazırda belirli bir suç işleme kesin suretle karar vermiş olan kimse (*omnimodo facturus*), ayrıca bir başkası tarafından o suç işleme sevk edilmiş olabilir. Benzer şekilde failin, işleme kesin suretle karar verdiği suç tamamladıktan sonra, bir başkası tarafından o suç işleme devam etmeye sevk edilmesi (*Sukzessive Anstiftung*) de mümkündür. Öte yandan, failin hali hazırda mevcut olan bir suç işleme kararı üzerinde şerik tarafından yapılan etki neticesinde, icra edilen suç başlangıçta planlanandan farklı bir yapıya bürünmüş olabilir<sup>7</sup>. Diğer bir ifadeyle, failin başlangıçta işleme kesin suretle karar verdiği suçtan başka bir suç işleme sevk edilmesi mümkündür (*Umstiftung*). Tüm bu hallerde faili suça sevk etme hareketleri özellik arz eder ve her birinin teknik anlamda azmettirme niteliği taşıyıp taşımadığının irdelenmesi gerekir.

## I. HALİ HAZIRDA BELİRLİ BİR SUÇU İŞLEMAYA KARAR VERMİŞ OLAN KİŞİYİ (*OMNIMODO FACTURUS*) SUÇA SEVK ETME

### A. *Omnimodo Facturus* Kavramı

Bir kimsenin belirli bir suça sevk edilebilmesi için, en azından suç işleme kararının oluşumu bakımından nedensel olan bir hareketin mevcudiyeti şarttır<sup>8</sup>. Yani azmettirme hareketinin failde suç işleme kararı meydana getirmesi gerekir. Bunun ön koşulu ise, azmettirenin kendisini etkilemesinden önce failin suç işleme henüz karar vermemiş olmasıdır<sup>9</sup>. Latince bir

<sup>6</sup> **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II, 12. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 1999, s. 524. Ayrıca azmettirenin kastının hangi suçun işleneceğini, bu suç kimin işleyeceğini ve suçun kime karşı işleneceğini kapsamaması gerekir. Bkz. **İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih Selami/ Ünver, Yener:** İçel Suç Teorisi 2. Kitap, 2. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 401.

<sup>7</sup> **Satzger, Helmut:** “Der “omnimodo facturus” – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!”, JURA, 2017, s. 1175.

<sup>8</sup> **Hotz, Dominik:** “Anfängerklausur – Strafrecht: Tötungsdelikte und Teilnahme – Wer heute stirbt, der braucht es morgen nicht zu tun”, JuS, 2018, s. 677.

<sup>9</sup> **Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2021, §26 kn.29.

terim olan “*facturus*” bir şey yapmak üzere olan kişi anlamına gelir. Yine Latince bir terim olan “*omnimodo*” ise her halükârda (zaten) anlamındadır<sup>10</sup>. Ceza hukuku özelinde, *omnimodo facturus*, belirli bir suçu her halükârda (zaten) işleyecek olan kişidir<sup>11</sup>. Bu terimin kökeni Roma hukukuna kadar uzanmaktadır. Roma hukukunda, günümüzdeki adıyla azmettiren konumunda bulunan kişinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağını tayininde, failin o suçu işlemeye azmettirenin etkisinden önce kesin suretle karar vermiş olup olmadığı da dikkate alınmaktaydı. Hali hazırda somut bir suçu işlemeye karar vermiş olması nedeniyle azmettirilebilir olmayan fail, *omnimodo facturus* biçiminde isimlendirilmekteydi ve onu suça sevk eden kişi cezalandırılmamaktaydı. Bu durum ifade edilirken azmettirme teriminin kullanılmaması bir prensip halini almıştı<sup>12</sup>.

Azmettirmenin mevcudiyetinin kabulü için failin somut bir suçu işleme kararının azmettirenin eseri olması şarttır<sup>13</sup>. Ancak failin *omnimodo facturus* olduğu hallerde durum böyle değildir. Belirli bir suçu işlemeye hali hazırda kesin suretle<sup>14</sup> karar vermiş olan kimse (yani *omnimodo facturus*), artık teknik anlamda bu suçu işlemeye azmettirilemeyecektir. Bu durumda fail, “sözde” azmettirme teşkil eden hareketin icrasından önce, somut bir suçu işlemeye nihai suretle karar vermiş olduğundan, faile bir suç işleme kararı aldırılması mümkün değildir. Zira bu halde “sözde” azmettirenin hareketi,

<sup>10</sup> **Gropp**, Walter/**Sinn**, Arndt: Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Springer-Verlag, Berlin 2020, §10 kn.264, dn.203; **Koch**, Arnd/**Wirth**, Katrin: “Grundfälle zur Anstiftung”, JuS, 2010, s. 205.

<sup>11</sup> **Rengier**, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2019, §45 kn.33; **Geppert**, Klaus: “Die Anstiftung (§26 StGB)”, JURA, 1997, s. 304; **Roxin**, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C.H.Beck, München, 2003, §26 kn.65 dn.79.

<sup>12</sup> **Bock**, Dennis: “Die Anstiftung des zur Tat bereits Entschlossenen – zum Begriff des alias oder omnimodo facturus”, JR, 2008, s. 143vd. Roma hukukunda aynı anlamda “*alias facturus*” terimi de kullanılmaktaydı. Ancak Alman öğretisi ve yargı mercileri, bu kurumu ifade etmek üzere öteden beri “*omnimodo facturus*” terimini kullanmaktadır ve kurum bu isimlendirmeyle Alman ceza hukukuna yerleşmiştir. Bkz. **Bock**, s. 146.

<sup>13</sup> **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1172.

<sup>14</sup> Bir kimsenin *omnimodo facturus* olabilmesi için hali hazırda kendiliğinden ilgili suçu işlemeyi düşünmesi yetmemekte, ayrıca suçu işlemeye kesin suretle karar vermiş olması aranmaktadır. Bkz. **Frister**, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2020, §28 kn.14. Failin suç işleme kararının ancak suçun icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi sırasında dış dünyaya yansiyebileceği, suçun icrasına girilmesinden önce mevcut suç işleme kararının kesinliğinin varsayım hüviyetinde olduğu, bu nedenle de tespitinin olanaklı olmadığı hususunda bkz. **Sarıgül**, Ali Tanju: Suça İştirak, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 256.

failin suç işleme kastı bakımından nedensel olmayacaktır. Yani nedensel bir suça karar verdirme hareketi bulunmaz. Fail suç işlemeye çoktan, arka plan-daki kişinin etkisinden bağımsız olarak karar vermiştir<sup>15</sup>. Oysa, ancak azmettirenin suça sevk etme hareketi olmasaydı suçun işlenmeyeceği hallerde azmettirmeden bahsedilebilir<sup>16</sup>. Bu nedenle failin *omnimodo facturus* olduğu hallerde, onu suça sevk eden kişi ya manevi yardımda bulunmuş ya da azmettirmeye teşebbüs etmiş olur<sup>17</sup>.

## B. Failin Omnimodo Facturus Olmadığı Haller

Failin hali hazırda belirli bir suçu işlemeye nihai biçimde karar vermiş olmadığı hallerde suça azmettirilebilmesi olanaklıdır. Örneğin, yalnızca suç işlemeye eğilimli (meyilli)<sup>18</sup> olan fakat suçun somut işlenişi hususunda tereddütü bulunan ya da henüz somut bir suçu işleme hususunda kararsız olan bir kimse *omnimodo facturus* olarak görülemez. Dolayısıyla bu kimsenin

<sup>15</sup> **Kindhäuser**, Urs/**Zimmermann**, Till: Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020, §41 kn.11; **Rengier**, §45 kn.33; **Heinrich**, Bernd: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2019, kn.1294; **Gropp/Sinn**, §10 kn.264; **Preuß**, Tamina: “Ein folgenschwerer Gegenschlag”, JURA, 2019, s. 667; **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1171. Failin hali hazırda belirli bir suçu işlemeye kesin suretle karar vermiş olduğunun, onu suça sevk etmeye çalışan kişi tarafından bilinip bilinmemesi önem arz etmez. Bkz. **Sarıgül**, s. 257. Suç işlemeye kesin suretle karar vermiş olan faille, bunu bilerek veya bilmeden suç işleme kararı aldurmaya çalışan kişi yardım eden hüviyetindedir. Bkz. **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 425.

<sup>16</sup> **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 504; **Joecks**, Wolfgang/**Jäger**, Christian: Strafgesetzbuch Studienkommentar, 13. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2021, §26 kn.11. Eklennelidir ki azmettiriminin mevcudiyeti için şerikin hareketinin failin suç işleme kararı almasında nedensel olması yeterlidir. Bu kararın tek sebebi olması gerekli değildir. Bkz. **Koca/Üzülmöz**, s. 485; **Öztürk/Erdem**, s. 424. Nitekim Alman öğretisinde bu hususu vurgulamak üzere “*Mitursächlichkeit*” (birlikte nedensellik) terimi kullanılmaktadır. Yani failin suç işleme kararının dayanağının diğer birtakım sebeplerle birlikte azmettirenin hareketi olması yeterlidir. Azmettirme hareketinin birlikte nedenselliği genellikle en düşük gereklilik olarak aranır. Bkz. **Satzger**, Helmut: “Teilnehmerstrafbarkeit und Doppeltvorsatz”, JURA, 2008, s. 515. Bu itibarla, azmettirenin failin suç işleme kararı bakımından müşterek (birlikte) sorumluluğunun bulunduğundan söz edilir. Bkz. **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1170.

<sup>17</sup> **İçel/Sokullu-Akıncı/ Özgenc/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver**, s. 402.

<sup>18</sup> Suç işlemeye eğilimli olma durumu ile suç işleme kararı vermiş olma durumu arasındaki sınır, suç için gereken güdünün (nedenin) failin zihninde açık bir şekilde baskınlık kazandığı yerde çizilir. Bkz. **Hotz**, s. 677. Suç işlemeye tam karar vermemiş olan veya genel mahiyette bir karar vermiş olan kişinin, suç işlemeye meyilli kişi statüsünde bulunduğu hususunda bkz. **Sarıgül**, s. 254.

suça azmettirilmesi mümkündür<sup>19</sup>. Zira bu halde kişide somut bir suça yönelik kesin bir suç işleme kararı bulunmaz. Sadece genel bir suç işleme eğilimi mevcuttur. Yani fail başlangıçta sadece genel olarak bir suç işlemeye hazırdır. Bu suç daha sonra azmettirenin yönlendirmesi üzerine somutlaştırılır ve işlenir<sup>20</sup>. Belirli bir suçu işlemeye kesin suretle karar vermemiş olan kimsenin suç işleme düşüncesinin kuvvetlendirilmesi de bir suç işleme kararı aldırma hüviyetini taşır<sup>21</sup>. Bu itibarla hali hazırda suça eğilimi olan ya da henüz kararsız olan kimseye kati suretle suç işleme kararı aldırılması halinde, azmettirme hareketinin nedenselliğinin kabulü gerekir<sup>22</sup>. Örneğin sadece genel olarak mal varlığına karşı bir suç işlemeye hazır olan kimse, belirli bir ev soyma suretiyle hırsızlık suçunu işlemeye azmettirilebilir<sup>23</sup>.

Örneğin (A), para sıkıntısı çekmesi sebebiyle herhangi bir evde hırsızlık suçu işlemeye karar vermişse, (A)'nın suç işlemeye genel olarak eğilimi var demektir. (A) bu düşüncesini (B) ile paylaşır. Bunun üzerine (B) ona gelecek hafta (C)'nin tatile gideceğini, evde olmayacağını söyler ve (C)'nin evini soymasının karlı bir iş olacağı tavsiyesinde bulunur. (A) bu tavsiyeyi dinler ve (C)'nin evinden yüklü miktarda para çalar. Bu olayda (A), sırf hali hazırda bir ev soyma suretiyle hırsızlık suçu işlemeye karar verdiğinden ötürü, artık azmettirmenin mümkün olamayacağı söylenemeyecektir. Zira (A) somut suç, yani (C)'nin evini soyma hususunda henüz *omnimodo facturus* değildir. Bu itibarla (B), (A)'yı (C)'nin evini soymaya sevk etmişse,

<sup>19</sup> **Heinrich**, kn.1295; **Hotz**, s. 677; **Öztürk/Erdem**, s. 425. Sadece suça eğilimi bulunan, ancak nihayetinde üzerine düşündüğü suçu işleyip işlememe hususunda hala tereddüt içerisinde olan kişi *omnimodo facturus* olmadığından suça azmettirilebilir. Bkz. **Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut**: Strafrecht Allgemeiner Teil, 49. Aufl., C.F.Müller Verlag, Heidelberg 2019, kn.884. Diğer bir ifadeyle, belirli bir suçu işlemeyi tasavvur etmiş olan ancak bu konuda henüz kararsız kişi suça azmettirilebilir. Bkz. **Kühl**, §20 kn.179.

<sup>20</sup> **Krey, Volker/Esser, Robert**: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2022, kn.1042; **Heine, Günter/Weißer, Bettina**: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2019, §26 kn.6. Diğer bir ifadeyle, failin somut suç işleme kararı azmettirenin hareketine bağlıdır. Bkz. **Roxin**, §26 kn.66.

<sup>21</sup> **Gropp/Sinn**, §10 kn.264. Azmettirmenin mevcudiyetinin kabulü için, failin azmettirme hareketi öncesi o suçu işlemeyi hiçbir şekilde düşünmemiş olması ve yalnızca azmettiren vasıtasıyla suçu işlemeye sevk edilmesi şart değildir. Bkz. **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1172.

<sup>22</sup> **Geppert**, s. 304. Eklenmelidir ki Roxin'e göre, failin hala birtakım tereddütleri olmakla birlikte, kendisinde mevcut olan, onu suçu işlemeye iten güdü açıkça ağır basıyorsa, (azmettirmeye engel teşkil eden) bir suç işleme kararının mevcudiyetinin kabulü gerekir. Bkz. **Roxin**, §26 kn.67.

<sup>23</sup> **Kühl**, §20 kn.179.

(B) failin hareketini tavsiyeleriyle somutlaştırmış, faile (C)'nin evini soyma kararı aldırma suretiyle suçun konusunu ve mağdurunu belirlemiş demektir. Yani esasen (A)'ya (C)'ye karşı işlediği somut suça ilişkin suç işleme kararı aldırın (B)'dir. Bu nedenle (B)'nin hırsızlık suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulması gerekir<sup>24</sup>.

Başka bir örnek de ihmal suretiyle kasten öldürme suçu üzerinden kurgulanabilir. (A) perde asarken sandalyeden düşer ve hayati tehlike arz edecek şekilde yaralanır. Karısı (B), eve geldiğinde kocasının yerde kanlar içinde yattığını görür ve bu durumu kocasından kurtulma fırsatı olarak değerlendirir. Zira kocası, aşığı (C) ile olan ilişkisine engel teşkil etmektedir. Bununla birlikte (B) kararsızdır. Bu nedenle durumu anlatmak ve ne düşündüğünü sormak için aşığı (C)'yi arar. (C) ona ısrarla hiçbir yardım tedbiri almaması, bu durumun onlar için benzersiz bir fırsat olduğu hususunda telkinlerde bulunur. (B) bu sözleri dinler. Herhangi bir kurtarma girişiminde bulunmaz ve (A) ölür. Bu olayda (B), (C)'yi aradığı anda ihmal yoluyla kasten öldürme suçunu işlemeye yalnızca eğilimlidir. Ancak nihayetinde onun somut suçu işlemesine (C)'nin ısrarlı isteği neden olmuştur. Bu nedenle, (B)'nin arama anında somut suç bakımından *omnimodo facturus* olmadığını kabulü gerekir. Bu itibarla, (C) ihmal yoluyla kasten öldürme suçunu işlemeye azmettiren olarak sorumlu tutulur<sup>25</sup>.

Benzer şekilde, belirli suçları (düzenli bir biçimde) işlemeye sadece genel olarak karar vermiş olan, birisinden bu hususta somut bir görevlendirme alıncaya kadar bekleyen ve kendisine verilen görev doğrultusunda hareket ederek suç işleyen kişi de *omnimodo facturus* değildir<sup>26</sup>. Örneğin, (A) ev soyma suretiyle hırsızlıkta uzmanlaşmıştır. (B) ise suç eşyası alıp satma işini yapmaktadır. (B) ne zaman belirli bir eşyaya gereksinim duysa bunu (A)'ya bildirmekte, (A) da bunun üzerine bir eve girerek ilgili eşyayı temin edip (B)'ye satmaktadır. (B), (A)'ya belirli bir bilgisayara ihtiyaç duyduğunu bildirir. Bunun akabinde (A), (C)'nin bürosuna zorla girer ve istenen özellikleri taşıyan bilgisayarı alıp (B)'ye satar. Bu olayda (B)'nin hem suç eşyasını satın alması hem de (A)'yı hırsızlık suçunu işlemeye azmettirmesi nedeniyle ayrı ayrı cezalandırılması gerekir<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> **Bülte**, Jens/Härtl, Sophie: “Bandendiebstahl und Betrug”, JA, 2016, s. 351; **Krey/Esser**, kn.1042.

<sup>25</sup> **Heinrich**, kn.1295; **Koch/Wirth**, s. 205.

<sup>26</sup> **Heinrich**, kn.1295a.

<sup>27</sup> **Heinrich**, kn.1295a. Zira hırsızlık neticesinde elde edilecek olan malın alıcısı konumundaki kişinin talebi, faili suça iten temel güdüyü meydana getirir. Bkz. **Heine/Weißer**, §26 kn.6. Benzer bir örnek için bkz. **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1173.

Aynı durum, genel olarak kasten insan öldürmeye hazır olduğunu beyan eden (örn. kartvizitle) kiralık katil ya da internet üzerinden uyuşturucu madde satan kişi bakımından da geçerlidir. Bunlar para gibi faili suç işlemeye iten bir sebebin etkisiyle, belirsiz bir şahıs çevresinden aldıkları talep doğrultusunda, sipariş üzerine suça girişirler. Kesin ve yeterince somut bir suç işleme kararına sahip olmadıklarından *omnimodo facturus* değildirler, suça azmettirilebilirler. Bu itibarla bir suçu işlemeye genel olarak hazır olma durumunun, azmettirmeyi tesis eden suç işleme kararı aldirmaya engel olmadığı söylenmelidir<sup>28</sup>. Bu gibi hallerde ödül (mükafat) vaadi beklemede olan faili suçu işlemek üzere harekete geçiren temel etmendir<sup>29</sup>.

Sonuç olarak, belirli koşullar altında suç işlemeye hazır olan fail, esasen henüz suç işlemeye karar vermiş olmadığından, azmettirenin bu koşulları yerine getirmeye söz verme (vaatte bulunma) suretiyle faili suça azmettirmesi mümkündür<sup>30</sup>. Örneğin, (A) internete para karşılığı kiralık katil olarak hizmet verdiği hususunda bir ilan koyar. (B) bu ilan üzerinden (A) ile iletişime geçerek ona (C)'yi öldürme görevi verir. Bu durumda, (B) kasten insan öldürme suçuna azmettiren olarak cezalandırılır. Zira (A) her ne kadar hali hazırda genel olarak insan öldürme suçu işlemeye karar vermiş olsa da (B)'nin talimatından önce spesifik olarak (C)'yi öldürmeye karar vermiş değildir. (A) icra etmekte olduğu "meslek" dolayısıyla genel olarak insan öldürmeye hazırdır. Ancak somut bir suç işleme kararı (örn. (C)'yi öldürme kararı) alması için (B) tarafından harekete geçirilmeye ihtiyaç duyar. Bu nedenle (A) *omnimodo facturus* değildir<sup>31</sup>. Azmettiren, gerçekleştirdiği azmet-

<sup>28</sup> **Krey/Esser**, kn.1043; **Koch/Wirth**, s. 205; **Satzger**, "omnimodo facturus", s. 1173. Karş. **Demirel**, Muhammed/**Kartal**, Melik: "Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019, s. 466-467.

<sup>29</sup> **Wessels/Beulke/Satzger**, kn.884. Bununla birlikte failin hali hazırda belirli bir kişiyi öldürmeye karar vermiş olduğu (*omnimodo facturus*) hallerde durum farklıdır. Örneğin, (A), (B)'ye (C)'yi öldürürse ona 5000 TL vereceğini söyler. Ne var ki (B) hali hazırda çoktan (C)'yi öldürmeye karar vermiştir. Ancak (A)'dan 5000 TL'yi yine de büyük bir memnuniyetle alır. Bu durumda (A)'nın kasten öldürme suçuna azmettiren olarak sorunlu tutulması mümkün olmaz. Bkz. **Maurach**, Reinhart/**Gössel**, Karl Heinz/**Zipf**, Heinz/**Dölling**, Dieter/**Laue**, Christian/**Renzikowski**, Joachim: Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 8. Aufl., C.F.Müller Verlag, Heidelberg 2014, §51 kn.9.

<sup>30</sup> **Murmann**, Uwe: Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2021, §27 kn.105.

<sup>31</sup> **Wessels/Beulke/Satzger**, kn.884. Aynı yönde bkz. **Krey/Esser**, kn.1043. Bu tür suçları işlemeye salt genel, spesifik olmayan eğilim azmettirmeye engel teşkil etmez. Bkz. **Maurach/Gössel/Zipf**, §51 kn.10.



tirme hareketiyle hem kimin fail olacağını belirler hem de failin hangi suçta kime karşı işleyeceğini belirler. Yani failin, suçun ve mağdurun somutlaştırılması azmettiren tarafından yapılır<sup>32</sup>.

Suçun ön alanında bulunan aşamada, hali hazırda yeterince kesin ve somut bir şekilde suç işleme kararı vermiş olan failin, kural olarak suçta azmettirilmesi mümkün olmaz. Failin yeterince somut ve kesin suretle suç işleme kararı verdiğinden bahsedilebilmesi için teşebbüs aşamasına geçilmiş olması şart değildir. Suçta teşebbüs aşamasına geçilmesinden önce de failin yeterince somut bir biçimde henüz icrasına girişmediği suçta tasavvur etmesi mümkündür<sup>33</sup>. Bununla birlikte, öncelikle belirli bir suçta işlemeye kesin suretle karar vermiş olup, daha sonra bu kararı kapıldığı şüpheler/tereddütler neticesinde ortadan kalkan failin, yalnızca şerikin etkisiyle suç işlemesi halinde de azmettirme söz konusudur. Zira bu durumda failin başlangıçtaki suç işleme kararı ortadan kalkmış ve şerik onu tekrar suç işlemeye yönlendirmiş, failin suç işleme iradesini tekrar tesis etmiştir. Önemli olan suçta hazırlık aşamasında bulunan suç işleme kararının oluşumundan ziyade, suçun icrası aşamasında mevcut suç işleme kararının oluşumunda belirleyici faktörün şerik olup olmadığıdır. Bu itibarla, suçta hazırlık aşamasında *omnimodo*

<sup>32</sup> Aydın, s. 166.

<sup>33</sup> **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1170. Puppe’ye göre, *omnimodo facturus* öğretisi hem psikolojik olarak yanlıştır hem de normatif olarak savunulabilir değildir. Yani hem psikolojik anlamda hem de hukuken bir *omnimodo facturus*’un mevcudiyetinden söz edilemeyecektir. Zira bu öğretiye göre, suçta hazırlık aşamasında öyle bir an mevcuttur ki, bu anda suçta işlemeye hazırlanan kişi esrarengiz bir iç hareket vasıtasıyla suç işleme kararı almakta ve bu suç işleme kararı doğrultusunda tıpkı bir makine gibi suçta icra etmektedir. Hukuki anlamda kast ancak suçun icrası anında oluşur. Benzer şekilde, yine hukuki anlamda suç işleme kararı suçun işlenmesine başlanmasıyla ortaya çıkar. Bunun öncesinde gerçekleşenler, düşünülenler ve planlananlar hazırlık aşamasında olduğundan cezasız kalır. Yani ancak suçta teşebbüs aşamasına geçilmesiyle gerçek bir suç işleme kararının mevcudiyetinden söz edilebilir. Bkz. **Puppe**, Ingeborg: Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019, §25 kn.12-13. Bu itibarla azmettirme bakımından, azmettirenin suçta hazırlık aşamasının herhangi bir anında ne gibi bir etkiye sahip olduğu belirleyici değildir. Belirleyici olan yalnızca azmettirenin suçun icrası anında failin hareketi ve güdüsü üzerinde ne gibi bir etkiye sahip olduğudur. Önemli olan yalnızca failin suçun icrası anında azmettirenle yapmış olduğu anlaşma çerçevesinde suçta karar verilmiş olmasıdır. Bkz. **Puppe**, §25 kn.14. Sadece suç tipinin gerçekleştirilmesine doğrudan doğruya girişme anında mevcut olan suç işleme kararına neden olunması azmettirme olarak değerlendirilebilir. Bu andan önce suçta işlemeye kati suretle kararlı olma durumu, hukuk düzeni tarafından bağlayıcı bir suç işleme kararı olarak tanınmaz. Frister’e göre bu düşünce prensip olarak oldukça haklı bir itiraz olsa da *omnimodo facturus* terimi pratik değerini korumaktadır. Bkz. **Frister**, §28 kn.15.

*facturus* olan kişi, daha sonra başlangıçtaki suç işleme güdüsünü yitirmişse suça azmettirilebilir<sup>34</sup>.

### C. Failin Omnimodo Facturus Olmasının Sonuçları

Belirli bir suça sevk etme hareketinin icrasından önce, failin ilgili suçu işlemeye karar vermiş olduğu hallerde, azmettirme hareketinin tipik tehlikesi gerçekleşmez<sup>35</sup>. Diğer bir ifadeyle, suça sevk edilen kişinin *omnimodo facturus* olduğu hallerde, “sözde” azmettirenin karar verme hareketi sonuçsuz kalır. Zira zihinsel olarak temasta bulunma yoluyla failin iradesinin etkilenmesi ve bu suretle suç işleme kararı meydana getirilmesi söz konusu değildir. Failin vermiş olduğu suç işleme kararı, “sözde” azmettirenin, onun eseri olarak yüklenememektedir. Aksine bu karar ya failin kendisinin ya da başka bir üçüncü kişinin eseridir<sup>36</sup>. Halbuki azmettirme için, failin suç işleme kararının oluşumu bakımından nedensel olan bir karar verme<sup>37</sup> hareketinin mevcudiyeti ve buna dayanan tipe uygun bir hareketin icrası şarttır. *Omnimodo facturus* başarılı bir şekilde azmettirilemeyeceğinden, tamamlanmış bir azmettirme bulunmaz<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1173; **Roxin**, §26 kn.68. Karş. **Demirel/Kartal**, s. 470. Örneğin, baba (B) kızı (K)’ya, hasmı (H)’yi öldürme kararı aldırır. Ancak (K), (H) ile birlikte yürüyüşe çıktığı sırada öldürme planından cayar. Bununla birlikte daha sonra hem (H)’nin kendisine kısa bir süre önce ağır suretle hakaret etmiş olması hem de ağabeyinin ona bağırmasıyla babasının verdiği görevi tekrar hatırlaması üzerine (K), (H)’yi öldürür. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, bu olayda ağabeyi, (K)’nın (H)’yi öldürme kararı almasına nedensel etkisinin mevcudiyeti gerekçesiyle kasten öldürme suçuna azmettiren olarak sorumlu tutmuştur. Karar ve eleştirisi için bkz. **Nepomuck**, Lutz: *Anstiftung und Tatinteresse*, Duncker & Humblot, Berlin 2008, s. 204-205.

<sup>35</sup> **Langer**, Winrich: “Ein Streit unter Nachbarn”, JURA, 2003, s. 136-137.

<sup>36</sup> **Bülte/Härtl**, s. 351; **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1170-1171.

<sup>37</sup> Karar verme, azmettirenin failin suç işleme kararının oluşumu bakımından nedensel olması gerekliliği anlamına gelir. Bkz. **Maurach/Gössel/Zipf**, §51 kn.9. Bunun için failde o suçu işlemeye ilişkin herhangi bir fikir ve niyet olmamalı, suç işleme fikri ve niyeti azmettirenin telkinleri ile oluşmalı ve karara dönüşmelidir. Eğer suça sevk edenin telkinlerinden önce, failde hali hazırda o suçu işleme fikri ve niyeti varsa azmettirmeden söz edilemeyecektir. Bkz. **Dönmezer/Erman**, s. 524.

<sup>38</sup> **Kühl**, §20 kn.177; **Wendeburg**, Isabel: “Guter Rat ist teuer”, JA, 2017, s. 29. Alman CK’ya göre (cürüm hüviyetindeki suçlarda) teşebbüs aşamasında kalmış azmettirmenin de cezalandırılması mümkündür. Bu nedenle, Alman öğretisinde genellikle *omnimodo facturus*’un “azmettirilemeyeceğinden” bahsedilmez. Daha ziyade “başarılı bir şekilde azmettirilemeyeceğinden” söz edilir. Bunun anlamı, failin *omnimodo facturus* olması halinde, tamamlanmış bir azmettirmenin gerçekleşmeyeceğidir. Bkz. **Kühl**, §20 kn.177. Karş. **Balcı**, Meral: *Ceza Hukukunda Bağlılık Kuralı Kapsamında Azmettirme*, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 300 dn.680. Failin *omnimodo facturus* olduğu hallerde, elverişsiz azmettirmeden (*untaugliche Anstiftung*) söz edileceği hususunda bkz. **Tokdemir**,

Belirli bir suç işlemeye birtakım sebeplerle kesin suretle karar vermiş olan failin zihninde, bu suç işlemek için yeni birtakım sebepler oluşturan kişi azmettiren olarak nitelendirilemez<sup>39</sup>. Failin zihninde ek suç güdüsü meydana getirilmesi manevi yardım etme olarak değerlendirilir<sup>40</sup>. Zira failin suç işleme kararının psikolojik olarak yapılan katkılarla desteklenmesi, pekiştirilmesi, takviye edilmesi manevi yardım etme teşkil eder<sup>41</sup>.

Benzer şekilde hali hazırda belirli bir suç işlemeye karar vermiş olan bir kimsenin, bu konudaki son şüphe ya da tereddüdünün giderilmesi, suç işleme kararı aldırma teşkil etmez. Zira failin zihnindeki son şüphenin kaldırılması, failin suç işleme kararı alması bakımından nedensel değildir. Bu hareket, mevcut suç işleme kararının sağlamlaştırılması (kuvvetlendirilmesi) niteliğinde olduğundan ikincil bir role sahiptir. Bu nedenle, failin suç işleme kararı şerikin eseri olarak görülemez. Bu durumda şerikin etkisi yalnızca suça manevi yardım etme teşkil eder<sup>42</sup>. Şerikin hareketinin, failin suç işleme kararı üzerindeki nedenselliğinin tespiti için Alman öğretisindeki baskın görüş, *conditio sine qua non* formülünü kullanmaktadır. Buna göre, şerikin suça karar verdirmeye hareketinin mevcut olmadığının tasavvur edilmesi halinde, failin belirli (somut) bir suç işlemeye kararı ortadan kalkıyorsa, şerikin hareketinin failin suç işlemeye kararı bakımından nedensel olduğu kabul edilir<sup>43</sup>. Azmettirme hareketi olmasaydı suç işlenmeyecekti denilebiliyorsa durum böyledir<sup>44</sup>.

Sercan: Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 237.

<sup>39</sup> Demirel/Kartal, s. 464.

<sup>40</sup> Satzger, “omnimodo facturus”, s. 1174. “...Azmettirme, belli bir suçun işlenmesi hususunda henüz bir düşüncesi olmayan kişide, bir başkası tarafından suç işleme kararının oluşmasının sağlanmasıdır. Eğer kişi daha önceden suç işlemeye karar vermiş ise, bu takdirde azmettirme değil, artık aynı kanunun 39/2. maddesi kapsamında manevi yardım söz konusu olacaktır.” YCGK, T.21.03.2017, E.2015/1183, K.2017/182. Bkz. (çevrimiçi) www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 06.01.2023).

<sup>41</sup> Mahmutoğlu, Fatih Selami: “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, İÜHF, C.LXIII, S. 1-2, 2005, s. 67-68.

<sup>42</sup> Hotz, s. 677-678; Satzger, “omnimodo facturus”, s. 1172. Karş. Demirel/Kartal, s. 469. Bir manevi yardım türü olan suç işleme kararını kuvvetlendirme, hali hazırda suç işleme kararı almış olan failin cesaretlendirilmesi, tereddütlerinin giderilmesi suretiyle suçun icra hareketlerini gerçekleştirmesinin sağlanmasıdır. Bkz. Evik, Vesile Sonay: Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, 2.Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 202. Fail suçun işlenişinde yalnızca son şüpheye/tereddüde sahipse ve şerikin etkisi faili şüphesinden/tereddüdünden caydırma yoluyla harekete geçmeye cesaretlendirme ile sınırlıysa durum böyledir. Bkz. Satzger, “omnimodo facturus”, s. 1172.

<sup>43</sup> Satzger, “omnimodo facturus”, s. 1171.

<sup>44</sup> Önder, s. 462.

Alman ceza hukukunda, faille cürüm niteliğindeki bir suçu işleme kararı aldirmek isteyen kişinin girişimi, yalnızca failin bu suçu işlemeye hali hazırda karar vermiş olmasından ötürü (suç işleme kararı aldırılmaması nedeniyle) sonuçsuz kalmışsa (yani azmettirme hareketi nedensel değilse), bu kişinin teşebbüs aşamasında kalmış azmettirme (Alman CK §30/1) kapsamında cezalandırılması gündeme gelir<sup>45</sup>. Benzer şekilde azmettiren, faille bir cürüm işleme kararı aldirmiş olsa bile, fail suçun icrasına başlamamışsa (yani suç teşebbüs aşamasına erişmemişse), azmettirme hareketi yine sonuçsuz kalmış demektir. Bu halde de teşebbüs edilmiş azmettirmenin mevcudiyetinden söz edilir<sup>46</sup>.

Suç işlemeye hali hazırda karar vermiş olan kişiye yönelik başarısız azmettirme teşebbüsü somut olayın durumuna göre manevi yardım etme de teşkil edebilir. Bunun için şerikin katkısının failin mevcut suç işleme kararını kuvvetlendirmesi ya da bu kararı desteklemesi gerekir. Örneğin şerikin faille suçun işleniş şekli ile ilgili tavsiye vermesi halinde durum böyledir. Bu gibi hallerde, manevi yardım etmeden (Alman CK §27/1) ötürü cezalandırma gündeme gelir. Bu durumda nedensellik gerekliliği daha düşük olup, salt mevcut kararın kuvvetlendirilmesi ya da desteklenmesi yeterli görülür<sup>47</sup>.

Örneğin, (A), (B)'den (C)'yi öldürmesini talep eder. Ancak (B) hali hazırda (C)'yi öldürmeye kesin suretle karar vermiştir. (B), (A)'nın talebini de memnuniyetle yerine getirerek kasten insan öldürme suçunu işler. Ne var ki (A), (B)'de öldürme kastı meydana getirmiş olmadığından, (A)'nın (B)'ye suç işleme kararı aldirdiğinden ve başarılı bir azmettirmenin mevcudiyetinden söz edilemez. (A)'nın talebi, (B)'nin suç işleme kararını kuvvetlendirici etki göstermiş olduğundan, (A)'nın kasten insan öldürmeye manevi yardım

<sup>45</sup> **Heinrich**, kn.1295. Bu halde şerik, faille mevcut olan suç işleme kararını bilmemektedir. Bkz. **Murmann**, §27 kn.106. Fail *omnimodo facturus* olduğundan suçun dayanağını oluşturan suç işleme kararı şerike yüklenememektedir. Bkz. **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1175.

<sup>46</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, §26 kn.30. Türk hukukunda ise akim kalmış azmettirme nedeniyle azmettirenin cezalandırılabilmesini sağlayan bir hüküm TCK'da mevcut değildir. Bkz. **İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver**, s. 402. **Önder**, s. 464.

<sup>47</sup> **Geppert**, s. 304; **Kühl**, §20 kn.177; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, §26 kn.31; **Heinrich**, kn.1295; **Satzger**, “Teilnehmerstrafbarkeit und Doppelvorsatz”, s. 515; **Murmann**, §27 kn.106. Alman ceza hukukunda suçlar cürüm ve cünha şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Teşebbüs aşamasında kalan azmettirme sadece cürüm niteliğini haiz suçlarda cezalandırılır. Cünha hüviyetindeki suçlarda cezalandırılmaz. Bu itibarla, cünha niteliğindeki suçlarda, *omnimodo facturus*'un suç işleme kararı kuvvetlendirilmişse, manevi yardım etme söz konusu olabilir. Bkz. **Koch/Wirth**, s. 205.

eden olarak sorumluluğu gündeme gelir. Ayrıca Alman ceza hukukunda, kasten insan öldürme suçu bir cürüm olduğundan (A)'nın teşebbüs aşamasında kalmış azmettirme nedeniyle sorumluluğunun mevcudiyetinden de söz edilir. Ancak Alman öğretisinde, tamamlanmış yardım etme karşısında teşebbüs aşamasında kalmış azmettirmenin tali norm olarak geri çekileceği<sup>48</sup> ve (A)'nın sadece kasten insan öldürme suçuna yardım eden olarak cezalandırılacağı kabul olunur.

Bu itibarla, öncelikle manevi yardım etmenin genel şartlarının tartışılması ve şerikin hareketiyle failin mevcut suç işleme kararını kuvvetlendirip kuvvetlendirmedeğinin ya da suçun işlenişini kolaylaştıran bir tavsiyede bulunup bulunmadığının irdelenmesi gerekir. Ayrıca Alman uygulamasında cürüm niteliğindeki suçlarda, teşebbüs edilmiş azmettirmenin de cezalandırıldığı gözden kaçırılmamalıdır. Ancak teşebbüs aşamasında kalmış azmettirmenin akabinde bir de manevi yardım etmenin mevcudiyeti kabul edilirse, şerik suça yardım eden olarak katılmış demektir. Zira teşebbüs aşamasında kalmış azmettirme nedeniyle cezalandırılabilirlik, taliliğinden ötürü (asli-tali norm ilişkisi) tamamlanmış yardım etme nedeniyle cezalandırılabilirliğin gerisine çekilir. Şerik sadece işlenen suça manevi yardım eden olarak sorumlu tutulur<sup>49</sup>.

Örneğin, hali hazırda ev soyma suretiyle hırsızlık suçunu işlemeye kesin suretle karar vermiş olan (F), suçun icrası sırasında yapması gerekenleri düşündüğünde birden bütün bunlar artık içine sinmez. Ancak (A), faili bu “saçma” düşüncesinden caydırır. Bu halde (A), hırsızlığa azmettiren olarak sorumlu tutulamaz. (A) yalnızca, failin hali hazırda mevcut olan suç işleme kararını, fail bocaladığında kuvvetlendirmiştir. Bu nedenle (A)'nın işlenen suça manevi yardım eden olarak cezalandırılması gerekir<sup>50</sup>. Kendiliğinden

<sup>48</sup> **Rengier**, §45 kn.34. Buna karşılık (A)'nın talebi, (B)'nin suç işleme kararını kuvvetlendirmemişse, (A)'nın sadece kasten insan öldürmeye teşebbüs aşamasında kalmış azmettirmeden ötürü sorumlu tutulması gerekir. Bkz. **Kühl**, §20 kn.178.

<sup>49</sup> **Heine/Weiber**, §30 kn.38; **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1174-1175. Zira asli suç bakımından ceza hukukuna ait sorumluluğun her türünün, Alman CK §30'dan (suça katılmaya teşebbüs) ötürü cezalandırılabilirliğin önünde geldiği prensibi işler. Bkz. **Heine/Weiber**, §30 kn.38. Karş. **Roxin**, §28 kn.39. Öğretide başka bir görüşe göre, azmettirmenin yardım etmeye önceliği gereği, kişinin sadece akim kalmış (teşebbüs edilmiş) azmettirme kapsamında sorumlu tutulması gerekir. Bkz. **Demirel/Kartal**, s. 464-465. Karş. **Balcı**, s. 301. Diğer bir görüşe göre ise, kendiliğinden belirli bir suçu işleme kararı alan fail, hali hazırda hareketin icrasına başlamışsa (yani suç teşebbüs aşamasına erişmişse), onu suça sevk eden kişi ancak yardım eden olarak cezalandırılabilir. Ancak fail hareketin icrasına başlamamışsa, onu suça sevk eden kişinin azmettirmeye teşebbüsten ötürü sorumlu tutulması gerekir. Bkz. **Tokdemir**, s. 241-242.

<sup>50</sup> **Kühl**, §20 kn.178.

suç işlemeye karar vermiş olan kimsenin, sadece bazı şüphelerinin mevcudiyeti halinde suça azmettirilmesi mümkün olmaz<sup>51</sup>. Eklenmelidir ki failin suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi suretiyle manevi yardım etmenin mevcudiyetinden bahsedilebilmesi için, failin hali hazırda vermiş olduğu suç işleme kararının hala kuvvetlendirilebilir durumda olması gerekir. Eğer failin vermiş olduğu suç işleme kararı değiştirilemez, sarsılmaz nitelikteyse, kararın kuvvetlendirilmesi suretiyle manevi yardım etmenin mevcudiyetinden de söz edilemeyecektir<sup>52</sup>.

## II. BAŞKA BİR SUÇA AZMETTİRME (UMSTIFTUNG)

### A. Genel Olarak

Bu durumu öğretilerde kimi yazarlar “döndüren azmettirme” şeklinde isimlendirmiştir<sup>53</sup>. Azmettirmenin bu türünde fail, vermiş olduğu belirli bir suçu işleme kararından döndürülüp başka bir suçu işlemeye azmettirilmektedir. Failin belirli bir suçu işleme kararından döndürülmesi bu isimlendirmenin çıkış noktasını oluşturmaktadır. Kanımızca başlıkta kullanıldığı şekliyle “başka bir suça azmettirme” ifadesi daha anlaşılırdır. Bu halde, hali hazırda belirli bir suçu işlemeye karar vermiş olan fail, o suç yerine başka bir suçu işlemeye karar verdirilmektedir. Yani azmettirilen fail, azmettirenin etkisinden sonra başlangıçta planlanmış olduğundan (niyet ettiğiinden) bütünüyle farklı bir suçu gerçekleştirmektedir. Zira azmettirilenin vermiş olduğu suç işleme kararından tamamen bağımsız olan, ayrı bir suç işleme kararı meydana getirilmektedir. Bu kararı oluşturan kişi “başka suça azmettiren” olarak adlandırılır. Başka suça azmettiren şerikin, tıpkı hali hazırda herhangi bir suç işlemeye karar vermemiş kişiye bir suç işleme kararı aldırın şerik gibi, işlenen suça azmettiren olarak cezalandırılması gerekir. Yani bu durumda yeni bir suça azmettirme vardır<sup>54</sup>. Örneğin, hali hazırda (K)’nın ara-

<sup>51</sup> Koch/Wirth, s. 205.

<sup>52</sup> Satzger, “omnimodo facturus”, s. 1174.

<sup>53</sup> Özkan, Halid: Ceza Hukukunda Azmettirme, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 213; Sarıgül, s. 248; Tokdemir, s. 246. Ayrıca “bir *aliud*’a azmettirme” isimlendirmesi için bkz. Krey/Esser, kn.1049. “*Aliud*”, Alman ceza hukukunda müstakil (bağımsız, başka) bir suçu ifade etmek üzere kullanılan Latince bir terimdir.

<sup>54</sup> Heinrich, kn.1296; Murmann, §27 kn.107; Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 67. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2020, §26 kn.5; Joecks/Jäger, §26 kn.13; Hakeri, Hakan: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 1, 2006, s. 97; Koca/Üzülmez, s. 486. Bu halde, suç tipine ilişkin riskin hafifletilmesi söz konusu değildir. Suç tipine ilişkin risk sadece bir başkasıyla değiştirilmektedir. Bkz. Geppert, s. 305. Öğretilerde kimi yazarlar (bir sonraki başlıkta ele alacağımız) faili suçu işlemeye devam etmeye sevk etmeyi de bu başlık altında incelemektedir. Bu

basını çalmaya karar vermiş olan (F)'yi, bunun yerine (K)'nin arabasına sopayla vurarak hasar vermeye ikna eden (A) mala zarar verme suçuna azmettiren olarak cezalandırılır<sup>55</sup>.

Başka suça azmettirme halinde, şerikin etkisiyle, hali hazırda suç işlemeye karar vermiş olan failin kastı değiştirilmekte, bu değişiklikten sonra işlenen suç bütünüyle başka bir hüviyet kazanmaktadır<sup>56</sup>. Bir *omnimodo facturus*'un artık aynı suça azmettirilemeyeceği ne kadar netse, bütünüyle başka bir suça azmettirilebileceği de o kadar nettir<sup>57</sup>. Hukuki sonucu itibarıyla öğretide en az tartışmalı olan özel azmettirme türü, başka bir suça azmettirmedir. Bu suretle suçun hukuki niteliği değiştirilir. Bu halde, şerikin faille aldırıldığı suç işleme kararı, failin başlangıçta gerçekleştirmeyi planlamış olduğu suça kıyasla, hukuki ve fiili olarak ne bir “daha fazlasına” (*Aufstiftung*) ne de “daha azına” (*Abstiftung*) yönlendirme teşkil eder<sup>58</sup>. Aksine bir aliud'a yani müstakil olarak cezalandırılabilen, bütünüyle farklı bir niteliği haiz olan başka bir suça sevk etme söz konusudur (*Umstiftung*). Başlangıçta failin işlemeyi planladığı suç ile şerikin onu işlemeye sevk ettiği suç arasında, temel suç ile o suçun cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurları arasında olduğu gibi herhangi bir kademe ilişkisi (ya da bağımlılık ilişkisi) bulunmaz. Ayrıca şerik faili başka bir suçu işlemeye yönlendirdiği anda, fail bu suçu işlemeye henüz kesin suretle karar vermiş değildir. Bu nedenle, tartışmasız bir biçimde şerik bu yeni suça azmettiren olarak cezalandırılır<sup>59</sup>.

yazarlara göre başka bir suça azmettirme ya failin planlamış olduğu suç yerine başka bir suçu işlemeye ya da bir suç tipi ihlalini daha fazla gerçekleştirmeye sevk edilmesi suretiyle olur. Bkz. **Kindhäuser/Zimmermann**, §41 kn.12.

<sup>55</sup> Bununla birlikte, (F) her ne kadar (A)'nin etkisiyle (K)'nin arabasını çalmaktan vazgeçip, bunun yerine arabasına sopayla vurmaya karar vermiş olsa da bu doğrultuda suçun icra hareketlerine başlamadan önce kararından cayarsa başka bir suça azmettirmeye teşebbüsten söz edilir. Bu durumda fail, başka bir suça azmettirenin etkisiyle kendi kendisine aldığı ilk suçu işleme kararından vazgeçmekte ve azmettirenin kendisine işleme kararı aldırıldığı diğer suçu da işlememektedir. Bu durum bir teşebbüs aşamasında kalan azmettirme türü olarak değerlendirilmektedir. Bkz. **Tokdemir**, s. 251-252.

<sup>56</sup> **Koch/Wirth**, s. 206.

<sup>57</sup> **Hillenkamp**, Thomas/**Cornelius**, Kai: 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2017, s. 207.

<sup>58</sup> Burada “daha fazlasına” yönlendirme ile kastedilen, hali hazırda belirli bir suçun temel şeklini işlemeye karar vermiş olan failin, o suçun bir cezayı artıran nitelikli unsurunu da gerçekleştirmeye sevk edilmesidir. Benzer biçimde, “daha azına” yönlendirme ile hali hazırda bir suçun cezayı artıran nitelikli unsurlu şeklini işlemeye karar vermiş olan failin, o suçun temel şeklini gerçekleştirmekle yetinmeye sevk edilmesi kastedilir.

<sup>59</sup> **Krey/Esser**, kn.1049; **Wessels/Beulke/Satzger**, kn.888; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, §26 kn.33; **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1179.

Failin başlangıçta kendiliğinden işlemeye karar vermiş olduğu suç, başka bir suça azmettirenin etkisiyle işlememiş olması, kural olarak başka suça azmettiren kişinin işlenen suça azmettiren olarak cezalandırılmasına engel olmaz. Bu itibarla, yukarıdaki örnekte, (A)'nın (F)'yi hırsızlık suçunu işlemekten vazgeçirmiş olması, onun mala zarar verme suçuna azmettiren olarak cezalandırılmasını engellemez. Zira (A) hırsızlık suçunun işlenmesini engellese de aynı zamanda mala zarar verme suçunun işlenmesine neden olmuştur. Diğer bir ifadeyle başka suça azmettiren, her ne kadar faili bir suç işlemekten caydırsa da aynı zamanda farklı (yeni) bir suç işlemeye azmettirmektedir. (F)'ye mala zarar verme suçunu işleme kararı (A) tarafından aldırılmıştır. Bu nedenle kural olarak bu hareketinden sorumlu tutulması gerekir<sup>60</sup>. (A)'nın hareketiyle hırsızlık suçunun işlenmesini engellemiş olması, mala zarar verme suçunun azmettireni olarak cezalandırılırken cezasının belirlenmesi aşamasında dikkate alınabilir.

Failde hali hazırda mevcut olan suç işleme kararı, bir azmettirme hareketinin nedenselliğini yalnızca o azmettirme hareketi de faili aynı suç işlemeye yönlendiriyorsa kaldırır<sup>61</sup>. Halbuki burada şerik, faili niteliksel olarak farklı bir hareketi icra etmeye karar vermektedir. Bu hareket başka bir suç teşkil ediyorsa azmettirme mevcuttur. Harekette meydana getirilen değişikliğe rağmen aynı suç söz konusu ise, sadece manevi yardım etmenin mevcudiyetinden bahsedilebilir<sup>62</sup>. Burada belirleyici olan husus, aynı suç ile farklı suç arasındaki sınır çizgisinin nerede çizilmesi gerektiğinin tespitidir<sup>63</sup>. Yani önemli olan ne zaman başka bir suçtan ne zaman ise aynı suçtan söz edileceğinin ortaya konulmasıdır. Failin hukuki olarak başka bir suça sevk edildiğinden bahsedilebilmesi için, hali hazırda vermiş olduğu suç işleme kararında oldukça önemli bir sapmanın meydana getirilmesi ve bu sapmanın da suç tipine ilişkin (ve hukuki anlamda) bir önemi haiz olması aranır<sup>64</sup>. Eğer

<sup>60</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, §26 kn.33; **Heinrich**, kn.1296. Başlangıçta planlanmış olan suçun işlenmemesi iştirakin türünün tespiti hususunda bir etkiyi haiz değildir. Bkz. **Krey/Esser**, kn.1049.

<sup>61</sup> **Frister**, §28 kn.17.

<sup>62</sup> **Maurach/Gössel/Zipf**, §51 kn.42.

<sup>63</sup> **Hillenkamp/Cornelius**, s. 207.

<sup>64</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, §26 kn.34; **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1179. Roxin, başka bir suç, başka bir suç tipi ile eş anlamlı görmekte ve bu durumu (örn. Dolandırıcılık suçunu işlemeye karar vermiş olan faili hırsızlığa sevk etme) “suç tipi değişikliği” biçiminde nitelendirmektedir. Yazara göre, failin başlangıçta işlemeye karar verdiği suçla, şerikin etkisiyle işlemeye sevk edildiği suç aynı hukuki değerleri koruyor olsa bile, suç tipinde bir değişikliğin mevcudiyeti halinde, başka bir suçun oluştuğunun kabulü gerekir. Bkz. **Roxin**, §26 kn.93. Karşı görüşteki Nepomuck'a göre ise, başka bir suçun mevcudiyeti salt suç tipi değişikliği kriterine göre belirlenmemelidir. Örneğin,



failin sevk edildiği suçla ilk başta işlemeyi planlandığı suçun esaslı parçaları özdeş değilse (ayniyet arz etmiyorsa), başka bir suçun ve azmettirmenin mevcudiyetinden bahsedilir<sup>65</sup>.

Failin bütünüyle başka bir suçu işlemeye sevk edildiği hallerde, yeni bir suç işleme kararı aldırmanın ve azmettirmenin mevcudiyetinden şüphe duyulmaz. Bununla birlikte kimi zaman failin başlangıçtaki suç işleme kararı korunur, ancak “olası azmettirenin” etkisiyle suçun failinde, mağdurunda, konusunda, işleniş şeklinde, işlenme yerinde, işlenme zamanında, suçla konulan hukuki değerlerde, failin güdüsünde veya suçun işlenmesinde kullanılan araçlarda değişiklik meydana getirilir. İşte bu gibi hallerde, hali hazırda belirli bir suçu işlemeye karar vermiş olan failin suç işleme kararının “olası azmettiren” vasıtasıyla değiştirilmiş olmasının, azmettirmeyi tesis eden yeni bir suç işleme kararı aldırma olarak mı yoksa yardım etmeyi tesis eden suç planı değişikliğine teşvik etme olarak mı görülmesi gerektiği ortaya konulmalıdır. Zira şerikin etkisiyle gerçekleşen suç planı değişikliklerinin tamamı başka bir suçun tesis etmez<sup>66</sup>.

## B. Suç İşleme Kararında Meydana Getirilen Değişikliğin Başka Bir Suçun Oluşumuna Yol Açmadığı Haller

Azmettiren, azmettirilen failin suçun icra hareketlerini gerçekleştirme biçimi bakımından belirleyici değildir<sup>67</sup>. Bu itibarla, aynı suçun maddi ko-

hırsızlık ve dolandırıcılık suçları aynı (oldukça yakın) hukuki değerleri koruduklarından bu suçlardan birini işlemeye karar vermiş olan faili, aynı mağdura karşı diğer suçu işlemeye sevk eden şerik azmettiren olarak cezalandırılmamalıdır. Zira bu durumda sadece suçun işleniş şekli değişir. Bu nedenle şerike azmettiren olarak faille aynı cezanın verilmesi orantısız olacaktır. Bkz. **Nepomuck**, s. 298-299. Türk öğretisinde de bir görüşe göre, dolandırıcılık, yağma ve hırsızlık suçları birbirine yakın veya aynı hukuki değerleri koruduklarından bu suçlardan birini işlemeye karar vermiş olan faili, onun yerine bir diğerini işlemeye sevk eden kişi manevi yardım eden olarak cezalandırılmalıdır. Bkz. **Tokdemir**, s. 252.

<sup>65</sup> **Geppert**, s. 305. Suçun maddi ve manevi unsurlarının aynı olması halinde aynı suçun mevcudiyetinden söz edilebileceği hususunda bkz. **Aydın**, s. 89; **Evik**, s. 175. Frister’e göre, bir suçun özdeşliği (ayniyeti) hem bu suçun işlenmesi suretiyle gerçekleştirilmiş olan suç tipi hem de ilgili hayat olayı vasıtasıyla belirlenir. Örneğin İstanbul’daki bir banka şubesini soymaya karar vermiş olan failin, arkadaşı tarafından bunun yerine Bursa’daki bir bankanın para sevkiyatçısını soymaya sevk edilmesi halinde, aynı suç tipi gerçekleştirilse de başka bir hayat olayı söz konusudur. Bu nedenle başka bir suçun mevcudiyetinden söz edilir. Bkz. **Frister**, §28 kn.17.

<sup>66</sup> **Kühl**, §20 kn.180, 187; **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1179. Karş. **Roxin**, §26 kn. 91. Diğer bir ifadeyle, ilk halde başka bir suça azmettirme, ikinci halde ise failin başlangıçta işlemeyi planladığı suça yardım etme söz konusudur. Bkz. **Heinrich**, kn.1296a.

<sup>67</sup> **Önder**, s. 463.

şullarında yalnızca esaslı olmayan değişiklikler meydana getirilmesi halinde başka bir suçta azmettirmeden bahsedilemez. Suçun icrasına yönelik varyasyonlarda yani suçun işlenme yerinde, zamanında veya suçun işlenmesinde kullanılan araçlarda yapılan değişiklikler böyledir. Zira bu gibi değişiklikler suçun hukuki nitelendirmesi bakımından önemsizdir. Buna faili, hasmına evinin önünde değil de otobüs durağının önünde vurmaya ikna eden, hasmını bastonla değil de levye ile dövmeye ikna eden ya da suçu iş çıkışında değil de sabah işe giderken işlemeye ikna eden kişinin durumu örnek gösterilebilir<sup>68</sup>. Bu gibi değişiklikler hukuki değer ihlalinin ölçüsünü (boyutunu) etkilemez. Bu hallerde, maddi koşullarda meydana getirilen değişiklik suçun çekirdeğine etki etmediğinden, failin hali hazırda işlemeye karar verdiği suçu başka bir suçta dönüştürmez. Yeni bir suç işleme kararı meydana getirmez. Sadece başlangıçta mevcut olan suç planında değişikliğe yol açar. Bu nedenle, bu gibi talimatlar failin işlemeye karar verdiği suçta yalnızca manevi yardım etme özelliği taşır<sup>69</sup>.

Prensip itibarıyla, salt suçun konusunda değişiklik meydana getirilmesi de azmettirme olarak değerlendirilemez. Zira bu ihtimalde suç tipi aynı kalmaya devam eder. Örneğin fail istasyonda duran metro trenini spreyle boyamaya karar vermişken, faille bunun yerine yan istasyondaki hızlı treni boyama tavsiyesi verilmesi halinde durum böyledir. Suçun konusunun metro treninden, hızlı trene dönüştürülmesi suç işleme kararı aldırma hüviyetinde değildir<sup>70</sup>. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, şerikin faille suçun konu-

<sup>68</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, §26 kn.34; **Heinrich**, kn.1296a; **Wessels/Beulke/Satzger**, kn.888; **Krey/Esner**, kn.1049; **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1179; **Sarıgül**, s. 249. Bu örneklerin, failin suçu tabanca yerine bıçakla işlemeye, hafta içi yerine hafta sonu işlemeye ya da başlangıçta planladığından daha tenha bir yerde işlemeye ikna edilmesi şeklinde çoğaltılması mümkündür. Bkz. **Roxin**, §26 kn.100. Bununla birlikte, suçun işlenmesinde kullanılan araçlarda meydana getirilen değişikliğin başka bir suçun işlenmesine (örn. suçun dolandırıcılıktan şantaja dönmesi) yol açması halinde başka bir suçta azmettirmenin mevcudiyetinin kabulü gerekir. Bkz. **Maurach/Gössel/Zipf**, §51 kn.45.

<sup>69</sup> **Rengier**, §45 kn.42; **Joecks/Jäger**, §26 kn.17; **Kindhäuser/Zimmermann**, §41 kn.12. Bu gibi durumlarda şerikin hareketleri neticesinde, failin suç kastında değişiklik meydana gelmemekte sadece suçun gerçekleştirilmesinin detaylarında değişiklik ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle azmettirmenin mevcudiyetinden söz edilemeyecektir. Bkz. **Heine/Weißer**, §26 kn.8. Esasen bu gibi değişikliklerin de failin başka bir suçun oluşumuna yol açtığı, ancak bunun maddi hukuk açısından bir önemi haiz olmadığı, zira kanuni suç tipinin bu konuda bir açıklamada bulunmadığı hususunda bkz. **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1179.

<sup>70</sup> **Koch/Wirth**, s. 207; **Heine/Weißer**, §26 kn.8. Benzer şekilde, failin aynı mağdurdan başlangıçta planladığından farklı bir nesneyi çalmaya ikna edilmesi halinde de durum

sunu değiştirme kararı aldırması, failin başlangıçtaki planı ile uyumluysa, bu planı iyileştiriyorsa ve suçun ayniyetini değiştirmiyorsa yardım etmenin mevcudiyetinden söz edilir. Buna karşılık, şerikin faile suçun konusunu değiştirme kararı aldırması, (failin mevcut planına yapılan katkı neticesinde değil de) şerikin yeni bir plan belirleyerek plan hakimiyetini eline alması neticesinde gerçekleşmişse azmettirme söz konusudur. Örneğin fail misafirlerine ikram etmek için viski çalmak istemektedir. (A), faili misafirlerin votka içmeyi tercih edeceğini söyleyerek viski yerine votka çalmaya yönlendirirse hırsızlığa yardım etme mevcuttur. Ancak (A), faili viski yerine votka çalıp satmaya, konuklarına da bira ikram etmeye yönlendirirse hırsızlığa azmettirme söz konusudur<sup>71</sup>.

Öğretide kimi yazarlar, yukarıda ifade edilen suçun işleniş varyasyonlarında meydana getirilen değişikliklerin yanı sıra, failin yalnızca suç işleme güdüsünde (nedeninde) meydana getirilen değişikliklerin de kural olarak başka bir suça vücut vermeyeceğini, dolayısıyla bu ihtimalde de şerikin yardım eden olarak cezalandırılabilceğini ifade etmektedir<sup>72</sup>. Bu durumda, failin işlemeye karar verdiği suçta ve suçun işleniş şeklinde herhangi bir değişiklik meydana getirilmeksizin, suçu başka bir güdüyü dayanak alarak işlemesi sağlanmaktadır<sup>73</sup>. Örneğin (A), kız arkadaşına hediye etmek için değerli bir yüzük çalmak istemektedir. (B), suçun icrasına geçmeden önce (A)'yı kız arkadaşının buna değmediğine, bunun yerine yüzüğü çalıp paraya

böyledir. Bkz. **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, §26 kn.34. Bununla birlikte, öğretide ifade edilen bir görüşe göre, eğer azmettiren faile başlangıçta hedef aldığı suç konusunun değersizliğini gösteriyor ve bu suretle suçun konusunda değişiklik meydana getiriyorsa, bu değişikliğin önemsiz olduğunun ileri sürülmesi ikna edici olmayacaktır. Örneğin, fail (F) suç eşyası alıp satan (H)'ye bir sanat müzesinden Nolde'nin tablosunu çalıp kendisine satmayı teklif eder. (H) bu tablonun şu anda pek piyasası olmadığını, ancak o sanat galerisinde bulunan Beckmann'ın tablosunu çalarsa buna ilgi göstereceğini söylerse durum böyledir. Bkz. **Maurach/Gössel/Zipf**, §51 kn.43.

<sup>71</sup> **Roxin**, §26 kn.96. Ayrıca, suçun konusunun son derece kişisel hukuki değerlerle ilgili olması durumunda konuda meydana getirilen değişikliğin azmettirmeye, aksi halde yardım etmeye yol açacağı hususunda bkz. **Roxin**, §26 kn.97. Bir görüşe göre, Fail (F), mağdur (M)'nin arabasına zarar vermeye karar vermişken, şerik (Ş) tarafından (M)'nin arabası yerine her şeyden çok sevdiği köpeğini öldürmeye ikna edilmişse ve arabasına zarar vermek yerine köpeğini öldürmenin (M)'yi daha fazla inciteceği (F)'nin aklına pek yatmasa da (Ş) dediğini yapmazsa kendisine ileride borç para vermemekle tehdit ettiği için söyleneni yapmışsa, (Ş) mala zarar verme suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır. Zira bu halde şerik, faili aynı mağdura karşı aynı suçu farklı bir suç konusu üzerinden işlemeye yaptırımla desteklenmiş (kuvvetlendirilmiş) bir taleple karar vermektedir. Bkz. **Nepomuck**, s. 286-289.

<sup>72</sup> **Wessels/Beulke/Satzger**, kn.888; **Krey/Esser**, kn.1049.

<sup>73</sup> **Roxin**, §26 kn.99.

çevirmesinin daha doğru olduğuna ikna eder. Bu olayda (B), (A)'nın sadece suç işleme güdüsünde değişiklik meydana getirmiştir. Bu nedenle hırsızlığa azmettirmeden söz edilemeyecektir. (A) hırsızlık suçunu işleme kararını hali hazırda kendisi vermiştir. (B)'nin telkinleri (A)'nın suç işleme kararını kuvvetlendirmişse, (B) işlenen suça yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır<sup>74</sup>.

### C. Suç İşleme Kararında Meydana Getirilen Değişikliğin Başka Bir Suçun Oluşumuna Yol Açtığı Haller

Şerikin etkisiyle failin değişmesi, başlangıçtaki suç planında herhangi bir değişiklik meydana gelmese bile daima başka bir suça vücut verir ve azmettirme teşkil eder. Zira somut bir fail olmaksızın suçtan söz edilemeyecektir. Yeni failin suç işleme kararı da bütünüyle yenidir<sup>75</sup>. Ayrıca şerikin etkisiyle başlangıçta işlenmesi planlanan suça bir müşterek failin katılması ya da mevcut müşterek faillerden birinde değişiklik meydana getirilmesi halinde de buna yol açan şerikin azmettiren olarak cezalandırılması gerekir<sup>76</sup>. Benzer şekilde, failin işlemeye sevk edildiği suç başka bir korunan hukuki değere ya da kişiye (mağdura, hukuki değer taşıyıcısına) yönelmişse, başka bir suç var demektir<sup>77</sup>. Zira failin işlediği suçla işlemeyi planladığı suçun farklı suçlar olup olmadığı hukuken, kanuni suç tipi ve korunan hukuki değerlerin yardımıyla ayırt edilir<sup>78</sup>. Bir hukuki değer, taşıyıcısına bağlılık arz eder. Taşıyıcıda meydana gelen değişiklik, daima yeni bir korunan hukuki değer ihlali meydana getirir. Bu nedenle, faili başka bir hukuki değere ya da başka bir hukuki değer taşıyıcısına (mağdura) yönlendirmenin, tipik bir azmettirme olduğunun kabulü gerekir<sup>79</sup>.

Örneğin, hali hazırda hasmını dövmeğe karar vermiş olan faili, bunun yerine hasmının arabasını çalmaya ikna eden kişinin durumu böyledir. Bu şerikin hırsızlığa azmettiren olarak cezalandırılması gerekir. Zira şerikin etkisiyle fail saldırısını, mağdurun (başlangıçta karar verdiğinden) farklı bir

<sup>74</sup> **Koch/Wirth**, s. 207; **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1181. Benzer başka bir örnek için bkz. **Roxin**, §26 kn.99. Karşı görüşteki yazarlara göre, bu durumda fail suçu başka bir sebeple işlediğinden suç güdüsünde meydana getirilen değişik azmettirmeyi tesis eder. Örneğin fail bir tabloyu çalıp evinin duvarına asmak istemektedir. Ancak arkadaşı (A) tarafından, bunun yerine tabloyu çalıp (A)'nın da desteğiyle (C)'ye satmaya ikna edilirse durum böyledir. Bkz. **Maurach/Gössel/Zipf**, §51 kn.44.

<sup>75</sup> **Krey/Esser**, kn.1049; **Roxin**, §26 kn.92; **Geppert**, s. 305; **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1179; **Heine/Weißer**, §26 kn.8.

<sup>76</sup> **Roxin**, §26 kn.92.

<sup>77</sup> **Rengier**, §45 kn.42; **Joecks/Jäger**, §26 kn.13.

<sup>78</sup> **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1180. Karş. **Geppert**, s. 305.

<sup>79</sup> **Kindhäuser/Zimmermann**, §41 kn.12. Karş. **Satzger**, “omnimodo facturus”, s. 1181.

korunan hukuki değerine yönelmiştir<sup>80</sup>. (A)'yı öldürmeye karar vermiş olan failin, (A) yerine (B)'yi öldürmeye sevk edilmesi halinde de aynı durum söz konusudur. Faili başlangıçta öldürmeye karar vermiş olduğu kişi yerine, başka bir kişiyi öldürmeye sevk eden şerik, faili yeni bir suça azmettirmiş olur<sup>81</sup>. Yaşam hukuki değeri mağdurun kişiliği ile ayrılamaz şekilde bağlantılı olduğundan, bu halde başka bir kişisel hukuki değer ihlali gündeme gelir. Bu nedenle failin başlangıçta işlemeyi planladığı kasten insan öldürme suçu ile fiilen işlediği kasten insan öldürme suçu aynı suç olarak görülmez<sup>82</sup>. Bu itibarla, failin suç işleme kararında zarara uğrıtılacak hukuki değer taşıyıcısı hususunda meydana getirilen değişiklik, azmettirmeye yüklenmesi gereken yeni bir hukuki değer saldırısı teşkil eder<sup>83</sup>. Suç tipinde değişiklik meydana getirilmeksizin suçun mağdurunun değiştirilmesi de başka bir suça azmettirme kapsamında görülür.

Failin kasten öldürme suçunu zamansal olarak öne çekmeye karar verilmesi halinde, sadece suçun işlenme zamanında değişiklik meydana getirilmiş olmasına rağmen, istisnai bir şekilde, başka bir suçun ve azmettirmenin mevcudiyeti kabul edilir. Örneğin (A)'nın hali hazırda (B)'yi perşembe günü öldürmeye karar vermiş olması, ancak (C)'nin telkinleri üzerine perşembeye kadar beklemeden pazartesi günü öldürme hareketini gerçekleştirmesi halinde durum böyledir. Bu halde Alman öğretisindeki baskın görüşe göre, suç tipine etki etmeyen bir suç varyasyonunda (yani suçun işlenme zamanında) değişiklik meydana getirilmiş olmasına rağmen, (C)'nin kasten insan öldürmeye azmettiren olarak sorumlu tutulması gerekir. Öldürmeye ilişkin haksızlığın özel içeriği bu kabulün benimsenmesini gerektirir. Zira hayatın sadece cüzi bir miktarda kısaltılması bile müstakil bir öldürme haksızlığı teşkil eder<sup>84</sup>. Diğer bir ifadeyle, mağdur aynı kalsa bile mağdurun

<sup>80</sup> **Wessels/Beulke/Satzger**, kn.888.

<sup>81</sup> **Stree**, Walter: "Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung", Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag, 1972, s. 289; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, §26 kn.34. Bu aynı zamanda suçun konusunda meydana getirilen değişikliğin azmettirme olarak değerlendirileceği istisnai bir durumu ifade eder.

<sup>82</sup> **Stree**, s. 290. Tam da bu sebeple, tam tersi bir durumda, yani failin (A)'yı öldürmeye sevk edildiği, ancak bilinçli bir şekilde (B)'yi seçip öldürdüğü hallerde bir azmettirmenin mevcudiyetinden söz edilemez. Bkz. **Stree**, s. 290.

<sup>83</sup> **Murmann**, §27 kn.107.

<sup>84</sup> **Satzger**, "omnimodo facturus", s. 1180; **Joecks/Jäger**, §26 kn.17. Eklenmelidir ki fail bir suçu uzak gelecekte işlemeyi planlamışsa, ancak şerik tarafından suçu derhal icra etmeye sevk edilmişse, bu suretle failin suç işleme zamanının değiştirildiğinden bahsedilemeyecektir. Burada daha ziyade suça genel olarak eğilimli olan kişiye suç işleme kararı aldırma söz konusudur. Zira belirlenmiş bir suç zamanı olmaksızın yeterince somutlaştırılmış bir suç işleme kararının mevcudiyetinden söz edilemeyecektir. Bkz. **Satzger**, "omnimodo facturus", s. 1180.

yaşamının kısaltılması durumunda, müstakil bir değersizlik içeriğinin mevcudiyetinin kabulü gerekir<sup>85</sup>.

#### D. Suç İşleme Kararında Meydana Getirilen Değişikliğin Haksızlık İçeriği Daha Hafif Olan Başka Bir Suçun Oluşumuna Yol Açtığı Haller

Başka suça azmettirenin müdahalesiyle fail başlangıçta planlamış olduğundan daha hafif bir haksızlık meydana getirmeye sevk edilmişse, bu durum kural olarak cezanın hesaplanması aşamasında başka suça azmettiren kişi lehine dikkate alınabilir. Bununla birlikte, Alman öğretisinde istisnai şekilde, hukuka uygunluk sebebi teşkil eden zorunluluk halinin ya da hukuki değer taşıyıcısının (mağdurun) varsayılan rızasının mevcudiyeti halinde başka suça azmettirenin cezadan kurtulabileceği de ifade edilmektedir<sup>86</sup>. Bu bağlamda, kimi yazarlara göre başka bir suça azmettirme, *Abstiftung* (daha azına/hafife sevk etme) karakterini haiz olabilir. Örneğin, kasten öldürme suçunu işlemeye karar vermiş olan failin, bunun yerine sadece mala zarar verme suçunu işlemekle yetinmeye yönlendirilmesi halinde durum böyledir. Bu halde, faili daha hafif suça yönlendiren kişi bakımından bir hukuka uygunluk sebebi mevcuttur. Bu hukuka uygunluk sebebi, zorunluluk halinden (Alman CK §34) ya da varsayılan rızadan ileri gelebilir<sup>87</sup>. Alman öğretisinde *Abstiftung* terimi daha ziyade bir suçun temel şekli ile nitelikli unsurları arasındaki ilişki bağlamında kullanılır. Buna göre, failin bir suçun daha hafif şeklini işlemeye sevk edilmesi, suçun ayniyetinde değişiklik meydana getir-

<sup>85</sup> **Heinrich**, kn.1296a. Renzikowski'ye göre bu değerlendirme öldürmenin haksızlığının insan hayatının kısaltıldığı sürede (sürenin miktarında) bulunduğu ön kabulünden ileri gelir. Bu nedenle bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. Zira aksi takdirde yaşlıların ya da ölümcül hastaların hayatı da daha az değerli olur. Ancak, zamansal olarak öne çekilen suç yeni bir hareket sebebinden ileri geliyorsa azmettirmenin mevcudiyetinden söz edilir. Bkz. **Maurach/Gössel/Zipf**, §51 kn.45. Nepomuck'a göre, suçun yalnızca daha erken işlenebileceği ihtimaline dikkat çekmek, işlenen suça en fazla yardım eden olarak cezalandırılmayı sağlar. Bu halde, şerikin azmettiren olarak cezalandırılması, yani faille aynı cezayı alması adil olmaz. Bkz. **Nepomuck**, s. 301, 303.

<sup>86</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, §26 kn.33.

<sup>87</sup> **Rengier**, §45 kn.42. Failin ihlal etmeye yönlendirildiği hukuki değerin, mağdur açısından failin başlangıçta ihlal etmeyi planladığı hukuki değere kıyasla daha hafif ağırlıkta olması halinde de durum değişmez. Yine başka bir suç vardır. Ancak bu ihtimalde bir görüşe göre, hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyetinden söz edilebilir. Bu hukuka uygunluk sebebinin varsayılan rızadan ileri geldiği düşünülebilir. Örneğin hali hazırda hasmını dövmeye karar vermiş olan failin, bunun yerine hasmının arabasına zarar vermeye sevk edilmesi halinde durum böyledir. Tehlike failin bedensel bütünlüğünden malvarlığına yöneltilmiştir. Bkz. **Satzger**, "omnimodo facturus", s. 1180-1181.

mez. Ancak yukarıda ifade edilen görüşe göre *Abstiftung* sebebiyle bir kimşenin azmettiren ya da yardım eden olarak cezalandırılmasının önüne geçilmesi, sadece temel suç ve onun nitelikli unsurları arasındaki ilişki kapsamında<sup>88</sup> değil, aynı zamanda iki farklı suç arasındaki ilişki kapsamında da gündeme gelebilir.

Bu durumla bileşik suç özelinde de karşılaşılabılır. Örneğin yağma suçunu işlemeye karar vermiş olan faili, bu kararından vazgeçirip sadece hırsızlık suçunu işlemekle yetinmeye ikna eden kişi hırsızlık suçuna azmettirmeden dolayı sorumlu tutulamayacaktır<sup>89</sup>. Zira failin yağma suçunu işleme kararının içerisinde hırsızlık suçunu işleme kararı da evleviyetle bulunur. Yani yağma suçunu işlemeye karar vermiş olan fail hırsızlık suçu bakımından da *omnimodo facturus* statüsündedir. Bu nedenle faili sadece hırsızlık suçunu işlemekle yetinmeye sevk eden kişi, esasen faile hırsızlık suçu işleme kararı aldırılmış olmaz. Ayrıca bu suretle mağdurun önemli hukuki değerlerinin ihlali de engellenmiş olmaktadır. Diğer bir ifadeyle failin yağma yerine hırsızlık suçunu işlemeye sevk edilmesi, mağdurun hukuki değerlerinin korunmasına da hizmet etmektedir<sup>90</sup>. Türk öğretisinde, haksızlık içeriği daha yüksek olan bir suçu işlemeye karar vermiş olan failin, haksızlık içeriği daha düşük olan başka bir suçu işlemeye sevk edilmesi “eksilen döndüren azmettirme” şeklinde isimlendirilmiştir<sup>91</sup>.

### E. Suç İşleme Kararında Meydana Getirilen Değişikliğin Haksızlık İçeriği Daha Ağır Olan Bileşik Suçun Oluşumuna Yol Açtığı Haller

Şerikin etkisiyle failin suç işleme kararında meydana getirilen değişiklik, işlenen suçun failin başlangıçta işlemeyi planladığı suça kıyasla, daha

<sup>88</sup> Örneğin, kasten yaralama suçunu silahla işlemeye karar vermiş olan failin, bu suçu silahsız biçimde işlemeye yönlendirilmesi halinde durum böyledir. Fail cezayı artıran nitelikli unsurlu kasten yaralama suçunu işlemeye karar vermişken, şerik vasıtasıyla bu suçun temel şeklini gerçekleştirmekle yetinmeye yönlendirilmiştir.

<sup>89</sup> **Hakeri**, “İştirak”, s. 97; **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 527. Başka bir görüşe göre ise, hali hazırda hasmını öldürmeye karar vermiş olan faili, bunun yerine hasmına yalnızca hakaret etmeye ikna eden kişinin de hakaret suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulması gerekir. Zira kasten insan öldürme, hakarete kıyasla daha vahim bir suç olsa da hakaret suçu, kasten insan öldürme suçunun kapsamında yer almaz. Bkz. **Aydın**, s. 173-174.

<sup>90</sup> **Roxin**, §26 kn.69; **Geppert**, s. 304. Kural olarak bu gibi hallerde faili yağma yerine hırsızlık suçunu işlemeye sevk eden kişinin hırsızlığa yardım eden olarak cezalandırılması da mümkün olmaz. Bkz. **Roxin**, §26 kn.69.

<sup>91</sup> **Özkan**, s. 214.

ağır haksızlık içeriğine sahip olan bileşik suça dönüşmesine yol açabilir. Buna göre örneğin, (A), (B)'nin evine girip bileziklerini çalmaya karar verir ve bu planını arkadaşı (C)'ye anlatır. Bunun üzerine (C), (A)'ya yanına bir de sopa alması ve evin içerisinde (B) ile karşılaşır ve onu sopayla etkisiz hale getirmesi tavsiyesinde bulunur. (A) bu tavsiyeyi dinler. (B)'nin evine giren (A) bilezikleri alacağı sırada (B) ile karşılaşır ve sopayla sırtına vurarak onu yere serer. Bundan istifade eden (A) bilezikleri alır ve evden ayrılır. Bu olayın çözümünde (C)'nin cezai sorumluluğunun nasıl belirleneceği hususunda Alman öğretisinde iki ana görüş bulunur. Bunlardan ilkinde göre, (C)'nin yağma suçuna azmettiren olarak cezalandırılması gerekir. (A)'nın hali hazırda hırsızlık suçunu işlemeye karar vermiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Zira (C), (A)'yı bütünüyle başka bir suçu işlemeye sevk etmiştir<sup>92</sup>. Bu görüşteki yazarlara göre, yağma suçunun kendisine ait müstakil bir haksızlık içeriği vardır. Bu haksızlık içeriğinin ağırlığı, yağmayı meydana getiren suçların haksızlık içeriklerinin toplamından daha fazladır. Nitekim bu husus yağma suçunun cezasının yüksekliğinden de anlaşılabilir<sup>93</sup>. Bu nedenle, yağma suçunun hırsızlık ve kasten yaralama şeklinde parçalara ayrılarak, failin hali hazırda hırsızlık suçunu işlemeye karar vermiş olduğundan bahisle artık yağmaya azmettirilemeyeceği, yalnızca kasten yaralamaya azmettirilebileceği ileri sürülemez.

İkinci görüşe göre ise, (A) failen yağma suçunu işlemiştir. Ancak yağma suçunun içerisinde bulunan hırsızlık suçu bileşeni bakımından (A) *omnimodo facturus* konumundadır. Zira (A) hali hazırda kendiliğinden hırsızlık suçunu işlemeye karar vermiştir. Hırsızlık suçunu işlemeye (C) tarafından sevk edilmemiştir. Bu nedenle (C) yağma suçuna azmettiren olarak görülemez. Aksi halde kendi hareketinden kaynaklanmayan bir haksızlık parçasından da sorumlu tutulmuş olur. Esasen (C), (A)'ya hırsızlığa ek olarak sadece kasten yaralama suçu işleme kararı aldırılmaktadır. Bu nedenle (C)'nin kasten yaralama suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulması gerekir. Bunun yanı sıra (C), verdiği tavsiye nedeniyle yağma suçuna manevi yardım eden olarak da sorumlu tutulabilecektir. Bu itibarla, örnek olayda (C)'nin yağma suçuna yardım etme ile kasten yaralama suçuna azmettirmeden ötürü fikri içtima ilişkisi içerisinde sorumlu tutulması gerekir<sup>94 95</sup>.

<sup>92</sup> **Stree**, s. 283-284; **Rengier**, kn.36vd; **Wessels/Beulke/Satzger**, kn.886.

<sup>93</sup> **Roxin**, §26 kn.104.

<sup>94</sup> **Wessels/Beulke/Satzger**, kn.886; **Geppert**, s. 305. Bu görüşe göre, azmettirme yalnızca failin hali hazırda gerçekleştirmeye karar vermediği suç parçasına yönelik olabilir. Bkz. **Roxin**, §26 kn.103.



### III. SUÇU İŞLEMeye DEVAM ETMEYE SEVK ETME

Bu suça sevk etme türü Alman öğretisinde kimi yazarlarca<sup>96</sup> “ardışık (kademeli) azmettirme” (*sukzessive Anstiftung*) biçiminde adlandırılır. Ancak bu terimin kullanımı yanlış anlaşılmalara yol açabilir<sup>97</sup>. Kanımızca başlıkta kullanılan ifade bu suça sevk etme türünün içeriğini daha iyi yansıtır. Bu durumda suçun icrasına daha fazla devam etmemeye kati suretle karar vermiş olan faile, suçun icrasını sürdürme kararı aldırılması söz konusudur<sup>98</sup>. Buna göre, fail suçu tamamladıktan sonra icra hareketlerini yapmayı bırakmak istemektedir. Ancak suç ortağı (fail veya şerik), failden suç (aynı hareketlerle) işlemeye devam etmesini, ek hareketler gerçekleştirmesini talep eder. Bir görüşe göre, bu talep başlı başına bağımsız bir azmettirme hareketi hüviyeti taşır<sup>99</sup>. Zira bu halde fail kendi başına almış olduğu suç işleme kararına istinaden gerçekleştirdiği, suçu meydana getiren hareketleri hali hazırda tamamlamıştır. Ancak bunun akabinde genellikle bir şerik, failde aynı suça ait başka (ek) icra hareketleri yapmaya yönelik yeni bir suç işleme kararı meydana getirmektedir. Bu itibarla, failin ek olarak gerçekleştirmeye sevk edildiği suç teşkil eden hareketlere yönelik bir azmettirmenin mevcudiyetinin kabulü gerekir. Yani burada hali hazırda kesin suretle bir suç işlemeye karar vermiş olan kişinin, suçun icrasına başlamasından önce etkilenmesi söz konusu değildir. Aksine, suçun icrası tamamlandıktan sonra gerçekleşen müstakil bir azmettirme hareketi mevcuttur<sup>100</sup>. Bu azmettirme hareketi, faile suçu işlemeye devam etme kararı aldırılmasından sonra gerçekleştirilen suç parçasını kapsamına alır<sup>101</sup>. Diğer bir ifadeyle, faile suçu işle-

<sup>95</sup> Eklenmelidir ki, Alman öğretisinde failin yağmadan hırsızlığa sevk edilmesi, daha ziyade *Abstiftung* başlığı altında incelenmektedir. Benzer şekilde, failin hırsızlıktan yağmaya sevk edilmesi de daha ziyade *Aufstiftung* başlığı altında incelenmektedir. Ancak bu iki hukuk kurumunun esasını temel suç ile nitelikli unsurlar arasındaki ilişki oluşturmaktadır. Bu konu çalışmamızın kapsamına dahil edilmemiştir. Bununla birlikte, yağma ve hırsızlık birbirinden farklı suçlar olduklarından başka bir suça azmettirme (*Umstiftung*) başlığı altında bu meselenin de ele alınması uygun görülmüştür.

<sup>96</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, §26 kn.32; **Fischer**, §26 kn.5.

<sup>97</sup> Zira ayrıca, azmettirmeye azmettirme “zincirleme azmettirme” biçiminde adlandırılır. Bkz. **Zafer**, s. 572; **Akbulut**, s. 809.

<sup>98</sup> **Haas**, Volker: *Matt/Renzikowski Strafrechtsgesetzbuch Kommentar*, 2. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2020, §26 kn.24. Bilindiği üzere normalde azmettirme hareketi failin suçu icraya başlamasından önce gerçekleşir.

<sup>99</sup> **Heinrich**, kn.1302a. Burada failin suçun icrası aşamasında başka (ek) icra hareketleri yapmaya sevk edildiği hususunda bkz. **Heine/Weißer**, §26 kn.11.

<sup>100</sup> **Krey/Esser**, kn.1050; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, §26 kn.32. Karş. **Maurach/Gössel/Zipf**, §51 kn.47.

<sup>101</sup> **Fischer**, §26 kn.5. Yazara göre, bu halde oluşa göre bir manevi yardım etmenin mevcudiyetinin kabulü de mümkündür.

meye devam etme kararı aldırın şerik kural olarak, failin o zamana kadar kendiliğinden (şerikin etkisi olmaksızın) gerçekleştirmiş olduğu suç tipi unsurlarından sorumlu tutulamayacaktır<sup>102</sup>.

Örneğin, fail (F) hasmının yüzüne arka arkaya on yumruk atar ve yanında duran arkadaşı (A)'ya, hasmına iki yumruk daha atıp bırakacağını söyler. Bunun üzerine, bu zamana kadar sessiz kalan, suça herhangi bir katkıda bulunmayan (A), (F)'yi hasmına iki değil, altı yumruk daha atmaya teşvik eder. (F), (A)'yı dinler ve hasmına toplam on altı yumruk atar. İlk on iki yumruğu atmaya ve suçu sonlandırmaya (F) hali hazırda kendisi karar vermiştir. Buna karşılık, son dört yumruğu atmaya ise (A) tarafından karar verdirilmiştir. Bir görüşe göre, bu suretle (A), faili suçu işlemeye devam etmeye sevk etmiştir. Bu nedenle (A)'nın bu dört yumruk bakımından kasten yaralama suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulması gerekir. (F)'nin hali hazırda ilk on iki yumruk bakımından suçu işlemeye kendisinin karar vermiş olması, (A)'nın son dört yumruk bakımından azmettiren olarak cezalandırılmasını engellemez<sup>103</sup>.

Benzer şekilde örneğin, ağır derecede sarhoş olduğu halde eve gitmek için araç kullanan fail, ilk sürüş hatasını yaptıktan sonra kaygıya kapılıp arabayı kenara çekmek isterse, ancak araçta bulunan arkadaşı (B) onu aracı eve kadar sürmeye devam etmeye ikna ederse de durum böyledir. (B), zamansal olarak failin aracı kenara çekmek istemesinden sonra gerçekleşen sürüş bakımından, bir kimseyi sarhoş halde araç kullanmaya azmettirme suçunu işlemiş demektir<sup>104</sup>. Failin sarhoş halde araç kullanmaya ilk etapta kendisinin karar vermiş olması, suçu işlemeye devam etmeye azmettirmenin mevcudiyeti kabulünde bulunmaya engel teşkil etmez. Zira fail ilk sürüş hatasını gerçekleştirmesinin akabinde bu kararından caymıştır. Bir başka örnek ise, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu üzerinden kurgulanabilir. Fail, bir kimseyi bir yere kilitlemiştir ve onu belirli bir süre orada tutuktan sonra salmak istemektedir. Ancak (B), faili mağduru fazladan bir gün daha kilit altında tutmaya ikna ederse, mağdurun kilit altında kaldığı bu fazladan bir gün bakımından (B), faili kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemeye azmettiren konumundadır<sup>105</sup>. Görüldüğü üzere, bu gibi hallerde suçu işlemeye hali hazırda kendisi karar vermiş olan failin iradesi şerik tarafından,

<sup>102</sup> Haas, §26 kn.24.

<sup>103</sup> Heinrich, kn.1302a. Benzer bir örnek için bkz. Krey/Esser, kn.1050. Bu durum, aynı suçun haksızlık içeriği daha ağır olan şeklini (örn. cezayı artıran nitelikli unsurunu) işlemeye azmettirme (*aufstiftung*) teşkil etmez. Bkz. Heinrich, kn.1302a, dn.50.

<sup>104</sup> Krey/Esser, kn.1050; Heinrich, kn.1302a.

<sup>105</sup> Heinrich, kn.1302a, dn.52.

fail kendi kararı doğrultusunda suçun icrasına giriştikten ve suç oluşuktan sonra etkilenmektedir.

Bununla birlikte, fail mağdura dört defa vurarak kasten yaralama suçunu işlese ve bunun ardından arkadaşı tarafından mağdura iki kez daha vurmaya sevk edilirse ya da sürücünün yanında oturan kişi, araç sürmeye elverişsiz olan şoförü, alkollü bir şekilde on dakika daha araç sürmeye devam etmeye sevk ederse sadece işlenen suça manevi yardım etmenin mevcudiyetinin kabulü gerektiği görüşünde olan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre, bu gibi değişiklikler failin başlangıçtaki planının yelpazesinde bulunur ve haksızlığın boyutunu değiştirmez. Ancak, şerikin etkisi vasıtasıyla haksızlığın boyutunun kalıcı bir biçimde değiştirilmiş olması halinde azmettirmenin mevcudiyetinden bahsedilebilir. Aksi halde, sadece suç planında değişikliğe sevk etme söz konusudur. Bu da yardım etmenin mevcudiyetinin kabulünü gerektirir<sup>106</sup>.

Yukarıda verilen örneklerde fail, öncelikle şerikin sorumlu olmadığı bir haksızlık parçasını kendiliğinden gerçekleştirmektedir. Daha sonra, şerik sadece failin suçun son parçasını gerçekleştirmesi bakımından nedensel olan bir hareket sergilemektedir. Ancak şerikin hareketinin tek başına bu ek suç parçası bakımından nedensel olması azmettirmenin kabulüne olanak tanımaz. Zira ortada bölünmez (yekpare) olan bir suçun sadece son parçasına yönelik bir hareket mevcuttur. Bu nedenle, suçun işlenmesine devam edilmesi talebi, suçun bir sebebi olarak görülemez. Bu talep sadece aynı suçta meydana getirilen esaslı olmayan bir değişiklik hüviyetindedir<sup>107</sup>. Bu görüşteki yazarlara göre, suçu işlemeye devam etmeye azmettirmenin mümkün olabilmesi için, failin ya suçun bir cezayı artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirmeye sevk edilmesi ya da suçun temel şekli içerisinde kalsa da önemli bir haksızlık artışı meydana getirmeye yönlendirilmesi gerekir. Örneğin,

<sup>106</sup> **Heine/Weißer**, §26 kn.11. Grabow'a göre, sürücünün aracı kenara çekmek istemesinden sonra, aracı sürmeye devam etmeye ikna edilmesi mütemadi suçun kesintiye uğramasına yol açan bir fasıla olarak değerlendirilemez ve yeni bir suçun başlangıcını tesis etmez. Zira failin aracı sürmeye devam etme kararı, esasen başlangıçtaki suç işleme kararının önemsiz bir genişlemesi hüviyetindedir. Bkz. **Grabow**, Stefan: "Die sukzessive Anstiftung", JURA, 2009, s. 408. Benzer şekilde, hali hazırda mağdura dört yumruk atmış olan failin iki yumruk daha atmaya yönlendirilmesi, doğrudan doğruya failin önceki hareketiyle bağlantılıdır. Bu nedenle mevcudiyetini koruyan bir suç işleme iradesinin olduğundan söz edilebilir. Bkz. **Grabow**, s. 410.

<sup>107</sup> **Grabow**, s. 409. Failin mevcut suç planında esaslı olmayan değişiklikler meydana getirilmesi ya da suç planına esaslı olmayan eklemeler yapılması halinde, failin suç işleme kararının ayniyeti etkilenmez. Bu türden hareketlerde bulunan kişi yalnızca manevi yardım eden olarak sorumlu tutulur. Bkz. **Grabow**, s. 409.

failin mağdura sadece tokat atması, ancak daha sonra (A) tarafından kasten yaralamanın cezayı artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirmeksizin, mağduru hastanelik edinceye kadar dövme sevk edilmesi halinde durum böyledir. Bu halde (A)'nın kasten yaralama suçuna azmettiren olarak cezalandırılması gerekir<sup>108</sup>.

Bu itibarla, azmettirme zamansal olarak fail tarafından tamamlanmış olan bir suçun akabinde de gerçekleşebilir. Ancak bunun için tamamlanan suçun, suç tipini bütünüyle gerçekleştiren başka (ek) hareketler vasıtasıyla derinleştirilmesi (genişletilmesi) gerekir. Örneğin fail hali hazırda feci şekilde dövdüğü mağduru bırakmak istiyorsa, ancak bir arkadaşından gelen “bir daha vur” çağrısıyla mağdura bir kez daha vurursa, failin arkadaşı ancak kasten yaralama suçuna yardım eden olarak cezalandırılabilir. Zira bu tür bir çağrı ile haksızlığın boyutunun kalıcı bir şekilde değiştirilmesi mümkün olmaz. Benzer şekilde hırsızlığın sona erme aşamasında, fail suçu işlemeye devam etmeye azmettirilemeyecektir. Örneğin, fail dükkândan bir CD'yi kendine mal etme amacıyla almışsa hırsızlık suçu tamamlanmıştır. Bunun ardından, kız arkadaşı faile bu CD'yi çantasına koyup kasanın önünden geçip gitmeleri tavsiyesinde bulunuyorsa, bu tavsiyenin azmettirme olarak değerlendirilmesi mümkün değildir<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> **Heine/Weiber**, §26 kn.11. Grabow'a göre, faili suçu işlemeye devam etmeye azmettirme mümkündür. Ancak uygulanma alanı oldukça sınırlıdır. Zira bunun için suç tipine ilişkin hareket birliğinde kesintiye neden olunmaksızın failin suç planında esaslı bir değişikliğin meydana getirilmesi gerekir. Bkz. **Grabow**, s. 412. Diğer bir ifadeyle, hali hazırda başlanılan suç tipinin gerçekleştirilmesinin bağımlı parçası olarak değerlendirilen, başka (ek) bir tipik icra hareketine karar verdirme ve bu suretle suçun bütününde esaslı bir değişikliğe yol açılması gerekir. Bkz. **Grabow**, s. 409. Esaslı bir değişikliğin mevcudiyetinden söz edilebilmesi için daha fazlasına azmettirmenin (*Aufstiftung*) gerçekleşmesi gerekir. Daha fazlasına azmettirme için yargı mercilerine göre, önemli bir haksızlık artışının mevcudiyeti yeterlidir. Öğretideki baskın görüşe göre ise, failin suçun bir cezayı artıran nitelikli unsurunu gerçekleştirmeye sevk edilmesi gerekir. Bkz. **Grabow**, s. 411.

<sup>109</sup> **Kühl**, §20 kn.176a. Benzer şekilde, örneğin (A) müzik dükkanında bir CD'yi kendine mal etme niyetiyle montunun iç cebine koyar. Bunu gören kız arkadaşı (B), ona yanında taşıdığı tabancayı alması ve mağazayı terk ederken gerek duyması halinde güvenliği etkileyebilmek için beraberinde taşınması tavsiyesinde bulunur (hırsızlık suçunun işlenmesi sırasında failin yanında silah bulundurması Alman CK'da cezayı artıran nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir). Bu durumda (B)'nin cezayı artıran nitelikli unsurlu hırsızlık suçuna azmettiren olarak cezalandırılması mümkün değildir. Zira hırsızlık suçunun tamamlanmasından sonra fail CD'yi alıp götürme suretiyle zilyetliği tekrar ihlal etmiş olmaz. Hırsızlık suçu anlamında bir alma hareketi mevcut olmadığı için hırsızlığın suç tipi de tekrar gerçekleştirilmiş olmaz. Bu nedenle suçu işlemeye devam etmeye azmettirmenin mevcudiyetinden söz edilemez. Bkz. **Grabow**, s. 411.

Türk öğretisinde de kimi yazarlarca suçun icra hareketlerine başlanmış olması durumunda failin artık azmettirilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu çıkarımın dayanağı olarak ise failin azmettirme hareketinden önce suç işlemeye karar verip bu kararı doğrultusunda suçun icrasına başlamış olması gösterilmektedir. Buna göre, bu aşamada suçun devamına dair yapılacak teşvik ve telkinlerin ancak manevi yardım etme kapsamında değerlendirilmesi mümkündür<sup>110</sup>. Zira her ne kadar azmettiren ve manevi yardım edenin her ikisi de suça şerik sıfatıyla ve manevi katkıda bulunarak katılmaktaysa da bunlardan ilki failde suç işleme iradesi oluşturmaktadır. İkincisi ise failde hali hazırda mevcut olan suç işleme kararını psikolojik katkılarda bulunarak desteklemektedir<sup>111</sup>.

Failin suçu işlemeye devam etmeye sevk edilmesinin, teknik anlamda azmettirme olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve azmettirme olarak değerlendirilecekse bunun şartları bu çalışmada ele aldığımız özel azmettirme türleri içerisinde en tartışmalı başlığı oluşturmaktadır. Hali hazırda mağdura birkaç yumruk atmış olan failin, ona bir yumruk daha atmaya sevk edilmesi ya da hali hazırda mağdurun hürriyetini birkaç gündür kısıtlamış olan failin, mağduru bir gün daha kilitli tutmaya sevk edilmesi gibi hareketlerin, yeni bir kasten yaralama ya da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna azmettirme olarak değerlendirilmesi ve bu hareketleri gerçekleştiren kişiye faille aynı cezanın tatbiki kanımızca adil olmayacaktır<sup>112</sup>. Zira bu hallerde faile kendiliğinden aldığı başlangıçtaki suç işleme kararından kopuk olan yeni bir suç işleme kararı aldırıldığından söz edilemeyecektir. Bu nedenle suçu işlemeye devam etmeye azmettirmenin uygulama alanının dar tutulması, faile aldırılan suç işleme kararının, failin kendi başına alıp icrasına geçtiği başlangıçtaki suç işleme kararından bütünüyle kopuk olduğunun ortaya konulması gerekir. Ancak bu halde faile yeni bir suç işleme kararı aldırıldığı ve bir azmettirmenin mevcudiyetinin kabulü mümkün olabilecektir.

<sup>110</sup> **Erem**, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C.I, 12. Bs., Seçkin Kitabevi, Ankara 1984, s. 428; **Özkan**, s. 96. Yazara göre, suçun tamamlanmasından sonra da azmettirme mümkün olmaz. Bkz. **Özkan**, s. 107. Failin suçu işlemeye devam etmeye sevk edilmesinin aynı suç kapsamında kaldığı sürece manevi yardım etme teşkil edeceği hususunda bkz. **Balcı**, s. 333.

<sup>111</sup> **Mahmutoğlu**, s. 68; **Evik**, s. 202.

<sup>112</sup> Nitekim azmettirme failiğin yumuşatılmış bir şekli değildir. Aralarındaki fark suç oluşturan maddi olay ile temasın faillikte doğrudan, azmettirmede ise dolaylı olmasıdır. Bkz. **Özgenç**, s. 143.

## KAYNAKÇA

- Akbulut**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Aydın**, Devrim: Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Balcı**, Meral: Ceza Hukukunda Bağlılık Kuralı Kapsamında Azmettirme, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Baumann**, Jürgen/**Weber**, Ulrich/**Mitsch**, Wolfgang/**Eisele**, Jörg: Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2021.
- Bayraktar**, Köksal: Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul 1977.
- Bock**, Dennis: “Die Anstiftung des zur Tat bereits Entschlossenen – zum Begriff des alias oder omnimodo facturus”, JR, 2008, s. 143-146.
- Bülte**, Jens/**Härtl**, Sophie: “Bandendiebstahl und Betrug”, JA, 2016, s. 345-355.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Demirel**, Muhammed/**Kartal**, Melik: “Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 457-490.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C. II, 12. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 1999.
- Erem**, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler C. I, 12. Bs., Seçkin Kitabevi, Ankara 1984.
- Evik**, Vesile Sonay: Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, 2. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Fischer**, Thomas: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 67. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2020.
- Frister**, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2020.
- Geppert**, Klaus: “Die Anstiftung (§26 StGB)”, JURA, 1997, s. 299-305.
- Grabow**, Stefan: “Die sukzessive Anstiftung”, JURA, 2009, s. 408-412.

- Gropp**, Walter/**Sinn**, Arndt: Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Springer-Verlag, Berlin 2020.
- Haas**, Volker: Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2020.
- Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 24. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Hakeri**, Hakan: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İştirak”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 1, 2006, s. 75-109.
- Heine**, Günter/**Weißer**, Bettina: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2019.
- Heinrich**, Bernd: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2019.
- Hillenkamp**, Thomas/**Cornelius**, Kai: 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2017.
- Hotz**, Dominik: “Anfängerklausur – Strafrecht: Tötungsdelikte und Teilnahme – Wer heute stirbt, der braucht es morgen nicht zu tun”, JuS, 2018, s. 674-678.
- İçel**, Kayıhan/**Sokullu-Akıncı**, Füsun/**Özgenç**, İzzet/**Sözüer**, Adem/**Mahmutoğlu**, Fatih Selami/**Ünver**, Yener: İçel Suç Teorisi 2. Kitap, 2. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2000.
- Joeks**, Wolfgang/**Jäger**, Christian: Strafgesetzbuch Studienkommentar, 13. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2021.
- Kindhäuser**, Urs/**Zimmermann**, Till: Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Koch**, Arnd/**Wirth**, Katrin: “Grundfälle zur Anstiftung”, JuS, 2010, s. 203-209.
- Krey**, Volker/**Esser**, Robert: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Verlag W.Kohlhammer, Stuttgart 2022.
- Kühl**, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2017.
- Langer**, Winrich: “Ein Streit unter Nachbarn”, JURA, 2003, s. 135-139.
- Mahmutoğlu**, Fatih Selami: “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, İÜHFİM, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 57-112.

- Maurach**, Reinhart/**Gössel**, Karl Heinz/**Zipf**, Heinz/**Dölling**, Dieter/**Laue**, Christian/**Renzikowski**, Joachim: Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 8. Aufl., C.F.Müller Verlag, Heidelberg 2014.
- Murmann**, Uwe: Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2021.
- Nepomuck**, Lutz: Anstiftung und Tatinteresse, Duncker & Humblot, Berlin 2008.
- Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III, 2. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 1992.
- Özgenç**, İzzet: Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996.
- Özkan**, Halid: Ceza Hukukunda Azmettirme, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Preuß**, Tamina: “Ein folgenschwerer Gegenschlag”, JURA, 2019, s. 660-675.
- Puppe**, Ingeborg: Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019.
- Rengier**, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2019.
- Roxin**, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C.H.Beck, München 2003.
- Sarıgül**, Ali Tanju: Suça İştirak, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Satzger**, Helmut: “Der “omnimodo facturus” – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!”, JURA, 2017, s. 1169-1182.
- Satzger**, Helmut: “Teilnehmerstrafbarkeit und Doppelvorsatz”, JURA, 2008, s. 514-523.
- Stree**, Walter: “Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung”, Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972, s. 277-293.
- Tokdemir**, Sercan: Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Wendeburg**, Isabel: “Guter Rat ist teuer”, JA, 2017, s. 25-32.
- Wessels**, Johannes/**Beulke**, Werner/**Satzger**, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 49. Aufl., C.F.Müller Verlag, Heidelberg 2019.
- Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 8. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.





## TÜRKİYE'NİN RUSYA - UKRAYNA SAVAŞI'NDAKİ ARABULUCULUK ROLÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1276271>

**Dr. Tayfur YUMUŞAK\***

### Öz

24 Şubat 2022 tarihinde Rusya'nın Ukrayna topraklarına saldırması üzerine savaşa çıkmıştır. Savaşa, taraflar arasındaki ciddi görüş ayrılıklarının sebep olduğu açıktır. Uluslararası hukuk bakımından ifade etmek gerekirse görüş ayrılıkları; “kuvvet kullanma yasağı”, “önleyici meşru müdafaa”, “self determinasyon hakkı” üzerinde düğümlenmektedir. Türkiye, savaşın başlamasından itibaren aktif ve tarafsız bir dış politika yürütmüş, uyuşmazlığın barışçıl bir şekilde sona erdirilmesi için arabuluculuk faaliyetine girişmiştir. Bu kapsamda Türkiye'nin arabuluculuk faaliyeti bakımından tarafların kabul edeceği bir çözüm planı hazırlaması zorunludur. Bu husus, Birleşmiş Milletler'in uluslararası barış ve güvenliği tesis etme rolünü yerine getiremediği bir dönemde dünya için önem arz etmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Rusya-Ukrayna Savaşı, Türkiye arabuluculuk girişimi, Kuvvet kullanma yasağı, Önleyici meşru müdafaa, Self determinasyon hakkı

## EVALUATION OF TURKEY'S MEDIATION ROLE IN THE RUSSIA – UKRAINE WAR

(Research Article)

### Abstract

On 24 February 2022, war broke out after Russia attacked Ukraine. It is clear that the war was caused by serious disagreements between the parties. In terms of international law, disagreements are knotted on the principles of

\* Avukat, Hatay Barosu, Hatay (tayfur.yumusak@hotmail.com) ORCID: 0000-0002-7901-5090 (Geliş Tarihi: 18.01.2023-Kabul Tarihi: 21.02.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

*“prohibition of use of force” , “preventive self – defence” , “right to self determination” . Turkiye has pursued an active and impartial foreign policy since the beginning of the war and has engaged in mediation activities for the peaceful resolution of the conflict. In this context, it is obligatory that Turkiye prepare a settlement plan that will be accepted by the parties in terms of mediation activities. This issue is important for the World at a time when the United Nations is unable to fulfill its role in establishing international peace and security.*

### **Keywords**

*Russia-Ukraine War, Turkiye mediation initiative, Prohibition of use of force, Preventive self-defence, Right to self determination*

## GİRİŞ

Sovyetler Birliği'nin çökmesi üzerine Ukrayna, 24 Ağustos 1991 tarihinde bağımsızlığını ilan etmiştir. Bağımsızlığını ilan etmesine rağmen Ukrayna 2014 yılına kadar siyasi tutum bakımından Rusya'ya yakın hükümetler tarafından idare edilmiş, dış politikasını bunun üzerine şekillendirmiştir<sup>1</sup>. Ancak 21 Şubat 2014 tarihinde Rusya'ya yakın olan son Ukrayna devlet başkanı *Viktor Yanukoviç'in* iktidarı devrilmiş, Yanukoviç Rusya'ya kaçmak zorunda kalmıştır<sup>2</sup>. Bu olaydan sonra Ukrayna, Batı bloğuna yanaşmaya başlamış ve dış politikasını bunun üzerine bina etmiştir. Ukrayna'nın dış politikasındaki bu değişim, Rusya ile ilişkilerin gerilmesine neden olmuştur. Bu kapsamda Rusya ilk olarak bu durumu darbe olarak nitelendirerek yeni hükümeti tanımamıştır. Ardından Rus nüfusun yoğun olduğu Kırım'da, Ukrayna karşıtı protestoları kışkırtmış, protestoların sıcak çatışmaya dönüşmesine neden olmuştur. Nihayetinde çatışmaları mazeret göstererek 27 Şubat 2014 tarihinde Kırım'ı işgal etmiştir<sup>3</sup>. İşgalden sonra Kırım'ın geleceği ile ilgili referandum yapılmış, 16 Mart 2014 tarihinde yapılan referandumdan %96.77 oranında Rusya'ya katılma yönünde netice

<sup>1</sup> “...1991’de bağımsızlığını ilan eden Ukrayna o dönemde siyaseten ikiye bölünmüştür. Bu ayrım aynı zamanda kültürel ve dilsel bir ayrımdır. Genel olarak Ukrayna’nın doğusu Rusça konuşan Rus kökenli ve Rusya yanlısı iken batısı ise daha ziyade Ukraynaca konuşan, Ukrayna kökenli ve Avrupa ülkeleri ile yakınlık isteyen kesimlerden oluşmaktadır”, açıklamalar için bkz. **Acer**, Yücel: “Rusya’nın Ukrayna’ya Saldırısı ve Uluslararası Hukuk”, SETA, Sayı: 330, Yıl: 2022, s. 1, erişim için bkz. P330.pdf (setav.org), (Erişim Tarihi: 12.01.2023); ayrıca bkz. **Sönmez**, A. Sait/**Bıçakcı**, Harun/**Yıldırım**, Cuma: “Kırım Sorunu Bağlamında Rusya-Ukrayna İlişkilerinin Analizi”, International Journal of Social Sciences and Education Research Online, Cilt: 1(3), Yıl: 2015, s. 659.

<sup>2</sup> “Uluslararası hukuk ile ilgili olarak Ukrayna’nın yakın geçmişinde geride bıraktığı belli başlı süreçler vardır. Belki de en önemli örnekler olarak; Ukrayna’nın 2008 senesinde Kuzey Atlantik Andlaşması Örgütüne (NATO’ya) başvurması, Şubat 2010 tarihinde Viktor Yanukoviç’in cumhurbaşkanı seçilmesiyle bu başvurunun askıya alınması, Avrupa Birliği ile ticaret ve ortaklık müzakerelerinin Kasım 2010 tarihinde askıya alınması ifade edilebilir. Yine, 2014 senesinde Kiev’de Bağımsızlık Meydanı’nda başlayan ve birçok sivilin katıldığı protestolar, Maidan Olayları olarak adlandırılmıştır. Bu protestolarda birçok gösterici hayatını kaybetmiştir. İç karışıklıkların artması üzerine, dönemin Cumhurbaşkanı Viktor Yanukoviç’in ülkeyi terk ettiğine ve Rusya Federasyonu’na kaçtığına ilişkin haberler, o günlerde kamuoyu ile paylaşılmıştır”, açıklamalar için bkz. **Halhallı**, Ozan Emin: “Rusya Federasyonu ve Ukrayna Çatışmasının Uluslararası Hukuk Açısından Kısa Bir Analizi”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD) Cilt: 5(2) Yıl: 2022, s. 445; **Candan**, Tolga/**Halhallı**, Ozan Emin: “Uluslararası Hukuk Açısından Tahıl Koridoru Andlaşması’nın Kısa Bir Analizi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, Yıl: 2022, s. 371.

<sup>3</sup> **Sönmez/Bıçakcı/Yıldırım**, s. 663.

çıkmıştır<sup>4</sup>. Bunun üzerine Kırım meclisi, 17 Mart 2014 tarihinde Kırım Cumhuriyeti'nin bağımsızlığını ilan etmiş ardından Kırım'ın Rusya'ya katılması yönündeki talebini Rusya'ya iletmıştır. Bir gün sonra Rusya devlet başkanı Vladimir Putin'in onayı ile Kırım Rusya'ya katılmıştır<sup>5</sup>. Ancak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 27 Mart 2014 tarihinde yayınladığı bir karar ile Kırım referandumunun geçersiz olduğunu açıklamıştır<sup>6</sup>.

Kırım'ın Rusya'ya katılmasından sonra Ukrayna'nın doğusundaki Rus nüfusunun yoğun olduğu Donetsk ve Luhansk bölgelerinde protesto gösterileri başlamıştır. Rusya, Donbas olarak anılan bu bölgede var olan gerginliği tırmandırmış, bu kapsamda protestoculara yardım sağlamıştır<sup>7</sup>. Protestolar, Ukrayna'dan ayrılıp Rusya'ya katılma yönünde tezahür etmiş; bunun ilk adımı olarak Donetsk ve Luhansk Halk Cumhuriyeti adında bağımsız cumhuriyetler ilan edilmiştir. İlan neticesinde Ukrayna ile ayrılıkçılar arasında sıcak çatışmalar başlamış ve bu olay uluslararası bir mesele haline gelmiştir. Çatışmaları durdurmak ve ateşkes ilan etmek amacıyla Rusya, Ukrayna ve Donetsk Halk Cumhuriyeti ile Luhansk Halk Cumhuriyeti temsilcileri bir araya gelmiş, ardından "*Minsk Protokolü*" imzalanmıştır. Bu protokol ateşkesi hedeflesede başarılı olamamış ve çatışmaları durduramamıştır<sup>8</sup>. Donbas bölgesinde meydana bu gelişmeler, Rusya ile Ukrayna ilişkilerinin gerilmesinin bir diğer sebebini oluşturmuştur.

Rusya ile Ukrayna arasında gerilen ilişkilerin savaş boyutuna evrilmesi, Ukrayna ile NATO arasında meydana gelen yakınlaşma neticesinde olmuştur. 21 Şubat 2014 tarihinde Viktor Yanukoviç iktidarının devrilmesinden sonra Ukrayna, dış politikasını Rusya üzerine değil Batı bloğu üzerine inşa etmeye başlamış, bu kapsamda adımlar atmıştır. 21 Nisan 2019 tarihinde iktidara gelen *Volodimir Zelenski*, Ukrayna'nın NATO'ya katılması konusunda ciddi girişimlerde bulunmuştur<sup>9</sup>. Buna karşılık Rusya, Ukrayna'nın bu

<sup>4</sup> Halhallı, s. 445.

<sup>5</sup> Candan/Halhallı, s. 371.

<sup>6</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu: "Ukrayna'nın Toprak Bütünlüğü", 68/262 Karar, 1 Nisan 2014 Tarih, 5. Paragraf, erişim için bkz. Microsoft Word - N1345517.doc (un.org), (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

<sup>7</sup> Sönmez/Bıçakçı/Yıldırım, s. 663.

<sup>8</sup> Candan/Halhallı, s. 372; Halhallı, s. 446.

<sup>9</sup> "Nisan 2019 seçimleri sonucunda, Ukrayna'nın Cumhurbaşkanı Volodimir Zelenski olmuştur ve Haziran 2021 tarihinde Ukrayna'nın NATO üyeliğine kabulü için girişimlerde bulunmuştur. Bu durum neticesinde Ukrayna'nın Avrupa Birliği ile yakınlaşması, NATO üyeliğini talep etmesi ve ABD ile bu yönde ikili ilişkilerde bulunması nedeniyle Rusya Federasyonu - Ukrayna ilişkileri olumsuz anlamda etkilenmiştir. Bu gelişmelerle bağlantılı olarak da NATO ve Rusya Federasyonu arasında 2014 senesinden bugüne

tercihinin, kendisine yönelecek bir saldırıya zemin hazırladığını ve bu kapsamda tehdit altında olduğunu iddia etmiş, Ukrayna'dan bu yakınlaşmayı sona erdirmesini talep etmiştir<sup>10</sup>. Bu talep Ukrayna tarafından kabul görünince Rusya ilk hamle olarak 21 Şubat 2022 tarihinde Luhansk ve Donetsk Halk Cumhuriyetlerini bağımsız birer devlet olarak tanımış, ertesi gün ateşkes hükümleri ihtiva eden Minsk Protokolü'nü feshettiğini duyurmuştur<sup>11</sup>. Ardından 24 Şubat 2022 sabahı Ukrayna'yı işgale başlamıştır.

24 Şubat 2022 tarihinde başlayan savaş, bu makalenin yazıldığı dönemde neredeyse birinci yılını doldurmak üzeredir. Türkiye, savaşın başlangıcından itibaren gerek Rusya gerek Ukrayna ile ilişkilerini kesmemiş, iki devlet arasında arabuluculuk faaliyeti kapsamında uyuşmazlığı sona erdirmeye gayret etmiştir. Bu makale içerisinde öncelikle uluslararası hukuk kapsamında arabuluculuk uygulamasına ardından Türkiye'nin yürütmüş olduğu arabuluculuk faaliyetlerine değinilecektir.

## I. ULUSLARARASI HUKUK UYGULAMASINDA ARABULUCULUK

### A. Arabuluculuğun Tanımı, Kapsamı ve Tercih Edilme Sebebi

Birleşmiş Milletler Şartı'nın 33. maddesine göre uluslararası uyuşmazlıkların çözüm yolları sıralanmıştır. Bunlar diplomatik (siyasi ya da yargı dışı) ve hukuki (yargısal) çözüm yolları olarak ikiye ayrılabilir<sup>12</sup>. Makalemizin çalışma konusu olan arabuluculuk, diplomatik bir çözüm yoludur. Bu kapsamda arabuluculuk, uyuşmazlığa taraf olmayan üçüncü kişi veya kişilerin uyuşmazlığın sona erdirilmesi için çözüme varma faaliyetlerini içeren bir kurum olarak tanımlanabilir<sup>13</sup>. Tanımı somutlaştırmak gerekirse, arabu-

*kadar uluslararası topluma yansıyan birçok anlaşmazlık gündeme gelmiştir.*”, açıklamalar için bkz. **Halhallı**, s. 446; **Candan/Halhallı**, s. 372.

<sup>10</sup> **Güler**, Mehmet Çağatay: “Rusya-Ukrayna Krizinin Savaşa Evrilen Süreci Sahadaki Durum ve Olası Senaryolar”, SETA, Sayı: 331, Yıl: 2022, s. 2, erişim için bkz. P331.pdf (setav.org) P332.pdf (setav.org), (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

<sup>11</sup> **Acer**, s. 2.

<sup>12</sup> Diplomatik (siyasi ya da yargı dışı) çözüm yolları; görüşme, soruşturma, arabuluculuk, uzlaştırmadır. Hukuki (yargısal) çözüm yolları ise hakem ve mahkemedir, bkz. **Birleşmiş Milletler Şartı** 33. madde.

<sup>13</sup> Doktrindeki bir tanıma göre “*arabuluculuk, bir üçüncü devletin, uluslararası örgütün ve ender olarak bir bireyin bir uyuşmazlığa taraf devletlere görüşmelerde bulunmalarında ve uyuşmazlıklarını çözmede yardımcı olmak üzere görüşmelere kendisinin de katılması suretiyle hizmetlerini sunmasıdır*”, bkz. **Pazarıcı** Hüseyin: Uluslararası Hukuk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 492; Birleşmiş Milletler tarafından yayınlanan Etkin Arabuluculuk Rehberi'nde yapılan tanımlamaya göre arabuluculuk: “*üçüncü bir tarafın, iki ya*

lucu konumundaki kişi üçüncü kişidir, uyuşmazlığın tarafı değildir. Taraflar arasında var olan uyuşmazlığı sunacağı tekliflerle çözüme kavuşturmayı ve barışçıl şekilde sona erdirmeyi amaçlar. Bu amaca ulaşmak için arabulucu, tarafları bir araya getirerek müzakere ortamı sağlar; aynı zamanda tarafların görüşleri üzerinden bir çözüm planı geliştirir<sup>14</sup>.

Arabuluculuk, diğer diplomatik (siyasi ya da yargı dışı) çözüm yollarından bazı farklara sahiptir. Bu kapsamda diplomatik çözüm yollarından görüşme, uyuşmazlığın taraflarının bir araya gelerek uyuşmazlığı çözme amaçlarını içeren bir yöntemdir<sup>15</sup>. Arabuluculuktan farklı olarak üçüncü bir kişinin varlığı söz konusu değildir<sup>16</sup>. Dostça girişim, üçüncü bir kişinin çözüm sağlanması için uyuşmazlığın taraflarını bir araya getirme çabalarını içeren bir yöntemdir<sup>17</sup>. Arabuluculuktan farklı olarak üçüncü kişinin görevi tarafları bir araya getirmekle sınırlıdır. Daha açık bir ifade ile dostça girişimde bulunan üçüncü kişi, taraflar arasında gerçekleşen görüşme sürecinde

---

*da daha çok tarafa, kendi rızalarıyla, bir çatışmayı önlemek, yönetmek ya da çözmek için, karşılıklı kabul edilebilir mutabakatlar geliştirmelerine yardım ederek yardımcı olduğu bir süreçtir*", bkz. Ek-1-BM\_Etkin\_Arabuluculuk\_Rehberi\_Turkce.pdf (mfa.gov.tr); Başka tanımlamalar için bkz. **Akince** Bora: "Uluslararası Hukukta Çözüm Mekanizmaları ve Uluslararası Hukukta Uygunluğun Sağlanması Mekanizmaları: Karşılaştırmalı Bir Analiz", Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 10(1), Yıl: 2021, s. 102; **Kaya**, İslam Safa: "Uluslararası Örnekler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözüm Yolları", Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi, Cilt: 7(2/1), Yıl: 2017, s. 155; **Öğütçü**, Büşra: Barışı İnşa Sürecinde Bir Çatışma Çözüm Stratejisi Olarak Uluslararası Arabuluculuk: Bosna Hersek ve Dağlık Karabağ Örnekleri, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Uluslararası İlişkiler Bilim Dalı Doktora Tezi, Bursa 2022, s. 9; **Topaloğlu**, Fatih: Avrupa Birliği'nin Uluslararası Arabuluculuk Rolü: Kosova ve Gürcistan Örnekleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2021, s. 7; **Turhan**, Rabia: Cezayir'in Mali'deki 2012 Krizine Yönelik Arabuluculuk Faaliyetleri, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2022, s. 11; **Eren**, M. Yusuf: Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya 2014, s. 46.

<sup>14</sup> **Ünyılmaz**, Habip: Uluslararası Toplumda Uyuşmazlıkların Diplomatik Yollarla Çözümü, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Milletlerarası Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2016, s. 85; **Akince**, s. 102; **Eren**, s. 46.

<sup>15</sup> **Acer**, Yücel/**Kaya**, İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 428.

<sup>16</sup> **Akince**, s. 102.

<sup>17</sup> **Acer/Kaya**, s. 429.

yer almaz<sup>18</sup>. Uzlaştırma, taraflar arasındaki uyuşmazlığın üçüncü kişiler tarafından tespit edilmesini, soruşturulmasını ve elde edilen bilgilere göre çözüm içeren rapor hazırlanmasını kapsayan bir yöntemdir<sup>19</sup>. Uzlaştırma, genellikle komisyonlar aracılığıyla işletilmektedir. Arabuluculukta, tarafların görüşlerini yakınlaştırmak suretiyle bir çözüme ulaşmak söz konusu iken teknik anlamda uzlaştırmada ise bir çözüm önerisinin sunulması söz konusudur<sup>20</sup>. Buna rağmen arabuluculuk ile uzlaştırma arasında kesin çizgilerle sınır çizmek mümkün görünmemektedir.

Arabuluculuk, uluslararası uygulamadan ortaya çıkmıştır<sup>21</sup>. Ardından uluslararası metinlerde kendisine yer bulmuştur. Özellikle 1899 ve 1907 tarihli Lahey Konferanslarında kabul edilen “*Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü Sözleşmesi*” (bundan sonra Lahey Sözleşmesi olarak anılacaktır) ile 1948 tarihli “*Bogota Barışçı Çözüm Konusunda Amerikan Andlaşması*”nda detaylı şekilde ele alınmıştır<sup>22</sup>. Uluslararası örgütler de arabuluculuk üzerine düzenlemeler yapmışlardır. Bu kapsamda Milletler Cemiyeti Misakı’nda üye devletlerin, kuvvet kullanmaksızın barışçıl yollara başvurabilecekleri hüküm altına alınmıştır<sup>23</sup>. Bu hüküm ile Milletler Cemiyeti, arabuluculuğu teşvik etmiştir. Birleşmiş Milletler Şartı’nda kuvvet kullanımı yasaklanırken aynı zamanda üye devletlerin arasında meydana gelebilecek uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesi mecburi tutulmuştur<sup>24</sup>. Aynı Şart içerisinde barışçıl çözüm yolları arasında arabuluculuk da sayılmıştır<sup>25</sup>.

Uyuşmazlığın taraflarını arabuluculuk sürecine yönelmeye iten çeşitli sebepler vardır. Bu sebeplere şu şekilde değinilmelidir:

- Arabuluculuk zamandan tasarruf sağlar. Bir diplomatik (siyasi ya da yargı dışı) çözüm yolu olan arabuluculuk, hukuki (yargısal) çözüm yollarına göre daha hızlı, kolay, pratik ve ucuzdur<sup>26</sup>.

<sup>18</sup> Akince, s. 102.

<sup>19</sup> Acer/Kaya, s. 430.

<sup>20</sup> Acer/Kaya, s. 430.

<sup>21</sup> “*Arabuluculuk, devletlerarası uygulamada köklü bir geçmişe sahiptir*”, açıklamalar için bkz. Kiraz, Sami: “Uluslararası Arabuluculuğa Dair Değişen Yaklaşımlar ve Türkiye'nin Arabuluculuğun Dönüşümündeki Rolünün İncelenmesi” Akdeniz İİBF Dergisi, Cilt: 20(2), Yıl: 2020, s. 227; ayrıca bkz. Ünyılmaz, s. 86; Eren, s. 50; Ögütçü, s. 8.

<sup>22</sup> Arabuluculuk, uluslararası uygulamanın sonucu olup yapılan andlaşmalar çoğunlukla teamülün tedvinini sağlamıştır, bkz. Pazarcı, s. 493.

<sup>23</sup> Milletler Cemiyeti Misakı 13 ve 15. maddeler.

<sup>24</sup> Birleşmiş Milletler Şartı 2. madde 3 ve 4. fıkralar.

<sup>25</sup> Birleşmiş Milletler Şartı VI. Bölüm 33. madde.

<sup>26</sup> “*Bazı uyuşmazlıklar dava yolu için çok karışık, maliyetli ve uzun bir sürece ihtiyaç duyabilir. Bu durumda arabuluculuk daha etkili ve makul bir çözüm olasılığı sunabilir.*”



- Arabuluculuk sürecini yöneten arabulucu, uzman birisidir<sup>27</sup>. Uyuşmazlık konusunu, uyuşmazlığa dair tarafların görüşlerini/tezlerini, bu uyuşmazlığın ne şekilde çözüleceğini ve tarafların çözüme ilişkin yaklaşımlarını bilen birisidir.

- Arabuluculuk süreci, tarafların müşterek iradesi ile başlar, aynı şekilde taraflardan en az birisinin iradesi ile sona erer. Arabuluculuk kapsamında sunulan çözüm teklifleri bağlayıcı değildir. Tekliflerin bağlayıcı olabilmesi, ancak tarafların müşterek iradesi ile mümkün-dür<sup>28</sup>.

- Arabuluculuk sürecinde gizlilik esastır<sup>29</sup>. Gizlilik, tarafların herhangi bir baskı altında kalmadan kendilerini rahat bir şekilde ifade etmelerine hizmet eder. Bu haliyle çözüme hızlı ve kolay bir şekilde ulaşılabilir<sup>30</sup>.

Uyuşmazlığın taraflarını arabuluculuk sürecine iten sebepler bunlar olmakla birlikte uygulamada taraflar; “askeri olarak yenilemem, derinleşen uyuşmazlığın daha fazla sürdürülemez olması, müttefik edinme ve iç siyasi kaygılar” gibi nedenlerle arabuluculuğa başvurumaktadırlar<sup>31</sup>. Zira uyuşmazlık ile itibar kaybetmek yerine kontrolü kendi ellerinde olan arabuluculuk sürecine başvurmak bir anlamda taraflara itibarlarını koruma fırsatı sunmaktadır.

Bununla birlikte arabulucu olan üçüncü tarafı da bu süreç içerisinde yer almaya iten bazı sebepler vardır<sup>32</sup>. İlk olarak, taraflar arasında sürmekte olan uyuşmazlık, arabulucunun kendi çıkarlarını tehdit ediyor olabilir. Arabulucu; taraflarla olan ilişkileri veya bölgesel dengeleri tehdit altındaysa, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını ister, bunun için arabuluculuk faaliyetini yürütür. İkinci olarak, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması arabulucunun

---

*Çözüm için geç kalınmış uyuşmazlıklar, hem taraflar hem de taraf olmayan sınır ve müttefik devletler için daha büyük sorunlar oluşturabilir, uyuşmazlığın daha fazla büyümesine veya başka devletlerin de çatışmaya dâhil olmasına neden olabilir”, açıklamalar için bkz. Kaya, s. 155, ayrıca bkz. Turhan, s. 20.*

<sup>27</sup> Eren, s. 96; Turhan, s. 21.

<sup>28</sup> “Dava ve tahkim gibi diğer uyuşmazlık çözüm yollarında uyuşmazlığın tarafları bir kararın verilmesinde üçüncü tarafa güvenirlirken, arabuluculuk yönteminde arabulucu, tarafları bir karara varmaya zorlamaksızın yaratıcı ve işbirlikçi bir çözümü bulmaya davet eder. Sürece ve çözüme tarafların aktif katılıyor olması varılan olası bir anlaşmaya bağlılıklarını da etkiler. Anlaşmaya varılmaması halinde tarafların kayıpları olmamaktadır. Bu yöntem tüm taraflara kazançlı çıkabilecekleri bir çözüm olasılığı sunar”, ayrıca bkz. Pazarcı, s. 493; ayrıca bkz. Eren, s. 96; Turhan, s. 21.

<sup>29</sup> Turhan, s. 21.

<sup>30</sup> Eren, s. 98.

<sup>31</sup> Ünyılmaz, s. 87.

<sup>32</sup> Ünyılmaz, s. 87.

bölgesel veya küresel etkisini genişletme amacına hizmet edebilir. Bu kapsamda arabulucu, uyuşmazlığın taraflarıyla olan ilişkilerini güçlendirmek ve etki alanını genişletmek için arabuluculuğu bir araç olarak kullanabilir. Sebepsiz arabuluculuk olmaz zira arabuluculuk masraflı ve meşakkatli bir yoldur. Buna rağmen üçüncü kişi, çabalarına değer nitelikte bir çıkar elde edecekse uyuşmazlığın taraflarına arabuluculuk teklif eder. Bu gibi hususlar, üçüncü tarafı arabulucu olmayan iten sebepler arasında gösterilebilir.

## B. Arabuluculuğun Başlaması ve Sona Ermesi

Arabuluculuğun konusunu her uyuşmazlık değil ciddi uyuşmazlıklar oluşturur<sup>33</sup>. Böyle bir uyuşmazlığın varlığı halinde arabuluculuk süreci, tarafların talebi ile başlayabileceği gibi üçüncü kişi veya kişilerin teklifi ile de başlayabilir<sup>34</sup>. Bunun yanı sıra önceden yapılmış bir andlaşma ile taraflar zorunlu arabuluculuk sürecini öngörmüş olabilirler<sup>35</sup>. Örneğin; 1856 “*Paris Barış Andlaşması*” ve 1878 “*Berlin Andlaşması*” ile Osmanlı İmparatorluğu bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde zorunlu arabuluculuğu kabul etmiştir<sup>36</sup>.

Arabulucu, uyuşmazlığa taraf olanların müşterek iradesi ile seçilir<sup>37</sup>. Tarafların müşterek iradesini alamayan üçüncü kişi, uyuşmazlık kapsamında arabuluculuk faaliyetine girişemez<sup>38</sup>. Bu durum, taraflara uyuşmazlığın kontrolünü ellerinde tutma fırsatı verir<sup>39</sup>.

Arabulucu, tek kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. İlk durumda “*münferit arabuluculuk*”, ikinci durumda “*müşterek arabuluculuk*” söz konusudur<sup>40</sup>. Uyuşmazlığın tarafları dışında üçüncü bir kişi olan arabulucu; devlet<sup>41</sup>, uluslararası örgüt<sup>42</sup> ya da gerçek kişi<sup>43</sup> olabilir.

<sup>33</sup> Lahey Sözleşmesi 2. madde

<sup>34</sup> Lahey Sözleşmesi 3. madde; “*Her hâlikârda arabuluculuğun uyuşmazlık taraflarınca kabul edilmesi gerekecektir; arabuluculuk zorla veya taraf iradesi olmadan işletilemez*”, bkz. Ünyılmaz, s. 86; Kaya, s. 156; Pazarıcı, s. 493.

<sup>35</sup> Pazarıcı, s. 494; Kaya, s. 156.

<sup>36</sup> Ünyılmaz, s. 87.

<sup>37</sup> Bogota Andlaşması 11. madde; aynı zamanda bkz. Ünyılmaz, s. 86; Topaloğlu, s. 10.

<sup>38</sup> Bogota Andlaşması 11. madde; Lahey Sözleşmesi 3. madde.

<sup>39</sup> Lahey Sözleşmesi 6. madde.

<sup>40</sup> Ünyılmaz, s. 86.

<sup>41</sup> Dönemin Amerika Birleşik Devletleri Başkanı T. Roosevelt'in 1904-1905 arasında gerçekleşen Rus - Japon Savaşı'nı sona erdirmeye yönelik girişimi bu kapsamda sayılabilir, bkz. Ünyılmaz, s. 91; Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanı Henry Kissinger, 1973 yılında meydana gelen üçüncü Arap - İsrail savaşının sona erdirilmesi için arabu-

Arabuluculuk faaliyetlerinin başlatılması için doğru zamanın belirlenmesinde “olgunluk” kavramı kullanılmaktadır<sup>44</sup>. Olgunluk kavramı ile tarafların uyuşmazlık çözümüne en fazla istekli oldukları an kastedilmektedir. Şu halde taraflar isteksizse, henüz olgunluk aşaması söz konusu değildir. Bu isteksizliğin muhtelif sebepleri olabilir. Bu kapsamda taraflar, arabuluculuk sürecinin, kabul edemeyecekleri bir sonuçla neticelenmesi ihtimali nedeniyle isteksiz olabilirler. Bunun yanı sıra taraflar, arabuluculuk sürecini başlattıklarında tarafı oldukları uyuşmazlık, uluslararası bir mesele haline dönüşeceği için isteksiz olabilirler. Nihayetinde taraflar, uyuşmazlığı kazanacaklarına ya da taviz verme zamanının henüz gelmediğine dair bir inanca sahiplerse, isteksiz olabilirler. Taraflar, ancak uyuşmazlığı sürdürmek, onu sona erdirmekten daha maliyetli hale geldiğinde bunu kabul ederler. Örneğin, arabuluculuk neticesinde cazip bir andlaşmaya varılması, uyuşmazlığın sona erdirilmesi ve arabulucunun taraflar üzerinde etkisi olduğu düşüncesi gibi ihtimallerin varlığı halinde taraflar arabuluculuk sürecine razı olurlar<sup>45</sup>. Bu tespitler, genelleme niteliğinde olup kesin bir yargı neticesi vermez. Bu sebeple her somut uyuşmazlığın kendine özgü şartları dikkate alınarak olgunluk tespitinin yapılması gerekmektedir.

Arabulucunun görevi, arabulucu tarafından sunulan çözüm teklifinin kabul edilmediğinin beyan edilmesi ile sona erer<sup>46</sup>. Görevin sona ermesi için tarafların müşterek iradesine gerek yoktur, uyuşmazlığa taraf olanlardan en az birisinin rıza göstermemesi halinde arabuluculuk süreci sona erer.

### C. Arabuluculuğun Nitelikleri

Arabuluculuktan söz edebilmek için bazı temel ilkelerin bulunması gereklidir. Bu temel ilkeler şu şekildedir:

luculuk faaliyeti yürütmüştür, bkz. **Eren**, s. 68; **Öğütçü**, s. 19; ayrıca bkz. **Topaloğlu**, s. 25.

<sup>42</sup> Örnekler için bkz. **Eren**, s. 77; ayrıca bkz. **Öğütçü**, s. 19; **Topaloğlu**, s. 27.

<sup>43</sup> Gerçek kişi bir devlet ya da uluslararası örgüt adına da hareket edebilir. Ancak burada kastedilen; bunlardan bağımsız, kendi başına hareket eden gerçek kişidir. Örneğin *Alexander Paul Hare*, Kıbrıs'ta Türk ve Yunan tarafları arasındaki ilişkilerin düzelmesi için arabuluculuk faaliyetlerinde bulunmuştur, bkz. **Ünyılmaz**, s. 94; **Eren**, s. 80; **Topaloğlu**, s. 23.

<sup>44</sup> **Eren**, s. 100; **Öğütçü**, s. 40.

<sup>45</sup> “Tarafların birbirleriyle doğrudan iletişim kurmaya veya uyuşmazlık konusuna ilişkin konularında değişikliğe gitmeye yanaşmadıkları ve uyuşmazlığın çıkmaza girerek sürüncemede kaldığı zamanlarda arabuluculuğun işletildiği gözlenmektedir”, bkz. **Ünyılmaz**, s. 87; ayrıca bkz. **Öğütçü**, s. 40.

<sup>46</sup> **Lahey Sözleşmesi** 5. madde

- Arabulucu, uyuşmazlığın tarafları dışında 3. bir kişi olmalıdır. Üçüncü kişi; bir devlet, bir uluslararası örgüt, ender de olsa bir gerçek kişi olabilir<sup>47</sup>.

- Arabulucu tarafsız olmalıdır. Arabulucunun tarafsızlığı, sonuç üzerinde menfaatinin bulunmaması anlamına gelir<sup>48</sup>. Bu noktada, tarafsızlık üzerine doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bu görüşler arabulucunun uyuşmazlığın çözümüne katkısı üzerinden şekillenmektedir. Birinci görüşe göre, arabulucunun tarafsızlığı başarılı bir arabuluculuk için şarttır<sup>49</sup>. Zira tarafsız arabulucu, uyuşmazlığın taraflarınca kolayca benimsenir. Bu suretle güven oluşur ve güven ortamı ile arabuluculuk faaliyeti başarı ile neticelenir. İkinci görüşe göre tarafsızlık vazgeçilmez bir şart değildir<sup>50</sup>. Ancak tarafsızlığın şart görülmemesi, arabulucunun yalnızca bir tarafın tezini savunup diğerinin çıkarlarını göz ardı etmesi anlamına gelmez. Burada kastedilen şudur; arabulucunun taraflardan birisi ile olan yakınlığı, iletişimi, ilişkileri uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilir<sup>51</sup>. Zira arabulucunun başarısı, taraflar üzerinde baskı oluşturabilecek güç üzerinden değerlendirilmelidir. Örneğin; Cezayir, Amerika Birleşik Devletleri ile İran arasında meydana gelen Rehineler Krizi'nde Amerika Birleşik Devletleri tarafından arabulucu olarak kabul edilmiştir. Ancak bu kabul, Cezayir'in tarafsız olmasından ötürü yapılma-

<sup>47</sup> Eren, s. 70.

<sup>48</sup> Ögütçü, s. 21.

<sup>49</sup> Wallensteen Peter/ Svensson Isak: "Talking Peace: International Mediation in Armed Conflicts", Journal of Peace Research, Cilt: 51(2), Yıl: 2014, s. 316; Kleiboer, Marieke: "Understanding Success and Failure of International Mediation", Journal of Conflict Resolution, Cilt: 40(2), Yıl: 1996, s. 369; Bu görüş kapsamında örnek vermek gerekirse, "2009 yılında Suriye ile İsrail arasında yaşanan uyuşmazlık neticesinde İsrail Başbakanı Benjamin Netanyahu, Suriye ile barışa yönelik görüşmeleri ön koşulsuz olarak yeniden başlatmaya niyetli olduklarını, ancak bu konuda Türkiye'nin Başbakanı Recep Tayyip Erdoğan'ı tarafsız bir arabulucu olarak görmediklerini belirtmiş ve ille de bir arabulucu gerekiyorsa, bunun Fransa olmasını tercih ettiklerini söylemiştir", bkz. Eren, s. 81.

<sup>50</sup> Bu görüş için bkz. Bercovitch, Jacob/Anagnoson, J. Theodore/Wille, Donnette L.: "Some Conceptual Issues and Empirical Trends in The Study Of Successful Mediation In International Relations", Journal of Peace Research, Cilt: 28(1), Yıl: 1991, s. 12; Zartman, I. William/Touval, Saadia: "International Mediation: Conflict Resolution and Power Politics", Journal of Social Issues, , Cilt: 41(2), Yıl: 1985, s. 36 vd.; Kleiboer, s. 370 vd.

<sup>51</sup> "İsrail ile Mısır arasında 1977-1978 yıllarında Camp David sürecinde yürütülen görüşmelerde, her iki tarafa eşit mesafede olmadığı açıkça söylenebilecek olan ABD Başkanı Jimmy Carter'ın arabulucu olarak kabul edilebilmesi ve yürütülen arabuluculuk çalışmaları neticesinde görüşmelerin sonuca varmış olması bu husustaki en iyi örnekler arasında sayılmaktadır", açıklamalar için bkz. Topaloğlu, s. 12.

mıştır. Aksine Cezayir, İran'a ve O'nun rejimine yakın bir devlettir. Bu yakınlığın; rehinelerin serbest bırakılması üzerinde etkisi olacağı düşüncesiyle, Cezayir arabulucu olarak kabul edilmiştir<sup>52</sup>.

- Arabulucunun önerileri bağlayıcı değildir. Arabulucunun uyuşmazlığa sağlayacağı katkı tavsiye niteliğinde olup bağlayıcı değildir<sup>53</sup>. Arabuluculuğu yargısal yollardan ayıran en önemli özellik budur. Bu kapsamda arabuluculuk süreci, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması ve barışçıl şekilde sona erdirilmesi için taraflara hizmet sunulmasından ibarettir<sup>54</sup>.

- Arabuluculuk, gönüllü yürütülen bir süreçtir. Uyuşmazlığa taraf olan kişilerin gönülsüz olduğu bir arabuluculuk süreci başarılı olamaz<sup>55</sup>. Bu kapsamda uyuşmazlığın tarafları; arabuluculuk sürecine başvurmak veya üçüncü kişilerin arabuluculuk tekliflerini kabul etmek zorunda değildir. Arabuluculuğun “gönüllülük” unsuru, üçüncü kişi konumundaki arabulucu içinde geçerlidir. Üçüncü kişi, uyuşmazlık için arabuluculuk teklif etmek zorunda değildir. Aynı zamanda uyuşmazlığın taraflarından gelecek arabuluculuk tekliflerini kabul etmek zorunda da değildir<sup>56</sup>.

- Arabuluculukta karşılıklı anlaşmaya dayalı çözüm esastır. Bu kapsamda arabulucu, “*tarafların çatışan iddia veya taleplerini uzlaştırmak ve tarafların birbirlerine karşı sahip olabilecekleri kını yahut gücenikliği yatıştırma görevini*” amaç edinmiştir<sup>57</sup>. Aynı şekilde arabulucu, “*uyuşmazlık*

<sup>52</sup> Eren, M. Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 121; Topaloğlu, s. 13; Turhan, s. 15.

<sup>53</sup> Lahey Sözleşmesi 6. madde

<sup>54</sup> “Görevi bir kolaylaştırıcı olarak açıklanan arabulucunun süreç içerisinde edindiği bir takım roller vardır. Bunlar; taraflar arası iletişimi sağlayan organizatör, bilgi alışverişini yöneten bir iletişim direktörü, uyuşmazlıkları çıkmazdan kurtaran ve müzakereleri şekillendiren bir rehber, uzlaşmaya ikna eden çözümün teşvikçisi ve tarafların birbirlerini anlaşmasında aktif rol oynayan bir dinleyicidir”, Turhan, s. 16.

<sup>55</sup> “Örneğin, 1993 yılında Ruanda hükümeti ile Ruanda Vatandaşlar Cephesi arasında yapılan Arusha Andlaşması, uluslararası baskının sonucu olarak yapılan arabuluculuk faaliyeti sonrasında imzalanmıştır. Bu psikolojik baskı durumu, tarafların rızası olmasına rağmen andlaşmayı imzalamaya itmiştir. Andlaşmadan bir yıl sonra bir Hutu olan Devlet Başkanının uçağının düşürülmesi, ülke genelinde yaşanan soykırımın tetikleyicisi olmuştur. Böylece karşılıklı rızaya dayanmayan arabuluculuk faaliyetlerinin başarıyla sonuçlanmayabileceği daha iyi anlaşılabilir olmaktadır”, açıklamalar için bkz. Eren, s. 83; ayrıca bkz. Topaloğlu, s. 10.

<sup>56</sup> Arabulucunun süreci gönüllü yürütmesi, bu süreçte bir çıkarı bulunmadığı anlamına gelmez. Bu çıkar; küresel anlamda ekonomik ve siyasi istikrarın korunması, arabulucunun ulusal ve uluslararası nüfuzunu güçlendirme isteği gibi sebeplerden kaynaklanabilir, bkz. Turhan, s. 18.

<sup>57</sup> Lahey Sözleşmesi 4. madde.

taraflarının arasındaki zıtlaşmanın en basit şekilde ve doğrudan çözülmesi için yardımcı olmak ve taraflar için kabul edilebilir bir çözüm arayışına girmek” durumundadır<sup>58</sup>. Arabuluculukta amaç, uyuşmazlık konusunun tarafların razı olacağı şekilde çözülmesi ve çözüm sürecinin kolaylaştırılmasıdır<sup>59</sup>. Süreç tamamen uyuşmazlığa taraf olanların iradesi ile şekillendiğinden ötürü tarafların karşılıklı menfaatlerini temin eden bir çözüm esastır<sup>60</sup>. Yargısal yollarda, bir taraf kazanıp diğeri kaybederken; arabuluculukta her iki tarafın taleplerini karşılayan bir çözüm yolu amaçlanır.

- Arabuluculuk süreci gizlidir. Gizlilik, tarafların sürece güven duymasını sağlar. Zira taraflar, gizli yürüyen bir süreçte arabulucuya talep ettiği bilgileri ve desteği sunmaya hazırdırlar. Ancak sürecin gizli olmaması halinde, tarafların uzlaşmak için verdikleri taviz açığa çıkacağı için bu durum tarafları ulusal ve uluslararası mecrada zora sokabilir<sup>61</sup>. Şu halde gizliliğin tesis edilmesi, tarafların taleplerini rahatça ileri sürmelerine ve müzakere ortamının başarıya ulaşmasına hizmet eder.

## II. TÜRKİYE’NİN ARABULUCULUK FAALİYETİ

### A. Türkiye Arabuluculuk Vasfını Haiz midir?

Türkiye, uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesi için arabuluculuk deneyimine sahip tecrübeli bir devlettir<sup>62</sup>. Bu kapsamda Türkiye; 2005 yılında Lübnan hükümeti ile

<sup>58</sup> **Bogota Andlaşması** 12. madde.

<sup>59</sup> Taraflar arasında iletişimi sağlamak, müzakere ortamı hazırlamak, uyuşmazlığı tespit etmek, uyuşmazlığın çözümü için yol haritası belirlemek başlıca görevidir, bkz. **Ünyılmaz**, s. 90; **Eren**, s. 90.

<sup>60</sup> **Lahey Sözleşmesi** 6. madde.

<sup>61</sup> “Taraflar, gizliliğe dair bir şüphe duyarlarsa arabulucuya ihtiyaç duyduğu bilgileri vermekten kaçınabilirler”, bkz. **Turhan**, s. 19.

<sup>62</sup> “Türkiye söz konusu öncü rolünü, sahadaki arabuluculuk faaliyetleri, Birleşmiş Milletler (BM), Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) ve İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT) çerçevesinde başlattığı müstakil girişimlerdeki eş-başkan konumu; evsahipliği yaptığı uluslararası Arabuluculuk Konferansları serisi; Arabuluculuk Sertifika Programı dâhil katmanlı ve çeşitli bir girişim mimarisisiyle yürütmektedir. ... Irak, Lübnan ve Kırgızistan’da iç uzlaşımın sağlanmasına yönelik gayretlerimiz, Balkanlar’ın kalıcı barış ve istikrar ortamına kavuşması için Bosna-Hersek, Sırbistan ve Hırvatistan’ın katılımıyla başlattığımız iki ayrı üçlü işbirliği süreci, aynı şekilde Afganistan’da barış ve güvenliğin temini bakımından önemli bir role sahip Pakistan’la birlikte hayata geçirdiğimiz üçlü işbirliği mekanizması ile bölgesel sahiplenme ilkesi temelinde hayata geçirdiğimiz “Asya’nın Kalbi - İstanbul Süreci”, İsrail ile Suriye arasındaki dolaylı görüşmelerde oynadığımız rol, İran’ın nükleer programına ilişkin sorunun barışçı şekilde ve diyalog yoluyla çözümlenmesi için gayretlerimiz, Somali ve Somaliland arasındaki

Hizbullah arasında, 2008 yılında Suriye ile İsrail arasında, 2010 yılında Amerika Birleşik Devletleri ile İran arasında, 2010 yılında Kırgızistan'da, 2010 yılında Somali'de, 2011 yılında Filistin'de El Fetih ile Hamas arasında, 2011 yılında Sudan ve Eritre'de, 2012 yılında Filipinler Hükümeti ile Moro İslami Kurtuluş Cephesi arasında, 2013 yılında Somali, Mynamar ve Mali'de; 2014 yılında Libya'da meydana gelen çatışmalarda arabuluculuk faaliyetleri yürütmüştür<sup>63</sup>.

Türkiye, Rusya ile Ukrayna arasında sürmekte olan savaşın tarafı değildir. Daha açık bir ifade ile savaşan tarafların dışında ve bunlara belirli bir mesafede olan bir devlettir. Bu kapsamda Türkiye, savaşın başından beri gerek söylemleri gerekse eylemleri bakımından aktif ve tarafsız bir politika yürütmüş; taraflara uyumsuzluğun barışçıl yolla çözülmesi çağrısında bulunmuştur<sup>64</sup>. Savaşın sona erdirilmesi söz konusu olmasa da Türkiye, üçüncü kişi olması ve tarafsız tutumu nedeniyle taraflar arasında esir değişimi ve tahıl koridorunun açılması gibi meseleleri arabuluculuk girişimleri ile çözüme kavuşturmuştur<sup>65</sup>.

*görüşmelerdeki rolümüz, Güney Filipinler barış sürecine desteğimiz ve Ukrayna ile Rusya Federasyonu arasındaki temasları kolaylaştırmaya yönelik adımlarımız bu çabalarımızın somut örneklerindedir. Bu süreçlerde edindiğimiz önemli bir tecrübe, her sorunun kendine has dinamikleri ve koşulları bulunduğu ve buna bağlı olarak arabuluculuk çabalarının da bu farklılıkları gözetebilen, yeknesaklıktan uzak esnek bir anlayışla yönetilmesi gerektiğidir. Ancak, önleyici diplomasinin bazı altın kurallarının bulunduğu ve ihtilafın niteliği ne olursa olsun uyulması gereken kimi ilkelerin olduğu da unutulmamalıdır. Örneğin herhangi bir aktörün başarılı bir arabuluculuk yapabilmesi için sorunun tüm dinamiklerine vakıf olması ve kalıcı çözümün gerektirebileceği uzun vadeli taahhüdü en başından ortaya koyabilmesi gerekmektedir. Keza, arabulucunun sürecin en başından itibaren esnek ama değerlere dayalı bir strateji ortaya koyabilmesi, ihtilafın taraflarına ortak bir vizyon sunabilmesi ve güvenlerini kazanmış olması yarar sağlayabilmektedir. Türkiye de sahadaki arabuluculuk faaliyetlerini bu genel ilkeler çerçevesinde sürdürmekte ve sağlayacağı katma değere bağlı olarak, sorunun tüm taraflarıyla karşılıklı güven ilişkisi içinde ve belli değerler temelinde hareket etmektedir".* **T.C. Dışişleri Bakanlığı:** Uyuşmazlıkların Çözümü ve Arabuluculuk, erişim için bkz. <https://www.mfa.gov.tr/uyusmazliklarin-cozumu-ve-arabuluculuk.tr.mfa> (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

<sup>63</sup> **Eren**, s. 122 vd.; **Kiraz**, s. 233.

<sup>64</sup> **Duran**, Burhanettin: "Türkiye'nin Arabuluculuğu Yeni Başladı", SETA, 2022, erişim için bkz. Türkiye'nin Arabuluculuğu Yeni Başladı... | Güvenlik | SETA (setav.org) (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

<sup>65</sup> "Söz konusu savaşın ekonomik sonuçların içinde en çok tartışılanı ve uluslararası toplumun hukuki çözüm arayışı içerisinde olduğu mesele, gıda ürünleriyle ilgilidir. Dünyadaki tahıl arzının yaklaşık üçte biri Rusya ve Ukrayna tarafından sağlanmaktadır. Devam eden çatışmalar dolayısıyla Ukrayna'dan ihraç edilemeyen tahıllara ilişkin sorun, en başta Orta Doğu ve Afrika ülkeleri olmak üzere küresel açıdan açlık ve düzensiz

Türkiye, savaşı her iki devlete komşu olması, savaşın dışında üçüncü kişi olması ve tarafsız dış politikası nedeniyle tarafları bir araya getirme ve çözüm önerileri sunma gücüne sahip bir devlettir. Nitekim tarafların müşterek iradesiyle Türkiye'nin arabuluculuk yapması talep edilmiş, bu kapsamda Türkiye ilki Antalya Diplomasi Forumu, ikincisi Dolmabahçe Görüşmeleri olmak üzere tarafları bir araya getirebilmiştir.

Rusya ve Ukrayna savaşının barışçıl yolla sona ermesinde Türkiye'nin doğrudan ve dolaylı bir çıkarı bulunmaktadır. Zira savaş, Türkiye'nin yanı sıra başında cereyan etmektedir. Savaşı taraflar Türkiye'nin komşusu olan devletlerdir. Bu devletlerarasındaki savaşın başta Boğazlar ve Karadeniz olmak üzere Türkiye'nin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, bir sonraki adım olarak Türkiye'yi savaşı sürüklemesi ihtimal dâhilindedir. Savaş nedeniyle tarafların birbirlerine uyguladıkları yaptırımlar ekonomik krizlere neden olmakta, dolayısıyla Türkiye de bu durumdan etkilenmektedir. Ayrıca savaş nedeniyle milyonlarca kişi göç etmek durumunda kalmıştır. Bu göç rotalarından birisi Türkiye coğrafyası olabilmektedir. Şu halde Türkiye, bu savaşın sona erdirilmesi ve uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için doğrudan ve dolaylı bir çıkara sahiptir. Türkiye'nin arabuluculuk faaliyetini gönüllü olarak üstlenmek istemesinin sebeplerinden birisi de budur.

Buraya kadar yapılan açıklamaları kısaca özetlemek gerekirse; Türkiye'nin arabuluculuk alanında deneyime sahip olması, meydana gelen savaşta taraf olmaması, tarafsız bir politika yürütmesi, savaşın etkilerinin ilk anda hissedileceği bir coğrafyada yer alması, savaşın sona erdirilmesinde doğrudan ve dolaylı çıkarlarının bulunması ve nihayetinde tarafları bir araya getirebilme gücünün olması nedenleriyle arabuluculuk yapma vasfını haiz olduğu açıktır.

## **B. Türkiye'nin Arabuluculuk Yapması İçin “Olgunlaşma” Aşaması Gerçekleşmiş midir?**

Arabuluculuk faaliyeti, her iki tarafın kabul edeceği uygun bir zamanda işletilebilir. Bunun için, yukarıda da ifade edildiği üzere, doktrinde “olgun-

---

*göç konusunda ciddi bir güvenlik riski meydana getirmektedir. Bu nedenle Ukrayna limanlarında bekleyen tahıl ve diğer gıda maddelerinin güvenli biçimde ve kısa sürede ihtiyaç sahibi ülkelere ulaştırılması için Karadeniz'den başlayarak denizde bir koridor oluşturulması zarureti doğmuştur. 22.07.2022 tarihinde; Ukrayna, Rusya Federasyonu, Birleşmiş Milletler ve Türkiye'nin katılımıyla ortaya çıkan “Tahıl ve Yiyecek Maddelerin Ukrayna Limanlarından Emniyetli Sevki Girişimi Belgesi” ile birlikte bu soruna bir çözüm arayışı içerisinde bulunduğu anlaşılmaktadır.”, açıklamalar için bkz. Candan/ Halhallı, s. 376.*



laşma” kavramı kullanılmaktadır. Bu kavram, hâlihazırda devam etmekte olan savaş için önem arz etmektedir. Bu kapsamda, Rusya ile Ukrayna arasında arabuluculuk faaliyeti yürütülebilmesi için olgunlaşma aşamasının gerçekleşip gerçekleşmediği hususu üzerinde durulmalıdır. Bu başlık altında sırasıyla; Rusya, Ukrayna, Avrupa devletleri ve dünyanın geri kalanı bakımından ayrı ayrı açıklamalar yapılması faydalı görünmektedir.

Rusya, 24 Şubat 2022 tarihinde başlattığı savaş neticesinde umduğu neticeleri elde edememiş, ağır ekonomik yaptırımlara maruz bırakılmış ve istila ettiği toprakların bir kısmından çekilmek zorunda kalmıştır<sup>66</sup>. Netice olarak kısa sürede askeri bir zafer elde edememiştir. Bunun yanı sıra Rusya, beklenmedik bir Ukrayna direnişi ile karşılaşmış ve zayıf durumunda kalmıştır. Ayrıca Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa öncülüğündeki Batı ittifakı tarafından ağır askeri, siyasi ve ekonomik yaptırımlara maruz kalmış; deyim yerindeyse uluslararası sistemden izole edilmiştir<sup>67</sup>. Bu haliyle zorda kalan ve umduğunu henüz elde edemeyen Rusya’nın taviz verecek aşamaya geldiği açıktır. Şu halde Rusya bakımından arabuluculuk faaliyetleri için olgunlaşma aşamasının geldiğini söylenebilir. Ancak Rusya, hatırı sayılır bir askeri zafer kazanmak ve masaya daha güçlü oturmak için arabuluculuk faaliyetlerini erteleme amacıyla olabilir. Şu ana kadar Türkiye tarafından yürütülen arabuluculuk girişimlerinin henüz başarıya ulaşmaması, son cümleyi haklı kılmaktadır.

Ukrayna, 24 Şubat 2022 tarihinde başlayan savaş ile birlikte bombardıman altına alınmış ve topraklarının bir kısmı işgal edilmiştir. Ukrayna bu süreçte kolektif meşru müdafaa çağrısında bulunmuş, ancak çağrısına olumlu yanıt alamamıştır. NATO’dan fiili ve askeri yardım beklemiş, ancak NATO savaşa dâhil olmamıştır. Bunun yanı sıra savaş esnasında Avrupa Birliği’ne üyelik başvurusunda bulunmuş, ancak başvurusu reddedilmiştir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’ne başvurarak topraklarının koruma altına alınması için harekete geçilmesini talep etmiş, ancak bu talep Rusya’nın vetosu ile işletememiştir<sup>68</sup>. Şu halde Ukrayna, umduğu desteği bulamadığı için

<sup>66</sup> **Bağış**, Bilal: Rusya-Ukrayna Savaşının Küresel Ekonomiye ve Türkiye’ye Etkileri, SETA, Ankara 2022, s. 12-15.

<sup>67</sup> **Bağış**, s. 12-15.

<sup>68</sup> “Rusya’nın Ukrayna’ya 24 Şubat 2022’de başlattığı ve halen devam eden saldırılar, BM’nin silahlı çatışmaları önleme yükümlülüğü bağlamında gösterdiği başarısızlıkların en son ve en çarpıcı örneklerinden birisi olmaktadır. Ukrayna Devlet Başkanı Vladimir Zelenski savaşın büyük acılarını yaşayan bir ülkenin lideri olarak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin (BMGK) 3 Nisan 2022’deki toplantısına video konferans ile katılarak şunları söylemiştir: Peki Güvenlik Konseyi’nin garanti etmesi gereken güvenlik nerede? Güvenlik yok. Güvenlik Konseyi olmasına rağmen hiçbir şey olmamış gibi (...)

taviz verecek aşamaya gelmiştir. Bu kapsamda Ukrayna için arabuluculuk faaliyetleri bakımından olgunlaşma aşamasının geldiği açıktır. Buna mukabil Ukrayna, tek başına, Rus ilerleyişine karşı başarılı bir direniş yapmış, başkent Kiev'i işgalden uzak tutmuş ve Rusların işgal ettiği bazı noktaları tekrar ele geçirmiştir. Bu durum Ukrayna'nın motivasyonunu yükseltmiştir. Dolayısıyla Ukrayna kaybettiği toprakları ele geçirene ve arabuluculuk masasına daha güçlü oturana kadar arabuluculuk girişimlerini erteleme amacında olabilir.

Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa devletleri savaşa fiili olarak dâhil olmamakla birlikte Ukrayna'ya ciddi askeri ve ekonomik yardımlar yapmışlardır. Bu şekliyle Ukrayna'nın işgale karşı direnmesine hizmet etmişlerdir. Ancak bu tutum neticesinde Rusya, Avrupa ülkelerine doğalgaz satışını durdurmuş ve ağır ekonomik yaptırımları uygulamaya sokmuştur. Bu durum Avrupa'da ciddi bir ekonomik krizin başlamasına neden olmuştur<sup>69</sup>. Ayrıca Ukrayna'ya sağlanan devasa askeri yardımlara rağmen savaş sona ermemiş ve Rus işgali bitmemiştir. Bunun neticesinde Avrupa'nın askeri stokları tükenme derecesine gelmiştir. Şu haliyle Avrupa devletleri, Avrupa kıtasında sürmekte olan savaşın kıta içinde başka devletlere sıçramasını önlemek, enerji yaptırımının neden olduğu krizi çözmek ve savaşı sona erdirmek düşüncesindedir. Bu durum Avrupa devletleri bakımından arabuluculuk faaliyeti için olgunlaşma aşamasının geldiğine işaret etmektedir<sup>70</sup>.

*Peki, Birleşmiş Milletler'in garanti altına almak için yaratıldığı barış nerede? (...) Herhangi bir saldırganın barışa zorlanmasını sağlamak zorunda olan dünyanın kilit kurumunun etkili bir şekilde çalışmayacağı açıktır” açıklamalar için bkz. Acer, Yücel: “Ukrayna Savaşı, BM ve Barışın Korunması”, SETA, Sayı: 373, Yıl: 2022, (BM), s. 8, erişim için bkz. A372-2.pdf (setav.org) (Erişim Tarihi: 12.01.2023).*

<sup>69</sup> **Bağış**, s. 12 vd.

<sup>70</sup> *“Avrupa'nın savaşa karşı duruşu ele alınırsa, yaptırımlar merkezi bir rol oynamıştır. Bunun dışında, Avrupalı devletler Ukrayna'ya, sınırlı bir düzeyde de olsa, askeri yardımlar sağlamışlardır. Kamuoyunda gözlemlenebilecek destek azalmaları dışında, Avrupa, askeri yardımlar noktasında başka bir problemle karşı karşıyadır. Bu ayın başlarında, Avrupa Birliği Dışişleri ve Güvenlik Politikaları Yüksek Temsilcisi Josep Borrell, “Çoğu (Avrupalı NATO) üye ülkenin askeri stokları bitti diyemem ama yüksek oranda tükenmiş durumdadır, çünkü büyük bir kapasiteyi Ukrayna'ya sağlıyoruz” dedi. Borrell'in açıklamasından da anlaşılacağı gibi, halkında görülen tükenmişliğin yanı sıra, Avrupa artık askeri kapasitesinin sınırları ile de sınanmaktadır. Ekonomi ve enerji odaklı krizler derinleşmeye devam ettikçe ve savaş yorgunluğu arttıkça kamuoyunun ve karar verici mecraların önceliklerinde değişimler gözlemlenecektir. Ukrayna-Rusya savaşının sonucu ise, bu temel değişime bağlı şekillenecektir”, açıklamalar için bkz. **Özdemir**, Shkurti Gloria: “Rusya-Ukrayna Savaşına Dönük Batı'nın Yorgunluğu: Savaşın Sonucunu Etkileyecek mi?”, SETA, 2022, erişim için bkz. Rusya-Ukrayna*

Dünyanın geri kalanı, savaşın sona erdirilmesi için ümidini Birleşmiş Milletler'e çevirmiş durumdadır. Ancak Birleşmiş Milletler'in uluslararası barış ve güvenliği sağlama görevini yerine getiremediği açıktır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından alınan kararların tavsiye niteliğinde olduğu ve bağlayıcı bir yanının olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır<sup>71</sup>. Ayrıca uluslararası barış ve güvenliği tesis etmede asıl yetkili organ olan Güvenlik Konseyi'nin, Konseyin daimi üyesi olan Rusya'nın vetoları nedeniyle harekete geçemediği ve karar alamadığı açıktır<sup>72</sup>. Birleşmiş Milletler sisteminin çalışmadığına tanıklık eden dünyanın geri kalan devletleri, bir arabuluculuk faaliyeti ile savaşın sona erdirilmesi fikrine sahiptir ve bu fikir olgunlaşma aşamasına çoktan gelmiştir<sup>73</sup>.

Savaşına Dönük Batı'nın Yorgunluğu: Savaşın Sonucunu Etkileyecek mi? | Yorum | SETA (setav.org) (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

<sup>71</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 2 Mart 2022 tarihinde toplanmış, Rusya'nın Ukrayna'ya başlattığı saldırıyı kınamıştır. Karar; 141 olumlu oy, 5 olumsuz oy ve 35 çekimser oyla kabul edilmiştir, karar için bkz. **Birleşmiş Milletler Genel Kurulu: "Ukrayna'ya Karşı Saldırı"**, ES-11/1 Karar, 2 Mart 2022 Tarih, erişim için bkz. N2229336.pdf (un.org) (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

<sup>72</sup> Uluslararası barış ve güvenliğin tesis edilmesi bakımından başlıca sorumlu olan Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Ukrayna sorunu ile ilgili toplanmış, ancak Konsey daimi üyelerden Rusya'nın vetosu nedeniyle karar alamamıştır. Konseyin beş daimi on geçici olmak üzere toplam on beş üyesi bulunmaktadır. Bu üyelerden daimi üye Rusya ret, Çin çekimser oyu verirken geçici üyelerden Birleşik Arap Emirlikleri ile Hindistan çekimser oy vermişlerdir, kararın içeriği için bkz. **Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi: S/RES/2623(2022)** Karar, 26 Şubat 2022 Tarih, erişim için bkz. N2227132.pdf (un.org) (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

<sup>73</sup> *"BMGK saldırının başlangıcından hemen sonra (26 Şubat 2022'de) yaptığı ilk toplantısında Moskova yönetiminin veto yetkisini kullanması sonucu saldırıyı düzenleyen Rusya'ya karşı herhangi bir karar alamamıştır. Diğer bazı daimi ya da geçici üyeler de bu toplantıda Rusya'nın eylemlerini kınayan konuşmalar yapmakla yetinmiştir. Konseyin on beş üyesinden on biri sunulan karar taslağının lehinde oy kullanırken daimi üye Çin ve geçici üyeler Hindistan ve Birleşik Arap Emirlikleri ise çekimser oy kullanmıştır. ... 23 Mart 2022'de yaptığı bir başka toplantıda BMGK on üç üyenin çekimser kaldığı oylamada Ukrayna'da çatışma bölgelerindeki sivillerin korunmasını ve engelsiz insani erişimin sağlanmasını öngören bir karar tasarısını da kabul edememiştir. Rusya ve Çin hariç diğer daimi üyeler metni Rusya Federasyonu'nun komşusuna karşı saldırganlığını haklı çıkarma girişimi olarak reddetmiştir. ... Ukrayna'ya yapılan saldırı karşısında BM Genel Kurulu 27 Şubat 2022'de olağanüstü toplanabilmiş ve 2 Mart 2022'de 141 lehte, 5 aleyhte ve 35 çekimser oyla Rusya'nın Ukrayna'ya karşı yaptığı "saldırganlığı" kınayan ve Ukrayna'nın toprak bütünlüğünü ve siyasal bağımsızlığını teyit eden bir kararı kabul etmiştir. Ancak söz konusu Genel Kurul kararı kınama dışında Rusya'ya karşı somut herhangi bir tedbir öngörmemiştir. Genel Kurulun atabildiği tek somut adım ise 7 Nisan'da yaptığı toplantıda Rusya'nın İnsan Hakları Konseyi'nden çıkarılması çağrısında bulunması olmuştur. BM Genel Sekreteri Guterres'in çabaları da somut sonuçlar*

Bu başlık altında yapılan açıklamaları kısaca tekrar etmek gerekirse; Rusya ile Ukrayna'nın arabuluculuk masasına güçlü oturma amaçları var olmasına rağmen hâlihazırda devam eden savaşın sürdürülemez olduğu gerçeği ortadadır. Şu halde; devam eden ağır ekonomik, askeri ve siyasi yaptırımlar ile Avrupa kıtasına doğru akan göç durumu Türkiye'nin girişeceği arabuluculuk faaliyetleri bakımından olgunlaşma aşamasının geldiğine işaret etmektedir.

### C. Türkiye Arabuluculuk Faaliyeti Kapsamında Ne Yapmalıdır?

Türkiye, 24 Şubat 2022 tarihinde başlayan savaş ile birlikte tarafları İstanbul Dolmabahçe Sarayı'nda bir araya getirmiştir. Taraflar arası iletişim kurma ve müzakere etme yolunu açmış olmasına rağmen görüşmelere katılmamış, dolayısıyla bir çözüm önerisi sunamamıştır. Dolayısıyla Dolmabahçe Görüşmeleri'ni arabuluculuk faaliyeti olarak değerlendirmek mümkün görünmemektedir. Bu durum, diplomatik çözüm yollarından birisi olan dostça girişim olarak nitelendirilebilir.

Dolmabahçe Görüşmeleri öncesinde tarafların Dışişleri Bakanları Antalya'da bir araya gelmiş, “Antalya Diplomasi Forumu” kapsamında ilk defa dışişleri bakanları düzeyinde müzakere etme fırsatını yakalamışlardır. Bu fırsat, Türkiye tarafından sağlanmıştır. Bu görüşmeyi, Dolmabahçe Görüşmeleri'nden ayıran husus, müzakere masasına bu defa Türkiye'de dâhil olmuştur. Bu kapsamda Antalya Diplomasi Forumu'nda gerçekleşen bu görüşmenin bir arabuluculuk faaliyeti olduğu söylenebilir. Zira taraflar arasında iletişim sağlama, müzakere yolunu açma, tarafları bir araya getirme, tarafların tezlerini birbirlerine sunmalarını sağlama bir kolaylaştırma faaliyeti olarak kabul edilmelidir. Ancak bu görüşmeden çözüm neticesi elde edilememiştir<sup>74</sup>.

---

*üretmemiştir. Bir bütün olarak BM ve özellikle BMGK savaşı durdurmakta başarısız kalmıştır. BM'nin ana organları arasında bulunan ancak bağımsız ve tarafsız işleyen Uluslararası Adalet Divanı, Ukrayna'nın başvurusu ve talebi üzerine Rusya'nın Ukrayna'daki askeri operasyonlarını derhal askıya almasını emreden bir ara karar açıklamıştır. Ancak nihai olarak özellikle BMGK'nin Moskova yönetiminin vetosu nedeniyle, Rusya'ya yönelik yaptırımlar içeren ve küresel bağlayıcılığı olan bir karar alamaması, uluslararası toplumun Rusya'ya yönelik ortak ve koordineli bir tutum geliştirerek savaşı durdurmasının önünü açamamıştır. Sonuç olarak uluslararası barışı ve güvenliği ortak eylemlerle korumak ve saldırganı durdurmak için kurulan BM, acilen ihtiyaç duyulan bir durumda daha bu görevini yerine getirememiştir”, açıklamalar için bkz. Acer, (BM), s. 12.*

<sup>74</sup> “Rusya ve Ukrayna Dışişleri Bakanları Lavrov ve Kuleba'nın Antalya Diplomasi Forumu'ndaki görüşmelerinden ateşkes çıkmadı. Savaşın seyri henüz ateşkese ve kapsamlı

Devam edecek arabuluculuk girişimleri kapsamında Türkiye'nin tarafların tezlerine uygun ve her iki tarafın kabul edeceği bir çözüm önerisi sunması gerekmektedir. Bu kapsamda, tarafların tezlerinin ne olduğu üzerinde durulmalıdır.

Rusya ileri sürdüğü tez kapsamında; Ukrayna'nın Batı'ya ve NATO'ya yakınlaşmasını kendi güvenliği için tehdit olarak görmektedir<sup>75</sup>. Bu kapsamda kendisine yönelen tehditleri bertaraf etmek için Ukrayna'ya karşı "önleyici meşru müdafaa" kapsamında kuvvet kullandığını ileri sürmektedir<sup>76</sup>. Bunun yanı sıra Rusya, Ukrayna'nın tarihsel ve kültürel bir parçası olduğu ve dolayısıyla kendisine ait olması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>77</sup>. Ukrayna yönetiminin antidemokratik ve Nazi benzeri bir yönetime sahip olduğunu, Rus kökenli insanlara karşı soykırım suçunu işlediğini dolayısıyla Donbas bölgesinin "self determinasyon hakkına" sahip olduğunu ileri sürmektedir<sup>78</sup>. Bu kapsamda Rusya, kendi desteği ile kurulmuş olan Donetsk

---

*bir barış anlaşmasına varılacak noktada değil. Yine de Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın arabuluculuk önerisiyle başlayan diplomasi sürecinin Antalya'da üçlü bir toplantıyı getirmesi önemli. Bakanlar düzeyinde bu ilk görüşmenin Türk Dışişleri Bakanı Çavuşoğlu'nun "kolaylaştırıcı" rolüyle yapılması Ankara'nın "aktif tarafsızlık" politikasının savaşın seyrine göre barışa ulaşmakta etkili olabileceğinin bir göstergesi", açıklamalar için bkz. Duran, Burhanettin: "Türkiye'nin Arabuluculuğu Yeni Başladı", SETA, 2022, erişim için bkz. Türkiye'nin Arabuluculuğu Yeni Başladı... | Güvenlik | SETA (setav.org) (Erişim Tarihi: 12.01.2023).*

<sup>75</sup> Sönmez/Bıçakçı/Yıldırım, s. 664.

<sup>76</sup> Önleyici meşru müdafaa, çok güçlü bir saldırı tehdidinin varlığı halinde saldırı gerçekleşmeden de meşru müdafaa ilkesi kapsamında kuvvet kullanılmasını içerir. Ancak saldırı şartı gerçekleşmediğinden dolayı Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesinde aranan şartları sağlamaz. Bu sebeple doktrinde de genel kabul görmemektedir, bkz. Nuhîç, Hazir: Uluslararası Hukuk ve Birleşmiş Milletler Kararları Çerçevesinde Saldırı Kavramı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 28; Çullu, Fatih: Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Programı Uluslararası Çatışma Hukukuna Göre Önleyici Meşru Müdafaa Doktrininin Gelişimi ve Örnek Olay İncelemesi, Milli Savunma Üniversitesi Alparslan Savunma Bilimleri ve Milli Güvenlik Enstitüsü Müdürlüğü Güvenlik Araştırmaları Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022, s. 65; Değdaş, Ulaş Can: "Uluslararası Hukukta Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı" Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1(6), Yıl: 2018, s. 37; Cömert, İbrahim: Önleyici Meşru Müdafaa ve Uluslararası Hukuktaki Yeri, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Çankaya 2006, s. 78; Dağ, Akın: Birleşmiş Milletler Antlaşması Kapsamında Bireysel Meşru Müdafaa Hakkı Örnek Olay İsrail-Filistin Çatışması, Ege Üniversitesi Sosyal Bölümler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2014, s. 97; Halhallı, s. 447.

<sup>77</sup> Sönmez/Bıçakçı/Yıldırım, s. 663.

<sup>78</sup> Halhallı, s. 447.

Halk Cumhuriyeti ve Luhansk Halk Cumhuriyeti'nin talebi/daveti ile Donbas bölgesine asker göndermiş ve bu durumu “meşru müdafaa hakkı” kapsamında yaptığını ifade etmiştir<sup>79</sup>.

Buna karşın Ukrayna, 2014 yılında Yanukoviç iktidarının devrilmesinden sonra dış politikasını değiştirmiş ve Batı bloğuna yakınlaşmıştır. Bu kapsamda NATO'ya üyelik için girişimlerde bulunmuştur. Ukrayna, egemen bir devlet olduğunu bu tercihinin başta Rusya olmak üzere uluslararası toplumun tüm üyelerinin saygı duyması gerektiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte Rusya'nın Kırım ve Donbas (Donetsk ve Luhansk) bölgelerini ele geçirmesini Birleşmiş Milletler Şartı 51. madde kapsamında “silahlı saldırı” olarak nitelendirmekte, bu toprakları tekrar ele geçirme girişimini “meşru müdafaa hakkı” üzerinden temellendirmektedir<sup>80</sup>. Aynı zamanda Ukrayna, Kırım ve Donbas bölgeleri için ileri sürülen self determinasyon hakkının ancak sömürge altında olan halklar için geçerli olduğunu, bu hakkın ayrılma hakkı vermediğini, aksi halde “devletlerin bütünlüğü” ilkesinin ihlal edileceğini ileri sürmektedir<sup>81</sup>.

Uluslararası hukuk kapsamında her iki tarafın ortaya attığı tezler bakımından uyumsuzluğa sebep olan konular; “kuvvet kullanma yasağı”, “meşru müdafaa hakkı”, “önleyici meşru müdafaa”, “self determinasyon hakkı” ve “devletlerin topraklarına ve siyasal bağımsızlığına saygı gösterilmesi” şeklinde sıralanabilir. Uyumsuzluk konuları üzerine şu açıklamalar yapılmalıdır:

- Birleşmiş Milletler Şartı bakımından evrensel anlamda kuvvet kullanma yasağı kabul edilmiştir<sup>82</sup>. Bu yasağın tek istisnası meşru müdafaa hakkıdır<sup>83</sup>. Bunun için bir devletin topraklarına yönelen bir saldırının varlığı

<sup>79</sup> “Özetle, Rusya Federasyonu'nun Ukrayna'ya yönelik gerçekleştirdiği kuvvet kullanma fiillerinin uluslararası hukuka uygun olduğuna ilişkin ileri sürdüğü temel gerekçeleri: • Rusya Federasyonu'nun topraklarına yönelik tehditler vardır ve BM Andlaşması m. 51 uyarınca Rusya Federasyonu'nun önleyici amaçla meşru savunma hakkı vardır. • Bağımsız Luhansk Halk Cumhuriyeti'ne ve Donetsk Halk Cumhuriyeti'ne yönelik silahlı saldırılar vardır. Bu konuda Rusya Federasyonu'ndan yardım talep edilmiştir; yardım çağrısının gereği olarak da yine BM Andlaşması m. 51 düzenlemesi kapsamında Rusya Federasyonu'nun kolektif meşru savunma hakkı vardır. • Doğu Ukrayna'da bulunan ve içlerinde Rus nüfusun da bulunduğu ayrılıkçı kesimin kendi kaderini tayin hakkına saygı duyulmamıştır; bu kişiler saldırı, aşığılama ve soykırım fiillerine katılmak zorunda bırakılmıştır. Bu nedenle de Rusya Federasyonu'nun insani müdahale için hukuki gerekçesi vardır. şeklinde listelenerek ifade edilebilir”, açıklamalar için bkz. **Halhalli**, s. 447; ayrıca bkz. **Acer**, s. 3.

<sup>80</sup> **Acer**, s. 3.

<sup>81</sup> **Acer**, s. 4.

<sup>82</sup> **Birleşmiş Milletler Şartı** 2. madde 4. fıkra.

<sup>83</sup> **Birleşmiş Milletler Şartı** 51. madde.

gerekmektedir<sup>84</sup>. Silahlı saldırı şartı eksikliğinden ötürü önleyici meşru müdafanın geçerliliği uluslararası hukukta tartışmalıdır<sup>85</sup>.

- Self determinasyon hakkı, bir halkın kendi geleceğini tayin etmesi hakkıdır. Bir başka ifade ile bu hak, bir halkın bağımsız devlet kurmak dâhil dilediği devlete bağlı olmayı seçme hakkını belirtmektedir<sup>86</sup>. Tanım içerisinde yer alan halktan ne kastedildiği önem taşımaktadır. Uygulamada yalnızca sömürgeleikten kurtulma durumunda olan halkın self determinasyon hakkının varlığı kabul edilmektedir. Bunun yerine bir devletten ayrılıp bağımsız bir devlet kurulması halinde bu hak geçerli olmaz<sup>87</sup>. Aksi takdirde devletlerin toprak bütünlüğü ilkesi ihlal edilmiş olur. Uluslararası mahkeme kararları da bu yöndedir<sup>88</sup>. Ancak doktrinde, self determinasyon hakkının ayrılma hakkı verdiğine dair görüşlerde bulunmaktadır<sup>89</sup>.

- Uluslararası normlar hiyerarşisinin tepesinde jus cogens kurallar bulunur. Bu kurallar uluslararası hukuk sistemi bakımından emredici hukuk kurallarıdır. Dolayısıyla bu kurallar diğer kurallara göre öncelikle uygulanır ve bunlarla ihtilaf halinde olan kurallar batıldır<sup>90</sup>. Jus cogens kuralların neler olduğuna dair bir liste bulunmamakla birlikte “*kuvvet kullanma yasağı*”,

<sup>84</sup> Saldırıdan ne kastedildiği Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararıyla tarif edilmiştir. İlgili kararda, “bir devletin ülkesinin başka bir devlet silahlı kuvvetlerince saldırıya ya da işgale uğraması” hali silahlı saldırı olarak nitelendirilmiştir, bkz. **Birleşmiş Milletler Genel Kurulu**: “Saldırının Tanımlanması”, 3314 (XXXIX) Karar, 14 Aralık 1974 Tarih, United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX) (umn.edu) (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

<sup>85</sup> **Nuhiç**, s. 28; **Çullu**, s. 65; **Değdaş**, s. 37; **Cömert**, s. 78; **Dağ**, s. 97; **Halhallı**, s. 447.

<sup>86</sup> **Reçber**, Kamuran: Uluslararası Hukuk, Dora Yayınları, Bursa 2014, s. 265.

<sup>87</sup> **Doğan**, İlyas: Devletler Hukuku, Astana Yayınları, Ankara 2013, s. 186; **Kütükçü**, M. Akif: “Uluslararası Hukukta Self-Determinasyon Hakkı ve Türk Cumhuriyetleri”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 12, Yıl: 2004, s. 274; **Kılıncı**, Doğan: “Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, , Cilt: XII(1-2), Yıl: 2008, s. 976; **Batır**, Kerem/**Aras**, İlhan: “Self-Determinasyon Hakkı ve Filistin Devleti Bağlamında Filistin Sorunu”, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 1(1), Yıl: 2011, s. 154 vd.; **Pazarıcı**, s. 148.

<sup>88</sup> **Uluslararası Adalet Divanı**: “Kosova’nın Bağımsızlık İlanına İlişkin Danışma Görüşü”, 22.7.2011 Tarih, 79. Paragraf, s. 436, 141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf (icj-cij.org) (Erişim Tarihi: 03.03.2023).

<sup>89</sup> **Reçber**, s. 265.

<sup>90</sup> **1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi** 53. madde.

“devletlerin toprak bütünlüğü ilkesi” ve “self determinasyon hakkı” jus cogens kuralı olarak kabul edilmektedir<sup>91</sup>.

Uluslararası hukukun uyuşmazlık konularına yaklaşımı bu şekildedir. Uyuşmazlık konusu ve uluslararası hukukun yaklaşımı tespit edildikten sonra Türkiye'nin arabuluculuk faaliyeti kapsamında her iki tarafın kabul edeceği, çözümü kolaylaştıran ve çatışmaları sona erdiren bir plan hazırlanması gerekmektedir. Bu plan kapsamında sunulacak teklifler bakımından uygulamada iki seçenek üzerinden hareket edilmektedir. İlk seçeneğe göre; Türkiye'nin çözüme ilişkin sunacağı teklifler, uluslararası hukukun yürürlükteki kuralları ile uyumlu olmalıdır. Bu kapsamda taraflara sunulacak tekliflerde; uyuşmazlık konusuna uygulanabilir nitelikteki uluslararası anlaşmalar, uluslararası mahkeme ve tahkim kararları ile uluslararası örgüt kararları dikkate alınmalıdır<sup>92</sup>. İkinci seçeneğe göre Türkiye sunacağı tekliflerde, doğrudan mevcut hukuk kurallarına dayanmak zorunda değildir. Zira arabuluculuk faaliyeti tarafların iradesi ile başlayan, tarafların kontrolü altında ilerleyen gönüllü bir süreçtir. Dolayısıyla tarafların kabul etmesi halinde Türkiye, hakkaniyet ilkesi (*ex aequo et bono*) temelinde teklifler de sunabilir. İkinci seçenek, arabuluculuk kurumunun esnek yapısına, ayrıca hızlı ve pratik sonuç alma karakterine daha uygun bir seçenektir. Doktrinde de ifade edildiği üzere bu seçenekte arabuluculuğun tercih edilme sebebinin oluşturduğu bir seçenektir<sup>93</sup>.

Bu makalenin kaleme alındığı tarihlerde Rusya ve Ukrayna savaşı hala devam etmektedir. Bu noktada; Türkiye'nin çözüm planı kapsamında sunacağı teklifleri hazırlaması, bunları taraflara kabul ettirmesi, ardından uyuşmazlığı sona erdirecek bir mutabakatın mimarı olması oldukça önemlidir. Birleşmiş Milletler sisteminin uluslararası barış ve güvenliği tesis etmede başarısız kaldığı bir dönemde Türkiye'nin arabuluculuk girişimlerinin çok kıymetli olduğu anlaşılabılır.

<sup>91</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu görüşleri için bkz. **Yearbook of International Law Commission**: Yıl: 1966, s. 248, [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1966\\_v2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf), (Erişim Tarihi: 12.01.2023); Uluslararası mahkeme kararları için bkz. **Uluslararası Adalet Divanı**: “Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Paramiliter Faaliyetler Hakkında Dava”, 27.6.1986 Tarih, 190. paragraf, s. 90, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 12.01.2023); Doktrin görüşleri için bkz. **Shaw**, M. N (Çeviri Ed. İ. Kaya): Uluslararası Hukuk, Türkiye Bilimler Akademisi, Ankara 2018, s. 88.

<sup>92</sup> **Ünyılmaz**, s. 90; **Eren**, s. 90.

<sup>93</sup> **Ünyılmaz**, s. 90; **Eren**, s. 90.



## SONUÇ

Ukrayna, Sovyetler Birliği'nin çökmesi üzerine 24 Ağustos 1991'de bağımsızlığını ilan etmiştir. Bağımsızlığını ilan etmesine rağmen 2014'e kadar siyasi bakımdan Rusya'ya yakın, Rusya'yı destekleyen hükümetler tarafından yönetilmiştir. Ancak bu durum 21 Şubat 2014 tarihinde değişmiş, Rus destekçisi son devlet başkanı Viktor Yanukoviç'in iktidarı devrilmiştir. Bundan sonra Ukrayna, Batı ve Avrupa Birliği bloğuna yanaşmaya başlamış ve dış politikasını bunun üzerine bina etmiştir. Bu politika değişikliği Rusya ile Ukrayna arasında ilişkilerin gerilmesine neden olmuştur. Bu kapsamda Rusya, 27 Şubat 2014 tarihinde Kırım'a asker çıkararak burayı işgal etmiştir. Ardından 16 Mart 2014 tarihinde Kırım'da referandum yapılmış ve sandıktan %96.77 oranında Rusya'ya bağlanma sonucu çıkmıştır. 17 Mart 2014 tarihinde Kırım Yüksek Konseyi, Rusya'ya katılma yönündeki talebini Rusya'ya iletmıştır. Rusya devlet başkanı Vladimir Putin bu talebi kabul ederek onaylamış ardından Kırım Rusya'ya fiilen katılmıştır. Kırım'ın Rusya'ya katılmasından sonra Ukrayna'nın doğusundaki Rus nüfusunun yoğun olduğu Donetsk ve Luhansk bölgelerinde protesto gösterileri başlamıştır. Protestocular, Ukrayna'dan ayrılmayı ve Rusya'ya katılmayı talep etmiş; bu kapsamda Donetsk ve Luhansk Halk Cumhuriyeti adında bağımsız cumhuriyetler ilan edilmiştir. İlan neticesinde Ukrayna ile ayrılıkçılar arasında sıcak çatışmalar başlamış ve olay uluslararası bir mesele haline gelmiştir. Çatışmaları durdurmak ve ateşkes ilan etmek amacıyla Rusya, Ukrayna ve Donetsk Halk Cumhuriyeti ile Luhansk Halk Cumhuriyeti temsilcileri arasında Minsk Protokolü imzalanmıştır. Bu protokol ateşkesi hedeflese de başarılı olamamış ve çatışmalar durmamıştır.

Rusya ile Ukrayna arasındaki bir diğer gerilim sebebi de Ukrayna ile NATO arasındaki yakınlaşmadır. Rusya bu tercihin, kendisine yönelecek bir saldırıya zemin hazırladığını, dolayısıyla tehdit altında olduğunu iddia etmiştir. Bu kapsamda Ukrayna'dan bu yakınlaşmayı sona erdirmesini talep etmiş, bu talep kabul görmeyince ilişkiler savaş niteliğine bürünmüştür. Rusya ilk hamle olarak 21 Şubat 2022 tarihinde Luhansk ve Donetsk Halk Cumhuriyetlerini bağımsız birer devlet olarak tanımış, ardından 24 Şubat 2022 tarihinde Ukrayna'yı işgale başlamıştır.

Türkiye, savaşın başlamasından itibaren aktif ve tarafsız bir dış politika yürütmüştür. Bu kapsamda uyuşmazlıkların sona erdirilmesi ve çatışmaların durması için arabuluculuk girişiminde bulunmuş ve tarafların dışişleri bakanlarını Antalya Diplomasi Forumu'nda bir araya getirmiştir. Bu savaşın başlamasından itibaren tarafların bakan düzeyinde yüz yüze geldikleri ilk

görüşme olmuştur. Ardından Türkiye'nin dostça girişimi sonucunda taraf heyetleri İstanbul'da Dolmabahçe Görüşmeleri adı altında bir araya gelmişlerdir.

Türkiye'nin yürütmüş olduğu faaliyet arabuluculuk faaliyetidir. Türkiye, arabuluculuk faaliyeti yürütmek bakımından tecrübeli bir devlettir. Rusya ve Ukrayna savaşında taraf değildir. Tarafsız üçüncü kişi konumundadır. Bu nedenle tarafları bir araya getirme ve çözüm önerileri sunma gücüne sahip bir devlettir. Nitekim tarafların müşterek iradesiyle Türkiye'nin arabuluculuk yapması talep edilmiş, bu kapsamda Türkiye Antalya Diploması Forumu çatısı altında tarafları bir araya getirebilmiştir.

Rusya ve Ukrayna savaşının barışçıl yolla sona ermesinde Türkiye'nin doğrudan ve dolaylı bir çıkarı bulunmaktadır. Zira savaş, Türkiye'nin yanı başında cereyan etmektedir. Savaşan taraflar Türkiye'nin komşusu olan devletlerdir. Bu devletlerarasındaki savaşın başta Boğazlar ve Karadeniz olmak üzere Türkiye'nin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, bir sonraki adım olarak Türkiye'yi savaşa sürüklemesi ihtimal dâhilindedir. Savaş nedeniyle tarafların birbirlerine uyguladıkları yaptırımlar ekonomik krizlere neden olmakta, dolayısıyla Türkiye de bu durumdan etkilenmektedir. Ayrıca savaş nedeniyle milyonlarca kişi göç etmek durumunda kalmıştır. Bu göç rotalarından birisi Türkiye coğrafyası olabilmektedir. Şu halde Türkiye, bu savaşın sona erdirilmesi ve uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için doğrudan ve dolaylı bir çıkara sahiptir. Türkiye'nin arabuluculuk faaliyetini gönüllü olarak üstlenmek istemesinin sebeplerinden birisi de budur.

Arabuluculuk için doğru zamanın belirlenmesinde “olgunluk” kavramı kullanılmaktadır. Olgunluk kavramı ile tarafların uyuşmazlık çözümüne en fazla istekli oldukları an kastedilmektedir. Bu kapsamda Rusya ile Ukrayna arabuluculuk masasına güçlü oturmayı amaçlamaktadır. Bu amaç her iki taraf bakımından gerçekleşmemesine rağmen hâlihazırda devam eden savaşın sürdürülemez olduğu gerçeği taraflar için olgunluk aşamasının geldiğine işaret etmektedir. Ayrıca savaş nedeniyle devam eden ağır ekonomik, askeri ve siyasi yaptırımlar, Avrupa kıtasına doğru yaşanan göçler ve uluslararası barış ve güvenliği tesis etme rolü bulunan Birleşmiş Milletler'in başarısızlığı olgunlaşma aşamasının çoktan geldiğine işaret etmektedir. Bu kapsamda Türkiye'nin girişeceği arabuluculuk faaliyetleri çok kıymetlidir.

Arabuluculuk faaliyetleri kapsamında Türkiye tarafların tezlerini de dikkate alarak uygun bir çözüm önerisi sunabilir ve uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırabilir. Bu kapsamda Rusya, genel olarak Ukrayna'nın Batı'ya ve NATO'ya yakınlaşmasını kendi güvenliği için tehdit olarak görmektedir.

Kendisine yönelen tehditleri bertaraf etmek için Ukrayna'ya karşı önleyici meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullandığını iddia etmiştir. Bunun yanı sıra Rusya, Ukrayna yönetiminin Rus kökenli insanlara karşı soykırım suçunu işlediğini dolayısıyla Donbas bölgesinin self determinasyon hakkına sahip olduğunu ileri sürmektedir. Bu tezlere karşı Ukrayna, Avrupa Birliği ve NATO ile iş birliği yapma politikasını devam ettirmektedir. Ukrayna genel olarak; Rusya'nın muhtelif askeri faaliyetleri neticesinde Kırım ve Donbas (Luhansk ve Donetsk) bölgelerini ilhak girişimini Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesi kapsamında silahlı saldırı olarak nitelendirmekte ve bu bölgeleri tekrar ele geçirme faaliyetlerini "meşru müdafaa hakkı" olarak nitelendirmektedir. Aynı zamanda Ukrayna, Kırım ve Donbas bölgeleri için ileri sürülen self determinasyon hakkının ancak sömürge altında olan halklar için geçerli olacağını, bu hakkın ayrılma hakkı vermeyeceğini, devletin bütünlüğü ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

Her iki tarafın ortaya attığı tezler bakımından uyumsuzluğa sebep olan hususlar şunlardır: "*kuvvet kullanma yasağı*", "*meşru müdafaa hakkı*", "*önleyici meşru müdafaa*", "*self determinasyon hakkı*" ve "*devletlerin ülke/toprak bütünlüğüne ve siyasal bağımsızlığına saygı gösterilmesi*". Bu tespit yapıldıktan sonra Türkiye'nin arabuluculuk faaliyeti kapsamında her iki tarafın kabul edeceği, çözümü kolaylaştıran ve çatışmaları sona erdiren bir plan hazırlaması gerekmektedir. Bu plan kapsamında sunulacak teklifler bakımından uygulamada iki seçenek üzerinden hareket edilmektedir. İlk seçeneğe göre; Türkiye'nin çözüme ilişkin sunacağı teklifler, uluslararası hukukun kaynakları kapsamında var olan kurallar ile uyumlu olmalıdır. İkinci seçeneğe göre Türkiye, arabuluculuk kapsamında sunacağı tekliflerde doğrudan mevcut hukuk kurallarına dayanmak zorunda olmayıp hakkaniyet ilkesi temelinde teklifler sunabilir. Zira arabuluculuk faaliyeti tarafların iradesi ile başlayan, tarafların kontrolü altında ilerleyen gönüllü bir süreçtir. İkinci seçenek, arabuluculuk kurumunun esnek yapısına daha uygun bir seçenektir.

Bu makalenin kaleme alındığı tarihlerde Rusya ve Ukrayna savaşı devam etmektedir. Birleşmiş Milletler sisteminin uluslararası barış ve güvenliği tesis etmede başarısız kaldığı bir süreçte Türkiye'nin yürüttüğü arabuluculuk girişimleri yüksek derecede önem arz etmektedir.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar

- Acer**, Yücel/**Kaya**, İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.
- Bağış**, Bilal: Rusya-Ukrayna Savaşının Küresel Ekonomiye ve Türkiye'ye Etkileri, SETA, Ankara 2022.
- Doğan**, İlyas, Devletler Hukuku, Astana Yayınları, Ankara 2013.
- Eren**, M. Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Pazarıcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- Reçber**, Kamuran: Uluslararası Hukuk, Dora Yayınları, Bursa 2014.
- Shaw**, M. N (Çeviri Ed. İ. Kaya): Uluslararası Hukuk, Türkiye Bilimler Akademisi, Ankara 2018.

### Makaleler

- Acer**, Yücel: “Ukrayna Savaşı, BM ve Barışın Korunması”, SETA, Sayı: 373, Yıl: 2022, s. 1-16, (BM) erişim için bkz. A372-2.pdf (setav.org) (Erişim Tarihi: 12.01.2023).
- Acer**, Yücel: “Rusya'nın Ukrayna'ya Saldırısı ve Uluslararası Hukuk”, SETA, Sayı: 330, Yıl: 2022, s. 1-4, erişim için bkz. P330.pdf (setav.org), (Erişim Tarihi: 12.01.2023).
- Akince**, Bora: “Uluslararası Hukukta Çözüm Mekanizmaları ve Uluslararası Hukukta Uygunluğun Sağlanması Mekanizmaları: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 10(1), Yıl: 2021, s. 99-114.
- Batır**, Kerem/**Aras**, İlhan: “Self-Determinasyon Hakkı ve Filistin Devleti Bağlamında Filistin Sorunu”, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 1(1), Yıl: 2011, s. 146-164.
- Bercovitch**, Jacob/**Anagnoson**, J. Theodore/**Wille**, Donnette L.: “Some Conceptual Issues and Empirical Trends in The Study Of Successful Mediation In International Relations”, Journal of Peace Research, Cilt: 28(1), Yıl: 1991, s. 7-17.
- Candan**, Tolga/**Halhallı**, Ozan Emin: “Uluslararası Hukuk Açısından Tahıl Koridoru Andlaşması'nın Kısa Bir Analizi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, Yıl: 2022, s. 363-403.

- Değdaş**, Ulaş Can: “Uluslararası Hukukta Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı” Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1(6,) Yıl: 2018, s. 21-40.
- Duran**, Burhanettin: “Türkiye’nin Arabuluculuğu Yeni Başladı”, SETA, Yıl: 2022, erişim için bkz. Türkiye’nin Arabuluculuğu Yeni Başladı... | Güvenlik | SETA (setav.org) (Erişim Tarihi: 12.01.2023).
- Güler**, Mehmet Çağatay: “Rusya-Ukrayna Krizinin Savaşa Evrilen Süreci Sahadaki Durum ve Olası Senaryolar”, SETA, Sayı: 331, Yıl: 2022, s. 1-3.
- Halhallı**, Ozan Emin: “Rusya Federasyonu ve Ukrayna Çatışmasının Uluslararası Hukuk Açısından Kısa Bir Analizi”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD) Cilt: 5(2) Yıl: 2022, s. 442-464.
- Kaya**, İslam Safa: “Uluslararası Örnekler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözüm Yolları”, Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi, Cilt: 7(2/1), Yıl: 2017, s. 153-163.
- Kılınç**, Doğan: “Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XII(1-2), Yıl: 2008, s. 949-982.
- Kiraz**, Sami: “Uluslararası Arabuluculuğa Dair Değişen Yaklaşımlar ve Türkiye’nin Arabuluculuğun Dönüşümündeki Rolünün İncelenmesi” Akdeniz İİBF Dergisi, Cilt: 20(2), Yıl: 2020, s. 227-238.
- Kleiboer**, Marieke: “Understanding Success and Failure of International Mediation”, Journal of Conflict Resolution, Cilt: 40(2), Yıl: 1996, s. 360-389.
- Kütükçü**, M. Akif: “Uluslararası Hukukta Self-Determinasyon Hakkı ve Türk Cumhuriyetleri”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 12, Yıl: 2004, s. 259-276.
- Özdemir Shkurti**, Gloria: “Rusya-Ukrayna Savaşına Dönük Batı’nın Yorgunluğu: Savaşın Sonucunu Etkileyecek mi?”, SETA, 2022, erişim için bkz. Rusya-Ukrayna Savaşına Dönük Batı’nın Yorgunluğu: Savaşın Sonucunu Etkileyecek mi? | Yorum | SETA (setav.org) (Erişim Tarihi: 12.01.2023).
- Sönmez**, A. Sait/**Bıçakçı**, Harun/**Yıldırım**, Cuma: “Kırım Sorunu Bağlamında Rusya-Ukrayna İlişkilerinin Analizi”, International Journal of Social Sciences and Education Research Online, Cilt: 1(3), Yıl: 2015, s. 656-670.

**Wallensteen, Peter/Svensson, Isak:** “Talking Peace: International Mediation in Armed Conflicts”, *Journal of Peace Research*, Cilt: 51(2), Yıl: 2014, s. 315-327.

**Zartman, I. William/Touval, Saadia:** “International Mediation: Conflict Resolution and Power Politics”, *Journal of Social Issues*, Cilt: 41(2), Yıl: 1985, s. 27-45.

### **Tezler**

**Cömert, İbrahim:** Önleyici Meşru Müdafaa ve Uluslararası Hukuktaki Yeri, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Çankaya 2006.

**Çullu, Fatih:** Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Programı Uluslararası Çatışma Hukukuna Göre Önleyici Meşru Müdafaa Doktrinini Gelişimi ve Örnek Olay İncelemesi, Milli Savunma Üniversitesi Alparslan Savunma Bilimleri ve Milli Güvenlik Enstitüsü Müdürlüğü Güvenlik Araştırmaları Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022.

**Dağ, Akın:** Birleşmiş Milletler Antlaşması Kapsamında Bireysel Meşru Müdafaa Hakkı Örnek Olay İsrail - Filistin Çatışması, Ege Üniversitesi Sosyal Bölümler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2014.

**Eren, M. Yusuf:** Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya 2014.

**Nuhiç, Hazir:** Uluslararası Hukuk ve Birleşmiş Milletler Kararları Çerçevesinde Saldırı Kavramı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

**Öğütçü, Büşra:** Barışı İnşa Sürecinde Bir Çatışma Çözüm Stratejisi Olarak Uluslararası Arabuluculuk: Bosna Hersek ve Dağlık Karabağ Örnekleri, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Uluslararası İlişkiler Bilim Dalı Doktora Tezi, Bursa 2022.

**Ünyılmaz, Habip:** Uluslararası Toplumda Uyuşmazlıkların Diplomatik Yollarla Çözümü, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Milletlerarası Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2016.

**Topaloğlu, Fatih:** Avrupa Birliği'nin Uluslararası Arabuluculuk Rolü: Kosova ve Gürcistan Örnekleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler

Enstitüsü Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2021.

**Turhan**, Rabia: Cezayir'in Mali'deki 2012 Krizine Yönelik Arabuluculuk Faaliyetleri, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2022.

### **Birleşmiş Milletler Kararları**

**Birleşmiş Milletler Genel Kurulu:** “Saldırının Tanımlanması”, 3314 (XXXIX) Karar, 14 Aralık 1974 Tarih, United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX) (umn.edu) (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

**Birleşmiş Milletler Genel Kurulu:** “Ukrayna’ya Karşı Saldırı”, ES-11/1 Karar, 2 Mart 2022 Tarih, erişim için bkz. N2229336.pdf (un.org) (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

**Birleşmiş Milletler Genel Kurulu:** “Ukrayna’nın Toprak Bütünlüğü”, 68/262 Karar, 27 Mart 2014 Tarih, erişim için bkz. Microsoft Word - N1345517.doc (un.org), (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

**Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi:** S/RES/2623 (2022) Karar, 26 Şubat 2022 Tarih, erişim için bkz. N2227132.pdf (un.org) (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

### **Mahkeme Kararları**

**Uluslararası Adalet Divanı:** “Nikaragua’ya Karşı Askeri ve Paramiliter Faaliyetler Hakkında Dava”, 27.6.1986 Tarih, 190. paragraf, s. 90, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

**Uluslararası Adalet Divanı:** “Kosova’nın Bağımsızlık İlanına İlişkin Danışma Görüşü”, 22.7.2011 Tarih, 79. Paragraf, s. 436, 141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf (icj-cij.org) (Erişim Tarihi: 03.03.2023).

### **İnternet Kaynakları**

**T.C. Dışişleri Bakanlığı:** Uyuşmazlıkların Çözümü ve Arabuluculuk, erişim için bkz. <https://www.mfa.gov.tr/uyusmazliklarin-cozumu-ve-arabuluculuk.tr.mfa> (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

**Yearbook of International Law Commission:** Yıl: 1966, [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1966\\_v2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf), (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

## MÜŞTEREK FAİLLİKTE İCRA HAREKETLERİNE BAŞLAMA SORUNU

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1276278>

**Arş. Gör. Dr. Nurullah KANTARCI<sup>\*,\*\*</sup>**

### Öz

Müşterek faillikten söz edilebilmesi için iki şartın bir arada bulunması gerekir. Bunlar “birlikte suç işleme kararı” ve “fil üzerinde fonksiyonel hâkimiyettir”. Ancak fonksiyonel hâkimiyet şartının sağlanması için faillerin suça olan katkılarının eş zamanlı olması gerekmez. Birlikte suç işleme kararı alan failler, aralarında bir iş bölümü yaparak da suçu gerçekleştirebilirler. Aralarında iş bölümü yapan müşterek faillerden bir kısmı suçun icra hareketlerine doğrudan doğruya başlamış fakat suç teşebbüs aşamasında kalmış olabilir. Bu durumda henüz kendi payına düşen katkıyı sağlayamamış olan faillerin suça teşebbüsten sorumlu tutulup tutulamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bu hususta Alman doktrininde başta bireysel ve bütüncül çözüm önerileri olmak üzere çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bütüncül çözüme göre, müşterek faillerden birinin icra hareketlerine başlaması yeterli olup, diğer failler kendilerine düşen hareketleri henüz gerçekleştirmemiş olsalar da suça teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulacaklardır. Bireysel çözüme göre ise, suçun işlenmesi bakımından henüz kendi katkısını sağlamamış olan fail suça teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır. Zira her failin teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için bizzat doğrudan doğruya icra hareketlerine başlaması gerekmektedir. Alman doktrininde ve yargı uygulamalarında ağırlıklı olarak bütüncül teori benimsenmektedir. Türk doktrininde ve yargı uygulamalarında ise konu yeterince tartışılmış değildir. Ancak söz konusu tartışmanın önemi özellikle 15 Temmuz darbe girişiminden sonraki yargulamalarda ortaya çıkmıştır.

\* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Antalya (nurkan038@gmail.com) ORCID: 0000-0001-6555-5603 (Geliş Tarihi: 07.11.2022-Kabul Tarihi: 20.01.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

\*\* Bu konu, 04-06 Temmuz 2022 tarihleri arasında düzenlenmiş olan Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi’nde tebliğ olarak sunulmuş; tebliğ özeti, kongrenin bildiri özet kitabında yayınlanmıştır.



**Anahtar Kelimeler**

*Müşterek faillik, İştirak, Suça teşebbüs, Doğrudan doğruya icraya başlama, Fonksiyonel hâkimiyet*

**THE PROBLEM OF BEGINNING  
THE EXECUTION IN CO-PERPETRATION**

*(Research Article)*

**Abstract**

*Two conditions must be present, for co-perpetration to occur. These conditions are “the decision to commit a crime together” and “functional dominance over the act”. However, to ensure the condition of functional dominance, the perpetrators’ contributions to the crime do not have to be simultaneous. The perpetrators who decide to commit a crime together can also commit the crime by dividing labor among them. Some of the co-perpetrators among whom there is a division of labor may have started the execution of the crime directly, but the crime may have remained at the stage of attempt. In this case, it is controversial in the doctrine whether the perpetrators who have not yet made their contribution can be held responsible for the attempted crime. Various opinions have been put forward on this issue, especially individual and holistic solution proposals in German doctrine. According to the holistic solution, it is enough for one of the co-perpetrators to begin the execution and the other perpetrators will be held responsible for the attempted crime, even if they have not yet performed their part. According to the individual solution, the perpetrator, who has not yet contributed to the commission of the crime, cannot be held responsible for the attempted crime. Because, for each perpetrator to be held responsible for the attempt, he/she must personally begin the execution directly. In German doctrine and judicial practice mainly, the holistic theory is adopted. In Turkish doctrine and judicial practice, the issue has not been discussed enough. However, the importance of this discussion has been revealed, especially in the trials after the July 15 coup attempt.*

**Keywords**

*Co-Perpetration, Accomplicity, Attempt to commit an offence, Beginning the execution directly, Functional dominance*

## I. SORUNUN TESPİTİ

Müşterek faillikten söz edilebilmesi için iki şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlar; “birlikte suç işleme kararı” ve “suçun işlenmesinde fonksiyonel hâkimiyettir”<sup>1</sup>. Fonksiyonel hâkimiyetin bulunup bulunmadığının tespitinde, suç ortaklarının suçun işlenmesinde üstlendikleri roller ve suçun işlenmesine yaptıkları katkıların önemi göz önünde bulundurulacaktır<sup>2</sup>. Suç ortağının üstlenmiş olduğu katkı, suçun tamamlanması bakımından zorunluluk arz ediyorsa, yani müşterek katkılardan herhangi birinden vazgeçilmesi durumunda suçun akim kalma tehlikesi ortaya çıkıyorsa, fonksiyonel hâkimiyet şartı sağlanmış olacaktır<sup>3</sup>. Birlikte suç işleme kararına dayalı olarak faillerin, eş zamanlı bir şekilde suçun icrası üzerinde hâkimiyet kurması durumunda fonksiyonel hâkimiyetin varlığı şüphesizdir. Müşterek faillerin eş zamanlı olarak suça katkı sundukları durumda teşebbüsün başlangıcı bakımından bir tartışma bulunmayıp, bu ihtimalde teşebbüs sorumluluğu genel kurallara göre belirlenecektir<sup>4</sup>. Bununla birlikte fonksiyonel hâkimiyetten

<sup>1</sup> **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, (Genel Hükümler), s. 542, 543; **Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 455; **Özbek**, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, Ankara 2022, s. 537, 538; **Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara 2022, s. 540-542; **Artuk**, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler: Adalet Yayınevi, 16. Baskı, Ankara 2022, s. 752; **Dülger**, Murat Volkan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Hukuk Akademisi Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 710.

<sup>2</sup> **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 545; **Koca/Üzülmez**, s. 458; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 756; **Dülger**, s. 714; **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 531. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çakır**, Kerim: Suça İştirakte Müşterek Faillik, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 121-136.

<sup>3</sup> **Koca/Üzülmez**, s. 459; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 759; **Özgenç**, İzzet: Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İmaj Ofset Yayıncılık, İstanbul 1996, (Suça İştirakin Hukuki Esası), s. 264; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 545. **Özgenç**, buradaki zorunluluğun, “bu katkı bulunmasaydı suç hiçbir surette işlenemeyecekti” şeklinde farazi bir formülasyonla tespit edilemeyeceğini; bu tespitin ancak “ex post” bir biçimde yapılabileceğini ve bunun da doğru sonuçlar vermeyeceğini ifade etmektedir. Zira neticenin meydana gelmesi durumunda, bütün iştirak katkıları netice açısından zorunluluk arz edecektir. Yazarın açıklamalarına göre buradaki zorunluluk, olay anına göre, suçun tamamlanabilmesi bakımından önem arz eden bir katkı şeklinde anlaşılmalıdır. Bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 546, 547. Aynı yönde bkz. **Dülger**, s. 714.

<sup>4</sup> **Rönnau**, Thomas: “Grundwissen-Strafrecht: Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten”, Juristische Schulung, 2014, Heft 2, s. 109; **Krack**, Ralf: “Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und Mittelbarer Täterschaft”, ZStW (110), 1998, Heft 3, s. 611.

söz edilebilmesi için faillerin suça olan katkılarının eş zamanlı olarak gerçekleştirilmesi şart değildir<sup>5</sup>. Faillerin aralarında bir iş bölümü söz konusu olabilir ve suça olan katkıları birbirini izleyen şekilde gerçekleştirilebilir. Bu ihtimalde müşterek faillerin hangi andan itibaren cezalandırma safhasına girmiş olacağı, yani her bir müşterek fail yönünden icra hareketlerinin ne zaman başlamış sayılacağı tartışmalı hale gelmektedir.

**Örnek Olay:** A, B ve C birlikte D'ye ait evi soymaya karar verirler. Suç planına göre A, maymuncukla evin kapısını açacak ve kapının önünde gözcülük yapacak; B de kapı açıldıktan sonra eve girerek evde bulunan değerli eşyaları alacak ve dışarı taşıyacaktır. Bu esnada C ise sokağın köşesinde bekleyecek ve arkadaşlarından haber gelince kamyonuyla birlikte evin önüne gelecektir. Daha sonra A, B ve C eşyaları kamyonu yükleyerek hep beraber olay yerinden uzaklaşacaklardır.

**1. İhtimal:** Olayda A, maymuncukla evin kapısını açtıktan sonra, polis ekipleri olay yerine gelir ve henüz B eve dahi girmeden A, B ve C'yi yakalar.

**2. İhtimal:** Olayda A, maymuncukla kapıyı açar ve gözcülük yapmaya başlar. Kapının açılmasından sonra B eve girer ve değerli eşyaları dışarı taşır. Ancak tam bu esnada polis ekipleri olay yerine gelir ve A ile B'yi yakalar. Uzaktan olay yerini gözleyen C, A ve B'nin yakalandığını görünce sessizce olay yerinden ayrılır.

Yukarıdaki örnek olayda, bazı failler suç planına göre üzerlerine düşen katkıyı sağlamışken; bazı failler henüz kendi üzerlerine düşen katkıyı sağlayamamışlardır. Dolayısıyla her bir müşterek failin, hangi andan itibaren hazırlık hareketleri boyutunu aşarak icra hareketleri aşamasına ulaşmış olacağı, yani suça teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulacağı tartışmalı hale gelmektedir<sup>6</sup>. Bu sorunu, doğrudan teşebbüse ilişkin normatif düzenlemelere (TCK m. 35, Alman CK §22) bakarak çözebilmek mümkün görünmemektedir<sup>7</sup>. Zira teşebbüse ilişkin düzenlemeler, suçun tek fail tarafından işlen-

<sup>5</sup> Koca/Üzülmüş, s. 460; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 758.

<sup>6</sup> Heinrich, Bernd: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2012, §23, kn. 739; Hillenkamp, Thomas: in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 12. Auflage, De Gruyter Verlag, Berlin 2007, §22, kn. 170; Rengier, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, C.H.Beck Verlag, München 2020, §36, kn. 18.

<sup>7</sup> TCK m. 35/1: "Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur."

mesi ihtimaline göre formüle edilmiştir<sup>8</sup>. Problemin çözülebilmesi için teşebbüs ve müşterek faillik kurumlarının yapısal unsurları birlikte göz önünde bulundurulmalıdır<sup>9</sup>. Söz konusu problemin çözümü adına doktrinde farklı teoriler ileri sürülmüştür. Bu teorilerin detaylarına aşağıda yer verilecektir. Belirtmek isteriz ki müşterek faillığe ve hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayırımına<sup>10</sup> ilişkin tartışmalar çalışmamızın kapsamı dışında olup, çalışmada yalnızca müşterek faillikte icra hareketlerine başlama sorununa çözüm aranacaktır.

## II. SORUNUN ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN İLERİ SÜRÜLEN TEORİLER

### A. Bütüncül Çözüm

#### 1. Teorinin Esası

Alman doktrininde ve yargı uygulamalarında baskın görüş olarak savunulan bütüncül çözüme (Gesamtlösung) göre, müşterek faillerden birinin hazırlık hareketleri sınırını aşarak, birlikte kararlaştırılan suçun icrasına doğrudan doğruya başlamasıyla, diğer bütün failer de -henüz kendi katkılarını sunmamış olsalar dahi- teşebbüs aşamasına girmiş olacaktırlar<sup>11</sup>. Bu

*Alman CK §22: "Her kim, fiile ilişkin tasavvuruna göre, suç tipinin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icraya başlarsa, suç işlemeye teşebbüs etmiş sayılır."* Bkz. **Yenisey**, Feridun/**Plagemann**, Gottfried: Alman Ceza Kanunu -Strafgesetzbuch-, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 20.

<sup>8</sup> **Rönnau**, s. 109; **İçer**, Zafer: Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 199.

<sup>9</sup> **Küper**, Wilfried: "Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten", Juristen Zeitung, 1979, s. 775; **Otto**, Harro: Grundkurs Strafrecht, 7. Auflage, De Gruyter Verlag, Berlin 2004, §21, kn. 125; **Krack**, s. 611; **Çataklı**, Hasan: Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht, Kovac Verlag, Hamburg 2020, s. 327.

<sup>10</sup> Hazırlık hareketleri ile icra hareketlerinin nasıl ayırt edileceğine ilişkin doktrinde birçok teori ileri sürülmüştür. Bu konuda ileri sürülen teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **İçer**, s. 84-129; **Kantarci**, Nurullah: İşlenemez Suç, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 228-235.

<sup>11</sup> **Heinrich**, §23, kn. 740; **Jäger**, Christian: in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2017, §22, kn. 34; **Hoffmann-Holland**, Klaus: in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 4. Auflage, C.H.Beck Verlag, München 2020, §22, kn. 139; **LK-Hillenkamp**, §22, kn. 171; **Eser**, Albin/**Bosch**, Nikolaus: in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2019, §22, kn. 55; **Küper**, s. 776; **Rengier**, §36, kn. 20; **Jescheck**, Hans Heinrich/**Weigend**, Thomas: Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker&Humblot Verlag, Berlin 1996, s. 681; **Gropp**, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 2015, §10, kn. 191;

görüşü savunan yazarlar, görüşlerini Alman CK §25/2 hükmüne dayandırmaktadırlar<sup>12</sup>. Söz konusu hükme göre “suçu birlikte işleyenlerden her biri fail olarak cezalandırılacaktır”. Bu düzenlemeden çıkan sonuca göre de müşterek failler ortak bir suç işleme planı doğrultusunda hareket etmektedirler. Dolayısıyla faillerden birinin icra hareketlerine başlamış olması, diğer suç ortaklarına da isnad edilebilmelidir<sup>13</sup>. Bu görüşe göre, teşebbüs sorumluluğunun belirlenmesinde her bir müşterek failin hareketlerinin ayrı ayrı incelenmesi, müşterek faillik kurumunun düzenleniş amacıyla bağdaşmamaktadır<sup>14</sup>. Bunun yanında bütüncül teoriyi savunan yazarlar, tesadüf argümanını da ileri sürmektedirler<sup>15</sup>. Buna göre, teşebbüs sorumluluğunun belirlenmesinde her bir müşterek failin hareketinin ayrı ayrı değerlendirilmesi sonucunda, bazı suç ortakları tesadüfen cezasız kalabileceklerdir. Suç planı gereğince, suça katkısı diğerlerine göre daha sonra gerçekleşecek olan failin, katkısını henüz sunamaması tamamen bir tesadüfün eseridir. Bu sebeple de ortak suç işleme kararı almış olan bu müşterek faili cezasız bırakmak adil olmayacaktır. Bütüncül teorinin bazı savunucuları da gönüllü vazgeçme hükümlerinden (Alman CK §24/2)<sup>16</sup> yola çıkarak teorinin doğruluğunu kanıt-

**Lackner**, Karl/**Kühl**, Kristian: Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), 29. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2018, §22, kn. 9; **Wessels**, Johannes/**Beulke**, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil, 34. Auflage, C.F.Müller Verlag, Heidelberg 2004, §14, kn. 611; **Baumann**, Jürgen/**Weber**, Ulrich/**Mitsch**, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003, §29, kn. 104; **Kudlich**, Hans/**Schuh**, Jan: in: Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/ Widmaier, Gunter, Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2019, §22, kn. 52.

<sup>12</sup> MüKo-**Hoffmann-Holland**, §22, kn. 139; **Heinrich**, §23, kn. 740; **Rengier**, §36, kn. 20; **Kretschmer**, Joachim: “Unmittelbares Ansetzen (§22 StGB) bei mittelbarer Täterschaft und bei Mittäterschaft”, Juristische Arbeitsblätter, 2020, s. 588; **Kindhäuser**, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2015, §40, kn. 15.

<sup>13</sup> MüKo-**Hoffmann-Holland**, §22, kn. 139; **Heinrich**, §23, kn. 740; **Cornelius**, Kai: in: Beck’scher Online Kommentar StGB v. Heintschel-Heinegg, 54. Edition, 2022, §22, kn. 63; **Küper**, s. 777; **Jescheck/Weigend**, s. 681; **Rönnau**, s. 110; **Krack**, s. 614; **Wessels/Beulke**, §14, kn. 611.

<sup>14</sup> **SS-Eser/Bosch**, §22, kn. 55; MüKo-**Hoffmann-Holland**, §22, kn. 139; **LK-Hillenkamp**, §22, kn. 173.

<sup>15</sup> **SS-Eser/Bosch**, §22, kn. 55; **LK-Hillenkamp**, §22, kn. 171; **Roxin**, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C.H.Beck Verlag, München 2003, §29, kn. 296; **Küper**, s. 787.

<sup>16</sup> **Alman CK §24/2**: “Fiile birden çok kişinin katkısı varsa, tamamlanmayı gönüllü olarak önleyen kişi, suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Ancak, şayet fiil vazgeçenin katkısı olmaksızın zaten tamamlanamayacak idi ise veya vazgeçenin önceki katkularına bağlı olmaksızın işlenirse, fiilin tamamlanmasını önlemek için, vazgeçenin gönüllü ve

lamaya çalışmaktadırlar. Bu görüşe göre, müşterek faillik halinde gönüllü vazgeçen failin cezasız kalabilmesi için yalnızca kendi katkısını sunmaktan vazgeçmesi ya da bunu geri alması yeterli olmayacak; aynı zamanda failin, suçun tamamlanmasını engellemesi ya da bunun için ciddi bir çaba göstermesi aranacaktır. Yani bu düzenlemeye göre her bir müşterek fail, diğerinin katkısından sorumludur. Dolayısıyla nasıl ki bir suç ortağı yalnızca suça olan katkısını ortadan kaldırarak cezasız kalamıyorsa, suça olan katkısını sunmadığı için de cezasız kalmamalıdır<sup>17</sup>.

Bütüncül çözümün ulaştığı sonuca göre, müşterek failerin teşebbüs sorumluluğunun belirlenmesinde, eylemin bir bütün olarak ne zaman teşebbüs eşiğini aştığına bakılmalıdır<sup>18</sup>. Müşterek faillerden birinin, işlenmesi kararlaştırılan suçun icrasına doğrudan doğruya başladığı anda bütün müşterek failer bakımından teşebbüs sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Eğer suç planı bir bütün olarak teşebbüs aşamasına ulaşmamışsa, bu aşamadan önce suça katkı sağlamış olan suç ortakları henüz suça teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulamayacaklardır<sup>19</sup>. Alman Federal Mahkemesi (BGH) de vermiş olduğu bir kararında bütüncül çözüme taraftar olarak, müşterek failerin suça teşebbüsten sorumlu tutulabilmeleri için, işlenmesi kararlaştırılan suçun bir bütün olarak teşebbüs aşamasına ulaşması gerektiğine hükmetmiştir<sup>20, 21</sup>.

*ciddi bir şekilde gösterdiği çabalar, onun cezalandırılmaması için yeterlidir.” Bkz. Yenisey/Plagemann, s. 21.*

<sup>17</sup> *Gorka*'nın bu görüşü için bkz. **Fad**, Frank: Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium, Duncker&Humblot Verlag, Berlin 2005, s. 88, 89.

<sup>18</sup> **Heinrich**, §23, kn. 740; **LK-Hillenkamp**, §22, kn. 171; **Küper**, s. 787; **Ingelfinger**, Ralph: “Schein-Mittäter und Versuchsbeginn”, Juristen Zeitung, 1995, s. 714.

<sup>19</sup> **LK-Hillenkamp**, §22, kn. 171, kn. 174; **Heger**, Martin/**Petzsche**, Anneke: in: Strafgesetzbuch Kommentar -Matt, Holger/Renzikowski, Joachim, 2. Auflage, Franz Vahlen Verlag, München 2020, §22, kn. 51.

<sup>20</sup> Karara konu olay özetle şu şekildedir: “*M ve Sch, D'ye ait evi soymaya karar verirler ve üçüncü bir suç ortağı olarak S'yi ikna ederler. Fakat S, bunu kabul etmiş gibi görünerek durumu polise bildirmiştir. Plana göre S, evin ziline basacak ve kapıyı açan D'yi etkisiz hale getirecektir. Daha sonra M eve girecek ve D'nin eşine cebir uygulayarak, onu bağlayacaktır. Bu aşamadan sonra da Sch olay yerine gelecek ve mağdurları evdeki kasanın anahtarını ya da şifresini vermeleri için zorlayacaktır. Sanıklar hep birlikte olay yerine giderler. Bu esnada Sch dışarıda, aracın içinde beklemektedir. S kapıyı çalar çalmaz polisler olay yerine gelir ve tüm sanıkları yakalar.*” Federal Mahkeme, olayda suç planının bir bütün olarak teşebbüs aşamasına ulaşmadığını belirtmiş ve bu sebeple M ve Sch'nin yağma suçuna teşebbüsten değil, suç için anlaşmadan (Alman CK §30/2) sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, suçun teşebbüs aşamasına varabilmesi için zil çalındıktan sonra mağdura cebir niteliğinde bir hareketin uygulanmış olması gerekmektedir. (Federal Mahkeme, kararında ayrıca S'nin gerçekten suç işleme iradesinin olmadığını, yani müşterek fail olarak kabul edilemeyeceğini ve bu

Bütüncül çözüme göre yukarıdaki örnek olayın 1. ihtimalinde hiçbir şahıs bakımından teşebbüs sorumluluğu doğmayacaktır. Zira olayda teşebbüs sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için hırsızlık suçunun icrasına doğrudan doğruya başlanması, yani B'nin eve girerek değerli eşyaları alma bakımından icraya başlaması gerekmektedir<sup>22</sup>. Oysa olayda A, maymuncukla kapıyı açtıktan sonra henüz B eve dahi girmeden bütün şahıslar yakalanmışlardır. A'nın gerçekleştirmiş olduğu kapıyı açma hareketi de hırsızlık suçu bakımından hazırlık hareketi niteliğinde olduğu için suç planının bir bütün olarak icra hareketleri boyutuna ulaştığından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla olaydaki hiçbir şahıs hırsızlık suçuna teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır. Örnek olayın 2. ihtimalinde ise A kapıyı açmış ve gözcülük yapmaya başlamış; B de eve girerek değerli eşyaları dışarı taşımıştır. Ancak tam bu esnada A ve B yakalanmışlardır. Görüldüğü gibi bu ihtimalde müşterek faillerden olan B, hırsızlık suçunun icrasına doğrudan doğruya başlamıştır. Bütüncül çözüme göre bu ihtimalde, henüz suçun işlenişine kendi katkısını sunamayan C de A ve B ile birlikte suça teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulmalıdır. Zira ortak suç planı bir bütün olarak teşebbüs eşliğini aşmıştır.

sebeple de S'nin hareketinin diğer müşterek faillere isnat edilemeyeceğini belirtmiştir. Kararın bu kısmı "varsayılan müşterek faillik" tartışmalarına ilişkin olup, bu konu çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.) BGH, *Urteil vom 02.06.1993 - 2 StR 158/93* (LG Bonn). NStZ 1993, 489, 490.

<sup>21</sup> Ancak Federal Mahkeme vermiş olduğu başka bir kararda farklı bir sonuca ulaşmıştır. Karara konu olay özetle şu şekildedir; "A, bir para transfer aracının şoförüdür ve iki suç ortağıyla bir plan yapar. Plana göre A, para yüklü araçla hareket halindeyken, olay yerine yaklaşınca suç ortaklarına selektör yakacaktır. Suç ortakları da araçlarıyla birlikte saklandıkları park yerinden çıkacaklar ve transfer aracının önünü keseceklerdir. Daha sonra boş bir silahla A'yı ve araçta bulunan refakatçiyi tehdit ederek, araçlarını otoparka çekmelerini sağlayacaklar ve burada da paraları alacaklardır. A, plana göre üzerine düşeni yapar ve selektörle suç ortaklarına sinyal verir. Fakat suç ortakları endişeli oldukları için park yerinden ayrılmakta geç kalırlar ve araç yoluna devam eder." Federal Mahkeme bu olayda A'nın, işte şimdi başlıyor (jetzt geht's los) eşliğini aştığını, yani hazırlık hareketleri boyutunu aşarak icra hareketleri boyutuna ulaştığını, bu sebeple de suça teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. *Urteil vom 15. 2. 1977 (1 StR 12/77), Holtz MDR 1977, s. 807 vd.* Aktaran: **Küper**, s. 775, 776. *Hillenkamp*'a göre, A'nın teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulabilmesi ancak dar bireysel teorisinin kabul edilmesi durumunda mümkündür. Zira bütüncül teorisinin kabul edilmesi halinde A'nın hareketi, icra hareketi olarak kabul edilemeyecektir. Somut olayda suçun icra aşamasına ulaşması için suç ortağının, park yerinden ayrılarak transfer aracının önünü kesmesi ve mağdurları tehdit etmesi gerekmektedir. Bu aşamadan önce de A'nın yağma suçuna teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Bkz. **LK-Hillenkamp**, §22, kn. 174; Aksi yönde görüş için bkz. **Otto**, §21, kn. 125.

<sup>22</sup> Aynı yönde bkz. **Heinrich**, §23, kn. 740.

## 2. Teoriye Yönelik Eleştiriler

Bütüncül çözüm çeşitli gerekçelerle eleştiriye maruz kalmıştır. Öncelikle teorinin, her bir müşterek failin suçun icrasına başlayıp başlamadığını incelememesi sebebiyle, cezalandırmanın alanını oldukça genişlettiği ifade edilmektedir<sup>23</sup>. Zira teorinin benimsenmesi halinde henüz suça katkısını sunmamış olan ve hazırlık hareketleri aşamasında bulunan kişi de teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulmuş olacaktır. Tipikliğe yakın bir tehlike doğurmak bakımından etkin bir davranışı olmayan kişinin teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulması ise teşebbüs hükümleri ile bağdaşmayacaktır<sup>24</sup>. Çünkü teşebbüse ilişkin düzenlemelerde failin doğrudan doğruya icraya başlaması şart olarak aranmaktadır. Suçun tamamlanmasını elinde bulunduran ve henüz hiçbir şey yapmamış olan kişinin teşebbüs faili olarak sorumlu tutulması, hazırlık hareketleri-teşebbüs ayırımına ilişkin kurallarla çelişki arz edecektir<sup>25</sup>. Doktrinde bütüncül çözümün yalnızca, hazırlık hareketlerinin de müşterek faillik için yeterli olabileceği görüşünün benimsenmesi durumunda kabul edilebileceği ileri sürülmektedir<sup>26, 27</sup>. *Fad*, bu yöndeki eleştirilere, bütüncül çözümün teşebbüs düzenlemesiyle (Alman CK §22) çelişki arz etmediğini belirterek karşı çıkmıştır. Yazara göre Alman CK §22 hükmü, teşebbüs sorumluluğu için “doğrudan doğruya icraya başlama” şartı aramaktadır ve müşterek faillikte suç ortaklarından birinin, suçun icrasına başlaması halinde bu şart sağ-

<sup>23</sup> **Roxin**, §29, kn. 304.

<sup>24</sup> **Roxin**, §29, kn. 303.

<sup>25</sup> **Roxin**, §29, kn. 304.

<sup>26</sup> **Rönnau**, s. 110; **Ingelfinger**, s. 712.

<sup>27</sup> Doktrinde suçun icrasına yönelik hazırlık hareketleri veya planlama yapmanın müşterek faillik için yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu hususta bazı yazarlar, birlikte suç işleme kararından hareket ederek hazırlık hareketleri ile suça katkı sağlayan suç ortağının da müşterek fail olarak sorumlu tutulacağını ileri sürmektedirler. Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, hazırlık hareketleriyle fiil üzerinde fonksiyonel bir hâkimiyet kurabilmek mümkün değildir. Bu sebeple de bir kimsenin hazırlık hareketleri niteliğindeki hareketlerle müşterek fail olabilmesi mümkün değildir. Hazırlık hareketi niteliğinde suça katkı sağlayan kişi ancak yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir. Bu husustaki görüşler için bkz. **Özgenç**, Suça İştirakin Hukuki Esası, s. 272, 273. **Özgenç**, hazırlık hareketi niteliğindeki eylemlerin müşterek faillik için yeterli olmayacağı görüşündedir. Bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 553; Aynı yönde bkz. **Roxin**, §25, kn. 189; **Önok**, Rifat Murat: Yapısal Suçlarda Failin Tespiti- Müşterek Suç Girişimi ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 71; **Evik**, Vesile Sonay: Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 120, 121. Türk doktrininde **Öztürk/Erдем** ise aksi yönde olarak hazırlık hareketleri ile müşterek fail olunabileceği görüşündedir. Bkz. **Öztürk**, Bahri/Erдем, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Sekin Yayınevi, Ankara 2019, s. 414.



lanmış olacaktır. Alman CK §22 hükmü, müşterek faillığe ilişkin ayrıca bir açıklamada bulunmadığından bu yorum, düzenlemenin sınırını aşmayacaktır<sup>28</sup>.

Teori, ortaya çıkardığı sonuçlar itibarıyla gönüllü vazgeçme kurumuyla bağdaşmadığı gerekçesiyle de eleştirilmiştir<sup>29</sup>. Bütüncül çözüm benimsendiğinde örneğin, yukarıda verilen olaya ilişkin 2. ihtimalde, C'nin gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanabilmesi için suç işleme kararından vazgeçip, üzerine düşen katkıyı sağlamayarak suçun tamamlanmasını önlemesi gerekmektedir<sup>30</sup>. Fakat olayda B, icra hareketlerine başladıktan sonra suçu tamamlamaktan vazgeçer ve C'yi arayarak bir şey yapmasına gerek kalmadığını söylerse, gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanarak cezasız kalabilecektir. Buna karşın C'nin gönüllü vazgeçme ihtimali ortadan kalkacaktır. Böylece henüz suça katkısını sunamamış olan C, suç daha önceden icra aşamasına geldiğinden, teşebbüs sebebiyle cezalandırılabilir. Aktif olmayan faili, aktif olana göre daha kötü konuma düşüren bu sonucun hukuka uygun olmadığı ifade edilmektedir<sup>31</sup>. Doktrinde *Heinrich*, bu itirazı ikna edici görmemektedir. Yazara göre, her ne kadar kişi suça olan katkısını henüz sunmamış olsa da ortak suç planına dayanan eylemi engelleyerek gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilecektir<sup>32</sup>.

Bütüncül teoriyi eleştirenlerin bir diğer argümanı da teorinin müşterek faillik kurumuyla bağdaşmadığı iddiasıdır. Bilindiği üzere tamamlanmış

<sup>28</sup> **Fad**, s. 88.

<sup>29</sup> **Roxin**, §29, kn. 305.

<sup>30</sup> Müşterek faillerden birinin, suçun tamamlanması için zorunlu ve yeri doldurulamayacak katkısını yerine getirmemesi veya aktif olarak suçun tamamlanmasını önleyecek bir harekette bulunması durumunda gönüllü vazgeçme hükümlerinden (TCK m. 41/1 kapsamında) faydalanabilmesi mümkündür. Zira bu yolla fail, gönüllü olarak suçun tamamlanmasını önlemektedir. Bkz. **Tozman**, Önder: Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 358. Bunun yanında müşterek faillerin ciddi ve gönüllü bir çaba göstererek suçun önlenmesine çalışmak yoluyla (TCK m. 41/2 kapsamında) gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanabilmesi de mümkündür.

<sup>31</sup> **Roxin**, §29, kn. 305; **Valdagua**, Maria da Conceição: "Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten", ZStW 98 (1986), Heft 4, s. 856, 857.

<sup>32</sup> **Heinrich**, §23, kn. 740. *Heger/Petzsche*'ye göre, suç teşebbüs aşamasına gelene kadar bütün suç ortakları, gönüllü vazgeçmeye ilişkin kurallara (Alman CK §24/2) tabi olmaksızın, suça olan katkısını sağlamaktan vazgeçebilecek ve bu durumda suça teşebbüsten ya da tamamlanmış suçtan sorumlu tutulamayacaktır. Ancak suç teşebbüs aşamasına ulaştıktan sonra, bir suç ortağının hareketsiz kalarak suça olan katkısını sunmaktan vazgeçmesi durumunda gönüllü vazgeçmeden faydalanabilmesi için Alman CK §24/2 hükmünde aranan şartların sağlanmış olması gerekecektir. Bkz. **MR-Heger/Petzsche**, §22, kn. 51.

suçlarda müşterek faillikten söz edilebilmesi için faillerin, suçun icrası üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurmaları şarttır. Ancak bütüncül teorinin teşebbüste bu kuraldan neden saptığının anlaşılmadığı ifade edilmiştir. Bu eleştiriye göre, henüz hazırlık aşamasında olan ve suça katkısını sunmayan failin suçun işlenişinde fonksiyonel hâkimiyet kurduğu varsayımı hatalıdır. Zira fonksiyonel hâkimiyetten söz edilebilmesi için failin icra aşamasında aktif bir katkısının mevcut olması gerekir<sup>33</sup>. Doktrinde *Küper*, bu eleştiriye, negatif fiile hâkimiyet (negative Tatherschaft) kavramıyla<sup>34</sup> çözmeye çalışmıştır. Yazara göre, suç planı gereğince suçun tamamlanması bakımından önemli bir fonksiyon üstlenen fail, suça katkısını sunmayarak ya da geri çekerek suç planının başarısızlığa uğramasına neden olabilecektir. Yani bu suç ortağı, suçun tamamlanmasını elinde bulundurmaktadır. Bu olumsuz fiil hâkimiyeti, doğası gereği suça katkı sunmayı gerektirmemektedir. Dolayısıyla yazara göre, fonksiyonel hâkimiyet şartının sağlanabilmesi için failin suça olan katkısının icrasına başlamış olması zorunlu değildir<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> **Roxin**, §29, kn. 299; **Valdagua**, s. 870.

<sup>34</sup> Negatif fiile hâkimiyet kavramı doktrinde *Garcia* tarafından da kullanılmaktadır. *Garcia*'ya göre tipiklikteki hareketi yapmayan, örneğin mağduru diğer bir kimsenin bıçaklaması için kollarından tutan kişi fiil üzerinde negatif hâkimiyet sahibidir. Bu kişi hareketsiz kalarak suçu akamete uğratabilir fakat hiçbir zaman tipikliği gerçekleştiremez. Bunu, sadece bıçağı elinde tutan kişi gerçekleştirebilecektir. *Garcia* bu görüşüyle, müşterek failliği, pozitif fonksiyonel hâkimiyet ile sınırlandırmak istemektedir. *Garcia*'nın bu görüşü için bkz. **Roxin**, §25, kn. 252. *Roxin*'e göre bu görüş kabul edilebilir değildir. Zira örnekte mağduru kolundan tutan kişi de suça pozitif bir katkı sağlamıştır. Bunu gerçekleştirmeyerek suçu akim bırakma, pozitif katkının negatif yönünü oluşturmaktadır. Aynı durum bıçağı elinde tutan fail bakımından da geçerlidir. Zira o da hareketini gerçekleştirmeyerek suçun tamamlanmasını engelleyebilir. Bkz. **Roxin**, §25, kn. 255. Yukarıda açıklanan *Küper*'in negatif hâkimiyet teorisi ise *Garcia*'nın teorisinden daha farklıdır. *Küper*, pozitif ve negatif hâkimiyetin bütün müşterek failler bakımından mevcut olduğunu kabul etmekte ve böylece suç ortaklarının katkılarının birbirlerine isnat edilebileceğini ileri sürmektedir.

<sup>35</sup> **Küper**, s. 786. Aynı yönde bkz. **Rönnau**, s. 110. Aksi yönde olarak *Valdagua* ise *Küper*'in bu fikrine karşılık *Rudolphi*'nin argümanlarını (bkz. II C 1) kanıtlamaya çalışmıştır. *Valdagua*'ya göre, müstakil bir fail, suçun hem teşebbüs aşamasına ulaşması hem de tamamlanması bakımından bir negatif hâkimiyete sahiptir. Buna karşın, müşterek failin ise suçun yalnızca tamamlanması bakımından bir negatif hâkimiyeti söz konusudur. Müşterek fail, hareketsiz kalmak suretiyle suçun, diğer suç ortakları tarafından teşebbüs aşamasına ulaştırılmasını engelleyemeyecektir. Yazara göre, negatif fiil hâkimiyetini elinde bulunduran suç ortağının, müşterek fail olarak kabul edilebilmesi için suçun tamamlanmasını önlemesi değil, aksine bunun yolunu açması gerekmektedir. Bu da ancak kendi katkısının icrasına doğrudan doğruya başlamasıyla olacaktır. Bkz. **Valdagua**, s. 862-864 ve s. 872.

Teoriye yönelik bir diğer eleştiri de teorinin, tamamlanmış suçlar ile teşebbüs aşamasında kalmış suçlar bakımından farklı sonuçlara ulaştığı gerekçesiyle yapılmıştır. *Roxin*, bu çelişkiyi şöyle bir örnek üzerinden açıklamaktadır<sup>36</sup>: “*Beş müşterek fail, bir banka soymaya karar verirler. Ancak bu müşterek faillerden X olay yerinde görünmez. Çünkü X, olay yerine giderken başka bir suçtan yakalanmıştır. Diğer dördü X olmadan başarıya ulaşır ve suçu tamamlar.*” Yazara göre, bu olayda X’in müşterek fail olarak sorumlu tutulamayacağı tartışmasıdır. Çünkü birlikte suç işleme kararı, fonksiyonel hâkimiyet boyutuna ulaşmamıştır. Olayda X, ancak Alman CK §30/2 hükmüne göre sorumlu tutulabilecektir<sup>37</sup>. *Roxin*’e göre<sup>38</sup>, bu olayda müşterek faillik yoksa, teşebbüste sırf failin olay yerinde bulunması sebebiyle müşterek fail olarak sorumlu tutulması çelişki arz edecektir. Yazar, tamamlanmış bir suçta müşterek faillğe ulaşmayan bir durumu, suçun tamamlanmadığı aşamada teşebbüs sebebiyle cezalandırmanın anlamsız olacağını ifade etmektedir<sup>39</sup>.

Teori, ileri sürmüş olduğu tesadüf argümanının sağlam bir temele dayanmadığı gerekçesiyle de eleştirilmiştir. Suç işleme planında rol dağılımının başka bir şekilde de yapılabileceği gerekçesiyle bütün suç ortaklarını müşterek fail olarak kabul etmenin ve teşebbüsten cezalandırmanın, varsayımsal bir nedensel süreci isnadiyetin temeli haline getireceği ve bunun da kabul edilemez bir sonuç olduğu ileri sürülmektedir<sup>40</sup>. Tesadüf argümanını kullananların ileri sürmüş olduğu, suçta katkısını tesadüfen sunamamış olan kişinin cezasız kalabileceği gerekçesi de kabul edilebilir görünmemektedir. Zira ortak suç işleme planının icrasına başlayan fail suçta teşebbüsten; henüz katkısını sağlayamamış olan kişi ise duruma göre suç için anlaşmadan<sup>41</sup>,

<sup>36</sup> **Roxin**, §29, kn. 300.

<sup>37</sup> **Alman CK §30/2**: “*Her kim, bir cürüm işlemeye veya bir kişiyi cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklar, bir başkasının önerisini kabul eder veya başka birisi ile bunu yapmak üzere anlaşır aynı şekilde cezalandırılır.*” Bkz. **Yenisey/Plagemann**, s. 24.

<sup>38</sup> *Roxin*, daha önceleri bütüncül çözümden yana olmasına rağmen görüş değiştirerek (yenilenmiş) bireysel çözüme taraftar olmuştur. Bkz. **Ingelfinger**, s. 712.

<sup>39</sup> **Roxin**, §29, kn. 300; Aynı yönde görüş için bkz. **Valdagua**, s. 855, 856. Aksi yönde olarak *Krack*, bu örnekte X’in yakalanması ihtimalinde, tipiklik kastının olmadığını ve bu sebeple teşebbüsten cezalandırılmayacağını ileri sürmektedir. Yazara göre, X cezaevindeyken suç ortaklarının suçu tamamlamasını arzu etse bile bu bir tipiklik kastı anlamına gelmeyecektir. Suç işleme planı ile kastı eşdeğer görmek doğru bir yaklaşım değildir. Suç işleme planının kasta dönüşebilmesi için işte şimdi başlıyor (jetz geht’s los) eşiğinin önündeki engelin kalkması gerekmektedir. Bkz. **Krack**, s. 615.

<sup>40</sup> **Roxin**, §29, kn. 307.

<sup>41</sup> Suç için anlaşma Alman CK §30/2 hükmü gereğince cezalandırılabilir. Buna rağmen TCK’nın genel hükümlerinde bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Dola-

azmettirmeden ya da yardım etmeden dolayı cezalandırılabilir. Böylece her faile gerçekleştirmiş olduğu haksızlığın karşılığı verilmiş olacaktır<sup>42</sup>. Bunun yanında failin lehine olacak şekilde ortaya çıkan bir tesadüfün ceza hukuku tarafından reddedilemeyeceği de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, örneğin (neticeli) taksirli suçlarda ya da teşebbüs durumlarında netice tesadüfen meydana gelmemektedir ve kanun koyucu bu hallerde faili ya cezasız bırakmakta ya da daha az cezalandırmaktadır. Müşterek faillik durumunda da tesadüfen suçta katkısını sunamamış olan failin, bu tesadüfen yararlandırılması hukuka aykırı bir durum oluşturmayacaktır<sup>43</sup>.

## B. Dar Bireysel Çözüm

### 1. Teorinin Esası

Doktrinde *Schilling* tarafından ortaya atılan dar bireysel çözüm (strengen Einsellösung)<sup>44</sup>, müşterek faillikte icra hareketlerinin başlangıcının her bir suç ortağı bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Teoriye göre her bir fail, ortak suç planı gereğince üzerine düşen katkıyı doğrudan doğruya icra etmeye başladığı andan itibaren teşebbüs safhasına girecektir<sup>45</sup>. Dolayısıyla faillerden birisi, kendi üzerine düşen katkıyı gerçekleştirmiş olmasına rağmen, diğer fail henüz suçta olan katkısını sunmamış, yani hazırlık hareketleri aşamasında ise suçta teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır. *Schilling*, her bir müşterek failin suçta olan katkısını, diğer suç ortağının eyleminin başarıya ulaşması için nedensel bir faktör olarak görmektedir<sup>46</sup>.

---

yısıyla TCK'ya göre, bu kişilerin ancak azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlulukları gündeme gelebilecektir. TCK'da suç için anlaşma, yalnızca 316. maddede düzenlenmiştir. Bu özel suç tipi de sadece millete ve devlete karşı suçlar kısmın dördüncü ve beşinci bölümünde yer alan suçları işlemek amacıyla oluşan kişileri kapsamaktadır.

<sup>42</sup> **Roxin**, §29, kn. 307.

<sup>43</sup> **Valdagua**, s. 865, 866.

<sup>44</sup> **Schilling**, Georg: *Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, Carl Heymanns Verlag, Köln 1975, s. 1 vd; Ancak teori, mevcut haliyle fazlaca taraftar bulmamıştır. Doktrinde *Rudolphi*, *Bloy*, *Kratzsch*, *Valduga*, *Stein* gibi yazalar, teoriyi başka kriterlerle destekleyerek farklı şekilde savunmaktadırlar. Bkz. **Roxin**, §29, kn. 297, dn. 302. Ayrıca bkz. **SK-Jäger**, §22, kn. 35.

<sup>45</sup> **Schilling**, s. 113 vd.; **Heinrich**, §23, kn. 741; **Roxin**, §29, kn. 297; **LK-Hillenkamp**, §22, kn. 172; **SK-Jäger**, §22, kn. 35; **Küper**, s. 783; **Rengier**, §36, kn. 21; **Erb**, Volker: "Zur Konstruktion eines untauglichen Versuchs der Mittäterschaft bei scheinbarem unmittelbarem Ansetzen eines vermeintlichen Mittäters zur Verwirklichung des Tatbestandes", *NStZ* 1995, s. 426.

<sup>46</sup> **Schilling**, s. 104 vd. Ancak nedensel katkının müşterek faillik için gerekli ve yeterli bir koşul olmadığı ileri sürülerek, bu görüşe karşı çıkmıştır. Bkz. **Fad**, s. 81.

Dar bireysel çözümü savunan yazarlar, teorilerini savunurken öncelikle Alman CK §22’de yer alan teşebbüs düzenlemesinden hareket etmektedirler. Söz konusu düzenleme, teşebbüs sorumluluğu için tek bir failin doğrudan doğruya icraya başlamış olmasını aramaktadır. Bu sebeple müşterek faillik durumunda da §22’de yer alan şartlar, her bir fail bakımından ayrı ayrı aranmalıdır. Dolayısıyla bir başkasının doğrudan doğruya icra niteliğindeki eylemi teşebbüs sorumluluğu için yeterli olamayacak; her suç ortağının kendi fiilinin icrasına doğrudan doğruya başlamış olması gerekecektir<sup>47</sup>.

Teoriyi savunanların bir diğer argümanı da müşterek failliğin şartlarına ilişkindir. Bilindiği üzere müşterek faillikten söz edebilmek için fonksiyonel hâkimiyet şartının sağlanmış olması gerekir. Ancak henüz suça katkısını sağlamamış olan kişinin, fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurduğundan da söz edilemeyecektir. Bu kişinin, sırf birlikte suç işleme kararı sebebiyle suça teşebbüsten sorumlu tutulması müşterek faillik kurumuyla bağdaşmayacaktır<sup>48</sup>.

Son olarak teorinin savunucularına göre, hazırlık hareketleri neden cezalandırılmıyorsa, aynı sebeplerle, ortak suç planına göre suça katkısını henüz sunmamış olan kişi de cezalandırılmamalıdır<sup>49</sup>. Zira bu kişi henüz hazırlık hareketleri boyutunu aşarak icra hareketleri aşamasına ulaşmamıştır.

Dar bireysel çözümün benimsenmesi halinde yukarıda verilen örnek olayın 1. ihtimalinde maymuncukla evin kapısını açmış olan A, suça kendi katkısını sağladığı için teşebbüsten sorumlu tutulacak; B ve C ise henüz kendi katkılarını icra edemediklerinden suça teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulamayacaklardır. B ve C, ancak suç için anlaşmadan (Alman CK §30/2)<sup>50</sup> ya da şartları varsa suça yardım etmeden cezalandırılabilirlerdir<sup>51</sup>. Bu ihtimalde A’nın, hırsızlık suçuna teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için ortak suç planının doğrudan doğruya icrasına başlanmış olması aranma-

<sup>47</sup> Bu yöndeki görüşler için bkz. **Küper**, s. 785; **Erb**, s. 426. *Erb*, müşterek faillerin teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulabilmelerinin tamamen fonksiyonel hâkimiyet şartına bağlı olmadığını; teşebbüsün cezalandırılmasının aynı zamanda suç işleme kararının içeriğine bağlı olduğunu ifade etmektedir. Bu sebeple yazara göre, müşterek faillerden birinin ortak suç işleme planının icrasına doğrudan doğruya başlamış olması, bütün müşterek failer bakımından teşebbüs sorumluluğu doğurabilecektir.

<sup>48</sup> *Rudolphi*’nin bu görüşü için bkz. **Küper**, s. 785. *Rudolphi*, esasen bireysel teoriyi farklı bir şekilde savunmaktadır. *Rudolphi*’nin ileri sürmüş olduğu yenilenmiş bireysel çözüme aşağıda ayrıca yer verilecektir.

<sup>49</sup> **İçer**, s. 205.

<sup>50</sup> Türk hukukunda suç için anlaşmanın cezalandırılmadığı hatırlanmalıdır.

<sup>51</sup> **Küper**, s. 783; **Roxin**, §29, kn. 297.

makta; kendi üzerine düşen katkıyı sunmuş olması yeterli görülmektedir. Örnek olayın 2. ihtimalinde ise A ve B hırsızlık suçuna teşebbüsten sorumlu tutulacakken; suça henüz katkısını sağlamamış olan C, suça teşebbüsten cezalandırılmayacaktır. Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere dar bireysel teori, örnek olayın her iki ihtimalinde de bütüncül teori ile farklı sonuçlara ulaşmaktadır<sup>52</sup>.

## 2. Teoriye Yönelik Eleştiriler

Dar bireysel çözüm de çeşitli gerekçelerle eleştiriye maruz kalmıştır. Öncelikle teorinin benimsenmesi durumunda teşebbüsün cezalandırılma alanının hazırlık hareketlerine doğru genişleyeceği ifade edilmektedir<sup>53</sup>. Teoriye göre, yukarıdaki örnek olayın 1. ihtimalinde, henüz B tarafından hırsızlık suçunun icrasına başlanmamış olmasına rağmen A, yalnızca maymuncukla kapıyı açma eylemi sebebiyle hırsızlık suçuna teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Müstakil fail bakımından hazırlık hareketi olarak değerlendirilebilecek bu eylemin, müşterek faillik durumunda teşebbüs sebebiyle cezalandırılmasının çelişki yarattığı ifade edilmektedir<sup>54</sup>. Doktrinde Küper, dar bireysel teorinin benimsenmesi durumunda, örneğin bir kimseyi öldürmek için anlaşılan iki failden, suç planı gereğince mağdura ateş etmesi gereken failin, bu eylemi gerçekleştirmemesi halinde, suça daha önce katkı sağlamış olan suç ortağının kasten öldürmeye teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulacağını belirtmektedir. Yazar, bu sonucun Alman CK §30/2 (suç için anlaşma) hükmüyle büyük bir çelişki içerisinde olduğunu ifade etmektedir. Zira Alman kanun koyucusu, yalnızca suç işleme anlaşmasını teşebbüs olarak görmemiş; bunu ayrı bir madde olarak düzenlemiştir<sup>55</sup>.

İkinci olarak dar bireysel çözümün, teşebbüsün cezalandırılma alanını adaletsiz bir şekilde kısıtladığı ileri sürülmektedir<sup>56</sup>. Zira teoriye göre, örnek olayın 2. ihtimalinde henüz sıranın kendisine gelmemesi sebebiyle suça katkısını sunamamış olan C, suça teşebbüs sebebiyle cezalandırılmayacaktır. C, ancak suç için anlaşmadan (Alman CK §30/2) ya da yardım etmeden sorumlu tutulabilecektir<sup>57</sup>. Bu durumun müşterek faillik kurumuyla bağdaşma-

<sup>52</sup> Aynı yönde bkz. LK-Hillenkamp, §22, kn. 172.

<sup>53</sup> SS-Eser/Bosch, §22, kn. 55; Heinrich, §23, kn. 741; Roxin, §29, kn. 315; Ingelfinger, s. 712; Krack, s. 613; Wessels/Beulke, §14, kn. 611.

<sup>54</sup> SK-Jäger, §22, kn. 35; LK-Hillenkamp, §22, kn. 172; Rengier, §36, kn. 22.

<sup>55</sup> Küper, s. 783; Aynı yönde bkz. Ingelfinger, s. 712; Fad, s. 81, 82.

<sup>56</sup> Heinrich, §23, kn. 741.

<sup>57</sup> Roxin, §29, kn. 297.

yacağı söylenmektedir. Zira bu yaklaşıma göre, faillerin ortak suç işleme kararı almış olmalarına rağmen, henüz kendisine sıra gelmeyen failin teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulmaması adaletsiz olacaktır<sup>58</sup>. Kısacası dar bireysel çözümün, müşterek failliğin şartlarından biri olan birlikte suç işleme kararını gözden kaçırdığı ileri sürülmektedir<sup>59</sup>.

Doktrinde *Ingelfinger*'e göre, dar bireysel çözüm, müşterek faillik açısından tamamlanmış suçlar ile teşebbüs aşamasında kalmış suçlar arasında bir çelişkiye neden olmaktadır<sup>60</sup>. Yazara göre örneğin, A ile B, C'yi gasp etmek üzere anlaşmış olsun. Suç planına göre A, cebir kullanarak mağdur C'yi devirecek, B de C'nin üzerindeki değerli eşyaları alacaktır. Suçun başarıya ulaşması ihtimalinde B, mağdura kullanılan cebir eylemi üzerinde hâkimiyet kurmamış olsa da müşterek fail olarak kabul edilmektedir. *Ingelfinger*'e göre, A'nın C'yi devirme eyleminin teşebbüs aşamasında kalması durumunda, B'nin durumunun neden farklı değerlendirildiği anlaşılammaktadır. Dolayısıyla yazara göre, dar bireysel çözümün ulaştığı bu sonuç çelişki arz etmektedir. *Roxin*'e göre ise bu sorunun cevabı basittir. Zira tamamlanmış suçta her iki fail de suça olan katkısını sunmuş olmasına rağmen, suçun teşebbüs aşamasında kalması ihtimalinde B, suça katkısını sunamamıştır<sup>61</sup>.

## C. Yenilenmiş Bireysel Çözüm

### 1. Teorinin Esası

Yukarıda da açıklandığı üzere dar bireysel çözümün benimsenmesi halinde henüz bütün suç ortakları hazırlık hareketleri aşamasındayken, suça katkısını sunmuş olan failin teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulması gerekecektir. Dar bireysel çözümün ortaya çıkardığı bu çelişkili durumu giderebilmek adına *Rudolphi* tarafından yenilenmiş bireysel çözüm (modifizierten Einsellösung) ortaya atılmıştır. Teori doktrinde *Roxin*, *Kratzsch*, *Bloy*, *Valdagua* gibi yazarlar tarafından da savunulmaktadır<sup>62</sup>. Teoriye göre, müş-

<sup>58</sup> **Küper**, s. 787; **Fad**, s. 82; **İçer**, s. 206; **Çataklı**, s. 328.

<sup>59</sup> **Zaczyk**, Rainer: in: *Nomos Kommentar, Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans- Ullrich, Strafgesetzbuch, Band 1, 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017* §22, kn. 67; **MüKo-Hoffmann-Holland**, §22, kn. 138; **Kudlich/Schuhr**, §22, kn. 52; **MR-Heger/Petzsche**, §22, kn. 51; **Kindhäuser**, §40, kn. 14; **Wessels/Beulke**, §14, kn. 611. **Fad**, s. 85, 86.

<sup>60</sup> **Ingelfinger**, s. 713; Aynı yönde bkz. **Rönnau**, s. 110; **Kretschmer**, s. 589; **Krack**, s. 616.

<sup>61</sup> **Roxin**, §29, kn. 302.

<sup>62</sup> **Valdagua**, s. 839, dn. 3; **Krack**, s. 613, dn. 10.

terek failer bakımından teşebbüs sorumluluğunun doğabilmesi için hem her failin suç planı gereğince kendi üzerine düşen katkıyı sunmuş olması hem de ortak suç planının bir bütün olarak teşebbüs eşiğini aşmış olması aranacaktır<sup>63</sup>. Görüldüğü gibi yenilenmiş bireysel teori, dar bireysel teoriyi ek bir kriter getirmek suretiyle sınırlandırmaktadır. Bu kriter, işlenmesi kararlaştırılan suçun bir bütün olarak doğrudan doğruya icrasına başlanmış olmasıdır<sup>64</sup>. Teorinin benimsenmesi durumunda, yukarıdaki örnek olayın 1. ihtimalinde maymuncukla kapıyı açmış olan A, suça teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır. Çünkü A suça olan katkısını sunmuş olmasına rağmen, henüz hırsızlık suçu bir bütün olarak teşebbüs aşamasına ulaşmamıştır. A'nın sorumlu tutulabilmesi için B'nin eve girerek hırsızlık suçunun icrasına doğrudan doğruya başlamış olması gerekecektir. Örnek olayın 2. ihtimalinde ise B, eve girerek hırsızlık suçunun icrasına doğrudan doğruya başlamıştır. Dolayısıyla suç bir bütün olarak teşebbüs aşamasına ulaşmış olduğundan, suça katkıları sunmuş olan A ve B hırsızlık suçuna teşebbüs sebebiyle cezalandırılabilirlerdir. Ancak teoriye göre C, henüz kendi üzerine düşen katkıyı sağlamamış olduğundan hırsızlık suçuna teşebbüsten sorumlu tutulamayacaktır.

Doktrinde *Kratzsch*, yenilenmiş bireysel teoriye yakın olmakla birlikte konuya biraz daha farklı yaklaşmaktadır<sup>65</sup>. Yazara göre, bütüncül çözüm teşebbüs düzenlemeleriyle (Alman CK §22) çelişki içerisindedir. Çünkü teşebbüs sorumluluğunun doğabilmesi için her bir müşterek fail bakımından icraya başlama şartının var olması gerekmektedir. Ancak bu, her müşterek failin suça olan katkısını sunduğu andan itibaren teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulacağı anlamına gelmemektedir. Bunun yanında kararlaştırılan suçun bir bütün olarak icra aşamasına taşınmış olması aranmalıdır. Fakat yazara göre, failerin suça olan katkıları gerçekleştirilmesi şartı bakımından önemli olan, suç ortaklarının birbirlerinin eylemlerini güçlendirmesidir. Bir suç ortağının, diğeri suçun icrasına başlamak üzereyken olay yerindeki mevcudiyeti, sonraki katkının kesinliği izlenimi yaratması sebebiyle ilk eylemde bulunanın eylemini güçlendirecektir<sup>66</sup>. *Kratzsch*'ın görüşüne göre, şöyle bir örnekte her iki müşterek fail bakımından da teşebbüs sorumluluğu doğacaktır: “*Kari-*

<sup>63</sup> SS-*Eser/Bosch*, §22, kn. 55; *Heinrich*, §23, kn. 742; LK-*Hillenkamp*, §22, kn. 172; *Krack*, s. 613; *Krey*, Volker/*Esser*, Robert: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2016, §42, kn. 1241.

<sup>64</sup> *Roxin*, §29, kn. 317.

<sup>65</sup> *Kratzsch*, Dietrich: “Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§22 StGB)- ein absolut untauglicher Versuch?”, *Juristische Arbeitsblätter*, 1983, Heft 11, s. 578 vd.

<sup>66</sup> *Kratzsch*, s. 587; Ayrıca bkz. *Ingelfinger*, s. 712.



*koca bir evi soymaya karar verirler. Plana göre, evdeki eşyaları birlikte alacaklardır. Koca eve girmek için mutfak kapısını kırmaya çalışırken, plan meydana çıkar. Bu sırada kadın kocasının yanında hareketsiz bir şekilde beklemektedir.*” Yazara göre, somut olayda kadın yalnızca pasif bir şekilde beklememekte, kadının varlığı kocasının icra hareketini<sup>67</sup> güçlendirmektedir. Bu sebeple iki fail de teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulmalıdır<sup>68</sup>. Doktrinde *Zaczyk* de bütüncül teoriye yakın olmakla birlikte *Kratzsch* ile aynı noktaya ulaşmaktadır. *Zaczyk*'e göre, bütüncül teorinin benimsenmesi, müşterek failerin suça olan katkılarından tamamen vazgeçmek anlamına gelmeyecektir. Elbette ki henüz harekete geçmemiş olan müşterek failin katkısı, suç planında kararlaştırılmış olan katkıyla kıyaslanamayacaktır. Ancak en azından bu failin doğrudan doğruya icrayı güçlendirecek bir katkısı aranmalıdır. Bu da örneğin, müşterek failin olay yerinde bulunması ya da suçun tamamlanmasının bu müşterek failin sonradan gerçekleştireceği harekete bağlı olması gibi durumlarda söz konusu olacaktır<sup>69</sup>.

## 2. Teoriye Yönelik Eleştiriler

Yenilenmiş bireysel teori de dar bireysel teori ile benzer yönde eleştirilere maruz kalmıştır. Teori, cezalandırmanın alanının hazırlık hareketlerine doğru genişlemesini önlemektedir. Buna karşın teorinin ceza hukukunun koruma alanını ötelediği belirtilmektedir<sup>70</sup>. Ayrıca teorinin, aynı dar bireysel çözüm gibi teşebbüs sorumluluğunun başlangıcını tesadüfe bağladığı ileri sürülmektedir<sup>71</sup>. Zira bir müşterek failin suça katkısını, önce mi yoksa sonra mı gerçekleştireceği suç planına göre değişkenlik gösterebilecektir. Bunun yanında yenilenmiş bireysel teorinin de birlikte suç işleme kararını göz ardı ettiği ve bu sebeple müşterek faillik kurumuyla bağdaşmadığı ifade edilmektedir<sup>72</sup>.

## III. TEORİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖRÜŞÜMÜZ

Daha önce de açıklandığı üzere müşterek faillikte icra hareketlerine başlama sorunu, doğrudan teşebbüse ya da müşterek faillığe ilişkin düzenlemelere bakılarak çözülememektedir. Bu sebeple sorunun çözümü adına

<sup>67</sup> Burada hırsızlık suçu bakımından doğrudan doğruya icraya başlanıp başlanmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.

<sup>68</sup> Aynı yönde bkz. **Fad**, s. 84.

<sup>69</sup> NK-**Zaczyk**, §22, kn. 67.

<sup>70</sup> **Heinrich**, §23, kn. 742.

<sup>71</sup> LK-**Hillenkamp**, §22, kn. 173.

<sup>72</sup> LK-**Hillenkamp**, §22, kn. 173.

teşebbüs ve müşterek faillğe ilişkin düzenlemeler birlikte göz önünde bulundurulmalıdır. Konuya ilişkin ileri sürülen teoriler de bu minvalde ele alınmalıdır.

Doktrinde *Schilling* tarafından ileri sürülen dar bireysel teori, özellikle teşebbüse ilişkin düzenlemelerle çelişki arz etmektedir. Zira teorinin benimsenmesi durumunda, müstakil fail tarafından gerçekleştirildiğinde hazırlık hareketi olarak değerlendirilebilecek bir hareket, müşterek faillik durumunda icra hareketi olarak kabul edilebilecek ve teşebbüs sorumluluğunu gündeme getirecektir. Örneğin A ve B, C'yi öldürmek için anlaşmış olsun. Suç planına göre, A, C'yi kolundan tutarak evinden dışarı çıkaracak, B de dışarıda C'yi silahla vuracaktır. Olayda A, C'yi dışarı çıkarmasına rağmen, B ateş etmez. Dar bireysel çözüme göre, bu olayda A'nın kasten öldürme suçuna teşebbüsten sorumlu tutulması gerekmektedir. Zira A, suç planına göre kendisini müşterek fail yapacak olan katkıyı sunmuştur. Görüldüğü gibi, teorinin benimsenmesi halinde henüz planlanan suçun icrasına dahi başlanmamış olmasına rağmen, suça daha önce katkısını sunmuş olan kişi, sırf birlikte suç işleme kararı sebebiyle suça teşebbüsten cezalandırılacaktır. Oysa teşebbüse ilişkin düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, (istisnai düzenlemeler hariç) hazırlık hareketleri cezalandırmanın alanı dışında bırakılmakta; teşebbüs sorumluluğu için bir suçun icrasına doğrudan doğruya başlama şartı aranmaktadır. Sonuç olarak her bir müşterek fail bakımından cezalandırmanın alanını daraltmak amacıyla ileri sürülen dar bireysel teori, hazırlık hareketleri niteliğindeki eylemlerin cezalandırılabilmesi ihtimalini ortaya çıkardığından, aslında cezalandırmanın alanını genişletmektedir<sup>73</sup>. Bu sebeplerle, dar bireysel teorinin benimsenebilmesi mümkün görünmemektedir.

Bütüncül teori, müşterek failer bakımından teşebbüs sorumluluğunun doğabilmesi için en azından planlanan suçun bir bütün olarak teşebbüs eşliğini aşmış olmasını aradığından, bu yönüyle dar bireysel teoriye göre daha tercih edilebilir görünmektedir<sup>74</sup>. Ancak kanaatimizce bütüncül teori de müşterek faillik kurumuyla çelişki halindedir. Bize göre, bütüncül teorinin savunucuları müşterek failliğin şartlarından olan birlikte suç işleme kararından hareket etmekte fakat müşterek failliğin diğer bir şartı olan fonksiyonel hâkimiyet şartını göz ardı etmektedirler. Teorinin benimsenmesi halinde yukarıda verilen örnek olayın 2. ihtimalinde C de müşterek fail olarak suça teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Oysaki C, henüz suça hiçbir katkı sunmamış;

<sup>73</sup> İçer, s. 205.

<sup>74</sup> Roxin, §29, kn. 317.

suç üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurmamıştır<sup>75</sup>. Fonksiyonel hâkimiyet şartının sağlanabilmesi için C'nin en azından suça olan katkısının icrasına başlaması aranmalıdır. Kanaatimizce fonksiyonel hâkimiyet şartının sağlanabilmesi adına *Küper*'in ileri sürmüş olduğu "negatif fiile hâkimiyet" görüşü de sorunu çözebilecek gibi görünmemektedir. Daha önce de açıkladığımız üzere *Küper*'e göre, müşterek faillerden birisi suça olan katkısını sunmayarak suçun tamamlanmasını engelleyebiliyorsa suç üzerinde negatif bir fonksiyonel hâkimiyete sahiptir. Fakat bize göre, kişinin suça katkısını sunmayarak, suçun tamamlanmasını önleyebilmesi ihtimali fonksiyonel hâkimiyet anlamına gelmeyecektir<sup>76</sup>. Zira fonksiyonel hâkimiyetten söz edilebilmesi için failin, suç planı gereğince üzerine düşen katkının icrasına başlamış olması gerekmektedir<sup>77</sup>. Suç ortağının bu katkıyı ihmal ederek suçun tamamlanmasını önleyebilme kudretini elinde bulundurması, fonksiyonel hâkimiyet şartı bakımından değil, ancak müşterek fail-yardım eden ayrımı bakımından göz önünde bulundurulabilecek bir kriterdir. "Ex ante" olarak baktığımızda, suç ortağı katkısını sunmadığı zaman, suçun akim kalma ihtimali yüksek ise bu durumda kişinin müşterek fail olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. Fakat kişi, somut olayda suçun tamamlanması bakımından önem arz eden bu katkıyı sunmamış ise artık fonksiyonel hâkimiyetten, yani müşterek faillikten söz edilemeyecektir. Elbette ki müşterek faillik durumunda hareketlerin karşılıklı olarak isnad edilebilmesi tartışmasız bir şekilde mümkündür. Ancak bize göre, iştirakin isnad edilebilmesi için müşterek faillerin suça olan katkılarını sunmaları ve fonksiyonel hâkimiyet şartını sağlamaları gerekmektedir. Açıklanan bu sebeplerle bütüncül teorinin de benimsenebilmesi mümkün görünmemektedir.

<sup>75</sup> *İçer*, fiil üzerindeki fonksiyonel katkısını sunmaya başlamayan kişinin teşebbüsten sorumlu tutulmasını, fiil ceza hukuku anlayışına aykırı görmektedir. Yazar, ayrıca bütüncül teorinin benimsenmesi durumunda, henüz suça katkısını sunmamış olan kişinin, suça iştirak iradesinin bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesinin de pratikte oldukça zor olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *İçer*, s. 210.

<sup>76</sup> Aynı yönde bkz. **Özgenç**, Suça İştirakin Hukuki Esası, s. 124.

<sup>77</sup> Bu ifademizden ihmalî suçlarda fonksiyonel hâkimiyet, yani müşterek faillik olmaya çağrı sonucu çıkarılamamalıdır. Buradaki kastımız failin suç planı gereğince üzerine düşen katkıyı gerçekleştirmeye başlamış olmasıdır. İhmalî bir suçta da suç planı gereğince müşterek failin hareketsiz kalması kararlaştırılmış ve müşterek fail de bu katkıyı hareketsiz kalarak gerçekleştirmeye başlamış ise pek tabii fonksiyonel hâkimiyet şartı sağlanmış olacaktır. İhmalî suçlarda müşterek failliğin mümkün olduğu yönündeki görüş için bkz. **Yurtlu**, Fatih: İhmalî Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 345-347. Ancak icrai bir suça ihmalî hareketle müşterek fail olarak katılmanın mümkün olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu husustaki tartışmalar için ayrıca bkz. **Yurtlu**, s. 347-351.

Kanaatimizce sorunun çözülebilmesi adına en makul görünen teori, yenilenmiş bireysel teoridir<sup>78</sup>. Öncelikle teori, müşterek failer bakımından teşebbüs sorumluluğunun doğabilmesi için planlanan suçun bir bütün olarak teşebbüs eşiğini aşması şartını aramaktadır. Bu yönü itibarıyla yenilenmiş bireysel teori, dar bireysel teorinin ortaya çıkardığı hazırlık hareketleri-icra hareketleri ayırımına ilişkin sakıncayı çözmektedir. Bunun yanında teori, teşebbüs sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için her bir fail bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmakta ve her birinin suça olan katkısının icrasına başlamış olması şartını aramaktadır. Bu yönü itibarıyla da teori, bütüncül teorinin ortaya çıkarmış olduğu fonksiyonel hâkimiyetle alakalı sorunu çözmüş olmaktadır. Teorinin benimsenmesi halinde suça katkısını tesadüfen sunamamış olan failin cezasız kalacağı ve bu durumun diğer müşterek failer bakımından adaletsiz bir sonuç doğuracağı eleştirisi de makul görünmemektedir. Zira henüz suça katkısını sunamamış olan fail, şartları haiz ise suça (manevi) yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir. Böylelikle her fail gerçekleştirmiş olduğu haksızlıkla orantılı bir şekilde cezalandırılmış olacaktır.

Bize göre, suç ortağının katkısını sunabilmek için sırasını beklerken yalnızca olay yerinde bulunması da fonksiyonel hâkimiyet şartı için yeterli olmayacaktır<sup>79</sup>. Bunun için olay yerinde bulunan failin mutlaka kendi üzerine düşen katkının icrasına başlamış olması aranmalıdır<sup>80</sup>. Ancak suç orta-

<sup>78</sup> Bu hususta daha önce çift yazarlı olarak kaleme almış olduğumuz bir çalışmada, bütüncül teoriye taraftar olmuştuk. Bkz. **Beyoğlu**, Cem Ümit/**Kantarci**, Nurullah: “Anayasayı İhlal Suçu”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 16, Aralık 2020, Prof. Dr. İbrahim Dülger’in Anısına Armağan, s. 709. Bireysel olarak bu görüşümüzü değiştirdiğimizi ve yenilenmiş bireysel teoriye taraftar olduğumuzu ifade etmek isteriz.

<sup>79</sup> Bu ihtimalde olay yerinde bulunan kişinin yardım eden olarak sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Doktrinde *Demirel*'e göre, kişinin sırf olay yerinde bulunması sebebiyle yardım eden olarak sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Bunun için failin yanında bulunmanın faile cesaret verip vermediği, suç işleme kararı kuvvetlendirip kuvvetlendirmediği gibi kriterler göz önünde bulundurulacaktır. Yazara göre, somut olayın incelenmesi sonucunda kişinin sadece olay yerinde bulunması yardım etme olarak da değerlendirilemiyorsa, bu durumda TCK'nın 278. maddesinde düzenlenen “suçu bildirmeme suçu” dikkate alınmalıdır. Bkz. **Demirel**, Muhammed: “Alman ve Türk Mahkeme Kararlarında Suçun İşlendiği Yerde Bulunmanın İştirak Açısından Niteliği”, MÜHFHAD, Cilt: 25, Sayı: 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 692, 693; Aynı yönde bkz. **Hakeri**, s. 555.

<sup>80</sup> Ancak Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarında suç ortağının, ortak suç işleme kararı doğrultusunda olay yerinde bulunmuş olmasını müşterek faillik için yeterli görmüştür. Bu hususta Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararın ilgili kısmı şu

ğının olay yerinde bulunması, aynı zamanda suça olan katkısını sağlaması anlamına geliyorsa bu durumda fonksiyonel hâkimiyet şartı sağlanmış olabilecek ve müşterek faillik gündeme gelebilecektir. Örneğin, A ve B, C'yi işyerinde gasp etmeyi kararlaştırmış olsunlar. Suç planına göre, A, işyerine girerek C'ye cebir uygulamak suretiyle C'nin üzerindeki değerli eşyaları alacak; B de C'nin kaçmaması için işyerinin kapısının önünde durarak kapıyı tutacaktır. Böyle bir olayda B'nin kapının önünde durması, suça olan katkısını sunması anlamına geleceğinden, fonksiyonel hâkimiyet şartının sağlanmış olacağı sonucuna ulaşılabilecektir.

#### IV. TÜRK DOKTRİNİNİN VE YARGITAY'IN SORUNA YAKLAŞIMI

##### A. Türk Doktrininin Soruna Yaklaşımı

Türk doktrininde konu fazlaca tartışılmamış olmasına rağmen, görüş belirten birçok yazar bütüncül teoriye taraftar olmuştur.

*Demirbaş, Koca/Üzülmez, Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Öztürk/Erdem, Hakeri, Akbulut, Çakır* gibi yazarlar birlikte suç işleme kararından hareket ederek, müşterek faillerin hareketlerinin karşılıklı olarak birbirlerine isnad edilebileceğini ve müşterek faillerden birinin suçun doğrudan doğruya icrasına başladığı anda tüm faillerin teşebbüs aşamasına girmiş olacağını ifade etmektedir<sup>81</sup>.

*Özgenç*, 15 Temmuz darbe teşebbüsüne ilişkin yargılamalar bakımından yaptığı açıklamalarda, darbe teşebbüsünün icrası bağlamında kendisine

şekildedir; "...sanık ...'in öldürme anında ...'in yanında olup gerektiğinde olaya müdahale edebilecek konumda olması gözetildiğinde, ... ile birlikte fiil üzerinde hâkimiyet kurarak öldürme eylemine 5237 sayılı TCK'nun 37. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığı; sanık ...'ün ise yağma suçunun işlenmesini kolaylaştırmak için öldürme suçunu işleme hususunda diğer sanıklarla ortak karar almakla birlikte, öldürme eyleminin gerçekleştirildiği sırada bulunduğu yerin öldürme noktasına olan mesafesi gözetildiğinde sanığın, öldürme fiili üzerinde ortak hâkimiyet kurmadığı, ancak diğer sanıklarla birlikte olay yerine gitmesi, diğer sanıkların eylemlerini gerçekleştirdiği aşamada ve eylem sonrasında olay yerinde beklemesi, öldürme olayından hemen sonra birlikte aynı araçla uzaklaşmaları, suçta kullanılan silahın teminine yardımcı olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, diğer sanıkların gerçekleştirdiği nitelikli öldürme suçuna 5237 sayılı TCK'nun 39. maddesi kapsamında yardım eden olarak katıldığının kabulü gerekmektedir..." YCGK, E: 2017/284, K: 2017/238, T: 18.04.2017. Karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr>. E.T: 15.10.2022.

<sup>81</sup> *Demirbaş*, s. 543; *Koca/Üzülmez*, s. 514; *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*, s. 711, 712; *Öztürk/Erdem*, s. 415; *Hakeri*, s. 469; *Akbulut*, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 728, 729; *Çakır*, s. 200 ve s. 204.

verilen görevi kabul eden kişinin, henüz suça katkısını sunmamış olsa dahi müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, işbölümü gereğince bazı suç ortaklarının kendilerine düşen görevin yerine getirilme sırasının henüz gelmemiş olması, bu kişilerin müşterek fail sıfatıyla cezalandırılmalarına engel teşkil etmeyecektir<sup>82</sup>. Görüldüğü gibi bu açıklamalarıyla *Özgenç*, doğrudan bütüncül teoriye taraftar olmuştur.

*Tozman*'a göre, müşterek faillik halinde faillerin karşılıklı olarak birbirini tamamlayan hareketleri bir bütünün parçasını oluşturarak, bireyselliklerini kaybetmektedir. Dolayısıyla müşterek faillerin işlemiş olduğu hareketler sadece bunları gerçekleştirene değil, tüm müşterek faille isnad edilebilecektir<sup>83</sup>. Yazar bu açıklamalarıyla sorunun çözümünde bütüncül görüşe taraftar olmuştur. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere müşterek faillerin hareketlerinin birbirlerine isnad edilebilmesi için her bir müşterek failin suça katkısını sunmuş olması ve fonksiyonel hâkimiyet şartını yerine getirmesi gerekmektedir.

Yine bütüncül teoriye taraftar olan *Dülger* ise, görüşünü TCK'nın 40/3. maddesine dayandırmaktadır. TCK'nın bağlılık kuralını düzenleyen 40. maddesinin 3. fıkrasına göre, suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekmektedir. Yazara göre, iştirak halinde işlenen suçlarda hazırlık hareketleri bir fail tarafından geçilmiş ve teşebbüs aşamasına ulaşılmış ise TCK m. 40/3 hükümünden yola çıkılarak bütün müşterek failer sorumlu tutulmalıdır<sup>84</sup>. Ancak kanaatimizce yazarın bu görüşü yerinde değildir. Zira söz konusu düzenleme şeriklere yönelik olup, müşterek faillerin cezai sorumluluğu için bağlılık kuralına ihtiyaç bulunmamaktadır. Çünkü müşterek failer, işlenen haksızlıkla bizzat temas halindedirler<sup>85</sup>. Ayrıca yazar, eserinin başka yerinde değerlendirmiş olduğu bir Yargıtay kararında, henüz sırası gelmediği için suça katkı

<sup>82</sup> **Özgenç**, İzzet: Suç Örgütleri, 11. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, (Suç Örgütleri), s. 328.

<sup>83</sup> **Tozman**, s. 197.

<sup>84</sup> **Dülger**, s. 679.

<sup>85</sup> **Özgenç**, Suça İştirakin Hukuki Esası, s. 262; **Koca/Üzülmez**, s. 458; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 756. Doktrinde *Demirel*, TCK'nın 40. maddesinde "suça iştirak için" ibaresine yer verilmiş olduğundan, bağlılık kuralına ilişkin düzenlemelerin müşterek failer bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı hususunda bir tereddüt ortaya çıktığını ifade etmektedir. Ancak yazara göre de müşterek failer bakımından bağlılık kuralının uygulanabilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, TCK'nın 40. maddesinde yer alan düzenleme, yalnızca şerikler bakımından anlam ifade edecektir. Bkz. **Demirel**, Muhammed: Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 302-310.

sunmayan kişinin fonksiyonel hâkimiyet kuramadığını ve müşterek fail olarak kabul edilemeyeceğini ifade ederek yenilenmiş bireysel teoriden hareket etmiştir<sup>86</sup>. Bize göre, yazarın bu görüşleri kendi içerisinde tutarlılık arz etmemektedir.

Türk doktrininde yalnızca *İçer* görüşümüzle aynı doğrultuda, yenilenmiş bireysel teoriye taraftar olmuştur<sup>87</sup>. Yazara göre, suç planı gereğince üzerine düşen katkının icrasına henüz başlamamış olan kişinin teşebbüsten sorumlu tutulması fiil ceza hukuku ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Nasıl ki hazırlık hareketleri failin elinde olmayan sebeplerle yarıda kaldığında teşebbüs sorumluluğu doğmuyor ise aynı şekilde suça katkısını sunamayan suç ortağı bakımından da teşebbüs sorumluluğu doğmamalıdır. Dolayısıyla müşterek faillikte hem planlanan suçun bir bütün olarak teşebbüs aşamasına ulaşması hem de her bir failin kendi katkısının icrasına başlamış olması aranmalıdır<sup>88</sup>. Ancak yazar dar bireysel teoriyi eleştirirken, her bir failin hareketinin ayrı ayrı incelenmesinin müşterek faillik kurumuyla bağdaşmadığını, suçun doğrudan icrasına başlamamış olan failin de iştirakin isnadiyeti yoluyla cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca yazara göre, suç planı gereğince icraya daha önce başlayan failin teşebbüs sebebiyle cezalandırılması; buna karşın katkısını henüz sunmayan failin ise cezasız bırakılması adaletsizdir<sup>89</sup>. *İçer*'in dar bireysel çözüm için ileri sürmüş olduğu bu eleştiriler, aynı şekilde yenilenmiş bireysel teori için de geçerlidir. Zira yenilenmiş bireysel teori de her bir failin hareketini ayrı ayrı incelemekte ve suça henüz katkısını sunmamış olan kişiyi teşebbüs sebebiyle sorumlu tutmamaktadır. Kanaatimizce *İçer*, bu açıklamalarıyla kendi benimsemiş olduğu görüş ile çelişkiye düşmüştür.

## B. Yargıtay'ın Soruna Yaklaşımı

Müşterek failler bakımından icra hareketlerine başlama sorunu Yargıtay kararlarında fazlaca tartışma konusu olmamıştır. Ancak sorun özellikle 15 Temmuz darbe girişiminden sonra yapılan yargılamalarda ortaya çıkmıştır. Zira darbe teşebbüsü, ortak suç planı doğrultusunda, ülke genelinde birçok fail tarafından gerçekleştirilmiştir. Ancak suç planı doğrultusunda bazı failler suça olan katkılarını sunarken, bazı failler ise henüz kendi sıraları gelmediğinden suça olan katkılarını sunamadan darbe teşebbüsü savuşturulmuştur.

<sup>86</sup> **Dülger**, s. 715, 716, dn. 2073.

<sup>87</sup> **İçer**, s. 211.

<sup>88</sup> **İçer**, s. 213.

<sup>89</sup> **İçer**, s. 208, 209.

Bu durumda henüz darbe planı çerçevesinde suça katkılarını sunamamış olan kişilerin anayasayı ihlal suçundan<sup>90</sup> sorumlu tutulup tutulamayacağı ise tam olarak çalışma konumuzda ele aldığımız sorunla ilgilidir.

Yargıtay'ın konuyla alakalı vermiş olduğu bir kararın ilgili kısmı şu şekildedir;

*“...Mensup olduğu örgütle kurduğu bağ nedeniyle örgütsel faaliyet kapsamında işlenen anayasayı ihlal suçuna ilişkin **planlama, hazırlık ve icra organizasyonundan haberdar olmak suretiyle darbeye teşebbüs suçunu sevk ve idare edenler tarafından verilen emirleri/görevleri kabullenerek ülke çapındaki icra hareketleriyle illi bir değer taşıyan icra hareketlerini gerçekleştirenlerin ya da görev paylaşımı bağlamında henüz sırası gelmemiş icra hareketleri için gerekli hazırlıkları yapanların bu suç yönünden müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları gerekmektedir...***”<sup>91</sup>

Yargıtay'ın bu açıklamalarıyla, müşterek faillikte icra hareketlerine başlama sorunu bakımından bütüncül teoriye taraftar olduğu anlaşılmaktadır<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> TCK m. 309'da düzenlenen “Anayasayı ihlal” suçunun bir teşebbüs suçu olduğunu hatırlatmakta fayda vardır.

<sup>91</sup> Yar. 16. CD., E: 2019/8779, K: 2020/2077, T: 18.02.2020. www.kazanci.com. E.T: 02.10.2022; Yar. 16. CD., E: 2019/9560, K: 2020/2034, T: 18.03.2020. <https://karararama.yargitay.gov.tr>. E.T: 15.10.2022.

<sup>92</sup> Fakat ifade edelim ki yukarıdaki karara konu olmuş somut olayda Yargıtay, sanığın darbenin planlanması sürecinin içinde olduğuna dair delil bulunmadığı, yani sanığın birlikte suç işleme kararına katılmadığı gerekçesiyle müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir. Karara konu olan olay şu şekildedir; “...Olay tarihinde Amasya 15. Piyade Er Eğitim Tugay Komutanı olan sanık ...'ın, 15 Temmuz gecesi kendilerini “Yurtta Sulh Konseyi” olarak isimlendiren bir grup tarafından hazırlanan “İl Sıkıyönetim Komutanları” listesinde “Amasya Sıkıyönetim Komutanı” olarak görevlendirildiğinin anlaşılması, dosya kapsamına göre **darbeye teşebbüs eyleminin planlanması süreci içinde yer aldığına dair delilin bulunmaması, ancak, incelenen HTS kayıtlarına göre hakkında FETÖ/PDY terör örgütüne üye olmaktan dolayı soruşturma yapılan çok sayıda şahısla telefon görüşmesi yapması, gizli tanık beyanına göre örgüt mensubu olduğu anlaşılan sanığın, darbeye teşebbüs edildiği gecede Amasya 15. Piyade Er Eğitim Tugay Komutanı olarak görev yapmakta iken, görev yaptığı Tugayın mühimmat deposundan rütbeli personele dağıtılmak üzere personel başı üçer şarjör olacak şekilde toplamda 10.000 adet G3 piyade mermisini cephanelikten çıkarttırarak doldur-boşalt odalarında kilit altına alınması emrini vermesi, Tugaya giriş ve çıkışları yasaklaması, 15 Temmuz tarihine ilişkin sanığın görev yaptığı Tugayın incelenen kamera görüntülerine göre sanığın 23:37 komutanlığını yaptığı Tugaya giriş yaptığı, sanığın asları olan ve Mahkemece dinlenen tanıkların beyanlarına göre saat 24:00 sularında sanığın odasında buldukları, sanığın masası üzerinde bir evrak gördükleri, tanıkların ne olduğunu sorduklarında sanığın sıkıyönetim ilan edilmiş, kim**



Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin önem arz eden bir diğer kararının ilgili kısmı ise şu şekildedir;

“...darbe teşebbüsünden önceden haberdar oldukları anlaşılan, genel darbe planı çerçevesinde “**derdest edilecek sivil kişilerin, sivil araçlarla ve kursiyer teğmen ve üsteğmenlerle alınması**” görevini koordine eden, bu kapsamda kendilerine görev tevdi edilen teğmen ve üsteğmenlerin araçlarının hazırlanması, tam teçhizatla donatılmasını sağlayan sanıklar ..., ..., ..., ..., ...’ın, örgütsel faaliyet kapsamında işlenen Anayasayı ihlal suçuna ilişkin planlama, hazırlık ve icra organizasyonundan **haberdar olmak suretiyle** darbeye teşebbüs suçunu sevk ve idare edenler tarafından verilen emirleri/görevleri kabullenerek ülke çapındaki icra hareketleriyle illi bir değer taşıyan icra hareketlerini gerçekleştirdikleri, **görev paylaşımı bağlamında ve icra hareketleri kapsamında gerekli hazırlıkları yaptıkları, suçun icrasında üstlendikleri rolleri, her birinin suçun icrasına ilişkin etkin, fonksiyonel katkıları da göz önünde bulundurulduğunda sanıkların fiil üzerinde ortak hakimiyet kurduklarının kabulü ile müşterek fail olarak TCK’nın 37. maddesi delaletiyle 309. maddesinden mahkumiyetlerine dair kabul ve uygulamada, özellikle sanıkların sübutu kabul edilen eylemlerinin, Anayasayı ihlal suçunu teşkil ettiğinde kuşku bulunmamasına, suçun icra hareketlerini müşterek fail olarak gerçekleştiren sanıkların cezalandırılmasında isabetsizlik görülmemiş...”<sup>93</sup>**

etmiş dediklerinde Yurtta Sulh Konseyi dediğini sonrasında ise mezkur emirleri vermesi, kendisini o gece il güvenlik amirlerinden oluşturulan kriz masasından arayan Valinin ve İl Jandarma Komutanının, kendisinin de oraya gelmesinin uygun olacağına yönelik zınni davetlerine icabet etmeyerek Tugayda beklediği gibi rütbe ve makam itibarıyla sanığın kendi üssü olan ve darbe gecesi emirlerini uyguladığını savunduğu tanık ...’ün mülki makamlarla irtibat halinde olunması emrine uymaması, evinde ve işyerinde yapılan aramalarda ele geçirilen dijital materyaller üzerinde yapılan incelemelerde, FETÖ/PDY terör örgütü mensuplarınca kullanılan uygulamaların bulunması, örgüt elebaşına ait resim ve görsellerin yer alması şeklinde gerçekleşen eylemlerinin, bölgede askeri bir hareketliliğin yaşanmaması, birlik dışına taşan eylemlerin bulunmaması, sanığın birlik içerisinde cebri bir eyleminin bulunmaması nedeniyle müsnet suç yönünden TCK’nın 37. maddesi kapsamında fail olarak sorumlu tutulamayacağı ancak, suçun icrasına başlanmasından sonra katılma iradesini açıkça ortaya koyan hareketlerin, zaman, nitelik ve yakın zarar tehlikesine yaptığı katkı itibarıyla bütün olarak darbenin icrasını kolaylaştırmaya yönelik olup, 5237 sayılı TCK’nın 309/1 ve 39/2-c maddeleri kapsamında Anayasayı ihlale teşebbüs suçuna yardım etmek suçunu oluşturduğu gözetilmeden, delillerin değerlendirilmesi ve suç vasfında yanlıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...”

<sup>93</sup> Yar. 16. CD., E: 2019/4122, K: 2020/943, T: 13.01.2020. www.kazanci.com. E.T: 02.10.2022.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla olayda yer alan sanıklar darbe planından haberdar olarak, suç planı çerçevesinde sivil kişilerin derdest edilmesi görevini üstlenmişler, bu yönde hazırlık yapmışlar fakat işbölümü gereğince henüz üzerlerine düşen katkının icrasına doğrudan doğruya başlayamamışlardır. Yargıtay'ın olayda yer alan sanıkları müşterek fail olarak kabul etmiş olması yine bütüncül teoriden hareket ettiğini göstermektedir. Benimsemiş olduğumuz yenilenmiş bireysel teori doğrultusunda sanıklar, Anayasayı ihlal suçunun müşterek faili olarak sorumlu tutulmamalıdır. Zira sanıklar, suç planı gereğince üzerlerine düşen katkının icrasına henüz başlayamamışlar, bunun için yalnızca hazırlık yapmışlardır. Dolayısıyla somut olayda sanıklar Anayasayı ihlal suçuna yardım etmekten (TCK m. 39/2-a, TCK m. 309)<sup>94</sup> ve silahlı suç örgütüne üye olmaktan (TCK m. 314/2) sorumlu tutulabileceklerdir<sup>95</sup>.

Darbe teşebbüsüne ilişkin kararlar incelendiğinde Yargıtay, müşterek failliğin tespitinde öncelikle sanıkların darbe planından haberdar olup olmadıklarını, yani birlikte suç işleme kararına katılıp katılmadıklarını<sup>96</sup>, daha sonra da gerçekleştirilen veya gerçekleştirilecek olan hareketlerin fonksiyonel hâkimiyet düzeyine ulaşip ulaşmadığını<sup>97</sup> incelemektedir. Bu iki şartın

<sup>94</sup> Kanaatimizce eğer sanıkların hareketleri yardım etme boyutuna dahi ulaşmıyorsa bu durumda TCK m. 316'da yer alan "suç için anlaşma" suçu gündeme gelebilecektir. Ancak eğer sanıkların hareketleri yardım etme boyutuna ulaşıyorsa bu durumda tali bir norm olan suç için anlaşma suçu geri çekilecektir. Zira suç için anlaşma suçu, tamamlanmış bir iştirake göre tali bir norm teşkil etmektedir. Alman CK §30 hükmü bakımından aynı yönde bkz. **Heine, Günter/Weißer, Bettina**: in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2019, §30, kn. 38.

<sup>95</sup> Aynı yönde bkz. **Dülger**, s. 715, 716, dn. 2073.

<sup>96</sup> "...Bu açıklamalar doğrultusunda, örgütle irtibatı tespit edilemeyen ve suçun işleneceğinden haberdar olmayan, dolayısıyla suç işlenmeden önce suç planlanmasında yer almayan, suça iştirak etmekle birlikte sağladığı katkı itibarıyla suçun işlenişinde önemli bir fonksiyon icra etmeyen kişilerin suça iştirakleri yardım düzeyinde olduğu kabul edildiğinden..." Yar. 16. CD., E: 2020/2263, K: 2020/3300, T: 07.07.2020. www.kazanci.com. E.T: 02.10.2022.

<sup>97</sup> "...ilçesinde askeri bir hareketlilik yaşanmayan, birlik dışına taşan herhangi bir eylemi bulunmayan, birlik içerisinde cebri bir davranışı tespit edilemeyen icra hareketlerinden önce örgütsel organizasyon içinde yer alarak darbe girişiminden haberdar olduğu, suç işleme karar ve iradesine katıldığı kanıtlanamayan sanığın, elverişli nitelikteki icra hareketlerine katkı sunmakla birlikte, sunduğu katkının tek başına vahamet arz etmediği gibi fiilin işleniş üzerinde "müşterek hakimiyet" kurduğundan da bahsedilemeyeceği, zarar tehlikesi bakımından illi bir değer taşıdığına kuşku bulunmayan eylemlerinin, işlenmesi sırasında yardıma bulunarak icrasını kolaylaştırmak (TCK madde 39/2-c) suretiyle Anayasayı ihlal suçuna yardım etmek kapsamında kaldığının kabulü ile hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerekirken..." Yar. 3. CD., E: 2021/5388, K: 2021/9493, T: 13.10.2021. www.kazanci.com. E.T: 02.10.2022.

sağlanmadığı durumlarda Yüksek Mahkeme, şahısların müşterek faillikten değil, yardım etmeden sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir. Fakat Yargıtay, bu iki şartın sağlanması durumunda kişilerin, suç planı çerçevesinde henüz kendi katkılarını sunup sunmadığına bakılmaksızın müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir. Yukarıda da ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, Yargıtay'ın bütüncül teoriden hareket ettiği bu yaklaşımına katılamamaktayız.

## SONUÇ

1) Müşterek faillikte icra hareketlerine başlama sorunu doğrudan teşebbüse ya da müşterek faillığe ilişkin düzenlemelere bakılarak çözülemektedir. Sorunun çözümlenebilmesi için her iki kurumun birlikte göz önünde bulundurulması gerekir. Bu hususta doktrinde bütüncül çözüm, dar bireysel çözüm ve yenilenmiş bireysel çözüm olmak üzere üç farklı teori ileri sürülmüştür.

2) Dar bireysel teori, her bir failin suça olan katkısını sunup sunmadığını ayrı ayrı incelemektedir. Dolayısıyla planlanan suç tipi henüz teşebbüs aşamasına varmamış olsa dahi katkısını daha önce sunan suç ortağı teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulacaktır. Bu durumda müstakil bir fail için hazırlık hareketi olarak değerlendirilebilecek bir eylem, ilgili suç ortağı bakımından icra hareketi olarak kabul edilmiş olacak ve teşebbüs sorumluluğu gündeme getirecektir. Bu yönüyle dar bireysel çözüm, teşebbüse ilişkin kurullarla çelişki arz etmektedir.

3) Bütüncül çözüm müşterek faillerin teşebbüs sorumluluğu için planlanan suçun bir bütün olarak teşebbüs safhasına ulaşmış olmasını aradığından, dar bireysel çözüme göre daha tercih edilebilir görünmektedir. Ancak bütüncül çözüm de müşterek faillik kurumu ile çelişki içerisinde bulunmaktadır. Zira suç planına göre henüz suça katkısını sunmamış olan suç ortağı, diğer müşterek faillerin daha önce suçu teşebbüs aşamasına ulaştırmış olması sebebiyle suça teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Bu durum müşterek failliğin şartlarından olan fonksiyonel hâkimiyet şartı ile uyuşmamaktadır. Henüz suça hiçbir katkı sağlamayan suç ortağının, suçun üzerinde fonksiyonel bir hâkimiyet sağladığı söylenemeyecektir. Bütüncül teoriyi benimseyen yazarlar, müşterek failliğin şartlarından olan birlikte suç işleme kararından hareket etmektedirler. Ancak kanaatimizce müşterek failliğin diğer bir şartı olan fonksiyonel hâkimiyet şartını gözden kaçırmaktadırlar.

4) Bize göre sorunun çözümü adına en makul görünen teori, yenilenmiş bireysel teoridir. Teori, müşterek faillerin teşebbüs sorumluluğunun doğa-

bilmesi için hem kararlaştırılan suçun bir bütün olarak teşebbüs eşiğini aşmış olmasını aramakta hem de her bir failin suça olan katkısını gerçekleştirip gerçekleştirmediğini ayrı ayrı incelemektedir. Böylece dar bireysel çözüm ve bütüncül çözümün ortaya çıkarmış olduğu sakıncalar giderilmiş olmaktadır.

5) Yenilenmiş bireysel çözümün benimsenmesi halinde suça katkısını tesadüfen sunamamış olan kişinin cezasız kalacağı ve bunun da adaletsiz bir sonuç olduğu eleştirisi yerinde bir eleştiri değildir. Zira tesadüfen de olsa suça henüz hiçbir katkı sunmamış olan kişinin teşebbüs sebebiyle sorumlu tutulması, teşebbüse ilişkin düzenlemelerle bağdaşmayacaktır. Ayrıca bu kişi -şartları varsa- suça yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir. Böylece her fail gerçekleştirmiş olduğu haksızlıkla orantılı bir ceza almış olacaktır.

6) Müşterek faillikte icra hareketlerine başlama sorunu Türk doktrininde detaylı olarak tartışılmamış olmasına rağmen, bu hususta görüş belirten yazarların çoğu bütüncül teoriye taraftar olmuşlardır. Yargıtay da özellikle 15 Temmuz darbe teşebbüsüne ilişkin vermiş olduğu kararlarında bütüncül teoriden hareket etmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere Türk doktrin ve Yargıtay'ın bu yaklaşımına katılamamaktayız.

**KAYNAKÇA**

- Akbulut**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Baumann**, Jürgen/**Weber**, Ulrich/**Mitsch**, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003.
- Beyoğlu**, Cem Ümit/**Kantarci**, Nurullah: “Anayasayı İhlal Suçu”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 16, Aralık 2020, Prof. Dr. İbrahim Dülger’in Anısına Armağan, s. 681-720.
- Cornelius**, Kai: in: Beck’scher Online Kommentar StGB v. Heintschel-Heinegg, 54. Edition, 2022.
- Çakır**, Kerim: Suça İştirakte Müşterek Faillik, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Çataklı**, Hasan: Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht, Kovac Verlag, Hamburg 2020.
- Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Demirel**, Muhammed: “Alman ve Türk Mahkeme Kararlarında Suçun İşlendiği Yerde Bulunmanın İştirak Açısından Niteliği”, MÜHFHAD, Cilt: 25, Sayı: 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019. s. 682-696.
- Demirel**, Muhammed: Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Dülger**, Murat Volkan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Hukuk Akademisi Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Erb**, Volker: “Zur Konstruktion eines untauglichen Versuchs der Mittäterschaft bei scheinbarem unmittelbarem Ansetzen eines vermeintlichen Mittäters zur Verwirklichung des Tatbestandes”, NSTZ 1995, s. 424-428.
- Eser**, Albin/**Bosch**, Nikolaus: in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2019, (SS-**Eser/Bosch**).

- Evik**, Vesile Sonay: Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Fad**, Frank: Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium, Duncker&Humblot Verlag, Berlin 2005.
- Gropp**, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 2015.
- Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Heger**, Martin/**Petzsche**, Anneke: in: Strafgesetzbuch Kommentar -Matt, Holger/Renzikowski, Joachim, 2. Auflage, Franz Vahlen Verlag, München 2020, (MR-**Heger/Petzsche**).
- Heine**, Günter/**Weißer**, Bettina: in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2019.
- Heinrich**, Bernd: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2012.
- Hillenkamp**, Thomas: in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 12. Auflage, De Gruyter Verlag, Berlin 2007, (LK-**Hillenkamp**).
- Hoffmann-Holland**, Klaus, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 4. Auflage, C.H.Beck Verlag, München 2020, (MüKo-**Hoffmann-Holland**).
- Ingelfinger**, Ralph: "Schein-Mittäter und Versuchsbeginn", Juristen Zeitung, 1995. s. 704-714.
- İçer**, Zafer: Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Jäger**, Christian: in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2017, (SK-**Jäger**).
- Jescheck**, Hans Heinrich/**Weigend**, Thomas: Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Springer Verlag, Berlin 1996.
- Kantarci**, Nurullah: İşlenemez Suç, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Kindhäuser**, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2015.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Krey**, Volker/**Esser**, Robert: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2016.

- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Krack**, Ralf: “Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und Mittelbarer Täterschaft”, ZStW (110), 1998, Heft 3, s. 611-639.
- Kratzsch**, Dietrich: “Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§22 StGB)- ein absolut untauglicher Versuch?”, Juristische Arbeitsblätter, 1983, Heft 11, s. 578-587.
- Kretschmer**, Joachim: “Unmittelbares Ansetzen (§22 StGB) bei mittelbarer Täterschaft und bei Mittäterschaft”, Juristische Arbeitsblätter, 2020, s. 583-590.
- Kudlich**, Hans/**Schuhr**, Jan: in: Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter, Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2019.
- Küper**, Wilfried: “Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten”, Juristen Zeitung, 1979, s. 775-787.
- Lackner**, Karl/**Kühl**, Kristian: Strafgesetzbuch Kommentar (StGB), 29. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2018.
- Otto**, Harro: Grundkurs Strafrecht: 7. Auflage, De Gruyter Verlag, Berlin 2004.
- Önok**, Rıfat Murat: Yapısal Suçlarda Failin Tespiti- Müşterek Suç Girişimi ve Örgütsel Hâkimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Özgenç**, İzzet: Suç Örgütleri, 11. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, (Suç Örgütleri).
- Özgenç**, İzzet: Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İmaj Ofset Yayıncılık, İstanbul 1996, (Suça İştirakin Hukuki Esası).
- Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, (Genel Hükümler).
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Rengier**, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, C.H.Beck Verlag, München 2020.
- Roxin**, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C.H.Beck Verlag, München 2003.

- Rönnau**, Thomas: “Grundwissen-Strafrecht: Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten”, Juristische Schulung, 2014, Heft 2, s. 109-113.
- Schilling**, Georg: Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, Carl Heymanns Verlag, Köln 1975.
- Tozman**, Önder: Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Valdagua**, Maria da Conceição: “Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten”, ZStW 98 (1986), Heft 4, s. 839-873.
- Wessels**, Johannes/**Beulke**, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil, 34. Auflage, C.F.Müller Verlag, Heidelberg 2004.
- Yenisey**, Feridun/**Plagemann**, Gottfried: Alman Ceza Kanunu - Strafgesetzbuch-, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Yurtlu**, Fatih: İhmali Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Zaczyk**, Rainer: in: Nomos Kommentar, Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans- Ullrich, Strafgesetzbuch, Band 1, 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017, (NK-**Zaczyk**).

### İnternet Kaynakları

<https://karararama.yargitay.gov.tr>. Erişim Tarihi (E.T): 15.10.2022.

<https://www.kazanci.com.tr>. Erişim Tarihi (E.T): 02.10.2022.





## TÜRK VATANDAŞLIĞININ DOĞUM YERİ (*IUS SOLI*) ESASIYLA KAZANILMASI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1276283>

Arş. Gör. Sercan ECEMİŞ\*

### Öz

Türk vatandaşlığı asli yoldan soy bağı yahut doğum yeri esası ile kazanılabilir. Doğum yeri esası ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında, soy bağı esasıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının aksine tek bir amaçtan hareket edilir. O da kişinin vatansız statüsüne düşmesini engellemektir. Vatandaşlığın doğum yeri esasıyla kazanılmasında her ne kadar vatansızlığın önlenmesi amacı olsa da 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'ndaki (TVK) düzenleme, bu amaca aykırı olarak, çifte/çok vatandaşlığa sebebiyet verebilmektedir. Zira Anayasa madde 66'ya göre vatandaşlık ancak kanunun öngördüğü şekilde kazanılır ve kaybedilir. İşte vatandaşlığın kazanılmasında (ve kaybedilmesinde) benimsenen kanunilik prensibi, doğum yeri esasıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında amaçsal yorum yapılmasını engellemektedir. Kimi zaman ise bu ilke, vatandaşlığın kaybında devreye girer ve bu durum doğum yeri esasıyla kazanılan vatandaşlığın kaybedilmesine sebebiyet verir. Ancak bu hal de vatandaşlık hukukunda kabul edilen bir diğer ilke olan istikrar prensibine aykırılık teşkil eder. İşte biz de çalışmamızda, TVK'da düzenlenen doğum yeri esasıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasını, hükmün amacına ve istikrar prensibine uygun hale gelebilmesi için bir çözüm önerisinde bulunmaya çalışacağız.

### Anahtar Kelimeler

Türk vatandaşlığının kazanılması, Doğum yeri esası, *Ius soli*, Toprak esası, Türkiye'de bulunmuş çocuk

\* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İzmir (sercan.ecemis@bakircay.edu.tr) ORCID: 0000-0001-7029-0881 (Geliş Tarihi: 07.01.2023-Kabul Tarihi: 03.03.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

## ACQUISITION OF TURKISH CITIZENSHIP BASED (*IUS SOLI*) ON PLACE OF BIRTH

(*Research Article*)

### Abstract

*Turkish citizenship can be acquired in the primary way on the basis of lineage or place of birth. In the acquisition of Turkish citizenship on the basis of place of birth, unlike the acquisition of Turkish citizenship on the basis of lineage, there is only one purpose. It is to prevent the person from falling into stateless status. Although the aim is to prevent statelessness in the acquisition of citizenship on the basis of birthplace, the regulation in the Turkish Citizenship Law (TVK) numbered 5901 may cause dual/multiple citizenship, contrary to this purpose. This is because, according to article 66 of the Constitution, citizenship can only be acquired and lost in the manner prescribed by law. Here, the principle of legality adopted in the acquisition (and loss) of citizenship prevents purposive interpretation in the acquisition of Turkish citizenship on the basis of place of birth. Sometimes, this principle comes into play in the loss of citizenship and this situation causes the loss of citizenship acquired on the basis of place of birth. However, this situation constitutes a contradiction to the principle of stability, which is another principle accepted in citizenship law. Here, in our study, we will try to propose a solution so that the acquisition of Turkish citizenship on the basis of the place of birth regulated in the TVK will be compatible with the purpose of the provision and the principle of stability.*

### Keywords

*Acquisition of Turkish citizenship, Birthplace basis, Ius soli, Land basis, Child found in Turkey*

## GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre Türk vatandaşlığının kazanılmasındaki temel ilke, Türk vatandaşlığının soy bağı<sup>1</sup> (kan) esasına göre kazanılmasıdır. Buna göre, “*Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür.*”. Bununla birlikte 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu<sup>2</sup> (TVK) soy bağı ile vatandaşlığın kazanılmasının yanında doğum yeri esasına göre de Türk vatandaşlığının kazanılmasına imkan tanımıştır. Doğum yeri<sup>3</sup> (toprak/mevlit) esasına göre vatandaşlığın kazanılması kanunla öngörülmüş olsa da bu durum Türk hukuku açısından ikincil nitelikte olan bir vatandaşlığın kazanılması yöntemidir. Bu ikincil durumun hizmet ettiği amaç ise, vatandaşlık hukukunun temel ilkelerinden biri olan “*Herkesin mutlaka bir vatandaşlığı olmalıdır.*” ilkesinin sağlanmasıdır. Böylece Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşmeler ile yüklenmiş olunan vatansızlığın önlenmesine ilişkin sorumluluk da sağlanmış olacaktır<sup>4</sup>.

Doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığının kazanılması hali kanunumuzun 8. maddesinde iki fıkra halinde düzenlenmiştir. İlk fıkrada Türkiye’de doğmuş olan çocuğun annesinden veya babasından doğumla herhangi bir ülke vatandaşlığının kazanılmaması durumu mevcutken, ikinci fıkrada bir karineden hareket edilmektedir. Bu karinede Türkiye’de bulunmuş bir çocuğun Türkiye’de doğmuş olduğunu kabul etmektedir ve çocuğa doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığı kazandırılmaktadır.

İlk bakışta Türk vatandaşlığının doğum yeri esasına göre kazanılmasında tartışmalı bir noktanın olmadığı düşünülebilir. Ancak doğum yeri esa-

<sup>1</sup> *Ius sanguinis*

<sup>2</sup> RG. 12.06.2009-27256.

<sup>3</sup> *Ius soli*

<sup>4</sup> Vatansızlık Hallerinin Sayısının Azaltılmasına Dair Sözleşme'nin birinci maddesine göre, “*Akit Devletlerden birinin vatandaşı olan bir kadının çocuğu, vatansız kalması halinde, doğumla anasının vatandaşlığını kazanır. Bununla beraber, anaya ait nesep, vatandaşlık bakımından ancak, nesebin tespit edildiği gün geçerli oluyorsa, küçük çocuk o gün anasının vatandaşlığını kazanır.*” (RG. 17.04.1975-1883). Bununla birlikte soy bağı genel kabul edilen kurala göre doğum anından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu yüzden vatandaşlık da kural olarak bu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde [“*Çocuk doğumdan hemen sonra ... vatandaşlık kazanma hakkına ... sahip olacaktır.*” (RG. 27.1.1995-22184)]; Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme m. 32’de [“*Sözleşmecî Devletler, vatansız kişileri özümlemeyi ve vatandaşlığa almayı mümkün olduğu ölçüde kolaylaştırırlar. Özellikle vatandaşlığa alma işlemlerini çabuklaştırmak ve bu işlemlerin masraf ve resimlerini mümkün olduğu ölçüden azaltmak için her türlü çabayı sarfederler.*” (RG. 25.10.2014-29156)] vatansızlığın önlenmesine ilişkin bu yükümlülük açıkça vurgulanmıştır.

sına göre Türk vatandaşlığını kazanan çocuğun, daha sonrasında soy bağı esasına göre bir başka devletin vatandaşlığını kazanması halinde, doğum yeri esasını ile kazanılan Türk vatandaşlığının bundan etkilenip etkilenmeyeceği hususu, bu esasın getiriliş amacı ve kanunun lafzıyla birlikte değerlendirildiğinde tartışmaya açıktır. Ayrıca doğumun devletin ülkesinde gerçekleşmesi gerektiğinden ülke unsurunun milletlerarası hukukun klasik anlayışından farklı şekilde anlaşılıp anlaşılamayacağı, vatandaşlığın bu yolla kazanılmasının temel sebebi olduğundan ayrıca önemlidir. Tartışılması gereken bir diğer husus ise, kişinin Türk egemenlik sahası içinde doğmuş olmasına rağmen, yabancı bir devletin doğum yeri esasına göre kendi vatandaşlığını verebilmesi halidir. Yine soy bağı esasını ile tanınmayan bir devletin vatandaşlığını kazanan çocuğun, Türkiye’de doğması durumunda doğum yeri esasının uygulanıp uygulanmayacağı da önem arz etmektedir. Biz de bu çalışmada öncelikle Türk vatandaşlığının kazanılmasını genel hatlarıyla açıkladıktan sonra, bahsedilen tartışmalar ışığında, doğum yeri esasını ile Türk vatandaşlığının kazanılmasını inceleyeceğiz ve kanunun eksik kaldığı durumlar için bir çözüm önerisinde bulunmaya çalışacağız.

## I. TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAZANILMASI

### A. Genel Olarak

Türk vatandaşlığı doğum ile kazanılabileceği gibi doğum olayı harici bir sebepten ötürü de kazanılabilmektedir<sup>5</sup>. İlk durum asli vatandaşlık olarak tanımlanırken, ikinci durum sonradan kazanılan vatandaşlık olarak tanımlanmaktadır. Sonradan kazanılan vatandaşlık ise kendi içinde yetkili makam kararı ile vatandaşlığın kazanılması ve seçme hakkı ile vatandaşlığın kazanılması olarak ikiye ayrılmaktadır.

### B. Asli Vatandaşlık

Vatandaşlığın doğum ile birlikte kazanılması, vatandaşlığın asli olarak kazanılması olarak nitelendirilmektedir<sup>6</sup>. Kişinin doğum ile vatandaşlığı

<sup>5</sup> **Doğan**, Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2019, s. 31; **Güngör**, Gülin: Tabiiyet Hukuku, 8. Bası, Ankara 2020, s. 57; 76.

<sup>6</sup> **Belgesay**, Mustafa Raşit: Türk Vatandaşlık Hukuku Şerhi, İstanbul 1929, s. 9; **Seviğ**, Muammer Raşit: Devletler Hususi Hukuku: Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku, İstanbul 1983, s. 76; **Birsen**, Kemaleddin: Devletler Hususi Hukuku, C. 1, İstanbul 1936, s. 25; **Berki**, Osman Fazıl: Devletler Hususi Hukuku, C. 1, 6. Baskı, Ankara 1966, s. 29; **Fişek**, Hicri: Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 1959, s. 13; **Göğler**, Erdoğan: Türk Tabiiyet Hukuku, Dördüncü Bası, Ankara 1979, s. 23; **Uluocak**, Nihal: Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 1989, s. 25; **Nomer**, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, 27.

kazanması ise iki şekilde gerçekleşebilir. İlki soy bağına göre vatandaşlığın kazanılmasıyken, ikincisi doğum yeri esasına göre vatandaşlığın kazanılmasıdır. Devletler egemenlik yetkileri gereği vatandaşlığın hangi esaslara göre kazanılacağını belirlemektedir. Bu açıdan bir devlet vatandaşlığın asli olarak kazanılmasında bu iki kriterden birini seçebileceği gibi her ikisini birden de uygulayabilir. Bu durumda genellikle biri diğerinin tamamlayıcısı rolünü oynamaktadır<sup>7</sup>.

Türk hukuku açısından baktığımızda asli vatandaşlık için hem soy bağı hem de doğum yeri esasının kabul edildiği görülmektedir<sup>8</sup>. Ancak kabul edilen esas kriter soy bağı esasıdır<sup>9</sup>. Nitekim Anayasamızda<sup>10</sup> hüküm altına alınan soy bağı esası, TVK'da<sup>11</sup> da tekrar edilmiştir. Buna göre Türk vatandaşlığına sahip olan anne veya baba ile soy bağına kurulmasıyla vatandaşlık soy bağına göre asli olarak kazanılacaktır. Anayasamızda yer almayan ancak TVK'nın 8. maddesinde öngörülen doğum yeri kriteri ise, ikincil nitelikte

Bası, İstanbul 2020, s. 52; **Aybay**, Rona/Özbek, Nimet/**Ersen-Perçin**, Gizem: Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2019, s. 93; **Doğan** s. 37; **Turhan**, Turgut/**Tarılbilir**, Feriha Bilge: Vatandaşlık Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 30; **Güngör**, s. 56. Bununla birlikte istisnai olarak asli vatandaşlık, kazanılan ilk vatandaşlık olarak da kullanılabilir. Örneğin, doğumdan itibaren vatansız olan kişi, sonradan bir devletin vatandaşlığını kazanırsa, kazanmış olduğu vatandaşlık asli vatandaşlıktır. Bkz. **Nomer**, s. 54.

<sup>7</sup> Bu durum karma esas olarak nitelendirilmektedir. Devletlerin hangi esasa öncelik tanıyacağı ise tamamen siyasi bir tercihtir. Bkz. **Göğer**, s. 26; **Doğan**, s. 31; **Erdem**, B. Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019, s. 8. “*Kan ya da doğum yeri esasına göre vatandaşlığın belirlenmesi millet mi devletten öncedir? Yoksa devlet mi millettten sonradır? Sorularının ve tecrübelerinin bir sonucudur.*” Bkz. **Topuzkanamış**, Şafak Evran: Vatandaşlık Üstüne Bir Tez, İstanbul 2013, s. 438. Benzer şekilde **Maury ius sanguinis**'in temelinde ırk düşüncesinin olduğunu; *ius soli*'nin temelinde ise kişiyi doğum yeri devletine bağladığı için siyasi iktidar düşüncesinin yattığını belirtmektedir. **Maury**, Jacques: Devletler Hususi Hukukuna Dair Bazı Meseleler, (çev. Rabi Koral, Rahmi Çobanoğlu), İstanbul 1948, s. 23. *Ius soli* esasına öncelik tanıyanlar, kişinin doğduğu devlette yaşayacağını, bu sayede yaşadığı toplumun örf ve adetini benimseyeceğini ve toplumun bir parçasını oluşturacağını savunur. *Ius sanguinis*'i savunanlar ise, devletin insan topluluğunun temelinde ailenin yattığını, dolayısıyla toplumun üyesi olabilmek için öncelikle aileye üye olunması gerektiğini savunur. Bkz. **Maury**, s. 23. Tarihsel bilgi için ayrıca bkz. **Birsen**, s. 17-21; **Berki**, s. 39-40.

<sup>8</sup> TVK m. 6/1; “*Doğumla kazanılan Türk vatandaşlığı, soy bağı veya doğum yeri esasına göre kendiliğinden kazanılır.*”

<sup>9</sup> **Erdem**, s. 99.

<sup>10</sup> Anayasa m. 66/2; “*Türk babanın veya ananın çocuğu Türktür.*”

<sup>11</sup> TVK m. 7/1; “*Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır.*”

olup, vatansızlığın önlenmesi amacıyla hizmet eden bir düzenleme olarak öngörülmüştür<sup>12</sup>. Bu düzenlemeye aşağıda daha ayrıntılı değinilecektir.

Asli vatandaşlık açısından önem arz eden bir durum ise, vatandaşlığın yetkili makam kararıyla değil, kanun gereği kendiliğinden kazanılmasıdır<sup>13</sup>. Bu açıdan, Türk vatandaşı anne veya baba ile soy bağının kurulması veya Türkiye’de doğmuş olan ancak doğum anında herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan kişiler, Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanacaklardır<sup>14</sup>. İdarenin vereceği karar ise, ancak tespit niteliğinde olacaktır<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Buradaki vatansızlığın önlenmesi ilkesi, çocuğun yüksek menfaati ilkesinin bir yansımasıdır. Bkz. **Güngör**, Gülin: “Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Bazı Hükümlerinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Üzerindeki Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 63, S. 3, 2014, s. 484 (Vatansızlık); **Güngör**, s. 24; **Nomer**, s. 72; **Erdem**, s. 99. Vatansızlığı engelleyici nitelikteki *ius soli* esaslı doktrinde “çözüm amaçlı *ius soli*” veya “çaresel *ius soli*” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. **Sirmen**, Kazım Sedat: “Toprak Esası (Ius Soli) Prensibi, Uygulanması ve AİHM’nin Yaklaşımı”, Avrupa ve Uluslararası Göç Hukuku, (editör: Gülüm Bayraktaroğlu-Özçelik, Elçin Aktan), Ankara 2022, s. 470, 479 (Toprak Esası). Eğer vatandaşlığın kazanılmasında ülkede doğum tek başına yeterli ise “*şartsız ius soli*”; doğum haricinde ayrıca bir şartın (ebeveynin belirli süre ikameti gibi) aranması halinde “*şarta bağlı ius soli*” terimi kullanılmaktadır. Son olarak çocuğun, vatandaşı olmasa da kendisiyle aynı ülkede doğan bir ebeveyne sahip olması halinde, çocuğa doğum yeri esasıyla vatandaşlığı kazandırılmasına “*çifte ius soli*” denilmektedir. Kimi zaman “*çifte ius soli*” yoluyla vatandaşlığın kazanılmasında ebeveynin o ülkede doğmuş olması yeterli bulunmamakta, ayrıca o ülkede ikamet etmesi gibi ek şartların arandığı da görülmektedir. Ayrıntılı bilgi ve karşılaştırmalı hukuktan örnekler için bkz. **Sirmen**, Toprak Esası, s. 468-472. Ayrıca bkz. **Güven**, Pelin: “Türk Vatandaşlığının Doğumla Kazanılması - Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Konunun Değerlendirilmesi”, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu (29 Şubat 2008), (editör: Vahit Doğan, Feriha Bilge Tanrıbilir, Banu Şit), Ankara 2018, s. 127 vd.

<sup>13</sup> **Göger**, s. 23; **Nomer**, s. 66; **Doğan**, s. 37; **Güngör**, s. 57; **Erdem**, s. 99.

<sup>14</sup> 7039 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 3.11.2017-30229) ile TVK’ya eklenen Ek Madde 1/1’de bu vakıanın **ispatı** açısından hem konu hem de zaman bakımından sınırlama getirilmiştir. Buna göre 18 yaşını tamamlamış ancak herhangi bir devletle vatandaşlık bağı bulunmayan kişiler soy bağına göre Türk vatandaşlığını tıbbi rapor ibrazıyla gerçekleştirecektir. Hüküm doğum yeri esasına göre vatandaşlığın kazanımını düzenlememiştir. Bu açıdan bu kişilerin 18 yaşından sonraki tarihte başvurabilmelerinde hukuken bir engel yoktur. Bununla birlikte ek maddenin soy bağı esasına göre vatandaşlığın kazanılmasını sınırlamış olması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. **Güngör** soy bağı ile vatandaşlığın kazanımı Anayasal bir ilkeyken bu ilkeye aykırı bir düzenleme kanunla dahi getirilemeyeceğini belirtmektedir. Zira kanunilik ilkesi, kanunla Anayasaya aykırı olan bir düzenlemenin yapılmasına imkan vermez. Bkz. **Güngör**, s. 58-60. **Nomer** de aranan şartların soy bağı ile vatandaşlığın kazanılmasına aykırılık teşkil ettiğini ifade etmektedir. Kişinin yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanması, onun Türk vatandaşlığını kazanmasını ve dolayısıyla

### C. Sonradan Kazanılan Vatandaşlık

Yukarıda ifade edildiği üzere vatandaşlık doğum harici bir olaydan da kaynaklanabilir. Bu durum vatandaşlığın sonradan kazanılması veya müktesep vatandaşlık olarak nitelendirilir<sup>16</sup>. Soy bağı esasına göre kazanılan vatandaşlığın aksine sonradan kazanılan vatandaşlık geçmişe etkili olmayıp, karar anından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur<sup>17</sup>. Hüküm ve sonuç-

aile kütüğüne kaydını engellemeyecektir. Bkz. **Nomer**, s. 72, dph. 28. 7039 sayılı kanun hakkında ayrıca bkz. **Erkan**, Mustafa: “Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklerin İncelenmesi”, Public and Private International Law Bulletin, C. 39, S. 2, 2019, s. 434. *Erdem* de bunun çok vatandaşlık hakkının ihlal ettiğini belirtmektedir. Bkz. **Erdem**, s. 436. Konu hakkında yakın zamanda yapılan bir çalışma için bkz. **Teksoy**, Barış: “Türk Vatandaşlığın Kazanılması Konusundaki Güncel Eğilim ve Anayasal Kurallar Işığında Saklı Nüfusa İlişkin Düzenlemeler”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 76, S. 2, 2021, s. 437-473.

<sup>15</sup> Dolayısıyla, doğum ile anne veya babasından Türk vatandaşlığını kazanan kişinin Türk vatandaşlığının aile kütüğüne tescili sadece bildirici nitelikte olup, kişinin Türk vatandaşlığına resmiyet kazandırarak ispatını kolaylaştırmaktadır. Bkz. **Teksoy**, s. 442. Burada zaten var olan bir vatandaşlığın ispat vasıtasıyla, kişinin vatandaşlığının biliniyor olması sağlanır. **Dardağan-Kibar**, Esra Gül: “Türk Vatandaşlık Mevzuatı ve Güncel Gelişmeler Işığında Vatandaşlığın Kanuniliği İlkesi”, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, (editör: Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz, Lale Ayhan-İzmirli), Ankara 2019, s. 15; **Erkan**, s. 434. Vatandaşlığın tespitinin idari bir karar olması sebebiyle, soy bağının kurulması amacıyla adli yargıda verilen karar bu niteliği taşımayacaktır. Adli yargıda soy bağının tespit edilmesinin ardından, idareden vatandaşlığın tespiti için talepte bulunulabilecektir. Aksi yöndeki bir Yargıtay kararında mahkeme, “*İdari bir işleme esas teşkil üzere adli yargıda tespit kararı verilemez. İdari işleme karşı idari yargı yerinde açılacak davada bu husus tespit edilebilir.*” şeklinde karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 18. HD., 28.04.2016 gün ve E. 2015/8474, K. 2016/6835 (www.lexpera.com.tr, son erişim tarihi: 02.03.2023) Oysa soy bağının tespiti yalnızca vatandaşlığın kurulmasında değil, mirasçılık gibi pek çok hususta önem teşkil etmektedir. Bu yüzden kişinin bu davayı açmasında hukuki yararının bulunduğu açıktır. Bunun haricinde nüfus kayıtlarının düzeltilmesi ve bu kayıtlara yönelik alınacak kararların kamu düzeni ile ilgili olması nedeniyle, mahkemenin doğru bir sicili oluşturmada re’sen hareket etmesi gerekir. Nitekim sonraki Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında bu içtihattan dönülmüştür. Bkz. Yargıtay 8. HD., 16.10.2019 gün ve E. 2017/13922, K. 2019/9075 (www.lexpera.com.tr, son erişim tarihi: 02.03.2023); Adana BAM, 05.05.2021 gün ve E. 2020/1317, K. 2021/662 (www.lexpera.com.tr, son erişim tarihi: 02.03.2023); Gaziantep BAM, 18.06.2021 gün ve E. 2019/1253, K. 2021/694 (www.lexpera.com.tr, son erişim tarihi: 02.03.2023)

<sup>16</sup> Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılması, doktrinde “*telsik*” olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Fişek**, s. 14; 52; **Göğer**, s. 26; **Uluocak**, s. 51; **Nomer**, s. 75; **Doğan**, s. 58. “*Telsik’in sözlük anlamı, bir kişinin mensup olduğu kabileden ayrılıp başka bir kabileye geçmesidir.*” Bkz. **Aybay/Özbek/Ersen-Perçin**, s. 105; **Berki**, s. 62.

<sup>17</sup> TVK m. 20; “*Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin kararlar, karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder.*”



larını doğurma anı açısından bir fark olsa da sahip olunan haklar açısından kural olarak vatandaşlığın nasıl kazanıldığıнын bir önemi yoktur<sup>18</sup>. Bu açıdan Türk vatandaşlığını asli olarak kazanan ile sonradan kazanan arasında bir fark olmayıp her ikisi de eşit düzeyde Türk vatandaşdır<sup>19</sup>.

Hukumumuzda vatandaşlığın sonradan kazanılması, yetkili makam kararıyla gerçekleşebileceği gibi, istisnai olarak kişinin rızası ile de gerçekleşebilmektedir. Yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılabilmesi için kanunda aranan şartların öncelikle yerine getirilmesi gereklidir. Ancak bu şartları sağlamak kişiye vatandaşlığa alınmak için mutlak bir hak sağlamaz<sup>20</sup>. Yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasında idarenin geniş bir takdir yetkisi vardır. Ancak bu yetki keyfi kullanılamayacaktır<sup>21</sup>. Vatandaşlığın seçme hakkıyla sonradan kazanılmasında ise, idare talep sahibinin sadece kanunda aranan şartları taşıyıp taşımadığını tespit edecektir<sup>22</sup>. Çalışmanın konusunu aşması açısından, hukukumuzda sonradan kazanılan vatandaşlık hallerini aşağıda sadece belirteceğiz.

<sup>18</sup> Bu kuralın istisnasını ise, çıkma izni ile Türk vatandaşlığın kaybı halinde kişinin mavi kartlı yabancı statüsüne sahip olması açısındandır. Mavi kartlı yabancı statüsü ancak doğumla Türk vatandaşlığına sahip kişilerin sahip olabileceği bir statüdür (TVK m. 28/1).

<sup>19</sup> **Doğan**, s. 57; **Güngör**, s. 76. Bazı ülkelerde ise iki vatandaşlık arasında farklılıklar öngörülebilir. Örneğin, ABD Anayasasına göre ABD başkanı olabilmek için doğumla ABD vatandaşlığı kazanmış olmak gereklidir. Bkz. **Aybay/Özbek/Ersen-Perçin**, s. 106, dñn. 3.

<sup>20</sup> TVK m. 10/1; *“Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen bir yabancı, bu kanunda belirtilen şartları taşıması halinde yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilir. Ancak, aranan şartları taşımak vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamaz.”*

<sup>21</sup> **Doğan**, s. 59; **Erdem**, s. 122. Getirilen bu geniş takdir yetkisinin kanunilik ilkesini işlevsiz hale getirdiği belirtilmektedir. Bkz. **Dardağan-Kibar**, s. 6. *“Kanun koyucunun her türlü ihtimali öngörme imkanı bulunmadığından, idareye halin özelliğine göre karar alabilme esnekliği veren takdiri yetki, hukuka uygun sınırlar içinde kullanılmalı; hukuka aykırı uygulamalar geliştirilmemelidir. Nitekim idarenin takdiri yetkiye sahip olmasının, idarenin hukuka bağlılığı ilkesinin bir istisnası ya da sınırı olmadığı; takdiri yetkinin, idari işlemin hukukiliği değil, yerindeliği konusunda verildiği belirtilmektedir.”* Bkz. **Güngör**, s. 77.

<sup>22</sup> Bununla birlikte kanunda vatandaşlığın kazanılma anı, kişinin aranan şartları taşıdığıнын idarece tespit edildiği an olduğu belirtilmiştir (TVK m. 22). Kanımızca, kişinin iradesiyle kazandığı vatandaşlığı tespit anı yerine, kişinin idareye başvurduğu andan itibaren hüküm ifade etmesi daha yerinde olurdu. Burada her ne kadar idarenin bir takdir hakkı mevcut olmasa da bu durum vatandaşlığın yetkili makam kararıyla kazanıldığı izlenimini yaratmaktadır.

Yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanıldığı haller şunlardır;

- a. Vatandaşlığın Genel Yolla Sonradan Kazanılması (TVK m. 11)
- b. Vatandaşlığın İstisnai Yolla Sonradan Kazanılması (TVK m. 12)
- c. Vatandaşlığın Yeniden Kazanılması (TVK m. 13 ve 14)
- d. Evlenme Yoluyla Vatandaşlığın Sonradan Kazanılması (TVK m. 16)
- e. Evlat Edinilme Yoluyla Vatandaşlığın Sonradan Kazanılması<sup>23</sup> (TVK m. 17)

Vatandaşlığın sonradan kazanıldığı diğer durum ise, seçme hakkının kullanılması ile vatandaşlığın kazanılmasıdır<sup>24</sup>.

## II. DOĞUM YERİ ESASINA GÖRE TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAZANILMASI

### A. Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı üzere Türk vatandaşlığının asli olarak kazanılmasında, soy bağı esasının yanında doğum yeri esasına göre vatandaşlığın kazanılmasına da imkan verilmiştir<sup>25</sup>. Bununla birlikte doğum yeri esasına göre

<sup>23</sup> TVK m. 9'daki düzenleme, evlat edinilmeyi Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasının ayrı bir usulü olduğu izlenimi yaratmış olsa da esasen evlat edinilme ile Türk vatandaşlığının kazanılması da yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması hallerinden birisidir. TVK m. 17'deki "*kazanabilir*" ifadesi de bu görüşü desteklemektedir. Bu çelişkili durumun kaynağı, İçişleri Komisyonu'nda yapılan değişiklik olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Doğan**, s. 57. Ayrıca bkz. **Aygül**, Musa: "Evlat Edinme Yolu ile Vatandaşlığın Kaybedilmesi ve Kazanılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 99, 2012, s. 68.

<sup>24</sup> Bkz. dph. 22.

<sup>25</sup> Türk vatandaşlığının doğum yeri esasına göre kazanılması önceki vatandaşlık kanunlarında da benimsenen bir esastı. Nitekim bu düzenlemeler de esas olarak vatansızlığı önlemek amacıyla getirilmişti. Bkz. 1312 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu (RG. 04.06.1928-904) m. 2 ve 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu (22.02.1964-11638) m. 4. Ancak 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ayrıca Türkiye'de doğan yabancıların Türkiye'de doğan çocuklarına da Türk vatandaşlığını kazanabilmesine (*çifte ius soli*) imkan vermişti (1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 3). Buradaki amacın ise vatansızlığın önlenmesi olmayıp, siyasi bir amaç olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Güngör**, s. 69, dph. 252. İlgili düzenlemeler için bkz. **Berki**, Osman Fazıl: "Türk Vatandaşlık Hukukunda Toprak Esasının Gelişmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 1, 1970, s. 67-75, (Toprak Esası). Osmanlı'da da doğum yeri esasının vatandaşlığın kazanılmasında önemli bir etkiye sahip olduğu ifade edilmiştir. Buna dayanak olarak da ülkede ikamet eden herkesin Osmanlı tabiiyetinde kabul edildiğini belirten kanun maddesi gösterilmiştir [1869 tarihli Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi (TOK) m. 9]. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için, kişinin ebeveyninden yabancı devlet vatandaşlığını kazanamaması, diğer bir deyişle vatansız olması gerek-

kazanılan vatandaşlık ikincil nitelikte olup, ilkenin esas amacı vatansızlığın önlenmesidir<sup>26</sup>. Ancak bu istisnai bir esas da değildir<sup>27</sup>.

TVK'da doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığının kazanılması 8. maddede düzenlenmiştir. Bu hüküm dışında Türkiye'de doğmuş olmak Türk vatandaşlık hukuku açısından önem taşımamaktadır<sup>28</sup>. Doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığının kazanılması iki halde mümkündür. İlk durum Türkiye'de doğan çocuklarken, ikinci durum Türkiye'de bulunmuş çocuklardır.

## B. Türkiye'de Doğmuş Çocuklar

Doğum yeri esasına göre vatandaşlığın kazanılmasının ilk hali, çocuğun Türkiye'de doğmuş olmasıdır. Ancak Türkiye'de doğan her çocuk kendili-

mekteydi. Bkz. **Topçuoğlu**, Ali Aslan: "İslam Hukukunda ve 1869 Tarihli Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nde Çocukların Vatandaşlık Durumu", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 12, S. 62, 2019, s. 1824. Kanaatimizce bu hüküm doğum yeri esasını işaret etmemektedir. Zira doğum yeri esasının ana prensibi o ülkede doğmuş olmaktır. Yoksa ikamet etmek değildir. Buna karşın bu düzenlemenin Osmanlı'da vatansız statüsünü engellediği de bir gerçektir. Aynı yönde bkz. **Berki**, Toprak Esası, s. 68; **Fişek**, s. 41; 174. Ayrıca kanunda, ülkede doğan yabancılara ergin olduktan sonra (üç yıl içinde) Osmanlı tabiiyetini kazanma imkanı da tanınmıştı (TOK m. 2). Doktrinde vatandaşlığın bu yolla kazanılması "*siyasi toprak esası*" şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. **Seviğ**, s. 79; **Göger**, s. 48-49. Kanaatimizce bu düzenleme de vatandaşlık hukuku terminolojisinde doğum yeri esasına işaret etmemektedir. Zira doğum yeri esası, asli bir vatandaşlık türü olup, doğum anından itibaren geçerlidir. Dolayısıyla bu hususu vatandaşlığın seçme hakkı yoluyla kazanılması kapsamında nitelendirmek kanaatimizce daha doğru olur. Bu yönde bkz. **Berki**, Toprak Esası, s. 68. Benzer yönde **Fişek** bu durumu "*bir nevi telsik*" şeklinde ifade etmiştir. Bkz. **Fişek**, s. 40.

<sup>26</sup> **Nomer**, s. 72; **Aybay/Özbek/Ersen-Perçin**, s. 101; **Doğan**, s. 52; **Güngör**, s. 70; **Erdem**, s. 114.

<sup>27</sup> "*Doğum yeri esası TVK m. 7/3'ün istisnası olsaydı uygulama alanının evlilik dışı Türkiye'de doğan çocuğun Türk vatandaşı babaya soy bağı ile bağlanmadığı hal ile sınırlı olması gerekirdi ki, TVK m. 8'in uygulama alanı bundan genişdir.*" Bkz. **Güngör**, s. 69-70. Doktrinde **Göger** ve **Aybay/Özbek/Ersen-Perçin** ise, doğum yeri esasıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasını istisnai esas olarak nitelendirir. Bkz. **Göger**, s. 51; **Aybay/Özbek/Ersen-Perçin**, s. 93.

<sup>28</sup> **Aybay/Özbek**'e göre Türkiye'de doğmuş olmak, yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasını kolaylaştıran bir etken olmalıdır. Bkz. **Aybay**, Rona/Özbek, Nimet: Vatandaşlık Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2015, s. 103. Örneğin Avusturya hukukunda ülkede doğanlar için aranan ikamet şartı daha kısa sürelidir. Bu kişiler için genel yolla vatandaşlığın kazanılmasında aranan 10 yıllık ikamet süresi yerine 6 yıllık ikamet süresi aranmaktadır. (Avusturya Vatandaşlık Kanunu m. 11a/4). Avusturya Vatandaşlık Kanunu'nun İngilizce metni için bkz. [https://data.globalcit.eu/NationalDB/docs/AT%20Nationality%20Act%201985%20\(consolidated%20version%20as%20by%20Law%2037%202006\).pdf](https://data.globalcit.eu/NationalDB/docs/AT%20Nationality%20Act%201985%20(consolidated%20version%20as%20by%20Law%2037%202006).pdf) (son erişim tarihi: 06.01.2023)

ğinden Türk vatandaşlığını kazanamayacaktır. Yukarıda da ifade edildiği üzere bu ilkenin amacı vatansızlığı önlemek olduğundan, çocuğun doğum anında kendi annesi veya babası tarafından herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamamış olması gerekir. Nitekim bu durum TVK m. 8/1’de açıkça belirtilmiştir. “*Türkiye’de doğan ve yabancı ana ve babasından dolayı doğumla herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan çocuk, doğumdan itibaren Türk vatandaşıdır.*” Bu hükme göre Türkiye’de doğan çocukların Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için aranan şartları üç başlıkta inceleyebiliriz. Nitekim bu sayede konuyla ilgili tartışmalı gördüğümüz noktaları, bağlantılı oldukları başlıklar altında da inceleyebileceğiz.

### 1. Türkiye’de Doğmuş Olmak

Doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığının kazanabilmenin ilk şartı, doğumun Türkiye’de gerçekleşmesidir. Doğumun Türkiye’de gerçekleşmiş olmasında, sadece devletin kara sahasının içindeki arazi kastedilmez. Zira devletin ülkesel sınırı kara sahası dışında deniz ve hava sahalarından da oluşmaktadır<sup>29</sup>. Devletler bu alanlarda egemenlik yetkilerine tam olarak sahiptir. Bu yüzden bu alanlar dışındaki yerler ülkeye<sup>30</sup> dahil değildir<sup>31</sup>.

Türkiye’nin ülkesel sınırları çeşitli milletlerarası sözleşmelerle (örneğin Lozan antlaşması) belirlenmiştir<sup>32</sup>. Buna göre, Türkiye’nin kara sahasının içindeki (karasular ve nehirler de dahil olmak üzere) arazi oluştururken, hava sahasını da kara sahası üzerindeki atmosfer tabakası oluşturur<sup>33</sup>. Türkiye’nin deniz ülkesi ise, Ege’de 6 mil, Akdeniz ve Karadeniz’de 12 mil olarak deklar edilmiştir<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> **Başgil**, Ali Fuat: “Devletin Ülke Unsuru”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 4, 1946, s. 1268; **Pazarıcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 19. Bası, Ankara 2020, s. 149; **Sur**, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 16. Baskı, İstanbul 2022, s. 113.

<sup>30</sup> Devlet ülkesi, bir devletin egemenlik yetkilerine sahip olduğu yeryüzü parçası olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Sur**, s. 112; **Toluner**, Sevin: Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi, 5. Bası, İstanbul 1996, s. 31.

<sup>31</sup> “*Örneğin, gerek karasuları ötesindeki kıta sahanlığı bölümü, gerek ilan edildiği takdirde bitişik bölge veya münhasır ekonomik bölge, kıyı devletinin sınırları dışında kalır.*” Bkz. **Sur**, s. 113.

<sup>32</sup> **Başgil**, s. 1268; **Aybay/Özbek/Ersen-Perçin**, s. 102. İlgili antlaşmalar için bkz. **Toluner**, s. 32-38.

<sup>33</sup> **Aybay/Özbek/Ersen-Perçin**, s. 102.

<sup>34</sup> 2674 sayılı Karasuları Kanunu (RG. 29.05.1984-17708) m. 1 uyarınca Türk karasularının genişliği 6 mildir. Ancak kanunda Cumhurbaşkanı kararıyla bu sınırın üstüne çıkılabileceği belirtilmiştir. 2018 yılına kadar bu yetki Bakanlar Kurulundaydı. Nitekim

Milletlerarası hukukta devletin ülkesinin sınırlarını oluşturan kara, deniz ve hava ülkesi dışındaki yerler ülkeye dahil olmadığından ötürü, yabancı ülkelerde bulunan elçilik ve konsolosluklar ülke sınırları içerisine dahil değildir<sup>35</sup>. Devletler, açık denizlerde bulunan kendi bayraklarını taşıyan sivil gemilerde<sup>36</sup> meydana gelen olaylar sebebiyle yargı yetkisi tesis etmektedir. Nitekim bu durum bizim için de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun<sup>37</sup> (TCK) yer bakımından uygulama başlıklı 8. maddesinde belirtilmektedir. Madde, açık denizlerdeki Türk deniz ve hava araçlarında işlenen suçların Türkiye'de gerçekleşmiş sayılacağına belirtmektedir.

Tesis edilen yargı yetkisine rağmen açık denizlerde devletin bayrağını taşıyan gemiler de devletin ülke sınırına dahil değildir<sup>38</sup>. Buna karşın vatan-

---

Bakanlar Kurulu bu yetkiye istinaden 29.05.1982 tarihli 8/4742 sayılı kararı (RG. 15.12.1983-18252) ile Akdeniz ve Karadeniz'deki 12 mil uygulamasına devam edildiğini belirtmiştir. Bkz. **Pazarıcı**, s. 280; **Acer**, Yücel/**Kaya**, İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı İngilizce Özetli, 11. Baskı, Ankara 2020, s. 209. Milletlerarası hukukta kıyı devletlerine, kıyından itibaren 12 mili geçmemek şartıyla deniz ülkesini ilan etme yetkisinin verildiği belirtilmektedir. Bkz. **Acer/Kaya**, s. 207. Dolayısıyla Akdeniz ve Karadeniz'de tesis edilen Türk karasularının sınırı milletlerarası hukuka uygundur. Bkz. **Toluner**, s. 84.

<sup>35</sup> **Shaw**, Malcolm N.: "Territory in International Law", Netherlands Yearbook of International Law, C. 13, 1982, s. 67; **Sur**, s. 113; **Kohen**, Marcelo G.: "Introduction", Territoriality and International Law, (editör: Marcelo G. Kohen), Cheltenham UK - Northampton, MA, USA, 2016, s. xiii. *Oppenheim* ülkeyi gerçek ve kurgusal kısımlar şeklinde ikiye ayırmaktadır. Yazar, elçilik ve konsoloslukları ülkenin kurgusal kısmının bir parçası olduğunu ileri sürmüştür. Buna karşın yazarın bu ayırımdaki amacı, elçilik ve konsoloslukların sanki bulunduğu ülkenin değilmişçesine farklı statüye tabi tutulmasını vurgulamaktır. **Oppenheim**, Lassa Francis: International Law A Treatise, C. 1, Ankara 2020, s. 241-242, 483. Aksine bir yorum ülke ile yargı yetkisinin birbirine karıştırılması anlamına gelecektir. Bkz. **Shaw**, s. 67.

<sup>36</sup> Hava veya deniz aracı.

<sup>37</sup> RG. 12.10.2004-25611.

<sup>38</sup> **Sur**, s. 113. Milletlerarası hukuka hakim olmayan kişiler (özellikle gazeteciler, politikacılar) tarafından sıklıkla yapılan hata, diplomatik temsilciliklerin ve gemilerin bağlı olduğu devletin toprak parçası olduğunun ileri sürülmesidir. Oysa diplomatik temsilcilikler ve gemiler bağlı olduğu devletin ülkesinin değil buldukları devletin ülkesine dahildir. Bkz. **Kohen**, s. xiii. *Oppenheim* ülke unsurunu açıklarken yaptığı gerçek kısım ile kurgusal kısım ayırımında, gemileri de elçilik ve konsolosluklarda olduğu gibi, ülkenin kurgusal kısmına dahil etmiştir. Bkz. **Oppenheim**, s. 241-242, 348. Ancak belirtildiği üzere yapılan bu ayırımdaki amaç, gemilerin farklı statüye tabi tutulabilmesini vurgulamak içindir. Dolayısıyla burada yargı yetkisinin tesis edilmesi ile ülkenin birbirine karıştırılmaması gerekir. Bkz. **Shaw**, s. 67. Açık denizlerde gemilerin tabiiyeti vasıtasıyla, devletlere bir yargı hakkının tanınması mümkün olsa da "*bu saha hiçbir surette devletin ülkesine ve hakimiyet sahasına dahil değildir.*". Bkz. **Göze**, Ayferi: Devletin Ülke Unsuru (Sınırları ve Devletle Olan Münasebeti), İstanbul 1959, s. 139.

daşlık hukuku açısından gemilerin, bayrağını taşıdığı devletin bir uzantısını teşkil ettiği kabul edilmektedir<sup>39</sup>. *Güngör*, bu durumun, 1961 tarihli Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin<sup>40</sup> yarattığı etkiden kaynaklandığını belirtmektedir<sup>41</sup>. Bu yüzden açık denizlerde (ve bunların üzerindeki hava sahasında) Türk bayrağını taşıyan sivil gemilerde<sup>42</sup> doğan çocukların Türkiye'de doğmuş sayılacağı belirtilmektedir<sup>43</sup>. Çocuğun ticari gemide ancak geminin yabancı devletin ülkesinde bulunduğu sırada doğması halinde -savaş gemilerinin aksine- çocuğun Türkiye'de doğmuş olduğunun kabulü konusunda hakim bir kanaat yoktur<sup>44</sup>. Kanaatimizce doktrinde bu yönde bir fikir birliğine varılamamasının temelinde, kara sularının devletin deniz ülkesinin mi yoksa açık suların bir parçasının mı olduğu

<sup>39</sup> **Belgesay**, s. 14-15; **Seviğ**, s. 85; **Birsen**, s. 31; **Berki**, s. 47; **Fişek**, s. 51; **Uluocak**, s. 31; **Nomer**, s. 73; **Doğan**, s. 53; **Turhan/Tanrıbilir**, s. 59; **Güngör**, s. 72; **Erdem**, s. 113. "Açık denizde bulunan gemiler ülkenin yüzer bir parçasıdır." Bkz. **Göger**, s. 51. Ayrıca bkz. **Güngör**, Vatansızlık, s. 485, dpn. 21.

<sup>40</sup> Sözleşmeye taraf devletler için bkz. [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=V-4&chapter=5](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-4&chapter=5) (son erişim tarihi: 13.11.2022) Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. [https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/milletlerarasi/DigerSozlesmeler/Vatansizligin\\_azaltilmasina\\_dair\\_sozlesme.pdf](https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/milletlerarasi/DigerSozlesmeler/Vatansizligin_azaltilmasina_dair_sozlesme.pdf) (son erişim tarihi: 13.11.2022)

<sup>41</sup> **Güngör**, Vatansızlık, s. 485-486. Ancak sözleşmenin akdedildiği dönem öncesi dahi hakim görüş bu yöneydi. Bkz. **Belgesay**, s. 14-15; **Birsen**, s. 31; **Berki**, s. 47; **Fişek**, s. 51, dpn. 92. Türkiye henüz bu sözleşmeye taraf değildir. Türkiye'nin sözleşmeye taraf olması durumunda hukukumuzdaki olası etkileri için ayrıca bkz. **Özbek-Hadimoğlu**, Nimet/**Teksoy**, Barış: "Vatansızlığın Azaltılmasına Dair BM Sözleşmesi (1961) Karşısında Türk Vatandaşlığı Kanunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 107, Ankara 2013, s. 221-244.

<sup>42</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) m. 940'a göre "Her Türk gemisi Türk bayrağını çeker." (RG. 14.2.2011-27846). Hava gemilerine ilişkin düzenleme ise, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda (TSHK) belirtilmiştir. Türk sivil aracı ile; "Devlet hava araçları tanımı dışında kalan ve mülkiyeti Türk Devletine veya kamu tüzel kişilerine veya Türk vatandaşlarına ait araçlar" ifade edilir (RG. 19.10.1983-18196). Gemilerin tabiiyetine ilişkin bkz. **Nomer**, s. 47-48; **Aybay/Özbek/Ersen-Perçin**, s. 283-308; **Doğan**, s. 226-229; **Güngör**, s. 261-277; **Sirmen**, Kazım Sedat: Hava Araçlarının Tabiiyeti, Ankara 2005.

<sup>43</sup> **Birsen**, s. 31; **Berki**, s. 47; **Fişek**, s. 51; **Göger**, s. 51; **Nomer**, s. 73; **Aybay/Özbek/Ersen-Perçin**, s. 102; **Turhan/Tanrıbilir**, s. 59; **Güngör**, s. 73; **Erdem**, s. 113.

<sup>44</sup> **Göger**, s. 51. Doktrinde *Belgesay*, yabancı devletin karasularında bulunan Türk tabiiyetindeki gemide gerçekleşen doğumların da Türkiye'de gerçekleşmiş sayılacağını belirtmiştir. Yazarın bu görüşünün gerekçesi, doğumun tam gerçekleştiği yerin tespit edilememesi ihtimalinin olmasıdır. Bkz. **Belgesay**, s. 15. *Uluocak*'a göre de Türk gemisinde doğan çocuk, geminin nerede bulunduğuna bakılmaksızın Türkiye'de doğmuş sayılır. Bkz. **Uluocak**, s. 31.

yönündeki tarihsel tartışma yatmaktadır<sup>45</sup>. Bugün için milletlerarası hukukta, kara sularının devletin ülkesine dahil olduğunun benimsenmesiyle birlikte, bu sularda gerçekleşen doğum olayının kıyı devletinin ülkesinde gerçekleşmiş sayılacağına şüphe yoktur<sup>46</sup>. Bu genel kabule rağmen, geminin tabiiyetine bağlı olduğu bazı devletlerin de bu doğumu, kendi ülkesinde gerçekleştirmiş saydığı görülmektedir<sup>47</sup>. Dolayısıyla burada, aynı yerde iki farklı devletin ülkesel egemenlik iddiasının olduğu gibi çelişkili bir hal ortaya çıkmaktadır ki bu durumu aşağıda değerlendireceğiz.

Doktrinde devletin hava ülkesinde veya deniz ülkesinde seyreden bir gemide doğan çocuğun, hangi ülkede doğduğunun tespitinin zor olmasından ötürü, çocuğun sadece geminin bayrağını taşıdığı devletin ülkesinde doğmuş sayılması gerektiği belirtilmektedir<sup>48</sup>. Kanımızca teknolojinin günümüzde geldiği nokta itibarıyla bunun tespit edilebilirliği mümkündür. Bu yüzden burada bir istisna getirilmesi gerektiğine ilişkin görüşe katılmıyoruz. Ayrıca çocuğun hem geminin tabiiyetine bağlı olduğu hem de geminin doğum anında bulunduğu devletin ülkesinde doğmuş olduğunun kabulü çocuğun da menfaatine olacaktır. Bu sayede çocuğun doğum yeri esasıyla vatandaşlık kazanabilme ihtimali arttığından, vatansız duruma düşme ihtimali azalacaktır.

Savaş gemileri açısından meseleye bakıldığında ise, bu gemiler nerede bulduklarına bakılmaksızın ilgili devletin ülkesinin uzantısı sayılacağını, zira savaş gemilerinin, devletin egemenliğini temsil ettiğini ve her gittiği yere de bu egemenliği taşıyan bir niteliğe sahip olduğu belirtilmektedir. Bu yüzden, Türkiye Cumhuriyeti'ne ait gemilerin birinde doğan çocuğun nerede olduğuna bakılmaksızın (yabancı devletin karasuları ve hava sahası dahil)

<sup>45</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Göze, 119-139.

<sup>46</sup> Göze, s. 121.

<sup>47</sup> Shearer, Ivan/Opeskin, Brain: "Nationality and Statelessness", Foundations of International Migration Law, (editör: Brian Opeskin, Richard Perruchoud, Jillyanne Redpath-Cross), Cambridge 2012, s. 98. Karşılaştırmalı hukuktan örnekler için aşağıda bkz. dpn. 115. Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde yabancı devletin egemenlik sahasında olmakla birlikte, deniz ve hava araçların içinde doğan çocukların, deniz ve hava araçlarının tabiiyetinde oldukları devlette doğmuş kabul edilebileceği belirtildiğinden ve yine sözleşmenin *erga omnes* niteliğinde olmasından ötürü, Türkiye'nin sözleşmeye taraf olması halinde, Türkiye'nin herkese karşı bu yükümlülüğü doğacaktır. Bu halde doğum yabancı devletin ülke sınırlarında gerçekleşmiş olsa da Türk tabiiyetindeki gemilerde doğan çocuklar Türkiye'de doğmuş kabul edilebilecektir. Bkz. Güngör, Vatansızlık, s. 487.

<sup>48</sup> Göger, s. 50; Doğan, s. 53.

Türkiye’de doğmuş olduğunun kabulü doktrinca istisnasız şekilde belirtilmiştir<sup>49</sup>.

Dikkat edileceği üzere gemiler milletlerarası hukuk doktrinince devletin ülkesi kapsamında görülmezken<sup>50</sup>; vatandaşlık hukuku doktrinince istisnasız olarak ülke unsuruna dahil edilmektedir<sup>51</sup>. Burada iki hukuk dalı arasında bir çatışmanın olduğu ve devletin unsurlarının belirlenmesinde milletlerarası hukuk yorumunun üstün tutulması gerektiği ileri sürülebilir. Zira vatandaşlık hukukunun konusu ülkeden ne anlaşılması gerektiği değildir. Hatta belki de ülke unsurunun en önem arz ettiği durum doğum yeri esasıyla vatandaşlığın kazanılması hadisesidir<sup>52</sup>. Daha da ötesi vatandaşlık hukuku milletlerarası hukuk ile o kadar sıkı ilişkilidir ki devletin egemenlik yetkisinin dahi sınırlandırılmasının sebebini oluşturur. Öyle ki bir devletin kişilere vatandaşlık verirken milletlerarası hukukun ilkelerine aykırı hareket etmesi, o devletçe verilen vatandaşlığın diğer devletlerce etki doğurmamasına/tanınmamasına sebebiyet vermektedir<sup>53</sup>. Bu yüzden devletlerin kişilerle vatandaşlık bağıni kurarken sahip olduğu egemenlik yetkisini, milletlerarası hukuka uygun şekilde kullanması gerekir.

<sup>49</sup> Belgesay, s. 14-15; Seviğ, s. 85; Birsen, s. 31; Berki, s. 47; Fişek, s. 52; Göger, s. 51; Nomer, s. 73; Doğan, s. 53; Turhan/Tanrıbilir, s. 59; Güngör, s. 73; Erdem, s. 113.

<sup>50</sup> Yukarıda bkz. dñn. 38.

<sup>51</sup> Yukarıda bkz. dñn. 39.

<sup>52</sup> Esasında vatandaşlığın yetkili makam kararıyla kazanıldığı hallerde de belirli bir süre ülkede ikamet etme şartı arandığından ülke kavramı bu hallerde de önem teşkil edecektir. Ancak bu hallerde ülkede ikamet etme şartı, aranan pek çok şarttan sadece bir tanesidir. Nitekim yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması hallerinde idarenin takdir yetkisi de bulunduğundan (TVK m. 10), ülke unsuru doğum yeri esasındaki kadar önem teşkil etmemektedir. Bkz. TVK m. 11/1-b ve TVK m. 14.

<sup>53</sup> Bkz. Güngör, s. 14-15; 21; Batır, Kerem: Uluslararası Hukukta Vatandaşlık, 2. Baskı, 2018, s. 23; Özkan, Işıl: Göç ve Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2022, s. 51, (Vatandaşlık). 1930 tarihli Vatandaşlık Kanunları İhtilafına İlişkin Bazı Sorunlar Hakkında Lahey Sözleşmesi m. 1’de devletlerin egemenlik yetkisinin sınırının milletlerarası hukuk (milletlerarası sözleşmelere, milletlerarası teamül hukukuna ve hukukun genel ilkelere) olduğu vurgulanmıştır. Sözleşme için bkz. [https://www.refworld.org/publisher, LON,,,3ae6b3b00,0.html](https://www.refworld.org/publisher/LON,,,3ae6b3b00,0.html) (son erişim tarihi: 04.01.2023) Benzer hüküm 1997 tarihli Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinde de yer almaktadır (Sözleşme m. 3/2). Bkz. <https://rm.coe.int/168007f2c8> (son erişim tarihi: 04.01.2023) Sözleşmenin Türkçe çevirisi için bkz. Aykaç, Alper Can: “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi: Strazburg, 6.XI.1997”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 77, 2008, s. 359-383. Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, Gülin: “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yılmaz Altuğ’a Armağan, C. 17, S. 1-2, 1997, s. 229-250, (Vatandaşlık Sözleşmesi).



Kanaatimizce gemilerin vatandaşlık hukuku bakımından ülke unsurunun içerisine alınması, milletlerarası hukuka bir aykırılık teşkil etmez. Aksine ülke unsurunun vatandaşlık hukuku bakımından genişlemesinin sebebi bizzat milletlerarası hukukun kendisidir. Zira bugün için vatansızlığın engellenmesi milletlerarası hukukun teamül kuralı haline gelmiştir<sup>54</sup>. Bu ilkenin vatandaşlık hukukunda görünümü “*Herkesin mutlaka bir vatandaşlığı olmalıdır.*” şeklinde olmuştur ve konuya ilişkin pek çok sözleşme akdedilmiştir<sup>55</sup>. Nitekim bu ilke çoğu zaman milletlerarası hukukta kabul edilen çocuğun yüksek menfaati ile de birleşmekte, çocuk vatansızlığın engellenmesi üstünde ayrıca durulmaktadır<sup>56</sup>.

Vatansızlık hallerinin azaltılmasına ilişkin pek çok sözleşme akdedilse de konumuz açısından 1961 tarihli Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi<sup>57</sup>,nin bu durumu bizzat ele alması sebebiyle ayrıca önem teşkil etmektedir. Sözleşmenin 3. maddesi uyarınca, devletlerin kendi tabiiyetindeki gemilerde gerçekleşecek doğumların kendi ülkesinde gerçekleşmiş sayılabileceği belirtilmiştir. Nitekim sözleşmenin akdedilmesinden çok daha öncesinde konuyu bu yönde değerlendiren yazarların olduğu görüldüğünde<sup>58</sup> sözleşmenin vatandaşlık hukuku açısından, ülke unsurunun gemileri de kapsayacağını teyit eden bir sözleşme olduğunu göstermektedir. Açıklanan sebeplerle, vatandaşlık hukukunda ülke unsurunun, milletlerarası hukuktaki klasik ülke kavramından geniş yorumlanması, bizzat milletlerarası hukukun cevaz verdiği bir haldir<sup>59</sup>. Ancak bu yorumun yapılabilmesi için kanaatimizce bunun vatansızlığın engellenmesi amacına hizmet etmesi gerekir.

Kanaatimizce olası tereddütleri gidermek amacıyla kanundaki “*Türkiye’de doğan*” ifadesinin, “*Türkiye’de yahut yurt dışında Türk tabiiyetindeki*

<sup>54</sup> **Batır**, s. 23.

<sup>55</sup> Bu yönde yapılmış özel bir çalışma için bkz. **Odman**, Tevfik M.: Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku, Mersin 2011.

<sup>56</sup> 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 7/2 hükmü bunun en belirgin örneğini oluşturur (RG. 27.01.1995-22184). Sözleşme metni için bkz. <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (son erişim tarihi: 04.01.2023) Sözleşme milletlerarası hukukta en çok onaylanan sözleşmedir. Ocak 2023 itibarıyla sözleşmeyi 196 devlet onaylamıştır. Konu hakkında ayrıca bkz. **Odman**, s. 68-69; **Batır**, s. 53-54; **Alibaba**, Arzu: Vatandaşlık Hakkı ve Vatandaşlığın Kazanılmasında ve Kaybında İnsan Hakları, Ankara 2021, s. 98-100

<sup>57</sup> Yukarıda bkz. dpn. 40.

<sup>58</sup> **Belgesay**, s. 14-15; **Birsen**, s. 31; **Berki**, s. 47; **Fişek**, s. 51, dpn. 92.

<sup>59</sup> Gemilerin aksine bu istisna, dış temsilciliklerde gerçekleşen doğumlara tanınmamıştır.

bir gemide doğan” şeklinde değiştirilmesinde yarar vardır<sup>60</sup>. Doğum yeri esasına göre vatandaşlığın kazanılmasında vatansızlığın önlenmesi amacı değişmedikçe bu düzenlemenin milletlerarası hukuka da uygun olacağına kanaatindeyiz.

Son olarak belirtelim ki, kimi zaman milletlerarası hukuk düzeni, doğum yeri esasını daraltmakta ve kişiye o ülkede doğmuş olmasına rağmen, doğum yeri esasıyla ilgili devletin vatandaşlığını kazanabilmesine engel olmaktadır. Bu istisnai durum ilk olarak, diplomatik dokunulmazlığa sahip kişilerin çocukları bakımından getirilmiştir<sup>61</sup>. Milletlerarası teamül kuralı olarak kabul edilen bu sınırlama<sup>62</sup>, milletlerarası sözleşmelere de yansımıştır ve kapsamı genişletilmiştir. 1930 tarihli Vatandaşlık Kanunları İhtilafına İlişkin Bazı Sorunlar Hakkında Lahey Sözleşmesi<sup>63</sup> (m. 12), 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesinin Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin İhtiyarı Protokolü<sup>64</sup> (m. 2) ile 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesinin Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin İhtiyarı Protokolü<sup>65</sup> (m. 2) bunun açık örneklerini oluşturmaktadır. 1930 tarihli Sözleşme’de yalnızca diplomatik dokunulmazlığa sahip kişilerin çocuklarından bahsedilirken, 1961 tarihli Sözleşme ile 1963 tarihli Protokol’de, dış temsilciliklerde çalışan misyon şefi ve çalışanlarına<sup>66</sup> ve bunların aile fertlerine de doğum yeri esasıyla vatandaşlığın kazandırılmayacağı belirtilmiştir<sup>67</sup>.

<sup>60</sup> Karşılaştırmalı hukukta bu yönde benzer bir düzenleme için bkz. Avusturya Vatandaşlık Kanunu m. 11a/5 ve 14/2 Bkz. [https://data.globalcit.eu/NationalDB/docs/AT%20Nationality%20Act%201985%20\(consolidated%20version%20as%20by%20Law%2037%202006\).pdf0](https://data.globalcit.eu/NationalDB/docs/AT%20Nationality%20Act%201985%20(consolidated%20version%20as%20by%20Law%2037%202006).pdf0) (son erişim tarihi: 06.01.2023)

<sup>61</sup> **Hofmann**, Rainer: “Overview of Nationality and Citizenship in International Law”, Citizenship and Nationality Status in the Europe, (editör: Siofra O’Leary, Teija Tiilikainen), London 1998, s. 8.

<sup>62</sup> **Hofmann**, s. 8. Aynı gemilerde olduğu gibi bu kural da vatandaşlık hukukunda kabul edilen milletlerarası teamül kuralının somut bir yansımasıdır. Bkz. **İleri**, Suphi Nuri: Yasaların Çatışması İhtilafı Kavanin, İstanbul 1934, s. 33.

<sup>63</sup> <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b00.html> (son erişim tarihi: 04.01.2023)

<sup>64</sup> Bkz. [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_1\\_1961\\_nationality.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961_nationality.pdf) (son erişim tarihi: 04.01.2023)

<sup>65</sup> Bkz. [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_2\\_1963\\_nationality.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963_nationality.pdf) (son erişim tarihi: 04.01.2023)

<sup>66</sup> Örneğin, misyon şefi ve çalışanlarının o ülkede doğmuş olduklarının tespiti mesleklerini ifa ederken yapılmış olabilir. İşte bu durumda doğum yeri esasıyla bu kişilere vatandaşlık verilemeyecektir.

<sup>67</sup> Her ne kadar düzenlemelerde kanun gereği (*ex lege*) vatandaşlığın kazanılmasından bahsedilse de bu sınırlamadaki amacın, doğum yeri esası yoluyla vatandaşlığın kazanıl-

## 2. Anne veya Babasından Herhangi Bir Ülkenin Vatandaşlığını Kazanamamış Olmak

Doğum Türkiye’de gerçekleşmiş olacağından, burada kastedilen kişinin anne veya babasından soy bağı esasına göre vatandaşlık kazanamamış olmasıdır. Çocuğun anne ve babasıyla soy bağının kurulması ise vatandaşlığın kazanılması açısından bir ön meseledir. Bu ön meselenin çözümü ise, yabancılık unsurunun olmasından ötürü<sup>68</sup> 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un<sup>69</sup> (MÖHUK) yetkili kıldığı hukuka göre çözümlenecektir<sup>70</sup>. Bugün için Türkiye dahil olmak üzere pek çok ülkede evlilik içi dışı ayrımı yapılmaksızın “*çocuğu doğuran kadın, çocuğun annesidir*”<sup>71</sup> prensibi benimsenmiştir<sup>72</sup>. Baba ile soy bağının kurulmasında ise farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Sonuç olarak anne veya baba ile uygulanacak hukuka göre soy bağının kurulamaması veya kurulmuş olsa da çocuğun bir ülke vatandaşlığını kazanamaması halinde, bu şartın gerçekleştiğini söyleyebiliriz. Bu halleri daha ayrıntılı saymak gerekirse<sup>73</sup>;

*“Ana ve baba, sadece doğum yeri esasını kabul eden devlet ya da devletlerin vatandaşıdır.*

*Ana ve baba vatansızdır.*

*Ana veya babadan biri, sadece doğum yeri esasını kabul eden bir devletin vatandaşı iken, diğeri vatansızdır.*

*Ana ve baba fiilen ve hukuken bulunmamaktadır (bulunmuş çocuk).*

---

ması olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Hofmann**, s. 8; **Güngör**, s. 20; **Shearer/Opeskin**, s. 99.

<sup>68</sup> Bu durumda soy bağının hangi hukuka göre kurulacağı belirsizliğinden dolayı çocuğun vatandaşlığı da belirsizdir. Bu yüzden kanaatimizce, uyumsuzluğun bu aşamasında çocuk yabancı statüsünde olarak değerlendirilir. Ancak uygulanacak hukuka göre çocuk ile Türk ebeveyn arasında soy bağı kurulursa, çocuk doğum anından itibaren Türk vatandaşlığını kazanır.

<sup>69</sup> RG. 12.12.2007-26728.

<sup>70</sup> MÖHUK m. 16; “*Soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki millî hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki millî hukuklarına, bunlara göre kurulamaması hâlinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tâbi olarak kurulur.*” Türkiye ayrıca çocuğun ana ve/veya babasıyla soy bağının kurulabilmesine ilişkin pek çok milletlerarası sözleşmeye tarafıdır. Sözleşmeler için Bkz. **Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 152-155.

<sup>71</sup> *Master semper certa est.*

<sup>72</sup> **Nomer**, s. 74; **Erdem**, s. 114; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 145.

<sup>73</sup> **Güngör**, s. 71.

*Ana veya babadan biri, sadece doğum yeri esasını kabul eden bir devletin vatandaşıyken, diğer ana veya baba, soy bağı esasını kabul eden bir devletin vatandaşı olduğu halde onunla evlilik dışında [veya evlilik içinde]<sup>74</sup> Türkiye’de doğan çocuk arasında soy bağı hukukten kurulamamıştır.*

*Ana veya babadan biri vatansızken, diğeri soy bağı esasını kabul eden bir devletin vatandaşı olmasına karşın, soy bağı esasını kabul eden devletin vatandaşı olan ana veya baba ile evlilik dışı [veya evlilik içinde]<sup>75</sup> çocuk arasında soy bağı hukukten kurulmamıştır.*

*Ananın ve babanın soy bağı esasını kabul eden devlet ya da devletlerin vatandaşları olmalarına karşın, ana ve baba ile evlilik dışı [veya evlilik içinde]<sup>76</sup> çocuk arasında soy bağı hukukten kurulmamıştır.”*

Burada, Türkiye’de doğan ancak Türkiye Cumhuriyeti devleti tarafından tanınmayan bir devletin vatandaşlığını anne ve/veya babasına göre soy bağı esasına göre kazanmış olan çocuğun durumuna değinmekte yarar vardır<sup>77</sup>. Acaba Türkiye Cumhuriyeti devleti tarafından tanınmayan devletin vatandaşı olan çocuk, doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığını kazanabilecek midir? Yoksa çocuğun bir vatandaşlığının olduğu kabul edilip, doğum yeri esasına göre vatandaşlık verilmeyecek midir?

İlk akla gelebilecek olan yoruma göre, bir devletin diğer bir devleti tanımaması, onun egemenlik hakkını reddetmesi sonucunu doğurur<sup>78</sup>. Nitekim vatandaşlık da devletlerin egemenlik haklarından kaynaklanan bir statüdür<sup>79</sup>.

<sup>74</sup> Evlilik birliği içinde doğan çocuğun babayla soy bağını doğrudan kuran babalık karinesinin kabul edilip edilmediği, soy bağına uygulanacak hukuka göre belirleneceğinden, evlilik birliği içinde doğmuş olsa da babayla soy bağına kurulamama ihtimali teorik olarak mevcuttur. Aynı şekilde uygulanacak hukuka göre kişinin annesiyle soy bağına kurulmasında, doğum olayı yerine annenin bu yönde bir tanıma beyanı aranabilir.

<sup>75</sup> Bkz. dpn. 74.

<sup>76</sup> Bkz. dpn. 74.

<sup>77</sup> Örnekte çocuğun başka bir devletin vatandaşı olmadığını kabul ediyoruz. Ayrıca olağan dışı olarak hükümetin değişmesi halinde gündeme gelen hükümetin tanınmaması açısından bu yönde bir sorun yoktur. Zira hükümetin tanınması ancak devletin tanındığı hallerde gündeme gelmektedir. Bkz. **Pazarıcı**, s. 374.

<sup>78</sup> **Grossman**, Andrew: “Nationality and the Unrecognised State”, International and Comparative Law Quartely, C. 50, S. 4, 2001, s. 853. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri 31 Temmuz 1988 yılına kadar Filistinlileri vatansız olarak kabul ediyordu. Bkz. **Grossman**, s. 859-860. Filistinin devlet statüsüne ilişkin yapılan bir çalışma için bkz. **Mutlu**, Orçun: “Filistin Devleti’nin Devletlik Statüsüne Dair Bir Değerlendirme”, Balkan Sosyal Bilimler Dergisi, C. 8, S. EUREFE’19 (Özel Sayı), 2019, s. 403-413. Yine Avustralya Sığınma Makemesi KKTC vatandaşı kişinin vatandaşlığını esas almamış ve kişinin Kıbrıs vatandaşı olduğunu kabul etmiştir. Bkz. **Özkan**, Vatandaşlık, s. 72.

<sup>79</sup> Vatandaşlık Kanunları İhtilafına İlişkin Bazı Sorunlar Hakkında Lahey Sözleşmesi’nin birinci maddesine göre, “Her devlet, kendi vatandaşlarının kim olduğunu kendi kanun-

Dolayısıyla bir devletin diğer bir devlet tarafından tanınmaması, o devletin vatandaşlığına etki tanımaması sonucunu doğuracaktır<sup>80</sup>. Daha net bir ifadeyle bir devletin yokluğu vatandaşlığın yokluğu anlamına gelir<sup>81</sup>. Buradan hareketle, Türkiye’de doğmuş olsa da yalnızca Türkiye Cumhuriyeti’nin tanımadığı bir devletin vatandaşlığına soy bağı esasına göre kazanan çocuğun, doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığını kazanabileceği ileri sürülebilir.

Bu soruya verilecek cevap, bir devletin tanınmamasının milletlerarası hukuk açısından sonuçlarıyla yakından ilgilidir. Milletlerarası hukukta devlet olmanın unsurlarını kesin olarak belirten bir tanım bulunmamaktadır. Devlet tanımının yapıldığı tek resmi belge ise, 1933 tarihli “*Montevideo Sözleşmesi*”dir<sup>82</sup>. Bu Sözleşmenin birinci maddesinde devletin unsurları sayılmıştır. Bunlar; sürekli nüfus, belirlenmiş bir toprak parçası, hükümet ve diğer devletlerle ilişkiye girebilme kapasitesidir. Bu dört ilke dışında devlet olabilmek için başka şartlar doktrin tarafından eklenmektedir. Bunlardan biri de tanımadır. Tanımının hukuki niteliği milletlerarası doktrini tarafından tartışılabilen bir durumdur. Doktrinde bunun kurucu nitelikte olduğu belirtildiği gibi açıklayıcı niteliğinin olduğu da vurgulanmaktadır<sup>83</sup>. Bununla birlikte hakim görüşün tanımının açıklayıcı nitelikte olduğu yönündedir<sup>84</sup>. Nitekim yukarıda devletin unsurlarını belirten tek resmi belge olarak zikrettiğimiz 1933 tarihli Montevideo Sözleşmesi’nin 3. maddesinde tanımının devlet olmanın bir unsuru olmadığı belirtilmektedir<sup>85</sup>.

---

*larına göre belirler.*” Bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20179/v179.pdf> (son erişim tarihi: 17.11.2022). Ayrıca bkz. **Aybay/Özbek/Ersen-Perçin**, s. 19; **Güngör**, s. 15.

<sup>80</sup> **Özkan**, Vatandaşlık, s. 63. Dolayısıyla benzer durum o devletin yargı egemenliğinden kaynaklanan mahkeme kararlarının da tanınmaması sonucunu doğuracaktır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özkan**, Işıl: Tanınmamış Devletlerin Yasa, Hukuki İşlem ve Kararlarının Tanınması, İstanbul 2017.

<sup>81</sup> **Khalil**, Asem: “Palestinian Nationality and Citizenship: Current Challenges and Future Perspectives”, CARIM Research Report 2007/7, European University Institute, Florence, 2007, s. 39.

<sup>82</sup> **Çamyamaç**, Anıl: Denize Kıyısı Olmayan ve Coğrafi Bakımdan Elverişsiz Konumda Bulunan Devletlerin Hukuki Durumu, Ankara 2012, s. 7-8, dph. 18. Sözleşme için bkz. <https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup15/Montevideo%20Convention.pdf> (son erişim tarihi: 12.12.2022)

<sup>83</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Azarkan**, Ezeli: Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınması (Slovenya, Hırvatistan ve Bosna Hersek), Ankara 2008, s. 17-21.

<sup>84</sup> **Pazarıcı**, s. 367; **Azarkan**, s. 19; **Kaya**, Gülsüm: Uluslararası Hukukta Kişilik, İstanbul 2020, s. 143.

<sup>85</sup> **Azarkan**, s. 38.

Kurucu teoriyi kabul eden güncel doktrin bile tanımının daha çok devletin kurulduğu ilk aşamalarındaki işlevinden, hareket etmektedir. Bu sayede henüz kuruluş aşamasındaki bir devletin temel hukuk kurallarına bağlı kalması hedeflenir<sup>86</sup>. Dolayısıyla devletlerin politik nedenlerle bir devleti tanımaması, devletin milletlerarası hukuktaki kişiliğinde hukuken bir sonuç doğurmamalıdır<sup>87</sup>. Bu yüzden temel olarak aranan dört ilkenin var olması ve özellikle pek çok devlet tarafından da tanınan bir devleti, siyasi nedenlere tanımamak o devletin devlet olmasına olumsuz yönde etki etmeyecektir.

Kanaatimizce Türkiye’de doğmuş ancak anne ve/veya babasından yalnızca Türkiye Cumhuriyeti’nin tanımadığı bir devletin vatandaşlığını kazanan kişi, Türk vatandaşlığını doğum yeri esasına göre doğrudan kazanmaması gerekir. Burada dikkate alınması gereken ayırım, devletin tanınmış olup olmaması değil, devlet olmanın olmazsa olmazı niteliğinde sayılan yukarıdaki dört şartın sağlanıp sağlanmadığıdır. İlgili devletin diğer devletler tarafından tanınması ise, onun sadece devlet niteliğini pekiştirecektir<sup>88</sup>.

Sonuç olarak kanaatimizce bir devletin tanınmaması, o devletin ve dolayısıyla vatandaşlığının yokluğundan ziyade, o devlet ile olan diplomatik ilişkiler ve vize rejimleriyle bağlantılı olan bir meseledir<sup>89</sup>. Yukarıda açıkladığımız üzere ilgili birliği tanımama, bu birliğe bağlı kabul edilen kişilerin vatansız olup olmadığı konusunda doğrudan bir sonuca ulaştırmamalıdır. Vatandaşlık devletle kişi arasındaki hukuki bağı ifade ettiğinden, vatandaşlığın öncülü olan devletin niteliğinin belirlenmesinde Montevideo Sözleşmesi’ndeki temel kriterlerden hareket edilmelidir<sup>90</sup>. Bu öncülü sağlayan bir birlik ile hukuki bağı olan kişi, vatansız kabul edilmemelidir.

<sup>86</sup> **Kaya**, s. 143. *Stimson* doktrini olarak da bilinen kuvvet kullanma yasağı, tanınmaya engel teşkil etmektedir. Burada kuvvet kullanmama yasağı ile kastedilen, yasağın üçüncü bir devlet tarafından veya self determinasyon hakkına sahip olmayan bir toplulukça çiğnenmesidir. Bkz. **Sur**, s. 142-143.

<sup>87</sup> **Finck**, François: “The State between Fact and Law: The Role of Recognition and the Conditions under which it is Granted in the Creation of New State”, *Polish Yearbook of International Law*, C. 36, S. 51, 2016, s. 59.

<sup>88</sup> **Azarkan**, s. 11. Doktrinde de tanımının açıklayıcı etkisini vurgulanmış ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nin devlet olabilmek için aranan temel dört unsura sahip olduğundan bir devlet olduğunu, dolayısıyla tanınmamış olmasının onun devlet olmadığına işaret etmeyeceğine işaret edilmiştir. Bkz. **Erdal**, Selcen: “Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, 2005, s. 196.

<sup>89</sup> **Grossman**, s. 874.

<sup>90</sup> Sözleşme her ne kadar bölgesel nitelik taşısa da sözleşmede yapılan tanım, milletlerarası hukuk doktrinince kabul görmüştür. Bkz. **Çamyamacı**, Anıl: “Avrupa’daki Minyatür

Burada egemenlik ölçüsüne de işaret edilmelidir. Günümüzde egemenliğin 18. yüzyıldaki egemenlikten daha az saf olduğu bir gerçektir<sup>91</sup>. Bu yüzden egemenlik ya vardır ya da yoktur şeklindeki klasik egemenlik anlayışı<sup>92</sup> yerini egemenliğin çeşitli derecelerinin olduğu görüşüne bırakmaktadır<sup>93</sup>. Dolayısıyla egemenliğin dereceli olabileceği görüşünden hareketle, siyasi sebeple değil de bu sebeple tanınmayan veya sınırlı tanınan devletler<sup>94</sup>, için de yukarıdaki yoruma benzer sonuca ulaşmaktayız<sup>95</sup>. Eğer Türkiye’de doğan bir çocuk anne ve babasından bu nitelikteki bir devletin vatandaşlığını kazanıyorsa, çocuğun doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığını kazanmaması gerekir.

### 3. Doğum Anında Vatansız Olmak

Türk vatandaşlığının doğum yeri esasına göre kazanılabilmesi için aranan son şart ise, çocuğun doğum anında vatansız durumunda olmasıdır<sup>96</sup>. Yukarıda çocuğun anne veya babasından herhangi bir devletin vatandaşlığını kazanamamış olması gerektiğini belirtmiştik. Bu yüzden burada bu durumları tekrar etmeyeceğiz. Bununla birlikte kişinin vatansızlık hali doğum anına bağlandığı için, sonradan kazanılan vatandaşlıklar doğum yerine göre kazanılan Türk vatandaşlığını etkilemeyecektir<sup>97</sup>. Dolayısıyla örneğin, çocuğun vatansız olan anne ve babasından birinin daha sonrasında bir devlet vatandaşlığını kazanması halinde, çocuğun anne veya babasına bağlı olarak kazandığı yabancı devlet vatandaşlığı, doğum yeri esasına göre kazanılan

---

Devletlerin İkili Diplomatik İlişkilerine Dair Uluslararası Hukuk Açısından Pragmatik Bir Değerlendirme”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2019, s. 65-66, dpn. 15; 67 (Minyatür Devletler).

<sup>91</sup> **Khalil**, s. 39.

<sup>92</sup> **Şöhret**, Mesut: Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınması (Tanınmamış Bölgeler), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli 2014, s. 283.

<sup>93</sup> **Krasniqi**, Gëzim: “Contested States as Liminal Spaces of Citizenship: Comparing Kosovo and the Turkish Republic of Northern Cyprus”, *Ethnopolitics*, C. 18, S. 3, 2019, s. 300.

<sup>94</sup> Bu kavram yerine kullanılan diğer tanımlar için bkz. **Özçelik**, Ali Onur/**Pataraya**, Anzhela: “Tanınma Sorunu Yaşayan Devletler Açısından Egemenlik ve Tanınma Konusunun Kavramsal Analizi”, *Alternatif Politika*, C. 11, S. 1, 2019, s. 16.

<sup>95</sup> Milletlerarası hukukta tanınmasına karşın devlet niteliği tartışılan bir birliği de bu kapsama alabiliriz. Örneğin Monako’nun uzunca bir süredir milletlerarası hukukta tanınmasına karşın Fransa lehine tanınan haklar nedeniyle egemenliği tartışılmıştır. Bkz. **Çamyamaç**, s. 9, dpn. 25. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve diğer örnekler için bkz. **Çamyamaç**, *Minyatür Devletler*, s. 74 vd.

<sup>96</sup> **Nomer**, s. 75; **Doğan**, s. 54.

<sup>97</sup> **Doğan**, s. 54.

Türk vatandaşlığına etki etmeyecektir. Yine örneğin doğum yeri esasına göre vatandaşlık kazanmış çocuğun daha sonrasında bir yabancı tarafından evlat edinilmesi sonucunda, evlat edinenin vatandaşlığını kazanmış olması Türk vatandaşlığına etki etmeyecektir. Bu hallerde çocuk çifte vatandaş olacaktır<sup>98</sup>.

Doğum yeri esasına göre kazanılan Türk vatandaşlığı asli vatandaşlık olduğu için, aranan şartların ispatı ile kişi doğum anından itibaren Türk vatandaşı olacaktır<sup>99</sup>. Bu yüzden bunun ispatı kişinin ergin olmasından önceki bir zamanda gerçekleşebileceği gibi kişinin ergin olmasından sonra da gerçekleşebilir. Vatandaşlığın kazanımı açısından bu durum bir fark yaratmasa da vatandaşlığın seçme hakkı ile kaybı açısından fark yaratmaktadır. Örneğin, Türkiye’de doğan ancak doğum anında herhangi bir vatandaşlık kazanamayan kişi, 5 yaşındayken evlat edinme yoluyla yabancı bir devletin vatandaşlığını kazanmış olsun, kişi 25 yaşına geldiğinde doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığını kazandığını ispat ettiğinde, Türk vatandaşlığını asli olarak kazandığı için, doğum anından itibaren Türk vatandaşı sayılacaktır. İşte bu örnekte kişinin seçme hakkına göre Türk vatandaşlığını kaybetmesi mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda erginlik Türk hukukuna göre belirleneceği için<sup>100</sup> kişinin ergin olmasından sonra seçme hakkıyla Türk vatandaşlığını kaybetmesi için aranan 3 yıllık süre geçmiş olacaktır. Bu durumda kişi çıkma izni olarak Türk vatandaşlığını kaybedebilir<sup>101</sup>. Ayrıca doğum yeri esasıyla Türk vatandaşlığını kazanan kişi, doğum anından itibaren Türk

<sup>98</sup> “Herkesin tek vatandaşlığı olmalıdır.” ile “Kişi vatandaşlığını değiştirmede serbest olmalıdır.” prensiplerinin hukukumuzda yansması olan seçme hakkı ile vatandaşlığın kaybı, TVK’nın 34. maddesinde düzenlenmiştir. Nitekim doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığını kazanan kişinin daha sonrasında bir başka ülkenin vatandaşlığını kazanması halinde, seçme hakkı ile Türk vatandaşlığından çıkması mümkündür (TVK m. 34/1-ç). Bu durumda ergin olduktan 3 yıl içerisinde yetkili makama yazılı dilekçeyle başvurulması gerekir. Kişinin erginlik durumu MÖHUK m. 9 gereği milli hukukuna göre belirlenecektir. Ancak bu durumda kişinin iki vatandaşlığının olmasından ötürü, erginlik durumunun hangi hukuka göre belirleneceği hususu önem taşır. Bunun çözümü ise, MÖHUK’un 4. maddesinde getirilmiştir. Yetkili hukukun vatandaşlık esasına göre belirlendiği durumlarda, kişinin birden fazla vatandaşlığının olması halinde, bu vatandaşlıklarından biri Türk vatandaşlığı ise, Türk vatandaşlığı esas alınacaktır (MÖHUK m. 4/1-b).

<sup>99</sup> Bkz. dpn. 8. Nitekim Türk vatandaşlığının kazanıldığı belirli şartlarda ispatını engelleyen TVK Ek Madde 1/1’de doğum yeri esası kapsam dışı bırakılmıştır. Bkz. dpn. 14.

<sup>100</sup> Bkz. dpn. 98.

<sup>101</sup> Kişinin ergin olduktan sonra soy bağının kurulması yoluyla kazandığı asli vatandaşlıkta benzer yorumda bulunan *Doğan*, bu kişilere özgü özel bir sürenin öngörülebileceğini belirtmektedir. Bkz. *Doğan*, s. 50.



vatandaşı olduğu için, talep etmesi halinde mavi kartlı yabancı statüsüne geçebilir (TVK m. 28/1 ve 6).

Kişinin doğum yeri esasına göre kazandığı Türk vatandaşlığı, doğum anındaki vatansızlık şartına bağlandığı için, acaba doğumdan sonra kişinin anne veya babasıyla soy bağının kurulması sonucunda, yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanması halinde ne olacaktır? Bu halde doğum yeri esasına göre kazanılan Türk vatandaşlığı korunacak mıdır? Yoksa kişi Türk vatandaşlığını kaybedecek midir?

*Güngör*'e göre<sup>102</sup>, doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığını kazanan çocuk, daha sonra yabancı anne veya babası ile soy bağının kurulması ile bir başka devletin vatandaşlığını kazanmışsa, bunun Türk vatandaşlığına bir etkisi olmayacaktır. Yazar bu görüşünü, yukarıda açıkladığımız<sup>103</sup> vatandaşlığın seçme hakkı ile kaybına bağlamaktadır. Yazar, TVK m. 34/1-ç'deki "*sonradan yabancı anne veya babasının vatandaşlığını kazananlar*" ifadesinin, soy bağı esasını ile yabancı devlet vatandaşlığının kazanıldığı halleri de kapsadığını ileri sürmekte ve bu yüzden, doğum yeri esasıyla kazanılan Türk vatandaşlığının korunacağına kanaatindedir.

Kanaatimizce doğum yeri esasıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında kanunda aranan ölçüt bu yoruma imkan vermemektedir. Zira TVK'daki düzenleme, doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığının kazanılmasında "*doğumla herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamamış*" olmayı aramaktadır. Bu yüzden kişi, doğumla yabancı bir devletin vatandaşlığını kazanmış ancak bunun tespiti sonradan sağlanmışsa, artık Türk vatandaşlığının kazanılması için kanunda aranan şart sağlanamamaktadır. Zira kişi artık doğum anında vatansız değildir. Nitekim soy bağı esasına göre kazanılan vatandaşlık yazarın da belirttiği üzere milletlerarası hukukta doğum anından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuran asli bir vatandaşlık türüdür<sup>104 105</sup>. Bu yüzden TVK m. 34/1-ç'deki seçme hakkının bu hali kapsamadığının kanısında. Bu halde kişinin esasında Türk vatandaşlığı doğum anından itibaren yoktur. Bu yüzden daha öncesinde kişinin Türk vatandaşı olduğuna yönelik verilen tespit kararı da hukuka aykırı hale gelir. Zira artık işlemin

<sup>102</sup> *Güngör*, s. 75, dpn. 273.

<sup>103</sup> Bkz. dpn. 98.

<sup>104</sup> *Güngör*, s. 75, dpn. 273.

<sup>105</sup> Bununla birlikte, soy bağının kurulması yabancı ülkenin vatandaşlık hukuku açısından doğum anından itibaren hüküm doğurmuyorsa, bu durumda doğum yeri esasına göre kazanılan Türk vatandaşlığı korunacaktır. Zira bu durumda kişi doğum anında vatansız konumda olacaktır. Ayrıca bkz. dpn. 4.

sebeup unsurunda sakatlık bulunmaktadır<sup>106</sup>. Dolayısıyla bu işlem idarece her zaman geri alınabilir<sup>107</sup>. Geri alma işlemi, doğrudan işlemin geri alındığının açıkça bildirildiği bir kararla gerçekleştirilebileceği gibi, kişinin Türk vatandaşı olmadığına yönelik verilen bir başka kararla (zımnen) da gerçekleştirilir<sup>108</sup>.

Bu durumu soy bağı ile Türk vatandaşlığını kazanan kişinin, daha sonrasında mahkeme kararıyla soy bağının iptal edilmesiyle, kişinin Türk vatandaşlığını doğum anından itibaren kaybetmesine benzetebiliriz<sup>109</sup>. Nasıl ki bu örnekte kurucu unsur olan soy bağının aslında var olmaması vatandaşlığı doğum anından itibaren sona erdirecekse, doğum yeri esastaki kurucu

<sup>106</sup> Burada işlemin yokluk yaptırımına tabi tutulabilme ihtimaline de değinmekte yarar vardır. Bir işlemin geçerlilik koşulu yerine varlık koşulunda bir eksikliğin bulunması halinde, idari işlem yokluk yaptırımına tabi tutulabilir. Buna karşın yokluk yaptırımı ancak yetki ve konu unsurlarında ağır ve bariz sakatlıkların varlığı halinde mümkündür. Buna karşın bizim örneğimizde sakatlık işlemin sebep unsurunda bulunduğundan, işlemin yok hükmünde sayılması kanaatimizce mümkün değildir. İdare Hukukunda yokluk için bkz. **Erkut**, Celal: “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, C. 9, S. 1-3, 1988, s. 69-91.

<sup>107</sup> Burada geri alınan idari işlemin niteliği tespit kararı olmasından ötürü, bu karar idarece her zaman geri alınabilir. Zira tespit kararları hak yaratıcı bir niteliğe sahip değildir. Bu yüzden, idari işlemlerin 60 günlük dava açma süresi içinde geri alınabileceği görüşü, burada uygulama alanı bulmayacaktır. İdari işlemlerin geri alınabilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tan**, Turgut: İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970; **Gözler**, Kemal: İdare Hukuku, 3. Baskı, C.1, Bursa 2019, s. 1224 vd. *İdarelerin yasaya açıkça aykırı olan işlemlerini her zaman geri alabilecekleri, idare hukukunun yerleşik ilkelere rindendir.*” Bkz. Danıştay, 5. D., 25.12.1990 gün ve E. 1987/3150, K. 1990/3185 (www.lexpera.com.tr, son erişim tarihi: 02.03.2023) “... tespit edici işlemler gibi işlemlerin idarece her zaman geri alınabileceği, hak doğurucu nitelikteki hukuka aykırı işlemlerin ise dava açma süresi içerisinde veyahut söz konusu işleme dava açılmış ise karar verilene kadar geri alınabileceği kabul edilmektedir.” Bkz. Danıştay 13. D., 21.06.2022 gün ve E. 2021/1250, K. 2022/2738 (karararama.danistay.gov.tr, son erişim tarihi: 02.03.2023); Danıştay 13. D., 21.06.2022 gün ve E. 2021/1251, K. 2022/2739 (karararama.danistay.gov.tr, son erişim tarihi: 02.03.2023)

<sup>108</sup> İdare, daha öncesinde yapmış olduğu bir işlemle çelişen yeni bir işlem tesis ederse, ilk işlem zımnen geri alınmış sayılır. Bkz. **Gözler**, s. 1230.

<sup>109</sup> **Doğan**, s. 50; **Güngör**, s. 68. Nitekim bu örnek Almanya’da vuku bulmuştur. Alman hukukuna göre Alman vatandaşı anne ve babadan doğan çocuk, soy bağı esasına göre vatandaşlık kazanabilmektedir. Alman vatandaşı bir kişinin, çocuk ile soy bağının kesilmesi için açtığı dava sonucunda çocuk ile soy bağı kesilmiştir. Bu durumda çocuk, babasından soy bağı esasına göre Alman vatandaşlığını kazanamamış olduğundan, çocuğun vatandaşlığı geri alınmıştır. İşlemin Alman Anayasasına aykırılık iddiası ile yapılan başvuruda, Alman Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırılık görmemiştir. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Egemen-Demir**, Işıl: “İdare Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Türk Vatandaşlığına Alınma Kararının İptali ve Geri Alınması Kavramları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 139, 2018, s. 156-158.

unsur olan “doğum anında vatansız olmak” unsurunun da yokluğu, kişinin doğum anından itibaren Türk vatandaşlığını kaybetmesine sebebiyet verecektir<sup>110</sup>. Belirtildiği üzere idare, açıkça yahut zımmen vermiş olduğu kararı geri alacaktır<sup>111</sup>. Ancak hukuk güvenliği ilkesi gereği, bu kişinin daha önce-sinde üçüncü kişiler ile yapmış olduğu işlemler korunmalıdır<sup>112</sup>.

Bu görüşümüzün yarattığı sakınca, vatandaşlık hukukunda kabul edilen istikrar prensibine aykırılık teşkil etmesidir<sup>113</sup>. Ancak bunun hukuki çözümü, Türk vatandaşlık hukukunun Anayasal bir ilkesi olan kanunilik ilkesine aykırı şekilde bir yorum yapmak da değildir. Zira hükmün lafzı aksine bir yoruma imkan vermemektedir. Kanaatimizce bu problemin çözümü, yine bu ilkeye uygun olarak kanun koyucunun hükümde yapacağı bir değişiklikle

<sup>110</sup> “Kişinin 7. ve 8. maddelerde düzenlenen şartlara sahip olmaması durumunda, bu maddelerin kendisine tanıdığı ‘aslen’ Türk vatandaşlığına sahip olması da mümkün değildir.” Bkz. **Erdem**, s. 115-116.

<sup>111</sup> Örneğin idare bu durumda, kişinin Türk vatandaşı olmadığına yönelik bir tespit kararı olabilir. Bkz. **Doğan**, s. 50; **Güngör**, s. 68. Böyle bir kararın verilmesiyle verilen ilk karar zımmen geri alınmış olacaktır.

<sup>112</sup> Benzer yorum vatandaşlığın iptali halinde kararın geriye yürütülmesinin gerektiği ancak üçüncü kişilerin haklarının korunması gerektiği yönünde belirtilmektedir. Bkz. **Nomer**, s. 149, dpn. 129; **Doğan**, s. 145.

<sup>113</sup> Burada idarenin vatandaşlığın tespiti niteliğindeki kararı geri almak yerine, kararı kaldırarak (ilga ederek) bu hukuka aykırılığı sona erdirebileceği ileri sürülebilir. Bu sayede verilen karar, aynı vatandaşlığın iptalinde olduğu gibi karar anından itibaren hüküm ve sonuç doğuracaktır. Kararın kaldırılmasına kadar ki olan dönemde kişinin Türk vatandaşı olduğu kabul edileceğinden, hukuki istikrar ve güvenlik prensibi de sağlanacaktır. Buna karşın vatandaşlığa ilişkin idarece verilen kararların sonlandırılmasında TVK’da açık hükümlerin bulunması, hukuka aykırı olan işlemin sonlandırılmasında bu hükümlerden hareket edilmesini gerektirmektedir. Bu bakımdan hukuka aykırı olan kararın kaldırılarak/ilga edilerek sonlandırılması TVK m. 31’de vatandaşlığın iptali şeklinde ifade edilmiştir (**Güngör**, s. 207; **Özbek**, Nimet: Türk Vatandaşlık Hukukunda İlgilinin İstemi Gerekmeksizin Türk Vatandaşlığıyla İlişkinin Kesilmesi, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 159). Bu hükme göre vatandaşlığa alınma kararı, kişinin yalan beyanı yahut önemli hususları gizlemesi sonucunda verilmiş ise, bu karar gelecekte etkili şekilde iptal edilecektir. TVK m. 40’da ise idare hukukundaki terminolojiye paralel olarak vatandaşlığa alınma kararının “geri alınması” düzenlenmiştir. Bu hükme göre hukuka aykırı şekilde verilmiş olan vatandaşlığın kazanılması veya kaybına ilişkin kararlar geri alınacaktır. Hükümde hukuka aykırılığın sebebi sınırlandırılmamış ve yine idareye herhangi bir takdir hakkı verilmemiştir. Maddede vatandaşlığın kazanılması ve kaybına “ilişkin” karardan bahsedildiği için, hükmün kapsamına sadece inşai değil aynı zamanda tespit edici nitelikteki kararlar da girmektedir (Bkz. **Güngör**, s. 224.). Bu yüzden söz konusu kararın kaldırılarak gelecekte etkili olacak şekilde sona erdirilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Geri alma kararının hem geçmişte etkili olması hem de herhangi bir sürenin öngörülmemesinin vatandaşlık hukukunda yaratmış olduğu bu sakınca, doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Bkz. **Güngör**, s. 226-228; **Özbek**, s. 167-168.

mümkündür. Bu kapsamda hükmün, vatandaşlık hukukunda kabul edilen istikrar prensibine uygun hale getirilmesi, bunu sağlamak için de makul bir sürenin geçmesinin ardından, kişinin doğum anında vatansız olmadığı tespit edilmişse, artık bunun dikkate alınmaması olacaktır. Bu sayede kişinin doğum yeri esasıyla kazandığı Türk vatandaşlığı, öngörülen makul bir sürenin geçmesiyle korunabilecektir.

Burada son derece istisnai bir durum olsa da çocuğun Türkiye'nin egemenlik sahasında doğmuş olmasına rağmen, doğum yeri esasına göre yabancı bir devletin vatandaşlığını kazanabilmesi haline de değinmekte yarar vardır. Her ne kadar Türkiye'nin egemenlik sahasında gerçekleşen doğum Türk hukukuna göre, doğumun Türkiye'de gerçekleşmesini sağlayacaksa da bu durum aynı zamanda yabancı devletin kabul ettiği doğum yeri esasına denk düşebilir. Örneğin, Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne<sup>114</sup> taraf olan bir devlet, sözleşmenin *erga omnes* niteliği gereği sözleşmeyi herhangi bir ayırım yapmaksızın herkese uygulayacaktır. Sözleşmenin 3. maddesine göre, "... olası durumlarda"<sup>115</sup>, bir gemi ya da uçakta meydana gelen doğumlar, geminin taşıdığı bayrağın sahibi olan ya da uçağın kayıtlı olduğu devletin toprakları içinde yapılmış olarak kabul edilirler.". Bu hüküm ise, doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığının verilmesi esasıyla çelişebilmektedir. Şöyle ki, sözleşmeye taraf olan bir devletin kendi tabiiyetindeki gemide gerçekleşen doğuma istinaden vatandaşlık verebilmesi mümkündür. Aynı şekilde Türk egemenlik sahası içinde bulunan yabancı bir gemide doğan çocuk, Türkiye'nin topraklarında doğmuş sayılacağından, Türk vatandaşlığını da doğum yeri esasına göre kazanabilmesi mümkündür. Zira TVK'da doğum yeri esasıyla vatandaşlığın verilebilmesi için kişinin sadece anne ve/veya babadan vatandaşlık kazanamaması gerekmektedir.

Sözleşme konusu hükmün pozitif vatandaşlık hukukunda karşılığı da yok değildir. Örneğin *ius soli* esasıyla doğrudan vatandaşlık veren devletlerden olan Kanada, kendi gemilerinde gerçekleşen doğumları da ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre Kanada tabiiyetindeki bir gemide gerçekleşen doğumlarda, geminin ülke dışında bulunması *ius soli* esasıyla vatandaşlığın verilmesine engel teşkil etmez<sup>116</sup>. Benzer şekilde Avustralya da kendi tabii-

<sup>114</sup> 2023 Ocak ayı itibariyle sözleşmeye 75 devlet taraftır. Bkz. dñn. 40.

<sup>115</sup> Bu ifadenin çocuğun aksi halde vatansız kalacağı şeklinde yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Güngör**, Vatansızlık, s. 488.

<sup>116</sup> Kanada Vatandaşlık Kanunu m. 3/1-b'nin yorumunu belirten m. 2(a)'da bu durum açıkça belirtilmiştir. Kanun için bkz. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-29/page->

yetinde gerçekleşen gemilerdeki doğumların kendi ülkesinde gerçekleştiğini kabul ettiğinden, çocuk eğer şartları sağlarsa *ius soli* esasıyla Avustralya vatandaşlığını kazanacaktır<sup>117</sup>.

Örneğin, Türk karasularında bulunan Sözleşmeye taraf olan devletin tabiiyetindeki bir geminin, karantina önlemleri sebebiyle kıyıya tedbiren yanaştırılmadığını ve bu gemide de bir çocuğun doğduğunu farz edelim. Eğer çocuk kendi anne ve/veya babasından soy bağı esasıyla vatandaşlık kazanabilirse, çocuğun Türkiye'nin deniz ülkesinde doğması çocuğa doğum yeri esasıyla Türk vatandaşlığının kazandırılmasına neden olmayacaktır. Ancak çocuğun kendi anne ve/veya babasından herhangi bir devletin vatandaşlığını kazanamadığını varsaydığımızda, çocuk doğum yeri esası uyarınca hem ilgili devletin vatandaşlığını hem de Türk vatandaşlığını kazanabilir. Mevcut durumda çifte vatandaşlığın önlenmesi ancak sözleşmeye taraf olan devletin, "olası durumlarda" ifadesini çocuğun vatansız durumda kalması şeklinde yorumlamasına bağlıdır<sup>118</sup>. Bu durumda sözleşmeye taraf olan devlet, Türk vatandaşlığının kazanılacağı gerekçesiyle bu esasa göre vatandaşlık veremeyebilir.

Özetle verilen örnekte çocuk, doğum yeri esasına göre çifte vatandaşlık kazanmaktadır. Zira belirttiğimiz üzere, doğum yeri esasıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenleyen TVK m. 8/1'de vatansızlık durumunun çocuğun anne ve/veya babasından kaynaklanması gerektiği vurgulanmaktadır. Buradan hareketle *Güngör*, TVK m. 8/1'in şu şekilde değiştirilmesini öner-

1.html#h-81609 (son erişim tarihi: 04.01.2023) Ayrıca bkz. <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/operational-bulletins-manuals/canadian-citizenship/acquisition-loss/acquisition.html> (son erişim tarihi: 04.01.2023) 1948 tarihli İngiliz Vatandaşlık Kanunu m. 32/5'te de benzer yönde bir hüküm bulunmaktaydı. Bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/11-12/56/enacted> (son erişim tarihi 04.01.2022) Buna karşın *ius soli*'yi esas prensip olarak benimseyen bir diğer devlet olan Amerika Birleşik Devletleri, sadece kendi kara sularındaki gemilerde gerçekleşen doğumlara vatandaşlık vermektedir. 12 millik sınırın aşılması halinde, doğum Amerikan tabiiyetindeki bir gemide gerçekleşse dahi çocuk bu esasa vatandaşlık kazanamayacaktır. Bkz. [https://fam.state.gov/FAM/08FAM/08FAM030101.html#M301\\_1\\_3](https://fam.state.gov/FAM/08FAM/08FAM030101.html#M301_1_3) (son erişim tarihi: 04.01.2023)

<sup>117</sup> 2007 tarihli Avustralya Vatandaşlık Kanunu'na göre çocuğun doğum yeri esasıyla Avustralya vatandaşlığını kazanılması için kişinin ebeveynlerinden birinin Avustralya'da kalıcı ikameti bulunmalıdır (m. 12/1). Avustralya'da doğup ancak bu şartı sağlamayan vatansız çocuklar Bakanlık kararı ile vatandaşlığa alınabilir. Dolayısıyla bu durumda çocuk *ius soli* esasıyla değil yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanmaktadır (m. 21/8-a). Bkz. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2020C00309> (son erişim tarihi: 06.01.2023)

<sup>118</sup> Bkz. dpn. 115.

mektedir<sup>119</sup>: “Türkiye’de doğan ve doğumla herhangi bir devletin vatandaşlığını kazanamayan çocuk, doğumdan itibaren Türk vatandaşıdır.”. Gerçekten de maddenin şu anki haliyle vatansızlık halinin çocuğun anne ve/veya babasından kaynaklanması gerektiği için, yukarıdaki verdiğimiz örnekte de görüleceği üzere hükmün çifte vatandaşlığa sebebiyet verebildiği sonucu çıkmaktadır. Zira kanun vatansızlık halini soy bağı esasıyla sınırlandırmaktadır.

Kanaatimizce de bu eksikliği dikkate alarak maddede bir değişikliğe gidilmesi yerinde olacaktır. Zira vatandaşlığın ancak kanuna dayanılarak kazanılması ve kaybedilmesinin Türk vatandaşlık hukukunun Anayasada belirtilen temel ilkesi (kanunilik) olması sebebiyle, burada amaçsal bir yorum yaparak maddenin kapsamının genişletilmesi mümkün değildir. Bu yüzden madde bu haliyle, vatansızlığı önleme gayesini sağlamak amacıyla kişiye en azından Türk vatandaşlığının kazandırılmasından öteye giderek çifte vatandaşlığa hizmet edebilmektedir.

Ancak önerilen maddedeki değişiklik de başka sorunları beraberinde getirebilir. Açıklamalarımızın daha net anlaşılabilmesi adına, örneği pozitif vatandaşlık hukuku düzenlemelerinden vereceğiz. Avusturya Vatandaşlık Kanunu m. 14/2 uyarınca, Avusturya tabiiyetindeki bir gemide doğan kişi, Avusturya’da doğmuş sayılır. Buna karşın çocuğun *ius soli* esasıyla vatandaşlık kazanabilmesi için çocuğun doğum anında vatansız durumda olması gerekir (m. 14/1). Dolayısıyla bu düzenleme *ius soli* esasıyla vatandaşlığın kazanabilmesini vatansızlık hali ile sınırlandırdığı için, Avusturya tabiiyetindeki bir gemide, Türk karasularındayken doğan vatansız çocuk, doğum yeri esasıyla Türk vatandaşlığını kazanabileceği için (TVK m. 8/1), çocuğa Avusturya vatandaşlığı bu esasla kazandırılmayacak ve bu sayede çifte vatandaşlık hali ortaya çıkmayacaktır. Ancak söz konusu örnekte gemi Avusturya tabiiyetinde değil de Kanada tabiiyetinde olsaydı, çocuk yukarıda açıkladığımız üzere hem Türk hem de Kanada vatandaşlığını *ius soli* esasıyla kazanarak çifte vatandaş olacaktır.

Bizim de kabul ettiğimiz *Güngör*’ün çözümü benimsenirse, yani maddedeki vatansızlık hali, çocuğun soy bağı ve toprak esası dahil hiçbir devletin vatandaşlığını kazanamamasına bağlanırsa, bu sefer de çocuğun hangi devletin vatandaşlığını kazandığı konusunda tereddütler ortaya çıkabilir. Şöyle ki, az önceki örnekte de belirtildiği üzere, Avusturya tabiiyetindeki gemide gerçekleşen gemide vatansız anne ve babadan doğan çocuk, doğum yeri esasıyla Avusturya vatandaşlığını kazanabilmesi için, çocuğun doğum

<sup>119</sup> **Güngör**, Vatansızlık, s. 491.

anında vatansız olması gerekir. Ancak önerilen değişikliğin yapılması halinde, doğum Türk karasularında gerçekleştiği için doğum Türkiye’de gerçekleşmiştir. Yine çocuğa doğum yeri esasıyla Türk vatandaşlığının kazandırılabilmesi için ise, çocuğun doğum anında vatansız olması gerekir. Fark edileceği üzere bu halde her iki devlet, doğum yeri esasıyla çocuğa kendi vatandaşlığını kazandırabilmesi için, diğerinin vatandaşlık düzenlemelerini dikkate almak zorundadır. İşte bu halde çocuğun hangi devletin doğum yeri esasıyla vatandaşlığını kazanacağı net değildir.

Kanaatimizce buradaki sorunun temelinde, devletin ülke unsuru yatmaktadır ve sorunun çözümünde de milletlerarası hukukta kabul edilen ilkelere hareket edilmelidir. Zira vatandaşlık hukukunun konusu, devletin ülkesel sınırlarını belirlemek değildir. Ülke devletin bir unsuru olduğundan, ülkeden ne anlaşılması gerektiği de milletlerarası hukuka göre belirlenir. Yukarıda belirttiğimiz üzere milletlerarası hukukta gemiler esasen devletin ülkesi kapsamına girmemektedir<sup>120</sup>. Buna karşın vatandaşlık hukuku doktrini, vatandaşlık hukuku açısından gemilerin ülkenin yüzer bir parçası olduğunu ileri sürmektedir<sup>121</sup>. Yukarıda belirttiğimiz üzere, milletlerarası hukuk düzeni, ülke unsuruna vatandaşlık hukuku açısından genişletmekte ve devletin ülke unsurunun gemilere sirayet edeceğini kabul etmektedir. Ancak bu unsurun gemilere sirayeti ancak vatansızlığın önlenmesi amacıyla hizmet ederse milletlerarası hukuka uygun olur.

İlk bakışta Avusturya hukukundaki düzenlemenin buna hizmet ettiğini, zira çocuğun ancak vatansız statüsünde olursa gemide doğması sebebiyle (doğum yeri esasıyla) Avusturya vatandaşlığını kazanabileceği söylenebilir. Buna karşın bu düzenleme az önce işaret ettiğimiz üzere bir başka devletin aynı amaçla getirdiği doğum yeri esasıyla çatışma haline girerse, artık milletlerarası hukukun genel ülke tanımına geri dönmelidir. Zira bu durumda düzenleme çocuğun vatansız kalmasını engellemekten ziyade çocuğun statüsünü belirsiz hale getirmektedir. Bu yüzden bu durumda milletlerarası hukukça verilen istisnai yetkinin sınırlarının dışına çıkmış olur. Açıklanan sebeplerden ötürü bu örnekte çocuğun sadece Türkiye’de doğmuş olduğu kabul edilmelidir. Nitekim bu görüşümüz vatandaşlık hukuku doktrinindeki genel kanaate de uygundur. Zira gemilerin devletin ülkesinin devamı niteliğinde gören yazarlar dahi, geminin yabancı devletin karasularına girmesiyle bu görüşlerine istisna getirmektedirler<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> Bkz. dpn. 38.

<sup>121</sup> Bkz. dpn. 39.

<sup>122</sup> Belirtelim ki doktrin ticari gemiler için tanıdığı bu istisnayı savaş gemileri açısından tanımamaktadır. Ancak söz konusu örnekteki geminin savaş gemisi olması halinde de

### C. Türkiye’de Bulunmuş Çocuklar

Doğum yerinin tespit edilemediği ancak Türkiye’de bulunmuş çocuklar için getirilen karineye göre, “*Türkiye’de bulunmuş çocuklar, aksi sabit olmadıkça, Türkiye’de doğmuş sayılır.*” (TVK m. 8/2). Maddeden de anlaşıldığı üzere bu karine, adi karine niteliğindedir. Bu karinenin temelinde, çocuğun bulunduğu devletin vatandaşlığındaki anne ve/veya babadan doğmuş olduğu varsayımı yatmaktadır<sup>123</sup>. Eğer çocuğun Türkiye’de doğmadığı daha sonrasında ispat edilirse, çocuk kazandığı Türk vatandaşlığını doğum anından itibaren kaybetmiş olacaktır. Yukarıda açıklanan usulde olduğu gibi burada da idarenin daha öncesinde tespit niteliğinde vermiş olduğu karar her zaman geri alınabilecektir<sup>124</sup>.

Kanunda karinenin aksinin ispatı açısından herhangi bir süre öngörülmemiştir. Yine aksinin ispatı için hak sahipleri de belirtilmemiştir. Bu durum kanunda bir eksiklik olduğundan hukuk güvenliği açısından problemler yaratmaktadır<sup>125</sup>. Zira mevcut durumda karinenin aksi herkes tarafından ispatlanabilir ve bunun ispatı da her zaman yapılabilir. Örneğin, henüz 3 yaşındayken Türkiye’nin güney sınırına yakın bir yerde bulunmuş çocuğun, Türkiye’de bulunmuş olmasından ötürü Türk vatandaşlığını kazandığını ancak aradan geçen 20 yılın ardından kişinin aslında Suriye’de bir hastanede doğmuş olduğunun ortaya çıktığını varsayalım. Hükümden anlaşıldığı üzere 20 yılın sonunda da bu karinenin aksi ispat edilebilir niteliktedir. Dolayısıyla kişinin aradan geçen 20 yılın ardından aslında doğum anından itibaren Türk vatandaşlığına sahip olmadığı ortaya çıkacaktır. Ayrıca kişinin bu halde

görüştüğümüz geçerlidir. Bkz. **Seviğ**, s. 85; **Birsen**, s. 31; **Berki**, s. 47; **Fişek**, s. 51; **Nomer**, s. 73; **Doğan**, s. 53; **Güngör**, s. 72; **Erdem**, s. 113. Doktrinde ticari gemileri, yabancı devletin kara sularındayken de ülkenin devamı niteliğinde gören yazarlar için bkz. **Belgesay**, 15; **Uluocak**, s. 31.

<sup>123</sup> **Seviğ**, s. 86; **Güngör**, s. 74. Bu karine milletlerarası hukukta da kabul edilmiştir (1930 tarihli Vatandaşlık Kanunları İhtilafına İlişkin Bazı Sorunlar Hakkında Lahey Sözleşmesi m. 14. ve 1961 tarihli Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 2). Bkz. **Aybay/Özbek/Ersen-Perçin**, s. 101, dnp. 12; 103. Bulunmuş çocuklara yönelik *ius soli* esasıyla vatandaşlığın kazandırılması, milletlerarası hukukta oldukça yaygındır. 132 devletin bu esası kabul ettiği belirtilmektedir. Bkz. **Honohan**, **Iseult/Rougier**, Nathalie “Global Birthright Citizenship Laws: How Inclusive?”, *Netherlands International Law Review*, C. 65, S. 3, 2018, s. 347. Yine bu karinenin Osmanlı zamanında da kabul edildiği belirtilmiştir. Osmanlı döneminde müslüman mahallesinde bulunan çocuk müslüman; gayrimüslim mahallede bulunan çocuk gayrimüslim kabul ediliyordu. Bkz. **Seviğ**, Muammer Raşit: *Devletler Hususi Hukuku*, C. 1, İkinci Bası, İstanbul 1947, s. 48, dnp. 10, (DHH); **Topçuoğlu**, s. 1828-1829.

<sup>124</sup> Bkz. dnp. 107 ve dnp. 113.

<sup>125</sup> **Aybay/Özbek/Ersen-Perçin**, s. 103; **Doğan**, s. 55; **Güngör**, s. 74.



Suriye ve bir başka devletin vatandaşlığını kazanamama ihtimali de vardır. Bu halde kişi doğum anından itibaren vatansız konumunda olmaktadır. Oysa bu hükmün amacında vatansızlığın önlenmesi amacı yatmaktadır. Doktrinde bu sebeplerden ötürü karinenin aksinin “*makul bir sürede*” ispatlanabilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>126</sup>. Ancak mevcut durumda kanuni şartlar oluşmadan verilen tespit kararı idarece her zaman geri alınabilecektir<sup>127</sup>.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, Türkiye kavramının içine gemilerin dahil olup olmayacağı tereddütlere sebebiyet verebilir. Dolayısıyla yurt dışında Türk tabiiyetindeki bir gemide bulunan çocuğun da Türkiye’de bulunmuş sayılacağına maddede ayrıca belirtilmesi olası tereddütleri giderdiğinin kanısındayız.

Son olarak burada bulunmuş çocuk ile refakatsiz çocuk kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğunu vurgulamak için, refakatsiz çocuk teriminden de bahsetmekte yarar görüyoruz. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu<sup>128</sup> m. 3/1-m’de refakatsiz çocuk “*sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmadığı sürece, kanunen ya da örf ve adet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye’ye gelen veya Türkiye’ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan*” şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla refakatsiz çocuk ile Türkiye’de doğduğu kabul edilen (bulunan) çocuktan değil, Türkiye’ye başka bir ülkeden gelmiş çocuktan söz edilmektedir. Bu yüzden refakatsiz çocuğun TVK m. 8/2’deki bulunmuş çocuk kapsamına alınması mümkün değildir. Refakatsiz çocuklar, kendileri için uygun olan uluslararası koruma statülerinden birine girmesiyle birlikte, refakatsiz çocuk yerine “*mülteci çocuk*”, “*şartlı mülteci çocuk*”, “*ikincil koruma altına alınan çocuk*” veya “*geçici korunan çocuk*” ifadesi kullanılır<sup>129</sup>.

<sup>126</sup> Aybay/Özbek/Ersen-Perçin, s. 103; Doğan, s. 55; Güngör, s. 74; Erdem, s. 116. “*Halbuki, doğum yeri esasına bağlı olarak kazanılan Türk vatandaşlığı da asli vatandaşlıktır; Kanun gereği doğumdan itibaren geçerli olur. Bu itibarla, bu yolla bir vatandaşlığın kazanılmasına esas teşkil eden karinenin aksini ispat bir süre ile sınırlamak gerekirdi.*” Bkz. Nomer, s. 74. Kanun koyucu, 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu’nda da benzer ifadeye bulunduğu için, aynı eleştiri eski kanun döneminde de yapılmaktaydı. Bkz. Uluocak, s. 32; Nomer, Ergin: Vatandaşlık Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1987, s. 65-66 (1987).

<sup>127</sup> Güngör’ün de ifade ettiği üzere burada asli olarak vatandaşlığın kazanılması söz konusu olduğundan, doğum yeri esasına göre kazanılan vatandaşlıkta idarenin geri aldığı karar Türk vatandaşlığını kazanma kararı olmayıp, buna ilişkin alınan bir tespit kararıdır. Bkz. Güngör, s. 75, dpn. 272.

<sup>128</sup> RG. 11.04.2013-28615

<sup>129</sup> Her statü için mülteci çocuk teriminin kullanılması eleştirilmektedir. Yine refakatsiz çocukların genelde yaşça çok küçük çocukların olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Ekşi,

## SONUÇ

Hukukumuzda asli vatandaşlığın kazanılması için kabul edilen doğum yeri esası, yukarıda da ifade edildiği üzere ikincil nitelikte kabul edilen bir esastır. Anayasamızda yer almayan bu esas, TVK'nın 8. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre doğumla herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan çocuk, doğumdan itibaren Türk vatandaşıdır. Bununla birlikte madde vatansızlık halinin anne ve/veya babadan kaynaklanmasını aradığı için, çocuk soy bağı esasına göre bir vatandaşlık kazanamamış olmakla birlikte, yabancı bir devletin vatandaşlığını doğum yeri esasına göre kazanması halinde eksik kalmaktadır. Bu durumda doğum Türkiye'de gerçekleşmiş olmakla birlikte, yabancı devlet, kendi tabiiyetindeki gemide gerçekleşen doğuma doğum yeri esasına göre vatandaşlık vermektedir. Çocuk burada anne ve/veya babasından bir vatandaşlık kazanamadığı için, TVK'ya göre de vatandaşlık kazanabilecektir. Bu durum ise, vatansızlığı önlemek amacıyla getirilen düzenlemenin amacına aykırı olacaktır. Zira bu örnekte madde, vatansızlığı önlemekten ziyade çifte vatandaşlığa sebebiyet vermektedir. Bu yüzden vatansızlık halinin sebep unsurunu sınırlandırmayacak bir düzenlemenin yapılmasının gerekli olduğunun kanaatindeyiz.

Bir diğer husus ise, kanunda vatansızlık hali doğum anına bağlandığı için, kişinin daha sonradan soy bağı esasına göre anne veya babasından vatandaşlık kazanması halidir. Bu halde yabancı devletin vatandaşlığı doğum anından itibaren hüküm doğuracaksa, Türk vatandaşlığının kazanılması için aranan “doğum anında vatansız olmak” şartı gerçekleşmeyecek ve kişi esasen Türk vatandaşlığını hiç kazanamamış olacaktır. Bu durum ise, asli vatandaşlığın kazanılmasındaki istikrar prensibine aykırılık teşkil edecektir. Burada maddeye ek bir fıkra getirilmesinin ve makul süre sınırlarının aşılması halinde, soy bağının kurulmasıyla kazanılan vatandaşlığın, Türk vatandaşlığına etki etmeyeceğini belirten bir düzenlemenin getirilmesinde yarar görüyoruz. Aynı gerekçelerle makul süreye ilişkin önerimizi, Türkiye'de bulunmuş çocuklara ilişkin düzenleme için de önermekteyiz. Bu sayede somut olayın özelliklerine göre makul süre belirlenecek ve asli vatandaşlığın kazanılmasındaki istikrar prensibi korunmuş olacaktır. Yine yukarıda belirtildiği üzere gemilerde gerçekleşecek doğumlarda, gemilerin devletin ülke unsurunun kapsamına girip girmeyeceği tereddütlere sebebiyet verebilir. Açıkladığımız üzere vatandaşlık hukuku bakımından gemilerin ülke unsuruna dahil edilerek ülke unsurunun sınırlarının istianen genişletilmesi, bizzat

milletlerarası hukuk tarafından kabul görmektedir. Yeter ki bu durumda doğum yeri esası, vatansızlığın engellenmesi amacına hizmet etsin. Ancak yine de maddede bu hususun ayrıca belirtilmesinin yararlı olacağını düşünce-sindeyiz.

Açıklanan sebeplerden ötürü, TVK'nın doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığının kazanılmasının düzenlendiği 8. maddesinin şu şekilde de-ğiştirilmesini öneriyoruz:

*“Türkiye’de yahut yurt dışında Türk tabiiyetindeki bir gemide doğan ve doğumla yabancı bir devletin vatandaşlığını kazanamayan çocuk, doğumdan itibaren Türk vatandaşıdır.”*

*“Soy bağıının kurulmasıyla birlikte yabancı bir devletin vatandaşlığını doğum anından itibaren kazanan çocuk, bu bağıın kurulmasına ilişkin tespitin makul bir süreyi aşması halinde Türk vatandaşlığını korur.”*

*“Türkiye’de yahut yurt dışında Türk tabiiyetindeki bir gemide bulunmuş çocuk, aksi makul bir sürede sabit olmadıkça, Türkiye’de doğmuş sayılır.”*

Son olarak devletin tanımının yapıldığı 1933 tarihli Montevideo Sözleşmesi’nde devletin unsurları sayılmış ve bir devletin tanınması bu unsurlar arasında yer almamıştır. Tanımının bir devletin kurucu unsuru olmayıp açıklayıcı niteliğini kabul ettiğimizden, tanınmamış bir devlet olmakla birlikte diğer unsurları taşıyan bir birliğin devlet olduğunu kabul etmekteyiz. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti tarafından politik nedenlerle tanınmayan bir devletin vatandaşlığını anne ve babasından soy bağı esasına göre kazanan çocuk, Türkiye’de doğmuş olsa bile Türk vatandaşlığını doğum yeri esasına göre kazanamayacaktır.

### KAYNAKÇA

- Acer**, Yücel/**Kaya**, İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı İngilizce Özetli, 11. Baskı, Ankara 2020.
- Alibaba**, Arzu: Vatandaşlık Hakkı ve Vatandaşlığın Kazanılmasında ve Kaybında İnsan Hakları, Ankara 2021.
- Aybay**, Rona/**Özbek**, Nimet: Vatandaşlık Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2015.
- Aybay**, Rona/**Özbek**, Nimet/**Ersen-Perçin**, Gizem: Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2019.
- Aygül**, Musa: “Evlat Edinme Yolu ile Vatandaşlığın Kaybedilmesi ve Kazanılması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 99, 2012, s. 45-80.
- Aykaç**, Alper Can: “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi: Strazburg, 6.XI.1997”, Türkiye Barolar Birliği, S. 77, 2008, s. 359-383.
- Azarkan**, Ezeli: Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınması (Slovenya, Hırvatistan ve Bosna Hersek), Ankara 2008.
- Başgil**, Ali Fuat: “Devletin Ülke Unsuru”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 4, 1946, s. 1261-1281.
- Batır**, Kerem: Uluslararası Hukukta Vatandaşlık, 2. Baskı, 2018.
- Belgesay**, Mustafa Raşit: Türk Vatandaşlık Hukuku Şerhi, İstanbul 1929.
- Berki**, Osman Fazıl: Devletler Hususi Hukuku, C. 1, 6. Baskı, Ankara 1966.
- Berki**, Osman Fazıl: “Türk Vatandaşlık Hukukunda Toprak Esasının Gelişmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, 1970, s. 67-75. (Toprak Esası)
- Birsen**, Kemaleddin: Devletler Hususi Hukuku, C. 1, İstanbul 1936.
- Çamyamaç**, Anıl: Denize Kıyısı Olmayan ve Coğrafi Bakımdan Elverişsiz Konumda Bulunan Devletlerin Hukuki Durumu, Ankara 2012.
- Çamyamaç**, Anıl: “Avrupa’daki Minyatür Devletlerin İkili Diplomatik İlişkilerine Dair Uluslararası Hukuk Açısından Pragmatik Bir Değerlendirme”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2019, s. 59-162. (Minyatür Devletler)
- Dardağan-Kibar**, Esra Gül: “Türk Vatandaşlık Mevzuatı ve Güncel Gelişmeler Işığında Vatandaşlığın Kanuniliği İlkesi”, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, (editör: Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz, Lale Ayhan-İzmirli), Ankara 2019, s. 3-16.
- Doğan**, Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2019.

- Egemen-Demir**, Işıl: “İdare Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Türk Vatandaşlığına Alınma Kararının İptali ve Geri Alınması Kavramları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 139, 2018, s. 129-164.
- Ekşi**, Nuray: “Mevzuat ve Antlaşmalar Kapsamında Çocukların Uluslararası Korunması”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7, 2016, s. 559-574.
- Erdal**, Selcen: “Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneği”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2005, s. 157-196.
- Erdem**, B. Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2019.
- Erkan**, Mustafa: “Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklerin İncelenmesi”, Public and Private International Law Bulletin, C. 39, S. 2, 2019, s. 415-446.
- Erkut**, Celal: “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, C. 9, S. 1-3, 1988, s. 69-91.
- Finck**, François: “The State between Fact and Law: The Role of Recognition and the Conditions under which it is Granted in the Creation of New State”, Polish Yearbook of International Law, C. 36, S. 51, 2016, s. 51-81.
- Fişek**, Hicri: Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 1959.
- Göğer**, Erdoğan: Türk Tabiiyet Hukuku, Dördüncü Bası, Ankara 1979.
- Göze**, Ayferi: Devletin Ülke Unsuru (Sınırları ve Devletle Olan Münasebeti), İstanbul, 1959.
- Gözler**, Kemal: İdare Hukuku, 3. Baskı, C. 1, Bursa 2019.
- Grossman**, Andrew: “Nationality and the Unrecognised State”, International and Comparative Law Quarterly, C. 50, S. 4, 2001, s. 849-876.
- Güngör**, Gülin: “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yılmaz Altuğ’a Armağan, C. 17, S. 1-2, 1997, s. 229-250. (Vatandaşlık Sözleşmesi)
- Güngör**, Gülin: “Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Bazı Hükümlerinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Üzerindeki Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 63, S. 3, 2014, s. 479-508. (Vatansızlık)
- Güngör**, Gülin: Tabiiyet Hukuku, 8. Bası, Ankara 2020.
- Güven**, Pelin: “Türk Vatandaşlığının Doğumla Kazanılması – Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Konunun Değerlendirilmesi”, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu (29 Şubat 2008), (editör: Vahit Doğan, Feriha Bilge Tanrıbilir, Banu Şit), Ankara 2018, s. 119-140.

- Hofmann**, Rainer: “Overview of Nationality and Citizenship in International Law”, Citizenship and Nationality Status in the Europe, (editör: Síofra O’Leary, Teija Tiilikainen), London 1998, s. 5-19.
- Honohan**, Iseult/**Rougier**, Nathalie “Global Birthright Citizenship Laws: How Inclusive?”, Netherlands International Law Review, C. 65, S. 3, 2018, s. 337-357.
- İleri**, Suphi Nuri: Yasaların Çatışması İhtilafı Kavanin, İstanbul 1934.
- Kaya**, Gülsüm: Uluslararası Hukukta Kişilik, İstanbul 2020.
- Khalil**, Asem: “Palestinian Nationality and Citizenship: Current Challenges and Future Perspectives”, CARIM Research Report 2007/7, European University Institute, Florence, 2007.
- Kohen**, Marcelo G.: “Introduction”, Territoriality and International Law, (editör: Marcelo G. Kohen), Cheltenham UK - Northampton, MA, USA, 2016.
- Krasniqi**, Gëzim: “Contested States as Liminal Spaces of Citizenship: Comparing Kosovo and the Turkish Republic of Northern Cyprus”, Ethnopolitics, C. 18, S. 3, 2019, s. 298-314.
- Maury**, Jacques: Devletler Hususi Hukukuna Dair Bazı Meseleler, (çev. Rabi Koral, Rahmi Çobanoğlu), İstanbul 1948.
- Mutlu**, Orçun: “Filistin Devleti’nin Devletlik Statüsüne Dair Bir Değerlendirme”, Balkan Sosyal Bilimler Dergisi, C. 8, S. EUREFE’19 (Özel Sayı), 2019, s. 403-413.
- Nomer**, Ergin: Vatandaşlık Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1987. (1987)
- Nomer**, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, 27. Bası, İstanbul 2020.
- Odman**, Tefik M.: Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku, Mersin 2011.
- Oppenheim**, Lassa Francis: International Law A Treatise, C. 1, Ankara 2020.
- Özbek**, Nimet: Türk Vatandaşlık Hukukunda İlgilinin İstemi Gerekmeksizin Türk Vatandaşlığıyla İlişkinin Kesilmesi, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Özbek-Hadimoğlu**, Nimet/**Teksoy**, Barış: “Vatansızlığın Azaltılmasına Dair BM Sözleşmesi (1961) Karşısında Türk Vatandaşlığı Kanunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 107, 2013, s. 221-244.
- Özçelik**, Ali Onur/**Pataraya**, Anzhela: “Tanınma Sorunu Yaşayan Devletler Açısından Egemenlik ve Tanınma Konusunun Kavramsal Analizi”, Alternatif Politika, C. 11, S. 1, 2019, s. 1-31.

- Özkan**, Işıl: Tanınmamış Devletlerin Yasa, Hukuki İşlem ve Kararlarının Tanınması, İstanbul 2017.
- Özkan**, Işıl: Göç ve Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2022. (Vatandaşlık)
- Pazarıcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 19. Bası, Ankara 2020.
- Seviğ**, Muammer Raşit: Devletler Hususi Hukuku, C. 1, İkinci Bası, İstanbul 1947. (DHH)
- Seviğ**, Muammer Raşit: Devletler Hususi Hukuku: Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku, İstanbul 1983.
- Shaw**, Malcolm N.: "Territory in International Law", Netherlands Yearbook of International Law, C. 13, 1982, s. 61-91.
- Shearer**, Ivan/**Opeskin**, Brian: "Nationality and Statelessness", Foundations of International Migration Law, (editör: Brian Opeskin, Richard Perruchoud, Jillyanne Redpath-Cross), Cambridge 2012, s. 93-122.
- Sirmen**, Kazım Sedat: Hava Araçlarının Tabiiyeti, Ankara 2005.
- Sirmen**, Kazım Sedat: "Toprak Esası (Ius Soli) Prensibi, Uygulanması ve AİHM'nin Yaklaşımı", Avrupa ve Uluslararası Göç Hukuku, (editör: Gülüm Bayraktaroğlu-Özçelik, Elçin Aktan), Ankara 2022. (Toprak Esası)
- Sur**, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 16. Baskı, İstanbul 2022.
- Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, İstanbul 2019.
- Şöhret**, Mesut: Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınması (Tanınmamış Bölgeler), Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli 2014.
- Tan**, Turgut: İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970.
- Teksoy**, Barış: "Türk Vatandaşlığın Kazanılması Konusundaki Güncel Eğilim ve Anayasal Kurallar Işığında Saklı Nüfusa İlişkin Düzenlemeler", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 76, S. 2, 2021, s. 437-473.
- Toluner**, Sevin: Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi, 5. Bası, İstanbul 1996.
- Topçuoğlu**, Ali Aslan: "İslam Hukukunda ve 1869 Tarihli Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nde Çocukların Vatandaşlık Durumu", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 12, S. 62, 2019, s. 1816-1831.
- Topuzkanamış**, Şafak Evran: Vatandaşlık Üstüne Bir Tez, İstanbul 2013.
- Turhan**, Turgut/**Tanrıbilir**, Feriha Bilge: Vatandaşlık Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2017.
- Uluocak**, Nihal: Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 1989.

## ABD HUKUKU ÖRNEĞİNDE KÜÇÜK VE ORTA ÖLÇEKLİ İŞLETMELER (KOBİ) İÇİN ÖZEL YENİDEN YAPILANDIRMA

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1276287>

Arş. Gör. **Abdulkadir HAŞHAŞ\***

### Öz

Mikro, küçük ve orta ölçekli işletmeler, hem sayısal fazlalık, hem de ekonomik önem bakımından dünya ekonomisinde önemli bir yer tutmaktadırlar. İşletmelerin ödeme güçlüğü sorunlarına hukukî ve ekonomik bir çözüm olarak düzenlenen yeniden yapılandırma hukuku hükümleri bu kapsamdaki işletmelere uygulanmak istendiğinde temel iki sorunla karşılaşmıştır. Bu sorunlardan ilki, söz konusu ekonomik aktörlerin karmaşıklık, uzunluk ve pahalılık nedeniyle bu yola hiç başvuramamaları, yargısal bir hizmetten yararlanamamalarıdır. İkinci sorun ise, bir şekilde bu yola başvurmuş olanların, aynı nedenlerle süreci devam ettirememeleri veya verim alamamalarıdır.

Olağan yeniden yapılandırma hükümlerinin küçük işletmelerde düzgün çalışmaması üzerine, bu işletmeler için farklı bir usûle ihtiyaç duyulduğuna kanaat getirilmiş ve çalışmalara başlanmıştır. Bu kapsamda küçük işletmeler için basitleştirilmiş bir usûle dair denemeler gerçekleştirilmiştir. Bu alanda yapılan çalışmaların temelinde, basitleştirilmiş usûlün, çeşitli açılardan daha seri ilerleyen, daha ucuz ve daha az karmaşık olmasının sağlanması ön plana çıkmaktadır.

Bu çalışmada, Dünya Bankası, UNCITRAL gibi küresel politika yapımcılar ile yeniden yapılandırma konusunda en geniş birikime sahip olan Amerika Birleşik Devletleri'ndeki çalışmalar dikkate alınmıştır.

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İzmir (abdulkadirhashas@gmail.com) ORCID: 0000-0002-6731-3904 (Geliş Tarihi: 09.11.2022-Kabul Tarihi: 26.01.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.



**Anahtar Kelimeler**

*KOBİ, Yeniden yapılandırma, Ödeme güçlüğü, Küllî icra hukuku, Amerikan hukuku*

**SPECIAL REORGANIZATION FOR SMALL AND  
MEDIUM SIZE ENTERPRISES (SMEs)**

*(Research Article)*

**Abstract**

*Micro, small and medium-sized enterprises have an important place in the world economy in terms of both numerical redundancy and economic importance. When the provisions of the reorganization law, which is regulated as a legal and economic solution to the insolvency of the enterprises, were tried to be applied to the enterprises within this scope, two main problems were encountered. The first of these problems is that the economic actors in question cannot resort to this method due to its complexity, length and cost, and cannot access to a judicial service. The second problem is that those who have somehow resorted to this procedure cannot continue the process or gain efficiency for the same reasons.*

*As the ordinary reorganization provisions did not work properly in small enterprises, it was decided that a different method was needed for these enterprises and studies were started. In this context, trials of a simplified procedure for small businesses were carried out. On the basis of the studies carried out in this field, the simplified procedure is more rapid, less burdensome and less complex in various aspects.*

*In this study, global policy makers such as the World Bank and UNCITRAL and the studies in the United States of America, which have the widest experience in reorganization law, have been taken into account.*

**Keywords**

*SME, Reorganization, Insolvency, Bankruptcy law, American law*

## GİRİŞ

Yargısal yeniden yapılandırma yöntemi daha çok büyük ve mega ölçekli işletmelere göre tasarlanmıştır<sup>1</sup>. Bu yöntemin kuralları küçük ve orta ölçekli işletmelere (KOBİ) uygulandığında istenilen sonuçlara ulaşamadığı gözlemlenmiş, bu nedenle de bu ölçekteki işletmeler için ayrı bir usûlün gerekliliği ve içeriği tartışılmıştır. KOBİ'lere özgü farklı bir usûlün gerekliliği konusunda bu işletmelerin ekonomik önemi ve adalete erişim hakkı, bu usûlün içeriği bakımından ise olağan usûlün, KOBİ'lere uygun olmayan hükümlerinin uygulanmaması ön plana çıkmıştır.

KOBİ'lere ilişkin sınıflandırmanın hukukî değil de ekonomik bir anlam taşınması, bazı hukukî kavram ve kurumların teknik anlamlarının dışında kullanılmasını gerektirmiştir. KOBİ kavramı içinde iflâsa tâbi olan ve olmayan, tüzel kişiliği bulunan ve bulunmayan işletmeler girdiği için bu çalışmada “iflâs” terimini İcra ve İflâs Kanunun'daki kapsamı dışında, bir işletmenin ekonomik yaşamının, faaliyetlerinin sona ermesi anlamına gelecek şekilde kullanmayı uygun gördük. İflâsa tâbi olmayan kişiler için de bir küllî icra ve tasfiye yolunun gerekliliği genel olarak kabul edilmekte olup, henüz ülkemiz açısından pozitif bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, zaman içerisinde “iflâs” teriminin kapsamının genişleyeceğini tahmin ettiğimiz için, böyle bir tercihte bulduk.

Daha yerleşik ve kabul gören bir karşılık olması sebebiyle “küçük ve orta büyüklükteki işletmeler” ifadesinin kısaltması olarak biz de KOBİ tabirini tercih ettik. İşletmelerin sınıflandırılması cetvelinde en alt basamakta yer alan “mikro” işletmelerin yargısal yeniden yapılandırma yöntemi içerisinde yer alıp almayacakları sorunu, bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Kişilerin ödeme güclüğü sorunlarına çözüm arayan hukukî çareler arasında “tüketici iflâsı/bireysel iflâs (consumer bankruptcy/individual bankruptcy veya insolvency)” olarak anılan yolların kendine özgü birtakım dinamikleri bulunmaktadır<sup>2</sup>. Mikro işletmelerin ve sahiplerinin, bireylere ilişkin hükümlere

<sup>1</sup> **Gurrea-Martínez**, Aurelio: “Implementing an Insolvency Framework for Micro and Small Firms”, *International Insolvency Review*, V. 30, No. 1, s. 48; **Davis**, Ronald B./**Madaus**, Stephan/**Mazzoni**, Alberto/**Mevorach**, Irit/**Mokal**, Riz: *The Modular Approach to Micro, Small, and Medium Enterprise Insolvency*, (yayınlanmamış taslak), [https://commons.allard.ubc.ca/fac\\_pubs/318/](https://commons.allard.ubc.ca/fac_pubs/318/), (Erişim tarihi 4/10/2022), s. 7; **Taşpınar Ayyaz**, Sema: *İcra-İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 39.

<sup>2</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Karaaslan**, Varol: “Tüketici İflâsı ve Borçların Yeniden Yapılandırılması Konusunda Avrupa Ülkelerindeki Gelişmeler”, *Legal Hukuk*

mi yoksa işletmelere ilişkin hükümlere mi tâbi olması gerektiği konusunda bir değerlendirme yapmayacağız.

Küçük işletmeler için ayrıca bir küllî tasfiye yöntemi üzerinde de çalışılması gerektiği vurgulanmakla<sup>3</sup> birlikte biz bu çalışmada sadece yeniden yapılandırmaya odaklanacağız. Küçük işletmelerin, yeniden yapılandırma süreçlerine etki eden hukuk dışı birçok sorun olduğu gibi bazı maddî hukuk sorunlarının da yeniden yapılandırmanın başarısına etki ettiğini kabul etmekle birlikte, biz bu çalışmada şekli hukuka ilişkin olanları merkeze almaya çalıştık.

Çalışmada önce KOBİ'lerin genel bir tanıtımını yapıp, ekonomik ve ödeme güçlüğü hukuku bakımından önemlerini vurguladıktan sonra, neden farklı hükümlere tâbi tutulmaları gerektiğini açıklayacağız. Sonraki ana başlık olarak KOBİ'lere uygulanacak "basitleştirilmiş usûl"ün sadece farklılık arzeden ve önemli kısımlarına genel olarak değineceğiz. Yeniden yapılandırma yönteminin diğer aşama ve hükümlerine, bir kısmı her iki usûl için de ortak olduğu için bir kısmı ise daha detaylı çalışmalarını gerektirdiği için değinmedik. Son olarak ise, yeniden yapılandırmanın mucidi ve yeniden yapılandırma konusunda birçok ülkenin düzenlemesini örnek aldığı, Amerikan hukukundaki düzenlemelere ve tecrübelerine yer verdik.

## I. KÜÇÜK VE ORTA ÖLÇEKLİ İŞLETMELER HAKKINDA GENEL BİLGİ

Küçük işletmeler, farklı amaçlar için farklı şekillerde sınıflandırıldıklarından genel olarak kabul edilmiş, sabit bir tanımları yoktur ve her ülke kendi sistemi içerisinde farklı tanımlamalar yapmıştır<sup>4</sup>. Küçük işletmelerin

Dergisi, Y. 2013, C. 11, S. 130, Gelişmeler, s. 37 vd; **Karaaslan**, Varol: Tacir Olmayan Gerçek Kişilerin Borç Tasfiye Usulü (Tüketici İflâsı), Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.

<sup>3</sup> **The World Bank**: Saving Entrepreneurs, Saving Enterprises: Proposals on the Treatment of MSME Insolvency, World Bank Publications, Washington 2018, s. viii; **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 42-45.

<sup>4</sup> **The World Bank**, s. ix; **The World Bank**: Report on the Treatment of MSME Insolvency, World Bank Publications, Washington 2017, (Report), s. 1; **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 11; **UNCITRAL**: Legislative Guide on Insolvency Law, Part Five: Insolvency Law for Micro and Small Enterprises, Viyana 2022, s. 43; **Cengiz**, Hülya: "KOBİ Finansal Raporlama Standardının Türkiye'deki Muhasebe Uygulamalarına Getireceği Değişiklikler", Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi, Y. 7, S. 3, Yaz 2014, s. 171; **Akgemci**, Tahir: KOBİ'lerin Temel Sorunları ve Sağlanan Destekler, T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı KOSGEB Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme Ve Destekleme İdaresi Başkanlığı, Haziran 2001, s. 8; **Erdem**, Emel/**Duru**, M. Nafiz: "Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin (kobi) Sorunları", Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi, Y. 2010, S. 20, s. 80; **Özkorkut**, Korkut: "1522. Madde

tanımında bir uzlaşa sağlanamasa da herkes, ekonomik olarak çok önemli olduklarında hem fikirdir<sup>5</sup>. Dünya çapında işletmelerin en az %90'ını mikro, küçük ve orta ölçekli işletmelerin oluşturduğu ve toplam istihdamın ve GSMH'nin en az %50'sinin bu işletmeler tarafından sağlandığı tahmin edilmektedir<sup>6</sup>. Bu ölçek büyüklüğüne rağmen, yeniden yapılandırma hukuku düzenlemeleri ve literatürü bunlar dışında kalan büyük işletmelere yoğunlaşmıştır<sup>7</sup>. KOBİ kavramına bağlanan bazı hukukî sonuçlar olsa da esasen bu sınıflandırma, hukukî değil ekonomik bir anlam taşımaktadır<sup>8</sup>.

İşletmelerin sınıflandırılması bazı unsurların sayısal büyüklüğü ile tespit edilir. Bu unsurlar genel olarak; işletmenin geliri, bağlı çalışan sayısı, yıllık ciro veya bilanço büyüklüğü, faaliyetlerinin yayılma alanı, varlık ve yükümlülüklerinin büyüklüğüdür<sup>9</sup>. İşletmelerin bu şekilde sınıflandırılma-

---

Açısından Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Bakışının Değerlendirilmesi", BATİDER, Y. 2009, C. XXV, S. 3, s. 157-158.

<sup>5</sup> **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 15; **Erdem/Duru**, s. 80; **Cengiz**, s. 171; KOBİ'lerin önemi için bkz. **Akgemci**, s. 17-20.

<sup>6</sup> **Gurrea-Martínez**, s. 46; **Markell**, Bruce A.: "Small Business and Bankruptcy: Recent Changes in Kosovo and the United States Compared" *University of Miami International and Comparative Law Review*, Y. 2020, V. 27, No. 2, s. 256; **The World Bank**, Report, s. v, 5; **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 16; **Cipriano**, Nicole C.: "The Big Short: How the Big Step of the Small Business Reorganization Act Fell Short", *Hofstra Law Review*, Y. 2021, V. 50, No. 1, s. 146; **UNCITRAL**, s. 39; **Özekes**, Muhammet: "Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı", 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Ed. Prof. Dr. Muhammet Özekes, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 43-83, s. 50; **Cengiz**, s. 170; **Pekcanitez**, Hakan/**Erdönmez**, Güray: 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 20; **Sarisözen**, M. Serhat: Konkordato, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 180; **Özkorkut**, s. 146.

<sup>7</sup> **Gurrea-Martínez**, s. 47; **The World Bank**, Report, s. v; **Ravid**, Abraham/ **Sundgren**, Stefan: "The Comparative Efficiency of Small-Firm Bankruptcies: A Study of the US and Finnish Bankruptcy Codes", *Financial Management*, Y. 1998, V. 27, No. 4, s. 28; **UNCITRAL**, s. 42; **Anderson**, Kent: "Small Businesses Reorganizations: An Examination of Japan's Civil Rehabilitation Act Considering U.S. Policy Implications and Foreign Creditor's Practical Interests." *American Bankruptcy Law Journal*, Y. 2001, V. 75, No. 3, s. 357.

<sup>8</sup> **Akgemci**, s. 8.

<sup>9</sup> **McCormack**, Gerard/**Keay**, Andrew/**Brown**, Sarah/**Dahlgreen**, Judith: Study on a New Approach to Business Failure and Insolvency, Comparative Legal Analysis of the Member States' Relevant Provisions and Practices, Luxembourg 2016, s. 209; **Blum**, Brian A.: "The Goals and Process of Reorganizing Small Business in Bankruptcy", *Journal of Small and Emerging Business Law*, Y. 2000, V. 4, No. 2, s. 188; **The World**

sının yeniden yapılandırmaya da esas alınmasının ardında, yaşadıkları mali sıkıntı ile ölçekleri arasında doğrudan bir ilginin bulunmasının gözlemlendiği söylenebilir<sup>10</sup>.

Yeniden yapılandırma hukuku bakımından büyük işletmelere uygulanan “olağan usûlden” farklı olarak, küçük işletmelere uygulanacak “basitleştirilmiş usûl” kapsamına girecek işletmeler için biz bu çalışmada “küçük işletme” ve “KOBİ” ifadelerini birbirinin yerine ve teknik anlamıyla değil, genel bir ifade şeklinde, kanun koyucunun kapsama dahil edeceği borçlular için kullanacağız.

Hukukumuzda “küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin tanımına, niteliklerine ve sınıflandırılmasına ilişkin esasların belirlenmesi ve bu tanım ve esasların tüm kurum ve kuruluşların uygulamalarında esas alınmasını sağlamak...” amacıyla çıkarılmış bir Yönetmelik<sup>11</sup> bulunmaktadır. Yönetmeliğin ikinci maddesinde, bu Yönetmelikte belirlenen sayısal büyüklüklerin altında belirlemeler yapılabileceği kabul edilmiştir. Buna göre basitleştirilmiş usûl kapsamına alınacak işletmeler için Yönetmelik’te belirlenen sınırın altında bir tavan belirlenebilir. Yönetmelik kapsamında işletmeler, mikro, küçük ve orta büyüklüktekiler olarak üç sınıfa ayrılmış olup, sınıflandırmada yıllık çalışan sayısı ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosunun parasal tutarı şeklinde, iki kriterin birlikte sağlanması esas alınmıştır (Yön. m. 5).

KOBİ’lerin yeniden yapılandırma açısından önem arz eden bazı özellikleri vardır. Bu özellikler, KOBİ’ler için öngörülecek rejimin “basitleştirilmiş” olmasının da gerekçesini oluştururlar. Bunların başında basit bir sermaye yapılarının olması gelmektedir<sup>12</sup>. Bu basit sermaye yapısı, ortak sayısının az olması, farklı hak ve yetkiler veren ve farklı hükümlere göre işlem görmesi gereken pay sahipleri gruplarının bulunmamasına neden olur. Bu da yeniden yapılandırma sürecinde karmaşıklığı küçük işletmeler bakımından azaltmaktadır.

---

**Bank**, Report, s. 3; **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 11; **Cengiz**, s. 171; **Tümer**, Melih: İşletme Nedir, Fatih Yayınları, İstanbul 1975, s. 110.

<sup>10</sup> **Blum**, s. 194; **Markell**, s. 257.

<sup>11</sup> “Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik”, R.G. 18/11/2005 t., S. 25997; 635 sayılı “Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin 28. maddesi, KOBİ’lere ilişkin uygulamalarda bu Yönetmelik hükümlerinin esas alınacağını düzenlemektedir.

<sup>12</sup> Çoğunlukla tek ortaklı veya ortakların aile üyelerinden oluştuğu bir yapıları vardır. **McCormack/Keay/Brown/Dahlgreen**, s. 208.

Yine KOBİ'lerin borç yapısı, toplam borç miktarları, türleri ve alacaklı sayıları bakımından, büyük işletmelere göre daha sade bir görünüm arz eder<sup>13</sup>. Özellikle alacaklı sayısının az olması, müzakere edilecek ve ikna edilmesi gereken kişi sayısını azaltır. Ayrıca basitleştirilmiş usûlde, çözülmesi gereken uyuşmazlıklar da bu nedenle daha az ortaya çıkar. Ayrıca alacaklı tür ve sayısının az olması, bu usûlde, alacakların sınıflandırılmasına da ihtiyaç duyulmamasını sağlamaktadır.

KOBİ'lerin bağlı çalışan sayıları, büyük işletmelere göre daha azdır veya esnaf işletmesi şeklinde faaliyet gösterenlerde bağlı çalışan, çoğu zaman bulunmamaktadır. Bunun sonucunda iş ilişkisinden kaynaklanan özel ve kamusal borçlara ya hiç rastlanılmamakta ya da sürece etki edecek kadar önemli bir sorun haline gelmemektedir.

KOBİ'ler finansman ihtiyacını, çoğunlukla kısa vadeli banka kredileri ile sağlarlar<sup>14</sup>. Bu özellikleri işletme idaresi ve yeniden yapılandırma bakımından esasen sorun teşkil etmekte olup, aşağıda ayrıca incelenecektir. Bununla birlikte tek tür finansal araç kullanıyor olmaları, yeniden yapılandırmalarının basitleştirilmesine katkı sağlar.

KOBİ'lerin birçoğunun tüzel kişiliği bulunmamaktadır<sup>15</sup>. Bununla birlikte tüzel kişiliğe sahip olan, ancak yeniden yapılandırma açısından küçük işletme sayılması gerekenlerin sayısı da azımsanmayacak ölçüdedir. Aşağıda bu konuya da ayrıca değineceğiz.

Küçük işletmelerin bu sade yapısı, süreç içerisinde gözetilmesi gereken menfaatlerin ve çözülmesi gereken sorunların daha az olmasıyla sonuçlanmaktadır<sup>16</sup>. Bu nedenle, olağan hükümler, bu işletmeler için etkili ve verimli olmaktan ziyade tam tersine olumsuz bir etki doğurmaktadır.

---

<sup>13</sup> McCormack/Keay/Brown/Dahlgreen, s. 208; Tümer, s. 66.

<sup>14</sup> Tümer, s. 66; Yabancı kaynak kullanımı konusunda karmaşık finansal araçlardan yararlanmazlar. Bu da yeniden yapılandırma içerisinde çözülmesi gereken hukukî uyuşmazlıklar ve dikkate alınması gereken maddî hukuk düzenlemelerinin az olmasını sağlar.

<sup>15</sup> Bu nedenle sermaye şirketlerinin yararlandığı "malvarlığı ile sınırlı sorumluluk ilkesi"nin avantajlarından mahrum kalırlar. Bir sermaye şirketi olarak faaliyet gösterenlerde de malik-yönetici, şirketin borçlarının önemli bir kısmını şahsi malvarlığı ile temin ettiği için bu tarzdaki işletmelerin iflâsının olumsuz etkisi daha geniş olabilir. Gurrea-Martínez, s. 47; The World Bank, s. ix; The World Bank, Report, s. 5.

<sup>16</sup> McCormack/Keay/Brown/Dahlgreen, s. 208.

## II. KÜÇÜK VE ORTA ÖLÇEKLİ İŞLETMELERİN YENİDEN YAPILANDIRMAYLA BAĞLANTILI SORUNLARI

### A. Genel Olarak

Ekonomik hayatın düzgün işlemesi için genelde hukuk sistemi, özelde ise icra hukuku, kilit bir konumdur<sup>17</sup>. Düzgün işleyen bir icra hukuku, krediye erişimi kolaylaştırır ve ucuzlatır, ödünç verenin teminata olan ihtiyacını azaltarak ‐aşırı teminatlandırma (overcollateralization)‑ sorunun çözümlüne de katkı sağlar<sup>18</sup>. İcra sistemi, borçlunun geri ödeme sorunu bakımından, ödünç verenlere belirlilik ve öngörülebilirlik sağlarsa, bu kişilerin küçük işletmelerin krediye erişimini zorlaştırmayacakları kabul edilmektedir<sup>19</sup>. Hızlı ve etkili bir tasfiye yöntemi ile birlikte kurtarıcı bir yeniden yapılandırma usûlünün birlikte var olması ve gelişmesi gerekir<sup>20</sup>. Yeniden yapılandırmaya günümüzde verilen önem, tasfiye usûlünün ihmal edilmesiyle sonuçlanmamalıdır. Çünkü, her işletmenin kurtarılması mümkün değildir.

KOBİ'lere ilişkin sorunlara ve bunların ödeme güçlüklerine ilişkin icra hukuku açısından değerlendirme yapılırken dikkat edilmesi gereken husus, bu işletmelerin, büyüyememiş, başarısız işletmeler olarak görülmemesidir<sup>21</sup>. Ayrıca KOBİ'lerin başarısızlıklarının nedeni, verimsiz bir işletme modeline sahip olmaları değildir<sup>22</sup>. Bunlar, hem kuruluş ve büyüme aşamasında, hem de malî sıkıntıyla karşılaştıklarında gerekli desteği alamadıkları için iflâs etmektedirler.

KOBİ'lerin yeniden yapılandırılmasına ilişkin ihtiyacın bir diğer gerekçesi ise bu işletmelerin, sınıflandırmanın üst katmanlarında yer alan büyük ve mega işletmelere mal veya hizmet tedarik ediyor olmalarıdır<sup>23</sup>. KOBİ'lerin kurtarılmaması, büyük işletmelerin faaliyetlerini sekteye uğratabilir.

<sup>17</sup> Özeker, s. 48-49; Karayalçın, s. 540 vd; Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal, s. 21; Kayhan, Şaban: Konkordato Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2021, s. 28; Aşık, İbrahim/Oruç, Yakup/Tok, Ozan/Saçar, Ömer Faruk: İcra ve İflas Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 511-512; Tümer, s. 57-58.

<sup>18</sup> Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal, s. 21.

<sup>19</sup> The World Bank, Report, s. 7.

<sup>20</sup> Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal, s. 21; Özeker, s. 51.

<sup>21</sup> Akgemci, s. 7.

<sup>22</sup> American Bankruptcy Institute (ABI): Commission the Study the Reform Of Chapter 11, Final Report and Recommendations, Washington 2014, s. 285.

<sup>23</sup> Erdem/Duru, s. 82.

Küçük işletmelerin yeniden yapılandırmasına ilişkin sorunların genel çerçevesi *Dünya Bankası* tarafından; olağan sistemin karmaşıklığı, sürece alacaklı katılımının düşüklüğü, borçlu hakkında finansal bilginin yetersiz olması, iyileştirme finansmanına erişim zorluğu, sürecin giderlerini karşılayacak kaynağın olmayışı, küçük işletmelerin büyük bir çoğunluğunun tüzel kişiliğinin olmaması ve bu nedenle şahsi ve ticarî borçlarının birbirine karışması olarak özetlenmektedir<sup>24</sup>.

## **B. Yeniden Yapılandırma Sistemi Anlayışından Kaynaklanan Sorunlar**

Olağan yeniden yapılandırma hükümlerinin karmaşıklığı, masraflı oluşu, uzun sürmesi gibi sebepler borçlu açısından anlaşılması ve uygulanmasını zorlaştırmaktadır<sup>25</sup>. Bu durum birçok kişinin başvurudan imtina edip, nihayetinde iflâs etmesine neden olmaktadır<sup>26</sup>. Bu işletmelerin hepsi yargısal bir süreç içerisinde tasfiye de edilmedikleri, kepenk kapatıp yok oldukları için, ciddi bir istatistik sorunu da ortaya çıkmaktadır.

Büyük şirketlerin farklı rejimlere tâbi bir borç yapıları, geniş bir alan ve konuya yayılmış iş organizasyonları, taraf oldukları, gözden geçirilmesi ve yeniden düzenlenmesi gereken çok farklı türde sözleşmeleri vardır. Bu nedenle biraz da işin niteliğinin gereği yeniden yapılandırma süreçleri, müzakereleri, uzun ve karmaşıktır<sup>27</sup>. Olağan yeniden yapılandırmanın esas aldığı şirketlerin karmaşık yapısı, sürecin uzun sürmesini katlanılabılır kılmaktadır. Büyük şirketler, çoğunlukla uzun süren süreci finanse edebilecek, kaynak bulabilecek durumdadırlar. Ancak ister küçük ister büyük işletmeler söz konusu olsun, kimse yeniden yapılandırma sürecinin uzun sürmesini arzulamaz. Özellikle alacaklıların, bekledikçe kayıpları artmaktadır<sup>28</sup>. Üstelik bu kayıp, birkaç farklı şekilde aynı anda gerçekleşir. Enflasyonist ortamlarda alacaklılara tam ödeme yapılsa bile, geciken ödeme kayıp anlamına gelir. Öte yandan mahrum kaldığı alacağı “kaçan fırsat maliyeti (lost opportunity cost)” olarak da alacaklıyı etkiler. Yeniden yapılandırma içinde teminatsız alacaklara, borçlu teklif etmedikçe faiz de işletilmediğinden bir kayıp da bu-

---

<sup>24</sup> **The World Bank**, s. vii; **The World Bank**, Report, s. v.

<sup>25</sup> **Taşpınar Ayvaz**, s. 81.

<sup>26</sup> **The World Bank**, Report, s. 33.

<sup>27</sup> **The World Bank**, s. 27; **Taşpınar Ayvaz**, s. 50.

<sup>28</sup> **Small**, Thomas A.: “Small Business Bankruptcy Cases”, *American Bankruptcy Institute Law Review*, Y. 1993, V. 1, No. 2, s. 305.



radan kaynaklanır. Yeniden yapılandırma içerisinde borçlu işletmenin faaliyetleri de devam ettiğinden malvarlığında faaliyetten kaynaklanan azalmalar da gerçekleşebilir<sup>29</sup>. Borçlu açısından uzayan bir yeniden yapılandırma süreci, masraflarının artması anlamına gelir<sup>30</sup>. Öte yandan sürecin gereksiz uzaması, alacaklıların borçluya olan güvenini azaltır, bu da projeye kabul oyu verenlerin sayısında azalmaya neden olabilir<sup>31</sup>. Yeniden yapılandırma sürecinin herkes tarafından kabul edilebilir bir neden olmadan uzaması ayrıca kuruma ve yargıya olan güveni de sarsar<sup>32</sup>.

KOBİ'lerin ödeme güçlüğü yaşamalarının temel nedenleri arasında, tüm işletmeler için ortak bir sorun olan, alacaklarını süresinde ve etkili bir şekilde tahsil edememeleri yatmaktadır<sup>33</sup>. Bu anlamda KOBİ'ler, alacaklarını tahsil edemediklerinde durumdan, büyük işletmelere göre daha şiddetli bir şekilde etkilenmektedirler. KOBİ'lerin net işletme sermayelerinin bulunmaması veya yeterli olmaması, alacaklarını tahsilde yaşadıkları sıkıntıyı yumuşatmalarını engellemektedir<sup>34</sup>.

### C. Alacaklı İlgisizliği Sorunu

Olağan yeniden yapılandırma usulünde modern anlayış, alacaklıların sürece, mümkün olduğunca fazla dahil edilmeleridir. Bu kapsamda borçluyu denetlemek, ona tavsiyelerde bulunmak, projesinin gerçekleştirilebilirliğini ve bu sayede gerekli çoğunluk tarafından kabul edilmesini sağlamak gibi fonksiyonları bulunmaktadır. Yeniden yapılandırma usulünün karar alma süreçlerine, alacaklıların dahil edilmemesi ve süreç boyunca bu kişilere yeteri kadar söz hakkı verilmemesi, yeniden yapılandırma için bir kusur olarak görülmektedir. Modern düzenlemeler alacaklı katılımını azami seviyeye çıkarmaya çalışsa da, "alacaklı ilgisizliği" olarak adlandırılan bir durumla yaygın bir şekilde karşılaşılmaktadır<sup>35</sup>. Alacaklı ilgisizliği, alacaklıların kendilerine sağlanan imkânları kullanmamaları, kendilerine yöneltilen talep ve ihtiyaca karşılık vermemeleri, pasif kalmaları şeklinde özetlenebilir.

<sup>29</sup> **Small**, s. 305; **Carlson**, Thomas E./ **Frasier Hayes**, Jennifer: "The Small Business Provisions of the 2005 Bankruptcy Amendments" *American Bankruptcy Law Journal*, Y. 2005, V. 79, No. 3, s. 649.

<sup>30</sup> **Small**, s. 305; **Carlson/Hayes**, s. 649.

<sup>31</sup> **Small**, s. 305-306.

<sup>32</sup> **Small**, s. 306; **Carlson/Hayes**, s. 649.

<sup>33</sup> **UNCITRAL**, s. 39; **Sarisözen**, s. 100.

<sup>34</sup> **UNCITRAL**, s. 39.

<sup>35</sup> **Janger**, Edward J.: "The U.S. Small Business Bankruptcy Amendments: A Global Model for Reform?", *International Insolvency Review*, Y. 2020, V. 29, No. 2, s. 261; **The World Bank**, Report, s. 2; **Taşpınar Ayyaz**, s. 82.

Alacaklıların, borçlunun yeniden yapılandırma sürecine yeteri kadar ilgi göstermemeleri çeşitli nedenlerden kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda öncelikle rehinli alacaklıların ilgisizliğinden bahsetmek daha uygun olacaktır. Yeniden yapılandırma usûlünde rehlin sağladığı hakların korunması esastır. Buna göre rehinli alacaklılar, yeniden yapılandırmanın sınırlandırılmalarından (takip yasağı, faiz işleminin durması, projeden etkilenme) ya muaftırlar veya adî alacaklılara göre daha az etkilenirler. Yeniden yapılandırma düzenlemeleri, rehlin sağladığı korumayı, kural olarak, bertaraf edemediği için, sonucun iyileştirme veya tasfiye olmasını önemsemezler<sup>36</sup>.

Adî alacaklılar da çeşitli sebeplerden ötürü sürece ilgisiz kalmaktadırlar. Bu sebeplerin başında süreç sonunda elde edecekleri şeyin çok az olması gelmektedir. Gerçekten, Dünya genelinde gerek yeniden yapılandırma gerekse de tasfiye usûlünde rehinli ve imtiyazlı alacaklılardan, adî alacaklılara pek bir şey kalmamaktadır<sup>37</sup>. Bununla birlikte borçlunun yeniden yapılandırma “macerasına” ortak olmak, alacaklıların birtakım masraflara katılanmasını gerektirir. Süreç sonunda çok cüz’î bir değer karşılığında veya hiçbir şey elde edemeyecek olmasına rağmen, bu kişilerin kendilerine sağlanan demokratik haklarını kullanması için “cepten” harcama yapmaları beklenmektedir<sup>38</sup>.

Adî alacaklıların sürece ilgisiz olmalarının bir diğer nedeni ise, kanunun, kendilerine yüklediği fonksiyonları yerine getirebilecek bilgi ve tecrübelerinin olmamasıdır<sup>39</sup>. Borçluya nasıl iyileşebileceği, nereden kaynak sağlayabileceği gibi işletme yönetimi ve finansal konularda aktarabileceği bilgi ve tecrübesi olmayabilir. Yine bu kişiler süreç içerisinde, kendilerinin ve borçlunun sahip olduğu hak ve yükümlülükler konusunda da bilgi sahibi olmayabilirler<sup>40</sup>. Adî alacaklıların bu konularda danışmanlık alacak kaynakları bulunsa bile küçük bir getiri karşılığında bu kaynakları sarf etmek istemeyebilirler.

Alacaklıların genel olarak sürece ilgisiz kalmaları ve bu ilgisizliğin esasen sadece kendilerine tanınan imkânları kullanmama özgürlüğü ile sınırlı

---

<sup>36</sup> **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 7; **UNCITRAL**, s. 41-42; **The World Bank**, Report, s. v.

<sup>37</sup> **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 7; **ABI**, s. 292; **UNCITRAL**, s. 41-42.

<sup>38</sup> **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 37; **ABI**, s. 292; **Gurrea-Martínez**, s. 49-50; **Taşpınar Ayvaz**, s. 82.

<sup>39</sup> **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 36; **Gurrea-Martínez**, s. 49-50; **Taşpınar Ayvaz**, s. 82.

<sup>40</sup> **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 36.

olmayıp, sürecin sağlıklı işlemesi için de gerekli mekanizmalardan olması, Amerikan hukukunda ciddi bir yaklaşım değişikliğine neden olmuştur. 1978 tarihli Kanun'un en önemli reformlarından bir tanesi, Chapter 11 kapsamında mahkeme ve U.S. Trustee'yi<sup>41</sup> süreçten uzaklaştırıp, alacaklı etkinliğini artırmak olmuştur. Bununla birlikte tecrübeler, KOBİ'lere ilişkin düzenlemelerde, olağan usûlden farklı bir tercih yapılmasına, alacaklı ilgisizliğinin yarattığı boşluğun iflâs mahkemesi ve kayyım (trustee) tarafından doldurulmasına neden olmuştur<sup>42</sup>.

## D. Kobilerin Özelliklerinden Kaynaklanan Sorunlar

### 1. Genel Olarak

Küçük işletmelerin büyük bir çoğunluğu kayıt dışı ekonomi kapsamındadırlar<sup>43</sup>. Bu durum küçük işletmelerin sorunlarını doğru tespit etmeyi zorlaştırdığından, özellikle düzenleme yapılırken ayrı bir sorun teşkil etmektedir<sup>44</sup>. Kanun koyucunun neyi düzelteceğini bilmeden ve bu konuda tam sağlıklı veriler olmadan nasıl düzelteceğini öngörmesi kolay değildir. Özellikle Ülkemizde olduğu gibi istatistiklerin çok gelişmiş olmaması, yine KOBİ'lerin kayıt dışılık sorununun daha yoğun olduğu ortamlarda doğru tespit ve amaca uygun düzenleme yapmak daha da zorlaşmaktadır. Ayrıca yapılacak düzenlemenin kaç kişiyi etkileyeceğini bilmeden de düzenleme yapmaya kalkışmak teknik açıdan sorunludur.

Küçük işletmeler finansal açıdan daha kırılgan bir yapıda oldukları için, borç ödeyememe durumu ile karşılaşmaya daha yatkındırlar<sup>45</sup>. Bu işletmelerin kırılganlıkları, zayıf yapılarının ekonomik krizlerden kolay etkilenir olmaları, kaliteli bir şekilde yönetilmemeleri, krediye erişimlerinin teminat eksikliği gibi nedenlerle kısıtlı olması şeklinde özetlenebilir<sup>46</sup>. Bu noktada ister ekonomik olarak derin bir kriz yaşasın, isterse yeniden yapılandırmaya girsin, büyük işletmelerin durumu, birçok KOBİ'yi de doğrudan etkilemektedir. Çünkü, KOBİ'ler ya tedarik zincirinin bir parçası olması veya üretim

<sup>41</sup> Birleşik Devletler Kayyımlığı.

<sup>42</sup> **Blum**, s. 201; **Hendel**, Philip J.: "An Enlightened Approach to Small Business Reorganization: Proposed Fine Tuning of Chapter 10", *Commercial Law Bulletin*, Y. 1992, V. 7, No. 1, s. 14.

<sup>43</sup> **The World Bank**, Report, s. 4; Türkiye'deki kayıt dışı ekonominin en az yarısını, KOBİ'lerin faaliyetlerinin oluşturduğu tahmin edilmektedir. **Erdem/Duru**, s. 83.

<sup>44</sup> **Akgemci**, s. 7.

<sup>45</sup> **Markell**, s. 257; **The World Bank**, Report, s. 1; **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 6; **UNCITRAL**, s. 39.

<sup>46</sup> **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 20; **Cipriano**, s. 146; **ABI**, s. 276.

ya da tüketiminin bir yerinde bulunması sebebiyle, bağlı, ilgili ya da iş ilişkileri sebebiyle büyük işletmelerin durumundan etkilenmekte, örneğin büyük işletmenin krize girmesi, yeniden yapılandırılması sebebiyle KOBİ'ye tedariki sağlayamaması yahut ödemelerini yerine getirememesi sebebiyle KOBİ de kendisi ile ilgili bir sorun olmasa dahi bundan doğrudan etkilenmektedir.

## 2. Bilgi Sorunu

Yeniden yapılandırmanın başarısını etkileyen en önemli faktörlerden birisi de borçlu hakkında mümkün olduğunca çok, nitelikli ve ilgili finansal bilginin bulunmasıdır. Süreç içerisinde birçok karar bu bilgiler ışığında alınmaktadır. Örneğin sürece giriş için malî durumun belirli bir ölçüde bozulmuş olması (borca batıklık gibi) aranıyorsa, bu durumun tespiti için borçlunun başvuru öncesi (tarihi) finansal kayıtlarına ihtiyaç vardır. Bazı sistemlerde, sürece giriş için, bazı sistemlerde ise süreç başlatıldıktan sonra, işletmenin iyileştirilebilirliğine kanaat getirilmesi gerekiyorsa, bu durumda da geleceğe ilişkin tahminlerde bulunabilmek için geçmiş performansla dair bilgiye ihtiyaç duyulmaktadır. Son olarak alacaklıların borçlunun sunmuş olduğu proje kapsamında teklif ettiği ödemenin, gerçekleştirilebilir olup olmadığını değerlendirebilmeleri için borçlunun tarihi finansal bilgilerine ulaşabilmeleri gerekmektedir.

Küçük işletmelerin çoğunlukla düzenli bir defter tutma yükümlülükleri ve malî durumları hakkında ilgilileri aydınlatma yükümlülükleri bulunmadıkları için, üzerinde değerlendirme yapılabilir finansal bilgileri bulunmaması veya olan bilgiler de yetersiz veya gerçeğe uygun olmayabilmektedir<sup>47</sup>. KOBİ'ler bakımından tarihsel finansal kayıtlar bulunmaması, bu işletmelerin yeniden yapılandırma sürecinden başarısızlıkla ayrılmalarının temel nedenleri arasında gösterilmektedir. KOBİ'lerin tarihi finansal bilgi eksiklikleri, malî sıkıntının teşhisinde, buna uygun çözümlerin üretilmesinde ve üretilen çözümün gerçekleştirilebilirliğinin değerlendirilmesinde büyük bir sorun yaratmaktadır<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> **Gurrea-Martínez**, s. 50; **Markell**, s. 265; KOBİ'lerde yaygın olarak görülen bilgi sorunu aşağıda ayrıca incelediğimiz "kaynak sorunu" kapsamında da karşımıza çıkmaktadır. KOBİ'ler kaynak ihtiyaçlarını gidermek için finans kuruluşlarına başvurduklarında, standartlara uygun, değerlendirilebilir finansal bilgi sunmadıkları için, yabancı kaynağa hiç erişememekte veya yüksek maliyetle yabancı kaynak kullanmak zorunda kalmaktadırlar. **Özkorkut**, s. 150-151.

<sup>48</sup> **The World Bank**, Report, s. 9, 14.

Yeniden yapılandırmanın başlatılabilmesi için malî durumun belirli bir ölçüde bozulmuş olmasını arayan sistemlerin en büyük sorunu, finansal bilgi eksikliği nedeniyle, başvuran borçluya mühlet kararı verilip verilmeyeceğinin tespit edilemiyor oluşudur. Borçludan istenen belgeler arasında yer alan, projenin mahkemece tasdiki için de bir şart olan karşılaştırmalı iflâs tablosu, bu bilgi eksikliği nedeniyle hazırlanamadığından süreç için önemli bir sorundur.

Öğretide *Markell*, küçük işletmelerin yaygın ve sık bir şekilde banka kredisi kullanıyor olmalarının, iyileştirilebilirliğin tespitinde işe yarar bir araca dönüştürülebileceğini belirtmektedir. Bankaların, borçlularını izleme (monitoring) yükümlülükleri kapsamında geliştirmiş oldukları sistem ve toplamış oldukları bilgilerden yararlanarak, işletmenin yeniden yapılandırmaya uygun olup olmadığının tespit edilebileceğini ileri sürmüştür<sup>49</sup>. Küçük işletmelerin faaliyetlerine devam etme ve iyileştirme için ihtiyaç duydukları kaynak için çoğu zaman bankalardan başka başvurabilecekleri bir yer yoktur. Yeniden yapılandırma sürecini başlatmış bir küçük işletmeyle, bankaların çalışmaya devam etme eğilimleri varsa, işletmenin yaşayabilir bir işletme olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir<sup>50</sup>. Bununla birlikte bankalarla yapılacak bu işbirliğinin, borçlu işletmenin sadece bankaya çalışan bir yapıya bürünmemesi (pro-finance approach), yeniden yapılandırmanın diğer alacaklıların da menfaatini azami ölçüde gözetmesi gerektiğini vurgulayarak, icra hukukunun temel prensiplerini ihlâl edecek düzenlemelerden kaçınılmasını vurgulamıştır<sup>51</sup>. Şüphesiz bunun için belirtilen finansal takip sistemlerinin de yaygın ve doğru kullanılması gerekmektedir. Ancak ülkemiz bakımından, bazı risk yönetim ve takip unsurları varsa da, bunun bütüncül ve sistematik bir şekilde istenen durumda olduğu tam söylenemez<sup>52</sup>.

Amerikan hukukunun reform çalışmaları sırasında önemli bir sorun olarak tespit edilen bilgi eksikliğini gidermek için, borçluya aylık düzenli rapor sunma yükümlülüğü getirilmiştir<sup>53</sup>. Bununla birlikte bu yükümlülük,

<sup>49</sup> **Markell**, s. 265.

<sup>50</sup> **Markell**, s. 266.

<sup>51</sup> **Markell**, s. 266; Hukukumuzda konuyla ilgili önemli tespit ve eleştiriler için bkz. **Umar**, Bilge: “Türk İcra Hukukuna Eleştirel Bir Bakış”, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII, Ankara 2009, Türkiye Barolar Birliği Yayını, s. 244 vd; **Özekes**, Muhammet: “Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Genel Değerlendirme”, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2009, (Sorunlar), s. 269 vd.

<sup>52</sup> Detayları için bkz. **Karayalçın**, s. 555-561.

<sup>53</sup> **Lawless**, Robert M.: “Small Business and the 2005 Bankruptcy Law: Should Mom and Apple Pie Be Worried.”, Southern Illinois University Law Journal, Vol. 31, No. 3, Y. 2007, s. 597 vd.

değişikliklerin en çok eleştiri alan kısımlarından biri olmuştur. Eleştirilerin temelinde, hazırlanması ve düzenli olarak sunulması zorunlu olan bu finansal raporların, borçluya fazladan zaman harcatması ve en önemlisi masraf yaptırması yatmaktadır<sup>54</sup>. Öte yandan bu yükümlülüğü, kaçınılmak istenen masraf artışına neden olsa da sistemin düzgün işleyebilmesi ve borçluları disipline sokması için gerekli gören ve meşru kabul edenler de bulunmaktadır<sup>55</sup>. Özellikle belirtmek gerekir ki bu kapsamda borçluya getirilen rapor sunma yükümlülüğü, tarihi finansal bilgilere ilişkin değil, sürecin başlangıcından itibaren gerçekleşen ekonomik faaliyetlere ilişkindir.

KOBİ'ler açısından getirilecek finansal raporlama standardı, dış kullanıcılara genel amaçlı bir bilgi sağlayacaktır<sup>56</sup>. Bu genel amaçlı bilgi, yeniden yapılandırma içerisinde hayati bir önem taşıyacaktır. KOBİ'ler muhasebe sistemini sadece yasal bir yükümlülük olarak gördüklerinden<sup>57</sup> düzgün tutulmuş bir bilgi sisteminin, ileride, özellikle yeniden yapılandırma sürecinde işe yarayacağını bilmemektedirler. KOBİ'lere özgü bir usûlün tasarım sürecinde, bir zorunluluk olarak olmasa da bir gereklilik olarak, kayıt tutmanın önemini vurgulayan bir girişim yer almalıdır.

### **3. Kaynak Sorunu**

Yeniden yapılandırma yöntemi, başvurusu, sürdürmesi ve başarıyla tamamlanması oldukça masraflı bir yöntemdir. Malî sıkıntı içerisindeki bir işletmenin kaynak ihtiyacının en yüksek seviyede ve varlığını sürdürmesinin çok büyük bir tehdit altında olduğu bir dönemde, hayatta kalmak ve borçlarını ödeyebilmek için sığınabileceği olağan hukukî çare olan yargısal yeniden yapılandırma prosedürü, borçlu işletmeden, elinde olmayan veya çok ihtiyacı olan kısıtlı bir kaynağı talep etmektedir. KOBİ'ler için farklı bir yeniden yapılandırma usulüne duyulan ihtiyacın başında, olağan (büyük veya mega işletmeler için tasarlanan) yeniden yapılandırma yönteminin borçlu malvarlığına yüklediği yükün, hedef işletmeler için tahammül edilebilir düzeyin üzerinde olması gelmektedir<sup>58</sup>.

7101 sayılı Kanun ile güncellenen konkordato prosedürümüzün bir yeniden yapılandırma kurumu olup olmadığı tartışmasından bağımsız olarak,

---

<sup>54</sup> Lawless, s. 597 vd.

<sup>55</sup> McCormack/Keay/Brown/Dahlgreen, s. 214.

<sup>56</sup> Cengiz, s. 173.

<sup>57</sup> Akgemci, s. 33.

<sup>58</sup> Gurrea-Martínez, s. 49; Taşpınar Ayvaz, s. 84.

ülkemizde, ödeme güclüğü içerisindeki herkesin yararlanabileceği adi konkordato<sup>59</sup>, başvurusu pahalı bir yol olarak kabul edilmektedir<sup>60</sup>. Öğretide *Atalay*, konkordatoya başvuru masrafları göz önüne alındığında borç toplamı 1-2 Milyon Türk Lirasını geçmeyen borçlular için bu yolun tercihe şayan olmadığı tespitinde bulunmuştur<sup>61</sup>. Bu tutarın Amerikan hukukunda basitleştirilmiş usûlden yararlanabilecek borçlular için kabul edilen üst sınıra yakın olması, ülkemizde küçük işletmelerin yararlanabileceği bir yolun, pratikte var olmadığını göstermesi bakımından önemlidir.

Küçük işletmelerin yeniden yapılandırma açısından öne çıkan en önemli özelliği bunların yeterli kaynağının bulunmamasıdır<sup>62</sup>. Kaynak kıtlığı, işletmenin varlık ve kârlılık bakımından sade yapısının bir sonucudur. Bu işletmelerin aktifinde kayda değer bir malvarlığı unsuru çoğu zaman bulunmaz. İhtiyaç halinde kullanacakları nakit veya nakit benzeri rezervleri de çoğu zaman yoktur. Bu nedenle de yabancı kaynağa erişimde önemli bir rol oynayan “teminat” gerekliliğini de sağlayamazlar<sup>63</sup>.

Bu işletmelerin kaynak eksikliği, kuruluş aşamasından itibaren, kaliteli bir danışmanlıktan yararlanmalarına engel oluşturur. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, küçük işletmelerin malik-yöneticileri, işletmenin kendisi konusunda bilgi ve tecrübeleri olsa da, böyle bu krizi yönetme ve yapılandırmayla ilgili birçok konuda, bu anlamda bilgi ve tecrübe sahibi değildirler. Bu nedenle bir işletmenin iyi bir şekilde idaresine ilişkin çoğu şeyi bilemezler ve kararlarında hata oranları yüksektir. İşletmenin üretim, pazarlama, finansman gibi aşamalarında ve hukukî meselelerde karar alırken, büyük işletmeler gibi profesyonel hizmetlerden yararlanabilselerdi, bu konularda daha az hata yapacakları varsayılır<sup>64</sup>.

Küçük işletmelerin kaynak eksikliği, karşılaştıkları malî sıkıntıya hızlı bir şekilde karşılık vermelerine, sıkıntıyı önlemek veya yavaşlatmak konu-

<sup>59</sup> Özekes, s. 44.

<sup>60</sup> Sarısözen, s. 150.

<sup>61</sup> *Atalay*, Oğuz: “Konkordatonun Uygulamada Ortaya Çıkan Güncel Sorunları”, *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukunun Güncel Sorunları II*, Ed. Prof. Dr. Muhammet Özekes, İstanbul 2020, s. 4.

<sup>62</sup> *Janger*, s. 261.

<sup>63</sup> *UNCITRAL*, s. 39; *Akgemci*, s. 16; *Erdem/Duru*, s. 86; *Gurrea-Martínez*, s. 50.

<sup>64</sup> Bu anlamda bir muhasebeci, finans ve yönetim danışmanı, avukat gibi nitelikli kişilerden yardım almaları kaynak eksikliği nedeniyle gerçekleşmemektedir. *Blum*, s. 194; *Markell*, s. 265; *The World Bank*, Report, s. 1; *Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal*, s. 21; *ABI*, s. 284; *Akgemci*, s. 16, 22; *Erdem/Duru*, s. 86.

sunda etkisiz kalmalarına neden olur<sup>65</sup>. Bu nedenle de münferit bir borcun ödenememesi vakiasından, ekonomik varlığın sona ermesi arasındaki süreç, büyük şirketlere göre daha çabuk ilerler.

KOBİ'lerin yabancı kaynak (kredi) kullanım şekilleri çoğunlukla yapılarına ve ihtiyaçlarına uygun değildir<sup>66</sup>. KOBİ'lerin kredi hacimleri düşük, kredi maliyetleri ise çok yüksektir<sup>67</sup>. Bir başka deyişle, görece düşük bir tutar karşılığında çok yüksek faiz ödemek zorundadırlar. Ayrıca uzun vadeli kredi kullanamayan bu tarz işletmeler, kısa vadeli kredi kullanmak zorunda kalmaktadırlar. Bu da işletmenin kârlılığı üzerinde büyük bir baskı yaratmakta, nakit akışındaki herhangi bir dalgalanmayı telafi edemedikleri için kolayca ödeme güçlüğüne düşmelerine neden olmaktadır. KOBİ'lerin krediye erişimi, malik-yöneticinin şahsi malvarlığını teminat göstermesiyle sağlandığından, olası bir ödeme güçlüğü halinde bu varlıkları kaybetmek riskini taşımak istemeyen bu kişiler, kredi kullanmaktan kaçınmakta, iyileştirilmesi mümkün bir işletme bu nedenle ekonomik hayatına son verebilmektedir<sup>68</sup>. Bu işletmelerin ihtiyaç duydukları kaynağı "otofinansman" yöntemiyle oluşturmaları da neredeyse çoğu zaman imkânsızdır<sup>69</sup>.

Özetle, KOBİ'lerin öz kaynak kıtlığı ve yabancı kaynağa erişim zorlukları, onları yargısal bir yoldan yararlanmaya çok hızlı bir şekilde mecbur bırakmaktadır. Bununla birlikte aynı kıtlık ve zorluk, söz konusu yargısal yoldan yararlanmayı (başvuru masraflarını karşılamayı) da imkânsız kılmakta veya önemli ölçüde güçleştirmektedir.

#### 4. Yönetici Sorunu

Kobilerin sade yapısı nedeniyle, çoğunlukla malik-yönetici şeklinde yapılanmaları olağan bir durumdur<sup>70</sup>. Malik-yönetici şeklindeki yapılanmadan kastımız, işletmenin organizasyon yapısı içerisinde tüm kararların tek bir kişi tarafından alınması ve uygulanmasıdır. Bu tarz işletmelerin organizasyonlarında, konunun uzmanları çoğunlukla istihdam edilmemektedir. Malik-

---

<sup>65</sup> **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 20.

<sup>66</sup> **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 103-105; **Blum**, s. 195; **Markell**, s. 257; **UNCITRAL**, s. 39.

<sup>67</sup> **Akgemci**, s. 33; **UNCITRAL**, s. 39.

<sup>68</sup> **Akgemci**, s. 32.

<sup>69</sup> **Akgemci**, s. 32; **Tümer**, s. 114.

<sup>70</sup> **Baird**, Douglas G./**Morrison**, Edward: "Serial Entrepreneurs and Small Business Bankruptcies", *Columbia Law Review*, Y. 2005, V. 105, s. 2311; **Tümer**, s. 66.



yöneticiler, çoğu zaman işletme yönetimi için gerekli bilgi ve tecrübeden yoksundurlar<sup>71</sup>. Bu nedenle içinde buldukları malî sıkıntıyı teşhis etmeleri ve bu sıkıntıya çözüm üretmeleri tek başına çok zordur<sup>72</sup>. Bunların birçoğu, küçük işletmelere özgü yargısal bir usûlün varlığından dahi habersiz olabilmektedirler<sup>73</sup>. Böyle bir yöntemin varlığından haberdar olup başvuru yapsalar dahi, süreci yardım almadan sağlıklı bir şekilde yürütmeleri çok olası değildir<sup>74</sup>.

KOBİ yöneticileri, finansal planlama konusunda da genel olarak yetersizdirler<sup>75</sup>. Buna basit bir örnek olarak, “*vade uyumsuzluğu*” olarak bilinen planlama hatasını gösterebiliriz. Kısaca, alacaklarının vadesini, borçlarının vadesinden daha ileriki bir tarihte dolacak şekilde ayarlayan bir KOBİ, borç ödeme kapasitesi bulunmasına rağmen, alacaklıların ödeme taleplerine karşılık veremediği için temerrüde düşmekte, bu genele yayıldığına ise ekonomik varlığı sona erebilmektedir.

KOBİ yöneticilerinin genel olarak tâbi oldukları mevzuat ve karşılaş-tıkları bürokratik engellerle başa çıkma konusunda da yetersiz oldukları belirtilmektedir<sup>76</sup>. Bu kapsamda birçok örnek verilebilirse de biz icra hukuku bağlantılı olan önemli bir tanesine yer vereceğiz. Malî sıkıntının dışsal nedenleri arasında gösterilen sebeplerden bir tanesi de yargı sisteminden kaynaklanan gecikmedir. Alacağını, icra takibiyle tahsil etmeye çalışan bir kişinin kendisine atfedilecek bir kusur olmadan, alacağına geç kavuşması, tam kavuşamaması ya da elde ettiği şeyin artık işletme için anlamlı olmaması, ödeme güçlüğü içerisinde düşmesine neden olur. Ayrıca KOBİ’lerin, kaynak eksikliği nedeniyle alamadıkları hukukî yardım, yargısal yollara başvurmalarını önlemekte veya bilgisizlik nedeniyle haklarını kaybetmelerine neden olmaktadır. KOBİ yöneticilerinin teknik bilgi eksikliği, yardım almadan nitelikli ve gerçekleştirilebilir bir proje hazırlamalarına ve başvuru yapmalarına da engel olmaktadır<sup>77</sup>.

<sup>71</sup> Akgemci, s. 16.

<sup>72</sup> ABI, s. 285; UNCITRAL, s. 42; The World Bank, Report, s. 10; Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal, s. 100.

<sup>73</sup> Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal, s. 100; Pekcantez/Erdönmez, s. 1.

<sup>74</sup> UNCITRAL, s. 42; Taşpınar Ayvaz, s. 84.

<sup>75</sup> Akgemci, s. 16.

<sup>76</sup> Akgemci, s. 16.

<sup>77</sup> Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal, s. 100.

### III. KÜÇÜK VE ORTA ÖLÇEKLİ İŞLETMELER İÇİN FARKLI BİR YENİDEN YAPILANDIRMA USÛLÜ İHTİYACI

Küçük işletmelerin, yukarıda ortaya konulan sorunlar da dikkate alındığında, farklı nedenlerden dolayı, “olağan usûle” başvuramadıkları görülmektedir. Daha çok büyük işletmeleri esas alan, bugün çoğunlukla kabul edilen olağan prosedür, küçük işletmeler için oldukça karmaşık hükümler öngörmekte, yerine getirilmesi zor veya külfetli yükümlülükler yüklemektedir<sup>78</sup>. Küçük işletmeler için farklı bir usûl öngörülmesi ihtiyacı, tek bir usûlün herkesin sorunlarına çözüm olamamasından kaynaklanmaktadır<sup>79</sup>. Esasen aynı durum, yargılamada da “küçük talepler yargılaması” ihtiyacını ortaya çıkarmış, buna ilişkin farklı düzenlemeler veya düzenleme önerileri geliştirilmiştir<sup>80</sup>. Benzer durum, KOBİ’ler bakımından yeniden yapılandırma da karşımıza çıkmaktadır.

Bu konuda, Dünya’da en çok referans gösterilen Amerikan olağan yeniden yapılandırma usûlü olan “Chapter 11” hükümleri, Fortune 500<sup>81</sup> şirketlerine göre tasarlanmış olsa da, bu listede yer alan şirketlerle, deyim yerindeyse mahallemizdeki “bakkal amcaı” aynı usûle tâbi tutması eleştirilmektedir<sup>82</sup>. “Chapter 11’in” küçük işletmelerde işe yaramayan anlayış ve tasarımı ise aslında kusurlu bir tasarım değildir. Büyük şirketlerin sermaye, borç, organizasyon ve ortaklık yapılarının ve tâbi oldukları mevzuat hükümlerinin gerekliliği, “Chapter 11’in” bu şekilde tasarlanmasını zorunlu kılmaktadır<sup>83</sup>. Ülkemizde ise genel anlamda bir küllî icra hukuku sorunu olduğu, büyük veya küçük işletme farkından önce bu sistem sorununun çözülmesi gerektiği sık sık vurgulanmaktadır<sup>84</sup>. Dolayısıyla ülkemiz bakımından hem genel sistem sorunu hem de büyük-küçük işletmeler bakımından ayırım sorunu, birlikte değerlendirilmelidir. Şayet bir çözüm üretilecekse bunun, baştan bu durum dikkate alınarak yapılmasında yarar olduğu kanaatindeyiz.

<sup>78</sup> Gurrea-Martínez, s. 49.

<sup>79</sup> “One size does not fit all”, Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal, s. 20.

<sup>80</sup> Özekes, Muhammet: “Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2009, C. 11, Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, Cilt II, (Öneri), s. 921 vd.

<sup>81</sup> Fortune 500, *Fortune* dergisi tarafından hazırlanan ve yayımlanan yıllık bir listedir. Listede, ABD’deki en yüksek net ciroya sahip 500 kurum sıralanır. [https://tr.wikipedia.org/wiki/Fortune\\_500](https://tr.wikipedia.org/wiki/Fortune_500).

<sup>82</sup> Cipriano, s. 146.

<sup>83</sup> Cipriano, s. 147.

<sup>84</sup> Özekes, s. 43 vd.

KOBİ'lerin genel olarak ekonomi içerisindeki önemi, bu işletmelerin de en az büyük işletmeler kadar, küllî icra hukukunun ilgisini hak ettiğini göstermektedir. Küçük işletmeleri neden kurtarmalıyız sorusunun cevabı, büyük işletmelerle aynı sebeplere dayanmaktadır. Burada da işçilerin, tedarikçilerin, müşterilerin, finans sektörünün özetle kamunun ortak menfaati vardır<sup>85</sup>. Aynı kamusal menfaatler küçük işletmeler için de geçerli olmasına rağmen, bu işletmelere, ihtiyaçlarına uygun bir düzenleme yapılmazsa, yeniden yapılandırma hukukuna yüklenen misyon gerçekçi bir şekilde bürünmez ve hatta, taraf tuttuğu bile söylenebilir<sup>86</sup>.

KOBİ'lerin tüm işletmeler arasındaki sayısal üstünlüğü, ödeme gücü neticesinde işletmenin sona ermesinin (teknik olmayan anlamıyla iflâsın) en çok, bu kategorideki işletmelerde görülmesiyle sonuçlanmaktadır<sup>87</sup>. Haliyle, ödeme gücü içindeki işletmeler için öngörülen yeniden yapılandırma yöntemine başvuranların toplam sayısı içerisinde KOBİ'ler, daha büyük bir yer kaplamaktadır<sup>88</sup>.

Avrupa Birliği ülkelerinin büyük bir çoğunluğunda, küçük işletmeler için ayrı bir usûl bulunmamaktadır<sup>89</sup>. Bunun temel nedeni, bu ülkelerdeki işletmelerin büyük bir çoğunluğunun küçük işletme olması ve zaten mevcut düzenlemelerinin bu işletmelere uygun hükümler içeriyor olmasıdır<sup>90</sup>.

KOBİ'ler kendileri ile aynı sınıflandırma içindeki işletmelerle ve büyük işletmelerle etkileşim halindedirler. Bir KOBİ'nin malî sıkıntısı hızlıca iş yaptığı diğer KOBİ'leri de etkileyebileceği gibi, bir hizmet veya mal tedarik ettikleri büyük işletmelerin de faaliyetlerini olumsuz etkileyebilmektedir<sup>91</sup>. Bir KOBİ'nin, faaliyetlerinin kesilmesi veya durması, mal tedarik ettiği büyük işletmenin operasyonlarını sekteye uğratarak, duruma göre bu işletmenin de ödeme gücü içerisinde girmesine neden olabilir. Bu nedenle, büyük işletmelerin sağlıklı bir şekilde faaliyetlerine devam edebilmeleri için, KOBİ'lerin malî sıkıntılarıyla, özel olarak ilgilenmek gerekmektedir.

KOBİ'ler için basitleştirilmiş bir usûl ihtiyacı, bu işletmelerin sayısal fazlalığı ve ekonomik önemleri yanında, adalete erişim kapsamında da de-

<sup>85</sup> **Cipriano**, s. 150.

<sup>86</sup> **Cipriano**, s. 151.

<sup>87</sup> **The World Bank**, Report, s. 7; **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 20.

<sup>88</sup> Amerikan 11. Bölüm kapsamında yapılan başvuruların %90'ının küçük işletmelere ait olduğu Japonya'da ise bu oranın %86 ila %96 arasında olduğu tahmin ediliyor. **Anderson**, s. 357; **Blum**, s. 185; **The World Bank**, Report, s. 1.

<sup>89</sup> **McCormack/Keay/Brown/Dahlgreen**, s. 209; **Markell**, s. 264.

<sup>90</sup> **McCormack/Keay/Brown/Dahlgreen**, s. 209; **Karaaslan**, Gelişmeler, s. 37 vd.

<sup>91</sup> **UNCITRAL**, s. 39.

ğerlendirilmesi gereken bir konudur<sup>92</sup>. Bu kapsamda sadece yeniden yapılandırma yöntemi açısından değil, genel olarak yargılama faaliyetleri açısından da basitleştirilmiş bir usûl ihtiyacı mevcuttur<sup>93</sup>. Özetle, çözümü basit sorunların, karmaşık usûllere tâbi olmaması gerektiğini söyleyebiliriz.

#### IV. BASİTLEŞTİRİLMİŞ YENİDEN YAPILANDIRMA USÛLÜ

##### A. Genel Olarak

Küçük işletmelerin yeniden yapılandırma ihtiyaçlarına uygun bir yapı oluşturma konusunda temelde iki tercihin olduğu görülmektedir. Buna göre ya ayrı bir usûl oluşturulmakta ya da mevcut usûle, özel düzenlemeler getirilmektedir<sup>94</sup>. İkinci yöntem tercih edildiğinde, hem mevcut usûldeki bazı hükümlerden küçük işletmeler muaf tutulmakta hem de ihtiyaca uygun sadece bunlara uygulanacak özel hükümlere yer verilmektedir. Her iki tercihte ise ortak olan hususlar, yargısal sürecin daha ucuz, daha basit ve daha hızlı sonuçlanır hale getirilmesidir<sup>95</sup>. Olağan yeniden yapılandırma hükümleri, KOBİ'lere uygulandığında ortaya çıkan olumsuz sonuçlar, bu hükümlerin çok fazla aşama ve işlem içermesi, bunların sayıca fazlalığından dolayı da yeniden yapılandırma maliyetinin artması olarak özetlenebilir. Bu sorunların giderilmesi kapsamında, başvuru aşamasından tasdik sürecine kadar yapılan işlemlerin azaltılması, bazı aşamaların birleştirilmesi ve sürelerin kısaltılması yoluna gidilmektedir<sup>96</sup>. Bir başka deyişle, olağan usûlün “seyreltilmesi” suretiyle KOBİ'lerin malî sıkıntılarına çözüm aranmaktadır. İcra ve İflas

<sup>92</sup> **Özbek**, Mustafa Serdar: “Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2006, C. 55, S. 1, s. 213-214.

<sup>93</sup> **Yıldırım**, M. Kâmil/**Gül**, Mehmet Akif: ““Küçük Uyuşmazlıkların (Small Claims)” Kendine Özgü Bir Prosedür Dâhilinde Çözümlemesine İlişkin Düşünceler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 27, S. 2, Aralık 2021, s. 1339-1340; **Özbek**, s. 212.

<sup>94</sup> **Gurrea-Martínez**, s. 51; Amerikan hukukunda 1990'lı yıllarda küçük işletmeler için ayrı bir “chapter 10” oluşturulması planlanmış, ancak yapılacak değişikliklerin az olması nedeniyle, ayrı bir bölüm oluşturmak yerine mevcut hükümlere muafiyet ve ekleme yapılmasının kanun yapma tekniği açısından daha uygun olduğu gerekçesiyle karşı çıkmıştır. **Blum**, s. 209-210; **Carlson/Hayes**, s. 645; **The World Bank**, s. 29; **UNCITRAL**, s. 43; **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 7.

<sup>95</sup> **Gurrea-Martínez**, s. 52; **ABI**, s. 290.

<sup>96</sup> **Gurrea-Martínez**, s. 52; **Blum**, s. 186; **Markell**, s. 265; **The World Bank**, Report, s. 23.

Kanunu'nda 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler kapsamında, konkordato mühletinin toplam beş ay olarak belirlenmesine, konkordatoyu küçük işletmeler bakımından uygulanamaz hale getirdiği eleştirisi yönelttilmişti<sup>97</sup>. 7101 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler, konkordato mühletinin azamî 23 aya kadar verilebilmesini sağlamış (m. 287/4; 289/3,5), tasdik yargılamasının kesin mühlet içerisinde tamamlanmasının mümkün olmadığı hallerde mühletin etkilerinin 6 ay daha devamına karar verilebileceğini düzenlemiş (m. 304/2), ayrıca konkordato projesinde, konkordatonun tasdik kararının kesinleşmesiyle bağlayıcı hale geleceği kararlaştırılmışsa, istisnalar saklı kalmak kaydıyla mühletin etkilerinin konkordatonun bağlayıcı hale geldiği tarihe kadar devam edebileceğini öngörmüştür (m. 308/c).

Ancak bulunan çözümlerin çok da uygun olduğu söylenemez. Küçük işletmeler için zorluk çıkararak bu hükümler, olağan yeniden yapılandırma yönteminde önemli fonksiyonları yerine getirmektedir. Bunlara genel olarak usûlî birtakım formaliteler olarak bakılmaması gerekir<sup>98</sup>. Bunların bir kısmı hak ihlallerini önleyici düzenlemelerken, bir kısmı iyileştirmeyi mümkün kılan hükümlerdir. Olağan yeniden yapılandırma yönteminin bile meşruiyeti halen tartışma konusu iken, küçük işletmelerin hayatta kalması için daha kolaylaştırıcı bir yapının oluşturulması düşüncesini, gerçekçi ve meşru bir hukukî zemine oturtmak bu tercihler karşısında zorlaşmaktadır.

Basitleştirilmiş usûlde, sürecin, başından sonuna kadar mahkemede yürütülmesinin bir zorunluluk arzetmediği, bazı ülkelerin küçük işletmelerin yeniden yapılandırılmasını, bağımsız bir otoriteye bıraktığı ifade edilmektedir<sup>99</sup>.

Öğretide *Gurrea-Martínez*, küçük işletmeler için ayrı bir yeniden yapılandırma yöntemine başvurulmasından önce, mahkeme dışı bir sürecin denenmesi ve başarılı olunmadığı takdirde yargısal usûlün denenmesi gerektiğini önermektedir<sup>100</sup>. Yazara göre, alacaklı sayısının az olduğu bu dosyalarda, müzakere etmek daha kolay olacağı için uzlaşma sağlanırsa, borçlu, hem zamandan hem de masraftan tasarruf edecektir. Yargı dışı yöntemlerle sağlanan uzlaşmaya resmiyet kazandırılmak istenirse, sadece tasdik için mahkemeye başvurulabilecektir. Bununla aynı zamanda tüm sürecin baştan

<sup>97</sup> Pekcanitez/Erdönmez, s. 3.

<sup>98</sup> Blum, s. 186.

<sup>99</sup> UNCITRAL, s. 54.

<sup>100</sup> Gurrea-Martínez, s. 52-54; Aynı yönde The World Bank, s. viii; The World Bank, Report, s. 24.

sona mahkemede sürdürülmesinin getireceği iş yükünden de kurtulunacağı için, çözüm, yargı sistemi açısından da avantajlıdır<sup>101</sup>.

Olağan usûlde, belirli bazı işlem ve aşamaların gerçekleştirilmesi için öngörülmüş bir süre sınırı ya bulunmamakta ya da varsa bu usûlün karmaşıklığına karşılık verecek uzunlukta tutulmaktadır. Basitleştirilmiş usûlde ise, olağan usûlde bulunmayan, işlem/aşama süresi getirilmekte, mevcut olan süreler ise kısaltılmaktadır. Basitleştirilmiş usûldeki kısa sürelere uyulmamasının yaptırımı ise genel olarak başvurunun reddi veya küllî tasfiyeye dönüştürülmesi olarak öngörülmektedir. Basitleştirilmiş usûlde, sürelere uyulmamasına bağlanan sonuçlar, borçlunun kendisinden kaynaklanmayan veya yetersizliği nedeniyle erken aşamada süreçten çıkarılmasına sebep olduğu için eleştirilmektedir<sup>102</sup>.

Basitleştirilmiş usûlün karakteristik özelliklerinden bir tanesi de sürece başvururken ve süreç içerisinde borçludan sunması beklenen belgelerin azaltılmasıdır<sup>103</sup>. Bu anlamda belgelerin/raporların azaltılması tercihi, süreç maliyetlerini önemli ölçüde azaltacaktır. Ancak, sadece borçlunun sağlayabileceği bu bilgiler olmadan, sağlıklı bir yeniden yapılandırma süreci yürütülemeyeceğinden belirli bazı konularda bilgi verme/rapor sunma yükümlülüğünün getirilmesi zorunluluktur. Burada KOBİ'lerin durumu göz önünde tutularak makul bir çözümün üretilmesi gerekmektedir<sup>104</sup>. Basitleştirilmiş usûlün ucuzlaştırılması için getirilen çözümlerden bir tanesi de süreç içerisinde bilirkişi incelemesine mümkün olduğunca az başvurulmasının sağlanmasıdır<sup>105</sup>.

Basitleştirilmiş usûlde sürecin kısa sürmesi için getirilen önerilerden bir tanesi de süreç içerisinde alınan kararların ve yapılan işlemlerin kanun yolu denetimini sınırlandırmaktır. Bu kapsamda özellikle mahkemenin vermiş olduğu kararların kanun yolu denetiminin, izne tâbi olması gerektiği tavsiye edilmektedir<sup>106</sup>.

---

<sup>101</sup> **Gurrea-Martínez**, s. 54.

<sup>102</sup> **Blum**, s. 221.

<sup>103</sup> **Gurrea-Martínez**, s. 55-56; **Blum**, s. 201.

<sup>104</sup> **Blum**, s. 221.

<sup>105</sup> **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 51.

<sup>106</sup> **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 48; **Yıldırım/Gül**, s. 1338; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Akkaya, Tolga**: "Temyize Başvuru Hakkının Sınırlandırılması ve İzne Bağlı Temyiz Sistemi", Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 65-101.

KOBİ'lerin yeniden yapılandırmasında, basitleştirilmiş bir usûlün yanında, bu tarz borçlular için yapılabilecek başka şeyler de bulunmaktadır. Bunlar, önemsiz olmamakla birlikte yargısal bir faaliyetin inceleme alanı dışında kalmaktadırlar. İşlevsel bir süreç tasarımı için KOBİ'lerin finansal okuryazarlığının artırılması, ekonomik durumuna uygun borçlanmayı nasıl gerçekleştirebileceği, işe yarar finansal raporlamanın nasıl yapılacağı gibi konularda, eğitim ve danışmanlık hizmeti, genel bir uygulama olarak yargısal süreç dışında mevcut olmalıdır.

### B. Basitleştirilmiş Usûlden Yararlanabilecek Borçlular

Bu usûle başvuracak borçluların nasıl seçileceği konusunda, işletmenin geliri, bağlı çalışan sayısı, işlem hacmi, faaliyetlerinin yayılma alanı, varlık ve yükümlülüklerinin büyüklüğü gibi sayısal kriterlerin esas alınması, yaygın bir tercihtir. Söz konusu kriterlerin ise kümülatif bir şekilde uygulanmaması, tek bir kriter esas alınarak mümkün olan çok sayıda borçlunun basitleştirilmiş usûlden yararlandırılması tavsiye edilmektedir. Belirlemede kullanılan kriter sayısı arttırıldıkça, kapsama girebilecek işletmeler de azalmaktadır. Keza, kullanılan kriterin rakamsal büyüklüğü de arttıkça, o gruptaki işletme sayısı azalmaktadır. Kapsama dahil edilecek işletmeler için yukarıdaki kriterler kümülatif bir şekilde uygulandığında, süreç, daha başında karmaşık hale gelmektedir. Borçlunun kriterleri sağlayıp sağlamadığı çekişme yaratmakta ve mahkemeye fazladan iş yükü çıkarmaktadır<sup>107</sup>. Ayrıca sürece girişi de zorlaştırdığından tavsiye edilen bir uygulama değildir<sup>108</sup>. Borçlunun, "basitleştirilmiş usûle" tabi olmaması gerektiği itirazı ve incelemesi, hem süreci geciktirecek hem de fazladan masraf çıkaracaktır. Ancak, sürece girişin çok kolay olması da sistemi istismara açık hale getirecektir.

Amerikan hukukunda, küçük işletmenin belirlenmesinde, en verimli yöntem olduğu kabul edilen, yükümlülük bazlı (liabilities-based) bir kriter kullanılmaktadır<sup>109</sup>. Buna göre, ticarî bir faaliyette bulunan bir borçlunun, teminatl ve teminatsız, çekişmesiz ve likit borçlarının toplamı<sup>110</sup> 2,5 milyon Amerikan Doları'nın altında ise, bu işletme Kanun'a göre küçük işletme sayılmaktadır. İşletmenin borç miktarına göre belirleme yapan diğer ülkelerden Yunanistan'da bu sınır 100.000 Euro, Fransa'da 750.000 Euro ve İspanya'da

<sup>107</sup> UNCITRAL, s. 43, 82.

<sup>108</sup> UNCITRAL, s. 43.

<sup>109</sup> McCormack/Keay/Brown/Dahlgreen, s. 209; Blum, s. 189.

<sup>110</sup> Bu tutar her sene yeniden değerlendirilme esasına göre değişmektedir.

5 milyon Euro olarak belirlenmiştir<sup>111</sup>. Yükümlülükleri, kanunda belirtilen parasal sınırı aşan borçlular, küçük işletmeler için öngörülen hükümlerden yararlanamazlar<sup>112</sup>.

Amerikan hukukunda, yükümlülük bazlı kriter dışında diğer unsurlara ilişkin kriter belirlenmesi veya bunların bir karmasının kriter olarak belirlenmesi teklifi, reform komisyonunca uygun bulunmamıştır<sup>113</sup>. Komisyona göre yükümlülüğün boyutu karmaşıklığı da belirlediğinden, bu miktarın altında kalan dosyaların çok karmaşık olmayacağı kanaatine varılmıştır<sup>114</sup>. Diğer unsurların kriter olarak belirlenmesi halinde, somut olay üzerinde, kriterin sağlanıp sağlanmadığı konusunda ihtilaf çıkacağı ve bunun çözümü- nün yaratacağı karmaşıklığın istenmemesi ağır basmıştır<sup>115</sup>.

Bununla birlikte 2,5 milyon dolarlık sınırın az olduğu, borçları bu miktarı aşan borçluların da kolaylaştırılmış hükümlere uygun olduğu dile getirilmiştir<sup>116</sup>. Üst sınırın 5 milyona çıkarılması önerilse de bu durumda kapsama giren işletme sayısı çok artacağı ve kolaylaştırılmış usulde alacaklı hakimiyeti sınırlı olduğundan, çok fazla alacaklının mağdur olacağı endişesi önerinin reddine neden olmuştur<sup>117</sup>. Ayrıca parasal sınırın artırılması halinde kapsamdaki işletme sayısı arttığından, küçük işletmeler için yeniden yapılandırma yöntemi, istisna değil kural haline gelmektedir<sup>118</sup>.

Yeniden yapılandırmanın başarısında (iyileştirmenin finansmanında), yabancı kaynağa erişim çok önemli bir unsurdur. KOBİ'lerin genel olarak yabancı kaynağa erişim güçlükleri ve ihtiyaç duydukları finansmanı iç kaynaklardan çoğunlukla sağlayamadıkları dikkate alındığında, bu işletmelerin kurtarılması için gerekli kaynak devlet desteği ile sağlanabilir<sup>119</sup>. Basitleştirilmiş usüle tabi olacak borçlular, rakamsal büyüklüğe göre seçilecek ise, kanaatimizce, Kredi Garanti Fonu, KOSGEB gibi bünyesinde KOBİ'lere destek sağlayan yapıların esas aldığı kriterlerle eş veya uyumlu olanlar tercih

---

<sup>111</sup> McCormack/Keay/Brown/Dahlgreen, s. 212.

<sup>112</sup> Anderson, s. 378.

<sup>113</sup> Blum, s. 189.

<sup>114</sup> Blum, s. 189.

<sup>115</sup> Blum, s. 189.

<sup>116</sup> Blum, s. 189.

<sup>117</sup> Blum, s. 190.

<sup>118</sup> Lawless, s. 589.

<sup>119</sup> Akgemci, s. 31-32.



edilmelidir<sup>120</sup>. Bu kapsamda, “yeniden yapılandırma kredisi” adı altında yeni bir finansal ürün geliştirilmesi düşünülebilir.

Dünya Bankası, küçük işletmeler için öngörülecek rejimde, ayırımın parasal sınırla yapılmaması gerektiğini, burada olağan usûlle basitleştirilmiş usûl arasındaki farkın “karmaşıklık” (complexity) kriterine göre belirlenmesi gerektiğini dile getirmektedir<sup>121</sup>. Çünkü “küçük işletmenin” borç toplamı, parasal sınırı aşsa bile, borç yapısı, organizasyonu, alacaklı sayısı, içinde bulunduğu malî sıkıntı ve bunun çözülmesi büyük işletmelerdeki gibi “karmaşık” olmayabilir<sup>122</sup>. Bu nedenle de borç miktarı, işçi sayısı gibi rakamsal büyüklüklerin kriter olarak kullanılması, doğru bir tercih olmayabilir. Ayrıca, yeniden yapılandırmadan yararlanmak isteyen işletmeleri, borç miktarı bakımından birbirinden ayıran parasal sınırın getirdiği ayrımcılığı da açıklamak zorlaşmaktadır<sup>123</sup>. Parasal sınırın biraz üstünde kalan bir işletme, daha çetrefilli ve pahalı hükümlere tabi olurken, sınırın altında kalan bir işletme için hazırlanan kolaylaştırıcı usûl, haksız bir rekabet ortamı oluşturacaktır. Burada asıl sorun, belirlenen limitin biraz üzerinde kalan işletmelerin, kolaylaştırılmış hükümlerden yararlanmak için “sınırları zorlamaya” çalışacak olmalarıdır. Kapsama girebilmek için işletmenin malî bilgilerini manipüle etmeye çalışacak, daha sürece başvuru aşamasında iyiniyet ve dürüstlüğünden şüphe edilmesi için uygun zemin oluşturacaktır. Bunun yanında, yapmış olduğu bu manipülasyonun gerçekliğinin tespiti ve yaptırma bağlanması için yargıyı meşgul edecek, öte yandan yeniden yapılandırma şansını yitirecek ve büyük bir ihtimalle de işletmenin sona ermesine neden olacaktır.

Basitleştirilmiş usûl için ister rakamsal büyüklükler isterse de karmaşıklık kriteri tercih edilsin, her iki durumda da kesişim kümesinde ayrı bir tüzel kişiliği olan ve olmayan işletmeler yer alacaktır. Basitleştirilmiş yeniden yapılandırma usûlünün tüzel kişiliği bulunan işletmeler için mi, yoksa gerçek kişiler için mi tasarlanması gerektiği önemli bir sorundur. Bu anlamda basitleştirilmiş usûle tâbi olacak kişileri UNCITRAL, üç grup altında toplamıştır<sup>124</sup>. Buna göre ilk grupta *esnaf işletmeleri* yer almaktadır. Bunlar arızî bir şekilde değil düzenli olarak ekonomik faaliyet içerisinde oldukları için...

<sup>120</sup> Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde, yıllık çalışan sayısı ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosunun parasal tutarı şeklinde, iki kriterin birlikte sağlanması esas alınmıştır (Yön. m. 5).

<sup>121</sup> **The World Bank**, s. 18.

<sup>122</sup> **The World Bank**, s. 27.

<sup>123</sup> **Blum**, s. 186.

<sup>124</sup> **UNCITRAL**, s. 46-47.

Maaşlı çalışmayan, girişimci (entrepreneur) gerçek kişiler, bu kapsamdadırlar. İkinci grupta, *Sınırsız Sorumlu KOBİ*'ler yer almaktadır. Bunlar, ayrı bir tüzel kişiliğinin olması önem arz etmeksizin üyelerinin, ortaklarının işletmenin borçlarından şahsî malvarlıkları ile sınırsız sorumlu olduğu işletmelerdir. Üçüncü grupta ise, *Sınırlı Sorumlu KOBİ*'ler yer alır. Yine bunların da ayrı bir tüzel kişiliğinin olması önem arz etmez. Bu gruptaki işletmelerin ise borçlarından, ortakların şahsî malvarlıkları ile sorumluluğu ya yoktur ya da sınırlıdır. *UNCITRAL*, basitleştirilmiş usûlün tüzel kişi - gerçek kişi ayrımı yapmadan geniş bir kapsamının olması gerektiğini savunmaktadır. Bunun temel gerekçesi ise yeniden yapılandırma açısından, sorunların ve çözümlerin büyük oranda aynı olması olarak gösterilmektedir<sup>125</sup>. *Dünya Bankası* da benzer gerekçelerle, basitleştirilmiş usûle tâbi borçlunun, tüzel kişiliğinin bulunmasının bir önem arz etmemesi gerektiğini, bu işletmelerin tüzel kişiliğinin bulunmasının, yeniden yapılandırılmalarını daha karmaşık hale getirmediğini vurgulamaktadır<sup>126</sup>.

Buradaki sorunun temelinde, esnaf işletmeleri ve sınırsız sorumlu KOBİ'lerde şahsî - ticarî borçlar ile şahsî - işletme malvarlığının birbirine karışması yatmaktadır<sup>127</sup>. KOBİ'lere özgü bir yeniden yapılandırma usûlünde borçları ve malvarlığı unsurlarını birbirinden ayırmak çok zor veya imkânsız olacak, bunun da ötesinde en baştan kaçınılmaya çalışılan karmaşıklığı, olağan usûlden daha da büyük bir boyuta taşıyacaktır<sup>128</sup>. Borçlunun şahsî borçları için başvurabileceği başka bir küllî icra yöntemi (tüketici iflâsı) bulunan ülkelerde, prosedürlerin çakışması sorunu ile de karşılaşılmaktadır.

KOBİ'lere ilişkin düzenlemelerde, hukukî statü ve tüzel kişiliğe bakılmadan "*işletme*" kavramının ön plana çıkarıldığını görmekteyiz<sup>129</sup>. Yönetmeliğin dördüncü maddesinde, işletme, "*Yasal statüsü ne olursa olsun, bir veya birden çok gerçek veya tüzel kişiye ait olup bir ekonomik faaliyette bu-*

<sup>125</sup> *UNCITRAL*, s. 50.

<sup>126</sup> *The World Bank*, s. 26.

<sup>127</sup> *The World Bank*, Report, s. 15; Bu anlamda KOBİ malik-yöneticilerinin rizikoları sadece sermayeyi kaybetmekle sınırlı olmayıp kişisel varlıklarını da kapsar. *Tümer*, s. 66.

<sup>128</sup> *UNCITRAL*, s. 51.

<sup>129</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da "*işletme*" kavramının ön plana çıkarıldığı, tek pay sahipli anonim ve tek ortaklı limited şirket düzenlemeleri ile genel olarak limited şirkete ilişkin düzenlemelerin, KOBİ'ler göz önünde bulundurularak hazırlandığı belirtilmektedir. *Tekinalp*, Ünal: "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", *BATİDER*, Y. 2008, C. XXIV, S. 3, s. 6; *Özkorkut*, s. 152-153.

*lunan birimleri veya girişimleri... ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır. Yeniden yapılandırma hukuku açısından da iyileştirme/kurtarmanın sujesi tüzel kişilik veya malik-yönetici değil, işletmenin kendisidir. Bu anlamda “işletme”, ön plana çıkarıldığı için iyileştirmenin, mevcut maliklerin elinde gerçekleştirilmesinin zorunlu olmadığı anlayışı esastır.

Öğretide *Baird*, esnaf işletmesi olarak faaliyet gösteren mikro işletmelerin mali sıkıntılarının çözümünün, yeniden yapılandırma ile ilgisi olmadığını belirtmektedir<sup>130</sup>. Yazara göre bu işletmeler, çoğunlukla bir meslek erbabı olan malik-yöneticinin, şahsı etrafında şekillenir, bu işletmelerde beşerî sermaye dışında bir değer bulunmamaktadır ve işletmenin borçlarından, bu kişi, şahsi malvarlığı ile sorumludur<sup>131</sup>. İşletmenin, bir “*going concern*” değeri olmadığı gibi, işletmeye özgülenen unsurların parça satışından da kayda değer bir getiri beklenmez<sup>132</sup>. Bu nedenle olağan yeniden yapılandırma içerisinde yaygın olarak kullanılan, işletmenin devri veya varlık satışlarından elde edilen tutarla borç ödenmesi/ iyileştirme finansmanının sağlanması gibi araçların kullanılması, esnaf işletmelerinde mümkün değildir. Bu işletmelerin varlıkları da faaliyetin devamı ve kendisi ile ailesinin geçimi için gerekli olan unsurlardan oluştuğundan haczedilmezlik kuralları, öncelikle uygulanır. Yine bu tarz işletmelerin, bağlı çalışanı ya yoktur ya da çok azdır. Bu nedenle de olağan yeniden yapılandırmanın önemli bir fazileti olan, istihdamın korunmasından da bahsedemeyiz<sup>133</sup>. Bu tarz küçük esnaf işletmelerinin kurtarılmasından değil, sayısı milyonları bulan, ekonomik bir faaliyet içindeki kişilerin, ekonomik ilişkilerinin düzenlenmesinden bahsetmek gerekir<sup>134</sup>. Bu tarz işletmeler, yeniden yapılandırma yöntemine, iyileşmek için değil, yönetimin sağladığı, takip yasağı ve susturma hakkı ile yükümlülüklerini hafifletmek için başvurumaktadırlar<sup>135</sup>.

## C. Başvuru ve Uygulanacak Usûl

### 1. Başvuru Aşaması

Büyük işletmeler için öngörülen ve süreçten yararlanmaya uygun olup olmadığının tespitinde kullanılan, malî durumun belirli bir ölçüde bozulmuş

<sup>130</sup> **Baird**, Douglas G.: “The New Face of Chapter 11”, *American Bankruptcy Institute Law Review*, Y. 2004, V. 12, No. 1, s. 85 vd.

<sup>131</sup> **Baird**, s. 86-87; **Baird/Morrison**, s. 2311.

<sup>132</sup> **Baird/Morrison**, s. 2311.

<sup>133</sup> **Baird**, s. 92.

<sup>134</sup> **Baird**, s. 87; **Baird/Morrison**, s. 2318.

<sup>135</sup> **Baird/Morrison**, s. 2349.

olmasının aranması, küçük işletmelerde özel bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Aranan düzeyde bozulma gerçekleştiğinde, iyileştirme neredeyse imkânsız hale geldiğinden küçük işletmeler bakımından borç ödeyememe tehdidinin bulunması, sürecin başlatılabilmesi için yeterli sayılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>136</sup>. Bununla birlikte, yeniden yapılandırma yöntemini başlatabilmek için, büyük işletmelerde de ileri düzeyde bozulmanın aranması, bu şirketlerin de iyileştirilmesini zorlaştırdığından, sürece giriş eşiğinin, ölçeğine bakılmaksızın tüm borçlular bakımından alçaltılması güncel bir eğilimdir.

Yeniden yapılandırma sürecine başvurabilmek için malî durumun ileri düzeyde bozulmasını arayan sistemlerin genel sorunu, işletmenin kurtarılabılır aşamayı geçene kadar sürecin sağladığı korumadan yararlandırmamasıdır. Bu soruna getirilen çözüm ise borca batıklığı bir eşik olarak kabul etmekten vazgeçip, borç ödeyememe tehdidi altında bulunan borçlunun, süreci başlatabilmesine izin vermek olmuştur. Bunun genel olarak olumlu bir gelişme olduğu kabul edilse de süreci başlatabilmek ve takip yasağının (otomatik durma) sağladığı korumadan yararlanmak, işletmenin içinde bulunduğu sıkıntıyı, birden ortadan kaldırmamaktadır<sup>137</sup>. Borçlu, mucizevî bir şekilde, hatalarını eksiksiz ve doğru bir şekilde kavrayıp başvuru anından itibaren düzeltse de ihtiyaç duyduğu alacaklı güvenini yeniden tesis etmesi, uzun zaman almaktadır. Borçluya güven duyulmaması, birçok başvurunun başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olmakta, yeniden yapılandırma süreci ise sadece kaçınılmaz olan tasfiyeyi ertelemekten başka bir işe, yaramamaktadır<sup>138</sup>. Borçlunun ihtiyaç duyduğu güveni sağlamanın en etkili yolu ise alacaklıların süreç içerisinde aktif bir şekilde yer alarak değişimi ve çabayı ilk elden gözlemlemeleridir<sup>139</sup>. Bunun ise alacaklı ilgisizliği nedeniyle uygulamada gerçekleşmediğini daha önce belirtmiştik.

Küçük işletmelerin kaynak sorununun, malî sıkıntıya dayanma güçlerini azalttığını veya ortadan kaldırdığından bahsetmiştik. Bu nedenle, basitleştirilmiş usûlde, otomatik durma ile sağlanan korumanın, mahkeme kararına kadar ertelenmemesi, başvuru anı ile birlikte sağlanması gerektiği kabul edilmektedir. Yine aynı sebepten dolayı, başvurunun gecikmesine neden

---

<sup>136</sup> Anderson, s. 362, 367.

<sup>137</sup> Blum, s. 198.

<sup>138</sup> Blum, s. 199.

<sup>139</sup> Blum, s. 199-200.

olabilecek engeller kaldırılmalı, borçlu, malî sıkıntının ilk göstergeleri ile birlikte başvuruya teşvik edilmelidir<sup>140</sup>.

Büyük işletmeler bakımından, alelade bir başvurunun ciddiyetsiz kabul edilmesi, başvuru ile birlikte birçok belgenin, raporun ve hatta iyileştirme projesinin sunulması zorunlulukları, küçük işletmelerde aranmamalıdır. Bu nedenle, başlangıçta taleple birlikte sürecin başlatılması, gerekli bilgi ve belgelerin daha sonra sunulması esası kabul edilmelidir. Kobilerin bilgisiz ve tecrübesiz yöneticilerinin, genel olarak başvuru belgelerini tek başlarına hazırlayamayacakları için böyle bir tercih, makul sayılmalıdır. Alternatif olarak, eğer kurumsal bir yapı oluşturulması mümkün ise, başvuruya eklenecek belgelerin sunulması zorunluluğu, bu aşamada borçlunun ilgili yapıdan ücretsiz bir yardım alarak belgeleri hazırlaması şartıyla muhafaza edilebilir.

Konkordato düzenlemelerini yenileyen 7101 sayılı Kanun değişiklikleri kapsamında küçük işletmelerin, konkordato başvurularına “...*konkordato ön projesinde yer alan teklifin gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olduğunu gösteren finansal analiz raporları...*” eklemek zorunda olmadıkları düzenlenmişti<sup>141</sup>. Küçük işletmelerin finansal analiz raporu sunmaktan muaf tutulmaları öğretide eleştirilmiştir. Böyle bir rapor sunma zorunluluğunun başvuru borçluya yüklediği masrafların, bu işletmeler tarafından çoğunlukla karşılanamayacak olmaları ve bu nedenle de başvuru yapmaktan kaçınacak olmaları, muafiyetin temel gerekçesi olarak görülmektedir<sup>142</sup>. Ancak, küçük işletmelerin toplam işletme sayısı içindeki oranı dikkate alındığında, yapılan başvuruların çoğunluğunun, bağımsız dış denetimden geçmeden sunulan belgeler içereceği, bunun da alacaklılar bakımından önemli bir risk oluştu-

<sup>140</sup> **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 33.

<sup>141</sup> Bu düzenlemenin amacının küçük işletmeler için başvurunun pahalılaşmasının önlenmesi ve başvurudan imtina etmelerinin önlenmesi olduğu hakkında bkz. **Öztek**, Selçuk: “Öztek-Konkordato Şerhi, m. 286”, Yeni Konkordato Hukuku (içinde), Ed. Prof. Dr. Selçuk Öztek, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, m. 286, No. 20; Söz konusu hüküm kapsamında alınacak raporun niteliğinin 7155 sayılı Kanun ile değiştirilmesinin, başvuruyu zorlaştırmaktan başka bir işe yaramadığı hakkında bkz. **Atalay**, s. 6; **Şahin**, Çağatay Serdar: Amerikan Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 116-117.

<sup>142</sup> **Pekcantez/Erdönmez**, s. 24; **Kayihan**, s. 76; Bağımsız Denetim Standartları ve Güvence Denetim Standartlarına uygun raporlar, hazırlanması uzun süren ve elde etmesi oldukça pahalı olan belgelerdir. **Sarisözen**, s. 190; Yazara göre, 286. maddenin 1. fıkrasının d bendi kapsamında eklenmesi gereken karşılaştırma tablosu, bu madde kapsamında sunulacak belgeler arasında hazırlanması en zor olandır. **Sarisözen**, s. 174. Çok fazla değişikene bağlı olması ve nitelikli tahminleri gerektirmesi nedeniyle yazarın bu rapor hakkındaki tespitine katılmaktayız.

racağı dile getirilmiştir<sup>143</sup>. İcra ve İflâs Kanunu'nun 286. maddesinde küçük işletmeler bakımından düzenlenen muafiyet, 7155 sayılı Kanun<sup>144</sup> ile yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu, belge ve denetim raporu sunma zorunlulukları, alacaklıların, komiserin ve mahkemenin yapacağı değerlendirmeler ve alacağı kararların objektif bir temele dayandırılmasına hizmet edeceklerdir<sup>145</sup>. Küçük işletmelerin rapor sunmaktan muaf tutulmasının mühletin şartları bakımından başvurucular arasında eşitliğe aykırı bir durum da yarattığı dile getirilmektedir<sup>146</sup>. Bununla birlikte basitleştirilmiş usûle tâbi borçluların bağımsız denetim raporu sunma zorunluluğundan muaf tutulması gerektiği önerilmektedir<sup>147</sup>. Kanaatimizce, KOBİ'ler bakımından başvuruyu kolaylaştırmak adına söz konusu finansal raporların, başvuruya eklenmesi gereken zorunlu belgeler olarak sayılmaması, ancak ilgililerin değerlendirmelerine esas alacakları bu nitelikteki belgelerin, başvurudan sonra, komiserin yardımı ile hazırlayıp, projenin oylanmasından önce dosyaya sunulması, daha uygun bir tercih olacaktır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi küçük işletmelerin olağan zamanda kayıt tutmak zorunda olmamaları veya zorunda olanların bu yükümlülüklerini çeşitli sebeplerden ötürü yerine getirmemeleri, başvuru aşamasında bu kayıtlardan üretilecek finansal bilgilerin oluşturulmasını da imkânsızlaştırmakta/zorlaştırmaktadır.

<sup>143</sup> **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 21; **Sarisözen**, s. 152-153; Söz konusu endişe, iflasın ertelenmesi uygulamasının olumsuz tecrübeleri karşısında ülkemiz açısından makul karşılanabilir. İflas erteleme uygulamasının ciddiyetsiz, yetersiz, belirsiz bilgi ve belgeler ışığında yürütülmüş olması, kanun koyucuyu konkordato prosedüründe daha detaylı düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir. Bu kapsamda İcra ve İflâs Kanunu'nun 286. maddesi ve bu maddenin son fıkrası uyarınca konunun detaylarını düzenlemek amacıyla çıkarılan *Konkordato Talebine Eklenecek Belgeler Hakkında Yönetmelik* (R.G. 30.01.2019, s. 30671) ile konkordato, daha işlevsel hale getirilmek istenmiştir. Ancak iyiniyetli ve gerekli bu yaklaşım, maalesef başvuru masraflarının artmasına neden olmuştur. Bununla birlikte Yönetmeliğin 5. maddesinin iflâsa tâbi olmayan borçlular için başvuruya eklenmesi gereken belgeleri sayıca azaltması olumlu karşılanmalıdır, **Sarisözen**, s. 183; **Öztek**, *Öztek- Konkordato Şerhi*, m. 286, No. 20c; **Özkes**, s. 64.

<sup>144</sup> “Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun”, R.G. 19.12.2018, S. 30630, m. 26.

<sup>145</sup> **Kayıhan**, s. 69.

<sup>146</sup> **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 24.

<sup>147</sup> **Atalay**, s. 4-5, Yazar, borçlunun bağımsız denetim raporu alabilmek için yaptığı hazırlıkların, özellikle finans kesiminde neden olduğu paniğe dikkat çekmekte, iyileştirilebilir işletmelerin bu panik nedeniyle sona erdirilme riskine haklı olarak vurgu yapmaktadır.

Yargısal bir yola başvurulduğunda kural, önceden belirlenmiş bazı giderlerin başvuru tarafından peşin olarak ödenmesidir. Küçük işletmelerin kaynak sıkıntılarının bu giderleri peşin olarak ödemesine haliyle de başvuru yapmalarına engel olduğu bir gerçektir. Bazı ülkelerin, peşin olarak yatırılması gereken bu giderlerle, süreç içerisinde ortaya çıkacak olağan, öngörülebilir bazı masrafların borçlu tarafından karşılanamayacak olduğunun anlaşıldığı durumlarda, başvuruyu reddettikleri belirtilmektedir<sup>148</sup>. Bu soruna, yargılama giderlerinin peşin olarak ödenmesi kuralının küçük işletmeler bakımından terk edilmesi, bu tutarların, borçlunun ödeme planı çerçevesinde, zamana yaygın olarak taksitle ödeyebilmesine imkân tanınması çözüm olarak önerilmektedir<sup>149</sup>. Yine başvuru aşamasında asgari bir ödeme tutarı teklif etmeyen borçluların da sürece alınmadıkları ifade edilmektedir<sup>150</sup>. Bu uygulamanın da genel olarak doğru olmadığı kabul edilmektedir.

## 2. Ön İnceleme ve Eleme

Yeniden yapılandırma yönteminin en önemli sorunlarının başında, işletmenin iyileştirilebilir olup olmadığının düzgün bir şekilde incelenmemesi gelmektedir. Bu nedenle de yöntem, çoğunlukla kaçınılmaz olan iflâsı geciktirmek için kullanılmaktadır<sup>151</sup>. Amerikan “Chapter 11” usûlüne yöneltilen eleştirilerin başında, daha başvuru aşamasında ölü olan işletmelerin (dead on arrival), gereksiz yere süreçte tutulması gelmektedir<sup>152</sup>. Tüm yeniden yapılandırma uygulamalarında, borçlunun iyileştirilme ihtimalinin varlığı, sürecin mümkün olan en erken aşamasında değerlendirilmeli, yaşayabilir olan işletmelerin kurtarılması, diğerlerinin tasfiye edilmesine karar verilmelidir<sup>153</sup>. Amerikan hukukunda iyileştirilebilirlik, süreç başladıktan sonra kontrol edilmekte, Japonya’da ise ülkemiz konkordato uygulamasında olduğu gibi süreç başlatılmadan önce değerlendirilmektedir<sup>154</sup>. İşletmenin yaşayabilir olup olmadığının tespitinin, sürecin ilerleyen aşamalarına bırakıl-

<sup>148</sup> UNCITRAL, s. 42.

<sup>149</sup> UNCITRAL, s. 66.

<sup>150</sup> UNCITRAL, s. 42.

<sup>151</sup> ABI, s. 285; Taşpınar Ayvaz, s. 83.

<sup>152</sup> Ravid/Sundgren, s. 28; Taşpınar Ayvaz, s. 80.

<sup>153</sup> Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal, s. 30; ABI, s. 295; Anderson, s. 405; Markell, s. 265.

<sup>154</sup> Borçlunun iyiniyeti, işletmesinin iyileştirilebilirliğinin mühlet verilmeden önce incelenmesi ve başvurunun reddi hali, alacaklılara ve borçluya bir şans verilmediği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Amerikan sistemi, hak etmeyen borçluları da sürece dahil ettiği için, Japonya örneği ise hız ve etkililik bakımından bir dezavantaj yaratmaktadır. Anderson, s. 368-370.

ması, hem alacaklılar açısından ayrı bir kayba hem de yargı açısından gereksiz meşguliyete neden olmaktadır<sup>155</sup>. Ayrıca sayıca çok fazla olan KOBİ'lerin nitelikli bir eleme yapılmadan yeniden yapılandırma içinde tutulması, mahkemelerin iş yükünü artıracak ve kısıtlı zamanlarının boşa harcanmasına neden olabilecektir<sup>156</sup>.

KOBİ'lerin ödeme güçlüğü sorununa çözüm olarak gerçekleştirilecek çalışmalarda, yeniden yapılandırma ile tasfiye arasında bir denge kurulmalıdır<sup>157</sup>. Kobilerin sayıca fazla ve ekonomik olarak büyük bir öneme sahip olmaları, hepsinin kurtarılabilmesi şeklinde yorumlanmamalıdır. Bunların büyük bir çoğunluğunun iyileştirilebilir bir işletme olmadıkları bilinmektedir<sup>158</sup>. Somut dosya üzerinde işletmenin iyileştirilebilir olmadığına karar verildiğinde derhal yine bu işletmeler için öngörülen “basitleştirilmiş tasfiye” usûlüne geçilmelidir.

Basitleştirilmiş usûlde eleminin çok hızlı yapılması ise büyük bir sorun potansiyeli taşımaktadır. Mahkemenin işletmenin iyileştirilebilirliğine ilişkin kararını acele bir şekilde vermesi veya bu konuda çok seçici davranması halinde, birçok işletme, kendisine bir şans verilmeden hızlı bir şekilde sistem dışına atılma riskini taşımaktadır<sup>159</sup>.

### **3. Yeniden Yapılandırma Uzmanı**

Amerikan “Chapter 11” hükümlerine göre yeniden yapılandırma sürecine giren bir borçlu, kural olarak, sürecin başından sonuna kadar, hem işletmenin olağan faaliyetlerini hem de yeniden yapılandırma sürecini yürütür. Belirli bazı sebeplerin varlığı halinde, mahkemenin kararı ile borçluya bir kayyım (trustee) atanabilir<sup>160</sup>. Biz daha genel bir yaklaşımı ifade etmesi ve Ülkemizde bazen de doğru bir şekilde kullanılmaması bakımından kayyım yerine başlıkta yeniden yapılandırma uzmanı demeyi tercih ettik. Ayrıca kayyım, komiser, yediemin vs. kavramların tümünü karşılaması bakımından da bu kullanım daha esnek bir terimdir. Ancak tercihe göre ayrıca daha özel bir isimlendirme yapılabilir.

---

<sup>155</sup> **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 34.

<sup>156</sup> **Markell**, s. 265.

<sup>157</sup> **UNCITRAL**, s. 49.

<sup>158</sup> **UNCITRAL**, s. 52; **Markell**, s. 265.

<sup>159</sup> **Anderson**, s. 405.

<sup>160</sup> **Taşpınar Ayvaz**, s. 55-56.



Amerikan hukukunun bu tercihinin, kendi olağan yeniden yapılandırma usûlünü, “Chapter 11” hükümlerinden aldığı ilhamla düzenleyen tüm ülkelerde benimsendiği söylenemez. Birçok ülke, sürecin başlatılması ile birlikte borçluyu denetleyecek, gözetecek, ona yardım edecek ve bazı konularda karar alıp bazı konularda ise yapılan işlemlere onay verecek bir profesyonel görevlendirmektedir.

KOBİ'lere ilişkin hükümlere baktığımızda ise, bu usûlün istismar edilmemesi ve borçluyu denetlemek ve ona yol göstermek amacıyla geniş yetkileri bulunan bir gözetmen/kayyım görevlendirilmektedir<sup>161</sup>. Bu tercihin temel nedeni, bu kategorideki borçluların, yukarıda bahsettiğimiz özellikleri ve de alacaklı ilgisizliği fenomenidir. İşletmenin malik-yöneticisinin hukukî, malî ve işletme yönetimi gibi konulardaki bilgi ve tecrübe eksikliği, bu konularda profesyonel bir yardım almasına engel olan kaynak kıtlığı, borçluya sürecin başından sonuna kadar, bu alanlarda uzman bir kişinin eşlik etmesini zorunlu kılmaktadır<sup>162</sup>. Hatta bu kapsamdaki borçluların, sürecin başlatılmasından önce, hazırlık/başvuru aşamasında da bu uzmanlardan yardım alabilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>163</sup>. Çünkü borçlunun bu eksiklikleri, sağlıklı bir başvuru yapmasına da engel teşkil etmektedir.

Basitleştirilmiş usûlde, görevlendirilecek uzmanın fonksiyonlarını kısaca, borçlunun belgeleri hazırlamasına yardımcı olmak, iyileştirilebilirliğini araştırmak, faaliyetlerini denetlemek, gerektiğinde yeniden yapılandırmanın iflâs tasfiyesine dönüştürülmesini talep etmek ve dosyanın idaresini hızlandırmak şeklinde sıralayabiliriz<sup>164</sup>.

Her şeyden bağımsız olarak yeniden yapılandırmanın başarısı, ülkenin kurumsal yapısına ve yeniden yapılandırma uzmanlarının kalitesine bağlıdır<sup>165</sup>. Etkili bir KOBİ yeniden yapılandırması için borçlunun başvuru öncesinde ve süreç devam ederken kaliteli bir yardım alması zorunluluktur<sup>166</sup>.

<sup>161</sup> Uygulamada KOBİ'lerin gözetim ve denetime tabi olmamak için bu usûle başvurmadan kaçındıkları da belirtilmektedir. **McCormack/Keay/Brown/Dahlgreen**, s. 214.

<sup>162</sup> Büyük işletmelerin yönetim kademelerinde çoğunlukla profesyoneller istihdam edildiği için bu konularda yardıma ve iç disipline ihtiyaçlarının olmadığı kabul edilir. KOBİ'ler de ise kayyımın yardım ve müdahalesi, yargısal bir faaliyettir. **Anderson**, s. 401; **ABI**, s. 292; **Taşpınar Ayvaz**, s. 81.

<sup>163</sup> **UNCITRAL**, s. 58.

<sup>164</sup> **McCormack/Keay/Brown/Dahlgreen**, s. 213; **UNCITRAL**, s. 58.

<sup>165</sup> **The World Bank**, s. 35; **UNCITRAL**, s. 45; **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 64.

<sup>166</sup> **UNCITRAL**, s. 45.

Uzmanların kalitesi ve denetimindeki zafiyet, sistemi derinden ve olumsuz etkilemektedir<sup>167</sup>.

#### 4. Alacaklılar Kurulu, Alacakların Bildirilmesi ve Alacaklılar Toplantısı

Basitleştirilmiş usûlde olağan usûlden farklı olarak bir alacaklılar kurulunun oluşturulmasından vazgeçilebilir<sup>168</sup>. Alacaklılar kuruluna, faaliyetlerinin karşılığı olarak bir ücret ödenmesini kabul eden veya kurulun, masrafları borçludan karşılanmak üzere, bilirkişi, uzman, denetçi gibi kişileri görevlendirmesine izin veren sistemlerde, sürecin pahalılaşıma sorunu vardır<sup>169</sup>.

Alacakların bildirilmesine ilişkin aşama elektronik ortamda gerçekleştirilmelidir. Ayrıca alacakların bildirilmesine ilişkin süreler, basitleştirilmiş usûlde, daha kısa olarak öngörülebilir<sup>170</sup>. Yeniden yapılandırmanın genel sorunu olan alacaklı ilgisizliği problemine çözüm olarak, borçlunun projesinde bildirmediği alacağını süresinde yazdırmayan veya eksik bildirilmiş alacağının kalanı için süresinde itiraz etmeyen alacaklıların, bu alacaklarından feragat ettiklerinin varsayılması önerilmiştir<sup>171</sup>.

Alacaklılar toplantısının fizikî olarak gerçekleştirilmesi, süreç giderlerini artıracaktır. Daha ucuz bir usûl için toplantı yapılmayabilir veya elektronik mecralarda bu toplantılar gerçekleştirilebilir<sup>172</sup>. Kabul için gerekli olan çoğunluğu sağlayan alacaklıların, projeyi yazılı olarak kabul ettiğini belirtmesi halinde, projenin kabulü için gerçekleştirilecek toplantının yapılmayabileceği, doğrudan tasdik yargılamasına geçilebileceği önerilmektedir<sup>173</sup>.

KOBİ'lerin borç yapılarındaki sadelik nedeniyle, basitleştirilmiş usûlde, alacak sınıflarına gerek olmadığı, tüm alacakların tek bir sınıfta kabul

<sup>167</sup> **The World Bank**, s. 36; Konkordato komiserlerinin yetersizliğine ilişkin tespit ve değerlendirmeler hakkında bkz. **Atalay**, s. 9-13.

<sup>168</sup> **UNCITRAL**, s. 69; **ABI**, s. 292; Amerikan hukukundan farklı olarak ülkemizde, alacaklılar kurulunun oluşturulması, belirli bazı şartların gerçekleşmesi halinde zorunludur (İİK m. 289/4; Konkordato Komiserliği ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmelik (RG, 30.01.2019, S. 30671), m. 22). Bu anlamda mevcut düzenlememizin KOBİ'ler bakımından doğru bir tercihte bulunduğunu söyleyebiliriz.

<sup>169</sup> **ABI**, s. 293.

<sup>170</sup> **UNCITRAL**, s. 118-119.

<sup>171</sup> **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 48.

<sup>172</sup> **UNCITRAL**, s. 69.

<sup>173</sup> **Anderson**, s. 393.

edilip birlikte oy kullanmalarının benimsenebileceği ileri sürülmüştür<sup>174</sup>. Bu tercihin sonucunda, alacak sınıfları arasında susturma hakkı (cram-down) hükümlerine ihtiyaç olmayacak, bir sınıfın diğerine göre ayrımcılığa uğradığı itirazları için yargılama yapılmayacaktır<sup>175</sup>.

### 5. Yeniden Yapılandırma Projesi

Amerikan hukukunun etkisinin bir sonucu olarak, yeniden yapılandırma sürecine başvururken, bir yeniden yapılandırma projesinin sunulması, genel anlamda aranmamaktadır. KOBİ'lerin bir projeyi tek başlarına hazırlayamayacak olmaları ve projenin hazırlanmasında kaynak eksikliğinden dolayı yardım alamayacakları göz önüne alındığında, basitleştirilmiş usûlde başvuru aşamasında proje talep edilmemesi kural olmalıdır. Bu işletmeler bakımından projenin, başvuru kabul edildikten, bir başka deyişle koruma sağlandıktan sonra, hazırlanması ve sunulmasının faydalı olabileceği belirtilmektedir<sup>176</sup>. Bununla birlikte sürecin mümkün olduğunca kısa sürmesi arzulandığından, başvurudan belirli ve mümkünse kısa bir süre sonra, projenin sunulması zorunlu tutulmalıdır<sup>177</sup>.

Projenin belirlenen sürede sunulmamasının sonucu konusunda, çeşitli yaklaşımlar mevcuttur. Bir görüşe göre projenin süresinde sunulmaması halinde, borçlu, borç ödeyebilir (solvent) durumda ise başvuru reddedilmeli ve borçlu başvuru öncesi statüsüne dönmelidir. Borçlu, borç ödeyemez (insolvent) durumda ise basitleştirilmiş yeniden yapılandırma, basitleştirilmiş tasfiye sürecine dönüştürülmelidir<sup>178</sup>.

Borçlunun sunmuş olduğu proje hakkında, alacaklıların, kabul veya ret yönünde açıklayacakları irade beyanının da fizikî bir toplantıda yapılması zorunluluk olarak görülmemelidir<sup>179</sup>.

Yukarıda bahsettiğimiz alacaklı ilgisizliği, projenin kabulü aşamasında da ortaya çıkan bir sorundur<sup>180</sup>. Bu nedenle, borçlunun sunmuş olduğu projenin kabulü için gerekli çoğunluğun oluşturulmasını kolaylaştırma eğilimi vardır<sup>181</sup>. Birçok sistemde projenin kabulü için gerekli çoğunluk, hem ala-

<sup>174</sup> Anderson, s. 392.

<sup>175</sup> Anderson, s. 394.

<sup>176</sup> Anderson, s. 362, 366.

<sup>177</sup> UNCITRAL, s. 143; Blum, s. 201.

<sup>178</sup> UNCITRAL, s. 143.

<sup>179</sup> UNCITRAL, s. 69.

<sup>180</sup> The World Bank, Report, s. 12.

<sup>181</sup> The World Bank, s. 19.

caklı sayısı hem de alacak miktarına göre hesaplanmaktadır. Bu iki çoğunluğun birlikte aranması, kabulün oluşmasını zorlaştırmak ve belirli bazı grupların<sup>182</sup> projeye olumlu veya olumsuz şekilde yön vermesini engellemek içindir. Ayrıca, projenin kabulü aşamasında oy kullanmayan alacaklıların, ret oyu vermiş sayılacağı yönünde de bir tercih varsa, bu sistemlerde iyileştirilebilir, sağlam bir plan sunmuş borçluların süreçten başarılı bir şekilde çıkmaları, alacaklı ilgisizliği nedeniyle mümkün olmaz. Bu nedenle basitleştirilmiş usûlde, projenin kabulü için gerekli çoğunluğun oluşmasını kolaylaştırmak için iki farklı yöntem önerilmektedir. Bunlardan ilki ve ikincisine göre daha ağır olanı çoğunluğun, bütün alacaklılar ve alacaklara göre değil, toplantıya katılanlara göre hesaplanmasıdır<sup>183</sup>. İkinci ve daha kolay olan yöntemde ise alacak/alacaklı çoğunluğu kullanılan oylara göre hesaplanır<sup>184</sup>. Buna göre, açıkça ret oyu kullanmayan alacaklıların iradesinin projenin kabul edildiği (deemed approval) şeklinde yorumlanması gerektiği önerilmektedir<sup>185</sup>. Son olarak basitleştirilmiş usûlde, çoğunluğun oransal büyüklüğü bakımından da kolaylaştırılma eğilimi olduğunu ve nitelikli çoğunluklar yerine adı çoğunluğun yeterli sayılması gerektiği tavsiye edilmektedir<sup>186</sup>.

Basitleştirilmiş usûlde, projenin alacaklıların oylamasına sunulması yönteminden vazgeçilebileceği de ileri sürülmektedir<sup>187</sup>. Bu işletmelerde alacaklı sayısı az olduğu için, alacak miktarı yüksek olan tek bir alacaklının ret oyu, projenin kabul edilmesine engel olabilir. Yeniden yapılandırma sürecinin kolaylaştırılması kapsamında, alacaklı oylamasının bulunmadığı bir rejimin benimsenmemesi gerektiği vurgulanmaktadır<sup>188</sup>. Borçlunun ödeme planının, mahkeme kararıyla alacaklılara dayatılması tercihi, alacaklıların korunması ilkesine ters düşer. Ancak tasdiki kolaylaştırmak için bu işletmeler bakımından, kabul için gerekli çoğunluk oranı, olağan usulden daha az belirlenebilir. Dünya Bankası'na göre, borçlunun iyileşebilir olup olmadığına alacaklılar karar vermeli, eğer iyileştirme gerçekleşmezse ve borçlu

<sup>182</sup> Alacak miktarı çok yüksek olan tek bir alacaklının ret veya kabul oyu ile diğer alacaklıları projeye bağlı kılabilmesi veya iyileştirilebilir bir işletmeyi iflâsa mahkum etmesi önemli bir sorundur.

<sup>183</sup> **Anderson**, s. 392.

<sup>184</sup> **The World Bank**, s. 18-19.

<sup>185</sup> **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 9, 48; **UNCITRAL**, s. 74; **The World Bank**, s. 19.

<sup>186</sup> **The World Bank**, s. 19; **Anderson**, s. 392.

<sup>187</sup> **Janger**, s. 260.

<sup>188</sup> **The World Bank**, s. 17.

iflâsla tasfiye edilirse, bu alacaklıların kararının bir sonucu olduğu için katlanılabilir bir netice sayılmalıdır<sup>189</sup>.

Amerikan hukukunda, küçük işletmelerin yeniden yapılandırılması için projenin oylanmasından vazgeçilebileceği de teklif edilmiş, ancak bu teklif kabul görmemiştir<sup>190</sup>. Buna göre borçlunun alacaklılara dağıtılabilir gelirin (disposable income) üç yıllık bir ödeme planı çerçevesinde, herhangi bir imtiyaz veya öncelik olmadan, alacaklılar arasında garameten paylaşılması planlanmış, böylece alacaklıların oylamasına ihtiyaç duymadan bu aşamanın getirdiği yükten kurtularak bir çözüm üretilmeye çalışılmıştır<sup>191</sup>.

Borçlunun sunmuş olduğu projenin gerekli çoğunlukça kabul edilmiş olması ve bu süreçte kayda değer bir itiraz ileri sürülmemişse, tasdik yargılamasının şekli bir inceleme ile kısa bir şekilde tamamlanması tavsiye edilmektedir<sup>192</sup>.

## V. AMERİKAN HUKUKUNDA KOBİ YENİDEN YAPILANDIRMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

### A. Genel Olarak

Modern yeniden yapılandırma (reorganization) usûlünün mucidi ve birçok ülke düzenlemesini etkileyen Amerikan hukuk sisteminde, bu yöntem, 19. yüzyıldan bu yana kanunî bir temele dayalı olarak uygulanmakta ve geliştirilmektedir. Yürürlükteki 1978 tarihli Kanun içerisinde dört bölüm (chapter), ödeme güçlüğüne odaklanmaktadır. Bunlardan “Chapter 9” yerel yönetimlerin, “Chapter 12” çiftçilik ve balıkçılıkla uğraşan, yıllık düzenli geliri olan ailelerin ve “Chapter 13” düzenli geliri bulunan bireylerin “borç yapılandırmasına” özgülünmüşken, “Chapter 11” olağan yeniden yapılandırma usûlü olarak herkesin istifadesine sunulmuştur<sup>193</sup>. “Chapter 11” hükümlerinden, kural olarak her borçlunun yararlanma imkânı bulunmasına rağmen, bu bölüm hükümleri herkesin yararlanmasına tasarımı gereği uygun değildir. Yukarıda, olağan usûlün, sade bir yapısı bulunan borçlular için neden cazip olmadığına ilişkin yaptığımız açıklamalar esasen Amerikan hukuku tecrübelerinin sonucudur. Birçok ülke, olağan usûlünü “Chapter 11” hükümlerine göre tasarladığından sorunlar, evrensel bir nitelik kazanmıştır diyebiliriz.

<sup>189</sup> **The World Bank**, s. 17.

<sup>190</sup> **Blum**, s. 210.

<sup>191</sup> **Blum**, s. 210; **Markell**, s. 262.

<sup>192</sup> **Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal**, s. 51.

<sup>193</sup> Bu düzenlemeler hakkında genel bilgi için bkz. **Şahin**, s. 42-85; **Taşpınar Ayvaz**, s. 46.

Amerikan hukukunda, olağan yeniden yapılandırma hükümleri, Chapter 11 olarak bilinen bölümde yer almaktadır. Bu bölümdeki düzenlemeler, karmaşık bir organizasyonu bulunan halka açık, geniş bir çalışan kitlesi bulunan, alacaklı sayısının çok olduğu ve pay sahiplerinin yönetimde yer almadığı şirketler için tasarlanmıştır<sup>194</sup>. Bu nedenle, Chapter 11 hükümleri, maliklerin, aynı zamanda şirket yöneticisi olduğu, karmaşık bir organizasyonu olmayan ve alacaklı sayısının az olduğu şirketlere uygulanmaya çalışıldığında etkisiz kalmakta ve aşırı külfetli bir şekilde gerçekleşmektedir<sup>195</sup>. Reform kanunu olarak da bilinen ve ülkemiz dahil tüm dünyayı etkisi altına alan 1978 tarihli Amerikan İflâs Kanunu'nun büyük yeniliklerinden bir tanesi de küçük ve büyük işletmeler için iki ayrı bölümün bulunduğu 1898 tarihli Kanun'daki sistemi terk edip bu iki bölümü Chapter 11 içerisinde birleştirmesiydi<sup>196</sup>. Ancak değişiklik sonrası uygulama, bu üniter yapının küçük işletmeler için çalışmadığını gösterdi. Bunu takiben küçük işletmelere özgü hükümleri yürürlüğe sokma çabaları başladı<sup>197</sup>. Öğreti ve uygulamada, uzun yıllar boyunca, küçük işletmeler için bağımsız bir bölüm oluşturulması gerektiği savunulmuş, bununla ilgili bir tasarı oluşturulmasına rağmen, yasalaşmamıştır. Bunun temel nedeni, bağımsız bir bölüm oluşturulduğu takdirde yapılan başvuruların, gerçekte hangi bölüm hükümlerine göre görülmesi gerektiğine dair çıkacak uyuşmazlıklarla, mahkemelerin meşgul edilmek istenmemesidir<sup>198</sup>. *Haines/Hendel*, küçük işletmelerin, Amerika'da uzun yıllardır uygulanan Chapter 12 ve Chapter 13 hükümlerine tabi tutulmaması için hiçbir neden olmadığını belirtmektedirler. Yazarlara göre, her iki bölü-

<sup>194</sup> **Blum**, s. 185; **Cipriano**, s. 151.

<sup>195</sup> **Blum**, s. 185; **Anderson**, s. 357; **Akerly**, Bruce W.: "Small-Business Restructuring Revisited in Light of the Small Business Reorganization Act of 2019", *Journal of Financial Service Professionals*, Y. 2021, V. 75, No. 1, s. 30; **Carlson/Hayes**, s. 645; **Haines**, James B. Jr./**Hendel**, Philip J.: "No Easy Answers: Small Business Bankruptcy After BAPCPA", *Boston College Law Review*, Y. 2005, V. 47, No. 1, s. 73; **Cipriano**, s. 151; **Hendel**, s. 11; Söz konusu sorun sadece Chapter 11'e özgü değildir. Hemen her ülkede yeniden yapılandırma hükümleri bu şekilde tasarlanmıştır. **Janger**, s. 254.

<sup>196</sup> Bu Kanunda yer alan Chapter X büyük ve halka açık şirketlerin, Chapter XI ise küçük kapalı şirketler ile, tüzel kişiliği olmayan işletmelerin yeniden yapılandırmasını düzenlemekteydi. Bu iki ayrı bölümün birleştirilmesinin en önemli nedenlerinden bir tanesi de Chapter X kapsamındaki büyük şirketlerin, Chapter XI hükümleri kapsamına girebilme çabalarının bir çok uyuşmazlık çıkarması ve yargılama gerektirmesiydi. **Blum**, s. 202.

<sup>197</sup> 1994 yılında kanunda mütevazı bazı değişiklikler gerçekleştirildi. Ancak önemli değişiklikleri içeren tasarılar, 1998 ve 1999 yılında denenmesine rağmen yasalaşamadı. **Blum**, s. 185.

<sup>198</sup> **Haines/Hendel**, s. 96.

mün de yerleşmiş bir mevzuatı ve uygulaması olup, alacaklı-borçlu dengesi oluşmuş, hakkında çok fazla şikâyet ve sorun bildirilmeyen düzgün işleyen kurumlar olması nedeniyle küçük işletmeler için en uygun tercihtir<sup>199</sup>.

## B. Deneysel Bir Uygulama

1987 yılında Eastern District of North Carolina İflâs Mahkemesi (“Mahkeme”), deneysel bir uygulama başlatarak, yeniden yapılandırma dosyalarını hızlandırmayı denemiştir. Uygulama, kısa süre içerisinde geniş kitlelerce benimsenmiş ve “Chapter 11(a)” adıyla anılmaya başlanmıştır<sup>200</sup>. Kanunda böyle bir bölüm bulunmamaktadır. Uygulama, “Mahkemenin”, kanunun yasaklamadığı ancak açıkça da düzenlemediği konularda geliştirdiği yöntemlerden ibarettir. Bununla birlikte uygulamanın başarısı, daha sonra Amerikan İflâs Kanunu’nda değişiklik yapılmasını sağlamıştır.

“Chapter 11(a)” “Mahkemenin” üç temel aşamayı kısaltmasından ibarettir. Bunlar; (i) iyileştirme projesinin sunulması için borçluya mahkeme tarafından süre verilmesi, (ii) bilgilendirme metninin (disclosure statement) şarta bağlı olarak onaylanması ve (iii) bilgilendirme metninin kesin onaylanması ve projenin tasdiki duruşmalarının birleştirilmesidir<sup>201</sup>.

(i) “Chapter 11” kapsamında borçlu, iyileştirme projesini dilediği zaman sunabilir. Bu konuda bir sınırlama yoktur<sup>202</sup>. Esasen mahkemeye de borçluya projesini sunması için süre verme yetkisini doğrudan tanıyan herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Ancak “Mahkeme” geliştirdiği uygulamasında, dolaylı bazı hükümlere dayanarak, borçluya, belirlediği süre içerisinde projesini sunma yükümlülüğü yüklemiştir. “Mahkemenin” bu uygulamasına dayanak yaptığı gerekçesi ““Chapter 12 ve 13” borçluları başvurudan kısa bir süre sonra projelerini sunmaya zorlanabiliyorlarsa durumları bunlara yakın olan küçük işletmelerin, kısa sürede proje sunmalarına engel bir durum yoktur” şeklindedir<sup>203</sup>. Mahkemenin bu uygulaması daha sonra Kanun’un 1121(e) düzenlemesine dönüşecek ve “küçük işletme dosyalarında” başvurudan sonra en geç 300 gün içerisinde projenin ve bilgilendirme metninin sunulması zorunlu hale gelecek. Borçlunun bu yükümlülüğe uy-

<sup>199</sup> Haines/Hendel, s. 97.

<sup>200</sup> Small, s. 307.

<sup>201</sup> Small, s. 307.

<sup>202</sup> Bununla birlikte “Chapter 12 ve 13” kapsamında projenin sunulması için bir üst limit koyan düzenleme bulunmaktadır.

<sup>203</sup> Small, s. 312.

maması, başvurusunun reddine veya iflâs tasfiyesine dönüştürülmesine neden olabilecektir<sup>204</sup>.

(ii) Kural olarak borçlu, bilgilendirme metnini mahkemeye sunup onaylatmadan, projesini, alacaklılara oylama için sunamaz. Metnin onaylanması için ilgililere davetiye çıkarılması ve bir duruşmanın yapılması şarttır. Metne yapılan itirazların haklı bulunması halinde mahkeme, borçluya gerekli değişiklikleri yapmasını emreder. Metinde yapılan değişiklikler, önemli konulara ilişkinse mahkemenin metnin son halini onaylaması için tekrar duruşma açması gerekebilir. Bu şekilde metnin onaylanma süreci, normal bir dosyada tasdik aşamasının birkaç ay uzamasına neden olabilmektedir. “Mahkeme”, iflâs mahkemelerinin adil, hızlı ve ucuz yargılama gerçekleştirme yükümlülüğünü düzenleyen hükme (Bankruptcy Rule 1001) dayanarak, bilgilendirme metninin şarta bağlı olarak kabul edilmesi uygulamasını geliştirmiştir. Küçük ölçekli dosyalarda, borçlunun organizasyonun sadeliği, hakkında detaylı bir bilgiye ihtiyaç duyulmamasına neden olur. Bu işletmelerin çoğu zaman açıklayacakları karmaşık bir geçmişi, borç veya sermaye yapısı bulunmamaktadır. Bu nedenle “Mahkeme”, detaylı bir inceleme yapmadan metnin alacaklılara sunulmasına ve duruşma yapmadan, metni, şarta bağlı olarak onaylayıp, borçlunun oy toplamasına izin vermiştir. Mahkemenin bu uygulaması daha sonra Kanun’un 1125(f) maddesine dönüşmüştür.

(iii) “Mahkeme” şarta bağlı olarak onayladığı bilgilendirme metnini, projenin oylanması tamamlandıktan sonra tasdik duruşmasında, öncelikle incelemeye aldığı, varsa beyanata ilişkin itirazları değerlendirdiği, ardından projenin tasdikine geçtiği bir uygulama geliştirmiştir<sup>205</sup>. Bir başka deyişle ayrı ayrı ve sıralı iki duruşma birleştirilmiştir. Bu şekilde, beyanat ve oy pusulalarının ve de tasdik duruşması davetiyesinin, ayrı ayrı tebliğ edilmesinden kurtulmuş, tebliğ masraflarından tasarruf edilmiştir<sup>206</sup>. Ayrıca bu uygulama ile birkaç ay kazanılmıştır<sup>207</sup>.

“Mahkemenin”, “Chapter 11(a)” uygulamasını başlattığı 1987 yılında, bir yeniden yapılandırma dosyası ortalama iki yıl sürmekteydi. 1988 yılında ise bu süre %50 azalarak bir yıla inmiştir. Takip eden 1989 yılında ise küçük işletmelere uygulanan bu “Chapter 11(a)” ortalama süreyi, 6-8 ay arasına

<sup>204</sup> **Small**, s. 305.

<sup>205</sup> **Small**, s. 313; “Mahkemenin bu uygulaması daha sonra 1994 yılında kanunî düzenleme halinde dönüşmüştür. **Carlson/Hayes**, s. 645-646.

<sup>206</sup> **Small**, s. 313.

<sup>207</sup> **Small**, s. 313.



indirmiştir. “Mahkeme” bazı dosyaların ise 4 aydan daha kısa bir süre içerisinde tasdikini sağlamıştır<sup>208</sup>. Eastern District of North Carolina İflâs Mahkemesi’nin bu başarılı uygulaması, daha sonra 1994 yılında Amerikan İflâs Kanunu’nda birçok yerde düzenlemeye dönüşmüştür<sup>209</sup>.

“Mahkemenin” takdir yetkisini kullanarak hızlandırdığı “Chapter 11” sürecinin daha sonra düzenlemeye dönüştürülmesinde, uygulamanın başarısı etkili olsa da, “düzenlemesizliğin” oluşturduğu genel bir kaygının da etkili olduğunu belirtmek gerekir<sup>210</sup>. Bu uygulamanın her yerde benimsenmemesinin yaratacağı ikiliğin, borçluları “forum shopping” yapmaya yöneltebilecek olması ve ayrıca o tarihte “küçük işletmenin” kanunda tanımlanmamış ve bir parasal sınırın belirlenmemiş olması nedeniyle amacını aşabileceği endişesi, düzenleme yapılmasının temel motivasyonu olarak dile getirilmiştir<sup>211</sup>. Bu uygulama ve daha sonra dönüştüğü düzenlemeler, ayrıca eksik oldukları için de eleştirilmektedir. Uygulama, süreci hızlandırırsa da karmaşıklık ortadan kaldırmamıştır<sup>212</sup>. Chapter 11 hükümleri küçük işletmelere karmaşık ancak hızlı bir şekilde uygulanmış olmaktadır.

“Mahkemenin” bu uygulamasının, süreleri ve masrafları kısaltmak dışındaki önemli bir diğer başarısı ise alacaklı davranışlarına yansıyan olumlu etkidir. Alacaklılar, projenin tasdiki ile sürecin sonlandırılmasının hızlı bir şekilde gerçekleştirileceğini bildikleri zaman, süreç içerisinde kendilerine tanınan savunma imkânlarından olan, otomatik mühletin kendileri için kaldırılması, başvurunun reddedilmesi, iflâs tasfiyesine dönüştürülmesi veya borçluya bir kayyım atanması gibi taleplerde daha az bulunmuşlardır<sup>213</sup>. Bir başka deyişle, sürece daha az karşı çıkmışlardır. Amerikan hukuk kültürünün, itiraz etme, dava açma ve çekişme yaratma konusunda çekingen olmayan tavrının be şekilde yönlendirilmiş olması belki de bu uygulamanın en büyük kazanımı sayılabilir.

### C. 2005 Tarihli “İflâsın İstismarının Önlenmesi ve Tüketicinin Korunması Kanunu”

“Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005 (İflâsın İstismarının Önlenmesi ve Tüketicinin Korunması Kanunu)” (bundan sonra BAPCPA olarak anılacaktır), Amerikan yeniden yapılandırma hu-

<sup>208</sup> Small, s. 315.

<sup>209</sup> Cipriano, s. 147.

<sup>210</sup> Cipriano, s. 154; Hendel, s. 11.

<sup>211</sup> Cipriano, s. 154.

<sup>212</sup> Cipriano, s. 154.

<sup>213</sup> Small, s. 323.

kukunda, küçük işletmeler bakımından önemli düzenlemelerin yapıldığı bir reform kanunudur. Kanun kapsamında sadece küçük işletmeleri ilgilendiren düzenlemeler değil, “Chapter 11” içinde diğer borçlulara da uygulanacak ve yeniden yapılandırma hukukunu “iyileştirmeyi” amaçlayan düzenlemeler de yer almaktadır. Biz bu başlık altında sadece küçük işletmeleri ilgilendiren düzenlemeleri değerlendireceğiz.

BAPCPA’nın, küçük işletmeleri hedef alan düzenlemelerinin amacının, bu işletmelerin yeniden yapılandırılmasında masraf ve gecikmeyi azaltmayı amaçladığı belirtilmiştir<sup>214</sup>.

BAPCPA reformunun öne çıkan düzenlemelerinden bir tanesi, yeniden yapılandırma sürecinin başlatılmasını takiben, bir durum değerlendirme toplantısının (status conference) yapılmasını öngören hükümdür (§105(d)(1)). Değerlendirme toplantısının yapılması, bir zorunluluk değildir. Yapılması mahkemenin takdirinde olup, küçük işletmeler bakımından sürece önemli katkı sağlayacağı için şiddetle tavsiye edilmektedir. Ayrıca toplamda kaç toplantının yapılacağı konusunda bir sınırlama olmadığı için, birden fazla yapılmasında fayda olduğu belirtilmiştir<sup>215</sup>. Değerlendirme toplantısında mahkeme, borçluya süre vererek gecikmeyi ve bundan kaynaklı masraf artışını önleyebilir<sup>216</sup>. Bununla birlikte değerlendirme toplantısı, 1978 reformu ile benimsenen ve yeniden yapılandırma sürecinde “pasif mahkeme” anlayışından ayrıldığı şeklinde değerlendirilmektedir<sup>217</sup>.

BAPCPA’nın diğer önemli bir düzenlemesi, mahkemeye son teslim tarihi belirleme yetkisini tanınmasıdır<sup>218</sup>. Bu yetki kapsamında mahkeme, değerlendirme toplantısında borçluya, iyileştirme projesini ve bilgilendirme metnini sunması için bir süre verir. Borçlunun bu süreye uymamasının yaptırımını ise mahkeme kararıyla başvurunun reddi veya iflâs tasfiyesine (Chapter 7) dönüştürülmesi yahut işletmenin başına bir kayyım atanması olarak belirlenmiştir<sup>219</sup> (§1112(b)). Böylece, borçludan kaynaklanan gecikmeler, mahkemenin yargılamayı idare yetkisi kapsamında önlenmek istenmiştir.

---

<sup>214</sup> **Carlson/Hayes**, s. 645.

<sup>215</sup> **Haines/Hendel**, s. 91.

<sup>216</sup> **Carlson/Hayes**, s. 677.

<sup>217</sup> **Carlson/Hayes**, s. 676.

<sup>218</sup> **Carlson/Hayes**, s. 668.

<sup>219</sup> **Haines/Hendel**, s. 82.

Uzun yıllar devam eden, projenin sunulmaması nedeniyle yaşanan gecikme tartışmalarına ve çözüm çalışmalarına rağmen Amerikan kanun koyucusu, iyileştirme planının başvuru ile birlikte sunulmasını zorunlu tutan bir düzenleme yapmamıştır. Elbette borçlunun başvuru ile birlikte projesini sunmasına engel bir hüküm de yoktur.

BAPCPA, küçük işletmelere, süreç içinde, malî durumu ve faaliyetleri ile ilgili kayıt tutma ve düzenli rapor sunma yükümlülüğü yüklemiştir<sup>220</sup>. Bu yükümlülük uzun yıllardır tartışılmakta, bir görüş, yeterli bilgi olmadan, yeniden yapılandırmanın mümkün olamayacağını belirterek katlanılması gereken bir yük olduğunu belirtmekte, diğer görüş<sup>221</sup> ise, reformun amacının gecikme ve masrafi ortadan kaldırmak olduğu, borçluya evrak işi çıkartarak onun hem meşgul edileceğini hem de karşılayamayacağı bazı giderlere maruz bırakılacağını ileri sürmüştür. Her iki görüşün de gerekçeleri kendi açısından haklı olduğu için sorun, yumuşak bir şekilde çözülmeye çalışılmıştır. Borçlunun bilgi toplama ve raporlama yükümlülüğü, standart formlar kullanılarak hafifletilmeye çalışılmıştır<sup>222</sup>. Borçlunun içinde bulunduğu malî sıkıntıyı, yapmış olduğu hataları anlaması ve bunları nasıl düzeltereğini öğrenmesini sağlayacak, borçluya yardımcı olacak standart formlar oluşturulması için çalışmalara başlanmıştır<sup>223</sup>. Standart form uygulaması aynı zamanda, kaynak sıkıntısı çektiği için profesyonel destek alamayan borçluların sunmuş olduğu, kötü hazırlanmış iyileştirme projelerini de önlemeyi amaçlamıştır<sup>224</sup>. Bununla birlikte, standart formların kullanılması zorunlu tutulmamıştır<sup>225</sup>.

Küçük işletmeler için öngörülen raporlama yükümlülüğünün kapsamı ise üç unsurla sınırlıdır. Buna göre rapor, (i) borçlunun kârlılığını, (ii) proforma gelir ve gider tablosunu ve (iii) gerçek gelir ve gider tablosu ile bir önceki dönem sunduğu proforma tablolarının karşılaştırmasını içermelidir<sup>226</sup> (§308(b)). Bu sayede borçlunun sunmuş olduğu ödeme planının gerçeklik testi yapılabilir, alacaklılar boş bir vadi değil, gerçekçi bir iyileştirme planını oylayacaklardır.

<sup>220</sup> Haines/Hendel, s. 72, 77, 85.

<sup>221</sup> Yazarlar bu raporlama yükümlülüğünün masrafları arttırdığı gerekçesiyle doğru bir tercih olmadığını savunmaktadırlar. Haines/Hendel, s. 72, 85; Cipriano, s. 155.

<sup>222</sup> Carlson/Hayes, s. 678; Haines/Hendel, s. 78.

<sup>223</sup> Carlson/Hayes, s. 681; Ayrıca standart formlar sayesinde uyumsuzlukların azalacağı da dile getirilmiştir. Haines/Hendel, s. 95.

<sup>224</sup> Carlson/Hayes, s. 681.

<sup>225</sup> Carlson/Hayes, s. 681.

<sup>226</sup> Carlson/Hayes, s. 684; Haines/Hendel, s. 78.

BAPCPA, tüm “Chapter 11” dosyalarında genel bir sorun olan “alacaklı ilgisizliğine” çözüm olması adına küçük işletmeler bakımından kayyımın görevlerini genişletmiştir. Kayyım, atanmasını takiben borçluyla bir mülakat gerçekleştirir<sup>227</sup> (28 U.S.C. § 586(a)(7)(A)). Bu mülakatta kayyım, borçluya yeniden yapılandırma hakkında genel bir bilgi verdikten sonra süreç içerisinde borçlunun hak ve yükümlülüklerini anlamasını sağlar<sup>228</sup>. Kendisi de borçlunun işletmesi hakkında bilgi toplar. Kayyım, göreve başlamasıyla birlikte, borçlu işletmenin iyileştirilebilirliğini, borçlunun iş planını ve organizasyonunu inceler. Bu şekilde elde ettiği bilgilerle mahkeme ve alacaklıları düzenli olarak bilgilendirir<sup>229</sup>.

Borçlunun sunmuş olduğu iyileştirme projesi, oy kullanabilmek için yeterli bilgiyi içeriyorsa ayrı bir bilgilendirme metninin sunulması zorunlu değildir<sup>230</sup>. Bu şekilde iki farklı aşama birleştirilmiş, tek bir belge ile borçlunun işi kolaylaştırılmıştır. Bilgilendirme metninin, ilgililerin dinlendiği bir duruşmada mahkemece onaylanmasından sonra başlayacak oy kullanma sürecini uzatmamak için, getirilen düzenleme ile beyanatın şarta bağlı olarak kabul edilip, daha sonra tasdik aşamasında kesin olarak onaylanması düzenlemeye kavuşmuştur<sup>231</sup> (§1125(f)). Kabul edilmiş projenin tasdik yargılamasının mahkeme tarafından 45 gün içerisinde sonuçlandırılması zorunluluğu da bu Kanun ile getirilen bir başka düzenlemedir<sup>232</sup> (§1129(e)).

BAPCPA değişiklikleri, sürece hız kazandırmış olsa da süreci ucuzlatmak yerine daha masraflı hale getirdiği için eleştirilmiştir<sup>233</sup>. BAPCPA’dan kısa bir süre sonra aşağıda incelediğimiz, “Small Business Reorganization Act of 2019 (SBRA)” değişikliklerine gidilmesi, bu Kanun’un başarısızlığı olarak değerlendirilmektedir<sup>234</sup>.

### **Ç. 2019 tarihli Küçük İşletmelerin Yeniden Yapılandırılması Kanunu (SBRA)**

Amerika’da kanun değişikliklerinin yürürlüğe giriş tarihleri, yeterli değerlendirme yapılabilmesi için ortalama üç yıl sonrasına ötelenmesine rağ-

<sup>227</sup> Carlson/Hayes, s. 686; Haines/Hendel, s. 79.

<sup>228</sup> Carlson/Hayes, s. 686; Haines/Hendel, s. 79.

<sup>229</sup> Carlson/Hayes, s. 687; Haines/Hendel, s. 79.

<sup>230</sup> Haines/Hendel, s. 80.

<sup>231</sup> Haines/Hendel, s. 80.

<sup>232</sup> Haines/Hendel, s. 80; Mahkemeye getirilen bu sürenin doğru bir tercih olmadığı da ifade edilmektedir. ABI, s. 295.

<sup>233</sup> Haines/Hendel, s. 86; Cipriano, s. 147.

<sup>234</sup> Cipriano, s. 148, 155.

men, SBRA ile yapılan değişiklikler, tüm ilgililer tarafından olumlu karşılanması nedeniyle, Başkan tarafından imzalanmasından yaklaşık altı ay sonra yürürlüğe girmiştir<sup>235</sup>. SBRA'nın amacı, bu işletmelerin yeniden yapılandırılması ve iyileştirilmesi prosedürünü ucuzlaştırmak ve kolaylaştırmaktır<sup>236</sup>.

SBRA, "Chapter 11" içinde yeni bir "altbölüm" (Subchapter V) eklemiştir, ancak hali hazırda mevcut olan ve küçük işletmelere uygulanan hükümleri yürürlükten kaldırmamıştır<sup>237</sup>. Bu kapsamdaki borçlular başvuru yaparken "Subchapter V" hükümlerine göre dosyalarının görülmesini talep edebilmektedirler<sup>238</sup>. Böyle bir tercihte bulunmamışlarsa küçük işletmeler için olan hükümlere göre dosyaları yürütülür<sup>239</sup> (§103(i)).

Borçlunun kendisini küçük işletme olarak görüp bu kapsamda yaptığı başvuruya ilgililer, 30 gün içerisinde itiraz edebilmektedirler<sup>240</sup> (Bankruptcy Rule 1020(b)). İtirazın konusunu, borçlunun parasal sınırın üzerinde kalması nedeniyle olağan hükümlere tabi olması gerektiği oluşturmaktadır. Bu itirazın incelenmesi ve karara bağlanması, olağan yeniden yapılandırmada bulunmayan farklı bir uyumsuzluk türüdür.

Tüzel kişiliği bulunmayan bu nedenle şahsi ve ticarî borçları birbirine karışan kişiler açısından küçük işletme sayılabilmek için borç toplamının yaklaşık 2.7 milyon USD'yi geçmemesi ve yarısından fazlasının ticari faaliyetlerinden kaynaklanması gerekmektedir<sup>241</sup> (§101(51D)). Bununla birlikte, defter tutmakla yükümlü olan kişiler de "Subchapter V" kapsamında başvuru yapamazlar<sup>242</sup>.

"Chapter 11" in alameti farikası olan zilyet borçlu (debtor in possession) uygulaması, "Subchapter V" kapsamında da devam etmektedir. Yine borçlunun hilesi, dürüstlük kuralına aykırı davranışları, kötü yönetimi ve bece-

<sup>235</sup> **Akerly**, s. 29; **Norton III**, William L./**Bailey**, James B.: "The Pros and Cons of the Small Business Reorganization Act of 2019", *Emory Bankruptcy Developments Journal*, Y. 2020, V. 36, No. 2, s. 383; Bu Kanunla yapılan değişikliklerin toplam yeniden yapılandırma başvurularının %40'ını etkilemesi beklenmektedir. **Markell**, s. 259.

<sup>236</sup> **Bonapfel**, Paul W.: "A Guide to the Small Business Reorganization Act of 2019." *American Bankruptcy Law Journal*, V. 93, No. 4, Winter 2019, s. 574; **Norton III/Bailey**, s. 383; **Şahin**, s. 81.

<sup>237</sup> **Bonapfel**, s. 579.

<sup>238</sup> **Markell**, s. 260; **Cipriano**, s. 156.

<sup>239</sup> **Markell**, s. 263.

<sup>240</sup> **Lawless**, s. 594-595; **Bonapfel**, s. 580.

<sup>241</sup> **Norton III/Bailey**, s. 388.

<sup>242</sup> **Bonapfel**, s. 581.

riksizliği hallerinde işletmenin idaresinden alınıp yerine kayyımın görevlendirilmesi mümkündür (§1185(a)). Bununla birlikte talep üzerine mahkemece yapılacak duruşma sonrasında işletmenin idaresinden alınan borçlunun tekrar faaliyetlerinin ve yeniden yapılandırmanın başına getirilmesi mümkündür (§1185(b)).

“Subchapter V” kapsamında başvuru yapan borçluya bir kayyım atanır<sup>243</sup>. “Chapter 11” hükümlerinde kural, kayyımın atanmamasıdır. Ancak buradaki kayyım da işletmenin faaliyetlerinin başına geçmediği için denetim kayyımıdır (standing trustee)<sup>244</sup>. Bununla birlikte gerekli hallerde mahkeme, kayyımın işletmenin faaliyetlerini yürütmesine karar verebilir<sup>245</sup> (§1185(a)). Buradaki kayyımın görevleri borçluyu gözetlemek, denetlemek (§1106(a) (3)) ve projenin hazırlanmasına katkıda bulunmaktır<sup>246</sup>. Kayyımın ayrıca borçlunun yeniden yapılandırma süreci içerisindeki faaliyetlerini, dosyanın gidişatını raporlama yükümlülüğü mevcuttur<sup>247</sup>. “Subchapter V” kapsamında borçluya kayyım atanması bir zorunluluk haline getirilmiş olsa da, bu kapsamdaki borçlu, kayyıma ücret ödememektedir<sup>248</sup> (28 U.S.C. §1930 (a)(6) (B)). Bu kapsamda “Subchapter V” için “Karma Sistem”in benimsendiğini söyleyebiliriz<sup>249</sup>.

“Chapter 11” olağan usûl kapsamında, teminatsız alacaklılar kurulunun oluşturulması kural iken mahkeme uygun gördüğü hallerde kurulun oluşturulmamasına karar verebilmektedir<sup>250</sup>. Alacaklılar kurulu, ücreti borçlu tarafından karşılanmak üzere, kurulun görevlerini yerine getirmek için avukat veya diğer profesyonelleri görevlendirebilme yetkisine sahiptir<sup>251</sup>. Kurulun bu yetkisi, küçük işletmelerin yeniden yapılandırma masraflarının oldukça artırmasına neden olmaktadır. Ancak SBRA, küçük işletmeler bakımından kuralı istisnaya dönüştürmüştür<sup>252</sup>. Buna göre küçük işletme dosyalarında

<sup>243</sup> **Norton III/Bailey**, s. 388; **Markell**, s. 260.

<sup>244</sup> **Bonapfel**, s. 582; **Akerly**, s. 32; **Norton III/Bailey**, s. 388.

<sup>245</sup> **Bonapfel**, s. 585.

<sup>246</sup> **Bonapfel**, s. 583; **Norton III/Bailey**, s. 388-389; **Cipriano**, s. 157.

<sup>247</sup> **Bonapfel**, s. 584.

<sup>248</sup> **Norton III/Bailey**, s. 383.

<sup>249</sup> **Janger**, s. 256.

<sup>250</sup> **Bonapfel**, s. 598.

<sup>251</sup> **Akerly**, s. 31.

<sup>252</sup> **Akerly**, s. 31; **Norton III/Bailey**, s. 383; **Markell**, s. 260; **Cipriano**, s. 157; **Bonapfel**, s. 575.

alacaklılar kurulu oluşturulması zorunlu olmayıp, mahkeme uygun görürse bir kurul oluşturulmasına karar verebilir (§1102(a)(3)).

Olağan yeniden yapılandırmada, projenin oylanmasına geçilmeden önce borçlunun ayrıntılı bir bilgilendirme metni hazırlaması ve bunu oy kullanacak alacaklılara sunması gerekir. Hazırlanan metnin alacaklılara gönderilmeden önce mahkemenin onayını alması gerekir. Bu onay, hazırlanan metnin, sağlıklı bir şekilde oy kullanmaya imkân verecek yeterli bilgi içerip içermediği hakkındadır. Söz konusu onay, önceden ilgililere davetiye çıkarılarak ve duruşma yapılarak verilmektedir. Duruşmada ilgililer itirazlarını ileri sürebilirler ve bu kapsamda metnin değiştirilmesi gerekebilir. Ancak metin onaylandıktan sonra borçlu, oy toplayabilir. Küçük işletmeler bakımından ise mahkeme, metni duruşma yapmadan şarta bağlı olarak onaylayabilir, borçlu bu arada projeyi alacaklıların oylamasına sunar (§1125(f)(3)). İlgililerin metne itirazları ise şartlı onay verildikten sonra dinlenir. Yeni düzenleme bu kadarla da kalmamış, metne yapılan itirazların dinlendiği duruşmada, mahkeme itirazları yerinde bulmaz ise projenin tasdiki aşamasına geçip, tasdik kararı da verebileceğini düzenlemiştir (§1125(f)(3)(C)). Yine küçük işletmeler bakımından, kolaylaştırma kapsamında getirilen bir yenilik de eğer borçlunun iyileştirme projesi, alacaklıların oy kullanabilmesi için yeterli bilgi içeriyorsa mahkeme, borçluyu ayrı bir metin hazırlamaktan muaf tutabilir<sup>253</sup> (§1125(f)(1)).

“Subchapter V” kapsamında ise mahkeme karar vermediği sürece borçlu, bilgilendirme metni hazırlamak zorunda değildir<sup>254</sup>. Bu usûl kapsamında borçlu planında (i) işletmesinin kısa bir tarihini, (ii) karşılaştırmalı iflas analizini ve (iii) plan doğrultusunda ödemeleri hangi kaynaklarla sağlayacağını açıklayan proforma gelir tablosu sunmalıdır<sup>255</sup> (§1190(1)). “Subchapter V” kapsamında, borçlunun “yeterli bilgi” verme yükümlülüğü yoktur. Borçlunun projesinde eksik bıraktığı veya yanlış aktardığı bilgiler, tasdik aşamasında, tasdik talebinin reddi sebebi sayılarak yaptırıma bağlanmıştır<sup>256</sup>.

Amerikan hukukunda, tüm yeniden yapılandırma yöntemleri için ortak bir düzenleme olan 105(d) maddesi, mahkemenin re’sen veya talep üzerine bir değerlendirme toplantısına (status conference) karar verebileceğini düzenlemektedir. Bu toplantı, dosyanın hızlı ve ekonomik bir biçimde ilerletil-

<sup>253</sup> Bonapfel, s. 599; Akerly, s. 31.

<sup>254</sup> Bonapfel, s. 599; Norton III/Bailey, s. 384; Cipriano, s. 157.

<sup>255</sup> Bonapfel, s. 599; Norton III/Bailey, s. 384.

<sup>256</sup> Bonapfel, s. 599.

mesini amaçlayan genel bir durum değerlendirme ve bilgilendirme toplantısıdır<sup>257</sup>. Diğer tüm yöntemler için ihtiyarî bir nitelik arz eden bu toplantı, “Subchapter V” kapsamında mecburidir<sup>258</sup> (§1188(a)). Bu kapsamda mahkeme, başvurudan itibaren 60 gün içinde toplantının yapılmasına karar verir. Toplantı tarihinden en geç on dört gün önce borçlu, kayyım ve ilgililere bir rapor sunmak zorundadır. Raporun, borçlunun yeniden yapılandırma projesinin kabulü için bu zamana kadar neler yaptığını ve ileride neler yapacağını detaylı bir şekilde açıkladığı bir içeriği olmalıdır<sup>259</sup> (§1188(c)). Ayrıca kayyım da bu toplantıda hazır bulunmakla yükümlüdür (§1183(b)(3)).

Bu usulde sadece borçlu plan sunabilir ve planda değişiklik yapabilir<sup>260</sup> (§1189(a)). SBRA, borçlunun planı sunması için bir zaman sınırı getirmiştir<sup>261</sup>. Borçlu yeniden yapılandırma planını başvurudan sonra en geç doksan gün içerisinde sunmak zorundadır (§1189(b)). Bununla birlikte mecburiyet halinde mahkeme sürenin uzatılmasına karar verebilir<sup>262</sup>. Borçlunun planını süresinde sunmamasının yaptırımı, başvurunun reddi veya yeniden yapılandırmanın tasfiyeye (Chapter 7) dönüştürülmesidir<sup>263</sup>. Diğer küçük işletme dosyalarında ise bu süre 300 gün olarak belirlenmiştir (§1121(e)).

SBRA, projenin tasdikini kolaylaştırmak adına getirdiği değişikliklerden bir tanesi de olağan usuldeki “projeden etkilenen en az bir alacaklı sınıfının projeyi kabul etmiş olma şartının (§1129(a)(10))” “Subchapter V” kapsamındaki borçlulara uygulanmayacak olmasıdır<sup>264</sup>. Bu kapsamdaki borçlunun projesi hiçbir alacaklı sınıf tarafından kabul edilmiş olmasa da mahkeme tasdike karar verebilecektir (§1191(b)). Mahkemenin bu şekilde tasdike karar verebilmesi için, projenin adil, hakkaniyetli olması ve alacaklılar arasında haksız bir ayrımcılık yapmamış olması yeterlidir. “Subchapter V”de alacaklıların projenin gerçekleştirilebilirliğine itiraz etme hakları mevcuttur<sup>265</sup>.

---

<sup>257</sup> **Bonapfel**, s. 600.

<sup>258</sup> **Norton III/Bailey**, s. 389; **Markell**, s. 260.

<sup>259</sup> **Norton III/Bailey**, s. 389; **Markell**, s. 261.

<sup>260</sup> **Bonapfel**, s. 576; **Norton III/Bailey**, s. 384; **Markell**, s. 260.

<sup>261</sup> **Akerly**, s. 31; **Markell**, s. 261; **Cipriano**, s. 157.

<sup>262</sup> **Norton III/Bailey**, s. 389.

<sup>263</sup> **Bonapfel**, s. 601.

<sup>264</sup> **Norton III/Bailey**, s. 385; **Cipriano**, s. 157.

<sup>265</sup> **Cipriano**, s. 159.



## SONUÇ

Bir ülkede işletmelerin ödeme güçlüğüne çözüm üreten yargısal rejim, büyük ve mega ölçekli işletmeler esas alınarak, karmaşık, uzun ve pahalı bir süreç olarak tasarlanmışsa, o ülkede küçük işletmeler için basit, ucuz ve hızlı bir rejimin de düzenlenmesinin gereklilikten öte bir zorunluluk olduğu kanaatindeyiz. Bu zorunluluk, (i) küçük işletmelerin sayısal çokluğu ve ekonomik önemleri ile (ii) adalete erişim hakkı kapsamında iki temel gerekçeye dayanmaktadır.

Düzenlenecek basitleştirilmiş rejim için öncelikle yapılması gereken, ülke gerçekleri ile uyumlu bir şekilde kapsama alınacak işletmelerin tespit edilmesidir. Bu tespite, ölçek büyüklüğü veya karmaşıklık kriterlerinden hangisinin esas alınacağı konusunda detaylı ve nitelikli bir çalışmanın yapılması gerekmektedir. Varılan sonucun, başvuruda bulunan işletmenin esasen hangi usûle tabi olacağı konusunda ayrı bir uyumsuzluk yaratmaması, sürecin bu nedenle gecikmemesine özen gösterilmelidir. Özetle, usûller arasında kapsama ilişkin ayırım açık ve net olmalıdır.

Basitleştirilecek usûlde, uygulanmayacak hükümler, atlanacak veya birleştirilecek aşamalar özenle değerlendirilmeli, uzun yılların tecrübesinin bir sonucu olarak yerleşmiş yargısal temel haklar ihlâl edilmemeli, ilgililerin hak ve menfaatlerini koruyucu mekanizmalar, “*hız tutkusuna*” feda edilmemelidir.

Her şeyden önemlisi, sürecin etkinliği ve verimliliği ile sistemin adilliğinin, sadece düzenleme yapmakla sağlanamayacağı unutulmamalıdır. Bu tarz kurumların sağlıklı işleyebilmesi için gerekli altyapının oluşturulması ve nitelikli personelin yetiştirilmesi için eş zamanlı çalışmalar yürütülmelidir. Uygulamalı alanlarda önemli olanın kuramsal temelden önce nitelikli uygulayıcılar olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle yapılacak herhangi bir düzenleme aceleyle getirilmemelidir.

## KAYNAKÇA

- Akerly**, Bruce W.: “Small-Business Restructuring Revisited in Light of the Small Business Reorganization Act of 2019”, *Journal of Financial Service Professionals*, Y. 2021, V. 75, No. 1, p. 29-35.
- Akgemci**, Tahir: *KOBİ’lerin Temel Sorunları ve Sağlanan Destekler*, T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı KOSGEB Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı, Haziran 2001.
- Akkaya**, Tolga: “Temyize Başvuru Hakkının Sınırlandırılması ve İzne Bağlı Temyiz Sistemi”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009, s. 65-101.
- American Bankruptcy Institute (ABI)**: *Commission the Study the Reform Of Chapter 11, Final Report and Recommendations*, Washington 2014.
- Anderson**, Kent: “Small Businesses Reorganizations: An Examination of Japan’s Civil Rehabilitation Act Considering U.S. Policy Implications and Foreign Creditor’s Practical Interests.” *American Bankruptcy Law Journal*, Y. 2001, V. 75, No. 3, p. 355-408.
- Aşık**, İbrahim/**Oruç**, Yakup/**Tok**, Ozan/**Saçar**, Ömer Faruk: *İcra ve İflas Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Atalay**, Oğuz: “Konkordatonun Uygulamada Ortaya Çıkan Güncel Sorunları”, *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukunun Güncel Sorunları II*, Ed. Prof. Dr. Muhammet Özokes, İstanbul 2020.
- Baird**, Douglas G.: “The New Face of Chapter 11”, *American Bankruptcy Institute Law Review*, Y. 2004, V. 12, No. 1, p. 69-100.
- Baird**, Douglas G./**Morrison**, Edward: “Serial Entrepreneurs and Small Business Bankruptcies”, *Columbia Law Review*, Y. 2005, V. 105, p. 2310-2368.
- Blum**, Brian A.: “The Goals and Process of Reorganizing Small Business in Bankruptcy”, *Journal of Small and Emerging Business Law*, Y. 2000, V. 4, No. 2, p. 181-248.
- Bonapfel**, Paul W.: “A Guide to the Small Business Reorganization Act of 2019.” *American Bankruptcy Law Journal*, V. 93, No. 4, Winter 2019, p. 571-648.
- Carlson**, Thomas E./**Frasier Hayes**, Jennifer: “The Small Business Provisions of the 2005 Bankruptcy Amendments” *American Bankruptcy Law Journal*, Y. 2005, V. 79, No. 3, p. 645-696.

- Cengiz**, Hülya: “KOBİ Finansal Raporlama Standardının Türkiye’deki Muhasebe Uygulamalarına Getireceği Değişiklikler”, *Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi*, Y. 7, S. 3, Yaz 2014, s. 169-192.
- Cipriano**, Nicole C.: “The Big Short: How the Big Step of the Small Business Reorganization Act Fell Short”, *Hofstra Law Review*, Y. 2021, V. 50, No. 1, p. 145-174.
- Davis**, Ronald B./**Madaus**, Stephan/**Mazzoni**, Alberto/**Mevorach**, Irit/**Mokal**, Riz: *The Modular Approach to Micro, Small, and Medium Enterprise Insolvency*, (yayınlanmamış taslak), [https://commons.allard.ubc.ca/fac\\_pubs/318/](https://commons.allard.ubc.ca/fac_pubs/318/), (Erişim tarihi 4/10/2022).
- Erdem**, Emel/**Duru**, M. Nafiz: “Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin (kobi) Sorunları”, *Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi*, Y. 2010, S. 20, s. 79-98.
- Gurrea-Martínez**, Aurelio: “Implementing an Insolvency Framework for Micro and Small Firms”, *International Insolvency Review*, V. 30, No. 1, p. 46-66.
- Haines**, James B. Jr./**Hendel**, Philip J.: “No Easy Answers: Small Business Bankruptcy After BAPCPA”, *Boston College Law Review*, Y. 2005, V. 47, No. 1, p. 71-103.
- Hendel**, Philip J.: “An Enlightened Approach to Small Business Reorganization: Proposed Fine Tuning of Chapter 10”, *Commercial Law Bulletin*, Y. 1992, V. 7, No. 1, p. 11-23.
- Janger**, Edward J.: “The U.S. Small Business Bankruptcy Amendments: A Global Model for Reform?”, *International Insolvency Review*, Y. 2020, V. 29, No. 2, p. 254-266.
- Karaaslan**, Varol: “Tüketici İflâsı ve Borçların Yeniden Yapılandırılması Konusunda Avrupa Ülkelerindeki Gelişmeler”, *Legal Hukuk Dergisi*, Y. 2013, C. 11, S. 130, Gelişmeler, s. 37-79.
- Karaaslan**, Varol: *Tacir Olmayan Gerçek Kişilerin Borç Tasfiye Usulü (Tüketici İflâsı)*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- Kayhan**, Şaban: *Konkordato Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2021.
- Lawless**, Robert M.: “Small Business and the 2005 Bankruptcy Law: Should Mom and Apple Pie Be Worried.”, *Southern Illinois University Law Journal*, Vol. 31, No. 3, Y. 2007, p. 585-620.
- Markell**, Bruce A.: “Small Business and Bankruptcy: Recent Changes in Kosovo and the United States Compared” *University of Miami*

International and Comparative Law Review, Y. 2020, V. 27, No. 2, p. 255-274.

**McCormack**, Gerard/**Keay**, Andrew/**Brown**, Sarah/**Dahlgreen**, Judith: Study on a New Approach to Business Failure and Insolvency, Comparative Legal Analysis of the Member States' Relevant Provisions and Practices, Luxembourg, 2016.

**Norton III**, William L./**Bailey**, James B.: "The Pros and Cons of the Small Business Reorganization Act of 2019", Emory Bankruptcy Developments Journal, Y. 2020, V. 36, No. 2, p. 383-393.

**Özbek**, Mustafa Serdar: "Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2006, C. 55, S. 1, s. 207-292.

**Özekes**, Muhammet: "Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı", 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Ed. Prof. Dr. Muhammet Özekes, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 43-83.

**Özekes**, Muhammet: "Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Genel Değerlendirme", Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2009, (Sorunlar), s. 265-291.

**Özekes**, Muhammet: "Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2009, C. 11, Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, Cilt II, (Öneri), s. 921-940.

**Özkorkut**, Korkut: "1522. Madde Açısından Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Bakışının Değerlendirilmesi", BATİDER, Y. 2009, C. XXV, S. 3, s. 145-165.

**Öztek**, Selçuk: "Öztek-Konkordato Şerhi, m. 286", Yeni Konkordato Hukuku (içinde), Ed. Prof. Dr. Selçuk Öztek, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

**Pekcanitez**, Hakan/**Erdönmez**, Güray: 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

**Ravid**, Abraham/**Sundgren**, Stefan: "The Comparative Efficiency of Small-Firm Bankruptcies: A Study of the US and Finnish Bankruptcy Codes", Financial Management, Y. 1998, V. 27, No. 4, p. 28-40.

**Sarısözen**, M. Serhat: Konkordato, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

- Small**, Thomas A.: “Small Business Bankruptcy Cases”, American Bankruptcy Institute Law Review, Y. 1993, V. 1, No. 2, p. 305-330.
- Şahin**, Çağatay Serdar: Amerikan Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Taşpınar Ayvaz**, Sema: İcra-İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Tekinalp**, Ünal: “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, BATİDER, Y. 2008, C. XXIV, S. 3, s. 5-16.
- The World Bank**: Report on the Treatment of MSME Insolvency, World Bank Publications, Washington, 2017, (Report).
- The World Bank**: Saving Entrepreneurs, Saving Enterprises: Proposals on the Treatment of MSME Insolvency, World Bank Publications, Washington 2018.
- Tümer**, Melih: İşletme Nedir, Fatih Yayınları, İstanbul 1975.
- Umar**, Bilge: “Türk İcra Hukukuna Eleştirel Bir Bakış”, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VII, Ankara, 2009, Türkiye Barolar Birliği Yayını, s. 244-264.
- UNCITRAL**: Legislative Guide on Insolvency Law, Part Five: Insolvency Law for Micro and Small Enterprises, Viyana 2022.
- Yıldırım**, M. Kâmil/Gül, Mehmet Akif: ““Küçük Uyuşmazlıkların (Small Claims)” Kendine Özgü Bir Prosedür Dâhilinde Çözümlemesine İlişkin Düşünceler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 27, S. 2, Aralık 2021, s. 1334-1351.

## SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK İÇİN YENİ BİR ADIM: ÇEVRE İÇİN KÜRESEL ANTLAŞMA'YA DOĞRU -ÇEVRESEL USULİ HAKLAR ÖZELİNDE BİR DEĞERLENDİRME-

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1276293>

Arş. Gör. Pınar YAĞCI<sup>\*,\*\*</sup>

### Öz

Küresel iklim krizinin etkilerinin her gün daha fazla hissedilmesi neticesinde, ulusal ve uluslararası alanda bu konuda hukuki düzenleme yapmanın ve harekete geçmenin önemi artmaktadır. Bu kapsamda uluslararası bir uzmanlar grubu tarafından 1972 tarihli Stockholm Bildirisinden bu yana edinilen kazanımlara tek bir kapsayıcı metinde yer verecek bir uluslararası antlaşma taslağı olarak Çevre İçin Küresel Antlaşma hazırlanmıştır ve Birleşmiş Milletler nezdinde üzerinde çalışılmaktadır. Söz konusu antlaşma taslağının üç maddesinde çevresel usuli haklara ayrıca yer verilmiştir. Bu haklar çevresel bilgiye erişim, halkın katılımı ve yargıya erişim hakkıdır. Çevresel usuli haklar hem uluslararası soft law belgelerinde hem de bölgesel antlaşmalarda çevrenin korunması için önemli araçlar olarak kabul edilmektedir. 2015 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Amaçlarında da Amaç 16 açıkça çevresel usuli hakları kabul etmektedir. Bu haklar sürdürülebilir kalkınmanın hem çevresel hem de sosyal boyutuna ilişkin gereklilikleri yerine getirmek açısından vazgeçilmez niteliktedir. Bu bakımdan küresel nitelikte kapsayıcı bir antlaşma taslağında bu haklara yer verilmesi hakların uluslararası düzeyde

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İzmir (pinaroztaban@hotmail.com) ORCID: 0000-0002-9201-1270 (Geliş Tarihi: 21.11.2022-Kabul Tarihi: 14.02.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

\*\* Bu makale, Dokuz Eylül Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin "Doktora tezinin sonuçlandırılması" başlıklı 23. maddesinin 7. fıkrası gereğince doktora mezuniyet şartı olan "...tezi ile ilgili en az bir adet bilimsel makalesinin ulusal/uluslararası hakemli dergilerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere kesin kabul edilmiş olması..." koşulunun sağlanması için hazırlanmıştır.

*tanınırlığını artıracak ve ulusal ve uluslararası mahkemelerde ileri sürülebilirliğini kolaylaştıracaktır.*

### **Anahtar Kelimeler**

*Sürdürülebilirlik, Çevresel usuli haklar, Sürdürülebilir kalkınma, Bilgiye erişim hakkı, Halkın katılımı, Yargıya erişim*

## **A NEW STEP FOR SUSTAINABILITY: TOWARDS A GLOBAL PACT FOR THE ENVIRONMENT -AN EXAMINATION IN TERMS OF ENVIRONMENTAL PROCEDURAL RIGHTS-**

*(Research Article)*

### **Abstract**

*As the effects of the global climate crisis are felt more and more every day, the importance of making legal arrangements and taking action on this issue in the national and international arena is increasing. In this context, a draft international treaty - Global Pact for the Environment - has been prepared by an international group of experts that will include the achievements since the 1972 Stockholm Declaration in a single overarching text, and it is being worked on by the United Nations. Environmental procedural rights are also included in three articles of the draft agreement. These rights are access to environmental information, public participation and access to justice. Environmental procedural rights are recognized as important tools for environmental protection in both international soft law documents and regional treaties. In the United Nations Sustainable Development Goals adopted in 2015, Goal 16 explicitly acknowledges environmental procedural rights. These rights are indispensable in terms of fulfilling the requirements regarding both the environmental and social dimensions of sustainable development. In this respect, including these rights in a global comprehensive treaty draft will increase the recognition of these rights at the international level and facilitate their admissibility before national and international courts.*

### **Keywords**

*Sustainability, Environmental procedural rights, Sustainable development, Right to access to information, Public participation, Access to justice*

## GİRİŞ

Küresel iklim değişikliğinin etkilerinin her geçen gün artarak hissedilmesiyle birlikte ulusal ve uluslararası alanda önlemler alınmaya çalışılmaktadır. İnsanlık, Sanayi Devriminden bu yana geliştirdiği ekonomik kalkınma hedeflerinin dünyaya verdiği zararların farkında olarak sürdürülebilir kalkınma kavramını ortaya çıkarmış ve kalkınmanın ancak çevreye ve insani yaşam şartlarına saygı duyarak ve onları koruyarak mümkün olabileceğini büyük ölçüde kabul etmiştir. Aksi halde Dünyamızın canlılar için yaşanamayacak bir yer olacağı ifade edilmektedir. Bu kapsamda 1972 yılında Stockholm'de ve 1992 yılında Rio'da devlet liderlerinin geniş katılımı ile gerçekleştirilen iklim ve çevre konulu zirveler neticesinde çevrenin korunmasına ilişkin temel ilkeler kabul edilmiş ve bu zirveler sonunda kabul edilen belgeler devletler için bağlayıcı nitelikte olmasa da bazı devletlerin Anayasalarında ve ulusal mevzuatlarında söz konusu ilkeleri içeren hükümlere yer vermeye başlanmıştır. Aynı doğrultuda 1982 yılında insanlığın doğal yaşamın bir parçası olduğu ve dünya üzerindeki canlılığın ekosistemin sağlıklı işleyişine bağlı olduğu belirtilerek Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda Dünya Doğa Şartı kabul edilmiştir.

Birleşmiş Milletlerin öncülüğünde gerçekleştirilen bu çalışmaların yanında Birleşmiş Milletler tarafından 2000 yılında Milenyum Hedefleri ortaya konmuş ve bunun devamı olarak da 2015 yılında Gündem 2030 kapsamında Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları kabul edilmiştir. Sürdürülebilir kalkınmanın çevresel/ekolojik, sosyal ve ekonomik boyutları bulunmaktadır. Bu kapsamda Birleşmiş Milletlerin Sürdürülebilir Kalkınma Amaçlarında da belirttiği üzere çevrenin ve doğanın korunmasının ve iklim krizi ile mücadelenin yanında, yoksulluğun yok edilmesi, sosyal hakların, toplumsal cinsiyet eşitliğinin, özellikle çevresel konulardaki karar alma mekanizmalarına toplumun katılmasının ve insana yakışır sağlıklı çalışma koşullarının sağlanması, adil ve şeffaf kurumların tesisi ve toplum içindeki ve toplumlar arasındaki eşitsizliklerin giderilmesi hedeflenmektedir.

Sürdürülebilir kalkınma hedefleri yolunda uluslararası alanda atılan önemli adımlardan biri de Birleşmiş Milletler nezdinde ele alınan Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağıdır. Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağı ile uluslararası çevre hukuku açısından şimdiye dek *soft law* belgeler ile edinilen kazanımların tek bir uluslararası ve küresel bir metinde toplanarak bağlayıcılığı olan bir antlaşma oluşturulmak istenmiştir. Bu kapsamda 1992 tarihli Rio Deklarasyonu'nun 10.maddesinde yer alan çevresel bilgiye erişim hakkı, çevresel karar alma süreçlerine katılım hakkı ve yargıya erişim hakkı olarak



kabul edilen çevresel usuli haklara da taslakta yer verilmiştir. Bir küresel antlaşma olma yolunda üzerinde çalışılan bu metin için şu an için bağlayıcı bir antlaşma olma ihtimali zayıf görünse de şimdiki kadarki çevre hukuku kazanımlarını bir araya toplayan bir uluslararası belge olma ihtimali yüksek bulunmaktadır.

Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağı hem çevre hukuku ilkelerini hem de çevresel usuli hakları düzenlemektedir. Çalışmamızda çevresel usuli hakların sürdürülebilir kalkınma açısından hem çevresel boyutu hem de sosyal boyutu ilgilendirmesi nedeniyle ve çalışmanın kapsamının kısıtlanması için yalnızca çevresel usuli haklar bakımından değerlendirmelerde bulunulmuş, çevre hukuku ilkeleri yönünden bir değerlendirme yapılmamıştır. Çalışmanın ilk bölümünde Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağının hazırlanma süreci ve amaçlarından bahsedilecek, ikinci bölümünde ise Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağının uluslararası çevresel usuli haklara ilişkin maddeleri açısından şimdiki dek bu konuda kabul edilen uluslararası düzenlemeler ışığında bir değerlendirme yapılacak ve Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları ile bağı ortaya konulacaktır.

## I. ÇEVRE İÇİN KÜRESEL ANTLAŞMA TASLAĞI VE HAZIRLIK SÜRECİ

### A. Çevre İçin Küresel Antlaşma Taslağının Hazırlık Süreci

Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağı, 2017 yılında 40'tan fazla ülkeyi temsil eden ve alanlarında önde gelen 100 uzmandan oluşan "Antlaşma Uzman Grubu" (GEP - Groupe d'experts pour le Pacte) tarafından hazırlanmış ve dünya kamuoyuna sunulmuştur. Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağını hazırlayan Antlaşma Uzman Grubu, Fransa Cumhuriyeti Anayasa Konseyi Başkanı ve COP 21'in<sup>1</sup> eski Başkanı Laurent Fabius'un başkanlığında bu-

<sup>1</sup> COP 21, Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi kapsamında her yıl gerçekleştirilen Taraflar Konferansı'nın (Conference of Parties - COP) yirmi birinci oturumunu ifade eder. Taraflar Konferansı Sözleşme'nin en üst karar verici organını oluşturur. Yirmi birinci Taraflar Konferansı 30 Kasım-11 Aralık 2015 tarihleri arasında Fransa'nın başkenti Paris'te düzenlenmiştir. United Nations Climate Change, <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop>, (Çevrimiçi e.t. 19.01.2023). İklim değişikliğine ilişkin hukuki bağlayıcılığı bulunan uluslararası antlaşma niteliğindeki Paris İklim Antlaşması, COP 21 çerçevesinde alınan karar sonucunda 12 Aralık 2015 tarihinde kabul edilmiştir. United Nations Climate Change, <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>, (Çevrimiçi e.t. 19.01.2023).

lunduğu ve Paris Barosu avukatı ve Club des Juristes<sup>2</sup> Çevre Komitesi Başkanı Yann Aguila'nın Genel Sekreterliğini yaptığı uzmanlardan oluşan bir uluslararası ağ niteliğindedir<sup>3</sup>.

Çevre İçin Küresel Antlaşma fikri yeni ortaya atılan bir fikir değildir. Otuz yıldan uzun bir süredir uluslararası toplumun çevre hukukçuları, devletlerin çevrenin genel ilkelerini düzenleyen bir metni benimsemelerini istemektedir. Bu kapsamda, 1987'nin başlarında, Brundtland Raporu'nda "Çevrenin Korunması ve Sürdürülebilir Kalkınma İçin Hukuki Prensipler" listesine yer verilmiştir<sup>4</sup>. Diğer yandan bu konuda, Uluslararası Doğa Koruma Birliği (l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN)) de, 1995 yılında çevre ve kalkınma ile ilgili bir uluslararası sözleşme taslağı önermiştir<sup>5</sup>. Bu nitelikte bir uluslararası antlaşmanın kabul edilmesi, 2015 yılında "Uluslararası çevre hukukunun etkinliğinin güçlendirilmesi" adlı raporunda, Club des Juristes'in önerileri arasında yer almıştır<sup>6</sup>. Birçok farklı sivil toplum kuruluşu da aynı yönde önerilerde bulunmuştur. 2017 yılında kamuoyuna sunulan söz konusu antlaşma taslağı bu nedenle önceki çalışmaların bir devamı niteliğini taşımaktadır<sup>7</sup>.

Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağı, ilk kez 24 Haziran 2017'de Paris'te, Club des Juristes tarafından düzenlenen ve birçok uluslararası şahsiyetin katıldığı uluslararası bir etkinliğin bir parçası olarak sunulmuştur.

---

<sup>2</sup> Club de Juristes, 2007 yılında kurulan, üyelerinin avukat, hakim, noter, öğretim üyeleri ve özel sektör temsilcilerinden oluştuğu ilk Fransız hukuk think-thank sivil toplum örgütüdür, <https://www.leclubdesjuristes.com/qui-sommes-nous/> (Çevrimiçi e.t. 28.02.2022).

<sup>3</sup> **Kerbrat**, Yann: "Pacte mondial pour l'environnement - Le projet de pacte mondial pour l'environnement - histoire, contenu et perspectives", Énergie - Environnement - Infrastructures n° 8-9, Ağustos 2017, comm. 48, LexisNexis.

<sup>4</sup> Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, Annexe 1, <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> (Çevrimiçi e.t. 28.02.2022), s. 286-289.

<sup>5</sup> **Maljean-Dubois**, Sandrine: "Le Pacte Mondial Pour l'Environnement, Un Nouveau Traité Pour Sauver la Planète?", Annuaire Français de Droit International, CNRS, 2020, halshs-03049922, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-03049922/document> (Çevrimiçi e.t. 28.02.2022), s. 4-5.

<sup>6</sup> Commission environnement du Club des juristes, Renforcer l'efficacité du droit international de l'environnement – Devoirs des États, droits des individus, Paris, 2015, [https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/11/CDJ\\_Rapports\\_Renforcer-lefficacite\\_Nov.2015\\_FR.pdf](https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/11/CDJ_Rapports_Renforcer-lefficacite_Nov.2015_FR.pdf) (Çevrimiçi e.t. 28.02.2022).

<sup>7</sup> Le Club de Juristes, Livre Blanc Vers Un Pacte Mondial Pour l'Environnement, Eylül 2017, [https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/05/CDJ\\_Pacte-mondial-pour-lenvironnement\\_Livre-blanc\\_FR\\_web.pdf](https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/05/CDJ_Pacte-mondial-pour-lenvironnement_Livre-blanc_FR_web.pdf) (Çevrimiçi e.t. 07.03.2022). s. 22.

Antlaşma taslağı, New York'ta bulunan Birleşmiş Milletler'in merkezi bünyesinde birçok hükümet ve devlet başkanını bir araya getiren bir dünya zirvesi niteliğindeki Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 72. oturumu vesilesiyle Fransa Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Emmanuel Macron tarafından 19 Eylül 2017'de dünya kamuoyuna sunulmuştur<sup>8</sup>.

10 Mayıs 2018'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, "Çevre İçin Küresel Antlaşmaya Doğru" adı ile 72/277 sayılı kararını kabul etmiştir<sup>9</sup> ve bu karar ile ad-hoc ve tüm üye devletlere ve Birleşmiş Milletler Uzmanlık Kuruluşlarına açık bir çalışma grubu oluşturmuş ve olası bir uluslararası antlaşmanın geniş kapsamlı müzakere yolunu açmıştır. Bu sayede, Antlaşma taslağının Birleşmiş Milletler tarafından incelenmesi mümkün olmuştur. Birleşmiş Milletlerin Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağına yönelik 72/277 sayılı kararı özellikle şu hususları içermektedir:

- Birleşmiş Milletler Genel Sekreterinin, uluslararası çevre hukukundaki olası boşlukları belirleyen bir raporunun 2018 sonundan önce sunulması ve
- Raporu incelemek ve yeni bir uluslararası antlaşma taslağı hazırlanmasının gerekliliğini tartışmak için tüm üye devletlere açık, sınırlanmaya tabi tutulmayan bir çalışma grubunun oluşturulması.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararına göre oluşturulan çalışma grubu, 5-7 Eylül 2018'de New York'ta ilk organizasyon toplantısını gerçekleştirmiştir. Bunun ardından Ocak, Mart ve Mayıs 2019'da Nairobi'de yapılacak olan üç oturumun zaman çizelgesi de belirlenmiştir.

30 Kasım 2018'de, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağı hakkındaki raporunu yayımlamıştır. "Uluslararası Çevre Hukuku ve Çevresel Araçlardaki Boşluklar: Çevre İçin Küresel Antlaşmaya Doğru" başlıklı rapor, uluslararası çevre hukukunun ve bunun etkili bir şekilde uygulanmasının, çevre hukukunun tüm ilkelerini bir araya getiren küresel ve birleştirici bir uluslararası araç tarafından güçlendirile-

<sup>8</sup> Bu vesileyle, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri António Guterres, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Başkanı Miroslav Lajčák ve Birleşmiş Milletler Çevre İcra Direktörü (Birleşmiş Milletler Çevre Programı) Erik Solheim projeye desteklerini açıklamıştır. Le Club de Juristes, Livre Blanc Vers Un Pacte Mondial Pour l'Environnement, Eylül 2017, [https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/05/CDJ\\_Pacte-mondial-pour-lenvironnement\\_Livre-blanc\\_FR\\_web.pdf](https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/05/CDJ_Pacte-mondial-pour-lenvironnement_Livre-blanc_FR_web.pdf) (Çevrimiçi e.t. 07.03.2022), s. 5.

<sup>9</sup> United Nations Environment Programme, Towards a Global Pact for the Environment, <https://www.unep.org/events/conference/towards-global-pact-environment> (Çevrimiçi e.t. 28.02.2022).

bileceğini vurgulamaktadır; ayrıca Rapora göre böyle bir araç “uyumu, öngörülebilirliği ve hukuki güvenliği” sağlama imkanına sahip olabilecektir<sup>10</sup>.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun kararı ile oluşturulan söz konusu çalışma grubunun çalışmalarının neticesinde, çalışma grubu tarafından bir Çevre İçin Küresel Antlaşma'ya ihtiyaç olduğuna kanaat getirilmesi halinde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu için Antlaşma'nın içeriği ile ilgili müzakerelerin başlatılması amacıyla Birleşmiş Milletler nezdinde ikinci bir karar alma imkânı doğacaktı. Fakat Haziran 2019'da çalışmalarını tamamlayan çalışma grubu, antlaşmanın ilk taslağının amaçları bakımından geri adım atarak uluslararası bağlayıcı bir antlaşma yapılması yerine antlaşma taslağının Stockholm Konferansının 50. yılı anısına bir deklarasyon olarak yayımlanmasını önermiştir<sup>11</sup>.

Çalışma grubunun söz konusu önerisi üzerine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 30 Ağustos 2019 tarihinde 73/333 sayılı kararı ile, çalışma grubunun önerilerini onayladığını karara bağlamıştır. Söz konusu Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararı ile, Birleşmiş Milletler Çevre Meclisi (*United Nations Environment Assembly*) 1972 tarihli Stockholm Konferansının gerçekleştirilmesi anısı kapsamında Birleşmiş Milletler nezdinde yüksek düzeyde gerçekleştirilecek toplantı için bir deklarasyon hazırlamakla görevlendirilmiş ve bu doğrultuda Birleşmiş Milletler Çevre Meclisi danışma toplantılarını Haziran 2020'de ve Kasım 2021'de, üçüncü ve son toplantısını ise Şubat 2022 Nairobi'de gerçekleştirmiştir<sup>12</sup>.

## **B. Çevre İçin Küresel Antlaşma Taslağının Amaçları ve Genel Yapısı**

Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağı, uluslararası çevre hukukundaki eksikliklerin üstesinden gelinmesi ve ekolojik dengenin korunması için daha

---

<sup>10</sup> United Nations Environment Programme, Gaps in international environmental law and environment-related instruments: towards a global pact for the environment, <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27070/SGGaps.pdf?sequence=3&isAllowed=y> (Çevrimiçi e.t. 28.02.2022).

<sup>11</sup> United Nations General Assembly, Report of the ad hoc open-ended working group established pursuant to General Assembly resolution 72/277, <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/28213/Report.GlobalPact.Advance.pdf?sequence=21> (Çevrimiçi e.t. 28.02.2022).

<sup>12</sup> United Nations Environment Assembly, Implementation Of General Assembly Resolution 73/333, Entitled “Follow-Up To The Report Of The Ad Hoc Open-Ended Working Group Established Pursuant To General Assembly Resolution 72/277”, <https://www.unep.org/environmentassembly/follow-up-on-ga-res-73-333> (Çevrimiçi e.t. 28.02.2022).

kapsayıcı ve bağlayıcı bir küresel yasal çerçevenin ortaya çıkmasına katkıda bulunulması amacıyla hazırlanmış bir metindir<sup>13</sup>. Gerçekten de 1972 tarihli Stockholm ve 1992 tarihli Rio Deklarasyonları, şimdi yaygın olarak kabul edilen çevre hukukunun genel ilkelerini belirlemektedir; ancak büyük siyasi ve sembolik öneme sahip bu metinlerin yasal olarak bağlayıcı gücü bulunmamaktadır<sup>14</sup>.

Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağının bağlayıcı bir antlaşma olarak imzalanması durumunda, şimdiye dek uluslararası metinlerde (özellikle Rio Deklarasyonu), uluslararası mahkeme içtihatlarında ve ulusal uygulamalarda kabul edilen uluslararası çevre hukukunun temel ilkelerinin kodifiye edilmesi sağlanacaktır<sup>15</sup>. Bu bakımdan Antlaşma taslağında ilk olarak uluslararası hukuk teamülü niteliğini haiz kurallara yer verilmiştir. Bilindiği üzere uluslararası hukuk anlamında teamül kurallarına devletler tarafından uyulması zorunludur<sup>16</sup>. Bu kapsamda, Antlaşmanın 5. maddesinde belirtilen “önleme ilkesi”ne özellikle yer verilmiştir. Bu ilkenin öngördüğü çevresel zararın önlenmesi yükümlülüğünün teamül niteliği, Uluslararası Adalet Divanı’nın 2010 tarihli Pulp Mills on the River Uruguay (Arjantin v. Uruguay) kararında kabul edilmiştir<sup>17</sup>. Bununla birlikte, söz konusu teamül kuralı

<sup>13</sup> Le Club de Juristes, s. 7.

<sup>14</sup> **Turgut Yılmaz**, Nükhet: Çevre Politikası ve Hukuku, İmaj Yayınları, 2. Baskı, 2017, s. 38.

<sup>15</sup> Le Club de Juristes, s. 9.

<sup>16</sup> **Sur**, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 76.

<sup>17</sup> Uluslararası Adalet Divanı’nın kararına konu olay özetle, Arjantin ile Uruguay arasında uluslararası sınır olan Uruguay Nehri kıyısına Uruguay tarafından selüloz fabrikası kurulmasına izin verilmesine ve bu fabrikalar nedeniyle iki ülke arasındaki uluslararası antlaşma uyarınca Uruguay Nehri’nde kirliliğin önlenmesine dair yükümlülüğün ihlaline ilişkindir. Karar kapsamında çevresel etki değerlendirmesinin ve dolayısıyla çevre kirliliğinin önlenmesi ilkesinin uluslararası teamül niteliğinin tanınması uluslararası çevre hukuku açısından dikkate değer bulunmuştur. **Merkouris**, Panos: “Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay): Of Environmental Impact Assessments and “Phantom Experts””, The Hague Justice Portal, 15 Temmuz 2010, [http://haguejusticeportal.net/Docs/Commentaries%20PDF/Merkouris\\_Pulp%20Mills\\_EN.pdf](http://haguejusticeportal.net/Docs/Commentaries%20PDF/Merkouris_Pulp%20Mills_EN.pdf), (Çevrimiçi e.t. 09.01.2023), s. 1-2. Kararda önleme ilkesinin teamüli niteliği 101 numaralı paragrafta şu şekilde belirtilmiştir; “*The Court points out that the principle of prevention, as a customary rule, has its origins in the due diligence that is required of a State in its territory. It is every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States.*”. Uluslararası Adalet Divanı (International Court of Justice), Reports of Judgments, Advisory Opinions And Orders Case Concerning Pulp Mills On The River Uruguay (Argentina v. Uruguay) Judgment

henüz sınıraşan zararlar açısından geçerli olmadığından, Antlaşma taslağında kullanılan ifadelerin mevcut teamül kuralından daha geniş anlamda düzenlendiği söylenebilir.

Uluslararası hukuk açısından, teamüller meydana gelmeden önce uluslararası pratiğin içeriği belirsizdir ve bir kuralın teamül niteliği kabul edilinceye kadar uluslararası hukukun gelişimi ile birlikte kural da değişimini sürdürmektedir<sup>18</sup>. Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağında yer verilen birtakım kurallar da teamül niteliğine henüz ulaşmamış, içerdiği hak ve yükümlülükler belirsiz olan ya da yaygın kabul görmeyen ilkelerdir. Örneğin taslağın 6. maddesinde düzenlenen ihtiyat ilkesine, Rio Deklarasyonunda yer verilmiştir. Ancak bu ilkeye, pek çok anayasada ve ulusal metinde somut olarak yer verilmemesi ve uluslararası yargı kararlarında da ihtiyat ilkesinin farklı yorumlarla uygulanması<sup>19</sup>, bu ilkenin bağlayıcı olma niteliğinin tartışmalı şekilde kalmasına neden olmaktadır.

Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağı, uluslararası çevre hukukunun genel ilke ve kurallarına yer vermekle beraber hem *soft law* belgelerinde hem de bölgesel ve belli bir uzmanlık alanına yönelik düzenlenmiş ve uluslararası hukukun henüz bir parçası haline gelmemiş düzenlemeleri de içermektedir. Bu bakımdan, Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağı metni hazırlanırken, Amerika ve Afrika kıtalarında bölgesel olarak kabul edilen belgelerde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin özellikle AİHS 8. maddesine dayanarak verdiği kararlarında ve birçok ulusal kanunda yer verilen hukuki araçlar taranarak bir metin oluşturulmaya çalışılmıştır<sup>20</sup>.

Çevre İçin Küresel Antlaşma'nın, çevrenin korunması konusunda rehberlik edecek ve temel ilkeleri ortaya koyan, yasal bağlayıcılığa sahip çok taraflı bir antlaşma olması amaçlanmaktaydı<sup>21</sup>. Fakat Antlaşma taslağının bir uluslararası antlaşma kapsamında kabul edilmesi yerine deklarasyon olarak yayımlanması kararına ilişkin gelişme neticesinde Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağının ilk metni kapsamındaki bazı amaçlardan sapmalar olmuştur.

---

of 20 April 2010, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf> (Çevrimiçi e.t. 07.03.2022), s. 45.

<sup>18</sup> **Pazarıcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 106.

<sup>19</sup> Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (Tribunal international du droit de la mer), 1 Şubat 2011 tarihli Danışma Görüşü (avis consultatif du 1er févr. 2011), Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, [https://www.persee.fr/doc/afdi\\_0066-3085\\_2011\\_num\\_57\\_1\\_4192](https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2011_num_57_1_4192), (Çevrimiçi e.t. 22.07.2022), s. 456-458.

<sup>20</sup> Le Club de Juristes, s. 19-22.

<sup>21</sup> Le Club de Juristes, s. 7.

Bu amaçlar kapsamında ilk olarak, Birleşmiş Milletler 2030 Gündemi ve Paris İklim Antlaşması'nın 2015'te imzalanmasının yarattığı ivme ile, özellikle bir alana yoğunlaşmaksızın (örneğin Paris Antlaşması için iklim, biyoçeşitlilik, kirlilik vb.), Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağının, ülkelerin farklı çevre politikalarına ve enstrümanlarına uygulanabilecek esneklikte ele alındığı ifade edilmektedir<sup>22</sup>. Uluslararası çevre hukukunun temel metni olma amacı ile belirli alanlara özgü antlaşmalardan hem ayrışan hem de o antlaşmaların tamamlayıcısı niteliğindeki bir antlaşma olması hedeflenmekteydi. Evrensel olmak, coğrafi kısıtlama olmaksızın tüm Devletlere uygulanabilir bir antlaşma olması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla söz konusu antlaşma taslağının bir uluslararası antlaşma olarak akdedilmesi halinde, bu nitelikte kapsayıcı ve küresel nitelikte ilk uluslararası çevre antlaşması olması planlanmaktaydı<sup>23</sup>. Fakat bir deklarasyon olarak yayımlanması durumunda bu amacın gerçekleşmesi olası görünmemektedir.

İkinci olarak Antlaşma taslağı, çevrenin korunmasına ilişkin üçüncü nesil temel insan haklarını da tanımayı amaçlamış ve böylece, söz konusu Antlaşma taslağı, biri medeni ve siyasi haklar, diğeri de ekonomik, sosyal ve kültürel haklar üzerine olmak üzere 1966 tarihli iki Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin tamamlayıcısı olma misyonunu da taşımaktaydı<sup>24</sup>. Ancak Antlaşma taslağının bağlayıcı bir antlaşma olarak kabul edilmemesi halinde bahsi geçen Birleşmiş Milletler Sözleşmelerinin gücünde ve onlara eş bir hukuki metin olamayacağı açıktır.

Üçüncü olarak ise söz konusu amaçlarının gerçekleşmesi ile Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağı, çevre hukukunun genel ilkelerini küresel ölçekte pekiştirerek ve uyumlu hale getirerek bu alandaki hukuki çerçevenin dinamik olarak güçlendirilmesini sağlama imkanına sahip olacaktı. Fakat yukarıda belirtildiği üzere, çalışma grubu, Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağının özellikle hukuken tarafları bağlayıcı olma amacından saparak *soft law* niteliğinde bir deklarasyon şeklinde yayımlanmasını önermiş ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 73/333 sayılı kararı ile çalışma grubunun önerisini onaylamıştır. Bu bakımdan da söz konusu amaca ulaşılmasının güçleştiği söylenebilir.

Çevre ve sürdürülebilir kalkınma için hem lokasyon hem de konu bakımından bu denli kapsayıcı ve küresel nitelikte bir uluslararası metnin bağlayıcı olma yolundaki amacından ayrılarak ondan önceki metinler gibi yal-

<sup>22</sup> Le Club de Juristes, s. 9.

<sup>23</sup> Kerbrat: comm. 48.

<sup>24</sup> Le Club de Juristes, s. 4.

nızca bir deklarasyon yani doğrudan bağlayıcılığı olmayan bir *soft law* belgesi olarak kabul edilmesi yönündeki gelişmeler tepkilere neden olmuştur. Bu şekilde bir geri adımın Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Amaçlarına 2030 yılında erişilmesine dair hedeflerle uyuşmadığını söylemek zor değildir.

Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağının bağlayıcılık hedefi açısından söz konusu geri adımın neden gerçekleştiği yönünde bazı çıkarımlar yapılmaktadır. Bu noktada uluslararası çevre hukuku metinlerinde yer alan hukuki boşlukların doldurulması amacını taşıdığı belirtilen Antlaşma taslağı açısından, devletlerin ve diğer aktörlerin hukuki boşluklar konusunda bir uzlaşmaya varamadıkları ve bu sebeple bağlayıcı bir metne imza atmaktan imtina ettikleri belirtilmektedir<sup>25</sup>. Bunun yanında İsviçre, Norveç ve Kanada gibi genellikle çevre dostu politikalar yürüten ülkelerin Antlaşma taslağının düzenlemeleri ile ilgili çekincelerini dile getirmesi ve taslağa tüm desteklerini vermemesi, Afrika ülkelerinden Antlaşma taslağına destek veren ülkelerin ise yeni bir hukuki düzenleme yerine mevcut uluslararası antlaşmaların idari ve finansal kapasiteler açısından etkinleştirilmesi ve uygulama araçlarının artırılması ihtiyacının daha fazla olduğunu belirtmesi ve bazı ülkelerin ise Antlaşma taslağı fikrinin başından itibaren ortak bir kurgulama ve oluşturma imkanının eksikliğinden kaynaklanan memnuniyetsizliğini belirtmesi Antlaşma taslağının bağlayıcı bir metin olma yolundaki engeller olarak belirtilebilir<sup>26</sup>.

## II. ÇEVRE İÇİN KÜRESEL ANTLAŞMA TASLAĞI ÇERÇEVESİNDE ÇEVRESEL USULİ HAKLAR VE SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA İLİŞKİSİ

### A. Genel Olarak Çevresel Usuli Haklar

Çevresel usuli haklar, “çevre adaleti” kavramına dahil olup çevresel demokrasi ile yakından ilişkilidir. Çevre adaleti konseptinin ortaya çıkmasındaki temel neden, -kısaca-, endüstriyel faaliyetlerin gerçekleştirilmesi neticesinde oluşan karlılık ve ekonomik faydanın daha zengin kesimlerce

---

<sup>25</sup> **Kablan**, Jean-Michel Atta: “Naufrage du Pacte mondial pour l’environnement : les questions de droit. Des lacunes du droit international de l’environnement”, *Revue juridique de l’environnement*, 2020/1, Cilt: 45, s. 45.

<sup>26</sup> **Chabason**, Lucien/**Hege**, Elisabeth: “Failure of the Global Pact for the Environment: a missed opportunity or a bullet dodged?”, *IDDRI*, 20 Mayıs 2019, [https://www.iddri.org/en/publications-and-events/blog-post/failure-global-pact-environment-missed-opportunity-or-bullet#footnote2\\_se74ald](https://www.iddri.org/en/publications-and-events/blog-post/failure-global-pact-environment-missed-opportunity-or-bullet#footnote2_se74ald), (Çevrimiçi e.t. 19.07.2022).



kullanılması karşısında, kirlilik ve atıkların ekonomik olarak dezavantajlı gruplar ve bölgelerde bırakılması ve böylece çevresel kirliliğin eşitsiz bir dağılımının meydana gelmesidir<sup>27</sup>. Çevre adaleti kavramının içeriğinin belirlenmesi ve bir tanımının yapılması için şimdiki pek çok görüş ileri sürülmüştür. Bu bakımdan çevre adaleti kavramını tanımlayan beş adet temel yaklaşım olduğu kabul edilmektedir; hakim görüş olarak anaakım çevre adaleti, eleştirel çevre adaleti, ekolojik adalet, sömürgecilik ve kölelik karşıtı çevre adaleti, bölgelerarası sömürgecilik karşıtı çevre adaleti<sup>28</sup>. Bunlardan anaakım çevre adaleti ise dört boyuta ayrılmaktadır; dağıtıcı adalet, tanıma (*recognitionnal*) adaleti, usuli adalet ve kabiliyetler/yapabilirlik (*capabilities*) yaklaşımıdır<sup>29</sup>. Anaakım çevre adaleti bakımından usuli adaletin çevre adaleti açısından başat unsurlardan biri olduğu açıktır. Vatandaşların yalnızca belirli aralıklarla (4 yıl, 5 yıl gibi) oy kullanarak görüşlerini belirtebildiği klasik demokrasi anlayışı yerine, kendilerini ilgilendiren karar alma süreçlerine aktif şekilde dahil olabildiği katılımcı demokrasi fikri de çevre adaletinin usuli adalet boyutu bakımından önem arz etmektedir<sup>30</sup>. Bu bakımdan çevresel usuli haklar, karar alma süreçlerine katılım, çevresel bilgilere erişim ve yargıya başvuru süreçlerindeki usuli eşitsizliklerin giderilmesi bakımından doğrudan çevre adaletinin ve çevresel katılımcı demokrasinin gerçekleşmesinde zorunlu bir unsur olarak kabul edilebilir.

Çevresel usuli haklar, çevresel katılımcı demokrasinin önemli araçları olmakla birlikte çevrenin aktif şekilde korunmasını sağlayan temel hukuki çarelerdendir. Çevre hakkının etkili şekilde korunması ve gereklerinin yerine getirilmesi çevresel usuli hakların tanınması ile yakın bir ilişki içindedir. Söz konusu haklar ilk aşamada “ilke” olarak uluslararası metinlerde yer almakta iken günümüzde gelinen noktada birer “hak” olarak kabul edilmektedir<sup>31</sup>. Türk hukuku açısından Anayasa’nın 56.maddesinde “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama” hakkına yer verilmesine karşın çevre hakkının usuli güvencelerini sağlayan çevresel usuli haklara Anayasa’da özel olarak yer verilmemiştir<sup>32</sup>. Anayasanın dilekçe hakkını, bilgi edinme hakkını ve hak

<sup>27</sup> **Menton, Mary/Larrea, Carlos/Latorre, Sara/Martinez-Alier, Joan/Peck, Mika/Tempfer, Leah/Walter, Mariana:** “Environmental justice and the SDGs: from synergies to gaps and contradictions”, *Sustainability Science*, 2020, Cilt: 15, s. 1623.

<sup>28</sup> **Menton/Larrea/Latorre/Martinez-Alier/Peck/Tempfer/Walter,** s. 1623.

<sup>29</sup> **Menton/Larrea/Latorre/Martinez-Alier/Peck/Tempfer/Walter,** s. 1623-1624.

<sup>30</sup> **Yurtcanlı Duymaz, Seda:** “Çevre Örgütlerinin Çevresel Yönetime Katılma Sürecinde Dayandığı Haklar”, *TBB Dergisi*, Sayı: 107, Yıl: 2013, s. 185.

<sup>31</sup> **Yurtcanlı Duymaz,** s. 184.

<sup>32</sup> **Bilgili, Muhammed Yunus:** “Anayasal Bir Hak Olarak Çevre Hakkı”, *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 2, s. 580.

arama hürriyetini düzenleyen diğer hükümleri ile çevre hakkının birlikte ele alınması ile bu haklar Türk hukukunda kanuni düzenlemeler ve düzenleyici işlemlerde yerini bulmaktadır.

Çevre İçin Küresel Antlaşma Taslağının 9, 10 ve 11. maddelerinde çevresel usuli haklar olarak da bilinen bilgiye erişim hakkı, kamusal katılım ilkesi ve yargıya erişim hakkı düzenlenmiştir. Bu hakların bağlayıcı bir uluslararası sözleşme ile tanınması 1998 tarihli *Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Çevresel Karar Verme Sürecine Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi (Aarhus Sözleşmesi)* sayesinde olmuştur. Bu haklara ilişkin ayrıntılı açıklamalara aşağıda yer verilmiştir.

## **B. Barış, Adalet ve Güçlü Kurumlar ve Çevresel Usuli Haklar İlişkisi**

Birleşmiş Milletler nezdinde sürdürülebilir kalkınma kapsamında öncelikle 2000 yılında Milenyum Hedefleri kabul edilmiş<sup>33</sup>, daha sonra ise 2015 yılında 17 temel amaç ve 169 hedeften oluşan Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları<sup>34</sup> A/RES/70/1 sayılı Genel Kurul kararı ile kabul edilmiştir<sup>35</sup>. Bu amaçlar sürdürülebilir kalkınmanın ekonomik, sosyal ve çevresel/ekolojik boyutlarının<sup>36</sup> üçünü de kapsayacak şekilde 2030 yılına değin dünya milletleri tarafından ulaşılması gereken amaçları ifade etmektedir. Her bir amaca ulaşılabilmesi için her amaca ilişkin hedefler belirlenmiş ve bunların göstergelerine yer verilmiştir.

---

<sup>33</sup> United Nations, “Millennium Summit (6-8 September 2000)”, <https://www.un.org/en/conferences/environment/newyork2000>, (Çevrimiçi e.t. 20.07.2022).

<sup>34</sup> Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP) tarafından gerçekleştirilen duyuru ile “Sustainable Development Goals”ın Türkçe tercümesi daha önce “Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri” olarak kabul edilirken, 2019 yılından itibaren “Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları” şeklinde kabul edilmektedir. Bakınız. [https://www.kureselamaclar.org/wp-content/uploads/SKA\\_pressrelease\\_TR.pdf](https://www.kureselamaclar.org/wp-content/uploads/SKA_pressrelease_TR.pdf), (Çevrimiçi e.t. 20.07.2022).

<sup>35</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararının resmi tam metni için bakınız. United Nations, “Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015”, [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E), (Çevrimiçi e.t. 20.07.2022).

<sup>36</sup> Sürdürülebilir kalkınmanın üç boyutu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız. **Bilgili**, Muhammed Yunus: “Ekonomik, Ekolojik ve Sosyal Boyutlarıyla Sürdürülebilir Kalkınma”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 49, Nisan 2017, s. 563; **Mylyviita**, Tanja: “Sustainability assessment of forest resources – tools for a problem-orientated approach”, *Dissertationes Forestales*, Sayı: 168, 2013, <https://dissertationesforestales.fi/pdf/article1951.pdf>, (Çevrimiçi e.t. 10.11.2021), s. 11-12.

Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Amaçlarından 16 numaralı amaç “Barış, Adalet ve Güçlü Kurumlar” kısa ifadesiyle, “*Sürdürülebilir kalkınma için barışçıl ve kapsayıcı toplumları desteklemek, herkes için adalete erişimi sağlamak ve her seviyede etkin, hesap verebilir ve kapsayıcı kurumlar inşa etmek*” amacıdır<sup>37</sup>. Bu amaç kapsamında Birleşmiş Milletler tarafından belirlenen çalışmamızla ilgili hedefler şu şekildedir;

*“16.3. Hukukun üstünlüğünün ulusal ve uluslararası düzeylerde geliştirilmesi ve herkesin adalete eşit biçimde erişiminin güvence altına alınması,*

*16.7. Her düzeyde duyarlı, kapsayıcı, katılımcı ve temsil edici karar verme mekanizmalarının oluşturulması,*

*16.10. Ulusal mevzuata ve uluslararası antlaşmalara uygun olarak halkın bilgiye erişiminin sağlanması ve temel özgürlüklerin korunması.”*<sup>38</sup>

Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Amaçlarından 16 numaralı amaç çerçevesinde yukarıda verilen üç hedef doğrudan çevresel usuli hakları düzenlemekte ve çevresel usuli hakları sürdürülebilir kalkınma amaçları arasına dahil etmektedir. Bu bakımdan çevresel usuli haklar açısından; 16.3 numaralı hedef ile “16.3. Hukukun üstünlüğünün ulusal ve uluslararası düzeylerde geliştirilmesi ve herkesin adalete eşit biçimde erişiminin güvence altına alınması” şeklinde yargıya (adalete) erişim hakkına, 16.7 numaralı hedef ile “16.7. Her düzeyde duyarlı, kapsayıcı, katılımcı ve temsil edici karar verme mekanizmalarının oluşturulması” şeklinde katılım hakkına ve 16.10 numaralı hedef ile “16.10. Ulusal mevzuata ve uluslararası antlaşmalara uygun olarak bilgiye kamu erişiminin sağlanması ve temel özgürlüklerin korunması” şeklinde bilgiye erişim hakkına açıkça Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları arasında yer verilmiştir. Böylece sürdürülebilir kalkınmanın hem çevresel/ekolojik hem de sosyal boyutu bakımından önem arz eden çevresel usuli haklar 2030 yılına kadar ulaşılması amaçlanan küresel hedefler arasında yerini almıştır.

Sürdürülebilir kalkınma amaçları ile doğrudan bağlantılı bir şekilde Birleşmiş Milletler Çevre Programı (UNEP) 2012 yılında çevresel hukuk devleti (*environmental rule of law*) kavramını geliştirmiş ve çevresel hukuk devletinin “güçlü yasal çerçeveler”, “etkin siyasi, idari ve yargısal kurumlar” ve “bilgiye ve adalete erişim” olmak üzere üç ana bileşenden oluştuğunu

<sup>37</sup> United Nations, Goal 16: Promote just, peaceful and inclusive societies, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/peace-justice/>, (Çevrimiçi e.t. 20.07.2022).

<sup>38</sup> Sürdürülebilir Kalkınma İçin Küresel Amaçlar, “16 Barış Adalet ve Güçlü Kurumlar”, <https://www.kureselamaclar.org/amaclar/baris-adalet-ve-guclu-kurumlar/>, (Çevrimiçi e.t. 05.07.2022).

belirtmiştir<sup>39</sup>. Bu bakımdan hukuk devleti ilkesinden yola çıkılarak çevresel anlamda hukuk devletinin gereklerinin yerine getirilebilmesi noktasında çevresel usuli haklar bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir.

Birleşmiş Milletler'in sürdürülebilir kalkınma amaçları çerçevesinde küresel hedefler olarak kabul edilen çevresel usuli haklara, Çevre İçin Küresel Antlaşma Taslağının 9, 10 ve 11. maddelerinde yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemelerin ve çalışmaların eş zamanlı şekilde gerçekleştirilmekte olması ve istikrarlı bir şekilde sürdürülebilir kalkınmaya ilişkin küresel boyuttaki uluslararası metinlerde bu haklara yer verilmesi çevreye ilişkin hakların usuli boyutuna verilen önemi ortaya koymaktadır.

Zira sürdürülebilir kalkınmanın yukarıda bahsettiğimiz üç boyutundan ikisini yani sosyal ve çevresel boyutunu doğrudan ilgilendirmesi ile çevresel usuli haklar; bir yandan çevrenin korunması ve ekosistemin var olan dengesinin muhafaza edilmesini sağlamakta, bir yandan ise iyi yönetim hakkı, yönetimde açıklık ve şeffaflık ilkelerinin gereklerini yerine getirerek yerel halkın hak arama özgürlüğünü kullanma ve karar alma mekanizmalarına katılma noktasında sürdürülebilir kalkınmanın sosyal boyutunun somutlaşmasında önemli bir rol oynamaktadır. Bu bakımdan çevresel usuli hakların sürdürülebilir kalkınmanın gerçekleştirilmesi bakımından kilit rol oynayan araçlardan olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

## **C. Çevre İçin Küresel Antlaşma Taslağının Çevresel Usuli Haklara İlişkin Düzenlemesi**

### **1. Bilgiye Erişim Hakkı**

Çevresel bilgiye erişim hakkı çevresel meselelere ilişkin bilgilere bireylerin erişebilmesini ve böylece çevresel karar alma mekanizmasına dahil olmalarını sağlayan bir çevresel usuli haktır<sup>40</sup>. Çevreye etkisi olacak bir faaliyet hakkında bilgi sahibi olunmaksızın ya da en azından bu nitelikte bir faaliyetin yapılacağına ilişkin bir bilgi paylaşımı yapılmaksızın bireylerin herhangi bir şekilde karar mekanizmasında etki göstermesi mümkün olmayacaktır; bu sebeple çevresel bilgiye erişim hakkı çevresel katılımın önkoşulu olarak kabul edilmektedir<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> UN Environment Programme, "ISSUE BRIEF SDG 16: Human rights and the environmental rule of law", <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/35408/SDG16.pdf>, (Çevrimiçi e.t. 18.07.2022), s. 3.

<sup>40</sup> **Turgut Yılmaz**, s. 155-156.

<sup>41</sup> **Güneş**, Ahmet M.: "Aarhus Sözleşmesi ve Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17-18, Sayı: 26, 26 27, 28, 29, Yıl: 2012-2013, (Çevresel Bilgiye Erişim), s. 26.

Aktif statü hakları ve dayanışma hakları kapsamında temel bir insan hakkı olarak kabul edilen bilgi edinme hakkının<sup>42</sup> özel bir görünümünü oluşturan çevresel bilgiye erişim hakkı, çevre hakkı ile ilgisi dolayısıyla kişilerin herhangi bir özel ilgi veya menfaat belirtmeksizin çevresel bilgiye erişimini güvence altına alır<sup>43</sup>. Bilgi edinme hakkının herkese kendisi ile ilgili bilgileri edinme imkanını sağlayan bireysel özgürlük ve genel olarak herkes bakımından bilgi ve dokümanlara ulaşmayı mümkün kılan toplu özgürlük olmak üzere iki görünüş biçimi olduğu ve çevresel anlamda bilgiye erişme hakkının bilgi edinme hakkının toplu özgürlük şeklindeki biçimine ilişkin olduğu belirtilmektedir<sup>44</sup>.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 74.maddesinde, "*Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.*" hükmüne yer verilerek bilgi edinme hakkı herkese tanınmıştır. Nitekim 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nun 4.maddesinde de herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Anayasa'da ve kanunda gerçek ve tüzel kişiler olmak üzere herkese tanınan bir hak olmasının yanı sıra, bilgi edinme hakkının kullanımının yabancılar açısından bir sınırlaması bulunmaktadır. 4982 sayılı Kanunun 4.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yabancıların Türkiye'de ikamet etmesi ve yabancı tüzel kişilerin Türkiye'de faaliyette bulunması, bunun yanında talep ettikleri bilginin kendileri ya da faaliyet alanları ile ilgili olması ve ilgili devletler arasında karşılıklılığın bulunması şartları aranmaktadır. Bu bakımdan yabancıların Türkiye'de bilgi edinme hakkını kullanımının bilgi ile kişi arasında menfaat bağı bulunması ve yabancıların Türkiye ile ikamet ya da faaliyet alanı gibi bir bağlantısı olması şartlarına bağlandığı görülmektedir<sup>45</sup>. Özel olarak çevresel bilgiye erişim hakkına ilişkin olarak ise 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun "Bilgi Edinme ve Başvuru Hakkı" başlıklı 30.maddesinde yine herkesin "*4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu kapsamında çevreye ilişkin bilgilere ulaşma hakkına sahip olduğu*" düzenlenmiştir. Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin<sup>46</sup> 9.maddesinde çevresel etki değerlendirmesi süreci kapsamında ilgili yatırım hakkında "halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı toplantısı" düzenleneceği öngörülmüş ve bu

<sup>42</sup> **Kaya**, Cemil: İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 60-62.

<sup>43</sup> **Kaboğlu**, İbrahim Ö./**Yancı Özalp**, Nihan: Çevre Hakkı, 4. Baskı, Tekin Yayınevi, İstanbul 2021, s. 139.

<sup>44</sup> **Kaboğlu/Yancı Özalp**, s. 139.

<sup>45</sup> **Soykan**, Cavidan: Bir İnsan Hakkı Olarak Bilgi Edinme Hakkı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 91.

<sup>46</sup> Resmî Gazete Tarihi: 29.07.2022 Resmî Gazete Sayısı: 31907.

toplantıya katılacak olan “halk”ın kimlerden oluştuğu sorusu açısından Yönetmeliğin 4.maddesinde “halk” “*Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları ile Türkiye’de ikamet eden yabancılar*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>47</sup>. Görüldüğü üzere ikincil düzenleyici işlem kapsamında halk, 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanununa paralel şekilde yabancılarla ilişkin sınırlama haricinde herkesi kapsamaktadır.

Söz konusu yasal düzenlemeler bakımından Türk Hukukunda 4982 sayılı Kanundaki yabancılarla yönelik istisna haricinde herkesin çevresel bilgiye erişim hakkından herhangi bir ilgi veya menfaat koşulu aranmaksızın faydalanabileceği açıktır. Bu noktada çevresel bilgilere erişme hakkı bakımından 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu’nun genel kanun niteliğinde olduğu, bu yönüyle idarelerin çevresel bilgilere erişim konusunda bilgi ve belge sağlama yükümlülüklerini çevreye ilişkin ikincil düzenlemelerde herhangi bir özel hüküm bulunmasına gerek olmaksızın 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu’ndaki hükümler kapsamında yerine getirmek mecburiyetinde olduğu<sup>48</sup> ve aynı zamanda iki kanunun aynı konuda düzenlemeler içermesi halinde özel kanun olarak Çevre Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği<sup>49</sup> belirtilmektedir. Özel kanun-genel kanun uygulaması bakımından, 2872 sayılı Kanunun 30.maddesinin 2.fıkrasının 1.cümlesinde herkesin çevreye ilişkin bilgilere ulaşma hakkına “*4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu kapsamında*” sahip olduğuna ilişkin ifadeye yer verilmesi nedeniyle Bilgi Edinme Kanunu’ndaki yabancılarla ilişkin sınırlamanın çevresel bilgiye erişim konusunda uygulanması gerekeceği düşüncesindeyiz<sup>50</sup>. Aynı şekilde 2872 sayılı Kanunun 30.maddesinin 2.fıkrasının 2.cümlesinde “*Ancak, açıklanması halinde üreme alanları, nadir türler gibi çevresel değerlere zarar verecek bilgilere ilişkin talepler de bu Kanun kapsamında reddedilebilir*” hükmüne yer verilmiştir; bu hüküm çerçevesinde de çevresel bilgiye erişim

<sup>47</sup> Aynı Yönetmeliğin 4.maddesinde “ilgili halk” ise “*Gerçekleştirilmesi planlanan projeden etkilenen veya etkilenmesi muhtemel olan halk*” olarak tanımlanmıştır. Fakat Yönetmelikte “ilgili halk” kapsamına girmeyenler açısından çevresel etki değerlendirme sürecindeki bilgiye erişim hakkı konusunda bir dezavantaj öngörülmemiş, yalnızca halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı toplantısının “*projeden en çok etkilenmesi beklenen ilgili halkın kolaylıkla ulaşabileceği ... merkezi bir yer ve saatte halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı toplantısı düzenleneceği*”ne dair bir hükme yer verilmiştir.

<sup>48</sup> **Kaya**, s. 87.

<sup>49</sup> **Güneş**, Ahmet M.: “Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, 2010, s. 320.

<sup>50</sup> Bu konuda öğretilde 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun özel kanun olması nedeniyle 4982 sayılı Kanundaki yabancılarla ilişkin sınırlamanın çevresel bilgiye erişim bakımından uygulanmayacağı ifade edilmektedir. **Güneş**, Aarhus Sözleşmesi, s. 321.

taleplerinin 4982 sayılı Kanununun 15.-27.maddelerinde düzenlenen bilgi edinme hakkının sınırlarına<sup>51</sup> tabi olup olmadığı ve dolayısıyla -varsa- bu maddelerde düzenlenen çevreye ilişkin bilgilerin talep edenlerle paylaşılmasının zorunlu olup olmadığı, yoksa sadece Çevre Kanununda yer alan kısıtlamanın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda aynı şekilde Bilgi Edinme Kanunundaki sınırlamaların çevresel bilgiler açısından da uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

Bunun yanında idare hukukunun bir alt dalı olarak öğretide kabul edilen “bilgi hukuku”nun idarelerden ilgili idari işleme ilişkin bilgileri edinme hakkı olarak dar anlamda ve idarenin uhdesinde bulunan her çeşit bilginin sunulması usulü olarak geniş anlamda veçheleri bulunduğu ifade edilmektedir<sup>52</sup>. Alman idari usulünde “dosya inceleme hakkı” olarak düzenlenen dar anlamdaki bilgi hukukunun idari usul sürecine ilişkin bilgileri kapsamına aldığı ve bu sebeple “dosya inceleme hakkı”nın, idari usul süreci ile sınırlı olmayan ve idarelerin uhdesindeki bilgi ve belgelere herkesçe her zaman ulaşma olanağını sağlayan 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu’nda düzenlenen bilgi edinme hakkından daha dar kapsamlı olduğu belirtilmektedir<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanununun 15.-27.maddeleri uyarınca bilgi edinme hakkı şu konularda kullanılamamaktadır; “yargı denetimi dışında kalan idari işlemler (kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olanlar hariç), devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler, ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi veya belgeler, istihbarata ilişkin bilgi veya belgeler (kişilerin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olanlar hariç), idari soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler, adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler, özel hayata ilişkin bilgi ve belgeler, haberleşmeye ilişkin bilgi ve belgeler, ticari sırlar, kurum içi düzenlemeler (söz konusu düzenlemeden etkilenen kurum çalışanları hariç), kurum içi görüş, bilgi notu ve tavsiyeler (kurum ve kuruluşların alacakları kararlara esas teşkil etmesi kaydıyla; bilimsel, kültürel, istatistik, teknik, tıbbi, mali, hukuki ve benzeri uzmanlık alanlarında yasal olarak görüş verme yükümlülüğü bulunan kişi, birim ya da kurumların görüşleri hariç) ve tavsiye ve mütalaa talepleri”, **Demirkıran, Özlem/Eser, Hamza Bahadır/Keklik, Belma**: “Demokrasinin Tabana Yayılması, Yönetimde Şeffaflık ve Hesap Verebilirlik Bağlamında Bilgi Edinme Hakkı Kanunu”, Akdeniz Üniversitesi Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2011, s. 183 (s. 15). 4982 sayılı Kanununun 24.maddesi uyarınca, fikir ve sanat eserlerine ilişkin olarak yapılacak bilgi edinme başvuruları hakkında ise 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanun uygulanmayacak, ilgili kanun hükümleri uygulanacaktır.

<sup>52</sup> 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanununda düzenlenen bilgi edinme hakkının geniş anlamda bilgi hukukuna dahil olduğu belirtilmiştir. **Erkal, Atıla**: “Bilgi Hukuku Üzerine Bir Deneme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXIX, Sayı: 1-2, 2011, s. 472.

<sup>53</sup> **Erkal, s. 472.**

Çevresel bilgiye erişim hakkı sadece çevresel bilginin değil, çevreyi ilgilendiren belgelerin de çeşitli araçlarla (ilan, raporların yayımlanması, internet siteleri vasıtasıyla yapılan bilgilendirmeler, e-posta ya da posta yolu ile başvurulara cevap verilmesi gibi) ilgililerle paylaşılmasını kapsamaktadır<sup>54</sup>. Türk hukuku açısından 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 30.maddesinde herkes için çevreye ilişkin bilgiye ulaşma hakkı tanınırken, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 2.maddesinde “çevreye ilişkin bilgi”, “*Su, hava, toprak, bitki ve hayvan varlığı ile bunları olumsuz olarak etkileyen veya etkileme ihtimali bulunan faaliyetler ve alınan idarî ve teknik önlemlere ilişkin olarak mevcut bulunan her türlü yazılı, sözlü veya görüntülü bilgi veya veri*” şeklinde tanımlanmıştır ve söz konusu tanımın çevresel bilgiyi tanımlayan Aarhus Sözleşmesi hükümlerine ve 4982 sayılı Kanundaki bilgi tanımına göre dar kapsamlı olduğu belirtilerek eleştirilmektedir<sup>55</sup>. Çevresel bilgiyi paylaşma yükümlülüğü çoğunlukla idari makamlara yüklenmekteyse de farklı düzenlemelerde çevreyi ilgilendiren bir faaliyet gösteren ya da kamusal yetkiler kullanan özel hukuk kişilerinin de belirli şartlarda bilgi ve belge sağlama yükümlüsü olarak düzenlendiği gözlemlenmektedir<sup>56</sup>. Bilgi edinme hakkı kapsamında başvuru yapılabilecek kurumlar bakımından 4982 sayılı Kanunda “*kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetleri*” kanun kapsamında bulunmaktadır, bu açıdan çevresel bilgiye erişim olanaklarının başvurulabilecek kurumlar yönüyle dar olduğu belirtilmelidir<sup>57</sup>.

Çevresel bilgiye erişim hakkına birçok uluslararası çevre belgesinde yer verilmiştir. Bunlardan en önemlilerinden bazıları Rio Bildirgesi, İklim Değişikliğine İlişkin Birleşmiş Milletler Çerçeve Sözleşmesi, Aarhus Sözleşmesi ve Paris Antlaşmasıdır. Çevre İçin Küresel Antlaşma özelinde antlaşma taslağının 9. maddesinde bilgiye erişim hakkı şu şekilde düzenlenmiştir: “*Herkes, herhangi bir menfaat göstermesine gerek olmaksızın, kamu makamları tarafından tutulan çevresel bilgilere erişim hakkına sahiptir. Kamu makamları, ulusal yasaları çerçevesinde, ilgili çevresel bilgileri toplamalı ve halka açıklamalıdır.*”<sup>58</sup>. Antlaşma Taslağının 9. maddesinde yer verilen ka-

<sup>54</sup> Güneş, Çevresel Bilgiye Erişim, s. 27.

<sup>55</sup> Güneş, Çevresel Bilgiye Erişim, s. 37.

<sup>56</sup> Örneğin; Çevresel Zarar İçin Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi'nin (Lugano Sözleşmesi) 3. Bölümünde ve Aarhus Sözleşmesi'nde bu yönde düzenlemeye yer verilmiştir.

<sup>57</sup> Güneş, Aarhus Sözleşmesi, s. 321.

<sup>58</sup> Antlaşma taslağının orijinal metninin İngilizce versiyonunda 9. Madde şu şekildedir: “*Article 9 Access to information; Every person, without being required to state an interest, has a right of access to environmental information held by public authorities. Public authorities shall, within the framework of their national legislations, collect and*



munun bilgilendirilmesi ilkesi, “çevresel demokrasinin” üç unsurundan biridir. Bu nedenle katılım ve adalete erişim ilkelerinin etkin şekilde yerine getirilebilmesi için önem arz etmektedir. Kamunun bilgilendirilmesi ilkesinin yani çevresel bilgiye erişim hakkının iki yönü bulunmaktadır: idarelerin uhdesindeki belgelere erişim hakkı ve kamu kurumları tarafından bilgilendirilme hakkı<sup>59</sup>.

Çevresel bilgiye erişim hakkının tarihi gelişimi ile ilgili olarak, Avrupa Birliği düzenlemeleri bakımından bu konuda 1990 yılında 90/313/CEE sayılı Avrupa Birliği Direktif’i ile çevresel konularda kamunun bilgilendirilmesi ilkesi kabul edilmiştir<sup>60</sup>. Bunun akabinde, 1992 yılında gerçekleştirilen Rio Konferansı ve sonunda kabul edilen uluslararası belgeler<sup>61</sup> sayesinde, kamunun bilgilendirilmesi ilkesi, Avrupa Birliği’nin sınırları dışında da kabul edilmeye başlanmıştır. Bu minvalde Avrupa Konseyi nezdinde 1993 yılında Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Çevresel Zarar İçin Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi’nin (*Lugano Sözleşmesi olarak da bilinir*) kabul edilmesi neticesinde Sözleşmenin 3. Bölümü ile, kamu otoriteleri ile çevre için kamusal sorumluluğu bulunan kuruluşlar tarafından tutulan bilgilere ve işletmeler tarafından tutulan belirli bilgilere erişimin sağlanması bakımından çevresel bilgiye erişim sağlanması yükümlülüğünü getirmiştir<sup>62</sup>. Bunların ardından ise 1998 yılında Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (UN / ECE) öncülüğünde çevresel usulî haklara ayrıntılı olarak yer veren ilk uluslararası antlaşma olarak, çevresel bilgiye erişim hakkını da düzenleyen Aarhus Sözleşmesi- *Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Çevresel Karar Verme Sürecine Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi* kabul edilmiştir<sup>63</sup>.

*make available to the public relevant environmental information.”*  
<https://globalpactenvironment.org/uploads/EN.pdf> , (Çevrimiçi e.t. 07.07.2022).

<sup>59</sup> **Aguila**, Yann: “Le droit à l’information environnementale est-il effectif ?”, Dossier Du Participant, Conférence du Conseil d’Etat, 1 Haziran 2011, s. 1.

<sup>60</sup> Council Directive 90/313/EEC of 7 June 1990 on the freedom of access to information on the environment, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:31990L0313> , (Çevrimiçi e.t. 19.07.2022).

<sup>61</sup> Rio Konferansı ve sonunda kabul edilen uluslararası belgeler şunlardır; Rio Declaration Agenda 21, Convention on Biological Diversity, UN Framework Convention on Climate Change <https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>, (Çevrimiçi e.t. 19.07.2022).

<sup>62</sup> Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, <https://rm.coe.int/168007c079> , (Çevrimiçi e.t. 07.03.2022).

<sup>63</sup> **Sand**, Peter H.: “The right to know: Environmental information disclosure by government and industry.” Conference Human Dimensions of Global Environmental Change: Knowledge for the Sustainability Transition, Cilt: 7, 2002, s. 3.

1950 yılında imzalanan İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS) uygulaması bakımından<sup>64</sup> ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) konuya ilişkin değerlendirmede bulunduğu ilk zamanlardaki 1998 tarihli Guerra ve Diğerleri / İtalya kararında, çevresel anlamda bilgiye erişim özgürlüğünün Taraf Devletler için bilgi toplama ve yayma yükümlülüğü getirmediğini belirtmiş ve başvuruyu Sözleşmenin 10.maddesi kapsamında değil 8.maddesi kapsamında değerlendirmişti<sup>65</sup>. Bu karar ile AİHM'in çevresel bilgilenme hakkını AİHS'in 8. maddesi çerçevesinde dolaylı olarak koruduğu ifade edilmektedir<sup>66</sup>. AİHM daha sonraki içtihadında Sözleşmenin 10. Maddesinin tek başına bireye ne bir kamu otoritesi tarafından tutulan bilgilere erişim hakkı verdiğine ne de Devletin bu tür bilgileri kendisine iletmesini gerektirdiğine dikkat çekmiş ve bilgiye erişim hakkının AİHS kapsamındaki sınırlarını belirlemiştir<sup>67</sup>. AİHM'in 2016 tarihli Magyar Helsinki Bizottság / Macaristan kararına göre AİHS'in 10.maddesi uyarınca böyle bir hak ancak şu koşullarda doğabilir; 1. Bilgilerin ifşasının kesinleşmiş bir yargı kararıyla zorunlu kılındığı durumlarda, 2. Bilgiye erişimin, bireyin ifade özgürlüğü hakkını, özellikle "bilgi alma ve yayma özgürlüğünü" kullanması için araç olduğu ve bunun reddedilmesinin bu hakka müdahale teşkil ettiği durumlarda<sup>68</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile bu anlamda çevresel anlamda bilgiye erişim hakkını kabul

<sup>64</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), AİHS'te çevre hakkı düzenlenmediğinden çevresel konulardaki başvurularda sözleşmede yer alan maddeleri ilgilere göre uyumsuzluğa uygulama yönetimini benimsemiştir. Buna göre AİHM, çeşitli kararlarında çevresel uyumsuzlukları ilgilere göre; AİHS'in yaşam hakkını düzenleyen 2.maddesi, işkence yasağını düzenleyen 3.maddesi, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6.maddesi, özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8.maddesi, ifade özgürlüğünü düzenleyen 10.maddesi, toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen 11.maddesi, etkili başvuru hakkını düzenleyen 13.maddesi, ayrımcılık yasağını düzenleyen 14.maddesi ve mülkiyet hakkını düzenleyen Ek 1 Numaralı Protokolün 1.maddesi uyarınca değerlendirmiştir. European Court of Human Rights, Guide to the case-law of the European Court of Human Rights – Environment, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Environment\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Environment_ENG.pdf) (Çevrimiçi e.t. 11.01.2023), s. 3-4.

<sup>65</sup> AİHM, Guerra ve Diğerleri / İtalya Kararı, Başvuru no. 116/1996/735/932, 19 Şubat 1998 KT. Fakat AİHM çevre kirliliğinin kişilerin özel ve aile hayatını etkileyebileceğini belirterek AİHS'in 8. Maddesi kapsamında değerlendirmede bulunmuş ve somut olayda AİHS'in 8.maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

<sup>66</sup> **Yancı Özalp**, Nihan: "Çevresel Haklara İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yaklaşımı", Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt: 2, Sayı:3, Yıl:2013, s. 83.

<sup>67</sup> European Court of Human Rights, Guide, s. 62.

<sup>68</sup> AİHM, Magyar Helsinki Bizottság / Macaristan, Büyük Daire Kararı, Başvuru No: 18030/11, 8 Kasım 2016 KT., paragraf. 156.

edilmektedir<sup>69</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadının bu gelişimi ve değişimi çevresel bilgiye erişim hakkı açısından önem arz etmektedir; çünkü Mahkeme, sözleşmede yer verilen prensibin “etkili bir başvuru hakkı” ile bağlantısını kurarak çevresel anlamda geniş bir kullanımını sağlamıştır<sup>70</sup>. Çevresel bilgiye erişim konusunda AİHM'in AİHS ile doğrudan ilgi kurduğu bir diğer hak ise yaşam hakkıdır. Yaşam hakkının korunmasında devlete yüklenen pozitif yükümlülüklerden biri de önleyici yasal düzenlemeler getirilmesine ilişkin gerekliliktir; bu kapsamda söz konusu önleyici yasal düzenlemelerin kamunun bilgiye erişimini de garanti altına alması gerektiği<sup>71</sup> ve tehlikeli faaliyetler ve öngörülebilir doğal afetler bakımından bilgiye erişim hakkının, Devletlerin ölümcül bir riske maruz kalan kişilere ilgili bilgileri kendiliğinden sağlama yükümlülüğünü yüklediği<sup>72</sup> AİHM içtihadında belirtilmektedir<sup>73</sup>.

Çevresel bilgiye erişim bakımından Avrupa Birliği hukukunda Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi, 90/313/CEE sayılı Çevresel Bilgiye Erişim Özgürlüğüne İlişkin Direktifi<sup>74</sup> yürürlükten kaldıran yeni “Çevresel Bilgilere Halkın Erişimine İlişkin 2003/4/CE sayılı Direktif”i kabul etmiştir<sup>75</sup>. Önemli bir gelişme olarak, 2003/4/CE sayılı Direktif, çevresel bilgiye erişimi 90/313/CEE sayılı Direktiften farklı olarak “hak” olarak kabul etmekte ve artık sadece “bilgiye erişim özgürlüğü” olarak değerlendirmemektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, 1998 yılında önüne gelen bir uyuşmazlıkta bilgiye erişime ilişkin Avrupa Birliği düzenlemelerinin, Üye Devletlerin çevresel konularda nihai karar vermelerinden önce bireylerin idari belgelere erişme-

<sup>69</sup> European Court of Human Rights, Guide, s. 62 vd.

<sup>70</sup> **Sand**, s. 6; **Romi**, Raphaël: Fascicule 206: Information et Environnement, JurisClasseur Communication, LexisNexis, 8 Ocak 2015.

<sup>71</sup> AİHM, Öneriyıldız / Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30 Kasım 2004 KT., paragraf.90 ve 108; AİHM, Boudayeva and Others / Rusya, Başvuru No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 et 15343/02, 29 Eylül 2008 KT., paragraf. 132 ve 152-155; European Court of Human Rights, Guide, s. 8.

<sup>72</sup> AİHM, L.C.B./ Birleşik Krallık, Başvuru No: 14/1997/798/1001, 9 Haziran 1998 KT., paragraf.38-41; European Court of Human Rights, Guide, s. 8.

<sup>73</sup> European Court of Human Rights, Guide, s. 8-9.

<sup>74</sup> Council Directive 90/313/EEC of 7 June 1990 on the freedom of access to information on the environment, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:31990L0313> (Çevrimiçi e.t. 9.3.2022).

<sup>75</sup> Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003L0004&from=FR> (Çevrimiçi e.t. 9.3.2022).

lerini zorunlu kıldığı yönünde yorum yapmıştır<sup>76</sup>. Avrupa Birliği Adalet Divanı başka bir kararında<sup>77</sup>, Avrupa Birliği Hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün Aarhus Sözleşmesinde yer verilen bilgiye erişim sağlama yükümlülüğü ile bağlantısını açık bir şekilde kabul etmiştir<sup>78</sup>.

Avrupa Birliği nezdinde çevresel bilgiye erişim konusunda önemli bir kurum da Avrupa Çevre Ajansı (European Environment Agency)'dır. 1990 yılında 401/2009 sayılı Tüzük<sup>79</sup> ile kurulan Avrupa Çevre Ajansı çevresel meselelerin iktisadi politikalar ile bir bütün haline getirilmesi, sürdürülebilirliğe geçiş bakımından bilgi akışının sağlanması ve Avrupa Çevre Bilgi ve Gözlem Ağı'nın (European Environment Information and Observation Network – Eionet) koordinasyonu ile görevlendirilmiştir<sup>80</sup>. 401/2009 sayılı Tüzüğün 1.maddesinde Avrupa Çevre Ajansı'nın ve Avrupa Çevre Bilgi ve Gözlem Ağı'nın amacının -o dönemdeki ismiyle- Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun ve üye devletlerin çevreyi korumak için gerekli önlemleri almalarına, bu önlemlerin sonuçlarını değerlendirmelerine ve halkın çevrenin durumu hakkında uygun şekilde bilgilendirilmesini sağlamalarına olanak tanıyan Avrupa düzeyinde nesnel, güvenilir ve karşılaştırılabilir bilgileri sağlamak olduğu düzenlenmiştir. Avrupa Çevre Bilgi ve Gözlem Ağı'nın Türkiye'nin dahil olduğu 38 üyesi bulunmaktadır ve temel görevleri üye devletlerin ulusal kurumları ile birlikte çalışmak ve Avrupa'nın çevresel durumu hakkında bilgi toplayarak bu bilgileri anlamlı halde politika koyucularla paylaşmaktır<sup>81</sup>. Söz konusu kurumların topladıkları çevresel bilgileri ilgili kurum ve kuruluşlarla paylaşma işlevleri dolayısıyla Avrupa kıtasında

<sup>76</sup> ABAD, Mecklenburg vs. Kreis Pineberg Davası, 17 Haziran 1998, Karar No: C-321/96, <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=BA77B31188D36CEAEE4AA3DCA1720D5C?text=&docid=43940&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4448811> (Çevrimiçi e.t. 9.3.2022); **Bünger**, Dirk: Deficits in EU and US Mandatory Environmental Information Disclosure, Springer, 2012, s. 157.

<sup>77</sup> Slovakya'dan yapılan bir ön karar başvurusu buna örnektir: ABAD, Büyük Daire, 15 Ocak 2013, Karar No: C-416/10, paragraf. 88, 89 ve 90, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=132341&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4448811> (Çevrimiçi e.t. 9.3.2022).

<sup>78</sup> **Romi**, Fasc. 206.

<sup>79</sup> Regulation (EC) No 401/2009 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the European Environment Agency and the European Environment Information and Observation Network, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32009R0401> , (Çevrimiçi e.t. 11.01.2023).

<sup>80</sup> Avrupa Çevre Ajansı, “Biz Kimiz”, <https://www.eea.europa.eu/tr/about-us/who> , (Çevrimiçi e.t. 11.01.2023).

<sup>81</sup> Eionet, “What is Eionet?”, <https://www.eionet.europa.eu/> , (Çevrimiçi e.t. 11.01.2023).

yaşayan halkın çevresel meselelere ilişkin doğru, güvenilir ve güncel bilgiye ulaşmaları konusunda temel bir işlevi olduğunu söylemek mümkündür.

Aarhus Sözleşmesi ise, çevresel anlamda çevresel bilgiye erişime ilişkin geniş ve koruyucu bir düzenlemeye yer vermiştir. Aarhus Sözleşmesinin 4. ve 5. maddelerinde, çevresel bilgiye erişim ilkesi detaylı olarak düzenlenmiştir. Çevresel bilgiye erişim ilkesinin istisnaları ve sözleşmeye taraf devletlerin bilginin toplanması ve paylaşılması ile ilgili yükümlülükleri listelenerek belirtilmiştir. Sözleşmenin 4.maddesinde çevresel bilgilerin bir menfaat şartını yerine getirmesi beklenmeksizin ve ilgisi olup olmadığına bakılmaksızın talep eden tüm kişilere verilmesi öngörülmüş, talep edilen çevresel bilgilerin mümkün olan en kısa zamanda ve en fazla 1 ay içinde (bilginin karmaşık ve kapsamlı olması halinde en fazla 2 ay içinde) bireylere sunulması gerektiği düzenlenmiştir<sup>82</sup>. Sözleşmede aynı zamanda çevresel bilginin sözleşme kapsamında tanımına<sup>83</sup> ve çevresel bilginin talep edilebileceği resmi makamlara<sup>84</sup> yer verilmiştir. Söz konusu tanımlarda dikkat çe-

<sup>82</sup> Güneş, Aarhus Sözleşmesi, s. 306.

<sup>83</sup> Aarhus Sözleşmesi'nin 2.maddesinin 3.fikrasında yer alan çevresel bilgi tanımının tercümesi şu şekildedir; ““Çevresel Bilgi” yazılı, görsel, işitsel, elektronik ya da diğer herhangi bir somut formdaki bütün bilgiler anlamına gelmektedir. Bu bilgiler;

a. Genetik olarak değişikliğe uğramış organizmalar dahil olmak üzere hava, atmosfer, su, toprak, kara, peyzaj ve doğal sitler, biyolojik çeşitlilik ve bileşenleri gibi çevre elemanlarının durumu ve bu elemanlar arasındaki karşılıklı etkileşim,

b. (a) paragrafının kapsamı içindeki çevre elemanlarını etkileyen ve muhtemelen etkileyecek olan enerji, gücü, radyasyon ve idari önlemler, çevresel anlaşmalar, politikalar, mevzuat, planlar ve programlar, çevresel karar verme süreci içerisinde kullanılan fayda-maliyet analizi, diğer ekonomik analizler ve çevresel karar verme sürecinde kullanılan varsayımlar,

c. Çevre elemanları tarafından ya da bu elemanlar aracılığıyla (b) alt paragrafı içerisinde sözedilen faktörler, faaliyetler ya da önlemler tarafından etkilendiği ya da etkilenebileceği kadarıyla insan sağlığı ve güvenliği, insan hayatının, kültürel sitlerin ve inşa edilmiş yapıların durumu, hakkında olabilir.” Özkaya Özlüer, İlgin: Çevresel Konularda Bilgiye Erişim Rehberi ve Aarhus Sözleşmesi, Ekoloji Kolektifi Derneği, Ankara 2018, s. 10.

<sup>84</sup> Aarhus Sözleşmesi'nin 2.maddesinin 2.fikrasında yer alan çevresel bilgiyi vermekle yükümlü kamu otoritelerinin tercümesi şu şekildedir; “a. Ulusal, bölgesel ve diğer düzeylerdeki hükümet,

b. Çevre ile ilgili olarak özel görevler, faaliyetler ya da hizmetler dahil olmak üzere ulusal mevzuat çerçevesinde kamu idari işlevlerini yerine getiren gerçek ya da tüzel kişiler,

c. Yukarıdaki (a) ve (b) alt paragrafların içerisine giren herhangi bir kuruluş/kişinin kontrolü altında çevreyle ilişkili olarak kamu sorumluluklarına ya da işlevlerine sahip olan ya da kamu hizmetleri sağlayan gerçek ya da tüzel kişi,

kici bir husus olarak, çevresel bilgi tanımının klasik tanımlara nazaran daha geniş şekilde ele alındığı (genetiği değiştirilmiş organizmalar, kültürel sitler ve ekonomik analizlerin de dahil edilmesi gibi) gösterilmekte ve çevresel bilgileri sunmakla yükümlü kılınan kamu otoriteleri açısından da -her ne kadar yasama ve yargı erkleri bu kamu otoritelerine dahil edilmese de- kamu hizmeti yürüten özel hukuk kişilerinin ve sözleşmeye taraf olan bölgesel örgütlerin de dahil edilmesi nedeniyle geniş kapsamlı bir düzenlemeye yer verildiği belirtilmektedir<sup>85</sup>. Bunun yanında bireylerin çevresel bilgiye erişim taleplerinin ilgili kurumlarca reddedilebileceği haller de Sözleşmenin 4.maddesinin 3<sup>86</sup>.ve 4<sup>87</sup>.fıkralarında tahdidi olarak düzenlenmiştir<sup>88</sup>. Ayrıca Söz-

---

*d. Bu Sözleşmeye taraf olan, 28 Mart 1947 tarihli 36 (IV) sayılı Ekonomik ve Sosyal Konsey kararının 8 ve 11'inci paragraflarına göre Avrupa Ekonomik Komisyonunda danışman statüsüne sahip olan Devletler ve üye devletlerinin, bu Sözleşme tarafından yönetilen konular üzerinde yetkilerini aktardıkları Avrupa Ekonomik Komisyonunun egemen devletleri tarafından oluşturulan, bölgesel ekonomik entegrasyon organizasyonları kurumlarıdır.” Özkaya Özlüer, s. 9.*

<sup>85</sup> Güneş, Aarhus Sözleşmesi, s. 307-308; Özkaya Özlüer, s. 9.

<sup>86</sup> Aarhus Sözleşmesi'nin çevresel bilgiye erişim talebinin ret nedenlerine ilişkin 4.maddesinin 3.fikrasının tercümesi şu şekildedir; “(a) Başvurunun yapıldığı resmi makam kendisinden istenilen bilgiye sahip değilse,

(b) Talep, açık, anlaşılır veya çok genel bir şekilde formüle edilmişse,

(c) Talep, halen oluşturulmakta olan bir materyal ile ilgili ise veya resmi makamların içyapısını ilgilendiriyorsa ya da kamu yararı düşünülerek ulusal mevzuat çerçevesinde veya uygulamada kabul edilmiş bir istisnaya ilişkin ise, yapılan çevresel bilgi talebi reddedilebilir.” Güneş, Çevresel Bilgiye Erişim, s. 31.

<sup>87</sup> Aarhus Sözleşmesi'nin çevresel bilgiye erişim talebinin ret nedenlerine ilişkin 4.maddesinin 4.fikrasının tercümesi şu şekildedir; “(a) Ulusal mevzuat uyarınca resmi makamlar için gizliliğin öngörüldüğü haller,

(b) Uluslararası ilişkilerin, ulusal savunma veya kamu güvenliği konularının olumsuz etkilenebileceği durumlar,

(c) Yargısal sürecin işleyişinin, kişinin adil yargılama hakkının veya resmi bir makamın ceza ya da disiplin soruşturmalarını yürütme imkânının olumsuz etkilenebileceği durumlar,

(d) Meşru ekonomik çıkarları korumak amacıyla hukuken korunan ticari ve işletme sırlarının olumsuz etkilenebileceği durumlar,

(e) Fikri mülkiyet haklarının olumsuz etkilenebileceği haller,

(f) Ulusal hukuk uyarınca bu tür bilginin gizliliği ilkesi kabul edildiği ve kişilerin kamuya açılmasına rıza göstermediği hallerde, gerçek kişilere ait kişisel verilerin veya dosyaların gizliliği,

(g) Hukuken böyle bir yükümlülük altında bulunmamasına rağmen bu bilgiyi sağlayan üçüncü bir kişinin menfaatlerinin zarar görebileceği durumlarda, bu kişinin söz konusu materyalin açıklanmasına rıza göstermemesi,

leşmede, Sözleşmenin 4.maddesinin 4.fikrasında düzenlenen ret sebeplerinin kamu yararı ve sera gazı emisyonları ile ilgisi dikkate alınarak dar bir şekilde yorumlanacağı belirtilmiştir. Bunlara ek olarak, Sözleşmenin 5.maddesinde çevresel bilgiye erişim hakkının kolay ve etkili şekilde kullanılabilmesi için kapsam dahilindeki kamu otoritelerine ayrıntılı şekilde yükümlülükler yüklenmiştir; bunlara örnek olarak, söz konusu kamu otoritelerinin görev alanlarına ilişkin olan çevresel bilgileri toplama, güncel halde bulundurma, bunlara ilişkin elektronik veritabanı hazırlama ve bu veritabanını bireylerin kullanımına sunma, özel hukuk kişilerinin faaliyetleri nedeniyle oluşan çevresel etkiler hakkında bireyleri sürekli olarak bilgilendirme ve tüketicilerin bilgilendirilmesi için eko-etiketleme mekanizmalarını oluşturma yükümlülüğü öngörülmüştür<sup>89</sup>. Sözleşmenin taraf devletlerde uygulanmasına ilişkin etkili bir uygulama örneği olarak Fransa, Aarhus Sözleşmesi'nin iç hukukuna doğrudan etkisini kabul etmiş ve doğrudan etkinin kabul edilmesi ile, bilgiye erişimin sağlanması yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda idari makamların ya da ilgili kamu görevlilerinin yaptırıma uğraması sonucunu hukuk sisteminde kabul etmiştir<sup>90</sup>.

Çevre İçin Küresel Antlaşma Taslağı'nda Aarhus Sözleşmesinden farklı olarak bilgiye erişim ilkesine, genel olarak ilkenin ortaya konulması ile sınırlı olarak yer verilmiştir. Aarhus Sözleşmesi gibi Çevre İçin Küresel Antlaşma Taslağı'nda bu ilkeye taslağın 9. maddesinde açıkça bir hak olarak yer verilmektedir. Aarhus Sözleşmesi'nin "Genel Hükümler" başlıklı 3.maddesinde çevresel bilgiye erişim, bir hak olarak ifade edilmiş ve ilgili maddeler olan 4. ve 5.maddelerde bilgiye erişilmesine ilişkin taraf devletlerin yükümlülüklerine yer verilmiştir. Çevre İçin Küresel Antlaşma Taslağı metninde çevresel bilgiye erişimin hak olarak tanınması Aarhus Sözleşmesi'ne paralel şekilde devam ettirilmektedir.

Çevre İçin Küresel Antlaşma Taslağı'na göre, bilgiye erişim hakkından yararlanan süje olarak yalnızca yöre halkı gösterilmemiş, herhangi bir ilgi ya da menfaat gösterme gereği duyulmaksızın, tüm bireyler ve sivil toplum kuruluşlarının çevresel bilgiye erişim hakkından yararlanabileceği belirtil-

(h) *Nadir türlerin üreme alanları gibi talep konusu çevresel öğelerin olumsuz etkilenebileceği haller.* " Güneş, Çevresel Bilgiye Erişim, s. 31.

<sup>88</sup> Güneş, Aarhus Sözleşmesi, s. 309.

<sup>89</sup> Silina, Mara (Ed.): Aarhus Sözleşmesi: Çevresel Demokrasi İçin Rehberiniz, Avrupa ECO Forumu, 2011, (Çev. Esra Başak), s. 10; Güneş, Çevresel Bilgiye Erişim, s. 32.

<sup>90</sup> Genetiği değiştirilmiş organizmalar konusunda Clermont-Ferrand İdare Mahkemesinin, Genetik Mühendisliği Araştırma ve Bilgilendirme Komitesi Üyesinin başvurusu üzerinde verdiği, 4 Mayıs 2006 tarihli kararı buna örnektir; Bkz. Romi, Fasc. 206.

miştir. Bu durum da Aarhus Sözleşmesinde benimsenen düstur ile paralellik göstermektedir ve bu kazanımları korumaktadır<sup>91</sup>.

Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağında çevresel bilgiye erişim hakkı ile ilgili olarak Antlaşma taslağının çevresel eğitime ilişkin 12.maddesinde de düzenlemelere yer verilmiştir. Antlaşma taslağının 12.maddesi şu şekildedir; “*Taraflar, herkese çevreyi koruma ve iyileştirme konusunda sorumlu bir davranış aşlamak için, çevre eğitiminin mümkün olduğu ölçüde genç kuşak üyelerine olduğu kadar yetişkinlere de öğretilmesini sağlayacaklardır.*

*Taraflar, çevresel konularda ifade ve bilgi özgürlüğünün korunmasını sağlayacaklardır. Taraflar ekosistemler ve çevreyi koruma ve muhafaza etme ihtiyacı hakkında eğitici nitelikteki bilgilerin kitle iletişim araçlarıyla yayılmasını desteklerler.*”<sup>92</sup>

Söz konusu madde gelecek kuşakların genel olarak çevre bilinci edinmesini ve çevresel eğitici bilgileri almasını sağlamak ve aynı zamanda çevresel konularda ifade özgürlüğünü temin etmek açısından Antlaşma taslağının bilgi edinme hakkını düzenleyen 9.maddesini tamamlayan bir niteliktedir. Bu bakımdan söz konusu maddeye yer verilmesi olumlu bir unsurdur.

Yukarıda ele alındığı üzere çevresel anlamda bilgiye erişim hakkı ya da özgürlüğü, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi gibi bölgesel örgütler çerçevesinde kabul edilen bağlayıcı hukuki metinlerle ve AİHM örneğinde görüldüğü üzere yine bölgesel düzeyde fakat içtihat yolu ile tanınır korunmaktadır. Bunun yanında küresel ölçekte Rio Bildirgesi gibi Birleşmiş Millet-

<sup>91</sup> Aarhus Sözleşmesinin 3.Maddesinin son fıkrasında bu yöndeki iradeye şu şekilde açıkça yer verilmiştir; “*Bu Sözleşmenin ilgili hükümleri kapsamında, halk, vatandaşlık, uyruk veya ikamet yeri ayrımı olmaksızın ve başvuranın bir tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişinin resmi merkezinin veya faaliyetlerinin yoğunlaştığı merkezin nerede olduğu konusunda ayırım gözetilmeksizin, çevresel konularda bilgiye erişim, karar alma süreçlerine katılma ve adalete erişim olanağına sahip olacaktır.*”

<sup>92</sup> Antlaşma taslağının orijinal metninin İngilizce versiyonunda 12.madde şu şekildedir: “*The Parties shall ensure that environmental education, to the greatest possible extent, is taught to members of the younger generation as well as to adults, in order to inspire in everyone a responsible conduct in protecting and improving the environment. The Parties shall ensure the protection of freedom of expression and information in environmental matters. They support the dissemination by mass media of information of an educational nature on ecosystems and on the need to protect and preserve the environment.*” “*Article 9 Access to information; Every person, without being required to state an interest, has a right of access to environmental information held by public authorities. Public authorities shall, within the framework of their national legislations, collect and make available to the public relevant environmental information.*” <https://globalpactenvironment.org/uploads/EN.pdf> , (Çevrimiçi e.t. 20.01.2023).



lerin öncülüğünde kabul edilen *soft law* belgeleri ile korunmaya çalışılmaktadır. Bu bakımdan Çevre İçin Küresel Antlaşma Taslağında bilgiye erişim hakkı, Antlaşma Taslağının yola çıkış gayesi olan kapsayıcılık özelliğini desteklemektedir. Belirli bir alana özgülenmeme amacı ile uygun olarak söz konusu çevresel usuli hak genel olarak düzenlenmiş ve bireylere tanınmış olmakta fakat Aarhus Sözleşmesinde ya da Avrupa Birliği Direktiflerinde olduğu gibi ayrıntıları ile düzenlenmemiştir. Aslında bu tutum yine Antlaşma Taslağının amaçlarından olan küresel ölçekli, konu bakımından kapsayıcı ve aynı zamanda hukuken bağlayıcı bir metin oluşturması gayesi ile örtüşmektedir. Söz konusu genel düzenlemenin her hukuk sisteminden taraf devletçe uygulanabilir ve hukuk sistemine adapte edilebilir şekilde genel bir madde ile düzenlendiği anlaşılmaktadır. Böylece her taraf devlet söz konusu metnin gereklerini hukuk sistemine uygun şekilde düzenleyerek yerine getirme imkanına sahip olacaktır.

## 2. Katılım Hakkı

Katılım hakkı, halkın katılımı ilkesi ve ilkenin yararlanan öznesi açısından değerlendirildiğinde çevreye ilişkin kararların alınması sürecinde halkın görüş bildirme hakkını düzenler<sup>93</sup>. Halkın katılımı ilkesi bireyler için devletin pozitif bir yükümlülüğünü içerdiğinden bir hak kaynağı olsa da aynı zamanda bireyler için bir görev kaynağıdır; çünkü çevrenin korunması konusunda yürütülen idari süreçlere bireyler açısından bir katılım yükümlülüğünü gerektirmektedir<sup>94</sup>. Çevresel konularda katılım hakkı açısından katılım biçimleri tepki/danışma ve hazırlık çalışmaları, çevresel etki değerlendirmesi süreci ve çevresel kararlara ve yönetime katılma olarak öğretide ayrılmaktadır<sup>95</sup>.

Çevresel konularda katılım ilkesine Türk Hukukunda 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun "İlkeler" başlık 3.maddesinde yer verilmiştir, "*Çevre politikalarının oluşmasında katılım hakkı esastır. Bakanlık ve yerel yönetimler; meslek odaları, birlikler, sivil toplum kuruluşları ve vatandaşların çevre hakkını kullanacakları katılım ortamını yaratmakla yükümlüdür.*" Bunun yanında 2872 sayılı Kanunun 9.maddesinde "*biyolojik çeşitliliği koruma ve kullanım esaslarının yerel yönetimlerin, üniversitelerin, sivil toplum kuruluşlarının ve ilgili diğer kuruluşların görüşleri alınarak belirleneceği*" dü-

<sup>93</sup> Turgut Yılmaz, s. 149.

<sup>94</sup> Jamay, Florence: Fascicule 2440: Principe de Participation, JurisClasseur Environnement et Développement durable, LexisNexis, 1 Şubat 2016.

<sup>95</sup> Kaboğlu, s. 155 ve devamı.

zenlenmiştir. Bu bakımdan hukukumuzda kanun düzeyinde çevresel katılım hakkına yer verilmektedir.

Çevresel katılım ilkesine somut olarak yer verilen alanlardan biri de çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) sürecidir. ÇED sürecinde genel olarak; ön inceleme aşamasına, kapsam belirleme aşamasına, ÇED raporunun hazırlanma aşamasına, ÇED raporlarının incelenmesi aşamasına, karar verme aşamasına ve izleme-denetleme aşamasına katılımın mümkün olduğu belirtilmektedir<sup>96</sup>. Mevzuatımızda ikincil düzenlemeler bakımından bu yöndeki düzenleme Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin 9.maddesinde öngörülen "Halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı toplantısı"dır. Söz konusu düzenlemeye göre, halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı toplantısı çevresel etki değerlendirmesi sürecine tabi yatırımlar bakımından halkın bilgilendirilmesini, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüklerinin belirlediği merkezi bir yerde ve önceden duyurulan bir saatte halk ile yetkili kamu kurumunun ve proje sahibinin bir araya gelmesini sağlayan ve halkın proje hakkında görüş ve önerilerinin alınmasına olanak sağlayan bir toplantıdır. Bunun yanında aynı madde gereğince, proje sahibinin ÇED başvuru dosyası ile birlikte "paydaş katılım planı" hazırlama ve sunma yükümlülüğü bulunmaktadır, ayrıca Bakanlık gerekli gördüğünde proje ile ilgili anket, seminer ya da bilgilendirici doküman hazırlanmasını da talep edebilmektedir. ÇED sürecinde katılım ilkesinin uygulanması açısından, halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı toplantısına ek olarak Yönetmeliğin 11.maddesinin 4.fıkrasında ilgililerin ÇED raporunun ilan edilmesinden sonra rapora ilişkin görüşlerini idareye iletebileceği ve bu görüşlerin idarece dikkate alınarak rapora yansıtılacağı düzenlenmiştir<sup>97</sup>. ÇED sürecinde projelerin çevreye etkileri konusunda halkın katılımının ayrıntılı bir şekilde yönetmelikte yer verilmesi katılım hakkının sağlanması açısından olumlu olmakla birlikte, kanunun yukarıda verilen 3.ve 9.maddeleri açısından çevre politikalarının oluşturulmasındaki katılıma ilişkin ayrıntılı ikincil düzenleyici hükümlere mevzuatta daha fazla yer verilmesi ve yalnızca sivil toplum örgütleri ya da meslek örgütlerinin değil halkın da katılımının temin edilmesi çevresel katılımcı demokrasinin sağlanması için faydalı olacaktır<sup>98</sup>. Bunun yanında çevresel konularda katılım hakkı açısından Hava Kalitesi Değerlendirme ve Yönetimi Yönetmeliği<sup>99</sup>nde de halkın katılımına ilişkin bir hükme

<sup>96</sup> **Saygılı**, Abdurrahman: Çevre Hukuku Açısından Çevresel Etki Değerlendirmesi, İmaj Yayınevi, Ankara 2007, s. 214-217.

<sup>97</sup> **Saygılı**, s. 309.

<sup>98</sup> **Güneş**, Aarhus Sözleşmesi, s. 324.

<sup>99</sup> Resmî Gazete Tarihi: 06.06.2008 Resmî Gazete Sayısı: 26898.

yer verilmiştir. Yönetmeliğin 10.maddesinin 10.fıkrası uyarınca temiz hava planlarının hazırlanması bakımından halkın katılımının sağlanacağı ve planın kamuoyuna sunulacağı düzenlenmiştir. Hava Kalitesi Değerlendirme ve Yönetimi Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılan Hava Kalitesinin Korunması Yönetmeliği'nde hava kalitesini etkileyecek projeler bakımından halkın projeye ilişkin görüşlerini ve itirazlarını sunmasını sağlamak üzere ÇED sürecindeki gibi ayrıntılı hükümlere yer verilmişti, fakat bu hükümlere Hava Kalitesi Değerlendirme ve Yönetimi Yönetmeliği'nde yer verilmemiştir.

Yerel yönetimler açısından da alınan kararlara halkın katılımı kentli haklarından sayılmaktadır ve sağlıklı kent alanlarının oluşturulması ve çevrenin korunması için karar aşamalarına halkın katılımının zorunlu bir unsur olduğu kabul edilmektedir<sup>100</sup>. Bu doğrultuda imar planları ve koruma amaçlı imar planları insanların yaşam alanlarının planlanmasında ve düzenlenmesinde önemli bir yer tutmakta ve bölgesel olarak nüfus yoğunluğunun planlanması, özellikle parklar, bahçeler, sosyal donatı alanları, doğal sit alanları gibi doğal yaşamın korunması ve sanayi alanlarının konut alanlarına yakınlığının planlanması gibi insan sağlığının korunması -özellikle hava kirliliğinin engellenmesi gibi- açısından çevre için imar planlarının önemi yadsınmaz niteliktedir. Bu minvalde katılım ilkesinin ve katılımcı demokrasinin mevzuatımızdaki bir yansıması da 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8.maddesinin (b) bendinde bulunmaktadır<sup>101</sup>. Söz konusu hükme göre belediyeler imar planlarını hazırladıktan sonra planları belirledikleri yerlerde ve internet sitesinde ilan etmek ve bir ay süre ile askıda tutmakla yükümlüdürler. Bu ilan süresi içinde imar planına kişilerce itiraz edilebilmekte ve süre sonunda belediye meclisi itirazları inceleyerek kesin karar vermektedir. Söz konusu usulde halkın imar planının yapımından sonra katılımının sağlanması, imar planının yapım sürecinde bir katılım usulünün öngörülmemesi yeterli bulunmamakta ve eleştirilmektedir<sup>102</sup>. Bunun yanında Koruma Amaçlı İmar Planları ve Çevre Düzenleme Projelerinin Hazırlanması, Gösterimi, Uygulanması, Denetimi ve Müelliflerine İlişkin Usul ve Esaslara Ait Yönetmelik<sup>103</sup>,te koruma amaçlı imar planlarının hazırlanması sırasında ilgili idare tarafından meslek odalarının, sivil toplum kuruluşlarının, üniversitelerden temsilcilerin, o alanda yaşayan halkın ve o alandaki işyeri sahipleri ile etki-

<sup>100</sup> **Koçak**, Burak: "Ulusal ve Uluslararası Hukuk Sisteminde Kentli Hakları ve Katılım", Kent Akademisi Dergisi, Cilt: 12 Sayı: 1, Bahar, 2019, s. 110.

<sup>101</sup> **Sancakdar**, Oğuz: İmar Hukuku, Soru Bankası Yayınları, İzmir 2020, s. 94-95.

<sup>102</sup> **Sancakdar**, s. 94-95.

<sup>103</sup> Resmî Gazete Tarihi: 26.07.2005 Resmî Gazete Sayısı: 25887.

lenen yerel halkın katılımını sağlayan en az iki toplantı yapılması öngörülmekte iken, 2017 yılında Yönetmelikte yapılan değişiklikle söz konusu hüküm kaldırılmıştır<sup>104</sup>. Koruma amaçlı imar planlarının özellikle doğal sit alanları açısından çevrenin korunması işlevi<sup>105</sup> göz önünde bulundurulduğunda böyle bir düzenlemenin ilga edilmesi çevresel konularda halkın katılımı ilkesi açısından bir geri adım niteliğindedir.

Uluslararası belgeler kapsamında katılım ilkesine, 1972 tarihli Stockholm Deklarasyonu'nun yalnızca halkın bilgilendirilmesi ve eğitimini düzenleyen 19 numaralı ilkesinde yer verilmiştir<sup>106</sup>. 1982 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Dünya Doğa Şartı ise bu ilkeyi daha açık bir dille şu şekilde ortaya koymuştur: “Herkes, ... çevresini doğrudan ilgilendiren kararların alınmasına, bireysel olarak veya başka kişilerle birlikte katılma imkanına sahiptir...”<sup>107</sup>”<sup>108</sup>.

1992 tarihli Rio Deklarasyonunun 10 numaralı İlkesinde, katılım ilkesi büyük bir netlikle şu şekilde düzenlenmiş ve korunmuştur: “Çevresel meseleleri ele almanın en iyi yöntemi, ilgili tüm vatandaşların uygun düzeyde katılımını sağlamaktır. Ulusal düzeyde, her birey, topluluktaki tehlikeli maddeler hakkında bilgiler de dahil olmak üzere kamu makamları tarafından tutulan çevresel bilgilere erişebilmeli ve karar alma süreçlerine katılma imkanına sahip olmalıdır. Devletler, bilgileri halkın bilgisine açık kılarak halkın bilinçlendirilmesini ve katılımını kolaylaştırmalı ve teşvik etmelidir”<sup>109</sup>”.

<sup>104</sup> Sancakdar, s. 95.

<sup>105</sup> Sancakdar, Oğuz/Yağcı, Pınar/Taşyıldız, Şükür/Çırak, Ezgi: Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 388-389.

<sup>106</sup> UNEP, Stockholm Declaration, <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf>, (Çevrimiçi e.t. 19.07.2022).

<sup>107</sup> Dünya Doğa Şartının 23. Maddesinin ilgili kısmı İngilizce resmi dilinde şu şekildedir: “All persons ... shall have the opportunity to participate, individually or with others, in the formulation of decisions of direct concern to their environment, ...”, <https://digitallibrary.un.org/record/39295>, (Çevrimiçi e.t. 19.07.2022).

<sup>108</sup> Jamay, Fasc. 2440.

<sup>109</sup> Deklarasyonun İngilizce resmi dilinde hüküm şu şekildedir: “Environmental issues are best handled with the participation of all concerned citizens, at the relevant level. At the national level, each individual shall have appropriate access to information concerning the environment that is held by public authorities, including information on hazardous materials and activities in their communities, and the opportunity to participate in decision-making processes. States shall facilitate and encourage public awareness and participation by making information widely available. Effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy, shall be provided.”, [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_CONF.151\\_26\\_Vol.I\\_Declaration.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf), (Çevrimiçi e.t. 19.07.2022).

Ancak, Fransız Danıştay'ının belirttiği gibi, Stockholm ve Rio Deklarasyonlarının, Dünya Doğa Şartının ve Avrupa Çevre ve Sağlık Şartının iç hukukta hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Çünkü bu uluslararası belgeler Aarhus Sözleşmesinden farklı olarak yasal olarak bağlayıcı metinler değildir<sup>110</sup>.

Aarhus Sözleşmesi, Rio Deklarasyonu gibi çevre hakkının bir insan hakkı olarak kabul edilmesini sağlar<sup>111</sup>. Aarhus Sözleşmesinin uygulama alanı ile ilgili olarak, Sözleşme, enerji, maden, kimya endüstrileri gibi çevreye yönelik önemli etkileri olabilecek belirli faaliyetlere yönelik ruhsat ve izin prosedürlerine ve bu faaliyetlere ilişkin diğer kararlara (Madde 6), çevre ile ilgili her seviyedeki plan, program ve politikaların hazırlanmasına (Madde 7) ve çevreye yönelik önemli etkileri olabilecek genel düzenleyici işlemlerin ve genel olarak bağlayıcı normatif hukuki araçların oluşturulmasına (madde 8) ilişkin kararlarda halkın katılımı ilkesine uyulmasını bir zorunluluk olarak düzenlemiştir<sup>112</sup>. Aarhus Sözleşmesi kapsamında alınacak çevresel karardan etkilenenler, etkilenme ihtimali olanlar ve söz konusu çevresel meseleye ilgi duyan kişiler<sup>113</sup> yukarıda belirtilen kararlar bakımından çevresel karar alma sürecine katılabilir, bu noktada kamu otoritelerinin halkın karar alma süreçlerine katılmasını sağlamak üzere çeşitli yol ve yöntemlere ilişkin hukuk kurallarını -toplantı şekli, zamanı, görüşlerin iletilme usulü gibi - ayrıntılı olarak hazırlaması ve halkın katılımı sonucunda alınan kararları gerekçeleri ile birlikte halka duyurması gerekmektedir<sup>114</sup>. Bunların yanında Sözleşmeye göre halkın katılımının sağlanması gereken kararlar hakkında ilgili kararın ya da faaliyetin olası çevresel etkileri, bu etkilerin giderilmesine yönelik alınacak tedbirler, alınacak olası karar, kararın alternatifleri, ilgili bilgilerin edinilebileceği ve görüşlerin iletilebileceği kamu kurumu gibi önemli bilgilerin kamuoyu ile paylaşılması gerekmektedir<sup>115</sup>.

<sup>110</sup> Conseil d'Etat (Fransız Danıştay), 6 Haziran 2007 tarih ve 292942 sayılı *Cne Grosloy et al.* kararı.

<sup>111</sup> **Jamay**, Fasc. 2440.

<sup>112</sup> **Prieur**, Michel: Droit de l'Environnement, Droit Durable, Editions Bruylant, Bruxelles 2014, s. 112; **Özkaya Özlüer**, s. 14.

<sup>113</sup> Aarhus Sözleşmesinin halkın katılımı ilkesine ilişkin hükümlerinde katılım hakkın öznesi olarak "public concerned" yani "ilgili halk/kamu" ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadenin anlamı açısından; Özkaya Özlüer ilgi duyan kişilerin de karar alma sürecine katılabileceğini belirtirken, bu görüşten farklı olarak Güneş, Aarhus Sözleşmesi'nde öngörülen katılım ilkesi kapsamında herkesin değil yalnızca alınacak karardan somut olarak etkilenecek kişilerin karar alma sürecine katılabileceğini ifade etmiştir. **Güneş**, Aarhus Sözleşmesi, s. 312; **Özkaya Özlüer**, s. 14.

<sup>114</sup> **Özkaya Özlüer**, s. 14.

<sup>115</sup> **Silina**, s. 12.

Aarhus Sözleşmesinin 8. maddesine göre katılım, “seçenekler hala açık olduğu süre”<sup>116</sup> yani halkın karar alma sürecinde aktif rol almasına uygun olan erken bir aşamada düzenlenmeli, halkın etkin katılımının sağlanması için yeterli zaman göz önünde tutulmalı ve katılım sırasında mevcut bulunan bilgilere ücretsiz erişim ve inceleme imkânı sağlanmalıdır<sup>117</sup>. Çevre İçin Küresel Antlaşma ile Aarhus Sözleşmesi halkın karar alma sürecine erken bir zamanda katılmasının sağlanması açısından benzerlik taşımaktadır.

Avrupa Birliği düzeyinde, halkın katılımı ile ilgili olarak, 2003/35/CE sayılı Direktif halkın katılımı ve adalete erişimi düzenlemektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa Birliği direktiflerinin hükümlerinin “Aarhus Sözleşmesi ışığında yorumlanması gerektiğini” özellikle belirtmektedir<sup>118</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çevresel konularda karar verme süreçlerine katılım bakımından AİHS madde 8 çerçevesinde gerçekleştirdiği değerlendirmelerde, 8. maddenin katılım hakkı için açık bir usuli gereklilik içermemesine rağmen, karar verme sürecinin adil olması ve 8. madde tarafından korunan bireyin çıkarlarına gereken saygıyı gösterecek şekilde olması gerektiğine işaret ederek kamusal makamların ilgili politika veya karar verme prosedürü boyunca bireylerin görüşlerinin ne ölçüde dikkate alındığını gözetmesi ve mevcut usule ilişkin güvenceler dahil olmak üzere tüm usuli hususları dikkate alması gerektiğini belirtmektedir<sup>119</sup>. AİHM, bazı kararlarında Aarhus Sözleşmesine doğrudan atıfta bulunarak<sup>120</sup>, taraf Devletlerin karmaşık çevresel politika konularını belirlemesi gerektiğinde, karar verme sürecinde şu hususlara dikkat etmesi gerektiğini belirtmektedir,

- Önleme ve değerlendirmeyi göz önünde bulundurarak uygun araştırmaları ve çalışmalarını dahil etmek,
- Bu tür çalışmaların sonuçlarını ve maruz kaldıkları tehlikeyi değerlendirmelerini mümkün kılacak bilgileri halkın erişimine açmak,

<sup>116</sup> Sözleşmenin 8. maddesinin İngilizce resmi dilinde şu şekilde yer almaktadır: “and while options are still open”. <https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>, (Çevrimiçi e.t. 19.07.2022).

<sup>117</sup> Güneş, Aarhus Sözleşmesi, s. 311.

<sup>118</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanının, 12 Mayıs 2011 tarih ve C-115/09 sayılı *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland* kararı, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=82053&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3053985>, (Çevrimiçi e.t. 22.07.2022).

<sup>119</sup> European Court of Human Rights, Guide, s. 53.

<sup>120</sup> AİHM, Tatar/Romanya, B.No: 67021/01, 27.01.2009, paragraf 118; AİHM, Grimkovskaya/Ukrayna, 21.10.2011, B.No: 38182/03, paragraf 69; AİHM, Di Sarno ve Diğerleri/İtalya, B.No: 30765/08, 10.01.2012, paragraf 107), European Court of Human Rights, Guide, s. 53.

- İlgili kişilerin kanun yollarına başvurmasını sağlamak<sup>121</sup>.

Çevre İçin Küresel Antlaşma Taslağının 10. maddesi uyarınca ise çevresel konularda katılım hakkı şu şekilde düzenlenmiştir: “Herkesin, kamusal makamların çevre üzerinde önemli bir etkiye sahip olabilecek karar, önlem, plan, program, faaliyet, politika ve kural koyucu enstrümanları hazırlama safhasına uygun bir aşamada ve seçenekler halen açıkken katılım hakkı vardır .”<sup>122</sup>

Aarhus Sözleşmesi, katılım ilkesini 6., 7. ve 8. maddelerinde detaylı olarak düzenlemiştir. Katılımın uygun bir şekilde sağlanabilmesi için gerekli yöntemler ve tarafların yükümlülükleri sözleşme metninde listelenmiştir. Ancak, Çevre İçin Küresel Antlaşma genel olarak ilkenin antlaşma metninde ortaya konması ile sınırlı kalmıştır. Çevre İçin Küresel Antlaşma aynı zamanda Aarhus Sözleşmesi gibi uygun bir katılımın sağlanması ve bireylerin fikirlerinin belirtilmesi açısından açık seçeneklerin bulunması şartlarının yerine getirilmesi koşulunu getirmiştir. Bu açıdan iki uluslararası metin arasındaki fark şu şekildedir; Aarhus Sözleşmesi, hazırlanması sırasında halkın katılımının sağlanması gereken kuralın “çevre üzerinde önemli bir etkiye sahip olabilecek olması” gerektiğini belirtmesinin yanında ayrıca doğrudan belirli faaliyetleri sayarak -bu faaliyetlerin önemli etkisi olduğu varsayımı ile- bu faaliyetlerden önce halkın katılımını zorunlu kılmıştır. Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağı ise böyle bir faaliyet sayma yönetime başvurmaksızın katılım hakkının kullanılması için yalnızca ilgili karar ya da faaliyetin “çevre üzerinde önemli bir etkisi olabilecek olması”nı şart koşturmaktadır. Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağında yer verilen bu ifadenin değerlendirilmesiyle ilgili olarak ulusal mahkemelerin yorumlaması açısından bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca söz konusu uluslararası belgelerin ikisinde de halkın katılımı bir hak olarak düzenlenmiştir.

### 3. Yargıya (Adalet) Erişim Hakkı

Çevresel konularda yargıya (adalet) erişim, çevresel usuli hakların üçüncü sütunu olarak kabul edilir. Bu hakkın varlığı diğer iki usuli hakkın etkinliğini sağlar. Bu ilke, çevreye olumsuz etkileri olan/olabilecek idari

<sup>121</sup> European Court of Human Rights, Guide, s. 53.

<sup>122</sup> Antlaşma taslağının orijinal metninin İngilizce versiyonunda 10. Madde şu şekildedir “Article 10 Public participation; Every person has the right to participate, at an appropriate stage and while options are still open, to the preparation of decisions, measures, plans, programmes, activities, policies and normative instruments of public authorities that may have a significant effect on the environment.”

kararlara karşı çıkma amacını taşımaktadır. Çevrenin korunmasına ilişkin uluslararası antlaşmaların ve ulusal mevzuatların etkili şekilde uygulanabilmesi için bu hak vazgeçilmez niteliktedir. Bu hakkın çevresel konularda hem yargı mercilerine hem de ilgili idarelere başvuru imkanını sağladığı kabul edilmektedir<sup>123</sup>. Fakat diğer çevresel usuli haklara nazaran genellikle çevreye bir şekilde zarar verilmesinden sonra bu hak kullanıldığından çevrenin hiç müdahaleye maruz kalmadan önce korunması noktasında tek başına yeterli olmayacağı belirtilmektedir<sup>124</sup>.

Yargıya başvuru hakkı konusunda, Türk Hukuku açısından Anayasa'nın 36.maddesinde "Hak arama hürriyeti" düzenlenmiştir. Buna göre "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" Anayasa hükmü kapsamında herkes uyuşmazlığın tabi olduğu yargı koluna göre idari yargı veya adli yargı mercileri nezdinde dava açma hakkına sahiptir. Buna ek olarak Anayasanın 74.maddesinde dilekçe hakkı düzenlenmiş ve "*vatandaşlar ile karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılara kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkı*" tanınmıştır. Özel olarak çevresel anlamda başvuru hakkı bakımından kanuni düzenleme olarak 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 30.maddesinin 1.fıkrasında, "*Çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan herkes ilgili mercilere başvurarak faaliyetle ilgili gerekli önlemlerin alınmasını veya faaliyetin durdurulmasını isteyebilir.*" şeklinde hükme yer verilmiştir. Çevre Kanunundaki düzenlemenin çevresel meselelerle ilgili olarak başvuru hakkı bakımından, Anayasa'nın 74.maddesinde düzenlenen dilekçe hakkının kapsamından da geniş şekilde, herhangi bir menfaat şartı aramaksızın ve yabancıları da dahil ederek Türkiye'de ikamet etme şartı koşmaksızın herkesi kapsamına alması dikkate değer niteliktedir<sup>125</sup>. Çevre Kanunu'nun herkesi çevresel meselelerde başvuru yapma hakkı ile donatan bu hükmü ile gönüllü bireysel girişimlere etkin bir rol biçtiği ifade edilmektedir<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> **Semiz**, Yasemin: "Anayasa Mahkemesi'nin Çevre Hakkı Perspektifi", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, 2014, s. 37.

<sup>124</sup> **Semiz**, s. 38.

<sup>125</sup> **Çelik**, Çağla/**Elvan**, Osman Devrim: "Aarhus Sözleşmesi Kapsamında Türkiye'de Ormancılıkta Yargıya Erişim Konusunda Bir Araştırma", Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi, Yıl: 2017, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 252; **Güneş**, Aarhus Sözleşmesi, s. 326.

<sup>126</sup> **Kaboğlu**, s.169.



Türk idari yargılama hukukunda çevresel meselelerde yargıya erişim hakkı bakımından ehliyet hususu önem arz eden noktalardandır. İdari yargılama hukukunda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2.maddesi gereğince iptal davaları bakımından sübjektif ehliyet şartı olarak menfaat ihlali aranmaktadır. Menfaat ihlali hak ihlaline göre daha geniş kapsamlı olmakla birlikte, sınırları bulunmaktadır ve iptal davalarına *actio popularis* özelliği vermez<sup>127</sup>. İptal davası açabilmek için ehliyet şartı olan menfaatin meşru, kişisel ve güncel olması gerekmektedir<sup>128</sup>. Çevresel meselelere ilişkin iptal davaları bakımından Danıştay menfaatin kişisel olması unsurunu diğer konulara nazaran daha geniş yorumlamaktadır. Danıştay, çevre derneklerinin<sup>129</sup>, belde sakini ya da hemşehri olarak ilgili bölgede ikamet eden kişilerin<sup>130</sup> ve hatta çevre gibi kamu yararını ilgilendiren önemli meselelerde sadece vatandaş olma sıfatına sahip kişilerin<sup>131</sup> iptal davası açmak için yeterli ehliyet şartını taşıdığını kabul etmiştir. Bu noktada yalnızca bir yerde ikamet etme ya da belde sakini olma sıfatının yeterli menfaati sağlamadığı, belde sakini olan kişinin dava konusu idari işlem sonucu bu sıfatı dolayısıyla haiz olduğu değerlerde bir azalma bulunması gerektiği de öğretilerde belirtilmektedir<sup>132</sup>. Tüm bunların yanında Dünya'da giderek yaygınlaşan çevresel hususlarda uzman çevre mahkemelerinin kurulması çevre uyuşmazlıklarının etkin çözümü için bir gereklilik halini almıştır<sup>133</sup>. Buna ek olarak mevcut yargı sistemimiz dikkate alındığında yargısal başvuru aracılığıyla karar almanın uzun sürmesi olasılığı karşısında, ombudsman gibi bağımsız kurumlara çevresel konularda gerekli yetkilerin verilmesi önerilmekte, Türkiye'deki Kamu Denetçiliği Kurumu'nun mevcut yapısı açısından da kararlarının bağlayıcılığı ve bağımsızlığı yönünden güçlendirilmesinin etkililiğini artıracağı ifade edilmektedir<sup>134</sup>.

<sup>127</sup> Sancakdar, Oğuz/Önüt, Lale Burcu: İdari Yargılama Hukuku, 4. Baskı, Vadi Yayınları, Ankara 2022, s. 140.

<sup>128</sup> Sancakdar/Önüt, s. 141-142.

<sup>129</sup> Danıştay 14.Dairesi, E.2012/9094, K.2013/7096, T. 24.10.2013, Akylmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil: İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 249.

<sup>130</sup> Danıştay 14.Dairesi, E.2017/4202, K.2018/833, T. 21.02.2018, Akylmaz/Sezginer/Kaya, s. 245-246; Danıştay 6. Dairesi, E.87/931, K. 88/417, T. 21.03.1988, Sancakdar/Önüt, s. 141.

<sup>131</sup> Danıştay 10.Daire, E. 2002/2180, K.2005/3958, T. 05.07.2005, Akylmaz/Sezginer/Kaya, s. 240.

<sup>132</sup> Karahanoğulları, Onur: İdari Yargı – İdarenin Hukuka Zorlanması – Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 380.

<sup>133</sup> Kaboğlu, s. 172.

<sup>134</sup> Kaboğlu, s. 169-170.

Çevresel konularda adalete erişim hakkına ilişkin olarak uluslararası düzenlemeler bakımından 1992 tarihli Rio Deklarasyonu'nun 10 numaralı ilkesinin kabul edilmesinden önce, 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 6. maddesinde adil yargılanma hakkını ve 13. maddesinde etkili başvuru hakkını düzenlemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 6. maddesinin 1.fıkrasını ve 13. maddesini yorumlayarak çevre adaletine erişim konusunda taraf devletler açısından yükümlülük oluşturacak çıkarımlarda bulunmuştur<sup>135</sup>. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, AİHS madde 6 kapsamında çevrenin korunması ile ilgili dernekler tarafından kendisi ya da üyeleri ile doğrudan ilgili olmayan bir hak ileri sürüldüğünde, yalnızca genel olarak çevrenin korunması gibi bir gerekçe ile, “medeni uyumsuzluk” kriteri sağlanmamaktadır<sup>136</sup>. Bunun yanında AİHM, içtihadında ilgililerin, karar verme süreçlerinde çıkarlarına veya yorumlarına yeterince önem verilmediğini düşündükleri herhangi bir karar, eylem veya ihmale karşı mahkemeye başvurabilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>137</sup>.

Çevresel meselelere ilişkin yargıya erişim hakkı Aarhus Sözleşmesi'nin 9.maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşmeye göre, bilgiye erişim hakkının tamamen veya kısmen kullandırılmaması, reddedilmesi ya da Sözleşmenin 4.maddesinde düzenlenen bilgiye erişim hakkı kapsamındaki herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi aleyhine ve Sözleşmenin 6.maddesinde düzenlenen katılım hakkı kapsamındaki aykırılıklar aleyhine bir mahkeme ya da kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız bir mercie ilgili kararın tekrar değerlendirilmesi için başvurulabilir<sup>138</sup>. Buna ek olarak Aarhus Sözleşmesine göre taraf devletlerin çevreye ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin ihlal edilmesi halinde de ilgililerin bir mahkemeye ya da bağımsız, tarafsız bir mercie başvurmalarını sağlayan bir usul öngörmesi gerekmektedir. Böylece Aarhus Sözleşmesinde düzenlenen yargıya erişim hakkının hem çevresel bilgiye

<sup>135</sup> **Born**, Charles-Hubert: “L'accès à la justice en matière d'environnement en Belgique : la révolution d'Aarhus enfin en marche?”, *Droits fondamentaux et environnement (Actes du colloque «Regards croisés sur les rapports entre les droits fondamentaux et l'environnement: Perspectives de la Belgique, du Canada et de la France»*, Editör: André Braën, la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa, 25 Ocak 2013, s. 286.

<sup>136</sup> Bu konudaki kabul edilemezlik kararı için bakınız. AİHM, *Association des Amis de Saint-Raphaël et de Fréjus/Fransa*, B. No. 45053/98.

<sup>137</sup> AİHM, *Taşkın ve Diğerleri/Türkiye*, B.No: 46117/99, 10.11.2004, paragraf 119; *Öçkan and Others ve Diğerleri/Türkiye*, B.No: 46771/99, 28.03.2006, paragraf 43; AİHM, *Tatar/Romanya*, B.No: 67021/01, 27.01.2009, paragraf 88; AİHM, *Giacomelli/İtalya*, B.No: 59909/00, 02.11.2006, paragraf 83; *European Court of Human Rights, Guide*, s. 54.

<sup>138</sup> **Özkaya Özlüer**, s. 15.

erişim ve katılım haklarının gerçekleştirilmesinde bir güvence rolü oynadığı hem de ulusal anlamda taraf devletlerde yaşanan çevresel düzenlemelerin ihlali hallerinde başvurulacak genel bir araç olduğu belirtilmektedir.<sup>139</sup> Aarhus Sözleşmesi çevresel konularda yargıya erişim hakkı açısından ehliyet konusunda, Sözleşmenin 4.maddesi yani bilgiye erişim hakkı kapsamındaki başvurularda bilgiye erişim hakkını herkesin kullanabilmesi ile uyumlu şekilde, “herhangi bir kişi”nin yargıya başvurabileceğini (*any person*) kabul etmektedir. Katılım hakkının kullandırılmamasına ilişkin olarak ise kişilerin yargıya başvurabilmesi için “yeterli ilgi/menfaat sahibi” (*having a sufficient interest*) olmasını yeterli kabul etmiştir. Bu noktada bir görüş “yeterli ilgi/menfaat sahibi” olmanın klasik hukuki düzenlemelerdeki gibi bir zararın oluşması, hak ihlali ya da özel bir ilginin bulunması gibi kriterleri şart koşmamasını gerektirdiğini belirtirken<sup>140</sup>, diğer bir görüş ise sözleşmeye taraf devletlerin kendi mevzuatları kapsamında yargısal mercie erişim hakkının hak ihlali kriterine bağlanabileceğini belirtmiş, fakat bu ulusal düzenlemeler kapsamında halkın geniş şekilde yargıya erişim hakkını kullanmasının sağlanması gerektiğini ifade etmiştir<sup>141</sup>. Gerçekten de Sözleşmede “yeterli ilgi/menfaat sahibi” olma kriterinin alternatifini olarak taraf devletin idari yargılama usulünde hak ihlali bir önkoşul olarak öngörülüyorsa hak ihlalinin (*maintaining impairment of a right*) bulunması gerekli kılınmış fakat bu durumda da ilgili halkın yargıya erişiminin geniş şekilde sağlanması gerektiği düzenlenmiştir. Bu bakımdan belirtilmektedir ki, Aarhus Sözleşmesi çevresel konularda adalete geniş erişimin yapılandırılmasını gerektirmesi yönüyle kayda değer bir gelişmeyi ortaya koymuştur; Sözleşme, kararın, eylemin veya ihmalin türüne uygun olarak, adalete erişim konusunda farklı koşullar belirlemekte ve devletlere bu konuda farklı esneklik seviyeleri sağlamaktadır<sup>142</sup>. Ayrıca Sözleşmeye göre yargıya erişimin ücretsiz ya da pahalı olmayan bir ücrete tabi olması, adil ve hızlı olması ve yargısal merci tarafından verilen kararın ilgili makamı hukuken bağlayıcı nitelikte olması gerekmektedir<sup>143</sup>.

Çevre İçin Küresel Antlaşmanın 11. maddesi uyarınca çevresel konularda yargıya erişim hakkı şu şekilde düzenlenmiştir: “*Taraflar, mevcut*

<sup>139</sup> Çelik/Elvan, s. 246-247; Gündoğan, Evren: “Çevrenin Korunması İçin Vatandaşın Güçlendirilmesi: Aarhus Sözleşmesi, Avrupa Birliği Uygulamaları ve Türkiye”, Ulusal Çevre Sempozyumu, Mersin, 18-21 Nisan 2007, s. 8.

<sup>140</sup> Silina, s. 13; Özkaya Özlüer, s. 15-16.

<sup>141</sup> Güneş, Aarhus Sözleşmesi, s. 315.

<sup>142</sup> Born, s. 288.

<sup>143</sup> Silina, s. 13-14; Güneş, Aarhus Sözleşmesi, s. 314, 317.

antlaşma hükümleri dikkate alınarak, kamu makamlarının veya çevre yasalarını ihlal eden özel kişilerin eylemlerine veya ihmallerine itiraz edebilmek için özellikle tazminat ve başvuru hakları dahil olmak üzere idari ve adli prosedürlere etkin ve uygun ücretle erişim hakkı sağlayacaktır.”<sup>144</sup> Bilindiği üzere bu hak farklı yargılama sistemleri olan Devletler tarafından iç hukuklarında uygulanacağından, antlaşmadaki düzenlemenin ulusal hukuk geleneklerine saygı göstererek genel bir anlatımla kaleme alınması gerekmektedir. Bu minvalde, Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağının 11. Maddesi, her taraf Devletin iç hukukunda bu ilkenin etkinliğini ve özellikle finansal erişilebilirliğini garanti etmesini gerektirir. Bu antlaşma taslağı kapsamında Taraf Devletler, halk için etkili yargı erişimini sağlamayı kabul edeceklerdir. Ancak, bu ilkenin uygulanmasına ilişkin yöntemler, imzacı Devletlerin hukuk sistemlerine göre değişiklik gösterebilecektir<sup>145</sup>.

Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağında, geçici (ad hoc) bir uluslararası yargılama öngörülmemektedir. Her devlet, çevresel konularda adalete erişim sistemini kendi ulusal mevzuatı ile düzenleyecektir. Antlaşmanın etkili bir şekilde uygulanması amacıyla, taraf devletlerin uygulamalarını takibi için bağımsız bir uzmanlar komitesi kurulacağı öngörülmüştür<sup>146</sup>.

Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağı, adalete erişim hakkı kapsamında özel kişilerin eylemlerine veya ihmallerine karşı da başvurulabileceğini açıkça ortaya koymuştur. Bu durumda, Taraf Devletlerin özel kişilerin eylemleri ve ihmalleri ile ilgili özel hükümler kabul etmesi gereği oluşmaktadır. Son olarak, Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağının 10. maddesinde yer verilen “*mevcut antlaşma hükümleri dikkate alınarak*” yorum yapılmasına ilişkin hüküm dikkate değerdir. Çünkü bu hüküm gereğince ulusal mahkemelerin adalete erişim hakkını, Antlaşmanın anlamı kapsamında yorumlaması gerektiği yönünde bir çıkarım yapmak mümkün olmaktadır.

<sup>144</sup> Antlaşma taslağının orijinal metninin İngilizce versiyonunda 11. Madde şu şekildedir, “*Article 11 Access to environmental justice; Parties shall ensure the right of effective and affordable access to administrative and judicial procedures, including redress and remedies, to challenge acts or omissions of public authorities or private persons which contravene environmental law, taking into consideration the provisions of the present Pact.*”

<sup>145</sup> **Fabuis**, Laurent: “Pacte mondial pour l’environnement, Entretien exclusif avec Laurent Fabius”, La Semaine Juridique, Édition Générale, 10 Temmuz 2017, Hebdomadaire, Sayı: 28, s. 1354.

<sup>146</sup> **Fabuis**, s. 1354.

## SONUÇ

Doğayı ve dünyadaki tüm canlıların yaşamını yakından ilgilendiren küresel bir tehlike olarak iklim krizi ile mücadele edilmesi gerektiği bir gerçekliktir. Bu mücadele açısından devletlere ilgili düzenlemeleri yapmak ve önlemleri almak konusunda önemli roller düşmektedir. Bunun yanında sürdürülebilir kalkınma kapsamında ekonomik kalkınmanın gerçekleştirilmesi sırasında sosyal refahın ve toplumsal barışın tesisi için, sosyal haklara, iş sağlığı ve güvenliğine, yoksullukla mücadeleye ve toplumsal cinsiyet eşitliğine dair tedbirlerin alınması ve düzenlemelerin gerçekleştirilmesi mecburidir. Bu doğrultuda geçtiğimiz elli yılda sürdürülebilir kalkınmaya, çevrenin korunmasına, adil ve şeffaf kurumların oluşturulmasına yönelik ulusal ve uluslararası düzeyde pek çok hukuki metin kabul edilmiş ve devletlerce uygulanmaya başlanmıştır. Bu kapsamda yıllardır kazanılan çevresel değerlerin bir araya getirildiği ve tüm devletlerin hukuklarınca uygulanabilecek nitelikte olduğu belirtilen kapsayıcı bir antlaşma önerisi olarak geniş katılımlı bir uzmanlar grubu tarafından Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağı hazırlanmış ve Birleşmiş Milletler nezdinde değerlendirmeye alınmıştır. Bu antlaşmada çevre hukuku ilkelerine ve çevresel haklara yer verilmiştir.

Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağında yer verilen çevresel haklar arasında çevresel usuli haklar da bulunmaktadır. Çevresel usuli haklar bilgiye erişim hakkı, halkın katılımı ve yargıya erişim hakkı olarak üç haktan oluşmakta ve sürdürülebilir kalkınmanın hem çevresel hem de sosyal boyutunu gerçekleştirmekte önemli araçlar olarak kabul edilmektedir. Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları açısından da 16. Amaç kapsamında açıkça belirtilen bu hakların gereklerinin yerine getirilmesi, çevreye zararlı karar ve işlemlere karar alınmadan önce ilgililerin gerekli bilgilere erişebilmesini, karar mekanizmalarına katılarak önleyebilmesini ve zarar meydana gelmeden önce yargıya erişim haklarını kullanabilmelerini sağlamaktadır. Söz konusu usuli çevresel haklar, birçok uluslararası soft law belgesinde, bölgesel düzeydeki uluslararası antlaşmalarda ve yargı içtihatlarında kabul edilmiştir.

Uluslararası kapsayıcılığı olma amacı olan bir metin olarak Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağında bilgiye erişim, halkın katılımı ve yargıya erişim olmak üzere tüm çevresel haklara ayrı ayrı olarak yer verilmesi önemli bir kazanım ve vizyon örneği niteliğindedir. Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağı metninde yer verilen çevresel usuli haklara ilişkin düzenlemeler Aarhus Sözleşmesi gibi bölgesel düzeyde bağlayıcılığı olan ve özel olarak bu hakkı düzenleyen sözleşmede tanınan hakların küresel olarak tanınmasını sağla-

yacak olması ve aynı zamanda bunları bireyler için bir hak olarak kabul etmesi bakımından önem arz etmektedir. Böylece bu hakların ulusal ve uluslararası mahkemelerde uygulanması ve ileri sürülmesi kolaylaşacak ve uluslararası teamül niteliğini kazanma ihtimali güçlenecektir.

Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağında yer alan çevresel usuli hakları içerik açısından değerlendirdiğimizde, bilgi edinme hakkı açısından Antlaşma taslağında Aarhus Sözleşmesi'nde ya da 4982 sayılı Kanunda yer alan bilgi edinme hakkının sınırlarına ilişkin bir hükme yer verilmemesi Devletlerin bu hakkı uygulamaya koymasında zorluk oluşması ya da farklı uygulamaların vuku bulması ihtimalini taşımaktadır. Bu bakımdan Antlaşma taslağında bilgi edinme hakkı bakımından sınırlara da yer verilmesi hukuki güvenlik açısından uygun olacaktır. Bununla birlikte Antlaşma taslağında bilgiye erişim hakkını tamamlayacak şekilde gelecek kuşakların çevresel meseleler hakkında eğitim alması ve ifade özgürlüğünün sağlanması vurgusu yapılarak çevresel eğitime yer verilmesi dikkate değer niteliktedir. Katılım hakkı açısından Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağında çevre üzerinde önemli bir etkisi olabilecek faaliyet ve kurallar bakımından katılım hakkını düzenlemenin yanında Aarhus Sözleşmesi'nde olduğu gibi çevreye etkileri bilimsel olarak ortaya konmuş bazı faaliyetler bakımından doğrudan katılım hakkının düzenlenmesi uygulayıcı devletler açısından çevresel yaklaşımlardaki farklılığı ortadan kaldırmak ve bazı faaliyetler için tüm taraf devletlerde katılımın sağlandığından emin olmak açısından uygun olacaktır. Yargıya erişim hakkı bakımından ise özel kişilerin eylemlerine yönelik dava hakkını açıkça tanıması açısından Antlaşma taslağının metni ilerleyici bir yaklaşım sunmaktadır. Bunun yanında Antlaşma taslağının çevre hukuku ilkelerini ve çevresel hakları kapsayıcı özelliği dikkate alındığında AİHS'te olduğu gibi antlaşma çerçevesinde bir uluslararası çevre mahkemesi öngörülmesi çevresel uyuşmazlıklarda ulusalüstü bir hukukilik denetiminin oluşturulması açısından faydalı olacaktır.

Çevre İçin Küresel Antlaşma oluşturma fikrini genel olarak değerlendirmek gerekirse, Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Amaçlarının hayata geçirilebilmesi için elbette sadece Birleşmiş Milletler nezdinde kabul edilen amaçlar yeterli olmayacaktır, bu amaçlarla bağlantılı olarak söz konusu hakların bağlayıcı ulusal, bölgesel ya da uluslararası düzenlemeler ile devletler tarafından güvence altına alınması ve somut olarak uygulamaya konması gerekmektedir. Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağı da çevresel usuli hakların küresel boyutta uygulamaya konması açısından önemli bir araç niteliğinde olacaktır. Belirtmek gerekir ki, küresel nitelikteki bir antlaşmanın etkin şekilde uygulanabilir olması için antlaşmaya taraf olacak Dev-

letlerin her birinde, yasama organlarının Antlaşmanın ilkelerini uygulamak için çevreyi koruyan yeni yasaları kabul etmesi ve ulusal mahkemelerin de antlaşmanın ilkelerini içtihatlarına yansıtarak karar vermeleri gerekir. Bu sebeple küresel olarak devletlerin birbirinden farklı hukuk sistemlerinin bulunması, çevrenin korunması açısından farklı yaklaşımları benimsemeleri ve aralarında ekonomik olarak büyük farklılıkların bulunması hem çevreye ilişkin bağlayıcı bir küresel antlaşmanın kaleme alınmasını zorlaştırmakta hem de dünya devletlerinin tek bir bağlayıcı metinde uzlaşma sağlamaları konusunda engeller oluşturmaktadır. Bu bakımdan Çevre İçin Küresel Antlaşma taslağını ilk hazırlayanlar, sürdürülebilir kalkınmanın küresel ölçekte en hızlı ve etkin şekilde ortaya konması için bağlayıcı bir küresel antlaşma metni olarak kabul edilmesini dileseler de tüm dünya devletlerinin çevre hukukunun temel meseleleri konusunda aynı bağlayıcı metni kabul etmeleri henüz mümkün olmamıştır. Yine de böyle kapsayıcı bir metnin *soft law* bir hukuk belgesi olarak da olsa Birleşmiş Milletler nezdinde kabul edilecek olması antlaşma taslağında yer alan ilke ve hakların uluslararası gücünü artıracak ve belki de teamül kuralı olmaları yolunda bir katkı sunacaktır.

## KAYNAKÇA

- Aguila**, Yann: “Le droit à l’information environnementale est-il effectif ?”, Dossier Du Participant, Conférence du Conseil d’Etat, Paris, 1 Haziran 2011.
- Akyilmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- Bilgili**, Muhammed Yunus: “Ekonomik, Ekolojik ve Sosyal Boyutlarıyla Sürdürülebilir Kalkınma”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 49, Nisan 2017, s. 559-570.
- Bilgili**, Muhammed Yunus Bilgili: “Anayasal Bir Hak Olarak Çevre Hakkı”, Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, s. 563-584.
- Born**, Charles-Hubert: “L’accès à la justice en matière d’environnement en Belgique : la révolution d’Aarhus enfin en marche ?”, Droits fondamentaux et environnement (Actes du colloque « Regards croisés sur les rapports entre les droits fondamentaux et l’environnement: Perspectives de la Belgique, du Canada et de la France», Editör: André Braën, la Section de droit civil de l’Université d’Ottawa, 25 Ocak 2013, s. 275-336.
- Bünger**, Dirk: Deficits in EU and US Mandatory Environmental Information Disclosure, Springer 2012.
- Chabason**, Lucien/**Hege**, Elisabeth: “Failure of the Global Pact for the Environment: a missed opportunity or a bullet dodged?”, IDDRI, 20 Mayıs 2019, [https://www.iddri.org/en/publications-and-events/blog-post/failure-global-pact-environment-missed-opportunity-or-bullet#footnote2\\_se74ald](https://www.iddri.org/en/publications-and-events/blog-post/failure-global-pact-environment-missed-opportunity-or-bullet#footnote2_se74ald) , (Çevrimiçi e.t. 19.07.2022).
- Commission environnement du Club des juristes, “Renforcer l’efficacité du droit international de l’environnement – Devoirs des États, droits des individus”, Paris 2015, [https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/11/CDJ\\_Rapports\\_Renforcer-lefficacite\\_Nov.2015\\_FR.pdf](https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/11/CDJ_Rapports_Renforcer-lefficacite_Nov.2015_FR.pdf) (Çevrimiçi e.t. 28.02.2022).
- Çelik**, Çağla/**Elvan**, Osman Devrim: “Aarhus Sözleşmesi Kapsamında Türkiye’de Ormancılıkta Yargıya Erişim Konusunda Bir Araştırma”, Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi, Yıl: 2017, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 245-261.



- Demirkıran, Özlem/Eser, Hamza Bahadır/Keklik, Belma:** “Demokrasinin Tabana Yayılması, Yönetimde Şeffaflık ve Hesap Verebilirlik Bağlamında Bilgi Edinme Hakkı Kanunu”, Akdeniz Üniversitesi Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2011, s. 169-192.
- Erkal, Atila:** “Bilgi Hukuku Üzerine Bir Deneme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXIX, Sayı: 1-2, 2011, s. 467-476.
- European Court of Human Rights, Guide to the case-law of the European Court of Human Rights – Environment, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Environment\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Environment_ENG.pdf) (Çevrimiçi e.t. 07.07.2022).
- Fabuis, Laurent:** “Pacte mondial pour l’environnement, Entretien exclusif avec Laurent Fabius”, La Semaine Juridique, Édition Générale, 10 Temmuz 2017, Hebdomadaire, N° 28, s. 1352-1356.
- Güldoğan, Evren:** “Çevrenin Korunması İçin Vatandaşın Güçlendirilmesi: Aarhus Sözleşmesi, Avrupa Birliği Uygulamaları ve Türkiye”, Ulusal Çevre Sempozyumu, Mersin, 18-21 Nisan 2007.
- Güneş, Ahmet M.:** “Aarhus Sözleşmesi ve Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17-18, Sayı: 26, 26 27, 28, 29, Yıl: 2012-2013, s. 25-40, (Çevresel Bilgiye Erişim).
- Güneş, Ahmet M.:** “Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, 2010, s. 299-333, (Aarhus Sözleşmesi).
- Jamay, Florence;** Fascicule 2440: Principe de Participation, JurisClasseur Environnement et Développement durable, LexisNexis, 1 Şubat 2016.
- Kablan, Jean-Michel Atta:** “Naufrage du Pacte mondial pour l’environnement : les questions de droit. Des lacunes du droit international de l’environnement”, Revue juridique de l’environnement, 2020/1, Cilt: 45, s. 45-66.
- Kaboğlu, İbrahim Ö./Yancı Özalp, Nihan:** Çevre Hakkı, 4. Baskı, Tekin Yayınevi, İstanbul 2021.
- Karahanoğulları, Onur:** İdari Yargı - İdarenin Hukuka Zorlanması - Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Kaya, Cemil:** İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.
- Kerbrat, Yann:** “Pacte mondial pour l’environnement - Le projet de pacte mondial pour l’environnement – histoire, contenu et perspectives”, Énergie - Environnement - Infrastructures n° 8-9, Ağustos 2017, comm. 48, LexisNexis.

- Koçak**, Burak: “Ulusal ve Uluslararası Hukuk Sisteminde Kentli Hakları ve Katılım”, Kent Akademisi Dergisi, Cilt: 12 Sayı: 1, Bahar, 2019, s. 104-117.
- Le Club de Juristes, Livre Blanc Vers Un Pacte Mondial Pour l’Environnement, Eylül 2017, [https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/05/CDJ\\_Pacte-mondial-pour-lenvironnement\\_Livre-blanc\\_FR\\_web.pdf](https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/05/CDJ_Pacte-mondial-pour-lenvironnement_Livre-blanc_FR_web.pdf) (Çevrimiçi e.t. 07.03.2022).
- Maljean-Dubois**, Sandrine: “Le Pacte Mondial Pour l’Environnement, Un Nouveau Traité Pour Sauver la Planète?”, Annuaire Français de Droit International, CNRS, 2020, halshs-03049922, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-03049922/document> (Çevrimiçi e.t. 28.02.2022).
- Menton**, Mary/**Larrea**, Carlos/**Latorre**, Sara/**Martinez-Alier**, Joan/**Peck**, Mika/**Temper**, Leah/**Walter**, Mariana: “Environmental justice and the SDGs: from synergies to gaps and contradictions”, Sustainability Science, 2020, Cilt: 15, s. 1621-1636.
- Merkouris**, Panos: “Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay): Of Environmental Impact Assessments and “Phantom Experts” ”, The Hague Justice Portal, 15 Temmuz 2010, [http://haguejusticeportal.net/Docs/Commentaries%20PDF/Merkouris\\_Pulp%20Mills\\_EN.pdf](http://haguejusticeportal.net/Docs/Commentaries%20PDF/Merkouris_Pulp%20Mills_EN.pdf), (Çevrimiçi e.t. 09.01.2023).
- Mylyviita**, Tanja: “Sustainability assessment of forest resources – tools for a problem-orientated approach”, Dissertations Forestales, Sayı: 168, 2013, ss. 1-38, <https://dissertationsforestales.fi/pdf/article1951.pdf> , (Çevrimiçi e.t. 10.11.2021).
- Özkaya Özlüer**, Ilgın: Çevresel Konularda Bilgiye Erişim Rehberi ve Aarhus Sözleşmesi, Ekoloji Kolektifi Derneği, Ankara 2018.
- Pazarıcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Prieur**, Michel; Droit de l’Environnement, Droit Durable, Editions Bruylant, Bruxelles 2014.
- Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, Annexe 1, <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> (Çevrimiçi e.t. 28.02.2022).
- Romi**, Raphaël: Fascicule 206: Information et Environnement, JurisClasseur Communication, LexisNexis, 8 Ocak 2015.
- Sancakdar**, Oğuz: İmar Hukuku, Soru Bankası Yayınları, İzmir 2020.

- Sancakdar**, Oğuz/**Yağcı**, Pınar/**Taşyıldız**, Şükür/**Çırak**, Ezgi: Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Sand**, Peter H.: “The right to know: Environmental information disclosure by government and industry.” Conference Human Dimensions of Global Environmental Change: Knowledge for the Sustainability Transition, Cilt: 7, 2002.
- Saygılı**, Abdurrahman: Çevre Hukuku Açısından Çevresel Etki Değerlendirmesi, İmaj Yayınevi, Ankara 2007.
- Semiz**, Yasemin: “Anayasa Mahkemesi’nin Çevre Hakkı Perspektifi”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, 2014, s. 9-46.
- Silina**, Mara (Ed.): Aarhus Sözleşmesi: Çevresel Demokrasi İçin Rehberiniz, Avrupa ECO Forumu, 2011, (Çev. Esra Başak).
- Soykan**, Cavidan: Bir İnsan Hakkı Olarak Bilgi Edinme Hakkı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.
- Sur**, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- Turgut Yılmaz**, Nükhet: Çevre Politikası ve Hukuku, 2. Baskı, İmaj Yayınları, 2017.
- Uluslararası Adalet Divanı (International Court of Justice), “Reports of Judgments, Advisory Opinions And Orders Case Concerning Pulp Mills On The River Uruguay (Argentina v. Uruguay) Judgment of 20 April 2010,” <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf> (Çevrimiçi e.t. 07.03.2022).
- Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (Tribunal international du droit de la mer), 1 Şubat 2011 tarihli Danışma Görüşü (avis consultatif du 1er févr. 2011), “Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d’activités menées dans la Zone”, [https://www.persee.fr/doc/afdi\\_0066-3085\\_2011\\_num\\_57\\_1\\_4192](https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2011_num_57_1_4192) , (Çevrimiçi e.t. 22.07.2022).
- UNEP, “Stockholm Declaration, <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf> , (Çevrimiçi e.t. 19.07.2022).
- United Nations, “Millennium Summit (6-8 September 2000)”, <https://www.un.org/en/conferences/environment/newyork2000>, (Çevrimiçi e.t. 20.07.2022).

United Nations, “Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015”, [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E), (Çevrimiçi e.t. 20.07.2022).

United Nations Environment Assembly, “Implementation of General Assembly Resolution 73/333, Entitled “Follow-Up To The Report Of The Ad Hoc Open-Ended Working Group Established Pursuant To General Assembly Resolution 72/277””, <https://www.unep.org/environmentassembly/follow-up-on-ga-res-73-333> (Çevrimiçi e.t. 28.02.2022).

United Nations Environment Programme, “Towards a Global Pact for the Environment”, <https://www.unep.org/events/conference/towards-global-pact-environment> (Çevrimiçi e.t. 28.02.2022).

United Nations Environment Programme, “Gaps in international environmental law and environment-related instruments: towards a global pact for the environment”, <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27070/SGGaps.pdf?sequence=3&isAllowed=y> (Çevrimiçi e.t. 28.02.2022).

United Nations Environment Programme, “ISSUE BRIEF SDG 16: Human rights and the environmental rule of law”, <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/35408/SDG16.pdf>, (Çevrimiçi e.t. 18.07.2022).

United Nations General Assembly, “Report of the ad hoc open-ended working group established pursuant to General Assembly resolution 72/277”, <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/28213/Report.GlobalPact.Advance.pdf?sequence=21> (Çevrimiçi e.t. 28.02.2022).

United Nations, “Goal 16: Promote just, peaceful and inclusive societies”, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/peace-justice/>, (Çevrimiçi e.t. 20.07.2022).

**Yancı Özalp**, Nihan: “Çevresel Haklara İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yaklaşımı”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 3, Yıl: 2013, s. 53-93.

**Yurcanlı Duymaz**, Seda: “Çevre Örgütlerinin Çevresel Yönetime Katılma Sürecinde Dayandığı Haklar”, *TBB Dergisi*, Sayı: 107, Yıl: 2013, s. 173-198.

**İnternet Kaynakları**

ABAD, Mecklenburg vs. Kreis Pineberg Davası, 17 Haziran 1998, Karar No: C-321/96, <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=BA77B31188D36CEAEE4AA3DCA1720D5C?text=&docid=43940&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4448811> (Çevrimiçi e.t. 9.3.2022).

ABAD, Büyük Daire, 15 Ocak 2013, Karar No: C-416/10, paragraf. 88, 89 ve 90, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=132341&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4448811> (Çevrimiçi e.t. 9.3.2022).

Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, <https://rm.coe.int/168007c079> , (Çevrimiçi e.t. 07.03.2022).

Council Directive 90/313/EEC of 7 June 1990 on the freedom of access to information on the environment, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:31990L0313> , (Çevrimiçi e.t. 19.07.2022).

Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003L0004&from=FR> (Çevrimiçi e.t. 9.3.2022).

<https://digitallibrary.un.org/record/39295> , (Çevrimiçi e.t. 19.07.2022).

<https://globalpactenvironment.org/uploads/EN.pdf> , (Çevrimiçi e.t. 07.07.2022).

[https://www.kureselamaclar.org/wp-content/uploads/SKA\\_pressrelease\\_TR.pdf](https://www.kureselamaclar.org/wp-content/uploads/SKA_pressrelease_TR.pdf) , (Çevrimiçi e.t. 20.07.2022).

<https://www.leclubdesjuristes.com/qui-sommes-nous/> (Çevrimiçi e.t. 28.02.2022).

Sürdürülebilir Kalkınma İçin Küresel Amaçlar, “16 Barış Adalet ve Güçlü Kurumlar”, <https://www.kureselamaclar.org/amaclar/baris-adalet-ve-guclu-kurumlar/>, (Çevrimiçi e.t. 05.07.2022).

<https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>, (Çevrimiçi e.t. 19.07.2022).

[https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_CONF.151\\_26\\_Vol.I\\_Declaration.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf), (Çevrimiçi e.t. 19.07.2022).

<https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf> , (Çevrimiçi e.t. 19.07.2022).

United Nations Climate Change, <https://unfccc.int/process/bodies/supreme-bodies/conference-of-the-parties-cop> , (Çevrimiçi e.t. 19.01.2023).

United Nations Climate Change, <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement> , (Çevrimiçi e.t. 19.01.2023).



## AİHM İÇTİHATLARINDA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

(Karar İncelemesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1276294>

**Furkan Kaan YÜKSEK\***

### Öz

*Kişisel veri kavramı içinde bulunduğumuz yüzyılda önem kazanan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktaysa da geçmişten günümüze değin adım adım ilerleyen bir alan olmuş ve yavaş da olsa gelişim göstermiştir. Ancak modern toplum düzeninde kişisel veri alanlarının sınırlanmasının kolaylaşması kişisel veri kavramının önemin artmasına neden olmuş ve insanoğlu kişisel veri kavramına yönelik yoğun mücadeleler vermiştir. İnsanoğlunun bu mücadelesi yoğun biçimde güvenlik maksatlı egemenlik gücünü kullanan devletlere karşı olmuş ve bu sebeple de neticede uluslararası yargı mercilerine intikal etmiştir. Kişisel veri kavramındaki gelişmelerin her biri adeta somut bir olaya konu olması nedeniyle kabul görmüş gelişmelerdir. Kişisel veri alanının en temel gelişim kaynağı ihlallere yönelik ulusal yargı tutumları ve ulusal yargı tutumlarına yönelik uluslararası yargı tutumlarıdır. Bu sebeple kişisel veri kavramı normatif belirliliklerden meydana gelen bir hukuk kavramı olmamakta, yargısal içtihatlardan gelişen bir hukuk kavramı olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızda kişisel veri kavramının gelişimi, kişisel veriye dair bakış açıları, AİHM'in kişisel veriye dair değerlendirmeleri ve içtihatları yer alacaktır.*

### Anahtar Kelimeler

*Kişisel veri, AİHM, İnsan hakları, Veri, İçtihat*

\* Salihli Cumhuriyet Savcısı, Salihli (kaan.yuksekk@kmail.com) ORCID: 0000-0003-1126-1866 (Geliş Tarihi: 17.01.2023-Kabul Tarihi: 13.03.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.



**PROTECTION OF PERSONAL DATA IN ECHR CASE-LAWS*****(Judgement Review)*****Abstract**

*Personal data front as a become even more important notion in century we are and has been an area proceed step by step from past to present and progress even if just a slowly. Barely easier delimitation of personal data areas has been induced to raise the importance of personal data concept in modern society order and humanity has been scrambled for personal data notion intensively. The struggle of humanity has opposed to the state is who use hecticly power of domination for security purpose and due the these reasons submitted to international judicial authority at this consequence. Each of the developments in the concept of personal The main source of development of the personal data area are national judicial attitudes towards violations and international judicial attitudes towards national judicial attitudes.data is accepted as it is the subject of a concrete event. For this reason, the concept of personal data is not a concept of law that consists of normative definitions, but it is a concept of law that develops from judicial jurisprudence.The development and perspective about of personal data and consideration and practices of European Court of Human Rights will fall into in our action.*

**Keywords**

*Personal data, ECHR, Human rights, Data, Jurisprudence*

## GİRİŞ

Kişisel veri kavramı insan var olduğundan beri olan bir kavramdır. Kişisel veri kavramı ile korunan hukuki değer veri ilgilisi olan kişinin kişilik hakkıdır. Ortaya çıkış sürecinde insana özgü olan, daha sonraki süreçte tüzel kişilerin de koruma alanına dahil olduğu bu kavramın tartışıldığı bu çalışmamızda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında kişisel veri kavramını ve çalışma konumuz olan kişisel veri kavramını konu edinen kararlarda mahkemenin içtihatlarının kronolojik anlamda gelişim sürecini ele alacağız.

## I. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI

### A. Tanım

#### 1. Kişisel Veri Kavramı

Kişisel veri, belirli ya da belirlenebilir nitelikte kişiye ait olan, herhangi bir sınırlamaya tâbi tutulmaksızın yalnızca o kişiye ait olması özelliğinden dolayı böyle kabul edilen her türlü bilgidir. Böylelikle kişisel veri için iki temel koşul bulunmaktadır. Bu koşullardan ilki verinin bir kişiye ait olması, ikincisi ise kişinin belirli veya belirlenebilir bir kişi olmasıdır<sup>1</sup>.

AİHM kararlarında net bir şekilde kişisel veri kavramı tanımı yapılmamış olup çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değineceğimiz kararlarda Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme'ye atıfta bulunulmakta ve sözleşme kapsamında ele alınan bu verilerin özel yaşamın gizliliğinin bir parçası olduğu kabul edilmektedir. AİHM çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değineceğimiz kararlarda, kişiye ait görüntü, fotoğraf, parmak izi, hücre örnekleri, ev adresi, yaş, doğum günü, DNA profili, fiziksel özellikler, küçük düşürücü bazı tasniflerin kaydını ve bazı mesleki sınıflandırma kayıtlarını kişisel veri kapsamında değerlendirmiştir

OECD'nin 23 Eylül 1980 tarihli "*Mahremiyetin ve Kişisel Verilerin Sınırlararası Aktarımının Korunması Hususunda OECD Rehber İlkeleri (Guidelines Governing The Protection Of Privacy And A Transborder Flows Of Personal Data)*"nin genel tanımlara ilişkin bölümünde yer alan kişisel veri tanımında kişisel veri kavramı "*belirlenmiş veya belirlenebilir olan bir gerçek kişiye ilişkin her türlü veri.*" olarak tanımlanmıştır<sup>2</sup>. Zira OECD ve

<sup>1</sup> **Küzeci**, Elif: *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 9.

<sup>2</sup> **Guidelines Governing The Protection Of Privacy And A Transborder Flows Of Personal Data**, (Çevrimiçi), (<https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/>)

Birleşmiş Milletler bünyesindeki kişisel veriye dair adımlar bu alandaki ilk adımlardan sayılabilecek adımlardır<sup>3</sup>.

Verilerin korunması hususunda temel amaç korumaya konu “*veri içeriği*” değil, korunması gereken veri içeriği ile ilişkilendirilen kişilerdir<sup>4</sup>. Böylelikle hedef gerçek kişilerin, kendilerine ait verilerin paylaşılmasından ve/veya işlemlerinden kaynaklı uğrayacakları zararın önüne geçmektir. Bu zarar somut, fiili bir zarar olabileceği gibi soyut, yalnızca bireyin kişiliğini ve vicdanını yaralar biçimde bir zarar da olabilir. Böylelikle “*veri güvenliği*” kavramı doğrudan verileri hedef almaktayken, “*kışisel verilerin korunması*” kavramı doğrudan özel hayatın gizliliği bağlamında insan haklarını konu almaktadır<sup>5</sup>.

Kışisel verilerin işlenmesi kavramına değinmek gerekirse; 24.03.2016 tarih ve 6698 sayılı Kışisel Verilerin Korunması Kanunu, madde 3, (RG. 07.04.2016 - 29667), 95/46/AT sayılı AB Yönergesi, 2(b) hükmü uyarınca kişisel verilerin, otomatik ya da otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, toplanması, kaydedilmesi depolanması, değıştirilmesi, silinmesi veya yok edilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması veya başka bir şekilde elde edilebilir hale getirilmesi, üçüncü kişilere aktarılması, kullanılmasının sınırlandırılması amacıyla işaretlenmesi, sınıflandırılması veya kullanımının engellenmesi gibi bu veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem veya işlemleri ifade etmek için kullanılır. Bu tanıma dair ilgili belgelerden kabul edebileceğimiz 108 numaralı Avrupa Konseyi Kışisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi yalnızca otomatik yolla işlenen verilere özgülmüş, bu sebeple de yalnızca otomatik kayıt, işleme tanımı yapılmıştır. Sözleşmenin 2(c) hükmü, otomatik kayıt hususunda verilerin kaydı, verilere dair mantıksal ve/veya aritmetik işlem uygulaması, verilerin değıştirilmesi, silinmesi, verilerin geri eldesi veya dağıtılmasını otomatik işlem olarak tanımlamıştır.

Kışisel verinin konusunu oluşturan bireye ise Kışisel Verilerin Korunması Kanunu madde 3-ç uyarınca “*veri öznesi*” adı verilmektedir. Ancak veri öznesi kişisel veriyi konu alan Kışisel Verilerin Korunması Kanununa ve 108

oecd-guidelines-on-the-protection-of-privacy-and-transborder-flows-of-personal-data\_9789264196391-cn#page15), s. 15, (Erişim Tarihi: 09.04.2019).

<sup>3</sup> **Özdemir**, Hayrunnisa: Elektronik Haberleşme Alanında Kışisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 17.

<sup>4</sup> **Küzeci**, s. 13.

<sup>5</sup> **Bygrave**, Lee A.: Privacy and Data Protection in an International Perspective, 2010, s. 2.

sayılı Avrupa Konseyi çevirisine “*ilgili kişi*” olarak girmiştir. 6698 sayılı Kanun’a kaynak teşkil eden 95/46/AT sayılı Direktif ile bu Direktif ‘in yerini alan 27 Nisan 2016 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımı Konusunda Bireylerin Korunması Hakkında Tüzük (2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü) ise bu kişiyi “*Veri Sahibi*” olarak isimlendirmekte olup Veri Sahibi kavramını; “*bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilen bir kişi*” olarak tanımlamıştır.

Kişisel verilerin depolanması sürecine dahil olan diğer kişiler yahut örgütlere değinmek gerekirse; bu hususta “*Veri Denetçisi*” kavramı önem arz eder. Veri denetçisi, veri işlenmesinin amaç ve araçlarına karar veren ve bu yönde veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder. “*Veri İşleyen*” kavramı ise Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 3-ğ uyarınca, veri sorumlusunun verdiği yetkiyle ve onun adına kişisel verileri işleyen, veri sorumlusunun organizasyonu dışındaki gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır.

## 2. Hassas Kişisel Veri Kavramı

Kişisel verilerin korunması hususunda hassas kişisel veri kavramı önem taşır. “*Hassas Kişisel Veri*” kavramı 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda 6. maddede “*Özel Nitelikli Kişisel Veri*” kavramı ile izah olunmuştur. Özel Nitelikli Kişisel Veri kavramı ise 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda; “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir*” şeklinde tanımlanmış olup Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özellikle çalışmamızın sonraki kısımlarında ele alacağımız içtihatlarda da görülebileceği şekilde sağlık verileri gibi hassas veriler konu olduğunda kişisel verilerin gizliliğinin korunmasına dair menfaatin kamusal menfaatler karşısında daha ağır basabileceğini kabul eder kararlar vermiştir. Hassas kişisel verilerin korunmadan mahrum kalması halinde ayrımcılıklara sebep olunması söz konusu olabilecektir<sup>6</sup>. Kural olarak bu veriler işlenemez verilerdendir. Bu verilerin ancak ve ancak kanunla işlenebileceği kabul edilmek-

<sup>6</sup> Civelek, Dilek Yüksel: Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi (Uzmanlık Tezi), Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı, Nisan 2011, s. 21.

tedir. Ancak, Avrupa Birliği üyesi bazı ülkeler, kamu yararını gerekçe göstererek bu veri işleme kısıntısını aşmakta ve istisnaları genişletmektedirler. Ülkemizde ise 6698 Sayılı Kanunun 6. maddesinde özel niteliği haiz bu kişisel verilerin işlenmesinde ilgilinin açık rızası aranmış olup; bu hususta sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel verilerin kanunlarda öngörülen hâllerde ve ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği ibaresine yer verilmiştir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanın planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir. Böylelikle Hassas niteliği haiz kişisel verilerin işlenebilmesi hususunda ülkemizde sert bir çerçeve çizilmemiştir.

Hassas niteliği haiz kişisel verilere, Veri Koruma Direktifinin başlangıç kısmında belirtilen şekilde değinmek gerekirse bu veriler ırk ve etnik köken verileri, ten rengi, siyasi, felsefi ve ideolojik görüşler, dini inanç, değer ve ibadet biçimleri, din dışı inanış biçimleri, sendikal aidiyet verileri, sağlık ve cinsel yaşama ilişkin veriler hassas kişisel verilerdir<sup>7</sup>. Ancak hassas veri kavramları üzerinde uzlaşmış, mutlakiyet taşıyan bir çerçeve de bulunmamaktadır.

Hassas kişisel veriler 1981 tarihli, 108 sayılı Avrupa Konseyi Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinde 6. maddede “*Özel Veri Kategorileri*” başlığıyla kendisine yer bulmuştur<sup>8</sup>. Bu madde hükümlerince hassas kişisel veriler; ırksal köken, siyasi görüş ya da dini değer ve inançlar, sağlık ya da cinsel yaşama ilişkin kişisel veriler olarak tanımlanmıştır. Madde içeriğinde belirtilen hassas kişisel verilerin iç hukukta gerekli önlemlerin alınması haricinde otomatik olarak işlenemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Ancak, 108 sayılı Avrupa Konseyi Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi 25 Mayıs 2018 tarihinden itibaren yerini 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü’ne bırakmıştır. “*Hassas Kişisel Veri*” kavramını karşılayan içeriğe ise 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün 9. maddesinde yer verilmiş olup söz konusu kapsam “*Özel Kategorilerdeki Kişisel Veri*” kavramı ile tanımlanmıştır. Hassas kişisel veriler için

<sup>7</sup> **Kaya**, Cemil: “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 318.

<sup>8</sup> **Küzeci**, s. 132.

en temel metin olan 1995 tarihli Veri Koruma Direktifi ise 8. maddesinde sağlık durumu, cinsel yaşam, dini veya felsefi inançlar, siyasi görüşler ve etnik veya ırksal kökeni açıklayan verileri hassas veri kapsamını oluşturan katalogta saymıştır. 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde ve 1995 tarihli Veri Koruma Direktifinde 8. maddede aynı hususların ceza mahkumiyetine ilişkin veriler yönünden de geçerli olduğuna yer verilmiştir.

### 3. Tüzel Kişilere Ait Kişisel Veriler

Tüzel kişiler, birden fazla kişinin bir amaç etrafında bir araya geldiği, amacın sürekli biçimde gerçekleşmesini sağlayacak örgütlenmeye sahip kişi veya mal topluluklarıdır<sup>9</sup>.

Kişisel verilere dair korumalardan tüzel kişilerin yararlanıp yararlanmayacağı hususu tartışmalı olmakla birlikte genel kabul<sup>10</sup> kişisel verilere dair korumalardan tüzel kişilerin yararlanamayacağı şeklindedir. Konuya ilişkin olarak katıldığımız görüş genel kabulün temsili olan tüzel kişiliğin tüm gizli bilgilerinin değil, tüzel kişiliğin ticari hayatına ve özgürlüğüne müdahale teşkil edecek bilgilerinin ihlali halinde kişilik hakkı ihlali söz konusu olacağı görüşüdür<sup>11</sup>. AİHM içtihatlarında da tüzel kişilerin kişisel veriye dair korumalardan yararlanamayacağı şeklinde görüş belirtilmiştir<sup>12</sup>. Bu koşullar altında AİHM, 8 şirketin 1993 tarihinde mahkemeye başvurusunda şirketlerin sahip olduğu hakkın bir kişisel hak niteliği taşımadığını, dolayısıyla özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir.

OECD Mahremiyetin Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkelerinde, Avrupa Konseyinin 108 sayılı sözleşmesinde ve 1995 tarihli Veri Koruma Direktifinde yalnızca gerçek kişilerin veri korumasından yararlanabileceği belirtilmiştir. 2002/58/AT Sayılı Özel Yaşamın ve Elektronik İletişimin Korunması Direktifi ise açık biçimde tüzel kişilerin verilerine dair doğrudan kendilerine değil, meşru çıkarlarına ko-

<sup>9</sup> Can, Mustafa Erdem: Özel Hukukta Tüzel Kişiler, Ankara Basım Ofset Matbaacılık, Ankara 2017, s. 17; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, s. 239.

<sup>10</sup> Aksoy, Hüseyin Can: Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2010, s. 12; Başalp, Nilgün: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 22.

<sup>11</sup> Bilge, Mehmet Emin: Ticari Sırların Korunması, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2005, s. 41-42, dipnot 8.

<sup>12</sup> B. Company ve diğerleri v. Hollanda Kararı, Başvuru No: 20062/92, Karar Tarihi: 01.09.1993, § 30-40.

ruma hükmü getirmiştir<sup>13</sup>. Ayrıca 2002/58/AT sayılı Direktif'in başlangıç kısmındaki (12) numaralı gerekçe maddesinde, üye devletler yönünden 95/46/AT sayılı Direktif'in uygulanmasının, tüzel kişilerin meşru çıkarlarının korunması için genişletilmesi yükümlülüğünü içermediği ibaresine yer verilmiştir.

## II. KİŞİSEL VERİ KAVRAMINA İLİŞKİN TARİHSEL GELİŞİM

Kişisel veriler dünya kamuoyunun gündemine otomatik veri işlemeye tâbi tutulma üzerine gelmişse de kişisel veri kavramı çok daha eskilere dayanır.

Kişisel verilere ilişkin sır saklama yükümü günümüzden 2500 yıl önce ortaya çıkan ve meslek grupları ile paylaşılan verilerin güven çerçevesinde kişi ve mesleği icra eden arasında kalması biçiminde ortaya çıkmıştır<sup>14</sup>. Bu hususta günümüzde dahi geçerli olan ve temeli M.Ö. 5. yy'a dayanan Hipokrat yemini, kişisel veri sürecinin ilk aşaması, tarihsel temeli kabul edilebilecektir<sup>15</sup>. Bu husus günümüz ceza hukukumuzda da 5271 sayılı Ceza

<sup>13</sup> **Aydın**, Sedat Erdem: Aihm İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 8.

<sup>14</sup> **Rudolf**, Walter: Datenschutzkontrolle in Deutschland und die Europäische Datenschutzlinie in: Vefassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, Hrsg von J.Burmeister ua. München 1997, s. 1347 aktaran **Şimşek**, Oğuz: Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 8, **Küzeci**, S. 105.

<sup>15</sup> Hipokrat yemine göre; “*Hekim Apollo, ve Æsculapius, ve Hygia, ve Panacea, ve bütün Tanrı ve Tanrıçalar adına and içerim, onları tanık tutarım ki, bu andımı ve verdiğim sözü gücüm yettiğince yerine getireceğim. Bu sanatta hocamı babam gibi taniyacağım, rızkımı onunla paylaşacağım. Paraya ihtiyacı olursa kesemi onunla bölüşeceğim, onun çocuklarını kardeş bileceğim. Öğrenmek istedikleri takdirde, bu sanatı onun çocuklarına hiçbir ücret ya da senet almaksızın öğreteceğim. Bu sanatla ilgili her türlü bilgiyi kendi çocuklarıma, onun çocuklarına ve hekim andı içenlere öğreteceğim, başkalarına öğretmeyeceğim. Tıp bilgimi gücüm yettiğince hastanın yararı için kullanacağım, her türlü kötü ve zararlı davranıştan kaçınacağım. Benden zehir isteyen onu vermeyeceğim gibi, kimseye ölümün yolunu göstermeyeceğim. Yaşamımı daima temiz ve yüce tutacağım, sanatımı uygularken de buna dikkat edeceğim. Bıçağımı mesanesinde taş olanda kullanmayacak, bu işi uzmanına bırakacağım.*

*Hangi eve girersem gireyim, hastanın yararı için gireceğim, ve istemli her türlü kötü ve zararlı davranıştan kaçınacağım. İster hür, ister köle olsun, kadınların ve erkeklerin vücutlarını kötüye kullanmaktan sakınacağım. Uğraşım sırasında ya da onun dışında, sanatımla ilgili gördüğüm işittiklerimi bir sır olarak saklayacağım ve kimseye açmayacağım.*

Muhakemesi Kanunumuzun “*Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme*” başlıklı 46. maddesinde, hekimlerin, diş hekimlerinin, eczacıların, ebelerin ve bunların yardımcılarının ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları sebebiyle, hastaları ve hastalarının yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler ile ilgili tanıklıktan çekinebilecekleri şeklinde kendisine yer bulmaktadır. Hekimlere dair bu sır saklama yükümünü din adamları, bankacılar<sup>16</sup>, avukatlar<sup>17</sup> ve memurların sır saklama yükümlükleri gibi çeşitli yükümlülükler izlemiş ve böylelikle özel yaşam alanının gerektirdiği bireysel verilerdeki koruma genişletilmiştir. Ancak bu yükümlülüklerin sınırsız ve mutlak olduğu da kabul edilmemelidir. Kamu yararı ile çatışma hallerinde bu yükümlülüklerin aşılabilmesi öngörülmelidir. Zira içinde bulunduğumuz yüzyılın getirdiği teknolojik güçlükler ve bunların neden olduğu savunma zafiyetleri karşısında Gafgen-Almanya kararında kamu yararı için işkence bile tartışılabilir bir noktaya gelmişken, sırf kamu yararı için kişisel verilerin açıklanamayacağı kabulü daha büyük zafiyetlere neden olabilecektir. Kanunlarımızda bu çerçevede hükümlere 24.04.1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıha Kanununu 58. maddesindeki bulaşıcı hastalıkları bildirme yükümü örnek verilebilir.

1960’lı yıllarda bilgisayarın sunduğu olanakların ilerlemesiyle birlikte türlü sorunlar da meydana gelmiştir. Bu sorunlardan birisi de kişisel veri kavramının dokunulmaz alanın herhangi bir şekilde ihlal edilmesi sorunu olarak gün yüzüne çıkmıştır. Bunun sonucu olarak da 1970’li yıllarda hazır-

---

*Bu andımı yerine getirdiğim sürece yaşamım ve sanatımın uygulamasıyla mutlu olayım ve insanlar arasında iyi bir adla anılayım. Yeminimden dönersem bunun zıddına uğrayayım.”* şeklinde ant içilerek kişisel verilerin korunması amaçlanmaktadır.

<sup>16</sup> Günümüz hukuk mevzuatında 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 73. maddesinde bu sır saklama yükümü “*Kurul başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli görevleri sırasında öğrendikleri bankalara ve bunların bağlı ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıkları ve müşterilerine ait sırları bu Kanuna ve özel kanunlarına göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamaz ve kendilerinin veya başkalarının yararlarına kullanamazlar. Kurumun dışarıdan destek hizmeti aldığı kişi ve kuruluşlar ile bunların çalışanları da bu hükme tâbidir. Bu yükümlülük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder.*” şeklinde ifade olunarak kendisine yer bulmuştur. Ayrıca bankacılık işlemleriyle yakınsar nitelikte kabul edebileceğimiz sermaye piyasası alanını konu edinen Sermaye Piyasası Kanununda md. 90 ve md. 113’de hem verilerin sızdırılması hem de verilerin bireysel olarak kullanılması yaptırım altına alınarak çerçeve serbest piyasa dinamikleri adına genişletilmiştir.

<sup>17</sup> 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Madde 36 “*Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.*” şeklinde kişisel verilerin korunması amaçlanmaktadır.



lanan ilk hukuksal metinlerde temel çıkış noktası bireylerin hakkında ortaya çıkabilecek sorunlara çözüm bulmaktır<sup>18</sup>.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk yasal düzenlemelere değinmek gerekirse, 1970 yılında Almanya'nın Hessen eyaletinde yapılan düzenleme ve 1970 yılında Amerika Birleşik Devletleri Kongresinin kabul ettiği Adil Kredi Raporlama Yasasına değinilebilecektir<sup>19</sup>. Temel planı ise "*Hessen planı*" isimli federe düzeyde veri bankası kurulması yönündeki tasarımı hayata geçirmektir. Bu yasal düzenlemelerden sonra ise 1973 yılında İsveç Veri Koruma Kanunu ilk ulusal düzeyde düzenleme teşkil etmektedir. Kronolojik olarak 1974 yılında ABD Özel Yaşamın Gizliliği Kanunu, 1977 yılında Federal Almanya Veri Koruma Kanunu ve 1978 yılında Fransa Elektronik Veri İşlemesi, Veriler ve Özgürlük Haklarına İlişkin Kanun çıkarılmıştır<sup>20</sup>. Hessen planında önem taşıyan husus, daha sonralarda 1977 yılında Almanya'da yürürlüğe giren ve dünyada veri koruma alanında takdir toplayan büyük hukukî gelişme niteliğini haiz düzenleme olmasıdır<sup>21</sup>.

1972 yılında Doğu Almanya'da halkı kontrol edebilmek maksadıyla bir kişisel veri sistemi geliştirilmiş ve bu sistem 1972 yılında Münih şehrinde düzenlenen olimpiyatlar sebebiyle Bavyera eyaletinde kullanılmıştır<sup>22</sup>.

Alman Anayasa Mahkemesine ait 15 Aralık 1983 tarihli nüfus sayımı kararı önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile birlikte kişisel verilerin korunması bağlamında ortaya konan "*Bireyin Kişisel Verilerine İlişkin Tasarruf Hakkı*" ile kişisel veriler ilk defa hukuksal anlamda güvence altına alınmıştır<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> "New Technologies: A Challenge to Privacy Protection?", (Study prepared by the Committee of experts on data protection (CJ-PD) under the authority of the European on Legan Co-Operation (CDCJ), Fransa, 1989, s. 3 aktaran **Küzeci**, s. 107.

<sup>19</sup> **Ural Uslan**, Yurdanur/**Değirmenci**, Samed: "Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Işığında Türkiye'de Kişisel Verileri Koruma Kurumu", Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi, Sayı: 10(1), Yıl: 2023, s. 25.

<sup>20</sup> **Şimşek**, s. 10-11.

<sup>21</sup> **Geiger**, Jutta: "The Transfer of Data Abroad by Private Sector Companies: Data Protection Under the German Federal Data Protection Act", German Law Journal, Vol. 04, No. 08, s. 747; **Riccardi**, J. Lee: "The German Federal Data Protection Act of 1977: Protecting the Right to Privacy?", Boston College International and Comparative Law Review, C. 6, S. 1, 1983, s. 243-271.

<sup>22</sup> **Şimşek**, s. 9.

<sup>23</sup> **Hornung**, Gerrit/**Schnabel**, Christoph: "Data Protection in Germany I: The Population Census Decision and The Right To Informational Self-Determination", Computer Law & Security Report, C. 25, S. 1, 2009, s. 85; **Franzius**, Claudio; "Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung", Zeitschrift für das Juristische Studium, 3/2015, s. 259.

11 Eylül 2001 saldırılarından sonra, 26 Ekim 2001 tarihinde dönemin ABD başkanı George W. BUSH tarafından imzalanan “Vatanseverlik Kanunu” ile güvenlik güçlerine, özel bir şirket tarafından geliştirilmiş olan bir casus yazılımın kişilerin bilgisayarlarına yerleştirilmesi suretiyle ABD vatandaşlarının ve göçmenlerin her türlü iletişimlerinin denetlenebilmesi, sağlık, banka ve vergi kayıtlarının kontrol altında tutulabilmesini sağlayacak tüm verilere ulaşma yetkisi verilmesi tartışmalara neden olmuştur<sup>24</sup>. Benzer nitelikli iddialar 2017 yılında ülkemizde de haberlere konu olmuşsa da herhangi bir olumlu yahut olumsuz tepki gösterilmemesi karşısında gündeme fazla taşınmamıştır<sup>25</sup>. İddialara göre ülkemizde internet servis sağlayıcısı olan ve neredeyse tüm internet altyapısına sahip olan ve bu alt yapıyı da diğer sağlayıcılara kiralayan Türk Telekom firmasının ülkemizin Güneydoğu sınırındaki illerde “İŞİD (DAEŞ)” terör örgütüne katılımları ve örgütün faaliyetlerini engellemek için internet üzerinden indirilen içeriklere casus yazılım yüklediği ve böylelikle örgüte yakın illerdeki veri içeriklerinin Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından kontrol altında tutulduğu iddia edilmekteydi. Kanaatimizce iddia olunduğu gibi yalnızca kamu güvenliği kaygısıyla gerçekleştirilen ve kişilerin geri kalan özel verilerine müdahale edilmeyen, sadece ve sadece söz konusu terör örgütleri faaliyetlerine karşı yürütülen mücadele ile sınırlı veri içerikleri incelenmesi çıkarlar dengesi ışığında doğru bir yöntemdir. Ancak terör örgütleri ile bağlantılı olmayan veri içeriklerinin tümü tıpkı CMK 135/3’deki gibi bir kabul ile tanıklıktan çekinebilecek kişilerin iletişimde olduğu gibi herhangi bir şekilde deşifresi (yazılı ses çözümü) yapılmadan derhal imha olunmalıdır. Aksi taktirde istihbari bilgi toplanacağı iddiasıyla iletişim tespitlerinde ve veri elde etme içeriğinde keyfilik baş gösterir ve kişi hürriyeti gereksiz ihlal olunmaya başlar. Bu durum bir hukuk devleti için kabul edilemez.

Daha önce ABD’nin iç ve dış siyasetine ilişkin wikileaks isimli belgeleri sızdıran Edward SNOWDEN tarafından 2013 yılında eskiden çalıştığı Amerikan Ulusal Güvenlik Dairesinin (NSA) “Prizma (Prism)” adını verdiği programlama sistemi sızdırılmıştır. Prizma sisteminde Google, Facebook,

<sup>24</sup> **Thaman**, Stephen C., Çev: **Bekar**, Elif: “Amerika Birleşik Devletleri’nde Telekomünikasyon ve İnternet Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi-Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey, C: 1, On İki Levha Yayıncılık, Editör: Adem Sözüer, İstanbul 2013, s. 197.

<sup>25</sup> “İnanılmaz İddia, Türk Telekom’un Kullanıcılarını Takip Edebilen Bir Casus Yazılım Aldığı Söyleniyor”, Webtekno, (Erişim Tarihi: 09.04.2019, (<https://www.webtekno.com/inanilmaz-iddia-turk-telekom-un-kullanicilarini-takip-ede-bilen-bir-casus-yazilim-aldigi-soyleniyor-h21479.html>))

Yahoo, Microsoft, Apple gibi şirketlerin de işbirliği ile kişilerin telefon görüşmeleri ve online yazılımlar üzerinden gerçekleştirdikleri haberleşme içerikleri Amerikan Ulusal Güvenlik Dairesi (NSA) tarafından takip edilebildiği SNOWDEN tarafından dünya kamuoyuna açıklanmıştır<sup>26</sup>.

### A. OECD Belgelerinde Kişisel Veri Kavramı

II. Dünya savaşının tüm dünyaya yaşattığı yıkımın ardından Avrupa'nın savaş nedeniyle çökmüş durumda bulunan ekonomisine canlılık kazandırmak için 1948 yılında, ABD ve Kanada'nın uygulamaya koyduğu Marshall Planını yerine getirmek için Avrupa Ekonomik İşbirliği Örgütü kurulmuştur. Bu örgüt daha sonra 1961 yılında Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 20 devletin katılımı ile Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütüne (OECD) dönüşmüştür. OECD'nin hedefleri arasında ekonomik büyümeyi desteklemek, iş alanını artırmak, yaşam standartlarını yükseltmek, finansal dengeyi korumak ve sürekliliğini sağlamak, diğer devletlerin ekonomik gelişmesine yardımcı olmak, küresel çapta ticaretin büyümesine ve gelişmesine yardımcı olmak bulunmaktadır<sup>27</sup>.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin en önemli adımı ve uluslararası mesele olarak kabulü için ilk adımı OECD atmıştır. OECD, 23 Eylül 1980 tarihinde “*Özel Yaşamın Gizliliğinin ve Sınır Ötesi Kişisel Veri Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler*”i kabul etmiştir<sup>28</sup>.

OECD örgütünün kişisel veriler kavramı üzerine ilk olma niteliği taşıyan bu rehber ilkeleri kabulü göstermektedir ki; kişisel verilerin korunması uluslararası çapta dahi ekonomik ehemmiyet arz edecek ölçüde önemlidir<sup>29</sup>.

OECD rehber ilkeleri tavsiye nitelikli kararlardır. Ancak, bu rehber ilkeler bağlayıcı nitelik taşımasa da uluslararası çapta çok büyük bir etki yaratmıştır<sup>30</sup>. Zira bu rehber ilkelerden kısa süre sonra 28 Ocak 1981 tari-

<sup>26</sup> **Kuner**, Christopher/**Cate**, Fred H./**Millard**, Christopher/**Svantesson**, Dan Jerker B.: “PRISM and privacy: will this change everything?”, *International Data Privacy Law*, Vol. 3, No. 4, 2013, s. 217.

<sup>27</sup> **Küzeci**, s. 118; **Arslan**, Çetin: “Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Üçüncü Ülkelere Aktarılması”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. 1, 2010, s. 454.

<sup>28</sup> **Guidelines Governing The Protection Of Privacy And A Transborder Flows Of Personal Data**, (Çevrimiçi), ([https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-guidelines-on-the-protection-of-privacy-and-transborder-flows-of-personal-data\\_9789264196391-en#page15](https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-guidelines-on-the-protection-of-privacy-and-transborder-flows-of-personal-data_9789264196391-en#page15)), s. 15, (Erişim Tarihi: 12.04.2019).

<sup>29</sup> **Küzeci**, s. 119.

<sup>30</sup> **Şimşek**, s. 13.

hinde Avrupa Konseyi, OECD rehber ilkelerine benzer nitelikte bir sözleşme olan “108 sayılı Kişisel Verilerin Korunması İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi”ni yayınlamıştır<sup>31</sup>.

OECD kılavuz ilkelerinde beş temel bölüm bulunmaktadır. Bu bölümler; genel hükümler, iç hukuk alanındaki uygulamalara dair genel ilkeler, uluslararası uygulamaya dair temel ilkeler ve serbest veri trafiği, meşru sınırlamalar, iç hukuka aktar ve uluslararası işbirliği bölümleridir<sup>32</sup>.

## B. Birleşmiş Milletler Belgelerinde Kişisel Veri Kavramı

II. Dünya Savaşının yarattığı ağır ve yoğun acılar barındıran ortamın tekrarlanmaması için 24 Ekim 1945’de BM örgütü kurulmuştur. Örgüt 51 devlet ile kurulmuşsa da günümüzde 192 üyeye ulaşmıştır.

Birleşmiş milletler örgütünün 10 Aralık 1948 tarihinde kabul ettiği BM evrensel İnsan Hakları Bildirisi, örgütün insan hakları konusunda evrensel anlamda standart belirleme sürecinin ilk adımıdır<sup>33</sup>. Halen BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi en önemli uluslararası belgelerden biridir. Bildirinin 12. maddesinde<sup>34</sup> özel yaşamın gizliliği hakkı tanımlanmıştır. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi haklar Sözleşmesinin<sup>35</sup> “Mahremiyet Hakkı” başlıklı 17. maddesinde<sup>36</sup> ise müdahale ve dayanakları ele alınmıştır. Birleşmiş Milletler örgütü Medeni ve Siyasi haklar Sözleşmesinin 17. maddesine, 16. genel

<sup>31</sup> **Kuner**, Christopher: Regulation of Transborder Data Flows under Data Protection and Privacy Law: Past, Present, and Future, Tilburg University Legal Studies, Hollanda 2010, s. 15.

<sup>32</sup> **Şimşek**, s. 13.

<sup>33</sup> **Tarhanlı**, Turgut: “Birleşmiş Milletler Örgütü ve İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Başlıca Usuller”, İnsan Hakları, YKY, İstanbul 2000, s. 432.

<sup>34</sup> BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi md. 12’de;

“Hiç kimse, özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfî karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz kalmaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

<sup>35</sup> **Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/589)**, (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>), (Erişim Tarihi: 13.04.2019)

<sup>36</sup> Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi haklar Sözleşmesinin “Mahremiyet Hakkı” başlıklı 17. Maddesinde;

“Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfî veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılmaz. 2. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.” İbaresine yer verilmiştir.

yorumunda açıklık getirmiştir<sup>37</sup>. 16. genel yorumda<sup>38</sup> derinlikli bir çerçevede veri koruması ve mahremiyet hakkı ele alınmış olup bireyler için yalnızca koruyucu değil aynı zamanda süreci şeffaflaştırın usuller öngörülmüştür<sup>39</sup>.

BM bünyesinde kişisel verilere dair kabul edilen dolaylı metinlerin yanı sıra 14.12.1990 tarihinde kabul edilen ve verilerin korunmasına dair yetkili bir uluslararası kuruluşun kurulmasını düzenleyen önemli bir uluslararası belge niteliğini taşıyan “*Bilgisayarla İşlenmiş Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler*”i kabul etmiştir. Verilerin korunmasını esas alan bu rehber ilkeler tavsiye nitelikli ilkelerdir ve üye devletler açısından bağlayıcı bir özelliği bulunmamaktadır. Yönerge kişisel verilerin korunması hakkında gerek kamu otoritelerine gerekse özel sektöre ilişkin düzenlemeler içermektedir<sup>40</sup>. Ancak bu düzenlemeler, kararların niteliği gereği temel ilkeleri ve asgari gerekleri içeren metinler olmaktan ibaret, bağlayıcı niteliği haiz olmayan metinlerdir.

<sup>37</sup> **Küzeci**, s. 122; **Gemalmaz**, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 6. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 434.

<sup>38</sup> Birleşmiş Milletler örgütü Medeni ve Siyasi haklar Sözleşmesinin 17. Maddesine yönelik 16. genel yorumunda;

“Tüm insanların toplum içerisinde yaşamalarının sonucu olarak, özel hayatın gizliliğinin korunması kaçınılmaz şekilde görecelidir. Ancak, sözleşmeden anlaşıldığı üzere yetkili kamu otoriteleri, bilimsel toplumun çıkarlarının korunması açısından gerekli olan, bireyin özel hayatıyla ilgili bir bilgiyi öğrenebilme talebinde bulunabilmelidir. ... Kamu otoritelerinin, özel kişi ve kurumların bilgisayarlar, veri bankalarında veya benzeri cihazlarda kişisel bilgileri toplaması veya saklaması hukukî düzenlemeye tâbi olmalıdır. Devletler, bir kimsenin özel hayatına dair bilgilerin hukukun bu bilgilere sahip olma ve kullanma yetkisine sahip olmayanların eline geçmesini ve bu bilgilerin sözleşmenin amaçlarına aykırılık teşkil edecek şekilde kullanılmasını engellemek için etkili tedbirler almalıdır. Özel hayatın gizliliğinin en etkili şekilde korunabilmesi için, her birey kişisel dosyalarda veya veri tabanlarında kendisiyle ilgili bilgiler saklanmışsa bu bilgilerin ne tür bilgiler olduğunu ve ne amaçla saklandığını öğrenme hakkına sahiptir. Ayrıca, her birey hangi kamu otoritelerinin, özel kişilerin veya kurumların bu dosyaları kontrol altında tuttuğunu veya tutabileceğini öğrenebilmelidir. Söz konusu dosyaların, yanlış kişisel bilgilere yer vermesi halinde veya bu bilgilerin hukuka aykırı şekilde toplanması veya kullanılması halinde her birey düzeltme veya bilgilerin ortadan kaldırılmasını talep etme hakkına sahiptir.” şeklinde değerlendirmede bulunulmuştur.

<sup>39</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 32. Oturum, Genel Yorum No.16, Y.1998, madde 17: Özel Yaşamın Gizliliği, Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları, İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, çeviren **Lema**, Uyar: İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 35-36.

<sup>40</sup> **Şimşek**, s. 16.

“Bilgisayarla İşlenmiş Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler” uyarınca tanınması gereken güvenceler; Hukuka uygun ve dürüst yöntemlerle veri toplama ve işleme ilkesi, verilerin doğruluğu ilkesi, verilerin kullanım amacında belirlilik ilkesi, ilgilinin hakkında tutulan verilere erişim hakkının varlığı ilkesi, ayrımcılık yasağı ilkesi (*hassas verilerin işlenmemesini doğuran ilkedir.*), veri güvenliği ilkesi, denetim ve yaptırım ilkesi ve verilerin sınır ötesi akışı ilkesi olmak üzere 8 temel ilkedен oluştuğu kabul edilir.

### III. KİŞİSEL VERİLERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

#### A. Ekonomik Hak Yaklaşımı

Kişisel veri kavramı Anglo-Amerikan hukuk ekolünde genel olarak ekonomik ve iktisadi bir yaklaşımla mülkiyet ve/veya fikri haklar kapsamında kabul edilmektedir<sup>41</sup>. Anglo-Amerikan hukukunda kişisel veri salt bireye ait ayırt edici, özgün bir veri olarak görülmele kalmamış, bireyin bir üretisi, yani ekonomik değer sahibi olan bir eseri olarak görülmüştür<sup>42</sup>.

#### 1. Mülkiyet Hakkı Görüşü

Bu görüş uyarınca kişisel veriler bireyin mülkiyet hakkı kapsamındadır. Kişisel verilerin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin görüş kişisel veri kavramını tıpkı eşya hukukunda yer alan “şey” kavramı ile özdeş tutar ve bu kabul tıpkı bir eşyanın malikinin sahip olduğu usus, fructus ve abusus haklarını kişisel veri sahibine sunar<sup>43</sup>. Bu fikrin temelinde bireylerin kişisel verilerine mülkiyet hakkı niteliği tanınarak tam anlamıyla korumadan yararlanmaları ve kişisel verilerine yönelik denetimi güçlü hale getirmek vardır. Zira bu görüşün benimsenmesi ile kişilerin kendilerine yönelik bilgileri hakkında pazarlık yapabilme imkanları olacaktır. Böylelikle de kişisel verilere dair hak ihlalleri engellenebilecektir<sup>44</sup>. Bu görüş kişi ile kişinin üretisi olan veriyi birbirinden soyutladığı gerekçesi ile eleştiri almaktadır. Kişinin benliğine yönelik üretisi olan kişisel verinin bir meta haline dönüşerek kişinin özgün ve benzersiz üretisinin ticari malzeme haline dönüştüğü

<sup>41</sup> **Samuelson**, Pamela: “Privacy as Intellectual Property? Stanford Law Review”, Sayı: 52, Yıl: 2000, s. 1125 vd.

<sup>42</sup> **Aksoy**, s. 215.

<sup>43</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 8; **Bartow**, Ann: “Our Date, Ourselves: Privacy, Propertization and Gender”, USFL Review, Sayı: 34, Yılı: 1999, s. 633 vd.; **Kang**, Jerry: “Information Privacy in Cyberspace Transactions”, Stanford Law Review, Sayı: 50, Yılı: 1998, s. 1193.

<sup>44</sup> **Aksoy**, s. 58.

ve bu durumun etik olmadığı eleştirilerin temel dayanak noktasını oluşturmaktadır<sup>45</sup>.

## 2. Fikrî Mülkiyet Hakkı Görüşü

Fikri mülkiyet hakkı görüşünün temelinde gerek fikri mülkiyetin, gerekse kişisel verilerin ortak noktasının “*bilgilerin korunması*” olması karşısında ortak amaçtan yola çıkılması yer almaktadır<sup>46</sup>.

Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira fikri mülkiyet konu eserler, bir düşünce sürecinin neticesinde ortaya çıkan fikirselsel üretti eserleridir. Oysa kişisel veriler ise insanın benliğinden doğan, sırf o kişi olmasından kaynaklı ve o kişiyi diğer kişilerden ayıran, özgün kılan, herhangi bir üretim sürecinden geçmeyen, anlık tercihlerle gelişerek bütün oluşturan verilerdir. Bu sebeple kişisel veriler kanaatimizce fikri mülkiyet kapsamında olmamalıdır. Ayrıca bu görüşe katılmayan fikir sahiplerinin öne sürdüğü bir diğer fikir ise bu görüşün kabulü halinde kişisel verilerin korunmasının daha güç bir yapıya kavuşacağı, bu sebeple de kişisel verilerin korunması düşüncesiyle zıt nitelik taşıyor halde koruma amacından uzaklaşılacağını savunmaktadırlar<sup>47</sup>.

## B. İnsan Hakkı Yaklaşımı

Kişisel veri kavramı çalışmamızın daha önceki kısımlarında ele aldığımız 1983 yılında Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin “nüfus sayım kararı”nda insan onuru ve bireyin kendini geliştirme hakları ile ilintili olarak değerlendirilmiş<sup>48</sup>. 1995/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi'nde, kişisel veri kavramı mahremiyet hakkı kapsamında ele alınmış ve insan hakları ile ilişkisi özel olarak vurgulanmıştır. Veri Koruma Direktifi sonrasında ise kişisel veri kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından AİHS'in “özel ve aile hayatına saygı” başlıklı 8 inci maddesi kapsamında yorumlanmıştır.

Bazı görüşler, kişisel verilerin tümüyle özel yaşamın gizliliği kapsamında olduğunu kabul etmekte ve bu hususlardan taviz verilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Tarihsel gelişimine baktığımız zaman özel yaşamın korunmasına dair hak görüşü ilk defa Samuel D. WARREN ve Louis D. BRANDEİS tarafından 1890 yılında Harvard Law Review'da yazılan,

<sup>45</sup> **Taştan**, Furkan Güven: Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 57; **Aksoy**, s. 65; **Küzeci**, s. 67.

<sup>46</sup> **Aksoy**, s. 60.

<sup>47</sup> **Küzeci**, s.64.

<sup>48</sup> **Aksoy**, s. 56; **Samuelson**, s. 1143.

“Mahremiyet Hakkı (Right to Privacy)” başlıklı makale<sup>49</sup> ile gerçekleşmiştir<sup>50</sup>. Bu çalışma mahremiyet hakkını insan hakları yönüyle ele alması ve mahremiyet kavramına dair sınırları çizme ve kriterler koyma hususunda içerik barındırması yönüyle önem taşır.

Her ne kadar özel yaşamın gizliliği kavramı Amerikan hukuku çerçevesinde ortaya atılmışsa da ilk düzenlemeler Avrupa menşelidir. Zira bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde<sup>51</sup> “Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı” başlığı altında, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 12. maddesinde<sup>52</sup> ve BM Medenî ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 17. maddesinde<sup>53</sup> düzenlenmiştir. Kişisel veri kavramı, anayasal düzenlemelerde yer almakta olup ülkemizde Anayasamızın 20. maddesinde, Kanunlarımızda ise Türk Medeni Kanunu 23. maddesinde ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 58. maddesinde güvence altına alınmaktadır.

#### IV. AVRUPA KONSEYİ İÇERİKLERİNDE, AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA KİŞİSEL VERİLERE DAİR İÇERİKLER

Avrupa Konseyi, II. Dünya savaşının sona ermesinden sonra, 5 Mayıs 1949 tarihinde demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları ilkelerini

<sup>49</sup> Warren, Samuel D./Brandeis, Louis D.: “The Right to Privacy”, Harvard Law Review, C. 5, Sayı: 4, Yıl: 1890, s. 193-220.

<sup>50</sup> Aydın, s. 17.

<sup>51</sup> AİHS’in “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlıklı 8 maddesinde yer alan normu şöyledir:

“1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

<sup>52</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 12. Maddesi uyarınca :

“Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır.”

<sup>53</sup> Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 17. Maddesi uyarınca:

“1. Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, evine ya da haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan tecavüzlere bulunulamaz.

2. Herkesin, bu gibi müdahalelere ya da tecavüzlere karşı yasalarca korunma hakkı vardır.”



Avrupa’da daimi olarak koruma altına almak maksadıyla kurulmuş bir örgüttür.

Avrupa Konseyi, 4 Kasım 1950 tarihinde kabul edilen “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*” ile insan hakları alanında en önemli belge kabul edilebilecek olan belgeyi öne sürmüştür<sup>54</sup>. Ülkemizin de yargı yetkisini tanıdığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu sözleşme ile oluşturulmuştur ve çalışmamızın başlıca kısmını da bu mahkemenin kişisel veri kavramını konu edinen kararları oluşturmaktadır. Zira bu mahkeme sahip olduğu yargı yetkisini kullanarak verdiği kararlarda evrensel anlamda insan haklarına yön vermekte, en önemli söz sahiplerinden biri konumunda bulunmaktadır.

Avrupa Konseyi insan hakları adına gerçekleştirdiği genel nitelikli çalışmaların yanı sıra kişisel veri kavramı ve kişisel verilerin korunmasının önemi konusunda da çeşitli adımlar atmıştır<sup>55</sup>. Bu anlamda sonuç veren girişimlerin ilki, 1973 ve 1974 tarihli otomatik veri bankalarındaki verileri korumaya yönelik, diğeri ise kamu sektörüne dair olan iki karar açıklanmıştır<sup>56</sup>. 1981 yılında ise 108 sayılı “*Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme*” kabul edilmiştir.

Kişisel verilerin korunması hakkı AİHS’de açık bir şekilde düzenlenmiş olmamakla birlikte, Sözleşme’nin uygulanmasına ilişkin AİHM içtihatlarında “*Özel Yaşama ve Aile Hayatına Saygı Hakkı*” başlıklı 8’inci madde kapsamında kendisine yer bulmuştur. 8. madde uyarınca vakıanın ilk olarak özel yaşam, aile yaşamı, konut ve haberleşmenin gizliliği hakkı kapsamına girip girmediği incelenmektedir. Sonrasında ise vakıanın gizlilik hakkı kapsamında kaldığı kabul ediliyorsa müdahalenin bulunup bulunmadığı incelenmektedir. Eğer ki müdahalenin varlığı da kabul edilirse artık müdahalenin meşruiyeti yani hukuka uygun olup olmadığı sorgulanır. Hukuka uygun müdahale için temel ölçütler ise müdahalenin kanunî düzenleme ile öngörülmüş olması, meşru bir müdahale amacının varlığı ve demokratik toplum düzeninin müdahaleyi gerekli kılmaları ölçütleridir.

<sup>54</sup> Şimşek, s. 19; Küzeci, s. 125.

<sup>55</sup> Küzeci, s. 126.

<sup>56</sup> Council Of Europe Committee of Ministers, Resolution (74) 29 on the Protection of the Privacy of Individuals vis-a-vis Electronic Data Banks in the Public Sector, adopted by the Committee of Ministers on 20 September 1974 at the 236th meeting of the Ministers’ Deputies; Council of Europe Committee of Ministers, Resolution (73) 22 on the Protection of the Privacy of Individuals vis-a-vis Electronic Data Banks in the Private Sector, adopted by the committee of Ministers on 26 september 1973 at the 224th meeting of the Ministers’ Deputies.

Kişisel veri kavramına ilişkin alan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorumları ve içtihatları çerçevesinde gelişmektedir. AİHM yargıçlarından Pettiti, Malone - Birleşik Krallık'a karşı davasında bu hususu "1950'de özel hayata müdahale teknikleri halen antikti; müdahale deyiminin içerik ve etkisinin bu dönemdeki anlamı, günümüzdeki anlamına üstün kabul edilemez." şeklinde ifade etmiştir<sup>57</sup>.

Mahkemenin yorumlarında özel yaşam kavramı kişinin özel yaşamını dar tanımlamamış ve kişinin başkasıyla kurduğu ilişki alanlarını da özel yaşam kapsamında tutmuştur. Bu geniş yorum kişinin özel telefonun dinlenmesinin özel yaşamı ihlal ettiği fikrini aşarak bununla yetinmemiş ve gündelik yaşamda kullandığı iş telefonunun da dinlenmesini özel yaşam kapsamında tutabilmeyi, böylelikle de 8. maddenin ihlal edildiğini kabul edebilmeyi sağlamıştır<sup>58</sup>. Ayrıca mahkeme yalnızca klasik iletişim araçlarını değil, modern dünyanın gerektirdiği takibatı da yaparak gelişen iletişim araçlarını da kişisel veri kavramı kapsamında tutan bir yaklaşım sergilemiştir<sup>59</sup>. Bu geniş yorumlar ışığında mahkeme kişinin kamusal alandaki görüntüsünün kaydedilmesi halini de 8.maddenin ihlali kabul etmektedir<sup>60</sup>. KRUSLİN,

<sup>57</sup> **Malone, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 8691/79, Karar Tarihi: 02.08.1984, Karar Sıra No: 86, karar uyarınca; başvurucunun telefonunun polis tarafından dinlendiğinin yargılama sırasında ortaya çıkması üzerine telefonların dinlenmesinin, mektupların izlenmesinin ve telefonunun sayaçlanması hukuken öngörülmemiş olmasını AİHS md. 8'i ihlal ettiği belirtilmiştir. § 62, 89.

<sup>58</sup> **Niemetz, Almanya'ya karşı**, Başvuru No: 13710/88, Karar Tarihi: 16.12.1992, Karar Sıra No: 29, kararında mahkeme; "...*“özel hayat” kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir “iç alan”la kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir.*" şeklinde beyanda bulunarak özel hayatın yalnızca içsel bir sınırlılık içermediğini, diğer insanlar ve dış dünya ile de bağlantılı olduğunu kabul etmektedir. § 27-33.

**Halford, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 20605/92, Karar Tarihi: 25.06.1997, kararında mahkeme; tıpkı Niemetz kararında olduğu gibi özel yaşamın sınırlarını iş yerinde de devam edecek biçimde genişletmiştir. § 42-44.

<sup>59</sup> **Copland, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 15225/89, Karar Tarihi: 31.01.1995, karar uyarınca; Başvuranın iş telefonundan yaptığı görüşmelerin gizliliğine ilişkin "makul bir beklenti" içerisinde olmasının doğal olduğuna, aynı beklentinin e-posta ve internet erişimi açısından da olmasının doğal olduğunu ifade etmiştir. § 41-44.

<sup>60</sup> **Friedl, Avusturya'ya karşı**, Başvuru No: 15225/89, Karar Tarihi: 31.01.1995, karar uyarınca; Başvurucunun görüntüsü kamusal bir gösteri sırasında alınmıştır. Komisyona göre fotoğrafların kamusal bir eyleme ilişkin olarak alınmaları ve yalnızca o gün için güvenliği sağlamak için kullanılmaları kişinin özel yaşamının içsel kısmına ilişkin değildir. Ayrıca komisyon değerlendirmesinde fotoğrafların anonim olarak bırakıldığını, herhangi bir isim ile ilişkilendirilmediğini, kayıt edilen verilerin ve çekilen fotoğrafların

Fransa'ya karşı<sup>61</sup> davasında ve benzer nitelikli HUVİG, Fransa'ya karşı<sup>62</sup> davasında başvuruçunun şüphelisi olduğu cinayet dosyasından hakkında dinleme kararı verilmesi ile ilgili 8. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir. AİHM, Fransız yasalarının söz konusu dinleme kararı hususundaki takdir yetkisinin genişliği ve kapsamı hakkında herhangi bir açıklık içermediğini, bu sebeple de 8. maddeyi ihlal eder nitelik taşıdığını ifade etmiştir<sup>63</sup>. Mahkemenin takdir yetkisini değerlendirdiği bir diğer karar ise VETTER, Fransa'ya karşı<sup>64</sup> dosyasıdır. Kolluk birimlerinin silahla öldürülmüş bir ceset bulması üzerine başvurudan şüphelenen kolluk birimlerinin başvuranın sıkça uğradığı bir daireye dinleme cihazı yerleştirmesi başvurunun konusunu oluşturur. Mahkeme, dosyaya ilişkin değerlendirmesinde Fransız yasalarının dinlemedeki takdir yetkisi hususunda çok geniş bir imkan sağlamasını 8. maddeyi ihlal eder nitelikte bulmuştur<sup>65</sup>.

herhangi bir veri sürecinden geçmediğini ve veri işleme suretiyle fotoğrafları çekilen kimselerin kimliklerinin belirlenmeye çalışılmadığını mahkeme ayrıca göz önünde tutmuştur. § 7-10.

**Lupker ve Diğerleri, Hollanda'ya karşı**, Başvuru No: 18395/91, Karar Tarihi: 07.12.1997, karar uyarınca; komisyon, fotoğrafların başvuranın özel yaşamına ne oranda müdahale oluşturduğuna, fotoğrafların kamusal mı yoksa özel konularla mı bağlantılı olduğuna, toplanan verilerin sınırlı kullanımının mı tasarlandığı yoksa kamunun ulaşılabilirliğinin mi sağlandığı gibi sorulara önem verilmiştir. Mahkeme, kamusal alanda kapalı devre televizyon sistemlerinin kullanımı suretiyle yapılan kayıtları da değerlendirmiştir. § 35-40.

**Peck ve Diğerleri, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 44647/98, Karar Tarihi: 28.04.2003, karar uyarınca; kamusal alanda kişilerin görüntülerini alan araçlarla izlenmesi ancak bu görüntülerin kayıt edilmemesi durumunda özel yaşama müdahale söz konusu değildir. Ancak verilerin kayıt edilmesi ve bu kayıtların sistemli ya da kalıcı olarak yapılması halinde müdahale varlığı söz konusu olacaktır. § 58-59.

<sup>61</sup> **Kruslin, Fransa'ya karşı**, Başvuru No: 11801/85, Karar Tarihi: 24.04.1990. § 23.

<sup>62</sup> **Huvig, Fransa'ya karşı**, Başvuru No: 11105/84, Karar Tarihi: 24.04.1990. § 24-26.

<sup>63</sup> **Wright, David/Kreissl, Reinhard**: Surveillance in Europe, Ruthledge Taylor&Francis Group Publisher, ABD 2015, s. 285; **Lautenbach**, Geranne: The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2013, s. 100; **Hirsch Ballin**, Marianne F. H.: Anticipative Criminal Investigation: Theory and Counterterrorism Practice in the Netherlands and the United States, Springer Publisher, Hollanda 2012, s. 150; **Hodgson**, Jacqueline: French Criminal Justice: A Comparative Account of the Investigation and Prosecution of Crime In France, Hart Publishing, ABD 2005, s. 35; **Emmerson, Ben/Ashworth**, Andrew/**Macdonald**, Alison/**Summers**, Mark A.: Human Rights and Criminal Justice, 3. Baskı, Sweet&Maxwell Publisher, Birleşik Krallık 2012, s. 318; **Karanja**, Stephen Kabera: Transparency and Proportionality in the Schengen Information System and Border Control Co-operation, Martinus Nijhoff Publisher, ABD 2008, s. 101.

<sup>64</sup> **Vetter, Fransa'ya karşı**, Başvuru No: 59842/00, Karar Tarihi: 31.05.2005. § 30-33.

<sup>65</sup> **Peers**, Steve: EU Justice and Home Affairs Law, 3. Baskı, Oxford University Press, ABD 2011, s. 881.

Roman ZAKHAROV, Rusya'ya karşı<sup>66</sup> dosyasında, Rusya'daki cep telefonu görüşmelerini gizlice dinlemeye imkan tanıyan bir sistem başvuru konusu olmuştur. Bir yayınevi şirketinde genel yayın yönetmeni olan başvuru ZAKHAROV, Rusya'daki mobil şebeke operatörlerinin kanunen kolluk birimlerince yapılacak operasyonel-arama faaliyetlerini gerçekleştirmelerine olanak tanıyan bir donanım kurulumu yapma mecburiyetine tâbi tutulduklarını, bu donanımların ise herhangi bir sınırlamaya yahut zorlamaya tâbi olmaksızın serbestçe keyfi dinlemelerde kullanılabileceğini belirterek başvuruda bulunmuştur. Mahkeme ise, yaptığı incelemede başvuru iddialarını doğrular biçimde herhangi bir sınırlamaya tâbi tutulmaksızın dinlemeye imkan tanıdığını, bunun ise 8. maddenin ihlali niteliğinde olduğunu ifade etmiştir<sup>67</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki neredeyse her dinleme sisteminde bu ve benzeri kötüye kullanım imkanı bulunmaktadır. Somut başvuruda mahkemenin kanaatini etkileyen haller Rusya'da yaşanan yaygın insan hakları ihlallerinin varlığı, Rus devletinin söz konusu ihlalleri gerçekleştirmekteki istikrarlı tutumu ve insan hakları ihlallerinin Rus devletinin rutin işleyişinde olağan bir durum haline gelmiş olmasıdır. Kanaatimizce her sistemde bulunan insan kaynaklı açığın sırf mahkemenin Rus devletine yönelik sahip olduğu bakış açısı nedeniyle, herhangi bir somut vakiya dayanmaksızın ihlal oluşturduğu kabulü yerinde değildir.

KENNEDY, Birleşik Krallık'a karşı<sup>68</sup> davasında başvuru tartışmalı delillerin olduğu, makul şüpheyi uyandırması bakımından dahi tartışılabilir nitelikteki bir yargılama sonucunda daha önce taksirle öldürme suçundan hüküm giymiştir. Sonrasında ise başvuru adli hatalara yönelik bir sembol haline gelmiş ve kamuoyunun tepkilerini sunduğu gösterilerde sıkça yer almıştır. Gündelik hayatına devam etmek isteyen başvuru daha sonra bir dükkan açmıştır, ancak iş yerinin kollukça izlendiği inancına kapılmış ve adli mercilere (*Tahkikat Yetkileri Mahkemesi'ne*) başvurmuştur. 2005 yılında ise başvuru başvurusu karşılığında yalnızca başvurusunun olumsuz olduğunu içeren gerekçesiz ve dayanaksız bir bilgilendirme metni gönderilmiştir. Bilgilendirme metni, başvuru hakkında herhangi bir tedbir uy-

<sup>66</sup> **Roman Zakharov, Rusya'ya karşı**, Başvuru No: 47143/06, Karar Tarihi: 20.10.2006, § 270-303.

<sup>67</sup> **Mälksoo, Lauri/Benedek, Wolfgang**: Russia and the European Court of Human Rights: The Strasbourg Effect, Cambridge University Press, Birleşik Krallık 2018, s. 209-210, The Global Community Yearbook Of International Law and Jurisprudence 2016, Oxford University Press, ABD 2017, s. 260.

<sup>68</sup> **Kennedy, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 26839/05, Karar Tarihi: 18.05.2010, § 184-197.

gulanıp uygulanmadığına açıklık getirmemekte olan bir metinden ibarettir. Mahkeme, izleme tedbirinin varlığı açısından sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasını oluşturan haklı sebeplerin varlığına hükmetmekle birlikte, tedbirin uygulanması için gereken usul kurallarının mevzuatta belirtildiğine, fakat Birleşik Krallık'ın ise normatif usullere uygun biçimde hareket etmediğine hükmetmiştir<sup>69</sup>.

AIHM'e göre sözleşme “*güncel koşullar ışığında yorumlanması gereken, yaşayan bir enstrümandır.*”, böylelikle mahkeme sözleşmenin sürekli olarak güncel kalmasını yargısal yorumlarla sağlamaktadır<sup>70</sup>. Zira mahkemenin amacı salt yargısal bir karar organı olmak değil, insan haklarını güvence altına almanın etkili ve elverişli bir kurumu olmasıdır.

AIHM mahkemenin genişletici yorumlar yapması yönündeki görüşü çerçevesinde daha sonra da pek çok karar vererek ilkesel emsaller oluşturmuştur. Verilerin toplanması hususunda ilk önemli karar KLASS ve Diğerleri, Almanya'ya karşı kararıdır<sup>71</sup>. Mahkemenin genişletici yorumları ışığında getirdiği ilkelere değinmek gerekirse;

- Bireylere ilişkin kişisel bilgilerin resmî makamlarca toplanarak arşivlenmesi<sup>72</sup>,

- Telefon görüşmelerine ilişkin kayıtları izleme<sup>73</sup>,

<sup>69</sup> **Davis**, Howard: Human Rights Law Directions, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2013, s. 331-332; **Emmerson/Ashworth/Macdonald/Summers**, s. 318.

<sup>70</sup> **Tyrer, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 5856/72, Karar Tarihi: 28.04.1978, Karar Sıra No: 35, karar uyarınca; mahkemenin görevi sözleşmeyi yorumlarken sosyal değişimleri de uyarlamaktır. § 37-38.

<sup>71</sup> **Klass ve Diğerleri, Almanya'ya karşı**, Başvuru No: 5029/71, Karar Tarihi: 06.09.1978, Karar Sıra No: 5029/71 sayılı karar uyarınca; Başvurucular, Alman Anayasasının 10/2 hükmünün ve hükme dayanılarak çıkarılan “*Mektup, Posta ve Telekomünikasyonun Gizliliğinin Sınırlandırılması Yasası*”nın sözleşmeye aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Buna göre başvurucuların itirazı devletin bir yasayla denetim önlemleri almasına değildir. İtiraz, kendilerini bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaksızın, haberleşmelerini ve telefon görüşmelerini izleyebilme ve kendileri hakkında önlemler alabilme yetkisinin getirilmesinden ve bu uygulamaya karşı da hak arama özgürlüğünün tanınmasından kaynaklanmaktadır. Her ne kadar AIHS sisteminde “*actio poularis*” yani halkın hakkının arama tanınmasında doğrudan mağdur oldukları belirli olmayan başvurucular hem Komisyon, hem de Mahkemenin görüşüyle “*potansiyel mağdur*” olarak kabul edilmiştir. AIHM, MALONE, Birleşik Krallık'a karşı kararında da bu yorumunu yinelemiştir. § 36-37, 56.

<sup>72</sup> **Amann, İsviçre'ye karşı**, Başvuru No: 27798/95, Karar Tarihi: 16.02.2000, § 72-74; **Rotaru, Romanya'ya karşı**, Başvuru No: 28341/95, Karar Tarihi: 04.05.2000, § 51, 53, 57.

- Toplanan verilerin, toplanma amacı dışında kullanılması<sup>74</sup>,  
 - Sağlık verilerinin gizliliği<sup>75</sup>,  
 - Kolluk birimlerince parmak izi, fotoğraf gibi verilerin alınması<sup>76</sup>,  
 - Kişisel verilere erişim hakkı<sup>77</sup>,  
 - Kişisel verilerin makul sürede yok edilmemesi<sup>78</sup> gibi ilkesel hususlar sözleşmenin 8. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak 8/1 kapsamındaki ihlallerin varlığı için 8. maddede belirtilen meşru ve kanunî temele dayanan, demokratik toplum düzenine aykırı müdahale koşullarından en az birisinin söz konusu olması gerekir.

Sayılan ilkeler haricinde haber verme ve bilgi edinme hakkı çerçevesinde de kişisel veri alanına temas söz konusu olabilecektir. AİHM, bu konuda Caroline VON HANNOVER, Almanya'ya karşı<sup>79</sup> davasında önem taşıyan bir karar almıştır. Başvurucu Monaco prensesi Caroline, paparazziler tarafından özel yaşamı dahilindeki görüntülerin gizlice alınarak Alman dergilerinde yayımlanması karşısında Alman mahkemelerine dava açma yoluna gitmişse de Alman yargısınca söz konusu görüntüler<sup>80</sup>, hukuka aykırı bulunmamıştır. Bunun neticesinde ise AİHM, bireylerin mahrem yaşam alanına dair özel bilgilerin ve fotoğrafların yayılmasının basın özgürlüğü kapsamında olmadığına ve görülmesi yahut bilinmesinde herhangi bir yarar bulunmayan bir kişisel verinin paylaşılmasının da anlamsız olduğuna, kamunun üstün haber alma hakkı kapsamında tutulamayacağına karar vermiştir<sup>81</sup>.

<sup>73</sup> **Malone, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 8691/79, Karar Tarihi: 02.08.1984, Karar Sıra No: 86, § 62, 89; **P.G. ve J.H., Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 44787/98, Karar Tarihi: 25.09.2001, § 47, 62.

<sup>74</sup> **Leander, İsviçre'ye karşı**, Başvuru No: 9248/81, Karar Tarihi: 26.03.1987, § 47-48, 54, 72, 78.

<sup>75</sup> **Z., Finlandiya'ya karşı**, Başvuru No: 22009/93, Karar Tarihi: 25.02.1997, § 95.

<sup>76</sup> **Murray, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 14310/88, Karar Tarihi: 28.10.1994, § 66.

<sup>77</sup> **Gaskin, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 10454/83, Karar Tarihi: 07.07.1989, § 29-45.

<sup>78</sup> **S. ve Marper, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 30562/04, Karar Tarihi: 02.12.2008, § 127, 136-137.

<sup>79</sup> **Caroline Von Hannover, Almanya'ya karşı**, Başvuru No: 40660/08 ve 60641/08, Karar Tarihi: 07.02.2012, § 114-126.

<sup>80</sup> Görüntü içeriğinde prenses Caroline'in günlük yaşamı, ünlü bir aktrisle baş başayken yer aldığı kareler ve onun ayağının takılıp düşmesini resmeden bir haberde bulunmaktaydı.

<sup>81</sup> **Baykan**, Metin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğü, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2011, s. 80.

Plon Yayınları, Fransa'ya karşı<sup>82</sup> dosyası ise AİHM benimseyişinde çok başka bir yer teşkil etmekte ve siyasetçilere ve toplumun yönetiminde söz sahibi olan kimselere yönelik hakaret suçlarında daralttığı çerçevenin üzerine kişisel veri anlamında da dar bir çerçeve ekleyerek adeta toplum karşısında siyasetçinin mutlak şeffaf bir varlık olmasını istemekte, kişisel veri kapsamındaki hususların bile şeffaflık taşımadığını benimseyerek siyasetçi için kabul edilemez bir daraltıcı hürriyet alanı çizmektedir. AİHM, 1995 yılında hayatını kaybeden Fransa eski Cumhurbaşkanı Mitterand'ın ölümünden önceki hastalık durumuna ilişkin tıbbi bilgileri ve hastalık sürecine dair bazı olayları özel doktorunun kitaplaştırması sonucu, kitaba yayın yasağı getirilmesi üzerine önüne gelen olayda 10. maddenin ihlalini tespit etmiştir. Büyük sır isimli kitapta ise Mitterand'ın seçildikten yaklaşık 6 ay sonra yakalandığı hastalık ve bu hastalığı ile Fransa'yı yönettiği zaman dilimi anlatılmaktadır. Mitterand'ın ölümünden on gün sonra yayınlanan kitap hakkında ise özel hayatın ve tıbbi bilgilerin gizliliğini ihlal ettiği için Fransız yargı organları ilk olarak geçici olarak yasaklama kararı vermiş ve sonra ise yasağı daimi hale getirilmiştir. AİHM, ilk başta ölenin yakınlarının sahip olduğu acının ölümünden 10 gün sonra yayımlanan bir kitap ile artırıldığını belirterek başlangıçta tedbir kararını doğru bulmuşsa da aradan geçen zaman üzerine ülkede yaşayan bireylerin tarihsel gerçekliğe ve yönetim zamanlarında yaşanan olaylara erişim hakkının sağlık verilerine oranla daha önemli bir hak olduğunu ve daha fazla kişinin üstün yararı bulunduğunu belirterek, kitabın yayınlanması hususunda herhangi bir ihlal sebebi öngörmemiştir<sup>83</sup>.

Sıklıkla değinilen haberleşme alanının ise ihlalcisinin yalnızca devletler olması düşünülemez. Zira BĂRBULESCU, Romanya'ya karşı<sup>84</sup> davasında da başvuru, özel bir şirkette çalışmakta olduğu sırada şirket internetini mesai saatleri içerisinde kişisel amaçları için kullandığı ve bu kullanımın şirket yönetmeliğine aykırı olduğu gerekçesiyle işten çıkarılması ile ilgili başvuruda bulunmuş ve bunun özel hayata saygı ilkesini ihlal eder nitelik taşıdığı iddiasıyla şikayetçi olmuştur. Mahkeme, önceden bildirim koşulu bulunması ve normatif temelin varlığı halinde işverenin başvuru sahibinin haberleşmesini izlemesinin disiplin işlemleri kapsamında makul olduğuna

<sup>82</sup> **Plon Yayınları, Fransa'ya karşı**, Başvuru No: 58148/00, Karar Tarihi: 18.05.2004, § 42-58.

<sup>83</sup> **Baykan**, s. 81.

<sup>84</sup> **Bărbulescu, Romanya'ya karşı**, Başvuru No: 61496/08, Karar Tarihi: 05.09.2017, § 11.

hükmetmiştir<sup>85</sup>. İhlalcinin devlet dışı olduğu hallerde dahi korunma gerekliliğine dikkat çekilen bir diğer karar ise KÖPKE, Almanya'ya karşı davasıdır<sup>86</sup>. Başvurucu, çalıştığı özel şirkette kasiyerlik yaptığı sırada, işveren tarafından bir özel dedektiflik şirketi vasıtasıyla kayda alınmış ve daha sonra da hırsızlık yaptığı iddiasıyla işten çıkarılmıştır. Başvurucu bunun üzerine Alman ilk derece yargısından Alman Anayasa Mahkemesine kadar uzanan bir süreç boyunca yargı yoluna başvurmuşsa da bir sonuç alamamıştır. Mahkeme, başvurusunun başvurusunun sözleşmenin 8.maddesi kapsamında kalmadığını, çalışanın özel hayatına saygı gösterilmesi hakkı, işverenin mülkiyet haklarının korunması konusundaki menfaatleri birlikte gözetilerek hakça bir dengenin sağlanmasının esas olduğunu ifade etmiştir<sup>87</sup>. Böylelikle her iki karar birlikte gözetildiğinde özel kişilerden gelen müdahalede müdahaleci tarafın haklarının korunması alanı müdahaleci taraf lehine, müdahaleye uğrayan taraf aleyhine genişletilmiştir. Kanaatimizce bu husus aynı hukuksal değere sahip hukuk süjesinin arasında uygulanabilecek yöntemdir, zira bir özel hukuk kişisi devletler gibi elinde çeşitli enstrümanlara sahip olmadığı için en doğru usul özel kişilerde bu enstrümanların daha geniş algılanmasıdır.

### A. Kişisel Verilere Müdahalenin Kanuni Düzenleme İle Öngörülmesi Olması Ölçütü

AİHS md.8'in 2.fıkrasında yer alan düzenleme, AİHM içtihatlarıyla gelişen sistematikte birlikte değerlendirildiğinde kişisel verilere ilişkin eylemler ve işlemler açık, anlaşılır ve detaylı olmalıdır. Ayrıca müdahale koşulları ve müdahaleye esas durumlar önceden öngörülmalıdır<sup>88</sup>.

AİHM, AMANN, İsviçre'ye karşı davasında<sup>89</sup>, başvurusunun kendisi hakkında tutulan "*Rus büyükelçiliği ile bağlantılı*" şeklindeki fişlerin silin-

<sup>85</sup> **Namora**, Nuno Cerejeira/**Méndez**, Lourdes Mella/**E Sousa**, Duarte Abrunhosa: Digital Work and Personal Data Protection: Key Issues for the Labour of the 21st Century, Cambridge Scholars Publishing, Birleşik Krallık 2018, s. 332.

<sup>86</sup> **Köpke**, **Almanya'ya karşı**, Başvuru No: 420/07, Karar Tarihi: 05.10.2010, § 17.

<sup>87</sup> **Dorssemont**, Filip/**Lörcher**, Klaus/**Schömann**, Isabelle: The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Hart Publishing, ABD 2013, s. 193; **Björklund**, Fredrika/**Svenonius**, Ola: Video Surveillance and Social Control in a Comparative Perspective, Routledge Publisher, ABD 2013, s. 102-103; **Dorssemont**, Filip/**Lörcher**, Klaus/**Clauwaert**, Stefan/**Schmitt**, Mélanie: The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relations, Hart Publisher, Birleşik Krallık 2019, s. 243.

<sup>88</sup> **Aydın**, s. 32, **Küzeci**, s. 142.

<sup>89</sup> **Amann**, **İsviçre'ye karşı**, Başvuru No: 27798/95, Karar Tarihi: 16.02.2000, § 85-89.



mesi amacıyla gerekli mercilere başvuru yapmasına rağmen İsviçre devletinin birimlerince silinme talebinin reddi hususundaki cevabın, İsviçre devletinin kişisel verilere dair kanunî düzenlemelerinin veri tutulmasına imkan tanımadığını belirterek hukuka aykırı bulmuştur. Böylelikle de AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu karar ülkemizin kişisel verilere dair en önemli normatif düzenlemesi olan 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun parlamentodaki müzakerelerinde dahi gündeme gelmiştir. Karar, uluslararası mahkemenin kişisel verilerin dokunulmaz çerçevesini çizdiği sınırlar için önemli bir yapı taşıdır<sup>90</sup>.

PERRY, Birleşik Krallık'a karşı davasında başvuran, taksi sürücülerine yönelik soygun ile bağlantılı olduğu iddiasıyla yakalanmış ve daha sonra teşhis edilmesi için gelmesi gerektiği ifade edilerek serbest bırakılmıştır. Başvuran, sonraki teşhis işlemlerine katılmamış ve bunun üzerine de polis tarafından gizlice kameraya alınarak teşhise esas görüntüleri elde edilmiştir. Başvuran bu görüntülerin yargılamada kullanılmasının hukukî olmadığı iddiasıyla şikayetçi olmuştur. Mahkeme, başvuranın rızasını almadan bu görüntülerin kaydedilmesini AİHS md. 8'in ihlali olarak kabul etmiştir. Mahkeme gerekçeli kararında başvuruçunun bu şekilde izlenmesinin olağan ve öngörülebilir bir durum olmadığı hususuna vurgu yapar ve kişinin bu şekilde kayda alınarak elde edilen görüntülerinin, kişisel verilerin irade dışı kullanımını teşkil ettiğini belirtir. Mahkeme, iç hukuktaki öngörülebilirlik kısmına dair değerlendirmesinde ise; kolluğun, başvuruçunun görüntülerini kaydetmeden önce izin alması ve haberdar etmesi gerektiğini, işleme dair aydınlatıcı bilgi vererek başvuruçunun yasal güvencelerini tam ve eksiksiz olarak bildirmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>91</sup>.

Taylor-Sabori, Birleşik Krallık'a karşı<sup>92</sup> davasında ise başvuruçucu, çağrı cihazına gönderilen çağrılarının kolluk tarafından gizli izleme operasyonu ile

<sup>90</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı Münasebetiyle gerçekleştirilen, 24.03.2016 tarihli, 61. birleşimde Ankara milletvekili Şenal Sarıhan'ın beyanında aynen; *"Şimdi, ben, birkaç Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararına, bu konuya ilişkin karara çok kısaca değinmek istiyorum. Amann İsviçre Kararı, 26 Mart 1987 tarihini taşıyor. Diyor ki bu kararda: "Mahkeme bir kamu mercisinin bir bireyin özel yaşamıyla ilgili bilgilerini saklamasını 8'inci maddeyi ihlal olarak kabul eder ve bunun kullanılıp kullanılmaması dahi sorun değildir."* şeklinde ilgili karara değinilmiştir. ([https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/genel\\_kurul.cl\\_getir?pEid=46592](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/genel_kurul.cl_getir?pEid=46592)), (Erişim Tarihi: 18.04.2019).

<sup>91</sup> **Kılınç**, Ümit: "Teknik Araçlarla Yapılan Gizli İzlemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 9, Y. 2012, s. 18-19; **Atak**, Songül: "Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler", TBB Dergisi, S. 87, 2010, s. 113.

<sup>92</sup> **Taylor-Sabori, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 47114/99, Karar Tarihi: 22.10.2002, § 16-19.

tespitine karşı başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, başvurucuya yönelik izlemenin gerçekleştirildiği zamanda özel telekomünikasyon sistemleri vasıtasıyla gönderilen mesajların izlenebilmesine yönelik herhangi bir mevzuatın bulunmadığını, bu sebeple de herhangi bir hukuka uygunluk hali barındırmaması itibarıyla AIHS'in 8. maddesini ihlal ettiğini ifade etmiştir<sup>93</sup>.

L., Finlandiya'ya karşı kararında<sup>94</sup>, karara konu olayda HIV taşıyan başvurucunun gizli kalması gereken sağlık verilerinin gizli tutulmadığı, böylelikle yalnızca hastanenin ilgili birim personeli değil tüm hastane personeline görünür biçimde kayıt altına alındığı olayda hastane yönetimi tarafından daha sonra verilere erişim kısıtlanmıştır. Ancak, AIHM hastane yönetimi tarafından gerçekleştirilen sınırlamanın gecikmiş bir önlem olduğunu, böylelikle de kişisel verilerin paylaşılması niteliğini taşıdığını, her ne kadar somut olay çerçevesinde sonradan böyle bir önlem alınmışsa da Finlandiya devletinin kanunlarında bu ve bu tip olaylarda kişisel verileri korumaya dair herhangi bir normatif düzenleme yer almadığını, bu sebeple de AIHS'in 8. Maddesinin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır<sup>95</sup>.

L.H., Letonya'ya karşı davasında, başvurucu kendisinin tıbbî verilerinin devlet birimleri tarafından izinsiz biçimde elde edilmesinin kişisel verilerini ihlal teşkil ettiğini belirterek şikayetçi olmuştur. Mahkeme, tıbbî verilerin korunmasına önem vermiş ve Letonya mevzuatının yetkili makamlar ve yetkiyi kullanmadaki sınır hususunda yeterli açıklığı taşımadığını ifade etmiştir<sup>96</sup>.

## B. Meşru Bir Amaç Sebebiyle Sınırlama Ölçütü

Özel yaşama yönelik müdahale günümüzde artan terörizm karşısında, gelişen iletişim araçları ve bu araçlar vasıtasıyla terörizm faaliyetlerine karşı ulusal güvenliğin ve kamu güvenliğinin korunması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme MARPER, Birleşik Krallık'a karşı davasında<sup>97</sup> organize

<sup>93</sup> **Zeegers**, Krit: International Criminal Tribunals and Human Rights Law: Adherence and Contextualization, Springer Publisher, Hollanda 2016, s. 119.

<sup>94</sup> **I. v. Finlandiya Kararı**, Başvuru Tarihi: 20511/03, Karar Tarihi: 17.07.2008, § 132.

<sup>95</sup> **Tezcan**, Durmuş: "AIHM'de İctihat Değişikliği Yaşanan Üç Konu İle İlgili Bazı Gözlemler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, C. 23, S. 3, 2017, s. 771.

<sup>96</sup> **Rainy, Bernadette/Wicks, Elizabeth/Ovey**, Clare: Jacobs, White and Ovey: the European Convention on Human Rights, 7. Baskı, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2017, s. 421.

<sup>97</sup> **S. ve Marper, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 30562/04, Karar Tarihi: 02.12.2008, § 127, 136-137.

suçluluğun ve terörizmin toplumların karşı karşıya olduğu en büyük tehlikelerden biri olduğunu ifade etmektedir<sup>98</sup>. KLASS ve Diğerleri, Almanya'ya karşı dosyasında ise istisnai koşullar çerçevesinde ulusal güvenlik için belirli kişisel verilerin izlenebilmesi mahkemece demokratik toplum düzeninin gereği kapsamında değerlendirilmiştir<sup>99</sup>.

LEANDER, İsveç'e karşı<sup>100</sup>, P. G. ve J. H., Birleşik Krallık'a karşı<sup>101</sup> ve MURRAY, Birleşik Krallık'a karşı<sup>102</sup> gibi davalarda yoğun ve ayrıntılı bir tartışma gerçekleştirilmemiştir. Ancak yine de her üç kararda da müdahalenin milli güvenliğin sağlanması ve korunması amacını taşıdığı yönünde değerlendirilmede bulunmak suretiyle karar verilmiştir. NIEMETZ, Almanya'ya karşı<sup>103</sup>, Z., Finlandiya'ya karşı<sup>104</sup> ve PRETTY, Birleşik Krallık'a karşı<sup>105</sup> gibi bazı kararlarda ise mahkeme hükümetlerin öne sürdüğü gerekçelerin inandırıcılığı hususu da tartışılmıştır.

SEGERSTEDT - WİBERG ve DİĞERLERİ, İsveç'e karşı<sup>106</sup> kararında başvuruçular kendileri hakkında kişisel verilerin depolandığını ve içerik hususunda bilgi edinme hakkını kullanmak istediklerini belirterek idareye başvurmuşlardır. Başvuruçuların olumsuz cevap aldıkları olayda mahkeme kişisel verilerin depolanmasına ve verilere erişim isteğinin reddedilmesine yönelik değerlendirmesinde; söz konusu verilerin bombalı saldırı istihbaratı üzerine depolanan veriler olduğunu, suçun önlenmesi için bu yola başvurulduğunu, bu sebeple de demokratik toplum düzeninden dolayı böyle bir müdahalenin AİHS md. 8 anlamında ihlal teşkil etmediğini, 8/2 anlamında meşruiyet taşıdığını ifade etmiştir<sup>107</sup>. Ancak, AİHM siyasi parti üyeliğinin de

<sup>98</sup> Küzeci, s. 143.

<sup>99</sup> **Klass ve Diğerleri, Almanya'ya karşı**, Başvuru No: 5029/71, Karar Tarihi: 06.09.1978, Karar Sıra No: 5029/71, § 39, 42-48, 54-60.

<sup>100</sup> **Leander, İsveç'e karşı**, Başvuru No: 9248/81, Karar Tarihi: 26.03.1987, § 47-48, 54, 72, 78.

<sup>101</sup> **P.G. ve J.H., Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 44787/98, Karar Tarihi: 25.09.2001, § 47, 62.

<sup>102</sup> **Murray, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 14310/88, Karar Tarihi: 28.10.1994, § 66.

<sup>103</sup> **Niemetz, Almanya'ya karşı**, Başvuru No: 13710/88, Karar Tarihi: 16.12.1992, Karar Sıra No:29, § 27-33.

<sup>104</sup> **Z., Finlandiya'ya karşı**, Başvuru No: 22009/93, Karar Tarihi: 25.02.1997, § 95.

<sup>105</sup> **Pretty, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 2346/02, Karar Tarihi: 29.04.2002, § 47, 58, 63-67.

<sup>106</sup> **Segerstedt – Wiberg ve Diğerleri, İsveç'e karşı**, Başvuru No: 62332/00, Karar Tarihi: 06.06.2006, § 116-122.

<sup>107</sup> **Stalla-Bourdillon, Sophie/Phillips, Joshua/Ryan, Mark D. : Privacy vs. Security**, Springer Publisher, Birleşik Krallık 2014, s. 34; **Gutwirth, Serge/Poullet, Yves/De**

terör faaliyetine ilişkin toplanan verilerin arasında yer almasını 8. maddenin ihlali olarak görmüş ve terör faaliyeti ile siyasi parti üyeliği ve mitinglere katılmanın bağdaştırılamayacağına hükmetmiştir. Kanaatimizce demokrasilerde olağan koşullarda siyasi parti üyeliği terör faaliyetlerinin varlığına emare teşkil etmese de terör faaliyeti çerçevesinde örgütlerin gelir kaynaklarını meşrulaştırarak kazançlarını koruma ve örgütün amacını siyasi alanda sürdürmek için parti bünyesine bürünmesi yahut parti ile birlikte ilerlemesi mümkündür. Bu hususta verilebilecek en iyi örnek “ETA terör örgütü” ile organik bağı nedeniyle kapatılan “BATASUNA” ve “HERRİ BATASUNA” partileridir. Bu değerlendirmeler ışığında siyasi partiler terör odağı haline gelebilirse de bu verinin terör emaresi olarak depolanması sağlayacağı faydadan öte toplumun geri kalan kısmı için büyük zarar teşkil edecektir. Zira, bu depolama hali radikal nitelik taşıyan azınlık olan ve etkili hukuki önlemlerle terör faaliyeti nitelikli somut fiilleri ispatlanabilecek olan bir gruba karşı kamu güvenliği adına yarar sağlayacaksa da geri kalan kamu paydaşları için ise büyük ve ağır veri ihlaline, hatta ayrımcılık ile karşı karşıya kalmaya neden olabilme ihtimalini barındırdığı için büyük tehlike arz eder. Kanaatimiz AİHM kararındaki gibi mutlak anlamda siyasi partilerin terör odağı olmayacakları biçiminde değil, siyasi partiler odak olsa dahi bu verilerin depolanmasının neden olacağı zararın ağırlığı nedeniyle siyasi parti verilerinin depolanamaması şeklindedir.

PECK, Birleşik Krallık’a karşı<sup>108</sup> dosyasında, başvuru Birleşik Krallıkta Essex kentinde yaşamakta olan G.D. PECK’tir. Olayda Brentwood belediyesinin yerleştiği kapalı devre kamera sisteminin başvuru PECK’in intihar girişimini kayda alması ile bu görüntülerin kolluk birimleri ve belediye arasındaki anlaşma gereğince adli vakıa teşkil etmesi halinde doğrudan kolluk birimlerine aktarılması ve kolluk birimlerince ise kayıta yer alan başvurucuya ait görüntülerin ulusal medya ile paylaşılması sonucunda başvurunun ana akım medya tarafından yüzü gözükecek biçimde teşhir edilmesi başvuru konusudur. Başvuru neticesinde mahkeme, kapalı devre kamera sistemi görüntülerinin ulusal medyaya verilmesi sırasında başvurunun kişiliğini ve kişiliğine ait verileri koruma yönünde irade gösterilmediğine, yeteri kadar güvence sağlanmadığına ve böylelikle de başvurunun

**Hert, Paul/De Terwangne, Cécile/Nouwt, Sjaak:** Reinventing Data Protection?, Springer Publisher, BENELÜX, 2009, s. 28-29; **Eckes, Christina:** EU Counter-Terrorist Policies and Fundamental Rights: The Case of Individual Sanctions, Oxford University Press, New York 2009, s. 200-202.

<sup>108</sup> **Peck, Birleşik Krallık’a karşı,** Başvuru No: 44647/98, Karar Tarihi: 28.01.2003, § 58-59.

özel hayatına yönelik haksız ve hukukî temele dayanmayan bir müdahale yapılarak sözleşmenin 8. Maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir<sup>109</sup>. Zira başvuruçunun adli nitelik teşkil eder hareketleri kolluk birimlerince suçla mücadele yahut, önleyici faaliyet kapsamında değerlendirilerek olumlu karşılanmışsa da başvuruçuya ait görüntülerin herhangi bir surette başvuruçunun diğer kişilerce algılanabilirliği sansürlenmeden paylaşılması yönüyle sözleşmeyi ihlal eder nitelik taşıdığına, kişilerin özel hayatına dair ve özel hayatını derinden etkileyen kimliksel bilgilerini ortaya koyan kişisel verilerin korunmasında olağan kişisel verilerden dahi daha fazla özen gösterilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>110</sup>. Mahkeme, Birleşik Krallık'ta başvuruçunun başvuru konusu ihlal ile ilgili gidebileceği etkili bir hukuk yolu olmadığı için sözleşmenin 13.maddesinin de ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>111</sup>.

FRIEDL, Avusturya'ya karşı<sup>112</sup> davasında ise başvuruçunun Viyana'da katıldığı bir oturma eyleminin güvenlik güçlerinin çağrısı üzerine sonlandırılmaması karşısında kolluk birimlerinin ihtarlara uymayan kişilere yönelik kimlik tespiti yapmasını, kimlik tespiti gayesi ile fotoğraf ve video kaydı almasını konu edinen başvuru bulunmaktadır. AİHM, başvuruya konu görselelin alınma yerinin kamuya açık alan olduğunu, başvuru konusu eylemde elde edilen görsellerin, yalnızca eylemin oluşuna dair içerik teşkil ettiği, sonrasında ise veri işleme faaliyetlerine tâbi kılınmadığını belirterek bu ve bunun gibi kamu düzeninin sağlanması amaçlı kamusal alanda elde edilen görsel içeriklerinin 8. Maddeyi ihlal eder bir hâl taşımadığına hükmetmiştir<sup>113</sup>.

AİHM, meşru amaç hususunda meşruiyetin yargı makamlarınca açık biçimde gerekçelendirilmesini, takdir hakkının kullanılması gerektiği yer-

<sup>109</sup> Aydın, s. 35.

<sup>110</sup> Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Basın Birimi, Kişisel Verilerin Korunması üzerine bilgi notu, Temmuz-2015, Ankara, ([https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_TUR.pdf)), (Erişim Tarihi: 13.03.2023).

<sup>111</sup> Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Daire Başkanlığı Basın Birimi, Kişisel Verilerin Korunması üzerine tematik bilgi notu.

<sup>112</sup> Friedl, *Avusturya'ya karşı*, Başvuru No: 15225/89, Karar Tarihi: 31.01.1995, § 7-10.

<sup>113</sup> Aydın, s. 3; Wright, Jane: *Tort Law and Human Rights*, Hart Publishing, Birleşik Devletler 2001, s. 171; Kindt, Els J.: *Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications: A Comparative Legal Analysis*, Springer Publisher, Belçika 2013, s. 254; Franziska, Boehm: *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice*, Springer Publisher, Lüksemburg 2012, s. 60; Cameron, Lain: *National Security and the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International Publisher, İsveç 2000, s. 94; Tanyar, Ziya Çağa: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 60, 2011, s. 599.

lerde ise takdir hakkının neden belirtilen şekilde kullanıldığını makul ve geçerli bir gerekçeye dayandırmaları gerektiğini kararlaştırmıştır. AİHM'in meşru amaçta gerekçeye atıf yaptığı *Dragojević*, Hırvatistan'a karşı<sup>114</sup> kararı önem taşımaktadır. Başvurucu hakkında uyuşturucu ve uyarıcı madde kaçakçılığı yaptığı şüphesiyle hakim kararı ile gizli dinleme kararı alınmış ve başvurucu ise gereklilik ve haklı gerekçelere dayanma yönünden etkili bir şekilde değerlendirmeye yönelik olarak Hırvatistan yasalarında öngörülen usule uymadığını iddia etmiştir. Mahkeme ise değerlendirmesinde mahkemenin hükmünde yeterli açıklık ve gerekçeyi barındırmadığına, bu durumun hak ihlallerine ve keyfiliğe sebebiyet verebileceğine hükmederek, sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiği kanaatine varmıştır<sup>115</sup>.

MURRAY, Birleşik Krallık'a karşı<sup>116</sup> dosyasında ise başvurunun silah almak maksadıyla para topladığı şüphesi üzerine başvurunun evine kolluk birimlerince baskın yapılarak arama faaliyeti gerçekleştirildiği, baskın sırasında ise kişilerin kimlik bilgilerinin kayda alındığı, sonrasında ise kolluk merkezinde kişilerin fotoğraflarının kaydedildiği görülmektedir. AİHM, dosyaya ilişkin değerlendirmede teröre karşı devletlerin savunma ve önleme faaliyetlerine dikkat çekerek devletlerin terörle mücadele amaçlı aldıkları ulusal güvenlik önlemlerinin devletlere diğer hallere göre daha geniş nitelikte bir özgürlük alanı tanıdığını, böylelikle de dosyadaki vakıaların sözleşmeyi ihlal eder nitelik taşımadığını ifade etmiştir<sup>117</sup>. AİHM, dosyada ihlalin sorguda başvurunun kendi kendisini suçlamaya mecbur bırakılması kaynaklı olduğunu belirtmiştir<sup>118</sup>. Bu karar ve AİHM'in benzer içtihatları gözetilerek, AİHM'in terör şüphesi kaynaklı müdahalelere, diğer müdahalelere göre daha ılımlı bir bakış açısına sahip olduğu söylenebilir<sup>119</sup>. Ancak belirtmekte fayda var ki AİHM, görece ılımlı olan yaklaşımının da insan hakları aleyhine genişletici yorumlanmaması gerektiği kanaatindedir. Bu sebeple de AİHM demokratik toplum düzeni hususunu da vurgulamaktadır.

<sup>114</sup> **Dragojević, Hırvatistan'a karşı**, Başvuru No: 68955/11, Karar Tarihi: 15.01.2015, § 111-123, 127-135.

<sup>115</sup> **Hırvatistan'a Yönelik Kısa Tematik Rapor**, 11.07.2016.

<sup>116</sup> **Murray, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 14310/88, Karar Tarihi: 28.10.1994, § 66.

<sup>117</sup> **Aydın**, s. 36; **Foster**, Steve: *Concentrate Questions and Answers Human Rights and Civil Liberties*, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2016, s. 105-106.

<sup>118</sup> **O'Neill**, Aidan: *EU Law for UK Lawyers*, Hart Publishing, ABD 2011, s. 220; **Stone**, Richard: *Textbook on Civil Liberties and Human Rights*, 9. Baskı, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2012, s. 146.

<sup>119</sup> **Tahmazoğlu Uzeltürk**, Sultan: *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004, s. 193.

KHELİLİ, İsviçre'ye karşı<sup>120</sup> kararında ise AİHM yine ihlal varlığı ve meşru amaç değerlendirmesinde bulunmuştur. Başvurucu, polis kontrolü sırasında üzerinde “*İyi, güzel bir kadın, otuzlarının sonunda, birlikte bir şeyler içmek ya da arada sırada dışarı çıkmak için bir erkek arıyor. Tel. no. ...*” yazan kartvizitler ile yakalanması üzerine kolluk birimlerinin kullandığı veri tabanına “*hayat kadını*” olarak kaydedilmiştir. Mahkeme ise hayat kadını ibaresinin yıllarca kayıtlarda bulunmasının herhangi bir yarar sağlamayacağına, ibarenin kayıtlarda muhafaza edilmesinin haklı gerekçelere dayanmadığına ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığına kanaat getirmiş ve böylelikle 8. maddenin ihlaline hükmetmiştir<sup>121</sup>.

AİHM, meşru amaca dair müdahale ve meşru amaç arasında bir oranlılık olmasını aramıştır. Söro, Estonya'ya karşı<sup>122</sup> dosyasında başvurusunun SSCB döneminde KGB bünyesinde şoför olarak çalıştığı herhangi bir yarar sağlamasa da devlet gazetesinde yayınlanmıştır. Mahkeme, tedbir ve amacın orantısız olduğunu gözeterek 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>123</sup>.

Meşru amaç değerlendirmesinde DUDGEON, Birleşik Krallık'a karşı<sup>124</sup> dosyası kanuni düzenlemenin normatif fiktisel temelinde meşru amacı arayan bir karar olması itibariyle hukuk devletlerinde anayasa mahkemelerinin yapması gereken rolü AİHM'in üstlendiği bir karar olmuş ve 8. madde için çok önemli yer tutan bir karar olmuştur<sup>125</sup>. Başvuru konusu dosyada 1980'lerin başlarında eşcinsellik Kuzey İrlanda'da suç sayılmakta olup başvuru Jeffrey Dudgeon 14 yaşından beri eşcinsel yönelim sahibi bir

<sup>120</sup> **Khelili, İsviçre'ye karşı**, Başvuru No: 16188/07, Karar Tarihi: 18.10.2011, § 63-71.

<sup>121</sup> **Bulak Uygun**, Begüm: “Databases and Criminal Procedures in Switzerland and Turkey with Regard to European Council's Standards”, Journal of Penal Law and Criminology, Sayı 5, C. 2, Yılı 2017, s. 97; **Persak**, Nina/**Vermeulen**, Gert: Reframing Prostitution: From Discourse to Description, From Moralisation to Normalization?, Maklu Publishers, Hollanda, 2014, s. 287-288; **Oster**, Jan: European and International Media Law, Cambridge University Press, Birleşik Krallık 2017, s. 345; **Council of Europe, European Union Agency for Fundamental Rights**: Handbook on European data protection law: 2018 Edition, Lüksemburg-2018, s. 40-41; **Tzanou**, Maria: The Fundamental Right to Data Protection: Normative Value in the Context of Counter-Terrorism Surveillance, Hart Publishing, Birleşik Devletler 2017, s. 47-48.

<sup>122</sup> **Söro, Estonya'ya karşı**, Başvuru No:22588/08, Karar Tarihi: 03.09.2005, § 56-64.

<sup>123</sup> **Bevernage**, Berber/**Wouters**, Nico: The Palgrave Handbook of State-Sponsored History After 1945, Palgrave Macmillan Publisher, Birleşik Krallık, 2018, s.109.

<sup>124</sup> **Dudgeon, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No:7525/76, Karar Tarihi: 22.10.1981, § 65-70.

<sup>125</sup> **Akkurt**, Kemal: “AİHM Kararları Işığında Kimlik ve İnsan Hakları, Türkiye'de İnsan Hakları Danışma Kurulu Tecrübesi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, s. 242.

birey olarak bilinmektedir. Polis güçlerince Jeffrey Dudgeon'ın evine gerçekleştirilen baskında başvurucunun mektuplarına ve hatıra defterlerine el konularak başvurucunun karakolda dört buçuk saat boyunca cinsel yaşamı hakkında sorguya çekilmesi ve bir yıl sonra başvurucuya iade edilen kişisel eşyalarında yazılı belgelerin üzeri polis tarafından düşülen notlarla dolu olması başvuru konusudur. Mahkeme Kuzey İrlanda'nın eşcinselliği suç sayarak insanların özel yaşam hakkını ihlal ettiğine hükmetmekle birlikte adeta anayasa mahkemelerinin yapması gereken rolü üstlenmiştir.

### C. Müdahalenin Demokratik Toplum İçin Gerekli Olması

Müdahalenin hukuka uygunluğu çerçevesinde AİHM tarafından aranan son koşul ise müdahalenin demokratik toplum düzeni için gerekli olması koşuludur. AİHM, “*Demokratik Toplum*” kavramını ise HANDYSİDE, Birleşik Krallık'a karşı davasında<sup>126</sup> ele almış ve kavrama ilişkin “*çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik*” kavramlarına atıf yapmıştır<sup>127</sup>. Bu koşullar ışığında AİHS'e taraf devletler, sözleşmenin gelişen mahkeme içtihatları sayesinde tanıdığı “*takdir alanı*” ile sınırlanmıştır<sup>128</sup>. Söz konusu takdir hakkının kullanımında ise meşru amaç ile başvurulan yöntem arasında oranlılık bulunması gerektiği kabul edilmiştir. Ancak bu takdir alanı dar yorumlanmalıdır<sup>129</sup>.

M.S., İsveç'e karşı kararında<sup>130</sup> başvurucu iş yerinde geçirdiği kaza sonucunda muzdarip olduğu bel ağrıları sebebiyle İsveç devletine karşı dava açmış ve İsveç devleti ise İsveç Sosyal Sigortalar Kurumunun başvurucuya ait geçmişe dönük kayıtlarını dosyaya sunmuştur. İsveç devleti tazminat talebinin incelenmesi için dosyaya tıbbi geçmişi sunmuşsa da ilgili kayıtlarda olayla ilintisiz, başvurucunun kürtaj kayıtlarını dahi içeren sağlık verileri yer almıştır<sup>131</sup>. AİHM, başvurucunun kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak paylaşıldığı iddiasını kabul edilemez bulmuştur. Zira başvurucunun İsveç

<sup>126</sup> **Handyside, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1976, § 42-59.

<sup>127</sup> **Akkurt**, s. 241; İnsan Hakları İzleme Örgütü; Kurtuluşumuz İçin Bize Bir Yasa Gerek; Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet, Cinsellik ve İnsan Hakları, ABD 2008, s. 95-96.

<sup>128</sup> **Dijk**, Pieter van/**Hoof**, Fried van: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, The Hague, Hollanda 1998, s. 83.

<sup>129</sup> **Gölcüklü**, Feyyaz/**Gözübüyük**, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 373.

<sup>130</sup> **M. S., İsveç'e karşı**, Başvuru No: 20837/92, Karar Tarihi: 27.08.1997, § 45-56.

<sup>131</sup> Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Kişisel Verilerin Korunması üzerine tematik bilgi notu.



devletine açtığı davada iddiası sağlık problemlerinin iş kazası kaynaklı olduğu biçimindedir. Mahkeme, başvuruçunun sağlık verilerini incelemeyen ve bilirkişilerce incelenmesini sağlamadan, sağlık problemlerinin nedeninin iş kazası olduğu biçiminde bir hüküm kuramayacaktır. Bu kabul ile AİHM, başvuruçunun sağlık verilerinin sunulmasının demokratik bir toplumda izlenen meşru amaç ile orantılı bir durum olduğuna hükmetmiştir<sup>132</sup>. Mahkeme, L.L., Fransa'ya karşı<sup>133</sup> dosyasında ise sağlık verilerine erişimin özel kişilerce gerçekleşmesini ele almış ve yine aynı şekilde 8. maddenin ihlali halinin varlığını kabul etmiş ve aynı sonuca diğer yollardan ulaşılabilecek idiyse bu durumda kişinin sağlık verilerinin kullanılmasının 8. madde ihlali olacağını belirtmiştir. PANTELEYENKO, Ukrayna'ya karşı<sup>134</sup> dosyasında da benzer şekilde gizli nitelik taşıyan psikiyatrik tedavi verilerinin paylaşılması 8. maddenin ihlali kabul edilmiştir<sup>135</sup>. Tıbbi veriler ile ilgili ARMONAS, Litvanya'ya karşı<sup>136</sup> ve BİRİUK, Litvanya'ya karşı<sup>137</sup> dosyaları önem taşır. Olayda 2001 yılında, Litvanya'nın en büyük gazetelerinden biri Litvanya'nın uzak bir coğrafyasındaki AİDS tehlikesi ile ilgili bir makale yayımlar, AIDS tespiti ile görevli merkezden ve bir hastanede çalışan sağlık görevlilerinden başvuranların HIV pozitif olduklarının teyit edildiği yönünde bilgi alındığı da haber içeriğinde yer alır. “*Cinsel partnerini rastgele seçen biri*” olarak tanımlanan ikinci başvuranın, ilk başvurudan iki tane gayri meşru çocuğunun olduğu da haberde söylenmiştir. Mahkeme, dosyada 8. maddenin ihlal edilmiş olduğunu belirterek hasta gizliliğini güvence altına almanın ve kişisel verilere dair herhangi bir açıklamayı engellenmenin çok önemli olduğunu gerekçeli kararında vurgulamıştır<sup>138</sup>.

<sup>132</sup> Aydın, s. 37.

<sup>133</sup> L. L., Fransa'ya karşı, Başvuru No: 41493/498, Karar Tarihi: 07.02.2002, § 41-48.

<sup>134</sup> Panteleyenکو, Ukrayna'ya karşı, Başvuru No: 11901/02, Karar Tarihi: 15.03.2005, § 63-71.

<sup>135</sup> Keller, Helen/Stone Sweet, Alec: A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems, Oxford University Press, ABD 2008, s. 648; McBride, Jeremy: Human Rights and Criminal Procedure: The Case Law of the European Court of Human Rights, Council of Europe Publishing, Fransa 2009, s. 134-135; Top, Sinem: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8”, İzmir Barosu Dergisi, Yılı: 78, Sayısı: 1, Ocak 2013, s. 46.

<sup>136</sup> Armonas, Litvanya'ya karşı, Başvuru No:36919/02, Karar Tarihi: 25.11.2008, § 35-48.

<sup>137</sup> Biriuk, Litvanya'ya karşı, Başvuru No: 23373/03, Karar Tarihi:25.11.2008, § 34-47.

<sup>138</sup> Council of Europe, European Union Agency for Fundamental Rights; Handbook on European data protection law: 2018 Edition, s. 60.

S. ve MARPER, Birleşik Krallık'a karşı<sup>139</sup> kararında, başvuruçulardan alınan parmak izleri, hücre örnekleri ve DNA profillerinin başvuruçular hakkında beraat kararı verilmesine rağmen bir veri tabanında belirsiz süre boyunca saklanacak olması başvuru konusu yapılmıştır<sup>140</sup>. Mahkeme, beraat etmiş yahut haklarında açılan davada düşme kararı verilmiş kişiler hakkındaki hücre örneği, DNA profili ve parmak izi gibi verilerin saklanmasını AİHS'in 8. maddesini ihlal eder bir veri saklama biçimi olarak kabul etmiştir<sup>141</sup>.

Mahkeme, sağlık verilerinin güvensiz sistemlere kaydedilmesi hallerini ve verilerin kolayca erişilebilir vaziyette bulunmasını 8. maddeyi ihlal eder kabul etmişse de belirli koşullarda taraf devletlerin sağlık verilerini kaydetmemesi hallerini de 8. maddenin ihlali kabul etmiştir. ROCHE, Birleşik Krallık'a karşı<sup>142</sup> dosyasında, başvuruç 60'lı yılların sonunda İngiliz ordusundan terhis edilmiştir. Başvuran 80'li yıllarda yüksek tansiyon, bronşit, astım vb. türlü hastalıklara yakalanmış ve hakkında maluliyet kararı verilmiştir. Başvuruç, bu çeşitli hastalıkların gerekçesini ise Port Down kışlasında maruz kaldığı iperit ve sinir gazı denemelerine katılması olarak öne sürmüştür. Başvuruç, sahip olduğu hastalıkların gerekçesinin söz konusu testler olduğu iddiasını kanıtlamak için Fransız devletinden o dönemde tutulan tıbbî kayıt verilerini talep etmiş, ancak devletin paylaştığı verilerin söz konusu hastalık ile bağlantılı bir içeriği barındıran veriler olmadığı, yalnızca ilintisiz ve kayıt altına alınmasında dahi yarar görülmeyen veriler olduğu anlaşılmış, bunun üzerine başvuruç da AİHM'e başvurmuştur.

<sup>139</sup> **S. ve Marper, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 30562/04, Karar Tarihi: 02.12.2008, § 127, 136-137.

<sup>140</sup> Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Kişisel Verilerin Korunması üzerine tematik bilgi notu.

<sup>141</sup> **Liu**, Nancy Yue: *Bio-Privacy: Privacy Regulations and the Challenge of Biometrics*, Routledge a GlassHouse Book, ABD 2012, s. 97; **Murphy**, Therese/**O'Cuinn**, Gearoid: "Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights", *Oxford University Press Human Rights Law Review*, Sayı: 10, Yıl: 2010, s. 618; Birleşik Krallık Hukuk Komisyonu Raporu, Law Commission: *Data Sharing Between Public Bodies - A Consultation Paper No: 214*, Birleşik Krallık 2013, s.50; **Flear**, Mark L./**Farrell**, Anne-Maree/**Hervey**, Tamara K./**Murphy**, Thérèse: *European Law and New Health Technologies*, Oxford Publisher, Birleşik Krallık 2013, s. 58-59; **Salihpaşaoğlu**, Yaşar: "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Sayı 3, Yıl 2013, s. 245; **Dickson**, Brice: *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2013, s. 82.

<sup>142</sup> **Roche, Birleşik Krallık'a karşı**, Başvuru No: 32555/96, Karar Tarihi:19.10.2005, § 155-169.

Mahkeme, taraf devlet olan Birleşik Krallık'ın, başvurucunun süreç boyunca maruz kaldığı deneylerin verilerinin, her türlü riski değerlendirmesini sağlayacak ilgili ve uygun bilgilerin tümüne erişilmesine olanak tanıyan etkili ve erişilebilir bir usul geliştirilmesine yönelik pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğini ifade etmiş ve 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir<sup>143</sup>.

UZUN, Almanya'ya karşı davasında<sup>144</sup> başvurucu, radikal solcu bir örgütün gerçekleştirdiği bombalı saldırının faillerinden biri olduğu şüphesi altında yargılamaya tâbi tutulmuş ve yargılama sırasında ise başvurucuya ait GPS verileri izinsiz biçimde elde edilerek kovuşturma dosyası kapsamına dahil edilmiştir<sup>145</sup>. Başvurucu söz konusu GPS verilerinin kendisine yönelik olarak özel hayatını ihlal ettiği ve kişisel verilerinin izinsiz ele geçirilerek yasak delil teşkil edecek biçimde yargılamaya dahil edildiği iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur. Mahkeme, her ne kadar GPS yoluyla elde edilen konum bilgilerinin kullanılmasını kişisel verilerin depolanması, işlenmesi ve kullanılması kapsamında kabul etmişse de bu ve benzeri verilerin ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin ve mağdurların haklarının korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi meşru amaçlar gözetildiğini ifade ederek 8. maddenin ihlali teşkil etmediğini ifade etmiştir<sup>146</sup>. Benzer nitelikli olan SHİMOVOLOS, Rusya'ya karşı<sup>147</sup> kararında da mahkeme radikallik kriterini gözetken yakın bir gerekçe içtihat etmiştir. Başvurucu, bir insan hakları aktivisti olması sebebiyle gizli izleme veri tabanına kaydedilerek seyahatlerinin ve hareketlerinin izlenmesine tâbi tutulmuştur. Mahkeme, başvuru çerçevesinde 8. Maddenin ihlaline karar vermiştir<sup>148</sup>.

AİHM, terörizm tehlikesi hallerinde daha geniş bir müdahale imkanı tanımaktaysa da bu genişliğin sınırlarını çizen kararlar da vermektedir. SZABÓ ve VİSSY, Macaristan'a karşı<sup>149</sup> davasında başvurucular, ulusal

<sup>143</sup> **Mowbray**, Alastair R.: Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, 2. Baskı, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2007, s. 398; **Steele**, Jenny: Tort Law: Text, Cases, and Materials, Oxford University Press, ABD 2007, s. 451-452.

<sup>144</sup> **Uzun, Almanya'ya karşı**, Başvuru No: 35623/05, Karar Tarihi: 02.09.2010, § 80-81.

<sup>145</sup> Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Kişisel Verilerin Korunması üzerine tematik bilgi notu.

<sup>146</sup> **Hijmans**, Hielke: The European Union as Guardian of Internet Privacy: The Story of Art 16 TFEU, Springer Publisher, İsviçre 2016, s. 138.

<sup>147</sup> **Shimovolos, Rusya'ya karşı**, Başvuru No: 30194/09, Karar Tarihi: 21.06.2011, § 70-71.

<sup>148</sup> **Charret-Del Bove**, Marion/**Mourlon**, Fabrice: Pre-trial detention in 20th and 21st Century Common Law and Civil Law Systems, Cambridge Scholars Publishing, Birleşik Krallık 2014, s. 39.

<sup>149</sup> **Szabó ve Vissy, Macaristan'a karşı**, Başvuru No: 37138/14, Başvuru Tarihi: 12.01.2016, § 52-89.

güvenlik çerçevesinde haksız yahut orantısız tedbirlere maruz kalma ihtimallerini başvuru konusu yapmışlardır. Mahkeme ise mevzuat temelli güvenceler barındırmayan ve kişilerin kolayca dinlenmesi imkanını veren yüksek teknoloji araçların sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğini ifade etmiştir.<sup>150</sup>

Toplum gereği müdahale hususunda B.B., Fransa'ya karşı<sup>151</sup>, GARDEL, Fransa'ya karşı<sup>152</sup> ve M.B., Fransa'ya karşı<sup>153</sup> kararları önem taşır. 15 yaşındaki çocuklara tecavüz suçundan mahkum edilen başvuranların cinsel suçlulara ait bilgilerin tutulduğu veri tabanına kayıt edilmelerine yönelik itirazlarını inceleyen mahkeme, başvuranların kişisel çıkarları ve kamunun menfaati ile adil bir dengenin gözetildiğini belirterek 8. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir<sup>154</sup>. Vakıya yakın nitelikli bir başvuru olan DİMİTROV-KAZAKOV, Bulgaristan'a karşı<sup>155</sup> dosyasında ise başvurucu hakkında bir suçlama olmasa bile adı tecavüz suçlusu kayıtlarına girmiş ve sonrasındaki süreçte de civarda gerçekleşen tecavüz olayları neticesinde başvurucu sıkça kolluk birimlerince rahatsız edilmiştir. Başvurucu, ilgili olayda hakkındaki asılsız kayıtların silinmesi için başvurabileceği bir veri tabanı yokluğunu başvuru konusu yapmıştır. Mahkeme, gerek başvurucu hakkında kayıtların tutulması yönüyle gerekse etkili başvuru imkanı yokluğu yönüyle ihlale karar vererek sözleşmenin 8. ve 13. maddesi yönünden başvurucunun iddialarını haklı bulmuştur<sup>156</sup>.

M.M., Birleşik Krallık'a karşı<sup>157</sup> dosyasında, başvurucu 2000 yılında oğlunun boşanmasını engellemek maksadıyla bebek olan torununu kaçırmış, sonrasında ise kolluk birimlerince yakalanmıştır. Başvurucu hakkında olay

<sup>150</sup> Nowak, Manfred: Using Human Rights to Counter Terrorism, Edward Elgar Publishing, ABD 2018, s. 323; Land, Molly K./Aronson, Jay D.: New Technologies for Human Rights Law and Practice, Cambridge University Press, Birleşik Krallık 2018, s. 229.

<sup>151</sup> B.B., Fransa'ya karşı, Başvuru No: 30930/96, Karar Tarihi: 07.09.1998, § 56-70.

<sup>152</sup> Gardel, Fransa'ya karşı, Başvuru No: 16428/05, Karar Tarihi: 17.12.2009, § 71.

<sup>153</sup> M.B., Fransa'ya karşı, Başvuru No: 22115/06, Karar Tarihi: 17.12.2009, § 56-70.

<sup>154</sup> Thomas, Terry: The Registration and Monitoring of Sex Offenders: A Comparative Study, Ruthledge Publisher, Birleşik Krallık 2011, s. 84; Marshall, Daniel/Thomas, Terry: Privacy and Criminal Justice, Palgrave Macmillan Publisher, İsviçre 2017, s. 254.

<sup>155</sup> Dimitrov-Kazakov, Bulgaristan'a karşı, Başvuru No: 11379/03, Karar Tarihi: 10.02.2011, § 19-31.

<sup>156</sup> Harris, David John/O'boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla: Law of the European Convention on Human Rights, 3. Baskı, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2014, s. 560.

<sup>157</sup> M.M., Birleşik Krallık'a karşı, Başvuru No: 24029/07, Karar Tarihi: 13.11.2012, § 46-59.

zamani kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilerek adli tahkikata son verilmişse de hakkında idari nitelikli uyarı cezası verilmiş ve bu cezanın sicilinde 5 yıl süre ile görülebileceği, sonrasında ise bu cezanın sicilden silineceği başvurucuya tefhim olunmuş, hükümetin tasarrufunda çocukların taraf olduğu dosyalarla ilgili değişiklik gerçekleştiğinde ise başvurucu hakkında hükmolunan idari uyarı cezasının sicil kaydının ömür boyu başvurucunun sicilinde görülmesi kararlaştırılmıştır. Başvurucu adli sicil kaydından görünen bu uyarının çalışma yaşamına katılmasına engel nitelikli bir ceza olduğuna, başlangıçta belirtilen süreyle sınırlı olmamasının hukuki güvenlik ilkesini ihlal ettiğine ve sırf özel hayat nitelikli bir uyuşmazlık kaynaklı hükmolunan idari tasarruf neticesinde karşılaştığı güçlüklerin işlediği fiille orantılı olmadığı iddiasıyla mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, adli sicil verilerinin saklandığı sistemin bireylerin adli kayıtlarının ifşa edilmesini engelleyici yeterli güvencelere sahip olmaması yönüyle kusurlu olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca mahkeme, somut başvuruda olduğu gibi salt bireyin özel yaşamına ilişkin, dolayısıyla toplumca bilinmesinde fayda olmayan, toplumun yararı bulunmayan hallerde dahi kişinin özel ve unutulması gereken kabahatinin yıllar sonra bile engel nitelikli ve güvenli olmayan sistemlerden toplumun diğer üyelerine sızdırılabilir nitelikli barındırılmasını sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olarak kabul etmiştir<sup>158</sup>.

Kişinin hakkında tutulan veriler hususunda eski Sovyet rejimlerinden kalan alışkanlıkların devam ettirilmesi refleksini gösteren ülkeler de mahkemenin kararlarından nasibini almıştır. Bu hususta HARALAMBİE, Romanya'ya karşı<sup>159</sup>, JARNEA, Romanya'ya karşı,<sup>160</sup> ZİCKUS, Litvanya'ya karşı<sup>161</sup>, RAINYS, Litvanya'ya karşı<sup>162</sup>, MATYJEK, Polonya'ya karşı<sup>163</sup> ve ANTONETA TUDOR, Romanya'ya karşı<sup>164</sup> kararları önemlidir. HARALAMBİE, Romanya'ya karşı kararında başvuran Sovyet döneminde

<sup>158</sup> Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Kişisel Verilerin Korunması üzerine tematik bilgi notu. ([https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_TUR.pdf)), (Erişim Tarihi: 29.03.2023).

<sup>159</sup> **Haralambie, Romanya'ya karşı**, Başvuru No: 21737/03, Karar Tarihi:27.01.2010, § 96.

<sup>160</sup> **Jarnea, Romanya'ya karşı**, Başvuru No:41838/05, Karar Tarihi:19.07.2011, § 41-60.

<sup>161</sup> **Zickus, Litvanya'ya karşı**, Başvuru No:26652/02, Karar Tarihi:07.04.2009, § 28-45.

<sup>162</sup> **Rainys, Litvanya'ya karşı**, Başvuru No: 70665/01, Karar Tarihi:07.04.2005, § 42-49.

<sup>163</sup> **Matyjek, Polonya'ya karşı**, Başvuru No:38184/03, Karar Tarihi:30.05.2006, § 48-50, 55-65.

<sup>164</sup> **Antoneta Tudor, Romanya'ya karşı**, Başvuru No: 23445/04, Karar Tarihi: 24.09.2013, § 32-40.

hakkında tutulan dosyaya erişmek istemiş, ancak devlet birimleri, başvuru-  
cunun dosyaya erişme isteğini olumsuz cevaplamıştır. Mahkeme özellikle,  
kamu mercileri tarafından haklarında kişisel verilerini içeren dosyalar tutul-  
muş olan bireylerin, bu dosyalara erişmedeki menfaatlerinin önemini ısrarla  
tekrarlamış ve kamu mercilerinin bu tür bilgilere erişim elde edilmesi yö-  
nünde etkili bir usul geliştirme görevlerinin bulunduğu hususuna vurgu  
yaparak, pozitif yükümlülüğe vurgu yapmıştır<sup>165</sup>. Romanya'nın aynı Sovyet  
reflekslerini gösterdiği bir diğer karar ise ROTARU, Romanya'ya karşı<sup>166</sup>  
kararıdır. Başvurucu, Romanya İstihbarat Servisi tarafından tutulan  
verilerin aksini ispatlama imkanının bireylere tanınmadığı iddiasıyla şika-  
yetçi olmuştur. Mahkeme, başvuru-  
cunun özel hayatına mahsus olan bilgile-  
rin tutulması ve kullanılmasının yasalara uygun olmadığını değerlendirerek,  
Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir. Gerekçeli  
kararda kişilerin özel hayatıyla ilgili bilgilerin toplanması, depolanması ve  
sistemik biçimde saklanması hali yoğun biçimde eleştirmiştir<sup>167</sup>.

M.K., Fransa'ya karşı<sup>168</sup> dosyasında başvuru-  
cunun 2004 ve 2005 yıllarında,  
bazı kitapların çalınmasına ilişkin soruşturma geçirmiştir. Başvurucu, hak-  
kında yürütülen soruşturmalardan birinden beraat etmiş, diğerinden ise ko-  
vuşturmaya yer olmadığı kararı neticesinde hakkındaki soruşturmaların her  
ikisi de sona ermiştir. Ancak bu dosyalar ile ilgili gerçekleştirilen soruşturma  
faaliyeti kapsamında her iki soruşturmada da başvuru-  
cunun parmak izi verilerini  
paylaşmak zorunda kalmıştır. Başvurucu, resmi makamlara başvuruda bulu-  
narak parmak izlerinin silinmesini istemişse de resmi makamlarca yalnızca  
bir soruşturma ile ilgili parmak izi verileri sistemden silinmiş, diğer soruş-  
turma kaynaklı veriler ise silinmemiştir. Mahkeme, özel hayata saygı hak-  
kının ihlal edildiğini, söz konusu kişisel verileri toplama faaliyetinin ise  
demokratik toplumda gerekli işlemlerden kabul edilebilecek nitelik taşıma-  
dığını ve parmak izi verilerinin saklanması kamu menfaati ve kişilerin  
sahip olduğu haklarla arasında adil bir denge kurmadığını gözeterek 8. mad-  
denin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>169</sup>. Aynı şekilde mahkeme BRUNET,

<sup>165</sup> Norris, Clive/De Hert, Paule/L'hoiry, Xavier/Galetta, Antonelle: The Unaccountable State of Surveillance: Exercising Access Rights in Europe, Springer Publisher, İsviçre 2017, s. 31.

<sup>166</sup> Rotaru, Romanya'ya karşı, Başvuru No:28341/95, Karar Tarihi: 04.05.2000, § 47-63.

<sup>167</sup> Atak, s. 108; Donald, Alice/Leach, Philip: Parliaments and the European Court of Human Rights, Oxford University Press, ABD 2016, s. 214-215.

<sup>168</sup> M.K., Fransa'ya karşı, Başvuru No: 222/1987, Karar Tarihi: 08.11.1989, § 229-238.

<sup>169</sup> Hohmann, Jessie/Joyce, Daniel: International Law's Objects, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2018, s. 175.

Fransa'ya karşı<sup>170</sup> kararında da aynı gerekçeleri içtihat etmiştir. Ancak mahkeme, benzer nitelikli PERUZZO ve MARTENS, Almanya'ya karşı<sup>171</sup> dosyasında hüküm giyen başvuruçuların DNA verilerinin, veri tabanında tutulmasını sözleşmeyi ihlal eder nitelikte bulmamış ve kişilerin çatışan çıkarları ile kamunun gerekleri dengesinin yerinde bir biçimde kurulduğunu, bu sebeple de taraf devletin takdir hakkını yerinde kullandığına hükmetmiştir<sup>172</sup>.

AVİLKİNA ve DİĞERLERİ, Rusya'ya karşı<sup>173</sup> dosyasında başvuruçuların devlet hastanesinde kaldıkları zamanda inançları olan “*Yehova şahitliği*” gereği kan vermeyi reddetmeleri üzerine başvuruçulara ait bilgiler Rus devletinin adli makamlarıyla paylaşılmıştır. Adli makamların yetkilileri daha sonra St. Petersburg şehrindeki tüm hastanelerden kan vermeyi reddeden tüm Yehova Şahitlerine dair tıbbî işlemlerin bilgilerini ister. Mahkeme, bilgileri paylaşılmayan bir başvurana için başvuruyu kabul edilemez bulmuş, ancak diğer başvurular hakkında ise özel hayata saygı hakkı ile iddia makamının kamu çıkarları arasında kurduğu dengenin adil bir denge olmadığını belirterek sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir<sup>174</sup>.

AİHM, müdahalenin gerekliliği hususunda müdahaleyi oldukça genişletmekte, böylelikle de kişinin veri gizliliği çerçevesinin sınırlarını oldukça dokunulmaz hale getirmektedir. ODİEVRE, Fransa'ya karşı<sup>175</sup> dosyasında başvuruçucu biyolojik ailesine erişebilecek verileri istemişse de veriler devlet birimleri tarafından paylaşılmamış ve başvuruçucu da bu duruma karşı yargı yoluna gitmiştir. Mahkeme, bir çocuğun doğumunun da 8. maddede yer alan özel hayat kapsamında olduğunu belirtmiş ve üçüncü tarafın menfaatlerinin korunması güvence altına alınırken, başvurana annesi ve öz ailesiyle ilgili sınırlı bilgilerin verildiğini ve bu bilgiler aracılığıyla soyunun bir kısmının izini sürmesine olanak sağlandığını belirterek, Sözleşme'nin 8. maddesinin

<sup>170</sup> **Brunet, Fransa'ya karşı**, Başvuru No: 21010/10, Başvuru Tarihi: 18.09.2014, § 197-211.

<sup>171</sup> **Peruzzo ve Martens, Almanya'ya karşı**, Başvuru No: 7841/08, 57900/12, Başvuru Tarihi: 01.09.2012, § 42-49.

<sup>172</sup> **Erbaş**, Rahime: “The Tension between Genome Privacy and Criminal Justice in the Wake of DNA Databases”, *Journal of Penal Law and Criminology*, Sayı 5, C. 2, Yıl 2017, s. 173; **Harris/O'boyle/ Bates/Buckley**, s. 561.

<sup>173</sup> **Avilkina ve Diğerleri, Rusya'ya karşı**, Başvuru No:1585/09, Başvuru Tarihi: 07.10.2013, § 55-57.

<sup>174</sup> **Rainy/Wicks/Ovey**, s. 421.

<sup>175</sup> **Odievre, Fransa'ya karşı**, Başvuru No: 42326/98, Başvuru Tarihi: 13.02.2003, § 48-49.

ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>176</sup>. GODELLİ, İtalya'ya karşı<sup>177</sup> dosyasında ise başvuru biyolojik ailesine erişme isteğinde olmayıp yalnızca kendisine ilişkin bilgileri edinme, köken ve kişisel bilgi edinme amacı taşımaktadır. Olayda biyolojik annenin kimlik bilgilerinin paylaşılması üzerine mahkeme kararında 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, gerekçeli kararında başvuruannenin kimliğine ilişkin bilgi talep etmediğini, yalnızca kimlik bilgilerinden bağımsız biçimde etnik köken bilgilerini talep ettiğini, haliyle söz konusu başvuruda 3. kişilerin herhangi bir şekilde zedelenen hakkı bulunmadığı için bu bilgilerin paylaşılmaması halinin 8. maddeyi ihlal eder nitelik taşıdığını belirtmiştir<sup>178</sup>.

## SONUÇ

İnsan haklarının en önemli kısımlarından birini teşkil eden kişisel veri kavramını değerlendirdiğimiz bu çalışmada modern devletler olarak kabul gören devletlerin dahi insan hakları alanında yoğun ihlallerde bulduklarını, bu sebeple insan haklarının ne kadar korunmaya muhtaç bir alan olduğunu ve tarihsel süreçteki gelişimini ele aldık. Çalışma nihayetinde kanaatimiz odur ki insan hakları geçmişten bugüne ihlallere uğramış, gelişmekte olan ve bu gelişimini hızla sürdüren bir alandır, evrensel mahkeme içtihatları ışığında bu alan ilerlemeye devam edecek ve insan hakları gelişmeye devam edecektir. AİHM'in sahip olduğu insan hakları temelli özgürlükçü yaklaşım, bireyleri diğer bireyler karşısında ve en önemlisi de kendisinden güçlü olan devletler ve şirketler karşısında savunmasız bırakan acziyetten kurtaracak ve insan haklarının tesisini sağlayacaktır. Ancak unutmamak gerekir ki insan haklarının tesisinde en önemli rol devletlere düşmektedir, zira çalışmamızda da paylaştığımız pek çok içtihat AİHM'in de bazı zamanlar tarafı ve refleksif bir bakış açısına sahip olabildiğini görmekteyiz.

Kişisel veri kavramı neredeyse diğer tüm haklar gibi tarihsel bir sürecin ve gelişmenin ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu süreç çeşitli uluslararası kuruluşların da katılımıyla genişlemiş ve hızlanmış bir süreç olmakla birlikte bütüncül değerlendirildiğinde diğer haklara göre oldukça yavaş ilerleyen bir süreç olarak karşımıza çıkmakta. İlkel ve kitlesel toplumdun

<sup>176</sup> **Marshall**, Jill, *Personal Freedom Through Human Rights Law? : Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, ABD 2009, s. 131.

<sup>177</sup> **Godelli**, İtalya'ya karşı, Başvuru No: 33783/09, Başvuru Tarihi: 25.09.2012, § 47-59.

<sup>178</sup> **Dobozi**, Veronica: "The Right To Know One's Biological Identity", Challenges of the Knowledge Society, Public Law, Sayı 60, Yıl 2013, s. 513.



modern ve birey merkezli topluma geçişin getirdiği “*Bireysel alan*” kavramı ve bu kavramın gelişen yapısı kişisel veriyi de modern toplumda güçlü korumaya sahip bir insan hakkı haline getirmektedir.

Her ne kadar kişisel veri kavramı gerek ulusal gerek uluslararası alanda ciddi ilerlemeler ve normatif temellere kavuşan bir kavram olsa da henüz küresel çapta mutlak korunurlukta bir hak olarak kabul görmemektedir. Bu hususta ülkelerin çıkarlarının gerektirdiği noktalarda kişisel veri kavramını ihlalleri önem taşımaktadır. AIHM kararlarında da sıklıkla tartışma konusu olan kişisel veri noktasında mahkeme devletlere kişisel verilere müdahalenin kanuni düzenleme ile öngörülmüş olması ölçütü, meşru bir amaç sebebiyle sınırlama ölçütü ve müdahalenin demokratik toplum için gerekli olması ölçütlerinden meydana gelen üç temel ölçüt koymuştur. Ancak devletler yönünden tanınan bu sınırlı istisnai çerçeve genişletilmekte ve adeta ihlalin olağan uygulamaya dönüşmesi söz konusu olmaktadır. Özellikle dışa kapalı rejimlere sahip yahut eski Sovyet geleneğinden gelen ülkelerde ihlallerin yaygın devlet uygulaması haline getirilmesi mahkemece yoğun ihlal kararlarının ve fazlaca eleştirinin yapılmasına neden olmuştur. Kişisel veri kavramının yoğun ve etkili korunabilmesinin yegane yolu evrensel olarak kişisel veri kavramını konu edinen norm sayısının, etkinliğinin, bağlayıcılığının ve yaptırımsal gücünün artmasından geçmektedir. Kişisel veri güvencesinin etkin uygulanabilmesi için bireyin temel hak ve özgürlüklerinin paydaşlar tarafından anlaşılması ve veri işleme kapsamında bireyin üstün yararı ilkesini öncelikli uygulamalar gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

**KAYNAKÇA**

- Aksoy**, Hüseyin Can: Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010.
- Aydın**, Sedat Erdem: Aihm İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.
- Başalp**, Nilgün; Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- Baykan**, Metin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğü, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2011.
- Bevernage**, Berber/Wouters, Nico: The Palgrave Handbook of State-Sponsored History After 1945, Palgrave Macmillan Publisher, Birleşik Krallık, 2018.
- Birleşik Krallık Hukuk Komisyonu Raporu, Law Commission: Data Sharing Between Public Bodies - A Consultation Paper No: 214, Birleşik Krallık, 2013.
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 32. Oturum, Genel Yorum No.16, Y.1998, madde 17: Özel Yaşamın Gizliliği, Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları, İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, çeviren **Uyar**, Lema: İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006. ([https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/05/05/BMde\\_Insan\\_Haklari\\_Yorumlari\\_1981\\_2006.pdf](https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/05/05/BMde_Insan_Haklari_Yorumlari_1981_2006.pdf)), (Erişim Tarihi: 13.04.2019).
- Bilge**, Mehmet Emin: Ticari Sırların Korunması, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2005.
- Björklund**, Fredrika/Svenonius, Ola: Video Surveillance and Social Control in a Comparative Perspective, Routledge Publisher, ABD 2013.
- Bygrave**, Lee A.: Privacy and Data Protection in an International Perspective, 2010, ([www.scandinavianlaw.se/pdf/56-8.pdf](http://www.scandinavianlaw.se/pdf/56-8.pdf)), (Erişim Tarihi: 09.04.2019).
- Cameron**, Lain: National Security and the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International Publisher, İsveç 2000.
- Can**, Mustafa Erdem: Özel Hukukta Tüzel Kişiler, Ankara Basım Ofset Matbaacılık, Ankara 2017.

- Charret-Del Bove, Marion/Mourlon, Fabrice:** Pre-trial detention in 20th and 21st Century Common Law and Civil Law Systems, Cambridge Scholars Publishing, Birleşik Krallık 2014.
- Civelek, Dilek Yüksel:** Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi (Uzmanlık Tezi), Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı, Nisan 2011.
- Council of Europe, European Union Agency for Fundamental Rights; Handbook on European data protection law: 2018 Edition, Lüksemburg 2018.
- Davis, Howard:** Human Rights Law Directions, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2013.
- Dickson, Brice:** Human Rights and the United Kingdom Supreme Court, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2013.
- Dijk, Pieter van/Hoof, Fried van:** Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, The Hague, Hollanda 1998.
- Donald, Alice/Leach, Philip:** Parliaments and the European Court of Human Rights, Oxford University Press, ABD 2016.
- Dorsemont, Filip/Lörcher, Klaus/Schömann, Isabelle:** The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, Hart Publishing, ABD 2013.
- Dorsemont, Filip/Lörcher, Klaus/Clauwaert, Stefan/Schmitt, Mélanie:** The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relations, Hart Publisher, Birleşik Krallık 2019.
- Eckes, Christina:** EU Counter-Terrorist Policies and Fundamental Rights: The Case of Individual Sanctions, Oxford University Press, ABD 2009.
- Flear, Mark L/Farrell, Anne-Maree/Hervey, Tamara K./Murphy, Thérèse:** European Law and New Health Technologies, Oxford Publisher, Birleşik Krallık 2013.
- Foster, Steve:** Concentrate Questions and Answers Human Rights and Civil Liberties, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2016.
- Franziska, Boehm:** Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice, Springer Publisher, Lüksemburg 2012.
- Gemalmaz, Mehmet Semih:** Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 6. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.
- Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, Şeref:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

- Guidelines Governing The Protection Of Privacy And A Transborder Flows Of Personal Data, (Çevrimiçi), ([https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-guidelines-on-the-protection-of-privacy-and-transborder-flows-of-personal-data\\_9789264196391-en#page15](https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-guidelines-on-the-protection-of-privacy-and-transborder-flows-of-personal-data_9789264196391-en#page15)), (Erişim Tarihi: 09.04.2019).
- Gutwirth, Serge/Poullet, Yves/De Hert, Paul/De Terwangne, Cécile/Nouwt, Sjaak:** Reinventing Data Protection?, Springer Publisher, BENELÜX 2009.
- Harris, David John/O'boyle, Michael/ Bates, Ed/Buckley, Carla;** Law of the European Convention on Human Rights, 3. Baskı, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2014.
- Hırvatistan'a Yönelik Kısa Tematik Rapor, 11.07.2016, ([https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/croatia-study-data-surveillance-ii-legal-update-hr.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/croatia-study-data-surveillance-ii-legal-update-hr.pdf)), (Erişim Tarihi: 24.04.2019).
- Hijmans, Hielke:** The European Union as Guardian of Internet Privacy: The Story of Art 16 TFEU, Springer Publisher, İsviçre 2016.
- Hohmann, Jessie/Joyce, Daniel:** International Law's Objects, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2018.
- İnsan Hakları İzleme Örgütü, Kurtuluşumuz İçin Bize Bir Yasa Gerek; Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet, Cinsellik ve İnsan Hakları, ABD 2008.
- Keller, Helen/Stone Sweet, Alec:** A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems, Oxford University Press, ABD 2008.
- Kindt, Els J.:** Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications: A Comparative Legal Analysis, Springer Publisher, Belçika 2013.
- Kuner, Christopher:** Regulation of Transborder Data Flows under Data Protection and Privacy Law: Past, Present, and Future, Tilburg University Legal Studies, Hollanda 2010.
- Küzeci, Elif:** Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- Land, Molly K./Aronson, Jay D.:** New Technologies for Human Rights Law and Practice, Cambridge University Press, Birleşik Krallık 2018.
- Liu, Nancy Yue:** Bio-Privacy: Privacy Regulations and the Challenge of Biometrics, Routledge a GlassHouse Book, ABD 2012.
- Marshall, Daniel/Thomas, Terry:** Privacy and Criminal Justice, Palgrave Macmillan Publisher, İsviçre 2017.

- Marshall**, Jill: Personal Freedom Through Human Rights Law?: Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention Human Rights, Martinus Nijhoff Publisher, ABD 2009.
- Mälksoo**, Lauri/**Benedek**, Wolfgang: Russia and the European Court of Human Rights: The Strasbourg Effect, Cambridge University Press, Birleşik Krallık 2018.
- Mcbride**, Jeremy: Human Rights and Criminal Procedure: The Case Law of the European Court of Human Rights, Council of Europe Publishing, Fransa 2009.
- Mowbray**, Alastair R.: Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, 2. Baskı, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2007.
- Namora**, Nuno Cerejeira/**Méndez**, Lourdes Mella/**E Sousa**, Duarte Abrunhosa: Digital Work and Personal Data Protection: Key Issues for the Labour of the 21st Century, Cambridge Scholars Publishing, Birleşik Krallık 2018.
- Norris**, Clive/**De Hert**, Paule/**L'hoiry**, Xavier/**Galetta**, Antonella: The Unaccountable State of Surveillance: Exercising Access Rights in Europe, Springer Publisher, İsviçre 2017.
- Nowak**, Manfred: Using Human Rights to Counter Terrorism, Edward Elgar Publishing, ABD 2018.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.
- O'neill**, Aidan: EU Law for UK Lawyers, Hart Publishing, Birleşik Devletler 2011.
- Oster**, Jan: European and International Media Law, Cambridge University Press, Birleşik Krallık 2017.
- Özdemir**, Hayrunnisa: Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Peers**, Steve: EU Justice and Home Affairs Law, 3. Baskı, Oxford University Press, ABD 2011.
- Persak**, Nina/**Vermeulen**, Gert: Reframing Prostitution: From Discourse to Description, From Moralisation to Normalization?, Maklu Publishers, Hollanda 2014.

- Rainy, Bernadette/Wicks, Elizabeth/Ovey:** Clare, Jacobs, White and Ovey: the European Convention on Human Rights, 7. Baskı, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2017.
- Stalla-Bourdillon, Sophie/Phillips, Joshua/Ryan, Mark D.:** Privacy vs. Security, Springer Publisher, Birleşik Krallık 2014.
- Steele, Jenny:** Tort Law, Text, Cases, and Materials, Oxford University Press, Birleşik Devletler 2007.
- Stone, Richard:** Textbook on Civil Liberties and Human Rights, 9. Baskı, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2012.
- Şimşek, Oğuz:** Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2008.
- Tahmazoğlu Uzeltürk, Sultan:** 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004.
- Taştan, Furkan Güven:** Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Thomas, Terry:** The Registration and Monitoring of Sex Offenders: A Comparative Study, Ruthledge Publisher, Birleşik Krallık 2011.
- The Global Community Yearbook Of International Law and Jurisprudence 2016, Oxford University Press, ABD 2017.
- Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Basın Birimi, Kişisel Verilerin Korunması üzerine bilgi notu, Temmuz-2015, Ankara, ([https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_TUR.pdf)), (Erişim Tarihi: 13.03.2023).
- Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Daire Başkanlığı Basın Birimi, Kişisel Verilerin Korunması üzerine tematik bilgi notu.
- Tzanou, Maria:** The Fundamental Right to Data Protection: Normative Value in the Context of Counter-Terrorism Surveillance, Hart Publishing, ABD 2017.
- Wright, Jane:** Tort Law and Human Rights, Hart Publishing, ABD 2001.
- Wright, David/Kreissl, Reinhard:** Surveillance in Europe, Ruthledge Taylor&Francis Group Publisher, ABD 2015.
- Zeegers, Krit:** International Criminal Tribunals and Human Rights Law: Adherence and Contextualization, Springer Publisher, Hollanda 2016.

**Makaleler**

- Akkurt**, Kemal: “AİHM Kararları Işığında Kimlik ve İnsan Hakları, Türkiye’de İnsan Hakları Danışma Kurulu Tecrübesi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, s. 237-251.
- Arslan**, Çetin: “Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Üçüncü Ülkelere Aktarılması”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. 1, 2010, s. 447-487.
- Atak**, Songül: “Avrupa Konseyi’nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, TBB Dergisi, S. 87, 2010, s. 90-120.
- Bartow**, Ann: “Our Date, Ourselves: Privacy, Propertization and Gender”, USFL Review, Sayı: 34, Yılı: 1999, s. 633-704.
- Bulak Uygun**, Begüm: “Databases and Criminal Procedures in Switzerland and Turkey with Regard to European Council’s Standards”, Journal of Penal Law and Criminology”, Sayı 5, C. 2, Yılı 2017, s. 89-106.
- Dobozi**, Veronica: “The Right To Know One’s Biological Identity”, Challenges of the Knowledge Society. Public Law, Sayı 60, Yılı 2013, s. 512-517.
- Erbaş**, Rahime: “The Tension between Genome Privacy and Criminal Justice in the Wake of DNA Databases”, Journal of Penal Law and Criminology, Sayı 5, C. 2, Yıl 2017, s. 163-178.
- Franzius**, Claudio: “Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung”, Zeitschrift für das Juristische Studium, 3/2015, s. 259-270.
- Geiger**, Jutta: “The Transfer of Data Abroad by Private Sector Companies: Data Protection Under the German Federal Data Protection Act”, German Law Journal, Vol. 04, No. 08, s. 747-757.
- Hornung**, Gerrit/**Schnabel**, Christoph: “Data Protection in Germany I: The Population Census Decision and The Right To Informational Self-Determination”, Computer Law & Security Report, C. 25, S. 1, 2009, s. 84-88.
- Kang**, Jerry: “Information Privacy in Cyberspace Transactions”, Stanford Law Review, Sayı: 50, Yılı: 1998, s. 1193-1294.
- Kaya**, Cemil: “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 317-334.

- Kılınç**, Ümit: “Teknik Araçlarla Yapılan Gizli İzlemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 9, Yıl: 2012, s. 1-32.
- Kuner**, Christopher/**Cate**, Fred H./**Millard**, Christopher/**Svantesson**, Dan Jerker B.: “PRISM and privacy: will this change everything?”, *International Data Privacy Law*, Vol. 3, No. 4, 2013, s. 217-219.
- Murphy**, Therese/**O’Cuinn**, Gearoid: “Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights”, *Oxford University Press Human Rights Law Review*, Sayı: 10, Yıl: 2010, s. 601-638.
- Riccardi**, J. Lee: “The German Federal Data Protection Act of 1977: Protecting the Right to Privacy?”, *Boston College International and Comparative Law Review*, C. 6, S. 1, 1983, s. 243-271.
- Salihpaşaoğlu**, Yaşar: “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Sayı 3, Yıl 2013, s. 227-266.
- Samuelson**, Pamela: “Privacy as Intellectual Property? *Stanford Law Review*”, Sayı: 52, Yıl: 2000, s. 1125-1170.
- Tanyar**, Ziya Çağa: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 60, 2011, s. 593-634.
- Tarhanlı**, Turgut: “Birleşmiş Milletler Örgütü ve İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Başlıca Usuller”, *İnsan Hakları*, YKY, İstanbul 2000, s. 407-436.
- Tezcan**, Durmuş: “AIHM’de İçtihat Değişikliği Yaşanan Üç Konu İle İlgili Bazı Gözlemler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan, C. 23, S. 3, 2017, s. 767-772.
- Thaman**, Stephen C.: Çev: **Bekar**, Elif: “Amerika Birleşik Devletleri’nde Telekomünikasyon ve İnternet Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi-Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey*, C: 1, On İki Levha Yayıncılık, Editör: Adem Sözüer, İstanbul 2013, s. 189-200.
- Top**, Sinem: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8”, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 78, Sayı 1, Ocak 2013, s. 40-65.



**Ural Uslan, Yurdanur/Değirmenci, Samed:** “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Işığında Türkiye’de Kişisel Verileri Koruma Kurumu”, *Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, Sayı: 10(1), Yıl: 2023, s. 23-38.

**Warren, Samuel D./Brandeis, Louis D.:** “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, C. 5, Sayı: 4, Yıl: 1890, s. 193-220.

## YABANCI HAKEM KARARLARINDA KAMU DÜZENİ KAVRAMI

(Derleme Makale)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1282513>

Seden DÜRÜSTKAN<sup>\*,\*\*</sup>

### Öz

Yabancı hakem kararları, kural olarak, devlet otoritesinden bağımsız şekilde irade serbestisi öncelenerek verilmektedir. Yabancı hakem kararlarının içeriğinde herhangi bir devlet tarafından tanınması istenen bir sonuç ya da tarafların ifa ile yükümlü oldukları hükümlerin bulunması ve taraflardan birinin icraya gönüllü olmaması halinde devlet eliyle kararın uygulanması ihtiyacı doğmaktadır. Yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi olarak adlandırılan bu süreçte, tahkim yargılamasının ruhunda bulunan irade serbestisi ile devletin egemenlik yetkisi karşı karşıya gelmektedir. Devlet, egemenlik yetkisini kullanarak, söz konusu kararın kendi otoritesine uyumlu olup olmadığını tanıma ve tenfiz prosedürü içerisinde denetlemektedir. Denetleme, zamandan ve mekândan bağımsız sınırları nedeniyle tanımının yapılması en zor olan kamu düzeni kavramı çerçevesinde yapılmaktadır. Diğer bir anlatımla devletler, yerel mahkemeler eliyle, tanıma ve tenfiz prosedürü içerisindeki yabancı hakem kararının kendi egemenlik yetkisi ile çatışıp çatışmadığını incelemektedir. Kamu düzeni kavramının kesin bir tanımının olmaması ve kendi içerisinde türlere ayrılması nedeniyle tartışmaya açık bir kavram olarak hem hakemler hem de yerel mahkemeler tarafından yorumlanmak ve açıklanmaktadır. Bu çalışmada kamu düzeni kavramının; önemi, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi sürecindeki yeri, benzerlik arz ettiği doğrudan uygulanan kurallardan farkları ile tahkime elverişlilik bakımından oynadığı rol incelenmiştir.

\* Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul (seden@sedens.com) ORCID: 0000-0002-1892-8128 (Geliş Tarihi: 15.01.2023-Kabul Tarihi: 09.04.2023) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

\*\* Tarafıma ait “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni”, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2016 adlı tez çalışması içerisinde makale hazırlanmıştır.

**Anahtar Kelimeler**

*Tanıma, Tenfiz, Tahkim, Yabancı hakem kararı, Milletlerarası kamu düzeni*

**THE CONCEPT OF PUBLIC POLICY IN  
FOREIGN ARBITRAL AWARDS**

*(Review Article)*

**Abstract**

*As a rule, foreign arbitral awards are arbitrated prioritizing party autonomy separately from the state authority. In the content of foreign arbitral awards, there is a conclusion to be recognized by any state or judgments that the parties are obliged to perform. If one of the parties is not willing to perform, the need for the implementation of the award by the state arises. In this process, which is called the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, the party autonomy and the sovereign power of the state come into conflict. The state exercises its power, and supervision over whether the award is compatible with its own authority or not, within the recognition and enforcement procedure. Supervision is carried out within the framework of the concept of public policy, which is the most difficult to define due to time and place-independent boundaries. In other words, states supervision over whether the foreign arbitral award conflicts with their own sovereignty by the county courts in the recognition and enforcement procedure. Public policy is a controversial concept due to does not have a definite definition and is divided into types within itself. Therefore, it needs to be interpreted and explained by both arbitrators and county courts. In this study, the concept of public policy has been examined in terms of its importance, its place in the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, its similarities and differences from the overriding mandatory rules of law, and its role in terms of arbitrability.*

**Keywords**

*Recognition, Enforcement, Arbitration, Foreign arbitral award, International public policy*

## GİRİŞ

Tarafların, aralarındaki uyuşmazlıkları çözümünde yerel mahkemelerin bakış açısı yerine şahsi iradelerinin yansıdığı yöntemleri tercih etmeleri tahkim kavramının doğmasına neden olmuştur. İrade serbestisine dayanan tahkim yargılaması özellikle uyuşmazlık taraflarının farklı tabiiyette olması durumunda önem arz eder. Zira tarafların farklı devletler içerisinde varlıklarını sürdürmeleri halinde, uyuşmazlığın hangi kurallar sistemi içerisinde, kim tarafından çözüleceğine kendilerinin ortak karar vermesi yargılamaya olan güvenin artmasına ve tarafların verilen kararı uygulamaya daha gönüllü olmasına hizmet etmektedir. Bahsi geçen farklılıkla en çok uluslararası ticari uyuşmazlıklarda karşılaşılmaktadır. Bu nedenle mahkemenin yerini alan tahkim yargılamasının önemi bu nedenle de artmıştır<sup>1</sup>.

Tahkim yargılamasının sonunda verilen hakem kararının gücü, tarafların karar verilen hususları ifa etmelerinden başka, kararın yerine getirilmemesi halinde devlet otoritesinin de bu kararı uygulamaya gönüllü olmasında yatmaktadır. Devletler, hakem kararlarını kendi mahkemelerinden verilmiş bir kararlar gibi olarak kabul ettiklerinde hakem kararlarının uygulanma gücü de artmış olmaktadır. Hakem kararlarının uygulanması istenen ülke hukuku ile çelişip çelişmediğinin tespit edilmesi tanıma ve tenfiz yolu ile gerçekleşmektedir. Yabancı hakem kararının içerisinde taraflardan birinin ifa etmesi gereken bir yükümlülük yer almıyor ise tanıma, yer alıyor ise tenfizden bahsedilecektir. Başka bir ifadeyle ilgili yükümlülüğün icrasına karar verilmesi, yabancı hakem kararının tenfizine ilişkindir<sup>2</sup>. Tanıma dar ve

<sup>1</sup> Tarafların yerel mahkemeler yerine milletlerarası tahkim yargılamasını tercih etmelerinin nedenleri ise devletlerin iç hukuk kurallarının milletlerarası ekonomik ilişkilerden doğan ihtilafları çözümlenmede yetersiz kalması, milletlerarası mahkemelerin mevcut olmaması ve tarafların tabi olmadıkları bir başka devlet mahkemesinin yetkisini kabul etmek istememesi olarak sayılabilir (**Birsel**, Mahmut Tevfik: “Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Özel Sayı, 2005, s. 2; **Akıncı**, Ziya: “Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt XVIII, Sayı 4, 1996, s. 93; **Kaplan**, Yavuz: “Uluslararası Tahkim, Türkiye Açısından Yeni Gelişmeler ve Önemi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 77, Sayı 3, 2003, s. 576.)

<sup>2</sup> **Demir Gökyayla**, Cemile: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s. 56; **Kalpsüz**, Turgut: Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 198; **Çelikel**, Aysel/**Erdem**, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 616; **Doğan**, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, Savaş Kitabevi, Ankara 2022, s. 102; **Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 447; **Eksi**, Nuray: “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, Public and Private International Law Bulletin, Cilt 40, Sayı 1, 2020, s. 146, (Kamu Düzeni).

geniş olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır. Tanıma dar anlamda, yabancı hakem kararının cebri icraya konu olmaksızın sadece, tanıma istenen ülke için, kesin hüküm veya kesin delil niteliğine kavuşması<sup>3</sup>; geniş anlamda tanıma ise, tenfiz isteminin yerine getirilmesi için gerekli olan tanıma şeklinde ifade edilebilecektir<sup>4</sup>. Geniş tanım içerisinde tenfiz kurumunun kullanılmasının sebebi kesin hüküm ve kesin delilin, tenfiz davasında da incelenen ve kabul edilen sonuçlar olmasındandır. Dolayısıyla, tenfiz tanımını bünyesinde barındıran bir kurum olarak tanımlanabilmektedir.

Hukukumuzda göre yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırı olmaması, kararın tanınması ve tenfiz edilebilmesi için gerekli olan bir şarttır. Devletlerin egemenlik alanı unsurlarının rahatça görülebildiği kamu düzeni kavramı, soyut bir kavram olması nedeniyle tanıma ve tenfiz prosedüründe en çok tartışma meselelerden bir tanesidir. Bu nedenle çalışmamız, yabancı hakem kararlarında tenfiz engeli olarak sayılan kamu düzenine yakından bakarak söz konusu kavramın daha rahat anlaşılmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bunun için öncelikli olarak yabancı hakem kararı kavramı daha sonra da kamu düzeni kavramı incelenmiştir. Ayrıca çalışmamızda kamu düzeni ile yakından ilgili olan kavramlara ve tahkim yargılamasından hakemler tarafından dikkate alınacak kamu düzeni hallerine de yer verilmiştir.

## I. YABANCI HAKEM KARARI

Tahkim yargılamasına konu hukuki uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşınması ile yargılama, milletlerarası tahkim olarak nitelendirilebilecektir. Milletlerarası tahkim, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların hakemler aracılığıyla çözümünü amaçlayan uyuşmazlık çözüm yollarını ifade etmek için kullanılan kavramdır<sup>5</sup>. Milletlerarası tahkim sonunda verilen kararın

<sup>3</sup> **Demir Gökyayla**, s. 56; **Kalpsüz**, s. 198; **Eksi**, Nuray: “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 67, Sayı 1, 2009, s. 55 (ICC Hakem Kararları); **Çelikel/Erdem**, s. 615-616; **Doğan**, s. 101; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 447; **Eksi**, Kamu Düzeni, s. 146.

<sup>4</sup> **Arat**, Tuğrul: “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı 1, 1964, s. 437; **Eksi**, ICC Hakem Kararları, s. 55.

<sup>5</sup> **Şanlı**, Cemal: “Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1986, s. 30-32 (Esasa Uygulanacak Hukuk); **Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, 1. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1994, s. 23 (Ticari Hakem Kararları); **Tarınbilir**, Feriha Bilge /**Şit**, Banu: “Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Tahkim Kanunu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s. 820; **Taşkın**, Alim: Hakem Sözleşmesi, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 12; **Nomer**, Ergin/**Eksi**, Nuray/**Öztekin Gelgel**, Günseli: Milletlerarası Tahkim Hukuku - Cilt: I, 5.

yabancı hakem kararı olarak değerlendirilmesi beklenirken, bu karar bazen yerli bazen yabancı olarak kabul edilmektedir. Bunun nedeni ise, bir hakem kararının yabancı olup olmamasının farklı ölçütlere göre tayin edilecek olmasıdır. Hukukumuz içerisinde hakem kararının, yabancı hakem kararı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyen ölçütler bulunmaktadır.

Bir hakem kararının, kamu düzeni müdahalesine ilişkin, yerli hakem kararı olarak nitelendirildiği takdirde farklı, yabancı hakem kararı olarak nitelendirildiği takdirde farklı hukuki düzenlemeler uygulama alanı bulunmaktadır. Bahsi geçen hukuki düzenlemeler 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK), 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) ve Türkiye'nin de taraf olduğu Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi (NY Sözleşmesi)'dir. Çalışmamız kapsamında söz konusu mevzuatlar açısından hakem kararının yabancı olup olmamasına ve hangi hukuki düzenlemenin uygulama alanına gireceğine kısaca değinilecektir.

### A. Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Hakem Kararı

Türk Hukuku açısından, taraflar arasındaki ticari uyuşmazlığın çözümünde kullanılan usul hükümleri yerel ise yerli hakem kararı kavramı karşımıza çıkmaktadır. Başka bir ifade ile tahkim yargılamasına 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ya da şartlarını<sup>6</sup> taşıması halinde 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) uygulanıyorsa söz konusu hakem kararı yabancı hakem kararı olarak kabul edilmeyecektir<sup>7</sup>. Dolayısıyla bir hakem kararının yabancı hakem kararı olarak kabul edilebilmesi, öncelikli olarak yargılamaya hâkim olan emredici usul kurallarının yerel

---

Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 5; **Huleatt-James**, Mark/**Gould**, Nicholas: "International Commercial Arbitration - A Handbook", Arbitration International, Cilt 13, Sayı 4, 1997, s. 440; **Redfern**, Alan/**Hunter**, Martin/**Blackaby**, Nigel/**Partasides**, Constantine: Law and Practice of International Commercial Arbitration, 7. Bası, Oxford University Press, Londra, 2023, s. 12; **Tweeddale**, Andrew/**Tweeddale**, Keren: A Practical Approach to Arbitration Law, 1. Bası, Blackstone Press, Londra, 2002, s. 273; **Sönmez**, İrfan/**Karakaya**, Gencay: "Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 23, Sayı 1, 2015, s. 208.

<sup>6</sup> MTK'nın uygulama alanı bulabilmesi için ilişkinin yabancılık unsuru taşıması ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi veya söz konusu kanun hükümlerinin uyuşmazlığa uygulanması gerekmektedir. (MTK md. 1/2)

<sup>7</sup> Her iki kanun arasındaki özel kanun - genel kanun hiyerarşisi gözden kaçmamalıdır. Buna göre, uyuşmazlığın MTK'nın uygulama alanına girmesi söz konusuysa ve aksine bir hüküm bulunmadıkça HMK hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır (**Kalpsüz**, s. 15).

mevzuata tabi olmamasına bağlıdır<sup>8</sup>. Haliyle, bunun tam tersi olarak, yargılama usulünde yerel hükümlerin kullanılmadığı hakem kararları, yabancı hakem kararı olarak kabul edilecektir. Bu nitelendirme yapılırken tahkimin milletlerarası nitelik taşıyıp taşıyımamasından ziyade, tahkim yargılamasına hâkim olan hukuki rejim dikkate alınmaktadır<sup>9</sup>.

MTK açısından konu ele alındığında, uyuşmazlık konusunun yabancılık unsuru taşıması verilen hakem kararını yabancı hakem kararı haline getirmeyecektir. Bu nedenle de MTK'nın uygulama alanına giren tahkim yargılaması sonunda verilmiş hakem kararları yerli hakem kararı olarak kabul edilecektir. Yerli hakem kararları için tanıma ve tenfiz yerine iptal prosedürü işletilmekte ve bu süreç içerisinde hakem kararının kamu düzenine aykırı olması gerekçesiyle iptali taraflarca talep edilebilmekte veya re'sen mahkeme tarafından incelenmektedir (MTK md. 15/2-b). Konu sınırlamamız yabancı hakem kararlarının karşılaşıcağı kamu düzeni müdahalesi olduğundan yerli hakem kararları bakımından uygulanan kamu düzeni incelemesine yer verilmeyecektir.

### B. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu'na Göre Yabancı Hakem Kararı

MÖHUK yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin usul kurallarını belirlemiş olmasına karşın yabancı hakem kararının tanımını düzenlememiştir. Hangi hakem kararlarının yabancı sayılarak MÖHUK kapsamına gireceğinin tespiti farklı ilkelere hareketle tanımlanmıştır. Toprak ilkesi ve usul hukuku ilkesi olarak adlandırılan bu iki ilkeden hangisinin dikkate alınarak hakem kararının yabancı sayılacağı tartışmalıdır. Toprak ilkesi uyarınca hakem kararının hangi devlet ülkesinde ve hakem kararının icra edileceği ülke dışında verildiği ihtimalinde kararı yabancı hakem kararı olarak kabul ederken; usul hukuku ilkesine göre hakem kararının hangi devletin usul hukukuna göre verildiyse o devletin hakem kararı olarak kabul etmektedir<sup>10</sup>. Bu iki ilke gerek tek başlarına gerekse birlikte uygulanarak hakem kararlarının niteliklerini belirlemektedir<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> **Can**, Hacı/Tuna, Ekin: Milletlerarası Tahkim Hukuku, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 576; **Deynekli**, Adnan: "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı, 2014, s. 109.

<sup>9</sup> Yarg.11. HD.,T. 26.05.2000 E. 2000/3992 K. 2000/4704, (www.coprus.com.tr Erişim Tarihi: 16.02.2023).

<sup>10</sup> **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 561.

<sup>11</sup> **Takavut**, İbrahim Doğan: Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda İrade Serbestisi, 1. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri

Bir hakem kararının yabancı hakem kararı olarak nitelendirilmesinin ardından yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkındaki usul hükümleri Türk hukukunda MÖHUK md. 60-63 içerisinde düzenlenmiştir; buna karşın NY Sözleşmesi'nde usul hükümleri bulunmamaktadır. Dolayısıyla MÖHUK'da yer alan hükümler kıyasen NY Sözleşmesi'ne de tabi hakem kararlarının tenfizinde uygulanabilecektir<sup>12</sup>.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde MÖHUK ile NY Sözleşmesi uygulama alanı bulmaktadır. Türkiye'nin NY Sözleşmesini imzalarken koyduğu çekinceye dolayı Sözleşme, sadece ticari uyuşmazlıklara ve anlaşmaya taraf olan ülkelerde verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için uygulanacaktır. Aksi takdirde yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi MÖHUK hükümlerine göre yapılacaktır. Yabancı hakem kararı için NY Sözleşmesine yer alan ölçütlere aşağıda değinilecektir.

MÖHUK kapsamında tanıma ve tenfizi istenen bir yabancı hakem kararının kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan bir karar olması gerekmektedir. Tenfiz talebi mahkeme tarafından değerlendirilirken kanunda bahsi geçen ret sebeplerinden biri olan kamu düzenine aykırılık taşımaması gerekecektir.

### C. New York Sözleşmesi'ne Göre Yabancı Hakem Kararı

NY Sözleşmesi uyarınca, hangi kararların yabancı hakem kararı olarak kabul edileceği sözleşmenin I. Maddesinde yer alan ölçütler uyarınca tespit edilmektedir. Söz konusu ölçütler, tanıma ve tenfiz istenen ülke dışında bir ülkede verilen hakem kararı olması ve hakem kararının tanıma-tenfiz istenen ülkede milli sayılmamasıdır. Sözleşmedeki ölçütlere ek olarak ülkemiz tarafından konulan çekince nedeniyle dikkate aldığımız Sözleşme'nin uygulama alanı bakımından ayrıca bir şart bulunmaktadır. Buna göre NY Sözleşmesinin uygulanabilmesi için hakem kararının ticari nitelikte olması gerekmektedir<sup>13</sup>. Hakem kararlarının ticari nitelikte olması değerlendirildiğinde,

---

Dizisi No: 29, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 21; **Üstündağ**, Saim: Yabancı Hakem Kararı Kavramı, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi (Bildiriler - Tartışmalar) - II. Tahkim Haftası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1984, s. 4 vd.; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 561-564.

<sup>12</sup> **Ekşi**, ICC Hakem Kararları, s. 58.

<sup>13</sup> Ölçütler arasında kabul edilmiş ancak güncelliği tartışmalı olan başka bir ölçüt karşılıklılık esası için bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 693; **Rensmann**, Thilo: "Anational Arbitral Awards Legal Phenomenon or Academic Phantom?", Journal of International Arbitration, Cilt 15, Sayı 2, 1998, s. 38; **Sanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 289; **Sanlı**, Cemal: Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan



hangi hakem kararlarının ticari nitelik taşıyıp taşımadığı tenfizi istenen devletin milli hukuk düzenlemeleri uyarınca belirlenecektir. Türk hukukunda Türk Ticaret Kanunu md. 3 ve md. 19'a göre belirlenecek olan uyuşmazlıklar ticari uyuşmazlık olarak NY Sözleşmesinin uygulama alanına girecektir.

İlk ölçüte göre, hakem kararının tanıma ve tenfizi istenen ülke dışında başka bir devlet toprağında verilmesi yeterlidir. Ayrıca kararın verildiği ülkenin NY Sözleşmesinin tarafı olmasına da gerek yoktur<sup>14</sup>. İkinci ölçüt olan kararın tanınması ve tenfizi istenen ülke hukukuna göre milli sayılmama şartında ise hakem kararının yerel ülke otoritesinin altında verilmemiş olması gerekmektedir. Bu noktada Türk hukuku kapsamında yerli hakem kararı Türk usul hukukunun emredici kurallarına uyarak verilmiş olan hakem karardır<sup>15</sup>. Dolayısıyla yabancı bir ülkede görülen tahkim yargılamasında Türk usul hukuku kuralları<sup>16</sup> kullanılırsa karar ülkemizde yerli hakem kararı kabul edileceğinden, NY Sözleşmesi kapsamında tanıma ve tenfiz prosedürüne tabi olmayacaktır.

Özetle, tanıma ve tenfiz aşamasındaki yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi için öncelikli olarak NY Sözleşmesi esas alınacak, eğer bu sözleşme uygulanamıyorsa o takdirde MÖHUK uyarınca bir değerlendirme yapılacaktır.

---

Ayrılması ve Bu Kararlarının 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfiz Sorunu, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi (Bildiriler - Tartışmalar) - II. Tahkim Haftası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1984, s. 184; **Toope**, Stephen J.: Mixed International Arbitration: Studies In Arbitration Between States And Private Persons, 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, 40-41; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 559.

<sup>14</sup> **Rubino-Sammartano**, Mauro: International Arbitration Law and Practice, 3. Bası, JurisNet LLC, ABD 2014, s. 17; **Van Den Berg**, Albert Jan: The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation, 1. Bası, Kluwer Law International, Hollanda 1994, s. 324; **Akıncı**, Ticari Hakem Kararları, s. 17; **Nomer**, Ergin: Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası, Avrupa (Cenevre) - New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, 1. Bası, Bankacılık Enstitüsü, Ankara 1991, s. 87. Aksi görüş için bkz. **Tanrıver**, Süha: "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 17-18, Sayı 1-2, 1998, s. 475; **Şanlı**, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2019, s. 303, (Ticari Akitler); **Eksi**, Kamu Düzeni, s. 151.

<sup>15</sup> **Deynekli**, s. 108.

<sup>16</sup> Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda Milli Tahkim Kanunu, içermeyen uyuşmazlıklarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu tahkim yargılaması hükümleri.

## II. KAMU DÜZENİ KAVRAMI

### A. Kamu Düzeninin Tanımı, Kapsamı ve Etkisi

Kural olarak irade serbestisine dayanan tahkim yargılamasında ve devamında tanıma ve tenfiz engeli olarak karşımıza çıkan kamu düzeni kavramı, zamandan ve yerden bağımsızlaştırılarak tanımlanabilen bir kavram değildir<sup>17</sup>. Bu nedenle yerel hukuk sistemlerinde ya da milletlerarası özel hukuk içerisinde bir mevzuat hükmü kapsamında tanımlanmamıştır. Tanımının yapılmamasının meydana getirdiği eksiklik, doktrin tarafından yapılan farklı tanımlar ile giderilmiştir<sup>18</sup>. Türk hukuku açısından da durum aynıdır. Açık bir tanımla kanun hükmü içerisinde yapılmayan kamu düzeni kavramının sadece, Anayasa’ımızda kamu düzeninin korunması, temel hak ve özgürlük, genel ahlak ve sağlık, kamu yararı gibi kavramlarla sınırlarını çizilmiştir<sup>19</sup>.

Anayasa Mahkemesi (AYM) 1964 yılında vermiş olduğu bir kararında<sup>20</sup> kamu düzeni için, “*Toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, Devletin ve Devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, başka bir deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden kurralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır.*” ifadesini kullanmak suretiyle kavram için genel bir çerçeve çizmiştir. Mahkeme, kamu düzeni kavramının unsurlarını ise Türk hukukunun temel ilkelerine aykırılık<sup>21</sup> Anayasada yer

<sup>17</sup> **Ruhi**, Ahmet/**Kaplan**, Yavuz: “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s. 644; **Huysal**, Burak: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 157; **Ökçün**, A. Gündüz: Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, 1. Bası, Ankara Üniversitesi SBF Yayını, Ankara, 1967, s. 151; **Tanrıver**, s. 476; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 371; **Hunter**, Martin/**Conde E Silva**, Gui: “Transnational Public Policy and Its Application in Investment Arbitrations”, The Journal of World Investment, Cilt 4, Sayı 3, 2003, s. 367.

<sup>18</sup> **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 369-370; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 372; **Tanrıver**, s. 477; **Özdemir**, Ali: “Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım (Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Sınırlandırılması Örneği)”, International Journal of Legal Progress, Cilt 2, Sayı 2, 2016, s. 91.

<sup>19</sup> **Balçı**, Muharem: İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, 1. Bası, Danışman Yayınları, İstanbul 1999, s. 149; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 370; **Doğan**, s. 210.

<sup>20</sup> AYM T. 28.01.1964 E. 1963/128 K. 1964/8 (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11685.pdf>, Erişim Tarihi: 17.10.2022)

<sup>21</sup> **Çelikel/Erdem**, s. 149; **Ökçün**, s. 129; **Dayınlarlı**, Kemal: Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a Armağan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1988, s. 662, (Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni); **Atakan**,

alan temel hak ve özgürlüklere aykırılık<sup>22</sup> ve Türk adap ve ahlak anlayışına aykırılık<sup>23</sup> olarak belirlemiştir. Daha yalın bir yaklaşımla kamu düzeni Türk toplumunun temel yapısını koruyan kuralların bütünü olarak tanımlanabilecektir<sup>24</sup>. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Hukuk Genel Kurulu'nun 2012 tarihli kararında<sup>25</sup> ise kamu düzeni kavramı için "... gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen "toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü" olarak tanım yapılabilir. ... O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir." ifadelerine yer vererek sınırlarını belirlemeye çalışmıştır.

Günümüze daha yakın bir kararda<sup>26</sup> kamu düzeni, "... Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken

---

Arda: "Kamu Düzeni Kavramı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 13, Sayı 1-2, 2007, s. 62.

<sup>22</sup> **Dayınlarlı**, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, s. 662; **Atakan**, s. 62; **Dayınlarlı** Kemal, Milli - Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları, 1. Bası, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 2011, s. 20, (Tahkime Etkileri ve Sonuçları).

<sup>23</sup> **Atakan**, s. 62; **Dayınlarlı**, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, s. 662; **Ökçün**, s. 128.

<sup>24</sup> **Tanrıver**, s. 476; **Kalpsüz**, s. 146; **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 378; **Dayınlarlı**, Kemal: Tahkime Etkileri ve Sonuçları, s. 16 vd.; **Çelikel/Erdem**, s. 161.

<sup>25</sup> Yarg. İçtihadı Birleştirme Büyük Hukuk Genel Kurulu (YİBHGK) T.10.02.2012 E. 2010/1 K. 2012/1 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/09/20120920-8.htm> (Erişim Tarihi: 23.10.2022)

<sup>26</sup> İstanbul BAM 14. HD., T. 30.1.2020 E. 2019/2100 K. 2020/74 (**Eksi**, Kamu Düzeni, s. 166.)

*benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir”* ifadesiyle somutlaştırılmıştır.

Kamu düzeni kavramı her ülkenin hukuki ve ahlaki sınırları çerçevesinde farklılık arz edebilecektir. Kavram esas itibarıyla somut uyumsuzluğa bakan hâkim tarafından yorumlanacaktır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki iç hukukta kamu düzenine aykırı olarak kabul edilen bir durum, milletlerarası unsurlu ilişkiler bakımından kamu düzenine aykırı olarak görülme-yebilecektir. Söz konusu kavramın içeriği yer, zaman ve tartışılan konuya göre değişeceğinden her somut olay bakımından yeniden değerlendirilecek ve yorumlanacaktır<sup>27</sup>. Ancak, kavramın ortaya konduğu yer ve zamandan bağımsız olarak ortak olan nokta şudur ki, kamu düzeninin ihlaline sebebiyet verecek haller emredici nitelikteki hükümlerin de ihlalini gündeme getirecektir. Diğer bir ifadeyle taraflar kamu düzeninin aksine hareket edemeyeceklerdir. Ancak her emredici hükmün kamu düzenine ilişkin olmadığı da belirtilmelidir<sup>28</sup>.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi söz konusu olduğunda, kamu düzeni kavramının olumsuz etkisi ve esasa girme yasağının genişletilmesi gündeme gelebilecektir. Yabancı hukukun etkisi altında verilen hakem kararının uygulanmasını engellemek kamu düzeninin olumsuz etkisidir<sup>29</sup>. Tanıma ve tenfiz kurumu içerisinde kamu düzeninin sadece olumsuz etkisi kabul edilerek yabancı hakem kararının tanıdığı hakkın tanınmaması

<sup>27</sup> **Eksi**, Kamu Düzeni, s. 153. Örneğin, hakemlerin bağımsız ya da tarafsız olmaması veya adil yargılanmanın kısıtlanması, cezai tazminatların fahiş olarak belirlenmesi, ambargo ve ticari boykot gibi ulusal politik çıkarlar, kambiyo işlemleri, vergiye ilişkin uyumsuzluklar, Covid-19 tedbirleri, kesinleşmiş ilamın varlığı kamu düzeninin kapsamında kabul edilebilecektir. Ayrıca Türk hukukunda yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilen sebepler aynı zamanda kamu düzeni nedeniyle tenfize engel sebepler olarak da kabul edilirler.

<sup>28</sup> **Huysal**, s. 166; **Ökçün**, s. 10; **Ruhi/Kaplan**, s. 645; **Tanrıver**, s. 479; YİBHKG T.10.02.2012 E. 2010/1 K. 2012/1 (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/09/20120920-8.htm>, Erişim Tarihi: 23.10.2022).

<sup>29</sup> **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 372 vd.; **Dayımlarlı**, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, s. 691; **Tanrıver**, s. 477; **Ökçün**, s. 14; **Nomer**, Ergin: “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi (09.06.1999 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 19. Sayı 1-2, 1999, s. 562 (Kamu Düzeni Müdahalesi); **Doğan**, s. 210-211; **Ruhi**, Ahmet Cemal: Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 105.

noktasında tenfiz engeli olarak müdahalesini gösterecektir<sup>30</sup>. Kamu düzenin bir diğer etkisi ise esasa girilme yasağının genişletilmesidir. Kural olarak yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi aşamasında mahkemeler uyuşmazlığın esasına girerek hakem kararının doğruluğunu esastan inceleyemezler fakat bazı hallerde kamu düzenine aykırılık itirazlarının değerlendirilebilmesi için uyuşmazlığın esasına girilmesi gerekebilecektir. Esasa girme yasağı ve istisnai olarak bu yasağın genişletilmesi aşağıdaki başlıklarda incelenecektir.

## B. Kamu Düzeninin Türleri

Kamu düzeninin doğasında bulunan soyutluk, onun tanımının yapılmasını zorlaştırdığı gibi yorumlanarak uygulanmasında da benzer problemleri beraberinde getirmektedir. Problemlerin en aza indirgenmesi için, kavramın değişkenliğinin bir ölçüye oturtulması ve kendi içinde çeşitli türlere ayrılarak sınırlandırılması uyuşmazlık konuları ve uygulayan otorite için kolaylık sağlamaktadır. Ayrıca söz konusu sınırlandırma, kamu düzeni kavramının korunması ve hukukun güvenliğinin devamını da temin etmektedir. Bu nedenle kamu düzeni milli kamu düzeni, milletlerarası kamu düzeni ve gerçek milletlerarası kamu düzeni olarak türlere ayrılmıştır.

### 1. Milli Kamu Düzeni

Bir ülkenin hayata bakışı ve yerel kurallarıyla içeriği değişebilen kamu düzeni türü, milli kamu düzenidir. Daha kısa bir anlatımla, bulunduğu top-rağa en bağlı olanı milli kamu düzenidir. Zira bilfiil o toplumu meydana getiren bireylerin yarattığı hukuk anlayışı, milli kamu düzeninin sınırlarını ve içeriğini belirlemektedir. Başka bir ifade ile milli kamu düzeni, devlet otoritesinin egemenliğini korumak için Anayasasındaki hükümlerle ve devlet politikalarıyla koyduğu nispi nitelikteki emredici kurallardır. Milli kamu düzeni devletin hukuki, sosyal ve ahlaki sisteminin üzerine kurulur. Esas olarak anayasa ve idare hukuku içerisinde tartışılan bu kavram, devlet otoritesinin kişi hak ve özgürlüklerini değerlendirmesinde, bu özgürlüklerin örf - adet kurallarına ve genel ahlaka uygun olmasını sağlamakta kullanılmaktadır<sup>31</sup>.

Milletlerarası özel hukuk açısından ise milli kamu düzeni kavramı, içinde yabancılık unsuru bulunan bir uyuşmazlığın yerel hukuk anlayışına uygun olarak çözümlenmesinde karşımıza çıkmaktadır. Hakem kararının

<sup>30</sup> Nomer, Kamu Düzeni Müdahalesi, s. 564; Ökçün, s. 131; Ruhi, s. 105.

<sup>31</sup> Özdemir, s. 91

konu edindiği hukuki ilişki icra edilecek ülkenin kamu düzenine aykırıysa ya da yargılama usulünden kaynaklanan nedenlerle kamu düzenine aykırılık meydana gelirse kararın icrasının önüne geçilebilecektir. Örneğin, ithalat - ihracatı yasaklı bir malı, vergi kaçırmayı konu alan veya savunma hakkının ortadan kaldırıldığı bir yerli hakem kararı kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle iptal edilecektir.

Bir uyuşmazlığın karara bağlanması, o uyuşmazlık kararının uygulamaya koyulması ile ayrı bir önem kazanmaktadır. Yabancı hakem kararının, icra edilecek ülkenin kamu düzenine uygun olması, bahsedilen önemin somutlaşması için bir gerekliliktir. Milli kamu düzeni, tenfiz karar verecek hâkimler tarafından korunması gereken bir kavram olduğundan, yerel mahkemeler tarafından yapılan denetim esnasında geniş yorumlanma riskini taşımaktadır. Tenfiz hâkimleri yabancı hakem kararlarını mili kamu düzenlerine aykırılık gerekçesiyle tenfiz taleplerinin reddine karar verebilecektir. Söz konusu yaptırımla kararın uygulanabilirliği olumsuz yönde etkileneceğinden bunun önüne geçilmek için hakemlerin milli kamu düzenini göz önünde bulundurmaları tahkim yargılamasının ruhu ile bağdaşmayacağı kabul edilebilir<sup>32</sup>. Haliyle kamu düzeni türleri bakımından milli kamu düzeni yerini daha evrensel kurallara bağlanan ve daha dar yorumlanan milletlerarası kamu düzeni kavramına bırakmıştır.

## 2. Milletlerarası Kamu Düzeni

Nispi niteliği haiz olan kamu düzeni kavramı, milletlerarası ticaretin örf - adet ve teamüllerinden beslenmesi halinde milletlerarası kamu düzeni olarak tanımlanmaktadır<sup>33</sup>. Dolayısıyla milletlerarası kamu düzeni, toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan evrensel manada hukuk ve ahlak kurallarının bütünü<sup>34</sup> olurken, milli kamu düzenine kıyasla daha dar ve sınırlı

<sup>32</sup> **Lalive**, Pierre: Enforcing Awards, International Arbitration: 60 Years of ICC Arbitration: A Look at the Future / International Chamber of Commerce, Paris 1984, s. 345 (Enforcing Awards); **Lalive**, Pierre: Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, VIII. International Arbitration Congress 1986, New York 1987, s. 271, (Public Policy and International Arbitration); **Huysal**, s. 161; **Sammartano**, s. 523; Aksi görüş için bkz. **Akıncı**, Ticari Hakem Kararları, s. 163; **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 396; **Nomer**, Kamu Düzeni Müdahalesi, s. 571.

<sup>33</sup> **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 390.

<sup>34</sup> **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 371; **Lalive**, Public Policy and International Arbitration, s. 264; **Dayınlarlı**, Tahkime Etkileri ve Sonuçları, s. 7; **Demir Gökyayla**, s. 26; **Huysal**, s. 159, 177; **Ruhi / Kaplan**, s. 643; **Tanrıver**, s. 467; **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 383; **Ökçün**, s. 14; **Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman Fıganmeşe**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2021, s. 628.

bir içeriğe sahiptir<sup>35</sup>. Milletlerarası kamu düzeni kavramı, hukukun temel teşkil ettiği başlıklardan bağımsız olmayacağından kaynağını hem milli yasalardan hem de *lex marcatoria*'dan almaktadır<sup>36</sup>. Milletlerarası tahkimde, hakemlerin *lex fori*'si olmadığından, tahkim yargılamasının üzerine inşa edildiği temellere uygun olarak, bütün devletlerin hukuklarına eşit mesafede bulunurlar; bu nedenle de milletlerarası kamu düzeni uluslararası ticaretin örf ve adetleri tarafların ortak noktasını oluşturmaktadır<sup>37</sup>.

Ancak milletlerarası kamu düzeninin merkezinde ticari ilişkilerin yer alması, bu kavramın her zaman uygulanabilir olmasını sağlayamamakta ya da uyuşmazlığın ticari kaynaklı olmayan noktalarının kamu düzeni anlayışından yoksun kalmasına yok açabilmektedir. Söz konusu yoksunluk herhangi bir yaptırımla karşılaşmasın ve tahkim yargılamasının taraf iradelerine dayanan özü korunabilsin diye, doktrin<sup>38</sup> tarafından ortaya çıkarılan başka bir kamu düzeni türü olarak adlandırılacak, gerçek milletlerarası kamu düzeni oluşturulmuştur.

### 3. Gerçek Milletlerarası Kamu Düzeni

Bünyesinde hem milli hem de milletlerarası kamu düzeninin özünü barındıran gerçek milletlerarası kamu düzeni kavramını diğerlerinden ayıran en önemli fark, kendisini oluşturan değerlerin milletlerarası özelliğidir. Bu şekilde dünya toplumunun menfaatlerini korunmaktadır<sup>39</sup>. Gerçek milletlerarası kamu düzeni, bireylerin, birey olmasından kaynaklı ortak menfaatlerine hizmet eden, hukuk kavramı içerisindeki ortak ilkelerle meydana gelen bir sistemdir<sup>40</sup>. Gerçek milletlerarası kamu düzenini oluşturan temel değerler, doğal hukuktan kaynaklanır ve devletler üstü bir objektif yürürlüğe sahiptir<sup>41</sup>. Dolayısıyla bu kavram, herhangi bir hukuk düzenine bağlı olarak varlı-

<sup>35</sup> **Ruhi/Kaplan**, s. 645; **Tanriver**, s. 476; **Ökçün**, s. 15; **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 408; **Huysal**, s. 175; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 371; **Kalpsüz**, s. 147; **Çelikel/Erdem**, s. 149; **Dayınlırlı**, Tahkime Etkileri ve Sonuçları, s. 19.

<sup>36</sup> **Huysal**, s. 159; **Ökçün**, s. 10; **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 404; **Lalive**, Public Policy and International Arbitration, s. 268.

<sup>37</sup> **Lalive**, Public Policy and International Arbitration, s. 271-272.

<sup>38</sup> **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 394; **Lalive**, Public Policy and International Arbitration, s. 257; **Lew**, Julian D. M.: Determination of Arbitrators' Jurisdiction and The Public Policy Limitations on that Jurisdiction, Contemporary Problems in International Arbitration, 1. Bası, Springer, London 1987, s. 83.

<sup>39</sup> **Lew**, s. 83.

<sup>40</sup> **Gaillard**, Emmanuel: Legal Theory of International Arbitration, 1. Bası, Martinus Hijhoff Publishers, Hollanda 2010, s. 55.

<sup>41</sup> **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 394.

ğını sürdüren bir kamu düzeni kavramı değildir<sup>42</sup>. Kapsamında temel insan hak ve özgürlüklerinin korunması, ticari ilişkilerde dünya çapında ticari tekel gücü bulunan ticari şirketlerin kendi otoritelerini kötüye kullanmalarını engellemek, dürüstlük kuralı, rüşvet ve yolsuzluğun önlenmesi gibi ilkeler yer almaktadır<sup>43</sup>.

Tahkim yargılamasında taraf iradelerinin korunması ve kararın bir bütün olarak icra edilmesinin sağlanabilmesi için gerçek milletlerarası kamu düzeninin hakemler tarafından göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira gerçek milletlerarası kamu düzeni, hukuklar üstü bir kavram olarak milli ve milletlerarası kamu düzeninin temellerini bünyesinde barındırmaktadır. Bu kavramlar arasında benzerlikler bulunmasıyla beraber gerçek milletlerarası kamu düzeni, insanlığın ortak değerlerini koruması, ticari teamülleri gözetmesi ve objektif bir yürürlüğe sahip olması nedeniyle diğerlerinden ayrılmaktadır.

### C. Kamu Düzeni ile Yakından İlgili Olan Kavramalar

Tahkim yargılaması kural olarak tarafların irade serbestisine<sup>44</sup> dayanıldığından devletler kendi yerel hukuk kurallarını ve çıkarlarını korumak amacıyla irade serbestisine birtakım sınırlamalar getirmişlerdir. Bunlar, anlam olarak kamu düzeni çatısı altında toplanabilse de, kendilerine özgü yapıları nedeniyle, ayrıca incelenmesi gereken hususlardır. Başka bir anlamıyla, kamu düzeni ile yakından ilgili olmalarına rağmen özellikleri itibarıyla kamu düzeninden ayrılmaktadırlar. Söz konusu sınırlamalar, doğrudan uygulanan kurallar ve tahkime elverişlilik olarak anılmaktadır.

#### 1. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Kamu düzeni dışındaki alanlara da müdahale kabiliyeti olan, uyuşmazlığın niteliğine ve tarafların hukuk seçimine bakılmaksızın uygulanan kurallar, doğrudan uygulanan kurallar olarak isimlendirilmektedir<sup>45</sup>. Doğrudan

<sup>42</sup> Gaillard, s. 55; Lalive, Public Policy and International Arbitration, s. 257.

<sup>43</sup> Lew, s. 83.

<sup>44</sup> Taraflar bu irade serbestilerini tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukukun, usule uygulanacak hukukun ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde göstermektedirler.

<sup>45</sup> Demir Gökyayla, s. 278; Özdemir Kocasakal, Hatice: “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 30, Sayı 1-2, 2010, s. 71’den naklen Francescakis Ph., Quelques précisions sur les “lois d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits des lois, Rev.Cr.DIP, 1966/1 (s. 1-18), s. 13; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 7; Özdemir



ifadesi, irade serbestisi ile tarafların kuralların uygulanmasını engelleyememesini, yani kuralların emrediciliğini simgelerken; tarafların hukuk seçimine bakılmaksızın kuralların uygulanma zorunluluğu ise kuralları uluslararası ve doğrudan kılmaktadır. Bu kurallar sayesinde amaçlanan, tarafların irade serbestisi yoluyla tahkim yargılamasının kötüye kullanma sonucunun önüne geçmektedir.

Tanımına bakıldığında “*Bir ülkenin sosyal, politik veya ekonomik yapılanmasının korunması için uyulması zorunlu olan kurallar*”<sup>46</sup> olarak ifade edilen doğrudan uygulanan kurallar, kamu menfaatini korumak amacını gerçekleştirmek için uygulanırlar. Söz konusu kuralların uygulama alanı, sözleşmeye veya tahkime uygulanması adına seçilen ya da taraflarca hukuk seçimi yapılmadan hakemlerce objektif bağlama sonucu tespit edilmiş olan hukuktan bağımsızdır<sup>47</sup>. Dolayısıyla bu kavram kamu düzenine benzemekle birlikte birkaç noktada kendisinden ayrılmaktadır. Öncelikli olarak kamu düzeninin aksine doğrudan uygulanan kurallar bir mevzuat hükmünde tanımlanmıştır<sup>48</sup>. İkinci olarak, kamu düzeni devletlerin genel politikalarını ve toplumların ahlaki değerlerinde; doğrudan uygulanan kurallar, sözleşmelerde hatta özellikle ticari uyuşmazlıklarda etkisini göstererek devletlerin özel menfaatlerinde ortaya çıkmaktadır<sup>49</sup>. Üçüncü olarak, bu kuralların uygulama

**Kocasakal**, Hatice: Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, 1. Bası, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 19, (Doğrudan Uygulanan Kurallar); **Tüysüz**, Cemre: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 14, 2019, s. 465-466.

<sup>46</sup> **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 8’den naklen Francescakis Ph., Quelques précisions sur les “lois d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits des lois, Rev.Cr.DIP, 1966/I, s. 697.

<sup>47</sup> **Erdem**, Bahadır: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Olan Hukuk, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2 Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Borçlar ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, 1. Bası, Legal Yayınları, İstanbul, s. 102; **Erkan**, Mustafa: “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XV, Sayı 2. 2011, s. 84.

<sup>48</sup> Roma I Tüzüğü md. 9/I’e göre “*Doğrudan uygulanan kurallar bir devletin politik, sosyal veya ekonomik yapısı gibi kamusal menfaatlerini koruması nedeniyle o devlet tarafından bu kuralların kapsamına giren her türlü durumda işbu Tüzük uyarınca o sözleşmeye uygulanacak hukuka bakılmaksızın uygulanacak derecede önemli görülen kurallardır.*”

<sup>49</sup> **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 21.

alanı bulması için tarafların hukuk seçimi yapıp yapmadığına bakılmaksızın, uyumsuzluk konusu ile bağlantısının bulunması yeterliyken; kamu düzeninin uygulama alanı için belirli bir hukukun uygulanmış ve bu hukukun kamu düzenine aykırılığın tespit edilmiş olması gereklidir. Son olarak doğrudan uygulanan kurallar, kendi konusuyla sınırlı kalarak yabancı hukukun tamamının uygulanmasını engelleyerek yabancı hukuk kuralının yerine kendisinin uygulanmasını zorunlu kılmaktadır<sup>50</sup>.

Türk hukuku içerisinde doğrudan uygulanan kurallar üç şekilde karşımıza çıkmaktadır. *Lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları, *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları ve sonuncusu ise üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarıdır. Bu üç başlıktan en çok tartışmalı olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları olmaktadır<sup>51</sup>. *Lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları MÖHUK md. 6 içerisinde, uyumsuzluğa uygulanacak hukuka bakılmaksızın başka bir ifadeyle, kanunlar ihtilafı dikkate alınmadan re'sen uygulama alanı bulan kurallardır<sup>52</sup>. İkinci olarak *lex causae*'nin, uyumsuzluğa uygulanacak hukukun, doğrudan uygulanan kuralları kaynağını MÖHUK md. 24'de ve Roma I Tüzüğü'nde bulmaktadır. Buna göre tahkimin doğasında bulunan irade serbestisi nedeniyle taraflarca tayin edilmiş hukuk, sözleşmeye ve uyumsuzluğa bir bütün olarak uygulanır; haliyle o hukukun doğrudan uygulanan kuralları da hakemlerce dikkate alınacaktır<sup>53</sup>. Son olarak üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları, devletlerin yerel mevzuatı içinde iki farklı biçimde düzenlenmektedir. Bunlardan ilki

<sup>50</sup> Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 90; Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 21; Kessedjian, Catherine: "Mandatory Rules of Law in International Arbitration: What Are Mandatory Rules?", The American Review of International Arbitration, Cilt 18, Sayı 1-2, 2007, s. 152; Sheppard, Audley: "Mandatory Rules in International Commercial Arbitration - An English Law Perspective", The American Review of International Arbitration, Cilt 18, Sayı 1-2, 2007, s. 125; Kösoğlu, Mehmet: "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 28, Sayı 1-2, 2008, s. 153.

<sup>51</sup> Çalışmamızın kapsamı olarak bu başlık altında tartışmalara yer vermemekteyiz. Detaylı bilgi için bkz. Tüysüz, s. 466-477; Takavut İbrahim Doğan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 153-207.

<sup>52</sup> Erkan, s. 86; Ekşi, Nuray: "Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 17, S. 1-2, 1997, s. 167; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 11.

<sup>53</sup> Erkan, s. 85, dn. 22; Doğan, s. 233. Aksi görüş için bkz. Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 56.

milletlerarası özel hukuk mevzuatlarının genel hükümler bölümünde yer alan<sup>54</sup>; diğeri ise, sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri için uygulanan halidir. Türk Hukuku içerisinde söz konusu düzenleme MÖHUK md. 31’de kendini göstermektedir. Hüküm içerisinde üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınırken bu kuralların niteliğinin, amacının, içeriğinin ve sonucunun göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir<sup>55</sup>. Tenfiz aşamasında mahkemeler doğrudan uygulanan kuralları re’sen uyuşmazlığa uygulayabilmekten<sup>56</sup> tahkim yargılaması içerisinde doğrudan uygulanan kuralların dikkate alınması için taraflarca mı ileri sürülecek yoksa hakemlerce re’sen uygulanabilecek midir doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır<sup>57</sup>.

Yabancı hakem kararının tanıma ve tenfiz şartları içerisine doğrudan uygulanan kurallara uygun olma sayılmadığından söz konusu kurallar, kamu düzeninin bir fonksiyonu olarak, onun çatısı altında yer almaktadır. Buna göre tenfiz hakimi, doğrudan uygulanan kurallar için ayrı bir değerlendirme yapamayacak ancak kararın uygulanmasında kamu düzeni etkisini değerlendirebilecektir. Doğrudan uygulanan kurallar için yapılan bu dolaylı değerlendirme sonucunda yabancı hakem kararının doğrudan uygulanan kurallara aykırılık teşkil etmesi, kamu düzenine aykırılık anlamına da gelebilecektir<sup>58</sup>.

## 2. Tahkime Elverişlilik

Tahkim yargılamasında taraf iradelerinin sınırı olarak bulunan ikinci durum ise her uyuşmazlık konusunun tahkim yargılaması ile çözülmesine müsaade etmeyen kural, tahkime elverişliliğidir. Hangi uyuşmazlıkların tah-

<sup>54</sup> Bu durum bizim mevzuatlarımızda düzenlenmemiştir. Fakat örneği olarak İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 19 verilebilir. Detaylı bilgi için bkz. **Tekinalp**, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 58; **Erkan**, s. 85, dn. 19; **Doğan**, s. 234. Doğrudan uygulanan kuralların MÖHUK md. 6 uyarınca genel hükümlere ilişkin bir düzenleme olduğu görüşü için bkz. **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 286.

<sup>55</sup> **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 286; detaylı bilgi için bkz. **Tüysüz**, s. 463-500.

<sup>56</sup> **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 546.

<sup>57</sup> Yarg. 19. HD., T. 28.02.2018 E. 2018/4228, K. 2018/1042 tarihli kararında taraflar GDO testlerinin Türkiye’de yapılmasına karar vermiş, GDO oranı yüksek çıkınca alıcı Türk firması malı teslim almaktan kaçınmış ancak tahkim yargılamasında hakem taraflar arasında GDO oranlarına ilişkin bir hüküm bulunmaması nedeniyle Türk firması alıcıyı haksız bulmuştur. Kararın tenfiz başvurusunda tenfiz mahkemesi GDO ile ilgili düzenlemelerin doğrudan uygulanması gereken kurallar olduğunu hükme bağlayarak bu kurallara aykırılık gerekçesiyle tenfiz talebini reddetmiştir. **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 546, dn. 149. Doğrudan uygulanan kuralların taraflarca ileri sürülmeli ve hakemlerce re’sen değerlendirilmeli görüşleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Takavut**, s. 210-215.

<sup>58</sup> **Çelikel/Erdem**, s. 36; **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 20.

kim yargılamasına konu edilebileceği, kanun koyucu tarafından belirlenmektedir. Buna göre tahkime konu yapılabilecek uyuşmazlıkların belirlenmesi, tahkime elverişlilik olarak tanımlanmaktadır<sup>59</sup>. Devletler kamu düzeni, doğrudan uygulanan kurallar ve münhasır yetki kuralları yoluyla kendi hukuk politikası tercihlerine göre, tarafların tahkim sözleşmesi ile belirlediği yargılamanın işleyişine etki edebilmektedirler<sup>60</sup>. Dolayısıyla tahkime elverişlilik kavramının temelinde de kamu düzeni yatmaktadır<sup>61</sup>.

Tahkime elverişliliğe hususi olarak milli hukuklar içerisinde karar verilmekte, meseleye dair uluslararası bir standart bulunmamaktadır<sup>62</sup>. Mevzuatımız içerisinde tahkime elverişlilik, yabancı hakem kararının uygulama alanı bulması için taşınması gereken şartlardan biri olarak düzenlenmiştir. Buna göre MÖHUK md. 62/c’de ve NY Sözleşmesi md. V/2/a’da tenfiz engeli ve MTK md. 15/A/2’de icra edilebilirlik engeli ifadesiyle kaleme alınmasına rağmen, düzenleme alanı bulan hükümler içerisinde tahkime elverişlilik kurumunun konu tayini yapılmamıştır. Ancak aynı maddeler içinde olmasa da, tahkime elverişliliğin sınırları *lex fori*’ye göre belirlenerek<sup>63</sup> MTK md. 1/IV hükmü<sup>64</sup> kapsamında konuya zıddından yaklaşarak tahkime elverişli olmayan konuların kaleme alınmasıyla giderilmiştir. Hükümde yer alan konu sınırlamasına göre, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar<sup>65</sup> tahkime elverişli olmadığından bu konulardaki uyuş-

<sup>59</sup> Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 537; Akıncı, Tenfiz, s. 172.

<sup>60</sup> Huysal, s. 94-95; Can, Mustafa Cemre: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s. 1350.

<sup>61</sup> Şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 27; Huysal, s. 153.

<sup>62</sup> Can, s. 1350; Tang, Zheng Sophia: Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law, 1. Bası, Routledge, London 2014, s. 93.

<sup>63</sup> Bu sınırları *lex fori*’ye göre tespit etmek sadece Türk Hukukuna mahsus bir durum değildir. UNCITRAL Model Kanun’un md. 1/5’de ve NY Sözleşmesi md. II/a’da tahkime elverişliliğin tanıma ve tenfiz talep edilen devletlerin kendi mevzuatına göre tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak da tahkime elverişliliğin tenfiz hâkimi tarafından re’sen incelenmesi gerekmektedir (Şit, Banu: Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 1. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 2005, s. 216; Çelikel/Erdem, s. 709; Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 538; Kalpsüz, s. 119; Akıncı, Tenfiz, s. 173).

<sup>64</sup> Yerli hakem kararları için Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) md. 408 tahkime elverişliliği paralel olarak düzenlemiştir.

<sup>65</sup> Uyuşmazlığı sona erdirmek için taraflar serbestçe anlaşma yapamıyor ya da yapılan anlaşmanın geçerli olması için devlet mahkemesinin müdahalesine ihtiyaç duyuyor ise uyuşmazlık taraf iradelerine tabi değildir. Ceza yargısının görev alanına giren

mazlıklar tahkime konu yapılamayacaklardır. Söz konusu madde emredici hüküm niteliği nedeniyle uyuşmazlıklar tahkim ile çözüme kavuşturulduğunda tenfiz engeliyle karşılaşacaktır<sup>66</sup>.

Kanun koyucu tarafından belirlenen iki sınır dışındaki konular, kural olarak tahkime elverişli kabul edilse de, bu kuralın istisnasını münhasır yetki kuralları oluşturmaktadır. Buna göre, tahkime elverişli olmayan konular içerisinde sayılması da Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin kanun koyucu tarafından belirlendiği hususlar da, tahkime elverişli kabul edilmeyecektir. MÖHUK'un ilgili hükümleri ve bu hükümlerin atf yaptığı iç hukuk kuralları uyarınca tahkime elverişlilik sınırı nedeniyle, kural olarak, tenfiz engeline takılacak uyuşmazlıklar sigorta sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, kira sözleşmeleri, fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklar<sup>67</sup> ve tüketici sözleşmeleri olarak sayılabilmektedir<sup>68</sup>.

Kamu düzeni ve tahkime elverişlilik kavramları karşılaştırıldığında ilk olarak tahkime elverişliliğin, kaynağının devletin egemenlik alanını doğrudan ilgilendiren kamu düzeni olduğu ortaya çıkacaktır. Bunun nedeni, tahkime elverişlilik kavramının, kamu düzenine kıyasla daha dar ve sınırlı uygulanmasındandır. İkinci olarak karşılaşılan fark ise kavramların sınırları bakımındandır. Tahkime elverişlilik kavramının sınırları ağırlıklı olarak kamu düzeni kavramı kaynaklı olurken; kamu düzeni kavramı sınırlarının

---

uyuşmazlıklar, Anayasa'nın 125. maddesi ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun uyarınca kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklar, çekişmesiz yargıya konu olan uyuşmazlıklar, neseple ilgili uyuşmazlıklar, boşanma, ayrılık, evliliğin geçersizliği veya varlığı, velayet ve vesayet, evlatlık ilişkisinin kaldırılması, kişisel durumların tespiti, miras, kanuni nafaka talepleri, iflas ve itirazın kaldırılması talebi, mahcuz mala istihkak davası gibi takip hukukuna dair uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir (**Kalpsüz**, s. 117; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 538-541; **Şit**, s. 216; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 346; **Akıncı**, Tenfiz, s. 174.).

<sup>66</sup> Karar NY Sözleşmesi ve MÖHUK'un uygulama alanına giriyor ise tenfiz engeli; MTK'nın uygulama alanına giriyor ise icra edilebilirlik engeli yaptırımıyla ilişkilidir.

<sup>67</sup> Marka, patent, endüstriyel tasarım, faydalı model veya telif hakkı tecavüzlerine ilişkin uyuşmazlıklar kuralın istisnasını oluşturarak tahkime elverişli kabul edilmektedir.

<sup>68</sup> **Akduman**, Ebru: "Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 15, Sayı 163, 2020, s. 466-480; **Huysal**, s. 205 vd., 213 vd., 219 vd.; **Pürselim**, Hatice Selin: "Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 27, Sayı 1, 2021, s. 496-512.

sadece bazıları tahkime elverişlilik kavramıyla ilgilidir<sup>69</sup>. Son olarak, uygulanma zamanlarıyla ilgili olarak da farkları bulunmaktadır. Buna göre, kamu düzeni yaptırımı yabancı hakem kararının somut dünyada doğuracağı sonuçların incelenmesiyle uygulama alanı bulurken; tahkime elverişlilik, tanıma veya tenfiz hâkimi tarafından istemin başında incelenmesi gereken ve yabancı hakem kararı ile ulaşılan sonucun önem taşımadığı bir kavramdır. Dolayısıyla hukukumuzda göre bir uyuşmazlığın tahkime konu olup olamayacağı hâkim tarafından ilk aşamada değerlendirilecek ve eğer uyuşmazlık konusu tahkime elverişli değilse yabancı hakem kararının tenfiz talebi reddedilecektir<sup>70</sup>.

### III. YABANCI HAKEM KARARINA KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ

Yabancı hakem kararının tenfizi esnasında kamu düzeni müdahalesi, müdahale sebebi ile ortaya çıkan ve cevaplandırılması gereken soruları da beraberinde getirmektedir. Buna göre, yabancı hakem kararı üzerinde gücü olduğu iddia edilen kamu düzeni türünün ne olduğu, hakemlerin tahkim yargılamasında hangi kamu düzenini dikkate almaları gerekeceği, tenfiz mahkemelerinin kamu düzeni müdahalesini yüzeysel mi yoksa derinlemesine mi uygulayacakları ile kamu düzeni incelemesine geçilebilmesi için hakem kararının kesinleşme / bağlayıcılık şartını neye sağlayacağı sorularının cevaplandırılması gerekmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, tüm bu sorular Türk Hukuku içerisinde cevaplandırılacaktır.

Öncelikli olarak, yabancı hakem kararlarının bağlayıcılığı nasıl tespit edilecektir? Yabancı hakem kararının tenfiz edilebilmesi için, kamu düzenine aykırı olmama hariç, gerek NY Sözleşmesi md. V/e ve gerekse MÖHUK md. 60/I içerisinde belirlenen şartlardan<sup>71</sup> bir tanesi de söz konusu kararın taraflar için bağlayıcı olması veya kesinleşmesi ve icra kabiliyeti kazanmasıdır. NY Sözleşmesi uyarınca hakem kararının bağlayıcı olma ya da MÖHUK uyarınca söz konusu kararın kesinleşmesi ve icra kabiliyeti kazanması şartı ile ilgili en büyük sorun, hangi hukuk kurallarına göre bu şartların sağlanıp sağlanmadığının tespit edilecek olmasıdır. Söz konusu duruma ilişkin, iki farklı yaklaşım ortaya atılmıştır. Bunlardan ilki tahkimin usulüne

<sup>69</sup> Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 538; Huysal, s. 165.

<sup>70</sup> Doğan, s. 135.

<sup>71</sup> Diğer tenfiz şartları, tenfizi istenen kararın yabancı hakem kararı olması, tahkim anlaşmasının bulunması, aleyhine karar verilen tarafın hakem tayininden veya tahkim yargılamasından haberdar edilmesi, uyuşmazlığın tahkime elverişli bulunmasıdır.

uygulanacak hukuka göre belirlenmesi, diğeri ise bağlayıcılık kararının bağımsız şekilde verilmesidir<sup>72</sup>.

Bağlayıcılığa tahkimin usulüne uygulanacak hukuka göre karar verilmesi halinde, eğer yabancı hakem kararına karşı itiraz yolları açıksa kararın bağlayıcı hale gelmediği kabul edilmektedir<sup>73</sup>. Tahkime uygulanan hukuktan bağımsız şekilde bu bağlayıcılığın tespit edilmesi halinde ise hakem kararları verildikleri anda, *tahkim içi temyiz mekanizmasının* tüketilmiş olması ya da böyle bir mekanizmanın bulunmaması halinde bağlayıcı hale geldiği kabul edilecektir<sup>74</sup>. Örneğin, ICC Tahkim Kuralları md. 34/6 uyarınca taraflar verilen kararların bağlayıcılığını ve verilecek kararı derhal icra etmeyi kabul etmektedirler.

Bağlayıcılık tespitine ek olarak tenfizi mümkün olan yabancı hakem kararında hangi kamu düzeninin müdahalesi gerçekleştirilecektir? Tahkim yargılaması sonunda hakemler ve taraflar için asıl önemli olan konu, tarafların kendi rızaları ile kararı uygulamaması ve devlet otoritesine ihtiyacın ortaya çıkması ihtimalinde, verilen kararın devletler tarafından icra edilebilecek hukuki kabiliyeti olmasıdır<sup>75</sup>. Bunun için de, kararın tanınacak ve tenfiz edilecek devlet nezdinde herhangi bir tenfiz engeline takılmaması gerekmektedir. Tenfiz engelleri arasındaki en detaylandırılmaya muhtaç husus, kamu düzeni kavramıdır. Zira yerel mahkemeler kendi milli kamu düzenlerini uygulamakta mükelleftirler. Dolayısıyla tanıma veya tenfiz talebinde kararın, kamu düzeni şartını taşıdığını teyit etmek zorundadırlar. Hal böyleyken tahkim yargılamasında hakemlerin kamu düzeni kavramını göz ardı etmeleri, kararın uygulanabilirliğinde bir eksiklik çıkması tehlikesiyle karşı karşıya kalınmasına neden olabilecektir.

Tenfiz talebinin verildiği ülkenin kamu düzeni, tenfiz mahkemesi tarafından, öncelikli olarak değerlendirilecek kamu düzeni türüdür. Bu nedenle hakemlerin tenfiz ülkesi milli kamu düzenini dikkate almaları gerekecektir. Ancak, tahkim yargılamasında esasa uygulanması için bir devlet hukuku

<sup>72</sup> Şanlı, Cemal: “New York Konvansiyonuna Göre Hakem Kararlarının Kesinleşmesi Sorunu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 14, Sayı 1-2, 1994, s. 93 (New York Konvansiyonu).

<sup>73</sup> Türk hukuku açısından konuya yaklaşıldığında, Türk usul hukukunun uygulanması kararlaştırılmış bir hakem kararı yabancı hakem kararı olarak kabul edilemeyeceğinden tenfiz prosedürüne de tabi olmayacaktır (Tan Dehmen, Mine: “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi İstemi Hakkında Türk Mahkemelerince Verilen Kararlara Karşı Kanun Yolları”, Public and Private International Law Bulletin, Cilt 40, Sayı 2, s. 1440).

<sup>74</sup> Şanlı, New York Konvansiyonu, s. 93.

<sup>75</sup> Lalive, Enforcing Awards, s. 349.

seçildiği takdirde yabancı hakem kararında o devletin maddi hukuk kuralları uygulama alanı bulacak. Dolayısıyla verilen yabancı hakem kararı esasa uygulanacak devlet hukukunun milli kamu düzeninden ayrı düşünülemezdir. Ayrıca taraflar ya da hakemler tahkime uygulanacak hukuku seçerlerken illa bir devletin hukukunun kurallarını seçmek zorunda olmadıklarından, devlet otoritesinden arındırılmış, genel anlamdaki hukuk kurallarını da uyumsuzluğun esasına uygulanması için seçebileceklerdir. Buna göre uyumsuzluğun esasını için bir devletin hukuku anasyonel kurallar, genel prensipler ya da *lex mercatoria* kuralları uygulama alanı bulacaktır<sup>76</sup>. Söz konusu kuralların temelinde gerçek milletlerarası kamu düzeni prensipleri yer aldığından bir devlete ait maddi hukuk kurallarından daha evrensel niteliğe sahiptir.

Hepsi bir bütün olarak düşünüldüğünde, tahkim yargılamasında hakemlerin hukukun temel prensiplerini ortaya konduğu gerçek milletlerarası kamu düzeni kurallarının dikkate alınması karara kamu düzeni müdahalesine karşı bir koruma sağlayacaktır. Yerel mahkemeler açısından ise yabancı hakem kararlarının kamu düzenine uygunluğu denetlenirken, hem yerel hem de uluslararası hukuk prensiplerinin göz önünde bulundurulması tercih edilirse taraf iradeleri ile devlet otoritesi arasında bir orta yol bulunmuş olacaktır<sup>77</sup>.

Son olarak tenfiz mahkemeleri kamu düzeni müdahalesini nasıl uygulayacaklardır? Yerel mahkemelerin kamu düzenine uygunluk tespitinde bulunurken kararı hangi noktaya kadar değerlendireceklerinde ortaya çıkmaktadır. Zira hakemler her kamu düzeni türünü bir yerel mahkeme kadar uyumsuzluğa uygulamaları, tahkim yargılamasının ruhu ile bağdaşmayacağı gibi yerel mahkemelerin de uyumsuzluğun usul ve esasına dair derinlemesine inceleme yapması tarafların tekrar yargılanması sonucunu doğuracaktır.

Çalışmamızın kapsamı gereği yerel mahkemelerin yapacağı kamu düzeni müdahalesine dair usul ve esas incelemelerine kısaca değinilecektir. Dolayısıyla burada belirtmek gerekir ki, mahkemelerin yapacağı inceleme dar ve sınırlı olmak durumundadır<sup>78</sup>. Yerel otorite, usul ya da esas fark

<sup>76</sup> **Özel**, Sibel: Milletlerarası Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009, s. 373; **Sönmez/Karakaya**, s. 214.

<sup>77</sup> **Born**, Gary B.: International Arbitration: Law and Practice, 1. Bası, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2021, s. 3652-3654; **Amro**, Ihab: Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Theory and in Practice: A Comparative Study in Common Law and Civil Law Countries, 1. Bası, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2013, s. 157.

<sup>78</sup> **Nomer**, Kamu Düzeni Müdahalesi, s. 571; **Şanlı**, Ticari Akitler, s. 320.



etmeksizin, maddi hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığını tespit etmek, tespit ederse doğru halini uyuşmazlığa tekrar uygulamak ya da sadece bu gerekçe ile kamu düzenine aykırılık olduğunu iddia etmek gücüne sahip değildir. Mahkemelerin dar ve sınırlı incelemesinin nedeni hukukumuzda MÖHUK md. 55/2, 56 ve New York Sözleşmesi md. 5 içerisinde yer alan *Revision au Fond* (esasa ilişkin inceleme yapma) yasağıdır. Buna göre, yabancı hakem kararlarının, tanınması ya da tenfizi esnasında, yabancı hakem kararının esastan incelenmesi mümkün değildir<sup>79</sup>. Ancak istisnai bazı durumlarda kamu düzenine aykırılık teşkil etme tehlikesi nedeni ile esasına ilişkin bir inceleme gerçekleştirilebileceği görüş olarak doktrinde ve yargı kararlarında yer almaktadır<sup>80</sup>. Kamu düzenine aykırılık iddiası, ancak yabancı hakem kararının içeriğindeki hukuki kuralının sözleşmeye güven, dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması, adil yargılanma hakkı veya hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığı gibi hukukun temel prensipleriyle çatışıyorsa gündeme gelecektir.

## SONUÇ

Tenfiz engellerinden sınırları en belirsiz kavram olan kamu düzeninin devlet otoritesinin keyfiyetine tabi olarak sıkı ve yorumu geniş şekilde uygulanması, uluslararası hukuki ilişkilerin tahkim yargılamasına olan güvenini zedelemektedir. Zamandan ve yerden bağımsız olan kamu düzeni kavramının yeknesak biçimde uygulanması mümkün olmadığından irade serbestisi ile egemenlik arasındaki çizgiye dengeli bir yaklaşımın getirilmesi gerekmektedir. Ancak yabancı hakem kararları sadece kamu düzeni müdahalesi ile değil, bu kavrama benzer olan doğrudan uygulanan kurallar ve tahkime

<sup>79</sup> Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 544, dn. 147; Şanlı, Ticari Akitler, s. 181; Ekşi, Kamu Düzeni, s. 151.

<sup>80</sup> Aygül, Musa: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri”, Public and Private International Law Bulletin, Cilt 31, Sayı 2, 2012, s. 104.

“Bazı durumlarda kamu düzenine aykırılık itirazlarının değerlendirilebilmesi için, kısım için esasının da incelenmesi gerekli olabilir. Örneğin yabancı hakem kararına konu teşkil eden sözleşmenin, ülkenin gümrük ve vergi mevzuatına karşı bir hile ve muvazaa teşkil ettiği, dolayısıyla kamu düzenine aykırı olacağı ileri sürüldüğünde, mahkemenin itirazı değerlendirebilmesi için, kısım için esas ile ilgili inceleme ve araştırma yapması zorunludur. Aksi halde kamu düzenine aykırılık itirazını değerlendirmek mümkün değildir. Bu gibi durumlarda kamu düzenine aykırılık itirazlarının incelenmesi için, zorunlu olarak işin esas ile ilgili hususların araştırılması, teknik anlamda davanın esastan incelenmesi anlamında da değildir. (Prof Dr. Cemal Şanlı, a.g.e. sh. 209)” Yarg. HGK., T. 8.2.2012 E. 2011/568 K. 2012/47 (www.lexpera.com Erişim Tarihi: 14/02/2023)

elverişlilik içerisinde de birtakım yaptırımlar ile karşılaşabilmektedir. Dolayısıyla bu kavramlar ile kamu düzeni arasındaki ilişkinin de net bir şekilde ortaya konması gerekmektedir. Özetle ifade edilebilir ki, kamu düzeni kuralları kendi etkileri dışında tahkime elverişlilik ile doğrudan uygulanan kurallar ve münhasır yetki kuralları arasında bir köprü niteliğindedir<sup>81</sup>.

Kamu düzeni, içeriğindeki soyutluk itibarıyla tüm bu kavramaların temeli ve devlet otoritesinin egemenlik gücünün göstergesi olduğundan, yabancı hakem kararların ortaya çıkış sürecinde ve tahkim yargılamasında merkeze konulmasa bile muhakkak dikkat edilmesi gereken bir kavram olarak kendini göstermektedir. Yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi söz konusu olduğunda yerel otorite kararın uygulanmasının kamu düzenini ihlal edip etmediğini inceleyerek kararın kısmen ya da tamamen icrasını engelleyebilecektir. Söz konusu engelleme kural olarak, uyumsuzluğun esasına girmeden, kararın icra edilmesi sonucunda ortaya çıkacak sonuç, kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa kendini gösterecektir. Kararın en az kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşması için hakemlerin gerçek milletlerarası kamu düzeni kurallarını göz önünde bulundurmaları gerekmektedir. Dolayısıyla Türk Hukuku açısından sözleşmeye güven, dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması, adil yargılanma hakkı veya hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığına aykırılık, hakem kararının gerekçesinin olmaması, satışı yasak olan malın ticareti, vergiye ilişkin konular, kesinleşen mahkeme kararının bulunması, hukuk ilişkide hileli ve muvazaalı işlemin olması veya uyumsuzluğun tahkime elverişli olmaması kamu düzenine aykırılık sebebiyle yabancı hakem kararın tanınması ve tenfiz edilmesine engel oluşturabilecektir. Ancak uygulama açısından fahiş cezai şart ve fahiş faizin uygulamaları kamu düzenine aykırı kabul edilmemiştir<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> **Huysal**, s. 95.

<sup>82</sup> **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 549-550; Yarg. 15. H.D., T. 12.5.2014E. 2014/2183, K. 2014/3226; İstanbul 17. ATM, T. 9.10.2019 E. 2019/23 K. 2019/406, (**Eksi**, Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni, s. 191.)

**KAYNAKÇA**

- Akduman**, Ebru: “Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 15, Sayı 163, 2020, s. 466-480.
- Akıncı**, Ziya: “Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt XVIII, Sayı 4, 1996, s. 93-109.
- Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.
- Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, 1. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1994, (Ticari Hakem Kararları).
- Amro**, Ihab: Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Theory and in Practice: A Comparative Study in Common Law and Civil Law Countries, 1. Bası, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2013.
- Arat**, Tuğrul: “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı 1, 1964, s. 421-527.
- Atakan**, Arda: “Kamu Düzeni Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 13, Sayı 1-2, 2007, s. 59-136.
- Aygül**, Musa: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri”, Public and Private International Law Bulletin, Cilt 31, Sayı 2, 2012, s. 83-121.
- Balcı**, Muharrem: İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, 1. Bası, Danışman Yayınları, İstanbul 1999.
- Birsel**, Mahmut Tevfik: “Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Özel Sayı, 2005, s. 1-38.
- Born**, Gary B.: International Arbitration: Law and Practice, 1. Bası, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2021.
- Can**, Hacı/Tuna, Ekin: Milletlerarası Tahkim Hukuku, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Can**, Mustafa Cemre: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s. 1349-1370.

- Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır:** Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Dayınlarlı, Kemal,** Milli - Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları, 1. Bası, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 2011, s. 20, (Tahkime Etkileri ve Sonuçları).
- Dayınlarlı, Kemal:** Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a Armağan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1988, (Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni).
- Demir Gökyayla, Cemile:** Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.
- Deynekli, Adnan:** “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı, 2014, s. 105-122.
- Doğan, Vahit:** Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, Savaş Kitabevi, Ankara 2022.
- Ekşi, Nuray:** “Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 17, S. 1-2, 1997, s. 163-182.
- Ekşi, Nuray:** “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 67, Sayı 1, 2009, s. 54-74, (ICC Hakem Kararları).
- Ekşi, Nuray:** “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, Public and Private International Law Bulletin, Cilt 40, Sayı 1, 2020, s. 143-201, (Kamu Düzeni).
- Erdem, Bahadır:** 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Olan Hukuk, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2 Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Borçlar ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, 1. Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2010, s. 95-104.
- Erkan, Mustafa:** “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XV, Sayı 2. 2011, s. 81-121.
- Gaillard, Emmanuel:** Legal Theory of International Arbitration, 1. Bası, Martinus Hijhoff Publishers, Hollanda 2010.

- Huleatt-James, Mark/Gould, Nicholas:** “International Commercial Arbitration - A Handbook”, Arbitration International, Cilt 13, Sayı 4, 1997 s. 440-442.
- Hunter, Martin/Conde E Silva, Gui:** “Transnational Public Policy and Its Application in Investment Arbitrations”, The Journal of World Investment, Cilt 4, Sayı 3, 2003, s. 367-378.
- Huysal, Burak:** Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Kalpsüz, Turgut:** Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- Kaplan, Yavuz:** “Uluslararası Tahkim, Türkiye Açısından Yeni Gelişmeler ve Önemi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 77, Sayı 3, 2003, s. 576-618.
- Kessedjian, Catherine:** “Mandatory Rules of Law in International Arbitration: What Are Mandatory Rules?”, The American Review of International Arbitration, Cilt 18, Sayı 1-2, 2007, s. 147-153.
- Kösoğlu, Mehmet:** “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 28, Sayı 1-2, 2008, s. 147-172.
- Lalive, Pierre:** Enforcing Awards, International Arbitration: 60 Years of ICC Arbitration: A Look at the Future/International Chamber of Commerce, Paris, 1984, (Enforcing Awards).
- Lalive, Pierre:** Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, VIII. International Arbitration Congress 1986, New York 1987, (Public Policy and International Arbitration).
- Lew, Julian D. M.:** Determination of Arbitrators’ Jurisdiction and The Public Policy Limitations on that Jurisdiction, Contemporary Problems in International Arbitration, 1. Bası, Springer, London 1987.
- Nomer, Ergin/Ekşi, Nuray/Öztekin Gelgel, Günseli:** Milletlerarası Tahkim Hukuku - Cilt: I, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016.
- Nomer, Ergin:** “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi (09.06.1999 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı)”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 19. Sayı 1-2, 1999, s. 555-576, (Kamu Düzeni Müdahalesi).

- Nomer**, Ergin: *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası*, Avrupa (Cenevre) - New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, 1. Bası, Bankacılık Enstitüsü, Ankara 1991, s. 87-96.
- Ökçün**, A. Gündüz: *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, 1. Bası, Ankara Üniversitesi SBF Yayını, Ankara, 1967.
- Özdemir Kocasakal**, Hatice: “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 30, Sayı 1-2, 2010, s. 27-88.
- Özdemir Kocasakal**, Hatice: *Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, 1. Bası, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, (Doğrudan Uygulanan Kurallar).
- Özdemir**, Ali: “Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım (Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Sınırlandırılması Örneği)”, *International Journal of Legal Progress*, Cilt 2, Sayı 2, 2016, s. 78-115.
- Özel**, Sibel: *Milletlerarası Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk*, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009, s. 371-378.
- Pürselim**, Hatice Selin: “Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 27, Sayı 1, 2021, s. 496-512.
- Redfern**, Alan/**Hunter**, Martin/**Blackaby**, Nigel/**Partasides**, Constantine: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 7. Bası, Oxford University Press, Londra 2023.
- Rensmann**, Thilo: “Anational Arbitral Awards Legal Phenomenon or Academic Phantom?”, *Journal of International Arbitration*, Cilt 15, Sayı 2, 1998, s. 37-65.
- Rubino-Sammartano**, Mauro: *International Arbitration Law and Practice*, 3. Bası, JurisNet LLC, ABD 2014.
- Ruhi**, Ahmet Cemal: *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Ruhi**, Ahmet/**Kaplan**, Yavuz: “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s. 643-664.

- Sheppard**, Audley: “Mandatory Rules in International Commercial Arbitration - An English Law Perspective”, *The American Review of International Arbitration*, Cilt 18, Sayı 1-2, 2007, s. 121-145.
- Sönmez, İrfan/Karakaya**, Gencay: “Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2015, s. 203-229.
- Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman Figanmeşe**, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2021.
- Şanlı**, Cemal: “Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Ankara, 1986, (Esasa Uygulanacak Hukuk).
- Şanlı**, Cemal: “New York Konvansiyonuna Göre Hakem Kararlarının Kesinleşmesi Sorunu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 14, Sayı 1-2, 1994, s. 91-97, (New York Konvansiyonu).
- Şanlı**, Cemal: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararlarının 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfiz Sorunu, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi (Bildiriler - Tartışmalar) - II. Tahkim Haftası*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1984, s. 165-185.
- Şanlı**, Cemal: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 7. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2019, (Ticari Akitler).
- Şit**, Banu: *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, 1. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 2005.
- Takavut**, İbrahim Doğan: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Takavut**, İbrahim Doğan: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda İrade Serbestisi*, 1. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi No: 29, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Tan Dehmen**, Mine: “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi İstemi Hakkında Türk Mahkemelerince Verilen Kararlara Karşı Kanun Yolları”, *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt 40, Sayı 2, s. 1433-1476.
- Tang**, Zheng Sophia: *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law*, 1. Bası, Routledge, London 2014.

- Tanrıbilir**, Feriha Bilge/Şit, Banu: “Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Tahkim Kanunu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s. 819-837.
- Tanriver**, Süha: “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 17-18, Sayı 1-2, 1998, s. 467- 491.
- Taşkın**, Alim: Hakem Sözleşmesi, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- Tekinalp**, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- Toope**, Stephen J.: Mixed International Arbitration: Studies In Arbitration Between States And Private Persons, 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.
- Tüysüz**, Cemre: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 14, 2019, s. 463-500.
- Tweeddale**, Andrew/Tweeddale, Keren: A Practical Approach to Arbitration Law, 1. Bası, Blackstone Press, Londra-2002.
- Üstündağ**, Saim: Yabancı Hakem Kararı Kavramı, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi (Bildiriler - Tartışmalar) - II. Tahkim Haftası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1984, s. 1-16.
- Van Den Berg**, Albert Jan: The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation, 1. Bası, Kluwer Law International, Hollanda 1994.



**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. Koğuşurma 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)<br>Prof.Dr. S.EDİS-/B.ÖZTAN/F.ÖZTAN |                            |
| 34-  | Hukuk Sosyolojisi (ANKARA-1993)  | Prof.Dr. Adil İZVEREN      |
| 35-  | Ticarî 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 AYİTER     |
| 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-  | İthalâtta 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-<br>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<br>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 Tefik 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 İdari Yargı Temel Mevzuatı (İzmir-2010) Prof.Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL
- 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 Dalları 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
- 160- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 24, Sayı 1, 2022) İzmir
- 161- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 24, Sayı 2, 2022) İzmir

