

e-ISSN: 2667-6117



ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)

Cilt: 6

Vol.: 6

Sayı: 1

no.: 1

Haziran-2024

June-2024

Haziran – 2024

ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)

e-ISSN: 2667-6117

Cilt: 6 Sayı: 1

Vol.: 6 no.: 1

Haziran-2024

June-2024

Dergi İletişim Bilgileri/ ASBUHFD Contact Information:

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Hükümet Meydanı No: 2, 06030 Ulus, Altındağ, ANKARA

Tel: +90 312 596 44 44-45 Fax: +90 312 311 86 00

e-mail: asbuhfd@asbu.edu.tr <https://dergipark.org.tr/asbuhfd>

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir.

Yayımlanan eserlerden doğan sorumluluk yazara/yazarlara aittir.

ASBUHFD is a peer-reviewed journal.

The liability of the published work is on the author/authors.

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi **TR Dizin** ve aşağıda belirtilen indekslerde/veritabanlarında taranmaktadır.

ASBUHFD is scanned the indexes/databases as demonstrated below.



EBSCO



Yayınlanma Tarihi:

Haziran, 2024

İMTİYAZ SAHİBİ

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Editör Kurulu

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ÇATLI
Arş. Gör. Mehmet BARUTÇU
Arş. Gör. Celil ŞAHİN
Arş. Gör. M. Mansur KARADAĞ
Arş. Gör. Dr. Gökberk ÖZSÖKER

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

İsmail ÖZCAN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Bülent KENT
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Cemil KAYA
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ
Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ
Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR
Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU
Prof. Dr. Rauf KARASU
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK
Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
Prof. Dr. Yücel OĞURLU
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Prof. Dr. Yusuf AKSAR
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAZIM KURALLARI

Başlangıç

- Makale başlığı: Amerigo Md BT, 15 pt., Tüm harfler büyük, Kalın, Ortalanmış.
- Yazar adı: Amerigo Md BT, 13 pt., Kalın, Sağa yaslı, İlk harfler büyük, yıldız ile dipnotta yazarın mesleği.
- Öz, Abstract ve Anahtar Kelimeler: Kalın, İlk harfler büyük.

Metin

- Metin içi başlıklar: Amerigo Md BT, 12 pt.

2. Başlık başındaki işaretler için yeni liste stili tanımlanması (Word'de Giriş sekmesinde paragraf kutucuğunun içinde üst sıradaki liste işareti/numaralandırma işaretlerinden çok düzeyli liste başlığı altında yeni liste stili tanımla daha sonra sol alttan biçimden numaralandırma seçeneği seçilecek) sıralaması:
 1. **Seviye:** Numaralandırma stili: **I, II, III**... Kalın, Tümü büyük harfler
 2. **Seviye:** Numaralandırma stili: **A, B, C**... Kalın, İlk harfler büyük
 3. **Seviye:** Numaralandırma stili: **1, 2, 3**... Kalın, İlk harfler büyük
 4. **Seviye:** Numaralandırma stili: **a, b, c**... Kalın, İlk harfler büyük
 5. **Seviye:** Numaralandırma stili: *i, ii, iii*... Normal, İlk harfler büyük, İtalik.
3. Ana metin: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Metin paragrafları: İlk satır 0,75 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 5nk paragraf sonrası 0 nk aralık, satır aralığı 1.

Dipnotlar

1. Dipnot: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Dipnot paragrafları: Asılı 0,5 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 2 nk paragraf sonrası 0 nk aralık, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1. Ancak aynı dipnotta birden çok paragraf verilecekse bu durumda söz konusu iki paragraf arasında aralık 0 olmalıdır (üstteki paragrafın paragraf ayarlarından "sonra" kısmı 0 nk, alttaki paragrafın ise "önce" kısmı 0 nk yapılmalıdır).
3. Dipnottaki cümle ile dipnotta sol baştaki numara arasında 1 boşluk bırakılmalıdır.
4. Dipnotta sonu nokta ile biten bir ifade varsa tekrar nokta konulmasına gerek yoktur, bunun haricinde herhangi bir işaretten sonra mutlaka nokta konulmalıdır.
5. Metin içerisinde gösterilen dipnot numaraları şayet bir noktalama işareti varsa onun hemen ardından boşluk bırakılmaksızın belirtilecektir.
 - **Yanlış:** verilecektir¹. **Doğru:** verilecektir.¹

Kaynakça

1. Kaynakça ayrı sayfada başlayacaktır.
2. Alfabetik sıralı, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Kaynakça paragrafları: 0,75 cm asılı (ilk satırdan sonraki satırlar 0,75 cm içeride), her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi aralık 3 nk paragraf sonrası aralık 0 nk, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1.

Yazım şekline ilişkin yukarıdaki kurallara uygun olarak hazırlanmış örnek word formu için bkz.
<http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

Yazım-İmla Kuralları ve Atıf Usulü

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları ve kararları esas alınmaktadır.
2. Dipnot ve kaynakçalarda "The Chicago Manual of Style" atıf sistemi benimsenmiştir. Atıf sistemine ilişkin detaylı bilgi için bkz.
<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagoquotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>
<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>
3. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;
 - "and" yerine "ve"

- "unpublished" yerine "yayımlanmamış" veya "yayınlanmamış"
 - "Anonymous" yerine "Anonim"
 - birden fazla ciltten oluşan eserlerde "volume/vol." yerine "Cilt."
 - "see" yerine "bkz."
 - "in" yerine "iç."
 - "accessed" yerine "erişim tarihi"
 - "trans." yerine "çev."
 - "edited by" yerine "editör"
 - "translated by" yerine "çeviren"
 - "interview by" ifadesi yerine "röportajı yapan"
 - "PhD diss." yerine "doktora tezi"
 - "thesis" yerine "tez"
 - "last modified" yerine "son değiştirilme"
 - "filmed" yerine "çekim" ifadeleri kullanılmalıdır.
 - Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçeleştirilmiştir ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; Mayıs 8, 2019 şeklinde yazılmalıdır.
 - Dergi sayısını ifade eden "no." ifadesi korunmuştur. Keza "ed." ifadesi aynen korunmuştur.
 - Sayfa numarasında "vd." kullanılmamalıdır. Bunun yerine ilgili numara ile arasına boşluk konulmaksızın "ff." ifadesi kullanılmalıdır. Eğer "ff."dan sonra "." gelecekte kullanılmaz ancak ";", "?" vb. gelecekte onlar "ff."deki noktaya bitişik yazılır.
4. Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:
- Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih[gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
 - Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atfı usulü kullanılabilir. Eğer tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi sistematik kullanılmışsa diğer kararlarında aynı sistematığın kullanılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi	AYM
Bireysel Başvuru	BB
Bölge Adliye Mahkemesi	BAM
Ceza Dairesi	CD
Ceza Genel Kurulu	CGK
Daire	D
Danıştay	Dan.
Esas	E.
Hukuk Bölümü	HukukB
Hukuk Dairesi	HD
Hukuk Genel Kurulu	HGK
İçtihadı Birleştirme Kurulu	İBK
İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu	İBK

İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı	İDDK
Karar	K.
Uyuşmazlık Mahkemesi	UM
Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı	VDDK
Yargıtay	Yar.

Örnekler:

AYM, E.2017/172, K.2018/32, 28.03.2018.

Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Ankara BAM 2. HD, E.2016/113, K.2017/21, 23.01.2017, (<https://legalbank.net/belge/ankara-bolge-adliye-mahkemesi-2-hd-e-2016-113-k-2017-21-t-23-01-2017-bosanmadan-kaynaklanan-tazminat/3040600>).

Rekabet Kurulu, K.19-12/136-60, 13.3.2019,

(<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c4268558-edce-48b5-996d-152defb6a7e4>).

5. Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 02.01.2019, S. 30643.

WRITING FORM**Beginning**

1. Title of the works: Amerigo Md BT, 15 pt., bold and capital letter, centered paragraph style.
2. Names(s) of author(s): Amerigo Md BT, 13 pt., bold, first letter capital, right justified. job of author(s) shall be written with an actinoid footnote.
3. Abstract and Keywords: Bold and first letter capital.

Text

1. Titles in the text: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Authors should arrange the text utmost with five-degree heading and the number of the titles has a style as follows:

First level: Numbering style: **I, II, III...** Title: bold and capital letter.

Second level: Numbering style: **A, B, C...** Title: bold and first letter capital.

Third level: Numbering style: **1, 2, 3...** Title: bold and first letter capital.

Fourth level: Numbering style: **a, b, c...** Title: bold and first letter capital.

Fifth level: Numbering style: *i, ii, iii...* Title: italic and first letter capital.

3. Main text: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Paragraphs: 0,75 cm first line indent, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 5/0 nk, 1 line spacing.

Footnotes

1. Style: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Footnotes paragraphs: 0,5 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 2/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled. If there are more than one paragraph in a footnote, pre/post-paragraph space should be 0 nk in this footnote.
3. Between the footnote number and footnote text one character space should be left.

4. All footnotes should be completed with a dot.
5. Footnotes numbers should be demonstrated after punctuations.

➤ **False:** ... given¹. **True:** ... given.¹

Bibliography

1. Bibliography should start on a separate page.
2. Style: alphabetically ordered, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Bibliography paragraphs: 0,75 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 3/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled.

For the sample word form edited aptly *writing form rules* of the Journal, please see at <http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

Spelling and Footnotes Rules

1. The works should be prepared aptly the spelling and orthographic rules of Turkish Language Association. See at <http://tdk.gov.tr/>
2. " The Chicago Manual of Style" is accepted for footnotes and bibliography. For further information please see at

<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>

<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>

İÇİNDEKİLER/CONTENTS***EĞİTİM HAKKININ ZORUNLU ASKERLİK NEDENİYLE SINIRLANDIRILMASI (MECLİS-İ TEDKİKÂT-I ŞER'İYYE KARAR ÖRNEĞİ) 1**

Restriction of the Right to Education Due to Compulsory Military Service (Example of a Majlis-i Tadrîkât-i Shar'îyya Decision)

Mustafa ÜNAL

AVRUPA KRİTİK HAMMADDELER TÜZÜĞÜ VE TÜRKİYE İÇİN ÖNEMİ 32

European Critical Raw Materials Regulation and its Significance for Turkey

Cemâl DURSUN

MUKAYESELİ HUKUK VE TÜRK HUKUKU KAPSAMINDA DAVALININ BİLİN(E)MEMESİNİN DAVANIN AÇILMASI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ 126

The Evaluation of the Defendant's Unknown Status in Terms of the Filing of the Lawsuit under Comparative and Turkish Law

Serkan KAYA

DEVLETİN ETKİN KONTROLÜNÜN BULUNMADIĞI SİBER ALANDA İNSAN HAKLARI YÜKÜMLÜLÜKLERİ NELERDİR? 159

What are Human Rights Obligations in Cyberspace Where the State Lacks Effective Control?

Berkant AKKUŞ

THE RIGHT TO A HEALTHY ENVIRONMENT IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW 215

Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Sağlıklı Çevre Hakkı

Seher ÇAKAN

OSMANLI HUKUKUNDA KADINA YÖNELİK ŞİDDETİN ÖNLENMESİ BAĞLAMINDA ŞARTLI TALAK 265

Conditional Talaq in the Context of Prevention of Violence Against Women in Ottoman Law

Süleyman Emre ZORLU

İKİ TOPLUMLULUK VE FEDERALİZM: BELÇİKA KRALLIĞI ANAYASASI ÖRNEĞİ . 303

Bicommunalism and Federalism: The Case of the Constitution of the Kingdom of Belgium

Batuhan USTABULLU

6754 SAYILI BİLİRKİŞİLİK KANUNU'NA GÖRE BİLİRKİŞİNİN DENETİMİ NETİCESİNDE UYGULANABİLECEK DİSİPLİN YAPTIRIMLARI 359

Disciplinary Sanctions to be Applied as a Result of the Audit of the Expert Witness According to the Expertise Law No. 6754

Mustafa OKUR

DÂHİLÎ KORUNMA ALTERNATİFİ YAKLAŞIMI VE ULUSLARARASI KORUMA STATÜSÜ 416

Internal Protection Alternative Approach and International Protection Status

Lider BAL

MERKEZİ KAYIT KURULUŞUNUN TÜZEL KİŞİLİĞİ VE ÜYELİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ..... 464

Legal Entity of the Central Registry Agency and the Legal Nature of the Membership Agreement

Hayri BOZGEYİK

Murat EKİNCİ

ÇOCUKLARIN ONLINE YASA DIŞI AKTİVİTELERİNİN ÖNLENMESİ 502

Preventing Children's Illegal Online Activities

Rabia Pelin OPAN GÜNDAL

YAYICI & YAYINCI DİLEMMA: YAPAY ZEKANIN OLUŞTURDUĞU HABERİN TELİFİ 540

Disseminators & Broadcasters Dilemma: Copyright of News as Production of Artificial Intelligence

Nurullah Enes Süheyl BELADA

TÜRK CEZA KANUNU m. 61 AÇISINDAN CEZANIN BELİRLENMESİ 569

The Determination of Punishment in the Context of Turkish Criminal Code art. 61

Kaan POLAT

**ASKERİ CEZA KANUNU'NDA ASKERİ ŞAHISLAR AÇISINDAN
HIRSIZLIK SUÇU..... 620**

Theft Crime by Military Persons in Military Penal Code

Burhan ATALIK

Bahri YAÇINKAYA

LEGAL AND COMPLIANCE RISKS OF NEW TECHNOLOGIES 679

Yeni Teknolojilerin Getirdiği Hukuki Riskler ve Uyum Riskleri

Yasemin GÜLLÜOĞLU

Fatih ERDEMİR

**SOSYAL MEDYA KULLANICILARININ “YALAN HABER” NEDENİYLE ALMAN CEZA
KANUNU (STGB) KAPSAMINDA SORUMLULUĞU..... 706**

Criminal Liability of Social Media Users for “Fake News” Under the German Criminal Code (StGB)

Meral EKİCİ

Dilek Özge ERDEM

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KENDİSİ veya BAŞKALARI BAKIMINDAN
ÖNEMLİ TEHLİKE YARATAN KİŞİLERE YÖNELİK ZORUNLU PSİKİYATRİK
MÜDAHALE ve TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN BİR ÖNERİ..... 747**

Mandatory Psychiatric Intervention in Comparative Law for Persons Who Pose a Significant Danger to Themselves or Others and a Proposal for Turkish Law

Nagehan KIRKBEŞOĞLU

Duygu KOÇAK DİKER

**DİJİTAL VERİLERDE YAKALAMA SONRASI ARAMA HAKKINDA BİR
AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YÜKSEK MAHKEMESİ KARARI:
“RILEY v. CALIFORNIA”..... 829**

Muhammed Hakan ÖZATA

Burak TAŞ

*Makale sıralamasında akademik unvan ve makale gönderim tarihi esas alınmaktadır.

EĞİTİM HAKKININ ZORUNLU ASKERLİK NEDENİYLE SINIRLANDIRILMASI (MECLİS-İ TEDKİKÂT-I ŞER'İYYE KARAR ÖRNEĞİ)

Restriction of the Right to Education Due to Compulsory Military Service (Example of a Majlis-i Tadrîkât-i Shar'îyya Decision)

Mustafa ÜNAL*

Öz


Eğitim hakkı, İslâm dini ile büyük bir önem kazanmıştır. Müslümanların en temel iki kaynağı olan Kur'an ve Sünnet, insanları okumaya, öğrenmeye yönlendirmiştir. İslâm hukuku, eğitim hakkını kullanmakla tükenecek bir nitelikte bir hak olarak tanımamaktadır. Bu hak devamlı kullanılabilir niteliktedir. Eğitim, müslümanlar için yalnızca bir hak değil aynı zamanda önemli bir yükümlülüktür. Müslümanların özellikle bazı konularla ilgili bilgileri öğrenmeleri zorunludur. Bu konuların başında inanç ve ibadet esasları gelmektedir. Devletin eğitim hakkını tanınması gerekmektedir. Bununla birlikte, bu hakkın kullanılması için gerekli imkânları sağlamak devletin görevidir. Bu hak, Osmanlı Devleti'nde tüm vatandaşlar için tanınmıştır.

* Arş. Gör. Dr., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İslam Hukuku Anabilim Dalı), mustafaunal@erbakan.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3454-9694.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 04.09.2023.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 28.10.2023.

Atıf/Citation: Ünal, Mustafa. "Eğitim Hakkının Zorunlu Askerlik Nedeniyle Sınırlandırılması (Meclis-i Tadrîkât-ı Şer'îyye Karar Örneği)." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024): 1-31.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

Allah Teâlâ yolunda mücadele etmenin ve şehit olmanın önemi Kur'ân'da birçok defa anlatılmıştır. Müslümanlar açısından en kıymetli değerlerini korumak bakımından askerlik, büyük öneme sahip bir kamu hizmetidir. Müslümanların ise kamu hizmetlerine katılmak hem hakları hem de ödevleridir. Dolayısıyla askerlik müslümanlar açısından önemli bir yükümlülüktür.

Osmanlı Devleti'nde zorunlu askerlik hizmetinin eğitim hakkına engel olmamasına önem verilmiştir. Medrese öğrencilerine yönelik özel düzenlemeler yapılmıştır. Medrese öğrencilerinin askerlik yükümlülüğü hukuka uygunluk yönünden Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'îyye'de incelenmiştir. Bu kurum bir temyiz mahkemesi niteliğinde olmasına rağmen, ilgili düzenlemeyi incelemesi yönünden anayasa mahkemesi benzeri bir görev icra etmiştir. Bu çalışma ile eğitim hakkının zorunlu askerlik nedeniyle sınırlanabileceği, sınırlamanın hangi şartlara bağlı olarak gerçekleştirilebileceği ve Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'îyye'nin işlevi ifade edilmiştir. Özellikle anayasa mahkemesine benzer bir işlev de yerine getirdiğini ortaya koyması açısından bu çalışma daha önceki çalışmalardan ayrılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Fıkıh, Eğitim Hakkı, Zorunlu Askerlik, Sınırlandırma, Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'îyye, Gereklilik İlkesi, Ölçülülük İlkesi.

Abstract

Right to education gained great importance with the religion of Islam. The Qur'an and Sunnah, the two most basic sources of muslims, have led people to read and learn. Islamic law does not recognize the right to education as a right that can be exhausted by using it. This right can be used continuously. Education is not only a right but also an important duty for muslims. It is obligatory for muslims to learn information about certain subjects. At the beginning of these issues are the principles of belief and worship. The state must recognize the right to education. It is the duty of the state to provide the necessary means for the exercise of this right. This right was recognized for all citizens in the Ottoman Empire.

The importance of fighting for Allah and being a martyr has been explained many times in the Qur'an. For muslims, military service is a public service of great importance in terms of protecting its most precious values. Participating in public services is both a right and a duty for muslims. Therefore, military service is an important obligation for muslims.

It is important to ensure that compulsory military service does not interfere with the right to education in Ottoman Empire. Special arrangements were made for madrasah students. The military obligation of the madrasah students was examined in terms of compliance with the law in the Majlis-i Tadrîkât-i Shar‘iyya. Although this institution is an appellate court, it has performed a duty similar to that of the constitutional court in terms of examining the relevant regulation. This study explains that the right to education could be restricted due to compulsory military service, the conditions under which this restriction could be realized, and the function of the Majlis-i Tadrîkât-i Shar‘iyya. In particular, this study differs from previous studies in that it reveals that it also performs a function similar to the constitutional court.

Keywords: Fiqh, Right to education, Compulsory military service, Restriction, Majlis-i Tadrîkât-i Shar‘iyya, Principle of necessity, Principle of proportionality.

GİRİŞ

İnsan, Allah Teâlâ'nın yeryüzündeki halifesi¹, şerefli ve üstün bir varlık olarak yaratılmıştır.² Şerefli ve üstün olarak yaşayacak insanın, sırf insan olmasından kaynaklı olan birtakım vazgeçilmez ödevleri ve hakları bulunmaktadır. Bu haklar genel itibariyle insan haklarını oluşturmaktadır.³ Bunlardan biri de eğitim hakkıdır. Eğitim hakkı literatür açısından hem doğrudan kişilerin kendilerine dair bir hak olarak, hem de ebeveynlerin çocukları üzerindeki hakları olarak ele alınmaktadır. Bu çalışma, kapsamı bakımından kişilerin eğitim hakkını ele

¹ Bakara, 2/30.

² İsrâ, 17/70.

Mustafa Yayla, *İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik* (Konya: Çizgi Kitabevi, 2011) 98, 99; İlyas Doğan, Fatma Süzgün Şahin Ünver ve Dilara Buket Tatar, "Osmanlı Devleti Klasik Döneminden Pozitif Metinlerde İnsan Hakları Anlayışına Geçiş" İç. *İnsan Hakları Hukuku*, ed. İlyas Doğan (Ankara: Astana Yayınları, 2022) 137; Recep Şentürk, *İnsan Hakları ve İslâm: Sosyolojik ve Fikhî Yaklaşımlar* (İstanbul: Etkileşim Yayınları, 2007) 131; İbrahim Ülker, "İslam Hukukunda İnsan Hakları Yaklaşımı" İç. *Hukukçuların Kaleminden İslam Hukukunda İnsan Hakları*, ed. İbrahim Ülker (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021) 23, 24.; Sercana Yüce Akkaya, "İslam Hukukuna Göre Uluslararası İnsanlık Hukuk ve İnsan Hakları" Yüksek Lisans Tezi, (Sakarya, 2019) 14, 15.

almakta olup, ebeveynlerin çocuklarına vereceği eğitim hakkını incelememektedir. Literatürde, İslâm hukukunda eğitim hakkının önemini vurgulayan çalışmalar bulunmakla birlikte, bir yargı kararı ile bu hakkın nasıl korunduğunu ve uygulamada bu hakkın sınırlarının nasıl belirlendiğini gösteren bir çalışma bulunmamaktadır. Bu açıdan çalışma diğer çalışmalardan ayrılmaktadır.

Tanzimat döneminde şer'îyye mahkemelerinin yanında nizamiye mahkemeleri de kurularak⁴, şer'î uyuşmazlıklara ilişkin görev yetkisi şer'îyye mahkemelerine verilmiştir.⁵ Tanzimat dönemindeki bu ayrımla birlikte şer'îyye mahkemelerinin temyiz merci olarak Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'îyye kurulmuştur.⁶ Bu çalışmada Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'îyye'de alınmış bir yargı kararı incelenerek, eğitim hakkının teorik boyutu öncelikli olarak işlenmiş ve bu hakkın nasıl koruma altına alındığı ile sınırlarının nasıl belirlendiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu çalışmada doğrudan bir derleme yahut teorik bir tartışma yapılmamış olup, bir yargı kararı teorik temelleri ile incelenmiştir. Bu inceleme ile İslâm hukuk sisteminin insana ve insanın insan olmasından kaynaklı haklarına verdiği önem, bu hakların hangi şartlarda sınırlandırılabilceği gösterilmiştir. İslâm devletlerinde eğitim hakkına azami ölçüde önem verilmiştir. Öyle ki, Osmanlı

⁴ Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023) 262; Fethi Gedikli, "Kazâ (Osmanlı Devleti'nde Kazâ)" İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002) c. 25, 119; Ahmet Akman, "Tanzimat Sonrası Osmanlı Usûl Hukukundaki Gelişmeler" *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi* 8, no. 1 (2019): 431, 432, 434; Ahmet Kılınc, "The Influence of The Ottoman State on Islamic Law" *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı*, no: 2022/2, (2022): 547, 569.

⁵ Kanun-i Esasi, m. 87, Ahmet Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2011) c. 1, 444.

⁶ Avcı, *Hukuk Tarihi*, 266, 240; Ahmet Akman, *Tanzimat Sonrası Osmanlı Adliye Teşkilatı Ve Yargılama Usûlü* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022) 62; Ekrem Buğra Ekinci, "Osmanlı Hukukunda Kanun Yolları," Doktora Tezi (İstanbul, 1996) 183; Murat Akgündüz, "Osmanlı Devleti'nde Şeyhülislamlığa Bağlı Bir Birim Olarak Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'îyye" *Ekev Akademi Dergisi* 21, no. 1, (2004): 167, 168; Bilgin Aydın, İsmail Kurt ve İlhami Yurdakul, *Şeyhülislamlık (Bâb-ı Meşihat) Arşivi Defter Kataloğu* (İstanbul: İSAM Yayınları, 2006) 64; Mustafa Gürbüz, "İslam Hukuk Tarihinde Kanun Yolu Olarak Temyiz Mahkemesi ve Osmanlı Devletindeki İşleyişi," Yüksek Lisans Tezi, (Ankara, 2006) 54.

devletinde öğrencilerin zorunlu askerlik yapması hususunda ayrıca düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelere rağmen tartışmalar sona ermemiş ve konu temyiz merci olan Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'îyye'nin önüne kadar gelmiştir.⁷ Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'îyye'nin konu hakkında incelemesinin özeti şu şekildedir:

⁷ *“Talebe-i ulûmun bir senelik hizmet-i maksure-i askeriyelerine dâir (Mükellefiyet-i Askeriye Kanun-ı Cedid'inin talebe-i ulûmun bir senelik hizmet-i maksure-i askeriyelerine mütedâir bulunan kırk ikinci maddesinin altıncı fıkrasının emr-i tatbikinde meleke-i tahsiliyenin ma'ruz-ı intifâ olmamasını te'min edecek ba'zı esasât vaz' ve ittihâzı mukarrer ve bu emniye-i hayriyenin teysîr-nümâ-yı husul olacağı eltâf-ı ilahiyeden me'mul ve muntazir olup şu kadar ki selamet ve saadet-i vatan ilcasıyla takarrur eden usûl ve kavâid-i hâziranın menafî-i şamilisi bazı taraflarca layıkıyla tefehhüm ve takdir edilemediği murâcaat-ı mütevaliyeden anlaşıldığından ve izah ve tebyin-i hakk u hakikat yolunda Meclis-i Tedkikât-ı Şer'îyye'ce işbu kararın ittihâz olunduğundan bâhis makâm-ı celil-i iftâdan müfti efendilere ta'mîmen tebligat icrâ kılınmıştır.)*

Talebe-i ulûmun bir senelik hizmet-i maksure-i askeriyelerine dâir Ahz-ı Asker Kanunnâme-i Cedid'inin kırk üçüncü maddesinin muhâsin ve mezâyâsı bazı taraflarca layıkıyla tefehhüm ve takdir edilemeyerek bir takım zehaba sebebiyet verdiği mürâcaat-ı mütevaliyeden anlaşılmış olmakla izah ve tebeyyün-i hakk u hakikate lüzum hasıl olmuştur. Şöyle ki: A'dâya karşı esbab-ı tehaffuz ve müdafaaya malikiyet mevcudiyet-i milliyenin esasını teşkil edeceği ve esbâbsız hâl-i atalette kalan bir milletin saha-i imkânda devam ve bekâsı kâbil olamayacağı hakâyık-ı bârizeden bulunduğu gibi “واعذوا لهم” (Enfal, 8/60) âlây-ı nazm-ı celili mefâd-ı âlisi vechiyle din-i mübin-i İslâm-ı esbâb-ı müdâfânın ezher cihet-i dâd ve ikmâlini âmir ve Peygamberimiz sallallahu teâlâ aleyhi ve sellem efendimiz hazretleri meârif-i vekalet-i beşeriyenin timsâl-i müşahhası bulunmalarıyla beraber zât-ı kutsiyet sıfât-ı Mustafa asr-ı saadetlerinin harp ve vegâ ve isti'mâl-i edevât-ı harbiye hususlarında da en mümtâz bir rüknü buldukları kütüb-ü siyerde ananesiyle mestûr ve gazâvât-ı celile-i peygamber-i hâfıza-i ümmette menkûş ve evvâ-i melâhiyi ekiden men' buyuran din-i celil-i Muhammedî'nin mahzâ idmân ve terbiyenin husûlüne hizmetinden dolayı sibâki ve at oynatmayı ibâha eylediği kütüb-ü şer'iyyede ilel ve esbabıyla mübeyyen ve muharrer bulunmakta ve kelimetullah'ın ilâ ve sügur-ı İslâmiye'nin tecavüz ve tasallut-ı a'dadan siyanet ve muhafazası uğrunda cihad-ı fi-sebilillah'ın erkân-ı İslâm'dan bulunmasına binâen ahd-ı celil-i risaletpenahi'den biri akvâm-ı İslâmi'ye şu farizâ-i diniyeye bezl-i vüs' ve ikdâm-ı tam ederek şevket ve satvet-i İslâmiye'yi asırlarca rub-ı meskûnun evc-i refi-i hâkimiyetine isâd ve îsâlâ muvaffak oldukları halde asâr-ı ahirede müşahade olunan tedenniyât-ı alem-i İslâm'ı istilâ eden atâletten ve esbâb-ı müdâfânın ikmâline layıkı vechile ihtimâm olunamamasından neşet etmiş bulunduğu ve ahvâl-i müessife-i mebhûsanın refta refta tekâsüfü Balkan fecayi-i ahiresinin ser-zede-i sahâ-i imkân-ı zuhur olmasını ve düşman ordularının bir müddet-i kasırada payitaht kapılarına dayanması[nı] intâc ederek mevcudiyet-i diniye ve milliyeye tehdit eden ve'l-iyâzü billah beyza-i İslâm'ın inkisarına ramak kaldığını ihsas ettiren kanlı

Ahz-1 Asker Kanunnâme-i Cedîd'inin kırk üçüncü maddesi, başvurudan anlaşıldığı üzere, bazı taraflarca yeterince anlaşılammıştır. Bundan dolayı bu madde hakkında açıklama yapmak gerekmektedir. Düşmana karşı savunma gücü bir milletin mevcudiyetinin temelini teşkil etmektedir. Bu konunun gereğini sebepsiz şekilde yerine getirmeyen milletin devamı mümkün değildir. Hem Kur'ân-ı Kerim'de hem de Rasulullah'ın (s.a.v.) hayatında bu hususun önemi görülmektedir. Allah'ın (c.c.) kelamının yüceltilmesi ve İslâm beldesinin düşmandan korunması cihad etmek İslâm'ın rükûnlarından biridir. Bununla birlikte son zamanlardaki gerilemeler ve bu hususa gereken önemin verilmemesinden dolayı İslâm beldesi gerektiği şekilde savunulamamıştır. Balkan faciasında düşman, başkente kadar gelmiş dinin ve milletin mevcudiyeti tehdit edilmiştir. Birçok İslâm beldesi düşman işgali altına girmiştir. Müslümanların canı, malı ve her türlü mukaddesatı düşmanın saldırısına maruz kalmıştır. Böyle

vekâyiine inzâr-ı ibretten bir lahza dûr tutulmaması vecâibden olduğundan fecâyi-i ahîre ile çiğergâh-ı İslâm'dan koparılan o mukaddes ve muhterem diyâr-ı İslâm'ın levs-pây-i a'da ile çekinmekte bulunan dil-nişîn mağdureleri mal ve canı ve her türlü mukaddesâtı a'da-yı dinin taaruz ve tecavüzüne maruz kalarak inlemekte bulunan milyonlarca ehl-i tevhidî ve binlerce cevâmi ve mebâni-i kudsiyyesi hep bu seyyienin kurbanı olduklarından âlem-i İslâm'ı garîk-i ekdâr u âlâm eyleyen hâlât-ı mezkûrenin hüdânekerde tekrarına meydan bırakmayacak esbâb ve mesâilin kâffesini geceyi gündüze katarak ihzâr ve ikmâl-i hasr-ı eşğal eylemek kâffe-i ehl-i tevhidî üzerine mütahattem ve müteveccih bir vazîfe olup sebepli sebepsiz şu vecibeye karşı asâr-ı tehâvün ve tekâsül irâesi kat'iyen tecvîz olunamaz. Kaldı ki asrımızdaki berrî ve bahrî alât ve edevât-ı harbiyenin tekamülü ve fûnûn-u askeriyyenin tenevvü-i edvâr-ı sabıkaya aslen makîs olamayıp esliha ve edevât-ı hazırânın hüsn-ü suretle isti'mâl edilebilmesi vâsî derecede idmân ve tevağğul neticesi olan meleke ve mümarese husulüne mevkûf ve terbiye-i askeriye görmeyen efrâdın muhârebâtta bir fâidesi olamadığı meşhûd olmasıyla " اُنْفِرُوا حَفَافًا" (Tevbe, 9/41) nazm-ı celîli mefâd-ı âlisince efrâd-ı İslâmiye'nin bundan böyle her ihtimale karşı nefir-i amme müteheyyi-i yekdil ve yekvücut bir hal-i mükemmeliyette levâzım-ı dîniye ve icâbât-ı siyâsiyeden görüldükten talebe-i ulûm-u şer'iyenin askerliğe ait bir sene gibi müddet-i cüz'îye hizmetleri mehma-emken terbiye ve talîm-i askerî görerek o cihetteki noksanlarını ikmâl ve hiç okumamış efrâd-ı askeriyyenin kuvve-i ma'nevîyelerini tezyîd ve takviye etmek gibi ez-her cihet nef-i âm ve şâmil bir vazîfe-i mukaddese-yi ifâya davetten başka bir şey olmadığı ve hitâm-ı müddeti müteâkip ulûm-u şer'îyye tahsilini ikmâl için aslâ bir manî tasavvur edilemeyeceğinin lisan-ı şer'le sunûf-u ahaliye telkîn ve hüsn-i tefhimiyle itilâ-yı şevket ve izdiyâd-ı satvet ve miknet-i İslâmiye maksad-ı mübeccelinin bir ân evvel hayyiz-ârâ-yı husûl olmasının teysir ve teshîli hususunun ulemâ-yı dine tebliğ ve ifâ-yı vezâif-i dîniye ve ilmiyye terğib edilmeleri zımında tamûmen icrâ-yı tebligat buyurulması tezekkür edildi ol babta." Meşihat-ı Celile-i İslamiyye, Ceride-i İlmiyye 1, no. 3 (Ramazan 1332): 124.

bir olayın yeniden yaşanmaması için gerekli tedbirlerin alınması zorunludur. Eğitim almamış kimselerin asrımızdaki savaş aletlerini gerektiği şekilde kullanmadığı görülmüştür. Müslümanların böyle bir ihtimale karşı bütün halinde savunmaya geçebilmeleri için eğitim almaları gerekmektedir. İlim talebelerinin de bir yıl süreyle askeri eğitim almaları, onların bu yöndeki eksikliklerini gidermeleri ve hiç eğitim görmemiş askerlerin maneviyatlarını artırmaları gibi faydalı bir görevdir. Bu sürenin sonunda tekrar eğitimlerine devam etmelerine bir engel bulunmamaktadır.

Bu çalışmada Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye'nin yukarıda verilmiş olan kararı ışığında eğitim hakkı ve bu hakkın zorunlu askerlik nedeniyle sınırlandırılması hususunda bir inceleme yapılmıştır.

I. İSLÂM HUKUKUNDA EĞİTİM HAKKI

İslâm hukuku, eğitim hakkını baştan itibaren tanımıştır. Bu hakkı sınırsız bir hak olarak görmeyip nasıl sınırlandırılabileceğini de göstermiştir.

A. Genel Olarak

Eğitim hakkının tarihi Antik Yunan'dan başlatılıyor olsa da bu dönemlerde, İslâm hukuk sistemindeki gibi önemi haiz olmamıştır.⁸ İslâm ilme verdiği kıymeti, Kur'ân-ı Kerim'de nazil olan ilk ayetle⁹ göstermektedir. Bu ayetle, müslümanlara doğrudan okumaları, öğrenmeleri emredilmiştir.¹⁰ Allah Teâlâ'nın kendilerine ilim verilenlerin derecesini yükselteceği,¹¹ Allah Teâlâ'dan ilmin artırılmasının

⁸ Bkz. Davut Okçu, "İslam Hukukunda Eğitim ve Öğretim Hakkı" Doktora Tezi (Şanlıurfa, 2003) 23-25.

⁹ Alak, 96/1.

¹⁰ Muhammed Umara, *İslam ve İnsan Hakları* (İstanbul: Denge Yayınları, 1992) 62; Servet Armağan, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler* (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1992) 141; Okçu, "İslam Hukukunda Eğitim," 34; Mustafa Arslantürk, *Peygamber Buyruğu Işığında İnsan Hakları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016) 439.

¹¹ Mücadele, 58/11.

istenmesi gerektiği¹² ayetlerde bildirilmiştir.¹³ Öyle ki, müslümanların toplu bir şekilde seferberliğe çıkmamaları gerektiği, içlerinden bir grubun ilim öğrenmeleri gerektiği belirtilmiştir.¹⁴ Rasulullah (s.a.v.) müslümanlar için ilim talebinin farz olduğunu buyurmuş¹⁵, müslümanları ilim tahsiline yönlendirmiş, ya öğrenen ya da öğreten olmayı tavsiye etmiştir.¹⁶ Bir başka hadiste ise ilim öğrenmek için yola çıkan kimseye cennetin yolunun kolaylaştırılacağı bildirilmiştir.¹⁷ İlim öğrenme ile ilgili olarak hadis kitaplarında ayrıca "*kitabu'l-ilm*" bölümleri yer almış ve birçok hadis nakledilmiştir.¹⁸

Eğitime büyük önem vermiş olan İslâm, eğitim hakkını sürekli nitelikte bir hak olarak tanımıştır. Belirli bir dönemde kullanılmakla tükenmeyecektir. Müslümanların sürekli olarak ilim tahsiline devam etmeleri teşvik edilmiştir.¹⁹ Bununla birlikte naslardan görüleceği üzere ilim öğrenmek sadece bir hak olarak görülmemiş bir ödev olarak da düzenlenmiştir. İslâm hukukuna göre müslümanların inanç ve ibadet esaslarını kapsayan temel eğitim tüm müslümanlar için zorunlu olduğu ifade edilmiştir.²⁰ Bunun yanında herkesin iştigal etmiş olduğu alan ile ilgili bilgileri öğrenme ödevi vardır.²¹ Temel eğitimin

¹² Taha, 20/114.

¹³ İlme teşvik eden farklı ayetler için bkz. Fâtır, 35/28; Zümer, 39/9.

¹⁴ Tevbe, 9/122.

¹⁵ İbn Mâce Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî. *Sünen-i İbn Mâce* (yy.: Dâru İhyai'l-Kütübî'l-Arabiyye – Faysal İsâ el-Bâbî el-Halebî, 1431), Mukaddime, 17.

¹⁶ Ebû Muhammed 'Abdullah b. 'Abdurrahmân ed-Dârimî, *Musnedu'l-İmâm ed-Dârimî* (yy. 2015), c. 1, 154 (325-327).

¹⁷ Dârimî, *Musned*, c. 1, 161 (351).

¹⁸ Bkz. Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail el-Buhârî, *el-Câmi'u's-sağîh* (Beyrut: Dâru Tavki'n-Necât, 1422/2001) *Kitabu'l-İlim*, 11-44; Ebû'l-Hüseyn el-Kuşeyri en-Nisaburi Müslim, *Şağîh-i Müslim* (yy.: Dâru İhyai'l-Kütübî'l-Arabiyye, 1955), *Kitabu'l-İlim*, 8-11.

¹⁹ Okçu, "İslam Hukukunda Eğitim," 65.

²⁰ Alimcan Buğda, "İslam Hukukunda Farz-ı Kifâye Kavramının Sosyal Hayattaki İşlevi" *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 41 (2023):1, 18.

²¹ Okçu, "İslam Hukukunda Eğitim," 36, 41, 55; İbrahim Canan, "İslâm'da Çocuk Hakları" *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (1995): 7, 17; Süleyman Emre Zorlu, "Günümüz ve İslam Hukukunda Çocuk Hakları Karşılaştırmalı Bir İnceleme" *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. 2 (2013): 125, 153.

zorunluluğu hususunda çocuk, kadın ayrıt etmeksizin bütün bir toplumun sorumlu olduğu vurgulanmış ve bu eğitimin verilmesi için devlet başkanının yükümlü olduğu belirtilmiştir. Tüm müslümanların öğrenmesi zorunlu olan temel eğitimin dinin ayakta kalması için cihad vazifesinden daha önemli olduğu vurgulanmıştır.²² Nitekim henüz temel bilgileri bilmeyen bir kimsenin doğru şekilde cihad vazifesini yerine getirmesi de mümkün değildir. Toplumun ihtiyaç duyduğu bir alanda uzmanlaşmanın gerekmesi halinde bu alanda ilim öğrenilmesi müslümanların yalnızca hakkı değil aynı zamanda ödevleri olacaktır.²³ Bu ödev, farz-ı kifâye²⁴ olarak görülmüş ve toplum için yeterli olacak şekilde bazı müslümanların yerine getirmesi halinde diğer müslümanların üzerinden sorumluluğun kalkacağı ifade edilmiştir.²⁵ Eğitim faaliyetleri sadece müslümanların birikimleri ile de sınırlandırılmamış, ilim öğrenilmesi için müslüman olmayanlardan da istifade edilmesi gerektiği belirtilmiştir. İslâm tarihi boyunca ilmi birikim bakımından, müslüman olmayanlardan da ciddi oranda yararlandığı görülmüştür.²⁶

Tarihte olduğu gibi bugün de eğitim hakkının önemi İslâm hukukçuları tarafından vurgulanmaktadır. İslâm'da İnsan Hakları Kahire Konferansı sonucunda insan hakları ile ilgili olarak yayımlanmış olan bildiride eğitim hakkına ayrıca yer verilmiştir. Burada geçen düzenleme ile eğitim hakkının gücü yeten her bir müslümanın ödevi olduğu, devlet ve toplumun da insanların eğitim ve öğretimlerini garanti etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.²⁷ İslâm Konseyi,

²² Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân* (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1994) c. 3, 153; Canan, "İslâm'da Çocuk Hakları," 18.

²³ Umara, *İslam ve İnsan Hakları*, 72; Okçu, "İslam Hukukunda Eğitim," 57-61.

²⁴ Farz-ı kifâye, bir hükmün herkesi içine almayan bir lafızla farz olması, topluluğun bir kısmının yerine getirmesi ile diğerlerinin üzerinden farz yükümlülüğünün kalktığı hüküm biçimi olarak ifade edilmiştir. Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Gazzâlî, *el-Müstasfâ* (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1993) 217.

²⁵ Buğda, "Farz-ı Kifâye," 18, 19.

²⁶ Davut Okçu, "Eğitim Hakkı ve Tarihsel Gelişimi" *Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2007): 45, 53.

²⁷ Allame Muhammed Taki Caferi, *Evrensel İnsan Hakları, İslam ve Batı Düzenlerinin Mukayesesi* (İstanbul: Kevser Yayınları, 2016) 214, 215.

İslâm'da İnsan Hakları Beyannamesi ile eğitim hakkının toplumun bütün fertlerinin bir hakkı ve aynı zamanda ödevi olduğu belirtilmiştir. Toplumun her bir ferde eğitim hakkı için eşit ve denk bir fırsat sunması gerektiği ve her bir ferdin kendi eğilimine uygun düşen eğitimi seçmekte serbest olduğu ifade edilmiştir.²⁸ Görüleceği üzere, İslâm hukukçuları tarafından yayımlanmış olan her iki bildiri de eğitim hakkına ayrıca yer verilmiştir. İslâm hukukçuları da eğitim hakkını bu bildirimler ile aynı kapsamda ele almışlardır. Eğitimin hem bir hak hem bir ödev olduğu üzerinde durulmuş ve devletin bu hakkın kullanılması için gerekli imkânları sağlaması gerektiği ifade edilmiştir.²⁹

Osmanlı Devleti'nde tüm vatandaşlara eğitim hakkı tanınmıştır. Bu kapsamda zimmilerin de kendi dinleri doğrultusunda eğitim görme hakları kabul edilmiştir.³⁰ II. Mahmut döneminde eğitim devlet tarafından üstlenilmiş ve ilköğretim zorunlu kılınmıştır. Bu dönemde yeni yüksekokullar da açılmıştır.³¹ Bu çabalar Tanzimat döneminde daha da genişletilerek yeni okullar açılmış ve eğitim faaliyetine verilen önem artırılmıştır.³² Bu gelişmelerin akabinde 1876 yılında kabul edilen Kânûn-ı Esâsi ile eğitim hakkı açık bir şekilde güvence altına alınmıştır. "*Emr-i tedris serbesttir. Muayyen olan kânûna tebaiyet şartı ile her Osmanlı umûmî ve husûsî tediye mezundur.*"³³ Bu düzenlemede görüleceği üzere Osmanlı vatandaşlarının tümü için eğitim hakkı güvence altına alınmıştır. Kânûn-ı Esâsi'nin 114. maddesi ile eğitimin ilk derecesinin tüm Osmanlı vatandaşları açısından zorunlu olduğu düzenlenmiştir.³⁴

²⁸ Ahmed Akgündüz, *İslâm'da İnsan Hakları Beyânnamesi* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2017) 143, 144.

²⁹ Canan, "İslâm'da Çocuk Hakları," 18; Armağan, *Temel Hak ve Hürriyetler*, 143; Okçu, "İslam Hukukunda Eğitim," 64.

³⁰ Doğan, Şahin Ünver, Tatar, "İnsan Hakları Anlayışına Geçiş," 146, 147.

³¹ Ahmet Mumcu ve Elif Küzeci, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri* (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2019) 152.

³² Mumcu ve Küzeci, *Kamu Özgürlükleri*, 159, 168.

³³ Kânûn-ı Esâsi, m 15, Akgündüz, *Osmanlı Hukuku Külliyyâtı*, c. 1, 438.

³⁴ Kânûn-ı Esâsi, m 114, Akgündüz, *Osmanlı Hukuku Külliyyâtı*, c. 1, 447.

Eğitim hakkı uluslararası hukukta doğrudan bir insan hakkı olarak değil, dolaylı bir hak olarak tanınmıştır. Ailenin çocuk eğitimi üzerindeki dini ve felsefi inançlarına devletin saygı gösterme yükümlülüğü kapsamında bu hak ele alınmıştır.³⁵ Anayasa'nın 42. maddesinde ise eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi başlığı altında bu hakka yer verilmiştir. Kimsenin eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılmayacağı düzenlenirken, bu hakkın kapsamı doğrudan Anayasa'da belirlenen esaslar ile sınırlanmıştır. İlköğretimin zorunlu tutulması ise vatandaşların bu hususta yükümlülüğünün bulunduğunu göstermektedir.³⁶ Eğitim hakkına yönelik İslâm hukuk sistemi ile mer'î hukuk arasındaki en büyük fark ise, bu hakkın aynı zamanda bir ödev olmasıdır. İslâm hukukunda eğitim bir hak olmanın yanında önemli bir yükümlülük olarak ele alınırken, mer'î hukuk sistemlerinde yalnızca ilköğretim zorunlu tutulmakta olup, genel itibariyle kişilere tanınan bir hak olarak ifade edilmektedir.³⁷

İslâm hukukunda eğitim hakkına ilk dönemden itibaren yer verilmiştir. Bununla birlikte bu hak sınırsız bir hak olarak kabul edilmeyip hangi durumlarda bu hakkın sınırlandırılabileceğine dair belirlemeler yapılmıştır.

B. Eğitim Hakkının Sınırları

İslâm hukuku kapsamında haklar ve ödevler karşılıklıdır. Yani, ödevin olduğu yerde hak da söz konusu olacaktır. Bununla birlikte hak olmaksızın ödevin olması mümkündür.³⁸ Hayatın bütün alanlarını kulluk kapsamında değerlendiren İslâm hukukunda, insanın toplumu oluşturan diğer insanlara karşı üstlenmiş

³⁵ Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku* (Ankara: Hukuk Yayınları, 2018) 212; Hakan Ataman, *Eğitim Hakkı ve İnsan Hakları Eğitimi* (İzmir: İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2008) 12.

³⁶ Ayrıntılar için bkz. İbrahim Ülker, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasa Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü* (Konya: Aybil Yayınları, 2017) 59ff.

³⁷ Caferi, *Evrensel İnsan Hakları*, 344, 345.

³⁸ Modern hukukta da benzer ifadeler kullanılmış olmakla birlikte insan haklarının bir ödev yüklediği belirtilmiştir. Bkz. Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi*, 21, 22; Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş* (Bursa: Ekin Yayınları, 2022) 49, 50.

olduğu ödevler, sahip olduğu haklara göre öncelik arz eder.³⁹ Dolayısıyla eğitim hakkı da sınırsız bir hak olarak görülmemelidir. İnsanın diğer ödevleri ile eğitim hakkının çatıştığı durumlarda bu hakkın sınırlanması mümkün olabilecektir. Ancak burada çatışan ödevin niteliği önem arz edecektir. Bu niteliğin sınırlamayı gerekli kılması gerekmektedir. Ayrıca bu çatışma durumu ile ölçülü bir sınırlama yapılması gerekecektir. Ölçüsüz bir şekilde hakka müdahalede bulunulamayacaktır. Sınırlama, eğitim hakkının korumuş olduğu alana, bu hak ile çatışan ödev açısından bir daraltılma getirilmesi anlamına gelecektir. Herhangi bir çatışmanın olmaması durumunda ise, eğitim hakkının keyfi olarak sınırlanmasından bahsedilemeyecektir. Çünkü “*sıfat-ı ârızada aslolan ademdir.*”⁴⁰

İnsan haklarının sınırları açısından fiili ve hukuki ayrımı yapılabilir. Buna göre ekonomik imkânı olmayan bir kimse açısından mülkiyet hakkının bulunması bir anlam ifade etmeyecektir. Bu durum fiili bir sınırlama örneğidir. Ancak fiili sınırlama bu çalışmanın inceleme konusu dışındadır.⁴¹ Bir hak ile ödevin çatışması durumundaki hukuki sınırlamalar bakımından eğitim hakkı değerlendirilmektedir.

II. İSLÂM HUKUKUNDA ZORUNLU ASKERLİK

İslâm dininde askerlik, Allah Teâlâ'nın adını yüceltmek ve can, din, namus, mal gibi olmazsa olmaz unsurların korunması açısından büyük önem arz etmiştir. Bu başlık altında naslarda askerliğe nasıl vurgu yapıldığı genel olarak incelenecek olup, zorunlu askerliğin mümkün olup olamayacağına değinilecektir. Ardından Osmanlı Devleti bakımından askerliğin nasıl bir değişim gösterdiği ifade edilecektir.

³⁹ Halit Çalış, “İslam ve İnsan Hakları: Ödev Öncelikli Toplum Modeli” İç. *İnsan Hakları ve Din* (Çanakkale: Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Yayınları, 2010) 78, 79; Yayla, *İslam Hukukunda İnsan Hakları*, 116; Ülker, “İnsan Hakları Yaklaşımı,” 27.

⁴⁰ MAA, m 9.

⁴¹ Gözler, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, 158; Özgürlüğün fiziki ve hukuki sınırları için bkz. Emir Kaya, “Eğitim Hak ve Özgürlüğünün Temeli Olarak Tercih Hakkı,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 21 (2015): 59ff.

A. Genel Olarak

İslâm dininde, Allah Teâlâ yolunda mücadele etmek ve şehit olmak övülmüştür.⁴² Müslümanların Allah Teâlâ yolunda mücadele etmeleri,⁴³ zayıf erkekler, kadınlar ve çocuklar uğrunda savaşa çıkmaları⁴⁴ bir ödev olarak yüklenmiştir.⁴⁵ Şehitlik en yüksek mertebelerden birisi olarak görülmüştür.⁴⁶ Kur'an'da, şehitlere ölü denmemesi gerektiği,⁴⁷ şehitlerin Allah Teâlâ katında güzel rızıklarla rızıklandırıldığı,⁴⁸ onlara büyük mükafatlar verileceği,⁴⁹ onların cennete girecekleri,⁵⁰ bağışlanacakları,⁵¹ bu amellerinin asla boşa gitmeyeceği⁵², kendilerine nimet verilen⁵³ ve mahşerde şahitlik edecek kimselerden⁵⁴ oldukları belirtilmiştir. Müslümanların savaşa çıkmalarına ve şehitliğe yönelik ayetlerden de görüldüğü üzere İslâm dini askerliğe büyük önem vermektedir. İslâm dininin en önemli beş maslahat (zarûriyyât-ı hamse)⁵⁵ olarak görmüş olduğu can, mal, nesil, akıl ve dinin korunması gerekmektedir.⁵⁶ Bu durum ise askerlik vazifesinin

⁴² Tevbe, 9/52.

⁴³ Tevbe, 9/41.

⁴⁴ Nisâ, 4/75.

⁴⁵ Rıdvan Ayaydın, "Osmanlı Devleti'nde Askeri Yükümlülükler ve Muafiyetler (1826-1914)" Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul, 2011) 12.

⁴⁶ Bkz. Mehmet Seyid Geçit, "Kur'an'da Şehitlik" *Iğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 9, no. 1 (2017): 121, 125ff.

⁴⁷ Bakara, 2/154; Âl-i İmrân, 3/169.

⁴⁸ Âl-i İmrân, 3/169; Hac, 22/58.

⁴⁹ Nisâ, 4/74.

⁵⁰ Tevbe, 9/111.

⁵¹ Âl-i İmrân, 3/157.

⁵² Muhammed, 47/4.

⁵³ Nisâ, 4/69.

⁵⁴ Zümer, 68/39.

⁵⁵ Ertuğrul Boynukalın, "Makâsüdü'ş-Şerîa" İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003) c. 27, 425.

⁵⁶ Ebû 'Abbâs Şehâbeddîn Ahmed b. İdrîs Karâfi, *El-Furûk Envâr'ul-Burûk fî Envâi'l-Furûk* (Beyrut: 'Âlemü'l-Kütüb, ty.) c. 3, 113, 114; Yusuf Karadâvi, *İslâm Hukukuna Giriş* (İstanbul: Nida Yayınları, 2019) 84.

yerine getirilmesi ile layıkıyla mümkün olacaktır.⁵⁷ Dolayısıyla bir yükümlülük olarak askerlik müslümanlara yüklenmiştir.⁵⁸ Ancak yeterli sayıdaki müslümanın bu görevi yerine getirmesi halinde diğer müslümanların üzerinden bu sorumluluk kalkmaktadır. Bu yükümlülük ilim tahsili ile benzer şekilde farz-ı kifâye olarak görülmüştür.⁵⁹ Cihad vazifesi, ilmin bir dalı gereği görülmüş bundan dolayı ilim için çaba sarf etmek cihad vazifesinden üstün bulunmuştur.⁶⁰ Kur'ân-ı Kerim'deki toplu bir şekilde sefere çıkılsa da müslümanların içlerinden bir grubu ilim tahsili için geride bırakmaları gerektiği yönündeki ayet⁶¹ her zaman göz önünde bulundurulmuştur. Bununla birlikte İslâm ülkesinin düşman istilasına uğrama tehlikesi ile karşı karşıya kalması, mevcut ordunun yetersiz olması ve seferberliğin ilan edilmesi gibi durumlarda cihad bütün müslümanların üzerinde farz-ı ayn olarak değerlendirilmiştir.⁶² Dolayısıyla böyle durumlarda zorunlu askerlik kaçınılmaz bir vazife olmaktadır.

B. Osmanlıda Zorunlu Askerlik ve Öğrencilerin Durumu

Osmanlı Devleti'nde askerlik gönüllü olarak yerine getirilmiştir. Ancak Nizam-ı Cedid ordusunun teşkilinden itibaren asker ihtiyacı artmıştır. İlerleyen süreçte farklı ordular kurulmuş ve daha fazla askere ihtiyaç duyulmuştur. Bunun

⁵⁷ Alimcan Buğda, "İslam Hukuk Literatüründe Savaş Kavramları ve Cihad" *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 37 (2021): 195, 196.

⁵⁸ Muasır İslâm hukukçuları da bu duruma vurgu yapmışlardır. İslâm Konseyi'nin 1981 yılında yayımlanmış olduğu İslâm'da İnsan Hakları Beyânnamesi ile de bu duruma vurgu yapılmış ve kamu hizmetlerine katılma hem bir hak hem de bir ödev olarak düzenlenmiştir. Akgündüz, *Osmanlı Hukuku Külliyyâtı*, c. 1, 128. Kamu hizmetlerinin en önde geleni, canı, dini, ırzı, malı savunmak üzere yapılacak olan askerlik hizmeti olacaktır. Dolayısıyla bu beyânneme ile zorunlu askerlik hizmetinin İslâm toplumuna bir yükümlülük olarak getirilebileceği kabul edilmiş olmaktadır.

⁵⁹ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, c. 3, 154; Ebü Muhammed (Ebü's-Senâ) Bedrüddîn Mahmûd b. Ahmed b. Mûsâ b. Ahmed el-Aynî, *el-Binâye fi Şerhi'l-Hidâye* (Beirut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2000) c. 7, 97; Buğda, "Cihad," 280; Ahmet Yaman, "Savaş" İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2009) c. 36, 192.

⁶⁰ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, c. 3, 154.

⁶¹ Tevbe, 9/122.

⁶² Aynî, *el-Binâye*, c. 7, 97; Yaman, "Savaş," 192; Buğda, "Cihad," 209.

için farklı şekillerde askere alma yollarına başvurulmuştur. Bununla birlikte bu askere alma yolları yine gönüllülük esasına dayanmıştır.⁶³

Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile kamu hizmetlerine katılmada eşitlik ilkesi getirilmiştir. Bu ilke neticesinde genel ve zorunlu askerlik sisteminin başlatılacağı düzenlenmiştir.⁶⁴ Başlatılan sisteme göre kur'a usulü ile asker alımı gerçekleştirilmiştir. Kur'a çekilmesi ile askere alınacak olan kişiler belirlenmeye başlanmış ve gönüllülük esasını yerini zorunluluk esasına bırakmıştır.⁶⁵ 1844 yılında ilk kur'a çekilmiş olup, 1846'da Kur'a kanunu düzenlenmiştir.⁶⁶ Bu dönemde askerlik süresi beş yıl ile sınırlandırılmıştı.⁶⁷ Bu kanun uyarınca askerlikten istisna edilenler arasında medrese öğrencileri de bulunuyordu. Askerlikten kaçmak için insanların çocuklarını medreseye vermesinin ve ilme eğilimli olmayan çocukların burada kalarak hem ilim öğrenemeyip hem bu sürede sosyal hayatta başka bir sanata yönelememesi hem de askerlik şerefinden mahrum kalmaması için bu öğrencilerin her yıl sınava tabi tutulmasına karar verilmişti.⁶⁸ Her yıl sınava girerek askerliklerini tecil edebilen öğrenciler, askerlik yaşını geçene kadar bu sınavlarda başarılı olurlarsa askerlikten muaf tutuluyorlardı.⁶⁹ Öğrencilerin bu durumu şartlı tecil sonrası askerlikten tam muafiyet şeklinde nitelendirilebilir.⁷⁰ 1870 Tarihli Kur'a kanununda da medrese öğrencileri askerlikten istisna edilenler

⁶³ Ayaydın, "Muafiyetler," 14ff; Hasan Yıldız, "Osmanlı'da Medrese Talebelerinin Kur'a İmtihanlarından Muaf Tutulmalarının Sebep ve Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme" *Vakanüvis - Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi* 5, no. 2 (2020): 1074, 1079, 1080.

⁶⁴ Doğan, Şahin Ünver, Tatar, "İnsan Hakları Anlayışına Geçiş," 153; Faruk Aydın, *Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'tan Sonra Askerlik Kanunları* (Ankara: Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları, 1994) 7, 8; Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi*, 135.

⁶⁵ Ayaydın, "Muafiyetler," 33.

⁶⁶ Aydın, *Askerlik Kanunları*, 11; Ayaydın, "Muafiyetler," 35.

⁶⁷ Aydın, *Askerlik Kanunları*, 13; Yıldız "Kur'a İmtihanları," 1082.

⁶⁸ Ayaydın, "Muafiyetler," 101.

⁶⁹ Aydın, *Askerlik Kanunları*, 15; Ayaydın, "Muafiyetler," 102; Yıldız, "Kur'a İmtihanları," 1083.

⁷⁰ Ayaydın, "Muafiyetler," 100.

arasında sayılmışlardır.⁷¹ Ancak bu kanunda öğrenciler için tam muafiyet durumu söz konusu değildi. Sınavlarda başarılı olarak askerlik yaşını tecil ile geçiren öğrenciler redif sınıfına⁷² kaydedileceklerdi.⁷³ 1886 Askeralma kanununda da benzer şekilde, medrese öğrencilerinin altı yıl boyunca sınavlara çağrılacağı ve altı yıl boyunca sınavlarda başarı gösterenlerin zorunlu askerlik hizmetini yapmaksızın redif sınıfına ayrılacağı düzenlenmiştir.⁷⁴ Bununla birlikte aynı kanun uyarınca Mekteb-i Nüvvab'tan henüz askerlik yaşına gelmeden şehadetname almış olan öğrenciler askerlikten muaf sayılmışlardır.⁷⁵ Medreselerdeki öğrencilerin askerliklerinin tehiri için yapılacak olan sınavların 16 sene yapılmaması ile buradaki öğrencilere askerlikten muafiyet niteliğinde bir imtiyaz verilmiş oluyordu.⁷⁶ Bu durum askerlikten kaçmak isteyenlerin, uzun yıllar herhangi bir sınava girmeksizin öğrenci statüsünde görünerek, eğitim hakkını kötüye kullanmalarına neden olmuştu.⁷⁷ Balkan Savaşları sonrasındaki dönemde ise askerlikten istisna durumu kaldırıldı. Herkesin vatan savunmasında görevli olduğu belirtildi.⁷⁸ 1914 Tarihli Mükellefiyet-i Askeriye Kânun-ı Muvakkatı ile medrese öğrencileri de diğer okulların öğrencileri ile birlikte sayılarak, medresenin dördüncü senesini başarı ile tamamlamaları şartıyla kısa

⁷¹ Kur'a Kanunâme-i Hümâyunu, *Düstûr-ı Askerî* (İstanbul: Matbaa-ı Âmire, 1286), 23, 24 (21. Bent); Aydın, *Askeralma Kanunları*, 26.

⁷² Redif sınıfı, halkı uzun müddet zorunlu askerlik görevinde tutmadan kendi bölgelerinde eğitilerek iç güvenliği sağlamaya yarayan, ihtiyatî kuvvet, fiili muvazzaf ordunun yedeği olarak ifade edilen birimdir. Abdülkadir Özcan, "Redif" İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2007) c. 34, 524.

⁷³ Kur'a Kanunâme-i Hümâyunu, *Düstûr-ı Askerî*, 19, 39, 40 (12. Bent, 49. Bent); Ayaydın, "Muafiyetler," 102; Yıldız, "Kur'a İmtihanları," 1085.

⁷⁴ Asâkir-i Nizamiye-i Şahânenin Tertibat-ı Müteyemmene-i Cedideye Tevfikan Sûret-i Ahzını Mübeyyin Kanunnâme-i Hümâyun, m. 33, İç. *Düstûr, Birinci Tertib* (Ankara: Başvekalet Matbaası, 1937), c. 5, 664; Aydın, *Askeralma Kanunları*, 35.

⁷⁵ Asâkir-i Nizamiye-i Şahânenin Tertibat-ı Müteyemmene-i Cedideye Tevfikan Sûret-i Ahzını Mübeyyin Kanunnâme-i Hümâyun, m. 25, c. 5, 663; Yıldız, "Kur'a İmtihanları," 1088.

⁷⁶ Bu durumun nedenlerine ilişkin bkz. Yıldız, "Kur'a İmtihanları," 1076, 1093ff.

⁷⁷ Mustafa Ergün, "II. Meşrutîyet Döneminde Medreselerin Durumu ve Islâh Çalışmaları" *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi* 30, no. 1, 2 (1982): 59, 60.

⁷⁸ Aydın, *Askeralma Kanunları*, 50.

dönem askerlikle yükümlü hale getirilmişlerdir. Dördüncü seneyi başarı ile tamamlayamayıp, başarısız olmaları durumunda genel askerlikle yükümlü tutulmuşlardır.⁷⁹

III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Değerlendirme konusunu oluşturan karar Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye tarafından alınmıştır. Kararın niteliğini kavrayabilmek açısından öncelikle Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir. Bunun ardından karar zorunlu askerliğin gerekliliği ve eğitim hakkını sınırlandırması açısından incelenecektir. Bu inceleme esnasında bugün de temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında dikkate alınan⁸⁰ sınırlamanın kanunla yapılması, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunmaması, nedene bağlı olması ve ölçülü olması gibi kıstaslara dikkat edilecektir.

A. Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye

Tanzimat döneminde şer'iyeye mahkemelerinin yanında nizamiye mahkemeleri de kurulmuştur.⁸¹ Bu ayırımın ardından şer'î uyuşmazlıkların şer'iyeye mahkemelerinde görüleceği belirtilmiştir.⁸² Şer'iyeye mahkemelerinde

⁷⁹ Mükellefiyet-i Askeriye Kânun-ı Muvakkatı, m. 42/6 İç. *Düstür, Tertib-i Sâni* (İstanbul: Matbaa-ı Âmire, 1334) c. 6, 672; Yıldız, "Kur'a İmtihanları," 1091.

⁸⁰ Mer'î hukukta temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının hangi şartlarda mümkün olduğuna dair bkz. Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022) 136-148; Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022) 596-633; Namık Kemal Öztürk, *Anayasa Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021) 135-140; Gülşah Köprülü, "Uluslararası Hukuk Bağlamında Din ve Vicdan Hürriyetinin Korunması" *Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2019): 80, 83.

⁸¹ Avcı, *Hukuk Tarihi*, 262; Gedikli, "Kazâ," c. 25, 119; Akman, "Usûl Hukukundaki Gelişmeler," 431, 432, 434.

⁸² Kanun-i Esasi, m. 87, Akgündüz, *Osmanlı Hukuku Külliyyâtı*, c. 1, 444.

görülen uyuşmazlıkların temyiz⁸³ merci ise Şeyhülislamlık nezdinde 1861'de kurulan Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye olarak belirlenmiştir.⁸⁴ 1917 yılına kadar şer'iyeye mahkemelerinin kararlarının temyiz incelemesi Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye'de yapılmıştır. Bu tarihte şer'iyeye mahkemelerinin Adliye Nezaretî'ne bağlanması üzerine bu mahkemelerin temyiz merci Mahkeme-i Temyiz Şer'iyeye Dairesi olmuştur. Şer'iyeye mahkemelerinin 1920 yılında yeniden Şeyhülislâmlığa bağlanması ile Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye tekrar bu mahkemelerin temyiz merci haline gelmiştir.⁸⁵

Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye'de şer'iyeye mahkemelerinin görev alanı kapsamında bulunan uyuşmazlıklar, herhangi bir konu sınırlamasına gidilmeksizin incelenebilecektir. Bunun yanında bazı uyuşmazlık türleri zorunlu temyize tabi tutulmuştur. Küçükler, akıl hastaları, devlet hazinesi ve vakıfların aleyhine verilmiş hükümler ile kısas, nikah ve talaka ilişkin hükümler bu kapsamda değerlendirilmiştir.⁸⁶ Şer'iyeye mahkemelerinin denetimi ve bu mahkemelerin hakimleri hakkındaki suçlamaların incelenmesine yönelik yetki Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye'ye aittir.⁸⁷ Bu çalışmanın konusunu oluşturan kararda

⁸³ Şeri uyuşmazlıkların temyizinin tarihi gelişimi için bkz. Gedikli, "Kazâ," c. 25, 118; Saliha Okur, "Cerîde-i İlmîyye'deki Bozma Kararlarının Hukukî Tahlili," Yüksek Lisans Tezi (İstanbul, 2001) 9, 16; Ahmet Akman, "Selçuklularda Adli Yapı ve Emir-i Dad'ın Konumu" Selçuklu Medeniyeti Araştırmaları Dergisi 8, no. 8 (2023): 40, 44.

⁸⁴ Avcı, *Hukuk Tarihi*, 266, 240; Akman, *Yargılama Usûlü*, 62; Ekinci, "Osmanlı Hukukunda Kanun Yolları," 183; Akgündüz, "Olarak Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye," 167, 168; Aydın, Kurt ve Yurdakul, *Şeyhülislâmlık*, 64; Gürbüz, "Temyiz Mahkemesi," 54.

⁸⁵ Mehmet Âkif Aydın, "Mahkeme (Osmanlı Devleti'nde Mahkeme)" *İç. Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003) c. 27, 344; Akman, *Yargılama Usûlü*, 63; Esra Yakut, *Şeyhülislamlık: Yenileşme Döneminde Devlet ve Din* (İstanbul: Kitap Yayınevi, 2005) 62; Ekrem Buğra Ekinci, "Mecelle'de Kanun Yolları" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Argumentum* 58, no. 1, (2000): 1, 14, 15; Mustafa Şentop, "Şer'iyeye Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf XIX. ve XX. Yüzyıl," Yüksek Lisans Tezi (İstanbul, 1995) 63; Akgündüz, "Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye" 168, 169; İlhami Yurdakul, "Osmanlı Devleti'nde Şer'î Temyiz Kurumları," Yüksek Lisans Tezi (İstanbul, 1996) 49; Aydın, Kurt, Yurdakul, *Şeyhülislâmlık*, 65; Okur, "Bozma Kararları," 21; Ali Turan, *Türk Hukuk Tarihinde İlk Temyiz Mahkemesi Divân-ı Ahkâm-ı Adliye* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022) 91, 92.

⁸⁶ Şentop, "Şer'iyeye Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf," 81.

⁸⁷ Akgündüz, "Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye" 171, 172.

ise medrese öğrencilerinin zorunlu askerliğe tabi tutulması hükmünün hukuka uygunluğu incelenmiştir. Bu inceleme ile Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye'nin esasa ilişkin bir norm denetimi yapmış olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu karar, Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye'nin yalnızca temyiz mahkemesi olmadığını, aynı zamanda Şeyhülislâmlığa da bağlı olması nedeniyle bir Anayasa mahkemesine benzer bir işlevi yerine getirdiğini göstermektedir.

Şer'iyeye mahkemelerinin kararları bir usule bağlı olarak temyiz edilebilmektedir. Bu kararlar öncelikle Fetvâhâne'ye gönderilirler. Burada usul ve kanuna uygunlukları bakımından bir incelemeye tabi tutulan kararlar bu bakımdan onaylanmalarının ardından maddi hatalara yönelik inceleme yapılması için Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye'ye gönderilir. Fetvâhâne'nin bir kararı göndermesi için ilam zaptında bir hata bulunması ya da aleyhine karar verilmiş olan tarafın geçerli bir itirazının dikkate alınmamış olması gerekmektedir. Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye, incelemiş olduğu bu kararlardaki hatanın ikmal ile düzeleceği kanaatindeyse, eksikliklerin tamamlanması için dosyayı kararı veren mahkemeye gönderir. Ancak eksiklikler ikmal ile tamamlanmayacak seviyede ise istinafen görülmek üzere dosya gönderilir. Maddi hataların veya dikkate alınmayan itirazların kararın bozulmasını gerektireceğine kanaat getirilmesi durumunda ise ilgili karar bozulur.⁸⁸ Fetvâhâne'ye göre üst merci konumunda olan Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye, Meşihat dairesine bağlı olarak çalışıyordu. Bu konumu dolayısıyla verdiği kararları Meşihat'a sunuyor ve karar vermekte zorlandığı durumlarda Meşihat'a danışıyordu. Bu durum Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye kararlarında son sözün şeyhülislâma ait olduğunu göstermektedir.⁸⁹ Çalışma konusu olan karar açısından, şer'iyeye mahkemelerinin vermiş olduğu bir karara yönelik temyiz başvurusu söz konusu değildir. Bu kanuna ilişkin arka arkaya başvuruların yapılmış olması nedeniyle Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye, kanunun anlaşılması için açıklama yapılmasına ihtiyaç duymuş ve bu kanun

⁸⁸ Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017) c. 4, 3354; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1976) c. 8, 241; Akman, *Yargılama Usûlü*, 63; Şentop, "Şer'iyeye Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf," 58; Ekinci, "Mecelle'de Kanun Yolları," 9, 10.

⁸⁹ Yakut, *Şeyhülislâmlık*, 62.

maddesinin hukuka uygunluğuna yönelik inceleme yapılmıştır. Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye'nin almış olduğu bu karar müftülere gönderilmiştir. İlgili düzenlemeye yönelik müftülere gelecek herhangi bir başvuruda bu karar doğrultusunda açıklama yapılacaktır.

B. Zorunlu Askerlik Bakımından

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'a kadar gönüllü askerlik uygulaması esas alınmış, bu dönemde ise medrese öğrencileri sınavlarda başarılı olmaları halinde önceleri tamamen askerlikten muaf kabul edilirken zamanla redif sınıfına ayrılmışlardır. Bununla birlikte 1914'e gelindiğinde medrese öğrencilerinin muaf tutulması veya redif sınıfına ayrılması usulü tamamen kaldırılarak medreselerinin dördüncü senesini başarı ile tamamlamaları şartıyla kısa dönem askerlik yapmak zorunda oldukları düzenlenmiştir. Dolayısıyla medrese öğrencileri için de askerlik zorunlu bir yükümlülük haline gelmiştir. Osmanlı'da medrese öğrencilerine yönelik zorunlu askerlik yükümlülüğü getiren bu düzenlemenin hukuka uygunluğuna yönelik itirazlarda bulunulmuştur. Bu çalışmanın konusu olan kararda Mükellefiyet-i Askeriye Kânun-ı Cedidinin kırk ikinci maddesinin altıncı fıkrasının hukuka uygunluğunun incelendiği belirtilmiştir.⁹⁰ Çalışma konusu kararın tarihinin h. 1332 olması burada söz konusu edilen düzenlemenin Mükellefiyet-i Askeriye Kânun-ı Muvakkatı olduğunu göstermektedir. Öncelikli olarak Kânun-ı Muvakkat da düzenlenmiş olmasına rağmen daha sonradan kanunla da bu sınırlamanın düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla temel hak ve hürriyetlere yönelik böyle bir sınırlandırmanın kanunla yapıldığını belirtmek gerekir.

Kararda, bir milletin varlığını devam ettirebilmesi için düşmanlara karşı korunma ve müdafaa sebeplerinin yerine getirilmesi gerektiği, herhangi bir sebep olmaksızın bunlar yerine getirilmediği takdirde bir milletin devamının kabul edilemeyeceği açık bir hakikat olarak görülmüştür. Ardından, *"Onlara karşı gücünüz yettiği kadar kuvvet ve savaş atları hazırlayın. Onlarla Allah'ın düşmanını, sizin düşmanınızı ve bunlardan başka sizin bilmediğiniz fakat Allah'ın bildiği diğer düşmanları*

korkutursunuz. Allah yolunda her ne harcarsanız karşılığı size tam olarak ödenir. Size zulmedilmez."⁹¹ ayeti ifade edilerek düşmana karşı hazırlığın gerekliliği vurgulanmıştır. Rasulullah'ın (s.a.v.) hayatında, bu ayete uygun olarak düşmana karşı hazırlık yapmış, savaş aletlerini hazırlamış olduğunun siyer kitaplarında belirtilmiş ve bu durumun ümmetin hafızasında yer etmiş olduğuna işaret edilmiştir. Rasulullah'ın (s.a.v.) çeşitli oyun ve eğlenceleri kesin bir şekilde yasaklamış olmasına rağmen, antrenman yapmayı sağlamasından ötürü müsabakalar düzenlenmesini, at yarıştırmayı mübah kıldığı ifade edilmiştir. İ'lâ-yı Kelimetullah ve İslâm sınırlarının düşmanlardan korunması için cihadın İslâm'ın şartlarından biri olduğu belirtilmiştir. Bu uğurda asırlarca müslümanların güçlü bir şekilde hakimiyeti ellerinde bulundurduğu ancak son zamanlarda İslâm aleminde gerilemelerin olduğu, uyuşukluğun ve müdafaa için gerekli sebeplerin işlenmesine önem verilmediğinin görüldüğü belirtilmiştir. Balkan Savaşlarının üzücü bir netice ile sonuçlanması sonrasında düşmanın kısa bir süre de olsa başkentin kapılarına dayanmış olmasına, dinin ve milletin varlığının tehdit altında bulunmasına dikkat çekilmiştir. Bu kanlı savaşla birçok İslâm toprağının düşman işgali altında kaldığı can, mal ve her türlü kutsalın düşman saldırısına maruz kaldığı belirtilmiştir. Böyle bir hadisenin tekrar etmemesi için gerekli tüm hazırlıkların yapılması müslümanların tamamı için önemli bir görev olarak görülmüştür. Bu görev konusunda gevşeklik gösterilmesinin müslümanların sorumluluğunu doğuracağı belirtilmiştir. Savaşlarda eğitim görmemiş kişilerin bir yarar sağlamadığı, bunların silahları kullanamadığı ifade edilmiştir. *"Gerek yaya olarak, gerek binek üzerinde Allah yolunda sefere çıkın. Mallarınızla, canlarınızla Allah yolunda cihad edin. Eğer bilerseniz bu sizin için daha hayırlıdır."*⁹² ayetine vurgu yapılarak müslümanların her ihtimale karşı yekvücut olarak hazır olması gerektiği belirtilmiştir. Karardaki tüm bu belirlemeler cihadın müslümanlar üzerine farz-ı ayn olmasını gerektiren şartlara benzer durumların varlığına işaret etmektedir.⁹³ Buna göre gerek naslarla işaret edilen ödevlerin yerine getirilmesi, gerekse can, mal ve diğer kutsalların korunması gibi maslahatlar nedeniyle zorunlu askerlik

⁹¹ Enfal, 8/60.

⁹² Tevbe, 9/41.

⁹³ Aynî, *el-Binâye*, c. 7, 97; Yaman, "Savaş," 192; Buğda, "Cihad," 209.

müessesesinin gerektiği ve bu durumun hukuka uygun olduğu ifade edilmek istenmiştir. Nitekim can, mal, nesil ve din makâsîdü'ş-şerîa (zarûriyyât-ı hamse)⁹⁴ olarak bilinen en önemli beş maslahatın dördünü oluşturmaktadır. En üst seviyedeki bu maslahatların düşman saldırısı nedeniyle tehlikede olmasından dolayı tedbirlerin almasının gerekmiştir.⁹⁵ Bu husustaki belirlemeler, zorunlu askerlik düzenlemesinin nedene bağlı olduğunu, gereksiz yere vaz edilmemiş olduğunu göstermektedir.

C. Eğitim Hakkını Sınırlandırması Bakımından

Çalışma konusunu oluşturan kararda, zorunlu askerliğin önemi ve gerekliliği ifade edildikten sonra medrese öğrencilerinin de bu kapsamda askerlik yapmalarının gerekliliği açıklanmıştır. Buna göre belirtilen naslar ve içinde bulunulan durum gereğince müslümanların tamamının askerlik görevini yüklenmeleri gerekmektedir. Medrese öğrencileri de bu görevden muaf tutulmayarak askerlikle ilgili eksikliklerini bir senelik kısa dönem askerlik eğitimi alarak gidermeleri ve bu süreçte hiç eğitim almamış askerlerin manevi yönlerinin kuvvetlendirilmesi için yararlı olmalarının gerektiği belirtilmiştir. Bu bir senenin sona ermesi ile birlikte, medrese öğrencilerinin eğitimlerine devam edebilecekleri ifade edilmiştir. Bu sürenin kısa tutulmuş olması, sınırlamanın ölçülü bir şekilde yapıldığını göstermektedir. Dolayısıyla burada aslında medrese öğrencilerinin eğitimlerine engel teşkil edecek nitelikte bir askerlik ödevi yüklenmediği, onların kutsal bir görevi yerine getirmeye davet edildikleri belirtilmiştir. Bu durum, eğitim hakkına getirilen sınırlandırmanın, hakkın özüne bir zarar vermediğini göstermektedir. Kararda bu hususa dikkat edildiği görülmektedir. Medrese öğrencileri yerine getirecekleri zorunlu askerlik hizmeti ile, hem tehdit altında bulunan hayat hakkının, mülkiyet hakkının, din ve vicdan hürriyetinin korunması hususunda hem de hiç eğitim alamamış olan kimselere eğitim vererek onların eğitim hakkından faydalanmaları hususunda görev icra etmiş olacaktır.

⁹⁴ Boynukalın, "Makâsîdü'ş-Şerîa," c. 27, 425.

⁹⁵ Karâfi, *El-Furûk*, c. 3, 113, 114; Karadâvi, *İslâm Hukukuna Giriş*, 84.

İslâm hukukunda özellikle temel eğitim açısından müslümanların yükümlü oldukları, bu eğitimin cihaddan daha üstün olduğu belirtilmiştir.⁹⁶ Medrese öğrencilerinin eğitimi ise temel eğitim kapsamında değerlendirilmemektedir. Dolayısıyla burada medrese öğrencileri zorunlu askerlik nedeniyle, temel eğitim kapsamında bir sınırlandırmaya tabi olmamışlardır. İlgili kararda, medrese öğrencilerinin almış oldukları eğitim nedeniyle askerinin manevi yönden kuvvetini diri tutacağından bahsedilmiştir. Dolayısıyla kararda, zorunlu askerliğin gerekliliği bakımından vurgulanan şartlar nedeniyle medrese öğrencilerinin de askeri eğitim alması gerektiği ifade edilmiş olmakla birlikte, bu öğrencilerin diğer askerlerin manevi açıdan kuvvetlerini artıracak olmalarının da fayda sağlayacağı ve bu nedenlerle kısa dönem olarak da olsa askerlik görevini yerine getirmelerinin gerekliliği belirtilmiştir. Bunun yanında medrese öğrencileri, daha önce bu eğitimi alamamış olan askerlik yükümlülerine bu eğitimi vererek, onların bu eğitim hakkını almalarını da sağlamış olacaklardır. İlgili kararda eğitim hakkına, Osmanlı Devleti'nin en zor durumlarda dahi büyük saygı duyduğu ve sınırlamaya giderken bunu hakkın özüne dokunmama, gereklilik ve ölçülülük ilkelerine azami derecede riayet ederek yerine getirdiği görülmektedir. Nitekim, medrese öğrencilerine doğrudan uzun dönem askerlik yapma yükümlülüğü getirilmeyerek ölçülü bir sınırlandırmaya gidilirken; hayat hakkı, din ve vicdan hürriyeti gibi hakların tehdit altında bulunmasından dolayı gerekli bir sınırlandırmada bulunulmuştur. Nihai olarak, kararda eğitim hakkına yönelik genel kaideler yerine zaruret ve maslahat prensipleri doğrultusunda hareket edilerek bir nedene bağlı şekilde, gerekli ve ölçülü bir sınırlandırmada bulunmanın hukuka uygun kabul edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca bu sınırlandırmanın kanun ve kanun hükmünde olan bir düzenleme ile yerine getirilmiş olması ile keyfilikten kaçınılmış, temel hak ve hürriyetlerin korunmasına dikkat edilmiş olduğu görülmektedir.

SONUÇ

Şerefli ve üstün bir varlık olarak yaratılan insan, sırf insan olmasından kaynaklı olarak birtakım haklara sahiptir. Kişinin sırf insan olmasından kaynaklı

⁹⁶

Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, c. 3, 154.

olan bu haklar, genel olarak insan hakları olarak ifade edilmektedir. Bu haklardan bir tanesi de eğitim hakkıdır. İslâm hukuku kapsamında haklar ve ödevler karşılıklıdır. İslâm hukukunda, insanın toplumu oluşturan diğer insanlara karşı üstlenmiş olduğu ödevler, sahip olduğu haklara göre öncelik arz eder. Dolayısıyla eğitim hakkı da sınırsız bir hak olarak kabul edilmemektedir. Sınırlamanın gerekmesi durumunda ölçülü biçimde bu hakkın sınırlanması mümkün olacaktır.

Eğitim hakkı İslâm'dan önce de söz konusu olmakla birlikte ilk kez İslâm ile büyük bir önem kazanmıştır. Müslümanlar doğrudan Kur'ân ve Sünnet ile ilim tahsil etmeye yönlendirilmişlerdir. İslâm hukuku, eğitim hakkını tek bir kullanım ile tükenecek nitelikte değil devamlı nitelikte bir hak olarak tanımıştır. Eğitim, müslümanlar için yalnızca bir hak değil aynı zamanda bir ödev olarak görülmüştür. İnanç ve ibadet esaslarıyla, iştiğal etmiş oldukları alanlarla ilgili bilgileri öğrenmeleri müslümanlar açısından bir yükümlülüktür. Toplumun ihtiyaç duymuş olduğu bir alanda uzmanlaşmanın gerekmesi durumunda, bu alanda öğrenim görülmesi müslümanlara bir ödev olarak yüklenmiştir. Farz-ı kifâye olarak görülen bu ödevin bir kısım müslümanlar tarafından yerine getirilmesi diğer müslümanları bu sorumluluktan kurtaracaktır. Devletin bu hakkı tanınması ve bu hakkın kullanılması için gerekli imkânları sağlaması gerektiği kabul edilmiştir. Osmanlı Devleti'nde eğitim hakkı, tüm vatandaşlar için tanınmıştır. Bu hak Kânûn-ı Esâsi'de ayrıca bir madde ile düzenlenmiş ve eğitimin ilk derecesinin tüm Osmanlı vatandaşları açısından zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Kur'ân-ı Kerim'de birçok ayette cihadın ve şehitliğin önemi vurgulanmıştır. Müslümanlar kamu hizmetlerine katılma hakkını haiz olmakla birlikte bununla yükümlüdürler. Kamu hizmetlerinin en önemlisi ise canı, dini, ırzı ve malı savunmak üzere yapılacak olan askerlik hizmeti olacaktır. Bu hizmeti yerine getirmek normal şartlar altında farz-ı kifâye olarak görülmüş ve yeterli sayıda müslümanın bu görevi yerine getirmesi ile kalanların üzerine bir sorumluluk doğmayacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte İslâm ülkesinin düşman istilası tehlikesi ile karşı karşıya kalması ve mevcut ordunun yetersiz kalması durumunda oluşacak seferberlik hali gibi durumlarda askerlik görevini icra etmek farz-ı ayn kapsamında değerlendirilmiş ve bütün müslümanlar açısından bir yükümlülük olarak görülmüştür.

Osmanlı Devleti'nde askerlik, Tanzimat dönemine kadar gönüllü olarak icra edilmiştir. Ancak Tanzimat döneminde ortaya çıkan farklı nedenlerden ötürü

asker ihtiyacı artmıştır. Bu durum zorunlu askerlik müessesesinin uygulanmasına neden olmuştur. Zorunlu askerlik düzenlemesi getirilmiş olsa da eğitim hakkına önem verilmiştir. Bu kapsamda medrese öğrencilerine her yıl sınava girerek askerliklerini tehir etmeleri ve askerlik yaşının geçmeleri ile askerlikten muaf tutulma hakkı tanınmıştır. Daha sonra bu muafiyete yönelik hak redif sınıfına ayrılmaya çevrilmiştir. Balkan Savaşlarının ardından ise kısa dönem askerlik, medrese öğrencilerine zorunlu bir yükümlülük olarak getirilmiştir.

Şer'iyeye mahkemelerinin temyiz merci olarak, Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye kurulmuştur. Şer'iyeye mahkemelerinde verilmiş olan kararlar Fetvâhâne'nin denetiminden geçtikten sonra Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye'de temyiz incelemesine tabi tutulmaktadır. Kendisine yapılan başvurular neticesinde bir kanun hükmünün anlaşılmadığını gören Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye'nin bu hükmün esasına ilişkin açıklamalarda bulunduğu görülmektedir. Bu açıklamalar, ilgili düzenlemenin hukuka uygunluğuna yöneliktir. Bu inceleme ile Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye'nin esasa ilişkin bir norm denetimi yapmış olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu karar, Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye'nin yalnızca temyiz mahkemesi olmadığını aynı zamanda Şeyhülislâmlığa da bağlı olması nedeniyle, Anayasa mahkemesine benzer bir işlevi yerine getirdiğini göstermektedir.

Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyeye'nin almış olduğu kararda doğrudan ayetlerde işaret edilen ödevlerin yerine getirilmesine vurgu yapılarak, müslümanların her ihtimale karşı yekvücut olarak hazır olması gerektiği belirtilmiştir. Ardından Balkan Savaşlarında alınan mağlubiyetin sonrasında can, mal ve diğer kutsalların tehlikede olduğu, bunların korunması gerektiği belirtilmiştir. Burada belirtilen can, mal, nesil ve din makâsıdü's-şerîa (zarûriyyât-ı hamse) olarak bilinen en önemli beş maslahatın dördünü oluşturmaktadır. Bu maslahatların tehlikede olması cihadın farz-ı ayn olarak kabul edilmesini gerektiren duruma benzer bir durumun mevcut olduğunu göstermektedir. Böyle bir durumda en üst seviyedeki bu maslahatların korunması müslümanlar açısından zorunlu bir yükümlülüktür. Dolayısıyla bu maslahatlar nedeniyle zorunlu askerlik müessesesinin gerektiği ve bu durumun hukuka uygun olduğu ifade edilmek istenmiş ve bu düzenlemenin nedene bağlı olarak gerçekleştirilmiş olduğu vurgulanmıştır.

Medrese öğrencilerine getirilen zorunlu askerlik yükümlülüğü bir yıllık kısa dönem şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre tüm müslümanların askerlik

yapmasının gerekli olduğu bir dönemde, medrese öğrencilerinin en azından silah kullanıp, askeri kuralları öğrenebilmeleri ve diğer askerlerin manevi kuvvetlerinin artırılması bakımından fayda sağlamaları açısından, daha sonra eğitimlerine devam etmelerine fırsat tanıyacak şekilde kısa bir süre askerlik yapmaları gerekecektir. Medrese öğrencilerinin kısa dönem askerlik yapması, sınırlandırılması noktasında gereklilik olan eğitim hakkının, özüne dokunulmadığını ve aynı zamanda ölçülülük ilkesine de uyularak sınırlandırıldığını göstermektedir. Bu karardan açık bir şekilde görüldüğü üzere Balkan Savaşları gibi acı bir mağlubiyetin alınmasının akabinde, Birinci Dünya Savaşının hemen öncesindeki bir tarihte dahi, Osmanlı Devleti'nde eğitim hakkına azami derecede önem verilmiştir. Bu hakkın sınırlandırılmasında, sınırlandırılmanın kanunla yapılması, gerekli olması, nedene bağlı olması, hakkın özüne dokunmaması ve ölçülü olması prensiplerine dikkat edildiği görülmektedir. Ancak bu şekilde eğitim hakkının sınırlandırılması hukuka uygun kabul edilmiştir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını bildirmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: he author has declared that this research has not received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has stated that ethical committee approval is not required in this research.

KAYNAKÇA

- Akgündüz, Ahmed. *İslâm'da İnsan Hakları Beyânnamesi*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2017.
- Akgündüz, Ahmed. *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2011.
- Akgündüz, Murat. "Osmanlı Devleti'nde Şeyhülislamlığa Bağlı Bir Birim Olarak Meclis-i Tedkîkât-ı Şer'iyye." *Ekev Akademi Dergisi* 21, no. 1 (2004): 167-172.
- Akman, Ahmet. "Selçuklularda Adli Yapı ve Emir-i Dad'ın Konumu." *Selçuklu Medeniyeti Araştırmaları Dergisi* 8, no. 8 (2023): 40-57.
- Akman, Ahmet. "Tanzimat Sonrası Osmanlı Usûl Hukukundaki Gelişmeler." *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi* 8, no. 1 (2019): 431-450.
- Akman, Ahmet. *Tanzimat Sonrası Osmanlı Adliye Teşkilatı ve Yargılama Usûlü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Ali Haydar Efendi, Hocaeminefendizâde. *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017.
- Armağan, Servet. *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1992.
- Arslantürk, Mustafa. *Peygamber Buyruğu Işığında İnsan Hakları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Asâkir-i Nizamiye-i Şahânenin Tertibat-ı Müteyemmene-i Cedideye Tevfikan Sûret-i Ahzını Mübeyyin Kanunnâme-i Hümayun. *Düstûr, Birinci Tertib*. Ankara: Başvekalet Matbaası, 1937.
- Ataman, Hakan. *Eğitim Hakkı ve İnsan Hakları Eğitimi*. İzmir: İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2008.
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Ayaydın, Rıdvan. "Osmanlı Devleti'nde Askeri Yükümlülükler ve Muafiyetler (1826-1914)." Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2011.
- Aydın, Bilgin, İsmail Kurt ve İlhami Yurdakul. *Şeyhülislâmlık (Bâb-ı Meşihat) Arşivi Defter Kataloğu*. İstanbul: İSAM Yayınları 2006.

- Aydın, Mehmet Âkif. "Mahkeme (Osmanlı Devleti'nde Mahkeme)." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 27/341-344. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Aydın, Faruk. *Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'tan Sonra Askeralma Kanunları*. Ankara: Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları, 1994.
- el-Aynî, Ebû Muhammed (Ebû's-Senâ) Bedrüddîn Mahmûd b. Ahmed b. Mûsâ b. Ahmed. *el-Binâye fî Şerhi'l-Hidâye*. Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2000.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahatı Fıkıyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1976.
- Boynukalın, Ertuğrul. "Makâsîdü's-Şerîa." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 27/423-427. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Buğda, Alimcan. "İslam Hukukunda Farz-ı Kifâye Kavramının Sosyal Hayattaki İşlevi." *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 41 (2023): 1-30.
- Buğda, Alimcan, "İslam Hukuk Literatüründe Savaş Kavramları ve Cihad." *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 37 (2021): 195-213.
- el-Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail. *el-Câmi'u's-sahîh*. Beyrut: Dâru Tavki'n-Necât, 1422/2001.
- Caferi, Allame Muhammed Taki. *Evrensel İnsan Hakları İslam ve Batı Düzenlerinin Mukayesesi*. İstanbul: Kevser Yayınları, 2016.
- Canan, İbrahim. "İslâm'da Çocuk Hakları." *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (1995): 7-22.
- el-Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî. *Ahkâmü'l-Kur'ân*. Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1994.
- Çalış, Halit. "İslam ve İnsan Hakları: Ödev Öncelikli Toplum Modeli." İç. *İnsan Hakları ve Din*, Çanakkale: Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Yayınları, 2010.
- ed-Dârimî, Ebû Muhammed 'Abdullah b. 'Abdurrahmân. *Musnedü'l-İmâm ed-Dârimî*. yy., 2015.
- Diyanet İşleri Başkanlığı Meali. Erişim Tarihi, Ekim 30, 2023. <https://kuran.diyaret.gov.tr/mushaf>.
- Doğan, İlyas, Fatma Süzgül Şahin Ünver ve Dilara Buket Tatar. "Osmanlı Devleti Klasik Döneminden Pozitif Metinlerde İnsan Hakları Anlayışına Geçiş." İç.

- İnsan Hakları Hukuku*. ed. İlyas Doğan, 137-160. Ankara: Astana Yayınları, 2022.
- Ekinci, Ekrem Buğra. "Mecelle'de Kanun Yolları." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Argumentum* 58, no. 1 (2000): 1-16.
- Ekinci, Ekrem Buğra. "Osmanlı Hukukunda Kanun Yolları." Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1996.
- Erdoğan, Mustafa. *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*. Ankara: Hukuk Yayınları, 2018.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Ergün, Mustafa. "II. Meşrutiyet Döneminde Medreselerin Durumu ve Islâh Çalışmaları." *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi* 30, no. 1-2 (1982): 59-89.
- el-Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Ahmed. *el-Müstasfâ*. Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1993.
- Geçit, Mehmet Seyit. "Kur'ân'da Şehitlik." *Iğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 9, no. 1 (2017): 121-144.
- Gedikli, Fethi. "Kazâ (Osmanlı Devleti'nde Kazâ)." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 25/117-119. Ankara: TDV Yayınları, 2002.
- Gözler, Kemal. *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*. Bursa: Ekin Yayınları, 2022.
- Gürbüz, Mustafa. "İslam Hukuk Tarihinde Kanun Yolu Olarak Temyiz Mahkemesi ve Osmanlı Devletindeki İşleyişi." Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, 2006.
- İbn Mâce Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî. *Sünen-i İbn Mâce*. yy.: Dâru İhyai'l-Kütübî'l-Arabiyye, 1431.
- Karadâvi, Yusuf. *İslâm Hukukuna Giriş*. İstanbul: Nida Yayınları, 2019.
- Karâfi Ebû 'Abbâs Şehâbeddîn Ahmed b. İdrîs. *El-Furûk Envâir'ul-Burûk fî Envâi'l-Furûk*. Beyrut: 'Âlemü'l-Kütüb, ty.
- Kaya, Emir. "Eğitim Hak ve Özgürlüğünün Temeli Olarak Tercih Hakkı." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 21, no. 1 (2015): 123-167.
- Kılınç, Ahmet. "The Influence of The Ottoman State on Islamic Law." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı*, no: 2022/2, (2022): 547-580.

- Köprülü, Gülşah. "Uluslararası Hukuk Bağlamında Din ve Vicdan Hürriyetinin Korunması." *Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2019): 80-91.
- Kur'a Kanunâme-i Hümayunu. *Düstûr-ı Askerî*. İstanbul: Matbaa-ı Âmire, 1286.
- Meşihat-ı Celile-i İslamiyye. *Ceride-i İlmiyye* 1, no. 3 (Ramazan 1332).
- Mumcu Ahmet ve Elif Küzeci. *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2019.
- Mükellefiyet-i Askeriye Kânun-ı Muvakkatı. *Düstûr, Tertib-i Sâni*. İstanbul: Matbaa-ı Âmire, 1334.
- Müslim Ebü'l-Hüseyin el-Kuşeyri en-Nisaburi. *Sahîh-i Müslim*. yy.: Dâru İhyai'l-Kütübi'l-Arabiyye, 1955.
- Okçu, Davut. "Eğitim Hakkı ve Tarihsel Gelişimi." *Van Yüzyüncü Yıl Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2007): 45-59.
- Okçu, Davut. "İslam Hukukunda Eğitim ve Öğretim Hakkı." Doktora Tezi. Şanlıurfa: Harran Üniversitesi, 2003.
- Okur, Saliha. "Ceride-i İlmiyye'deki Bozma Kararlarının Hukukî Tahlili." Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2001.
- Özcan, Abdülkadir. "Redif" İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 34/524-526. İstanbul: TDV Yayınları, 2007.
- Öztürk, Namık Kemal. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Şentop, Mustafa. "Şer'iyeye Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf XIX. ve XX. Yüzyıl." Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, 1995.
- Şentürk, Recep. *İnsan Hakları ve İslâm: Sosyolojik ve Fıkhî Yaklaşımlar*. İstanbul: Etkileşim Yayınları, 2007.
- Turan, Ali. *Türk Hukuk Tarihinde İlk Temyiz Mahkemesi Divân-ı Ahkâm-ı Adliye*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Umara, Muhammed. *İslam ve İnsan Hakları*. İstanbul: Denge Yayınları, 1992.
- Ülker, İbrahim. "İslam Hukukunda İnsan Hakları Yaklaşımı." İç. *Hukukçuların Kaleminden İslam Hukukunda İnsan Hakları*. ed. İbrahim Ülker, 11-35. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Ülker, İbrahim. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasa Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü*. Konya: Aybil Yayınları, 2017.

- Yakut, Esra. Şeyhülislamlık: Yenileşme Döneminde Devlet ve Din. İstanbul: Kitap Yayınevi, 2005.
- Yaman, Ahmet. "Savaş" İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* 36/189-194. İstanbul: TDV Yayınları, 2009.
- Yayla, Mustafa. *İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik*. Konya: Çizgi Kitabevi, 2011.
- Yıldız, Hasan. "Osmanlı'da Medrese Talebelerinin Kur'a İmtihanlarından Muaf Tutulmalarının Sebep ve Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme." *Vakarıüvis - Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi* 5, no. 2 (2020): 1074-1125.
- Yurdakul, İlhami. "Osmanlı Devleti'nde Şer'î Temyîz Kurumları." Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, 1996.
- Yüce Akkaya, Sercana. "İslam Hukukuna Göre Uluslararası İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları." Yüksek Lisans Tezi. Sakarya: Sakarya Üniversitesi, 2019.
- Zorlu, Süleyman Emre. "Günümüz ve İslam Hukukunda Çocuk Hakları Karşılaştırmalı Bir İnceleme." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. 2 (2013): 125-160.

AVRUPA KRİTİK HAMMADDELER TÜZÜĞÜ VE TÜRKİYE İÇİN ÖNEMİ

European Critical Raw Materials Regulation and its Significance for Turkey

Cemâl DURSUN*

Öz


Bu makalede AB Komisyonu tarafından teklif edilen Avrupa Kritik Hammaddeler Tüzüğü'ne ilişkin bilgiler verilmektedir. Tüzük ilkin 12 Aralık 2023 tarihinde AB Parlamentosu'nda, ardından 18 Mart 2024 tarihinde ise Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmiştir. Makalede Tüzüğün kritik hammaddeler konusunu tek başına ele alan bir düzenleme olmadığı, AB'nin iklim değişikliği hedefleri ile kurumsal güvenlik yaklaşımının bir parçası olarak İç Pazar'daki imalat sektörlerinden hareketle tedarik zincirinin bütünlüğünün ve bu sayede tüketicilerin korunması üzerine kurgulandığı ifade edilmektedir. En büyük ihracat ortağı AB ülkeleri olan ve AB ile Gümrük Anlaşması imzalamış bulunan Türkiye'nin düşük karbon içerikli ürünlere yönelik sınırda karbon düzenleme mekanizmasına hızla adapte olmasının ve eş zamanlı olarak kritik hammaddelere ilişkin kendi bütüncül yaklaşımını geliştirmesi zorunluluğu üzerinde

* Dr. Öğretim Üyesi. Çankırı Karatekin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD. e-posta: cemaldursun@karatekin.edu.tr . ORCID: 0000-0002-3674-9684.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 15.10.2023.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 27.03.2024.

Atf/Citation: Dursun, Cemâl. "Avrupa Kritik Hammaddeler Tüzüğü ve Türkiye İçin Önemi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024): 32-125.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

durulmaktadır. Bu amaçla Türkiye’de mevzuata ve kurumsal yapıya değinilmiş ve bir dizi öneriler sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Hammaddeler, Kritik, Stratejik, Tüzük, Madencilik.

Abstract

This article provides an overview on the European Critical Raw Materials Regulation proposed by the EU Commission. On 12 December 2023 it was accepted first in the European Parliament, and next by the European Council on 18 March 2024. In this article, it is argued that the Regulation is not just a stand-alone legislative piece that aims to address the issue of critical raw materials, is rather designed to protect the integrity of the supply chains and for the protection of consumers, bearing in mind the manufacturing sectors in the Internal Market, instigated by the EU's climate change targets and institutional security approach. It is dwelled on that Turkey, which is the largest export partner of the EU countries and is a party to Customs Agreement with the EU, must quickly adapt to the border carbon regulation mechanism for low-carbon products and simultaneously develop its own holistic approach regarding critical raw materials. For this purpose, the legislation and institutional composition in Turkey are mentioned and a number of suggestions are put forward.

Key Words: Raw Materials, Critical, Strategic, Regulation, Mining.

GİRİŞ

Avrupa Birliği (kısaca “**AB**”) Komisyonu (kısaca “**Komisyon**”; “**AB Komisyonu**”), 16 Mart 2023 tarihinde Kritik Hammaddeler Tüzüğü Teklifi’ni¹

¹ “Proposal for a Regulation establishing a framework for ensuring a secure and sustainable supply of critical raw materials,” EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 4, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023PC0160>. Teklif, aynı zamanda aşağıdaki Tüzükleri de tadil etmektedir: (EU) 168/2013 (*on the European Parliament and of the Council*

(kısaca “**Tüzük**”) ve ona eşlik eden Tebliğ² (kısaca “**Tebliğ**”) açıklamıştır.³ Tüzük, otuz dört tabii kaynağı (metaller ve mineraller) “kritik” olarak adlandırmak suretiyle AB’yi bu hammaddelere olan talebin yaratacağı uluslararası rekabetin olumsuz etkilerinden korumayı amaçlamaktadır. Böylece AB’nin pillerde, güneş panellerinde, rüzgâr türbinlerinde ve dijital teknolojide kritik hammaddelerle ilgili özerkliğinin güçlendirilmesi hedeflenmektedir. Tüzük, AB mevzuat yapım sürecinin bir gereği olarak⁴ AB Parlamentosu ve AB Konseyi arasında yürütülen görüşmeler neticesinde varılan mutabakata istinaden 12 Aralık 2023 tarihinde AB

of 15 January 2013 on the approval and market surveillance of two- or three-wheel vehicles and quadricycles); (EU) 2018/858 (on the approval and market surveillance of motor vehicles and their trailers, and of systems, components and separate technical units intended for such vehicles, amending Regulations (EC) No 715/2007 and (EC) No 595/2009 and repealing Directive 2007/46/EC); (EU) 2018/1724 (establishing a single digital gateway to provide access to information, to procedures and to assistance and problem-solving services and amending Regulation (EU) No 1024/2012); (EU) 2019/1020 (on market surveillance and compliance of products and amending Directive 2004/42/EC and Regulations (EC) No 765/2008 and (EU) No 305/2011).

² “Communication from the European Commission; A secure and sustainable supply of critical raw materials in support of the twin transition,” EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2023%3A165%3AFIN>.

³ İşbu makalede, hammadde kelimesinin Türk Dil Derneği Sözlüğü’ndeki yazılışı tercih edilmiştir. Kelimenin anlamı ve yazılışı aşağıdaki gibidir:

“Hammadde: Bir ürün ya da mal oluşturmak için gerekli maddelerin işlenmeden önceki doğal durumu: Naylonun hammaddesi petroldür.” “Türkçe Sözlük Ara-Bul,” Dil Derneği, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <http://www.dildernegei.org.tr/TR,274/turkce-sozluk-ara-bul.html>.

⁴ AB’de mevzuat yapım sürecinin ana hatları şu şekildedir: Mevzuat yapım süreci Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan bir teklif (*proposal*) ile başlar. Bu teklif AB Parlamentosu’na ve AB Konseyi’ne sunulur. Parlamento ve Konsey, bir mevzuat teklifini ilk görüşmede (*first reading*) ya da ikinci görüşmede (*second reading*) kabul eder. İkinci okumanın tamamlanması ardından Parlamento ve Konsey mevzuat üzerinde bir mutabakata varamaz iseler, her iki kurumun temsilcilerinden oluşan bir uzlaşma komitesi kurulur. Uzlaşma komitesinin mutabakata vardığı metin, Parlamento’da ve Konsey’de yapılacak üçüncü okumalardan sonra kabul edilirse bu mevzuat teklifi kabul edilmiş olur. Görüşülen mevzuat teklifinin bu sürecin herhangi bir aşamasında Parlamento ve/veya Konsey tarafından reddedilmesi yahut da Parlamento ile Konsey’in uzlaşma komitesinde Komisyon’un teklifi üzerinde herhangi bir uzlaşmaya varamaması durumunda teklif kabul edilmemiş sayılarak süreç sona erdirilir.

Parlamentosunda yapılan oylamada ezici çoğunluk tarafından kabul edilmiştir.⁵ Tüzük, 18 Mart 2024 tarihli AB Konseyi'nde görüşülerek kabul edilmiştir. Tüzük, Avrupa Parlamentosu Başkanı ile AB Konseyi Başkanı tarafından imzalandıktan sonra AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanmak suretiyle AB mevzuatının (*acquis communautaire*) bir parçası haline gelecektir.⁶

⁵ AB Parlamentosu adına hareket etmek üzere atanan Raportörler tarafından hazırlanan *legislative train*'e göre AB Komisyonu'nun 12 Haziran 2023'te müzakere pozisyonunu belirlediği, AB Parlamentosu'nda ise Tüzük'ün Sanayi, Araştırma ve Enerji Komisyonu'na (*Industry, Research and Energy*; kısaca *ITRE*) havale edildiği, Çevre, Kamu Sağlığı ve Gıda Güvenliği Komitesi'nin (*Environment, Public Health and Food Safety*; kısaca *ENVI*) AB Parlamentosu Usul Kuralları 57 çerçevesinde ilişkili komite (*associated committee*) olarak belirlendiği, Uluslararası Ticaret (*International Trade*; kısaca *INTA*); Kalkınma (*Development*; kısaca *DEVE*) ve Ekonomik ve Parasal İşler (*Economic and Monetary Affairs*; kısaca *ECON*) Komitelerinin AB Parlamentosu Usul Kuralları 56 çerçevesinde görüş verecek komiteler olarak belirlendiği, Raportörün (Nicola Beer, Renew, Almanya) 11 Nisan 2023'te *ITRE*'ye atandığı, 15 Mayıs 2023'te taslak raporunu sunduğu, Raportörünkiler de dahil *ITRE*'de toplam 1172 değişiklik önerisinin ele alındığı, *ITRE* Komite oylamasının 7 Eylül 2023'te yapıldığı, hemen ardından Parlamento'nun 14 Eylül 2023'te müzakere pozisyonunu kabul ettiği, Komisyon, Parlamento ve Konsey arasında yürütülen *trilogların* 20 Eylül, 24 Ekim ve 13 Kasım 2023 tarihlerinde gerçekleştiği, Konsey ile Parlamento'nun bir mutabakata vardığı, ve en nihayet 12 Aralık 2023'te AB Parlamentosunda 549 lehe, 43 aleyhe ve 24 çekimser oy ile Tüzük'ün kabul edildiği anlaşılmaktadır. "European critical raw materials act In 'A Europe Fit for the Digital Age'," Legislative Train Schedule, European Parliament, erişim tarihi Mart 2, 2024 <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-europe-fit-for-the-digital-age/file-european-critical-raw-material-act>. AB Konseyi müzakere pozisyonu için bkz., Council of the European Union, *Supply of Critical Raw Materials* (Brussels: EU Consilium, 2023), 1-140, erişim tarihi Mart 2, 2024 <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11297-2023-INIT/en/pdf>. Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin Temmuz 2023 görüşü için bkz., European Economic and Social Committee (EESC), *Opinion on Critical Raw Materials Act* (Brussels: EUParliament, CCM/211, 2023), 1-17, erişim tarihi Mart 2, 2024, <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/critical-raw-materials-act>. Bölgeler Komitesi'nin Temmuz 2023 görüşü için bkz., European Committee of Regions, *Opinion on Critical raw materials package* (Brussels: ECON-VII/031 156th plenary session, 5-6 July 2023), erişim tarihi Mart 2, 2024, <https://cor.europa.eu/en/our-work/Pages/OpinionTimeline.aspx?opId=CDR-2188-2023>.

⁶ AB Konseyi Basın açıklaması için bkz. "Strategic autonomy: Council gives its final approval on the critical raw materials act," EU Consilium, erişim tarihi Mart 25, 2023, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/03/18/strategic-autonomy-council-gives-its-final-approval-on-the-critical-raw-materials-act/>. AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanmayı izleyen yirminci gün yürürlüğe girecektir.

Tüzük'ün, ABD'nin temiz teknolojileri destekleme mekanizmaları ile donattığı Enflasyonu Azaltma Kanunu'na (*Inflation Reduction Act*)⁷ bir cevap olarak *Net Sıfır Sanayi Tüzüğü Teklifi*⁸ ile aynı gün kamuoyuna açıklanmış olması, AB'nin kritik teknolojilerin (*critical technologies*) endüstriyel üretimi konusundaki kararlılığına da işaret etmektedir.

Kritik hammaddelere olan talebin artmasına paralel olarak AB Komisyonu, Tüzük'ün Bir Numaralı Eki'nin içerisinde Birinci Bölüm'de *stratejik* hammaddeleri tanımlamış, İkinci Bölüm'de ise stratejik hammadde vasfının belirlenmesine dair metodolojiyi ortaya koymuştur. *Kritik* hammaddeler için ise, Tüzük'ün İki Numaralı Eki'nin içerisinde Birinci Bölüm'de kritik hammaddelerin sayıldığını, İkinci Bölüm'de ise kritik hammaddelerin ekonomik önemi ile tedarik riskinin nasıl belirleneceğine dair değişkenler ve formüllerin ortaya konulduğunu görmekteyiz.⁹

⁷ "Inflation Reduction Act of 2022," US Congress, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/5376>. Yasanın Part 4 – Clean Vehicles başlıklı kısmında "belirli kritik mineral gereksinimlerini karşılayan herhangi bir araç için 3.750 ABD Doları ve belirli akü bileşeni gereksinimlerini karşılayan araçlar için 3.750 ABD Doları" destek verilmesi düzenlenmektedir.

⁸ "Proposal for a Regulation on establishing a framework of measures for strengthening Europe's net-zero technology products manufacturing ecosystem (Net Zero Industry Act)," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:6448c360-c4dd-11ed-a05c-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF. Ayrıca bkz. "Communication on A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023DC0062>. Bu konuyla ilgili TOBB Dayanıklı Tüketim Malları Meclisi Mart ayı toplantısında bir değerlendirme yapılmıştır: "Toplantıda son olarak; Avrupa Komisyonu'nun, yeşil sanayi devrimini ileriye taşımak amacıyla sunduğu yasa tasarıları olan Net Sıfır Sanayi Yasası (Green Deal Industrial Plan), Kritik Hammaddeler Yasası ve Elektrik Piyasası Reform Tasarısı hakkında değerlendirmede bulunuldu. İlgili inisiyatifler ile iklim değişikliği ile mücadele için kilit öneme sahip teknolojiler için 2030 yılına kadar hedeflerin belirlenmesi ve bu yönde teşviklerin sağlanmasının beklendiği ifade edildi. Bu doğrultuda; karbon yakalama, yenilenebilir enerji, yenilenebilir hidrojen üretim tesisleri, batarya ve ısı pompasının kilit öneme sahip temiz teknoloji alanları arasında yer aldığı bilgisi paylaşıldı." "Türkiye Dayanıklı Tüketim Malları Meclisi toplandı," TOBB, erişim tarihi Kasım 6, 2024, <https://tobb.org.tr/Sayfalar/Detay.php?rid=13128&lst=Haberler>.

⁹ Tüzük metni içerisinde kritik hammaddeler CRM (*critical minerals*), stratejik hammaddeler ise SRM olarak kodlanmıştır (*strategic minerals*).

Üye devletlerin ise ulusal düzeyde jeolojik kaynakların araştırılmasına yönelik programlar geliştirmeleri beklenmektedir. “*Stratejik*” olarak kabul edilecek olan projelerin finansmanı açısından getirilen avantajlar yanında maden işletme projeleri için iki yıl, işleme ve geri dönüşüm projeleri için bir yıl olmak üzere görece daha kısa bir izin alma (*permitting*) süreci getirilmektedir.

Oldukça önemli hedefler içeriyor ve amaçlar taşıyor olmasına karşılık Tüzük’ün bunları hayata geçirmeye elverişli araçlarla donatıldığı konusunda bir takım soru işaretlerinin var olduğuna da dikkat çekilmesi gerekir. Tüzük’te öngörülen hedefler için somut bir mâli destek fonu oluşturulmadığı, AB içi ve dışı finansman seçeneklerine atıfta bulunmakla yetinildiği görülmektedir. Keza Tüzük tarafından konulan hedefler bağlayıcı olmadığı gibi ulusal izin verme mekanizmalarının nasıl hızlandırılacağı da belirsizdir. Üçüncü ülkeler ile olan ilişkiler bakımından Tüzük’ün sınır aşan normatif etkileri de bir başka soru işareti olarak ortaya çıkmaktadır.

Tüzüğe ilişkin gelişmeler, Türkiye’yi de bu konularda politika geliştirmeye ve kurumsal yapıyı yeniden gözden geçirmeye zorlamaktadır.

I. TÜZÜK TEKLİFİNİ GEREKTİREN AMİLLER

Tüzük’ün hazırlanmasını gerektiren sebepler, Tüzük’te izah edildiği üzere aşağıdaki gibidir:¹⁰

- 1) Özellikle stratejik hammaddelerin AB içinde çıkarılması, işlenmesi ve geri dönüştürülmesine yönelik ölçütler belirleyerek Avrupa stratejik hammadde değer zincirinin (*value chain*) aşamalarını güçlendirmek,
- 2) Stratejik bağımlılıkları azaltmak için AB’nin kritik hammadde ithalatını çeşitlendirmek,
- 3) Kritik hammaddelerin tedarikinde mevcut ve gelecekteki aksama risklerini izlemek ve azaltmak için AB’nin bu yöndeki kapasitesini geliştirmek,

¹⁰ Explanatory Memorandum, 2.

4) Döngüsel ekonomiyi (*circular economy*) ve sürdürülebilirliği iyileştirerek yüksek düzeyde çevre koruması sağlamak, böylece kritik hammaddelerin İç Pazar'da¹¹ serbest dolaşımını sağlamak.

Bu hedefler esas olarak iki ayrı başlık altında gruplandırılabilir. İlk olarak, iklim değişikliği ile mücadele amacıyla fosil yakıtlardan vazgeçilmesi ve karbon yakalama (*carbon capture*) hedeflerini içeren Paris İklim Anlaşması'nın (*Paris Agreement*; kısaca "PİA")¹² anlaşmada her bir ülke için belirlenen hedeflerinin tutturulması amacıyla -özellikle elektrikli araçlara olan talebi- pil üretimi için gereken lityuma ve nikelere olan talebi dramatik şekilde arttırmasından dolayı¹³ kritik hammaddelerin arzı yönünde ortaya çıkan risklerin belirlenmesi ihtiyacı

¹¹ İç Pazar (*Internal Market* veya kavramın sahipleri olan Britanyalıları göre *Single Market*), AB'ye üye devletler ile AB ile anlaşma yapmış bazı devletlerde malların (TFEU m. 26, 28-37), kişilerin (TFEU m. 26, 45-48), hizmetlerin (TFEU m. 26, 49-62) ve sermayenin (TFEU m. 63-66) serbest dolaşımının sağlandığı, iç sınırların veya düzenleyici engellerin olmadığı bir alana sahip olmayı ifade eder. AB üyesi olmamakla birlikte Avrupa Ekonomik Alanı'na (*European Economic Area*) dahil Norveç, İzlanda ve Lihtenştayn da İç Pazar ile uyumlu politikalar izlemektedir. İsviçre ise AB ile ikili anlaşma imzalamak yoluyla İç Pazar'a eklenmiş durumdadır. Aday ülkeler için getirilen şartlardan biri de İç Pazar ile uyumlu politikalar izlemek ve standartlar oluşturmaktır.

¹² PİA ile ilgili BM portalı için bkz. "The Paris Agreement," UNFCCC, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement>; PİA ana metni için bkz. "The Paris Agreement," UNFCCC, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf. PİA, iklim değişikliği konusunda yasal olarak bağlayıcı bir uluslararası anlaşmadır. 12 Aralık 2015'te Fransa'nın Paris kentinde düzenlenen BM İklim Değişikliği Konferansı'nda (COP21) 196 devlet tarafından kabul edilmiş, 4 Kasım 2016'da yürürlüğe girmiştir. Anlaşma'nın hedefi, "küresel ortalama sıcaklıktaki artışı sanayi öncesi seviyelerin 2°C'nin oldukça altında tutmak" ve "sıcaklık artışını sanayi öncesi seviyelerin 1,5°C üzerinde sınırlamak"tır.

¹³ IEA'nın 2050 yılı itibarıyla global Bakır, Nikel, Kobalt, Neodmiyum talep öngörüsü için bkz. EK-1, Uluslararası Enerji Ajansı, *Total demand for selected minerals by end use in the Net Zero Scenario, 2021-2050* (Paris: IEA, 2023), <https://www.iea.org/data-and-statistics/charts/total-demand-for-selected-minerals-by-end-use-in-the-net-zero-scenario-2021-2050>; EK-2, Uluslararası Enerji Ajansı, *Critical Minerals Data Explorer* (Paris: IEA, 2023), <https://www.iea.org/data-and-statistics/data-tools/critical-minerals-data-explorer>. Aynı şekilde IEA'nın Lityum'a olan talebin 2050 yılı itibarıyla 57 kat artmasına dair öngörüsü için bkz. EK-3, Uluslararası Enerji Ajansı, *Total demand for lithium in the Announced Pledges Scenario* (Paris: IEA,2023), *Critical Minerals Data Explorer*, IEA, Paris <https://www.iea.org/data-and-statistics/data-tools/critical-minerals-data-explorer>.

bulunmaktadır. Örneğin, AB'nin kalıcı mıknatıslar (*permanent magnets*) için gereken ağır nadir toprak elementleri (*heavy rare earth minerals*; kısaca "NTE") ihtiyacının tamamı ve Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde çıkarılan kobaltın %60'ı Çin Halk Cumhuriyeti'nde (kısaca "Çin") rafine edilmekte; magnezyumun %97'si Çin'den temin edilmektedir.¹⁴ Cam ve seramik sektörlerinde kullanılan feldsparın %93'ü, elektrikli araçlarda ve yenilenebilir enerji sektöründe kullanılan borun %70'i; zırh, yarı iletken kondüktörler, alev geciktirici, kurşun-asit aküler ve plastik yapımında kullanılan antimuanın %4'ü ise Türkiye'den ithal edilmektedir.¹⁵

İkinci olarak, önce COVID-19 pandemisinin üretim ve tedarik zincirlerinde yarattığı sorunlar ve hemen ardından Rusya'nın Ukrayna'yı işgali ile başlayan geniş yaptırımlar silsilesi sayılmalıdır.¹⁶

Net Sıfır emisyon hedeflerine erişilebilmesi açısından Tüzük çok önemli bir rolü üstlenmektedir.¹⁷ Net Sıfır emisyon hedeflerine ulaşılabilmesi bakımından ağırlık olarak öne çıkan sektörlerin bu hedefleri yakalayabilmesi için kritik

¹⁴ *Explanatory Memorandum*, 1. Ayrıca bkz. EK-4, Uluslararası Enerji Ajansı, *Global Supply Chains of EV Batteries* (Paris: IEA (2022), <https://www.iea.org/reports/global-supply-chains-of-ev-batteries>).

¹⁵ Philippa Noble, "Impacts and Opportunities for Developing Economies under the European Critical Raw Materials Regulation, A Circular Economy Vision" iç. *Circular Economy Vision*, ed. Johannes Kaldalu, Kristina Kasumovic ve Maria Montull Rodriguez (Copenhagen: Circular Press, 2023), 8-40.

¹⁶ *Explanatory Memorandum*, 1.

¹⁷ Türkiye'nin en büyük ticaret ortağı olan AB tarafından oluşturulan "Sınırdan Karbon Düzenleme Mekanizması" 1 Ekim 2023 tarihinde yürürlüğe girdi. Üçüncü ülkelerde üretilen düşük karbon yoğunluklu ürünlerin AB İç Pazarı'na girmesini temin amaçlı bu mekanizmaya yönelik olarak Türk şirketlerinin hazırlığı hakkında Mayıs 2022 tarihli TEPAV raporu için bkz. Murat Kenanoğlu ve Selin Özokcu, *Türk Şirketleri Yeşil Dönüşüme Ne Kadar Hazır?* (Ankara: TEPAV, 2022), erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://www.tepav.org.tr/upload/files/1653382580-7.Turk_Firmalari_Yesil_Donusume_Ne_Kadar_Hazir.pdf. Karbon ticareti sisteminden doğrudan etkilenecek sektörlerin başında demir-çelik, alüminyum, bakır ve çimento gibi madencilik sektörleri gelmektedir. Karbon yoğunluğu az olan (*green iron*, *green copper* gibi) madenlerin kullanıldığı ürünlerin daha çok tercih edildiği bir sisteme doğru evrilme sürmektedir. AB'nin *Carbon Border Adjustment Mechanism*'e dair bilgi portalı ve yasal düzenlemeler için bkz. "Carbon Border Adjustment Mechanism," European Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://taxation-customs.ec.europa.eu/carbon-border-adjustment-mechanism_en.

hammadelere daha çok ihtiyacı bulunmaktadır.¹⁸ Net Sıfır teknolojileri, ekseriyetle fosil yakıtlara dayanan geleneksel muadillerine göre çok daha fazla mineral yoğunluğuna (ve dolayısıyla talebine) sahiptir. Örneğin bir rüzgâr türbininin (*wind turbine*) imalatı, benzer bir gaz santralinden (*natural gas-fired power plant*) dokuz kat daha fazla mineral gerektirmektedir.¹⁹ Elektrikli bir kara taşıtının imalatında, içten yanmalı motorlu bir kara taşıtına nazaran altı kat daha fazla mineral ihtiyacı bulunmaktadır.²⁰

Uluslararası Enerji Ajansı (kısaca “IEA”), PİA hedeflerine ulaşmak için gereken kritik hammaddelere olan küresel talebin 2050 yılına kadar dört katına

¹⁸ Türkiye’de sınırdaki karbon düzenleme mekanizmasından etkilenecek sektörler için bkz. EK-5, Murat Kenanoğlu ve Selin Özokcu, “Hammaddelerin Kritikliği/Stratejikliği ve Türkiye,” *İTÜ Vakfı* (Blog), 2022, Ocak 4, 2023, <https://www.ituvakif.org.tr/hammadelerin-kritikligi-stratejikligi-ve-turkiye>. Örneğin “yeşil demir (*green iron*)” kavramına bakılabilir. Batı Avustralya Mineral Araştırma Enstitüsü’nün (MRIWA) raporuna göre, küresel çelik endüstrisinin net sıfır emisyonlu çelik üretimine giden yolda kömürden doğrudan indirgenmiş (sünger) demire (DRI) doğru kaymasının, Batı Avustralya’nın demir cevheri endüstrisi ve ekonomisi için maddi ve yapısal bir değişiklik gerekliliğini ortaya çıkardı. Bu değişim, dünya demir cevheri üretimi ve dolayısıyla Avustralya ekonomisi bakımından önemli bir yer tutan Batı Avustralya’daki Pilbara demir sahası açısından kritik önemdedir; çünkü Avustralya, diğer ülkelerle karşılaştırıldığında Pilbara yataklarındaki hematitli demir cevherinin kalitesi nedeniyle belirgin bir dezavantajla karşı karşıyadır. DRI bazlı çelik üretimi şu anda genellikle %67 veya daha fazla olmak üzere yüksek demir içeriğine sahip cevherlere ihtiyaç duymaktadır. Oysa Pilbara’nın demir yataklarının çoğu %56 ila %62 arasında demir içeriyor; bu demiri cevherini elde edebilmek için yüksek karbon yoğunluklu kömüre dayalı gelişmiş fırın teknolojisi gerekmektedir. Bkz. Simon Nicholas ve Soroush Basirat, *Australia faces growing green iron competition from overseas*, IEEFA (Ohio, Institute for Energy Economics and Financial Analysis, 2023), <https://ieefa.org/resources/australia-faces-growing-green-iron-competition-overseas>.

¹⁹ Bkz. EK-6, IEA, Uluslararası Enerji Ajansı, *Minerals used in clean energy 40 technologies compared to other power generation sources-Fransa* (Paris IEA, 2023), <https://www.iea.org/data-and-statistics/charts/minerals-used-in-clean-energy-technologies-compared-to-other-power-generation-sources>.

²⁰ Bkz. EK-7, Uluslararası Enerji Ajansı, *Minerals used in electric cars compared to conventional cars*, (Paris: IEA (2021), <https://www.iea.org/data-and-statistics/charts/minerals-used-in-electric-cars-compared-to-conventional-cars>.

çıkacağını tahmin etmektedir.²¹ NTE'ye olan talebin ise, ülkelerin teknoloji tercihlerine ve politika desteğine bağlı olarak üç ila yedi kat artması söz konusudur.²² Buna bağlı olarak kritik hammadde listesi yayımlayan ülkelerin sayısı artmaktadır.²³

Tedarik zincirlerinin eşit olmayan dağılımı, dünya çapında kritik hammaddelerin güvenilir şekilde tedarik edilmesini zorlaştırmaktadır. The New York Times'ın raporuna göre 2020'de Avustralya²⁴ %53'lük payla küresel lityum istihracına hâkim olurken onu sırasıyla %21,5 ve %10 ile Şili ve Çin izlemektedir.²⁵ Ancak Çin, malzemenin %60'a yakınını işlemektedir. NTE konusunda durumun daha da dengesiz olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre Çin dünya toplam NTE istihracının %60'ını ve neredeyse dünya toplam NTE rafinasyonunun %90'ını kontrol etmektedir.

²¹ Bkz. EK-8, Uluslararası Enerji Ajansı , *Total mineral demand for clean energy technologies by scenario, 2020 compared to 2040* (Paris: IEA, 2021), <https://www.iea.org/data-and-statistics/charts/total-mineral-demand-for-clean-energy-technologies-by-scenario-2020-compared-to-2040>.

²² Bkz. EK-9, Uluslararası Enerji Ajansı, *Share of clean energy technologies in total demand for selected minerals by scenario* (Paris: IEA, 2021), <https://www.iea.org/data-and-statistics/charts/share-of-clean-energy-technologies-in-total-demand-for-selected-minerals-by-scenario-2010-2040>.

²³ Bkz. EK-10, Caner Zambak, "Hammaddelerin Kritikliği/Stratejikliği ve Türkiye," *İTÜ Vakfı (Blog) (Makaleler ve İncelemeler)*, Ocak 4, 2023 <https://www.ituvakif.org.tr/hammaddelerin-kritikligi-stratejikligi-ve-turkiye>.

²⁴ Zambak'ın haklı olarak dikkat çektiği nokta, Çin'in nadir elementler konusunda kendi imalat sektörünü korumak amacıyla hareket ederken Avustralya'nın kendi ihtiyacından ziyade nadir elementlerin ihracat piyasalarındaki dengesizlikleri önlemesidir. Her iki ülkenin kritiklik algılaması, birbirinden tümüyle farklı dinamiklere dayanmaktadır. Zambak, "Hammaddelerin Kritikliği."

²⁵ "Australia Tries to Break Its Dependence on China for Lithium Mining," *The New York Times*, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://www.nytimes.com/2023/05/23/business/australia-lithium-refining.html>.

II. TEKLİFİN ARKA PLANI

Tüzük, AB Konseyi'nin 2022 Versailles Deklarasyonu'nda²⁶ ifade edilen, Avrupa'nın bağımsızlığını ve AB'nin stratejik özerkliğini teminen kritik hammaddelerin stratejik önemi yaklaşımına dayanmaktadır.²⁷ Tüzük'te Avrupa'nın Geleceği Konferansı'na²⁸ ve AB Parlamentosu'nun AB'nin kritik

²⁶ Versailles Deklarasyonu, AB liderlerinin, Rusya'nın Ukrayna'yı işgale başladığı 24 Şubat 2022 tarihinden yaklaşık iki hafta sonra 11 Mart 2022'de yayımladığı politik bir belge olup AB'nin Ukrayna'ya verdiği destek teyid edilmiş, AB'nin "savunma yeteneklerini güçlendirme, enerji bağımlılığını azaltma ve daha sağlam bir ekonomik temel oluşturma" planlarının ana hatları çizilmiştir. "Réunion informelle des chefs d'État ou de gouvernement Déclaration de Versailles," EU Consilium, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://www.consilium.europa.eu/media/54777/20220311-versailles-declaration-fr.pdf>. Deklarasyonun kritik hammaddeler ile ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

"III. CONSTRUIRE UNE BASE ÉCONOMIQUE PLUS SOLIDE

(...)

Réduire notre dépendance stratégique

21. Pour l'avenir, les secteurs ci-après jouent un rôle déterminant dans le cadre des mesures à prendre concernant notre dépendance stratégique, en particulier dans les domaines les plus sensibles:

Matières premières critiques

Nous garantirons l'approvisionnement de l'UE au moyen de partenariats stratégiques, en envisageant la constitution de stocks stratégiques et en favorisant une économie circulaire et une utilisation efficace des ressources;

(...):"

²⁷ Explanatory Memorandum, 2.

²⁸ European Commission, Conference on the Future of Europe (Brussels: EU Commission, 2022), 61, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://wayback.archive-it.org/12090/20220915201021/https://prod-cofe-platform.s3.eu-central-1.amazonaws.com/2po250fn174z62m8g8c9ya9e62m7?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3D%22Book_CoFE_Final_Report_EN_full.pdf%22%3B%20filename%2A%3DUTF-8%27%27Book_CoFE_Final_Report_EN_full.pdf&response-content-type=application%2Fpdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIA3LJXGZPDFYVOW5V%2F20220915%2Ffe-central-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20220915T200910Z&X-Amz-Expires=300&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-

hammadeler stratejisine ilişkin 2021 tarihli kararına²⁹ atıfta bulunmaktadır. Tüzük'e ilişkin ilk duyurular, 8 Mart 2022 tarihli REPower Tebliği³⁰ ve Savunma Yatırım Boşlukları Analizi ve İlerisi Üzerine Müşterek Tebliğ'de,³¹ Tüzük'e dair bir mevzuat hazırlığı olduğu belirtilmek suretiyle 2022 yılının Mayıs ayında yapılmıştı.³² Bundan tam bir sene önce 2021 yılının Mayıs ayında yayımlanan ve

[Signature=9da6e64b707df344c8772d076bc07e818cd0e1e0b662480f30d2f367446042e8.](https://www.europa.eu/press-communication/infographic/infographic-repower-eu-2022-05) Konferans Sonuç Bildirgesi'nin ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

"(...)

17. Proposal: Reducing dependency of EU from foreign actors in economically strategic sectors

Objective: We propose that the EU take measures to strengthen its autonomy in key strategic sectors such as agricultural products, strategic economic goods, semiconductors, medical products, innovative digital and environmental technologies and energy, through:

Measures:

1. (...)

2. maintaining an ambitious trade negotiation agenda that can contribute to building resilience and diversification of supply chains, in particular for raw materials, while also sharing the benefits of trade more equally and with more partners, thereby limiting our exposure and dependency on a small number of potentially risky suppliers¹⁴.

3. increasing the resilience of EU supply chains through fostering investment in strategic sectors in the EU, stockpiling critical productions and devices and diversifying the supply sources of critical raw materials;

(...)."

²⁹ "European Parliament resolution of 24 November 2021 on a European strategy for critical raw materials," European Parliament, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0468_EN.html.

³⁰ "Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, REPowerEU: Joint European Action for more affordable, secure and sustainable energy," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2022%3A108%3AFIN>.

³¹ "Joint Communication to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Defence Investment Gaps Analysis and Way Forward," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022JC0024>.

³² Explanatory Memorandum, 3.

2020 AB Endüstriyel Strateji’de (2020 EU Industrial Strategy) de nadir elementler ve magnezyum hususundaki stratejik bağımlılıklar açıkça dile getirilmişti.³³

Tüzük ve ekleri, AB Komisyonu Başkanı von der Leyen tarafından, kritik hammaddeler tedariğinin yerleştirilmesini, sürdürülebilir hale getirilmesini ve çeşitlendirilmesini temin etmek amacıyla AB’nin kritik hammaddeler ithalatına olan bağımlılığını açıkça dile getirdiği 2022 Birliğin Durumu konuşmasında kamuoyuna duyurulmuştur.³⁴ Kritik hammaddeler ile ilgili alınan tedbirler:

- 2023 kritiklik değerlendirmesi,
- Stratejik teknolojilere odaklanan öngörü raporu,

³³ “Updating the 2020 New Industrial Strategy: Building a stronger Single Market for Europe’s recovery,” EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0350&qid=1695659132444>.

³⁴ “State of the Union,” EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://state-of-the-union.ec.europa.eu/state-union-2022_en_. Konuşmanın ilgili kısmı aşağıdaki gibidir: “Honourable Members, My third point for our SMEs and our industry. Whether we talk about chips for virtual reality or cells for solar panels, the twin transitions will be fuelled by raw materials. Lithium and rare earths are already replacing gas and oil at the heart of our economy. By 2030, our demand for those rare earth metals will increase fivefold. And this is a good sign, because it shows that our European Green Deal is moving fast. The not so good news is – one country dominates the market. So we have to avoid falling into the same dependency as with oil and gas. This is where our trade policy comes into play. New partnerships will advance not only our vital interests – but also our values. Trade that embraces workers’ rights and the highest environmental standards is possible with likeminded partners. We need to update our links to reliable countries and key growth regions. And for this reason, I intend to put forward for ratification the agreements with Chile, Mexico and New Zealand. And advance negotiations with key partners like Australia and India. But securing supplies is only a first step. The processing of these metals is just as critical. Today, China controls the global processing industry. Almost 90 % of rare earths and 60 % of lithium are processed in China. We will identify strategic projects all along the supply chain, from extraction to refining, from processing to recycling. And we will build up strategic reserves where supply is at risk. This is why today I am announcing a European Critical Raw Materials Act. We know this approach can work. Five years ago, Europe launched the Battery Alliance. And soon, two third of the batteries we need will be produced in Europe. Last year I announced the European Chips Act. And the first chips gigafactory will break ground in the coming months. We now need to replicate this success. This is also why we will increase our financial participation to Important Projects of Common European Interest. And for the future, I will push to create a new European Sovereignty Fund. Let’s make sure that the future of industry is made in Europe.”

- Kritik hammaddelere ilişkin 2020 Eylem Planı kapsamında başlatılan eylemler,

üzerine inşa edilmektedir. von der Leyen tarafından açıklanan Tüzük ve ekleri, AB Komisyonu Ortak Araştırma Merkezi'nin (*Joint Research Centre; JRC*) bilimsel çalışmaları ile desteklenmektedir.³⁵ JRC Öngörü (*JRC Foresight*) çalışmasıyla birlikte JRC, hem birincil (*yeraltından çıkarılan*) hem de ikincil (*örneğin geri dönüşümden elde edilen*) hammaddeler hakkında bilgi sağlayan Hammadde Bilgi Sistemini de (*Raw Materials Information System*) yenilemiştir.³⁶

III. KRİTİK HAMMADELER POLİTİKASININ DİĞER AB POLİTİKALARI İLE UYUMU VE EŞGÜDÜMÜ

A. Çatışma Mineralleri Tüzüğü (*Conflict Minerals Regulation*)

Bu politikaların başında, AB İç Pazarı'na kalay, tantalum, tungsten ve altın ithal edenlere, bu madenlerin çıkarıldığı ocaklardaki insan hakları koşulları ile silahlı çatışmalar ve işçi hakları bakımından bir *due diligence* politikaları oluşturma ve yapma zorunluluğu getiren bu *Conflict Minerals Regulation* gelmektedir.³⁷

³⁵ "Joint Research Center," EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://commission.europa.eu/about-european-commission/departments-and-executive-agencies/joint-research-centre_en.

³⁶ Hammadde Bilgi Sistemi belirli malzemeler, ülkeler, farklı sektörler ve teknolojiler hakkında bilgi sağlıyor ve hem arz hem de talebe ilişkin mevcut ve geleceğe yönelik analizler içeriyor. "Raw Materials Information System," EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://rmis.jrc.ec.europa.eu/>. Ayrıca bkz. *Explanatory Memorandum*, 3.

³⁷ "Regulation (EU) 2017/821 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32017R0821>. 2007 yılı yapımı "*Blood Diamond*" isimli film, Sierra Leone'deki elmas madenciliği ve ticareti özelinde bu soruna dikkat çekmektedir. Bu filmin de sebep olduğu bir atmosferde ABD'de 2010 yılında çıkarılan Dodd-Frank Yasası'nın 1502. Maddesi

Yukarıda belirtildiği üzere, Tüzüğün Ek 1 Bölüm 1'ine göre tungsten stratejik hammadde, Ek 2 Bölüm 1'ine göre ise tantalyum kritik hammadde statüsündedir. Bu açıdan bakıldığında, İç Pazar'a tungsten ve tantalyum ithal edecek olanların sadece Conflict Minerals Regulation'ın öngördüğü koşullara uyması yetmeyecek, ayrıca Kritik Hammaddeler Tüzüğü gerekliliklerine de uyum sağlaması gerekecektir.

B. Doğa Koruma Direktifleri

AB'nin doğa koruma mevzuatı, Tüzük'te işaret edilen ocaktan son ürüne kadar (*from pit to end product*) devam eden değer zincirinin tamamını kapsamaktadır. Bu durumda değer zincirinin hangi aşamasında olduğuna bakılmaksızın kritik hammaddeler ile işgal edenlerin aşağıdaki AB mevzuatına da uyum sağlaması beklenecektir:

- Çevre Etki Değerlendirmesine (EIA) dair 2011/92/EU Direktifi,³⁸
- Sanayi Emisyonlarına dair 2010/75/EU Direktifi,³⁹

doğrudan *conflict minerals*'a ayrılmıştır. Bu maddeye göre ABD'de halka açık şirketlerin kalay, tungsten, tantal ve altın için tedarik zincirlerini, eğer bunlar Demokratik Kongo Cumhuriyeti veya komşularından geliyorsa, kontrol etmeleri ve gerekli önlemleri almalarını şart koşulmuştur. Ayrıca her yıl Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (*SEC*) rapor verme yükümlülüğü de getirilmiştir. Tabii kaynakların tedarikinde şirketlere yol gösterici ilkelerden diğerleri de sırasıyla Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Yol Gösterici İlkeleri (*UN Guiding Principles of Business and Human Rights*) ile Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (*OECD*) tarafından geliştirilmiştir. Birleşmiş Milletler, *İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler – ABD* (New York: UN, 2011), erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://www.ihd.org.tr/wp-content/uploads/2021/06/BM-is-dunyas%C4%B1-ve-insan-haklari.pdf>

³⁸ "Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on The Assessment of The Effects of Certain Public and Private Projects on The Environment (codification)," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0092>.

³⁹ "Directive 2010/75/EU of the European Parliament and of The Council of 24 November 2010 on Industrial Emissions (Integrated Pollution Prevention and Control)," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32010L0075>.

- Doğal Yaşam Ortamlarının ve Yabani Hayvan ve Bitki Türlerinin Korunmasına dair 92/43/EEC Direktifi,⁴⁰
- Yabani Kuşların Korunmasına dair 2009/147/EC (Parlamento ve Konsey) Müşterek Direktifi,⁴¹
- Su Politikası'na dair 2000/60/EC (Parlamento ve Konsey) Müşterek Direktifi,⁴²
- Deniz Çevre Politikası'na dair 2008/56/EC (Parlamento ve Konsey) Müşterek Direktifi.⁴³

C. Atık Direktifleri

Atık mevzuatının kapsamına, kritik hammaddeleri ihtiva eden atık yığınlarının da dahil olduğu atık toplama, atık azaltma, atık geri kazanımı ve atık işleme zincirinin tamamı girmektedir. Maden Atıkları Direktifi (*Extractive Waste Directive*),⁴⁴ maden atıklarının yönetiminden sorumlu kişilerin bir izin almasını gerektirmektedir. Tüzük, (halihazırda faal ocaklardaki) maden atık işletmecilerinin ve (kapalı ve terk edilmiş açık ocak ve/veya atık tesisleri için ise)

⁴⁰ "Council Directive 92/43/EEC Of 21 May 1992 on the Conservation of Natural Habitats and of Wild Fauna and Flora," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31992L0043>.

⁴¹ "Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on The Conservation of Wild Birds," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0147>.

⁴² "Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 Establishing a Framework for Community Action in the field of Water Policy," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0060>.

⁴³ "Directive 2008/56/EC of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 Establishing a Framework for Community Action in The Field of Marine Environmental Policy (Marine Strategy Framework Directive)," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008L0056>.

⁴⁴ "Directive 2006/21/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on The Management of Waste from Extractive Industries and Amending Directive 2004/35/EC - Statement by the European Parliament, the Council and the Commission," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0021>.

Üye Devletlerin maden atıklarındaki kritik hammaddelerin geri kazanım potansiyelini analiz etmelerini şart koşturmuştur. Keza Atık Çerçeve Direktifi (*Waste Framework Directive*),⁴⁵ özellikle kritik hammaddeler (CRM) içeren ürünleri hedef alacak şekilde Üye Devletleri atık oluşumunu önlemek için önlemler almaya zorlamaktadır. Aynı şekilde Elektrikli ve Elektronik Ekipman Atık Direktifi de (*Waste Electrical and Electronic Equipment Directive*),⁴⁶ kritik hammaddeler de dahil olacak şekilde kaynakların verimli kullanımına ve ikincil hammaddelerin geri kazanılmasına katkıda bulunmak amacıyla elektrikli ve elektronik ekipman atıklarının yeniden kullanımına, geri dönüşümüne ve diğer geri kazanım biçimlerine yönelik hazırlıkların teşvik edilmesine yönelik kuralları belirlemektedir.

Yeniden Kullanılabilirlik, Geri Dönüştürülebilirlik ve Geri Kazanılabilirlik Açısından Motorlu Araçların Tip Onayı'na (*Type-Approval of Motor Vehicles Regarding Their Reusability, Recyclability and Recoverability*) dair 2005/64/EC Direktifi⁴⁷ ile birlikte Ömrünü Tamamlamış Araçlara (*End-of-Life Vehicles Directive*) dair 2000/53/EC Direktifi⁴⁸ için ortak bir gözden geçirme süreci yürütülmekte olup bu sayede araçlardaki kalıcı mıknatısların (*permanent magnets*) geri kazanımını iyileştirmek için daha somut şartlar getirilmesi düşünülmektedir. Bu gözden geçirme ile birlikte, Tüzük'te yer alan yatay geri dönüştürülebilirlik (*horizontal*

⁴⁵ "Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on Waste and Repealing Certain Directives," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008L0098>.

⁴⁶ "Directive 2012/19/EU of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on Waste Electrical and Electronic Equipment (WEEE) (recast) Text with EEA relevance," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012L0019>.

⁴⁷ "Directive 2005/64/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on The Type-Approval of Motor Vehicles with regard to Their Reusability, Recyclability and Recoverability and Amending Council Directive 70/156/EEC," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32005L0064>.

⁴⁸ "Directive 2000/53/EC of the European Parliament and of the Council of 18 September 2000 on End-of-Life Vehicles - Commission Statements," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32000L0053>.

recyclability) gereklilikleri tamamlanacak ve atık kazanımı ve geri dönüşümü kolaylaşacaktır.

D. Tehlikeli Kimyasallara Dair Direktifler

Maddelerin ve Karışımların Sınıflandırılması, Etiketlenmesi ve Paketlenmesine dair 1272/2008/EC Tüzüğü'nün⁴⁹ getirdiği tehlike sınıflandırması ile Kimyasalların Kaydedilmesi, Değerlendirilmesi, Ruhsatlandırılması ve Kısıtlanmasına dair 1907/2006/EC (REACH) Tüzüğü,⁵⁰ kritik hammaddeler açısından yüksek önemi haizdir. AB Yeşil Mutabakatı (*EU Green Deal*) çerçevesinde yukarıda bahsi geçen bu iki Tüzüğe ek olarak "*Sürdürülebilirlik İçin AB Kimyasallar Stratejisi*"⁵¹ de AB'de özellikle son tüketiciye sunulan ürünlerde insan ve çevre sağlığı ile uyumlu ve sürdürülebilir bir ortam yaratılmasına yöneldiğinden bu ürünlerde kullanılan kritik hammaddeler bakımından özel önem taşımaktadır.

E. Piller Tüzüğü

AB Komisyonu, döngüsel ekonomiyi daha ileri aşamalarda hayata geçirmek, sürdürülebilirliği geliştirmek ve yeni teknolojik gelişmelere ayak uydurmak amacıyla AB Pil Direktifini revize etme, bunun yerine konuyu tüzük seviyesinde düzenleme niyetini 2020 çalışma programında duyurmuştu. Sene bitmeden, 10 Aralık 2020'de, piller ve atık pillerle ilgili mevcut 2006/66/EC Direktifinin

⁴⁹ "Regulation (EC) No 1272/2008 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Classification, Labelling and Packaging of Substances and Mixtures, amending and repealing Directives 67/548/EEC and 1999/45/EC, and amending Regulation (EC) No 1907/2006," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008R1272>.

⁵⁰ "Regulation (EC) No 1907/2006 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH), establishing a European Chemicals Agency," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023 1.04.2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02006R1907-20140410>.

⁵¹ "Chemicals Strategy for Sustainability Towards a Toxic-Free Environment," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A667%3AFIN>.

yürürlükten kaldıran bir tüzük taslağı [Piller Tüzüğü (*Batteries Regulation*)] kamuoyuna açıklandı.⁵² Döngüsel ekonomi hedeflerinin önemli bir boyutu da kritik minerallerdir, ki bu yanılla konu tedarik zincirinin güvenliği ile de alakalıdır. Taslağın “*Pil Pasaportu*” oluşturulmasına dair önerisi, pil bilgileri için elektronik bir değişim sisteminin kurulmasını öngörmektedir. Tüzük taslağı 10 Mart 2022’de AB Parlamentosu’nda kabul edilmiştir.

9 Aralık 2022’deki trilog’da varılan anlaşma ile sürdürülebilirlik gerekliliklerinin 2024’ten itibaren kademeli olarak uygulanmasına, genişletilmiş üretici sorumluluğuna ilişkin hükümlerin ise 2025’in ortalarından itibaren uygulanmasına başlanacaktır. Lityum geri kazanım hedefi 2027 yılı sonunda %50 olarak belirlenmiş, bu oranın 2031 yılı sonunda %80’e çıkarılması hedeflenmiştir.

Taslak haldeki tüzük, trilog sürecinde varılan mutabakatın devamında ilkin 14 Haziran 2023’te AB Parlamentosu’nda, ardından 10 Temmuz 2023’te AB Konseyi tarafından onaylanmış, AB Resmî Gazetesi’nde yayımlandığı 28 Temmuz 2023’ü izleyen 17 Ağustos’ta yürürlüğe girmiştir. Piller Tüzüğü, bazı hükümler dışında, 18 Şubat 2024 tarihinden itibaren geçerlilik kazanmıştır. Ancak Tüzük’ün atık pillerin yönetimine ilişkin kısmı, 18 Ağustos 2025 tarihinden itibaren geçerli hale gelecektir.⁵³

F. Yetenekli İnsan Gücü İhtiyacı

Tüzüğün işaret ettiği kritik hammadde değer zincirinin her bir aşamasında ihtiyaç duyulacak yetenekli insan gücünün oluşturulması, korunması ve geliştirilmesi, hem yeşil dönüşüm hem de kritik hammaddeler sektörünün rekabet gücü açısından elzemdir. İklim Nötrlüğüne Doğru Adil Bir Geçişin Sağlanmasına

⁵² “Proposal for A Regulation of The European Parliament and of The Council concerning batteries and waste batteries, repealing Directive 2006/66/EC and amending Regulation,” EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52020PC0798>.

⁵³ “Regulation (EU) 2023/1542 of the European Parliament and of the Council of 12 July 2023 concerning batteries and waste batteries, amending Directive 2008/98/EC and Regulation (EU) 2019/1020 and repealing Directive 2006/66/EC (Text with EEA relevance),” EUR-Lex, erişim tarihi Mart 25, 2024, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/1542/oj>.

Dair 16 Haziran 2022 tarihli Konsey Tavsiyesi (*Council Recommendation*)⁵⁴ istihdamı koruyucu rehber ilkeleri içermektedir.⁵⁵ Kritik hammaddeler sektöründe faaliyet gösteren tüm oyuncuların Konsey Tavsiyesi'nde ortaya konulan ilkeleri dikkate alması beklenecektir.

G. Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespiti Direktifi Taslağı

Tüzüğün, AB Komisyonu tarafından 23 Şubat 2022'de önerilen Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespiti Direktifi⁵⁶ ile uyumu da dikkate alınmıştır.⁵⁷ Mevzubahis taslak Direktifin amacı, sürdürülebilir ve sorumlu kurumsal davranışı teşvik etmek ve şirketlerin operasyonlarında ve kurumsal yönetimlerinde insan haklarının ve çevresel hususların temel alınmasını sağlamaktır. Yeni kurallar, işletmelerin eylemlerinin, Avrupa içindeki ve dışındaki

⁵⁴ "Council Recommendation of 16 June 2022 on ensuring a fair transition towards climate neutrality," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022H0627%2804%29>.

⁵⁵ Çalışma koşulları ve ücretlerin belirlenmesi, sektörel işgücü piyasasındaki ihtiyaçlarla eşleşecek şekilde işgücünün geliştirilmesi (*up- and re-skilling*) ve desteklenmesi, endüstriyel ekosistemler ve değer zincirleri genelinde kaliteli iş yaratılmasının desteklenmesi, tüm bu süreçlerde sosyal diyalog yoluyla sosyal ortakların katılımının sağlanması.

⁵⁶ "Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071>.

⁵⁷ "Single market emergency instrument," EU Commission, erişim tarihi Mart 25, 2024, https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/single-market-emergency-instrument_en; European Chips Act "Regulation (EU) 2023/1781 of the European Parliament and of the Council of 13 September 2023 establishing a framework of measures for strengthening Europe's semiconductor ecosystem and amending Regulation (EU) 2021/694 (Chips Act) (Text with EEA relevance), EU Commission, erişim tarihi Mart 25, 2024, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2023.229.01.0001.01.ENG; taslak halindeki Net-Zero Industry Act için ise trilog sürecinde yakın bir zamanda bir mutabakata varılmıştır. Bkz. "Net-Zero Industry Act: Council and Parliament strike a deal to boost EU's green industry," EU Consilium, erişim tarihi Mart 25, 2024, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/02/06/net-zero-industry-act-council-and-parliament-strike-a-deal-to-boost-eu-s-green-industry/>.

kritik mineraller de dahil olmak üzere tüm değer ve tedarik zincirleri üzerindeki olumsuz etkilerinin ele almasını amaçlamaktadır.

IV. TEKLİFİN AMAÇLARI/HEDEFLERİ

Tüzük, AB'nin kritik hammaddelere yönelik güvenli ve sürdürülebilir tedarik sorunlarını analiz eden, sorunlu alanlara yönelik olası politika seçeneklerini tanımlayan ve bunların olası etkilerini ortaya koyan kapsamlı bir etki değerlendirmesine (*impact analysis*) dayanmaktadır.⁵⁸ AB Komisyonu, bu etki analizinde yer alan üç politika seçeneğinden ikincisini tercih etmiştir.⁵⁹ Buna göre:

- Tüzük'ün hedeflerine ulaşmasında AB Komisyonu'na tavsiyelerde bulunacak ve genel olarak aşağıdaki konularda yardımcı olacak özel bir AB Kritik Hammaddeler Kurulu (*CRM Board*) kurulmasına,
- Bu sayede stratejik hammaddelere yönelik hedefleri belirlemek için bir yönetim mekanizmasının oluşturulmasına,

⁵⁸ Impact Assessment Report için bkz. "European Critical Raw Materials Act," EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13597-European-Critical-Raw-Materials-Act_en.

⁵⁹ Bkz. *Explanatory Memorandum*, -10-11. Diğer politika seçenekleri kısaca şöyledir: **1 Nolu Politika Seçeneği**'ne göre, ulusal ajanslardan oluşan bir ağ ile AB Komisyonu içindeki operasyonel kapasite tarafından desteklenen özel bir AB kritik hammaddeler kurulu oluşturulacaktır. Bu kurul, izleme kapasitesini geliştirecek, AB'nin stratejik stoklarının koordinasyonunu sağlayacak ve şirketlerin olası tedarik kesintileri karşısında daha hazırlıklı olmalarını sağlayacaktır. 1 Nolu Politika Seçeneği, özellikle keşif aşamasında daha fazla koordinasyon, ulusal kritik hammadde projelerine daha fazla destek ve finansmana daha iyi erişim yoluyla değer zincirini destekleyecek unsurları içerir. Döngüsellik açısından küçük tüketici elektroniklerini hedeflerken uluslararası standartların belirlenmesinde AB'nin daha fazla müdahil olmasını gerektirir ve kritik hammadde sertifikasyon ve karbon ayak izi sürecinin minimum gerekliliklerini ortaya koyar. **3 Nolu Politika Seçeneği** ise stratejik stoklar, izleme ve risklere hazırlık konularında yönetim açısından harici bir kapasite geliştirilmesini önermektedir. Üye Ülkelerden gelen özel kaynakların yanı sıra oluşturulacak Avrupa Kritik Hammaddeler Fonu aracılığıyla ek izin desteğinden yararlanacak olan Stratejik Projeler konseptini temel almaktadır. Diğer politika seçeneklerinde olduğu üzere döngüsellik, standartlar ve çevresel (karbon) ayak izine ilişkin önlemler içermektedir.

- Kolaylaştırılmış izinler ile finansmana görece kolay erişime dayalı arama, işletme, işleme ve geri dönüşüm ile stratejik hammaddelerin değer zincirinin iyileştirilmesine,

- Atık toplamanın ve yeniden kullanımın artırılması yönünde kurallar belirleyerek döngüsellığı artırmaya yönelik önlemlerin belirlenmesine,

- Ve uygunluğun değerlendirilmesi, sertifikasyon programları ve çevresel ayak izi beyanları gibi standartlara,

ilişkin ek önlemleri içerir.

Tüzük'ün en dikkat çekici yönlerinden birisi, kritik olarak nitelendirilen hammaddelerin yerli üretimini özendirerek tedbirlere ilaveten bu hammaddelerin üçüncü ülkelerden tedarikine dair bir dizi sınırlamalar getirmiş olmasıdır. Tüzük'ün 3 numaralı ekinde sınırlı sayı ve tipe bağlılık (*numerus clausus*) ilkesine bağlı olarak sayılan her bir kritik hammaddenin 2030 yılı itibarıyla yıllık tüketiminin %65'inden fazlasının tek başına bir üçüncü ülkeden yapılacak tedarik ile karşılanmamasını sağlayacak şekilde stratejik hammadde tedarikinin çeşitlendirilmesi amaçlanmaktadır.⁶⁰ Stratejik hammaddelerin yıllık tüketiminin en az %10'unun AB içinden sağlanması, ilaveten işlenmiş ve rafine edilmiş (yarı ve tam mamul hale getirilmiş) kritik hammaddelerin %40'ının ve geri dönüştürülmüş kritik hammaddelerin %15'inin AB içi üretimden karşılanması zorunluluğu getirilmektedir.⁶¹

Tüzük'ün amaçlarının belirlenmesinde, küresel ekonomik önem ve tedarik zinciri riskleri analizinin yapıldığı belirtilmekte, buna ilaveten analizin kapsamlı bir jeolojik değerlendirmeye dayandırıldığı da ifade edilmektedir. Bu minvalde arz/talep dengesizlikleri ile üçüncü ülke ticaret engelleri ve lojistik riskleri göz önünde bulundurulmuştur.

Tüzük'e göre **stratejik hammaddeler**, mikroçipler ve pilleri de kapsayacak şekilde *sağlık* ve *savunma* gibi sektörlerde kullanılan hammaddelerdir. **Kritik hammaddeler** ise, bir bütün olarak AB ekonomisi için önem arz eden ve ciddi

⁶⁰ Art 1.2(b); Dibace, 7.

⁶¹ Art 1.2(a) i, ii, iii.

oranda tedarik sorunu ile karşılaşılması ihtimali bulunan hammaddeleri ifade etmektedir. Tüzük'ün 1 numaralı Ek listesinde stratejik hammaddeler, 2 numaralı Ek listesinde ise kritik hammaddeler sayma yöntemi kullanılarak belirtilmektedir.

Tüzük'ün en belirgin amacının, stratejik ve kritik hammaddelere ilişkin değer zincirlerinin her aşamasında hem AB'nin kendi kurumsal kapasitesinin hem de Üye Devletler düzeyindeki kapasitenin geliştirilmesi suretiyle AB'nin bir bütün olarak kritik hammaddeler alanındaki otonomisini arttırmak olduğunun altı çizilmelidir.

V. STRATEJİK HAMMADELER LİSTESİ VE STRATEJİK PROJE KAVRAMI

A. Trilog Öncesi Tüzük

AB, 25 Ekim 2023 tarihinde Brüksel'de, kırktan fazla Üçüncü Ülke lideri ve bakanın Tüzük'ün 1 numaralı Eki'nin Birinci Bölümünde sayılan stratejik hammaddeler aşağıdaki gibidir:⁶²

- 1) Bizmut
- 2) Boron (*metalürji tenörü, metallurgy grade*)⁶³
- 3) Kobalt
- 4) Bakır
- 5) Galyum
- 6) Germanyum
- 7) Lityum (*pil tenörü, battery grade*)
- 8) Magnezyum metal
- 9) Manganez (*pil tenörü, battery grade*)

⁶² Listelenen stratejik hammaddelerin Türkçeye çevrilmesinde, 3213 sayılı Maden Kanunu (MadK) m. 2'deki karşılıkları esas alınmıştır. Birebir uyuşmayan mineraller için ayrıca izahat yapılmış, Kanun'da karşılığı hiç olmayan mineraller ayrıca belirtilmiştir.

⁶³ MadK karşılığı "Bor tuzları" şeklindedir.

- 10) Doğal Grafit (*pil tenörü, battery grade*)
- 11) Nikel (*pil tenörü, battery grade*)
- 12) Platin grubu metaller
- 13) Miknatislar için nadir toprak elementleri (*rare earth elements*) (Nd, Pr, Tb, Dy, Gd, Sm and Ce)⁶⁴
- 14) Silikon metal⁶⁵
- 15) Titan metal
- 16) Tungsten
- 17) Alüminyum⁶⁶

Stratejik projelerin nasıl belirleneceği meselesi önem arz etmektedir. Bu hususta AB Komisyonu ile yeni ihdas edilecek olan “*Avrupa Kritik Hammaddeler Kurulu (European Critical Minerals -CRM- Board)*” müştereken karar vermeye yetkili kılınmışlardır. Üye Devletler ile AB Komisyonu’nun yüksek temsilcilerinden oluşacak olan Kurul’a AB Komisyonu yüksek temsilcisi başkanlık edecek; Kurul AB Komisyonu’na tavsiye sunacak, Tüzük’ün uygulanmasını desteklemek amacıyla koordinasyon, iş birliği ve bilgi değişimine destek sağlayacaktır. Seçilen stratejik projeler, onay için buna dair AB Komisyonu’na sunulacak, onaylanması halinde Komisyon kararının yayımlanması ile resmiyete kavuşacaktır.

Stratejik projelerin seçilme kriterleri olarak yalnızca AB’nin tedarik güvenliği ve teknik fizibilite esas alınmamıştır. Projeler büyük ölçüde stratejik projenin hammadde arz güvenliğine katkısı, teknik fizibilitesi, sürdürülebilirliği ve sağlayacağı sosyal standartlar dikkate alınarak seçilecektir. Stratejik proje statüsünden faydalanabilmek için sınır ötesi (*cross-border*) faydaların da ortaya koyulması gerekmektedir.

⁶⁴ MadK karşılığı “Nadir toprak elementleri” ve “Nadir toprak mineralleri” şeklinde iki ayrı gruptan oluşmaktadır.

⁶⁵ Silikon metal’in MadK’da karşılığı bulunmamaktadır.

⁶⁶ Bkz. VI.B Trilog Sonrası Tüzük’te Yapılan Tadilatlar.

Bir stratejik proje sahibinin, projesinin “stratejik proje” olarak tanınması için AB Komisyonu’na başvurmasını izleyen 60 gün içinde AB Komisyonu kararını vermek zorundadır. Üçüncü ülkelerdeki projeler için AB Komisyonu, başvuruyu söz konusu üçüncü ülke ile paylaşacak ve ilgili muadil makamdan açık onay alınana kadar stratejik projeyi değerlendirme sürecini askıya alacaktır.

B. Trilog İle Varılan Mutabakat Sonrası Tüzük’te Yapılan Tadilatlar

Trilog sürecinde AB Komisyonu da olduğu halde AB Parlamentosu ve AB Konseyi arasında yürütülen müzakereler neticesinde Tüzük’te muhtelif tadilatlar yapılmıştır. Sağlanan mutabakat gereğince yapılan tadilatlar aşağıda sayılmaktadır:

- Tüzük’ün 1 numaralı Eki’nin Birinci Bölümünde sayılan stratejik hammaddeler listesine alüminyum eklenmiştir.
- AB’nin stratejik hammaddeler geri dönüşüm kapasitesi, 2030 yılı itibarı ile yıllık tüketiminin %25’ine çıkarılmıştır.
- AB Komisyon ve Üye Devletler, AB’nin stratejik hammaddeler tüketiminde beklenen artışı yavaşlatmak amacıyla teknolojik gelişimi ve kaynak verimliliğini teşvik edeceklerdir.
- AB Komisyonu 1 Ocak 2027 tarihine kadar ilgili atık akışlarındaki (*relevant waste streams*) her bir stratejik hammadde için geri dönüşüm kriterlerini kabul edecektir.
- Stratejik projelere yönelik izin verme sürecinin, işletme için 27 ayı, geri dönüşüm için ise 15 ayı aşmaması gerekecektir.
- 2011/92/AB Direktifi kapsamında çevresel etki değerlendirmesinin gerekli olduğu durumlarda ÇED raporunun hazırlanması için gereken süre, izin verme süreci süresine dahil edilmeyecektir.

VI. ÜÇÜNCÜ ÜLKELERDEKİ KRİTİK HAMMADDE PROJELERİ VE TEDARİK ZİNCİRİ

Stratejik projenin mutlaka AB sınırları içerisinde olması şart koşulmamış olup üçüncü ülkelerdeki projeler de bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Jeolojik açıdan bakıldığında hem maden çeşitliliği hem de rezerv miktarı açısından sınırlı sayıda doğal kaynaklara sahip olduğu bilinen AB’nin stratejik ve kritik

hammadelerin tedariki hususunda kendi kendine yeterli olması, en azından jeolojik olarak olası gözükmediğinden, bu hammaddelerin üçüncü ülkelerden tedariki çok daha önem kazanacaktır. Tedarik zincirinin sıhhatini ve devamlılığını temin bakımından herhangi bir kritik hammaddenin ithalatının %65'inden fazlasının tek bir ülkeden yapılması önüne engeller getirilmekte, böylece tedarik kaynağı çeşitliliği sağlanması amaçlanmaktadır.

Bu amaçla yapılan anlaşmalardan biri, Ukrayna ile imza edilen anlaşmadır.⁶⁷ Doğrudan kritik hammaddelere yönelik anlaşmalar yanında, yukarıda ifade edilen yaklaşımın imzalanan veya müzakereleri devam eden yeni veya güncellenen ticaret anlaşmaları metinlerine yansıdığını görmekteyiz.⁶⁸ İlaveten,

⁶⁷ 13 Temmuz 2021'de Kiev'de düzenlenen Yüksek Düzeyli Ortaklık Konferansı esnasında AB ve Ukrayna, hammadde ve pillere ilişkin stratejik ortaklık içeren bir mutabakat zaptı (MoU) imzaladı. "Memorandum of Understanding between the European Union and Ukraine on a Strategic Partnership on Raw Materials," EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/46300>. Bu anlaşma ile Ukrayna'nın özellikle titanyum, berilyum, grafit ve kobalt rezervleri hedeflenmektedir. Tüzüğe göre titanyum, grafit ve kobalt hem stratejik hem de kritik hammaddelerdendir. Berilyum ise sadece kritik hammadde listesinde yer almaktadır.

⁶⁸ AB ile Şili arasında 2002 yılında imzalanıp 2003 yılında yürürlüğe giren Ortaklık Anlaşması'nın güncellenmesi müzakereleri devam etmektedir. 2002 tarihli Anlaşma için bkz. "Establishing an association between the European Community and its Member States, of the one part, and the Republic of Chile, of the other part," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023 1.04.2024, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f83a503c-fa20-4b3a-9535-f1074175eaf0.0004.02/DOC_2&format=PDF. Müzakereye dair çerçevenin çizildiği AB Direktiflerinde kritik hammaddeler için ayrı bir başlık açılmıştır:

"ENERJİ VE HAMMADDE

Anlaşma, enerji ve hammaddelerin ticaret ve yatırımla ilgili yönlerini ele alan hükümleri içermelidir. Müzakereler açık, şeffaf, ayrımcı olmayan ve öngörülebilir bir iş ortamı sağlamayı ve rekabete aykırı uygulamaları sınırlandırmayı ve bu alanlardaki yerel içerik gerekliliklerini ele almayı amaçlamalıdır. Anlaşma aynı zamanda yenilenebilir enerji sektöründeki ticareti ve yatırımı destekleyen ve daha da teşvik eden kuralları da içermelidir. Ayrıca, hammaddelere sınırsız ve sürdürülebilir erişimin sağlanmasına yönelik hükümleri de içermelidir." "Directives for the Negotiation of a Modernised Association Agreement with Chile," EU Consilium, erişim tarihi Kasım 6, 2023,

Çin'in Kuşak ve Yol İnisiyatifi'ne (*Belt and Road Initiative*)⁶⁹ cevap olarak geliştirilen AB'nin Küresel Geçişyolu Stratejisi'nde de (*Global Gateway Strategy*)⁷⁰ benzer

<https://www.consilium.europa.eu/media/32405/st13553-ad01dc01en17.pdf>. Aynı şekilde Kanada ile imza edilen ve henüz tam olarak yürürlüğe girmeyen ticaret Kapsamlı Ekonomik ve Ticaret Anlaşması'nın (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) 25.4 Başlığı doğrudan kritik hammaddelere ayrılmıştır:

"Madde 25.4

Hammaddelere İlişkin İki Taraflı Diyalog

1. Taraflar, kurallara ve bilime dayalı, açık, ayrımcı olmayan ve şeffaf bir ticaret ortamının öneminin bilincinde olarak, hammaddeler konusunda etkin işbirliği kurmaya ve sürdürmeye çaba gösterirler. Bu işbirliğinin amaçları doğrultusunda, hammaddeler arasında mineraller, metaller ve endüstriyel kullanıma sahip tarım ürünleri yer almaktadır.

2. Hammaddelere İlişkin İki Taraflı Diyalog, aşağıdakiler de dahil olmak üzere karşılıklı çıkarları ilgilendiren her türlü konuyu kapsar:

(A) Taraflar arasında hammadde alanında işbirliğine ilişkin bir tartışma forumu sağlamak, hammadde ürünleri ile ilgili hizmetler ve yatırımlar için pazar erişimine katkıda bulunmak ve hammadde ticaretinde tarife dışı engelleri ortadan kaldırmak;

(B) En iyi uygulamalar ve Tarafların hammaddelerle ilgili düzenleyici politikaları hakkında bilgi alışverişinde bulunmak amacıyla, hammaddeler alanında karşılıklı anlayışı geliştirmek;

(C) OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi ve Çatışmalardan Etkilenen ve Yüksek Riskli Bölgelerden Sorumlu Maden Tedarik Zincirleri için OECD Durum Tespiti Rehberi gibi uluslararası kabul görmüş standartlara uygun olarak kurumsal sosyal sorumluluğu destekleyen faaliyetleri teşvik etmek; ve

(D) Hammaddelerle ilgili konuların gündeme getirilip tartışılabileceği çok taraflı veya çok taraflı forumlarda, uygun olduğu şekilde, Tarafların pozisyonları hakkında istişarede bulunulmasını kolaylaştırmak. "Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)#d1e15853-23-1](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01)#d1e15853-23-1).

⁶⁹ "The Belt and Road Portal," Belt and Road Portal, erişim tarihi Mart 25, 2024, <https://eng.yidaiyilu.gov.cn/p/0T4ND13J.html>.

⁷⁰ "Global Gateway," EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/global-gateway_en. AB halihazırda Kanada, Ukrayna, Namibya ve Kazakistan ile ortaklık anlaşmaları imzalamıştır. Bu ortaklık anlaşmaları ile tedarik/değer zinciri riskleri azaltılır iken sürdürülebilirliğe ve yerel değer katkısına (altyapı, bağlantısallık ve kritik hammaddeler projeleri) önem verilmektedir.

yaklaşım görülmektedir.⁷¹ Son olarak, küresel tedarik zincirlerinin geliştirilmesine dair benzer yaklaşımlara sahip ülkeler ile Kritik Hammadde Kulübü kurmak niyeti de ifade edilmektedir.⁷²

VII. PROJE FİNANSMANI MEKANİZMALARI

A. Genel Olarak

Stratejik proje olarak belirlenen projeler, özel bir ruhsatlandırma sürecine tabi olacak ve kamu fonlarından ve özel fonlardan sağlanan finansmana erişimde destek göreceklendir. Tüzük, Üye Devletlerin ve AB Komisyonu'nun (*kamu ve özel*) finans kuruluşları ile çalışarak, AB hibeleri ile banka kredilerinin bir arada sunulması şeklindeki karma yöntemler de dahil olmak üzere, mevcut ve yeni fonların ve özellikle Avrupa Yatırım Bankası (*European Investment Bank*) ile AB fonlarının gözden geçirilmesini, bu sayede kritik hammaddelere ve bunların tedarik zincirlerine yapılacak yatırımlar için desteğin arttırılmasını hedeflemektedir.

Tüzük'ün genel gerekçesinde, özel finansman imkânlarının mümkün olmadığı veya tek başına yetersiz kaldığı durumlarda, kritik hammadde projelerinin hayata geçirilebilmesi için Üye Devlet yardımı şeklindeki kamu desteğinin de gerekli olabileceği ifade edilmektedir. Üye Devletler ile AB Komisyonu'nun yanı sıra ilgili kamu mâli kuruluşları uzmanlarından

⁷¹ Eylül 2023'te Hindistan'da yapılan G20 toplantısında ev sahibi Hindistan tarafından önerilen ve ABD ve AB'den de destek bulan Hindistan-Orta Doğu-Doğu Avrupa Ekonomik Koridoru (IMEE EC) kavramını da Çin'in Kuşak ve Yol İnisiyatifi'ne bir cevap olarak görmek gerekir. Bkz. "G20 Summit: New 'Spice Route' Deal to Counter China's OBOR," *Times of India*, Eylül 10, 2023, <https://timesofindia.indiatimes.com/india/g20-summit-new-spice-route-deal-to-counter-chinas-obor/articleshow/103542127.cms?from=mdr>. Jones, Mared Gwyn. "EU strikes clean energy deals in global forum to counter China's investment plan," *Euronews*, erişim tarihi Ekim 25, 2023, <https://www.euronews.com/my-europe/2023/10/25/eu-strikes-clean-energy-deals-in-global-forum-to-counter-chinas-investment-plan>.

⁷² Bunun, Avustralya, Kanada, Finlandiya, Fransa, Almanya, Japonya, Kore, İsveç, Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Komisyonu'nu içeren 2022'de kurulan Mineral Güvenliği Ortaklığından (MGO) nasıl farklı olabileceği belirsizdir. MGO hakkında bkz., erişim tarihi Mart 2, 2024, <https://www.state.gov/minerals-security-partnership/>.

oluşturulacak bir özel Alt Grup Kurulu'nun (*sub-group Board*), farklı finansman kaynaklarının daha iyi koordinasyonunu sağlamak amacıyla görev yapacağı belirtilmiştir. Hemen ardından dikkatli bir dil ile proje finansmanına dair bu Kurul'un mevcut finansman mekanizmalarını koordine etmek dışında bir amaç taşımadığı, yapılan düzenlemelerin ise herhangi bir yeni finansman kuralı veya ek kaynak getirmediği özellikle vurgulanmıştır.

B. Global Gateway

AB, 25 Ekim 2023 tarihinde Brüksel'de, kırktan fazla Üçüncü Ülke lideri ve bakanın davetli katılımı ile bir forum düzenleyerek Çin'in Belt and Road Initiative'ine rakip olacak altyapı ortaklığı planı olan Global Gateway çerçevesinde bir dizi ülke ile mutabakat anlaşmaları imzalamıştır.⁷³ AB Komisyonu Başkanı von der Leyen, bu amaçla 300 milyar Avroluk bir fonun/desteğin tahsis edildiğini duyurmuştur. Mutabakat sağlanan ülkeler arasında kritik hammaddeler açısından zengin olan Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Zambiya öne çıkmaktadır.⁷⁴ Bu bağlamda oluşturulan İş Danışma Grubu ise, stratejik yatırımlar ve ayrılan 300 milyar Avroluk fonun tahsisi konusunda AB Komisyonu'na rehberlik etmekle görevli altmış şirketten oluşmaktadır.

C. YatırımAB Fonu (*InvestEU Fund*)

Tüzük, kritik hammadde projelerinin sıklıkla finansmana erişim konusunda zorluklarla karşılaştığının bilincinde olarak AB Komisyonu'nun 2021/523 sayılı YatırımAB Programı Tüzüğü⁷⁵ (*InvestEU Programme Regulation*) ile Kritik

⁷³ Global Gateway forumuna davet edilen Ermenistan, Namibya, Moritanya ve Senegal, Bangladeş, Mısır, Gürcistan, Fas gibi AB çevresinde yer alan ve hatta AB ile üyelik müzakeresine (19.07.2022'de) başlamış Arnavutluk gibi aday ülkeler arasında Türkiye'nin yer almaması, bu makalede ileri sürülen kritik minerallerin ulusal güvenlik ile bağdaştırılarak ele alınması yönündeki değerlendirmeyi desteklemektedir.

⁷⁴ Jones, Mared Gwyn, "EU strikes clean energy deals."

⁷⁵ "Regulation (EU) 2021/523 of the European Parliament and of the Council of 24 March 2021 establishing the InvestEU Programme and amending Regulation (EU) 2015/1017," EUR-Lex, Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32021R0523>.

Hammaddeler Tüzüğü'nde belirlenen ortak hedefler doğrultusunda yatırım desteğini artırma yollarını aramak için YatırımAB uygulama ortaklarıyla birlikte çalışmasını öngörmektedir. Her ne kadar YatırımAB Fonu'nun stratejik hammadde projelerini finanse etmek için kullanılacağından özel olarak bahsedilmese de, AB'nin finansman kaynaklarından biri olarak (*ve kriterlerin karşılanması koşuluyla*) bunun bir seçenek olarak değerlendirileceği varsayılmaktadır. Ayrıca stratejik projelerin finansmana ulaşabilmesini temin amacıyla proje sahiplerini müstakbel danışman ortaklarla birleştiren bir platform olan YatırımAB Danışma Merkezi'nin uygulanabilir (*viable*) stratejik projelerden oluşan bir portföy geliştirmesine de yardımcı olacaktır.

D. Özel Şahıs ve Şirket Yatırımları

Tüzük'te özel yatırım ihtiyacına özellikle dikkat çekildikten sonra bunun tek başına yeterli olmadığı durumlarda garanti, kredi, özkaynak (*equity*) ve özkaynak benzeri (*quasi-equity*) araçlar ile kamunun desteğinin de gerekeceğine işaret edilmektedir. Kamunun desteğinin devlet yardımı (*state aid*) şeklinde olması da mümkündür. Nitekim 4 Nisan 2023 tarihinde güncellenen devlet yardımları kılavuz şablonlarının (*State Aid guiding templates*), kritik hammaddeler değer (tedarik) zinciri boyunca devlet yardımı verilmesi ihtimaline cevaz verdiği not edilmelidir.⁷⁶

⁷⁶ Bilindiği üzere, RRF (*Recovery and Resilience Facility*) bağlamında sunulan ulusal kurtarma planlarında yer alan Devlet yardımını gerektiren tüm yatırımların ve reformların, Devlet yardımları blok muafiyet kurallarından biri kapsamına girmediği sürece önceden onay için AB Komisyonu'na bildirilmesi gerekir. Aynı zamanda rekabet ve devlet yardımı kurallarının uygulanmasından da sorumlu olan AB Komisyonu, RRF bağlamında sunulan ulusal kurtarma planlarında (*national recovery plans*) yer alan Devlet yardımını gerektiren önlemleri öncelikli bir konu olarak değerlendirmekte olup ulusal planların hazırlık aşamalarında Üye Devletlere, RRF'nin hızlı bir şekilde uygulanmasını teminen rehberlik ve destek sağlamıştır. AB Komisyonu 2020 yılının Aralık ayında, aşağıdaki durumlar ile sınırlı olmak üzere sektörlere rehberlik sağlayan onbir devlet yardımı kılavuz şablonu yayınladı: (i) Devlet yardımı hariç tutulabilir ve bu nedenle Komisyona önceden bildirimde bulunmak gerekli değildir; (ii) Devlet yardımı söz konusu olabilir ancak grup muafiyeti

Tüzük'te; AB Komisyonu, Üye Devletler ve bankalar arasındaki koordinasyon ihtiyacından ve stratejik projelerin finansmanını sağlayabilmek amacıyla AB ile ulusal düzeydeki finansman programları arasında bir etkileşim oluşturulması gerekliliğinden bahsedilmektedir.

E. AB İhracat Kredileri

Tüzük'te yer almamakla birlikte, Tebliğ'de yurtdışındaki kritik hammadde tedarik zincirlerini destekleyecek bir başka finansman imkânı olan AB İhracat Kredisi (*EU Export Credit Facility*) olanağına işaret edilmektedir.⁷⁷ AB İhracat Kredi Stratejisinin geliştirilmesi, aynı zamanda AB Komisyonu'nun Yeşil Anlaşma Sanayi Planının (*Green Deal Industry Plan*) bir parçasını oluşturmaktadır. Tüzük'ün kabul edilmesi ardından kritik hammadde projeleri bağlamında ihracat kredisi enstrümanı olarak bir finansman çerçevesinin geliştirilmesi beklenmektedir.

F. Finansmanın Koordinasyonu

Tüzük'te, Üye Devletler ve AB Komisyonu'nun yanı sıra ilgili kamu mâli kuruluşlarından uzmanların bir araya getirildiği özel bir alt grup Kurulu'nun (*sub-group Board*) kurulması önerilmektedir. Bu alt grup Kurulu, bir stratejik projenin finansman ihtiyaçlarını gözeterek finansman olanaklarına en iyi şekilde nasıl erişilebileceği hususunda bir öneri sunacaktır. Stratejik projeyi değerlendirirken bu alt grubun dikkate alınması gereken finansman seçenekleri aşağıdaki gibidir:⁷⁸

kapsamına girdiğinden herhangi bir bildirim gerek yoktur; ve (iii) Devlet yardımının söz konusudur ve bildirim gereklidir. 2023 yılının Şubat ayında AB Parlamentosu ve AB Konseyi, ulusal Recovery and Resilience Plans'lere (RRP) REPowerEU bölümlerini dahil ederek tadil ettiği RRF (*Recovery and Resilience Facility*) Tüzüğü'nü resmi olarak onayladı. Yaklaşık bir ay sonra 2023 yılının Mart ayında ise Komisyon Üye Devletleri, REPowerEU bağlamında RRP'lere ilişkin Kılavuz'da değiştirilmiş ulusal planlarını ek REPowerEU bölümleriyle birlikte en geç 30 Nisan 2023 tarihine kadar Komisyona sunmaya çağırdı. Ayrıntılı bilgi ve ilgili belgeler için bkz. "State aid: Commission updates guidance for measures to support the green transition," EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2090.

⁷⁷ "Exports Credit Group," EU Consilium, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/preparatory-bodies/exports-credit-group/>.

⁷⁸ Bu sıralamanın bir öncelik sonralık içerip içermediğine dair izahat bulunmamaktadır.

- ek özel finansman kaynakları,
- Avrupa Yatırım Bankası'ndan (*European Investment Bank; EIB*) veya Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası da (*The European Bank for Reconstruction and Development; EBRD*) dahil olmak üzere diğer uluslararası mâli kuruluşlardan sağlanan kaynaklar,
- ulusal bankalar ve kurumlar da dahil olmak üzere mevcut Üye Devlet araçları ve programları,
- ilgili Birlik fonlama ve finansman programları (yukarıda bahsedilen YatırımAB -*InvestEU*- gibi).

G. Üye Devletler Düzeyindeki Diğer Destekler

Üye Devletler'den, AB Komisyonu faaliyetlerine ek olarak, stratejik projelere özel yatırımların yapılmasına ve hızlandırılmasına yönelik proje idaresi, raporlama yükümlülükleri gibi finansman harici destekler ile mevzuat uyumunu (*regulatory compliance*) ve projenin halk tarafından kabulünü (*social license*) artırıcı destekler sağlaması beklenmektedir.

VIII. KRİTİK HAMMADDELER LİSTESİ; KRİTİK HAMMADDENİN EKONOMİK ÖNEMİ VE TEDARİK RİSKİ

Tüzük'ün 2 numaralı Eki'nin Birinci Bölümünde sayılan kritik hammaddeler aşağıdaki gibidir:⁷⁹

- 1) Antimuan
- 2) Arsenik
- 3) Boksit⁸⁰

⁷⁹ Listelenen kritik hammaddelerin Türkçeye çevrilmesinde, 3213 sayılı Maden Kanunu (MadK) m. 2'deki karşılıkları esas alınmıştır. Birebir uyuşmayan mineraller için ayrıca izahat yapılmış, Kanun'da karşılığı hiç olmayan mineraller ayrıca belirtilmiştir.

⁸⁰ MadK'da boksit müstakil bir maden olarak değil, Alüminyum (Boksit, Gipsit, Böhmüt) şeklinde sayılmıştır.

- 4) Barit
- 5) Berilyum
- 6) Bizmut
- 7) Boron⁸¹
- 8) Kobalt
- 9) Taşkömürü (*coking coal*)
- 10) Bakır
- 11) Feldspar⁸²
- 12) Fluorspar⁸³
- 13) Galyum
- 14) Germanyum
- 15) Hafniyum
- 16) Helyum⁸⁴
- 17) Ağır nadir toprak mineralleri (*Heavy Rare Earth Elements*)⁸⁵
- 18) Hafif nadir toprak mineralleri (*Light Rare Earth Elements*)⁸⁶
- 19) Lityum
- 20) Magnezyum
- 21) Manganez

⁸¹ MadK karşılığı "Bor tuzları" şeklindedir.

⁸² MadK'da feldspar müstakil bir maden olarak değil, Feldispat (Feldispat ve Feldispatoid grubu mineraller) şeklinde sayılmıştır.

⁸³ Fluorspar'ın MadK'da karşılığı bulunmamaktadır.

⁸⁴ Helyum'un MadK'da karşılığı bulunmamaktadır.

⁸⁵ MadK karşılığı "Nadir toprak elementleri" ve "Nadir toprak mineralleri" şeklinde iki ayrı gruptan oluşmaktadır.

⁸⁶ MadK karşılığı "Nadir toprak elementleri" ve "Nadir toprak mineralleri" şeklinde iki ayrı gruptan oluşmaktadır.

- 22) Doğal Grafit
- 23) Nikel (*pil tenörü, battery grade*)
- 24) Niobyum
- 25) Kaya fosfat (*Phosphate rock*)
- 26) Fosfor⁸⁷
- 27) Platin grubu metalller (*Platinum Group Metals*)
- 28) Skandiyum⁸⁸
- 29) Silikon metal⁸⁹
- 30) Stronsiyum⁹⁰
- 31) Tantalum
- 32) Titan metal
- 33) Tungsten
- 34) Vanadyum

IX. KRİTİK HAMMADDE ARAMALARI VE İZİN SÜREÇLERİ

Tüzük, kritik hammaddelerin aranmasına yönelik olarak öncelikle Üye Devletlerin kendi coğrafyalarındaki mevcut arama projelerinin gözden geçirilmesini, böyle bir programa sahip olmayan Üye Devletlerin ise (ulusal/bölgesel) arama projeleri geliştirmesini amaçlamaktadır. Tüzük'ün yürürlüğe girmesini izleyen ilk yıl içerisinde ulusal arama projeleri oluşturulması süreci tamamlanacaktır. Ardından bu programlara göre yürütülecek arama faaliyetlerine dair bulgular ve ilerleme fazları yayımlanacaktır.

⁸⁷ Fosfor'un MadK'da karşılığı bulunmamaktadır.

⁸⁸ Scandium'un MadK'da karşılığı bulunmamaktadır.

⁸⁹ Silikon metal'in MadK'da karşılığı bulunmamaktadır.

⁹⁰ MadK'da stronsiyum müstakil bir maden olarak değil, Stronsiyum tuzları (Selestin, Stronsiyanit) şeklinde sayılmıştır.

Üye Devletlerin, kritik hammadde projelerinin izin süreçleri için tek bir ulusal otorite belirlemeleri hedeflenmektedir (“one-stop-shop” policy). İşletme aşamasına gelmiş madencilik projelerinin izin alma süreçlerinin uzunluğu dikkate alınarak:

- Değerlendirme aşamasındaki işletme projeleri için 21 aylık,
- Cevher işleme projeleri ile geri dönüşüm projeleri için ise 9 aylık,

süreler belirlenmiştir. Bu süreler içerisinde herhangi bir karar alınmamış olması, projenin izin süreçlerinin tamamlandığı anlamına gelecektir. Bununla birlikte ulusal sürece özgü idari itiraz mekanizmalarının dikkate alınması gerekeceği şeklindeki düzenleme, yukarıda öngörülen sürelerin aşılması ihtimalinin göz ardı edilemeyeceği anlamına gelmektedir.

X. MÜŞTEREK TEDARİK MEKANİZMASI

Tüzük’ün, kritik hammadde tedarik zincirlerinin kontrolünün yanı sıra kritik hammadde stokları ile ilgili olarak Üye Devletler arasında bilgi paylaşımı ve müstakbel koordinasyona ilişkin hükümler içerdiğinden yukarıda bahsedilmiştir. İşletmeler düzeyinde ise, Üye Devletler tarafından önerilen ve belirlenen stratejik hammaddeleri kullanarak stratejik teknolojiler üreten bazı şirketlerin, her iki yılda bir tedarik zincirlerinde bir haritalandırma uygulaması (*mapping*) ve stres testi (*stress test*) yapması gerekecektir.⁹¹

Oluşturulmak istenen bu yapının bir başka ayağında, AB Komisyonu tarafından, işlenmiş ve işlenmemiş minerallerin ortak olarak satın alınmasına yönelik bir mekanizma önerilmektedir. Bu mekanizmanın kapsayacağı hammaddeler henüz tam olarak tespit edilememiş olmakla birlikte ortak satın alma mekanizmasına göre stratejik hammaddeleri kullanan tüm teşebbüslerin talepleri bir araya toplanacak ve tedarikçilerden bu toplam talebi karşılamak için

⁹¹ Stres testi uygulaması, bankacılık sektöründe uygulanmaktadır. Avrupa Bankacılık Otoritesi’nin 2023 yılına ilişkin stres testi araştırma sonuçları için bkz. “EBA publishes the results of its 2023 EU-wide stress test,” European Banking Authority, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://www.eba.europa.eu/eba-publishes-results-its-2023-eu-wide-stress-test>.

teklifler alınacaktır.⁹² Böylece hem Üye Devletlerin hem de şirketlerin “stratejik stoklar” oluşturması ve potansiyel tedarik zinciri kesintilerine ve piyasa dalgalanmalarına karşı hazırlıklı olması amaçlanmaktadır.⁹³

Nisan 2022’de oluşturulmakla birlikte, faal hale getirilmesi Rusya’dan alınan gazın azaltılması amacıyla Haziran 2022’de çıkarılan Gaz Depolama Tüzüğü,⁹⁴ hemen ardından Ağustos 2022’de çıkarılan Gaz Azaltma Tüzüğü’nün⁹⁵ yürürlüğe konulması arkasına bırakılan AB Enerji Platformu (*EU Energy Platform*), bir müşterek tedarik mekanizması olarak LNG alımlarında kullanılmaktadır.⁹⁶ Platformun kurulmasını takiben 19 Aralık 2022’de Gaz Alımlarının Daha İyi Koordine Edilmesi, Güvenilir Fiyat Kriterleri ve Sınırlar Arası Gaz Alışverişi Yoluyla Dayanışmanın Arttırılmasına ilişkin 2022/2576 sayılı AB Konsey Tüzüğü

⁹² Arz değil de talep piyasasında rekabeti bozucu etki analizi yapıldığına dair bir değerlendirmeye Tüzük ve Tebliğ’de rastlanılmamıştır.

⁹³ Rusya’nın Ukrayna’yı işgal etmesi ardından uygulamaya konulan ekonomik yaptırımlar Avrupa’nın gaz tedarik kanallarını ve gaz depolama imkânlarını doğrudan etkilemiş, bu durum kimi ülkelerde tüketici fiyatlarına hızlı bir şekilde yansımıştır. AB’nin, 5 Ağustos 2022’de Rusya’dan gaz talebini azaltma amacıyla çıkardığı Council Regulation (EU) 2022/1369 on Coordinated Demand-Reduction Measures for Gas, Mayıs 2023’e kadar Rusya’dan tedarik edilen gazın tüketiminde %18’lik bir düşüşe yol açmıştır. Tüzüğün Gözden Geçirme (*Review*) başlıklı 9. maddesi gereğince yürürlük süresi bir yıl daha uzatılmıştır. “Council Regulation (EU) 2022/1369 of 5 August 2022 on coordinated demand-reduction measures for gas,” EUR-Lex, Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R1369>.

⁹⁴ “Regulation (EU) 2022/1032 of the European Parliament and of the Council of 29 June 2022 amending Regulations (EU) 2017/1938 and (EC) No 715/2009 with regard to gas storage (Text with EEA relevance),” EUR-Lex, Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1032/oj>.

⁹⁵ “Council Regulation (EU) 2022/1369 of 5 August 2022 on coordinated demand-reduction measures for gas,” EUR-Lex, Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R1369>.

⁹⁶ “EU Energy Platform,” EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://energy.ec.europa.eu/topics/energy-security/eu-energy-platform_en.

yayımlanmıştır.⁹⁷ AB Enerji Platformu, 10 Mayıs 2023'te ilk, 3 Ekim 2023'te ise üçüncü müşterek satın alma ihalesini yapmıştır.⁹⁸

XI. SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK VE DÖNGÜSEL EKONOMİ

AB'nin hem İç Pazar (*Internal -Single- Market*) üretimi hem de ithalat yönüyle stratejik ve kritik hammadde tüketiminde karbon ayakizini (*carbon footprint*) azaltma hedefinin de olduğu hatırlanmalıdır.⁹⁹ Stratejik projelerin seçiminde dikkate alınacak kriterler bakıldığında, sadece çevre ile uyum değil, insan haklarına uyum da dikkate alınmaktadır. Bu açıdan:

- Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespiti Direktifi'ne uyum,¹⁰⁰
- Çatışma Bölgelerinden Gelen Mineraller Tüzüğü,¹⁰¹ ile
- diğer AB mevzuatı ile insan hakları *due diligence* uluslararası kılavuzuna uygunluk,

önemli rol oynayacaktır.

Kritik hammaddelerin döngüselliğini (*circularity*) ve verimli kullanımını geliştirmek için AB Komisyonu, geri dönüştürülmüş malzemeler için değer

⁹⁷ "Council Regulation (EU) 2022/2576 of 19 December 2022 enhancing solidarity through better coordination of gas purchases, reliable price benchmarks and exchanges of gas across borders," EUR-Lex, Kasım 6, 2023, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?toc=OJ%3AL%3A2022%3A335%3ATOC&uri=uriserv%3AOJ.L_2022.335.01.0001.01.ENG.

⁹⁸ 3 Ekim 2023'te üçüncü alım ihalesine çıkmıştır. Bu alımlarda AggregateEU isimli bir arz ve talep toplama mekanizması kullanılmaktadır. Bkz. "AggregateEU – questions and answers," EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://energy.ec.europa.eu/topics/energy-security/eu-energy-platform/aggregateeu-questions-and-answers_en#aggregateeu-onboarding---registration-and-subscription.

⁹⁹ Aşağıda XIII. başlık altında değinilmektedir.

¹⁰⁰ "Corporate sustainability due diligence," EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_en.

¹⁰¹ "Official Journal of the European Union," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2017:130:FULL>.

zincirleri oluşturacaktır. Üye Devletlerin, kritik hammaddeleri geri kazanmak için atıkların toplanmasını ve geri dönüştürülmesini iyileştirmeye yönelik programlar uygulaması gerekecektir. İki ayrı düzlemde ilerleyecek olan bu programlarda ilkin Üye Devletlerin, kritik hammaddelerin atık ürünlerden yeniden kullanım amacıyla geri kazanımını artırmak ve aynı zamanda bu tür ürünlerin yeniden kullanımını ve geri dönüştürülebilirliğini artırmak için çeşitli önlemler alması gerekecektir.

İkinci düzlemde döngüsel ekonomi (*circular economy*) ekosistemi oluşturulması açısından ise, ilk olarak değer zincirlerinin oluşturulması elzemdir. Bu amaçla Üye Devletlerin yeniden kullanım için atık malzemelerden geri kazanımı önemli oranda arttırmalarının yanı sıra bu ürünlerin yeniden kullanımı ve geri dönüşümünü de arttırmaları gerekecektir. İkinci aşamada ise, AB'deki madencilik endüstrisi aktörlerinden, kendi işletme/üretim tesislerindeki maden atıklarından (*mine waste; pasa, cüruf, atık*) kritik hammaddelerin geri kazanılması potansiyelini **belirlemede** Üye Devletlere yardımcı olmaları istenecektir.

XII. AB YEŞİL MUTABAKATI (*EU GREEN DEAL*) İLE OLAN İLİŞKİSİ

Tüzük, AB Yeşil Mutabakatı açısından merkezi bir önemi haizdir. Bilindiği üzere, AB Komisyonu, Avrupa'nın Net-Sıfır sanayisinin rekabet gücünü artırmak ve iklim nötralitesine hızlı geçişi desteklemek için bir Yeşil Mutabakat Sanayi Planı açıklamıştır.¹⁰² Bu Plan'a göre, Avrupa'nın iddialı iklim hedeflerini karşılamak için gereken net sıfır teknolojiler ve ürünlere yönelik AB'nin üretim kapasitesinin artırılması için daha elverişli bir (yatırım) ortamı sağlanması hedeflenmektedir. Öngörülebilir ve basitleştirilmiş bir yasal çerçeve, finansmana daha hızlı erişim,

¹⁰² Green Deal Industrial Plan, AB'nin 2050 İklim Nötrlüğü hedefine ulaşmak için Net-Sıfır teknolojilerin ve ürünlerin piyasa ölçeğinin artırılmasına yönelik destekleyici bir ortam sağlamak üzere tasarlanmıştır. Bkz. "The Green Deal Industrial Plan Putting Europe's net-zero industry in the lead," EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/green-deal-industrial-plan_en#:~:text=The%20Green%20Deal%20Industrial%20Plan%20enhances%20the%20competitiveness%20of%20Europe's,the%20transition%20to%20climate%20neutrality.

becerilerin geliştirilmesi ve dayanıklı tedarik zincirleri için serbest ticaret şeklinde dört ayrı sütundan oluşan Plan, AB İç Pazarının güçlü taraflarına dayanmaktadır.¹⁰³

Tüzük, AB Komisyonu tarafından 1 Şubat 2023'te kamuoyuna duyurulan Net-Sıfır Dönemi için Yeşil Mutabakat Endüstriyel Plan'ın "Öngörülebilir ve Basitleştirilmiş Yasal Çerçeve" isimli birinci sütununun da bir parçasıdır.¹⁰⁴

XIII. AVRUPA EKONOMİK GÜVENLİK STRATEJİSİ VE KRİTİK TEKNOLOJİ ALANLARI İLE OLAN İLİŞKİSİ

20 Haziran 2023'te AB Komisyonu ile AB Yüksek Temsilcisi, Avrupa Ekonomik Güvenlik Stratejisine İlişkin Müşterek Tebliği kamuoyuna açıkladılar.¹⁰⁵ Strateji, dört alanda ekonomik güvenliğe yönelik bir dizi risklerin kapsamlı bir değerlendirmesinin yapılmasını önermektedir:

- Enerji güvenliği de dahil olmak üzere tedarik zincirlerinin dayanıklılığına yönelik riskler,
- Kritik altyapının fiziksel ve siber güvenliğine yönelik riskler,
- Teknoloji güvenliği ve teknoloji sızıntısına ilişkin riskler,
- Ekonomik bağımlılıkların silah haline getirilmesi veya ekonomik baskı riskleri.

¹⁰³ Sütunlar: 1) Öngörülebilir ve basitleştirilmiş düzenleyici çevre (*Predictable and simplified regulatory environment*), 2) Finansmana daha hızlı erişim (*Faster access to funding*), 3) Becerilerin geliştirilmesi (*Enhancing skills*); 4) Dayanıklı tedarik zincirleri için açık ticaret (*Open trade for resilient supply chains*).

¹⁰⁴ "The Green Deal Industrial Plan: putting Europe's net-zero industry in the lead," EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_510. Birinci sütunun diğer iki inisiyatifi ise, sırasıyla: *Net-Zero Industry Act* ile *Reform of electricity market design*'dir.

¹⁰⁵ "Joint Communication to the European Parliament, the European Council and the Council on European Economic Security Strategy," EU Consilium, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10919-2023-INIT/en/pdf#:~:text=The%20aim%20of%20this%20strategy,practices%20such%20as%20economic%20coercion.>

Tebliğe göre Avrupa Ekonomik Güvenlik Stratejisi üç sütunlu bir yaklaşıma dayanmaktadır, ki bunlar aynı zamanda risklerin azaltılmasına dair bir metodoloji de sunmaktadır:¹⁰⁶

- AB'nin ekonomik tabanının ve rekabet gücünün desteklenmesi,
- Risklere karşı koruma,
- Ortak kaygı ve çıkarları ele almak için mümkün olan en geniş ülke yelpazesine ortaklık.

Kamuoyuna duyurulmasının hemen ardından 29-30 Haziran 2023'teki AB Komisyonu toplantısında, Tebliğin sağladığı çerçevede ışığında daha somut olarak aşağıdaki adımlar üzerinde durulmuştur:

- Üye Devletlerle birlikte AB'nin ekonomik güvenliğini etkileyen risklerin değerlendirilmesine yönelik bir çerçeve geliştirilmesi,¹⁰⁷
- Ekonomik güvenlik konusunda kolektif bir anlayış geliştirilmesi ile ekonomik güvenlik kaygıları ışığında durum tespiti ve risk yönetimi yapmaya teşvik etmek için özel sektörle yapılandırılmış bir diyalog kurulması,
- Avrupa İçin Stratejik Teknolojiler Platformu (STEP) aracılığıyla kritik teknolojilerin geliştirilmesi de dahil olmak üzere, AB'nin teknolojik egemenliğinin ve AB değer zincirlerinin dayanıklılığının daha fazla desteklenmesi,¹⁰⁸

¹⁰⁶ Bu hususta genel bir değerlendirme için bkz. Tobias Gehrke ve Julian Ringhof, "Indispensable leverage: How the EU can build its technological edge," Commentary at European Council on Foreign Relations (ECFR), erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://ecfr.eu/article/indispensable-leverage-how-the-eu-can-build-its-technological-edge/>.

¹⁰⁷ Bu unsur, ekonomik güvenlik açısından kritik olan teknolojilerin bir listesinin oluşturulmasını ve uygun hafifletici önlemlerin tasarlanması amacıyla risklerin değerlendirilmesini içermektedir.

¹⁰⁸ *The Strategic Technologies for Europe Platform (STEP)* adı verilen bu platform altında yer alan alanlardan biri de Kritik Hammaddelerdir. Ürünler için *sovereignty seal* adı verilen bir kalite etiketi oluşturulmuş, bu amaçla *Sovereignty Platform* kurulmuştur. "Strategic Technologies for Europe Platform," EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/eu-budget/strategic-technologies-europe-platform_en#:~:text=STEP%20seeks%20to%20reinforce%2C%20leverage,those%20technologies%20into%20the%20economy.

- Doğrudan Yabancı Yatırım (FDI) Tarama Direktifi'nin gözden geçirilmesi,
- Çift kullanımlı (*dual-use*) teknolojilerin araştırılması ve geliştirilmesi için yeterli desteğin sağlanmasına yönelik seçeneklerin araştırılması,
- AB'nin Çift Kullanımlı Ürünlere İlişkin İhracat Kontrolü Tüzüğü'nün tam olarak uygulanması,¹⁰⁹
- Üye Devletlerle birlikte, dışarıya giden (*outbound*) yatırımlardan kaynaklanabilecek güvenlik risklerinin incelenmesi ve bu temelde olmak üzere yıl sonuna kadar bir girişim önerilmesi,
- Mevcut araçların sistematik ve sıkı bir şekilde uygulanmasını sağlayarak ve kalan boşlukları belirleyip ele alarak araştırma güvenliğini artıracak önlemlerin tavsiye edilmesi,
- Hibrit ve Siber Diplomasi araç kutusu (*tool-box*) ile yabancı istihbarat manipülasyonu ve müdahalesi (FIMI)¹¹⁰ araç kutusu dahil olmak üzere AB ekonomik güvenliğini artırmak için Ortak Dış ve Güvenlik Politikası (CFSP)¹¹¹ enstrümanlarının kullanımının araştırılması,

¹⁰⁹ "Regulation (EU) 2021/821 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2021 setting up a Union regime for the control of exports, brokering, technical assistance, transit and transfer of dual-use items," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32021R0821>.

¹¹⁰ FIMI; AB Diplomatik Servisi tarafından "değerleri, prosedürleri ve siyasi süreçleri tehdit eden veya olumsuz etkileme potansiyeline sahip, çoğunlukla yasa dışı olmayan bir davranış şeklidir. Bu tür faaliyetler manipülatif karakterde olup, kasıtlı ve koordineli bir şekilde gerçekleştirilir. Bu tür faaliyetlerin aktörleri, kendi bölgeleri içindeki ve dışındaki araçları da dahil olmak üzere, devlet veya devlet dışı aktörler olabilir" olarak tanımlanmaktadır. "Tackling Disinformation, Foreign Information Manipulation & Interference," European Union External Action, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://www.eeas.europa.eu/eeas/tackling-disinformation-foreign-information-manipulation-interference_en.

¹¹¹ "Common foreign and security policy," EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://fpi.ec.europa.eu/what-we-do/common-foreign-and-security-policy_en.

- AB Tek İstihbarat Analiz Kapasitesine (SIAC),¹¹² özellikle AB ekonomik güvenliğine yönelik olası tehditlerin tespiti konusunda çalışması talimatının verilmesi,

- AB ekonomik güvenliğinin korunması ve geliştirilmesinin AB'nin dış faaliyetlerine tam olarak entegre edilmesinin sağlanması ve ekonomik güvenlik konularında üçüncü ülkelerle iş birliğinin yoğunlaştırılması.

3 Ekim 2023 tarihinde Üye Devletler ile AB'nin ekonomik güvenliği için kritik teknoloji alanları ileri risk değerlendirmesine dair AB Komisyonu Tavsiyesi yayımlanmıştır.¹¹³ Tavsiye ekinde 10 kritik teknoloji alanı sayılmaktadır. 10 numaralı kritik teknoloji alanı olan Gelişmiş Malzemeler, İmalat ve Gerişi Dönüşüm Teknoloji başlığı altında:

- kritik hammaddelerin istihracı (*extraction*),
- işlenmesi (*processing*),
- geri dönüşümü (*recycling*),

teknolojileri de sayılmaktadır.¹¹⁴ Bir başka ifade ile, kritik hammaddeler, AB'nin ekonomik güvenlik politikasının ayrılmaz bir parçası olup kritik teknoloji

¹¹² AB External Action Service altında bir müdürlük olarak örgütlenen SIAC istihbarî bilgilerin analizi ile iştigal eder ve doğrudan Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisine raporlama yapar.

¹¹³ "Commission Recommendation of 03 October 2023 on critical technology areas for the EU's economic security for further risk assessment with Member States," EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://defence-industry-space.ec.europa.eu/commission-recommendation-03-october-2023-critical-technology-areas-eus-economic-security-further_en. Komisyon Tavsiyesi ekindeki listenin temiz teknolojileri (*clean technologies*) içermemesine yönelik bir eleştiri için bkz. Demarais, Agathe. "What the EU list of critical technologies tells us about its de-risking plans." European Council on Foreign Relations, erişim tarihi Ekim 15, 2023. <https://ecfr.eu/article/what-the-eu-list-of-critical-technologies-tells-us-about-its-de-risking-plans/>.

¹¹⁴ 10. Advanced Materials, Manufacturing and Recycling Technologies: (...) Technologies for extraction, processing and recycling of critical raw materials (including hydrometallurgical extraction, bioleaching, nanotechnology-based filtration, electrochemical processing and black

alanlarından birinin de alt unsurunu oluşturmaktadır. *Explanatory Memorandum*'un 3. sayfasında, 2021 Eylem Planı'nda sivil, savunma ve uzay endüstrileri arasında sinerji yaratılması amacıyla AB Komisyonu tarafından bir "kritik teknolojiler gözlemevi" oluşturulacağından, bu gözlemevinin stratejik bağımlılık ve kırılabilirlik bakımından bu endüstriler arasındaki uyumu gözeteceğinden bahsedilmektedir.

XIV. BASKI KARŞITI ENSTRÜMAN (*ANTI-COERCION INSTRUMENT*) İLE OLAN İLİŞKİSİ

28 Mart 2023 tarihinde, AB Parlamentosu ve AB Konseyi, AB'nin üçüncü ülkelerden gelen ekonomik baskı girişimlerine karşı mücadele etmesine yardımcı olacak bir baskı karşıtı araç için ortak bir metin (siyasi mutabakat, *political agreement*) üzerinde anlaşmaya varmıştı.¹¹⁵ Üzerinde mutabakat sağlanan metinden hareketle hazırlanan Tüzük, 3 Ekim 2023 tarihli AB Parlamentosu oturumunda ezici bir çoğunluk ile kabul edildi.¹¹⁶ Bir sonraki adım, AB Konseyi'nin AB Parlamentosu'nda kabul edilen bu Tüzüğü oylaması olacaktır.

mass). Bkz. "Commission Recommendation of 03 October 2023 on critical technology areas for the EU's economic security for further risk assessment with Member States," EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://defence-industry-space.ec.europa.eu/commission-recommendation-03-october-2023-critical-technology-areas-eus-economic-security-further_en.

¹¹⁵ Baskı Karşıtı Enstrümanı doğuran sebeplerden en önemlisi, 2021 yılının bahar aylarında Çin'in, bazı AB Parlamentosu üyelerine ve akademisyenlere, Çin'in Sincan bölgesindeki Uygur azınlığa yönelik insan haklarına aykırı uygulamalara dair eleştirileri nedeniyle yaptırım uygulamasıydı. Çin'in, arz ve tedarik güvenliğini tehlikeye düşürecek şekilde kritik hammaddeler konusunda tek taraflı dramatik tedbirler alması da bir başka etken olarak öne çıkmıştı. Ardından Çin'in, Tayvan'da diplomatik bir temsilcilik açan AB üyesi Litvanya'ya uyguladığı ekonomik ambargo (ithalat yasağı) da bu vesile ile hatırlanmalıdır. 2021 yılında göreve başlayan ABD Başkanı Biden'ın, özellikle Çin'e karşı yöneltildiği anlaşılan "*America first*" yaklaşımından hareketle ortaya çıkan *Inflation Reduction Act* de bir başka etken olarak sayılmalıdır. Nitekim Enstrüman'ın hazırlanması sürecinin önde gelen ismi olan Alman sosyal demokrat AB Parlamentosu üyesi Bernd Lange, Enstrüman'ın hedefinin Çin ve ABD olduğunu açıkça ifade etmişti.

¹¹⁶ "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union and its Member States from economic coercion by third countries," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0775>.

Baskı Karşıtı Enstrüman, Üye Devletlere veya kurumlarına ekonomik araçları ve imkânları kullanarak baskı yapmaya çalışan üçüncü ülkelere karşı AB'nin ithalat tarifeleri, ticaret kısıtlamaları veya kamu ihale önlemleri gibi karşı önlemler almasına olanak tanımaktadır.¹¹⁷ Enstrüman'ın öngördüğü süreç şu şekilde işleyecektir:¹¹⁸ İlkın AB Komisyonu, üçüncü ülkenin davranışının bir baskı/zorlama teşkil edip etmediğini analiz eden bir rapor hazırlayacaktır. AB Komisyonu'nun bu analiz raporu üzerine AB Konseyi, nitelikli çoğunlukla bu rapordaki tespitleri kabul edip etmemeyi oylayacaktır. Nitelikli çoğunluk, üçüncü ülkenin baskı uyguladığı konusunda oydaşma sağlar ise, AB Komisyonu, AB Konseyi ve AB Parlamentosu bahsi geçen üçüncü ülkeye karşı alınacak bir dizi karşı önlem üzerinde kendi aralarında anlaşmaya varmakla mükelleftir. Bu sürecin başlamasından sonraki herhangi bir aşamada, ki buna alınacak önlemlerin

¹¹⁷ Enstrüman'ın ön plana çıkmasının sebeplerinden biri de, ABD'nin Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Temyiz Organına (TO) (*Appellate Body*) üye seçimini fiilen engellemesi nedeniyle DTÖ Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının (UÇM) tümüyle devre dışı kalmış (felç edilmiş) olmasıdır. Baskı Karşıtı Enstrüman'ın oluşturulması sürecinin en başında AB Komisyonu ve AB Konseyi'nin Ortak Deklarasyonu'nda bu hususa açıkça dikkate çekilmektedir. 2021/C 49/02 – “Joint Declaration of the Commission, the Council and the European Parliament on an instrument to deter and counteract coercive actions by third countries; 2021/C 49/02 – Joint Declaration of the European Parliament, the Council and the Commission; 2021/C 49/03 – Commission declaration on compliance with international law. Bkz Official Journal of the European Union, C 049 (1-3 paragraflar),” EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2021:049:FULL>. DTÖ TO faal olsaydı dahi çok hızlı değişen koşullara adapte olabilmek ve karşı pozisyon oluşturabilmek için DTÖ UÇM'nin yavaş kalması ihtimaline de dikkat çekmek gerekir. Hatırlanacağı üzere, DTÖ çerçevesi altında imza edilen/taf olunan uluslararası anlaşmalar ile ilgili olarak ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıklarda DTÖ UÇM münhasıran yetkili kılınmaktadır. Üye/Taraf Devletler, söz konusu uyuşmazlıkların halli amacıyla başka bir uyuşmazlık çözüm yoluna başvuramayacaklardır. Münhasırlığın bir diğer yönü ise, Üye/Taraf Devletlerin DTÖ çerçevesi altında imza edilen/taf olunan uluslararası anlaşmalar ile ilgisi bulunmayan uyuşmazlıklarda DTÖ UÇM'ye başvuramamasıdır.

¹¹⁸ Bkz. EK-11, “EU anti-coercion instrument, European Parliamentary Research Service (EPRS),” Marcin Szczepeński, Members' Research Service, PE 729.299 – March 2024, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/729299/EPRS_BRI%282022%29729299_EN.pdf.

uygulanmaya başlandığı aşama da dahildir, üçüncü ülke ile uyumsuzluğun giderilmesi yönünde anlaşmaya varılması her daim mümkündür.¹¹⁹

XV. AVRUPA DOĞRUDAN YABANCI SERMAYE TARAMA TÜZÜĞÜ İLE OLAN İLİŞKİSİ

AB Konseyi tarafından kabulünden bir buçuk yıl sonra, 11 Ekim 2020'de Doğrudan Yabancı Yatırımların (FDI) Taranması Tüzüğü yürürlüğe girmişti.¹²⁰ Tüzük, AB Komisyonu'na ve Üye Devletlere, üçüncü ülkelerin Birlik içerisinde yapacakları yatırımlar hakkında bilgi alışverişinde bulunmaları için bir mekanizma getirmektedir. Tüzüğe göre AB Komisyonu, bir yatırımın birden fazla Üye Devletin güvenliğine veya kamu düzenine tehdit oluşturduğu görüşünde olur ise bu yatırıma ilişkin olarak görüş bildirebilecektir. Tüzüğün, bir yabancı yatırımın Üye Devletin ulusal güvenliğini veya kamu düzenini etkileyip etkilemeyeceğinin tespiti yönünde dikkate alınacak faktörlerin sıralandığı 4/1.c bendinde “*enerji ve hammaddeler gibi kritik girdiler*” sayılmakla kritik hammaddelerin de Tüzük kapsamında olduğu anlaşılmaktadır.

Tarama mekanizması, genel olarak AB ekonomisinin son on yılında kritik hammaddeler ve kritik teknolojiler gibi hassas alanlara yapılan yabancı yatırımları konu edinmekle birlikte, hem Tüzük'ün kabulünün zamanlamasından hem de kamuoyuna yapılan kimi açıklamalardan arka planda Çin'in teknoloji *conglomerate*'ı olarak kabul edilen -Huawei gibi- şirketleri üzerinden ortaya çıktığı iddia edilen ulusal güvenlik zafiyetleri olduğu bilinmektedir.¹²¹

¹¹⁹ Bu açıdan bakıldığında ekonomik yatırımlar son çare (*ultima ratio*) olarak düşünülmüştür.

¹²⁰ “Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of The Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union,” EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02019R0452-20200919&from=EN>.

¹²¹ AB tarafından yapılan resmî açıklamalar için bkz. “Sanctions and Human Rights: towards a European framework to address human rights violations and abuses worldwide,” EU Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1939. Politico'da çıkan bir değerlendirme için bkz. “Europe to crack down on surveillance software exports,” Politico, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://www.politico.eu/article/europe-to-curtail-spyware-exports-to-authoritarian-countries/>.

Üç yıl önce AB müktesebatının bir parçası olan bu Tüzüğü, kritik hammaddeler bağlamında Avrupa Ekonomik Güvenlik Stratejisi, Baskı Karşıtı Enstrüman'dan ve kritik teknoloji alanlarına dair AB Komisyonu Tavsiyesi'nden ayrı düşünmemek gerekir. AB'nin çok çeşitli politikalar, kurumlar ve araçlarla ördüğü bu çok boyutlu yapının, halihazırda yaşanan ve ileride de yaşanması muhtemel siyasi anlaşmazlıkların, sadece AB'nin politik manevra yeteneğini koruması ve mümkünse arttırmasının hedeflenmediğini, bu anlaşmazlıkların ekonomik bağımsızlığı tehlikeye düşürecek şekilde ticaret sahasına (İç Pazar'a) doğru yayılmasını önlemeye veya karşılamaya yönelik olduğunun altını çizmek gerekir.

XVI. TÜZÜK'E DAİR MÜSTAKBEL ADIMLAR

Trilog sürecinin sonunda varılan mutabakat ile AB Parlamentosu 12 Aralık 2023'te Tüzüğü ezici bir çoğunluk ile kabul etmiştir. Bir sonraki adım olarak kabul edilen metnin AB Konseyi'ne gönderilmiştir. AB Konseyi'nde Üye Devletlerin nitelikli çoğunluğu (*qualified majority*) aranmaktadır.¹²² Tüzük 18 Mart 2024 tarihli AB Konseyi toplantısında kabul edilmiştir. Tüzük, Avrupa Parlamentosu Başkanı ile Avrupa Konseyi Başkanı tarafından imzalandıktan sonra AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanarak AB mevzuatının (*acquis communautaire*) bir parçası haline gelecek olsa dahi Tüzük'teki sürdürülebilirlik mekanizmalarının Üye Devletlerde hayata geçirilmesi için üçer yıllık geçiş dönemlerinin yer aldığı bu vesile ile hatırlanmalıdır.¹²³

Tüzük'ün yürürlüğe girmesini izleyen süreçte Üye Devletler'den bir kısmının, kendi sanayilerini korumak amacıyla belirli malzemelerin AB dışındaki üçüncü ülkelerden tedarik edilmesine dair çekinceler dile getirmesine, stratejik projelerin hızlandırılmış ruhsatlandırma sürecinden yararlanması bakımından ise çevrenin

¹²² AB Konseyi, AB Komisyonu veya Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisinin tekliflerini nitelikli çoğunluk ile karara bağlar. Nitelikli çoğunluk kararı iki katmanlıdır; Üye Devletlerin %55'inin olumlu yönde oy kullanması gerekirken olumlu yönde oy kullanan üye devletlerin AB nüfusunun %65'ini temsil ediyor olması de gerekir. Nitelikli çoğunluk kuralına, "*çifte çoğunluk kuralı*" da denmektedir.

¹²³ Art. 25.1; Art. 26.3, 5, 6(c); Art. 27.1, 3; Art. 28.3.

korunması amacını güden sivil toplum kuruluşlarının Tüzük'ün özellikle AB Parlamentosu'nda görüşülmesi öncesinde dile getirdikleri kaygıları yeniden uygun platformlarda öne sürmesine muhtemel gözüyle bakılmalıdır.

Son olarak, iklim değişikliği, fosil yakıtların ve karbon salınımının azaltılması, önemli bir tedarik ülkesi olarak Rusya Federasyonu'na uygulanan yaptırımlar, Çin ve Endonezya'nın korumacı politikaları, ABD Enflasyonun Azaltılması Yasası gibi güncel meseleler Tüzük'ün kurumsal altyapısının hayata geçirilmesine ilişkin takvimi etkileyebilir.¹²⁴

XVII. TÜZÜK'E İLİŞKİN ELEŞTİRİLER

A. Genel Olarak

AB'nin kritik hammaddelerin önemine dair yaklaşımı, mevzuatın da bir parçası haline gelmek üzeredir. Kritik hammaddeler, yalnızca İç Pazarı ilgilendiren yalıtılmış bir mesele olarak değil, Sıfır Net Emisyon, AB Yeşil Mutabakatı, kritik teknolojiler, baskı karşıtı enstrüman, ticaret yolları gibi ve en önemlisi bir güvenlik sorunu olarak daha kapsamlı bir yaklaşımın ayrılmaz bir parçası olarak düşünülmektedir. Bu yaklaşım, hızlı bir şekilde AB müktesebatının bir parçası haline gelmekte, mevcut müktesebatın da gözden geçirilmesine ve tadiline neden olmaktadır.

Tüzük'ün ortaya koyduğu hedeflerin ve amaçların hayata geçirilebilmesi bakımından bazı önemli meselelere dikkate çekilmesi gerekmektedir. Bu meselelerden en önemlisi, Tüzük'ün AB'nin kritik hammaddelere ilişkin küresel arz açığını nasıl kapatabileceğine dair kapasitesine dair belirsizliktir. Evvela, kritik hammaddelerin çoğu için AB ithalat tarifelerinin halihazırda düşük olduğunun altının çizilmesi gerekir. Bu durumda gümrük ve ithalat rejimi araçları ile bu yönde fazladan bir hareket alanı yaratmak pek mümkün görünmemektedir.

¹²⁴ Nitekim Rusya'dan kritik mineral tedarikinin halen devam ettiğine dair eleştirel bir yazı için bkz. Hansens, Pascal, Sigrid Melchior, Maxence Peigné ve Harald Schumann, "Russia: Europe imports €13 billion of 'critical' metals in sanctions blindspot," *Investigate Europe*, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://www.investigate-europe.eu/posts/russia-sanctions-europe-critical-raw-materials-imports>.

Bir diğ er önemli husus, AB'nin kritik hammadde potansiyelinin tam olarak bilinmemesidir. Bu potansiyelin tam olarak aç ığ a çıkarılması, Ü ye Devletlerde arama projelerinin gerçekleştirilmesi ile mümkün olabilir. Ü ye Devletler'de madencilğin onlarca yıldır gerileme içinde oldu ğ u, bu gerilemenin do ğ al bir sonucu olarak insan ve makine kapasitelerinin de ziyadesiyle geliştirilmeye muhtaç oldu ğ u bilinmektedir.¹²⁵ Bu yönde bir eylem planı, yeterli bir fon mekanizması ile oluşturulsa dahi, yerel kapasitelerin geliştirilmesi zaman alacaktır. Oysa Tüzük'ün kendisi, bu amaçla AB bütçesinden herhangi bir yeni fon yaratılmadığını/aktarılmadığını açıkça ifade etmektedir. Bu durumun, AB içindeki stratejik madenlerin en az %10'unun çıkarılması hedefine ulaş ma bakımından olumlu bir etken olamayacağı açıktır.

B. Ü ye Devletlerde Madencilğe Yaklaş ım

Genel olarak Ü ye Devletlerdeki madencilğe olan yaklaş ıma bakıldığında İsveç, Finlandiya ve Portekiz'in bir adım ö ne çıkt ığı görülmektedir.¹²⁶ Yakın zamanda büyük bir nadir toprak yatağ ının keş fedildiğ i İsveç'te, devlete ait Luossavaara-Kiirunavaara Aktiebolag'ın (LKAB) 2023 yılı sonlarında iş letme

¹²⁵ Madencilik yasal zorluklarla karşı karşıya olsa da Avrupa ç apında işleme kapasitesi de sınırlıdır. LKAB, İsveç'teki nadir toprak madeni için izin alması halinde kendi işleme tesislerini geliştirmeyi planlıyor. Ancak ş u anda Estonya, Avrupa'daki tek nadir toprak işleme tesisine sahiptir. Aynı zamanda bir mknatis fabrikası ve Ar-Ge merkezi kurmayı planlayan Kanadalı bir şirket olan Neo Performance Materials (NPM) tarafından yönetilmektedir. Şirket girişime 81,25 milyon avro yatırım yapacakken Estonya hükümeti AB'nin Adil Geçiş Fonu aracılığ ıyla 18,75 milyon avro yatırım yapmayı planlıyor. Avrupa Hammadde Fonu'nun, Estonya'nın nadir toprak işleme merkezi haline gelmesine yardımcı olmak için Estonya'ya daha fazla yatırım yönlendirmesi gerekecektir. Bu nedenle, Avustralya ve Kanada ile daha fazla ortaklık da faydalı olacaktır.

¹²⁶ İsveç, Boliden bölgesinde yenilenebilir enerji kaynaklarıyla sürdürülen düşük karbonlu bakır üretiminde (*green copper*) de ö ne çıkmaktadır. Onstad, Eric, "Boliden launches low-carbon copper products," *Reuters*, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://www.reuters.com/article/us-copper-boliden-carbon-idUSKBN2BB1C2>.

ruhsatı için başvuruda bulunmayı planladığı kamuoyuna açıklanmıştır.¹²⁷ Finlandiya, yakın zamanda madencilik mevzuatında değişiklik yaparak yerli topluluklara yeni madencilik alanlarına izin verilmesi konusunda daha fazla söz söyleme imkânı sağlamış olup bu durumun ülkenin zengin nikel ve kobalt kaynaklarına erişimini sınırlaması veya yavaşlatması ihtimal dahilindedir. Büyük miktarda lityum rezervine sahip ve Avrupa'nın en büyük lityum üreticisi olan Portekiz'de ise hükümet altı farklı sahaya işletme izni vermiş olmasına rağmen yeni madencilik faaliyetlerine karşı önemli bir yerel muhalefetin var olduğunu söylemek mümkündür.¹²⁸ Tüzük'ün somut olarak hayata geçmesinin en olası olduğu bu üç ülkede dahi ruhsatlandırma süreçlerinin uzunluğu nedeniyle AB'de kritik hammaddelere olan talebi karşılayacak kadar üretimin artırılmasının kolay olduğunu söylemek de mümkün gözükmemektedir.

C. Tüzüğün Amaçları ile Kesişen Diğer Yasal Düzenlemeler

Tüzük'ün kritik hammaddelere erişimi kolaylaştırma yönündeki temel hedefleri ile:

- hem AB'nin doğal yaşam alanlarını korumayı amaçlayan mevzuatı,
- hem de malzemelerin AB dışından temin edilmesi durumunda ek kriterler ve gereklilikler öngören gümrük ve ithalat mevzuatı,

arasında bir gerilim olduğunu da bu vesile ile ifade etmek gerekir, ki Tüzük buna dair bir mekanizma getirmemektedir. Bu gerilimi mümkün merteye

¹²⁷ [“Europe’s largest deposit of rare earth metals is located in the Kiruma area,” LKAB](https://lkab.com/en/press/europes-largest-deposit-of-rare-earth-metals-is-located-in-the-kiruna-area/), erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://lkab.com/en/press/europes-largest-deposit-of-rare-earth-metals-is-located-in-the-kiruna-area/>. Bu açıklamanın satır aralarına bakıldığında, madenin işletmeye geçebilmesi için gereken izinlerin alınabilmesinin 10-15 yıl alacağı öngörülmektedir (Avustralyalı Talga'ya ait olan madenin üretim lisansını alması on yıl sürmüştü). Ayrıca, bu rezervdeki oksit miktarının oldukça düşük olduğu bildirilmektedir (sadece %0,18), ki bu da izin almayı zorlaştırabilecek faktörlerdendir. Avrupa'daki yegâne grafit madeni de İsveç'te bulunmaktadır. Avustralyalı Talga Madencilik'e ait madenin ruhsatının düzenlenmesi 10 yıl almıştı.

¹²⁸ Portekiz, küresel lityum pazarının yaklaşık %11'ini karşılamaktadır. “U.S. Geological Survey, Mineral Commodity Summaries,” U.S. Geological Survey, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://pubs.usgs.gov/periodicals/mcs2023/mcs2023-lithium.pdf>.

azaltabilmek için zorlayıcı bazı politika tercihlerinin yapılması gerektiği açıktır. İlkın, stratejik projelerin finansmanına ve ruhsatlandırma süreçlerine dair daha somut destekleyici hükümlerin getirilmesinde yarar bulunmaktadır. Diğer yandan AB'nin kritik hammaddeler konusunda üçüncü ülkeler ile olan dış ticaretini ve ortaklık stratejilerini dışı dokunur cazibe araçları ile donatmasının bekleneceğini de belirtmek gerekir.

D. Sayma Yönteminin Barındırdığı Olası Sorunlar

Tüzük'te stratejik ve kritik hammaddeler için sayma yönteminin kullanılmış olması, zaman içinde değişmesi muhtemel stratejik ve kritik hammadde nitelendirmelerine paralel olarak Tüzük değişikliği gerektirecektir.¹²⁹ Böylesi önemli bir hususta Tüzük değişikliğine gidilmesi gerekliliğinin Parlamento denetimini beraberinde getiriyor olması bakımından olumlu görülebilir olmakla birlikte, düzenleme yapma sürecinin kendi içinde barındırdığı sorunlar bakımından bir risk olarak da görülebilir. Üçüncü Ülkelere olan bağımlılığın azaltılması hedefiyle çıkılan bu yolda AB'nin kendi içinde bir *resource nationalism* probleminin doğması riskine dair bir değerlendirme yapılmamıştır.

E. Stratejik Projelerin Finansmanı

Tüzük, bir finansman çerçevesi önermekle birlikte kritik hammadde piyasasındaki fiyatların değişkenliğine (dalgalanmasına) ve bu riskten korunma araçlarına dair yeterli bir ikincil koruma seviyesi sunmamaktadır. Bu durum hem finansman arayışındaki stratejik projelerin mâli ve teknik fizibilite raporlarını hem de talep piyasasındaki alıcıların öngörülebilir birim fiyatlara dayalı tedarik planlarını (ve off-take sözleşmelerini) olumsuz yönde etkileyecektir.

Üye Devletler tarafından stratejik projelere yapılacak kamu yardımlarının, rekabetin korunması bağlamında devlet yardımları mevzuatının kısıtlayıcı

¹²⁹ Zambak'ın işaret ettiği seramik kili (ball clay), bunun en güncel örneğidir. Ukrayna dünyanın en büyük seramik kili üreticisi ve ihracatçısıdır. Rusya'nın Ukrayna'yı işgali ile birlikte seramik tedarik zinciri kesintiye uğramış, bu nedenle Türkiye'nin kendi seramik kili rezervleri bakımından seramik kili kritik hammadde statüsünden stratejik hammadde statüsüne geçmiştir. Bkz. Zambak, "Hammaddelerin Kritikliği."

hükümlerinin devreye girmesine neden olacağı açıktır. Bu konuda Tüzük'te, sınırlı da olsa bir kaçış hükmü öngörülmemiştir. Bununla birlikte Tüzük'ten, kamu desteğinin uygulanmasının orantılı olması ve Birliğe (ve İç Pazar'a) bir değer katması hallerinin birlikte söz konusu olduğu durumlarda kısıtlayıcı hükümlerden âri olacağı sonucu çıkarılabilmektedir. Genel olarak madencilik yatırımlarının beraberinde getirdiği teknik, mâli ve hukuki belirsizlikler ve özelde kritik hammadde arz piyasasındaki fiyat oynaklıkları, Tüzük'te işaret edilen özel sektör mâli desteklerinin sınırlı kalacağı izlenimi vermektedir. Bu açıdan stratejik projelerde, kamunun da içinde olduğu kamu-özel iş birliklerinin öneminin artacağı söylenebilecektir.

F. Üçüncü Ülkelerle İlişkiler ve Potansiyel Sorunlar

AB Komisyonu, 2020 Eylem Planı içerisinde kritik hammaddelerle ilgili olarak üçüncü ülkeler ile stratejik ortaklıkların geliştirilmesini önermişti.¹³⁰ Tüzük'ün 2020 Eylem Planı'na doğrudan atıf yaptığı görülmektedir. Stratejik ortaklıklar, hammadde değer zincirine ilişkin iş birliğini artırmaya yönelik olarak AB ile üçüncü (AB dışı) bir ülke arasındaki bir dizi taahhütlerden oluşmaktadır.¹³¹ 2020

¹³⁰ 2020 Eylem Planı'nın iki önemli ayağını bu vesile ile hatırlamak gerekir. 2020 Eylem Planı sadece bir Kritik Hammaddeler Listesi açıklamakla yetinmiyor, yine Planın bir parçası olarak 3. Ülkeleri hedefleyen bir non-governmental network olan "The European Raw Materials Alliance (ERMA)"nın kuruluşunu da ilan ediyordu. ERMA hakkında daha fazla bilgi için bkz. "About Us" ERMA, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://erma.eu/about-us/>.

¹³¹ Kasım 2022'de COP 27'de (*Climate Change Conference*) AB ve Namibya, yeşil dönüşüm ve sanayileşme hedefleri bağlamında hammadde ve yenilenebilir hidrojen geliştirmek için stratejik bir ortaklığı hedefleyen bir Mutabakat Zaptı (MoU) imzaladı. MoU, diğer önkoşulların yanı sıra altyapı, yetenekli insangücü ve inovasyonun geliştirilmesi için gerekli finansmana dair hususlar da içermektedir. "Memorandum of Understanding on a Partnership on Sustainable Raw Materials Value Chains and Renewable Hydrogen Between The European Union Represented by the European Commission and The Republic of Namibia," European Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://single-market-economy.ec.europa.eu/system/files/2022-11/MoU-Namibia-batteries-hydrogen.pdf>. Namibya'nın kritik hammaddelerin ihracına dönük kısıtlayıcı tedbirlere başvurması,

Eylem Planı, AB ile söz konusu üçüncü ülke arasındaki karşılıklı çıkarları ve bu çıkarları ilerletmek için aralarında hangi adımların atılacağını tanımlamaktadır. Bir stratejik projenin özellikle gelişmekte olan bir ülke ile ortak şekilde gerçekleştirilebilmesi için o stratejik projenin sadece üçüncü ülke için değil bir bütün olarak AB'ye de katma bir değer sağlaması gerekecektir.

Kritik hammaddelere ilişkin olarak tedarik zinciri izleme amaçlı düzenlemelerin son yıllarda sıkılaşıma eğilimi gösterdiği bilinmektedir. Bu sıkılaşıma, çevresel, sosyal ve yönetim (ESG) kriterlerinin de eklendiği düşünüldüğünde kritik hammaddelerin AB dışındaki üçüncü ülkelerden tedarik edilmesi yaklaşımının bir dizi sorunu da beraberinde getireceği açıktır. Bu hususta en başta gelebilecek sorunlardan biri, AB dışındaki üçüncü ülkelerden gelecek kritik hammaddelerin ESG politikalarına uygun olarak sorumlu bir şekilde çıkarılıp çıkarılmadığının tespiti meselesidir.

Dahası, kritik hammaddelere olan talep piyasası rekabetçidir. Bu rekabetin sadece ABD ve Çin gibi büyük endüstriyel ülkelerden kaynaklandığı

bu Mutabakat Zaptı'nın geleceğine dair soru işaretleri yaratmaktadır. "Namibia bans export of unprocessed critical minerals," *Reuters*, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://www.reuters.com/markets/commodities/namibia-bans-export-unprocessed-critical-minerals-2023-06-08/>. AB'nin, Indaba (Güney Afrika) ve PDAC (Kanada) gibi yıl içindeki iki önemli konferansa kurumsal kimliği ile katılması da, konuya verilen önemi göstermektedir. Son olarak, Namibya ile imzalanan mutabakat zaptında olduğu gibi AB, EU-Africa: Global Gateway Investment Package - Africa-EU Green Energy Initiative kapsamında Uganda, Güney Afrika, Ruanda, Senegal, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Zambiya, Burundi, Fas ve Cezayir ile görüşmeler sürdürmektedir. Ruanda ile yapılan görüşmelerde Mutabakat Zaptı imzalanmıştır. Bkz. "the EU and Rwanda signed a Memorandum of Understanding for a strategic partnership on critical raw materials in February 2024," EU Commission erişim tarihi Şubat 20, 2024, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_822. Bu tür anlaşmaların kırılganlığını göstermesi bakımından, Mutabakat Zaptı'nın imzalanmasından ve duyurulmasından sadece birkaç hafta sonra, 4 Mart 2024 tarihinde, AB Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi Borrell, Kongo Demokratik Cumhuriyeti iç savaşına destek verdiği iddiası ile Ruanda'yı kınayan bir bildiri yayımlamıştır. Bkz. "Democratic Republic of the Congo (DRC): Statement by the High Representative on behalf of the EU on the escalation of hostilities in the eastern part of the country," EU Consilium, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/03/04/democratic-republic-of-the-congo-drc-statement-by-the-high-representative-on-behalf-of-the-eu-on-the-escalation-of-hostilities-in-the-eastern-part-of-the-country/>.

sanılmamalıdır. Yenilenebilir enerji, elektrikli araç ve elektronik sektörlerini geliştirmek isteyen her ülke, kritik hammaddelere erişimde bir rakip olarak ortaya çıkmaktadır,¹³² ki bunun en yeni örneklerinden biri, nikel ihracatını yasaklayan Endonezya'dır.¹³³ Dünya Ticaret Örgütü uyuşmazlık çözüm mekanizmasının (temyiz organının) tıkanmış olması nedeniyle etkili bir yaptırım imkânından yoksunluk, *resource nationalism* adı verilen vakıanın bir pandemi etkisi yaratarak ticaret savaşlarına neden olmasını tetikleyebilir. Böyle bir durumda, tedarik kaynaklarında çeşitlilik geliştirme şeklindeki yasal zorunluluk hedefinden saparak AB için gerçek bir tedarik riskine dönüşebilir.

Dikkate alınması gereken bir başka husus, ABD'nin Enflasyonun Azaltılması Kanunu'dur (*Inflation Reduction Act*). Bu Kanun'a göre hazırlanan rehberde, AB gibi ABD de enerji kaynaklarında fosil yakıtların payının ulusal güvenliğe gölge düşürmeden azaltılması ve bu süreçte yerel sanayileri destekleme maksadı ile elektrikli araç üreten şirketlerin pil ve kritik hammadde tedarik şartlarına dayalı vergi teşvikleri rejimine yer verilmiştir. Bu durumun Atlantik blokundaki ülkeler

¹³² 4 Ekim 2023 tarihinde AB Komisyonu, Çin'den ihraç edilen elektrikli araçlara ilişkin soruşturma başlatmıştır. "Notice of initiation of an anti-subsidy proceeding concerning imports of new battery electric vehicles designed for the transport of persons originating in the People's Republic of China," EUR-Lex, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AC_202300160_ Soruşturma delilleri arasında hükümetin normal ederinden daha düşük bedeller mukabilinde kritik hammadde tedarikinde bulunması da sayılmaktadır ("*government provision of goods (such as raw and input materials as well as components) and services for less than adequate remuneration*").

¹³³ Kritik hammaddeler ihracat yasağı nedeniyle AB tarafından başlatılan ve ABD'nin de talepte bulunan yanında katıldığı süreçte DTÖ Uyuşmazlık Giderim Kurulu tarafından oluşturulan Panel'in bulguları ve Endonezya'nın temyiz talebi için bkz. "Indonesia – Measures Relating to Raw Materials," WTO, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds592_e.htm. Endonezya 10 Haziran 2023'ten itibaren boksit ihracatını da yasaklamıştır.

arasında bir dibe doğru yarışa (*race-to-the-bottom*) sebep olmamasına dikkat edilmesi gerekir.¹³⁴

Tüzük'ün sağlayacağı yasal çerçeve dahilinde AB, ilişkilerinin görece olarak iyi olduğu Kanada ve Avustralya gibi gerçek anlamda madencilik ülkeleri ile "Kritik Hammaddeler Kulübü" oluşturmak ve bu sayede kritik hammaddeler piyasasında pazarlık gücünü arttırmak istemektedir.¹³⁵ Aynı şekilde 2017 yılında Avrupa PİL İttifakı oluşturulmuştur.¹³⁶

2020 Eylem Planı'nda Kanada, Avustralya, Afrika ve Ukrayna gibi kritik hammaddeler açısından zengin ülkeler ile stratejik ortaklıklar yapılması üzerinde durulmaktadır. Bu çerçevede Kanada ile bir stratejik ortaklık yapılmıştır. AB, Tüzük'ün yayınlanmasından bu yana bu tür stratejik ortaklıkları geliştirmek için adım atmaya devam etmektedir. 14 Haziran 2023 tarihinde AB Komisyonu, Amerika Birleşik Devletleri ile bir "Kritik Mineraller Anlaşması (*Critical Minerals Agreement*)"nın müzakeresine izin veren ve müzakere kapsamını belirleyen bir düzenlemeyi kabul etmiştir.¹³⁷ Bu müzakerelerin olumlu neticelenmesi halinde AB, kritik hammaddeler ile ilgili ve sınırlı olmak üzere ABD'deki bir serbest ticaret

¹³⁴ AB Komisyonu Başkan Yardımcısı Valdis Dombrovskis, AB ile ABD arasında kritik minerallere ilişkin bir anlaşmanın hayata geçmemesinin en önemli nedeni olarak, ABD'nin AB'den, daha önce Japonya ile imzaladığı kritik minerallere dair anlaşmadaki çerçeveyi aşan taleplerde bulunması olarak göstermektedir. "US Demands Are Why Mineral Deal With EU Failed, Dombrovskis Says," *Bloomberg*, erişim tarihi Ekim 28, 2023. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-10-28/us-demands-are-why-mineral-deal-with-eu-failed-dombrovskis-says>.

¹³⁵ European Raw Materials Alliance (ERMA) için bkz. "About ERMA," ERMA erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://erma.eu/about-us/>. Kanada, özellikle NTE konusunda *processing* teknik bilgisine sahipken, Avustralya'da lityum ve nadir toprak rezervleri ile öne çıkmaktadır.

¹³⁶ European Battery Alliance (EBA) için bkz. "Building a European battery industry," EBA, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://www.eba250.com/>.

¹³⁷ Bu düzenleme, AB Konseyi tarafından da onaylanması halinde, (i) elektrikli araç aküsü yapımı için gerekli malzemelerin ticaretinin kolaylaştırılması; ve (ii) (a) çevrenin korunmasına odaklanmak, uluslararası teknik standartları uygulamak ve döngüsel ekonomiye uygun bir yaklaşım benimsemek; (b) kritik hammaddeler sektöründe çalışan haklarının desteklenmesi; ve (c) sürdürülebilir ve adil tedarik zincirlerini güçlendirmek için ortak standartlar geliştirmek yönündeki müzakereleri kapsayacaktır.

anlaşması ortağına eşdeğer bir statü elde edecektir.¹³⁸ ABD ile yapılacak müzakereler haricinde, yine Haziran ayında AB ile Arjantin arasında bir mutabakat zaptı imzalanmıştır.¹³⁹ Buna göre taraflar, imzayı izleyen altı ay içerisinde kritik hammaddeler hususunda bir yol haritası geliştireceklerdir.¹⁴⁰ 17-18 Haziran 2023 tarihlerinde Brüksel’de yapılan AB ile Latin Amerika ve Karayip Devletleri Topluluğu [*the Community of Latin American and Caribbean States (CELAC)*] arasındaki EU-CELAC Zirvesi 2023 ardından açıklanan Deklarasyonda

¹³⁸ Örneğin AB elektrikli araç akü üretimi için gerekli malzemeleri ABD’ye ihraç ederken o pazardaki diğer üçüncü ülke rakipleriyle eşit şartlarda rekabet etme imkânı yakalayacaktır. İlaveten, bir ticaret ortağı olarak ölçek büyütmeyle kalmayacak, bunun yanı sıra Yeşil Mutabakat Endüstri Planının (*Green Deal Industry Plan*) bir parçasını oluşturan başka bir çerçeve olan Net Sıfır Sanayi Yasası (*Net Zero Industry Act*) kapsamında AB’nin yerli karbon nötr teknolojileri artırma hedeflerini de besleyecektir.

¹³⁹ 13 Haziran 2023 tarihinde AB ile Arjantin arasında imzalanan Mutabakat Zaptı’nda göre ortaklık beş işbirliği alanına odaklanmaktadır: 1) Projelerin ortak geliştirilmesi, yeni iş modelleri, ticaret ve yatırım bağlantılarının teşvik edilmesi ve kolaylaştırılması dahil olmak üzere sürdürülebilir hammadde değer zincirlerine entegrasyon; 2) Mineral bilgisi, çevre ve iklim ayak izinin en aza indirilmesi ve dögüsel ekonomi de dahil olmak üzere hammadde değer zincirleri boyunca araştırma ve yenilik konusunda işbirliği; 3) Çevresel, sosyal ve yönetim (ESG) kriterlerinden yararlanmak ve uluslararası standartlarla uyum sağlamak için işbirliği; 4) Projelerin geliştirilmesi için altyapının oluşturulması, çevresel ve iklim etkilerinin en aza indirilmesi; 5) Uluslararası çalışma standartlarına uygun olarak sürdürülebilir hammadde değer zincirleri boyunca kapasitelerin, mesleki eğitim ve öğretimin ve becerilerin geliştirilmesinin güçlendirilmesi. Mutabakat Zaptı’na göre taraflar, Mutabakat Zaptı’nın imzalanmasını takip eden 6 ay içinde işlevsel bir yol haritası (*road map*) geliştirmeyi de karşılıklı taahhüt etmişlerdir. “Memorandum of Understanding establishing a partnership between the EU and Argentina on sustainable raw materials value chains,” European Commission, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://single-market-economy.ec.europa.eu/publications/memorandum-understanding-eu-argentina-sustainable-raw-materials_en.

¹⁴⁰ Mutabakat Zaptı, ESG kriterlerini gerçekleştirmeye, uluslararası standartlara uyum sağlamaya, madencilik projelerinin çevresel ve iklim etkilerini en aza indirmeye ve sürdürülebilir hammadde değer zinciri entegrasyonuna yönelik işbirliğine odaklanmaktadır.

kritik hammaddelere ve tedarik/değer zincirine atıf yapılmaktadır.¹⁴¹ Yavaş işleyen bu süreçlerin Tüzük ile ortaya konulan hedeflere erişimde ne kadar fayda sağlayacağını görebilmek için belirli bir süreye daha ihtiyaç bulunmaktadır.

G. Ortak Standartların Geliştirilmesi

Tüzük, İç Pazar'ı da dikkate almak suretiyle kritik hammaddelere ilişkin politikaların işleyebilmesini teminen hem materyal hem de işgücü piyasasında ortak standartların geliştirilmesi ihtiyacına dikkat çekmektedir. Üye Devletlerde veya EEA/serbest ticaret anlaşması gibi yollarla İç Pazar'a eklenmiş ülkelerde, oluşturulacak bu standartların hayata geçirilmesinde önemli bir sorun yaşanması olası gözükmemekle birlikte Üçüncü Ülkeler olarak ifade edilen coğrafyalarda bu standartlara intibak etmenin kolay olmayacağı da dikkate alınmalıdır. Bu durum, AB'nin standartlara uyum için kapasite geliştirme araçlarını ve teşviklerini gündeme alması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Ayrıca, bu araçlar ve teşviklerin istenen sonuçları yaratmasının da önemli bir zaman alacağı bu vesile ile hatırlanmalıdır.

XVIII. TÜRKİYE AÇISINDAN AB KRİTİK HAMMADELER TÜZÜĞÜ'NÜN ÖNEMİ

A. Mevzuat Bakımından Durum

1. MadK'nın Yaklaşımı

3213 sayılı Maden Kanunu'nda (MadK)'da kritik hammaddelere yönelik özel bir hüküm yer almamakta, kritik hammadde şeklinde özel bir grup veya kategori de bulunmamaktadır. Bununla birlikte, MadK'nın Tanımlar başlıklı 3. maddesinde "*Kritik Cevher Stokları*" kavramı ve tanımı yer almaktadır:

¹⁴¹ 28. ve 31. Paragraflar. "Declaration of the EU-CELAC Summit 2023," EU Consilium, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12000-2023-INIT/en/pdf>. Deklarasyon ekindeki 2023-2025 Yol Haritası'nda göre 2024 yılı içerisinde EU - Latin American Convention on Raw Materials başlıklı bir etkinlik yapılması planlanmaktadır. "EU-CELAC ROADMAP 2023 to 2025," EU Consilium, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://www.consilium.europa.eu/media/65921/eu-celac-roadmap2023-25.pdf>.

Kritik Cevher Stokları: Ekonominin buhranlı dönemleri geçiştirebilmesi için gerekli ekonomik büyüklükteki cevher stokları.

Kanunda yer alan bu kavrama dair Maden Yönetmeliği'nde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Mülga Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin¹⁴² "Tanımlar" başlıklı 4. Maddesinde, MadK'daki kavram ve tanımın mot-a-mot aynısı yer almaktaydı. Diğer yandan, mülga 6309 sayılı Maden Kanunu¹⁴³ ile mülga 2172 sayılı Devletçe İşletilecek Maden Hakkında Kanun'da¹⁴⁴ yer almayan bu kavramın, yürürlükteki 3213 sayılı MadK'nın 1985 yılındaki ilk halinde, yukarıdaki tanım olarak kanunda yer aldığı görülmektedir. 3213 sayılı MadK'nın ilk versiyonunda, 2172 sayılı Kanun ile ihdas edilen Madencilik Fonu kavramı muhafaza edilmişti. 3213 sayılı MadK'nın "*Madencilik fonu*" kenar başlıklı 34. Maddesinde fonun kritik madenlerin stoklanmasında kullanılabileceği şeklindeki düzenleme de ayrıca yer almıştır:

Fon, Bakanlar Kurulu Kararı ile kritik madenlerin stoklanmasında, yurt içi destekleme maden alımlarında, zararına yapılacak maden ihraç bağlantılarının sübvansiyonunda kullanılabilir.

4629 sayılı Bazı Fonların Tasfiyesi Hakkında Kanun¹⁴⁵ ile Madencilik Fonu kaldırılmış ve onunla ilgili MadK içerisindeki diğer düzenlemeler çıkarılmış, ancak MadK'daki tanımlar arasında "*kritik cevher stokları*" kavramı olduğu şekliyle kalmıştır.

a. 4 sayılı Cumhurbaşkanı Kararnamesi

Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü (MAPEG), 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum Ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum Ve Kuruluşların

¹⁴² Yürürlüğe girdiği RG. 03.02.2005, S. 25716, ilga edildiği RG. 06.11.2010, S. 27751.

¹⁴³ RG. 11.03.1954, S. 8655.

¹⁴⁴ RG. 14.10.1978, S. 16434.

¹⁴⁵ RG. 03.03.2001, S. 24335. MadK'dan madencilik fonu kaldırılmış olmasına rağmen, Maden Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te yer alan kritik cevher stoklarına dair madencilik fonuna dair düzenlemeler varlığını 2005 yılındaki Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin yayımlanmasına kadar devam ettirmişti.

Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin¹⁴⁶ (CB Kararnamesi) 53. Bölümü'nde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (ETKB) merkezi idari teşkilatı içerisinde yer alan Maden İşleri Genel Müdürlüğü (MİGEM) adı altındaki bir genel müdürlük olmaktan çıkarılarak ETKB ile idari vesayet ilişkisi içerisinde yer alan (*bağlı kuruluş* statüsünde), kendi bütçesi olan, tüzel kişiliği haiz bir konuma kavuşturulmuştur.¹⁴⁷ Bu değişiklik ile eş zamanlı olarak ETKB'nin bir diğer genel müdürlüğü olan Petrol İşleri Genel Müdürlüğü (PİGEM) de MAPEG bünyesine katılmıştır.

4 sayılı CB Kararnamesi'nin "Kapsam" başlıklı 764. Maddesi, MAPEG'e ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 53. Bölüm'ün kapsamını izah ederken MAPEG'in hem politika yapımı hem de bu politikaların takibi ve intacı konusundaki rolünü ortaya koymaktadır:

Kapsam

MADDE 764 – (1) Bu Bölüm, içerisinde buldukları arzın mülkiyetine tabi olmayıp Türkiye Cumhuriyeti Devletinin hüküm ve tasarrufu altında olan tabii kaynakların, milli menfaatlere uygun olarak aranmasını, işletilmesini, geliştirilmesini, üretilmesini, kaynakların ülke yararına kullanılmasını sağlamak, temel ilke ve politikaların belirlenmesine yönelik çalışmalar yapmak, bilimsel, teknik ve idari çalışmaları yapmak, düzenlemek, desteklemek, koordine etmek ve denetlemek üzere kurulan Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü'nün işleyişi, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenler. Bu Bölüm, tabii kaynaklarla ilgili faaliyette bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişileri kapsar.

¹⁴⁶ RG. 15.07.2018, S. 30479.

¹⁴⁷ 4 sayılı CB Kararnamesi

53. Bölüm

(...)

Kuruluş

MADDE 766 – (1) Mevzuatla verilen görevleri yürütmek üzere kamu tüzel kişiliğine sahip, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına bağlı, merkezi Ankara'da olan, özel bütçeli, kısa adı MAPEG olan Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü kurulmuştur.

CB Kararnamesi'nin "Görev ve yetkiler" başlıklı 768. Maddesinde MAPEG'in Görev ve Yetkileri sayılmış olup maddenin k bendi, kritik hammaddeler bakımından önem taşımaktadır:

k) Stratejik tabii kaynak alanlarının belirlenmesine yönelik gerekli çalışmaları yapmak ve yaptırmak, Cumhurbaşkanı kararı ile stratejik tabii kaynak alanı ilan edilmesi için öneride bulunmak,

MAPEG birimlerinden olan İhale ve Proje Geliştirme Dairesi Başkanlığına ise 4 sayılı CB Kararnamesi'nin 772/H maddesinin c bendi ile "c) Stratejik tabii kaynak alanlarının belirlenmesi ve ilan edilmesine yönelik çalışmalar yapmak" görevi verilmiştir.

Tüzük'teki stratejik ve kritik hammadde ayrımı düşünüldüğünde söz konusu bentte yalnızca stratejik tabii kaynaklara atıfta bulunulduğu anlaşılmaktadır. Ancak hangi tabii kaynakların "stratejik" olduğu hususunda MAPEG tarafından yapılmış bir çalışma tespit edilememiştir. İvedi şekilde hareket edilmesi ihtiyacından hareketle Tüzük'teki stratejik hammadde ve kritik hammadde ayrımının daha çok finansal teşvik mekanizmaları esas alınarak kurgulandığı düşünüldüğünde, 4 sayılı CB Kararnamesi'ndeki düzenlemeden hareketle kritik hammaddelerin tamamının stratejik tabii kaynak altında ele alınması mümkündür.

B. Kurumsal Yapı Bakımından Durum

1. Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü (MAPEG)

1861 Maadin Nizamnamesi'ne¹⁴⁸ kadar geri götürülebilecek bir kurumsal yapıyı bugün temsil eden ve CB Kararnamesi ile yasal ve kurumsal yapısı önemli ölçüde değiştirilen MAPEG'in madenlerin aranması ve işletilmesi aşamaları ile görevli kılınmış ETKB merkezi teşkilatı içerisindeki genel müdürlük seviyesindeki bir kurum kimliğinden çıkıp CB Kararnamesinde çerçevesi çizilen bir kimliğe bürünmesi zaman gerektirmektedir. 1990'lı yıllardan itibaren bağımsız

¹⁴⁸ Maden mevzuatının tarihsel gelişimi için bkz. Nilüfer Özdemir Mallı, "Maden Mevzuatının ve Madencilik Faaliyetlerinin Nizamnameler Kapsamında İncelenmesi," *MAPEG Bülteni*, no. 9 (2023), -36-49.

düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile yoğun bir şekilde tanışan ülkemizde, MAPEG'in de buna benzer bir kuruma doğru dönüşmesi aşağıdan yukarıya bir değişim ivmesi ve yetki, görev ve sorumluluk alanının yeniden belirlenmesini gerektirmektedir.

Örneğin MAPEG, madenlerin aranması ve çıkarılmasından sonraki süreci, özellikle de geri dönüşümü takip eden bir kurum değildir. Maden atıkları, genel itibarıyla bir çevre ve kirlilik meselesi olarak görüldüğünden Maden Atıkları Yönetmeliği'nin uygulanması, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nun görev ve yetkisi çerçevesinde değerlendirilmekte olup¹⁴⁹ Yönetmelik'te ETKB veya MAPEG'in adı dahi zikredilmemektedir. MAPEG'in geri kazanım sürecine de yoğun bir şekilde müdahil olması icap eder. Geri kazanım süreci, bir atık ve kirlilik meselesi olmaktan önce, Tüzük'te ifade edilen değer zincirinin en önemlisi halkalarından birisi olması nedeniyle madencilik sürecinin ayrılmaz bir veçhesidir.

2. Politika Oluşturmaya Yardımcı Kurumlar

a. Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu (TENMAK)

CB Kararnamesi'nin 679. Maddesine konu Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu'nun kuruluş amacı aşağıdaki şekilde ifade edilmektedir:

"Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile enerji, maden, iyonlaştırıcı radyasyon, parçacık hızlandırıcıları ve nükleer teknoloji alanında ülkeye ve insanlığa hizmet etmek, Türkiye'nin rekabet gücünü artırmak ve sürekli kılmak, inovasyon ihtiyacını karşılamak, yeni ürünlerin üretimini ve var olanların geliştirilmesini sağlamak, araştırmacılara bilimsel ortam temin etmek, kamu ve özel hukuk kişileri ile işbirliği yaparak bilimsel

¹⁴⁹ Maden Atıkları Yönetmeliği

(...)

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik; 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 3'üncü, 8 inci, 11 inci, 12 nci, 13 üncü maddeleri ile 29/6/2011 tarihli ve 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2 nci, 8 inci ve 9 uncu maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır

araştırmalar yapmak, yaptırmak, bu araştırmaları koordine etmek, teşvik etmek, araştırma ve geliştirme faaliyetlerine katkı sağlamak, bilimsel, teknik ve idari çalışmaları yapmak, yaptırmak, düzenlemek, desteklemek, işbirlikleri kurmak ve koordine etmek amacıyla kamu tüzel kişiliğini haiz, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgili, özel bütçeli Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu kurulmuştur.”

TENMAK adından da anlaşılacağı üzere bir araştırma kurumu olarak ihdas edilmiş olup bu çatı altında sırasıyla:

- Nükleer Enerji Araştırma Enstitüsü (NÜKEN),
- Bor Araştırma Enstitüsü (BOREN),
- Nadir Toprak Elementleri Araştırma Enstitüsü (NATEN),
- Temiz Enerji Araştırma Enstitüsü (TEMEN),
- Enerji Araştırma Enstitüsü (ENAREN),

enstitüleri yer almaktadır.

Bir araştırma enstitüsü çatı kuruluşu olarak TENMAK'ın kritik hammaddeler arasında sayılan bor tuzları ile NTE'nin araştırılması açısından önemli bir role sahip olduğu açıktır. Ne var ki, Tüzük'ün amaçları/hedefleri ile TENMAK'ın kuruluş amaçları ve görevleri arasında bir karşılaştırma yapmak mümkün değildir. Mevcut yasal kompozisyonu, idari ve akademik teşkilatı itibarıyla TENMAK'ın kritik hammaddelere ilişkin değer ve tedarik zincirinin sektörel etki analizlerinin ortaya konulmasında önemli bir işlev üstlenebileceğini söylemek mümkündür.

b. Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü (Eti Maden)

2840 sayılı Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesini, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun'a konu bor tuzlarının kritik hammadde olduğuna yukarıda değinilmişti. 2840 sayılı Kanun, 2172 sayılı Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun ile devletleştirilen madenlerin iadesine dair özel bir kanun olduğu için, kritik bir hammadde olan bor tuzlarının tedarikine dair bir ayrıntılı bir düzenleme içermemektedir. Bor tuzlarının aranılması ve işletilmesi hakkı 2840 sayılı Kanun ile münhasıran devlete bırakıldığından, bu amaçlar Eti Maden görevlendirilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere, Türkiye AB'nin bor tuzu ihtiyacının oldukça önemli bir kısmını karşılamaktadır. Tüzük'te kritik hammaddeler arasında sayılan bor tuzlarına ilişkin politika geliştirilmesinde Eti Maden'in önemli bir rol oynaması söz konusudur.

c. Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü (MTA)

22 Haziran 1935 tarihinde yayımlanan 2804 sayılı Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Kanunu ile kurulan MTA, aynı yasanın 2. Maddesi gereğince *“Memleketimizde işletmeğe elverişli maden ve taşocağı sahaları bulunup bulunmadığını ve işletilen maden ve taşocaklarının daha faydalı surette işletilmelerinin nelere mütevakıf olduğunu araştırmak ve buna muktazi veya müteferri bulunan arama ameliyatı, fenni ve jeolojik tetkikat, kimyevi tahlil ve fenni tecrübeler yapmak, harita almak, plan, mürtesem, maktalar resmetmek, proje ve fenni raporlar, rantabilite hesapları tanzim etmek gibi bütün teknik ve ilmi işleri görmek ve memleketin madenlerinde ve maden sanayiinde çalışacak Türk mühendis, fen memuru, ustabaşı ve mütehassıs işçi yetiştirmek”* ile vazifelendirilmiştir. Buna göre kritik hammaddelerin aranması faaliyetleri bakımından MTA'ya kanun ile görev verildiği söylenebilecektir. Kritik hammaddelere ilişkin politikalar ve bir kritik hammadde envanteri oluşturulurken MTA'nın mevcut bilgi ve tecrübe birikiminden yararlanılması gerekecektir. MTA verilerine dayalı olarak kritik hammadde arama politikalarının geliştirilmesi ve aramaya dair hangi finansman kaynaklarının neredeki hangi minerallere harcanacağına belirlenmesi söz konusu olacaktır.

d. Nükleer Düzenleme Kurumu (NDK)

5 Mart 2022 tarih ve 7381 sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu ile ihdas edilen ve 8 Mart 2022 tarih ve 95 sayılı Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurumsal/teşkilat yapısı oluşturulan Nükleer Düzenleme Kurumu'nun düzenleyeceği faaliyet, konu ve alanlar, 95 sayılı CB Kararnamesi m. 4'te ki aşağıdaki gibi sıralanmaktadır:

- a) Çalışanların, halkın, çevrenin ve gelecek nesillerin radyasyondan korunması,
- b) Nükleer enerji ve radyasyona ilişkin faaliyetlerde güvenlik, emniyet ve nükleer güvence,

- c) Nükleer tesis, radyasyon tesisi veya radyoaktif atık tesislerinin kurulmasına, işletilmesine, işletmeden çıkarılmasına veya kapatılmasına ilişkin tüm faaliyetler,
- d) Nükleer maddelerin çıkarılması, üretilmesi, taşınması, depolanması, ihracatı, ithalatı, ticareti, bulundurulması, devri, işlenmesi, yeniden işlenmesi ve kullanılması,¹⁵⁰
- e) Radyasyon kaynaklarının üretilmesi, taşınması, depolanması, ihracatı, ithalatı, ticareti, bulundurulması, devri, kullanılması, kurulması, değiştirilmesi, sökülmesi, bakımı ve onarımı,
- f) Radyoaktif atıkların bulundurulması, devri, işlenmesi, taşınması, depolanması, ihracatı, ithalatı ve bertarafı,
- g) Nükleer güvence kapsamında Kurum tarafından belirlenen madde, malzeme, ekipman, sistem, bileşen veya ilgili teknolojinin ihracatı ve ithalatı,
- h) Radyasyon acil durum yönetimi,
- i) Görev ve yetki alanına giren faaliyetlere ilişkin personelin nitelikleri ve eğitimi,
- j) Görev ve yetki alanına giren ve Kurul tarafından belirlenecek diğer konu, alan ve faaliyetler.

NDK'nın görev ve yetkilerinin sayıldığı 5. Maddenin 2. Fıkrası, stratejik bir hammadde olarak nükleer maddelere, MadK'nın ifadesi ile radyoaktif minerallere dair politikaların geliştirilmesinde NDK'nın önemini göstermektedir:

(2) Kurum; acil durum planlaması ve müdahalesi, halk ve çalışanların sağlığı, çevrenin korunması, nükleer alanda hukuki sorumluluk, su kullanımı ve besin tüketimi,

¹⁵⁰ Bu husus MadK m. 2'de sayılan maden gruplandırmaları içinde 4. Grup'un ç bendinde yer alan radyoaktif mineraller ile de örtüşmektedir:

ç) (Ek: 4/2/2015-6592/1 md.) Uranyum, Toryum, Radyum gibi elementleri içeren radyoaktif mineraller ve diğer radyoaktif maddeler.

Ne var ki, MAPEG ile NDK arasında bir kurumsal görev/yetki belirsizliğine yol açma potansiyelini de haizdir.

arazi kullanımı ve planlaması, tehlikeli maddelerin taşınması ve görev alanıyla ilgili paydaşı olduğu diğer alanlarda yetkili diğer kurum ve kuruluşlarla güvenlik ve emniyet açısından işbirliği yapar ve kurum ve kuruluşlara tavsiyelerde bulunur.

e. Ulusal Maden Kaynak ve Rezerv Raporlama Komisyonu (UMREK)

6745 sayılı Kanun¹⁵¹ m. 38. gereği MadK'ya eklenen Ek Madde 14 ile "Uluslararası standartlar ile bilimsel ve teknik esaslara göre yetkin kişi ve/veya yetkilendirilmiş tüzel kişiler tarafından, madenlerin aranması, araştırılması ve üretilmesi ile ilgili açık, güvenilir, uygulanabilir kaynak ve rezerv bilgilerini oluşturmak, bunlarla ilgili raporlama standartları ve kriterler belirlemek, sistem kurmak, uygulamak, geliştirmek ve yayımlamak, bu faaliyetler ile ilgili strateji ve hedefler oluşturmak, yetkin kişi ve/veya yetkilendirilmiş tüzel kişilerde aranan nitelikleri belirlemek, bunlara eğitim vermek, sertifikalandırmak, sicil ve sicil kayıtlarını tutmak, denetlemek, ihtar vermek, belgeleri askıya almak veya iptal etmek, uluslararası benzeri kuruluşlara üye olmak veya bunlarla işbirliği yapmak, görev alanına giren konularda eğitim, araştırma ve yayın faaliyetlerinde bulunmak ve bu faaliyetler ile ilgili düzenlemeleri yapmak ve yayımlamak amacıyla, kısa adı UMREK olan Ulusal Maden Kaynak ve Rezerv Raporlama Komisyonu kurulmuştur." Aynı madde ile Komisyonun sekreteryasının MAPEG bünyesinde oluşturulacağı da hükme bağlanmıştır.

BU amaçla yapılan hazırlık çalışmalarını semeresini vermiş ve Türkiye temsilen UMREK, CRIRSCO'nun Avrasya bölgesindeki ilk, dünya genelinde ise on üçüncü üyesi olarak 2018 Mayıs ayında CRIRSCO üyeliğine kabul edilmiştir.¹⁵² Aynı yıl UMREK Kodu, 2023 yılında ise Kodun 2. Versiyonu yayımlanmıştır.¹⁵³

¹⁵¹ RG. 20.08.2016, S. 6745.

¹⁵² Committee for Mineral Reserves International Reporting Standards. Bkz. <https://www.crirSCO.com/>. CRIRSCO üyeleri ile ulusal raporlama standartları, aşağıdaki gibidir: Avustralasya (JORC), Brezilya (CBRR), Kanada (CIM), Şili (National Committee), Kolombiya (CCRR), Avrupa (PERC), Hindistan (NACRI), Endonezya (KOMBERS KCMI), Kazakistan (KAZRC), Moğolistan (MPIGM), Rusya (NAEN), Güney Afrika (SAMREC), Türkiye (UMREK), ABD (SME).

¹⁵³ Bkz. "Dosyalar," UMREK, erişim tarihi Kasım 10, 2023, <https://umrek.com.tr/Home/Announcement/282>.

Kritik minerallere ilişkin arama projeleri hakkında, gerçeğe, bilimsel kriterlere ve uluslararası kabul görmüş meslekî standartlara uygun olarak kaynak ve/veya rezerv raporları hazırlanması, bu projelerin finansmana ulaşımında, dolayısıyla bir an evvel üretim aşamasına geçebilmelerinde önemli avantajlar sağlayacaktır. Bir başka teşvik unsuru olarak Devletin, kritik mineral projelerine dair UMREK Koduna uygun kaynak/rezerv raporlarının hazırlanması sürecine doğrudan veya vergi istisnası/muafiyeti şeklinde dolaylı mâli katkı sunması da düşünülebilir.

f. Türkiye Yerbilimleri Veri ve Karot Bilgi Bankası (TÜVEK)

6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁵⁴ m. 37 ile MadK'ya eklenen Ek Madde 13 gereğince "Maden arama, araştırma ve üretimi sırasında kamu ve özel sektör tarafından üretilen yerbilimleri verileri ile sondajlara ait karot, kırıntı, el örneği ve benzeri numuneler ile harita, kesit, stratigrafi ve benzeri dokümanları arşivlemek, yayımlamak, kullanıcıların hizmetine sunmak ve numunelerin yurt dışına çıkarılması ile ilgili işlemleri yapmak amacıyla Maden İşleri Genel Müdürlüğü'nün koordinasyonunda ve Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü bünyesinde, Türkiye Yerbilimleri Veri ve Karot Bilgi Bankası (TÜVEK) kurulmuştur." Bu kanuni düzenlemeye istinaden TÜVEK Yönetmeliği yayımlanmıştır.¹⁵⁵ Ardından verilerin dijital ortamda tutulabilmesi ve sorgulanabilmesi amacıyla Türkiye Yerbilimleri Veri ve Karot Bilgi Bankası Bilişim Sistemi (TÜVEKBS) yazılımı tamamlanmış olup e-Devlet ile entegre edilmiştir.¹⁵⁶ Kritik minerallere ilişkin verilerin toplanabilmesi açısından, sadece TÜVEK Yönetmeliği yayımlandıktan sonraki maden arama çalışmaları değil, daha öncesindeki arama çalışmalarından mütevellit karotların toplanması

¹⁵⁴ RG. 07.09.2016, S. 29824.

¹⁵⁵ RG. 21.07.2017, S. 30130.

¹⁵⁶ Bkz. "Search," MTS, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://tuvek.mta.gov.tr/pages/search>.

ve muhafaza edilmesi önem arz etmektedir. Bu veri, belge ve karot setine dayalı olarak yeni kritik mineral kaynaklarının bulunması mümkün olabilecektir.¹⁵⁷

g. MUNTEAM

19.03.2019 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Yüksek Öğretim Kurulu kararı ile Munzur Üniversitesi bünyesinde Nadir Toprak Elementleri Uygulama ve Araştırma Merkezi kurulmuştur.¹⁵⁸ Kritik hammaddelerin bir kısmı NTE’den

¹⁵⁷ The Wall Street Journal gazetesinin 9 Kasım 2023 tarihli haberine göre bir bankacı tarafından yaklaşık on yıl önce 2 milyon ABD Doları karşılığında satın alınan Wyoming eyaletindeki eski bir kömür madeninde yapılan araştırmalar neticesinde, madenin 37 milyar ABD Doları değerinde NTE içerdiği ortaya çıkarılmıştır, ki bu hem ABD’deki en büyük nadir elementler rezervi hem de 1952 yılından bu yana ABD’de keşfedilen ilk nadir element rezervi olabilir. Bkz. Julie Steinberg, “Wyoming discovery could be America’s first new source of rare-earth elements since 1952,” *The Wall Street Journal*, erişim tarihi Kasım 10, 2023, https://www.wsj.com/business/energy-oil/the-2-million-coal-mine-that-might-hold-a-37-billion-treasure-181dbdcf?mod=hp_lead_pos7&mod=wknd_pos1.

¹⁵⁸ YÖK Kararı ile MUNTEAM’ın görev ve faaliyet alanı aşağıdaki gibidir: a) Jeolojik, jeokimya ve jeodinamik modelleme çalışmaları ile hedef olarak belirlenecek alanlarda jeokimyasal prospeksiyon çalışmaları ile uygulamalı araştırma ve incelemeler yapmak, ilgili kurumlar (örn.; NATEN, MTA, Eti Maden) tarafından yapılabilecek çalışmalara bilimsel danışmanlık desteği sağlamak; b) Mevcut veya yeni tespit edilecek olan cevherleşme sahalarında temin edilecek örneklerden NTE’nin kimyasal yöntemler ile zenginleştirilmesine ve metalurjik çalışmalarda kullanılmasına yönelik laboratuvarlar kurmak ve gerektiğinde çalışma grupları oluşturmak; c) Amaca uygun yurtiçi ve yurtdışı kuruluşlarla işbirliği yapmak, konu ile ilgili sempozyum, kongre, konferans, seminer, kurs ve benzeri toplantılar düzenlemek ve bilimsel yayınlar yapmak; ç) Merkezin amaçları doğrultusunda ulusal ve uluslararası kamu ve özel sektör kurum ve kuruluşlarının çalışmalarına katkıda bulunmak, ortak projelerin geliştirilmesine olanak sağlamak, ihtiyaç veya talep halinde; inceleme ve araştırma yaparak sonuçlarının uygulamaya aktarılması için çalışmalar yapmak, projeler hazırlamak, eğitim programları düzenlemek; d) Yurtiçi ve yurtdışında benzer faaliyetlerde bulunan kuruluşlarla işbirliği yapmak; e) Eğitim programları düzenlemek, kitap, dergi ve broşür basımları yapmak, yazılı ve görsel yayın organlarında programlar yaparak bilimsel nitelikteki bilgilerin kamuoyuna ulaştırılmasını sağlamak, çalışma alanı ile ilgili yayınları takip ve temin etmek; f) Yönetim Kurulunun kararlaştıracağı diğer faaliyetlerde bulunmak.

oluşturduğu için araştırma merkezlerinin politika oluşturulması sürecinde önemli bir rol oynayacağı açıktır.¹⁵⁹

h. Türkiye Kritik Hammaddeler İnisyatifi

Kritik hammaddeler konusunda farkındalık oluşturmak amacıyla 2023 yılı başında bir grup maden profesyoneli öncülüğünde oluşturulan Türkiye Kritik Hammaddeler İnisyatifi; Türkiye kritik hammaddeler listesinin hazırlanması ve kritik hammaddelere yönelik stratejilerin oluşturulması doğrultusunda çalışmalar yapmakta ve düzenli aralıklar ile bir kritik hammaddeler bülteni yayımlamaktadır. Farkındalığın artırılması amacıyla 2024 yılı Nisan ayı içerisinde Türkiye’de “*Türkiye Kritik Hammaddeler Zirvesi*” başlıklı, kritik hammaddeler alanında uzman kişilerin iştiraki ile uluslararası bir etkinlik düzenlenecektir.¹⁶⁰

C. On Birinci Kalkınma Planına (2019-2023) Göre Kritik Hammaddeler

1. Madencilik Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu

Kalkınma Bakanlığı tarafından hazırlanan On Birinci Kalkınma Planı’nın (2019-2023) 2018 tarihli Madencilik Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu’nda stratejik hammaddeler ile kritik hammaddeler üzerinde de durulmuş

¹⁵⁹ Merkezin düzenlediği çalıştay belgeleri ile araştırma makaleleri için bkz. “Nadir Toprak Elementleri Uygulama ve Araştırma Merkezi,” Munzur Üniversitesi, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://www.munzur.edu.tr/birimler/idari/munteam/Pages/Yay%C4%B1nlar.aspx>. MUNTEAM tarafından hazırlanan ve 34 kritik hammaddenin yer aldığı Türkiye Kritik Hammaddeler Listesi (EK-12) aşağıdaki bağlantıdan ulaşılabilir: “*Türkiye Kritik Hammaddeler Listesi Rapor Özeti*,” Munzur Üniversitesi, erişim tarihi Kasım 6, 2023, https://www.munzur.edu.tr/yonetim/admin/duyuru_img/kritikhammaddelerlistesi.pdf.

¹⁶⁰ İnisyatifin, Maden Mühendisleri Mesleki Gelişim Derneği tarafından düzenlenen online tanışma toplantısı video kaydı için bkz. “Türkiye Kritik Hammaddeler İnisyatifi Çevrimiçi Toplantısı,” MMMGD, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://mmmgd.org.tr/turkiye-kritik-hammaddeler-insiyatifi-cevrimici-toplantisi>. “Criticals Minerals Initiative Türkiye,” LinkedIn, erişim tarihi Mart 2, 2024, <https://www.linkedin.com/groups/9358897/>. 2024 Kritik Hammaddeler İnisyatifi Zirvesi için bkz. “About the Summit,” CMI Türkiye, erişim tarihi Mart 2, 2024, <https://www.cmitsummit.com/>.

ve Raporun “Sorun ve Öneriler” başlıklı kısmının ilk maddesi kritik hammaddelere ayrılmıştır:

4. SORUN VE ÖNERİLER

4.1. Kritik Hammaddeler

Madencilik, ülkelerin kalkınmasında önemli rol oynayan sektörlerden biridir. Maden ürünleri, Sanayi, Enerji, Tarım ve İnşaat sektörlerinin temel girdilerini oluşturmaktadır. Sürdürülebilir kalkınmamızı devam ettirebilmek için sürdürülebilir madencilik politikalarımızı geliştirmemiz, yönetmemiz gerekmektedir. Gelişmiş ülkelerin kalkınma süreci incelendiğinde, madenciliğin itici gücünden yararlandıkları görülecektir.

Politikalarımız, yer altı kaynaklarımızın yüksek katma değer sağlayacak şekilde ekonomiye kazandırılmasını, enerji ve sanayi hammadde talebinin güvenli ve ekonomik olarak karşılanmasını, arz kaynaklarının çeşitlendirilmesi ve geliştirilmesini, üretilen hammaddelerin yurt içerisinde işlenerek nihai ürünlere dönüştürülmesini içermektedir.

Türkiye'nin dışa bağımlılığının asgari, ulusal güvenliğinin azami düzeye çekildiği, modern küresel ekonomiyle bütünleşik, uluslararası ölçekte üretim yapan bir endüstri yapısının gelişimi, ülkenin enerji hammaddeleri ile birlikte enerji dışı mineral hammaddeler konusunda da planlama yapılmasını gerektirmektedir. Belirlenen kritik hammaddelerden yurt içinden tedarik edilebilenler ile dışa bağımlılık söz konusu olanlara ilişkin bütüncül bir politika uygulanması önem taşımaktadır.

Ülkemizdeki stratejik ve kritik hammaddelere yönelik olarak geliştirilecek bir politikada aşağıdaki hususlar dikkate alınmalıdır;

- Ülke stratejisi ve ekonomisi için temel nitelikte olan kritik hammaddeler belirlenmeli ve ülkemizdeki potansiyeli ortaya konulmalıdır. Bunların dünya genelindeki ana üreticileri tespit edilmeli ve üretim durumlarındaki gelişmeler takip edilmelidir. Kritik hammaddelere ilişkin ulusal güvenliğe uygun ancak bu hammaddeleri sadece korumaya değil aynı zamanda kritik şartlar göz önünde bulundurularak yasal ve teknik düzenlemeler yapılmalıdır.

- Özel sektör ve kamu sektörünün etkin katılımı ve devletin yetkin otoritelerinin destekleri ve yönlendirmeleriyle, Türkiye'de bulunan kritik hammaddelere güncel verilere ve analizlere dayalı kapsamlı bir strateji izlenmelidir.

- Hammaddelerle ilgili sürekli ve güncel veri akışı sağlayacak sistem geliştirilmelidir.

- Aranması ve işletilmesi ile ilgili teşvik, destek ve stok durumları ile ilgili yasal düzenlemeler yapılmalıdır.
- Kritik hammaddelerin üretimini yapan kamu ya da özel sektör şirketlerinin sermaye ve organizasyon yapıları güçlendirilmelidir.
- Yurt içinden temin, kaynak çeşitlendirmesi, dost ülkelerden tedarik, ikame, geri dönüşüm imkânları artırılmalı ve araştırılmalıdır.
- Stratejik ve Kritik hammaddelerle ilgili ulusal stok programı oluşturulmalıdır.
- Gelişmiş ülkelerin hangi hammaddeleri kritik olarak kabul ettiklerine ilişkin raporlar, dış ticaret bilgileri ve tahminleri sürekli takip edilmelidir.
- Sanayi Hammaddeleri, Kritik ve Stratejik her bir maden için eylem planı oluşturulmalı ve bu madenlerin aranması, araştırılması ve ekonomiye kazandırılması için proje ve programlar uygulanmalıdır.

2. Kanunların Kalkınma Planına Uygunluğu

3067 sayılı Kalkınma Planlarının Yürürlüğe Konması ve Bütünlüğün Korunması Hakkında Kanun'un "Kanun tekliflerinin Kalkınma Planına uygunluğu" başlıklı 3. Maddesinin kritik hammaddelere ilişkin olarak yapılacak kanun düzeyindeki düzenlemelerde de dikkate alınması gerekir:

Kanun tekliflerinin Kalkınma Planına uygunluğu

Madde 3 - 1. Türkiye Büyük Millet Meclisi Komisyonları kendilerine havale edilen kanun teklifleri ile bu teklifler üzerinde verilen değişiklik önermelerini, Kalkınma Planına uygunluk bakımından da inceler ve uygun bulmadıkları takdirde, reddederler.

2. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Kalkınma Planıyla ilgili gördüğü teklifleri en son olarak Plan ve Bütçe Komisyonuna havale eder. Kanun tasarı ve teklifleri, Genel Kurulun lüzum göstermesi halinde de, Plan ve Bütçe Komisyonuna havale olunur.

3. Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonu yukarıdaki fıkrada belirtilen kanun tekliflerinden başka, kamu harcama veya gelirlerinde artış veya azalış gerektiren kanun tekliflerini veyahut sadece belli maddeleri bu niteliği taşıyan tekliflerini inceler.

Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonlarında, kanun teklifleri ile bu tekliflerin belli hükümlerinin veya kanun teklifleri üzerinde verilen Kalkınma Planının bütünlüğünü

bozacak mahiyetteki değişiklik önergelerinin Cumhurbaşkanınca yürürlükteki kalkınma planına aykırılığı gerekçesiyle reddi istenilmesine rağmen Komisyonca kabulü, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile olur.

D. Yatırım Çakışmaları Bakımından Kritik Hammadde Arama, İşletme ve İşleme (Geri Kazanım) Tesislerine Öncelik İlkesinin İhdas Edilmesi

MadK m. 7'nin 15.-18. fıkraları aşağıdaki belli bazı yatırımlar ile madencilik yatırımlarının çakışması halinde ne şekilde hareket edilmesi gerektiği hususunda düzenlemeler getirmektedir:

Madencilik faaliyetlerinde izinler

Madde 7 –

(...)

Madencilik faaliyetleri ile Devlet ve il yolları, otoyollar, demir yolları, havaalanı, liman, baraj, enerji tesisleri, petrol, doğalgaz, jeotermal boru hatları, su isale hatları gibi kamu yararı niteliği taşıyan ya da gerçek veya tüzel kişilere ait diğer yatırımların birbirlerini engellemesi, maden işletme faaliyetinin yapılamaz hale gelmesi, yatırım için başka alternatif alanların bulunamaması durumunda, madencilik faaliyeti ve yatırımla ilgili karar, kamu yararı açısından yatırımların önceliği ve önemini tespit etmek üzere, ilgili Bakanlığın uygun görüşü alınarak Bakanlık tarafından verilir. Bakanlık tarafından alınan bu kararlar, kamu yararı kararı yerine geçer. Maden işletme faaliyetinin yapılamaz hale geldiği alanın ruhsattan taksir edilmesine veya ruhsatın iptal edilmesine Bakanlık tarafından karar verilir.

Herhangi bir yatırım yapılmamış I. Grup ve II. Grup (a) bendi madenler, mıcır, kaba inşaat, baraj, gölet, liman, yol gibi yapılarda kullanılan her türlü yapı hammaddeleri için verilen ruhsatlar ile görünür rezervi belirlenmemiş diğer grup maden ruhsat sahaları ile çakışan aynı yerdeki diğer yatırımlara Genel Müdürlükçe izin verilir. Ruhsatlı sahalarda görünür rezervi belirlemek üzere yapılan sondaj, kuyu, galeri, desandre gibi işler için yapılan yatırımların ve maden varlığının belgelenmesi durumunda tespit edilen görünür rezerv alanı dışındaki alanlar için, diğer yatırımların madencilik faaliyetlerini engellemeyeceğine Genel Müdürlükçe karar verilmesi halinde diğer yatırım için izin verilir. Bu alanlarda ruhsat sahibi tarafından yapılmış yatırımı etkileyen bir husus var ise bu alanla ilgili karar Bakanlık tarafından verilir. İşletme ruhsat alanı içerisinde ancak işletme izni veya görünür rezerv alanı dışındaki bir alanda diğer yatırımlara Genel

Müdürlükçe izin verilebilir. Yatırımın işletme izni veya görünür rezerv alanı ile çakışması durumunda, Bakanlık tarafından karar verilir. Arama ruhsatı döneminde hiçbir yatırım yapılmamış ise diğer yatırımlara engel teşkil etmez.

Bakanlık tarafından verilecek kararlarda; görünür rezerv alanı ile diğer yatırımın çakışması halinde öncelikle madenin makul bir sürede üretilebilme imkanının olup olmadığı, ara ve uç ürüne yönelik madencilğe dayalı sanayi tesislerinin hammadde ihtiyacını karşılayan ruhsatlı sahalarda, tesisin hammadde ihtiyacını karşılayacak şekilde alternatif alanların bulunup bulunmadığı dikkate alınarak değerlendirme yapılır.

Bakanlık veya Genel Müdürlük tarafından gerekli görülmesi hâlinde hazırlatılan rapor, danışmanlık ücretleri, yapılacak tetkik ve incelemeler için gerekli yolluk, gündelik ve benzeri tüm harcamalar yatırımcı veya ruhsat sahibi tarafından karşılanır. Ayrıca Bakanlık veya Genel Müdürlük kararı ile faaliyeti kısıtlanan maden işletmecisinin veya yatırım sahibinin yatırım giderleri, lehine karar verilen tarafça tazmin edilir. Yatırım çakışması işlemleri nedeniyle Bakanlıkça veya Genel Müdürlükçe herhangi bir sebeple ödenmek zorunda kalınan tutar, lehine karar verilen tarafa rücu edilir. Yatırım giderlerinin tespiti ve tazmin esasları Genel Müdürlük tarafından çıkarılan yönetmelikle belirlenir.

Madencilik yatırımları içerisinde özel bir kategori olarak kritik hammaddelere ilişkin yatırımlar ile yukarıda sayılan Devlet ve il yolları, otoyollar, demir yolları, havaalanı, liman, baraj, enerji tesisleri, petrol, doğalgaz, jeotermal boru hatları, su isale hatları gibi kamu yararı niteliği taşıyan ya da gerçek veya tüzel kişilere ait diğer yatırımların çakışması halinde kritik hammadde yatırımlarına öncelik verilmesi gerekeceği yönünde MadK'ya bir cümle eklenmesinde yarar bulunmaktadır. Kural ihdas edilirken, kuralın katı bir şekilde tatbikine mâni olacak şekilde bu kuraldan sapılmasına cevaz verecek istisnaların da kaleme alınması, ancak bu istisnaların kritik hammadde projelerinin ulusal güvenlik açısından önemini fiilen yitirmesine neden olmayacak şekilde olabildiğince dar bir şekilde formüle edilmesi önerilmektedir.

E. Kritik Hammadde Arama, İşletme ve İşleme (Geri Kazanım) Tesislerinin Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Hakkında Kanun ile İlişkisi

Tüzük ile getirilen yasal rejim ile kurumsal yapının en önemli unsurlarından birinin ekonomik güvenlik olduğundan bahsedilmiş, bunun Birliğin siyasi

güvenlik perspektifi üzerine oturduğuna dikkat çekilmişti. Türkiye'nin bu hususta atacağı adımlarda, kendi sahip olduğu kritik hammaddelerin ve bunlara ilişkin tesislerin ve dolayısıyla arz ve tedarik zinciri güvenliğinin sağlanması babında kimi tesislerin, 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nun (AYBGBK) 27. Maddesi dairesinde ulusal güvenlik ile ilişkilendirilmesi mümkündür:

Madde 27 -

Yurt içinde yapılacak kamu ve özel sektöre ait;

a) Silahlı Kuvvetlerle halkın ihtiyaçlarını karşılayan ve faaliyetlerinin durdurulması halinde ülke savunmasına, ekonomisine ve toplum yaşamına önemli ölçüde etkisi olabilecek büyük ve stratejik önemi haiz demiryolları, karayolları, köprü ve geçitler, akaryakıt boru hatları, liman ve hava meydanları, telsiz, telefon, radyolink merkezleri, barajlar, elektrik santralleri, rafineriler, stratejik maden arıtma ve işleme fabrikaları gibi tesislerin,

b) Hudutlara yakınlık, emniyet ve asayiş, savunma ihtiyaçları ve birinci derecede stratejik tesisleri tamamlama gibi nedenlerle ikinci derecede stratejik önem kazanan ve (a) bendinde belirtilenler dışında kalan, sulama kanalları, göletler, küçük barajlar gibi engel vasfını haiz her türlü tesislerin,

Coğrafi konumları ve yerleri tespit edilirken Genelkurmay Başkanlığının askeri gerekler yönünden olumlu görüşünün alınması zorunludur. Bu konuda olumlu görüş alınmadan ilgili inşaat projelerinin uygulanmasına başlanamaz, başlanmış olanlar durdurulur.

Coğrafi konum ve yerlere ait esaslar ile olağanüstü yönetim usullerinin zorunlu kıldığı durumlarda tesislerin tahribi için önceden yapılması gereken hazırlıklar yönetmelikte gösterilir.

Bir ilke olarak madenlerin buldukları yerde çıkarılmaları zorunluluğunu, bir başka ifade ile yer seçiminin mümkün olmamasını bu vesile ile hatırlamakla birlikte,¹⁶¹ özellikle üst yapı tesislerinden bazılarının bu ilkeye tabi olmadığı, bu nedenle bu tesislerin inşası bakımından AYBGBK m. 27'nin uygulanmasının söz

¹⁶¹

Cemal Dursun, *Maden Hukukunda Rödovans Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 41.

konusu olacağı söylenebilir. Keza Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliği m. 21/1 ve 25/1 de bu tür tesisler ile ilgili hükümler barındırmaktadır.¹⁶²

¹⁶² MADDE 21 - (DEĞİŞİK BENT: RG. 18.10.2011 – S. 28088)

1) Özel güvenlik bölgeleri, yurt savunmasına veya yurt ekonomisine önemli ölçüde katkıda bulunan ve kısmen dahi tahripleri veya geçici bir zaman için faaliyetten alıkonmaları halinde milli güvenlik veya toplum hayatı bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilecek kamu veya özel kuruluşlara ait; demir çelik fabrikaları, rafineriler, petrol, doğalgaz ve içme suyu boru hatları ile arıtma tesisleri, bu boru hatları üzerinde kurulu sabit tesisler ile sıvılaştırılmış doğalgaz tesisleri ve depoları, petrol kuyuları, büyük pompa istasyonları, silah ve askeri malzeme fabrika ve tesisleri, demiryolları, karayolları, önemli köprü, tünel ve geçitler, büyük liman ve hava meydanları, seyrüsefer yardımcı istasyonları ile radar istasyonları, telsiz, milli monitoring, telefon, otomatik bilgi işlem sistemleri, radyo-ling merkezleri, barajlar, önemli elektrik santralleri, trafo merkezleri, **stratejik maden arıtma ve işletme fabrikaları gibi hayati önemi haiz tesisler** ve (DEĞİŞİK İBARE: RG 19.12.2014 – 29210) Milli İstihbarat Teşkilatına ait bina ve tesisler ile **nükleer tesisler ve eklentileri çevresinde**; nükleer tesisler ve eklentilerinin dış sınırından itibaren en fazla bir kilometreye (EKLENMİŞ İBARE: RG 10.05.2019 – 30770) İstanbul Havalimanı Özel Güvenlik Bölgesinin denizde kalan kısmının kıyı hattından denize doğru 2 mile, diğer yerlerin dış sınırlarından itibaren en fazla dört yüz metreye kadar uzaktan veya meskun mahaller, komşu tesisler, şehirlerarası yol gibi nedenlerle tesis sınırı dışına çıkılması mümkün olmayan zorunlu hallerde, tesis, tesisler topluluğu veya kuruluşların sınırı üzerinden geçen noktaların birleştirilmesi ile kurulacak alanlardır.

MADDE 25 - (DEĞİŞİK MADDE: 06.09.2022 – 31945)

(1) Tüm yurt sahinında yapılacak kamu ve özel sektöre ait; Silahlı Kuvvetlerle halkın ihtiyaçlarını karşılayan ve faaliyetlerini durdurmaları hâlinde ülke savunmasına, ekonomisine ve toplum yaşamına önemli ölçüde etkisi olabilecek birinci derecedeki büyük ve stratejik önemi haiz demiryolları, devlet karayolları, köprü ve geçitler, akaryakıt boru hatları, limanlar, hava meydanları, telsiz telefon radyo - link merkezleri, barajlar, elektrik santralleri, nükleer santraller, rafineriler, **maden arıtma ve işletme fabrikaları**, demir çelik fabrikaları, silah ve mühimmat fabrikaları gibi tesislerin coğrafi konum, yerleri ve şekilleri (projesi) tespit edilirken Genelkurmay Başkanlığının askeri gerekler yönünden olumlu görüşlerinin alınması zorunludur. Bu konuda olumlu görüş alınmadan ilgili inşaat projeleri onaylanamaz ve uygulanmasına başlanamaz. Başlanmış olanlar durdurulur.

(2) Birinci fıkrada belirtilenler haricinde hudutlara yakınlık, emniyet ve asayiş sorunları, savunma ihtiyaçları, **birinci derece stratejik tesisleri tamamlayan ek tesisler gibi ikinci derecede stratejik önemi haiz tesisler**; sulama kanalı göletler, küçük barajlar ve engel vasfına haiz her türlü tesislerin coğrafi konumu yerleri ve şekilleri (projesi) tespit edilirken de Genelkurmay Başkanlığının askeri gerekler yönünden olumlu görüşleri alınır. Bu konuda olumlu görüş alınmadan ilgili inşaat projeleri onaylanamaz ve uygulanmasına başlanamaz. Başlanmış olanlar durdurulur.

AYBGBK uyarınca Milli Güvenlik Kurulu tarafından her yıl yayımlanan “Kamu ve Özel Sektör Tarafından Yapılacak Stratejik Önemi Haiz Tesislerin Belirlenmesinde Uyulacak Esas ve Kriterler” ile ilgili olarak Millî Savunma Bakanlığı ve Genelkurmay Başkanlığı da müdahil olduğu halde “Birinci ve (ya) İkinci Derecede Stratejik Önemi Haiz Tesisler” listesinde bulunanlar arasında sayılanlar aşağıdaki gibidir:¹⁶³

a. Birinci Derecede Stratejik Önemdeki Tesisler ve Kriterleri:

- Entegre demir-çelik tesisleri
- Alüminyum, bakır, krom, uranyum, volfram, bor tuzu, toryum, kurşun, vb. stratejik nitelikli maddelerle ilgili arıtma ve işletme tesisleri
- Toprak sanayi tesisleri (çimento, kiremit, tuğla, seramik, vb).

F. Mevzuatın Gözden Geçirilmesi ve Düzenleyici/Denetleyici Kurumsal Yapı Oluşturulması İhtiyacı

Türkiye'nin Tüzük ile getirilen yasal rejimden doğrudan etkilenmesi söz konusudur. Bu etkilerin neler olduğunun tespiti ve ne tür bir pozisyon veya önlemler dizisi alınması gerektiği hususunda bir hazırlık yapılması ihtiyacı bulunmaktadır. Bu amaçla bir durum tespit raporunun ivedilikle hazırlanmasında yarar bulunmaktadır. Kritik hammadeler, etkilediği sektörler itibarıyla ulusal güvenlik politikalarının hem şekillenmesine hem de var olan ulusal güvenlik politikalarının gözden geçirilmesine neden olabilecektir.¹⁶⁴

Yukarıda işaret edilen hususlar çerçevesinde, bir durum tespit raporu hazırlanması ve hemen ardından kısa vadede alınması gereken önlemler ile

¹⁶³ “Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliği Uyarınca Yayımlanan Stratejik Önemi Haiz Tesislere İlişkin Duyuru (Endüstri Bölgeleri),” Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Sanayi Bölgeleri Genel Müdürlüğü, erişim tarihi Kasım 6, 2023, <https://sanayi.gov.tr/assets/pdf/sanayi-bolgeleri/7-Stratejik%C3%96nemiHaizTesisDuyurusuEB.pdf>.

¹⁶⁴ Ulusal güvenlik açısından bir değerlendirme için bkz. İbrahim Kürşat Tuna, Stratejik ve Kritik Madenlere İlişkin Küresel Politikalar Çerçevesinde Türkiye’deki Stratejik ve Kritik Madenlerin Ulusal Güvenliğe Etkileri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Çanakkale: Çanakkale 18 Mart Üniversitesi, 2011), 192-198.

atılması gereken adımlar için mevzuat ve kurumsal yapı bakımından aciliyet arz eden bir durum bulunmadığı müşahede edilmektedir.

Durum tespit raporunu izleyen süreçte kritik hammaddeler politikalarının oluşturulması doğrultusunda yukarıda sayılan kurumların ve sektör temsilcilerinin en geniş manada temsilini sağlayacak bir platform oluşturulmasına da gayret edilmelidir.

Türkiye ile AB arasındaki Gümrük Birliği Anlaşması'nın güncellenmesi görüşmelerinde kritik hammaddeler hususunun gündeme gelmesi; durum tespit raporuna dayalı olarak belirlenecek politikaların, Türkiye'nin üçüncü ülkelerle yaptığı ve yapacağı anlaşmalarda kritik hammaddeler hususunun müzakere edilmesinde rol oynaması söz konusudur.

SONUÇ

Son on yılda yaşanan küresel belirsizlik süreci Rusya'nın Ukrayna'yı işgali ile hızlanmış, bu durum AB'nin hem kurumsal yapısında hem de müktesebatında baş döndürecek hızda değişikliklere (ve gelişmelere) neden olmuştur. Şubat 2022 sonrasında Rusya'ya karşı başlatılan kapsamlı yaptırımlar dizisi, büyük oranda Rus gazını ve kısmen Rusya menşeli kritik mineralleri kullanan AB açısından önemli bir tedarik riskine neden olmuştur. Bu olağanüstü durum, AB'nin doğal gaz alımlarında müşterek bir tedarik mekanizması ihdas etmesine yol açmıştır.

Dünya nüfusundaki artışa bağlı olarak ham, yarı mâmül ve mâmül ürünlere talebin artması, iklim anlaşması hedefleri çerçevesinde ülkelerin hızla karbon oranı düşük ürünlere yönelmesi, Çin ve Endonezya gibi rezerv zengini ülkelerin (kısmen DTÖ temyiz organının paralize olmasını da fırsat bilerek) kendi imalat sektörlerini korumak için özellikle nadir elementlerde bir dizi ihracat kısıtlamalarına gitmesi, en nihayet Rusya'nın Ukrayna'yı işgali ile oluşan siyasi belirsizlikler AB'yi kritik hammaddeler konusunda hızlı hareket etmeye zorlamaktadır. AB'nin, müşterek doğalgaz tedarik tecrübesini, tedarik zincirini olası risklerden korumak amacıyla kritik hammaddeler sektörüne de taşıması beklenmelidir.

Bu açıdan bakıldığında Tüzük'ün, tüvenan veya yarı mamul haldeki hammaddelerin işlenmesi ile kritik hammadde içeren ürünlerin geri dönüşümü yoluyla AB'nin kritik hammadde ihtiyacını karşılama yolunda hızlı adım atmasına

imkân verecek yasal zemini oluşturduğu görülmektedir. Ancak Tüzük'ün, bizzat Üye Devletler'de kritik hammadde madenlerinin aranmasının ve işletebilmesinin aynı hızda hayata geçmesine elverişli bir ortam yarattığını söylemek olanaklı gözükmemektedir. Tüzüğün hazırlanması esnasında 3 Nolu Politika Seçeneği'nin bazı hedeflerin hayata geçirilmesinde daha etkili olacağı kabul edildikten sonra bu politika seçeneğinin tercih edilmemesinde bütçe kısıtlarının rol oynadığı, mefhum-u muhalifinden kurumsal kapasitenin geliştirilmesinde önemli mâli zorluklar olduğu ifade edilmektedir.¹⁶⁵

Tüzük'ün temel yaklaşımının, kritik hammaddelerin aranması, işletilmesi ve geri kazanımı şeklindeki bütüncül değer zinciri üzerine kurulu olduğu üzerinde durulmuştu. Bu açıdan MadK'daki kritik cevher stokları kavramının, kritik hammaddelere dair geliştirilecek politikalar ışığında ivedilikle gözden geçirilmesi ve geliştirilmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Bu amaçla yapılacak çalışmalarda kritik hammaddelere dair bir liste oluşturulması kadar:

- kritik hammaddelerin geri kazanımına, ve
- kritik hammadde stoklarına,

da özel önem verilmelidir. Stratejik hammaddeler ile kritik hammaddelerin yurtdışına ihracı konusunda ruhsat sahiplerine farklılaştırılmış raporlama yükümlülükleri getirilmeli, bu hammaddelere ilişkin kontrol ve izleme yoğunlaştırılmalıdır. Bununla birlikte, diğer yatırımlar ile çakışan kritik hammadde projelerine kanuni güvenceye sahip ilkesel öncelik verilmelidir.

MAPEG'in, maden gruplarına göre -hususiyetle 2b grubu açısından- devlet hakkı bedellerinin belirlenmesi hususu dışarıda bırakılacak olur ise, 4 sayılı CB Kararnamesi ile amaçlanan ilgili ürün pazarlarını düzenleyici (*regulatory*) ve piyasa koşullarını izleyici/denetleyici (*supervisory*) bir kurum olarak işlev göreceği şekilde evrimleşmediği, kurumsal idari yapısının da buna göre kurgulanmadığı

¹⁶⁵ Araştırma çalışmaları için 3.2 milyon Avro, idari harcamalar için ise 14.969 milyon Avro ihtiyacının, yeni bütçe yapılına kadar mevcut kaynaklardan karşılanacaktır. Bkz. *Explanatory Memorandum*, 13. Kritik teknolojiler ve kritik mineraller için Üçüncü Ülkeler ile yapılması muhtemel iş birlikleri için Global Gateway altında oluşturulan 300 milyar Avro'luk fondan, kritik mineral projelerinin hangi koşullar altında yararlanacağı ise şu an için meçhuldür.

söylenebilecektir. Ancak kritik hammaddeler açısından gelinen noktada, MAPEG'in bir an evvel düzenleyici ve denetleyici bir kuruma doğru dönüşmesi ihtiyacı daha da belirginleşmiştir. Maden haklarının, sadece haklar demeti içerisindeki çeşitliliğin kendisinin değil, bu demet içerisindeki özellikle işletme ruhsatının devir, miras (intikal), ipotek, rödovans, şirkete aynî sermaye olarak getirme gibi vasıtalar ile çeşitlenerek başka ekonomik çıkarlara dönüşmesi suretiyle mutlak haklar dizgesi içerisindeki öneminin giderek arttığı aşıkardır. Bu önem nedeniyle mülkiyet hakkı ihlali yakınmalarına daha fazla konu olması da bu ihtiyacı perçinlemektedir.

İlaveten MAPEG'in sadece madenlerin aranması ve işletilmesi değil, madenlerin geri kazanımı ve yeterli maden stoklarının oluşturulması ve takibi konusunda da söz sahibi kılınması gerekir. Bu amaçla, 4 sayılı CB Kararnamesi m. 767/1 de öngörülen MAPEG taşra teşkilatının gecikmeksizin oluşturulmasında ve etkinleştirilmesinde yarar bulunmaktadır. MAPEG düzenleyici bir kuruma dönüştürülse dahi, denetleyici kurum olma işlevinin hayata geçirilebilmesi için de taşra teşkilatının varlığı önem arz etmektedir.¹⁶⁶ Taşra teşkilatı, özellikle stratejik ve kritik hammaddelerin yurtdışına ihracı hususunda oluşturulacak kontrol ve izleme mekanizmasının hayata geçirilmesinde de önemli bir rol üstlenecektir.

Kritik hammaddelere yönelik politika(lar) geliştirilirken Türkiye'nin mevcut kurumsal yapı zenginliğinden ve bu kurumların tecrübelerinden azami seviyede yararlanılmalı, yarışması muhtemel kurumsal kimlikler ETKB'nin öncülüğünde bir potada eritilmelidir. Kritik hammaddelere ilişkin çalışmaların ulusal güvenliğe dair bütüncül bir perspektiften değerlendirilmesi ihtiyacına dikkat çekilmelidir. Bu vesile ile planlama kavramının önemi yeniden hatırlanarak On Birinci Kalkınma Planı 2019-2023'ün Madencilik Politikaları başlıklı kitabındaki genel çerçeveden hareketle 2024-2028 dönemini kapsayacak On İkinci Kalkınma Planı'na ulusal güvenlik ile ilişkilendirilmiş çok katmanlı ve bütüncül bir politika(lar) tercihi yasal ve kurumsal değişimi hedefleyen bir bakış

¹⁶⁶ Taşra teşkilatının oluşturulması ile birlikte ruhsat hukuku işlemleri belediyeler, il özel idareleri ve YİKOB tarafından yapılan 1. Grup ve 2.A Grubu madenler bakımından tüm kontrolün MAPEG'e bırakılması yerinde olacaktır.

açısı yansıtılmalıdır. Bununla iktifa edilmeyerek geriye gidişi (*back-sliding*) önleyecek şekilde 3067 sayılı Kanun'un 3. Maddesine işlerlik kazandırılmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar, bu çalışmada çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu çalışma için etik kurul onayı gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has not declared whether ethical committee approval is required for this research.

KAYNAKÇA

Birleşmiş Milletler. *İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler – ABD*, New York: UN, 2011, Erişim tarihi Kasım 6, 2023. <https://www.ihd.org.tr/wp-content/uploads/2021/06/BM-is-dunyas%C4%B1-ve-insan-haklari.pdf>.

Bloomberg. “US Demands Are Why Mineral Deal With EU Failed, Dombrovskis Says.” Erişim tarihi Ekim 28, 2023. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-10-28/us-demands-are-why-mineral-deal-with-eu-failed-dombrovskis-says>.

European Commission. *Conference on the Future of Europe*. Brussels: EU Commission, 2022. Erişim tarihi Kasım 6, 2023. https://wayback.archive-it.org/12090/20220915201021/https://prod-cofe-platform.s3.eu-central-1.amazonaws.com/2po250fn174z62m8g8c9ya9e62m7?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3D%22Book_CoFE_Final_Report_EN_full.pdf%22%3B%20filename%2A%3DUTF-8%27%27Book_CoFE_Final_Report_EN_full.pdf&response-content-type=application%2Fpdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIA3LJXGZPDFYVOW5V%2F20220915%2Ffeu-central-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20220915T200910Z&X-Amz-Expires=300&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=9da6e64b707df344c8772d076bc07e818cd0e1e0b662480f30d2f367446042e8.

Conference on the Future of Europe. *Report on the Final Outcome*. Brussels: EU Commission, 2022. Erişim tarihi Ekim 15, 2023. https://wayback.archive-it.org/12090/20230216232855/https://prod-cofe-platform.s3.eu-central-1.amazonaws.com/2po250fn174z62m8g8c9ya9e62m7?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3D%22Book_CoFE_Final_Report_EN_full.pdf%22%3B%20filename%2A%3DUTF-8%27%27Book_CoFE_Final_Report_EN_full.pdf&response-content-type=application%2Fpdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIA3LJXGZPDFYVOW5V%2F20230216%2Ffeu-central-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20230216T232855Z&X-Amz-Expires=300&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=9da6e64b707df344c8772d076bc07e818cd0e1e0b662480f30d2f367446042e8.

Signature=fae9e09b13dde256be1b5543c1a98033ef542b08bf1ed00564a38c025743c057_.

Demarais, Agathe. "What the EU list of critical technologies tells us about its de-risking plans." European Council on Foreign Relations. Erişim tarihi Ekim 15, 2023.

<https://ecfr.eu/article/what-the-eu-list-of-critical-technologies-tells-us-about-its-de-risking-plans/>.

Dursun, Cemal. *Maden Hukukunda Rödoovans Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

EU Commission. "State of the Union." Erişim tarihi Kasım 6, 2023. https://state-of-the-union.ec.europa.eu/state-union-2022_en.

Gehrke, Tobias ve Julian Ringhof. "Indispensable leverage: How the EU can build its technological edge, Commentary at European Council on Foreign Relations." ECFR Erişim tarihi Ekim 15, 2023. <https://ecfr.eu/article/indispensable-leverage-how-the-eu-can-build-its-technological-edge/>.

Hansens, Pascal, Sigrid Melchior, Maxence Peigné ve Harald Schumann. "Russia: Europe imports €13 billion of 'critical' metals in sanctions blindspot." Investigate Europe. Erişim tarihi Ekim 15, 2023. <https://www.investigate-europe.eu/posts/russia-sanctions-europe-critical-raw-materials-imports>.

Indonesia, "Measures Relating to Raw Materials." Erişim tarihi Ekim 15, 2023. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds592_e.html.

Jones, Mared Gwyn. "EU strikes clean energy deals in global forum to counter China's investment plan." *Euronews*. Erişim tarihi Ekim 25, 2023. <https://www.euronews.com/my-europe/2023/10/25/eu-strikes-clean-energy-deals-in-global-forum-to-counter-chinas-investment-plan>.

Kenanoğlu, Murat ve Selin Özokcu. *Hammaddelerin Kritikliği/Stratejikliği ve Türkiye*. Ankara: İTÜ Vakfı, 2022. Erişim tarihi Ocak 6, 2023. <https://www.ituvakif.org.tr/hammaddelerin-kritikligi-stratejikligi-ve-turkiye>.

Kenanoğlu, Murat ve Selin Özokcu. "Türk Firmaları Yeşil Dönüşüme Ne Kadar Hazır? Sınırdaki Karbon Düzenlemesi kapsamındaki sektörlerin Yeşil Mutabakat'a hazırlık görünüşleri." Ankara: TEPAV, 2022. Erişim tarihi Ekim 15, 2023.

- https://www.tepav.org.tr/upload/files/1653382580-7.Turk_Firmalari_Yesil_Donusume_Ne_Kadar_Hazir.pdf.
- Munzur Üniversitesi. “Türkiye Kritik Hammaddeler Listesi Rapor Özeti.” Erişim tarihi Ekim 15, 2023. https://www.munzur.edu.tr/yonetim/admin/duyuru_img/kritikhammadde_rlistesi.pdf.
- Nicholas, Simon ve Soroush Basirat. “Australia faces growing green iron competition from overseas.” Institute for Energy Economics and Financial Analysis. Erişim tarihi Ekim 15, 2023. <https://ieefa.org/resources/australia-faces-growing-green-iron-competition-overseas>.
- Noble, Philippa. “Impacts and Opportunities for Developing Economies under the European Critical Raw Materials Regulation, A Circular Economy Vision.” iç. Circular Economy Vision, eds. Johannes Kaldalu, Kristina Kasumovic and Maria Montull Rodriguez. Copenhagen: Circular Press, 2023.
- Onstad, Eric. “Boliden launches low-carbon copper products.” *Reuters*. Erişim tarihi Ekim 15, 2023. <https://www.reuters.com/article/us-copper-boliden-carbon-idUSKBN2BB1C2>.
- Özdemir Mallı, Nilüfer. “Maden Mevzuatının ve Madencilik Faaliyetlerinin Nizamnameler Kapsamında İncelenmesi.” *MAPEG Bülteni*, no. 9 (2023): 36-49.
- Reuters*. “Namibia bans export of unprocessed critical minerals.” Erişim tarihi Ekim 15, 2023. <https://www.reuters.com/markets/commodities/namibia-bans-export-unprocessed-critical-minerals-2023-06-08/>.
- Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Sanayi Bölgeleri Genel Müdürlüğü. “Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliği Uyarınca Yayınlanan Stratejik Önemi Haiz Tesislere İlişkin Duyuru (Endüstri Bölgeleri).” Erişim tarihi Ekim 15, 2023. <https://sanayi.gov.tr/assets/pdf/sanayi-bolgeleri/7-Stratejik%C3%96nemiHaizTesisDuyurusuEB.pdf>.
- Szczepański, Marcin. *EU anti-coercion instrument*. European Parliamentary Research Service (EPRS), Members' Research Service, PE 729.299 – March 2024. Erişim tarihi Mart 25, 2024.

https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/729299/EPRS_BRI%282022%29729299_EN.pdf.

Steinberg, Julie Steinberg. "Wyoming discovery could be America's first new source of rare-earth elements since 1952." *The Wall Street Journal*. Erişim tarihi Kasım 10, 2023. https://www.wsj.com/business/energy-oil/the-2-million-coal-mine-that-might-hold-a-37-billion-treasure-181dbdcf?mod=hp_lead_pos7&mod=wknd_pos1.

Times of India. "G20 Summit: New 'Spice Route' Deal to Counter China's OBOR." Erişim tarihi Ekim 15, 2023. <https://timesofindia.indiatimes.com/india/g20-summit-new-spice-route-deal-to-counter-chinas-obor/articleshow/103542127.cms?from=mdr>.

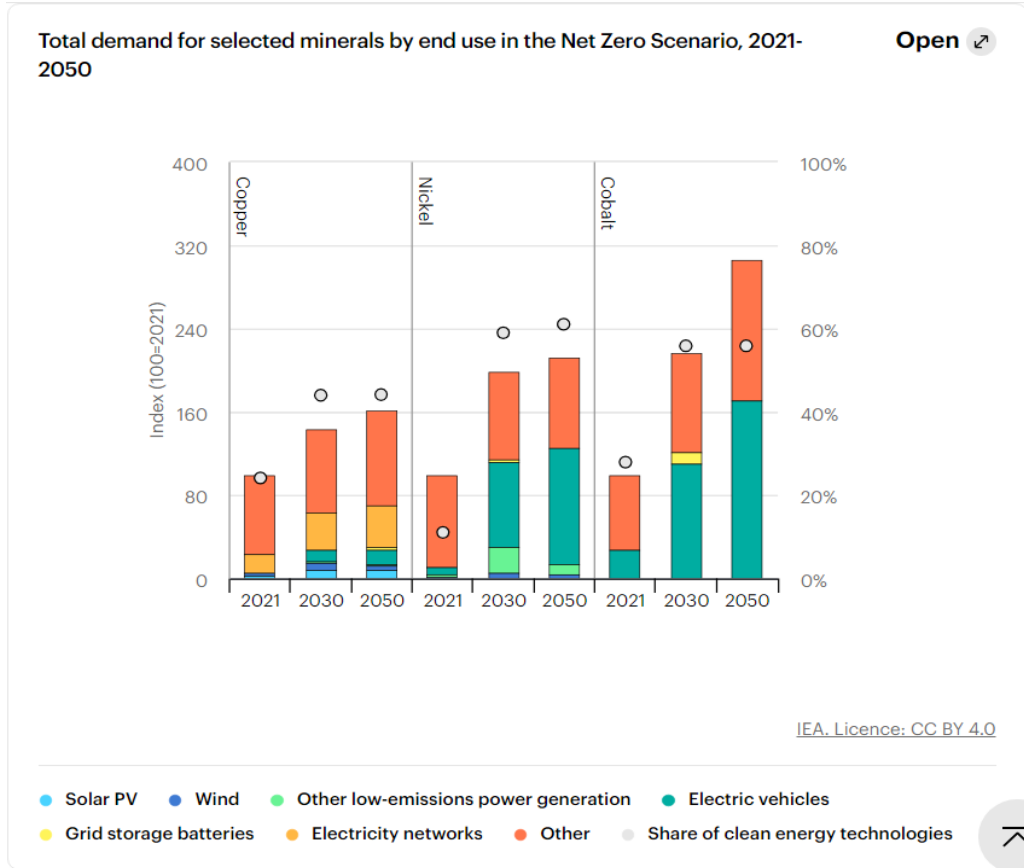
Tuna, İbrahim Kürşat. "Stratejik ve Kritik Madenlere İlişkin Küresel Politikalar Çerçevesinde Türkiye'deki Stratejik ve Kritik Madenlerin Ulusal Güvenliğe Etkileri." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Çanakkale: Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

U.S. Geological Survey. "Mineral Commodity Summaries." Erişim tarihi Ekim 15, 2023. <https://pubs.usgs.gov/periodicals/mcs2023/mcs2023-lithium.pdf>.

Zanbak, Caner. "Hammaddelerin Kritikliği/Stratejikliği ve Türkiye." *İTÜ Vakfı* (blog), Erişim Tarihi Ocak 2023. <https://www.ituvakif.org.tr/hammaddelerin-kritikligi-stratejikligi-ve-turkiye>.

EK TABLOLAR

Ek-1 2021-2050 Arası Bakır, Nikel ve Kobalt Talep Öngörüsü (Net-Sıfır Senaryosu)



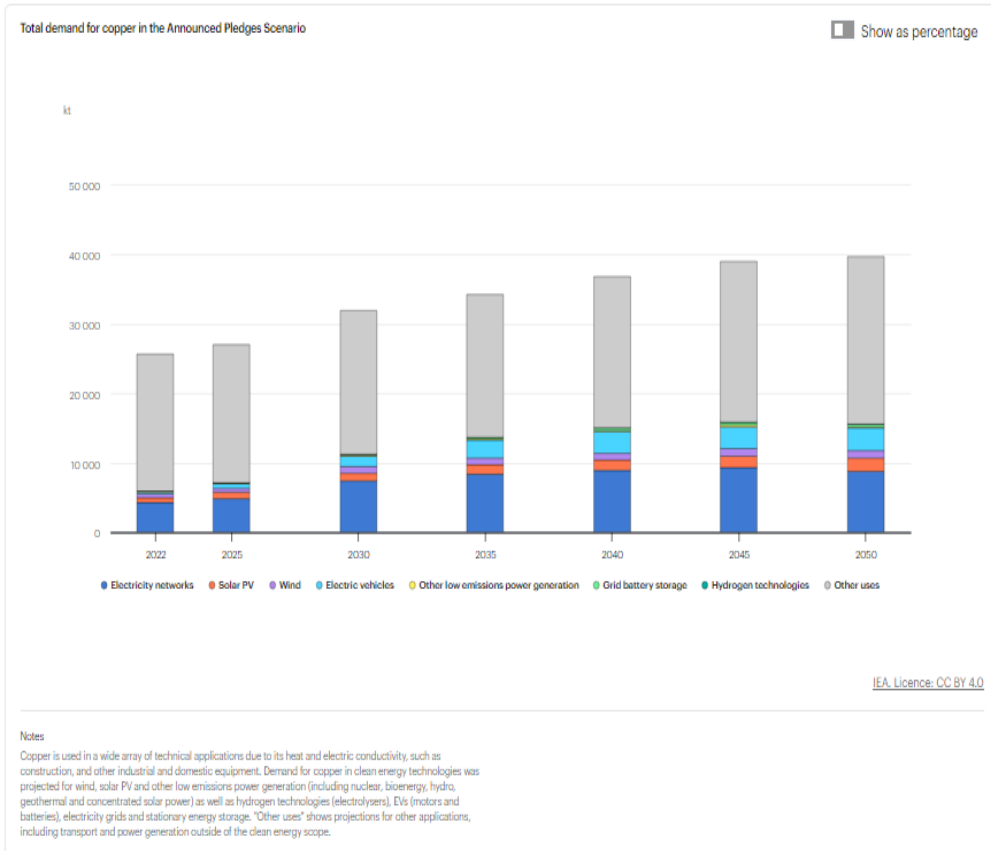
Ek-2 2022-2050 Arası Bakır, Kobalt, Lityum, Nikel Ve Neodmiyum Talep Öngörüsü (Duyurulan Talepler Öngörüsü)

Total demand for key minerals

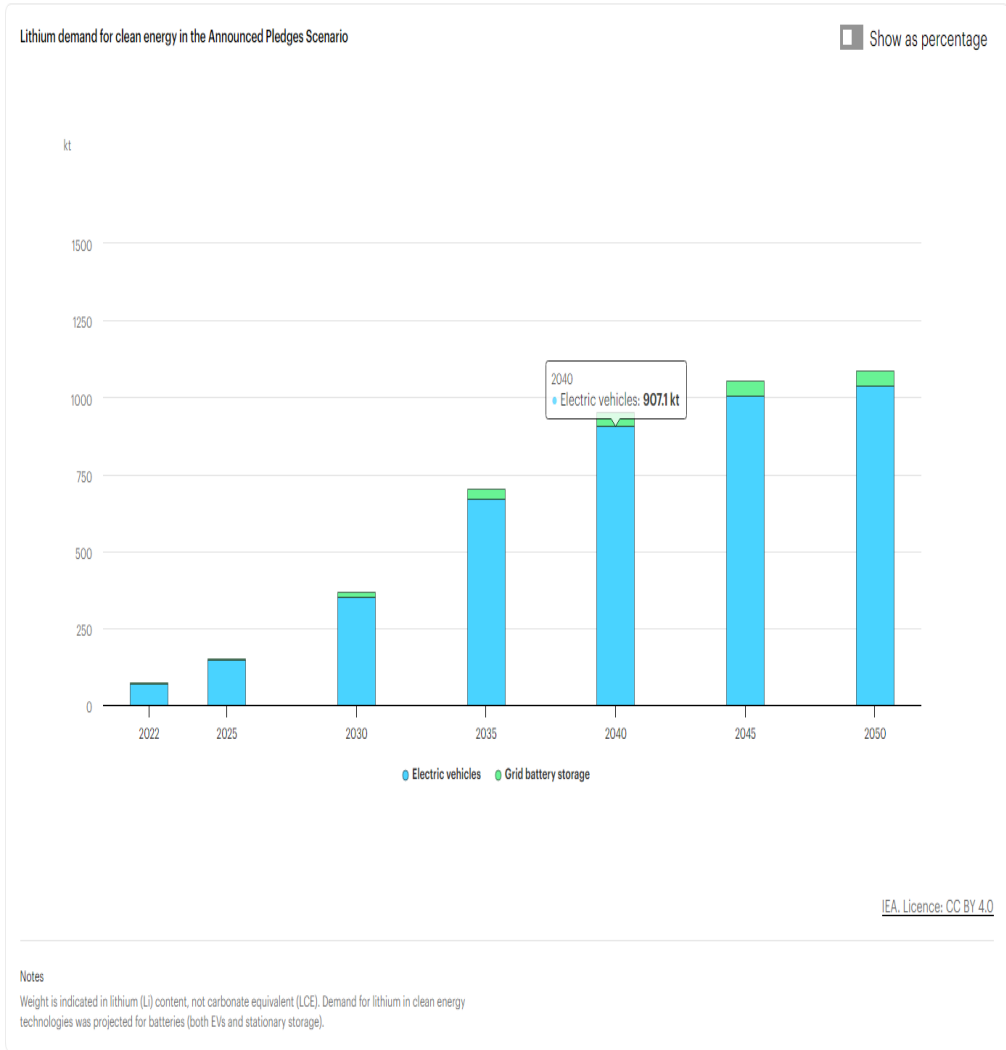
Scenario: **Announced Pledges Scenario**

Cu
Copper
Co
Cobalt
Li
Lithium
Ni
Nickel
Nd
Neodymium

[Explore all minerals](#)



Ek-3 2022-2050 Arası Lityum Talep Öngörüsü

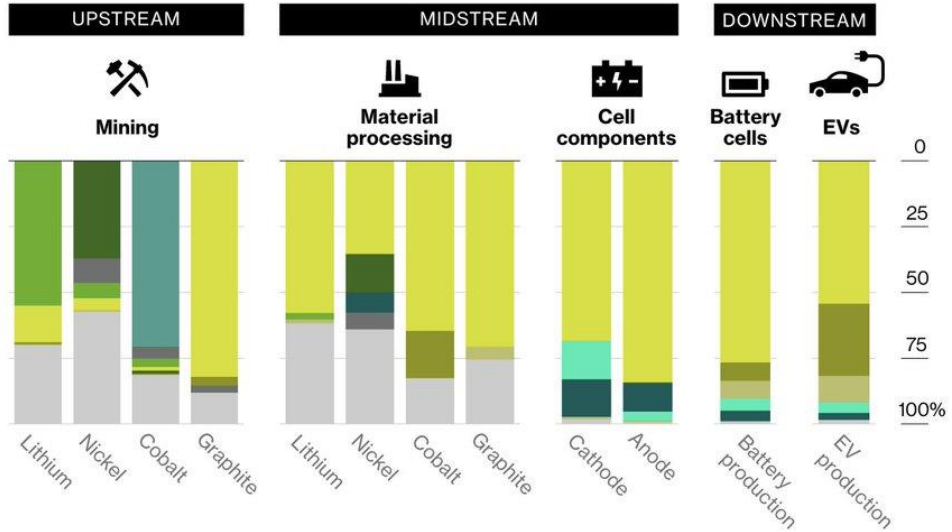


Ek-4 Elektrikli Araçlardaki Akülerde Kullanılan Minerallerin Tedarik Edildiği Ve İşlendiği Ülkeler

China Dominates EV Battery Supply Chain After Mining

Percentage share of global production

■ China
 ■ Europe
 ■ US
 ■ Japan
 ■ Korea
 ■ Democratic Republic of the Congo
 ■ Australia
 ■ Indonesia
 ■ Russia
 ■ Other

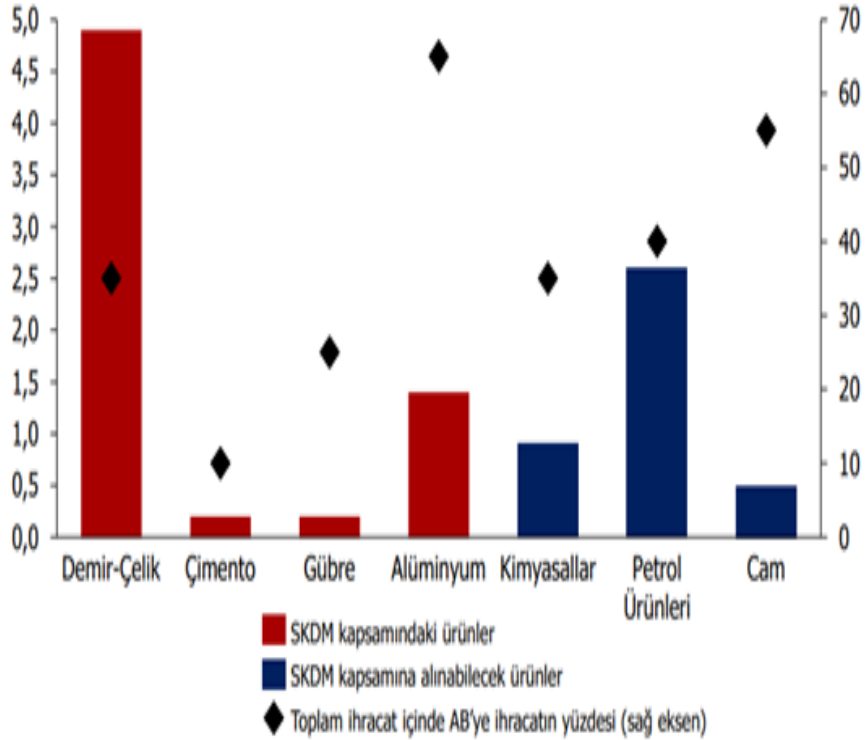


Note: Report published in July 2022

Source: International Energy Agency

Ek-5 Türkiye’de SKDM’den Etkilenecek Sektörler

Şekil 3. Sınırdaki Karbon Düzenlemesi Mekanizmasından Etkilenecek Sektörler, %, 2018-2020 ortalaması



Kaynak: Dünya Bankası, Global Trade Analysis Project (GTAP), TEPAV Görselleştirmesi

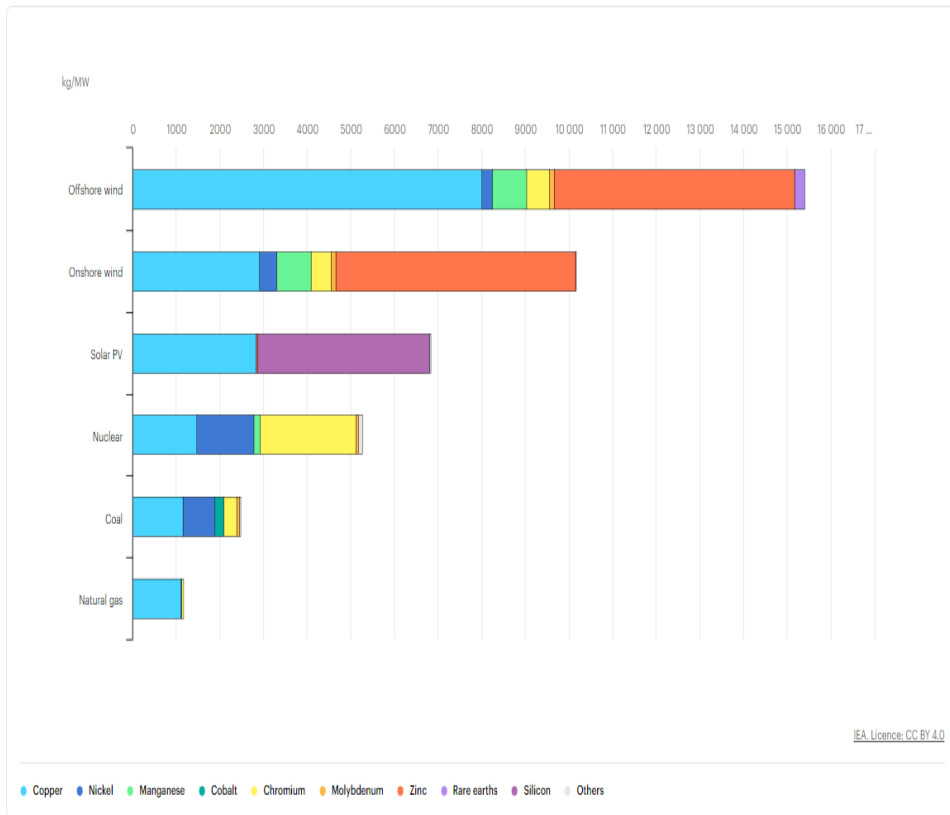
Ek-6 Temiz Teknolojilerde Kullanılan Kritik Mineraller (Offshore Ve Onshore Rüzgar Türbinleri)

Minerals used in clean energy technologies compared to other power generation sources

Last updated 5 May 2021

Download chart ↓

Cite Share



Ek-7 Elektrikli Araçlar

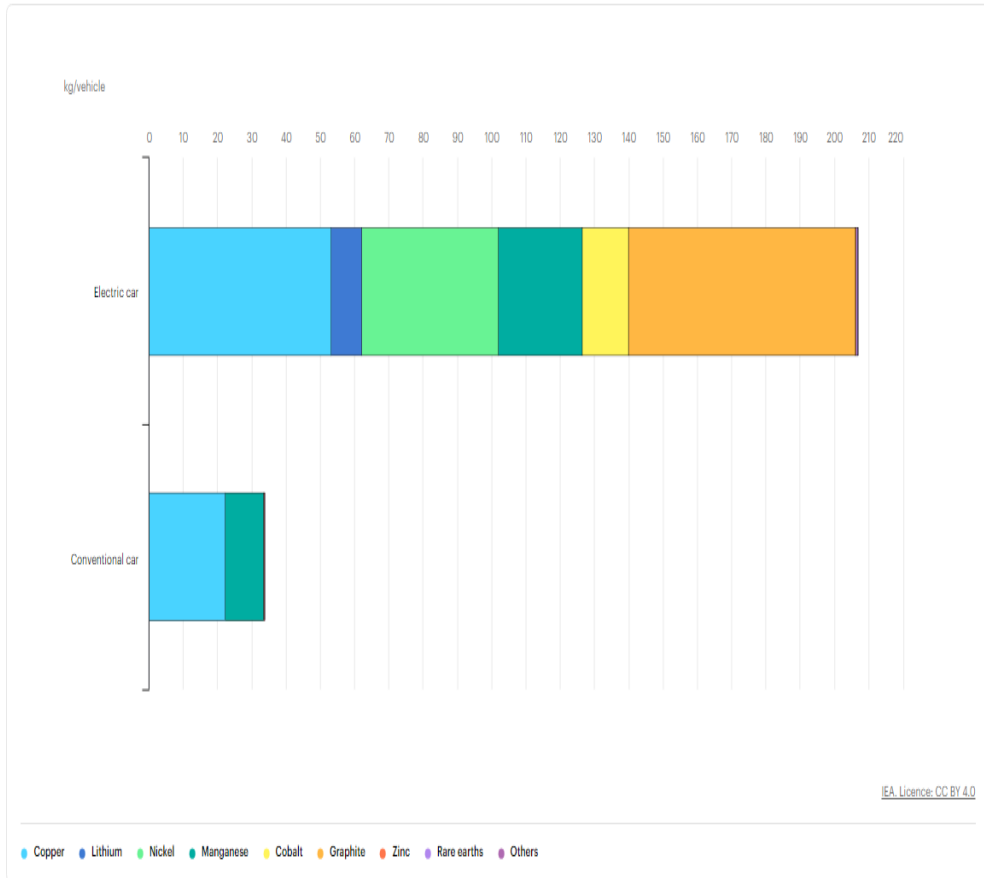
Minerals used in electric cars compared to conventional cars

X

Last updated 5 May 2021

Download chart ↓

Cite Share



Ek-8 2020-2050 Arası Temiz Enerji Teknolojileri Talep Öngörüsü

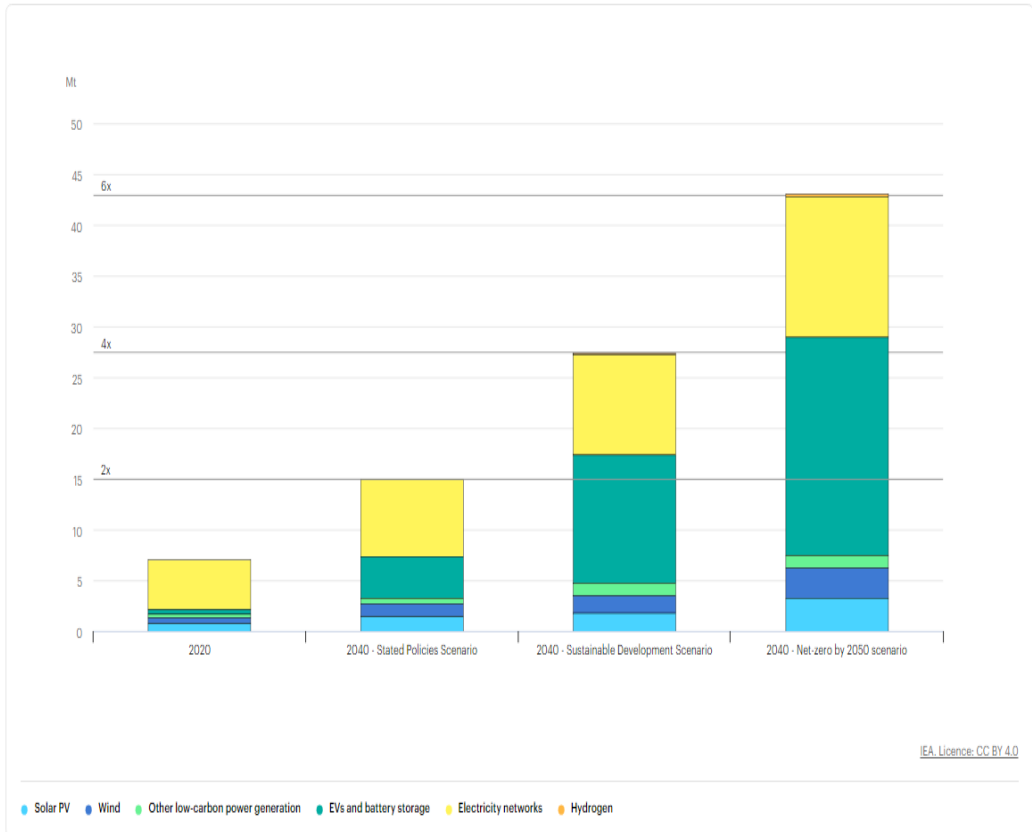
Total mineral demand for clean energy technologies by scenario, 2020 compared to 2040

X

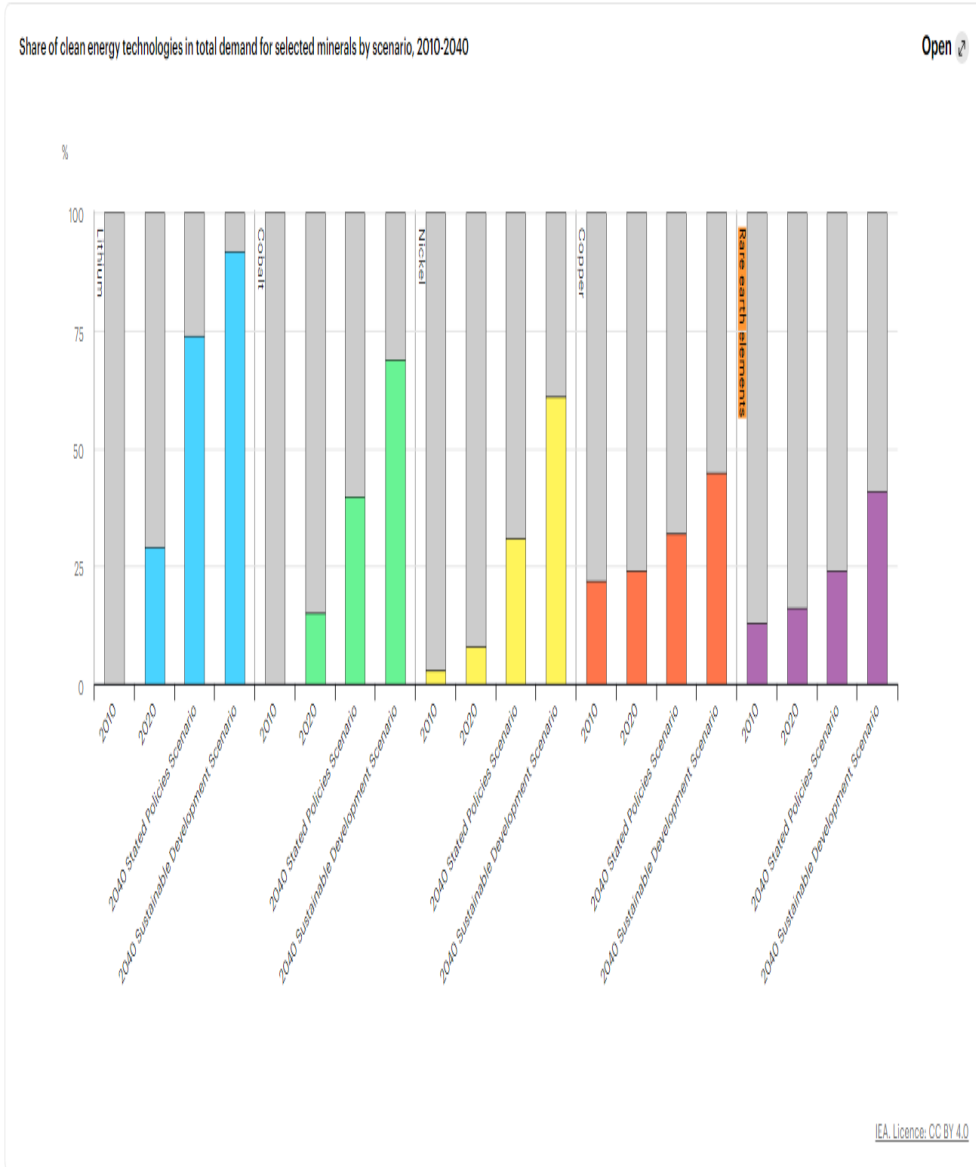
Last updated 5 May 2021

Download chart ↓

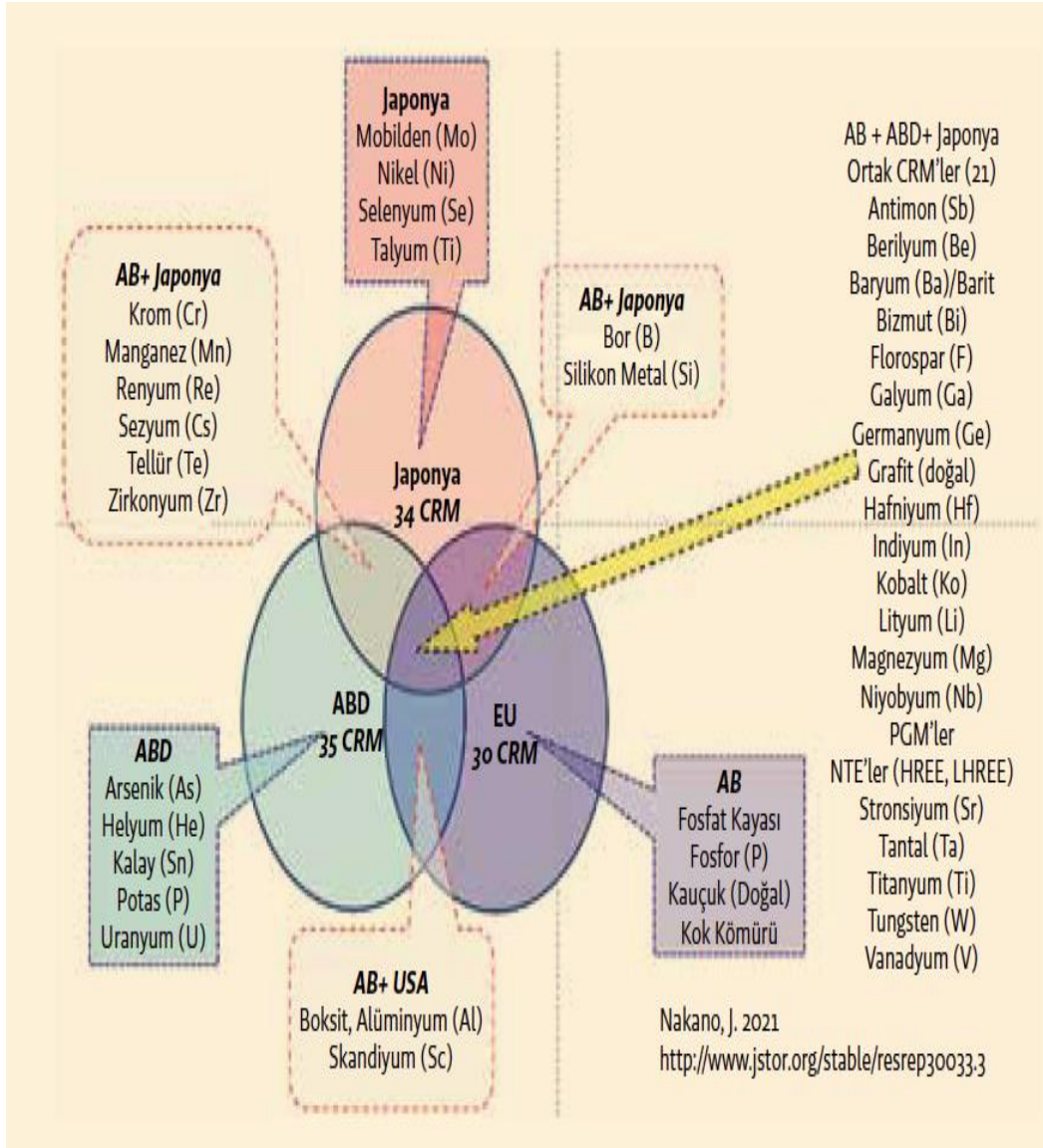
Cite Share



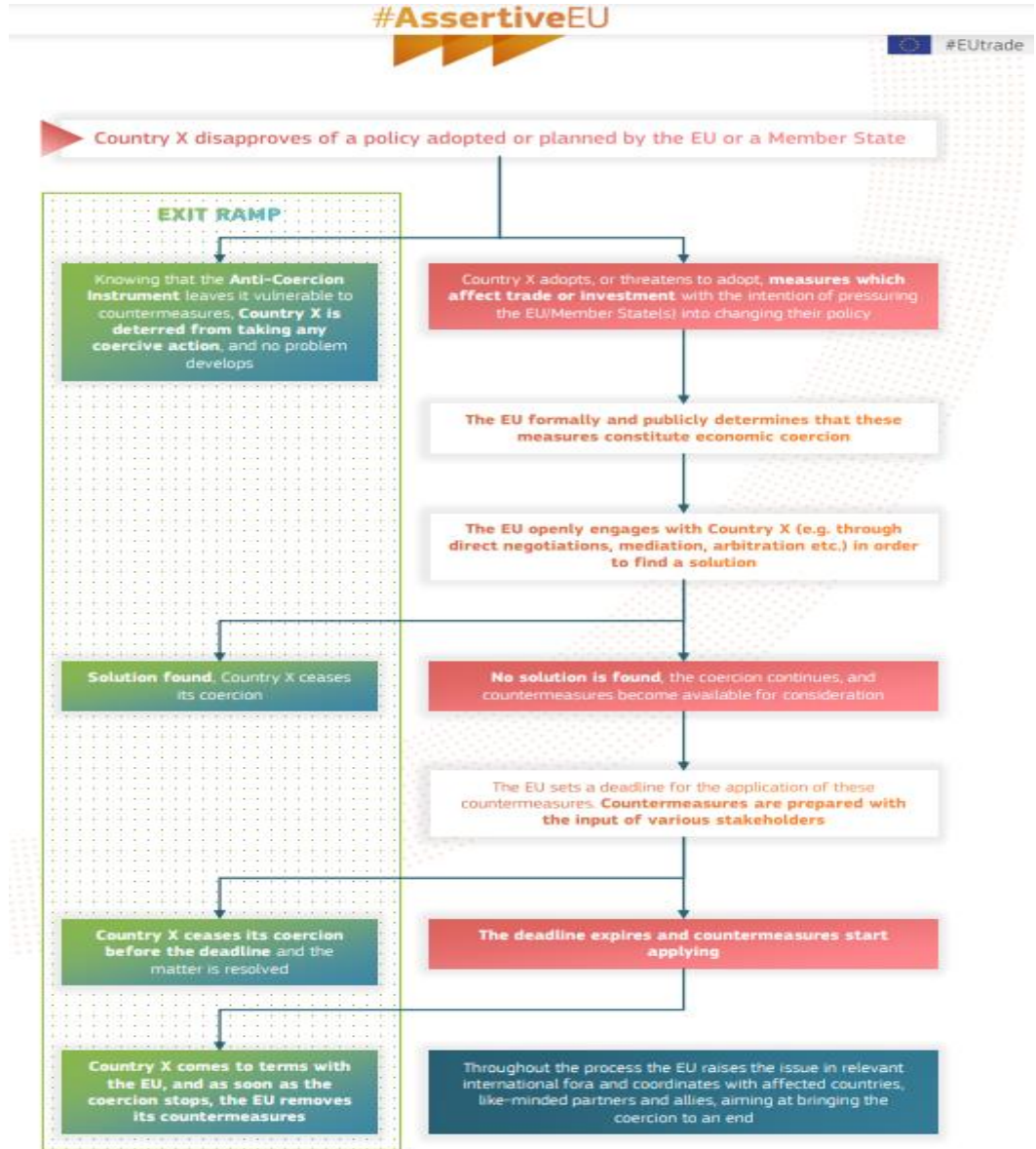
Ek-9 Nadir Elementler Talep Öngörüsü



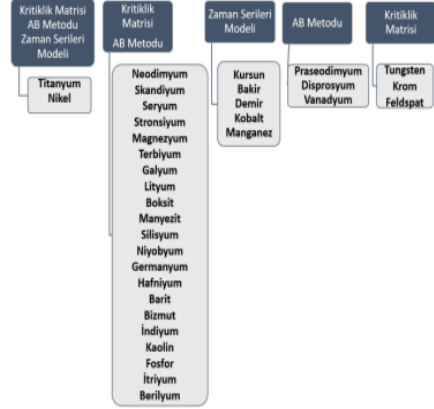
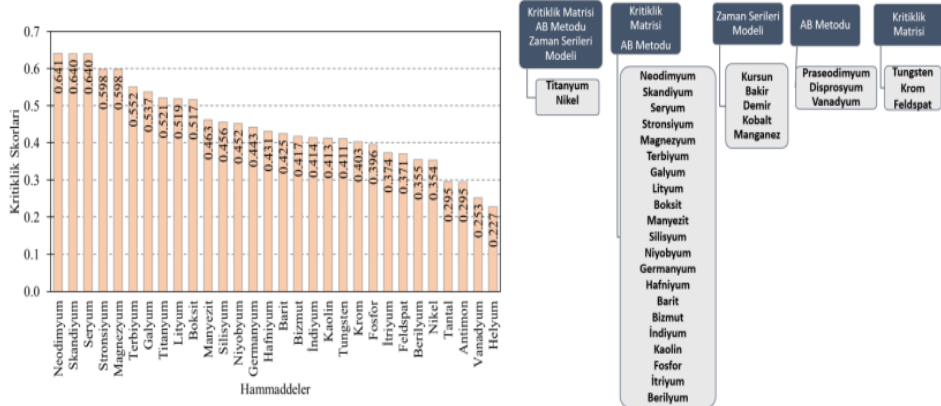
Ek-10 Dünyada Kritik Hammaddeler Listesi



Ek-11 Baskı Karşısı Enstrüman (Süreç Özeti)

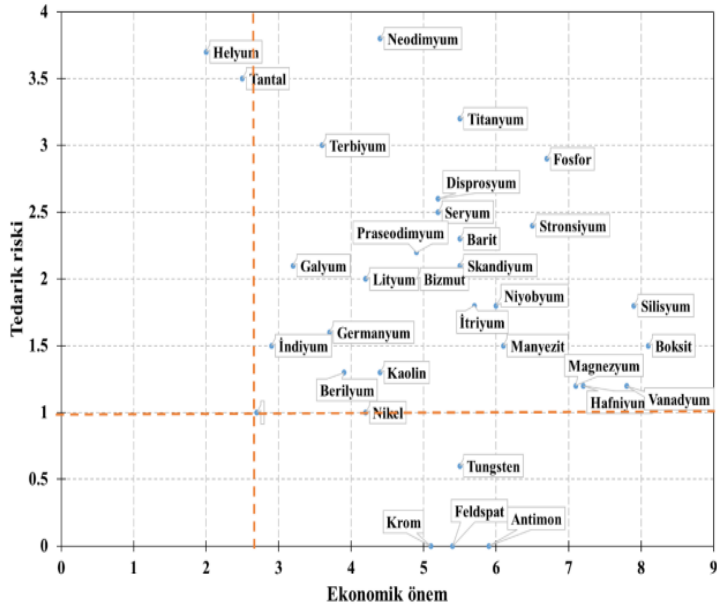


Ek-12 Munteam Kritik Hammaddeler Listesi



a. Kritik hammadde listesi (Kritiklik matrisi sonuçları)

b. Kritik hammadde listesi (Üç yöntemin sonuçları)



c. Kritik hammadde listesi (AB metodu)

MUKAYESELİ HUKUK VE TÜRK HUKUKU KAPSAMINDA DAVALININ BİLİN(E)MEMESİNİN DAVANIN AÇILMASI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*The Evaluation of the Defendant's Unknown Status in Terms of
the Filing of the Lawsuit under Comparative and Turkish Law*

Serkan KAYA*

Öz


Tarafların adı ve soyadı, dava dilekçesinde bulunması gereken çok önemli bir husustur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin 2. fıkrasına göre, dava dilekçesinde tarafların adı ve soyadı konusunda bir eksiklik tespit edilmesi durumunda hâkim, davacıya bu eksikliği düzeltmesi için bir haftalık kesin bir süre tanır Davacı verilen süre içinde eksikliği tamamlamazsa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119/2 maddesi gereğince davanın açılmamış sayılmasına karar verilir. Ancak bazen, davacının yasal işlemleri başlatırken davalının kimliğini belirleyemediği durumlar olabilir. Davalının kimliğinin tespit edilememesi, karmaşık hukuki olayları ve işlemler, anonim çevrim içi işlemler veya yetersiz bilgi içeren olaylar da dahil olmak üzere çeşitli senaryolardan kaynaklanabilir. Bu

* Dr Öğretim Üyesi, Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı serkan.kaya@boun.edu.tr ORCID: 0000-0003-2507-3372.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 15.10.2023.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 27.03.2024.

Atıf/Citation: Kaya, Serkan. "Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukuku Kapsamında Davalının Bilin(e)memesinin Davanın Açılması Bakımından Değerlendirilmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024):126-158.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

gibi durumlarda, davalının kimliğinin tespit edilememesi iddianın meşruiyeti ve hak arama hürriyeti konusunda bazı tartışmaları doğurmaktadır. Bu çalışma, bu tür durumların değerlendirilmesini incelemekte, davalının kimliği bilinmemesi durumunda davanın açılmış sayılıp sayılmayacağı konusunda karşılaşılan karmaşıklıkları, zorlukları ve olası çözümleri değerlendirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Bilinmeyen Davalı, Dava Dilekçesi, Davalının Kimlik Bilgisi, Davalının Anonimliliği, John/Jane Doe.

Abstract

The name and surname of the parties is an essential aspect that must be included in the statement of claim. According to paragraph 2 of Article 119 of the Code of Civil Procedure, in the event that a deficiency is detected in the statement of claim regarding the name and surname of the parties, the judge shall grant the plaintiff a definite period of one week to correct this deficiency. If the plaintiff fails to complete the deficiency within the given period, the lawsuit shall be deemed not filed pursuant to Article 119/2 of the CCP. However, sometimes, there may be cases where the plaintiff is unable to identify the defendant when initiating legal proceedings. Failure to identify the defendant can arise from a variety of scenarios, including complex legal events and transactions, anonymous online transactions, or events with insufficient information. Failure to identify the defendant may result from various scenarios, including complex legal events and transactions, anonymous online transactions or events with insufficient information. In such cases, the inability to identify the defendant raises questions about the legitimacy of the claim and the right to a remedy. This article analyses the assessment of such situations and explores the complexities, challenges and possible solutions to the question of whether a lawsuit is deemed to have been filed if the identity of the defendant is unknown.

Keywords: Unknown Defendant, Statement of Claim, Identity of the Defendant, Anonymity of the Defendant, John/Jane Doe.

GİRİŞ

Modern hukuk sistemlerinde, davacı tarafından mahkemeye hitaben yazılan dilekçeler mahkeme kararı alınması sürecinin temelini oluşturur. Bu dilekçeler,

davacının iddialarını ve taleplerini mahkemeye sunmasının yanı sıra dava sürecinin başlamasını sağlar. Nitekim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 118. maddesinde, bir davanın, dava dilekçesinin kaydedildiği anda açılmış sayılacağı belirtilmiştir. Medeni yargılamada dava dilekçelerinin düzgün bir şekilde hazırlanması, adaletin sağlanması için önemli bir yere sahiptir. Dava dilekçelerinin içeriği ve yapısı, Türk hukukunda belirli kurallara tabidir. HMK'nın 119. maddesinin birinci fıkrasının (a) ilâ (h) bentleri arasında bir dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar gösterilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bu bentlerde bulunması gereken unsurların eksik olduğu durumda yapılması gerekenler ve bu eksikliklerin yaptırımları belirtilmiştir.¹ Maddenin (b) bendine göre, dava dilekçesinde 'davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri' bulunması gerekir. Ancak bazı hallerde, davanın açılacağı anda davalının kim olduğunun davacı tarafından bilinmesi mümkün olmayabilir. Başka bir ifade ile, hak arama sürecinde olan bir kişi, hukukî ilişkisini ve talep edeceği miktarı/değeri bilse de muhatabını tespit edemeyebilir. Örneğin, bir trafik kazasında kişi, aracına verilen zararı tespit edebilmesine rağmen zarar verenin gerçek kimliğini tespit edemeyebilir. Aynı şekilde, kişi arsasının sınırını ihlal eden komşusunun taşınmaz bilgilerinin bilmesine rağmen, komşusunun gerçek kimliğini bilemeyebilir. Bu gibi durumlarda, dilekçenin verileceği sırada davalının adı ve soyadının davacı tarafından bilinmemesi durumu, davanın açılmamış sayılmasına sebebiyet verebilir. Bu çalışma , davacının davalının gerçek kimliğini tespit edememesi dolayısıyla dava dilekçesindeki 'davalının adı, soyadı' unsurunun eksik olması halinde davanın açılması durumunu değerlendirmektedir. Bu doğrultuda, çalışmada, öncelikle davalının tespitinin zor veya olanaksız olduğu durumlar tartışılmakta ve ve ardından söz konusu sorun/konu mukayeseli hukuk ve Türk hukuku açısından ele alınmaktadır.

¹ HMK'nın 119. maddesinin 2. fıkrası, dava dilekçesinde birinci fıkrada belirtilen "(a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması halinde" yapılacak işlem ve yaptırım açıkça düzenlenmişken bu bentlerle ilgili ne yapılacağı hususu belirtilmemiştir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Muhammed Özeken, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, (2015): 263, 278-281.

I. DAVALININ BİLİN(E)MEMESİ HALLERİ

Davalının kim olduğunun bilenememesi veya tespit edilememesi, medeni yargılamada karşılaşılabilecek durumlardan biridir. Bu tür davalarda, davacı, ihlâl edildiğini iddia ettiği haklarını koruma, tecavüzleri bertaraf etme ve hukuki taleplerini ileri sürme hakkına sahip olmasına rağmen, muhatabının kim olduğunu belirleyemeyebilir. Davalının kim olduğunun belirlenememe nedenlerden biri, hukuki ilişkilerin karmaşıklığı olabilir. Özellikle büyük işletmeler, çok uluslu şirketler ve karmaşık mülkiyet yapıları olan organizasyonlar arasındaki hukuki ilişkilerle karşılaşılabılır. . Bu tür durumlarda, davacı, hangi tarafların kendisine karşı hak iddia edebileceğini ve hangi tarafların davalı konumunda olduğunu tespit etmekte zorlanabilir. Aynı şekilde, bir trafik kazasında, kişi kendi aracına çarparak kaçan kişinin ismini bilmeyebilir. Bazen haksız fiil davasında davacı, haksız fiile neden olan karmaşık bir olayda diğer tarafların dâhil olup olmadığı konusunda emin olmayabilir. Bu durum, kimin sorumlu tutulması gerektiğini bilmeyi daha zor hâle getirebilir. Aynı şekilde, internette ‘müzik paylaşımı’ ve ‘korsan baskılar’ yoluyla telif hakları ihlal edilen bir kişi tecavüzün ref’i davası açarak telif tazminatı talebinde bulunurken bu hukuka aykırı fiili işleyenlerin kimliklerini bilmeyebilir.

Davalının kim olduğunun belirlenemeyeceği başka bir durum, anonim tarafların dahil olduğu işlemlerden kaynaklanan uyumsuzluklardır. Özellikle blokzincir² tabanlı yapılan işlemlerde taraflar, birbirlerinin gerçek kimliklerini bilmeyebilir. Blokzincir, finansal işlemleri, varlıkların değerini ve diğer düzenlemeleri içeren çeşitli verileri merkezi olmayan bir şekilde sürekli olarak

² Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi blokzinciri şu şekilde tanımlamıştır: “Dağıtık, şeffaf, değiştirilemez ve güvenli veri yapıları sağlayan teknolojiler bütünüdür. Üzerindeki işlem bilgileri; değişmez kayıtlar olarak ağdaki paydaşlar tarafından doğrulanır, kaydedilir ve paylaşılır.” “Blokzincir Sözlüğü,” Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, erişim tarihi Şubat 02,2023, <https://cbddo.gov.tr/sss/blokzincir-sozlugu/>.

şifreleyen ve değiştirilmez bir şekilde kaydeden bir yöntem olarak tanımlanabilir.³ Bu teknoloji, güvenilirliği ve şeffaflığı artırırken, merkezi bir otoriteye olan ihtiyacı ortadan kaldırmayı hedeflemektedir.

Blokszincir tabanlı yapılan işlemlerde, taraflar, takma adlarla kimliklerini gizleyebilirler. Kaldı ki, anonim olarak işlem yapabilme özelliği, blokszincir teknolojisinin temel ilkelerinden biridir.⁴ Blokszincir bağlamında, "anonim" ve "takma ad", kullanıcıların işlem yaparken veya blokszincir ile etkileşimde bulunurken sahip oldukları gizlilik ve kimlik koruma düzeyini tanımlamak için kullanılan terimlerdir.⁵ Blokszincir tabanlı işlemlerde taraflar, birbirlerini kimliğini tespit edebilir kişiler olarak değil bir adres olarak görürler.⁶ Çoğu halka açık blokszincir ağında, bir akıllı sözleşmeye dahil olan tarafların gerçek kimlikleri doğrudan görünmez ya da blokszincirinde saklanmaz. Birçok blokszincir sistemi kullanıcı gizliliğine ve takma isme öncelik vermektedir. İlgili taraflar genellikle gerçek kimlikleriyle doğrudan bağlantılı olmayan kriptografik⁷ adreslerle temsil edilir.⁸ Blokszincir bağlamında anonim veya psödonim (pseudonymous) işlemleri,

³ Farklı tanımlar için bkz. Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa ve Cristina Poncibò, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019); Doğa Ekrem Doğanca, *Blokszincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfasi ve Bazı Örnek Hukuki Uygulamalar* (İstanbul: On İki Levha, 2021) 31; Pınar Çağlayan Aksoy, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları* (İstanbul: On İki Levha 2022) 18; Mete Tevetoğlu, "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12 no.1 (2021): 195.

⁴ Blokszinciri teknolojisinin özelliklerinin detaylı tartışmaları için bkz. Primavera De Filippi ve Aaron Wright, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, (Massachusetts: Harvard University Press, 2018); Doğanca, *Blokszincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri*, 33-44.

⁵ Nitish Andola ve diğerleri, "Anonymity on blockchain based e-cash protocols—A survey," *Computer Science Review* 40, (2021): 1, 4.

⁶ Çağlayan Aksoy, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, 120.

⁷ "Kriptografi: Verilerin sadece belirlenen kişiler tarafından okunması ve işlenmesi için belirli bir forma dönüştürülmesidir. Veriler, güvenlik amaçlı matematiksel işlemler ile şifrelenebilir ve alıcıya ulaştığında deşifre işlemi ile okunabilir hâle getirilebilir." "Blokszincir Sözlüğü," Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, erişim tarihi Şubat 02,2023, <https://cbddo.gov.tr/sss/blokszincir-sozlugu/>.

⁸ Osman Gazi Güçlütürk, "Hukukçular İçin Blokszincir Teknolojisinin Teknik İşleyişi: Bitcoin Örneği" iç. *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokszincir ve Hukuk*, ed. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk (İstanbul: On İki Levha, 2021) 66.

bir işlem veya kullanıcı, katılımcının kimliğinin tamamen gizlendiği anlamına gelir. İşlemler halka açık bir deftere kaydedildiğinden ve cüzdan adresleri gerçek kimlikleriyle doğrudan bağlantılı olmasa da çeşitli yollarla işlemleri potansiyel olarak bireylere kadar izlemek mümkün olduğundan⁹, bitcoin ve diğer birçok kripto para birimi genellikle gerçekten anonim olmaktan ziyade sözde anonim (pseudonymous-psödonim) olarak kabul edilir.¹⁰

Blokzincir tabanlı akıllı sözleşmelerde¹¹ özellikle on-chain akıllı sözleşmelerde¹² tarafların kimliğinin tespit edilmesi oldukça zordur. Dolayısıyla, akıllı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda¹³ davacı davalının kimliğini tespit etme imkânına sahip olamayabilir. Aynı şekilde, NFT'lerin¹⁴ kendilerine özgün özellikleri nedeniyle, hak sahiplerinin koruma haklarını yargı yoluyla elde etmekte zorluklar yaşanabilir. Özellikle, blokzincir ağlarında işlem yaparken kişilerin kimliklerini gizli tutabilme özelliği, hak sahibinin, bir eserden izinsiz

⁹ De Filippi ve Wright, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, 175; Osman Gazi Güçlütürk, "Blokzincir ve Regüle Edilebilirlik" iç. *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir ve Hukuk*, ed. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk (İstanbul: On İki Levha, 2021) 73, 89.

¹⁰ Çağlan Aksoy, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, 120.

¹¹ "Bir güven otoritesine ihtiyaç duymadan, kişiler veya kurumlar arasında yapılan ve şartları dağıtık defter teknolojileri protokolleri ile garanti altına alınmış anlaşmalardır. Anlaşma şartları blokzincir doğrulama mekanizmaları vasıtası ile sağlandığında; yükümlülükler otomatik olarak yürürlüğe girer ve blokzincir altında kayıt altına alınır." "Blokzincir Sözlüğü," Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, erişim tarihi Şubat 02,2023, <https://cbddo.gov.tr/sss/blokzincir-sozlugu/>; Akıllı sözleşme ile ilgili tanımlar için bkz. Riccardo de Caria, "Definitions of Smart Contracts: Between Law and Code" iç. *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, eds. Larry A DiMatteo, Michel Cannarsa ve Cristina Poncibò (Cambridge: Cambridge University Press, 2019) 22-23.

¹² "Bu tür akıllı sözleşmeler hem bilgisayar kodu tarafından tanımlanan hem de otomatik olarak icra edilen yeni sözleşmesel ilişkiler meydana getirirler." Çağlayan Aksoy, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, 93.

¹³ Akıllı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için bkz Serkan Kaya, "Blokzincir Tabanlı Akıllı Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü," *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi* 18, no.52 (2022): 518.

¹⁴ "Blokzincir teknolojisi kullanılarak kriptografik yöntemlerle üretilen, benzersiz ve özel bir kripto jeton türüdür." "Blokzincir Sözlüğü," Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, erişim tarihi Şubat 02,2023, <https://cbddo.gov.tr/sss/blokzincir-sozlugu/>.

olarak NFT oluşturulması durumunda dahi ihlal edilen mali veya manevi haklarını savunmak için dava açacağı kişinin kimliğini tespit etme zorluğuna neden olabilir.¹⁵ Ayrıca, NFT işlemlerini gerçekleştirmek için aracı platformlar, kullanıcıların kimlik ve meşruiyetlerine dair bir teminat sunmamakta; bunun yerine NFT işlemlerini yapan kişilerin bu konuda bizzat kendilerinin sorumlu olduklarını platform hizmet kullanım şartlarında belirtmektedir.¹⁶ Çin Halk Cumhuriyeti'nde görülen Shenzhen Golden Idea v. Hangzhou davasında, davacı taraf, NFT'nin izni olmaksızın oluşturularak bir NFT çevrim içi pazar yerinde satışa sunulduğunu iddia etmiş ve bu durumun telif haklarını ihlal ettiğini belirtmiştir.¹⁷ Davalı ise, bu içeriği bir "eater" adrese göndererek kaldırma yükümlülüğünü yerine getirdiğini, akıllı sözleşmenin içeriği veya NFT'nin bulunduğu blokzincir ağı ve node konumu bilgilerinin ifşa edilmesi gerektiği yükümlülüğü olmadığını savunmuştur. Mahkeme, aracı platformların hak ihlallerini durdurmak için linkin kesilmesi ve NFT'nin "eater"¹⁸ adrese gönderilmesi gibi tedbirler alarak, etkili tedbirlerin alınması gerektiğini belirtmiştir.¹⁹

¹⁵ Özgür Arkan, "NFT Eserler ve Telif Haklarına Dair Hukuki Uyuşmazlıklar", iç. *Gelişen Teknolojilerin Medeni Usul Hukukuna Etkileri*, ed. Serkan Kaya, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023) 282.

¹⁶ "Terms of Service," Opensea, erişim tarihi Ekim 02, 2023, <https://opensea.io/tos>.

¹⁷ Yupeng Dong ve Hong Wu, "Copyright of NFT Works in China: Infringement, Liabilities and Remedies" Researchgate, erişim tarihi Ekim 15, 2023, https://www.researchgate.net/publication/368875188_COPYRIGHT_OF_NFT_WORKS_IN_CHINA_INFRI_GEMENT_LIABILITY_AND_REMEDIES; Arkan, "NFT Eserler ve Telif Haklarına Dair Hukuki Uyuşmazlıklar," 282.

¹⁸ "Eater" adres veya "burning" adres, belirli bir kripto varlığın transfer edilmesiyle genel dolaşımdan etkili bir biçimde çıkarılmasını, başka bir kişinin eline geçmesini engellemeyi ve söz konusu varlığın yeniden alınıp satılmasını önlemeyi amaçlar. Bir dijital varlığı yakma eylemi, yakma adresi olarak da bilinen ve dijital varlığı sonsuza kadar kilitleyerek dolaşımdan etkin bir şekilde kaldıran, asla geri alınamayacağı bir yere göndermeyi içerir. Bkz: André Beganski, "What is a Token Burn? How Crypto is Removed From Circulation" Decrypt, erişim tarihi Ekim 16, 2023, <https://decrypt.co/resources/what-is-a-token-burn-how-crypto-is-removed-from-circulation>.

¹⁹ Dong ve Wu "Copyright of NFT Works in China: Infringement, Liabilities and Remedies,"; Arkan, "NFT Eserler ve Telif Haklarına Dair Hukuki Uyuşmazlıklar," 282.

Öğretide, blokzincir işlemlerindeki tarafların anonimliği, hak ve fiil ehliyet ehliyeti açısından değerlendirilmiş ve tarafların kimliklerini bilinmemesinin ilgililer açısından herhangi bir fark yaratmayacağı ileri sürülmüştür.²⁰ Bu durumun sadece blokzincir tabanlı işlemlerde değil, internet üzerinden gerçekleşen işlemlerde de söz konusu olduğu belirtilmiştir.²¹ Ancak belirtmek gerekir ki, tarafların kimliğinin tespiti her ne kadar geleneksel sözleşme hukuku açısından önem arz etmese de ortaya çıkabilecek hukuki ihtilâflarda sorumlu olan kişinin tespiti, ihtilâfın ortadan kaldırılması açısından önem arz etmektedir.

Öğretide, blokzincir işlemlerinde en baştan tarafların kimliklerinin belirlenmesinin öngörülebileceğini savunulmaktadır.²² Kimlik tanıma işleminin kapsamı, blokzincir ağının ve ilgili kurum veya kuruluşların kurallarına göre belirlenebilir.²³ Bu kurallar sayesinde, hak ve fiil ehliyetlerinin varlığını ispat eden kullanıcılar sisteme kabul edilebilir. Son yıllarda, blokzincir teknolojisinin kara para aklama ve terörün finansmanında kullanılması sebebiyle bazı ülkelerin bu suçlarla mücadele amacıyla işlemlerin kimler tarafından gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi açısından bazı düzenlemeler getirdiğine rastlanmaktadır. Örneğin, 16 Mayıs 2023 tarihinde, AB Konseyi, kara para aklama ve terörün finansmanı ile mücadele kapsamında 2015/849 sayılı Fon Transferi Tüzüğü'nün genişletilerek kripto varlıkların da kapsama alınmasını onaylamıştır.²⁴ Bundan dolayı kripto varlıklar, diğer fon transferleri gibi izlenebilir hale gelmiştir. Bu Tüzük, ödeme hizmeti sağlayıcılarına ve kripto varlık hizmeti sağlayıcılarına, ödeyene ve alacaklıya veya kaynak kişiye ve lehtara ilişkin bilgileri, eksik veya noksan

²⁰ Çağlan Aksoy, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, 126; Doğanç, *Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri*, 105-106.

²¹ Çağlan Aksoy, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, 106.

²² Doğanç, *Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri*, 108.

²³ Doğanç, *Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri*, 113.

²⁴ Regulation (EU) 2023/1113 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on information accompanying transfers of funds and certain crypto-assets and amending Directive (EU) 2015/849 Official Journal of the European Union, L150/3.

olmayacak şekilde sağlama yükümlülüğü getirmektedir.²⁵ Aynı şekilde, işletmeler ve finans kurumları, kimlik hırsızlığı, dolandırıcılık, kara para aklama, terör finansmanı ve diğer yasadışı faaliyetleri önlemek için müşterilerinin veya müşterilerinin kimliğini doğrulamak için KYC (Know-Your Customers), ‘Müşterini Tanı’ anlamına gelen bir sistem kullanmaktadırlar.²⁶ KYC'nin birincil amacı, bir şirketin çeşitli araçlar kullanarak kimliklerini doğrulayarak müşterilerinin kim olduğunu bilmesini ve anlamasını sağlamaktır. Bu genellikle isim, adres, doğum tarihi, devlet tarafından verilen kimlik (pasaport veya ehliyet gibi) gibi kişisel bilgilerin ve bazen de gerektiğinde ek belgelerin toplanmasını içerir.²⁷

Her ne kadar yukarıda bahsedildiği üzere çeşitli güncel düzenlemeler özellikle hizmet sağlayıcılara getirilen yükümlülükler sayesinde bazı blokzincir

²⁵ 2015/849 sayılı Fon Transferi Tüzüğü'nün 4. maddesine göre: “Ödeyenin ödeme hizmeti sağlayıcısı, fon transferlerine ödeyene ilişkin aşağıdaki bilgilerin ibraz edilmesini sağlayacaktır:

- (a) ödeyenin adı;
- (b) ödeyenin ödeme hesap numarası;
- (c) ülke adı, resmi kişisel belge numarası ve müşteri kimlik numarası dahil olmak üzere ödeyenin adresi veya alternatif olarak ödeyenin doğum tarihi ve yeri; ve
- (d) ilgili ödeme mesajı formatında gerekli alanın varlığına tabi olarak ve ödeyenin ödeme hizmeti sağlayıcısına sağladığı durumlarda, ödeyenin mevcut LEI'si veya bunun olmaması durumunda mevcut herhangi bir eşdeğer resmi kimlik kodu.

2. Ödeyen tarafın ödeme hizmeti sağlayıcısı, fon transferlerine alacaklı hakkında aşağıdaki bilgilerin eşlik etmesini sağlayacaktır:

- (a) alacaklının adı;
- (b) alacaklının ödeme hesap numarası; ve
- (c) ilgili ödeme mesajı formatında gerekli alanın varlığına tabi olarak ve ödeyenin ödeme hizmeti sağlayıcısına sağladığı durumlarda, alıcının geçerli LEI'si veya bunun yokluğunda mevcut herhangi bir eşdeğer resmi kimlik kodu.

Ödeyenin ödeme hizmeti sağlayıcısı, fon transferlerine aşağıdakilerin eşlik etmesini sağlayacaktır.”

²⁶ James Chen, “Know Your Client (KYC): What It Means, Compliance Requirements,” Investopedia, erişim tarihi Ekim 02, 2023, <https://www.investopedia.com/terms/k/knowyourclient.asp>.

²⁷ Chen, “Know Your Client (KYC): What It Means, Compliance Requirements,”.

tabanlı işlemlerin kullanıcıların kimliğinin tespiti mümkün hale getirilmiş olsa da bu kullanıcıların gerçek kimlikleri bazen yalnızca ilgili kurum veya kuruluş tarafından bilinmektedir. Başka bir ifadeyle, blokzincir tabanlı işlem yapacak kişi hesabı açarken gerçek kimlik bilgilerini işlem yapacağı kurum veya kuruluşa ibraz ederken, başkaları ile yapacağı işlemlerde kimliğini gizleyebilir. Bu durumda da işlemin tarafları birbirlerinin kimliğini tekrar tespit edemeyebilir. Bu gibi durumlarda, işlemin tarafları arasında hukuki ihtilaf çıkması halinde, sadece kurumsal merciler gözetiminde kullanıcıların kimliklerinin tespiti mümkündür.

Özetle, blokzincir, akıllı sözleşme ve NFT gibi teknolojilerinin kendine özgü yapıları gereği, bu işlemlerden kaynaklanan uyumsuzluklarda tarafların kimliklerinin tespiti kolay olmayabilir. Hatta tamamen anonimliği esas alarak hizmet veren blokzincir ağlarında tarafların kimliklerinin tespiti imkânsızdır. Kimliklerin ibraz edilmesi zorunlu olan ağlarda ise işlemlerde kullanıcıların kimliklerinin gizlenmesi halinde ancak kurumsal mercilere başvurularak kimliklerin tespit edilebilir.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DAVALININ BİLİN(E)MEMESİ: JOHN/JANE DOE VE BİLİNMEYEN DAVALILAR

John Doe (erkekler için) ve Jane Doe (kadınlar için) terimleri²⁸, genellikle gerçek kimliği belirsiz veya yasal nedenlerle gizli tutulması gereken kişileri ve kimliği tespit edilemeyen cesetleri tanımlamak için kullanılan isimlerdir.

²⁸ Bu terimler, aslında Frank Capra'nın 1941 yapımı 'Meet John Doe' filmi ve 2002'deki John Doe dizisiyle ilişkilendirilir. Filmin hikayesinde, John Doe karakteri başlangıçta Barbara Stanwyck tarafından canlandırılan bir gazeteci tarafından yaratılan kurgusal bir karakter olarak ortaya çıkar, ancak sonradan gerçek bir kişinin takma adı haline gelir. Bkz. Carol Rice Andrews, "Meet John Doe: It Is Time for Federal Civil Procedure to Recognize John Doe Parties," *University of Pittsburgh Law Review* 57, (1995): 883, 884.

John Doe'nun davalarda taraf olarak gösterilmesi, modern federal hukuk uygulamalarına özgü bir durum değildir.²⁹ Üç yüzyıldan daha uzun bir süre önce, İngiliz mahkemelerindeki davacılar, genel hukuk prosedürlerinden kaçınmak için kurgusal bir John Doe oluşturmuşlar; o zamandan beri, John Doe tamamen kurgusal bir karakterden gerçek kişiler için bir takma ad haline gelmiştir.³⁰ Modern John Doe, çoğunlukla davacılar olmak üzere, hukuk davalarındaki taraflara iki şekilde yardımcı olmaktadır.³¹ Bazı hukuk davalarında John Doe, davacının mahremiyetini koruyarak davacının takma adı olarak hareket eder ve böylece davacıyı korur.³² Daha yaygın olarak, John Doe, davacının gerçek adını belirlemeye çalışırken bilinmeyen bir davalı yerine geçerek davacının iddiasını ileri sürmesine izin verir.³³

Daha önce kamu davalarında kullanılan John Doe'nun hukuk davalarında ilk kez ortaya çıktığı tarih kesin olarak bilinmemektedir, ancak 17. yüzyılda İngiliz örf ve âdet hukukuna sağlam bir şekilde yerleşmiştir. John Doe, bugün olduğu gibi o zaman da tarafların başka türlü takip edemeyecekleri veya dava açamayacakları davaları açmalarına olanak sağlamıştır. Genel hukuk davalarında, davacılar, öngörülen dava dilekçelerinden birine tam olarak uymadığında, kendi adlarına dava açmak veya savunmak için genellikle John Doe adında tamamen kurgusal bir karakter yaratarak sorunun üstesinden gelmişlerdir. Bu uygulama, Amerika Birleşik Devletleri'nde 19. yüzyılın ortalarına kadar devam etmiş ve reformcular

²⁹ Detaylı tartışmalar için bkz. Jayne S. Ressler, "Privacy, Plaintiff, and Pseudonyms: The Anonymous Doe Plaintiff in the Information Age," *Kansas Law Review* 53, (2004): 195-256; Colleen E. Michuda, "Defendant Doe's Quest for Anonymity: Is the Hurdle Insurmountable?," *Loyola University Chicago Law Journal* 29, (1997):141-180; Wendy M. Rosenberger, "Anonymity in Civil Litigation: The Doe Plaintiff," *Notre Dame Law Review* 57, no. 3 (1982): 580-597; Eugene Volokh, "The Law of Pseudonymous Litigation," *Hastings Law Journal* 73, no. 5 (2022): 1353-1460; Lior Strahilevitz, "Pseudonymous Litigation," *University of Chicago Law Review* 77, (2010): 1239-1259; Lyrissa Barnett Lidsky, "Silencing John Doe: Defamation & Discourse in Cyberspace," *Duke Law Journal* 49, no. 4 (2000): 855-946; Andrews, "Meet John Doe," 883.

³⁰ Andrews, "Meet John Doe," 883.

³¹ Andrews, "Meet John Doe," 883.

³² Andrews, "Meet John Doe," 883.

³³ Andrews, "Meet John Doe," 883.

dava dilekçelerinin basitleştirilmesiyle başlamış.³⁴ 1848 yılında, David Field tarafından New York Medeni Usul Kanunu yenilenmiş ve 'Field Kanunu'³⁵ olarak bilinen bu reform, ülke genelinde 'kod savunma' reformu için bir model olmuştur.³⁶ 'Field Kanunu' mevcut tüm savunma biçimlerini ortadan kaldırmış olmasına rağmen, John Doe kavramını korumuştur. Bu yasa, eğer davacı gerçek bir davalının tam ve doğru ismini bilmiyorsa, o davalıyı John Doe gibi hayali bir isimle tanımlayabilme imkânı sağlamıştır.³⁷ Böylelikle, Field Kanunu, John Doe'yu sadece bir yasal kurgudan gerçek kişiler için bir takma isme dönüştürmüştür.

1938 tarihli Federal Medeni Usûl Kurallarından önce, John Doe uygulaması esas olarak federal mahkemelerde değil eyalet mahkemelerinde geliştirilmiş ve kullanılmıştır. O dönemde federal mahkemeler, hukuk davalarında yerel eyalet usullerine bağlı kalmak zorundaydı. Dolayısıyla, eyalet mahkemelerinde John Doe uygulamasının kullanılması, federal mahkemelerin de bu uygulamayı mecburi olarak takip etmesi anlamına gelmekteydi. Ancak, bazı davalarda federal mahkemeler hakkaniyet ilkeleri doğrultusunda kimliği belirsiz kişileri davalı olarak göstermekten kaçınıyorlardı. 1938 tarihli Federal Medeni Usul Kuralları yürürlüğe girmesine rağmen kimliği belirsiz kişi uygulamasının durumu açıkça ele alınmamıştı. Kuralların bu konuda sessiz kalması, federal mahkemelerde John Doe taraflarının kullanılmasına karşı ilk direnişe neden olmuştur, çünkü bu tarafların dahil edilmesine izin veren açık bir kural bulunmuyordu. Bu dirence rağmen, John Doe bazı federal hukuk davalarında, bazen herhangi bir itiraz olmaksızın yer almaya devam etmiştir.

1960'ların ortalarında, federal mahkemelerdeki iki ana gelişme, John Doe'nun hukuk davalarında aktif olarak kullanılmasını sağlamıştır. İlk olarak, davacılar John Doe'yu zaman aşımı sürelerini aşmanın bir yolu olarak kullanmaya

³⁴ Andrews, "Meet John Doe," 883-890.

³⁵ 1848 Medeni Usul Kanunu Baş savunucusu David Dudley Field'e atfen genellikle Field Kanunu olarak adlandırılmaktadır. Bkz. William P. LaPiana, "Just the Facts: The Field Code and the Case Method," *New York Law School Law Review* 36, (1991): 287, 289.

³⁶ Stephen N. Subrin, "David Dudley Field and the Field Code: A Historical Analysis of an Earlier Procedural Vision," *Law and History Review* 6, no.2 (1988): 311-373.

³⁷ Andrews, "Meet John Doe," 891.

başlamıştır. John Doe'nun bu kullanımı, kural koyucuların Federal Hukuk Usulü Kuralları 15(c)³⁸'yi revize ettiği 1966 yılına kadar mevcut olmayan 'geri ilişki'³⁹ doktrininin genişletilmiş bir şekline dayanmaktaydı. John Doe davalısının zamanaşımı engeline kaçınmak için kullanılması nispeten modern bir olgudur. Hem eyalet mahkemelerinde hem de federal mahkemelerde, anonim davalı uygulamasının önceki biçimlerinin çoğunda, davacılar anonim davalıya diğer davalılar gibi zamanında tebligat yapmak zorundaydı. Ancak davacılar kimliğini tespit edemedikleri bir davalıya tebligat yapamıyorlardı. 1966 yılında federal kural koyucuları, Kural 15(c)'yi değiştirerek 'geri ilişki' doktrinini genişleterek zamanında resmi tebligat gerekliliğini gevşettiler. Yeni kurala göre, davacı, belirli durumlarda, henüz resmi olarak tebligat yapmamış olsa bile, zamanaşımı süresinden sonra bir davalı ekleyebilirdi.⁴⁰ Bu değişiklik, federal mahkemede yeni bir tür John Doe davalı uygulamasına kapı açmıştır.

İkinci olarak, aynı dönemde federal davacılar da kendi kimliklerini gizlemek için John Doe'yu kullanmaya başlamıştır.⁴¹ Bu yeni kullanım, 1965 yılında başlayan ve ABD Yüksek Mahkemesi'nin ABD Anayasası kapsamında mahremiyet hakkını ilk kez tanıdığı döneme denk gelen federal mahremiyet hakkı davalarının

³⁸ Federal Medeni Usul Kurallarının 15(c) Kuralı, celp ve şikâyet dilekçesinin tebliğ edilmesi için öngörülen süre içerisinde değişiklikle getirilecek tarafın, aleyhine talepte bulunulan tarafı veya tarafın ismini değiştirmesini olanak vermektedir.

³⁹ İngilizcesi "relation back" olan "geri ilişki/alma" bir davada bir dilekçede yapılan değişikliğin orijinal dilekçe ile aynı zamanda yapılmış gibi muamele görmesini sağlayan yasal bir doktrindir. Bu doktrin, Federal Medeni Usul Kurallarının 15. kuralında ve çeşitli eyalet medeni usul kurallarında tanımlanmıştır. Kural 15(c) sadece aşağıdaki durumlarda geri dönüşe izin vermektedir:

- (i) talep, ilk dava dilekçesinde belirtilen davranıştan kaynaklanmıştır,
- (ii) dava açılacak taraf, savunmasını sürdürme konusunda önyargılı olmayacak şekilde bildirim almıştır,
- (iii) söz konusu taraf, bir kimlik hatası olmasaydı, asıl davanın kendisine karşı açılacağını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve
- (iv) ikinci ve üçüncü kriterlerin federal kurallar uyarınca şikâyetin tebliğ edilmesi gereken 90 günlük süre içerisinde yerine getirilmesi.

⁴⁰ Federal Hukuk Usulü Kuralları, 15. kural.

⁴¹ Andrews, "Meet John Doe," 894.

büyüyen alanında ortaya çıkmıştır.⁴² John Doe'nun bu uygulaması, davacıların yasal işlemlerini sürdürürken kimliklerini korumalarına olanak sağlamıştır.

2021 yılında görülen *Herrera v. Cleveland*⁴³ davasında, davacı, kendisini bir saldırıdan koruyamadıkları ve zamanında tıbbi yardım almasını engelledikleri iddiasıyla üç infaz koruma memuruna karşı dava açmıştır. Bu tür davalarda sıkça görüldüğü gibi, davacı ilk şikâyet dilekçesini verirken, kimlikleri tespit edilene kadar her bir infaz koruma memurunu "John Doe" olarak adlandırmıştır. İlk şikâyet, zaman aşımı süresi içerisinde zamanında sunulmuş, ancak bu kimliği belirsiz davalıları tanımlayan iki müteakip tadil edilmiş şikâyet, zaman aşımı süresi dışında sunulmuştur. Nihayetinde adı geçen memurlar, eklemelerinin zamanında yapılmadığı iddiasıyla davanın reddedilmesi talebinde bulunmuşlardır.⁴⁴ Bölge mahkemesi bu talebi reddetmiş ve 'kimliği belirsiz' bir davalıya karşı dava açılmasının Federal Hukuk Usulü Kuralları 15(c)(1)(C)(ii)⁴⁵ uyarınca 'hata' olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir.⁴⁶ Memurlar temyiz başvurusunda bulunmuş ve Yedinci Daire Temyiz Mahkemesi kararı bozmuştur. Temyiz Mahkemesi 2021 yılında, *Herrera v. Cleveland* No. 20-2076 davasında, asıl şikâyet zamanında yapılmış olsa bile, zamanaşımı süresi geçtikten sonra kimliği belirsiz sanıkların tespit edilmesi halinde, sanıkların zamanaşımı süresini bir savunma olarak ileri sürmelerini kolaylaştırabilecek bir karar yayınlamıştır.⁴⁷

⁴² 1965 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Griswold - Connecticut* davasında, doğum kontrol haplarının kullanımının yasaklanmasının, evlilikle ilgili mahremiyet hakkını ihlal ettiğine karar verdi. Bu kararda, Amerikan Haklar Bildirgesi'nin geniş bir yorumu sonucunda bireylerin anayasal bir hak olarak mahremiyet hakkına sahip olduğunu açıkça belirtilmiştir. Oya Bayar ve Sezen Kama Işık, "Dördüncü Kuşak Haklar ve Bilişim Teknolojilerinin Doğuşunda Mahremiyet Kavramına Karşılaştırmalı Bir Bakış," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no.2 (2019): 602, 609.

⁴³ *Herrera v. Cleveland*, No. 20-2076 (7th Cir. 2021), erişim tarihi Ekim 04, 2023, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca7/20-2076/20-2076-2021-08-06.html>.

⁴⁴ *Herrera v. Cleveland*, No. 20-2076.

⁴⁵ Federal Medeni Usul Kurallarının 15. Kuralı, bir hukuk davasında dilekçelerin değiştirilmesi sürecini düzenlemiştir. Kural 15, bir davadaki taleplerin, yanıtların veya sonraki savunmaların değiştirilmesine ilişkin yönergeleri ele almıştır.

⁴⁶ *Herrera v. Cleveland*, No. 20-2076.

⁴⁷ *Herrera v. Cleveland*, No. 20-2076.

Bunun, özellikle birden fazla memur veya çalışanın başlangıçta Doe davalı olarak adlandırıldığı belirli medenî haklar ve iş ile ilgili davalarda faydalı olabileceği savunulmuştur.⁴⁸

Takma isimle işlem yapmanın başka bir dayanağı, anonim olarak yapılan internet faaliyetlerinden kaynaklanan hak ihlallerinde davalıların tespitinin başlangıçta zor olmasıdır. Kanada Federal Temyiz Mahkemesi, *BMG Canada Inc. v. JohnDoe* davasında⁴⁹ anonimlik kararı için bu potansiyel temeli gündeme getirmiştir. *BMG* davasında, Kanadalı müzik yapımcıları, internette ‘müzik paylaşımı’ yoluyla telif haklarının ihlal edildiği iddiasıyla bazı kişilere karşı dava açmak istemişlerdir.⁵⁰ Yapımcılar, çevrim içi faaliyetleri için takma isimler kullanan muhtemel davalıların kimliklerini bilmediklerini ileri sürmüşlerdir. Müstakbel davalıların kimliklerini tespit etmek ve onlara dava dilekçesi tebliğ etmek için yapımcılar, müstakbel davalıların internet servis sağlayıcılarına karşı üçüncü taraf keşif emri talep etmişlerdir.⁵¹

Gizlilik kaygılarını ve Kişisel Bilgilerin Korunması ve Elektronik Belgeler Yasasını (The Personal Information Protection and Electronic Documents Act - "PIPEDA") gerekçe gösteren internet servis sağlayıcıları, mahkeme kararı olmadan müşterilerinin isimlerini vermeyi reddetmişlerdir.⁵² Federal Temyiz Mahkemesi, bir emrin verilmesine ilişkin testin bir parçası olarak, "ifşa lehine olan kamu menfaatinin, kimliği tespit edilmek istenen kişinin meşru gizlilik kaygılarından daha ağır basması gerektiğini" ve davanın koşullarında, dengenin muhtemel davalıların kimliklerinin ifşa edilmesi lehine olduğunu kabul etmiştir.⁵³ Mahkeme

⁴⁸ Sara C. Mills-Flood, "John Doe Defendants Should Be Identified Prior to Expiration of Statute of Limitations, Even Where Complaint is Timely Filed," Crivello, erişim tarihi Ekim 02, 2023, <https://www.crivellolaw.com/news-insights/legal-updates/john-doe-defendants-should-be-identified-prior-to-expiration-of-statute-of-limitations-even-where-complaint-is-timely-filed/>.

⁴⁹ *BMG Canada v. John Doe*, 2004 FC 488 [BMG Canada, FC], *aff'd* 2005 FCA 193 [BMG Canada, FCA] (Amy Min-Chee Fong, "Unmasking the John Does of Cyberspace: Surveillance by Private Copyright Owners," *Canadian Journal of Law and Technology*, (2005)).

⁵⁰ *BMG Canada v. John Doe*, 2004 FC 488.

⁵¹ *BMG Canada v. John Doe*, 2004 FC 488.

⁵² *BMG Canada v. John Doe*, 2004 FC 488.

⁵³ *BMG Canada v. John Doe*, 2004 FC 488.

daha sonra telif hakkı ihlaline ilişkin kanıtların bulunduğu durumlarda, mahkeme kullanıcının yalnızca baş harfleriyle tanımlanmasına karar vermesi veya gizlilik kararı alması halinde gizlilik endişelerinin karşılanabileceğine karar vermiştir.⁵⁴

Yukarıda da açıklandığı üzere, Doe uygulamasında mahkemeler zaman içinde çeşitli zorluklarla karşılaşmışlardır. Federal mahkemelerde kimliği belirsiz davalılarla ilgili yaklaşımlar çeşitlilik göstermekte ve farklı uygulamalar ortaya çıkmaktadır. Örneğin, 1956 tarihli *Molnar v. National Broadcasting Co.*⁵⁵ davasında Kaliforniyalı bir davacı, NBC'nin tesislerinde meydana gelen yaralanmalar nedeniyle on John Doe sanığı ile birlikte NBC'ye dava açmıştır. Mahkeme, bu anonim tarafların davanın merkezinde yer alan çeşitliliğin yargı yetkisini zayıflattığını belirterek Doe sanıklarının kullanımını reddetmiştir.⁵⁶ Doe davalılarını yasaklama çabalarına rağmen, bu yaklaşım tamamen başarılı olmamıştır. Bununla birlikte, yasağın kalıntıları bugün hâlâ mahkemenin uygulamalarında karışıklığa neden olmaktadır. Çoğu federal mahkemede, bu tür davaların tamamen yasaklanmasından kaçınma eğilimi vardır.⁵⁷ Bu mahkemeler, anonim tarafların davalara dahil edilip edilmeyeceğine karar vermek için çeşitli testler kullanarak duruma göre bir yöntem benimsemektedirler.⁵⁸ Bazı mahkemeler, John Doe'nun gerçek bir bireyi mi temsil ettiğini yoksa sadece nominal bir taraf mı olduğunu belirlemeyi amaçlamaktadır.⁵⁹ Diğerleri ise davacıların Doe davalıları ile adı geçen davacı arasında vatandaşlık farklılığı olduğunu göstermelerine izin vermektedir.⁶⁰ Yine de, davacı kimliğini tespit edip resmi olarak davaya eklemedikçe, Doe davalılarını çeşitlilik amaçları için dikkate almayan mahkemeler de bulunmaktadır.⁶¹

⁵⁴ Wendy Matheson ve Alex Smith, "Becoming Jane or John Doe: Can Civil Litigants Use a Pseudonym to Protect Their Privacy?," *Canadian Privacy Law Review* 7, no.7: 81, 84.

⁵⁵ *Molnar v. National Broadcasting Company*, 231 F.2d 684 (9th Cir. 1956).

⁵⁶ *Molnar v. National Broadcasting Company*, 231 F.2d 684 (9th Cir. 1956).

⁵⁷ Andrews, "Meet John Doe," 921.

⁵⁸ Andrews, "Meet John Doe," 921.

⁵⁹ Andrews, "Meet John Doe," 922.

⁶⁰ Andrews, "Meet John Doe," 922.

⁶¹ Andrews, "Meet John Doe," 922.

III. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DAVALININ BİLİN(E)MEMESİ

A. Genel Olarak

Yargılama hukuku, belirli kurallara ve prosedürlere tâbidir. Bu kurallar, hak arayışının adil ve etkili bir şekilde yürütülmesini sağlamak için tasarlanmıştır. Dava dilekçesi, bu kurallardan biridir. Kanun koyucu, yargılama işlemini başlatan bir taraf usul işlemi olan dava dilekçesinde bulunması gereken hususları ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Bu düzenlemenin amacı, hak arayışının belirli bir düzen içinde gerçekleştirilmesi gerekliliği ve iddiaların, savunmaların ve taleplerin sağlıklı bir şekilde değerlendirilmesine olanak verilmesidir.⁶² Hukuk sistemimizdeki düzenleme, İsviçre Medeni Usul Kanunu⁶³ ve Alman Medeni Usul

⁶² Özekes, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler," 264.

⁶³ İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun (Zivilprozessordnung, ZPO) 221. maddesine göre: Dava dilekçesi aşağıdakileri içerir: a.) tarafların ve varsa temsilcilerinin isimleri; b.) yardım talepleri; c.) ihtilaf konusu değer beyanı; d.) gerçeklere ilişkin iddialar; e.) Her bir gerçek iddiası için sunulan kanıtların bildirimi; f.) tarih ve imza. Görüldüğü üzere, İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 221. maddesinde mahkemenin adını dava dilekçesinde bulunması gereken unsur olarak sayılmamış olsa bile mahkemenin adı dilekçenin zorunlu unsuru olarak kabul edilmiştir.

Kanunu⁶⁴'ndaki düzenlenmeye benzer şekilde ele alınmıştır.⁶⁵ HMK, dava dilekçesinin içeriği 119. maddede düzenlemiştir.⁶⁶

Hukuk davası açılırken sunulan dilekçeler, yargılama sürecinin temelini oluşturduğu ve bu dilekçelerin eksiksiz ve uygun bir şekilde hazırlanması büyük öneme sahip olduğu için HMK da dava dilekçesinin önemini vurgulayarak, dava dilekçesinde bulunması gereken unsurları açık ve ayrıntılı bir biçimde tek tek sıralayarak düzenlemiştir.⁶⁷ Çalışma kapsamında sadece HMK'nun 119. maddenin b) fıkrasında yer alan "... davalının adı, soyadı" unsuru ele alınacaktır.

⁶⁴ Alman Medeni Usul Kanunu'nun (Zivilprozessordnung (ZPO)) 253(2). maddesine göre dava dilekçesine bulunması gereken unsurları şu şekilde sıralamak mümkündür: (a) tarafların ve mahkemenin adı; b) dava konusu ve davanın açılma gerekçeleri hakkında kesin bilgiler c) talebin yapılmasından önce arabuluculuk girişiminde bulunulup bulunulmadığına veya uyuşmazlığın alternatif çözümüne hizmet eden başka herhangi bir işlem yapıp yapılmadığına ilişkin bilgi ve ayrıca bu tür işlemlerin yapılmasını engelleyen herhangi bir nedenin mevcut olup olmadığı d) dava konusunun belirli bir para miktarından oluşmadığı hallerde, mahkemenin yetkili olup olmadığının belirlenmesiyle ilgili olduğu ölçüde, dava konusunun değeri hakkında bilgi e) konunun tek başına görev yapan bir yargıç tarafından karara bağlanmasını engelleyecek herhangi bir neden olup olmadığı.

⁶⁵ İsviçre Hukuku için bkz. Isaak Meier, *Schweizerische Zivilprozessordnung* (Zürich: Schulthess Verlag, 2010) 199; Wolfgang Franz, *Der gewillkürte Parteiwechsel und seine Auswirkungeng* (Almanya: Tez, 1968) 9.

⁶⁶ MADDE 119- (1) Dava dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur: a) Mahkemenin adı. b) Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri. c) Davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası. ç) Varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri. d) Davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri. e) Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri. f) İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği. g) Dayanılan hukuki sebepler. ğ) Açık bir şekilde talep sonucu. h) Davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası.

⁶⁷ Bu unsurların detaylı tartışmaları için bkz. Emre Kıyak, "Yargıtay Kararları Işığında Dava Dilekçesinde Yer Alan Unsurların Eksik Olması Halinde Uygulanacak Hükümler," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22 no.1, (2014): 127, 136; Muhammed Furkan Soylu, "Medeni Usul Hukukunda Dava Dilekçesinin İçeriği ve Eksikliklerin Giderilmesi," *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, (Konya: Selçuk Üniversitesi, 2017), 56; Özekes, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik

B. Davalının Adı ve Soyadı

Bir davada dava dilekçesi, davacının açmış olduğu davanın temel dayanaklarını içeren bir belge olarak hizmet eder. Dava dilekçesinde ilgili tarafların (davacılar, davalılar ve diğer ilgili taraflar) belirtilmesi, açıklık, kesinlik ve davaya katılan kişi veya grupların kapsamlı bir şekilde anlaşılmasını sağlamak için gereklidir. İlgili tarafların dilekçede yer alması, herhangi bir karışıklık veya yanlış anlamayı önlemek ve yalnızca davayla doğrudan ilgili kişi veya kuruluşların sürece dahil olmasını sağlar. Bu husus, yasal statünün belirlenmesi ve doğru tarafların yasal işlemlere uygun şekilde dahil edilmesinin sağlanması için çok önemlidir. Öğretide de açılan davada tarafların açıkça gösterilmesi, bu davayı diğer yargılamalardan ayıran temel unsur olarak değerlendirilmiştir.⁶⁸

Bir dava dilekçesinde, davacının ve davalının adı ve soyadının yer alması gerektiği HMK'da belirtilmiştir. Bu unsur, davayı bireyselleştirme açısından gereklidir.⁶⁹ Dava dilekçesinde davacı veya davacıların isimlerinin yazılması özellikle davalının savunma hakkı açısından önem taşır.⁷⁰ Eğer bir gerçek kişi davada taraf olarak belirtilmişse, o kişinin maddî hukuktan elde ettiği gerçek ad ve soyadı dava dilekçesinde net bir şekilde yazılmalıdır.⁷¹ Tüzel kişilerin taraf olduğu davalarda ise, bu kişilerin unvanı ve türü belirtilmelidir. Çekişmesiz yargı işlerinde ise, taraf kavramı bulunmadığından, talepte bulunan veya ilgili kişilerin

Halinde Yapılması Gereken İşlemler," 263, 264; Hakan Pekcanitez ve diğerleri, *Pekcanitez Usül*, (İstanbul: On İki Levha, 2017) 1113-1163; Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021) 448-465; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021) 2710-2772; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usül Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023) 355-365; Ramazan Arslan ve diğerleri, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023) 338-350; Süha Tanrıver, *Medeni Usül Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2024) 705-714; Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usül Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023) 284-287.

⁶⁸ Abdurrahim Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (İstanbul: Filiz Yayınevi, 2020) 416.

⁶⁹ Sibel Cerit, "Medeni Usul Hukukunda Dava Dilekçesi," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara: Ankara Üniversitesi, 2011) 43.

⁷⁰ Cerit, "Medeni Usul Hukukunda Dava Dilekçesi," 43.

⁷¹ Soylu, "Medeni Usul Hukukunda Dava Dilekçesinin İçeriği ve Eksikliklerin Giderilmesi," 56.

bu bilgileri sağlamaları gerekir.⁷² Eğer davacı veya davalı taraf birden fazla kişiden oluşuyorsa (dava arkadaşlığı durumu söz konusuysa), her bir kişinin adı ve soyadı dava dilekçesinde belirtilmelidir.⁷³

Dava dilekçesinde taraflardan birinin veya her ikisinin ad ve soyadının eksik ya da hatalı belirtilmiş olması durumunda, belirtilen maddi hataların düzeltilmesi gerekebilir. Eğer eksiklik sadece davacının ad ve soyadıyla ilgiliyse ve Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası doğru bir şekilde belirtilmişse, bu tür bir eksiklik düzeltililebilir (HMK m. 183/1).⁷⁴ Ancak, davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası yanlış yazılmış ve kimliğini tespit etmekte tereddüt varsa, hâkim bu çelişkiyi gidermek için HMK'nın 31/1. maddesine⁷⁵ göre hareket edebilir.⁷⁶ Eğer yanlış yazılan kimlik numarası, başka bir kişiye ait değilse ve davacının kimliği net ise, yine maddi hataların düzeltilmesi maddesi (HMK m. 183/1) uyarınca hareket edilebilir.⁷⁷ Ancak maddi hukuk bakımından sorumluluk taşıyan kişiye

⁷² Kıyak, "Yargıtay Kararları Işığında Dava Dilekçesinde Yer Alan Unsurların Eksik Olması Halinde Uygulanacak Hükümler," 136.

⁷³ Arslan ve diğerleri, *Medeni Usul Hukuku*, 338-350.

⁷⁴ Kıyak, "Yargıtay Kararları Işığında Dava Dilekçesinde Yer Alan Unsurların Eksik Olması Halinde Uygulanacak Hükümler," 136.

⁷⁵ HMK'nın "Hâkimin davayı aydınlatma ödevi" başlığını taşıyan 31. maddesinde; "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir." hükmü düzenlenmiştir.

⁷⁶ Kıyak, "Yargıtay Kararları Işığında Dava Dilekçesinde Yer Alan Unsurların Eksik Olması Halinde Uygulanacak Hükümler," 136.

⁷⁷ Kıyak, 136; Konuyla ilgili yakın tarihli Yargıtay kararı şu şekildedir: "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 124. maddesi ile bir davada taraf değişikliğinin, ancak ... tarafın açık rızası ile mümkün olduğu, maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebinin, ... tarafın rızası aranmaksızın hâkim tarafından kabul edilebileceği, dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesinin kabul edilebilir bir yanılığa dayanması halinde hâkimin ... tarafın rızasını aranmaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebileceği düzenlenmiştir. Hasımda yanılma halinde taraf değişikliği, ... tarafın muvafakati ile gerçekleştirilebilirken, maddi

değil, başka birine karşı dava açılmışsa, davalı sadece madde HMK'nın 124. maddesine⁷⁸ göre değiştirilebilir.⁷⁹

HMK'nın 119/2. maddesinde, dava dilekçesinde bulunması gereken zorunlu unsurların eksikliği halinde, mahkemenin nasıl hareket etmesi gerektiğini düzenlenmiştir. Buna göre "Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında

hata bulunması, dürüstlük kuralına aykırı olmaması veya hasımda yanlışlığın kabul edilebilir bir yanılığa dayanması halinde ... tarafın muvafakati aranmaksızın hâkim tarafından kabul edilmek suretiyle yapılabilmektedir.

Bu genel açıklamalar ışığında temyiz itirazlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Somut uyuşmazlıkta, davacı vekili tarafından, dava dilekçesinde davalı olarak "... sterilmiştir. Dava dilekçesinin, dilekçede belirtilen adrese tebliği sonrasında cevap veren şirket vekili, "Tam Sofra" adının şirketin tescilli markası olduğunu, şirketin tüzel... olarak adının ise "...Gıda İnş. Araç Kiralama taah. A.Ş." olduğunu beyan etmiştir. Görüldüğü üzere somut uyuşmazlıkta davalının isminin dava dilekçesinde doğru gösterilmemesi maddi hataya dayalı olup, buradaki yanlışlık kabul edilebilir bir yanılığın kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, davacıya, 6100 sayılı Kanun'un 124. maddesi gereğince davasını "...Gıda İnş. Araç Kiralama taah. A.Ş."ye yöneltmesi için kesin süre verilmesi, davanın gerçek hasma yöneltilmesi durumunda işin esasının incelenmesi, aksi halde şimdiki gibi davanın pasif husumet yokluğu sebebiyle reddine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerle BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 17.05.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Yar. 22. HD, E.2018/3188, K.2018/12071, 17.05.2018.

⁷⁸ HMK m.124 kapsamındaki iradi taraf değişikliği için bkz. Hülya Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015); Tolga Akkaya, "Medeni Usul Hukukunda İradî Taraf Değişikliği (HMK m. 124)," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, (2014): 897-941.

⁷⁹ "Bir kişinin belli bir davada gerçekten davacı veya davalı sıfatına sahip olup olmadığı hususu usul hukuku değil, dava konusu hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk meselesidir. Bir davanın tarafları o davada gerçekten taraf sıfatına sahip değilse, mahkeme dava konusu hakkın esasına girip karar veremez. Davayı sıfat yokluğundan reddetmesi gerekir. Davacı olma sıfatı dava konusu hakkın sahibine, davalı sıfatı ise subjektif hak kendisinden istenebilecek kişiye aittir. Kuşkusuz bu hak sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz iktisaptan veya kanundan doğabilir. Bir alacak davasında davalı olma sıfatı o alacağın gerçek borçlusuna aittir. Alacak davası, o alacağın gerçek borçlusundan başka bir kişiye ... açılırsa, dava konusu alacağın mevcut olmadığından dolayı değil, davalının davalı sıfatına sahip olmadığından dolayı reddedilir (Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, (İstanbul: Demir, 2001) 1159).

kalan hususların eksik olması hâlinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir.⁸⁰ Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır". "Davacı ile davalının adı ve soyadı", yukarıdaki fıkrada sayılan bentler dışında kalan bir husus olduğu için dava dilekçesinde tarafların adının ve soyadının bulunmaması halinde kanun koyucu bu unsur bakımından maddede açık bir yaptırım öngörmüştür. Buna göre, dava dilekçesinde tarafların adı ve soyadı konusunda bir eksiklik tespit edilmesi durumunda hâkim, davacıya bu eksikliği düzeltmesi için bir haftalık kesin bir süre tanır Eğer bu süre içinde eksiklik giderilirse, dava dilekçesi kabul edilir ve yargılama süreci başlar. Fakat, davacı verilen süre içinde eksikliği tamamlamazsa, HMK'nın 119/2. maddesi

⁸⁰ "Yaptırım 119. maddede belirtilmeyen dilekçenin bu unsurlarıyla ilgili olarak, kanun koyucunun amacı bakımından birkaç şey söylenebilir: Bunlardan birincisi, kanun koyucunun bunlar için hiçbir yaptırım öngörmediği ve bu unsurlar eksik olduğunda da dilekçenin geçerli olacağı, sonuç doğuracağı ve bu eksikliklerin davaya hiçbir etkisinin bulunmayacağıdır. İkinci ihtimal ise, dilekçenin bu unsurları bakımından da eksiklik söz konusu olduğunda yaptırım söz konusudur, ancak bu yaptırım bu maddede düzenlenmemiştir." Muhammed Özkes, 'HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler', (2015) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 263, 281; "... Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması hâlinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır." düzenlemesi bulunmaktadır. Metinde görüldüğü gibi davacı ve davalının ad, soyad veya unvanları, davacınınkimlik numarası, varsa yasal temsilcinin veya vekilin adı, talep sonucu ve davacı veya vekilinin imzası dava dilekçesinde bulunmuyorsa hâkimin davacıya vereceği kesin süre içinde bunları tamamlamasını istemesi ve bunların tamamlanmaması halinde davanın açılmamış sayılmasına karar vermesi gerekir. Ancak mahkemenin adı, davanın konusu veya değeri, vakıaların özetleri ve bunların ne şekilde ispatlanacağı hususları ile dayanılan hukukî sebepler dava dilekçesinde belirtilmemiş ise davacıya kesin süre verileceğine ve bunların tamamlanmaması halinde davanın açılmamış sayılacağına dair bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Belirtilen unsurların dava dilekçesinde bulunmaması tek başına davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi yolunu açmaz. Böyle bir durumda hâkim yargılamaya başlar ve eksik unsurun niteliğine göre farklı çözüm yolları ya da sonuçlar doğar. Mesela vakıalara ilişkin eksiklikler tamamlanamazken, hukuki sebeplerin yazılmamış olması (hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması ilkesi gereği) sonuca etki etmez. Dava değeri yazılmamış bile olsa hâkimin bunu re'sen saptaması, alınacak harç miktarının tespiti bakımından şarttır. Vurgulamak gerekir ki yasadaki düzenleme, bu unsurlarda eksiklik halinde davacıya süre vermeksizin açılmamış sayılma yönünde karar oluşturulmasını değil, süre vermeksizin (olağan süreci içinde) esasa girilmesini hedeflemektedir. (Hukuk Genel Kurulu, 2014/23-350 E., 2016/24 K) Yar. 20. H.D, E.2019/2773, K.2019/4924, 17.09.2019 (Yargıtay Karar Arama).

gereğince davanın açılmamış sayılmasına karar verilir. Bu sebeple, mümkünse dava dilekçesinde tarafların kim olduğu açık ve net bir şekilde belirtilmelidir.

Anılan hükümden hareketle, kural olarak adı ve soyadı bilinmeyen veya tam olarak tespiti mümkün olmayan kişilere karşı hukuk davası açmanın mümkün olmadığı söylenebilir. Öğretide bir görüşe göre , dava dilekçesinde tarafların belirlenmesi davacının sorumluluğundadır ve bu belirleme mahkemeye bırakılamaz.⁸¹ Belirsiz bir kişi hakkında hüküm verilmesi mümkün değildir.⁸² Bu sebeple, tarafların net bir şekilde belirtilmesi ve tanımlanması gereklidir.⁸³ Diğer görüşe göre ise dava dilekçesinde davalının ismi belirtilmemiş olsa da dosyadan davalının kim olduğu anlaşılabilir ve eğer bir kişi, fiilen davalı olarak davada yer almışsa, davanın reddedilmesi uygun olmaz; bunun yerine, davalı olarak hareket eden kişiye karşı dava devam ettirilmelidir.⁸⁴

Kanatımca, bazı durumlarda⁸⁵, örneğin hukukî işlemlerin karmaşıklığı nedeniyle davalının kimliğinin belirlenmesi mümkün olmayabilir ya da davacının, davalının adını ve soyadını kendi olanaklarıyla bilmemesi durumu olabilir; ancak resmî kurumlar aracılığıyla, örneğin mahkeme aracılığıyla öğrenme imkânı olabilir. Bu gibi durumlarda, davacının davalının adını ve soyadını belirleme imkânı olmadığı durumlarda davanın açılmasına izin verilmemesi, davacının hak arama özgürlüğünü ihlal edebilir.

⁸¹ Pekcanitez ve diğerleri, *Pekcanitez Usül*, 1119.

⁸² Pekcanitez ve diğerleri, *Pekcanitez Usül*,1119.

⁸³ Pekcanitez ve diğerleri, *Pekcanitez Usül*, 1119.

⁸⁴ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 1578.

⁸⁵ Bu husus yukarıda detaylı olarak ele alınmaktadır.

IV. DAVALININ BİLİN(E)MEMESİ HALİNDE DAVANIN AÇILMASINA OLANAK VERİLMESİ VE BUNUN ORTAYA ÇIKARABİLECEĞİ OLASI SORUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

HMK'nın 119/2. maddesine göre, dava dilekçesinde tarafların adı ve soyadı konusunda bir eksiklik tespit edilmesi durumunda hâkim, davacıya bu eksikliği düzeltmesi için bir haftalık kesin bir süre tanır. Davacı verilen süre içinde eksikliği tamamlamazsa, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir. Ancak bazen, davacının dava açacağı sırada davalının kimliğini belirleyemediği durumlar olabilir. Davalının kimliğinin tespit edilememesi, yukarıda da belirtildiği üzere karmaşık hukuki olaylar ve işlemler, anonim çevrim içi işlemler veya yetersiz bilgi içeren olaylar da dahil olmak üzere çeşitli senaryolardan kaynaklanabilir. Bu gibi durumlarda, sırf davalının kimliğinin tespit edilememesi sebebiyle davanın açılmasına olanak vermemek davacının hak arama hürriyetini ihlâl edebilir. Bu sebeple, davalının isminin tespiti zor veya olanaksız olması hallerinde davanın açılmasına imkân verilmesi gerekir. Öğretide, Budak ve Karaaslan da, davacının davalının ismini tespit imkânı bulunmayan istisnai hallerde, davanın açılmasına olanak verilmesi gerektiğini savunmuştur.⁸⁶ Bahsi geçen yazarlara göre, delil tespitine benzer şekilde, davanın açılmasına olanak verecek yasal düzenlemenin yapılması faydalı olacaktır.⁸⁷

Bazı hukuka aykırı fiillerin ceza hukuku bakımından suç teşkil etmesi halinde davalının kimlik bilgilerine ceza kovuşturmasına sonucu ulaşılabilmesi kabul edilse bile, suç teşkil etmeyen haksız fiillerden dolayı davacının ceza muhakemesi usulüne göre şikâyetle bulunması mümkün olmayabilir.⁸⁸ Kaldı ki, sadece özel

⁸⁶ Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2021) 195.

⁸⁷ Budak ve Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, 195.

⁸⁸ Budak ve Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, 196.

hukuktan doğan bir hakkını elde etmek isteyen bir kişiyi ceza muhakemesi usulüne göre şikâyetle bulunmaya zorlamak uygun değildir.⁸⁹

Davalının isminin, davacı tarafından bilinmesinin mümkün olmadığı ancak devletin yetkili organları aracılığıyla tespitinin mümkün olduğu haller için HMK'nın 119. maddesinde yapılacak bir değişiklikle davanın açılmasına olanak verilmesi yerinde olacaktır. Ancak, henüz bilinmeyen davalıya karşı dava açabilmek için belirli şartların varlığı aranmalıdır: davanın açıldığı tarihte davalının kesin olarak belirlenememesi ve davalının kimliğini belirleme davacıdan makul bir şekilde beklenememeli veya davacı için bu belirleme imkânsız olmalıdır. Davacının davalıyı belirlemesinin mümkün olmadığı durumlarda, davacı, hukuki ilişkiyi ve davalının kimliğini araştırmaya yarayan bilgileri belirterek dava açabilmelidir. Örneğin; davacının gereken araştırmayı yapıp, dikkat ve özeni göstermesine rağmen, davalının tespit edilmesinin kendisinden gerçekten beklenmemesi veya objektif olarak imkânsız olması durumunda, davacı henüz tespit edilemeyen davalıya karşı dava açma hakkına sahip olmalıdır. Davalının belirlenmesinin imkânsız olması şartının sağlanması için, davacının davalıyı hiçbir şekilde belirleyememesi ve bunun sebebini açıkça ortaya koyması gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki HMK'nın 119. maddesi kapsamında yapılacak düzenleme ile bilinmeyen bir kişiye karşı dava açmaya olanak vermek için davalının kimliğinin davacı tarafından bilinememe durumu devletin yetkili kurumları için söz konusu olmamalıdır. Başka bir ifadeyle, davalının kimliğinin tespiti mümkün olmalı ancak bunun davacı tarafından tespitinin mümkün olmaması gerekir. Aksi halde, Türk hukuku kapsamında yargılamanın tamamen bilinmeyen birine karşı sürdürülmesi belirli hukuki sorunları da beraberinde getirir. Öncelikle, davalının vatandaşlık bilgilerinin olmaması sebebiyle, uyuşmazlıkta yabancılik unsuru olup olmadığı dolayısıyla uygulanacak hukuk kurallarının tespiti konusunda zorluklar yaşanabilir. Benzer şekilde, davalının sıfatının (tüketici mi, tacir mi?) ve ikamet bilgilerinin bilinmemesi sebebiyle görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesi sorun teşkil edebilir. Ayrıca adresin bilinmemesi, hukuka uygun tebligatın yapılamamasına ve dolayısıyla davalının

savunma hakkı ve verilecek kararların icrası bakımından başka sorunlara sebebiyet verebilir. Bu çalışma kapsamında, davalının bilinmemesine bağlı olarak davalının adresinin tespit edilmesinin zorluğu vurgulanmaktadır. Aksi halde, davacı, davalının kimliğini doğru şekilde bildiriyor ancak adresini bilmiyorsa, adresin belirlenmesi görevi davacıdan ziyade mahkemeye ait olmalıdır.⁹⁰ Davalının gerçek adresini bilmediği durumda, davacının dilekçesinde bu durumu net bir şekilde belirtmesi ve yaptığı araştırmalar sonucunda davalının gerçek adresini tespit edemediğine dair makul bir açıklama yapması gerekir.⁹¹ Ardından mahkeme gerekli şartlara uygun olarak adres araştırması yapabilir veya Tebligat Kanunu'nun ilgili hükümleri doğrultusunda ilan yoluyla tebligat gerçekleştirebilir.⁹²

Yukarıda da açıklandığı üzere, davalının kimliğinin hiçbir şekilde tespitinin mümkün olmadığı haller için Türk hukuku kapsamında dava açılmasına olanak vermek ve anonimliğin yarattığı zorlukları ele almak için özel olarak tasarlanmış usul mekanizmalarına ihtiyaç duyulmaktadır. Örneğin; bilinmeyen davalılara karşı dava açılması onlara tebligat yapılması konuları yakın zamanda İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi'nde *D'Aloia v Persons Unknown* [2022] EWHC 1723 (Ch) davasında ele alınmıştır.⁹³ Bu davada, NFT'ler aracılığıyla alternatif tebligat talep edilmiştir. Bu dava, mahkemelerin NFT yoluyla tebligat yapılmasına izin verdiği ve aynı zamanda henüz kimliği belirlenemeyen kuruluşlara dava açma ve tebligat yapma izni verdiği önemli örneklerden biridir.⁹⁴ Bu davada kripto paranın başlangıçta yatırıldığı "cüzdanlara" tebligat yapılmıştır.⁹⁵ Görüldüğü üzere, anonimliğin yarattığı zorlukların aşılması, bilinmeyen kişilere tebligatın

⁹⁰ Özkes, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler," 272.

⁹¹ Özkes, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler," 272.

⁹² Özkes, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler," 272.

⁹³ *D'Aloia v Persons Unknown* [2022] EWHC 1723 (Ch), erişim tarihi Şubat 02, 2023, <https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/ewhc/ch/2022/1723>.

⁹⁴ *D'Aloia v Persons Unknown* [2022] EWHC 1723 (Ch).

⁹⁵ *D'Aloia v Persons Unknown* [2022] EWHC 1723 (Ch).

yapılması, davalının savunma hakkının ihlal edilmemesi ve verilecek kararların icrası için blokzincir tabanlı uyuşmazlık sistemleri⁹⁶ gibi yeni mekanizmalara ihtiyaç duyulmaktadır.

SONUÇ

Dava dilekçesinde, HMK'nın 119. maddesinde belirtildiği gibi, davacı ve davalının adı ve soyadının yer alması gerektiği vurgulanmaktadır. Ancak, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, tarafların adı ve soyadında eksiklik tespit edilmesi durumunda hâkim, davacıya eksikliği gidermesi için bir haftalık kesin süre verir. Eğer davacı bu süre içinde eksikliği tamamlamazsa, davanın açılmamış sayılmasına karar verir. Bu kuralın katı şekilde uygulanması bazen hak ihlallerine sebebiyet verebilir. Özellikle davacının dava açacağı sırada davalının kimliğini belirleyemediği durumlarda dava açmasına izin verilmemesi, davacının mahkemeler aracılığıyla hukuki himaye talep etmesini engelleyebilir. Bazı hallerde, davalının kimliğinin tespit edilememesi, karmaşık olaylar, anonim çevrim içi işlemleri veya yetersiz bilgi içeren durumları içerebilecek çeşitli durumlardan kaynaklanabilir. Sadece davalının kimliğinin tespit edilememesi sebebiyle davanın açılmasına izin verilmemesi, davacının hak arama özgürlüğünü ihlal edebilir. Bu nedenle, davalının kimliğinin belirlenmesinin zor veya olanaksız olduğu durumlarda davanın açılmasına izin verilmesi gerekebilir. Elbette belirli şartlar aranmaksızın mahkemelerin bu tür taleplere izin vermesi, büyük hukuki sorunlar ortaya çıkarabilir. Örneğin; bilinmeyen kişilere karşı davanın açılması, tarafların vatandaşlıklarının bilinmemesiyle uygulanacak hukuki kuralların belirsizliğine yol açabilir. Benzer şekilde, tarafların adreslerinin ve sıfatlarının bilinmemesi, yetkili ve görevli mahkemenin belirlenmesini zorlaştırabilir. Aynı şekilde, davalının adının ve adresinin bilinmemesi, yasal tebligatların yapılmasının engellenmesine ve bu durumun dolayısıyla davalının savunma hakkı ve verilecek kararların uygulanmasıyla ilgili diğer sorunları beraberinde getirebilir. Bu sebeple, ancak belirli şartların varlığı halinde henüz bilinmeyen bir

⁹⁶ Detaylar için bkz. Serkan Kaya ve Kadirhan Maviş, "Blokzincir Teknolojilerinin Uyuşmazlık Çözüm Sistemleri Üzerindeki Etkisi: Merkezi Olmayan Adalet Sistemi" *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10 no.2, (2022): 477-500.

davalıya karşı dava açılmasına imkân verilmelidir. Öncelikle, davalının hiçbir şekilde tespit edilememesi ve davacının davalı tarafından bilinmemesi ancak devletin yetkili organları tarafından tespit edilebilmesi hallerine göre bir ayırım yapılması ve bu durumlara uygun olarak yasal değişiklikler yapılması gerekir. Davalının kimliğinin bilinmemesi durumunda davanın açılabilmesine olanak tanıyan HMK'nın 119. maddesinde bir değişiklik yapılması uygun olabilir. Ancak, bilinmeyen davalıya karşı dava açabilmek için belirli koşulların varlığı aranmalıdır: Davanın açıldığı tarihte davalının kesin olarak belirlenmemesi ve davalının kimliğini belirlemek davacıdan makul bir şekilde beklenmemeli veya bu belirleme imkânsız olmalıdır. Davacının davalıyı belirlemesi mümkün olmadığında, davacı, hukuki ilişkiyi ve davalının kimliğini araştırmaya yarayan bilgileri sunarak dava açabilmelidir. HMK'nın 119. maddesinde yapılabilecek düzenlemeyle, bilinmeyen bir kişiye karşı dava açma imkânı sağlanırken, davalının kimliğinin devletin yetkili kurumları tarafından bilinmemesi durumu geçerli olmamalıdır. Başka bir ifadeyle, davalının kimliğinin belirlenmesi mümkün olmalı ancak bunun davacı tarafından tespit edilememesi gerekmektedir. Aksi takdirde, Türk hukukuna göre tamamen bilinmeyen biriyle ilgili yargılama süreci belirli hukuki sorunları beraberinde getirebilir. Anonimliğin yol açtığı zorlukları ele almak ve davalının kimliğinin hiçbir şekilde tespitinin mümkün olmadığı durumlarda Türk hukuku kapsamında dava açılabilmesini sağlamak için blokzincir sistemi gibi gelişen teknolojiler ile bütünleşmiş özel usul mekanizmalarına ihtiyaç duyulabilir, böylelikle bu durumlarda adaletin sağlanması mümkün olabilir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar, bu çalışmada çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu çalışma için etik kurul onayı gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has not declared whether ethical committee approval is required for this research.

KAYNAKÇA

- Akkaya, Tolga. "Medeni Usul Hukukunda İradı Taraf Değişikliği (HMK m. 124)." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, (2014): 897-941.
- Andola, Nitish, ve diğerleri. "Anonymity on blockchain based e-cash protocols— A survey." *Computer Science Review* 40, (2021).
- Andrews, Carol Rice. "Meet John Doe: It Is Time for Federal Civil Procedure to Recognize John Doe Parties," *University of Pittsburgh Law Review* 57, (1995): 883-958.
- Arıkan, Özgür. "NFT Eserler ve Telif Haklarına Dair Hukuki Uyuşmazlıklar." iç. *Gelişen Teknolojilerin Medeni Usul Hukukuna Etkileri*. ed. Serkan Kaya, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Arslan, Ramazan ve diğerleri. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Atalı Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Bayar, Oya ve, Sezen Kama Işık. "Dördüncü Kuşak Haklar ve Bilişim Teknolojilerinin Doğuşunda Mahremiyet Kavramına Karşılaştırmalı Bir Bakış." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no.2 (2019): 602-623.
- Beganski, André. "What is a Token Burn? How Crypto is Removed From Circulation." *Decrypt*. Erişim tarihi Ekim 16, 2023 <https://decrypt.co/resources/what-is-a-token-burn-how-crypto-is-removed-from-circulation>.
- BMG Canada v. John Doe, 2004 FC 488 [BMG Canada, FC], aff'd 2005 FCA 193 [BMG Canada, FCA].
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2021.
- Caria, Riccardo. "Definitions of Smart Contracts: Between Law and Code." iç. *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*. eds. Larry A DiMatteo, Michel Cannarsa ve Cristina Poncibò. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Cerit, Sibel. "Medeni Usul Hukukunda Dava Dilekçesi." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, 2011.

- Chen, James. "Know Your Client (KYC): What It Means, Compliance Requirements." *Investopedia*. erişim tarihi Ekim 02, 2023, <https://www.investopedia.com/terms/k/knowyourclient.asp>.
- Çağlayan Aksoy, Pınar. *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*. İstanbul: On İki Levha 2022.
- De Filippi, Primavera ve Aaron Wright. *Blockchain and the Law: The Rule of Code*. Massachusetts: Harvard University Press, 2018.
- DiMatteo, Larry, Michel Cannarsa ve Cristina Poncibò, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Doğancı, Doğa Ekrem. *Blozincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Hukuki Uygulamalar*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Dong, Yupeng ve Hong Wu "Copyright of NFT Works in China: Infringement, Liabilities and Remedies." Researchgate. Erişim tarihi Ekim 15, 2023, https://www.researchgate.net/publication/368875188_COPYRIGHT_OF_NFT_WORKS_IN_CHINA_INFRINGEMENT_LIABILITY_AND_REMEDIES.
- Fong, Min-Chee. "Unmasking the John Does of Cyberspace: Surveillance by Private Copyright Owners." *Canadian Journal of Law and Technology*, (2005).
- Franz, Wolfgang. "Der gewillkürte Parteiwechsel und seine Auswirkungeng." Almanya, 1968.
- Güçlütürk, Osman Gazi. "Blokzincir ve Regüle Edilebilirlik." iç. *Gelişen Teknojiler ve Hukuk I: Blokzincir ve Hukuk*. eds. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Güçlütürk, Osman Gazi. "Hukukçular İçin Blokzincir Teknolojisinin Teknik İşleyişi: Bitcoin Örneği." iç. *Gelişen Teknojiler ve Hukuk I: Blokzincir ve Hukuk*. eds. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Görgün Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *Medeni Usül Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Herrera v. Cleveland, No. 20-2076 (7th Cir. 2021) erişim tarihi Ekim 04, 2023, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca7/20-2076/20-2076-2021-08-06.html>.

- Karlı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*. İstanbul: Filiz Yayınevi, 2020.
- Kaya, Serkan. "Blokzincir Tabanlı Akıllı Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü". *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi* 18, no.52 (2022): 519-542.
- Kaya, Serkan ve Maviş, Kadirhan. "Blokzincir Teknolojilerinin Uyuşmazlık Çözüm Sistemleri Üzerindeki Etkisi: Merkezi Olmayan Adalet Sistemi." *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no.2, (2022): 477-500.
- Kıyak, Emre. "Yargıtay Kararları Işığında Dava Dilekçesinde Yer Alan Unsurların Eksik Olması Halinde Uygulanacak Hükümler." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22 no.1, (2014): 127-158.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. İstanbul: Demir, 2001.
- Kuru, Baki ve Burak Aydın. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- LaPiana, William P. "Just the Facts: The Field Code and the Case Method." *New York Law School Law Review* 36, (1991): 287-336.
- Lidsky, Lyrisa Barnett. "Silencing John Doe: Defamation & Discourse in Cyberspace." *Duke Law Journal* 49, no. 4 (2000): 855-946.
- Matheson, Wendy ve Alex Smith. "Becoming Jane or John Doe: Can Civil Litigants Use a Pseudonym to Protect Their Privacy?" *Canadian Privacy Law Review* 7, no.7.
- Meier, Isaak. *Schweizerische Zivilprozessordnung*. Zürich: Schulthess Verlag, 2010.
- Michuda, Colleen E. "Defendant Doe's Quest for Anonymity: Is the Hurdle Insurmountable?." *Loyola University Chicago Law Journal* 29, (1997):141-180.
- Mills-Flood, Sara C. "John Doe Defendants Should Be Identified Prior to Expiration of Statute of Limitations, Even Where Complaint is Timely Filed." *Crivello*. erişim tarihi Ekim 02, 2023, <https://www.crivello.com/news-insights/legal-updates/john-doe-defendants-should-be-identified-prior-to-expiration-of-statute-of-limitations-even-where-complaint-is-timely-filed/>.
- Molnar v. National Broadcasting Company, 231 F.2d 684 (9th Cir. 1956).
- Özekes, Muhammed. "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, (2015): 263-300.
- Pekcanitez, Hakan ve diğerleri. *Pekcanitez Usûl*. İstanbul: On İki Levha, 2017.

- Ressler, Jayne S. "Privacy, Plaintiff, and Pseudonyms: The Anonymous Doe Plaintiff in the Information Age." *Kansas Law Review* 53, (2004):195-256.
- Rosenberger, Wendy M. "Anonymity in Civil Litigation: The Doe Plaintiff." *Notre Dame Law Review* 57, no. 3 (1982): 580-597.
- Subrin, Stephen N. "David Dudley Field and the Field Code: A Historical Analysis of an Earlier Procedural Vision." *Law and History Review* 6, no.2 (1988): 311-373.
- Soylu, Muhammed Furkan. "Medeni Usul Hukukunda Dava Dilekçesinin İçeriği ve Eksikliklerin Giderilmesi." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Konya: Selçuk Üniversitesi, 2017.
- Strahilevitz, Lior. "Pseudonymous Litigation." *University of Chicago Law Review* 77, (2010): 1239-1259.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usül Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Taş Korkmaz, Hülya. *Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Tevetoğlu, M. "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12 no.1 (2021): 193-208.
- Volokh, Eugene. "The Law of Pseudonymous Litigation." *Hastings Law Journal* 73, no. 5 (2022): 1353-1460.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

DEVLETİN ETKİN KONTROLÜNÜN BULUNMADIĞI SİBER ALANDA İNSAN HAKLARI YÜKÜMLÜLÜKLERİ NELERDİR?

What are Human Rights Obligations in Cyberspace Where the State Lacks Effective Control?

Berkant AKKUŞ*

Öz


Bu makalede ülkesel Devletin siber alandaki, özellikle de etkin kontrolü dışındaki alanlardaki insan hakları yükümlülükleri açıklanacaktır. Bu makalede, ülkesel Devletin siber alandaki insan hakları yükümlülüklerini ortaya koymak için incelenen beş önemli konu bulunmaktadır. Birincisi, temel haklara saygı: Devlet, siber alanda bulunan veya siber alandaki eylemlerinden etkilenen bireyler için mahremiyet hakkı, ifade özgürlüğü ve ayrımcılığa uğramama gibi temel insan haklarını korumalıdır. İkincisi, gerekli özeni gösterme: Devletin, belirli alanlar üzerinde doğrudan kontrolü olmasa bile, siber alandaki insan hakları ihlallerini önleme ve azaltma konusunda gerekli özeni gösterme görevi bulunmaktadır. Devlet, bireyleri zarardan korumak için makul adımlar atmalıdır. Üçüncüsü, ülke dışı yükümlülükler: Devlet, eylemlerinin kendi kontrolü dışındaki alanlardaki bireylerin hakları üzerinde önemli bir etkiye sahip olması halinde, siber alanda

* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, berkantakkus91@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6652-2512

Makale Gönderim Tarihi/Received: 15.01.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 24.05.2024.

Atıf/Citation: Akkuş, Berkant. "Devletin Etkin Kontrolünün Bulunmadığı Siber Alanda İnsan Hakları Yükümlülükleri Nelerdir?." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024): 159-214.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

insan haklarını sınırlarının ötesinde korumak için ülke dışı yükümlülüklerle sahip olabilir. Dördüncü olarak, uluslararası iş birliği: Sınır ötesi siber tehditleri ele almak ve insan haklarını evrensel olarak korumak için diğer Devletler ve uluslararası örgütlerle iş birliği çok önemlidir. Beşincisi, şeffaflık ve hesap verebilirlik: Devlet siber alanla ilgili politikalarında ve eylemlerinde şeffaf olmalıdır. Ayrıca, herhangi bir ihlal için hesap verebilirlik mekanizmalarının mevcut olmasını sağlamalıdır. Bu makale güvenlik ve hakların dengelenmesinin önemli olduğu sonucuna varmaktadır. Siber alanda güvenliğin sağlanması esas olmakla birlikte, Devlet güvenlik tedbirleri ile insan haklarına saygı arasında bir denge kurmalı ve orantısız kısıtlamalardan kaçınmalıdır. Devlet, etkin kontrolü dışındaki alanlarda, ilgili paydaşlarla iş birliği içinde, siber alan yönetişiminin karmaşıklığını kabul ederken, insan hakları üzerindeki olumsuz etkileri en aza indirmek için çaba göstermelidir. Siber alanda insan haklarının korunması sadece ülkesel Devleti değil, aynı zamanda uluslararası toplumu da kapsayan ortak bir sorumluluktur.

Anahtar Kelimeler: Etkin Kontrol, Siber Alan, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Özen Yükümlülüğü, Devletin Negatif ve Pozitif Yükümlülükleri

Abstract

The human rights obligations of a territorial state in cyberspace, especially in areas outside its effective control, will be explained in this article. There are five crucial topics that are examined in this article in order to reveal the human rights obligations of territorial state in cyberspace. First, respect for fundamental rights: The state should uphold fundamental human rights, such as the right to privacy, freedom of expression, and freedom from discrimination, for individuals residing in or affected by its actions in cyberspace. Second, due diligence: The state has a duty to exercise due diligence in preventing and mitigating human rights abuses in cyberspace, even if it lacks direct control over certain areas. It should take reasonable steps to protect individuals from harm. Third, extraterritorial obligations: The state may have extraterritorial obligations to protect human rights in cyberspace beyond its borders if its actions have a significant impact on the rights of individuals in areas outside its control. Fourth, international cooperation: Cooperation with other states and international organizations is crucial to address

cross-border cyber threats and uphold human rights universally. Fifth, transparency and accountability: The state should be transparent in its cyber-related policies and actions. Additionally, it should ensure accountability mechanisms are in place for any violations. This article concludes that balancing security and rights are crucial. While ensuring security in cyberspace is essential, the state should strike a balance between security measures and respecting human rights, avoiding disproportionate restrictions. In areas outside its effective control, the state should make efforts, in cooperation with relevant stakeholders, to minimize negative impacts on human rights while recognizing the complexities of cyberspace governance. Consequently, upholding human rights in cyberspace is a shared responsibility involving not only the territorial state but also the international community.

Keywords: Effective Control, Cyberspace, International Human Rights Law, Due Diligence, Positive and Negative Obligations of the State

GİRİŞ

Transdinyester, Dağlık Karabağ, Güney Osetya, Abhazya, Kırım, Doğu Ukrayna'daki ayrılıkçı bölgeler ya da Orta Doğu'da Irak Şam İslam Devleti (İŞİD) gibi aşırılıkçı terörist gruplar tarafından kontrol edilen geniş topraklar, çeşitli çağdaş bölgesel çatışmaların örneklerini teşkil etmektedirler. Bu bölgesel çatışmalar neticesinde egemen Devletin etkin kontrolü dışında kalan alanlar ortaya çıkmıştır. Devletin kendi topraklarının bir kısmı üzerinde etkin kontrolünün olmaması, geleneksel olarak egemen toprakları üzerinde münhasır kontrole sahip olduğu varsayılan Devletin görevlerine dayanan uluslararası hukuk açısından birçok zorluğu beraberinde getirmektedir.¹

Ülkesel Devlet, silahlı çatışma veya ülkesinin başka bir uluslararası hukuk öznesi tarafından yönetilmesine rıza göstermesi gibi çeşitli nedenlerle ülkesinin

¹ Gerard Kreijen, *State Failure Sovereignty and Effectiveness: Legal Lessons from the Decolonization of Sub-Saharan Africa* (Lahey: Martinus Nijhoff, 2004), 204.

bir kısmı üzerindeki etkin kontrolünü kaybettiğinde,² ülkesel Devleti bağlayan çeşitli uluslararası hukuk normlarının uygulanmasında sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu bölgesel durumların her biri uluslararası silahlı çatışma hukuku, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma hukuku, toprak kiralama anlaşması gibi farklı hukuki rejimlere yol açsa da, ortak bir unsur, bölgeyi kontrol eden uluslararası hukuk öznesinin geleneksel insan hakları yükümlülüklerinde belirgin bir hukuki boşluk oluşmasıdır. Devletin etkin kontrolünün olmadığı bölgeyi kontrol eden aktörler başka Devletler olabileceği gibi, uluslararası hukukun muhatabı olmayan silahlı muhalif gruplar, *de facto* fiili rejimler, uluslararası örgütler gibi Devlet dışı aktörler de olabilirler. Literatürde yaygın olarak kullanılan yönetilmeyen alanlar kavramı yerine,³ genellikle ülkesel Devlet dışındaki Devletler ve devlet dışı aktörler olmak üzere çeşitli aktörlerin toprak üzerinde etkin kontrol uyguladığını kabul etmek daha doğrudur.

Çoğu zaman bu durum birden fazla Devletin, örneğin çok uluslu bir operasyon aracılığıyla aynı bölgeyi kontrol ettiği veya Devlet dışı bir aktörün bölgeyi doğrudan kontrol etme davranışının dışarıdaki bir devlete atfedildiği anlamına gelmektedir. Bu nedenle, yukarıda bahsedilen hukuki boşluk, bölgede aktif olan öznelere uygulanan yeni veya yeni yorumlanmış kurallarla doldurulabilir. Önerilen çözümler arasında fiili kontrol teorisi,⁴ kazanılmış insan

² Uluslararası bölgesel yönetimlerin kendi kontrolleri altındaki bir bölgede tüm Devlet işlevlerini yerine getirdiği örneklerden ilki, 1999-2002 yılları arasında Doğu Timor'daki Birleşmiş Milletler Geçici Yönetimi tarafından yönetilen Doğu Timor'dur. İkinci örnek ise 2008'den itibaren Kosova'daki Birleşmiş Milletler Geçici Yönetim Misyonu adlı sivil misyon tarafından yönetilmiş olan Kosova'dır. Ancak Kosova makamlarının bağımsızlık ilanının ardından, sivil misyonun etkinliği önemli ölçüde azaltılmıştır. Kiralanan topraklar için çağdaş bir emsal, Küba egemenliği altında olan ancak ABD kontrolü altındaki Guantanamo Körfezi'dir. Matthew Saul, "Internationally Administered Territories," iç. *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, ed. André Nollkaemper, Ilias Plakokefalos (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 15.

³ Nicholas Tsagourias, "Non-State Actors, Ungoverned Spaces and International Responsibility for Cyber Acts," *Journal of Conflict and Security Law* 21, no. 3 (2016): 455.

⁴ Daragh Murray, *Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups* (Oxford: Hart, 2016), 126.

hakları doktrini⁵ ve söz konusu bölgede yetki kullanan Devletler, Devlet dışı aktörler gibi çeşitli aktörlerin eş zamanlı yükümlülükleri kapsamında bölgeyi kontrol eden öznenin insan hakları yükümlülükleri yer almaktadır.⁶ Ayrıca, bu makalenin de vurgulayacağı gibi, ülkesel devletin bile uluslararası insan hakları hukuku kapsamında artık yükümlülükleri vardır.

Devletin etkin kontrolünün olmadığı bölgeler, kitlesel ya da tekrar eden insan hakları ihlalleri ile ifade edilmektedir.⁷ Aslında Devletin etkin kontrolünün olmadığı bölgelerde insan haklarının korunması, Devletin kontrolündeki bölgelerde olduğundan çok daha karmaşık bir konudur. Hukuk sistemindeki belirgin netlik eksikliğinin nedenleri çeşitlidir. Birincisi, insan hakları andlaşmaları sadece Devletlere yükümlülükler getirmektedir.⁸ İkincisi, Devletin topraklarının bir kısmı üzerinde etkin kontrolünün olmadığı tespit edilmesi oldukça zordur. Üçüncüsü, insan hakları yükümlülüklerinin fiilen toprakları kontrol eden diğer öznelerle karşı uygulanabilirliği kolay değildir.

Devletin etkin kontrolünün bulunmadığı alanlar sadece fiziksel alanda değil, siber alanda da önemli insan hakları ihlalleri ile karakterize edilmektedirler.⁹ Özellikle ifade özgürlüğü, mahremiyet hakkı, fikir özgürlüğü, adil yargılanma

⁵ Bu teoriye göre, alan üzerinde etkin kontrol sağlayan herhangi bir özne, bölgesel egemenin uluslararası insan hakları yükümlülükleriyle bağlıdır. Anthony Cullen ve Steven Wheatley, "The Human Rights of Individuals in De Facto Regimes under the European Convention on Human Rights," *Human Rights Law Review* 13, no. 4 (2013): 717.

⁶ Jean-Marie Henckaerts, Cornelius Wiesener, "Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups: An Assessment Based on Recent Practice," iç. *International Humanitarian Law and Non-State Actors Debates, Law and Practice*, ed. Ezequiel Heffes, Marcos Kotlik, Manuel Ventura (Berlin: Springer, 2020), 226.

⁷ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Uygulanamadığı Alanlar* (Strazburg: Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi, 2003), 6.

⁸ Bu durumun istisnası, uluslararası örgütlerin imzacı olarak yer alması olasılığıdır. Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (yürürlüğe girme 1 Ağustos 2014) CETS 210, madde 75(1); Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme (yürürlüğe girme 3 Mayıs 2008) 2515 UNTS 3, madde 42.

⁹ BM Güvenlik Konseyi, *Suriye Arap Cumhuriyeti Bağımsız Uluslararası Soruşturma Komisyonu Raporu* (New York: UN, 2015), 259; BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi, *Geçici Olarak İşgal Edilen Kırım Özerk Cumhuriyeti ve Sivastopol Şehrinde İnsan Hakları Durumu Ukrayna* (New York: UN, 2017), 154; BM İnsan Hakları Komitesi, *Sonuç Gözlemleri: Rusya Federasyonu* (Cenevre: UN, 2017), 23.

hakkı ve insan onuru, Devletin etkin kontrolünün bulunmadığı bölgeyi kontrol eden aktörler tarafından çevrimiçi ortamda kısıtlanmaktadır. Bu aktörler, sansür, çevrimiçi medyanın tehdit ile manipülasyonu, belirli internet sitelerine veyahut da bir bütün olarak internete erişimin usulsüz engellenmesi ya da ırkçı nefret ve terör propagandasının yayılması yoluyla insan haklarını çevrimiçi ortamda kısıtlayan uygulamalara başvurmaktadırlar.

Ülkesel Devletler bu haksız eylemleri önleme, bastırma ve telafi etme konusunda zorluklar yaşamaktadırlar. Bu eksikliklere rağmen, uluslararası insan hakları hukuku ülkesel Devleti, etkin kontrolü dışındaki alanda insan haklarını korumak için gücü dahilindeki tüm tedbirleri almakla yükümlü kılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), andlaşma izleme organları ve BM Şartı'na¹⁰ dayanan örgütler, ülkesel Devletlerin etkin kontrolünün bulunmadığı bölgelerde bulunan kişilere karşı yerine getirmesi gereken bazı pozitif yükümlülükler belirlemiştir. Özellikle çevrimiçi bağlamda bu pozitif yükümlülükler, herhangi bir ülkesel Devletin etkin kontrolü dışındaki alanda yani siber alan üzerinde kontrolü olarak ifade edilebilen internet egemenliğini¹¹ yeniden tesis etmek amacıyla çaba göstermesi gereken çeşitli tedbirleri tanımlamak için temel oluşturmaktadırlar. Bu makale, ülkesel Devletin uluslararası insan hakları hukuku kapsamında siber alan bağlamındaki yükümlülüklerine odaklanmaktadır. Devlet dışı silahlı grupların¹² ve işgalci Devletlerin insan hakları yükümlülükleri,¹³ Devletlerin siber alandaki görevleri¹⁴ ve Devlet dışı aktörlerin siber davranışlarına karşı sorumlulukları¹⁵ gibi diğer ilgili

¹⁰ Birleşmiş Milletler Şartı (yürürlüğe girme 24 Ekim 1945) 1 UNTS XVI.

¹¹ Timothy Wu, "Cyberspace Sovereignty: The Internet and the International System Notes," *Harvard Journal of Law and Technology* 10, no. 3 (1996): 647.

¹² Katharine Fortin, *The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 240.

¹³ John Cerone, "Human Dignity in the Line of Fire: The Application of International Human Rights Law during Armed Conflict, Occupation, and Peace Operations," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 39, no. 5 (2006): 1447.

¹⁴ Russell Buchan, "Cyberspace, Non-State Actors and the Obligation to Prevent Transboundary Harm," *Journal of Conflict and Security Law* 21, no. 3 (2016): 429.

¹⁵ Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford: Oxford University Press, 2006), 271–316.

konular son yıllarda kapsamlı bir şekilde araştırılmış olsa da, ülkesel Devletin hükümet kontrolü dışındaki bir alanın yani Devletin siber alandaki maddi yükümlülükleri üzerine literatürde az odaklanılmıştır. Makale, ülkesel Devletin yükümlülükleri örneği üzerinden, egemenliğin siber alana uygulanabilirliği, uluslararası insan hakları hukukunun uygulanma kapsamı¹⁶ ve siber alanda durum tespiti standardı gibi çok tartışılan sorulara da değinmektedir.

Makale, ülkesel Devletin hükümet kontrolündeki alanlarda olduğu gibi, siber alanı tam olarak kontrol etmek için etkili araçlardan yoksun olsa da, ülkesinin etkili kontrolü dışındaki kısmında ortaya çıkan, meydana gelen veya etkisi olan hukuka aykırı fiillere karşı siber uzayda insan haklarını korumak için sürekli yargı yetkisine ve pozitif yükümlülüklerle sahip olduğunu iddia etmektedir. Makalenin yapısı şu şekilde ilerlemektedir. Bir sonraki bölüm, Devletin ülkesel kontrolünü kaybetmesinin siber alanda insan hakları açısından yarattığı zorlukları ortaya koymaktadır. Bir yandan fiziksel alan üzerindeki kontrolün yokluğunun çevrimiçi insan hakları ihlalleriyle, diğer yandan da devletin siber alan üzerindeki kısıtlı ancak mutlaka var olmayan kontrolüyle yakından ilişkili olduğu gösterilecektir. İkinci bölüm, etkin ülkesel kontrolünün olmamasına rağmen, ülkesel Devletin hem ülke hem de siber alan üzerinde egemenliğini kullanma hakkına sahip olmaya devam ettiğini teyit etmektedir. Üçüncü bölüm, uluslararası insan hakları hukukunda egemenliğin mantıksal sonucuna odaklanarak, egemenlikten doğan hakların tamamlayıcı bir görevi olarak kabul edilen, ülkesel Devletin gerekli özeni göstermeye dayalı yargı yetkisini tartışmaktadır. Dördüncü bölüm, uluslararası insan hakları hukuku kurallarını, ülkesel Devletin etkin kontrolü dışındaki alanlardan olan siber alan bağlamındaki yükümlülüklerine uygulamaktadır. Sonuç bölümünde ise uluslararası insan hakları hukukunun pozitif hukuk sistemi dahilinde ilgili ülkesel Devletlerin insan haklarına uyumunun artırılması için bazı önerilerde bulunmaktadır.

¹⁶ Gabor Rona ve Lauren Aarons, "State Responsibility to Respect, Protect and Fulfill Human Rights Obligations in Cyberspace," *Journal of National Security Law and Policy* 8, no. 3 (2016): 509.

I. ÜLKESEL DEVLETİN ETKİN KONTROLÜ DIŞINDAKİ ALANLAR-SİBER ALAN

Siber alan hem her yerde hem de hiçbir yerde olan bir dünyadır ancak insan topluluklarının yaşadığı yer değildir.¹⁷ Siber alan bilgisayar tabanlı iletişimin bölgesel sınırları aşarak yeni bir insan faaliyeti alanı yarattığı sınırsız bir dünyadır. Siber alanın yenilikçi doğası hukukta, özellikle de uluslararası hukukta yeni sorunlara yol açacak gibi görünmektedir.

Siber alan terimi, vatandaşların ve kuruluşların sosyal ve ticari etkileşimleri için bilgi ve iletişim teknolojilerini kullandıkları, başta internet olmak üzere teknik bir ortamı kullanan, eşit olmayan bir şekilde dağılmış birçok alt topluluğun bulunduğu, gerçek uzaydan farklı, dünya çapında sanal bir alan olarak tanımlanabilir.¹⁸

Başka bir deyişle siber alan, bilgi ve iletişim teknolojisi altyapısı üzerinden geçen elektronik sinyaller olgusunu tanımlamak için kullanılan somut bir doğaya sahip olmaktan ziyade kurgusal bir alandır. Tanımlar doğrultusunda siber alanın üç katmanı olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu katmanlar; anahtarlar, yönlendiriciler, sunucular, kablolardan oluşan fiziksel katman, mantıksal ağı temsil eden yazılım katmanı ve veri paketleri ile elektronikten oluşan üçüncü bir katman olan aslında ağdaki insanları vurgulayan siber kişilik katmanıdır.¹⁹ Sanal doğasına rağmen, siber alan mutlaka fiziksel bir mimari gerektirir.²⁰

Siber faaliyet, diğerlerinin yanı sıra telekomünikasyon ve bilgisayar sistemleri de dahil olmak üzere bilgi teknolojisi sistemlerinin faaliyet aracı olduğu

¹⁷ Andrea Slane, "Tales, Techs, and Territories: Private International Law, Globalization, and the Legal Construction of Borderlessness on the Internet," *Law and Contemporary Problems* 71, no. 3 (2008): 137.

¹⁸ Lance Strate, "The Varieties of Cyberspace: Problems in Definition and Delimitation," *Western Journal of Communication* 63, no. 3 (1999): 383.

¹⁹ Nicholas Tsagourias, "The Legal Status of Cyberspace," iç. *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, ed. Nicholas Tsagourias ve Russell Buchan (Cheltenham: Edward Elgar, 2015), 15.

²⁰ Patrick Franzese, "Sovereignty in Cyberspace: Can It Exist?," *Air Force Law Review* 64, no. 1 (2009): 33.

bir süreçtir.²¹ Bu makale, insan haklarını kısıtlama riski taşıyan siber faaliyetlere odaklanmaktadır. Siber alanda etkilenebilecek insan haklarının uluslararası kabul görmüş bir listesi bulunmamakla birlikte, bazı haklar siber bağlamda diğerlerinden daha önemlidir. Bu bağlamda, siber operasyonlara uygulanabilir uluslararası hukuk hakkında bağlayıcı olmayan bir uzman yorumu olan Tallinn Kılavuzu, bir grup uzman tarafından *lex lata*'nın objektif bir şekilde yeniden ifade edilmesini yansıttığı için yol göstericidir.²² Tallinn Kılavuzu, siber alanda özellikle önemli olan insan haklarının kapsamlı olmayan bir listesini sunmaktadır ve ifade özgürlüğü, mahremiyet hakkı, fikir özgürlüğü ve adil yargılanma hakkını vurgulamaktadır.²³ İfade özgürlüğü²⁴ ve insan onurunun bir parçası olarak bilgiye erişim hakkı da bu haklara eklenebilir. Bu sayılan haklar ırk ayrımcılığı,²⁵ terörizme teşvik²⁶ gibi çeşitli biçimlerde ihlal edilebilirler.²⁷ Siber alanda en çok etkilenen insan haklarının bu kapsamlı olmayan listesi makalenin odak noktasını oluşturmaktadır.

Siber alanın her yerde bulunan ve yaygın olarak erişilebilir karakteri, herhangi bir fiziksel konumdan zararlı siber faaliyetlerin gerçekleştirilmesine olanak tanıdığından, ilk bakışta Devletin etkin kontrolü dışındaki bir alan ile çevrimiçi insan hakları ihlalleri arasında bir ilişki yoktur. Ancak bu bölümde gösterileceği üzere, bir yandan ülkesel Devletin fiziksel alan üzerindeki kontrol eksikliği, diğer yandan da Devletin siber alan üzerindeki kısıtlı kontrolü çevrimiçi insan hakları ihlalleriyle yakından ilişkilidirler.

21 Alisdair Gillespie, *Cybercrime Key Issues and Debates* (Londra: Routledge, 2019), 23.

22 Michael Schmitt, *Siber Saldırlara Uygulanabilir Uluslararası Hukuk Üzerine Tallinn Kılavuzu 2.0* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 3.

23 Schmitt, *Siber Saldırlara Uygulanabilir Uluslararası Hukuk Üzerine Tallinn Kılavuzu 2.0*, 2.

24 Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi (yürürlüğe girme 23 Mart 1976) 999 UNTS 171, madde 19(2).

25 Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (yürürlüğe girme 4 Ocak 1969) 660 UNTS 195, madde 5(d)(viii).

26 Avrupa Konseyi, *Terörizmin Önlenmesine Dair Sözleşme* (yürürlüğe girme 1 Haziran 2007) CETS 196, madde 5.

27 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fuhuşu ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol (yürürlüğe girme 18 Ocak 2002) 2171 UNTS 227, madde 1-2(c).

Yakın zamanda yaşanan bölgesel çatışmalar, bazı bölgelerin ülkesel Devletin etkin kontrolü dışında kalmasına neden olmuştur. Transdinyester, Dağlık Karabağ, Güney Osetya, Abhazya, Kırım ve Doğu Ukrayna'daki ayrılıkçı bölgelerin yanı sıra Orta Doğu'da Irak Şam İslam Devleti gibi aşırılık yanlısı terörist gruplar tarafından kontrol edilen geniş topraklar buna örnek olarak gösterilebilirler. Bu bölgeler sadece fiziksel topraklarda değil, aynı zamanda çevrimiçi olarak işlenen insan hakları ihlalleri ile de karakterize edilmektedirler. Siber alandaki ihlaller, başta Devlet dışı fiili otoriteler, bölgeyi kontrol eden bir dış Devlet ve/veya ülkesel Devlet olmak üzere çeşitli aktörler tarafından gerçekleştirilmiştir.

İlk olarak, fiili otoriteler genellikle tehdit ve manipülasyon yöntemlerini kullanarak çevrimiçi medyayı faaliyetlerini sonlandırmaya veya otosansüre zorlamaktadırlar.²⁸ Irak Şam İslam Devleti (İŞİD) tarafından kontrol edilen bölgelerde, örgüt militanları dijital aktivistleri ve blog yazarlarını öldürmüşlerdir.²⁹ İŞİD tarafından internet erişimi kısıtlayıcı düzenlemelere tabi tutulmuştur ve internet kullanıcıları, militanları veya genel olarak İslam inancını eleştirmekten kaçınmak için otosansürlerini artırmak zorunda kalmışlardır.³⁰ Bölgede faaliyet gösteren çevrimiçi medyanın kısıtlanmasının ötesinde, fiili yetkililer bölge dışından yayılan belirli internet sitelerini veya medya kanallarını engelleyebilmektedirler. Bu önlem genel olarak bilgi ablukası olarak adlandırılmaktadır.³¹ Örneğin Transdinyester'deki fiili yetkililer Moldova kanallarını ve hükümet karşıtı içeriğe sahip bir düzine haber portalı ile internet

²⁸ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *Ukrayna'da İnsan Hakları Durumuna İlişkin Rapor* (New York: UN, 2014), 232.

²⁹ Freedom House, *Freedom on the Net 2016: Syria* (Vaşington: Rowman & Littlefield, 2016).

³⁰ BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi, *Suriye Arap Cumhuriyeti Bağımsız Uluslararası Soruşturma Komisyonu Raporu* (New York: UN, 2018), 66.

³¹ Jason Barkham, "Information Warfare and International Law on the Use of Force," *New York University Journal of International Law and Politics* 57, no. 1 (2002): 92.

sitesini engellemişlerdir.³² Donetsk Halk Cumhuriyeti de benzer şekilde birkaç internet tabanlı medya kuruluşunu kapatmıştır.³³

İkinci olarak, bir bölgeyi işgalci güç olarak kontrol eden dış devletlerin de benzer insan hakları ihlallerinde bulunduğu bildirilmektedir. Sansür, internet gazetecilerinin fiziksel tacizi ve bilgi ablukası yakın geçmişteki işgallerin karakteristik özellikleridir.³⁴ Gürcistan ve Rusya, 2008'deki Gürcistan-Rusya savaşı sırasında ve sonrasında Gürcü ve Rus internet sitelerini ve televizyon kanallarını karşılıklı olarak engellemişlerdir.³⁵ Kırım'da Rus yetkililer Ukrayna internet sitelerini engellemektedirler ve yetkililer yerel internet temelli kuruluşları Ukrayna hükümetinin kontrolündeki bölgelere taşınmaya zorlamaktadırlar.³⁶

Üçüncü olarak, bölgesel durumu askeri istihbarat veya idari yollarla ele alırken, ülkesel Devletler bile etkin kontrolleri dışındaki bölgede bulunan kişilerin çevrimiçi insan haklarını kısıtlamışlardır. Ulusal güvenliği veya terörle mücadeleyi gerekçe gösteren çeşitli ülkesel Devletler, uygun bir soruşturma ve mahkeme kararı olmaksızın internet sitelerini engellemektedirler.³⁷ Devletler bazı durumlarda kontrolleri dışındaki bölgede, hatta ülke çapında interneti kapatmak gibi aşırı bilgi ablukası biçimlerine başvurmuşlardır.³⁸ Söz konusu tedbirler belirli

³² Freedom House, *Freedom in the World 2021: Transnistria* (Vaşington: Rowman & Littlefield, 2021).

³³ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *Ukrayna'da İnsan Hakları Durumuna İlişkin Rapor* (New York: UN, 2015), 70.

³⁴ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *Ukrayna'da Geçici Olarak İşgal Edilen Kırım Özerk Cumhuriyeti ve Sivastopol Şehrinde İnsan Haklarının Durumu Hakkında Rapor* (New York: UN, 2018), 47.

³⁵ Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Basın Bülteni, "AGİT Medya Özgürlüğü Temsilcisi Gazetecilerin Gürcistan'ın Güney Osetya ve Abhazya Bölgelerine Özgür ve Güvenli Erişime İhtiyaçları Olduğunu Söyledi" Eylül 22, 2008.

³⁶ BM İnsan Hakları Komitesi, *Sonuç Gözlemleri: Rusya Federasyonu* (Cenevre: UN, 2015), 23.

³⁷ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *Ukrayna'da İnsan Hakları Durumuna İlişkin Rapor* (New York: UN, 2014), 209.

³⁸ "Syria Cut off from the Internet," BBC, Erişim Tarihi: Eylül 22, 2023, <https://www.bbc.com/news/technology-20546302>.

bir bölgedeki çevrimiçi iletişimi gereksiz yere kısıtlamaktadır, oysa ifade özgürlüğü sınırlardan bağımsız olarak uygulanmalıdır.³⁹

Normal koşullarda herhangi bir Devletin hükümet kontrolündeki topraklarında çevrimiçi insan hakları ihlalleri işlenebilirken, yukarıda atıfta bulunulan durumların özelliği, ülkesel Devletin bu hukuka aykırı eylemleri önleme, bastırma ve telafi etme kapasitesinin sınırlı olmasıdır. Aslında, ilgili ülkesel Devletler, genel olarak insan hakları andlaşmaları⁴⁰ ve özel olarak siber alanla ilgili yükümlülükler getiren bir andlaşma olan Budapeşte Siber Suçlar Sözleşmesi⁴¹ ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmedeki yetersizliklerini sıklıkla yinelemişlerdir. Devlet, topraklarının bir kısmı üzerindeki etkin kontrolünü kaybettiğinde, hukuku uygulama kapasitesini ve mağdurlar ile çevrimiçi insan hakları ihlallerinin gerçek faillerine fiziksel erişimini de kaybeder.

Siber suçlar ve diğer çevrimiçi insan hakları ihlalleri dünyanın herhangi bir yerinden kaynaklanabilse de, faillerin, ülkesel devletin etkin kontrolü dışında kalan ve Devletin yaptırım gücünü kullanamadığı bölgelerde güvenli bir sığınak bulmaları muhtemeldir.⁴² Örneğin bazı Rusya yanlısı bilgisayar korsanları (hacker), Rusya'dan gelen internet protokolü (IP) adreslerini engelleyen bölgesel filtreleri aşmak için saldırılarını Ukrayna hükümetinin etkin kontrolü dışındaki Doğu Ukrayna bölgelerinden gerçekleştirmektedirler.⁴³ Siber alanla ilgili olarak bölgesel kontrolün kaybedilmesiyle birlikte, ülkesel Devlet o bölgede bulunan internetin fiziksel katmanları üzerindeki kontrolünü zorunlu olarak kaybeder.

39 BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi, İnternette İnsan Haklarının Geliştirilmesi, Korunması ve Kullanılması (New York: UN, 2012), 1.

40 Antlaşma No 009 (AİHS'ne Ek Protokol) için Çekinceler ve Beyanlar: Azerbaycan (15 Nisan 2002 tarihinde tevdi edilen onay belgesinde yer alan deklarasyon) ve Gürcistan (7 Haziran 2002 tarihinde tevdi edilen onay belgesinde yer alan deklarasyon). Detaylı ülke listesi için ilgili internet sitesi incelenebilir <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>.

41 Azerbaycan, Moldova Cumhuriyeti ve Ukrayna'nın Budapeşte Sözleşmesi'ne ilişkin Deklarasyonu: Andlaşma No 185 için Çekinceler ve Beyanlar (Siber Suçlar Sözleşmesi), 29 Haziran 2018 itibarıyla durum.

42 Peter Margulies, "Surveillance by Algorithm: The NSA, Computerized Intelligence Collection, and Human Rights," *Florida Law Review* 68, no. 4 (2017): 1088.

43 Marie Baezner, *Cyber and Information Warfare in the Ukrainian Conflict* (Zürich: Center for Security Studies ETH Zürich, 2017), 10.

Ancak Devlet, hükümet kontrolündeki bölgede bulunan ve kendi kontrolü dışındaki alanda bilgi aktarımını etkileyebilecek fiziksel katmanlar üzerindeki kontrolünü korur. Bu nedenle, ülkesel Devlet hükümet tarafından yönetilen alandaki siber faaliyetleri kontrol edebildiği ölçüde, etkin kontrolü dışındaki alanda işlenen çevrimiçi insan hakları ihlalleriyle ilgili olarak sınırlı bir güce sahip olabilir.

Ülkesel Devletin etkin kontrolünden kaçan alanların varlığı sadece kitlesel insan hakları ihlallerini kolaylaştırmakla kalmaz, aynı zamanda uluslararası barış ve güvenlik için de bir tehdit oluşturabilir. IŞİD'in internet ve sosyal medyayı terör amaçlı tanıtım ile eleman kazanma aracı olarak yönetmesi eleştirilmektedir.⁴⁴ Sosyal medya platformları Irak ile Suriye'ye ait tarihi eserleri internet üzerinden satış amacıyla da kullanılmaktadır.⁴⁵

IŞİD tarafından işlenen zulümlerin insanlığa karşı suç ve muhtemelen soykırım anlamına gelebileceği göz önünde bulundurularak, koruma sorumluluğu kavramı vurgulanmaktadır.⁴⁶ Bu doğrultuda, teröristlerin teknolojiyi, iletişimi ve kaynakları terör eylemlerine destek sağlamak amacıyla kullanmalarını önlemek için Devletler iş birliği içinde hareket etmelidirler. Kendi halkını korumanın birincil sorumluluğunun ülkesel Devlete ait olduğu yinelenmelidir. Ülkesel Devletin birincil koruma sorumluluğunun çevrimiçi işlenen zulümler için de aynı şekilde geçerli olduğundan şüphe etmek için hiçbir neden yoktur.⁴⁷

Genel olarak, çoğu Devlet siber saldırılar, siber suçlar ve kendi topraklarındaki siber bağlantılı işletmeler üzerinde egemenlik kurmakta zorlanmaktadır. Bu durum, sadece kendi topraklarındaki çok sayıda çevrimiçi

⁴⁴ Lisa Blaker, "The Islamic State's Use of Online Social Media," *Military Cyber Affairs* 1, no. 1 (2016): 3.

⁴⁵ Victoria Maatta, "ISIL as Salesmen? The Roles of Due Diligence and the Good Faith Purchaser in Illicit Artifact Trafficking from the ISIL Insurgency," *Journal of National Security Law & Policy* 13, no. 1 (2017): 181.

⁴⁶ BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi, Suriye Arap Cumhuriyeti Araştırma Komisyonu, Yok Etmek İçin Geldiler: IŞİD'in Ezidilere Karşı İşlediği Suçlar (New York: UN, 2018).

⁴⁷ Oren Gross, "Cyber Responsibility to Protect: Legal Obligations of States Directly Affected by Cyber-Incidents," *Cornell International Law Journal* 48, no. 3 (2015): 491.

insan hakları ihlalleriyle değil, aynı zamanda fiziksel alan üzerindeki kontrol eksikliğiyle de yüzleşmek zorunda olan ülkesel Devletler için de geçerlidir. Çevrimiçi ve çevrimdışı alanlar üzerindeki bu çifte kontrol zorluğu, Devletin etkin kontrolü dışındaki bir alan olarak siber alanın, ülkesel Devletin egemenliğine ne kadar tabi olduğu sorusunu gündeme getirmektedir.

II. SİBER ALANDA DEVLETİN EGEMENLİĞİ

Fiziksel olmayan karakteri nedeniyle, siber alan ilk bakışta Birleşmiş Milletler Şartı'nda da yer alan egemenlik veya toprak bütünlüğü gibi geleneksel uluslararası kamu hukuku ilkelerine uymamaktadır.⁴⁸ Özgürlükçü akademisyenlerden oluşan önemli bir grup, siber alanın ülkesizleştirilmiş olduğunu vurgulamaktadır. Siber alan tanımı gereği sınır aşan karakteri nedeniyle düzenlenmemelidir. Ayrıca, siber alanın Devlet egemenliğine tabi olmaması gerektiği savunulmaktadır.⁴⁹ Ancak Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından da belirtildiği üzere, siber alanın düzenlenip düzenlenemeyeceği veya düzenlenmesi gerekip gerekmediği konusundaki tartışmalar esasen azalmıştır. Bu dönüşüm, büyük ölçüde tarihi bir dönüm noktası oluşturmaktadır.⁵⁰ Bugün Devletler ve uluslararası hukuk akademisyenleri⁵¹ tarafından Devlet egemenliğinin siber alan için de geçerli olduğu yaygın olarak kabul edilmektedir. Dahası, siber alanı düzenleyen uluslararası andlaşmaların sayısı artmıştır.⁵²

Ülkesizleştirilmiş telekomünikasyon faaliyetlerinin düzenlenmesi uluslararası hukukun yeni bir alanı değildir. Telsiz telgrafın icadının en başından beri, Devletler kendi topraklarındaki telsiz telgraf iletişimleri üzerinde

⁴⁸ Milton Mueller, "Against Sovereignty in Cyberspace," *International Studies Review* 22, no. 4 (2020): 800.

⁴⁹ David Johnson ve David Post, "Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace," *Stanford Law Review* 48, no. 5 (1996): 1367.

⁵⁰ International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission* (New York: UN, 2006), 218.

⁵¹ Wolff Heinegg, "Territorial Sovereignty and Neutrality in Cyberspace," *International Law Studies* 89, no. 1 (2013): 128.

⁵² Bilişim Sistemleri Aracılığı ile İşlenen Irkçı ve Yabancı Düşmanı Eylemlerin Suç Hâline Getirilmesi için Avrupa Siber Suç Sözleşmesine Ek Protokol (yürürlüğe girme 1 Mart 2006) ETS 189.

egemenliklerini kullanmayı taahhüt etmişlerdir.⁵³ İki Dünya savaşı arası dönemdeki yazarlar genellikle telekomünikasyon tekniklerinin uluslararası kullanımını düzenlemek için Devlet kontrolünün gerekli olduğunu vurgulamışlardır. Bir Devletin radyo aracılığıyla başka bir Devlete karşı düşmanca propaganda yaparak, diğer ülkelerin iç işlerine karışma yasağını ihlal etmesinin uluslararası sorumluluk doğurduğu varsayılmıştır.⁵⁴ Siber alan da telekomünikasyonun kablosuz bir biçimi olduğu ölçüde, aynı ilkeler geçerlidir.

Devlet egemenliği ilkesinin siber alanda uygulanmasının temel gerekçesi, Devletin egemenlik ayrıcalıklarının toprakları dışında da kullanabilmesidir. Devlet, toprakları içinde yer alan herhangi bir siber altyapıyı düzenleme konusunda üstün yetkiye sahiptir.⁵⁵ Dolayısıyla siber alanın fiziksel katmanı ülkesel Devletin egemenliğine tabi iken, siber alanın sanal katmanı belirli bir Devletin egemenliğine tabi değildir.

Devlet egemenliği, Devletin yargı yetkisiyle yakından ilişkilidir. Devletin yargı yetkisi kavramı, Devletin yasal hareket etme yetkisini ve dolayısıyla yasama, yürütme veya yargı yoluyla hareket edip etmeyeceğine ve ederse nasıl edeceğine karar verme yetkisini ifade etmektedir.⁵⁶ Başka bir deyişle Devletin yargı yetkisi, bir Devletin uluslararası hukuk tarafından belirlenen sınırlar dahilinde iç hukuku kapsamında kişileri, nesnelere ve davranışları düzenleme yetkisidir. Yargı yetkisi terimi aynı zamanda bir Devletin kural koyma ve uygulama yetkisini kullanma kabiliyetine uluslararası hukuk kapsamında getirilen sınırları, yani Devletin yasal yetkisini kullanma hakkına sahip olduğu

⁵³ Uluslararası Telsiz Telgraf Sözleşmesi (Londra, 5 Temmuz 1912), (1913) 10 Antlaşma Serisi 139-217, madde 1.

⁵⁴ Vernon Van Dyke, "The Responsibility of States for International Propaganda," *American Journal of International Law* 34, no. 1 (1940): 59.

⁵⁵ Schmitt, *Siber Saldırılarına Uygulanabilir Uluslararası Hukuk Üzerine Tallinn Kılavuzu 2.0*, 71.

⁵⁶ Olivier De Schutter, "Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights," *Human Rights Quarterly* 34, no. 4 (2012): 1102.

koşulları ifade etmektedir.⁵⁷ Hiçbir Devlet, başka bir Devletin topraklarında, o Devletin rızası olmadan yaptırım işlevlerini yerine getiremez.⁵⁸ Bu durum, bir Devlet uluslararası toplum tarafından bölgenin egemeni olarak tanındığı sürece, bölgede egemenliğini kullanacak etkin gücü olmamasına rağmen, bölge üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu anlamına gelmektedir.⁵⁹

Uluslararası hukuk kapsamında yargı yetkisi öncelikle ülkeseldir. Devlet, uluslararası olarak tanınan ülkesinde bulunan kişiler ve nesnelere burada meydana gelen faaliyetler üzerinde tam kural koyucu, yargılayıcı ve uygulayıcı yargı yetkisine sahiptir.⁶⁰ Etkin ülkesel kontrolün kaybedilmesi durumunda, bazı yazarlar ülkesel Devletin egemenliğinin askıya alındığını veya *nudum ius* ile sınırlı olduğunu düşünmektedir.⁶¹ Bölgede etkinliğin olmaması nedeniyle, Devlet gerçekten de yaptırım yetkisini kullanamamaktadır ancak bölgede meydana gelen faaliyetleri düzenleyememesi ve yargılayamaması gerekmemektedir.⁶² Devletin kendi kontrolü dışındaki alanla ilgili kanunların ve yargı kararlarının, Devlet bunları hükümetin kontrolündeki alanda veya uluslararası iş birliği yoluyla uygulayabildiği ölçüde geçerlilik kazanacağı söylenebilir.⁶³ Sonuç olarak Devlet, ülkesinin bir bölgesi üzerinde etkin kontrolünü kullanamasa ve dolayısıyla yasalarını orada uygulayamasa da, bölge üzerinde kural koyucudur ve yargı yetkisini kullanabilir.

Devletlerin ezici çoğunluğu, ilgili ülkesel Devletlerin genel uluslararası hukuk kapsamındaki egemenliğine ve yargı yetkisine itiraz etmemektedirler.

⁵⁷ Ralph Wilde, "The Extraterritorial Application of International Human Rights Law on Civil and Political Rights," iç. *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, ed. Scott Sheeran ve Sir Nigel Rodley (Londra: Routledge, 2013), 640.

⁵⁸ S.S. Lotus (Fransa v. Türkiye), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Eylül. 7) § 18.

⁵⁹ Kongo Topraklarında Silahlı Faaliyetler, Kongo Demokratik Cumhuriyeti v Uganda, Karar, [2005] ICJ Rep 306, Yargıç Kooijmans'ın Karşı Oy Görüşü, § 320.

⁶⁰ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, Cilt I* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 298.

⁶¹ Alexandros Yannis, "The Concept of Suspended Sovereignty in International Law and Its Implications in International Politics," *European Journal of International Law* 13, no. 5 (2002): 1037.

⁶² Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (New York: Russell & Russell, 1961), 218.

⁶³ Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009): 109.

Moldova Cumhuriyeti, Azerbaycan, Gürcistan, Ukrayna, Irak ve Suriye, ihtilafli bölgeler üzerinde egemen olarak uluslararası düzeyde tanınmaktadır. Devletin etkin kontrolü dışındaki alanlarda, özellikle siber alan üzerinde yargı yetkisine sahip olup olmaması, siber alanda tanınan yargı yetkisi temeline bağlıdır.

Özellikle çevrimiçi faaliyetler bağlamında, Tallinn Kılavuzu 2.0'ı hazırlayan Uluslararası Uzmanlar Grubu, Devletin kendi topraklarıyla ilgili siber faaliyetler üzerinde yargı yetkisi kullanabileceği üç temel dayanak öngörmüştür. Tallinn Kılavuzu'nun 9. Kuralı; Devletin kendi topraklarında siber altyapı ve siber faaliyetlerde bulunan kişiler, kendi topraklarında ortaya çıkan veya tamamlanan siber faaliyetler ve kendi topraklarında önemli bir etkiye sahip olan siber faaliyetler üzerinde yargı yetkisi kullanmasına izin vermektedir.⁶⁴ Tallinn Kılavuzu'nun *lex lata*'nın objektif bir yeniden ifadesi olması amaçlanmıştır. Ülkesel yargı yetkisine ilişkin ilgili kural, Devletler tarafından kabul edildiği şekliyle mevcut, pozitif uluslararası hukuku yansıtmaktadır.

Tallinn Kılavuzu tarafından belirlenen üç yargı yetkisi temelinden ilki, bir kişinin ya da nesnenin bir Devletin topraklarında fiziksel olarak bulunmasının, o Devletin yargı yetkisini kullanması için yeterli bir temel oluşturmasına dayanır.⁶⁵ Bilgi ve iletişim teknolojileri bazı fiziksel altyapılar gerektirdiğinden, Devletler bu nesnelere ve kendi ulusal topraklarında siber faaliyetlerde bulunan kişiler üzerinde yargı yetkisine sahiptirler.⁶⁶ Örneğin Devletlerin, topraklarındaki verileri fiziksel olarak kontrol eden telekomünikasyon veya internet hizmet sağlayıcıları üzerinde düzenleyici yetki kullanabileceği kabul edilmektedir.⁶⁷ Dolayısıyla siber faaliyetlerde bulunan kişilerin, kablo altyapılarının, sunucuların, bilgisayarların, medya üretim altyapısının veya veri depolama tesislerinin siber altyapı olarak ilgili bölgede bulunması halinde, ülkesel Devletin kendi etkin kontrolü dışındaki alanlardaki siber faaliyetler üzerindeki yargı yetkisi tanınmaktadır.

⁶⁴ Schmitt, *Siber Saldırılarına Uygulanabilir Uluslararası Hukuk Üzerine Tallinn Kılavuzu 2.0*, 55.

⁶⁵ S.S. Lotus (Fransa v. Türkiye), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Eylül. 7) § 23.

⁶⁶ Arap Devletleri Birliği, Bilgi Teknolojisi Suçlarıyla Mücadeleye İlişkin Arap Sözleşmesi (yürürlüğe girme Şubat 2014) madde 30.

⁶⁷ BM Genel Kurulu, Terörle Mücadele Ederken İnsan Hak ve Temel Özgürlüklerinin Geliştirilmesi ve Korunması Özel Raportörü Raporu (New York: UN, 2018), 41.

Devletin ülkesinde başlatılan veya tamamlanan siber faaliyetler için yargı yetkisinin ikinci dayanağı, *Lotus* kararından bu yana tanınan bir uluslararası hukuk ilkesine dayanmaktadır. Bu doğrultuda, Devletin ülkesinde ortaya çıkan faaliyete dayanan subjektif yargı yetkisi bulunmaktadır. Bir diğer seçenek de, Devletin ülkesinde tamamlanan faaliyete dayanan objektif yargı yetkisidir.⁶⁸ Siber alanda bu ilkeler, siber suçları düzenleyen sözleşmeler tarafından da yargı yetkisi için bir temel olarak kabul edilmektedirler.⁶⁹ Çevrimiçi faaliyetler birçok devletin yetki alanını aşabilirken, bir siber faaliyetin nerede başlayıp nerede bittiğini tespit etmek zor olabilir. Bu nedenle, Devlet uygulamasındaki mevcut eğilim, siber faaliyet ile Devlet toprakları arasındaki herhangi bir önemli bağlantının yargı yetkisi için yeterli bir temel oluşturabileceği bölgesel yargı yetkisini geniş bir şekilde yorumlamak yönündedir.⁷⁰

Devletin etkin kontrolü dışındaki bir alanla ilgili olan bu tür bir yargı yetkisi çeşitli senaryolara yol açabilir. Objektif yargı yetkisi kapsamında, siber faaliyet yurt dışında ortaya çıkar ancak ilgili bölgede tamamlanabilir.⁷¹ Bu durumda, ülkesel Devlet karşılıklı adli yardımlaşma yoluyla siber suçun faileri üzerinde cezai yargı yetkisini kullanma hakkına sahip olabilir. Subjektif ülkesel yargı yetkisi kapsamında Devlet, etkin kontrolü dışındaki bölgeden kaynaklanan herhangi bir siber faaliyet üzerinde yargı yetkisini kullanabilir. Terörist savaşçıların çevrimiçi olarak askere alınması veya Devletin etkin kontrolünün bulunmadığı bölgeden yayılan nefret söylemi olasılıkları örnek olarak gösterilebilirler. Bu tür siber faaliyetler, etkin kontrolün olmadığı bölgede, hükümet kontrolündeki bölgede ve hatta başka bir Devlette bulunan mağdurların insan haklarının ihlal edilmesine neden olabilirler.⁷²

⁶⁸ S.S. *Lotus* (Fransa v. Türkiye), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Eylül. 7) § 23.

⁶⁹ Budapeşte Siber Suçlar Sözleşmesi (yürürlüğe girme 1 Temmuz 2004) ETS 185, madde 22(1)(a).

⁷⁰ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, *İfade Özgürlüğü Özel Raportörü Raporu* 2013 (Vaşington: AAİHK, 2013), 66.

⁷¹ Schmitt, *Siber Saldırlara Uygulanabilir Uluslararası Hukuk Üzerine Tallinn Kılavuzu* 2.0, 56.

⁷² Amerikalılar Arası Yargı Komitesi, *Amerikalılar Arası Yargı Komitesinin Genel Kurula Yıllık Raporu* (Rio de Janeiro: OAS, 2003), 164.

Tallinn Kılavuzu tarafından önerilen üçüncü yargı yetkisi temeli, uluslararası teamül hukukunu yansıttığı kabul edilen bir yargı yetkisi bağlantısı olan etki doktrinine dayanmaktadır.⁷³ Etki doktrini doğrultusunda, bir faaliyetin Devletin topraklarından kaynaklanmadığı veya bu topraklarda sona ermediği ancak bu topraklarda etkileri olduğu durumlarda, Devlet yargı yetkisine sahiptir. Bazı yerel mahkemeler etki doktrinini siber alana uygulamış olsa da,⁷⁴ internet sitelerinin tüm ülkelerde erişilebilir olması nedeniyle etki doktrini neredeyse her Devlette yargı yetkisi iddialarına yol açabileceği için uygulanabilirliğine itiraz edilmektedir.⁷⁵ Doktrindeki çoğunluk görüşü ve Uluslararası Uzmanlar Grubu, Devletlerin makul bir şekilde kullanması halinde etki doktrininin siber alana uygulanabilirliğini kabul etmektedir. Bu nedenle, Devlet ile siber faaliyet arasında çevrimdışı dünyada uygulanan daha yüksek bir gerçek bağlantı eşiği belirlenmektedir.⁷⁶ Bu durumda ülkesel Devlet, bölge halkına yurt dışından kendi dillerinde hitap eden çevrimiçi propagandanın yayılması gibi, söz konusu bölge üzerinde önemli etkileri olan siber faaliyetler üzerinde yargı yetkisine sahip olacaktır.

Ülkesel Devlet, ülkesinin etkin kontrolü dışında kalan kısmında ortaya çıkan, meydana gelen veya etkisi olan insan hakları ihlali teşkil eden siber faaliyetler üzerinde genel uluslararası hukuk kapsamında yargı yetkisine sahiptir. Bir sonraki bölüm, yargı yetkisi teriminin özerk bir anlama sahip olduğu uluslararası insan hakları hukuku kapsamında Devletin siber alanda yargı yetkisini nasıl kullandığını incelemektedir.

⁷³ Schmitt, *Siber Saldırılarına Uygulanabilir Uluslararası Hukuk Üzerine Tallinn Kılavuzu 2.0*, 58.

⁷⁴ Uta Kohl, "Defamation on the Internet: Nice Decision, Shame about the Reasoning: Dow Jones & Co Inc v Gutnick," *The International and Comparative Law Quarterly* 52, no. 4 (2003): 1050.

⁷⁵ Thomas Schultz, "Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface," *European Journal of International Law* 19, no. 4 (2008): 811.

⁷⁶ Joanna Kulesza, *International Internet Law* (Londra: Routledge, 2012), 14.

III. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU KAPSAMINDA DEVLETİN YARGI YETKİSİ

Siber alan, genel uluslararası hukukun yargı yetkisi kuralları kapsamında Devletin egemenliğine tabi olduğundan, Devletin siber alanda da aynı çevrimdışı alanda bağlı olduğu şekilde uluslararası insan hakları hukuku ile bağlı olduğunu iddia etmek mantıklıdır. Devletler⁷⁷ ve uluslararası örgütler⁷⁸ insanların çevrimdışı ortamda sahip oldukları hakların çevrimiçi ortamda da korunması gerektiğini kabul etmektedirler. Uluslararası insan hakları hukukunun siber alandaki davranışlar için de aynı şekilde geçerli olduğu kabul görmektedir.⁷⁹ Devletin siber alanda insan haklarına saygı gösterme ve koruma yükümlülükleri varken, etkin kontrolü dışındaki bir alanda aynı yükümlülükler ne ölçüde sahip olduğu ise açık değildir. Ülkesel yargı yetkisinin temellerinin de gösterdiği gibi, iki alan, çevrimiçi ve fiziksel alan, tamamen ilgisiz değildir. Başka bir deyişle, bir Devletin etkin kontrolü dışındaki bir alanda özellikle siber alanda uluslararası insan hakları hukuku kapsamında ne kadar yükümlülüğü olduğunu incelemek amacıyla, uluslararası insan hakları hukukunun fiziksel çevrimdışı alana yargı yetkisi kavramı aracılığıyla ne kadar uygulandığı ön sorusu açıklığa kavuşturulmalıdır.

Uluslararası insan hakları hukukunda yargı yetkisi, genel uluslararası hukuktan tamamen farklı bir anlama sahiptir. Uluslararası insan hakları anlaşmalarının uygulanabilirliği için temel kriter, Devlet ile bireyin insan hakları arasındaki bağıdır. Bu bağın tespiti için Devletin belirli bir birey, toprak veya durum üzerinde uyguladığı fiili kontrol, güç veya otorite esas alınmaktadır.⁸⁰ Devletlerin uluslararası hukuka uygun olarak düzenleme yapma yetkisi olarak tanımlanan genel uluslararası hukuktaki yargı yetkisinin aksine, uluslararası insan hakları hukukundaki yargı yetkisi olgusal bir duruma dayandırılabilir. İstisnai

⁷⁷ Budapeşte Siber Suçlar Sözleşmesi (yürürlüğe girme 1 Temmuz 2004) ETS 185, madde 15(1).

⁷⁸ BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi, *İnternette İnsan Haklarının Geliştirilmesi, Korunması ve Kullanılması* (New York: UN, 2016), 1.

⁷⁹ Avrupa Konseyi, *Tavsiye Kararı Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere İnternet Kullanıcıları için İnsan Hakları Rehberi* (Strazburg: İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü, 2014), 5.

⁸⁰ Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law Principles and Policy* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 39.

durumlarda yargı yetkisi, Devlet yetkililerinin kendi toprakları dışında gerçekleştirdikleri eylemleri kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır.⁸¹ Aynı zamanda yargı yetkisi, Devlet yetkililerinin etki doğuran eylem ya da ihmallerini kapsayacak şekilde, ülke dışı olabilecek biçimde de yorumlanabilir.⁸² Bununla birlikte temel kural olarak, uluslararası insan hakları andlaşmaları taraf Devletin ulusal topraklarında uyguladığı, esas olarak ülkesel bir yargı yetkisi kavramını benimserler.⁸³

Uluslararası insan hakları hukukundaki ülke dışı ve ülkesel iki tür yargı yetkisi, siber bağlamda Devlet açısından iki farklı yükümlülüğe yol açmaktadır. Birinci yükümlülük, bölgeyi etkin bir şekilde kontrol eden devlet açısından doğmaktadır. İkinci yükümlülük ise ülkesel devlet açısından önem arz etmektedir.

A. Sınır Ötesi Devletin Yargı Yetkisi

Uluslararası insan hakları hukuku kapsamında ülke dışı yargı yetkisinin, kişiler üzerindeki etkililiğine dayanan kişisel model kavramı için iki alternatif ön koşul bulunmaktadır.⁸⁴ Ön koşullar doğrultusunda, Devletin siber faaliyetlerinin kişisel modele yol açıp açmayacağı ve eğer yol açıyorsa, yurt dışındaki kişi üzerinde gerekli etkililik düzeyinin ne olduğu belirlenmelidir. Mevcut amaçlar doğrultusunda, yabancı topraklar üzerindeki fiziksel kontrolün Devletin ülke dışı yargı yetkisini gerektirdiğini belirtmek yeterlidir. Uluslararası Adalet Divanı

⁸¹ İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları, Danışma Görüşü [2004] ICJ Rep 179 § 109.

⁸² AİHM, Mansur Pad ve Diğerleri v Türkiye, Başvuru No 60167/00, Kabul Edilebilirlik, 28 Haziran 2007, § 55.

⁸³ AİHM, Al-Skeini ve Diğerleri v Birleşik Krallık, Başvuru No 55721/07, 7 Temmuz 2011, § 131; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, Mohamed Abdullah Saleh Al-Asad v Cibuti Cumhuriyeti, Dava No 383/10, 12 Mayıs 2014, § 134.

⁸⁴ AİHM, Öcalan v Türkiye [BD], Başvuru No 46221/99, 12 Mayıs 2005, § 91; BM İnsan Hakları Komitesi, Sergio Euben Lopez Burgos v Uruguay, Dosya No R.12/52, 29 Temmuz 1981 tarihli görüşler, UN Doc A/36/40, § 182-83.

(UAD)⁸⁵ ile evrensel⁸⁶ ve bölgesel⁸⁷ insan hakları andlaşma izleme organları tarafından, Devletin kendi toprakları dışında, üzerinde etkin kontrol uyguladığı bir alanda insan hakları yükümlülüklerine tam olarak saygı göstermesi ve bunları koruması gerektiği yaygın olarak kabul edilmektedir. Bu durum, işgal edilmiş veya kiralanmış topraklar için de geçerlidir.⁸⁸ Etkin kontrol, 1907 Lahey Sözleşmeleri⁸⁹ anlamında savaş içinde işgalin temel şartı olan fiili otorite ile eş anlamlı olarak kabul edilmektedir.⁹⁰ Mekânsal model kapsamında Devletin ülke dışı yargı yetkisi tesis edildiğinde, izleme organlarının da teyit ettiği üzere, Devletin uluslararası insan hakları hukuku kapsamındaki teamül ve andlaşma yükümlülükleri siber bağlamda da geçerli olacaktır.⁹¹ Siber alanın sadece bir Devlet tarafından değil, dışarıdan bir Devletin kontrolü olmaksızın, yani davranışları bir Devlete atfedilmeksizin fiili otoriteler tarafından etkin bir şekilde kontrol edilebileceği de eklenebilir. Uluslararası insan hakları hukuku ile bağlı oldukları sürece, *de facto* yetkililer de siber alanda insan haklarına saygı göstermekle yükümlüdürler.⁹²

⁸⁵ Kongo Topraklarında Silahlı Faaliyetler, Kongo Demokratik Cumhuriyeti v Uganda, Karar, [2005] ICJ Rep 306, § 178.

⁸⁶ BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, *Çatışmaların Önlenmesi, Çatışma ve Çatışma Sonrası Durumlarda Kadınlara İlişkin 30 No'lu Genel Tavsiye Kararı* (Cenevre: UN, 2013), 9.

⁸⁷ AİHM, *Loizidou v Türkiye*, Başvuru No 15318/09, Esas, 18 Aralık 1996, § 52; AİHM, *Kıbrıs v Türkiye*, Başvuru No 25781/94, 10 Mayıs 2001, § 77.

⁸⁸ BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin 2. Maddesi Kapsamında Taraf Devletlerin Temel Yükümlülüklerine İlişkin 28 No'lu Genel Tavsiye Kararı* (Cenevre: UN, 2010), 39.

⁸⁹ Kara Harbinin Kanunları ve Adetleri hakkında (IV) sayılı Sözleşme ve Sözleşmeye Ek Kara Harbinin Kanunları ve Adetlerine İlişkin Düzenlemeler, Martens New Compendium (ser 3) 461 (yürürlüğe girme 26 Ocak 1910), madde 42.

⁹⁰ Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, 42.

⁹¹ BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi, *Geçici Olarak İşgal Edilen Kırım Özerk Cumhuriyeti ve Sivastopol Şehrinde Ukrayna İnsan Hakları Durumu* (New York: UN, 2017), 157.

⁹² Murray, *Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups*, 120.

B. Ülkesel Devletin Yargı Yetkisi

Bir dış devletin uluslararası insan hakları hukuku kapsamındaki alanda ülke dışı yargı yetkisine sahip olmasının ötesinde, insan hakları andlaşma organları, ülkesel Devletin etkin kontrolünü kaybettiği toprak parçası üzerinde de yargı yetkisine sahip olmaya devam ettiğini açıklığa kavuşturmuştur. Ülke dışı yargı yetkisi toprak veya kişiler üzerindeki etkinliğe dayanırken, ülkesel Devletin toprakları üzerindeki kontrolünün yokluğunda yargı yetkisi egemenliğe dayanmaktadır. Bu durum, herhangi bir andlaşmanın taraf Devletin ülkesinin tamamına uygulanmasına ilişkin genel uluslararası hukuk karinesi ile açıklanabilir.⁹³

AİHM, Gürcistan merkezi makamlarının bölgesel bir idare tarafından verilen beraat kararını uygulamakta zorlanmasına ilişkin *Assanidze* davasında, yetki karinesini ya da başka bir deyişle Devletin tüm toprakları üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu karinesini ortaya koymuştur.⁹⁴ AİHM yetki karinesinin çürütülebilir bir karine olup olmadığını belirtmemekle birlikte, bir bölgenin ayrılıkçı istekleri veya başka bir Devletin orada etkili bir genel kontrol uygulaması gibi, Devletin topraklarının bir kısmı üzerinde etkili kontrolünü dışlayan nesnel koşullara atıfta bulunmuştur.⁹⁵ Mahkeme, *İlasçu* kararında yargı yetkisi karinesini daha da detaylandırmıştır.⁹⁶ Dava, Moldova Cumhuriyeti sınırları içerisinde yer alan Transdinyester'in tanınmayan *de facto* yetkilileri tarafından işlendiği iddia edilen insan hakları ihlalleri konusunda Moldova'nın yargı yetkisi sorunuyla ilgilidir. Mahkeme, başka bir devletin askeri işgali, savaş, isyan eylemleri veya yabancı bir devletin ilgili Devletin topraklarında ayrılıkçı bir Devlet kurulmasını destekleyen eylemleri sonucunda bir Devletin topraklarının bir kısmında yetkisini kullanmasının engellendiği istisnai durumlarda, ülkesel Devletin yargı yetkisi

⁹³ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (yürürlüğe girme 27 Ocak 1980) 1155 UNTS 331, madde 29; Michal Gondek, "Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?," *Netherlands International Law Review* 52, no. 3 (2005): 349.

⁹⁴ AİHM, *Assanidze v Gürcistan*, Başvuru No 71503/01, 8 Nisan 2004, § 139.

⁹⁵ *Assanidze v Gürcistan*, § 140.

⁹⁶ AİHM, *İlasçu ve Diğerleri v Moldova ve Rusya*, Başvuru No 48787/99, 8 Temmuz 2004.

karinesinin sınırlandırılabilmesine karar vermiştir.⁹⁷ Aynı koşullar, ülkesel Devletin fiziksel katmanlar üzerindeki kontrolünü kaybettiği ölçüde siber alanda otoritesini kullanmasını da engellemektedirler. AİHM, yargı yetkisi karinesinin çürütülebileceğini kabul etmemiştir ancak istisnai bir durumda yargı yetkisi karinesi sınırlı olabilecektir.⁹⁸

Taraf devletlerin AİHS'nin 1. maddesi uyarınca üstlendikleri pozitif yükümlülükler, Devletin yetkisinin kullanımının topraklarının bir bölümünde sınırlı olduğu durumlarda bile devam etmektedir. Dolayısıyla, Devletin yetkisi dahilinde olan tüm uygun önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bir taraf Devletin, ayrılıkçı bir rejim kurulduğunda olduğu gibi kısıtlayıcı bir fiili durum nedeniyle topraklarının tamamı üzerinde yetkisini kullanmasının engellenmesi halinde, bu duruma başka bir Devlet tarafından askeri işgal eşlik etsin ya da etmesin, Devlet yargı yetkisini kullanmaya devam edecektir. Ayrıca Devletin topraklarının geçici olarak isyancı güçler veya başka bir Devlet tarafından sürdürülen yerel bir otoriteye tabi olan kısmı üzerinde AİHS'nin 1. maddesi anlamında Devletin yargı yetkisine sahip olmaktan vazgeçmeyeceği açıktır.⁹⁹ Başka bir deyişle, ülkesel Devlet uluslararası insan hakları hukuku kapsamında artık yargı yetkisine sahip olmaya devam ettiğinden, yargı yetkisi karinesi çürütülemez.

AİHM, ülkesel Devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) kendi etkin kontrolleri dışındaki alana uygulanmasını hariç tutma niyetiyle yaptıkları tek taraflı beyanlarının, AİHS'in ülkesel uygulamasını kısıtlama etkisine sahip olamayacağına karar vermiştir.¹⁰⁰ Bazı ülkesel Devletler, 60'tan fazla taraf devleti bağlayan çok taraflı bir andlaşma olan Budapeşte Siber Suç Sözleşmesi'ni imzalarken benzer beyanlarda bulunmuşlardır. Azerbaycan, Moldova Cumhuriyeti ve Ukrayna, Budapeşte Siber Suç Sözleşmesi'ni kendi etkin

⁹⁷ İlaşcu ve Diğerleri v Moldova ve Rusya, § 312.

⁹⁸ İlaşcu ve Diğerleri v Moldova ve Rusya, § 313.

⁹⁹ İlaşcu ve Diğerleri v Moldova ve Rusya, § 333.

¹⁰⁰ AİHM, Sarkisyan v Azerbaycan, Başvuru No 40167/06, Kabul Edilebilirlik, 14 Aralık 2011, § 65.

kontrolleri dışındaki alanlarda uygulayamayacaklarını beyan etmişlerdir.¹⁰¹ Tüm anakent toprakları için geçerli olan ve uygulanabilirliğinin yalnızca bağlı bölgelere genişletilmesine izin veren AİHS'nin aksine,¹⁰² Budapeşte Siber Suç Sözleşmesi'nin 38. maddesi, taraf devletlerin Sözleşme'nin uygulanacağı bölge ya da bölgeleri belirlemelerine ve böylece belirli alanları Sözleşme'nin bölgesel kapsamı dışında bırakmalarına izin vermektedir. Ancak Budapeşte Siber Suç Sözleşmesi, taraf Devletlerin insan hakları andlaşmaları da dahil olmak üzere, yürürlükteki çok taraflı veya ikili andlaşmalarını tamamlayıcı niteliktedir ve bunları etkilemez.¹⁰³ Bu nedenle, Budapeşte Siber Suç Sözleşmesi'nin Devletin etkin kontrolü dışındaki alanlara uygulanmaması, ülkesel Devletin insan hakları yükümlülüklerini veya uluslararası insan hakları hukuku kapsamındaki yargı yetkisinin kapsamını etkilemez.

AİHM, ülkesel Devletin yargı yetkisini teyit etmenin ötesinde, ülkesel Devletin etkin kontrolü dışındaki alanda bulunan bireylere ilişkin ne tür pozitif yükümlülükleri olduğunu da açıklığa kavuşturmuştur. Ülkesel Devletin, etkin kontrolü dışındaki bir bölgede bireylerin AİHS kapsamındaki haklarını güvence altına almak için uygun ve yeterli önlemleri alması gerektiğine karar vermiştir.¹⁰⁴ Mahkeme şu noktaları vurgulamıştır:

Devletin AİHS 1. madde uyarınca verdiği taahhüdün, Mahkeme tarafından yalnızca taraf Devletin kendi topraklarındaki kişilere karşı pozitif yükümlülüklerin varlığı ışığında değerlendirilmesi yaklaşımı yargı yetkisinin kapsamını daraltmaktadır. Söz konusu Devlet, yabancı Devletler ve uluslararası örgütler karşısında sahip olduğu tüm yasal ve diplomatik araçlarla, Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını güvence altına almaya devam etmek için çaba göstermelidir.¹⁰⁵

¹⁰¹ Azerbaycan, Moldova Cumhuriyeti ve Ukrayna'nın Budapeşte Sözleşmesi'ne ilişkin Deklarasyonu: Antlaşma No 185 (Siber Suçlar Sözleşmesi) için Çekinceler ve Beyanlar, 29 Haziran 2018 tarihi itibarıyla durum.

¹⁰² AİHS, madde 56.

¹⁰³ Budapeşte Siber Suç Sözleşmesi, madde 15 ve 39.

¹⁰⁴ İlaşcu ve Diğerleri v Moldova ve Rusya, § 334.

¹⁰⁵ İlaşcu ve Diğerleri v Moldova ve Rusya, § 333.

Devletin etkin kontrolünün bulunmadığı bölgedeki fiili makamlar tarafından işlenen insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda, AİHM, ülkesel Devletin belirli koşullarda asgari bir eşiğe uyup uymadığını, asgari bir çabanın ne ölçüde mümkün olduğunu ve bu çabanın gösterilmesinin gerekip gerekmediğini doğrulayacaktır.¹⁰⁶ Ülkesel Devletin pozitif yükümlülükleri, hem yargı yetkisinin bir ifadesi olarak toprakları üzerindeki kontrolünü yeniden tesis etmek için gereken tedbirlerle hem de başvuranların haklarına saygı gösterilmesini sağlayacak tedbirlerle ilgilidir.¹⁰⁷ Toprak üzerinde kontrolü yeniden tesis etme yükümlülüğü, Devletin ilk olarak ayrılıkçı rejimi desteklemekten kaçınmasını ve ikinci olarak da söz konusu toprak üzerinde kontrolü yeniden tesis etmek için elindeki tüm siyasi, hukuki ve diğer tedbirleri alarak hareket etmesini gerektirmektedir.¹⁰⁸

Ülkesel Devletin bireylerin haklarına saygı gösterilmesini sağlamaya yönelik pozitif yükümlülüğünün diğer yönü, başvuranlara Sözleşme’de güvence altına alınan haklarını sağlamak için uluslararası hukuka uygun olarak alabileceği diplomatik, ekonomik, adli veya diğer tedbirleri içermektedir.¹⁰⁹ Bu tedbirlerin kullanılabilirliği bağlama göre değişkendir ve izleme organları tedbirlerin kullanımını vaka bazında inceleyecektir.

AİHM’nin *Ilaşcu* kararında, altı muhalif yargıç, Devletin Transdinyester’deki insan hakları ihlalleri üzerinde doğrudan ya da dolaylı yetkisi olduğuna ya da bu ihlallerin işlenmesine göz yumduğuna dair hiçbir kanıt bulunmadığına hükmederek, Moldova’nın yargı yetkisine karşı çıkmışlardır.¹¹⁰ Benzer şekilde, bazı akademisyenler kararın Moldova ile ilgili olarak çok katı

¹⁰⁶ *Ilaşcu ve Diğerleri v Moldova ve Rusya*, § 334.

¹⁰⁷ AİHM, *Mozer v Moldova Cumhuriyeti ve Rusya* [BD], Başvuru No 11138/10, 23 Şubat 2016, § 151.

¹⁰⁸ AİHM, *Catan v Moldova ve Rusya*, Başvuru No 43370/04, 8252/05, 18454/06, 19 Ekim 2012, § 145.

¹⁰⁹ *Ilaşcu ve Diğerleri v Moldova ve Rusya*, § 331.

¹¹⁰ *Ilaşcu ve Diğerleri v Moldova ve Rusya*, Yargıç Sir Nicolas Bratza’nın Yargıç Rozakis, Yargıç Hedigan, Yargıç Thomassen ve Yargıç Pantiru’nun katıldığı kısmen muhalefet şerhi, § 26. Yargıç Loucaides’in kısmen muhalefet şerhi.

olduğunu düşünmektedirler.¹¹¹ Bununla birlikte, sonraki içtihat hukuku Moldova'nın sorumluluğuna ilişkin kararlarda oybirliği veya ezici bir çoğunluk olduğunu göstermektedir.¹¹²

Moldova hükümeti tarafından alınan tedbirlerin genel olarak Transdinyester'deki bireylerin üzerinde, özel olarak da başvuranların yaşamları üzerinde gerçek etkiler yarattığı birçok somut örneğe kararda atıfta bulunulduğu göz önüne alındığında, AIHM'nin eşiği çok yüksek tutmadığı görülmektedir.¹¹³ Mahkeme'nin ülkesel Devlet tarafından alınan tedbirlerin pozitif yükümlülüklerin kapsamına uyduğunu kabul ettiği örnekleri vurgulamak gerekirse; protesto, müzakere gibi diplomatik eylemler, yasadışı durumun tanınmaması,¹¹⁴ hükümet kontrolündeki bölgede yürütülen soruşturma veya adli tedbirler,¹¹⁵ bölgedeki bireyler için belirli sosyo-ekonomik faydaların sağlanması, hukuka aykırı fiillerin ele alınmasında diğer Devletler ya da uluslararası örgütlerle işbirliği yapılması belirtilebilir.¹¹⁶

Ülkesel Devletin pozitif yükümlülükleri, egemen Devletin gerekli özeni gösterme standardından kaynaklanmaktadır.¹¹⁷ Gerekli özen gösterildiği takdirde hiçbir Devlet kendi topraklarını, bir başka ülkenin topraklarında ya da bir başka ülkenin topraklarındaki mallarda ya da kişilerde zarara yol açacak şekilde kullanma ya da kullanılmasına izin verme hakkına sahip değildir.¹¹⁸ Sonuç olarak, topraklarında veya sularında uluslararası hukuka aykırı bir fiil meydana gelen

¹¹¹ "EJIL: Talk!, Ukraine v. Russian Federation in Light of Ilasçu: Two Short Points," *Blog of the European Journal of International Law*, erişim tarihi, Eylül 23, 2023, <https://www.ejiltalk.org/ukraine-v-russian-federation-in-light-of-ilasçu-two-short-points>.

¹¹² Catan v Moldova ve Rusya, § 3.

¹¹³ Ilasçu ve Diğerleri v Moldova ve Rusya, § 335. Kararda atıf yapılan örnekler, Transdinyester halkının günlük yaşamlarının iyileştirilmesi ve başvuranların ailelerine doktor ile mali destek gönderilmesidir.

¹¹⁴ AIHM, Ivantoc ve Diğerleri v Moldova ve Rusya, Başvuru No 23687/05, 15 Kasım 2011, § 109.

¹¹⁵ AIHM, Paduret v Moldova Cumhuriyeti ve Rusya, Başvuru No 26626/11, 9 Mayıs 2017, § 33.

¹¹⁶ AIHM Vardanean v Moldova Cumhuriyeti ve Rusya, Başvuru No 22200/10, 30 Mayıs 2017, § 42.

¹¹⁷ Palmas Adası Davası (Amerika Birleşik Devletleri v Hollanda) (1928) Uluslararası Hakem Kararları Raporları (RIAA), Cilt II, 839.

¹¹⁸ Trail Smelter Davası (ABD, Kanada) (1938, 1941) III UNRIAA 1965.

Devletten bir açıklama yapması istenebilir. Devlet kendi topraklarında işlenen ve başka bir Devlete zarar veren hukuka aykırı bir fiili biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, ilk Devlet bunu önlemek için tedbir almakla yükümlüdür. Devam eden veya sona ermiş bir ihlal durumunda ise Devlet bu ihlale karşılık vermekle yükümlüdür.¹¹⁹ Bir teamül normu¹²⁰ veya genel hukuk ilkesi¹²¹ olarak da kabul edilen gerekli özen yükümlülüğü, uluslararası insan hakları hukukunda sadece diğer Devletleri değil, bireyleri de üçüncü tarafların ihlallerine karşı koruma yükümlülüğü olarak genişletilmiştir.¹²²

Özen yükümlülüğü genel bir uluslararası hukuk ölçütüdür. Özen yükümlülüğü uluslararası insan hakları hukukunda, Devletin ülkesindeki insan hakları ihlallerini önlemeye ve bu ihlallere müdahale etmeye yönelik somut pozitif yükümlülükler yoluyla açılmaktadır. Dolayısıyla, gerekli özeni gösterme ölçütü ile uluslararası insan hakları hukukundaki pozitif yükümlülükler arasındaki ilişki genel ve özel bir ilişkidir. Bu ölçüt, kendi özel durumunun değerlendirilmesinde esneklik sağladığından, özellikle ülkesel kontrolünü kaybetmiş bir Devlet için geçerlidir. Devlet, gerekli özeni göstermediği için yalnızca iki koşul altında sorumluluk altına girmektedir. Bu koşullar; Devletin insan hakları ihlalini önleme veya bastırma araçlarına sahip olup olmaması ve Devletin ihlal riskini bilmesi ya da bilmesi gerekmesi olarak sıralanabilirler.¹²³

Devletin insan hakları ihlalini önleme veya bastırma araçlarına sahip olup olmaması koşulunu değerlendirmek gerekirse, özel aktörlerin eylemlerini etkileme kapasitesi¹²⁴ olarak da bilinen ilk koşul, Devletin insan haklarını korumak için yasal, idari, diplomatik ve diğer tedbirleri alma gücündeki fiili araçları değerlendirmektedir. Bu koşul, esas olarak egemenliğe dayanmakla birlikte

¹¹⁹ Korfu Kanalı Davası (Birleşik Krallık v Arnavutluk) (Esas) [1949] ICJ Rep 4, § 18.

¹²⁰ Uruguay Nehri Üzerindeki Selüloz Fabrikaları (Arjantin v Uruguay) (Esas) [2010] ICJ Rep 14, § 101.

¹²¹ Korfu Kanalı Davası, § 22.

¹²² Velásquez Rodríguez v Honduras Davası (Esas) (1988) Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Karar 29 Temmuz 1988, (Ser C) No 4, § 172.

¹²³ BM Soykırım Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Dava (Bosna Hersek v Sırbistan ve Karadağ) (Esas) [2007] ICJ Rep 43, § 430.

¹²⁴ Soykırım Davası, § 430.

ülkesel Devletin yargı yetkisinin, Devletin yükümlülüklerinin kapsamını belirlediği ölçüde etkinliğe bağlı olduğu anlamına gelir. Buna göre, Devletin belirli bir durumda etkili gücü dahilinde makul olarak atabileceği tüm adımları atması gerekmektedir. İkinci koşul olan Devletin ihlal riskini bilmesi ya da bilmesi gerekmesi göre, Devlet ancak insan hakları ihlali fiilen gerçekleşmişse ve Devlet ihlal riskinden haberdarsa veya normalde haberdar olması gerekiyorsa sorumludur.¹²⁵ Devletin etkin kontrolü dışındaki alanlarla ilgili olarak, AİHM'nin içtihadında olduğu gibi, ülkesel Devletin gerekli özeni gösterip göstermediğini belirlemek için gerçek bilgi ve mevcut araçlar değerlendirilmelidir.

Ayrımcılık bölgelerde AİHM tarafından belirlenen eşitlik çok zorlayıcı olduğu ve yalnızca en yüksek standartlardan birini benimseyen bölgesel bir andlaşma olan AİHS'ne taraf devletleri bağladığı ileri sürülebilir. Ancak, BM Şartı temelli insan hakları organları¹²⁶ ve evrensel andlaşma izleme organları¹²⁷ aynı standardı yinelemişlerdir ve ülkesel Devletlere ilişkin sonuç gözlemlerinde hükümet kontrolü dışındaki bölgelerdeki bireylere ilişkin çeşitli pozitif yükümlülükler değinmişlerdir.¹²⁸ AİHM bu içtihadı ile AİHS'nin etkin bir şekilde uygulanmasıyla Avrupa hukuk alanının kapsammasını amaçlarken, gerekçe olarak bölgesel düzeydeki boşlukların giderilmesi gerekliliğine dayanmaktadır.¹²⁹ BM andlaşma izleme organları da aynı uygulamayla insan haklarının evrenselliğini sağlamaya çalışmaktadır. Uluslararası insan hakları hukukunda ülkesel Devletin yargı yetkisine ilişkin tartışılmaz karene, insan hakları andlaşmalarının amacı ve hedefiyle uyumlu değildir. Ülkesel Devletin yargı yetkisi bölgesel düzeydeki boşlukların giderilmesi, evrensel düzeyde evrensellik sağlanması amaçlarıyla ve aynı zamanda ülkesel Devletin koruma sorumluluğu kavramıyla birlikte ele alınmalıdır. Yerleşik bir teamül normundan bahsetmek için

¹²⁵ Korfu Kanalı Davası, § 22.

¹²⁶ İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezalar Özel Raportörü, *Moldova Cumhuriyeti Misyonu* (New York: UN, 2009), 6.

¹²⁷ BM İnsan Hakları Komitesi, *Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin Yaşam Hakkına İlişkin 6. Maddesi Hakkında 36 No'lu Genel Yorum* (Cenevre: UN, 2018), 63.

¹²⁸ BM İnsan Hakları Komitesi, *Sonuç Gözlemleri: Moldova Cumhuriyeti* (Cenevre: UN, 2009), 5.

¹²⁹ AİHM, Demopoulos ve Diğerleri v Türkiye, Başvuru No 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, 2010, § 96.

belki çok erken olduğu görüşü savunulabilir ancak en azından uluslararası insan hakları andlaşmaları yukarıda belirtilen uygulamaya uygun olarak yorumlanmaktadır.

Devletin topraklarının diğer Devletlerin veya bireylerin haklarına aykırı eylemler için kullanılmasına izin vermeme yükümlülüğü, siber faaliyetler de dahil olmak üzere topraklarında gerçekleştirilen her faaliyette Devleti bağlamaktadır.¹³⁰ Tallinn Kılavuzu uluslararası insan hakları hukukunda ülke dışı yargı yetkisini tartışırken,¹³¹ Devletin tüm ulusal toprakları üzerinde yargı yetkisine sahip olduğu varsayımını ortaya koymamaktadır. Tallinn Kılavuzu koruma yükümlülüğünü kavramsallaştırarak,¹³² siber operasyonlara uygulanabilir uluslararası hukukun genel ve özel rejimleri arasında sistemik bir entegrasyon kuracak olan uluslararası insan hakları hukukundaki gerekli özeni gösterme standardını entegre etmemektedir. Bu eksikliklerin nedeni, Tallinn Kılavuzu'nun geleneksel uluslararası insan hakları hukukundan ziyade teamül hukukuna odaklanmasından kaynaklanmaktadır.¹³³ Bununla birlikte, çeşitli BM insan hakları andlaşmalarının neredeyse evrensel olarak onaylandığı ve bölgesel insan hakları andlaşmalarının geniş çapta onaylandığı göz önüne alındığında, yakınsak andlaşma uygulamaları dikkate alınmalıdır. Bir sonraki bölümde açıklandığı üzere, gerekli özenin gösterilmesi ve bunun uluslararası insan hakları hukukunda yol açtığı belirli pozitif yükümlülükler, yani ülkesel Devletin etkin kontrolü dışındaki alanda işlenen insan hakları ihlalleri üzerindeki yargı yetkisi, siber alanda da aynı şekilde geçerli olacaktır.

IV. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN SİBER ALANDA ÜLKESEL DEVLET TARAFINDAN UYGULANMASI

Bazı Devletler, uluslararası hukukun yeni bir özel dalını yeniden icat etmeye gerek kalmadan, mevcut uluslararası hukuk normlarını siber alana

¹³⁰ Les Cahiers de la Revue Défense Nationale, *Cyber-Attacks Prevention-Reactions: The Role of States and Private Actors*, (Paris: Committee for National Defence Studies, 2017), 18.

¹³¹ Schmitt, *Siber Saldırılarına Uygulanabilir Uluslararası Hukuk Üzerine Tallinn Kılavuzu 2.0*, 184.

¹³² Schmitt, *Siber Saldırılarına Uygulanabilir Uluslararası Hukuk Üzerine Tallinn Kılavuzu 2.0*, 197.

¹³³ Schmitt, *Siber Saldırılarına Uygulanabilir Uluslararası Hukuk Üzerine Tallinn Kılavuzu 2.0*, 179.

uygulamaya hazır olduklarını beyan etmişlerdir.¹³⁴ Bu durum, uluslararası insan hakları hukukunun mevcut normatif sistemiyle siber alan gibi yeni olgulara uyarlanabilir olduğunu göstermektedir.¹³⁵ Üçüncü tarafların ihlallerine karşı sağladıkları yatay koruma nedeniyle, uluslararası insan hakları hukukundaki özen yükümlülüğü standardı ve ülkesel Devletin buna karşılık gelen pozitif yükümlülükleri çevrimiçi bağlama uyarlanabilir. İnsan hakları izleme organlarına göre Devlet genel uluslararası hukuk anlamında yargı yetkisi doğrultusunda, kendi topraklarındaki telekomünikasyon veya internet hizmet sağlayıcıları üzerindeki düzenleyici yetkisini kullanır ise uluslararası insan hakları yükümlülükleriyle bağlı olacaktır.¹³⁶

Uluslararası insan hakları hukukunun ülkesel Devletin yargı yetkisine ilişkin içtihadı siber alana uygulandığında, ülkesel Devletin yargı yetkisine ilişkin karinenin ve pozitif yükümlülüklerinin, fiziksel altyapı üzerinde etkili bir kontrol olmasa bile, çevrimiçi bağlamda tam olarak geçerli olduğu görülmektedir. AİHM, ülkesel Devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini incelemek için iki aşamalı bir yaklaşım uygulamaktadır. AİHM'ne göre pozitif yükümlülükler, hem yargı yetkisinin bir ifadesi olarak ülkesi üzerindeki kontrolünü yeniden tesis etmek için Devletin alması gereken tedbirlerle, hem de bireysel başvuruların haklarına saygı gösterilmesini sağlayacak tedbirlerle ilgilidir.¹³⁷ Bu pozitif yükümlülüklerin siber alanda nasıl uygulandığını incelemeye önce, makale, AİHM pozitif yükümlülüklerine odaklanmasına rağmen, ülkesel Devletin siber alanda uluslararası insan hakları hukuku kapsamında negatif yükümlülüklerle de eşit derecede bağlı olduğunu açıklayacaktır. Bu bölümde açıklığa kavuşturulacağı üzere, evrensel insan hakları izleme organları da ülkesel Devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerini paylaşmaktadır. Ancak

¹³⁴ Asya-Afrika Hukuk Danışma Teşkilatı, *Siber Alanda Uluslararası Hukuk* (Yeni Delhi: AALCO, 2016), 12.

¹³⁵ Kubo Macak, "From Cyber Norms to Cyber Rules: Re-Engaging States as Law-Makers," *Leiden Journal of International Law* 30, no. 4 (2017): 886.

¹³⁶ BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi, *Dijital Çağda Mahremiyet Hakkı* (New York: UN, 2014), 34.

¹³⁷ *Catan v Moldova ve Rusya*, § 145.

evrensel insan hakları izleme organları, Devletin topraklarının bir kısmı üzerinde etkin kontrolü olmadığına geçerli normların ne olacağını belirtmemişlerdir.

A. Negatif Yükümlülükler

AİHM'nin pozitif yükümlülüklerle yaptığı vurgu, ülkesel Devletin negatif yükümlülüklerle bağlı olmaya devam ettiği gerçeğini kesinlikle göz ardı etmemektedir. Bu tür yükümlülükler, Devletin ülkesel kontrolü dışındaki bir alanda insan haklarını ihlal etmeme yükümlülüğü olarak anlaşılmaktadır. Negatif yükümlülüklerin ülkesel Devlet açısından neler olabileceğini değerlendirmek gerekirse; örneğin, siber saldırılar yoluyla bireylerin yaşam hakkını ihlal etmeme görevi, çevrimiçi yollarla işkence ve insanlık dışı aşağılayıcı muamele yasağı,¹³⁸ ırkçı nefrete¹³⁹ veya terörizme teşvik de dahil olmak üzere ifade özgürlüğüne ilişkin yasaklar sayılabilirler.¹⁴⁰ Bu bağlamda, hükümet kontrolündeki alanlar ile hükümet kontrolünde olmayan alanlar arasında bir fark bulunmamaktadır. Negatif yükümlülükler her iki bağlamda da ülkesel Devleti bağlamaktadır.

Ülkesel Devletler ulusal güvenliklerini koruma gerekçesiyle sık sık internet üzerindeki iletişimi engelleme veya filtreleme yoluna başvurmaktadırlar. Bu tür tedbirler için ilk olası hukuki dayanak, olağanüstü hallerde belirli insan hakları andlaşmalarının izin verdiği derogasyondur. Derogasyonlar ile olağanüstü hallerde yükümlülükler askıya alınabilmektedir. Derogasyon kapsamında bir Devlet, ulusun yaşamını tehdit eden yeterince ciddi bir kriz anında, durumun zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçüde, bir veya daha fazla insan hakkının uygulanmasını, alınan önlemlerin Devletin uluslararası hukuk kapsamındaki diğer yükümlülükleriyle tutarsız olmaması koşuluyla, geçici olarak askıya alabilir.¹⁴¹ Ülkesel Devlet, ifade özgürlüğü gibi belirli insan hakları

¹³⁸ AİHM Gafgen v Almanya, Başvuru No 22978/05, 1 Haziran 2010, § 108.

¹³⁹ Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Genel Tavsiye Kararı No 35: Irkçı Nefret Söylemiyle Mücadele* (Cenevre: UN, 2013).

¹⁴⁰ BM Genel Kurulu, *Düşünce ve İfade Özgürlüğü Hakkının Geliştirilmesi ve Korunması Özel Raportörü Raporu* (New York: UN, 2011), 81.

¹⁴¹ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (yürürlüğe girme 18 Temmuz 1978) 1144 UNTS 143 (AAİHS), madde 27(1); AİHS madde 15(1); Arap İnsan Hakları Sözleşmesi (yürürlüğe girme 15 Mart 2008), (2005) 12 Uluslararası İnsan Hakları Raporları 893, madde 4(b).

bakımından derogasyon yapabilirken, derogasyon yapılamayan hakların uygulanmasını sınırlayamaz.¹⁴² Devlet etkin kontrol kaybindan etkilenen insan haklarının tamamını sınırlayamaz ve derogasyonlar Devlet tarafından düzenli olarak gözden geçirilmelidir.¹⁴³

Devletlerin internet erişimini engellemesine ve filtrelemesine yönelik ikinci hukuki dayanak noktası olarak, acil durumların ötesinde bile uluslararası insan hakları andlaşmaları yasayla öngörüldüğü takdirde ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, başkalarının haklarının korunması, suçun önlenmesi için gerekli olduğu ölçüde ifade özgürlüğünün yasal olarak kısıtlanmasına izin vermektedir.¹⁴⁴ İfade özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin geleneksel sınırlara saygı gösterilmesi koşuluyla, ulusun varlığının, toprak bütünlüğünün, siyasi bağımsızlığının kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidine karşı korunması, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında ulusal güvenlik gerekçesine başvurmayı haklı gösterebilir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin de belirttiği gibi:

İnternet servis sağlayıcıları veya arama motorları gibi iletişimi destekleyen sistemler de dahil olmak üzere, internet sitelerinin, blogların veya internet tabanlı, elektronik ya da benzeri diğer bilgi yayma sistemlerinin işletilmesine yönelik her türlü kısıtlamaya, ancak Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 19. maddesinin 3. paragrafıyla uyumlu olduğu ölçüde izin verilebilir.¹⁴⁵

İzin verilen kısıtlamalar genellikle içeriğe özgü olmalıdır. Belirli sitelerin ve sistemlerin işletilmesine yönelik genel yasaklar Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 19. maddesinin 3. paragraf ile uyumlu değildir. İnsan hakları andlaşma organları, ulusal makamların belirli bir iletişimi yalnızca ulusal güvenliğe veya korunan diğer menfaatlere

¹⁴² BM İnsan Hakları Komitesi, *Genel Yorum No 29: Olağanüstü Haller Madde 4* (Cenevre: UN, 2001), 8.

¹⁴³ AİHM, Brannigan ve McBride v Birleşik Krallık, Başvuru No 14553/89 ve 14554/89, 23 Mayıs 1993, § 54.

¹⁴⁴ AİHS madde 10(2); AAİHS madde 13(2)(b); herhangi bir açık sınırlama olmaksızın, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, madde 9.

¹⁴⁵ BM İnsan Hakları Komitesi, *Genel Yorum No 34: Madde 19 Düşünce ve İfade Özgürlüğü* (Cenevre: UN, 2011), 43.

yönelik algılanan tehdidin niteliği ve kapsamıyla orantılı olarak kısıtlamasına izin vermektedir.¹⁴⁶ Taraf Devletler, hukukilik ilkesi doğrultusunda kısıtlama hukuken öngörülmedikçe, kabul edilen meşru amaçlar doğrultusunda yapılmadıkça, gereklilik ve orantılılık testini karşılamadıkça, ifade özgürlüğüne müdahale etmeme konusunda negatif bir yükümlülüğe sahiptir. Aynı üç aşamalı test, uluslararası insancıl hukukun eş zamanlı olarak uygulandığı silahlı çatışma durumlarında da geçerlidir.¹⁴⁷

Ülke çapında filtreleme önlemleri gibi internet iletişiminin içeriğinin niteliksiz ve geniş tanımlı bir şekilde izlenmesi, ifade özgürlüğünün ve bilgiye erişim hakkının hukuka aykırı bir şekilde kısıtlanması olarak değerlendirilebilir.¹⁴⁸ Bununla birlikte, açıkça belirtilen yasadışı içeriğin *a posteriori* (yayınlandıktan sonra) engellenmesi veya filtrelenmesi, yukarıda belirtilen izin verilen kısıtlama koşulları yerine getirildiği takdirde, iddia edilen mağdurlardan veya üçüncü taraflardan ihbar alınmasa bile, başkalarının ve bir bütün olarak toplumun hak ve menfaatlerini korumak için yasal kabul edilebilir.¹⁴⁹

B. Toprak/Siber Alan Üzerinde Kontrolü Yeniden Sağlamaya Yönelik Tedbirler

Ülkesel Devletin kendi toprakları üzerinde kontrolü yeniden tesis etmek için elindeki tüm siyasi, hukuki ve diğer tedbirleri alması gerekmektedir. Bu tür tedbirler, hükümetin kontrolü altında olmayan bölgeler üzerindeki yargı yetkisinin sadece bir ifadesi olarak hizmet etmektedir.¹⁵⁰ Tedbirlerin etkisizliğine bakılmaksızın AİHM, ülkesel Devletin etkin kontrolünün olmadığı bölge üzerindeki otoritesini yeniden tesis etmek için yapabileceği çok az şey

¹⁴⁶ AİHM, Jankovskis v Litvanya, Başvuru No 21575/08, 17 Ocak 2017, § 61; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi, Ingabire Victoire Umuhoza v Ruanda Cumhuriyeti, Başvuru No 003/2014, Karar 24 Kasım 2017, § 161.

¹⁴⁷ Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, *İfade Özgürlüğü ve Çatışma Durumlarına Verilen Yanıtlara İlişkin Ortak Deklarasyon* (Helsinki: UN, 2015), 2.

¹⁴⁸ AİHM, Szabó ve Vissy v Macaristan, Başvuru No 37138/14, 12 Ocak 2016, § 62.

¹⁴⁹ AİHM, Delfi AS v Estonya [BD], Başvuru No 64569/09, 16 Haziran 2015, § 153.

¹⁵⁰ Ilaşcu ve Diğerleri v Moldova ve Rusya, § 339.

olabileceğini de kabul etmiştir.¹⁵¹ Bu tür tedbirler salt siyasi retorik ya da Devletin toprak kontrolünü yeniden tesis etme arzusunun ifadesi olarak değerlendirilebilir ve bu durum da yargı denetimine tabi tutulamaz.¹⁵² Devlet egemenliğinden ziyade bireyleri koruyan uluslararası insan hakları hukukundan böyle bir yükümlülük çıkarmak gerçekten zor olsa da, bu durum gerekli özeni gösterme standardının bir parçası olarak görülebilir. İkinci standart olan *diligens paterfamilias*, makul ve medeni bir hükümetin asgari olarak hukuka aykırı fiillere göz yummaktan kaçınmasını,¹⁵³ ulusal toprakları ve sakinleri için sorumluluğunu yeniden ortaya koymasını beklemektedir.

Beklenen tedbirler, Devletin etkin kontrolünün bulunmadığı bölge üzerinde uluslararası egemenlik iddiasında bulunan fiili makamların bazı liderlerine karşı cezai takibatlar, diplomatik müzakereler veya bölgede yaşayan insanların günlük yaşamlarını normalleştirmek amacıyla fiili makamlarla belirli iş birlikleri biçimlerinden oluşabilirler.¹⁵⁴ Toprak üzerinde kontrolü yeniden tesis etmeye yönelik tedbirler, siber alan üzerindeki kontrol ve internete erişimin genişletilmesi, insan haklarının ülkesel Devlet tarafından korunması olasılığını artırdığı ölçüde çevrimiçi bağlam için de geçerlidirler.¹⁵⁵ İnternet, Devletin etkin kontrolü dışındaki bölgelerde yaşayan vatandaşlar için eğitim hakkı, oy kullanma hakkı ve etkili başvuru hakkı gibi insan haklarının Devlet tarafından yerine getirilebileceği bir kanaldır. Bu nedenle, internet egemenliğini yeniden tesis etmeyi amaçlayan tedbirlerin AİHM'nin gerekliliklerini karşılaması muhtemeldir. Örneğin, Devletin bölgedeki siber alan üzerindeki egemenliğinin devam eden ihlaline karşı diplomatik protestolar, Budapeşte Siber Suç Sözleşmesi'ne ilişkin bir anlaşma bildirisinde kontrolünü yeniden tesis etme niyetinin ifade edilmesi, telekomünikasyon bağlantılarının yeniden tesis edilmesi için fiili makamlarla işbirliği yapılması veya hükümetin kontrolü altında olmayan bölgenin yakınında

¹⁵¹ İlaşcu ve Diğerleri v Moldova ve Rusya, § 341.

¹⁵² Marko Milanovic, Tatjana Papić, "The Applicability of the ECHR in Contested Territories," *International and Comparative Law Quarterly* 67, no. 4 (2018): 796.

¹⁵³ DRC v Uganda, [300] ve Yargıç Tomka'nın Beyanı, § 2.

¹⁵⁴ İlaşcu ve Diğerleri v Moldova ve Rusya, § 345.

¹⁵⁵ BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi, *İnternette İnsan Haklarının Geliştirilmesi, Korunması ve Kullanılması* (New York: UN, 2012), 5.

bir iletim kulesinin yenilenmesi¹⁵⁶ egemenlik/siber alan üzerindeki kontrolün yeniden tesis edilmesine yönelik tedbirler teşkil edebilirler.

Genel bir kural olarak, Devlet etkin kontrolünün olmadığı bölgede kontrolü yeniden tesis etmek için en uygun gördüğü tedbirleri seçme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak Devletin kendi toprakları üzerinde kontrolü yeniden sağlamak için internet/telekomünikasyonu uzun bir süre kısıtlaması ve aynı tedbirlerin bireylerin insan haklarını ihlal etmesi, dolayısıyla bireyleri üçüncü tarafların insan hakları ihlallerine karşı korumaya yönelik pozitif yükümlülüklerle aykırı olması durumu sorunludur. Örneğin, Irak'ta IŞİD'in internet üzerinden propaganda yapması ve teröristlere eleman kazandırmasına karşı yürütülen mücadele bağlamında, Irak hükümeti 2014 yılının Haziran ayında internet servis sağlayıcılarına IŞİD'in kontrolü altındaki beş vilayette interneti kapatma talimatı vermiştir.¹⁵⁷ Aslında, toprak/siber alan üzerinde kontrolü yeniden tesis etmeyi amaçlayan tedbirler, genel olarak uluslararası hukuk¹⁵⁸ ve özel olarak uluslararası insan hakları hukuku tarafından tanımlanan sınırlar dahilinde alınmalıdır. Makalede atıfta bulunulan üç aşamalı test, başta ifade özgürlüğü olmak üzere insan haklarının hukuka uygun bir şekilde kısıtlanıp kısıtlanmadığını belirlemektedir. Adil yargılanma güvencelerine uygun olarak ırk ayrımcılığını ve nefreti kışkırtmaya adanmış internet sitelerinin engellenmesi orantılı olabilirken,¹⁵⁹ ülkesel Devletin kontrolü dışındaki bir bölgede internetin tamamının kapatılması muhtemelen orantısız bir kısıtlama teşkil edecektir.¹⁶⁰

¹⁵⁶ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, *Ukrayna'da İnsan Hakları Durumuna İlişkin Rapor* (Cenevre: UN, 2017), 94.

¹⁵⁷ "Iraq Orders Internet Shutdown in Five Provinces," Silicon Technology Powering Business, erişim tarihi, Eylül 23, 2023, <https://www.silicon.co.uk/workspace/iraq-internet-147442>.

¹⁵⁸ İlaşcu ve Diğerleri v Moldova ve Rusya, § 331.

¹⁵⁹ Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, *Sonuç Gözlemleri: Almanya* (Cenevre: UN, 2015), 9.

¹⁶⁰ BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi, *Düşünce ve İfade Özgürlüğü Hakkının Geliştirilmesi ve Korunması Özel Raportörü Raporu*, (New York: UN, 2017), 8.

C. Bireylerin Haklarına Saygı Gösterilmesini Sağlamaya Yönelik Önlemler

Siber alanın büyük ölçüde internet iletişim özgürlüğünü, bilginin serbest akışını, düşünce ve ifade özgürlüğü hakkına saygıyı içerdiği düşünülse de,¹⁶¹ Devlet açısından esas olarak negatif yükümlülükler gerektirmekle birlikte, bireyleri üçüncü tarafların insan hakları ihlallerine karşı korumaya yönelik pozitif yükümlülükleri dışlamamaktadır. Son yıllarda, insan hakları andlaşma izleme organları Devletlerin siber alanda sahip olduğu çeşitli pozitif yükümlülükleri açıklığa kavuşturmuştur.¹⁶²

Devletin etkin kontrolü dışındaki alanlarda bireylerin haklarını korumak amacıyla alınan özel tedbirler, Devletin hem gerekli tedbirleri alma gücüne sahip olduğunu göstermektedir, hem de uluslararası hukuka uygun olan diplomatik, ekonomik, adli veya diğer tedbirleri alma yönündeki Devletin pozitif yükümlülüklerini içermektedir.¹⁶³ Gereklî özeni gösterme ölçütünün bir yansıması olarak, öngörülen tedbirler bağlama bağlıdır ve ülkesel Devletin etkin kontrolü dışındaki bir alanda insan haklarını koruma konusundaki sınırlı kabiliyetiyle orantılı olarak makul olmalıdır.¹⁶⁴ Çevrimiçi insan hakları karşısında hak ihlalleri ile ilgili en uygun tedbirler, çözüm yollarının sağlanması ve önleyici tedbirlerdir. Bir sonraki bölüm bu iki tedbiri inceleyecektir.

D. Çözüm Yollarının Sağlanması

Ülkesel Devlet, etkin kontrolünün bulunmadığı bölgede bulunan ihlal unsurlarından mağdur, fail veya bilgi ve iletişim teknolojisi altyapısına fiziksel erişime sahip olmadığından, adli ve soruşturma yetkileri hükümetin kontrolü altındaki alanla sınırlıdır. Çözüm sağlama yükümlülüğü, mağdurun Devlet yetkililerini durumunun ayrıntıları hakkında bilgilendirmesini ve alınan çeşitli hukuki ya da diplomatik önlemlerden haberdar edilmesini sağlamaktan ibaret

¹⁶¹ AİHM, KU v Finlandiya, Başvuru No 2872/02, 2 Aralık 2008, § 49.

¹⁶² AİHM, Féret v Belçika, Başvuru No 15615/07, 16 Temmuz 2009, § 72.

¹⁶³ Catan v Moldova ve Rusya, § 110.

¹⁶⁴ Mozer v Moldova Cumhuriyeti ve Rusya, § 216.

olmalıdır.¹⁶⁵ Dosyaların elektronik olarak gönderilmesine izin vermek, çözüm yolları hakkında bilgi sağlamak ve etkin kontrolü dışındaki bölgeden vatandaşlarla Skype ya da e-posta yoluyla iletişim kurmak gibi yollarla bireylerin uzaktan çözüm aramasına olanak sağlamak mümkün olabilir.¹⁶⁶ Benzer şekilde, evrensel andlaşma organları da Devletlerin kendi topraklarındaki tüm bölgelerde mağdurlar için ücretsiz yardım hatlarına erişimi garanti etmelerini tavsiye etmiştir.¹⁶⁷ Çözüm sağlama yükümlülüğüne uymanın bir başka yolu da, hükümetin kontrolündeki bölgede, fiili makamlar tarafından oluşturulanlara paralel olarak çalışan bir dizi yargı, soruşturma ve kamu hizmeti makamu oluşturmaktır.¹⁶⁸ Bu makamlar tarafından alınan kararların etkileri sadece çatışma bölgesinin dışında hissedilebilse de, bu makamlar vakaların uygun bir şekilde ülkesel Devletin otoritelerinin önüne getirilmesini sağlama işlevine sahiptir. Bu makamlar daha sonra belirli vakalara müdahale etmek için diplomatik ve hukuki adımları başlatabilirler.¹⁶⁹

Ülkesel Devletin, kendi etkin kontrolü dışındaki alanda işlenen siber suçları soruşturmayı taahhüt etmesi gerekmektedir.¹⁷⁰ Bölgeye erişimi engellenmiş olsa bile ülkesel devlet, örneğin insan hakları ihlallerinin mağdurları hakkında kapsamlı belgeler tutarak,¹⁷¹ sınırlı kabiliyetiyle orantılı tüm soruşturma prosedürlerini başlatmalıdır.¹⁷² Uzaktan soruşturma imkanı bulunduğundan bölgesel kontrolün ve kanıtlara yerinde erişimin olmaması, siber faaliyetler söz konusu olduğunda çevrimdışı insan hakları ihlallerine kıyasla daha az önemli bir engeldir. İlk soruşturma imkanı olarak, ülkesel Devletin yetkilileri kamuya açık

¹⁶⁵ Mozer v Moldova Cumhuriyeti ve Rusya, § 214.

¹⁶⁶ Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, *Ukrayna Özel Gözlem Misyonu, Adalete Erişim ve Ukrayna'daki Çatışma* (Helsinki: UN, 2015), 18.

¹⁶⁷ BM Çocuk Hakları Komitesi, *Sonuç Gözlemleri: Gürcistan* (Cenevre: UN, 2017), 24.

¹⁶⁸ Mozer v Moldova Cumhuriyeti ve Rusya, § 215.

¹⁶⁹ Mozer v Moldova Cumhuriyeti ve Rusya, § 215.

¹⁷⁰ AİHM, Draci v Moldova Cumhuriyeti ve Rusya, Başvuru No 5349/02, 17 Ekim 2017, § 61.

¹⁷¹ AİHM, Stomatii v Moldova Cumhuriyeti ve Rusya, Başvuru No 69528/10, 18 Eylül 2018, § 71.

¹⁷² Zorla Kaybedilmeler Komitesi, *Sonuç Gözlemleri: Irak* (Cenevre: UN, 2015), 23.

(açık kaynak) depolanmış bilgisayar verilerini izleyebilirler.¹⁷³ İkinci bir soruşturma yöntemi ise, ilgili verileri depolayan bilgi teknolojisinin bulunduğu üçüncü bir Devletten karşılıklı adli yardım talebinde bulunmaktır.¹⁷⁴ Ancak Birleşik Krallık veya ABD gibi en büyük siber hizmet sağlayıcılarına ev sahipliği yapan Devletler, dijital kanıtların paylaşılmasına nadiren izin vermektedir ve içerik verilerini yabancı hükümetlerle paylaşan şirketlere kısıtlamalar getirebilmektedirler.¹⁷⁵ Bununla birlikte, evrensel insan hakları izleme organları, genel olarak Devletlerden, özel olarak da Birleşik Krallık ve ABD'den belirli sınıraşan suçlarla mücadelede uluslararası iş birliğini güçlendirmelerini talep etmektedir.¹⁷⁶

Ülkesel kontrolün yokluğunda üçüncü bir soruşturma kanalı, Devletlerin başka bir Devlette depolanan bilgisayar verilerine o Devletten izin almaksızın erişme imkanınıdır. Bu durum, bir tarafın başka bir tarafın ülkesinde depolanmış bilgisayar verilerine, bu verileri söz konusu bilgisayar sistemi aracılığıyla tarafa ifşa etme konusunda hukuki yetkiye sahip olan kişinin hukuka uygun ve gönüllü rızasıyla erişmesine izin veren bazı siber suç sözleşmelerinde öngörülmektedir.¹⁷⁷ Ancak bu uygulama, mahremiyetin ve üçüncü Devletin egemenliğinin kısıtlanması nedeniyle oldukça tartışmalı olup, söz konusu siber suç sözleşmeleri sınırlı sayıda onaylanmıştır.¹⁷⁸ Dördüncü bir olası soruşturma kanalı da uluslararası kuruluşların, özellikle de INTERPOL, EUROPOL, Uluslararası Telekomünikasyon Birliği ve çevrimiçi çocuk cinsel istismarıyla mücadele eden

¹⁷³ Budapeşte Siber Suçlar Sözleşmesi, madde 32(a).

¹⁷⁴ Avrupa Konseyi Siber Suçlar Konvansiyon Komitesi, *Değerlendirme Raporu: Avrupa Birliği'nin Budapeşte Siber Suçlar Sözleşmesi'ne İlişkin Karşılıklı Adli Yardımlaşma Hükümleri* (Strazburg: Avrupa Konseyi, 2013), 6.

¹⁷⁵ David Fidler, "Cyberspace, Terrorism and International Law," *Journal of Conflict and Security Law* 21, no. 3 (2016): 490.

¹⁷⁶ BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi, *Karar 31/7, Çocuk Hakları: Bilgi ve İletişim Teknolojileri ve Çocuk Cinsel İstismarı* (New York: UN, 2016), 10. Özellikle işkence, insan kaçakçılığı, çocukların internet üzerinden cinsel istismarı ve yaşam hakkı ihlallerine dikkat çekilmektedir.

¹⁷⁷ Budapeşte Siber Suçlar Sözleşmesi, madde 32(b); Bilgi Teknolojisi Suçlarıyla Mücadeleye İlişkin Arap Sözleşmesi, madde 40(2).

¹⁷⁸ Ian Brown, Douwe Korff, "Foreign Surveillance: Law and Practice in a Global Digital Environment," *European Human Rights Law Review* 3, no. 1 (2014): 249.

uluslararası bir iş birliği olarak Sanal Küresel Görev Gücü gibi siber suçlara karşı bir program yürütenlerin yardımına başvurmalıdır.¹⁷⁹ Ayrıca uluslararası işbirliğinin ötesinde ülkesel Devlet, kişilerin fiziksel bütünlüğünü ilgilendiren suçlardan olan yaşam hakkı, işkence ve diğer insanlık dışı aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı ile ilgili olarak fiili soruşturma makamlarıyla işbirliği aramakla yükümlüdür.¹⁸⁰ Bu göreve yönelik güçlü itirazlara rağmen, en azından Avrupa'da mevcut eşik budur. Daha az ciddi çevrimiçi insan hakları ihlalleri için, ülkesel Devletin fiili makamlarla iş birliği arayışına girmesi gerektiği iddia edilebilir.¹⁸¹ Somut soruşturma biçimlerinin seçimi bağlama göre değişkendir ancak Devlet mevcut tüm hukuki araçları kullanmalıdır.

Bu tedbirlerin gerekli özeni gösterme ölçütünden kaynaklandığı göz önünde bulundurulduğunda, bu ölçüt kapsamında gerekli özenin derecesi, ülkesel Devletin siber alan üzerinde sahip olduğu fiili kontrole, mevcut kaynaklarına, faili etkili bir şekilde etkileme kapasitesine ve zararın ağırlığına bağlıdır.¹⁸² Siber bağlamda ise, çevrimdışı ortamda ciddi insan hakları ihlallerinin yaşandığı ve devam etmekte olan bir silahlı çatışma sırasında, Ukrayna gibi ülkesel bir Devletin Doğu Ukrayna'da e-posta hacklendiği iddiasını soruşturma kapasitesine sahip olmayabileceği ancak internet üzerinden ırkçı nefret gibi ciddi ve büyük ölçekli insan hakları ihlallerine odaklanması gerektiği anlamına gelmektedir.¹⁸³ Aynı şekilde, Iraklı yetkililer sınırlı soruşturma kapasitelerini çeşitli büyük insan hakları ihlalleri arasında paylaşırken zorunda kaldıklarında, mağdurların fiziksel bütünlüğüne yönelik devam eden ihlallerle ilgili olduğu için

¹⁷⁹ AİHM, *Turturica ve Casian v Moldova Cumhuriyeti ve Rusya*, Başvuru No 28648/06 ve 18832/07, 30 Ağustos 2016, § 53.

¹⁸⁰ AİHM, *Güzelyurtlu ve Diğerleri v Kıbrıs ve Türkiye [BD]*, Başvuru No 36925/07, 29 Ocak 2019, § 237.

¹⁸¹ BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, *Sonuç Gözlemleri: Gürcistan* (Cenevre: UN, 2014), 13.

¹⁸² *Nikaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Paramiliter Faaliyetler (Nikaragua v ABD)*, Esas, Karar, [1986] ICJ Rep 14, §157.

¹⁸³ *İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Ukrayna* (Cenevre: UN, 2016), 12.

kız çocuklarının internet üzerinden satışına¹⁸⁴ odaklanmaları, medya özgürlüğünün daha az ciddi ihlallerine zarar vermesi açısından meşrudur.

E. Önleyici Tedbirler

Devletlerin siber bağlamda hukuka aykırı fiilleri önlemeye yönelik uluslararası teamül hukuku yükümlülüğü olup olmadığı sorgulanmalıdır.¹⁸⁵ Uzmanların çoğunluğu, gerekli özeni gösterme ölçütünün Devletlere siber faaliyet ciddi olumsuz etkiler yaratmadan önce genel bir önleme yükümlülüğü oluşturmadığını belirtmektedirler. Ancak Devletlerin siber alanda devam eden hukuka aykırı eylemleri durdurması beklenmektedir.¹⁸⁶ Bununla birlikte, uluslararası insan hakları hukuku, siber alanda devam eden insan hakları ihlallerine tepki gösterme ve bunları bastırma göreviyle sınırlı olmayan özel önleme görevleri öngörmektedir. Aynı zamanda uluslararası insan hakları hukuku yönünden bir ihlalin gerçekleşeceğine yönelik makul gerekçeler var ise Devletler açısından, üçüncü taraflarca yapılan ihlalleri önlemek için etkili önlemler alınması beklenmektedir.¹⁸⁷

İnsan hakları izleme organları çeşitli andlaşma hükümlerini, topraklar üzerinde hükümet kontrolünün olduğu olağan durumlarda, çevrimiçi insan hakları ihlalleriyle mücadele etmek için önleyici tedbirler gerektirdiği şeklinde yorumlamıştır. Örneğin, taraf Devletlerin siber zorbalık olaylarını düzenli olarak izlemesi ve önlemesi, çocuk satışı, çocuk fuhuşu ve çocuk pornografisini önlemek amacıyla internet hizmet sağlayıcılarını belirlemesi gerekmektedir.¹⁸⁸ Çocukların korunmasına yönelik küresel standartları uygulamak için medya ile bilgi ve iletişim teknolojisi endüstrisi iş birliği yapmalıdır.¹⁸⁹ İstihbarat ile kolluk

¹⁸⁴ BM Çocuk Hakları Komitesi, *Sonuç Gözlemleri: Irak* (Cenevre: UN, 2015), 19.

¹⁸⁵ Erik Talbot Jensen, "Cyber Sovereignty: The Way Ahead," *Texas International Law Journal* 50, no. 2 (2015): 299.

¹⁸⁶ Eric Talbot Jensen, "A Cyber Duty of Due Diligence: Gentle Civilizer or Crude Destabilizer?," *Texas Law Review* 95, no. 7 (2017): 1573.

¹⁸⁷ Schmitt, *Siber Saldırılarına Uygulanabilir Uluslararası Hukuk Üzerine Tallinn Kılavuzu 2.0*, 198.

¹⁸⁸ BM Çocuk Hakları Komitesi, *Sonuç Gözlemleri: Birleşik Krallık* (Cenevre: UN, 2016), 49.

¹⁸⁹ BM Çocuk Hakları Komitesi, *Genel Yorum No 13* (Cenevre: UN, 2011), 43.

kuvvetleri tarafından ilgili bilgilerin toplanması ve analizi yoluyla, gelecekteki potansiyel terör saldırısı tehditlerini henüz gerçekleşmeden önce tespit etmek için etkili mekanizmalar kurulması tavsiye edilmektedir.¹⁹⁰ Genel kural ülkesel Devletin, etkileri hükümetin kontrolü altında olmayan alanları etkileyebileceği ölçüde, yetkisi dahilindeki tüm önlemleri alması gerektiğidir.

Çevrimiçi insan hakları ihlalleri düzenleyici araçlarla önlenmelidir.¹⁹¹ Örneğin, hükümetin kontrolündeki bölgede kabul edilen ve düzenleyici kapsamını tüm bölgeye genişleten ceza mevzuatı ile önleme sağlanabilir. Gerekçe, sadece hükümet kontrolündeki bölgede uygulanabilir olsa bile, yasanın önleyici etkisi önem kazanmaktadır. Örneğin, Devletlerin 15 yaşın altındaki çocukların internet üzerinden silahlı kuvvetlere veya silahlı gruplara alınmasını yasaklama ve kovuşturma yönündeki uluslararası teamül hukuku yükümlülüğü tüm topraklar için geçerlidir.¹⁹²

Devlet, hükümet kontrolündeki bölgede bulunan internet servis sağlayıcılarını veya çevrimiçi medya şirketlerini her zaman düzenleyebilir. İnsan hakları andlaşma organları, insan hakları ihlallerinin önlenmesi veya azaltılması amacıyla, suç teşkil eden materyalleri barındıran veya yayan internet hizmet sağlayıcılarının tespit edilmesini tavsiye etmektedir.¹⁹³ Söz konusu şirketler hükümetin kontrolü dışındaki alanlarda hizmet verdiği sürece bu yaklaşım etkili olacaktır. Örneğin Irak hükümeti, IŞİD'in kontrolündeki bölgelerde bulunan ve hükümetin kontrolündeki topraklarda yerleşik olan internet servis sağlayıcılarının davranışlarını düzenleyebilir. Irak hükümetinin ülkenin telekomünikasyon altyapısı üzerinde merkezi bir kontrolü olmadığından, bu tür düzenleyici tedbirler teröristlerin Suriye ve İran merkezli internet servis sağlayıcılarının hizmetlerini kullanarak iletişim kurmasını engelleyemez. Bu özel aktörlerle ilgili olarak gerekli önemin gösterilmesi, Irak'ın çabaları başarısız olsa bile komşularından hukuki

¹⁹⁰ BM İnsan Hakları Komitesi, *Terör Mağdurlarının İnsan Haklarının Güvence Altına Alınmasına İlişkin Çerçeve İlkeler* (Cenevre: UN, 2012), 21.

¹⁹¹ BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, *Sonuç Gözlemleri: İzlanda* (Cenevre: UN, 2016), 20.

¹⁹² Jean-Marie Henckaerts ve Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Vol 1: Rules* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 485.

¹⁹³ BM Çocuk Hakları Komitesi, *Sonuç Gözlemleri: Beyaz Rusya* (Cenevre: UN, 2011), 27.

yardım talep etmek gibi mevcut tüm yolları kullanması beklenebilir.¹⁹⁴ Ancak savaş ve işgal durumlarında, ülkesel Devletin artık internet hizmet sağlayıcıları üzerinde fiili düzenleme gücüne sahip olmadığı bir gerçektir. Dolayısıyla önleyici tedbirler, diplomatik protestolar ve uluslararası insan hakları kontrol mekanizmalarının ele geçirilmesiyle sınırlı kalabilir.

Devlet, belirli çevrimiçi insan hakları ihlallerini önlerken, çeşitli insan haklarının sınırlamaları arasında bir denge sağlamalıdır. Irkçı nefreti önlemek için çevrimiçi içeriğin kısıtlanması durumunda, ifade özgürlüğü ancak üç aşamalı test uygulanarak kısıtlanabilir. IŞİD'in kontrolü altındaki beş Irak vilayetinde internetin kapatılması örneğinde, Iraklı internet servis sağlayıcılarına, aşırılık yanlısı gruplarla bağlantılı kişilerin propaganda yapmak ve yabancı terörist savaşçı toplamak amacıyla belirli internet sitelerini ve sosyal medyayı kullanmalarını engelleme talimatı vermek hukuka uygun bir önleyici tedbir olabilirdi.

Belirtilen önlemler kapsamlı olmamakla birlikte insan hakları denetim organları, insan haklarının çevrimiçi ortamda korunması için ülkesel Devlet tarafından asgari bir çaba gösterilip gösterilmediğini doğrulayacaktır. Pozitif yükümlülüklerin eşiği gerekli özeni göstermeye uygun olarak, ülkesel Devletin üçüncü taraflarca hukuka aykırı fiillerin işlenmesini önlemek ve hafifletmek için gerçek bilgisine ve mevcut araçlarına bağlıdır. Eğer Devlet, kendi kontrolü dışındaki bir bölgede mağdura karşı işlenen çevrimiçi insan hakları ihlallerinden haberdar değilse, Devletin mağduru korumak için olumlu tedbirler alması beklenemez.¹⁹⁵

Devletin gerekli özeni gösterme kapasitesi ne kadar yüksekse, söz konusu vakada gerekli olan eylem standardı da o kadar yüksek olacaktır. Hukuki, siyasi, idari, teknolojik, askeri ve diplomatik araçlardan oluşan bu faktörlerin hiçbiri sadece Devletin söz konusu bölgede kaybettiği toprak kontrolüne bağlı değildir ancak uygulanabilir tedbirlerin kapsamı her zaman bağlama bağlıdır. Uygulanabilirlik diğerlerinin yanı sıra, ilgili Devletin teknik becerisine, elindeki bilgi ve mali kaynaklara, Devletin tedbir alma konusundaki kurumsal kapasitesine

¹⁹⁴ AİHM, *Soyma v Moldova Cumhuriyeti, Rusya ve Ukrayna*, Başvuru No 1203/05, § 38.

¹⁹⁵ AİHM, *Apcov v Moldova ve Rusya*, Başvuru No 13463/07, 30 Mayıs 2017, § 46.

ve hükümet kontrolündeki topraklarda bulunan siber altyapı üzerindeki kontrolünün kapsamına bağlıdır.¹⁹⁶

Bu kapasite büyük ölçüde tekniktir, genellikle sanal güç veya sanal kontrol olarak adlandırılır. Sanal güç iletişimi engelleme, saklama, analiz etme ve kullanma yeteneği olarak anlaşılır.¹⁹⁷ Hükümetlerin internet ve telekomünikasyon şirketleriyle gözetimi kolaylaştırabilecek çok farklı ilişkileri olabileceğinden, denizaltı kablolarına, internet ve telefon iletişiminin diğer taşıyıcılarına doğrudan erişim kapasiteleri farklı olabilir. Ancak sanal güç veya sanal kontrol, ülkesel Devletin durum tespiti yükümlülüğünü yerine getirme kapasitesini belirleyen tek faktör değildir. Devlet, modern teknik altyapıya sahip gelişmiş bir Devlet olmasa bile, örneğin faillere ihlali durdurmaları için baskı uygulamak veya onları yargulamak için hukuki veya diplomatik araçlara sahip olabilir. Önleyici, düzenleyici, soruşturma ve telafi tedbirlerinin birçoğu hükümetin kontrolündeki bölgelerde alınabilir ve bu gerçek, bölge üzerinde toprak kontrolünün olmamasının önemini azaltmaktadır.

SONUÇ

Ülkesel Devletin fiziksel alan üzerindeki kontrol eksikliği, bir yandan çevrimiçi insan hakları ihlalleriyle, diğer yandan da Devletin siber alan üzerindeki kısıtlı ancak mutlaka var olmayan kontrolüyle yakından ilişkilidir. Etkin toprak kontrolünün yokluğuna rağmen, Devlet hem toprak hem de siber alan üzerinde egemenliğini kullanma hakkına sahip olmaya devam etmektedir. Uluslararası insan hakları hukukunda egemenliğin sonucu, ülkesel Devletin varsayılan yargı yetkisidir. Uluslararası insan hakları hukukunda Devletin tüm ülkesi üzerinde yargı yetkisine sahip olduğuna dair tartışılmaz karene, yalnızca insan hakları anlaşmalarının amacı ve hedefi olan bölgesel düzeyde hukuki boşlukların ortadan kaldırılması, evrensel düzeyde evrensellik ile değil, aynı zamanda koruma sorumluluğu kavramı ile de uyumludur. Bu son teoriye göre, kendi

¹⁹⁶ Tahran'daki ABD Diplomatik ve Konsolosluk Personeli, Karar [1980] ICJ Rep 3, § 68.

¹⁹⁷ Peter Margulies, "Sovereignty and Cyber Attacks: Technology's Challenge to the Law of State Responsibility," *Melbourne Journal of International Law* 14, no. 2 (2013): 514.

topraklarında insan haklarını güvence altına almak ülkesel Devletin birincil sorumluluğudur.

Andlaşma izleme organları, ayrılıkçı bölgede internet egemenliğini yeniden tesis etmeye çalışan herhangi bir ülkesel Devletin siber alan üzerindeki kontrolünü yeniden tesis etmek için alması gereken çeşitli olumlu önlemleri tavsiye etmektedir. Ülkesel Devlet, soruşturma ve yargı yeteneklerini kullanmak, tüm ulusal topraklardaki Devlet dışı aktörleri düzenlemek ve çevrimiçi insan hakları ihlallerine tepki verirken uluslararası iş birliği aramakla yükümlüdür.

Teknolojik ilerlemenin bir sonucu olarak, ülkesel Devletin yargı yetkisi karinesi, bölgesel kontrolün yokluğunda bile Devletin insan hakları ihlalleri üzerindeki kontrolünün yeniden tesis edilmesini sağlayabileceği siber alan için de geçerlidir. Çoğu ülkesel Devletin hükümet kontrolündeki bölgelerde bazı bilgi ve telekomünikasyon altyapılarını muhafaza ettiği göz önüne alındığında, ülkesel Devletin etkin kontrolü dışındaki alanlar içinde yer alan siber alandaki insan haklarına gerekli özen ölçütünün uygulanması mümkündür. Sonuç olarak, ulusal mevzuat, siber güvenlik stratejileri, askeri kılavuzlar ve Tallinn Kılavuzu gibi doktriner yorumlar, Devletin, üzerinde etkin kontrolü olmasa bile, tüm toprakları üzerinde uluslararası insan hakları hukuku kapsamında yargı yetkisine sahip olduğunun varsayıldığını açıkça kabul etmelidir.

Gözden geçirilmiş bir Tallinn Kılavuzu, koruma yükümlülüğünü kavramsallaştırmak ve siber operasyonlar için geçerli olan genel ve özel rejimler arasında sistemik bir entegrasyon kurmak amacıyla uluslararası insan hakları hukuku bölümüne gerekli özen ölçütünü entegre etmelidir. Daha genel olarak Tallinn Kılavuzu, uluslararası insan hakları andlaşmalarından kaynaklanan yükümlülükleri, özellikle de evrensel olarak uygulananları daha fazla dikkate almalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar, bu çalışmada çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu çalışma için etik kurul onayı gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has not declared whether ethical committee approval is required for this research.

KAYNAKÇA

- Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu, Mohamed Abdullah Saleh Al-Asad v Cibuti Cumhuriyeti, Dava No 383/10, 12 Mayıs 2014.
- Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi, Ingabire Victoire Umuhoza v Ruanda Cumhuriyeti, Başvuru No 003/2014, Karar 24 Kasım 2017.
- AİHM, Al-Skeini ve Diğerleri v Birleşik Krallık, Başvuru No 55721/07, 7 Temmuz 2011.
- AİHM, Apcov v Moldova ve Rusya, Başvuru No 13463/07, 30 Mayıs 2017.
- AİHM, Assanidze v Gürcistan, Başvuru No 71503/01, 8 Nisan 2004.
- AİHM, Brannigan ve McBride v Birleşik Krallık, Başvuru No 14553/89, 23 Mayıs 1993.
- AİHM, Catan v Moldova ve Rusya, Başvuru No 43370/04, 19 Ekim 2012.
- AİHM, Delfi AS v Estonya [BD], Başvuru No 64569/09, 16 Temmuz 2015.
- AİHM, Demopoulos ve Diğerleri v Türkiye, Başvuru No 46113/99, 2010.
- AİHM, Draci v Moldova Cumhuriyeti ve Rusya, Başvuru No 5349/02, 17 Ekim 2017.
- AİHM, Féret v Belçika, Başvuru No 15615/07, 16 Temmuz 2009.
- AİHM, Gäfgen v Almanya, Başvuru No 22978/05, 1 Haziran 2010.
- AİHM, Güzelyurtlu ve Diğerleri v Kıbrıs ve Türkiye [BD], Başvuru No 36925/07, 29 Ocak 2019.
- AİHM, İlaşcu ve Diğerleri v Moldova ve Rusya, Başvuru No 48787/99, 8 Temmuz 2004.
- AİHM, Ivantoc ve Diğerleri v Moldova ve Rusya, Başvuru No 23687/05, 15 Kasım 2011.
- AİHM, Jankovskis v Litvanya, Başvuru No 21575/08, 17 Ocak 2017.
- AİHM, Kıbrıs v Türkiye, Başvuru No o 25781/94, 10 Mayıs 2001.
- AİHM, KU v Finlandiya, Başvuru No 2872/02, 2 Aralık 2008.
- AİHM, Loizidou v Türkiye, Başvuru No 15318/09, Esas, 18 Aralık 1996.
- AİHM, Mansur Pad ve Diğerleri v Türkiye, Başvuru No 60167/00, Kabul Edilebilirlik, 28 Temmuz 2007.

- AİHM, *Mozer v Moldova Cumhuriyeti ve Rusya* [BD], Başvuru No 11138/10, 23 Şubat 2016.
- AİHM, *Öcalan v Türkiye* [BD], Başvuru No 46221/99, 12 Mayıs 2005.
- AİHM, *Paduret v Moldova Cumhuriyeti ve Rusya*, Başvuru No 26626/11, 9 Mayıs 2017.
- AİHM, *Sarkisyan v Azerbaycan*, Başvuru No 40167/06, Kabul Edilebilirlik, 14 Aralık 2011.
- AİHM, *Soyma v Moldova Cumhuriyeti, Rusya ve Ukrayna*, Başvuru No 1203/05.
- AİHM, *Stomatii v Moldova Cumhuriyeti ve Rusya*, Başvuru No 69528/10, 18 Eylül 2018.
- AİHM, *Szabó ve Vissy v Macaristan*, Başvuru No 37138/14, 12 Ocak 2016.
- AİHM, *Turturica ve Casian v Moldova Cumhuriyeti ve Rusya*, Başvuru No 28648/06, 30 Ağustos 2016.
- AİHM, *Vardanean v Moldova Cumhuriyeti ve Rusya*, Başvuru No 22200/10, 30 Mayıs 2017.
- Aksar, Yusuf. *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, Cilt I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu. *İfade Özgürlüğü Özel Raporörü Raporu 2013*. Vaşington: AAİHK, 2013.
- Amerikalılar Arası Yargı Komitesi. *Amerikalılar Arası Yargı Komitesinin Genel Kurula Yıllık Raporu*. Rio de Janeiro: OAS, 2003.
- Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (yürürlüğe girme 18 Temmuz 1978) 1144 UNTS 143.
- Arap İnsan Hakları Şartı (yürürlüğe girme 15 Mart 2008), (2005) 12 Uluslararası İnsan Hakları Raporları 893.
- Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı. *İfade Özgürlüğü ve Çatışma Durumlarına Verilen Yanıtlara İlişkin Ortak Deklarasyon*. Helsinki: UN, 2015.
- Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı. *Ukrayna Özel Gözlem Misyonu, Adalet Erişim ve Ukrayna'daki Çatışma*. Helsinki: UN, 2015.
- Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi (yürürlüğe girme 3 Eylül 1953) 213 UNTS 222.

- Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Uygulanmadığı Alanlar*. Strazburg: Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi, 2003.
- Avrupa Konseyi Siber Suçlar Konvansiyon Komitesi. *Değerlendirme Raporu: Avrupa Birliği'nin Budapeşte Siber Suçlar Sözleşmesi'ne İlişkin Karşılıklı Adli Yardımlaşma Hükümleri*. Strazburg: Avrupa Konseyi, 2013.
- Avrupa Konseyi. *Tavsiye Kararı Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere İnternet Kullanıcıları için İnsan Hakları Rehberi*. Strazburg: İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü, 2014.
- Avrupa Konseyi. *Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi (yürürlüğe girme 1 Haziran 2007) CETS 196*.
- Baezner, Marie. *Cyber and Information Warfare in the Ukrainian Conflict*. Zürih: Center for Security Studies ETH Zürih, 2017.
- Barkham, Jason. "Information Warfare and International Law on the Use of Force." *New York University Journal of International Law and Politics* 57, no. 1 (2002): 57-113.
- BBC News. "Syria Cut off from the Internet." Erişim Tarihi, Eylül 22, 2023. <https://www.bbc.com/news/technology-20546302>.
- Bilgisayar Sistemleri Aracılığıyla İşlenen İrkçi ve Yabancı Düşmanı Nitelikteki Eylemlerin Cezalandırılmasına İlişkin Siber Suçlar Sözleşmesine Ek Protokol (yürürlüğe girme 1 Mart 2006) ETS 189.
- Blaker, Lisa. "The Islamic State's Use of Online Social Media." *Military Cyber Affairs* 1, no. 1 (2016): 1-10.
- Blog of the European Journal of International Law*. "EJIL: Talk!, Ukraine v. Russian Federation in Light of Ilasçu: Two Short Points." Erişim Tarihi, Eylül 23, 2023. <https://www.ejiltalk.org/ukraine-v-russian-federation-in-light-of-ilascu-two-short-points> .
- BM Çocuk Hakları Komitesi. *Genel Yorum No 13*. Cenevre: UN, 2011.
- BM Çocuk Hakları Komitesi. *Sonuç Gözlemleri: Belarus*. Cenevre: UN, 2011.
- BM Çocuk Hakları Komitesi. *Sonuç Gözlemleri: Birleşik Krallık*. Cenevre: UN, 2016.
- BM Çocuk Hakları Komitesi. *Sonuç Gözlemleri: Gürcistan*. Cenevre: UN, 2017.
- BM Çocuk Hakları Komitesi. *Sonuç Gözlemleri: Irak*. Cenevre: UN, 2015.

- BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi. *Dijital Çağda Mahremiyet Hakkı*. New York: UN, 2014.
- BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi. *Düşünce ve İfade Özgürlüğü Hakkının Geliştirilmesi ve Korunması Özel Raportörünün Raporu*. New York: UN, 2017.
- BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi. *Düşünce ve İfade Özgürlüğü Hakkının Geliştirilmesi ve Korunması Özel Raportörünün Raporu*. New York: UN, 2011.
- BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi. *Geçici Olarak İşgal Edilen Kırım Özerk Cumhuriyeti ve Sivastopol Şehrinde Ukrayna İnsan Hakları Durumu*. New York: UN, 2017.
- BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi. *İnternette İnsan Haklarının Geliştirilmesi, Korunması ve Kullanılması*. New York: UN, 2012.
- BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi. *İnternette İnsan Haklarının Geliştirilmesi, Korunması ve Kullanılması*. New York: UN, 2016.
- BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi. *Karar 31/7, Çocuk Hakları: Bilgi ve İletişim Teknolojileri ve Çocukların Cinsel İstismarı*. New York: UN, 2016.
- BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi. *Suriye Arap Cumhuriyeti Araştırma Komisyonu, Yok Etmeye Geldiler: IŞİD'in Ezidilere Karşı İşlediği Suçlar*. New York: UN, 2016.
- BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi. *Suriye Arap Cumhuriyeti Bağımsız Uluslararası Soruşturma Komisyonu Raporu*. New York: UN, 2018.
- BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi. *Terörle Mücadele Sırasında İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması ve Geliştirilmesi Özel Raportörünün Raporu*. New York: UN, 2014.
- BM Güvenlik Konseyi. *Suriye Arap Cumhuriyeti Bağımsız Uluslararası Soruşturma Komisyonu Raporu*. New York: UN, 2015.
- BM İnsan Hakları Komitesi. *Genel Yorum No 29: Olağanüstü Haller*. Cenevre: UN, 2001.
- BM İnsan Hakları Komitesi. *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin Yaşam Hakkına ilişkin 6. Maddesi Hakkında 36 No'lu Genel Yorum*. Cenevre: UN, 2018.
- BM İnsan Hakları Komitesi. *Sergio Euben Lopez Burgos v Uruguay, Bildirim No R.12/52, 29 Temmuz 1981 tarihli görüşler*.

- BM İnsan Hakları Komitesi. *Sonuç Gözlemleri: Moldova Cumhuriyeti*. Cenevre: UN, 2009.
- BM İnsan Hakları Komitesi. *Sonuç Gözlemleri: Rusya Federasyonu*. Cenevre: UN, 2015.
- BM İnsan Hakları Komitesi. *Terörizm Mağdurlarının İnsan Haklarının Güvence Altına Alınmasına İlişkin Çerçeve İlkeler*. Cenevre: UN, 2012.
- BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği. *Ukrayna'da Geçici Olarak İşgal Edilen Kırım Özerk Cumhuriyeti ve Sivastopol Şehrinde İnsan Hakları Durumuna İlişkin Rapor*. Vaşington: UN, 2018.
- BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği. *Ukrayna'da İnsan Hakları Durumuna İlişkin Rapor*. Vaşington: UN, 2014.
- BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği. *Ukrayna'da İnsan Hakları Durumuna İlişkin Rapor*. Vaşington: UN, 2015.
- BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi. *Çatışmaların Önlenmesi, Çatışma ve Çatışma Sonrası Durumlarda Kadınlara İlişkin 30 No'lu Genel Tavsiye Kararı*. Cenevre: UN, 2013.
- BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi. *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Madde 2 Kapsamında Taraf Devletlerin Temel Yükümlülüklerine İlişkin 28 No'lu Genel Tavsiye Kararı*. Cenevre: UN, 2010.
- BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi. *Sonuç Gözlemleri: Gürcistan*. Cenevre: UN, 2014.
- BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi. *Sonuç Gözlemleri: İzlanda*. Cenevre: UN, 2016.
- Brown, Ian, Douwe Korff. "Foreign Surveillance: Law and Practice in a Global Digital Environment." *European Human Rights Law Review* 3, no. 1 (2014): 243-251.
- Buchan, Russell. "Cyberspace, Non-State Actors and the Obligation to Prevent Transboundary Harm." *Journal of Conflict and Security Law* 21, no. 3 (2016): 429-453.
- Cerone, John. "Human Dignity in the Line of Fire: The Application of International Human Rights Law during Armed Conflict, Occupation, and Peace Operations.", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 39, no. 5 (2006): 1447-1510.

- Clapham, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Cullen, Anthony, Steven Wheatley. "The Human Rights of Individuals in De Facto Regimes under the European Convention on Human Rights." *Human Rights Law Review* 13, no. 4 (2013): 691-728.
- Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisine İlişkin İhtiyari Protokol (yürürlüğe girme 18 Ocak 2002) 2171 UNTS 227.
- De Schutter, Olivier. "Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights." *Human Rights Quarterly* 34, no. 4 (2012): 1084-1169.
- Dinstein, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Fidler, David. "Cyberspace, Terrorism and International Law." *Journal of Conflict and Security Law* 21, no. 3 (2016): 475-493.
- Fortin, Katharine. *The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Franzese, Patrick. "Sovereignty in Cyberspace: Can It Exist?." *Air Force Law Review* 64, S.1 (2009): 1-33.
- Freedom House. *Freedom in the World 2021: Transnistria*. Vaşington: Rowman & Littlefield, 2021.
- Freedom House. *Freedom on the Net 2016: Syria*. Vaşington: Rowman & Littlefield, 2016.
- Gillespie, Alisdair. *Cybercrime Key Issues and Debates*. Londra: Routledge, 2019.
- Gondek, Michal. "Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?." *Netherlands International Law Review* 52, no. 3 (2005): 349-387.
- Gross, Oren. "Cyber Responsibility to Protect: Legal Obligations of States Directly Affected by Cyber-Incidents." *Cornell International Law Journal* 48, no. 3 (2015): 481-511.
- Heinegg, Wolff. "Territorial Sovereignty and Neutrality in Cyberspace." *International Law Studies* 89, no. 1 (2013): 122-156.

- Henckaerts, Jean-Marie ve Louise, Doswald-Beck. *Customary International Humanitarian Law, Vol 1: Rules*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Henckaerts, Jean-Marie, Cornelius Wiesener. "Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups: An Assessment Based on Recent Practice." İç. *International Humanitarian Law and Non-State Actors Debates, Law and Practice*, editör Ezequiel Heffes, Marcos Kotlik, Manuel Ventura, 195-227. Berlin: Springer, 2020.
- Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (yürürlüğe girme 4 Ocak 1969) 660 UNTS 195.
- International Law Commission. *Yearbook of the International Law Commission*. New York: UN, 2006.
- Irak Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi. *Genel Tavsiye No 35: Irkçı Nefret Söylemiyle Mücadele*. Cenevre: UN, 2013.
- Irak Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi. *Sonuç Gözlemleri: Almanya*. Cenevre: UN, 2015.
- Irak Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi. *Sonuç Gözlemleri: Ukrayna*. Cenevre: UN, 2016.
- İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, UNGA Res 217A(III), 10 Aralık 1948, UN Doc A/810 (1948).
- İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşa Edilmesinin Hukuki Sonuçları, Danışma Görüşü [2004] ICJ Rep 179.
- Jensen, Eric. "A Cyber Duty of Due Diligence: Gentle Civilizer or Crude Destabilizer?." *Texas Law Review* 95, no. 7 (2017): 1555-1577.
- Jensen, Erik. "Cyber Sovereignty: The Way Ahead." *Texas International Law Journal* 50, no. 2 (2015): 275-305.
- Johnson, David ve David Post. "Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace." *Stanford Law Review* 48, no. 5 (1996): 1367-1402.
- Kara Harbinin Kanunları ve Adetleri hakkında (IV) sayılı Sözleşme ve Sözleşmeye Ek Kara Harbinin Kanunları ve Adetlerine İlişkin Düzenlemeler, Martens New Compendium (ser 3) 461 (yürürlüğe girme 26 Ocak 1910).
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. New York: Russell & Russell, 1961.

- Kohl, Uta. "Defamation on the Internet: Nice Decision, Shame about the Reasoning: Dow Jones & Co Inc v Gutnick." *The International and Comparative Law Quarterly* 52, no. 4 (2003): 1049-1058.
- Kongo Topraklarında Silahlı Faaliyetler, Kongo Demokratik Cumhuriyeti v Uganda, Karar, [2005] ICJ Rep 306.
- Korfu Kanalı Davası (Birleşik Krallık v Arnavutluk) (Esas) [1949] ICJ Rep 4.
- Kreijen, Gerard. *State Failure Sovereignty and Effectiveness: Legal Lessons from the Decolonization of Sub-Saharan Africa*. Lahey: Martinus Nijhoff, 2004.
- Kulesza, Joanna. *International Internet Law*. Londra: Routledge, 2012.
- Les Cahiers de la Revue Défense Nationale. *Cyber-Attacks Prevention-Reactions: The Role of States and Private Actors*. Paris: Committee for National Defence Studies, 2017.
- Maatta, Victoria. "ISIL as Salesmen? The Roles of Due Diligence and the Good Faith Purchaser in Illicit Artifact Trafficking from the ISIL Insurgency." *Journal of National Security Law & Policy* 13, no. 1 (2017): 181-209.
- Macak, Kubo. "From Cyber Norms to Cyber Rules: Re-Engaging States as Law-Makers." *Leiden Journal of International Law* 30, no. 4 (2017): 877-899.
- Margulies, Peter. "Sovereignty and Cyber Attacks: Technology's Challenge to the Law of State Responsibility." *Melbourne Journal of International Law* 14, no. 2 (2013): 497-519.
- Margulies, Peter. "Surveillance by Algorithm: The NSA, Computerized Intelligence Collection, and Human Rights." *Florida Law Review* 68, no. 4 (2017): 1045-1117.
- Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (yürürlüğe girme 23 Mart 1976) 999 UNTS 171.
- Milanovic, Marko, Tatjana Papic. "The Applicability of the ECHR in Contested Territories." *International and Comparative Law Quarterly* 67, no. 4 (2018): 779-800.
- Milanovic, Marko. *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law Principles and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Mueller, Milton. "Against Sovereignty in Cyberspace." *International Studies Review* 22, no. 4 (2020): 779-801.

- Murray, Daragh. *Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups*. Oxford: Hart, 2016.
- Nikaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Paramiliter Faaliyetler (Nikaragua v ABD), Esaslar, Karar, [1986] ICJ Rep 14.
- Palmas Adası Davası (Amerika Birleşik Devletleri v Hollanda) (1928) Uluslararası Hakem Kararları Raporları (RIAA), Cilt II.
- Rona, Gabor ve Lauren Aarons. "State Responsibility to Respect, Protect and Fulfill Human Rights Obligations in Cyberspace." *Journal of National Security Law and Policy* 8, no. 3 (2016): 503-530.
- S.S. Lotus (Fransa v. Türkiye), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Eylül. 7).
- Saul, Matthew. "Internationally Administered Territories." İç. *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, editör André Nollkaemper, Ilias Plakocefalos, 15-39. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Schmitt, Michael. *Siber Saldırılara Uygulanabilir Uluslararası Hukuk Üzerine Tallinn Kılavuzu 2.0*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Schultz, Thomas. "Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface." *European Journal of International Law* 19, no. 4 (2008): 799-839.
- Silicon Technology Powering Business. "Iraq Orders Internet Shutdown In Five Provinces." Erişim Tarihi, Eylül 23, 2023. <https://www.silicon.co.uk/workspace/iraq-internet-147442>.
- Slane, Andrea. "Tales, Techs, and Territories: Private International Law, Globalization, and the Legal Construction of Borderlessness on the Internet." *Law and Contemporary Problems* 71, no. 3 (2008): 129-151.
- Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanması (Bosna Hersek-Sırbistan ve Karadağ) (Esas) [2007] ICJ Rep 43.
- Strate, Lance. "The Varieties of Cyberspace: Problems in Definition and Delimitation." *Western Journal of Communication* 63, no. 3 (1999): 382-412.
- Tahran'daki ABD Diplomatik ve Konsolosluk Personeli, Karar [1980] ICJ Rep 3.
- Trail Smelter Davası (ABD, Kanada) (1938, 1941) III UNRIIA 1965.

- Tsagourias, Nicholas. "Non-State Actors, Ungoverned Spaces and International Responsibility for Cyber Acts." *Journal of Conflict and Security Law* 21, no. 3 (2016): 455-474.
- Tsagourias, Nicholas. "The Legal Status of Cyberspace." İç. *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, editör Nicholas Tsagourias ve Russell Buchan, 9-32. Cheltenham: Edward Elgar, 2015.
- Uluslararası Radyotelgraf Sözleşmesi (Londra, 5 Temmuz 1912), (1913) 10 Treaty Series 139-217.
- Uruguay Nehri üzerindeki Selüloz Fabrikaları (Arjantin v Uruguay) (Esaslar) [2010] ICJ Rep 14.
- Van Dyke, Vernon. "The Responsibility of States for International Propaganda." *American Journal of International Law* 34, no. 1 (1940): 58-73.
- Velásquez Rodríguez v Honduras Davası (Esas) (1988) Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Karar 29 Temmuz 1988, (Ser C) No 4.
- Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (yürürlüğe girme 27 Ocak 1980) 1155 UNTS 331.
- Wilde, Ralph. "The Extraterritorial Application of International Human Rights Law on Civil and Political Rights." İç. *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, editör Scott Sheeran ve Sir Nigel Rodley, 635-661. Londra: Routledge, 2013.
- Wu, Timothy. "Cyberspace Sovereignty: The Internet and the International System Notes." *Harvard Journal of Law and Technology* 10, no. 3 (1996): 647-666.
- Yannis, Alexandros. "The Concept of Suspended Sovereignty in International Law and Its Implications in International Politics." *European Journal of International Law* 13, no. 5 (2002): 1037-152.
- Zorla Kaybedilmeler Komitesi. *Sonuç Gözlemleri: Irak* Cenevre: UN, 2015.

THE RIGHT TO A HEALTHY ENVIRONMENT IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Sağlıklı Çevre Hakkı

Seher ÇAKAN*

Öz

İnsan haklarının kullanılması çevresel bozulmadan olumsuz etkilenmektedir. Bununla birlikte, insan haklarının sağlıklı bir çevre hakkı ile ilişkilendirilmesi bu hakkın sadece bir yönüdür. Diğer yönünü ise güncelde insan haklarını etkilemeyen çevresel bozulmalar oluşturmaktadır. Fakat bu çevresel bozulmalar kısa vadede olmasa da uzun vadede insan hakları olumsuz yönde etkileyebilecektir. Bu bağlamda bu hak, ekolojik ve ekosistemin bozulmasını, bunları geliştirmeyi ve korumayı kapsayan daha geniş kapsamlı bir haktır.


Güvenli, temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun kabul ettiği A/76/L.75 sayılı kararla 2022'de ilk kez küresel ölçekte temel bir insan hakkı olarak tanınmıştır. Bu hak az sayıda sözleşmede yer almaktadır. Fakat bu hakkın doğrudan sınırlı olarak sözleşmelerde yer alması, diğer sözleşmelerin bu hakkı korumadığı anlamına gelmemektedir. Bu kapsamda bu çalışma, sağlıklı çevre hakkını tanımlamayı ve sağlıklı çevre hakkının

* Dr.Öğr. Üyesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, scakan@aku.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-3254-6617>.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 22.01.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 27.05.2024.

Atıf/Citation: Çakan, Seher. "The Right to a Healthy Environment in International Human Rights Law." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024): 215-264.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

uluslararası hukuk tarafından ne ölçüde korunduğunu tespit etmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar kelimeler: İnsan Hakları, Sağlıklı Çevre, Çevresel Bozulma, İnsan Haklarının Korunması, Sağlıklı Çevre Hakkı.

Abstract

The exercise of human rights is adversely affected by environmental degradation. Nevertheless, linking human rights to the right to a healthy environment is just one aspect of this right. The other aspect is environmental degradation, which currently does not negatively affect human rights. However, these environmental degradations may adversely affect human rights in the long term. This broader right covers ecological and ecosystem degradation, development, and protection in this context.

“A safe, clean, healthy, and sustainable environment” was recognized as a fundamental human right for the first time ever on a global scale with the adoption of the UN General Assembly’s resolution A/76/L.75 in 2022. There are only a few conventions that directly protect this right. However, this does not mean that other accords do not also safeguard this right. This study aims to define the notion of the right to a healthy environment and ascertain to what extent “the right to a healthy environment” is protected under international human rights law.

Keywords: Human Rights, Healthy Environment, Environmental Degradation, Human Rights’ protection, Right to a Healthy Environment.

INTRODUCTION

The first international agreement to acknowledge the connection between human rights and the environment was the Stockholm Declaration on the Human Environment, which was adopted in 1972. A form of environmental right is mentioned in Principle I of the Declaration, despite the fact that it is not legally

obligatory.¹ It declares that “[m]an has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being”.² The Preamble recognizes the intimate connection between environmental preservation and the fulfillment of human rights, emphasizing that access to a healthy environment is a prerequisite to exercising such rights.³

The Preamble of the 1998 Aarhus Convention recalls Principle 1 of the 1972 Stockholm Declaration on the Human Environment. Additionally, it acknowledges that “adequate protection of the environment is essential to human well-being and the enjoyment of basic human rights, including the right to life itself” and “every person has the right to live in an environment adequate to his or her health and well-being, and the duty, both individually and in association with others, to protect and improve the environment for the benefit of present and future generations”. The first legally-binding international environmental instrument with a clear human rights reference is the Paris Agreement of 2015. Its Preamble provides that States “Parties should, when taking action to address climate change, respect, promote and consider their respective obligations on human rights”. These commitments are reiterated in the Glasgow Climate Pact.⁴

A clean, healthy, and sustainable environment is recognized as a human right for the first time by the United Nations (UN) General Assembly in 2022.⁵ It has also been incorporated into a few regional instruments. It is widely acknowledged that people can only fully enjoy their human rights in a healthy environment, even

¹ Sumudu Atapattu, “The Right to a Healthy Life or the Right to Die Polluted?: The Emergence of a Human Right to a Healthy Environment Under International Law,” *Tulane Environmental Law Journal*, Vol. 16, No. 1(2002) 65-126, 68.

² “Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration, 1972),” Principle 1.

³ Atapattu, “The Right to a Healthy Life”, 68.

⁴ Decision -/CP.26.

⁵ UN General Assembly, “The human right to a clean, healthy and sustainable environment”, A/76/L.75, 26 July 2022.

though the right to a healthy environment is still up for debate.⁶ Recognising the right to a healthy environment would bring violations into sharp focus by clarifying the obligations of states to protect the environment and defining the outer limits of state discretion in environmental decision-making.⁷ The Inter-American Court of Human Rights (the IACtHR) reiterated in an advisory opinion that maintaining a healthy environment is a prerequisite for exercising human rights.⁸ When we look at the precedents set by American and European human rights courts, it is evident that there is a definite connection between the preservation of the environment and the exercise of other human rights.⁹ Human rights interdependence and indivisibility were reaffirmed by the IACtHR after it was observed that there is a "unquestionable" link between environmental protection and the realization of other human rights.¹⁰ The IACtHR has also discussed the connection between a healthy environment and the protection of

⁶ See John H. Knox and Ramin Pejan, "Introduction," in *The Human Right to a Healthy Environment*, eds. John H. Knox and Ramin Pejan, (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 1; United Nations General Assembly, "Human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, A/73/188," 19 July 2018, para.12.

⁷ Rebecca Bratspies, "Do We Need a Human Right to a Healthy Environment?," *Santa Clara J. Int'l L*, 13(1), (2015):31-69, 42.

⁸ Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion Oc-23/17 of November 15, 2017 Requested By the Republic of Colombia the Environment and Human Rights (State Obligations in Relation to the Environment in the Context of the Protection and Guarantee of the Rights to Life and to Personal Integrity: Interpretation and Scope of Articles 4(1) and 5(1) In Relation to Articles 1(1) And 2 Of The American Convention On Human Rights).

⁹ See *Kawas-Fernández v. Honduras*, 2009 (Merits, Reparations and Costs), IACtHR, para.148; *Guerra and others v. Italy*, 1998, App no: 116/1996/735/932, ECtHR; *López Ostra v. Spain*, 1994, App no: 16798/90, ECtHR, and *Fadeyeva v. Russia*, 2005, App no: 55723/00, ECtHR.

¹⁰ Maria Antonia Tigre, "International Recognition of The Right to A Healthy Environment: What Is the Added Value For Latin America and the Caribbean?," 117 *AJIL Unbound*, (2023), 185.

human rights in instances involving the land rights of indigenous and tribal peoples.¹¹

Examining both regional and universal human rights frameworks helps to better understand how the environment and human rights are related. The international human rights literature provides evidence that the right to a healthy environment is explicitly defined in some regional and many national instruments, that rights are applied to environmental rights in regional or universal treaties, and that procedural rights are included in environmental treaties.

The right to a healthy environment has two dimensions: while it is a universal value owed to the present and future generations in its collective dimension, it also contains an individual component because of its connections to other rights¹². In this context, a healthy environment is a fundamental human right because environmental degradation can hurt humans in ways that are irreparable.¹³

Currently, no legally enforceable international instrument recognizes the right to a healthy environment even though it is covered by certain regional legal instruments. More research is required to establish the extent of the right to a healthy environment. In this context, this study aims to define the notion of the right to a healthy environment and examine the extent to which this right is recognized under international human rights law. If environmental degradation negatively impacts the rights in regional or international treaties, the study addresses the extent to which this right is incorporated through courts, commissions, or committees within this framework. Gaining a deeper understanding of the relationship between human rights and the environment can be achieved by analyzing regional and universal human rights frameworks.

¹¹ See *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*. (Merits, reparations and costs), 2005, IACtHR para.137; *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*. (Merits, reparations and costs). 2006, IACtHR para.118; *Saramaka People v. Suriname*. Preliminary objections, (Merits, reparations and costs), 2007, IACtHR, paras.121-2; *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, (Merits, Reparations and Costs), 2015, IACtHR, para.173.

¹² *Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion Oc-23/17*, para.59.

¹³ *Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion Oc-23/17*, para.59.

I. THE NOTION OF THE RIGHT TO A HEALTHY ENVIRONMENT

The right to a healthy environment¹⁴ is accepted as an autonomous right.¹⁵ But it has not yet been defined in any international instrument. In any case, it is difficult to define this right precisely and to determine its scope.

The jurisprudence of international or/and regional courts and committees indicates that environmental issues can impact various rights, including the ability to engage in cultural activities, health, and the availability of sufficient food and water. However, the right to a healthy environment “differs from the environmental content that arises from the protection of other rights, such as the right to life or the right to personal integrity”.¹⁶ To put it differently, it cannot be argued that human rights advocates a human-centered method for environmental protection since environmental issues affect a significantly more extensive range of people and species than human rights violations.¹⁷ The relationship between human rights and the environment is one facet of the right to a healthy environment.¹⁸ It is addressed under two subheadings in this framework: procedural rights and substantive rights.

In this context, holding governments responsible for their incapacity to prevent and control environmental nuisances, encompassing those caused by corporations, to ensure access to justice, and to uphold the laws of environment and court rulings, and considering environmental protection as a human rights issue contributes to the preservation of the rule of law.¹⁹ States have a duty to

¹⁴ “The right to a healthy environment” is also substituted with “the right to a satisfactory, or decent, or healthy, clean, and sustainable environment.”

¹⁵ Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion Oc-23/17, para.203.

¹⁶ See Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion Oc-23/17, para.63.

¹⁷ Atapattu, “The Right to a Healthy Life,” 67.

¹⁸ See Can Hamurcu, “Çevre Hakkı Üzerine Düşünceler,” *İnsan Hakları Yıllığı*, (1983-4): 171-180 174; Mehmet Semih Gemalmaz, “Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Düzenlemesi,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 52(1-4), (2011):233-278, 240, 24.

¹⁹ Alan Boyle, “Human Rights and the Environment: Where Next?” *EJIL*, 23(3), (2012):613–642, 613-4.

protect human rights against environmental damage caused by business and industry, whether or not they control or manage the business or industry in question.²⁰ Human rights have environmental components that can be direct or indirect, meaning that a substandard environment can directly hinder the ability of an individual or a community to exercise a right that is legally promised to them or that a substandard natural world can hinder the ability of an individual or community to fully understand their rights or make it more difficult for a government to uphold and safeguard the rights of people living under its control.²¹ Therefore the exercise of human rights is impacted by the environment.²² Furthermore, environmental components may be included in the right to the environment without impairing the rights of individuals.²³ The other dimension of the environment adopts more than just a human-centered approach; it includes protecting, improving, and developing the environment. In other words, it is environmentally oriented.²⁴ According to the IACtHR, even in the absence of proof that there is a harm to people, forests, rivers, and oceans are among the natural

²⁰ See Boyle, 620.

²¹ See Bridget Lewis, *Environmental Human Rights and Climate Change: Current Status and future Prospects*, (Singapore: Springer, (2018), 16.

²² See Human Rights and the Environment, Final report prepared by Mrs. Fatma Zohra Ksentini, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1994/9, 6 July 1994.

²³ See for the rights of the environment, Zerrin Savaşan, "Çevre Hakları: İnsan Hakları Kuralları ile Korunmadan Asli Korumaya," in *Çevre Hukuku ve Politikaları-Kavramlar, Teoriler ve Politikalar*, eds. Zerrin Savaşan, Çağlar Söker ve Fırat Harun Yılmaz, (Ankara: Seçkin, 2021); Ceren Pınar Gayretli, "Bildiğimiz Çevre Hukuku'nun Sonu: Doğaya Haklar Tanımak," in *Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları- Dünden Bugüne ve Geleceğe*, eds. Zerrin Savaşan ve Hakan Ünay, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021); Hakan Olgun ve Volkan Işık, "Bir "İnsan Hakkı" olarak "Çevre Hakkı" ve Türk Hukukundaki Yeri," *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi*, Nisan 2017, 3(1), 2017:33-52, 38.

²⁴ See Ahmet M. Güneş, *Çevre Hukuku*, (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2023),334; Faruk Bilir ve Berkan Hamdemir, "Çevre Hakkı ve Uygulaması," *International Conference On Eurasian Economies*,(2011):143-9, 143; Muhammed Yunus Bilgili, "Anayasal Bir Hak Olarak Çevre Hakkı," *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 6(2), (2015): 563-584, 566-68.

elements that are protected under the right as independent, legitimate interests..²⁵ Within this framework, the right to a healthy environment is a broad notion that includes safeguarding the global environment, climate²⁶, ecosystems, ecology, and all living things that coexist with people and are worthy of protection. The right to a healthy environment safeguards nature and the environment for the benefits they provide to people or from any harm that their degradation could bring to other human rights, and for the sake of the species that inhabit the planet with us and deserve protection in their own right.²⁷ Human rights can contribute to environmental protection. In protecting the environment via the application of human rights, we address particular people's rights rather than the environmental consequences on the environment as a whole. Consequently, the right encompasses defending not only people against injury but also the ecosystem and the earth from deterioration or damage, whether it be caused directly or indirectly. Therefore states are required to stop significant environmental harm both inside and outside of their borders.²⁸

²⁵ Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion Oc-23/17, para.62. See also İbrahim Ö. Kaboğlu ve Nihan Yancı Özalp, *Çevre Hakkı*, (Tümüyle Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2021), 89-115.

²⁶ See relationship between climate change and security Bengü Çelenk, "Climate change and security debates in the United Nations Security Council between 2007-2021," *Critical Studies on Security*,(2023):1-20; Bengü Çelenk, "İklim Değişikliği, Tehdit Çarpanı Etkisi ve Güvenlik: İklim Güvenliğinden Uluslararası Güvenliğe," *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, 19(46), 2023:537-59.

²⁷ Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion Oc-23/17, para.62.

²⁸ See Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion Oc-23/17.

II. THE RIGHT TO A HEALTHY ENVIRONMENT IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

A. Legal Instruments That Directly Address The Right To A Healthy Environment

The right to a healthy environment is directly enshrined in the constitutions of a hundred countries.²⁹ It is guaranteed by legally binding national and/or international agreements signed by the governments of at least 155 nations.³⁰ When it comes to human rights conventions, the Universal Declaration of Human Rights,³¹ the International Covenant on Civil and Political Rights³² (ICCPR), and the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights³³ (ICESCR) do not refer to the right to a healthy environment because the main international human rights treaties were written in an era when most people did not recognize the extent and rate of environmental destruction brought on by human activity.³⁴ The right to a healthy environment is guaranteed by a few regional documents, but it is not covered by any worldwide convention. Article 24 of the 1981 African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights (African Charter), Article 19 of the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples,³⁵ Article 28 of the ASEAN Human Rights Declaration,³⁶ Article 38 of the Arab Charter on Human

²⁹ David R. Boyd, "Catalyst for Change: Evaluating Forty Years of Experience in Implementing the Right to a Healthy Environment", in *The Human Right to a Healthy Environment*, eds. John H. Knox and Ramin Pejan, (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 18.

³⁰ Boyd, 18.

³¹ Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 217 A (III) of 10 December 1948.

³² Adopted by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entered into force 23 March 1976.

³³ Adopted by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 and entered into force 3 January 1976.

³⁴ See Boyd, 38; Kerry Kennedy Cuomo, "Human Rights and the Environment: Common Ground", *Yale Journal Of International Law*, 18(227), (1993):227-233, 227.

³⁵ Adopted on June 15, 2016, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16).

³⁶ Created 18 November 2012.

Rights³⁷ explicitly declare that every individual has “the right to a healthy environment.”

1. The African Court And Commission

The African Charter,³⁸ particularly Article 24, states that people have the right to a generally satisfactory environment. This is the first international instrument to acknowledge this right. The Article declares “[a]ll peoples shall have the right to a general satisfactory environment favorable to their development.” Article 24 imposes obligations on a government by guaranteeing the right to a general satisfactory environment, or commonly known as the right to a healthy environment. To the extent that their environment impacts an individual's security and quality of life, it recognizes the need for a clean and safe environment closely tied to economic and social rights.³⁹ In addition to the African Charter, other African treaties refer to the right to a healthy environment. According to Article 3 of the 1968 African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources,⁴⁰ “the right of all peoples to a satisfactory environment favourable to their development” will serve as the Parties' compass when they act to carry out its goals and put its provisions into practice. Women have the right to live in a healthy and sustainable environment according to Article 18 of the Protocol to the African Charter on the Rights of Women in Africa, which was adopted by the African Union in 2003. Allegations of infringement on the right to a healthy environment have been brought before the African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) and the African Court on Human and Peoples' Rights (African Court). For example, the action was launched against Nigeria in March 1996 by two non-governmental groups, the Center for Economic

³⁷ 2004, <https://digitallibrary.un.org/record/551368?v=pdf> Accessed 24.05.2024.

³⁸ African Union, entered into into force October 21, 1986, <https://au.int/en/treaties/african-charter-human-and-peoples-rights>, Accessed 24.05.2024.

³⁹ 155/96: Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, African Commission, para.51.

⁴⁰ African Union, entered into into force, June 16, 1969, <https://au.int/en/treaties/1160> , Accessed 24.05.2024.

and Social Rights (CESR) in New York and the Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) in Nigeria. According to the communication, the Nigerian National Petroleum Business (NNPC), the state-owned oil company of the country and the leading partner of the Shell Petroleum Development Corporation (SPDC), is involved in actions that pollute the environment and endanger the health of the Ogoni people. Nigeria's military has direct participation in the production of oil. The applicants contend that Nigeria failed to respect, protect, and implement the right to a satisfactory and integral environment of thousands of persons adversely affected by the toxic waste dump. The African Commission states that the state must take appropriate and further steps to stop pollution and ecological deterioration.⁴¹ By both Articles 24 and 16 of the African Charter, governments must be involved in

“permitting independent scientific monitoring of threatened environments, requiring and publicising environmental and social impact studies prior to any major industrial development, undertaking appropriate monitoring and providing information to those communities exposed to hazardous materials and activities and providing meaningful opportunities for individuals to be heard and to participate in the development decisions affecting their communities.”⁴²

The right to a general satisfactory environment “imposes clear obligations upon a government. It requires the state to take reasonable and other measures to prevent pollution and ecological degradation, to promote conservation, and to secure an ecologically sustainable development and use of natural resources.”⁴³ Ultimately, the African Commission concluded that Article 24 had been breached.

Another example is the case of *Ligue Ivoirienne Des Droits De L'homme (Lidho) and Others v. Republic Of Côte D'ivoire*. The African Court determined that there was no dispute that toxic waste disposal has serious negative effects on the

⁴¹ 155/96: Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, para.52.

⁴² 155/96: Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, para.53.

⁴³ 155/96: Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, para.52.

environment, including the deterioration of groundwater, and ruled that a state is to uphold, defend, develop, and carry out the rights enshrined in the agreements required by international law which it has ratified.⁴⁴ These obligations apply to a satisfactory environmental right to the extent that the Republic Of Côte D'ivoire had a duty to not only prevent waste from being dumped without meeting the necessary conditions but also to ensure complete and effective decontamination after the waste has been dumped (para.183). In this decision, the African Court observed that the authorities need to implement the necessary legislative, administrative, and other steps to forbid the importation of hazardous waste into their country (para.184). In addition, the African Court ruled that these authorities are responsible for ensuring that the cargo in question is unloaded into the defendant state's territory in a way that avoids any potential harm to the environment (para.184). Furthermore although the institutions in charge of disposing of and processing the waste are accountable, the Republic Of Côte D'ivoire is in charge of safeguarding and protecting the environment (para.184). The state failed to show that it has quickly and effectively cleaned up the contaminated sites (para.185). As a result, the African Court determined that under these circumstances, the state is not abiding by its obligation to uphold the right to an environment that is generally satisfactory and conducive to development (para.185).

2. The IACtHR And American Commission

The following is stated in Article 11 of the Protocol of San Salvador, an Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights:

“1. Everyone shall have the right to live in a healthy environment and to have access to basic public services. 2. The States Parties shall promote the protection, preservation and improvement of the environment.”

⁴⁴ Ligue Ivoirienne Des Droits De L'homme (Lidho) And Others v. Republic Of Côte D'ivoire, App no: 041/2016, African Court, para.182.

The preamble to the Social Charter of the Americas also accepted that “a safe environment is essential to integral development”. The right to an environment is one of the economic, social, educational, scientific, and cultural rights protected by Article 26 of the American Convention on Human Rights (American Convention),⁴⁵ and Article 26 safeguards the rights resulting from the Charter Of the Organization of American States’(OAS) economic, social, and educational provisions and those resulting from a conforming interpretation of the Convention.⁴⁶ The IACtHR asserts that the right is one of the cultural, social, and economic rights covered by Article 26. Thus, the IACtHR acknowledged in its advisory opinion that the American Convention guaranteed a basic right to a healthy environment for the first time.⁴⁷ The IACtHR states that right to a healthy environment “constitutes a universal value”, “is a fundamental right for the existence of humankind” and “as an autonomous right...” and it

“protects the components of the environment, such as forests, rivers and seas, as legal interests in themselves, even in the absence of the certainty or evidence of a risk to individuals. This means that it protects nature and the environment, not only because of the benefits they provide to humanity or the effects that their degradation may have on other human rights, such as health, life or personal integrity, but because of their importance to the other living organisms with which we share the planet that also merit protection in their own right.”⁴⁸

This does not mean that environmental harm cannot lead to violations of other human rights.⁴⁹ The IACtHR ruled states have a duty to uphold and defend the right to a healthy environment and one way to do this is to prevent violations.⁵⁰

⁴⁵ Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, 22 November 1969.

⁴⁶ Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion Oc-23/17, para.57.

⁴⁷ See Maria L. Banda, “Inter-American Court of Human Rights’ Advisory Opinion on the Environment and Human Rights”, *AM. SOC’Y INT’L L.: INSIGHTS*, (2018), 2.

⁴⁸ Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion Oc-23/17, paras.59 and 62.

⁴⁹ *Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, (Merits, reparations and costs), 2020, IACtHR, para.203.

⁵⁰ *Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, para.207.

Despite being acknowledged in Article 11 of the San Salvador Protocol, the right to a healthy environment is unenforceable through individual petitions.⁵¹

3. The United Nations System

No United Nations convention currently addresses the right to a healthy environment. Nevertheless, for the first time, the UN General Assembly “(r)ecognizes the right to a clean, healthy and sustainable environment as a human right” in resolution A/76/L.75 on 26 July 2022. It also accepted in resolution 76/300 that protecting the environment supports and enhances people's rights to full enjoyment of life as well as the rights of future generations in 2022.⁵² The resolution acknowledges that

“the impact of climate change, unsustainable management and use of natural resources, the pollution of air, land and water, the unsound management of chemicals and waste, the resulting loss of biodiversity and the decline in services provided by ecosystems interfere with the enjoyment of a clean, healthy and sustainable environment and that environmental damage has negative implications, both direct and indirect, for the effective enjoyment of all human rights.”

It further asserts that “environmental degradation, climate change, biodiversity loss, desertification and unsustainable development constitute some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to effectively enjoy all human rights”. It recognizes that preserving “a clean, healthy, and sustainable environment” depends on people effectively exercising their human rights, which involve the freedom to seek, receive, and distribute information, engage in public affairs and government, and get an appropriate remedy. The significance of “a clean, healthy and sustainable environment” for the fulfillment of every human right is emphasized in the

⁵¹ Salvador Protocol Article 19.

⁵² United Nations General, Assembly The human right to a clean, healthy and sustainable environment, A/RES/76/300, Resolution adopted on 28 July 2022.

resolution. The General Assembly's (and the UN Human Rights Council's)⁵³ recognition of the right has contributed to its establishment as customary international law.⁵⁴ The UN and other national, regional, and international organizations demonstrate great uniformity and precision in understanding human rights requirements about the environment.⁵⁵

A. Legal Instruments That Indirectly Address The Right To A Healthy Environment

Individuals who fall under the purview of current human rights treaties and whose rights are negatively impacted by environmental degradation may file a claim that their rights have been infringed. The courts, commissions, and committees' decisions demonstrate that environmental degradation has adverse effects on individual rights from both a substantive and procedural standpoint.⁵⁶ Consequently, environmental degradation may impede the effective exercise of human rights.

1. Substantive Rights

The Human Rights Council determines the substantial elements of "the right to a safe, clean, healthy, and sustainable environment" as "clean air," "a safe climate," "healthy and sustainably produced food," "access to safe water and adequate sanitation," "non-toxic environments in which to live, work, and play," "healthy ecosystems, and biodiversity".⁵⁷ According to the criteria established by

⁵³ See also, with the support of forty-three states, the Human Rights Council passed resolution 48/13, recognizing "the right to a safe, clean, healthy, and sustainable environment" as a fundamental human right in 2021(Human Rights Council," the human right to a clean, healthy and sustainable environment, A/HRC/RES/48/13, Resolution adopted by the Human Rights Council on 8 October 2021").

⁵⁴ Tigre, 184.

⁵⁵ Tigre,184.

⁵⁶ See also Kaboğlu ve Yancı Özalp, 257-270; Güneş, 160-168.

⁵⁷ See Human Rights Council, "Right to a healthy environment: good practices", A/HRC/43/53, 30 December 2019.

the Human Rights Council, the rights to property, health, life, and a reasonable quality of living, as well as the right to respect for one's privacy and family life, are all deemed material factors in this study.

a. The Right To Health

i. the United Nation System

Articles 12 of the ICESCR, 5(e)(iv) of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 11(1)(f) and 12 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), and Articles 19 and 24 of the Convention on the Rights of the Child (CRC) all protect the right to health within the framework of the UN organization.

The right to "the highest attainable standard of physical and mental health" is protected by Article 12 of the ICESCR. It covers more than only the right to health care and the phrase the right to health describes a wide range of socio-economic factors that encourage the development of conditions that allow people to live healthy lives, and housing, access to clean, safe water, "safe and healthy working conditions", and a healthy environment are all important aspects of health that are covered under the right to health.⁵⁸ In other words, Article 12 covers the basic determinants of health, including access to safe and potable water, adequate sanitation, food and nutrition, shelter, safe and healthy working conditions, and a healthy environment. Additionally, it involves preventing and reducing the exposure of the populace to hazardous materials, radiation, and other dangerous substances that have an adverse effect on human health, either directly or indirectly.⁵⁹ In parallel with this,

"States should also refrain from unlawfully polluting air, water and soil...through industrial waste from State-owned facilities, from using or testing nuclear, biological or chemical weapons if such testing results in the release of

⁵⁸ CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000 (Contained in Document E/C.12/2000/4), para.4.

⁵⁹ CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health, para.15.

substances harmful to human health, and from limiting access to health services”⁶⁰.

ii. the Regional Human Rights System

From a regional perspective, the right to health is recognized by the European Social Charter of 1961, as amended, Articles 11, the Article 16 of the African Charter, and Article 10 of the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social, and Cultural Rights.⁶¹ Article 16 of the African Charter states that “1. Every individual shall have the right to enjoy the best attainable state of physical and mental health. 2. States Parties to the present Charter shall take the necessary measures to protect the health of their people and to ensure that they receive medical attention when they are sick.” The violations of Article 16 of the African Charter include the government's failure to supply essential services like safe drinking water, electricity, and medicines shortages that are necessary for a minimal standard of health.⁶² In the opinion of the African Commission, governments are required to stop directly endangering the health and environment of their citizens.⁶³ States have a responsibility to defend their citizens from harm that may be caused by third parties and this duty extends beyond just passing proper laws and enforcing them.⁶⁴ The African Court emphasizes that the African Commission highlighted that fulfilling one's widely recognized human right to health is essential to one's overall well-being and all other fundamental human rights and freedoms, and this right covers providing healthcare facilities and assuring equal access to goods and services for all people without discrimination.⁶⁵ In its ruling in Egyptian Initiative for Personal Rights and

⁶⁰ CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health, para.34.

⁶¹ Adopted on November 17, 1988.

⁶² 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 World Organisation Against Torture, Lawyers' Committee for Human Rights, Jehovah Witnesses, Inter-African Union for Human Rights v. Zaire, African Commission, para.47.

⁶³ Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, para.52.

⁶⁴ See Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, para.57.

⁶⁵ 241/01, Purohit and Moore v. Gambia, 29 May 2003, African Court, para.80.

Internight v. Egypt, the African Commission reaffirmed this principle.⁶⁶ In a similar vein, the African Commission ruled in *SERAC v. Nigeria* that “Governments have a duty to protect their citizens, not only through appropriate legislation and effective enforcement, but also by protecting them from damaging acts that may be perpetrated by private parties”.⁶⁷ According to the ruling of the African Court, the state is in breach of its duty if it does not take all necessary steps to protect those under its control from third parties violating their right to health.⁶⁸

“Right to the preservation of health and to well-being” is regulated under Article XI of American Declaration of the Rights and Duties of Man. Severe environmental contamination that has the potential to harm people's health and cause them to suffer seriously is incompatible “with the right to be respected as a human being.”⁶⁹ According to the IACtHR, “Special detriment to the right to health, and closely tied to this, detriment to the right to food and access to clean water, have a major impact on the right to a decent existence and basic conditions to exercise other human rights”.⁷⁰ Therefore, “(i)n the case of indigenous peoples, access to their ancestral lands and to the use and enjoyment of the natural resources found on them is closely linked to obtaining food and access to clean water.”⁷¹ The right of community members to a decent existence is negatively impacted when indigenous peoples are denied access to and use of their traditional lands, according to the IACtHR. Since it stopped them from pursuing their customs, they could not use and benefit from the natural resources needed to acquire clean water, practice traditional medicine to treat and prevent illness, or

⁶⁶ 233/06, *Egyptian Initiative for Human Rights and INTERIGHTS v. Egypt*, 16 December 2011, African Commission, para. 261.

⁶⁷ *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*, para. 57.

⁶⁸ *Ligue Ivoirienne Des Droits De L'homme (Lidho) And Others v. Republic Of Côte D'ivoire*, para.171; CESCR “General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health,” para.51.

⁶⁹ Inter-American Commission on Human Rights, Report On The Situation Of Human Rights in Ecuador, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 April 1997, Chapter VIII.

⁷⁰ *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, para.167.

⁷¹ *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, para.167.

engage in their traditional livelihoods.⁷² In line with this opinion, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights noted that in indigenous communities, the individual's health is frequently connected to the society's overall health and has a collective dimension, and activities associated with development that result in the eviction of indigenous peoples from their customary lands and environments, deprived of their food sources, and disrupted in their communal life have a negative effect on their relationship with their lands and their health.⁷³

b. The Right To Life

Ensuring human survival entails protecting the environment.⁷⁴ Put another way, people cannot exercise their rights to those guaranteed by international human rights law without a healthy environment.⁷⁵ Both regional and international instruments protect the right to life.

i. the ECtHR

There shall be legal protection for everyone's right to life, according to Article 2 of the European Convention on Human Rights (ECHR). The ECHR makes no specific reference to the right to the environment. However, environmental problems have the potential to violate someone's right to life. Violations have taken place in this regard, particularly in the context of states' positive obligations. Similar to other disciplines, Article 2 is also applicable to cases when the state's actions or inactions result in a person's death, as well as in situations where a person's life is plainly in danger but no death occurs.⁷⁶

On April 28, 1993, a methane explosion happened at the municipal rubbish tip in Ümraniye, which had been using it despite breaking technical and health

⁷² *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, para.168.

⁷³ CESCR "General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health," para.27.

⁷⁴ *Atapattu, The Right to a Healthy Life*, 99.

⁷⁵ *Atapattu, The Right to a Healthy Life*, 99.

⁷⁶ See *Budayeva and Others v. Russia*, App no. 15339/02, ECtHR, para. 146.

and safety regulations since it first started operations in the early 1970s. The applicants claimed that the national authorities were to blame for the explosion that killed their immediate family members and destroyed their property. According to the European Court of Human Rights (ECtHR), the risk to certain residents living close to the Ümraniye municipality rubbish tip was real and immediate, and it was known or should have been understood by Turkish officials at several levels.⁷⁷ The ECtHR observed that no actions had been taken by the state to inform the residents of the Ümraniye slum of the hazards they would suffer as a result of their choices (para.108). The ECtHR notes that the applicant and his immediate family were given permission by the authorities to reside in their house, in the social and family setting they had established, entirely undisturbed. Although the Ümraniye municipal garbage collection facility did not meet the necessary technical requirements, neither those in charge of its opening nor operation took the necessary precautions to assure the public's protection (para.109). Such conditions result in a substantial breach of Article 2 of the ECHR. The state is required by Article 2 to ensure an adequate response by using all available means for the proper implementation of the legal and administrative framework established to protect the right to life and to suppress and punish violations of this right in cases where lives are lost in circumstances that could be considered to be within the state's responsibility.⁷⁸ In this situation, those responsible for endangering life are those whose negligence is attributable to state representatives or bodies and when that negligence extends beyond a mistake of judgment or carelessness, and when those officials, fully aware of the potential results and abusing their authority, fail to take the required and sufficient precautions to prevent the risks inherent in a dangerous activity.⁷⁹ The violations of Article 2 include not having been charged with or prosecuted for a crime, regardless of any other remedies that might be available to people on their own.⁸⁰

⁷⁷ Öneriyıldız v. Turkey, App no.48939/99, 2004, ECtHR, para.101.

⁷⁸ Öneriyıldız v. Turkey, para.91; Kolyadenko and Others v. Russia, App nos. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05, 2012, ECtHR, para.188.

⁷⁹ Öneriyıldız v. Turkey, para.93; Budayeva and others v. Russia, 2008, para.140.

⁸⁰ Öneriyıldız v. Turkey, para.93; Budayeva and others v. Russia, 2008, para.140; Kolyadenko and Others v. Russia, para.190.

The perpetrators of the events, however, were charged with negligence of duty rather than with violating the right to life.⁸¹ According to the ECtHR, there was insufficient protection provided by the "law" ensuring "the right to life" and discouraging "similar life-threatening" behavior in the future in relation to a tragic incident resulting from the conduct of a hazardous activity.⁸² As a result, the ECtHR determined that there was also a procedural breach of Article 2 of the ECHR.

The applicants in the case of *Budayeva and others v. Russia* reside in the mountainous Tyrnauz region, where two branches of the Baksan River that run through Tyrnauz are known to be vulnerable to mudslides. The case relates to a mudslide tragedy that occurred in the Russian village of Tyrnauz between July 18 and July 25, 2000. The ECtHR views persons who are victims of natural disasters, i.e., those who are flooded in a designated camping area, as engaging in dangerous activity. The ECtHR highlighted that the authorities had been given several warnings in the year prior to the mudslide in August 2000, which would have made them aware of the rising hazards and the authorities are therefore aware that any mudslide, regardless of its size, might have disastrous effects in Tirnovo due to the state of deterioration of the defence system following the previous mudslide.⁸³ Considering the elevated danger of mishaps in the event of a mudslide in 2000, the ECtHR believed that the authorities should have taken every precaution to warn civilians and make preparations for emergency evacuation and in any case, the ECtHR believed that to guarantee that the citizens in issue received adequate protection, it was necessary to alert the public about natural hazards.⁸⁴ This is one of the fundamental practical measures. Though the authorities would have to establish temporary observation posts in the mountains to be able to alert the neighborhood to the mudslide risk, they chose to ignore the specialized surveillance agency's repeated requests, despite the fact that such posts were crucial for ensuring the safety of the locals (para.154). Authorities were therefore

⁸¹ *Öneryıldız v. Turkey*, para.116.

⁸² *Öneryıldız v. Turkey*, para.118.

⁸³ *Budayeva and others v. Russia*, 2008, paras.148-149.

⁸⁴ *Budayeva and others v. Russia*, 2008, para.152; *Kolyadenko and Others v. Russia*, para.181.

unable to adequately enforce the evacuation order or provide residents with advance notice (para.154). Although the authorities can choose whatever essential steps they need to fulfill their positive obligations with a broad margin of appreciation, they did not act in this case until the day of the accident (para.156). The authorities had failed to uphold their positive obligation to create a legal and administrative framework intended to serve as an effective deterrent against threats to the right to life, as required by Article 2 of the ECHR, which constituted a substantive violation of that provision of the Convention (paras.159-160). The ECtHR found that there had been procedural violations of Article 2 because no judicial or administrative body has examined or evaluated the question of state responsibility for the Tyrnauz disaster (paras.161-165).

The applicants in the case *Kolyadenko and Others v. Russia* are six Russian individuals who reside close to the Pionerskaya River and reservoir in Vladivostok, which was constructed in 1936 to supply Vladivostok with drinking water. They were all impacted by the severe flooding that took place in Vladivostok on 7 August 2001 as a result of the urgent reservoir release. The ECtHR ruled that there was more to the events of August 7, 2001, than only the unfavourable weather circumstances that day. Indeed the President of the Water Company warned the Vladivostok Administration in a letter dated June 7, 1999 that it might be necessary to release water from the reservoir urgently in the event of heavy rain. The Vladivostok Administration later acknowledged in a letter dated May 29, 2000 that the water level in the reservoir was approaching the critical level and that some of it would need to be evacuated (para.165). The Pionerskoye reservoir was a man-made industrial structure in this situation, holding millions of cubic meters of water. It was in an area that frequently saw summer typhoons and torrential rain. The operation of such a reservoir, in the ECtHR's opinion, is unquestionably regarded as being under the category of hazardous industrial activities, in light of its location (para.164). Regardless of the weather, the ECtHR decided that the authorities were required to anticipate the prospect of water being released from the reservoir and any potential consequences (para.165). The ECtHR concludes that the state had positive responsibilities under Article 2 of the ECHR to evaluate every possible risk associated with reservoir operation and to act appropriately to guarantee the successful protection of individuals whose lives may be in danger (para.166). The ECtHR found that for many years, the authorities did not do enough to ensure that

the Pionerskaya River channel's throughput was adequate in light of the technical requirements of the Pionerskoye reservoir or, at the very least, to maintain the river channel's openness in order to reduce, if not entirely avoid, the risk and effects of flooding in the event of an emergency water release from the reservoir (para.180). The ECtHR held that there was a fundamental breach of Article 2 as a result of the government's failure to uphold its positive duty to protect the applicants' lives. The lack of effective judicial action by the authorities in the events of August 7, 2001, the ECtHR finds, constituted a procedural violation of Article 2 of the ECHR.

ii. the IACtHR and American Commission

"Every person has the right to have his life respected" reads Article 4 of the American Convention. This right will generally be safeguarded "from the moment of conception" and by the law. The IACtHR declared that "the right to life" is "a fundamental human right" and is required for the enjoyment of all human rights.⁸⁵ This right essentially comprises both the right of every person to not have their life taken from them against their will and the right to prevent the creation of circumstances that make it difficult or impossible to live a good life.⁸⁶ Human life and health are continuously at risk from environmental pollution and degradation and in this way, the American Commission stated that a person's physical environment is inextricably linked to, and in some ways dependent upon, the realization of their right to life as well as their right to physical security and integrity.⁸⁷ According to the American Commission "the right to life, liberty, and personal security" are recognized in Article I of the American Declaration of the Rights and Duties of Man, and Article XI reflects "the interrelationship between the rights to life and health," which guarantees the protection of each individual's health and well-being.⁸⁸

⁸⁵ *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, para.161.

⁸⁶ *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, para.161.

⁸⁷ "OEA/Ser.L/V/II.96 Doc. 10 rev. 1, 24 April 1997, chapter envelopment Activities."

⁸⁸ "OEA/Ser.L/V/II.96 Doc. 10 rev. 1, 24 April 1997, chapter envelopment Activities."

The IACtHR states that the obligation to respect inevitably includes restricting the state's exercise of its powers. States are required to abstain from any action or practice that denies or restricts access to necessities, like enough food and water, as well as from unlawful environmental pollution that has a negative impact on the conditions, enabling the individual to lead a life of dignity.⁸⁹ States are committed to guaranteeing rights, which means they must take all necessary measures to safeguard and maintain the right to life.⁹⁰ States' obligations to respect protective provisions go beyond the relationship between the state's own officials and persons under its jurisdiction and the acts of private individuals may be held against the state if the state fails to fulfill these obligations through the acts or omissions of its representatives while acting as guarantor.⁹¹ The failure of the state to regulate, control, or supervise the actions of those third parties that cause environmental harm may result in the state having international liability for the behavior of those third parties.⁹² The unique relationship that indigenous peoples have with their lands has led the IACtHR to find violations of their right to life. For instance, due to their displacement from their ancestral lands and the unsuitable conditions in the area where their temporary settlements were situated for farming or engaging in traditional subsistence practices like hunting, fishing, and gathering, members of the Yakye Axa Community have also encountered unique and severe difficulties in finding food.⁹³ There was not enough accommodation for the Yakye Axa Community's residents, nor were there enough facilities for even the most basic needs, such as running water and toilets (para.164). The IACtHR believes this has negatively impacted the right to a decent life because it prevents community members from engaging in traditional means of subsistence, using and enjoying the natural resources needed to acquire clean water, and using traditional medicine to stop and treat illness (para.168). Furthermore, the state has not made the required progress to guarantee that

⁸⁹ Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion Oc-23/17, para.117.

⁹⁰ Luna López v. Honduras, (Merits, Reparations and Costs), 2013, IACtHR, para.118; "Street Children" (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala, (Merits), 1999, IACtHR, para.144.

⁹¹ "Mapiripán Massacre" v. Colombia, (Merits, Reparations, and Costs), 2005, IACtHR, para.111.

⁹² Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion Oc-23/17, para.119.

⁹³ Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, para.164.

during their time of landlessness, residents of the Yakye Axa Community live in conditions that respect their dignity (para.168). Due to failure of the State to take action about the circumstances affecting the ability of Yakye Axa Community members to live a life of dignity, the IACTHR determined that the State had breached in conjunction with Articles 4(1) and 1(1) of the American Convention.

iii. the African Court and Commission

When it comes to the African Charter, Article 4, "Every human being shall be entitled to respect for his life and the integrity of his person. No one may be arbitrarily deprived of this right." According to the jurisprudence of the African Court, the right to life is the cornerstone of all other freedoms and rights.⁹⁴ The African Court referred the fact that States are required by international human rights to respect, protect, promote and implement the rights enshrined in the accords to which they are party. The state party is required to abstain from violating the obligation of respect; the state party is obliged to protect and defend rights holders from third-party violations; and the state party must take the required actions to ensure the effective distribution and exercise of the relevant rights to fulfill its commitments to promote and implement.⁹⁵ The right to life goes beyond the commitment of states to refrain from violating life and also imposes an obligation on states to prevent and deter violations of this right by third parties.⁹⁶ States parties are required to take all reasonable steps to safeguard people's lives from threats brought on by people or organizations whose actions cannot be justified by the state.⁹⁷ States parties shall make all the required safety measures to safeguard people from being deprived of their lives by foreign companies, states,

⁹⁴ African Commission on Human and Peoples' Rights v Kenya (merits) (2017) 2 AfCLR 9, para.152; Ligue Ivoirienne Des Droits De L'homme (Lidho) And Others v. Republic Of Côte D'ivoire, para.129.

⁹⁵ Ligue Ivoirienne Des Droits De L'homme (Lidho) And Others v. Republic Of Côte D'ivoire, para.131.

⁹⁶ Ligue Ivoirienne Des Droits De L'homme (Lidho) And Others v. Republic Of Côte D'ivoire, para.133.

⁹⁷ Human Rights Committee, General comment No. 36, Article 6: right to life, CCPR/C/GC/36, 3 September 2019, para.7.

and international organizations that operate within their borders or in other domains they control.⁹⁸

The African Court and Commission ruled that environmental deterioration or destruction may infringe upon that right under Article 4 of the Charter. For instance, in *Ligue Ivoirienne Des Droits De L'homme (Lidho) and Others v. Republic of Côte d'Ivoire*, 528 m3 of hazardous waste were released by the cargo ship *M.V. Probo Koala*, which was chartered by International Trafigura Limited, on August 19, 2006, upon its arrival at the port of Abidjan, Côte d'Ivoire. This had an impact on the city's outskirts and center of economic activity. The ship's existing trash was discharged, and the economic centre of Abidjan, and its outskirts were affected. Chemical waste treatment facilities are absent from all of these locations. Waste dumping caused air pollution and bad odors to spread throughout the Abidjan region. On the same day, thousands of people with symptoms of headaches, nausea, vomiting, rashes, and nosebleeds made their way to medical institutions. The applicants claim that hundreds of thousands of people have been injured, seventeen people have died from breathing toxic fumes, and environmental experts have found significant groundwater contamination, all according to Ivorian authorities. The applicants claim that the respondent state failed to reduce the risk to the lives and physical integrity of Abidjan citizens despite knowing or having a duty to know that the release of hazardous waste posed such a risk. First, Article 4 of the African Charter was cited by the African Court. The African Court then states that Article 4 of the Bamako Convention does not allow the import and dumping of dangerous wastes. Additionally, this Convention stipulates that all Parties shall take the proper administrative, judicial, and other measures. From these various Bamako Convention provisions, it is clear that States parties are required to prevent the importation of toxic wastes into their territories, for which they are required to be aware of the effects on human life.⁹⁹ If such toxic wastes are discovered on a state's territory, the state is required to take

⁹⁸ Human Rights Committee, General comment No. 36, Article 6: right to life, para.22; *Ligue Ivoirienne Des Droits De L'homme (Lidho) And Others v. Republic Of Côte D'ivoire*, para.135.

⁹⁹ *Ligue Ivoirienne Des Droits De L'homme (Lidho) And Others v. Republic Of Côte D'ivoire*, para.137.

action to limit the harmful consequences on human life and is responsible for repairing the harmful consequences on human life (para.137). According to the application and, in particular, the statements of the parties, the defendant state knew that the ship Prob Koala was transporting industrial chemical waste, but it still allowed the TRAFIGURA company to unload its cargo under the condition that it found a company to handle the waste (para.138). The African Court ruled that such authorizations breach the responsibility not to transgress the Bamako Convention's prohibition on the importation of hazardous waste (para.138). Even though the respondent state in the current application was required to prevent the release of dangerous waste, it did not (para.138). The African Court determined that even after the toxic waste, the respondent state did not take all necessary steps to lessen the effects and limit the harm to human life, and that this failure by the state violated several provisions of the Bamako Convention, which stipulate specific steps that states must take (para.140). Although the multinational corporation TRAFIGURA Limited, which hired the MV Probo Koala, was the source of the in question violations, the African Court found that the defendant state ultimately bore the primary responsibility for the human rights violations brought on by the dumping of toxic waste in Abidjan (para.143). The African Court ultimately decided that the right to life had been violated.

c. The Right to an Adequate Standard of Living

On a global scale according to Article 25(1) of the Universal Declaration of Human Rights, “[e]veryone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services”. The ICESCR's Article 11 also guarantees everyone to “an adequate standard of living including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions.” In accordance with Article 24 of the CRC, states parties are required to take appropriate steps to combat disease and malnutrition within the context of primary health care, including by providing adequate nutrient-rich food and water for drinking, while considering the dangers and threats posed by environmental contamination. In other words, the CRC recognizes that every child has the right to acquire enough, nutrient-rich food, while also taking into account the risks and hazards associated with environmental degradation.

Both regional and global instruments make reference to the right to a reasonable standard of living in various ways. For example, the human right to water is essential for “living a life of dignity” since water is essential for both life and health.¹⁰⁰ The right to water is mentioned as being crucial for life and health, along with food, clothing, and housing.¹⁰¹ A clear statement of the right to water can be found in CRC Article 24. The CEDAW recognizes that women have “a right to adequate living conditions,” which includes access to water (Article 14(2-h)). Resolution 64/292 of the UN General Assembly states that “the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights”.¹⁰²

Again the Committee on Economic, Social and Cultural Rights thinks everyone has the human right to food, which is essential to achieving all other rights.¹⁰³ Article XI of the American Declaration of the Rights and Duties of Man also mentions the right to food. Additionally, according to Article 12(1) of the Protocol of San Salvador, all individuals possess the entitlement to sufficient nourishment, which ensures the potential to experience optimal physical, emotional, and cognitive growth. The IACtHR believes that this right effectively safeguards access to food that provides necessary and suitable nourishment to maintain health.¹⁰⁴ The African Charter does not mention the right to food, however the African Commission still recognizes it. According to the African Commission, “[t]he right to food is inseparably linked to the dignity of human beings and is therefore essential for the enjoyment and fulfilment of such other

¹⁰⁰ See “General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant) Adopted at the Twenty-ninth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 20 January 2003,” para.1.

¹⁰¹ See” generally General Comment No. 15: The Right to Water.”

¹⁰² “Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010 [without reference to a Main Committee (A/64/L.63/Rev.1 and Add.1)] 64/292. The human right to water and sanitation, A/RES/64/292, 2.”

¹⁰³ CESCR “General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11) Adopted at the Twentieth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 12 May 1999,” para.1

¹⁰⁴ *Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, para.216.

rights as health, education, work and political participation."¹⁰⁵ Moreover, the African Commission states that protecting and enhancing current food resources and ensuring that all citizens have access to sufficient food are obligations of states under the African Charter and international law.¹⁰⁶ The minimal requirement of the right to food calls on the relevant state to abstain from destroying or polluting resources used to produce food, without even mentioning the obligation to increase food production and ensure access and again, authorities should not permit private parties to contaminate or destroy food supplies and undermine efforts by people to feed themselves.¹⁰⁷ For instance, in the case of the Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v Nigeria, the African Commission determined that the government's use of its security forces and the state-owned oil company to destroy food supplies, its approval of food supply destruction by independent petroleum firms, and its use of terrorism to erect significant barriers to the ability of Ogoni communities to feed themselves all constituted violations of the right to food (para.66).

Finally, the IACtHR states that "the right to cultural participation" includes the right to cultural identity.¹⁰⁸ This right is enshrined in Article XIII of the American Declaration and Article 14(1)(a) of the Protocol of San Salvador. According to the IACtHR, rights to food, participation in cultural activities, and access to water are all "particularly vulnerable" to "environmental impact".¹⁰⁹ In the universal sphere, 27(1) of the Universal Declaration of Human Rights protects to the right to participation in the community's cultural life. Article 15(1)(a) of the ICESCR shows the states parties acknowledge that everyone has "the right to take part in cultural life." One such clause can be found in Article 27 of the ICCPR. The

¹⁰⁵ Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, para.65.

¹⁰⁶ Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, para.65.

¹⁰⁷ Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, para.65.

¹⁰⁸ Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina, para.221.

¹⁰⁹ Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina, para.245.

Human Rights Committee states that for indigenous peoples, appreciating their culture can be connected to a way of life that is intimately tied to their land and how its resources are used, including customary hunting and fishing methods.¹¹⁰ Preserving this privilege, therefore, guarantees the survival and advancement of cultural identity (para.8.13). According to the Human Rights Committee, Article 27 protects individual rights, but these rights also rely on the minority group's ability to preserve "its culture, language, and religion" (para.8.13). In this regard, the Human Rights Committee ruled in *Daniel Billy et al. v. Australia* that Australia violated the applicants' right to enjoy minority cultures by failing to act promptly in taking appropriate adaptation measures that would have allowed the applicants to continue living according to their customs and culture, as well as pass on their knowledge and customs to their children and future generations (para.8.14).

d. The Right to Respect for Private and Family Life

i. the ECtHR

The right to respect for private and family life¹¹¹ and the preservation of the environment are linked, despite the fact that the European Convention on Human Rights lacks an article on environmental protection. This has been established by ECtHR case law. The ECtHR stated that environmental protection has become an increasingly important issue in today's society.¹¹² Given that neither the ECHR nor its Protocols safeguard the freedoms and rights regarding the preservation of nature, Article 8 does not always apply when environmental deterioration takes place.¹¹³ Therefore, interference must directly make an impact on the applicant's home, family, or private life in order to constitute an issue of environmental harm

¹¹⁰ *Daniel Billy et al. v. Australia*, CCPR/C/135/D/3624/2019.

¹¹¹ See Melike Orçin, "Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Bağlamında Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı," in Zerrin Savaşan and Hakan Ünay eds., *Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları- Dünden Bugüne ve Geleceğe*, Ankara: Yetkin Yayınları.

¹¹² See *Ivan Atanasov v. Bulgaria*, 2010, App no: 12853/03, ECtHR, para.66; *Fredin v. Sweden* (No.1), 1991, App no: 12033/86, ECtHR, para.48; *Turgut and Others v. Turkey*, para.90;

¹¹³ See *Ivan Atanasov v. Bulgaria*, para.66; *Fadeyeva v. Russia*, para.68;

within the meaning of Article 8.¹¹⁴ Put it differently the general degradation of the environment is insufficient for the assessment of environmental harm under the purview of Article 8; therefore it creates a detrimental effect on the person's private and family life.¹¹⁵

For the purpose of bringing a claim under Article 8 “the adverse effects of the environmental pollution must attain a certain minimum level of severity”¹¹⁶ and “[t]he assessment of that minimum is relative and depends on all the circumstances of the case, such as the intensity and duration of the nuisance, and its physical or mental effects.”¹¹⁷ It is also essential to consider the environment's general context and there would be no reasonable claim under Article 8 if the alleged harm were negligible compared to the environmental concerns in any contemporary city.¹¹⁸ States are required to create regulations that are relevant to the features of the activity in question, notably the level of risk that may be involved, when it comes to extremely hazardous activities.¹¹⁹ The licensing, establishment, operation, safety, and supervision of the activity should all be covered by these regulations, and all parties involved must take concrete steps to provide the necessary preservation of people whose lives may be put in danger by the inherent hazards.¹²⁰ In this context, the ECtHR has rendered numerous decisions. In *Kyrtatos v. Greece*, the applicants argued that urban expansion had

¹¹⁴ *Fadeyeva v. Russia*, para.68; *Borysiewicz v. Poland*, 2008, App no: 71146/01, ECtHR, para.51

¹¹⁵ *Kyrtatos v. Greece*, 2003, App no: 41666/98, ECtHR, para.52.

¹¹⁶ *Kyrtatos v. Greece*, para. 54; *Borysiewicz v. Poland*, para.51; *Leon and Agnieszka Kania v. Poland*, 2009, App no: 12605/03, ECtHR, para. 100; *Yevgeniy Dmitriyev v. Russia*, 2020, App no: 17840/06, ECtHR, para.32; *Kapa and Others v. Poland*, 2021, App nos: 75031/13 and 3 others, ECtHR, para. 153; *Solyanik v. Russia*, 2022 App no: 47987/15, ECtHR, para. 40.

¹¹⁷ *Fadeyeva v. Russia*, para.69; *Borysiewicz v. Poland*, para.51; *Leon and Agnieszka Kania v. Poland*, para.100; *Jugheli and Others v. Georgia*, 2017, App no: 38342/05, ECtHR, para.62; *Kožul and Others v. Bosnia and Herzegovina*, 2019, App no: 38695/13, ECtHR, para. 34; *Çiçek and Others v. Turkey (dec.)*, 2020, ECtHR, para. 22; *Yevgeniy Dmitriyev v. Russia*, para. 32; *Solyanik v. Russia*, para. 40.

¹¹⁸ *Fadeyeva v. Russia*, para.69; *Solyanik v. Russia*, para. 40; *Jugheli and Others v. Georgia*, para.62; *Çiçek and Others v. Turkey*, para. 22; *Yevgeniy Dmitriyev v. Russia*, para. 32; *Solyanik v. Russia*, 2022, App no:47987/15, ECtHR, para. 40.

¹¹⁹ *Di Sarno and Others v. Italy*, 2012, App no: 30765/08, ECtHR, para.106.

¹²⁰ *Di Sarno and Others v. Italy*, para.106.

wreaked havoc on the swamp next to their property. As a result, urban growth in Tinos' southeast had a severe effect on their quality of life and physical environment. They emphasized that the region has entirely lost its natural beauty and has fundamentally changed from being a natural environment for fauna to a development of tourism. The ECtHR's established case law holds that severe environmental pollution can have an adverse effect on people's well-being and make it difficult for them to enjoy their houses without substantially jeopardizing their health, which would have an adverse effect on their personal and family life.¹²¹ However, depending on the specifics of a case, the most important factor in determining whether environmental pollution negatively affects the rights guaranteed by Article 8(1) of the ECHR, is not merely the general deterioration of the environment but also the presence of a detrimental impact on "the person's private or family sphere" (para.52). The applicants have not presented compelling arguments to show that the asserted harm to "the birds and other protected species living in the swamp" would directly affect their rights under Article 8(1) of the ECHR, the ECtHR finds, even assuming that the urban development of the area has seriously damaged the environment (para.53). For instance, the ECtHR pointed out that if the alleged environmental degradation involved destroying a forest area close to the applicants' residences, it might have had a more immediate effect on their own well-being (para.53). Consequently, in the ECtHR's opinion, the disruption of the swamp animals' habitat did not amount to an assault on the applicants' private or family life (para.53). In line with the Ivan Atanasov decision, the ECtHR concluded that it was not persuaded that the disruption complained of amounted to an intrusion into the applicants' private lives in the absence of proof of a direct impact on the applicants or their quality of life.¹²²

¹²¹ *Kyrtatos v. Greece*, para.52; *López Ostra v. Spain*, para.51; *Guerra and Others v. Italy*, para.60; *Di Sarno and Others v. Italy*, para.104.

¹²² *Çiçek and Others v. Turkey*, 2020, App no: 44837/07, ECtHR, (inadmissible application), para.30-32.

“Article 8 may apply in environmental cases whether the pollution is directly caused by the State or whether State responsibility arises from the failure to regulate private industry properly.”¹²³

The ECtHR noted that noise disturbances or other nuisances that go beyond the ordinary difficulties of living with neighbours, whether caused by private individuals, commercial activities or public institutions, may affect the peaceful enjoyment of one's home.¹²⁴

Manfredonian citizens resided around a kilometer away from the Enichem chemical factory. This factory, which manufactured fertilizer and caprolactam and was deemed "high risk" due to the significant amount of combustible gases it generated, produced both products. Because of the failure of the Italian government to inform the applicants of the factory's health dangers, the applicants brought legal action against it. The ECtHR determined that all of the applicants resided in Manfredonia, which is about a kilometer away from the factory. The ECtHR also noted that the factory had released a significant amount of flammable gases and other hazardous materials, while it was in the process of producing fertilizers and caprolactam and therefore the factory had been classified as high risk in 1988.¹²⁵ It was discovered that Manfredonia frequently received emissions into the atmosphere as a result of the factory's geographic location.¹²⁶ Due to the direct impact of harmful “emissions on the applicants' right to respect for their private and family life,” the ECtHR declared that Article 8 is relevant.

In the case of *Taşkın and Others v. Turkey*, the permission to run a gold mine utilizing the cyanidation technique is at issue. The ECtHR stated that after conducting several investigations, the Supreme Administrative Court of Turkey determined that the licence was not granted in “the public interest” (para.112). The ECtHR also emphasized that, given the location of the gold mine and the local

¹²³ *Hatton and Others v. United Kingdom*, 2003, App no: 36022/97, ECtHR, para.98; *Borysiewicz v. Poland*, para.50; *Giacomelli v. Italy*, 2006, App no: 59909/00, ECtHR, para.78; *Zammit Maempel v. Malta*, 2011, App no: 24202/10, ECtHR, para.61.

¹²⁴ *Kapa and Others v. Poland*, para.151.

¹²⁵ *Guerra and Others v. Italy*, para. 57.

¹²⁶ *Guerra and Others v. Italy*, para. 57.

geology, “the use of sodium cyanide in the mine” posed “a threat to the environment and the right to life” of the community in the area and that the safety precautions the company had put in place were insufficient to completely get rid of the hazards associated with like an action (para.112). In light of the environmental impact assessment conducted under national legislation, the ECtHR determined that Article 8 is relevant (paras.112-114).

The applicant claimed that the continued use of the nearby cemetery had contaminated the soil on his property and his only source of drinking water, preventing him from using his home and its amenities normally and negatively affecting his and his family's physical and mental well-being. The ECtHR determined that the applicant's home was steadily approached by the cemetery.¹²⁷ The ECtHR finds that the expert assessments provided by the applicant corroborate the existence of hazardous environmental threats to their property, and these reports claim that the applicant's home is too close to the cemetery, in violation of the rules, and that the cemetery may pollute the applicant's property (para.43). The operation of the cemetery close to the applicant's home had contaminated his land and water well, according to the court, which determined that this had interfered with his rights under Article 8 of the ECHR (paras.44-5).

ii. the Human Rights Committee

Article 17 of the ICCPR states that nobody should become the arbitrary target or illegal interference with his family, home, correspondence, or privacy, nor should be the target of illegal attacks on his honor and reputation. For the first time, the Human Rights Committee found that Article 17 of the ICCPR had been violated., which states that family and private life are adversely impacted by climate change. The parties assert that climate change has already impacted their personal, domestic, and familial lives. They also mention that there are floods on the islands and that in 2010, floods completely wrecked Stanley Marama's home. The parties rely on agriculture, fishing, and other marine resources for their livelihoods. The Human Rights Committee states that Article 17 covers both the

¹²⁷ Solyanik v. Russia, para.42.

avoidance of arbitrary interference and the affirmative actions required to guarantee the effective exercise of the rights enumerated in Article 17 if state authorities and other physical or legal persons intervene (para.8.10). Regarding the loss of crops and fruit trees in the area where the authors reside and raise crops and the reduction of marine resources utilized for food, the Human Rights Committee observes that the state party still needs to offer alternate explanations. These aspects comprise the writers' home, family, and private lives (para.8.12). The Human Rights Committee observed that the authors' lives have been adversely impacted by the following: the inundation and flooding of their villages and ancestral burial grounds; the destruction or wilting of their traditional gardens as a result of flooding or seawater ingress; the decline of marine species that are important for culture and nutrition; as well as the resulting coral bleaching and ocean acidification (para.8.12). The Human Rights Committee takes note of the authors' claims that they have been anxious and distressed due to erosion getting closer to some of the homes in their communities. Their culture revolves around maintaining and visiting ancestral cemeteries, necessitating getting together with deceased family members. The Human Rights Committee notes the authors' argument that their most critical traditional rituals have significance only when performed on the grounds of indigenous communities (para.8.12). The Human Rights Committee believes that the right to one's home is directly impacted by the effects of climate change, particularly environmental deterioration on traditional territories in communities where sustenance heavily hinges on the availability of natural resources and where there is no available humanitarian help or other means of subsistence. Due to the severity of the effects, their length, and the bodily or psychological trauma they inflict, the negative effects are severe. Then, environmental deterioration can have a negative impact on people's well-being and be considered a severe and predictable breach of one's home, family, and privacy (para.8.12).

e. The Right To Property

i. the IACtHR

Damage to the environment may negatively impact one's right to property. The American Convention's Article 21 governs property rights. Particular significance is placed on property rights by indigenous peoples in the American

human rights system. In this regard, the IACtHR has stated that the indigenous peoples communally own the land according to their communitarian customs and that the concept of collective property of the land refers to the concentration of land ownership on the group and community, rather than on an individual.¹²⁸ The land is essential to indigenous peoples' culture, spirituality, integrity, and ability to survive economically, and these connections to it should be acknowledged.¹²⁹ Indigenous communities view their relationships to the land as more than just a matter of production and possession; they also view it as a tangible and spiritual component that in order to transmit their traditional heritage to subsequent generations, they must thoroughly appreciate it.¹³⁰ The IACtHR confirmed in *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay* that both private property owned by people and communal property of indigenous peoples are protected under Article 21 of the American Charter (para.143). The IACtHR ruled that

“The culture of the members of the indigenous communities directly relates to a specific way of being, seeing, and acting in the world, developed on the basis of their close relationship with their traditional territories and the resources therein, not only because they are their main means of subsistence, but also because they are part of their worldview, their religiosity, and therefore, of their cultural identity.”¹³¹

In addition to the indigenous peoples' property rights, the IACtHR stated that they are also entitled to own the natural resources they have historically exploited in their territories¹³² and because members of indigenous and tribal peoples are inextricably linked to their land, Article 21 of the American Charter guarantees their basic survival by protecting their right to property over their territory.¹³³ Thus, in the context of indigenous and tribal people, It is valuable to have a

¹²⁸ *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, 2001 (Merits, Reparations and Costs), IACtHR, para.149.

¹²⁹ *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, para.149.

¹³⁰ *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, para.149.

¹³¹ *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, para.135.

¹³² *Saramaka People v. Suriname*, para.121.

¹³³ *Saramaka People v. Suriname*, para.122.

connection between the natural resources on and within the land and the right to enjoy them.¹³⁴ Nonetheless, the IACtHR also ruled that the interpretation of Article 21 of the American Charter must not be construed to prohibit the state from any privilege for identifying and processing natural resources.¹³⁵ However, the restriction should not imply the rejection of traditions and practices that could harm the group's and its members' survival.¹³⁶

ii. the ECtHR

European cases involving property rights have taken up grounds akin to those concerning the right to private and family life, with plaintiffs arguing that deterioration of the environment impedes their ability to enjoy their property in peace.¹³⁷ The ECtHR reaffirmed that although the overall protection of the environment is not the express purpose of any article in the ECHR, it has become an increasingly important issue in today's society.¹³⁸ The ECtHR stated that the protection of the environment is a topic that draws the attention of public and public authorities.¹³⁹ According to the ECtHR, financial obligations and even some essential rights should not precede environmental protection considerations, especially when the state legislates.¹⁴⁰ Public authorities, therefore, have a responsibility, which should result in them intervening at the right time in practice to make sure that legal provisions implemented to protect the environment do not become completely ineffective.¹⁴¹ Later, it reiterated this position, particularly in the case of *Turgut and Others v. Turkey* of 2008.¹⁴²

¹³⁴ *Saramaka People v. Suriname*, para.122.

¹³⁵ *Saramaka People v. Suriname*, para.126.

¹³⁶ *Saramaka People v. Suriname*, para.128.

¹³⁷ Lewis, *environmental human rights and climate change*, 28.

¹³⁸ *Hamer v. Belgium*, 2007, App no: 21861/03, ECtHR, para.79.

¹³⁹ *Hamer v. Belgium*, para.79.

¹⁴⁰ *Hamer v. Belgium*, para.79.

¹⁴¹ *Hamer v. Belgium*, para.79.

¹⁴² App no: 1411/03, see para.90.

According to the ECtHR, accidents in the field of waste treatment, which is a topic related to industrial growth and urban planning, are under the jurisdiction of the state because it is governed and managed by the State.¹⁴³ The ECtHR believes that in this situation, the government must take all reasonable steps to safeguard private property interests.¹⁴⁴ However, the ECtHR believes that uncontrollable natural disasters do not necessitate as much state involvement as risky man-made activities do, and as a result, the state's positive obligations to safeguard property from weather dangers do not have to be as extensive.¹⁴⁵ The ECtHR believes that a distinction needs to be made between the obligations under Article 1 of the Protocol No. 1 to the ECHR and the positive obligations under Article 2 of the ECHR.¹⁴⁶ The states must take all reasonable steps to defend this right in the area of disaster relief as part of the extent of Article 2's positive obligations due to the right to life's fundamental importance.¹⁴⁷ However, the need to protect one's non-absolute right to enjoy one's property cannot be extended beyond reasonable limits.¹⁴⁸

In *Öneryıldız v. Turkey*, the ECtHR states that the real and effective enjoyment of the right guaranteed by Article 1 of the Protocol No. 1 depends not only on the state's duty to refrain from interfering and this is particularly true in cases where there is an obvious link between the applicant's ability to use his possessions and the responses he may reasonably anticipate from the government (para.134). The engulfment of the applicant's home is likewise covered by the established causal relationship between the state's gross negligence and the fatalities (para.135). Because state officials and the appropriate measures had not been taken by the state to protect the applicant's property rights, the ECtHR stated that a positive obligation had been broken (para.135). The ECtHR stressed that measures relating to regional planning and environmental protection, where the interests of society

¹⁴³ *Budayeva and Others v. Russia*, para.173.

¹⁴⁴ *Budayeva and Others v. Russia*, para.173.

¹⁴⁵ *Budayeva and Others v. Russia*, para.174.

¹⁴⁶ *Budayeva and Others v. Russia*, para.175.

¹⁴⁷ *Budayeva and Others v. Russia*, para.175.

¹⁴⁸ *Budayeva and Others v. Russia*, para.175.

as a whole are prioritized, provide the state greater discretionary power than in cases where civil rights are exclusively at issue.¹⁴⁹ In other words, the interests of society as a whole take precedence in environmental matters, and such cases, the state has more discretion than in cases where the only issue is civil rights.

2. Procedural Rights

International human rights law requires states to follow particular procedural obligations in order to safeguard the environment. Among these responsibilities are (a) determining the effects on the environment and providing the public with access to environmental information (b) enabling public involvement in environmental decision-making procedures while safeguarding the right to free speech and jurisdiction, and (c) giving victims of damage access to remedies.¹⁵⁰

Public access to environmental information¹⁵¹ is a requirement of many environmental instruments, such as Principle 10 of the Rio Declaration, Article 6 of the United Nations Framework Convention on Climate Change and Article 10 of the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants. For the exercise of other rights, like participation rights, the right to information is also extremely important.¹⁵² The enjoyment of other rights, including the right to life, “the right to the best possible level of health,” adequate housing, and others, depends on the

¹⁴⁹ Depalle v. France, 2010, App no: 34044/02, ECtHR, paras. 84 and 87; Barcza and Others v. Hungary, 2016, App no: 50811/10, ECtHR, para.46; O’Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Irlande, 2018, App no: 44460/16, ECtHR, para. 124; Bērziņš and Others v. Latvia, 2021, App no: 73105/12, ECtHR, para. 90.

¹⁵⁰ “Human Rights Council, Report of the Independent Expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, John H. Knox, A/HRC/25/53, 30 December 2013, “para.29; Human Rights Council, “Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, A/HRC/31/52, 1 February 2016,” para.50.

¹⁵¹ See Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, *Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma*, (İstanbul: Beta, 2015), 147-156.

¹⁵² A/HRC/25/53, para.30.

right to information and participation.¹⁵³ Human rights mechanisms have highlighted the need for states to allow access to environmental data and evaluate potential environmental impacts to prevent environmental harm from affecting the enjoyment of human rights.¹⁵⁴ The ability to safeguard and defend one's rights against potentially detrimental environmental consequences is a prerequisite for having access to information, which is acknowledged as a human right by many.¹⁵⁵

Two regional conventions specifically guarantee procedural rights. The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (widely known as the Aarhus Convention) is one of these. However the Aarhus Convention solely addresses the access to information and justice, involvement of the public in environmental decision-making. To put it another way, it is procedural. In compliance with the Convention's provisions, it will contribute to protecting all people's rights, present and future generations included, to live in environments that are appropriate for their health and well-being if state parties uphold access to information, the involvement of the public in environmental decision-making, and access to justice in environmental problems (Article 1). It is the obligation of parties to the Aarhus Convention to "ensure a healthy environment for the well-being of individuals" (Preamble).

The other is the Regional Agreement on Access to Information, Public Participation, and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean, also known as the Escazú Agreement, as guarantees the complete and effective implementation of rights to access environmental information, public involvement in environmental decision-making, and access to justice in environmental problems in Latin America and the Caribbean (Article 1). It also helps to protect everyone's right to a healthy environment, both now and in the future (Article 1). Article 4 of the Escazú Agreement states that State Parties "shall

¹⁵³ Human Rights Council, "Promotion And Protection Of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social And Cultural Rights, Including The Right To Development, A/HRC/7/21, 18 February 2008," 2. and para.32.

¹⁵⁴ See A/HRC/25/53, para.31.

¹⁵⁵ A/HRC/43/53, para.14.

guarantee the right of every person to live in a healthy environment". This implies that a substantive environmental right is recognized by Article 4.

Additionally, regional courts have declared that withholding information on environmental issues from the general public may be a violation of the conventions' provisions. For instance, according to the ECtHR, regard for one's personal and family life as defined by Article 8 requires the establishment of an efficient and accessible procedure to ensure that such people receive all pertinent and appropriate information when a government engages in risky activities that may have latently harmful effects on people's health.¹⁵⁶ When a state's actions that could endanger the environment and infringe on individual rights are in question, the public must have access to the studies that the state has conducted on these issues and to information that will allow the general population to evaluate the risk to which they are exposed to prevent an infringement of Article 8.¹⁵⁷

The case of *Ligue Ivoirienne Des Droits De L'Homme (Lidho) and Others v. Republic of Côte d'Ivoire* serves as another illustration. The applicants assert that the respondent state failed to inform communities exposed to hazardous substances regarding the nature of the waste and its negative impact on the general public. Article 9 of the Charter provides "Every individual shall have the right to receive information." The African Court maintains that, in an objective sense, "the right to information" protected by Article 9 of the African Charter entails a guarantee that everyone has the right to access all information in the public domain (para.191). The ability to access information about any procedure or topic that interests them is part of their right to information (para.191). In this regard, the African Court stated that it is supported by current international standards on the right to information on the disposal of toxic waste and its effects on people and the environment, which acknowledge that before, during, and after waste dumping, states have an obligation to provide readily available, easily accessible information to those harmed or potentially harmed on an equal and non-discriminatory basis (para.193). States must also ensure that everyone can exercise

¹⁵⁶McGinley and Egan v. United Kingdom, 1998, 10/1997/794/995-996, ECtHR, para.101; Hardy and Maile v. United Kingdom, para.246.

¹⁵⁷ Taşkın and Others v. Turkey, para.119.

their right to information by providing access to information regarding public health and other issues that affect the general public (para.195).

CONCLUSION

It is a contentious issue whether the right to a healthy environment exists in international human rights law. The exact definition of the right to a healthy environment has yet to be established by an international document. Nonetheless, in any case, it is difficult to define this right and determine its scope. Although it is impossible to define this right, it can be assessed under elements. The relationship between human rights and the environment can be used to assess "the right to a healthy environment". In this context, it is divided into two sub-headings: substantive and procedural rights. When protecting the environment through the application of human rights, people's rights, including the rights to life, health, privacy, and property, are addressed rather than the consequences on the environment. The environmental protection is not directly at issue here. The other is that the right to the environment can include environmental elements without harming the rights of any individual. In this respect, the right appears broadly, requiring protecting the global environment, global climate, ecology, and all living creatures that live with humans and deserve protection.

In order to determine the scope of the right on a global scale, it is necessary to look at the regulations that directly include this right. It is regionally included in regulations such as the African Charter, the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, and the San Salvador Protocol. The African Charter was the first document to include the right to a healthy environment. With the UN General Assembly's resolution, "a safe, clean, healthy, and sustainable environment" was acknowledged as a fundamental human right for the first time on a global scale.

The right is partially protected within the framework of human rights conventions such as the ECHR and the ICCPR, which do not include any right to the environment. Environmental problems and/or degradation must negatively impact the enjoyment of at least one convention-guaranteed right to qualify for protection under these conventions. In this context, the decisions of international and/or regional courts, committees, and commissions show that environmental problems may adversely affect the enjoyment of human rights. There is also a very big literature which criticise the role of human rights law in protecting

environment. That literature has not been engaged at all. These do not cover environmental protection or general degradation. The objective is to uphold the fundamental rights and freedoms outlined in the conventions. A direct impact on an individual's or individuals' rights, such as life, home, private or family life, and property, is necessary for environmental degradation to fall under this scope of violation. Individual health outcomes are not always negatively impacted by environmental degradation. For example, a person's property may have been harmed by environmental deterioration, or this degradation may have affected their private or family life. As a result, the right to a healthy environment has been accepted as falling under the purview of human rights in rules that do not mention it. The right to a healthy environment is only included if human rights are violated. The right to protect nature, or the protection of ecology or ecosystems, is not a goal that human rights bodies should achieve. Thus, environmental degradation does not directly apply to the relevant conventions. In summary, the right is only protected insofar as it pertains to the relationship between human rights and the environment, including substantive rights like the right to life and health and procedural rights like information access, environmental impact assessments, and public availability of environmental information. Without impairing the rights of any individual, the right to the environment can also encompass environmental components. Therefore, safeguarding ecosystems and ecology is part of the right to a healthy environment free from human harm. The right to a healthy environment is a broad concept that requires protecting the global environment, climate, ecology, and all living things that live together with humans and deserve protection.

This right will be recognized increasingly worldwide, as evidenced by the fact that it is recognized at the regional level and was first adopted as a right by the UN General Assembly. If the right to a healthy environment is directly included in the conventions, applications can be made only within the scope of the protection of nature, and thus, individuals will not need to prove that their rights have been violated. The recognition of the right to a healthy environment would explicitly oblige states to stop, protect, and improve the ecology and ecosystem from deterioration. Ultimately, the international recognition and enforceability of the right to a healthy environment would be essential in ensuring the full enjoyment of human rights and welfare for present and future generations. However, states have long been reluctant to recognize in international human

rights law an autonomous and fundamental right “to a healthy environment” nearly four decades of expertise with regional human rights treaties and national constitutions because of economic interests.¹⁵⁸ The recognition of a “new” human right with unclear implications or ambiguous content may understandably cause states to hesitate ¹⁵⁹

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar, bu çalışmada çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu çalışma için etik kurul onayı gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has not declared whether ethical committee approval is required for this research.

¹⁵⁸ E. Cima, “The right to a healthy environment: Reconceptualizing human rights in the face of climate change” *RECIEL*, 31 (2022): 38-49, 43.

¹⁵⁹ A/73/188, para.38.

REFERENCES

Books and Journals

- Atapattu, Sumudu. "The Right to a Healthy Life or the Right to Die Polluted?: The Emergence of a Human Right to a Healthy Environment Under International Law," *Tulane Environmental Law Journal*, Vol. 16, No. 1(2002):65-126.
- Banda, Maria L. "Inter-American Court of Human Rights' Advisory Opinion on the Environment and Human Rights", *AM. SOC'Y INT'L L.: INSIGHTS*, (2018).
- Bilgili, Muhammed Yunus. "Anayasal Bir Hak Olarak Çevre Hakkı," *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 6(2), (2015): 563-584.
- Bilir, Faruk ve Hamdemir, Berkan. "Çevre Hakkı ve Uygulaması," *International Conference On Eurasian Economies*, (2011):143-9.
- Boyd, David R. "Catalyst for Change: Evaluating Forty Years of Experience in Implementing the Right to a Healthy Environment", in *The Human Right to a Healthy Environment*, eds. John H. Knox and Ramin Pejan, (Cambridge: Cambridge University Press, 2018).
- Boyle, Alan. "Human Rights and the Environment: Where Next?" *EJIL*, 23(3), (2012):613-642.
- Bratspies, Rebecca. "Do We Need a Human Right to a Healthy Environment?," *Santa Clara J. Int'l L*, 13(1), (2015):31-69.
- Cima, E. "The right to a healthy environment: Reconceptualizing human rights in the face of climate change" *RECIEL*, 31 (2022): 38-49.
- Cuomo, Kerry Kennedy. "Human Rights and the Environment: Common Ground", *Yale Journal Of International Law*, 18(227), (1993):227-233.
- Çelenk, Bengü. "Climate change and security debates in the United Nations Security Council between 2007-2021," *Critical Studies on Security*, (2023):1-20.
- Çelenk, Bengü. "İklim Değişikliği, Tehdit Çarpanı Etkisi ve Güvenlik: İklim Güvenliğinden Uluslararası Güvenliğe," *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, 19(46), 2023:537-59.
- Gayretli, Ceren Pınar. "Bildiğimiz Çevre Hukuku'nun Sonu: Doğaya Haklar Tanımak", in *Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları- Düünden Bugüne ve Geleceğe*, eds. Zerrin Savaşan ve Hakan Ünay, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021).

- Gemalmaz, Mehmet Semih. "Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Düzenlemesi," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 52(1-4), (2011):233-278.
- Güneş, Ahmet M. *Çevre Hukuku*, (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2023).
- Hamurcu, Can. "Çevre Hakkı Üzerine Düşünceler," *İnsan Hakları Yıllığı*, (1983-4): 171-180.
- Kaboğlu İbrahim Ö. ve Yancı Özalp, Nihan. *Çevre Hakkı*, (Tümüyle Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2021).
- Knox, John H. and Pejan, Ramin. "Introduction," in *The Human Right to a Healthy Environment*, eds. John H. Knox and Ramin Pejan, (Cambridge: Cambridge University Press, 2018).
- Lewis, Bridget. *Environmental Human Rights and Climate Change: Current Status and future Prospects*, (Singapore: Springer, (2018).
- Olgun, Hakan ve Işık, Volkan. "Bir "İnsan Hakkı" olarak "Çevre Hakkı" ve Türk Hukukundaki Yeri," *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi*, Nisan 2017, 3(1), 2017:33-52.
- Sarıbeyoğlu Skalar, Melte. *Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma*, (İstanbul: Beta, 2015).
- Savaşan, Zerrin. "Çevre Hakları: İnsan Hakları Kuralları ile Korunmadan Asli Korumaya," in *Çevre Hukuku ve Politikaları-Kavramlar, Teoriler ve Politikalar*, eds. Zerrin Savaşan, Çağlar Söker ve Fırat Harun Yılmaz, (Ankara: Seçkin, 2021).
- Tigre, Maria Antonia. "International Recognition of The Right to A Healthy Environment: What Is the Added Value For Latin America and the Caribbean?," 117 *AJIL Unbound*, (2023).

Cases

- "Street Children " (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala, (Merits), 1999, IACtHR.
- "Mapiripán Massacre" v. Colombia, (Merits, Reparations, and Costs), 2005, IACtHR.

- 155/96: Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, African Commission.
- 233/06: Egyptian Initiative for Human Rights and INTERIGHTS v. Egypt, 16 December 2011, African Commission.
- 241/01: Purohit and Moore v. The Gambia, 29 May 2003, African Court.
- 25/89, 47/90, 56/91, 100/93: World Organisation Against Torture, Lawyers' Committee for Human Rights, Jehovah Witnesses, Inter-African Union for Human Rights v. Zaire, African Commission.
- African Commission on Human and Peoples' Rights v Kenya (merits) (2017) 2 AfCLR 9.
- Barcza and Others v. Hungary, 2016, App no: 50811/10, ECtHR.
- Bērziņš and Others v. Latvia, 2021, App no: 73105/12, ECtHR.
- Borysiewicz v. Poland, 2008, App no: 71146/01, ECtHR.
- Çiçek and Others v. Turkey, 2020, App no: 44837/07, ECtHR.
- Daniel Billy et al. v. Australia, CCPR/C/135/D/3624/2019.
- Depalle v. France, 2010, App no: 34044/02, ECtHR.
- Di Sarno and Others v. Italy, 2012, App no: 30765/08, ECtHR.
- Fadeyeva v. Russia, 2005, App no: 55723/00, ECtHR.
- Fredin v. Sweden (No.1), 1991, App no: 12033/86, ECtHR.
- Giacomelli v. Italy, 2006, App no: 59909/00, ECtHR.
- Guerra and others v. Italy, (1998) App no: 116/1996/735/932, ECtHR.
- Hamer v. Belgium, 2007, App no: 21861/0, ECtHR 3.
- Hardy and Maile v. United Kingdom, 2012, App no: 31965/07, ECtHR.
- Hatton and Others v. United Kingdom, 2003, App no: 36022/97, ECtHR.
- Ivan Atanasov v. Bulgaria, 2010, App no: 12853/03, ECtHR.
- Jugheli and Others v. Georgia, 2017, App no: 38342/05, ECtHR.
- Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname, (Merits, Reparations and Costs), 2015, IACtHR.
- Kapa and Others v. Poland, 2021, App nos: 75031/13 and 3 others, ECtHR.
- Kawas-Fernández v. Honduras, 2009 (Merits, Reparations and Costs), IACtHR.

Kolyadenko and Others v. Russia, 2012, App nos. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05, ECtHR.

Kožul and Others v. Bosnia and Herzegovina, 2019, App no: 38695/13., ECtHR.

Kyrtatos v. Greece, 2003, App no: 41666/98, ECtHR.

Leon and Agnieszka Kania v. Poland, 2009, App no: 12605/03, ECtHR.

Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina, (Merits, reparations and costs), Judgment, 2020, IACtHR.

Ligue Ivoirienne Des Droits De L'homme (Lidho) And Others v. Republic Of Côte D'ivoire, App no: 041/2016, African Court.

López Ostra v. Spain, 1994, App no: 16798/90, ECtHR.

Luna López v. Honduras, (Merits, Reparations and Costs), 2013, IACtHR.

Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, 2001 (Merits, Reparations and Costs), IACtHR.

McGinley and Egan v. United Kingdom, 1998, 10/1997/794/995-996, ECtHR.

O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Irlande, 2018, App no: 44460/16, ECtHR.

Öneryıldız v. Turkey, App no.48939/99, 2004, ECtHR.

Saramaka People v. Suriname. Preliminary objections, (Merits, reparations and costs), 2007, IACtHR.

Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay. (Merits, reparations and costs), 2006, IACtHR.

Solyanik v. Russia, 2022 App no: 47987/15, ECtHR.

Solyanik v. Russia, 2022, App no:47987/15, ECtHR.

Taşkın and Others v. Turkey, 2004, App no: 46117/99, ECtHR.

Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay. (Merits, reparations and costs), 2005, IACtHR.

Yevgeniy Dmitriyev v. Russia, 2020, App no: 17840/06, ECtHR.

Zammit Maempel v. Malta, 2011, App no: 24202/10, ECtHR.

Other Resorces

CESCR General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11) Adopted at the Twentieth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 12 May 1999.

CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000 (Contained in Document E/C.12/2000/4).

Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration, 1972).

General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant) Adopted at the Twenty-ninth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 20 January 2003.

Human Rights and the Environment, Final report prepared by Mrs. Fatma Zohra Ksentini, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1994/9, 6 July 1994.

Human Rights Committee, General comment No. 36, Article 6: right to life, CCPR/C/GC/36, 3 September 2019.

Human Rights Council, Promotion And Protection Of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social And Cultural Rights, Including The Right To Development, A/HRC/7/21, 18 February 2008.

Human Rights Council, Report of the Independent Expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, John H. Knox, A/HRC/25/53, 30 December 2013.

Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, A/HRC/31/52, 1 February 2016.

Human Rights Council, Right to a healthy environment: good practices, A/HRC/43/53, 30 December 2019.

Human Rights Council, the human right to a clean, healthy and sustainable environment, A/HRC/RES/48/13, Resolution adopted by the Human Rights Council on 8 October 2021.

Inter-American Commission on Human Rights, Report On The Situation Of Human Rights in Ecuador, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 April 1997.

Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion Oc-23/17 of November 15, 2017 Requested By the Republic of Colombia the Environment and Human Rights (State Obligations in Relation to the Environment in the Context of the Protection and Guarantee of the Rights to Life and to Personal Integrity: Interpretation and Scope of Articles 4(1) and 5(1) In Relation to Articles 1(1) And 2 Of The American Convention On Human Rights).

Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010 [without reference to a Main Committee (A/64/L.63/Rev.1 and Add.1)] 64/292. The human right to water and sanitation, A/RES/64/292.

United Nations General Assembly The human right to a clean, healthy and sustainable environment, A/RES/76/300, Resolution adopted on 28 July 2022.

United Nations General Assembly, Human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, A/73/188, 19 July 2018.

UN General Assembly, "The human right to a clean, healthy and sustainable environment", A/76/L.75, 26 July 2022.

OSMANLI HUKUKUNDA KADINA YÖNELİK ŞİDDETİN ÖNLENMESİ BAĞLAMINDA ŞARTLI TALAK

Conditional Talaq in the Context of Prevention of Violence Against Women in Ottoman Law

Süleyman Emre ZORLU*

Öz


Şiddet hemen her millette ve toplulukta görülen son derece yaygın bir olgudur. Kişi, sokakta, okullarda, iş yerinde, ev içerisinde hemen her yerde fiziksel, psikolojik, duygusal ve ekonomik şiddete maruz kalabilir. İslam ahlakı şiddet toplumunu ve şiddete dayalı her türlü düzeni ret etmekte, sevgi ve saygıya dayalı erdemli bir toplum inşasını gerekli kılmaktadır. Sevgi ve saygıya dayalı olmayan her türlü ilişki, insan psikolojisine zarar vermekte ve amaçlanan erdemli, başarılı, sağlıklı ve saygın birey hedefine ulaşamamaktadır. İslam hukuk sisteminin uygulandığı Osmanlı Devleti'nde şiddete dayalı aile düzeni içerisinde bulunan kadınların kaderlerine terk edilmediği, çeşitli hukuki araçlarla korunmaya çalışıldığı şer'iyeye sicillerinden anlaşılmaktadır. Bu hukuki araçlardan bir tanesi de şartlı talak kurumudur. Osmanlı Devleti'nde kadı marifetiyle veya aile içerisinde fiziksel şiddet eyleminin tekrarı halinde karısının kendisinden

* Dr. Öğr. Üyesi, Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, s.emrezorlu2742@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-8470-4296.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 31.01.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 25.06.2024.

Atıf/Citation: Zorlu, Süleyman Emre. "Osmanlı Hukukunda Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Bağlamında Şartlı Talak." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024): 265-302.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

boşanmış olacağı şeklinde alınan şartlar veya ekonomik şiddet halinde boşanmaya ilişkin yetkinin devredilmesine ilişkin alınan şartlar şartlı talaka işaret etmektedir. Şartlı talak kurumunun aile içi şiddetin önlenmesi bağlamında son derece etkin olarak kullanılan bir özel hukuk kurumu olduğu görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kadına Yönelik Şiddet, İslam Hukuku, Osmanlı Hukuku, Şartlı Talak, Osmanlı Aile Hukuku.

Abstract

Violence is an extremely common phenomenon seen in almost every nation and community. A person can be exposed to physical, psychological, emotional and economic violence almost anywhere, on the street, in schools, at work and at home. Islamic morality does not accept a violent society and any order based on violence, and requires the construction of a virtuous society based on love and respect. Any relationship that is not based on love and respect harms human psychology and the intended goal of a virtuous, successful, healthy and respected individual cannot be achieved. It is understood from the court records that in the Ottoman Empire, where the Islamic legal system was implemented, women in a family system based on violence were not abandoned to their fate, but were tried to be protected by various legal tools. One of these legal tools is the institution of conditional divorce. In the Ottoman Empire, the conditions taken by the Kadi or within the family that the wife would divorce him in case of repetition of the act of physical violence, or the conditions taken regarding the transfer of the authority regarding divorce in case of economic violence, indicate conditional divorce. It appears that the conditional divorce institution is a private law institution that is used extremely effectively in the context of preventing domestic violence.

Key Words: Violence Against Women, Islamic Law, Ottoman Law, Conditional Talaq, Ottoman Family Law.

GİRİŞ

Şiddet maalesef geçmişten günümüze birey ayırt etmeksizin aile içerisinde, okullarda, sokakta ve işyerinde toplumsal yaşamımızı olumsuz etkileyen bir olgu olarak varlığını devam ettirmektedir. Şiddet kendisine maruz kalan kadar olaya tanıklık eden kişilerin de sosyal ve psikolojik gelişim veya yapısını olumsuz

anlamda etkileyen bir faktör olarak karşımıza çıkar. Şiddet kavramı uygulanma şekline, mağdurunun kim olduğuna, nerede veya kim tarafından gerçekleştirildiğine göre farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Kadına yönelik şiddet de mağduru kadın olan her türlü psikolojik, ekonomik, duygusal ve fiziksel olarak gerçekleştirilen şiddet eylemleri olarak tanımlanabilir. Şiddet eylemleri neticesinde failin, toplum tarafından kınanmasıyla birlikte hukuk kuralları çerçevesinde idari, hukuki, cezai ve etik sorumluluğu da bulunmaktadır.

Osmanlı Devleti'nde de kadına yönelik şiddet eylemlerine doğal olarak rastlanmıştır. Osmanlı Devleti'nde İslam hukuk sistemi benimsenmiş geliştirilmiş ve uygulanmıştır. İslamiyete göre haksız yere bir kimseye şiddet eylemlerinde bulunmak birine zulmetmek büyük günahlardan olmakla birlikte, İslam hukukunda da söz konusu eyleme türlü yaptırımlar öngörülmüştür. Kasten yaralamaya kısas ve tazir yaptırımları ceza sorumluluğu bağlamında öngörülen hükümler arasındadır. Bu türlü şiddet eylemleri neticesi mağdur olan kadınların Osmanlı idaresi ve adli makamları tarafından korunmaya çalışıldığı şer'iyeye sicillerinden anlaşılmaktadır.

İslam ve Osmanlı hukukunda kadına yönelik şiddet eylemleri neticesinde özel hukuk anlamında çeşitli koruma mekanizmaları geliştirilmiştir. İslam ve Osmanlı hukukunda boşama yetkisi kocadadır. Ancak koca boşama yetkisini dilerse eşine devredebilmektedir. Koca aynı zamanda talaka şart da getirebilmektedir. Özellikle kocanın eşine uyguladığı fiziksel şiddetten kadının korunması bağlamında şartlı talak kurumundan yararlanıldığı görülmektedir. Şartlı talak kurumunun gerek kadılar tarafından, gerekse fiziksel, psikolojik veya ekonomik şiddet mağduru kadınların, aileleri tarafından yeniden barıştırılırken devreye alınan bir hukuki kurum olduğu anlaşılmaktadır.

Makalemizde kadına yönelik şiddet kavramı, kadınların maruz kaldıkları şiddet türleri, kadına yönelik şiddet bağlamında Osmanlı Devleti'ndeki kadınların durumundan bahsedildikten sonra, şartlı talak müessesesi ve Osmanlı uygulaması açıklanmaya çalışılmıştır. Şartlı talak fıkıh kitaplarında ve Türk hukuk tarihi dersleri ile ilgili yazılmış kitaplarda ayrı bir başlık altında ele alınmış bir konudur. Makalemizde söz konusu kaynaklardan şartlı talak müessesesini ortaya koymak için yararlanılmakla birlikte, Osmanlı hukukunda önemli bir yere sahip fetvalardan ve mahkeme kayıtları olan şer'iyeye sicillerinden de istifade edilmiştir. İstanbul Kadı Sicilleri ile Konya Şer'iyeye Sicilleri konu bağlamında taranmış,

ayrıca şer'iyeye sicillerini esas alan araştırmalardan da örneklere yer verilmiştir. Osmanlı hukukunda şartlı talak kurumunu müstakil bir çerçevede ele alan makaleler bulunmakla birlikte çalışmamızda Osmanlı hukukunda kadına yönelik şiddetin önlenmesi anlamında şartlı talak kurumu ve uygulaması ele alınmaya çalışılmıştır.

I. OSMANLI DEVLETİ'NDE KADINA YÖNELİK ŞİDDET

A. Şiddet Kavramı

Şiddet, Arapça kökenli bir kelimedir ve Türk lisanına 15. yüzyılda yazılan dinsel metinler vasıtasıyla girmiş ve yaygınlık kazanmıştır. Arapçada “*Unf*” İngilizcede “*Violance*” Latince “*violantia*” kelimeleriyle aynı anlamdadır.¹

Şiddetin tanımı farklı disiplinlerde çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır.² Dünya Sağlık Örgütü (WHO) şiddeti fiziksel gücün veya iktidarın kasıtlı bir şekilde fiilen veya bir tehdit unsuru olarak kullanılması veya uygulanması neticesinde şiddete maruz kalan kişide ölüm, yaralanma veya psikolojik zarara yol açması yahut açma olasılığının bulunması şeklinde tanımlamıştır.³

Şiddet, işyerinde, ev içerisinde, okullarda, sokaklarda ve kamusal alanlarda bir bakıma hemen her alanda kişinin maruz kalabileceği veya uygulayabileceği bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple şiddetin tanımı da şekline, içeriğini

¹ Serpil Kirel, “Erich Fromm’un Şiddete Yaklaşımı ve Bir Örnek Film, ‘Falling Down-Sonun Başlangıcı’,” *Marmara İletişim Dergisi*, no. 9 (Ocak 1995): 259-260; Seçil Büker ve Ayşe Eziler Kıran, *Televizyon Reklamlarında Kadına Şiddet, Şiddetin Nesnesi Kadın* (İstanbul: Alan Yayıncılık, 1999), 12; Emine Öztürk, “Türkiye’de Aile, Şiddet ve Kadın Sığınmaevleri,” *21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum* 3, no. 7 (2014): 45.

² Ceza hukukçusu şiddet kavramını ceza hukuku yaptırımları vasıtasıyla kontrol altına alınmaya çalışılan bir olgu olarak, medeni hukukçu boşanmaya sebep olan bir davranış veya haksız fiil sonucu tazminat ödenmesi gereken bir fiil olarak, anayasa hukukçusu ise devletin şiddetini kontrol altına almaya yarayan anayasanın ihlal edilmesiyle idare tarafından gerçekleştirilen şiddet eylemleri şeklinde tanımlayacaktır. Bkz., Oya Boyar, “Anayasa Hukuku ve Şiddet,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 1 (2016): 54.

³ World Health Organization, *World Report on Violence and Health* (Geneva: WHO, 2002), http://www5.who.int/violence_injury_prevention/download.cfm?id=0000000582.

hangi davranışların oluşturduğuna, şiddet eyleminin nerede ve kim tarafından gerçekleştirildiğine, hangi metotla uygulandığına veya şiddetin kime, kimlere uygulandığına göre farklılık gösterir.⁴

Doğal olarak şiddete fiziksel veya duygusal olarak zayıf konumda bulunanlar maruz kalmaktadır. Bu sebeple çocuklar ve kadınlar şiddet mağduru olarak çoğunlukla karşımıza çıkar. Ülkemizde özellikle kadına yönelik şiddetin gittikçe artması ve şiddet eylemleri neticesinde birçok kadının hayatını kaybetmesi, temel problemlerimizden bir tanesi olarak gündemdeki yerini korumaktadır. Kadına yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla birtakım sosyal politikalar⁵ geliştirilmekle birlikte problemin çözümü amacıyla hukuk kurallarına daha sık başvurulduğu görülmektedir. Kadına yönelik şiddet bakımından önleyici tedbirlerin alınması ve caydırıcılığın artırılması için şiddete ilişkin yeni tasniflerde bulunduğu görülmektedir. Ekonomik şiddet, fiziksel şiddet, duygusal şiddet, cinsel şiddet, sözel şiddet türlerine dijital şiddet, ısrarlı takip, flört şiddetinin eklendiği görülmektedir. Bir bakıma günümüz toplumunun kronik problemlerinden olan ahlak ve adaba aykırı davranış ve aile içi saygının kaybedilmesi sorunsalının sosyal politikalar aracılığıyla çözümü yerine, hukuk kurallarıyla bertaraf edilmeye çalışıldığı görülmektedir.⁶

⁴ Şiddet tarihinin insanlığın ortaya çıkmasıyla başladığı söylenebilir. Buna rağmen kadına yönelik şiddet kavramı akademik çalışmalarda yeni sayılabilir. Örneğin aile sosyolojisi konusunda yayın yapan önemli dergilerden *The Journal of Marriage and the Family* dergisi ilk otuz yılında (1939-1969) başlığında şiddet kelimesinin geçtiği herhangi bir makale yayınlamamıştır. Aynı derginin ikinci otuz yılında ise en çok ele alınan konunun aile içi şiddete ilişkin olduğu görülmektedir. Ayşe G. Altınay ve Yeşim Arat, *Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet* (İstanbul: Punto Baskı Çözümleri, 2007), 50; Musa Öztürk, “Şiddet’i ‘Cinsiyet’e Bölmek: Erkeğe Yönelik Şiddetin Perdelenmesi,” *DÜSBED* 13, no. 27 (2021): 16.

⁵ Ülkemizde kadına aile içerisinde gerçekleştirilen şiddetin önüne geçebilmek amacıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ihtiyaç halinde diğer bakanlıklarla koordineli olarak sosyal politikalar yürütmekle görevlidir. Örneğin Sosyal Ekonomik Destek Hizmetleri Hakkında Yönetmelik ile ailenin ihtiyaç duyması halinde psikolojik ve ekonomik desteklerin verilmesi planlanmıştır. Bkz. Arif Durğun, “Türkiye’de Aile İçi Sorunlara Yönelik Sosyal Politikalar ve Şiddetin Önlenmesi,” *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 8, no. 1 (2018): 8.

⁶ Zülküf Kara ve Mehmet Ali Uluç, “Şiddetin Cinsiyeti: Bir Modern Toplum Anksiyetesi,” *e-Şarkiyat İlmî Araştırmalar Dergisi* 11, no. 3 (2019): 1567-1568; Öztürk, “Şiddet’i ‘Cinsiyet’e Bölmek,” 16.

B. Şiddet Şekilleri ve Nedenleri

Şiddet farklı türlerde karşımıza çıkmakta ve doğal olarak literatürde şiddete ilişkin farklı tanımlamalar bulunmaktadır. Akademik literatürde şiddetin farklı tanımlamalarının olmasının bir diğer sebebi ise işletme, kriminoloji, sosyoloji, hukuk vb. sosyal bilimlere ait bilim dallarının her birinin temel araştırma konularından birisinin şiddet olması ve her birinin ayrı şiddet tanımlamasının olmasıdır.⁷ Örneğin psikoloji bilimi saldırganlıkla gelen şiddet eylemlerini insanın temel özelliklerinden biri olarak kabul eder. Freud insanın iki temel içgüdüğü olarak cinsellik ve saldırganlığı belirtir. Temel içgüdülerin kullanım şekli ve niteliği kişinin eğitimine göre farklılık gösterir.⁸

Şiddetin insan doğasında en kolay biçimde gözlemlendiği ve ortaya çıktığı durum oyundur. Aynı zamanda ister hayvanda ister insanda olsun istekleri veya gereksinimleri engellendiği zaman saldırgan bir tutum sergiledikleri gözlemlenmiştir. Bu itibarla şiddet iki temel duygunun içerisinde bulunmaktadır. Bunlardan biri cinsellik diğeri ise saldırganlıktır. Gerçekten de cinsellik psikoloji biliminde şiddetin kaynakları arasında sıkça gösterilmektedir. Psikoloji biliminin kurucusu olarak gösterilen Freud insanın saldırgan eylemlerini cinsel dürtülerle açıklamaktadır.⁹

Söz konusu yaklaşımı günümüzde eleştiren akımlar ortaya çıkmış olsa da cinsellik, şiddetin kaynakları arasında zikredilmektedir. Dini ve hukuki anlamda meşru olan cinsel münasebette bulunmak, İslam dininde kocanın ve karının karşılıklı olarak hak ve görevi olarak kabul edilmiştir. İslam âlimlerine göre eşler bu görevi yerine getirmekle mükelleftir.¹⁰ Bireyde güzel ahlak, toplumda huzur

⁷ Afşar Selda Taşdemir, "Türkiye'de Şiddetin 'Kadın Yüzü'," *Journal of Economy Culture and Society* 0, 52 (2016): 716, <https://doi.org/10.18368/IU/sk.04297>.

⁸ İsmail Doğan, *Sosyoloji: Kavramlar ve Sorunlar* (Ankara: Pegem Akademi 2012), 542.

⁹ "Freud, hemen hemen bütün nevrotik çatışmaların nedenini cinsellikle açıklarken, saldırganlık içgüdüsunü de psiko-seksüel gelişim süreci içinde değerlendirmiştir.;" Ayşe Cansu Başeğmez ve Halis Özerk, "İnsanın Saldırgan ve Şiddet İçeren Davranışlarını Psikoterapi Kuramlarının Ele Alış Biçimlerinin Değerlendirilmesi," *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi* 18 (2021): 8481.

¹⁰ Salim Ögüt, "CİMÂ," TDV İslâm Ansiklopedisi, erişim tarihi Haziran 08, 2024, <https://islamansiklopedisi.org.tr/cima>.

ve güveni emreden İslam dini de bekârların evlendirilmesi gerektiğine, evlenenlere mali anlamda yüce Allah (c.c.) 'nın yardım edeceğini belirtmektedir. Kur'an-ı Kerim'in Nur Suresi'nin 32. Ayetinde "İçinizden evli olmayanları, köle ve cariyeleriniz arasından da elverişli olanları evlendirin. Yoksulluk içinde iseler Allah lütfu ile onları ihtiyaçtan kurtarır. Allah hazinesi geniştir, her şeyi bilmektedir."¹¹

Şiddet eylemlerinin bir diğer sebebi ise kişinin kendisini sözel olarak ifade edemediği durumlardır. Kadınlar erkeklere nazaran genel olarak sözlü iletişimde daha rahat ve aktif yetkinliğe sahiptir¹². Bu sebeple kendini ifade edemeden kaynaklanan şiddet eylemlerinin faili genellikle erkeklerdir. Kadınlar bir sorunla karşılaştıklarında, duygu ve düşüncelerini aktararak söz konusu sorunu iletişimle bertaraf etmeye eğilim gösterirler. Ancak erkeklerin bu husustaki yetkinlikleri çok gelişmiş değildir. Erkekler genellikle öfke birikimlerini sözel iletişim araçları ile ifade etmek yerine, biriken öfkenin dışı vurulmasına eğilim gösterirler.¹³

C. Kadına Yönelik Şiddet Kavramı

Kadına yönelik şiddetin mağduru da doğal olarak kadındır. Şiddet, uygulanma şekline, mekâna, mağdurun sıfatına vb. faktörlere göre farklı şekillerde isimlendirilir. Örneğin markette bayan çalışana sürekli gece tek başına mesai yazılarak uygulanan şiddete mobbing, ya da polisin hukuka uygunluk sınırını aşan müdahaleleri kolluk şiddeti şeklinde belirtilebilir. Bu bağlamda kocanın kadına uyguladığı şiddet "aile içi şiddetin kapsamı dâhilinde olmakla birlikte, koca şiddeti şeklinde de belirtilebilir. Aile içi şiddet kavramı koca şiddetini de içerisine alan, çok daha geniş bir kavram olarak karşımıza çıkar. Özellikle kadınların duygusal anlamda karı-koca ilişkilerinde katı bir şekilde pasif taraf olmaya aile bireyleri tarafından yönlendirildiği durumlarda şiddetin dozu ve

¹¹ *Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, haz. Hayreddin Karaman vd., (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2012), 4:76.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Bahri Karaçay, "Erkek Beyni-Kadın Beyni," *Tübitak Bilim ve Teknik* 46, no. 543 (2013): 22-29.

¹³ Nevzat Tarhan, *Kadın Psikolojisi* (İstanbul: Nesil Yayıncılık, 2013), 34, 179; İbrahim Akkaş ve Zeki Uyanık, "Kadına Yönelik Şiddet," *Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi* 6, no. 1 (2006): 34.

süresi artmaktadır. Şiddet mağduru kadınlar, yaşananlardan kendilerini sorumlu tutan, hemen her evlilikte bu tür olayların olduğu olgusu üzerinden kendilerini avutan ve şiddet karşısında elem ve kederlerini çevrelerine hissettirmeme üzerine kurulu bir döngüde davranışlarını tutmaya çalışan bireyler olarak karşımıza çıkar.¹⁴

Kadının şiddet mağduru olma ihtimali medeni durumuyla da yakından ilgilidir. Yapılan araştırmalara göre kadının bekâr, boşanmış olma veya gebelik gibi özel durumlarda şiddet görme ihtimalinin arttığı tespit edilmiştir.¹⁵ Mağduru kadın olan şiddetin türü farklı şekillerde tezahür edebilmektedir. Genellikle kadına yönelik şiddet sözel veya psikolojik şiddet, fiziksel şiddet, ekonomik şiddet ve cinsel şiddet olarak dört farklı şekilde sınıflandırılır. Kadına yönelik şiddet kavramı genellikle kadına yönelik olarak gerçekleştirilen fiziksel şiddet eylemleriyle özdeşleştirilir. Kadına yönelik şiddetle ilgili çalışmalar, kadınların genellikle yakın partnerlerinin saldırılarına maruz kaldıklarını göstermektedir. Kadının maruz kaldığı tek şiddet biçimi fiziksel şiddet değildir. Genel olarak şiddet algısının genişlemesi kadına yönelik şiddet çalışmalarında da etkisini göstermektedir. Bu çerçevede kadına yönelik şiddet bağlamında, fiziksel şiddetin yanı sıra sözel, ekonomik ve cinsel şiddet eylemleri de göz önünde bulundurulmaktadır.¹⁶

Şiddet eylemleri sonucunda cezai, idari, hukuki ve etik sorumluluk türleri devreye girecektir. Şiddet eylemleri ancak bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı durumunda sorumluluk doğurmayacaktır. Örneğin spor amaçlı bir dövüş veya

¹⁴ Nilüfer Özaydın, Oben Üner ve Ayşe Akın, "Kadın ve Şiddet," *Sağlık ve Toplum Dergisi* 3, no. 4 (1998): 73-78; Leyla Baysan Arabacı ve Tuğba Uygun, "Şiddet Uygulayan ve Şiddet Uygulanan Bireylerin Özellikleri," *Hemşirelik Bilimi Dergisi* 5, no. 1 (2022): 41.

¹⁵ Gebelik döneminde kadına yönelik şiddetin nedenleri ve sonuçları ile ilgili bkz. Sevgi Özkan ve Özlem Kayhan, "Kadına Yönelik Şiddet: Gebelikte Şiddet ve Nedenleri," iç. *I. Uluslararası Sosyal Bilimler Araştırmaları Kongresi*, ed. Hasan Kara (Denizli: Pamukkale Üniversitesi, 2015), 457-462.

¹⁶ Hande Çalışkan ve Emrah İsmail Çevik, "Kadına Yönelik Şiddetin Belirleyicileri: Türkiye Örneği," *BJSS Balkan Journal of Social Sciences / Balkan Sosyal Bilimler Dergisi* 7, no. 14 (2018): 220.

boks maçında müsabaka kurallarına uygun gerçekleştirilen şiddet fiillerinin hukuki niteliği spor faaliyetidir ve herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır.¹⁷

Şiddet hemen her toplumun ortak sorunlarından bir tanesidir. Kadınların fiziksel güç anlamında erkeklere nazaran daha zayıf konumda oldukları inkâr edilemez bir gerçektir. Ayrıca kadınların normal dönemlerinden daha korunmasız, duygusal veya zayıf düştükleri hamilelik, loğusa vb. dönemleri vardır. Hamilelik sonrası doğan çocuğun temel gıdası anne sütü, yaşama sevinci anne sevgisidir.¹⁸

D. Osmanlıda Kadına Yönelik Şiddet

Osmanlı Devleti'nde kadına yönelik şiddet konusuna girmeden önce, genel olarak uygulanan yönetim anlayışı, toplumsal yapısı ve hukuk sistemi hakkında konumuza temas eden yönleri doğrultusunda kısaca bilgilendirmelerde bulunmak faydalı olacaktır. Osmanlı Devleti yüce/ulu devlet veya "kerim devlet" anlayışı doğrultusunda, kanun önünde eşitlik ve halkın her kesiminin devlete aynı mesafede olduğu bir yönetim anlayışıyla ve adil yönetim ilkeleri doğrultusunda bir yönetim sergilemeye çalışmıştır.¹⁹ Osmanlı toplumu Müslümanlar ve Gayrimüslimler şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuş ve Gayrimüslimler bu ayrımda hassasiyetle korunmuştur.²⁰ Hatta 1856 Islahat Fermanı ile bu ayrım ortadan

¹⁷ Akkaş ve Uyanık, "Kadına Yönelik Şiddet," 34; Nurşen Özçelik Adak, *Değişen Toplumda Değişen Aile* (Ankara: Siyasal Yayınevi, 2000), 179-180.

¹⁸ Clifford T. Morgan, *Psikolojiye Giriş* (Ankara: Meteksan Yayınevi, 1984), 323; Mevlüt Kaya, "Ailede Anne Baba Tutumlarının Çocuğun Kişilik ve Benlik Gelişimindeki Rolü," *OMÜİFD*, no. 9 (1997): 197; Rukiye Yenibaş, *0-6 Yaş Grubu Çocuk Gelişimi Eğitimi ve Sağlığı* (İstanbul: İSMEK, 2015), 15-16; Süleyman Emre Zorlu ve Süheyla Zorlu, "Çocuklar İçin Sevgi Hakkı Mukayeseli Bir İnceleme," *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan* 21, no. Özel Sayı (2019): 1854.

¹⁹ Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (Konya: Atlas Akademi Yayınevi, 2021), 195.

²⁰ Gayrimüslimlerin hak ve menfaatlerinin korunması bağlamında Osmanlı hukukunda birçok örnek olmakla birlikte nüfuslarının muhafazasının devamı için güzel bir örnek olarak II. Mahmut

kalkmış ve bu durum hem Müslümanları, hem de Gayrimüslimleri memnun etmemiştir.²¹

Osmanlı Devleti'nde toplumsal yaşamın ve toplum ahlakının korunması bağlamında kullanılan en etkili enstrümanın evlilik müessesesi olduğu görülmektedir. Osmanlı ülkesinde yaşı gelmesine rağmen evlenmeyen ve hayatını bekâr olarak geçirip vefat eden çok az kişi yaşamıştır.²² Eski Türkler'de evli kadınlar kutsal kabul edilerek, evli kadının namusuna yönelik gerçekleştirilen saldırılar ölümle cezalandırılırdı. Yüksek mevkiide bulunan kadınların sıradan halktan birisiyle evlenmeleri yasaklanmıştı, evliliklerde İslam hukukunda kefaet şartına benzer kadın ile erkek arasında denkliğin olmasına önem verilirdi.²³ Osmanlı toplumunda kız çocukları ergenliğe yakın evliliğe özendirilir, ergenlik çağına girmelerinden belli bir süre sonra aileleri tarafından uygun görülen biriyle evlendirilirdi. Yaşı geçmemiş dul kalmış kadınlara da evlenmeleri yönünde

döneminde ıskat-ı ceninin (kürtaj) engellenmesi için hem Müslümanlar hem de zimmiler için bir takım tedbirlerin alındığı görülmektedir. Osmanlı zimmilerinin dini liderleri konumunda olan Ermeni ve Rum Patrikleri ve Hahambaşına yazılmış olan buyruklarda ıskat-ı cenin gerçekleştiren ebelerin ihbar edilmeleri ve ıskat-ı ceninin engellenmesi hususunda gereği şeklinde emirler bulunmaktadır. Bkz. Selçuk Akşin Somel, "Osmanlı Son Döneminde İskat-ı Cenin Meselesi," *Kebikeç*, Ankara, no. 13 (2002): 71; Süleyman Emre Zorlu, *Osmanlı Tıp Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 145.

²¹ 1856 İslahat Fermanı sonrası Halep ve Nablus'ta isyanlar çıkmıştır. İslahat Fermanı'nın getirmiş bulunduğu eşitlik esası, Müslüman olmayan Osmanlı tebaası arasında da hoşnutsuzluklara sebep olmuştur. Özellikle Gayrimüslimlerin ruhani liderleri sahip oldukları ayrıcalıkları kaybedecekleri endişesiyle fermana karşı çıkmışlardır. Özellikle ticaret ve zanaatla zenginleşen Gayrimüslimler askerlik alanında getirilmiş eşitlik esasını istememektedirler. Ancak bu husustaki endişeleri yersizdir zira Osmanlı Devleti günümüzde uygulanan bedelli askerlik uygulamasını getirmiş bir bakıma eski düzeni devam ettirmiştir. Gayrimüslimler yüzyıllardır askerlikten muaf olarak gençlikleri boyunca zenginleşmiş Müslümanlar ise sonu bitmeyen savaşlarda cephelede gençlik dönemlerini bin bir tehlike altında geçirmişlerdir. bkz. Ufuk Gülsoy, "1856 Halep ve Nablus Olayları," *Tarih İncelemeleri Dergisi* 9, no. 1 (1994): 280-281; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 195.

²² Suraiya Faroqhi, *Osmanlı Kültürü ve Gündelik Yaşam*, ed. Fikret Adanır ve Suraiya Faroqhi (Leiden: E. J. Brill, 2002): 116.

²³ Afet İnan, *Tarih Boyunca Türk Kadınının Hak ve Görevleri* (İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1975), 27.

telkinlerde bulunulurdu. Toplum yalnız, korunmasız ve dul kalan kadınların korunma ihtiyacının çözümünü evlilik müessesinde görürdü.²⁴

Osmanlı Devleti'nde şer'iyye sicilleri özelinde kadının rolü, hakları, yaşam standartları, toplumsal yaşamdaki yeri vb. temel alınarak gerçekleştirilen çalışmalar Jennings²⁵ ile başlamıştır.²⁶ Jennings şer'iyye sicillerine dayandırdığı çalışmalarında batı dünyasının sandığının aksine kadının Osmanlı Devleti'nde sosyal yaşamda son derece saygı duyulan bir konumda olduğundan bahsetmektedir. İslam toplumlarının geneline ait olarak oluşmuş kadının erkek karşısında hiçbir hakka sahip olmayan, sosyal ve ekonomik hayatta yeri bulunmayana bir konumda olduğu önyargısının, Osmanlı Devleti açısından yersiz olduğunu, zira ser'iye sicillerindeki belgelerde kadınların birçok hakka sahip bulunmakla birlikte haklarının devlet idaresi tarafından korunduğunun anlaşıldığının tespit edildiğinden bahsetmektedir.²⁷

Bir diğer Osmanlı tarihi üzerine araştırmalarda bulunan Gerbers de Osmanlı Devleti'nde kadınların başta sosyal ve ekonomik hayat olmak üzere aktif rol aldığından ve haklarının korunduğundan bahsetmektedir. "Genel olarak benim bulgularım Jennings'inkileri destekler görünür. Bununla birlikte Bursa kadınlarının Kayseri kadınlarına kıyasla iş hayatına geniş kapsamda katılmış bulunmaları temel

²⁴ Fanny Davis, *Osmanlı Hanımı*, çev. Bahar Tırnakçı (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2009), 75; Rümeyza Kars, "Osmanlı Toplumunda Kadın, Ahlak ve Şiddet (1700-1730)," iç. *Kadın Çalışmalarına Sosyolojik, Kültürel ve Edebi Bir Bakış*, ed. Gizem Örcin ve Yasemin Ağaoğlu (Ankara: İKSAD Yayınevi, 2020), 154.

²⁵ Jennings ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. M. Akif Erdoğan, "Jennings, Ronald Carlton," *TDV İslâm Ansiklopedisi*, erişim tarihi Aralık 16, 2023, <https://islamansiklopedisi.org.tr/jennings-ronald-carlton>.

²⁶ Betül İpşirli Argıt, "Osmanlı Hukuk Çalışmalarında Kadın," *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi Türk Hukuk Tarihi Sayısı 3*, no. 5 (2005): 575.

²⁷ Ronald C. Jennings, "Woman in Early 17th Century Ottoman Judicial Records: The Sharia Court of Anatolian Kayseri," iç. *Studies on Ottoman Social History in the Sixteenth and Seventeenth Centuries: Women, Zimmis and Sharia Courts in Kayseri, Cyprus and Trabzon* (İstanbul: Isis Press, 1999), 196-199.

farklardan biridir. Görüldüğü üzere Bursa'da büyük bir kadın topluluğu Kayseri'de görülmediği kadar iş hayatıyla ilgilenmişlerdir.”²⁸

Osmanlı Devleti'nde halkın temel yapıtaşı olan ailenin korunması ve kadına yönelik şiddetin engellenmesi bağlamında, Osmanlı idaresinin hem Müslümanlara hem de Gayrimüslimlere yönelik kararlar aldığı görülmektedir. Örneğin aşağıdaki örnekte Osmanlı Devleti'nde karı ve kocanın Gayrimüslim oldukları durumlarda da mahkeme kanalıyla erkeğe bir daha eşine fiziksel şiddet uygularsa eşinin kendisinden bain talakla boş sayılacağına ilişkin beyan alınmıştır. Şer'iyeye sicilinden anlaşılacağı üzere kadına yönelik şiddetin engellenmesinde şartlı talak kurumuna benzer bir uygulama Gayrimüslimler arasındaki koca şiddetinin engellenmesinde de bir çözüm yöntemi olarak uygulanmaya çalışılmıştır:

“Mahmiye-i Galata dâhilinde Sultan Bayezid sükkânından Yani v. İstemad nâm zimmî mahfil-i kazâda zevcesi işbu râfi'atü'l-vesîka Yasemin bt. Andriye nâm nasrâniye muvâcehesinde ikrâr ve takrîr-i kelâm edip zevcem mezbûre Yasemin bana sen beni dâimâ hilâf-ı şer' darb edersin senden müfârat ederim demekle, ben dahi ba'de'l-yevm mezbûreyi bi gayr-ı vech-i şer'î darb edersem merkûme Yasemin benden bâyinlen mutallaka olsun dedikde gibbe't-tasdikî'ş-şer'î mâ vaka'a bi't-taleb ketb olundu. Fi'l-yevmi's-sâbi' aşer mine'l-Muharremi'l-harâm li sene seb'a ve erba'în ve elf. Şuhûdü'l-hâl: Alihan Çelebi b. Mustafa, Mustafa Çelebi b. Receb, Ahmed Yazıcı b. Mehmed, Âbid b. Mustafa, Emrullah b. Mehmed.”²⁹

Şiddet hemen her toplumda olduğu gibi Osmanlı Devleti'nde de görülen bir olguydu. Kadına yönelik şiddet de pek tabii yalnızca fiziksel şiddetten ibaret değildir. Osmanlı Devleti'nde kadınların şiddet karşısında kaderine terk edilmediği, alınan çeşitli hukuki önlemler vasıtasıyla korunmaya gayret edildiği, şer'iyeye sicillerinden anlaşılmaktadır. İslam ve Osmanlı hukukunda kadın,

²⁸ Haim Gerber, “Social and Economic Position of Women in a Ottoman City,” *International Journal of Middle East Studies Association of North America* 12, no. 3 (1980): 243; Haim Gerber, “Bir Osmanlı Şehri Olan Bursa'da Kadın'ın Sosyo-Ekonomik Statüsü (1600-1700),” çev. Hayri Erten, *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 8, no. 8 (Eylül 1998): 340-341.

²⁹ *Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil (1073-1074/1663)*, haz. Fuat Recep – Salih Kahrıman (İstanbul: İSAM Yayınları, 2012), 401.

ekonomik şiddet karşısında da korunmaya çalışılmıştır. İslam hukukunda, kadının ekonomik durumu nasıl olursa olsun, geçiminden kocası sorumludur. Kocanın nafaka yükümlüsü olması için zengin olması gerekmemektedir. Bakara 2/233 “Emzirmeyi tamamlamak isteyen için analar çocuklarını tam iki yıl emzirirler. Onların normal ölçülerde yiyecek ve giyeceklerini sağlamak da çocuk kendisinden olanın (babanın) borcudur.”³⁰ Nafaka alacağı nafaka borçlusu yaşadığı müddetçe zamanaşımına uğramaz. İbn Hazm’a göre zengin olan kadın kocasının nafakasını temin ile yükümlüdür.³¹

Koca, karısının yaşamını sürdürebilmesi için gerekli şeyleri sağlamak zorundadır. Kocanın ekonomik gücü iyi olmasına rağmen, karısının nafakasını temin etmekten kaçınması da bir tür şiddettir ve Osmanlı Devleti’nde bu durumdaki bir kadın, Hanefi içtihatları doğrultusunda boşanmayı talep edememektedir.³²

Osmanlı Devleti’nde 16. yüzyıla kadar nafakasız terkedilen kadınların sorunlarının çözümüne yönelik olarak kadılar tarafından, Şafii hukukçular arasından naip tayin edilerek, kadınların bu mezhep içtihadı doğrultusunda boşanabilmesi sağlanmıştır. Bu anlamda boşanmaya ilişkin hukuki hükümler kadın lehine uygulanmıştır denilebilir. Ancak, 16. yüzyılın ortalarından itibaren tek mezhep uygulamasına gidilmiş ve söz konusu uygulamadan vazgeçilmiştir.³³ Bu sefer de nafaka yükümlülüğünü yerine getirmeyen kocaya karşı kadının, yargıya gitme imkânı çerçevesinde sorun çözülmeye çalışılmıştır. Hâkim, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını gözeterek nafaka miktarını belirler:

“Medîne-i mahmiye-i Kostantiniyye mahallâtından Molla Ahi mahallesinde sâkine olan Âişe Hâtun bt. merhûm Mustafa Ağa nâm hâtun meclis-i şer’-i şerîf ve mahfil-i dîn-i münîfe -el-masûn ani’t-tağyîr ve’t-tahrîf- hâzire olup Hüseyin Ağa b. () nâm zevc-i

³⁰ Aynı yönde bkz. en-Nisâ 4/34; et-Talâk, 65/7

³¹ Celal Erbay, “Nafaka,” *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 32:282-285; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri* (Konya: Mimoza Yayınları, 2015), 376.

³² Şeyh Bedreddin, *Yargılama Usulüne Dair: Camiu’l-Fusuleyn*, çev. Hacı Yunus Apaydın (Ankara: Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, 2012), 63.

³³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, (İstanbul: İmak Yayınevi, 2017), 4:3336-3337; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 98.

*gâibinin kendisine nafaka veya nafaka cinsinden bir şey bırakmadığına dâir yemîn billâh ettiğinde hâkim, mezbûrenin nafakası, kisvesi ve sâir havâic-i zarûriyyesi için zeyl-i kitâbda mezkûr târihden i'tibâren zevc-i gâibi üzerine yemû râyicü'l-vakt otuz akçe farz ve takdîr etti. Hâkim-i mûmâ ileyh ilâveten meblağ-ı mefrûz-i mezbûrun sarfına ve vakt-i hâcette istidâne edip vakt-i zaferde zevc-i gâibine rüçû' etmesine mezkûre Âişe Hâtun'a izin verdi."*³⁴

*"Hâkim, medîne-i Ebî Eyyûb-i Ensârî mahallâtından Takyeci Mescidi mahallesinde sâkine olan İvaz bt. Mehmed nâm hâtunun nafakası, kisvesi ve sâir havâic-i zarûriyyesi için hâzir bi'l-meclis Şaban b. Fethi nâm zevci üzerine zeylde mezkûr târihden i'tibâren yemû râyicü'l-vakt on akçe farz ve takdîr etti ve meblağ-ı mefrûz-i mezbûru havâic-i lâzimesine sarf etmesine ve vakt-i hâcette istidâne edip vakt-i zaferde zevc-i mezkûruna rüçû' etmesine mesfûre İvaz hâtuna izin verdi."*³⁵

Osmanlı Devleti'nde kadınlar devlet idaresi tarafından kendilerine yönelik gerçekleştirilen suç ve haksız fiil eylemleri karşısında koruma altındadırlar. Zina İslam ve Osmanlı hukukuna göre hem bir suç hem de bir haksız fiil niteliğindedir. Divan-ı Hümayunda tutulan mühimme defterlerinde kendisini sürekli aldattığı hususunda şikâyeti bulunan bir kadının kocasına ıslah oluncaya kadar kalebentlik cezası verilmiştir. Kalebentlik bir kalenin içerisinde yaşamak zorunda olan ve kalenin ihtiyaçlarının giderilmesi hususunda emeğini ortaya koymakla mükellef tutulan bir ceza türüdür³⁶. Söz konusu olayda boşama gerçekleştirilmemiş ancak aldatan koca Limni Kalesine Kalebentliğe gönderilmiştir.³⁷

Osmanlı Devleti'nde de aile içi şiddet eylemlerinden kadının korunmasını sağlamak üzere şartlı talak kurumunun öne çıkartıldığını görmekteyiz. Şartlı talak kurumunu daha iyi anlamak üzere Osmanlı Hukuku'nda boşanmaya ilişkin genel bilgilendirmede bulunmakta yarar vardır.

³⁴ *Bâb Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (1077/1666-1667)*, haz. Rifat Günalan (İstanbul: İSAM Yayınları, 2011), 644.

³⁵ *Bâb Mahkemesi 3 Numaralı Sicil*, 851.

³⁶ Ömer İşbilir, "Kalebend," *TDV İslâm Ansiklopedisi*, erişim tarihi Haziran 11, 2024, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kalebend>.

³⁷ BOA, (M.D.), nr.111, h.1098; (H.1112/ M.1700).

II. OSMANLI HUKUKUNDA BOŞANMAYA İLİŞKİN HUKUKİ HÜKÜMLER VE ŞARTLI TALAK

İslam ve Osmanlı Hukukunda boşanmaya ilişkin hukuki kurumlara gelecek olursak, Talak, Muhalea,³⁸ Fesih³⁹ ve Tefrik⁴⁰ kurumları boşanma sonucunu doğrudan doğuran hukuki kurumlardır⁴¹. Dolaylı yoldan boşanma sonucunu

³⁸ Hul olarak da ifade edilen muhalea kadının kocasına vereceği belli bir bedel karşılığında kocasının da iradesiyle boşanması veya evlilik bağından kurtulmasını ifade eder. Bkz. Fahrettin Atar, "Muhâlea," *TDV İslam Ansiklopedisi*, erişim tarihi Ağustos 28, 2023, <https://islamansiklopedisi.org.tr/muhalea>.

³⁹ Fesih, evlilik sözleşmesinin kurulması anında veya sonradan meydana gelen bir eksiklik sebebiyle evlilik birliğin bozulmasını ifade eder. Örneğin eksik mehrin verilmesi veya kefaet eksikliğinden dolayı veli tarafından yapılan başvuruda durum böyledir., bkz. Ebubekir Muhammed b. Ahmed Serahsi, *el-Mebcut* (Beyrut: 1986) 5:22, 30; Alaeddin Ebubekir b. Mes'ud Kasani, *Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerai'*, (Mısır: 1327), 5:317-322; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 404.

⁴⁰ Hâkim kararıyla evliliğe son verilmesine tefrik denir. Hanefilere göre koca boşama yetkisinden dolayı tefrik isteyemez. Bkz. Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 407-408.

⁴¹ Osmanlı Devleti'nde evlilik bağı bitiren sebeplerin istatistiksel olarak ele alındığı birçok çalışma yapılmıştır. Söz konusu çalışmalar incelendiğinde özellikle talak kurumunun erkeğe tek taraflı olarak evlilik birliğini ortadan kaldırma yetkisi verdiğinden son derece yüksek olması beklenirken tam aksine muhalea (anlaşmalı boşanma) oranının son derece yüksek olduğu görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Abdurrahman Kurt, *Bursa Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi (1839-1876)* (Bursa: 1998), 57; Ümit Güler, "XVII. Yüzyıl Kıbrıs Kadı Sicilleri Işığında Osmanlı Kıbrısında Evliliğin Sona Ermesi," *MÜİFD*, no. 52 (2017): 87; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 416.

doğuran hukuki işlemler ise ila⁴², lian⁴³ ve zihar⁴⁴ olarak karşımıza çıkmaktadır. Kur'an-ı Kerim'de boşanmanın süreye veya şarta bağlanması konusunda herhangi bir ayet bulunmamaktadır. Bu hususta hadis de bulunmamakla birlikte söz konusu hukuki kuruma ait hükümlerin icma ile oluştuğu söylenebilir. Şarta bağlı talakın geçerli olduğunu savunanlar "Ey iman edenler! Sözleşmeleri yerine getirin." (Maide 5/1) ayetine ve "Müslümanlar şartlarına riayet ederler."⁴⁵ hadisine dayanmaktadırlar.

Talak "İnşallah" sözüyle birlikte kullanılır ise Hanefi ve Şafii mezhebine göre geçersiz, Maliki ve Hanbelilere göre ise geçerli kabul edilir⁴⁶. Şart gerçekleşmesi muhtemel bir olaya ilişkin olmalıdır. Gerçekleşmesi imkânsız bir olaya ilişkin

⁴² Kocanın tek taraflı irade beyanıyla eşyle birlikte olmayacağına veya ona yaklaşmayacağına ilişkin Allah'a yahut Allah'a ait sıfatları kullanarak yemin vermesiyle gerçekleşir. İla kocanın kendisine ağır gelebilecek bir adağa veya karısının kendisinden boşanmış olacağı şeklindeki bir olgu üzerine de ila yapılabilir. Bkz. Hamdi Döndüren, "İla," *TDV İslâm Ansiklopedisi*, erişim tarihi Ağustos 30, 2023, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ila>.

⁴³ Lian kısaca karısının kendisini zina yapmak suretiyle aldattığını veya doğacak olan çocuğun zina ürünü olduğunu iddia eden kocanın hâkim huzurunda yemin etmesi ve suçlanan kadının da aynı şekilde kendisine yönelik ithamların asılsız olduğuna ilişkin aynı şekilde yemin vermesidir. Bu yo Kocaya kazf haddi uygulanmaz, kadına da zina haddi uygulanmaz, doğacak çocuğa da kimse ithamda bulunamaz. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre eşler birbirlerine ebedi olarak haram olurlar. Bkz. Mehmet Âkif Aydın, "Liân," *TDV İslâm Ansiklopedisi*, erişim tarihi Ağustos 30, 2023, <https://islamansiklopedisi.org.tr/lian>.

⁴⁴ Kocanın tek taraflı irade beyanıyla karısını yahut karısının yüz, sırt, baş vb. bir bölümünü annesine veya evlenmesi yasak olan bir kimseye (mahremi olan bir kadına) benzetmesine denir. Koca zihar sonrası ancak kefaret ödeyerek tekrar eşyle birlikte olabilir. Kefaret ödemeyecek ise eşini boşamalıdır. Kefaret bir kölenin hürriyetine kavuşturulması veya buna imkân yoksa ardi ardına iki ay oruç tutulması, buna da güç yetiremiyorsa altmış fakirin doyurulmasıdır. Bkz. Ahmet Yaman, "Zihâr," *TDV İslâm Ansiklopedisi*, erişim tarihi Ağustos 30, 2023, <https://islamansiklopedisi.org.tr/zihar>.

⁴⁵ Buhârî, "İcâre," 14; Ebû Dâvûd, "Akdiye," 12; Tirmizî, "Ahkâm," 17; İbn Mâce, "Ahkâm," 13; Abdurrauf el-Münâvî, *et-Teyşîr bi-şerhi'l-Cami'i's-sağîr-câmi'i's-sağîr* (Riyad: 1988), 2:456-457.

⁴⁶ Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 397.

yapılan şartlar geçerli değildir. Muhtemel olan olay gerçekleştiği anda talak yani boşama da geçerli olacaktır⁴⁷.

Şart gerçekleşirse ve üçüncü talak değilse rici talak oluşur ve evlilik tamamen sona ermez. Rica't vaki olursa, yani erkek kadına iddet müddeti içerisinde dönerse, kadın müeccel mehrini isteyemeyeceği gibi erkeğin evliliğin devamına ilişkin isteğine de direnemez⁴⁸. Osmanlı Devleti'nde de uygulama örneklerinden söz konusu hükümlerin bu şekilde uygulandığı görülmektedir:

“Mahmiye-i Konya'da Sarihasan Mahallesi sâkinlerinden Mü'mine bint-i Seyyid İbrahîm nâm hatun meclis-i şer'-i hatîr-i lâzîmü't-teokîrde zevci râfi'ü'l-kitâb Süleymân bin 'Alî mahzarında takrîr-i kelâm idüp târîh-i kitâbdan beş sene mukaddem zevcim mezbûr Süleymân eğer kasâblık idersem talâk andı olsun dimiş fetvâya mürâca'at eylediğimde talâk-ı ric'î vâki' olur yine kasâblık eylese bir birimize mürâca'at eyledikde nikâh yerine gelür deyu buyurulmağın lâkin ol mahalde talâk-ı selâseyi zikr eylemediğine ihtiyâten yemîn eylesün diyücek mezbûr Süleymân ol mahalde talâk-ı selâseyi zikr eylemediğine yemîn-i billahi'l-'aliyyi'l-'azîm itmeğın ibrâz olunan fetvâ-yı şerîfenin mazmûnu Zeyd eğer kasâblık idersem talâk andı olsun diyüp sonra yine kasâblık eylese Zeyd'in 'avratına talâk vâki' olur mu el-cevâb talâk-ı ric'î vâki' olur talâk-ı ric'îde ben 'avratıma rücû' itdim diyüp yahud ya boş mu'âmele eylese nikâh yerine gelür sonra kasâblık itmek zarar eylemez deyu buyurulmağın ber-mûcib-i fetvâ-yı şerîfe li-ecli'ttemessük bi't-taleb ketb olundu hurrîre fi'l-yevmi's-sâbi' 'aşer min şehri-i Recebi'l-ferd li-sene seb'în ve elf (17 Receb 1070 / 29 Mart 1660).”⁴⁹

Ancak erkek *“bir daha eşimi döversem benden üç talak boş olsun”* şeklinde şart öne sürmüşse, bu durumda şartın gerçekleşmesiyle üç boşama yetkisinin üçünü de

⁴⁷ “Bir kimse “şu işi yaparsam alıp alacağım boş olsun” diye şart ettikten sonra o fiili yapsa sonra alacağı kadın boş olacağı gibi daha sonra alacağı kadınlar da boş olur. Fakat bu boş kadınlarla tekrar evlense artık bunlar boş olmazlar.” Ömer Nasûhi Bilmen, *Hukûku İslâmiyye ve Istilâhâtı Fıkhiyye Kâmûsu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi), 2:243.

⁴⁸ Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 398.

⁴⁹ *Konya Kadı Sicili Defter 10 Sicil (1070- 1071 / 1659- 1661)*, haz. İzzet Sak (Konya: Erman Ofset, 2014), 38.

koca tükettiğinden koca boşadığı karısıyla, kadın başka biriyle evlenip boşanmadıkça tekrar evlenemez.⁵⁰

Görülebileceği üzere kadının erkeği boşama hakkı esasta mevcut değildir. Tefviz-i Talak⁵¹ hukuki kurumu mevcuttur, fakat nikâh esnasında talak hakkının devredilmesi Osmanlı toplumunda yaygın olarak uygulama alanı bulmamıştır. Genellikle Osmanlı Sarayında Sultan Hanımların evliliklerinde uygulanan bir kurum olarak karşımıza çıkar.⁵² Yine kadının korunması bağlamında örneğin kocanın karısını nafakasız uzun süre terk etmesi vb. sebeplerle, çok sık rastlanmasa da, Osmanlı Devleti'nde tefviz-i talakın uygulandığına dair örnekler de mevcuttur. Aşağıdaki örnekte tefviz-i talak belirli bir şartla kadına bırakılmış, boşama yetkisi verilerek istediği anda kullanabileceği bir hareket alanı bırakılmıştır:

“Mahmiye-i Konya’da Pîrîpâşâ Mahallesi sâkinelerinden râfi’atü’l-kitâb Döndü bint-i ‘Osmân nâm hatun meclis-i şer’-i hatîr-ı lâzımü’t-tevkîre gelüp takrîr-i kelâm idüp zevcim olup gâ’ib-i ‘anî’l-meclis olan Şa’bân nâm kimesne mukaddemâ beni tezevüc idüp leyle-i zifâfda müslümânlar huzûrunda sen müsâfirsın sonra beni birağup gidersin didiğimde mezbûr Şa’bân eğer ben âhar diyâra gidüp iki ay temâmına değin gelmezsem irâden elinde olsun dimiş idi ba’dehu âhar diyâra gidüp hâlâ beş aydır gelmedi husûs-ı mezbûr ma’lûmları olan müslimûnden su’âl olunup ihbârları tahrîr olunmak matlûbumdur didikde mahalle-i merkûme sâkinlerinden Seyyid Mehmed Çelebi bin Mustafâ ve Ken’ân

⁵⁰ “Talak iki defadır... (Koca üçüncü defa) karısını boşarsa kadın başka bir kocaya varmadan kendisine helal olmaz. O (vardığı adam) da kadını boşarsa, Allah’ın sınırları içinde duracaklarına inandıkları takdirde (eski karı-kocanın) tekrar birbirlerine dönmelerinde kendilerine bir günah yoktur...” (el-Bakara, 2/229-230).

⁵¹ Müçtehitlerin ittifakıyla caiz görüldüğü üzere evlenme sözleşmesi yapılırken veya yapıldıktan sonra kocanın kendisine ait boşama yetkisini karısına veya başkaca bir kimseye devretmesine “tefvîzü’t-talâk” denir. Bu yetkiniin devredildiği kimseye “müfevvez/müfevveza” denir. Hz. Peygamber’in eşlerine istedikleri takdirde evlilik sözleşmelerini bitirebilecekleri ile ilgili ayet bu konuda esas delil kabul edilmiştir. El-Ahzâb 33/28-29; Buhârî, “Tâlâk,” 5; Ayrıntılı bilgi için bkz. Abdussamet Bakkaloğlu, “Tefvîz,” TDV İslâm Ansiklopedisi, erişim tarihi Kasım 26, 2023, <https://islamansiklopedisi.org.tr/tefviz--fikih>.

⁵² Osmanlı Hanedanı’nın evlilik politikaları ile ilgili bkz. Zahit Atçıl, “Osmanlı Hanedanının Evlilik Politikaları ve Mihrimah Sultan’ın Evliliği,” *Güney-Doğu Avrupa Araştırmaları Dergisi- The Journal of Southeastern European Studies* 34 (2020): 1-26.

bin Yûsuf nâm kimesneler li-ecli'l-ihbâr meclis-i şer'a hâzırân olup istihbâr olunduklarında fi'l-vâki' merkûme Döndü leyle-i zifâfda zevci mezbûr Şa'bân'a sen müsbâfirsın beni bırağup gidersin didikde mezbûr Şa'bân bizim huzûrumuzda ben âhar diyâra gidüp iki ay gelmezsem merkûme Döndü Hatun'un irâdeti elinde olsun didi hâlâ beş aydır gelmedi bu husûsa biz şâhidleriz şehâdet dahî ideriz deyu 'alâ tarîki's-şehâde haber virmegin mâ-vaka'a bi't-taleb ketb olundu hurrîre fi'l-yevmi'l-hâdî 'aşer min şeh-r-i Şa'bânî'lmu'azzam li-sene seb'în ve elf (11 Şa'bân 1070 / 22 Nisan 1660)."⁵³

Osmanlı Devleti'nde kocasından boşanmak isteyen kadınlar boşama hakları olmadığından, başkaca çareler aramaya başlamışlar, bunun neticesi bir hile-i şer'iyye⁵⁴ olarak, dinden çıkma yoluyla⁵⁵ evliliklerinin mahkeme kararıyla geçersiz sayılması yoluna başvurmuşlardır. Söz konusu uygulamaya göre karı İslam dininden çıktığını etrafına beyan edecek, bu beyan mahkemeye intikal ettirilip söz konusu evliliğin geçersiz olduğu tespiti yapılacaktır. Burada amaçlanan dinden çıkmak değil, evliliği hukuken ortadan kaldırmaktır.⁵⁶

"Zeyd'in karısı Hind mürted olsa, Şer'an Zeyd'den tefrik vaki olur mu? Cevap: Sahih rivayetlerde talâk olmadan firkat (ayrılık) vaki olup, bu kapıyı kapatmak için kadın hapsolunur, iman ve nikâh yenilemek gerekir."⁵⁷

Görülebileceği üzere Ebussuud Efendi esas gayeleri kocasından boşanmak olan kadınların dinden çıkıp evliliğin kendiliğinden sonlanmasını sağlamalarını hile-i şer'iyye görmemiştir. Dinden çıkmaların önüne geçmek amacıyla, kadının eşinden boşanmasını sağlamak amacıyla gerçekleştirdiği dinden çıkması, son derece ağır

⁵³ *Konya Kadı Sicili Defter 10 Sicil (1070- 1071 / 1659- 1661), 83.*

⁵⁴ *"Günümüzde yanlış anlaşılabilir aldatma, kandırma karşılığı kullanılan hile-i şer'iyye, feridin içine düştüğü bazı zor durumlardan kurtulmak için ehliyetli kimselere müracaat edip şeri ölçüler içerisinde bir çıkış yolu aramasıdır.", bkz. Mustafa Baktır, "İslam Hukukunda Hile-i Şer'iyye," İslami Araştırmalar, no. 2 (1986): 87.*

⁵⁵ Eşlerden birinin dinden çıkması bir diğer ifadeyle irtidadi mahkeme kararına gerek olmadan nikahı bitiren bir durum olarak karşımıza çıkar. İslam alimlerinin bir kısmına göre karı dinden çıkarsa nikah sona ermez. Bu durumun sebebi nikahtan hile ile kurtulmanın önüne geçmektir. Bkz. Bilmen, *Hukûku İslâmîyye*, 4:21.

⁵⁶ Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 406.

⁵⁷ *Şeyhülislam Ebussuud Efendi ve Fetvaları*, haz. Pehlül Düzenli (İstanbul: OSAV, 2012), 254.

bir yaptırıma bağlamıştır. Bu yolun kapatılması için sedd-i zeraî ilkesi gereği kadının hapsedilmesini ve imanını tazelemesini daha sonra ise kocasıyla arasındaki nikahın tazelenmesi gerektiği yönünde fetva vermiştir.

İslam hukukuna göre evliliğin taraflarından birisi dinden çıktığı zaman evlilik de sona erer. Osmanlı Devleti'nde yukarıda bahsedilen durum istisna olmak kaydıyla gerek karı gerekse kocanın dinden çıkması evliliği sona erdiren bir haldir. Yukarıda bahsedilen Ebussuud Efendi'nin fetvasında da evlilik akdinin tekrar yapılması gerektiği belirtilmiştir. Osmanlı Devleti'nde bulunan birçok şer'iyeye sicilinde kocanın dinden çıkma hali evliliği sona erdiren bir hal olarak kabul edilmiştir. Örneğin aşağıdaki sicilde kocanın eşinin dinine küfür etmek suretiyle dinden çıktığı şahitler huzurunda ispat edilmiş ve bاین talakla evliliğin sona erdiği ve kadının mehrinin kocasından alınması hüküm altına alınmıştır. *“Mahmiye-i İstanbul'da Mahmud Paşa mahallesi sâkinelerinden Fâtıma bt. Yusuf nâm hâtun meclis-i şer'-i hatîr-i lâzımü't-tevkîrde zevc-i dâhilün-bihâsı Ömer b. Kâmil nâm kimesne mahzarında üzerine da'vâ ve takrîr-i kelâm edip mezbûr Ömer târih-i kitâbdan bir gün mukaddem bre dînini îmânını sikdiğim deyû bana şetm etmekle mezbûr Ömer'den ben mübâne olmuşumdur suâl olunup zimmetinde mütekarrir ve ma'kûdun-aleyh olan bin akçe mehr-i müeccel-i müsemmâmın aliverilmesi matlûbumdur dedikde, gibbe's-suâl ve'l-inkâr müdde'iyye-i mezbûreden müdde'âsını mübeyyine beyyine taleb olundukda udûl-i ricâl-i müslimînden olup mahmiye-i mezbûrede Nahılbend mahallesi sâkinlerinden Ahmed Bey b. Osman ve Ramazan Bey b. Sefer nâm kimesneler li ecli's-şehâde meclis-i şer'-i şerîfe hâzırân olup istişhâd olunduklarında fi'l-hakîka mezbûr Ömer zevcesi müdde'iyye-i mezbûreye târih-i kitâbdan bir gün mukaddem bizim huzûrumuzda bre dînini îmânını sikdiğim deyû şetm etmekle mezbûre Fâtıma merkûm Ömer'den mübâne olmuşdur biz husûsa bu vech üzre şâhidleriz şehâdet dahi ederiz deyû her biri edâ-i şehâdet-i şer'iyeye ettikde gibbe't-ta'dîl ve't-tezkiyye şehâdetleri makbûle olmağın mücebince müdde'iyye-i mezbûrenin beynûnetine ba'de'l-hükm mehr-i müeccel-i müsemmâsı olan meblağ-ı mezkûr bin akçeyi müdde'iyye-i mezbûreye edâ ve teslîme mezbûr Ömer'e ba'de't-tenbîh mâ hüve'lvâki' bi'l-ibtigâ ketb ve imlâ olundu.”⁵⁸*

⁵⁸ Bâb Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (1077/1666-1667), 319-320.

A. Şartlı Talak Kavramı

Talak sözlükte herhangi bir şeyin bağınyı çözmek, birbirine bağıly olanlar arasındaki bağı çözmek suretiyle salıvermek anlamındadır. İslam hukuku anlamında talak kişinin tek taraflı irade beyanıyla nikâh sözleşmesine ilişkin bağınyı çözmek suretiyle hukuken var olan nikâha ilişkin bağılantıyı kaldırmasıdır. Bir başka ifadeyle tek taraflı irade beyanı ile karı ve koca arasındaki hukuki bağınyı kaldırılmasıdır.⁵⁹

Talaka ilişkin irade beyanının ileri sürülmesi anından itibaren derhal hüküm ifade edip etmemesi açısından talak, üç kısma ayrılır. Talaka yani boşamaya ilişkin irade beyanının ileri sürülmesiyle hüküm doğuran talaka münecciz talak denir. “Boş ol”, “Seni boşadım”, “Sen Boşsun” vb. ifadeler tek taraflı irade beyanıyla ileri sürülürse boşanma hüküm ve sonuç doğuracaktır. Kocanın karısını talak vasıtasıyla boşamasına ilişkin hukuki işlemde kast edilen de budur.⁶⁰

Bir diğeri muzaf (zamana bağılyanan talak) şeklinde ifade edilir. Muzaf talakta boşamaya ilişkin irade beyanının belli bir vakitte veya belli bir süre sonunda hüküm ve sonuç doğuracağı bulunmaktadır. Örneğın “Üç gün sonra benden boşsun”, “Gelecek ay başında benden boşsun” vb. şeklinde ifade edilir⁶¹. Dört mezhebe göre zaman şartına bağılyanan talak geçerlidir ancak Zahirilere ve Caferilere göre geçerli değildir.⁶²

Şarta bağıly talak “Muallak Talak” ta ise kocanın boşanmaya ilişkin irade beyanında, bir işın kendisi, karısı veya üçüncü bir kişi tarafından yapılyp yapılmaması veya bir hadisenin meydana gelip gelmemesi yer almaktadır. Başka

⁵⁹ Hamdi Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali* (İstanbul: Altınoluk Yayınları, 2001), 342; H. İbrahim Acar, “Talâk,” *TDV İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 39:496.

⁶⁰ Bilmen, *Hukûku İslâmiyye*, 2:232; Muhammed Ebû Zehra, *el-Ahvâlü’ş-şahsiyye* (Kâhire: Dâru’l-Fikri’l-Arabî, 1957), 297; Vehbe Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî ve edilletühü* (Dimeşk: Dâru’l-Fikr, 1997), 9:6966; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 388.

⁶¹ Bilmen, *Hukûku İslâmiyye*, 2:254-257; Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî ve edilletühü*, 9:6966; Döndüren, *Delilleri ile Aile İlmihali*, 389.

⁶² Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Saîd İbn Hazm, *el-Muhallâ bi’t-âsâr* (Beyrût: Dâru’l-Fikr, ts.), 9:479; Ebû Ca’fer Muhammed b. el-Hasen et-Tûsî, *el-Mebsût fi fıkhi’l İmâmiyye*, thk. Muhammed el-Bâkır el-Behbevdî (Beyrût: Dâru’l-Kitâbi’l-İslâmî, ts.), 5:36.

bir ifadeyle boşanma bir işin yapılıp yapılmamasına veya bir olayın gerçekleşip gerçekleşmemesi şartına bağlanmıştır.⁶³ Örneğin “İçki içersen boşsun”, “Nafakanı göndermezsem boşsun”, “Bir daha döversen boşsun”, “Kardeşin yolculuğa çıkmazsa boşsun” vb.⁶⁴

Şartlı talak kurumunun kadınları belli bir davranışta bulunmaya zorlamak amacıyla da kullanıldığı bazen ise söz konusu zorlamanın boşa çıktığı görülmektedir. Örneğin aşağıdaki şer’iyye sicilinde koca karısının kendisini takip etmesini istemiş, isteği kabul görmezse boş olduğu hususunda beyan vermiş, kadın ise kocasının isteğini yerine getirmemiştir.

“..... mezbûr Ahmed atına binüp bana hitâb idüp eşyâ ve esvâbını al da benim ardımca gel eğer gelmezsen benden üç talâk boş ol didi ben ardımca varmadım dört gün mürûr itdi mutallaka oldum su’âl olunsun didikde gibbe’l-inkâr mezbûr Ahmed cevâbında fi’l-vâki’ dört gün mukaddem atıma binüp zevcem merkûme Fâtıma’ya eşyânı al da ardımca gel eğer gelmezsen irâdetin elinde olsun didim ardımca gelmedi lâkin üç talâk boş ol dimedim deyu inkâr eylemeğin merkûme Fâtıma’ya müdde’âsını mübeyyine beyyine taleb olundukda Ahmed bin ‘Abdullah ve Safiye bint-i İbrahîm ve Emîne bint-i Yûsuf meclis-i şer’a hâzırûn olup istîshâd olunduklarında fi’l-vâki’ târîh-i kitâbdan dört gün mukaddem mezbûr Ahmed atına binüp bizim huzûrumuzda zevcesi merkûme Fâtıma’ya eşyâ ve esvâbını al da benim ardımca gel eğer gelmezsen üç talâk benden boş ol didi bu hususa biz şâhidleriz şehâdet dahî ideriz deyu edâ-i şehâdet-i şer’iyye eylediklerinde şehâdetleri hayyiz-i kabûlde vâki’a olmağın mâ-vaka’a bi’t-taleb ketb olundu ...”⁶⁵

İslam âlimlerinden bazıları şartlı talakı kocanın boşamaya ilişkin iradesindeki amacına göre iki kısma ayırmışlardır. Bunlar yemin amaçlı şartlı talak ve boşama

⁶³ Bilmen, *Hukûku İslâmiyye*, 2:232.

⁶⁴ Ebû Zehrâ, *el-Ahvâlü’ş- şahsiyye*, 297; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslâmî ve edilletüh*, 9:6968; Halil Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976), 59; Ali Ahmed Kuleysî, *Ahkâmü’l-üsre fi’ş-şer’iati’l-İslâmiyye* (Sana: Mektebetü Cili’l-Cedîd, 1993), 2:57.

⁶⁵ *Konya Kadı Sicili Defter 10 (1070 - 1071 / 1659 - 1661)*, 199; Aynı şekilde “....Seyyid Ahmed bin Seyyid Sülmeymân mahzarında üzerine da’vâ ve takrîr-i kelâm idüp zevcim mezbûr Seyyid Ahmed târîh-i kitâbdan on gün mukaddem ba’de’l-yevm eğer dayımmenziline gidersen benden üç talâk boş ol deyu şart idüp ben dahi dayımın menziline gidüp şart-ı mezkûra binâ’en...”, bkz. *Konya Kadı Sicili Defter 53 (1148-1149 / 1736-1737)*, haz. İzzet Sak ve İbrahim Solak, 256.

amaçlı şartlı talaktır. Yemin amaçlı şartlı talakta kocanın esas gayesi karısından ayrılmak değil, söz konusu şartın gerçekleşmesini sağlamaktır. Bu şart bir olayın veya haberin gerçek olup olmadığının tespitinin sağlanması veya zan altından kurtulmak amaçlı olabileceği gibi, bir sözün geçerliliğini kuvvetlendirmek amaçlı olarak da karşımıza çıkabilir. Ancak nasıl ve ne şekilde olursa olsun esas gaye karısından boşanmak değildir. Örneğin eşinin çalışmasını istemeyen bir adam “*İş bulup çalışırsan boşsun*” demesi bu minvaldedir. Bu türlü şartlı talak aynı zamanda “mecaz yoluyla yemin” şeklinde isimlendirilmiştir.⁶⁶

Boşama amaçlı şartlı talakta ise boşamaya ilişkin ileri sürülen irade beyanında kocanın karısını şart oluştuğunda boşama amacı ön plandadır. En yalın tabirle şart gerçekleştiğinde boşanma hüküm ve sonuç doğuracaktır. Kocanın bir olguyu kuvvetlendirmek veya herhangi bir durum üzerine yemin vermek gibi bir amacı söz konusu değildir. Örneğin “*Eğer falanca tarlanı bana verirsen boşsun*” veya “*Müeccel mehrinden feragat edersen boşsun*” vb. Görüleceği üzere bu türlü talakta yemine ilişkin gaye mevcut değildir.⁶⁷

B. Şartlı Talak’ın Hukuki Sonuçları

Şart muhtemel bir olaya bağlanmışsa ve şart gerçekleşmemişse tabi olarak herhangi bir hukuki sonuç oluşmayacaktır. Diğer bir ifadeyle şart gerçekleşmesi muhtemel bir olay olmalıdır. Gerçekleşmesi imkânsız olaylara veya şartlara talak bağlanamaz. Eğer gerçekleşmesi muhtemel olay gerçekleşirse, talak hüküm ve sonuç doğuracaktır. Şartlı talaktaki talak bir rici talaktır. Rici talakta evlilik sonlanmaz zira koca ricat ederse evlilik devam edecektir. Ancak koca boşamaya ilişkin üç boşama hakkından bir tanesini kaybetmiştir. Kocasının ricata ilişkin irade beyanından sonra, diğer bir ifadeyle rici talaktan döndüğüne dair irade beyanında bulunduktan sonra, kadın mehr-i müecceli varsa talep edemez ve

⁶⁶ Bilmen, *Hukûku İslâmiyye*, 2:232; Seyyid Sâbık, *Fikhu’s-Sünne* (Kâhire: Dâru’l-Feth, 1999), 3:22; Zuhaylî, *el-Fikhu’l-İslâmî ve edilletüh*, 9:6968; Kuleysî, *Ahkâmu’l-üsre*, 2:57. Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 389.

⁶⁷ Bkz. Ebu’l-Abbâs Takiyyuddîn İbn Teymiyye, *Mecmûu fetâvâ* (Medine: Mecme’u’l-Melik Fehd li-Tibâeti’l Mushafi’ş-Şerîf, 1995), 33:64-65; Sâbık, *Fikhu’s-Sünne*, 3:22-23; Avâyîşe, *el-Mevsûatü’l-fikhiyye*, 5:262; Zeydân, *el-Mufasssal fi ahkâmi’l-mer’e*, 7:483, 484.

evliliğin devam etmemesine karşı gelme hakkı da yoktur. Ancak söz konusu durum şartlı talaka ilişkin iradede tek talakla boşaması halinde söz konusudur. Üç talakla boşamaya ilişkin bir irade varsa, ricat hakkı olmayacak, şartlı talakla boşanan kadın varsa müeccel mehrini talep edebilecektir.⁶⁸

Osmanlı Devleti'nde şartlı talak halk arasında genellikle yemin amacıyla kullanılmış, yani bir olgu veya durumun varlığını ispat amacıyla yahut verilmiş bir sözün geçerliliğini kuvvetlendirmek maksadıyla yapılmıştır. Örneğin aşağıdaki şer'iyeye sicilinde alacak verecek meseleleri sebebiyle talak şart ettirilmiştir.

“Mahmiye-i Konya'da Furkâdede Mahallesi sâkinlerinden Muharrem bin Receb nâm kimesne meclis-i şer'-i hatîr-ı lâzümü't-tevkîrde râfi'ü'l-kitâb Bostân bin Ahmed nâm kimesne mahzarında üzerine da'vâ ve takrîr-i kelâm idüp mezbûr Bostân'da elli akça alacağım olup sekiz gün mukaddem taleb eylediğimde kendisi üç güne değin meblağ-ı mezbûru sana edâ eylemezsem üç talâk 'avratım boş olsun didi sekiz gün olup meblağ-ı mezbûru bana edâ eylemedi su'âl olunsun didikde gibbe's-su'âl mezbûr Bostân meblağ-ı mezbûr deyni olduğunu ikrâr eyledi lâkin şart-ı merkûmu inkâr itmeğin mezbûr Muharrem'den takrîrine muvâfık beyyine taleb olundukda ityân-ı beyyineden izhâr-ı 'ac idüp istihlâf itmeğin târîh-i kitâbdan sekiz gün mukaddem meblağ-ı mezbûru mezkûr Muharrem taleb eylemediğine ve üç güne değin sana edâ itmezsem 'avratım üç talâk boş olsun dimeğine mezbûr Bostân'a yemîn teklîf olundukda ol dahî 'alâ vefki'l-mes'ûl yemîn-i billahi'l-'azîm itmeğin mâ-vaka'a bi't-taleb ketb olundu hurrire fi'l-yevmi's-sânî 'aşer min Şevvâlî'l-mükerrerem li-sene seb'în ve elf (12 Şevvâl 1070 / 21 Haziran 1660).⁶⁹

C. Kadının Korunması Bağlamında Osmanlıda Şartlı Talak

Kadına yönelik şiddetin önlenmesinde bir araç olarak sıkça başvurulan bir metot olarak şartlı talak karşımıza çıkmaktadır. Eşine şiddet uygulayan kocaya “Bir daha eşimi döversem benden boş olsun” veya “Eşime el kaldırırsam benden boş olsun” vb. yemin aldırılarak aile içi şiddet eylemlerinin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

⁶⁸ Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 397-399.

⁶⁹ *Konya Kadı Sicili Defter 10 (1070 - 1071 / 1659 - 1661)*, 155.

Osmanlı Devleti'nde kadına yönelik şiddetin önlenmesinde, şartlı talakın etkili bir şekilde kullanıldığı, şer'iyeye sicillerinden anlaşılmaktadır. Şiddet eyleminin sonunda kocadan eğer bir daha döversen senden boş olsun mu? Şeklinde alınan ifadeler, şartlı talaka işaret etmektedir. Şartlı talakın mahkeme vasıtasıyla alındığı gibi, aile arasında tekrar barışmaya şahitlik eden bireyler huzurunda da alındığı görülmektedir. Erkeğin fiziksel veya ekonomik şiddette bulunmasından sonra, eşyle tekrar barışmak istemesi üzerine, aile arasında bir daha şiddet eyleminde bulunmayacağına ilişkin şartlı talakta bulunulduğu da anlaşılmaktadır.

Koca eşine tekrardan fiziksel şiddet uygularsa, artık boşanma kendiliğinden hüküm ve sonuç doğuracaktır. Şer'iyeye sicilleri incelendiğinde, genel olarak, kocanın söylediği bu türlü sözleri eşinden boşanmak istememesi sebebiyle inkâr ettikleri görülmektedir. Aşağıda örnek olarak verdiğimiz şer'iyeye sicilinde de bu türlü bir inkâr söz konusudur. Kocanın *"ba'de'l-yeom bir daha ben seni darb idersem sen benden üç talâk boş ol"* dediği şahitler huzurunda ispatlanmış ve mahkeme boşamaya hükmetmiştir:

"Mahmiye-i Konya'da Pîresed Mahallesi sâkinelerinden bâ'isetü'l-kitâb Fâtıma bint-i Mustafâ nâm hatun meclis-i şer'-i hatîr-ı lâzümü't-tevâkürde bundan akdem zevci olan Mehmed bin Ahmed mahzarında merkûm Mehmed eğer ba'de'l-yeom bir daha ben seni darb idersem sen benden üç talâk boş ol dimişiken hâlâ târîh-i kitâbdan altı gün mukaddem mezbûr beni darb itmekle ben mutallaka oldum tefrîk olunmak taleb iderin su'âl olunsun didikde gibbe's-su'âl mezbûr Mehmed cevâbında târîh-i kitâbdan altı gün mukaddem bir husûs için ben merkûmeyi darb eyledim lâkin mukaddemâ vech-i muharrer üzere şart itmedim deyucek müdde'eye-i mezbûreden şart-ı meşrûhu mübeyyine beyyine taleb olundukda 'udûl-i müslimînden Şekerfürûş Mahallesi'nde sâkin İbrahîm Çelebi ibn Ahmed ve Mahalle-i Durak Fakîh sükkânından 'Osmân bin Mehmed nâm kimesneler li-ecli's-şehâde meclis-i şer'a hâzırân olup eserü'l-istişâd fi'l-vâki' merkûm Mehmed bin yüz iki senesi Zî'l-ka'desinde bizim huzûrumuzda eğer ba'de'l-yeom bir daha ben zevcem Fâtıma'yı darb idersem mezbûre Fâtıma benden üç talâk boş olsun didi biz bu husûsa şâhidleriz şehâdet dahî ideriz deyu edâ-i şehâdet-i şer'iyeye eylediklerinde ba'de't-ta'dîl ve't-teziye şehâdetleri hayyiz-i kabûlde vâkı'a olmağın üç talâkın vukû'una hüküm ve

*müfârekatına tenbîh bir le mâ-vaka'a bi't-taleb ketb olundu fi'l-yevmi'l-hâmis min şehri Rebî'ü'l-âhir li-sene selâse ve mi'e ve elf (5 Rebî'ü'l-âhir 1103 / 26 Aralık 1691).*⁷⁰

Osmanlı Devleti'nde, karı ve kocanın Gayrimüslim oldukları durumlarda da mahkeme kanalıyla erkeğe bir daha eşine fiziksel şiddet uygularsa eşinin kendisinden bain talakla boş sayılacağına ilişkin beyan alınmıştır. Şer'iyye sicilinden anlaşılacağı üzere kadına yönelik şiddetin engellenmesinde şartlı talak kurumuna benzer bir uygulama Gayrimüslimler arasındaki koca şiddetinin engellenmesinde de bir çözüm yöntemi olarak uygulanmaya çalışılmıştır:

*"Mahmiye-i Galata dâhilinde Sultan Bayezid sükkânından Yani v. İstemad nâm zimmî mahfil-i kazâda zevcesi işbu râfi'atü'l-vesîka Yasemin bt. Andriye nâm nasrâniye muvâcehesinde ikrâr ve takrîr-i kelâm edip zevcem mezbûre Yasemin bana sen beni dâimâ hilâf-ı şer' darb edersin senden müfârekat ederim demekle, ben dahi ba'de'l-yevm mezbûreyi bi gayr-ı vech-i şer'î darb edersem merkûme Yasemin benden bâyinen mutallaka olsun dedikde gibbe't-tasdîki's-şer'î mâ vaka'a bi't-taleb ketb olundu. Fi'l-yevmi's-sâbi' aşer mine'l-Muharremi'l-harâm li sene seb'a ve erba'în ve elf. Şuhûdü'l-hâl: Alihan Çelebi b. Mustafa, Mustafa Çelebi b. Receb, Ahmed Yazıcı b. Mehmed, Âbid b. Mustafa, Emrullah b. Mehmed."*⁷¹

Yine bir başka şer'iyye sicilinde kocası tarafından dövülen kadın, kendisiyle barışmak için eşinin şahitler huzurunda seni bir daha darb edersem benden boş ol demesi üzerine tekrar aynı fiili işlediğinden dolayı mahkemeye müracaat ederek boşanmayı tespit ettirmiştir. Şartlı talaka ilişkin birçok sicilde olduğu gibi, söz konusu sicilde de eşinden boşanmak istemeyen şiddet eyleminde bulunan koca, şartlı talaka ilişkin daha önceden söylediği sözleri veya şiddet eylemlerinde bulunduğunu inkâr etmektedir.

"..... zevcim mezbûr İbrahîm târîh-i kitâbdan dokuz ay mukaddem bana hitâb idüp ba'de'l-yevm eğer seni idersem benden talâk-ı selâse ile mutallaka ol deyu şart idüp ba'dehu üç ay mürûrundan sonra beni darb etmekle şart-ı mezkûr vâki' olmuşdur deyu mezbûr zevcime bundan akdem da'vâ ol dahî bi'l-küllîye inkâr etmekle vech-i muharrer üzere şart eylediğini huzûr-ı şer'de Hâcî İsmâ'îl bin Hâcî Hasan ve Mevlûd bin Ahmed

⁷⁰ Konya Kadı Sicili Defter 37, (1102-1103/1691-1692), 182-183.

⁷¹ Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil (1073-1074/M.1663), 401.

nâm kimesneler şehâdetleriyle mezbûr İbrahîm'in üzerine isbât ve tescîl itdirüp lâkin darb etmekle şart-ı mezkûr vâki' olduğunu isbâtdan 'âciz olmam ile kendüye yemîn virilmişidi hâlâ târîh-i kitâbdan yedi gün mukaddem yine mezbûr İbrahîm beni darb etmekle şart-ı mezbûr vâki' olmağın mezbûr İbrahîm'den talâk-ı selâse ile mutallaka olmuşumdur su'âl olunsun didikde gibbe's-su'âl mezbûr İbrahîm ber-vech-i muharrer târîh-i kitâbdan üç ay mukaddem talâk-ı selâseye şart eylediğini şâhidân-ı mezbûrân ile meclis-i şer'de muvâcehesinde isbât olunduğunu isbât ve mezbûre 'Âyşe'ye yedi gün mukaddem darb eylediğini inkâr etmekle mezbûre 'Âyşe'den ber-vech-i muharrer takrîrini mübeyyine beyyine taleb olundukda 'udûl-i ahrâr-ı ricâl-i müslimînden karye-i mezbûreden Ahmed bin 'Abdurrahman ve 'Abdullah bin Mehmed nâm kimesneler li-ecli'ş-şehâde meclis-i şer'a hâzırân olup eserü'l-iştîhâd fi'l-vâki' târîh-i kitâbdan yedi gün mukaddem karye-i mezbûrda vâki' çeşme başında mezbûr İbrahîm zevcesi işbu merkûme 'Âyşe'yi bizim huzûrumuzda tüfenk kundağıyla darb eyledi biz bu hususa bu vech üzere şâhidleriz şehâdet dahî ideriz deyu her biri edâ-i şahâdet-i şer'îye eylediklerinde ba'de't-ta'dîl ve't-tezkiye şehâdetleri makbûle olmağın ber-mûcib-i şehâdet-i şer'îye merkûme 'Âyşe mezbûr İbrahîm'den talâk-ı selâse ile mutallaka olmağın merkûme 'Âyşe'ye zevciyet mu'âmelesinden mezbûr İbrahîm men' olunup''⁷²

Ancak şartlı talak konusunda taraflar genellikle çatışma halindedir. Şer'îyye sicillerinden de anlaşılacağı üzere genellikle koca şartlı talakta bulunmadığını iddia etmektedir. Kocanın şartlı talakta bulunduğunu ve şartın gerçekleştiğini kabul etmesi halinde talak vaki olup bu hususta hukuki uyumsuzluk oluşmayacaktır. Bir başka ifadeyle şartlı talakta bulunmuş ve şart gerçekleşmiş ise talak vaki olmuş demektir ve söz konusu durum hakkında çatışma varsa talakın mahkeme kararıyla tespit edilmesi yoluna gidilecektir. Şartlı talaka ilişkin bir hukuki uyumsuzluk halinde kadı öncelikle kocanın şartlı talakta bulunup bulunmadığının tespitini yapardı. Daha sonra şartlı talak konusu şartın

⁷² *Konya Kadı Sicili Defter 53 (1148-1149 / 1736-1737), 269-270; Çekişmeli geçen mahkeme sürecinin olay tarihinden 7 gün önce gerçekleştiği ve bir günde yargılamanın tamamlanmasıyla toplamda 8 gün gibi kısa bir sürede sonuçlandığı, şer'îyye sicilinden anlaşılmaktadır. Günümüz Türk pozitif hukukunun kronik problemlerinden bir tanesi de yargılamanın makul sürede tamamlanamamasıdır. Günümüzde gelişen iletişim imkânları ve bilgi teknolojisine rağmen yıllarca süren çekişmeli boşanma davaları göz önüne alınırsa, Osmanlı Devleti'nde aynı yargılamanın 7 gün gibi kısa bir sürede sonuçlanması, üzerine düşünülecek bir hadisedir.*

gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda ikinci bir tespitte bulunurdu. Şartlı talaka ilişkin uyuşmazlıklarda ispat külfeti iddiada bulunan taraftaydı. İspat hukuku anlamında genel kural uygulanmış ve müddei iddiasını ispatla mükellef tutulmuştur.

Aşağıdaki şer'iyeye sicil örneğinde Kadın kocasının şartlı talakta bulunduğunu ve şartın gerçekleştiğini mahkeme huzurunda ispat edemediğinden mahkeme boşamaya hükmetmiştir.

“Mahrûse-i Üsküdar'da Davud Paşa Mahallesi sâkinelerinden Ümmühâni bt. İbrahim Ağa nâm hâtun meclis-i şer'-i şerîfde bâ'isü'l-kitâb İbrahim Ağa b. Abdülvehhâb nâm kimesne mahzarın da üzerine da'vâ ve takrîr-i kelâm edip yüz elli gurus mehr-i mu'accele ve elli beş bin akçe mehr-i müeccele ile mezbûr İbrahim Ağa'ya inkâh ve tezvîce vekîlim olan () nâm kimesne mehreyn-i mezbûreyin ile beni mezbûr İbrahim Ağa'ya vekâleten tezvîc ve inkâh ettikten sonra mezbûr İbrahim Ağa'nun âhar zevcesi ve odalığı olmağla mezbûr İbrahim Ağa'dan kable'l-halve ictinâb ettiğimden mezbûr İbrahim Ağa benden niçin kaçınırsız zevcem Ümmühâni'den gayrı avratım ya odalığım var ise mezbûre Ümmühâni'nin irâdeti altında olsun her nice isterse öyle eylesin deyû bana haber gönderip ben dahi vâkıfa olduğum meclisde bâyinen nefsimi ihtiyâr etmişidim, suâl olunup mehreyn-i mezbûreyini nısfı mezbûr İbrahim Ağa'dan alıverilmesi matlubumdur dedikde, gıbbe's-suâl mezbûr İbrahim Ağa cevâbında müdde'iyeye-i mezbûreyi mehreyn-i mezbûreyin ile tezevüc ettiğimden sonra mezbûre Ümmühâni'den gayrı eğer avratım veya odalığım var ise mezbûre Ümmühâni'nin irâdeti altında olsun demişdim, lâkin mezbûre Ümmühâni'den gayrı avratım veya odalığım yokdur deyicek müdde'iyeye-i mezbûreden kendiden gayrı merkûm İbrahim Ağa'nun avratı veya odalığı olduğuna beyyine taleb olundukda ityân-ı beyyineden izhâr-ı acz ile istihlâf etmeğin merkûm İbrahim Ağa'ya vech-i şer'î üzre yemîn teklîf olundukda ol dahi alâ vefk i'l-mes'ûl yemîn billâhi'l-aliiyi'l-a'lâ etmeğin mûcebince müdde'iyeye-i mezbûre bilâ-beyyine vech-i muharrer üzre mu'ârazadan men' olunup mâ vaka'a bi't-taleb ketb olundu”⁷³.

Şer'iyeye sicilleri incelendiğinde bazı durumlarda şartlı talak'ın aynı zamanda tefviz-i talak ile birlikte kullanıldığı görülmektedir. Yukarıdaki şer'iyeye sicili örneğinde de her ne kadar eş şartın gerçekleştiğini kadı huzurunda ispat

⁷³ Bâb Mahkemesi 3 numaralı sicil (1077/1666-1667), 410.

edememiş olsa da, kendisine şartlı olarak tefviz-i talak yetkisi verilmiştir. Koca “nafakamı göndermezsem nikahın elindedir” şeklinde bir beyanda bulunduysa şarta bağlı tefviz-i talak söz konusu olacaktır.

“Zümre-i sâdâtdan es-Seyyid Mehmed b. es-Seyyid Mehmed meclis-i şer’-i şerîf-i lâzımü’t-teşrîfde zevcesi Fâtıma bt. İlyas Dede nâm hâtun tarafından ikrâr-ı âti’zzikri tasdîka vekîl olup nehc-i şer’î üzre verâseti sâbite olan kayın atası merkum İlyas Dede muvâcehesinde bi’t-tav’ ve’r-rızâ ikrâr ve takrîr-i kelâm edip hâlâ ben sıla-i rahm için vilâyetime gitmeğe müteveccih olup târih-i kitâbdan üç sene tamâmına değin gelip evime dâhil olmazsam zevcem merkûme Fâtıma Hâtun’un irâdeti elinde olup dilerse ben gelince te’hîr ede dilerse nefsinî ihtiyâr edip âhara tezvîc ede dedikde mukîr-ı merkûm es-Seyyid Mehmed’in vech-i muharrer üzre cârî olan ikrâr ve takrîrini merkûm İlyas Dede bi’l-vekâle vicâhen tasdîk vicâhen tahkîk edicek mâ hüve’l-vâki’ hıfzan li’l-makâl ketb [ve] terkîm ve yed-i talibine vaz’ ve teslîm olundu.”⁷⁴

Tefviz-i talak’ın şarta bağlı olarak verildiği durumlarda şartın gerçekleşmesi ile birlikte fesih söz konusu olmaz. Kendisine tefviz-i talak yetkisi verilen eş, şartın gerçekleşmesinden ve makul bir süre bekledikten sonra hâkim huzurunda boşanma iradesini açıklar. Bu durumda boşanma gerçekleşmiş olacaktır.

“Mahmiye-i Konya’da Şükrân Mahallesi sâkinelerinden zâtı ma’rifet-i şer’iye ile mu’arrefe olan bâ’isü’l-kitâb ‘Âlime bint-i Receb nâm hatun meclis-i şer’-i hafîr-i lâzımü’t-tevkîrde İbrahîm bin ‘Abdullah nâm kimesne mahzarında üzerine da’vâ ve takrîr-i kelâm idüp bundan akdem zevcim Yûsuf bin Süleymân nâm kimesne diyâr-ı âhara ‘âzim oldukda nafaka ve kisveme kefil taleb eylediğimde eğer beş altı aya değin gelüp mülâkî olmazsam ihtiyârın yedinde olsun deyüp merkûm İbrahîm dahî nafakama kefil olmağla hâlâ müddet-i merkûme temâm olup ben dahî nefsimi ihtiyâr ve dilediğim kimesneye tezvîc murâdımdır diyâr-ı âhara ‘âzim oldukda bizim huzûrumuzda mezbûre ‘Âlime nafaka ve kisvesine kefil taleb eyledikde merkûm Yûsuf eğer ben altı aya değin gelüp mülâkî olmazsam ihtiyârın yedinde olsun deyüp ve merkûm İbrahîm mezbûre ‘Âlime’nin nafaka ve kisvesine kefil olmağla hâlâ müddet-i merkûme altı ay temâm olmuşdur biz bu husûsa bu vech üzere şâhidleriz ve şehâdet dahî ideriz deyu her biri edâ-i şehâdet-i şer’iye

⁷⁴ Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 37 Numaralı Sicil (1047/1637-1638), haz. Salih Kahrıman, Sabri Atay, Fuat Recep (İstanbul : İSAM Yayınları, 2011), no:513.

*eylediklerinde ba'de't-ta'dîl ve't-tezkiye şehâdetleri makbûle olmağın mûcibiyle merkûm İbrahîm'e mezbûrenin nafaka ve kisvesini edâya tenbîh ve mezbûre 'Âlime'ye 'iddeti mûnkaziye oldukda nefsinin dilediği kimseneye tezvâce izn bir le mâ-vaka'a bi't-taleb ketb olundu."*⁷⁵

D. Kadının Korunması Bağlamında Osmanlı Fetvalarında Şartlı Talak

Osmanlı hukukunda fetvalar son derece önemli bir yere sahiptir. Osmanlı Devleti'nde hukuk eğitimi medreselerde verilir. Gereken eğitimleri alanlar kadı tayin edilir kadılar da hukuk kurallarını uygulardı. Hukukun gelişimine ise verdikleri fetvalar vasıtasıyla müftüler katkı sağlar ve yön verirdi. İbadete ilişkin fetvaların bağlayıcılığı yoktu. Ancak görülmekte olan bir dava ile ilgili verilmiş fetvalar son derece etki doğuruyordu. Osmanlı Devleti'nde fetvalar dolaylı olarak yargıyı denetlemiş aynı zamanda birçok çatışmanın hukuki uyuşmazlığa dönüşmeden çözümünü sağlayarak yargının dava yükünü hafifletmiştir. Osmanlı fetva kitaplarında şartlı talakla ilgili birçok fetva bulunmaktadır. Biz konumuz açısından ilgili olarak gördüklerimize yer verme gayretinde bulunduk. Aşağıdaki fetvada şartlı talak kurumunun beyana dayalı olduğu kişinin beyan edilen ne ise onunla sorumlu tutulacağı belirtilmiştir.⁷⁶

Şartlı talakın kocanın her türden şiddeti karşısında kadına yönelik bir koruma sağlayan hukuki kurum olarak kullanıldığı fetvalardan da anlaşılmaktadır. Birçok fetvada kadının maruz kaldığı fiziksel psikolojik veya ekonomik şiddet karşısında şiddetin tekrarlanması halinde şartlı talak verilmesi durumunda talakın muteber olduğu belirtilmektedir.

*"Zeyd zevce-i medhu-bihası Hind'e "Eğer seni darbedersem boş ol, boş ol, boş ol" dedikten sonra Zeyd Hind'i darbeylese Hind üç talak boş olur mu? el-Cevab: İki talak müncezen vaki olur, iddet içinde darbetmiş ise bir talak dahi vaki olur."*⁷⁷

⁷⁵ *Konya Kadı Sicili Defter 45*, haz. İzzet Sak (Konya: Erman Ofset, 2014), 142-1.

⁷⁶ Şükrü Özen, "Osmanlı Dönemi Fetva Literatürü," *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 3, no. 5 (2005): 254-258.

⁷⁷ Şeyhülislam Feyzullah Efendi, *Feteva-yı Feyziye*, çev. Süleyman Kaya, (İstanbul: 2009), 71.

Yine aynı yönde şarta bağlı talak iradesinde bulunan kimsenin elinde olmayan sebeplerle şartı gerçekleştirememesi veya lehine şartta bulunduğu kimsenin kusuru sebebiyle şartın gerçekleşmemesi halinde talak hüküm doğurmayacaktır. Örneğin aşağıdaki fetvada eşine bağışta bulunma iradesi şart koşulmuş eşi ise bağışlamayı kabul etmemiştir. Bu durumda şartlı talakın hüküm doğurmayacağı belirtilmektedir.

Zeyd zevcesi Hind'e "Sana bu ayda yüzon para hibe etmezsem benden üç talak boş ol" dedikten sonra Zeyd Hind'e ol ayda yüzon para hibe edip lakin Hind kabul etmeyip ol ay murür eylese mücerred Hind kabul etmemekle Hind Zeyd'den üç talak boş olur mu?

el-Cevab: Olmaz.⁷⁸

Şartlı talaka ilişkin fetvalar incelendiğinde, şarta ilişkin verilen durum veya davranışın tam manasıyla gerçekleşmiş olmasının arandığı görülmektedir. Şartlı talakta yer alan yegâne yaptırım talakın vaki olmasıdır. Talakın oluşması için ise şartta belirtilen yasaklanmış eylemin aynısının gerçekleşmesi aranmakla, bir bakıma tipe uygun eylemin arandığı söylenebilir.⁷⁹

*"Zeyd zevcesi Hind'e "Eğer seni bi-gayr-i hak darb edersern boş ol" dedikten sonra Hind Zeyd'e haramkar ve bunun emsali şetmetmekle Zeyd Hind'i darbeylese darb-i mezbura binaen Hind Zeyd'den boş olur mu? el-Cevab: Olmaz (Darnadzade Ebulhayr Ahmed Efendi)."*⁸⁰

Şartın gerçekleştiğine ilişkin uyuşmazlık olması halinde ispat hukuku anlamında genel kural uygulanır. Genel kural müdde-i iddiasını ispatla mükelleftir. Yani iddia eden iddiasını ispat etmelidir. Şart eğer birden çok olay veya davranışa bağlandıysa her birinin gerçekleştiği ispat edilmelidir.

⁷⁸ Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behçetü'l Fetava*, 102.

⁷⁹ *"Zeyd zevcesi Hind'e "Eğer sana fahişe ve rosbi ve karhaneci dersem benden boş ol" dedikten sonra Zeyd Hind'e "Fahişe" deyip lakin rosbi ve karhaneci demeyip şart-ı mezkurdan birini dahi niyet etmiş olmasa mücerred fahişe demekle Hind Zeyd'den boş olur mu? el-Cevab: Olmaz"; Yenişehirli Abdullah Efendi, Behçetü'l Fetava, 102; "Zeyd zevcesi Hind'e "Eğer seni bi-gayr-i hak darbedersern boş ol" dedikten sonra Hind Zeyd'e "haramkar" ve bunun emsali şetmetmekle Zeyd Hind'i darbeylese şart-ı mezbura binaen Hind Zeyd'den boş olur mu? el-Cevab: Olmaz"; Şeyhülislam Feyzullah Efendi, *Fetevay-ı Feyziye*, 66.*

⁸⁰ Neticetül Fetava, 65.

*"Zeyd "Eğer şürib-i hamr edersen zevcem Hind üç talak boş olsun" dedikten sonra Hind Zeyd'den "Sen ba'de't-ta'lik şürib-i hamr edip ben senden üç talak boş oldum" deyu dava ve Zeyd inkar ettikde Hind'in müddeasına şehadet eden kimesneler "Zeyd'in şürib-i hamr ettiğini görmedik lakin Zeyd'i sarhoş gördük" deseler bu veçhile Hind'in müddeası sabit olup Hind Zeyd'den tefrik olunur mu? el-Cevab: Olunmaz."*⁸¹

SONUÇ

Osmanlı Devleti'nde kadının korunması bağlamında aile hukukunda var olan hükümlerin kadın lehine yorumlandığı ve korunma altına alındığı şer'iyeye sicil örneklerinden ve uygulamalardan açıkça anlaşılmaktadır. İslam ve Osmanlı aile hukukunda evlilik müessesesi kurulurken boşanma yetkisi erkektedir. Tefviz-i talak yani erkeğin sahip olduğu boşamaya ilişkin yetkilerin bir kısmı veya tümünü kadına devir ettiği hukuki kurum Osmanlı Devleti'nde yaygın olarak kullanılmamıştır. Bu sebeple boşama yetkisinin genel anlamda erkekte olduğu söylenebilir.

Boşanmak isteyen kadınların ise Osmanlı Devleti'nde çeşitli yollara müracaat ettikleri görülmektedir. Bunlardan en öne çıkanı evliliğin kendiliğinden sona erdirecek birtakım olayların vuku bulduğu iddialarıdır. Kocalarının Allah'a veya Peygamberine küfür ettikleri sebebiyle dinden çıktıkları ve böylelikle evliliğin kendiliğinden sona erdiği şeklindeki iddialar bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Osmanlı Devleti'nde bir dönem kadınlar kocalarından boşanmak amacıyla dinden çıkmaya başlamışlar, söz konusu uygulamanın yaygınlaşması üzerine Ebussuud Efendi hukuki yönden sedd-i zerai ilkesi çerçevesinde önlemler alınmasını sağlamıştır.

Şiddet mağduru kadınlar şiddet eylemleri sonrasında önce aile bireyleri, aileleri yoksa Kadılar tarafından şiddet uygulayan erkeğe şartlı talakta bulunması hususunda telkin ve zorlamada bulunulduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu şart şiddet eyleminin tekrarı halinde boşanmanın kendiliğinden oluşacağına ilişkin bir şarttır. Şiddet eylemi tekrarlandığında kadı huzurunda şiddet eylemi ve talak verildiği ispat edilirse boşanmaya karar verildiği görülmektedir. Tutulan sicillerin

⁸¹ Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behçetü'l Fetava*, 109.

bazılarında, kocaların eşlerinden ayrılmak istememesi sebebiyle, gerçekleştirmiş oldukları fiziksel şiddeti veya şartlı talakta bulduklarını inkar ettikleri görülmektedir. Ulaştığımız birçok belgede özel hukuk hükümleri uyarınca da kocanın psikolojik, ekonomik veya fiziksel şiddeti karşısında kadınların yalnız bırakılmadığı görülmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar, bu çalışmada çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu çalışma için etik kurul onayı gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has not declared whether ethical committee approval is required for this research.

KAYNAKÇA

- Acar, H. İbrahim. "Talâk." *TDV İslam Ansiklopedisi*, 39:496-500. İstanbul: TDV Yayınları, 2010.
- Akkaş, İbrahim ve Zeki Uyanık. "Kadına Yönelik Şiddet." *Neveşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi* 6, no. 1 (2006): 32-42.
- Aktan, Hamza. "Kur'an'a Göre Boşanma Prosedürü." *Dinî Araştırmalar* 5, no. 14 (2002): 5-16.
- Altınay Ayşe Gül ve Yeşim Arat. *Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddet*. İstanbul: Punto Baskı Çözümleri, 2007.
- Atar, Fahrettin. "Muhâlea." *TDV İslam Ansiklopedisi*. Erişim tarihi Ağustos 28, 2023. <https://islamansiklopedisi.org.tr/muhalea>.
- Atçıl, Zahit. "Osmanlı Hanedanının Evlilik Politikaları ve Mihrimah Sultan'ın Evliliği." *Güney-Doğu Avrupa Araştırmaları Dergisi - The Journal of Southeastern European Studies* 34 (2020): 1-26.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*. Konya: Mimoza Yayınları, 2015.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Konya: Atlas Akademi Yayınevi, 2021.
- Aydın, Mehmet Âkif. "Liân." *TDV İslâm Ansiklopedisi*. Erişim tarihi Ağustos 30, 2023. <https://islamansiklopedisi.org.tr/lian>.
- Bakkaloğlu, Abdussamet. "Tefvîz." *TDV İslâm Ansiklopedisi*. Erişim tarihi Kasım 26, 2023. <https://islamansiklopedisi.org.tr/tefviz--fikih>.
- Baktır, Mustafa. "İslam Hukukunda Hile-i Şeriyeye." *İslami Araştırmalar*, no. 2 (1986): 71-89.
- Başığmez, Ayşe Cansu ve Halis Özerk. "İnsanın Saldırgan ve Şiddet İçeren Davranışlarını Psikoterapi Kuramlarının Ele Alış Biçimlerinin Değerlendirilmesi." *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi* 18 (2021): 8475-8499.
- Baysan Arabacı, Leyla ve Tuğba Uygun. "Şiddet Uygulayan ve Şiddet Uygulanan Bireylerin Özellikleri." *Hemşirelik Bilimi Dergisi* 5, no. 1 (2022): 38-46.
- Bilmen, Ömer Nasûhi. *Hukûku İslâmiyye ve Istilâhâtı Fıkhiyye Kâmûsu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, ts.
- BOA, (M.D.), nr.111,h.1098; (H.1112/ M.1700).

- Boyar, Oya. "Anayasa Hukuku ve Şiddet." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 1 (2016): 1-53.
- Büker, Seçil ve Ayşe Eziler Kıran. *Televizyon Reklamlarında Kadına Şiddet, Şiddetin Nesnesi Kadın*. İstanbul: Alan Yayıncılık, 1999.
- Cin, Halil. *Eski Hukukumuzda Boşanma*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
- Çalışkan, Hande ve Emrah İsmail Çevik. "Kadına Yönelik Şiddetin Belirleyicileri: Türkiye Örneği." *BJSS Balkan Journal of Social Sciences / Balkan Sosyal Bilimler Dergisi* 17, no. 14 (2018): 218-233.
- Davis, Fanny. *Osmanlı Hanımı*. Çev. Bahar Tırnakçı. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2009.
- Doğan, İsmail. *Sosyoloji: Kavramlar ve Sorunlar*. Ankara: Pegem Akademi, 2012.
- Döndüren, Hamdi. "İla." *TDV İslam Ansiklopedisi*. Erişim tarihi Ağustos 30, 2023. <https://islamansiklopedisi.org.tr/ila>.
- Döndüren, Hamdi. *Delilleriyle Aile İlmihali*. İstanbul: Altınoluk Yayınları, 2001.
- Durğun, Arif. "Türkiye'de Aile İçi Sorunlara Yönelik Sosyal Politikalar ve Şiddetin Önlenmesi." *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (KÜSBD)* 8, no. 1 (2018): 1-12.
- Düzenli, Pehlül. *Şeyhülislam Ebussuud Efendi ve Fetvaları*. İstanbul: OSAV, 2012.
- Erbay, Celal. "Nafaka." *TDV İslam Ansiklopedisi*, 32:282-285. İstanbul: TDV Yayınları, 2006.
- Erdoğan, Suat. "İslam Aile Hukukunda Şiddetli Geçimsizlik (Şikâk) Durumunda Hakem Tayini ve Tayin Edilen Hakemlerin Yetkileri." *Düzce Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1, no: 2 (2017): 45-57.
- Erdoğan, M. Akif. "Jennings, Ronald Carlton." *TDV İslâm Ansiklopedisi*. Erişim tarihi Aralık, 16, 2023, <https://islamansiklopedisi.org.tr/jennings-ronald-carlton>.
- Faroqhi, Suraiya. *Osmanlı Kültürü ve Gündelik Yaşam*. Ed. Fikret Adanır ve Suraiya Faroqhi. Leiden: E. J. Brill, 2002.
- Gerber, Haim. "Bir Osmanlı Şehri Olan Bursa'da Kadının Sosyo-Ekonomik Statüsü(1600-1700)." Çev. Hayri Erten, *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 8, no. 8 (1998): 327-343.

- Gerber, Haim. "Social and Economic Position of Women in a Ottoman City." *International Journal of Middle East Studies Association of North America* 12 (1980): 231-244.
- Güler, Ümit. "XVII. Yüzyıl Kıbrıs Kadı Sicilleri Işığında Osmanlı Kıbrısında Evliliğin Sona Ermesi." *MÜİFD*, no. 52 (2017): 61-93.
- Gülsoy, Ufuk. "1856 Halep ve Nablus Olayları." *Tarih İncelemeleri Dergisi* 9, no. 1 (1994): 279-288.
- Günay, Hacı Mehmet. "Nüşûz," *TDV İslâm Ansiklopedisi*. Erişim tarihi Kasım 26, 2023. <https://islamansiklopedisi.org.tr/nusuz>.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Saîd. *el-Muhallâ bi'l-âsâr*. Beyrût: Dâru'l-Fikr, ts.
- İbn Teymiyye, Ebu'l-Abbâs Takiyyuddîn. *Mecmûu fetâvâ*. Medine: Mecme'u'l-Melik Fehd li-Tibâeti'l Mushafi'ş-Şerîf, 1995.
- İnan, Afet. *Tarih Boyunca Türk Kadınının Hak ve Görevleri*. İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1975.
- İpşirli Argıt, Betül. "Osmanlı Hukuk Çalışmalarında Kadın." *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi Türk Hukuk Tarihi Sayısı* 3, no. 5 (2005): 575-622.
- İstanbul Kadı Sicilleri Bâb Mahkemesi 3 numaralı sicil (1077/1666 - 1667)*. Haz. Rifat Günalan. İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- İstanbul Kadı Sicilleri Galata Mahkemesi 90 Numaralı Sicil (1073-1074/1663)*. Haz. Fuat Recep, Salih Kahrıman. İstanbul: İSAM Yayınları, 2012.
- Jennings, Ronald C. "Woman in Early 17th Century Ottoman Judicial Records: The Sharia Court of Anatolian Kayseri." İç. *Studies on Ottoman Social History in the Sixteenth and Seventeenth Centuries: Women, Zimmis and Sharia Courts in Kayseri, Cyprus and Trabzon*, 143-200. İstanbul: Isis Press, 1999.
- Kara, Zülküf ve Mehmet Ali Uluç. "Şiddetin Cinsiyeti: Bir Modern Toplum Anksiyetesi." *e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi* 11, no. 3 (2019): 1566-1581.
- Karaçay, Bahri. "Erkek Beyni-Kadın Beyni." *Tübitak Bilim ve Teknik*, no. 543 (2013): 22-29.
- Kars, Rümeyssa. "Osmanlı Toplumunda Kadın, Ahlâk ve Şiddet (1700-1730).", iç. *Kadın Çalışmalarına Sosyolojik, Kültürel ve Edebi Bir Bakış*, ed. Gizem Örcin ve Yasemin Ağaoğlu, 150-187, Ankara: İKSAD Yayınevi, 2020.

- Kasani, Alaeddin Ebubekir b. Mes'ud. *Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerai'*. Mısır: 1327.
- Kaya, Mevlüt. "Ailede Anne Baba Tutumlarının Çocuğun Kişilik ve Benlik Gelişimindeki Rolü." *OMÜİFD*, no. 9 (1997): 193-204.
- Kılınç, Ahmet. "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun: Osmanlı Arabuluculuğu.", iç. *II. Türk Hukuk Tarihi Bildiriler*, ed. Prof. Dr. Fethi Gedikli, 2: 15-83. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Kırel, Serpil. "Erich Fromm'un Şiddete Yaklaşımı ve Bir Örnek Film, 'Falling Down-Sonun Başlangıcı'." *Marmara İletişim Dergisi*, no. 9, (1995): 259-284.
- Konya Kadı Sicili Defter 53 (1148-1149/1736-1737)*. Haz. İzzet Sak ve İbrahim Solak. Konya: Erman Ofset, 2016.
- Konya Kadı Sicili Defter 10 (1070-1071/1659-1661)*. Haz. İzzet Sak. Konya: Erman Ofset, 2016.
- Kuleysî, Ali Ahmed. *Ahkâmu'l-üsre fi's-şerâti'l-İslâmiyye*. Sana: Mektebetü Cîli'l-Cedîd, 1993.
- Kurt, Abdurrahman. *Bursa Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi (1839-1876)*. Bursa: 1998.
- Morgan, Clifford T. *Psikolojiye Giriş*. Ankara: Meteksan Yayınevi, 1984.
- Muhammed Ebû Zehra. *el-Ahvâlü's-şahsiyye*. Kâhire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 1957.
- Münâvî, Muhammed Abdurrauf. *et-Teysîr bi'serhi'l-Cami'i's-sağir*. Riyad: 1998.
- Özaydın, Nilüfer, Oben Üner ve Ayşe Akın. "Kadın ve Şiddet." *Sağlık ve Toplum Dergisi* 3, no. 4 (1998): 73-78.
- Özçelik Adak, Nurşen. *Değişen Toplumda Değişen Aile*. Ankara: Siyasal Yayınevi, 2000.
- Özkan, Sevgi ve Özlem Kayhan. "Kadına Yönelik Şiddet: Gebelikte Şiddet ve Nedenleri." İç. *I. Uluslararası Sosyal Bilimler Araştırmaları Kongresi*, ed. Hasan Kara, 457-462. Denizli: Pamukkale Üniversitesi, 2015.
- Öztürk, Emine. "Türkiye'de Aile, Şiddet ve Kadın Sığınmaevleri." *21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum* 3, no. 7 (2014): 39-55.
- Öztürk, Musa. "Şiddet'i 'Cinsiyet'e Bölmek: Erkeğe Yönelik Şiddetin Perdelenmesi." *DÜSBED*, no. 27 (2021): 15-27.
- Serahsi, Ebubekir Muhammed b. Ahmed. *el-Mebhut*. Beyrut: 1986.

- Seyyid Ahmed Efendi, Seyyid Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedusi. *Neticetül Fetava*. Çev. Süleyman Kaya, Betül Algın, Ayşe Nagehan Çelikçi, Emine Kaval. İstanbul: 2014.
- Seyyid Sâbık. *Fikhu's-Sünne*. Kâhire: Dâru'l-Feth, 1999.
- Somel, Selçuk Akşin. "Osmanlı Son Döneminde Iskat-ı Cenin Meselesi." *Kebikeç*, no. 13 (2002): 65-88.
- Şeyh Bedreddin. *Yargılama Usulüne Dair: Camiu'l-Fusuleyn*. çev. Hacı Yunus Apaydın. Ankara: Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, 2012.
- Şeyhülislam Feyzullah Efendi. *Fetevay-ı Feyziye*. Çev. Süleyman Kaya. İstanbul: 2009.
- Şükrü Özen. "Osmanlı Dönemi Fetva Literatürü." *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 3, no. 5 (2005): 249-378.
- Tarhan, Nevzat. *Kadın Psikolojisi*. İstanbul: Nesil Yayıncılık, 2013.
- Taşdemir, Afşar Selda. "Türkiye'de Şiddetin 'Kadın Yüzü'." *Journal of Economy Culture and Society* 0, no. 52 (2015): 715-753.
- Tûsî, Ebû Ca'fer Muhammed b. el-Hasen. *el-Mebsût fi fıkhi'l İmâmiyye*. thk. Muhammed el-Bâkır el-Behbevdi, Beyrût: Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, ts.
- Yaman, Ahmet. "Zihâr." *TDV İslâm Ansiklopedisi*. Erişim tarihi Ağustos 30, 2023. <https://islamansiklopedisi.org.tr/zihar>.
- Yenibaş, Rukiye. *0-6 Yaş Grubu Çocuk Gelişimi Eğitimi ve Sağlığı*. İstanbul: İSMEK, 2015.
- Yenişehirli Abdullah Efendi. *Behçetü'l Fetava*. Çev. Süleyman Kaya, Betül Algın, Zeynep Trabzonlu, Asuman Erkan. İstanbul: 2011.
- Zorlu, Süleyman Emre ve Süheyla Zorlu. "Çocuklar İçin Sevgi Hakkı Mukayeseli Bir İnceleme." *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan* 21, no. Özel Sayı (2019): 1851-1873.
- Zorlu, Süleyman Emre. *Osmanlı Tıp Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Zuhaylî, Vehbe. *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletühû*. Dimeşk: Dâru'l-Fikr, 1997.

İKİ TOPLUMLULUK VE FEDERALİZM: BELÇİKA KRALLIĞI ANAYASASI ÖRNEĞİ

Bicommunalism and Federalism: The Case of the Constitution of the Kingdom of Belgium

Batuhan USTABULUT*

Öz


İki farklı dilin yoğun bir şekilde konuşulduğu Belçika Krallığı, iki toplumlu bir devlet yapısına sahiptir. Flamanca ve Fransızca dillerinin egemen olduğu Belçika'nın anayasal tarihi bu iki dili konuşanların talepleri çerçevesinde şekillenmiştir. Üniter bir devlet olarak kurulan Belçika'da, Flamanca konuşanların Fransızcanın egemenliğinin ortadan kaldırılmasına yönelik çabalarının sonucu olarak Flamanca resmî dil olarak kabul edilmiştir. İki toplumlu yapının oluşturduğu kutuplaştırma Belçika'da anayasal sistemin değişimine yol açmıştır. Belçika, yapılan çeşitli anayasa değişiklikleri ile adım adım üniter devletten uzaklaşmış ve 1993 yılında federal devlet yapısını benimsemiştir. Bu anayasa değişiklikleri ile Belçika'da Flamanca, Fransızca ve Almanca konuşanlar farklı topluluklar şeklinde teşkilatlandırılmıştır. Ayrıca Belçika; Flaman Bölgesi, Valon Bölgesi ve Başkent Brüksel Bölgesi şeklinde üç bölgeye ayrılmıştır. Bölge ve

* Arş. Gör. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, bustabulut@yahoo.com, ORCID: 0000-0003-1627-1318.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 08.03.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 24.05.2024.

Atıf/Citation: Ustabulut, Batuhan. "İki Toplumluluk ve Federalizm: Belçika Krallığı Anayasası Örneği." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024): 303-358.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

topluluklar şeklinde teşkilatlandırılmış bir devlet yapısına sahip olan Belçika'da bir asimetrik federalizm bulunmaktadır. Farklı dil gruplarının bir arada yaşadığı Belçika, konsensüs demokrasisini tercih ederek bu dil gruplarının ulusal düzeyde temsilini ve karar alma süreçlerine katılımını sağlamaktadır. Ortaklıkçı demokrasinin güç paylaşımı ve grup özerkliği özelliklerine sahip olan Belçika'da iktidar iki farklı toplum arasında paylaştırılmıştır. Bu çalışmada iki toplumlu bir devlet olarak Belçika Krallığı üzerinde durulacak ve Belçika'daki federal sistem incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İki Toplumluluk, Federalizm, Belçika, Konsensüs Demokrasisi, Ortaklıkçı Demokrasi, Asimetrik Federalizm.

Abstract

The Kingdom of Belgium, where two different languages are widely spoken has a bicomunal state structure. The Belgian constitutional history, which is dominated by Dutch and French, has been shaped by the demands of the speakers of both languages. Dutch was accepted as an official language as a result of efforts of Dutch speakers to eliminate the dominance of French in Belgium, which was founded as a unitary state. The polarization which has been caused by the bicomunal structure of Belgium led to the change of the constitutional system in Belgium. Belgium gradually moved away from a unitary state through various constitutional amendments and adopted federalism in 1993. As a result of these constitutional amendments, Dutch-speakers, French-speakers, and German-speakers were organized into different communities in Belgium. Belgium was also divided into three regions which are the Flemish Region, Walloon Region, and Brussels-Capital Region. Belgium, which has a state structure organized into regions and communities, has an asymmetric federalism. Belgium, where groups with different languages live together, prefers consensus democracy, ensuring their representation at the national level and participation in decision-making processes. In Belgium, which has the power sharing and group autonomy features of consociational democracy, the power is shared between the two different societies. This article will focus on the Kingdom of Belgium as a bicomunal state and examine the Belgian federal system.

Keywords: Bicomunalism, Federalism, Belgium, Consensus Democracy, Consociational Democracy, Asymmetric Federalism.

GİRİŞ

İki farklı dilin yoğun bir şekilde konuşulduğu ve bu dil farklılığı çerçevesinde iki toplumlu bir yapıya sahip olan Belçika Krallığı üniter devlet olarak kurulmuş, fakat daha sonra federal devlet sistemini kabul etmiştir. Flamanca ve Fransızca konuşanların içerisine girmiş oldukları mücadele Belçika'nın devlet sistemini değiştirme sonucunu doğuran anayasal değişiklikler yapılmasına neden olmuştur. Federal bir devlet olarak Belçika Krallığının devlet yapısının inşa edildiği iki toplumluluk Flamanca ve Fransızca konuşanların birbirlerini dengeleyip frenleyebilecekleri bir anayasal sistemin doğmasını sağlamıştır. Belçika'nın sahip olduğu iki toplumlu yapı federal bir sistemin inşa edilmesi ile sonuçlanmış ve Belçika devletinin devamlılığının sağlanması için konsensüs demokrasisi kabul edilmiştir. Böylelikle Belçika'yı oluşturan iki toplumun hem yönetime katılımı hem de devlet organlarında temsili söz konusu olmaktadır.

Belçika, yapılan anayasa değişiklikleri ile bölgelerden ve topluluklardan oluşan bir federal yapıyı benimsemiştir. Bu federal yapının benimsenmesi ile Flaman ve Valon toplumlarının hem birbirlerinden önemli ölçüde ayrılması hem de bu iki toplumun karar alma süreçlerine birlikte katılmaları sağlanmıştır. Dil farklılıklarının esas alındığı bu asimetrik federal yapı Belçika devletini bir arada tutan harç konumundadır. Dolayısıyla her ne kadar Belçika bir üniter devlet olarak kurulmuş olsa da Flamanca'nın devletin resmî dili olarak kabul edilmesi ve sonrasında federalizmin benimsenmesi ile federal devlet yapısı Belçika devletinin devamlılığını sağlayacak sistem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Avrupa devletleri arasında önemli bir yere sahip olan Belçika, iki toplumlu yapısı ve özgün federal sistemi ile ayrılıkçı düşüncelerle karşı karşıya kalabilmektedir. Bununla birlikte Belçika, Avrupa Birliği'nin en önemli kurumlarına ev sahipliği yapan ve Avrupa Birliği'nin başkenti olarak nitelenen Brüksel'i başkent olarak seçmiş ve Brüksel'i her iki dilin burada konuşuluyor olması nedeniyle ayrı bir bölge olarak teşkilatlandırmıştır.

Belçika Krallığı, sahip olduğu iki toplumlu özgün yapısı ve federal sistemi benimsemiş olması nedeniyle dikkat çekmektedir. Bu çalışma kapsamında öncelikle iki toplumluluk ve Belçika'nın sahip olduğu iki toplumlu yapı incelenecektir. Sonrasında Belçika'nın üniter devletten federalizme geçişini sağlayan anayasal değişim süreci ve Belçika federalizminin temel özellikleri ile

Belçika'daki konsensüs demokrasisi ve ortaklıkçı demokrasi üzerinde durulacaktır. Ayrıca Belçika'da iktidarın iki toplum arasında nasıl paylaşıldığı, Flamanca, Fransızca ve Almancanın devlet organlarında nasıl temsil edildiği ve federal devlet ile bölge ve topluluklar arasındaki yetki paylaşımı inceleme konusu yapılacaktır.

I. İKİ TOPLUMLULUK

A. Kavram

Birbirinden farklı iki toplumun siyasî alana açıkça hâkim olduğu topluluklar "iki toplumlu (*bicommunal*)" olarak adlandırılmaktadır.¹ İki toplumluluğun söz konusu olması bu toplumda iki grubun siyaseten belirleyici etkiye sahip olduğu ve toplumun bu yapısının bütün siyasî tercih ve kararlar bakımından dikkate alınarak belirlendiği anlamına gelmektedir.²

İki toplumluluğun söz konusu olduğu devletlerde sadece iki topluluğun bulunduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Çünkü siyasî hayata egemen olan iki toplumun dışında kalan topluluklar da bulunmaktadır. Bu toplulukların nüfuslarının, ekonomik kaynaklarının ve siyasî güçlerinin az olmasının ise bu noktada önemi bulunmamaktadır.³

İki toplumluluğun ortaya çıkmasına yol açabilecek ilk neden geçmişte ilgili topraklara yaşanan gönüllü veya zorunlu göçler ve bu göçlerin oluşturduğu yerleşim düzenidir.⁴ Örneğin iki toplumlu bir yapıya sahip olan İsrail'in nüfusunun yaklaşık %21'i Arap'tır.⁵ İsrail'in kurulmasından önce nüfusunun tamamına yakını Araplardan oluşan Filistin topraklarına gerçekleştirilen Yahudi

¹ Ivo D. Duchacek, "Dyadic Federations and Confederations," *Publius: The Journal of Federalism* 18, no. 2 (1988): 5.

² Oktay Uygun, "İki Toplumlu Siyasal Sistemler," *Publius: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 54, no. 1-4 (1994): 147.

³ Duchacek, "Dyadic Federations and Confederations," 5.

⁴ Duchacek, "Dyadic Federations and Confederations," 5.

⁵ "What to Know about the Arab Citizens of Israel," *Council on Foreign Relations*, erişim tarihi: Ekim 6, 2023, <https://www.cfr.org/backgrounder/what-know-about-arab-citizens-israel>.

göçleri sonucunda Filistin'in demografik yapısı değiştirilmiş ve işgal politikasının da uygulanması ile İsrail bir devlet olarak kurulmuştur.

Uzun zamandır söz konusu olan ideolojik, dinî, kültürel veya sosyal farklılıklar da iki toplumluluğa neden olabilmektedir.⁶ Bu tür farklılıklar nedeniyle ayrışan iki grup siyasî kararların alınması bakımından belirleyici aktörler olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin devlet yapısı aşağıda detaylı bir şekilde incelenecek olan Belçika'da ağırlıklı olarak iki farklı dilin (Flamanca ve Fransızca) konuşuluyor olması nedeniyle iki farklı dil ve kültür ekseninde teşkilatlanmış bir devlet yapısının kurulması söz konusu olmuştur.

İki toplumluluğa neden olan bir diğer durum ise sömürgeci devletlerin, stratejik veya ekonomik nedenlerle homojen etnik bölgeler veya kabile bölgeleri arasında kasıtlı olarak bu homojenliği bozacak şekilde yapay sınırlar çizmesidir.⁷

İki toplumluluğun görüldüğü devletlerde birbirinden farklılaşmış olan toplumlara mensup insanlar üyesi oldukları toplum içerisinde şekillenen bir bilince sahip oldukları için bu devletlerde siyasî kutuplaşma söz konusu olmaktadır.⁸ İki toplum arasında ortaya çıkan siyasî kutuplaşma nedeniyle hem toplumsal anlamda hem de devlet yapısı içerisinde gerilimler söz konusu olabilmekte ve hatta bu gerilimler yer yer bazı çatışmalara da yol açabilmektedir. Bu nedenle iki toplumlu yapıya sahip devletlerde her ne kadar iki toplumluluğun devamlılığının sağlanması garanti edilmeye çalışılıyor olsa da alınmış tedbirlerin kâğıt üzerinde kalma ihtimali söz konusu olabilmektedir. 1960 yılında kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti'nde 1963 yılında Rumlar tarafından başlatılan Yunanistan'a bağlanma (Enosis) yönündeki çalışmalar kapsamında Rumların Türklere karşı giriştikleri katliamların adanın fiilî olarak ikiye ayrılmasına neden olması bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

⁶ Duchacek, "Dyadic Federations and Confederations," 5.

⁷ Duchacek, "Dyadic Federations and Confederations," 5.

⁸ Oktay Uygun, "İki Toplumlu Siyasal Sistemler," 148.

B. İki Toplumlu Devletler

Dünya üzerinde farklı etnik, dinî ve kültürel unsurları bir arada bulunduran çok sayıda devlet bulunmaktadır. Farklı özelliklere sahip iki toplumun başat aktör olduğu devletlere bakıldığında Ivo D. Duchacek tarafından 1988 tarihinde yayınlanan bir çalışmada on üç devletin örnek olarak sayıldığı ve bu devletlerin geçici bir liste oluşturduğu ifade edilmiştir. Duchacek'in iki toplumlu devletler listesinde Belçika, Burundi, Kanada, Kıbrıs [Cumhuriyeti], Çek Cumhuriyeti [Çekya], Fiji, Finlandiya, Guyana, Kuzey İrlanda, İsrail, Malezya, Sri Lanka ve Surinam yer almaktadır.⁹

Nüfusunun önemli bir kısmını iki toplumun oluşturduğu ve karar alma süreçlerine bu iki toplumun katılmasının söz konusu olduğu devletler arasında yer alan Belçika bu çalışmanın ana konusunu teşkil etmektedir. Belçika'daki iki toplumlu devlet yapısının anlaşılabilmesi bakımından iki toplumluluğa sahip diğer örnekler arasında yer alan 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti üzerinde özellikle durulacaktır. Kıbrıs Cumhuriyeti, Türk ve Rumlardan oluşan iki toplumlu bir yapıya sahip olduğundan iki toplumlu devletlerin anlaşılabilmesi için örnek teşkil etmektedir. Ayrıca Kıbrıs Cumhuriyeti'nde orantılı temsilin siyasî hayatın baskın karakteri olarak belirlenmiş olması¹⁰ nedeniyle iki toplumluluk örneği olarak Kıbrıs Cumhuriyeti'nin incelenmesinin konunun anlaşılmasını kolaylaştıracağı görülmektedir.

Akdeniz'de önemli bir jeopolitik konuma sahip olan Kıbrıs adası Büyük Roma İmparatorluğu ve Bizans İmparatorluğu hâkimiyetinde kalmış olmakla birlikte birçok devlet adayı ele geçirmeye çabalamıştır. Osmanlı Devleti'nin adayı fethetmesinden önce Kıbrıs adası Venedik idaresi altında bulunmuştur.¹¹ Kıbrıs adası, Padişah II. Selim döneminde Lala Mustafa Paşa komutasındaki Osmanlı ordusu tarafından 1571'de fethedilmiştir.¹² Osmanlı Devleti tarafından

⁹ Duchacek, "Dyadic Federations and Confederations," 6-7.

¹⁰ James H. Wolfe, "Cyprus: Federation under International Safeguards," *Publius: The Journal of Federalism* 18, no. 2 (1988): 78.

¹¹ Işın Demirkent, "Kıbrıs (Tarih)," *İslâm Ansiklopedisi* 25, (2022): 371-373.

¹² Kemal Çiçek, "Kıbrıs (Osmanlı Dönemi)," *İslâm Ansiklopedisi* 25, (2022): 375-376.

fethedilmesinden önce Kıbrıs adasının nüfusunun çoğunluğunu Ortodoks Rumlar oluşturmaktayken adanın fethi sonrasında Anadolu'dan getirilen Türk nüfus adaya yerleştirilmiştir.¹³ Adanın Osmanlı Devleti'nin hâkimiyetine girmesi ile Ortodokslar dinî bakımdan özgürlük ve bağımsızlık elde etmişler ve Rum Ortodoks Kilisesi piskoposları adada yaşayan Hristiyanların resmî temsilcisi hâline gelmişlerdir.¹⁴ Rum Ortodoks Kilisesine verilen bu özerkliğin neticesi olarak hem ada üzerinde yaşayan Türk toplumunun hem de Rum toplumunun kendi inanç ve hukuklarına göre yönetilmeleri söz konusu olmuştur. Millet sisteminin bir sonucu olarak nitelenebilecek bu gelişme ile Kıbrıs Türk ve Rum toplumları yan yana ama ayrı yaşama imkânına sahip olmuşlardır.¹⁵ 300 yılı aşkın bir süre Osmanlı Devleti'nin egemenliği altında bulunan ve idarî olarak beylerbeyliği şeklinde teşkilatlandırılan Kıbrıs adası, Osmanlı Devleti'nin 93 Harbi'nde (1877-1878) Ruslara yenilmesi sonucunda Ruslara karşı İngilizlerle 1878 yılında yapılan savunma andlaşması ile İngilizlere kiralanmıştır. Böylelikle İngilizlerin fiilen adaya yerleşmeleri süreci başlamıştır. Osmanlı Devleti ile İngilizler arasında yapılan bu andlaşma ile adada yaşayan Müslüman halkın haklarının ve hukukî düzeninin korunması söz konusu olmuştur. Andlaşmada yer alan adada yaşayan Müslümanların hukukî işlerinin andlaşma öncesinde olduğu gibi şer'î mahkemeler tarafından yürütülmeye devam edileceğinin kabulü ile İngiltere ve Osmanlı Devleti'nin belirlediği memur tarafından dinî vakıflara ait malların yönetilecek olması bu noktada verilebilecek örnekler arasında yer almaktadır. Bununla birlikte Sultan II. Abdülhamid'in söz konusu andlaşmaya ilişkin şüphe ve endişe taşıdığı için kendisine ait egemenlik hak ve yetkilerine zarar gelmeyeceğine ilişkin bir şartı andlaşma metnine eklediği ve bu şartın İngilizler tarafından kabul edildiği görülmektedir.¹⁶ Osmanlı Devleti'nin İngiltere'ye karşı I. Dünya Savaşı'na katılması üzerine İngiltere 1914'te adayı ilhak

¹³ Çiçek, "Kıbrıs (Osmanlı Dönemi)," 376.

¹⁴ Sevin Toluner, *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977), 11.

¹⁵ Tufan Erhürman, "Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi: Birleşik Kıbrıs Örneği," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no. 1 (2012): 115.

¹⁶ Halil Fikret Alasya, "Kıbrıs (İngiliz İşgali ve İdaresi)," *İslâm Ansiklopedisi* 25, (2022): 379.

etmiştir. Lozan Barış Andlaşması ile de Kıbrıs adasının İngilizler tarafından ilhaki Türkiye tarafından kabul edilmiştir.¹⁷

Kıbrıs adası üzerinde adanın yönetiminin geçici olarak kendisine bırakıldığı 1878 yılından Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kurulduğu 1960 yılına kadar İngilizler egemen olmuşlardır. 1959'da Türkiye, Yunanistan ve Birleşik Krallık tarafından imzalanan Zürih ve Londra Andlaşmaları ile ada üzerindeki İngiliz egemenliği sona ermiş ve 1960 yılında Kıbrıs'ta yaşayan Türkler ve Rumlar tarafından "Kıbrıs Cumhuriyeti" kurulmuştur.

Kıbrıs Cumhuriyeti, Türk ve Rum toplumlarının birlikteliğine dayanmaktaydı. 1960 Kıbrıs Anayasası getirdiği düzenlemelerle ada üzerindeki iki toplumlu yapıyı kurumsallaştırmıştır. Bu çerçevede yasama organı olarak kurulan ve 50 üyesi bulunan Temsilciler Meclisinin kuruluşu örnek olarak verilebilir. Anayasanın 62. maddesi Temsilciler Meclisinin %70'inin Elen Cemaati, %30'unun ise Türk Cemaati tarafından seçilmesi esasını getirilmiştir. Benzer bir şekilde yürütme organı bakımından da iki toplumluluk gözetilmiştir. Anayasanın 1. maddesi Cumhurbaşkanının Elen Cemaati tarafından seçileceğini ve Elen olacağını; Cumhurbaşkanı Muavininin ise Türk Cemaati tarafından seçileceğini ve Türk olacağını belirtmiştir. Anayasanın Bakanlar Kurulunu düzenleyen 46. maddesinde de bakanların %70'inin Rum, %30'unun ise Türk olacağına ilişkin kural benimsenmiştir. Ayrıca adada yaşayan Türk ve Rum cemaatlerinin kendi meclislerine sahip olabilmelerine Anayasanın V. Kısımında imkân tanınmış (m. 86-111) olup Cemaat Meclisleri bütün dinî konularda; eğitim, kültür ve öğretim konularında; ahvâl-i şahsiyyeye ilişkin konularda yetkili kılınmıştır (m. 87). Cemaat Meclislerine Anayasanın 87. maddesinin 1. fıkrasının f fendi ile kendi toplumlarının ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik kendi toplum üyelerine vergi ve resim koyabilme yetkisi verilmiştir.

Kıbrıs Cumhuriyeti'nde söz konusu olan iki farklı kültürel toplumun ikili bir federasyonda (dyadic federation) bir araya getirilmesi çabası başarıya

¹⁷ Alasya, "Kıbrıs (İngiliz İşgali ve İdaresi)," 379.

ulaşamamıştır.¹⁸ Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasasında yer alan düzenlemelere dikkat edildiğinde iki toplumlu yapının korunmasına ve her iki toplumun da karar alma ve yönetim süreçlerine katılmasının sağlanmasına çalışıldığı görülmektedir. Ada üzerinde yaşayan Türk ve Rum toplumlarının coğrafi olarak önemli ölçüde iç içe olmaları Kıbrıs Cumhuriyeti'nin korporatif federalizm yapısına sahip olduğunu göstermektedir. Fakat 1963 yılında başlayan ve EOKA tarafından yürütülen Enosis faaliyetleri ve adada yaşayan Türk nüfusa karşı yapılan katliamlar iki toplumlu devlet yapısının sürdürülmesini imkânsız hâle getirmiştir. Birleşik Krallık ve Yunanistan'la birlikte ada üzerinde garantörlük hakkına sahip olan Türkiye, bu katliamları engellemek amacıyla 20 Temmuz 1974 tarihinde Kıbrıs Barış Harekâtı'nı başlatmış ve tarihsel süreç içerisinde adada iki farklı yönetim (Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ve Güney Kıbrıs Rum Yönetimi) söz konusu olmaya başlamıştır.

Kıbrıs Cumhuriyeti, ada üzerinde yaşayan Türk ve Rum toplumlarının birlikteliği üzerine inşa edilmiş olmakla birlikte adada yaşanan ve yukarıda verilen gelişmeler nedeniyle bu yapı sürdürülememiştir. Tarihsel gelişmeler değerlendirildiğinde ada üzerinde yaşayan Türk ve Rumların birlikte yer aldıkları siyasî ve sosyal kurumların bazı istisnalar haricinde söz konusu olmadığı görülmektedir.¹⁹

Kıbrıs sorununun tarihsel süreç içerisinde çözülememesinin nedenleri arasında Kıbrıs adası üzerinde yaşayan iki toplumun farklı dil, din ve geleneklere sahip olması önemli bir yere sahiptir. Ayrıca ada üzerinde yaşayan Türk ve Rum toplumları kendilerini iki ayrı toplum olarak tanımlamaktadır.²⁰ Kıbrıs sorununun çözümüne ilişkin çeşitli çabalar (Annan Plânı ve Crans-Montana Görüşmeleri) söz konusu olmuş olmakla birlikte çözüme ulaşılabilmesi mümkün olmamıştır. Ada üzerinde federatif yapının esas alındığı tek bir devletin kurulmasına yönelik olarak hazırlanan Annan Plânı, yapılan referandumda Kıbrıs Türk toplumunun

¹⁸ Michael Burgess, *Comparative Federalism: Theory and Practice* (London and New York: Routledge, 2006), 110.

¹⁹ Tufan Erhürman, "Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi: Birleşik Kıbrıs Örneği," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no. 1 (2012): 116.

²⁰ Toluner, *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk*, 2.

plânın kabulü yönündeki tercihinin karşılık Kıbrıs Rum toplumunun plânı reddetmesi ile sonuçsuz kalmıştır. Crans-Montana görüşmelerinde ise Rum tarafı federasyonu savunurken Türk tarafı iki devletli çözümü savunmuştur. Bu görüşme ve müzakerelerden de sonuç çıkmamıştır.

C. Üniter Devletten Federalizme İki Toplumlu Bir Devlet Olarak Belçika

15. yüzyıldan itibaren Belçika toprakları üzerinde Avusturya ve Fransa hüküm sürmüştür.²¹ Belçika, Fransız İhtilâli'nin ardından 1795 yılında Fransızlar tarafından işgal edilmiştir. 1815 Viyana Kongresi'ne kadar geçen süre içerisinde Belçika'nın güneyinde Fransız kültürü yerleşmiştir.²² Fransızların egemenliği altında bulunduğu 1795'ten 1815'e kadar geçen süre içerisinde Belçika'da Fransızcanın daha yaygın hâle getirildiği görülmektedir. Bu yöndeki çabalar özellikle alt sınıflar tarafından hoş karşılanmamış olmakla birlikte 1804 yılından itibaren kamusal işlemlerin yasal statüye sahip olabilmeleri için Fransızca yayınlanması gerektiği şartı getirilmiştir.²³

1815'te gerçekleştirilen Viyana Kongresinde büyük güçler Belçika ile Hollanda'nın "*Birleşik Hollanda Krallığı*"nı (Kingdom of the United Netherlands) oluşturmalarını sağlamıştır.²⁴ Kral I. Willem uyguladığı dil politikası ile Belçika'da Felemenkçenin kullanımının yaygınlaştırılmasını amaçlamıştır. Kral I. Willem, Felemenkçenin kullanımının yaygınlaştırılmasının ulusal birliği teşvik edeceğini düşünmüştür. Bu çerçevede yapılan düzenlemeler arasında bazı bölgelerdeki ilk ve orta dereceli okullarda Felemenkçenin kullanımı kademeli olarak arttırılmıştır. Fransızca ve Almanca konuşulan bölgelerde ulusal dil olan Felemenkçenin kullanımının teşvik edilmesine ek olarak Fransızca konuşanlar bürokrasiden

²¹ Suna Doğaner, "Belçika," *İslâm Ansiklopedisi* 5, (1992): 394.

²² Ersoy Kontacı, "Demokrasi Tartışmalarında Sınır Aşan Bir Kavramlaştırma Denemesi: "Kırılğan Demokrasiler" ve Belçika Örneği," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 59, no. 3 (2010): 476.

²³ Jan Roegiers and Niek C. F. van Sas, "Revolution in the North and South, 1780-1830," in *History of the Low Countries*, ed. Johannes Cornelis Hendrik Blom and Emiel Lamberts (New York: Berghahn Books, 2015), 301.

²⁴ *Belgium: A Country Study*, ed. Stephen B. Wickman (Washington DC: The American University Press, 1985), 21-22.

büyük ölçüde dışlanmışlardır.²⁵ Belçika'nın bağımsızlığına kadar geçen süreçte Felemenkçe ve Fransızcanın kullanımı belirleyici bir etkiye sahip olmuş ve ayrıca Belçika'da ağırlıklı olarak iki farklı dilin kullanımı Belçika'nın bugünkü federal sisteminin ortaya çıkmasındaki ana faktör hâline gelmiştir. Dolayısıyla Felemenkçe konuşan Flamanlar ile Fransızca konuşan Valonlar arasındaki farklılıkların ve bu dil farklılığının ortaya çıkardığı mücadelenin Belçika tarihinde damga vurduğunu söylemek gerekmektedir.

1830'da Belçikalıların Hollandalılara karşı ayaklanması sonrasında kurulan geçici hükûmet tarafından Belçika'nın bağımsızlığı ilân edilmiştir.²⁶ İsyanın başarıya ulaşmasında Avrupa'daki güç dengelerindeki değişikliklerin payı oldukça önemlidir.²⁷ Belçika'nın bağımsızlığı, 1830 Londra Konferansı'nda tanınmıştır. Hollanda Kralı ise Belçika'nın bağımsızlığını başlangıçta tanımamıştır. Hollanda Kralının Belçika'yı topraklarına katmak üzere başlattığı askerî harekâta başarısız olması nedeniyle Hollanda Kralı, 1839 Londra Andlaşması ile Belçika'nın bağımsızlığını tanımak zorunda kalmıştır. Bu andlaşma ile getirilen en önemli kararlardan biri Belçika'nın tarafsızlığının tanınmasıdır. Buna rağmen Belçika I. Dünya Savaşı'nda Almanlar tarafından işgal edilmekten kurtulamamıştır. Fakat savaş sonunda Belçika tekrar bağımsız bir devlet hâline gelmiştir.²⁸

1830'da kurulan Belçika Krallığı'nda ağırlıklı olarak iki farklı dilin (Flamanca ve Fransızca) konuşulduğu görülmektedir. Fransızca, Belçika'da yaşayan az sayıda insan tarafından konuşulan bir dil olmakla beraber Belçika topraklarında konuşulan dillerin dağılımı bakımından kullanılan en yaygın dil konumunda bulunmaktaydı. Bunun bir sonucu olarak Ulusal Kongrede yapılacak görüşmelerde Fransızcanın kullanılması ve kanunların Fransızca yayımlanması kararlaştırılmıştır. Belçika vatandaşları bakımından adli ve idarî mercilerde her iki

²⁵ Roegiers and van Sas, "Revolution in the North and South, 1780-1830," 313.

²⁶ Doğaner, "Belçika," 395.

²⁷ Roegiers and van Sas, "Revolution in the North and South, 1780-1830," 315.

²⁸ Doğaner, "Belçika," 395.

dilin de kullanılabilceği bir sistem geliştirilmiştir.²⁹ Belçika'da tek resmî dil olarak Fransızcanın kabul edilmesi, daha önce siyasî bir anlam taşımayan dil farklılıklarının Belçika'da ana ihtilâf konusu hâline gelmesi sonucunu doğurmuştur.³⁰ Fransızcanın hâkimiyetinden rahatsızlık duyan Flamanlar bakımından bu durum ciddî bir sorun olarak görülmüştür.³¹ Dolayısıyla Belçika'daki siyasî kutuplaşmanın temel nedeninin dil farklılıkları olduğu görülmektedir.

Burjuvazinin Belçika'yı Fransız kültür alanının bir parçası olarak görmesine karşılık Flaman aydınlar Belçika'nın iki dilli ve iki kültürlü olduğunu kabul etmişler ve "Flaman Hareketi"ni başlatmışlardır. Öncelikle edebiyat üzerinden kendisini ifade eden Flaman Hareketi daha sonra siyasî bir boyut kazanmış ve Flamanca'nın tanınması talebini dile getirmeye başlamıştır. Bu çerçevede Flaman Hareketi, 1840 yılında 13 bin kişinin imzaladığı bir dilekçe ile Flandre'de eğitimde, hükûmette ve mahkemelerde Flamanca'nın kullanımını talep etmiştir.³² Flaman Hareketinin talepleri arasında mahkemelerde tercüman bulundurulması ve Gent Üniversitesi'ndeki derslerin bir kısmının Flamanca da verilmesi gibi hususlar yer almaktadır.³³

1831 tarihli Belçika Anayasası ile Belçika'da konuşulan dillerin eşit bir şekilde muamele görmesine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Belçika'da Fransızca yanında Flamanca kullanımına ilişkin serbestiyetin sağlanması oldukça uzun bir sürece yayılmıştır. 1873'te Flandre'de iki dilliliğin kabul edilmesi ile başlayan bu süreç içerisinde 1898 yılında Flamanca ikinci resmî

²⁹ Daniel Blampain et al., *Le français en Belgique: une langue, une communauté* (Louvain-la-Neuve: Duculot, 1997), 434 [Aktaran: Fehmi Kerem Bilgin, "Belçika'da Ulusal Kimlikler ve Federalizmin Gelişimi," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 67, no. 1 (2012): 14].

³⁰ Bilgin, "Belçika'da Ulusal Kimlikler ve Federalizmin Gelişimi," 16.

³¹ Louis Vos, "The Flemish National Question," In *Nationalism in Belgium: Shifting Identities*, ed. Kas Deprez and Louis Vos (New York: Macmillan, 1998), 83.

³² Vos, "The Flemish National Question," 84.

³³ Mustafa Çelebi Pınar, "Kültürel Bir Ayrışma Örneği Olarak Belçika," *Mülkiye Dergisi* 25, no. 226 (2001): 286.

dil olarak kabul edilmiştir. 1932 yılında ise Flandre ve Valonya'da ayrı Flamanca ve Fransızca yönetimleri kuran kanunlar çıkartılmıştır.³⁴

Belçika, II. Dünya Savaşı'nda resmî olarak savaş ilânı söz konusu olmaksızın Almanlar tarafından işgal edilmiştir.³⁵ Eylül 1944'te Belçika işgalden kurtulmuş olmakla birlikte II. Dünya Savaşı boyunca 55.000 Belçikalı hayatını kaybetmiştir. Hubert Pierlot'un başkanlığını yaptığı ve savaş boyunca sürgünde olan hükûmet 8 Eylül 1944 tarihinde Belçika'ya dönmüş ve 1939 Parlamentosu yeniden göreve başlamıştır. Almanlar tarafından tutuklanan ve Avusturya'ya götürülen Kral III. Leopold ve ailesi ise Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ordusu tarafından 1945'te serbest bırakılmıştır.³⁶ Kral III. Leopold'ün Belçika'ya dönüşüne ilişkin Flamanlar ve Valonlar arasında fikir ayrılığı söz konusu olmuştur. Valonlar Kralın dönüşüne karşı çıkarırken, Flamanlar Kralın dönüşünü desteklemişlerdir. Kral III. Leopold'ün Belçika'ya dönüşüne karar vermek üzere bir referandum yapılması kararlaştırılmıştır. 12 Mart 1950 tarihinde yapılan referandum sonucunda %57,68 oranında Kral III. Leopold'ün dönüşü yönünde oy kullanılmıştır. "Flandre'de %72'lik bir oy oranı ile Kralın dönüşü desteklenirken, Brükselde ve Valonyada sırasıyla %48 ve %42'lik oy oranlarıyla Kralın Belçika'ya dönüşü kabul görmemiştir."³⁷

II. Dünya Savaşı sonrasında Belçika'da ekonomik kalkınma bakımından önemli gelişmeler olmakla birlikte dil farklılığı çerçevesinde süregelen etnik ayrışmanın bu dönem içerisinde derinleştiği görülmektedir.³⁸ I. ve II. Dünya Savaşlarının Belçika'da oluşturduğu yıkımın ardından dil meselesi siyasetin merkezine yerleşmiştir. 1968'de Leuven Katolik Üniversitesi'nde okuyan Flaman öğrenciler, üniversitenin Fransız yarısının Valonya'ya taşınması talebiyle sokaklara dökülmüşlerdir. Bu olaylar üzerine hükûmet dağılmıştır. Bu süreç

³⁴ *Belgium: A Country Study*, xxxiv.

³⁵ *Belgium: A Country Study*, 45.

³⁶ *Belgium: A Country Study*, 46.

³⁷ "The Belgian Monarchy," *Belgium*, 52, erişim tarihi: Aralık 7, 2023, https://www.belgium.be/sites/default/files/downloads/280410_monarchie_EN.pdf.

³⁸ Kontacı, "Demokrasi Tartışmalarında Sınır Aşan Bir Kavramlaştırma Denemesi: "Kırılğan Demokrasiler" ve Belçika Örneği," 483.

Anayasanın değiştirilerek bazı siyasî yetkilerin yeni bölgesel ve topluluk konseylerine devredilmesi ile sonuçlanmıştır. Belçika, 1971 yılında yapılan bu değişiklikleri 1980 yılında yeniden ele almak zorunda kalmıştır. Söz konusu Anayasa değişiklikleriyle başkent Brüksel'in statüsüne ilişkin herhangi bir çözüm üretilmemiş olmakla birlikte Flandre ve Valonya'da bölgesel hükümetler kurulması söz konusu olmuştur.³⁹

1980 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinin temel nedeni 1960'lı yıllarda Valonya'da ortaya çıkan ekonomik özerklik talepleridir. Bu talepler, 1980 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile Valonya ve Flandre (Flaman Bölgesi) şeklinde iki bölgenin kurulması ile sonuçlanırken Brüksel bölgesinin kurulması 1988 Anayasa değişiklikleri ile söz konusu olmuştur.⁴⁰ Belçika'nın bütününde Flamanca konuşanlar çoğunluğu oluşturuyor olmakla birlikte Brüksel'de Flamanca konuşanlar azınlıktadır. Bu durum Flamanca konuşanların Brüksel'in diğer bölgeler gibi bir bölge hâline gelmesini hiçbir zaman istememelerine neden olmuştur.⁴¹

Birbirinden farklı iki toplumu bünyesinde barındıran Belçika düalist bir siyasî sisteme sahip bulunmaktadır. Düalist siyasî sistemler, "iki toplumun aynı anayasal çerçeve içerisinde aynı anda bir arada yaşadığı bir sistem"⁴² olarak tanımlanmaktadır. 1830 yılında kurulduğunda üniter, merkezî, Jakoben ve tek dilli bir yapıyı benimsemiş⁴³ olan Belçika, "üniter olmayan bir çerçevede gelişen düalist bir sistem" ile yönetilmektedir.⁴⁴ Belçika'da Flamanca konuşanlar ile Fransızca konuşanlardan müteşekkil iki farklı toplumun varlığı ve her iki toplumun da siyasî olarak egemenlik sahibi oldukları dikkate alındığında

³⁹ *Belgium: A Country Study*, xxxv.

⁴⁰ Dumont et al., "Kingdom of Belgium," in *A Global Dialogue on Federalism: Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, ed. Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown (Montreal & Kingston: McGill-Queen's University, 2006), 36.

⁴¹ Dumont et al., "Kingdom of Belgium," 37.

⁴² Jean Beaufays, "Belgium: A Dualist Political System," *Publius: The Journal of Federalism* 18, no. 2 (1998): 63.

⁴³ Beaufays, "Belgium: A Dualist Political System," 64.

⁴⁴ Beaufays, "Belgium: A Dualist Political System," 67.

Belçika'nın düalist bir yapıya sahip olduğu görülecektir. Aşağıda detaylı bir şekilde incelenecek olan Belçika'nın bu düalist yapısı konuşulan iki farklı dilin söz konusu olması üzerine inşa edilmiş olduğundan devlet organlarında iki dilli temsil söz konusudur.

İki kutuplu Belçika'da⁴⁵ 1970 Anayasa değişiklikleri ile federalleşme süreci başlamıştır.⁴⁶ 1970 ve 1980 yıllarında yapılan Anayasa değişikliklerinin ortaya çıkmasının nedeni Fransızca konuşma direncine karşı Flamanca'nın tanınmaya çalışılması mücadelesidir. Her iki Anayasa değişikliği ile iki toplumluluk Belçika'da tanınmıştır.⁴⁷ Bu Anayasa değişiklikleri ile Belçika'nın iki toplumlu yapısının varlığının ilân edilmesi söz konusu olmuş ve iki toplumluluğun kurumsallaşması süreci başlamıştır.

1970 ve 1980 yıllarında gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri ile yapılan reformların temelinde birbiriyle uyumsuz iki ilke yer almıştır. Bu ilkelerin ilki Belçika'yı dil gruplarını esas almak suretiyle bölmüşken ikincisi Belçika'nın bölgesel temelde bölünmesine yol açmıştır. Belçika temelde Flamanca ve Fransızca konuşan iki topluluğa ve ayrıca Flaman, Fransız ve Brüksel şeklinde üç bölgeye bölünmüştür.⁴⁸ Belçika'nın hem dilsel olarak hem de bölgesel olarak bölünmesine yol açan bu reformlar, 1993 yılında yapılan ve federal sistemin kabulüne yol açan anayasa değişiklikleri bakımından temel teşkil etmiştir.

Belçika'da gerçekleştirilen anayasal reformlar acil bir sorunu çözme amacıyla gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle Anayasada Belçika federasyonunun temel felsefesine veya genel amaçlarına ilişkin herhangi net bir tablo söz konusu değildir.⁴⁹ 1970 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile gelecekteki federatif

⁴⁵ Dumont et al., "Kingdom of Belgium," 36.

⁴⁶ Peter Bursens and Françoise Massart-Pierard, "Kingdom of Belgium," in *A Global Dialogue on Federalism: Foreign Relations in Federal Countries*, vol. 5, ed. Hans Michelmann (Montreal & Kingston: McGill-Queen's University, 2009), 92; Kris Deschouwer, "Kingdom of Belgium," in *A Global Dialogue on Federalism: Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, vol. 1, ed. John Kincaid and G. Alan Tarr (Montreal & Kingston: McGill-Queen's University, 2005), 70.

⁴⁷ Beaufays, "Belgium: A Dualist Political System," 63.

⁴⁸ Beaufays, "Belgium: A Dualist Political System," 66.

⁴⁹ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 54.

sistemin temel ilkeleri belirlenmiştir.⁵⁰ 1970 ve 1980 Anayasa değişiklikleri, Flaman ve Valon toplumlarının önemli karar alma süreçlerine katılımına ilişkin herhangi bir güvenceye yer vermemiştir.⁵¹ Bunun nedeni Belçika'da henüz federalizmin kabul edilmemiş olması, dolayısıyla üniter devlet sisteminin tam olarak ortadan kalkmamış olmasıdır. Fakat federal sistemin kabulüne yönelik sürecin devamlılığına imkân tanıyan bu değişiklikler Belçika'da üniter sistemin terki sonucunu doğuracaktır.

Belçika'nın federalleşme süreci 1993 Anayasa değişiklikleri ile resmen federal bir devlet olduğunun ilânı ile sonuçlanmıştır.⁵² Belçika'da devletin yeniden yapılandırılmasının tutarlı bir federal doktrine sahip olmadığı görülmektedir. 1970'li ve 1980'li yıllarda ortaya çıkışı esnasında Belçika federalizmi hiçbir zaman kurucu bir mutabakat üzerine inşa edilmiş gerçek bir siyasî süreç olarak algılanmamıştır. Belçika federalizmi yalnızca çözülmesi gereken çatışmalara ilişkin pragmatik bir cevap olarak görülmüştür. Müteakip Anayasa değişikliklerinin her biri siyasal elitlerin belirli krizlere verdikleri pragmatik cevaplar olarak değerlendirilebilir.⁵³ Dolayısıyla Belçika'da federalizmin kabulü bilinçli bir tercihin ürünü olarak değil, aşamalı bir çatışma çözüm yönteminin sonucu olarak ortaya çıkmıştır.⁵⁴ Flamanca konuşanlar ile Fransızca konuşanlar arasında Belçika'nın kuruluşundan itibaren söz konusu olan bu çatışmanın çözümlenebilmesi ve iki toplumlu yapının bir arada yaşayabilmesini sağlamak için federalizm bir çözüm olarak düşünülmüştür. 1993 Anayasa değişiklikleri ile iki toplumlu yapının kurumsallaşması sağlanmış ve Flamanca konuşanlar ile Fransızca konuşanların hak ve yetkileri güvence altına alınmıştır. 1993 Anayasa değişiklikleri ile bu iki toplumu bir arada tutmayı amaçlayan karşılıklı denge ve fren mekanizmalarını içeren bir federatif sistem kurulmuştur.

Belçika'daki iki toplumlu yapının bir arada tutulmasına yönelik ortaya konan mekanizmalar oldukça önemli olup bunlar aşağıda incelenecektir. Fakat bu

⁵⁰ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 50.

⁵¹ Beaufays, "Belgium: A Dualist Political System," 65.

⁵² Bursens and Massart-Piérard, "Kingdom of Belgium," 92.

⁵³ Dumont et al., "Kingdom of Belgium," 36.

⁵⁴ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 51.

noktada iki toplumlu yapının sürdürülmesine ilişkin ortaya konan anayasal mekanizmaların anayasal güvenceler sistemini tam mânâsıyla güvence altına almaktan yoksun olduğu ve demokrasinin kırılabilirliğinin giderilemediğinin gözlemlendiğinin belirtilmesi gerekmektedir.⁵⁵

II. BELÇİKA FEDERALİZMİ

A. Belçika Federalizminin Temel Özellikleri

Belçika'da federal sistem resmî olarak 1993 yılında kabul edilmiş olsa da yukarıda da ifade edildiği üzere yapılan anayasa değişiklikleri ile Belçika her geçen gün üniter sistemden uzaklaşmıştır. Jean Beaufays, 1988 yılında yayınlanan bir çalışmada öngörülebilir bir gelecekte standart bir federal sistemin Belçika'da kurulabilmesinin mümkün olmadığını belirtmiş ve Belçika'da devlet yapısının "federalleşen bölgecilik" olarak tanımlanabileceğini ifade etmiştir.⁵⁶ Belçika'da 1993 Anayasa değişiklikleri ile federal sistem resmî olarak kabul edilmiş ve devlet teşkilatı yeniden yapılandırılmıştır.

Belçika Anayasası'nın ilk başlığı "Federal Belçika, Bileşenleri ve Bölgesi" (On Federal Belgium, Its Components and Its Territory) başlığını taşımaktadır.⁵⁷ Anayasanın bu başlık altındaki ilk maddesi, Belçika'nın topluluklardan (communities) ve bölgelerden (regions) oluşan bir federal devlet olduğunu ifade etmektedir. Anayasanın 2. maddesi ise Belçika'yı oluşturan toplulukları belirlemektedir. Bu düzenlemeye göre Belçika'da Flaman Topluluğu (the Flemish Community), Fransız Topluluğu (the French Community) ve Almanca Konuşanlar Topluluğu (the German-speaking Community) bulunmaktadır.

⁵⁵ A. Ersoy Kontacı, *Kırılğan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2016), 232.

⁵⁶ Beaufays, "Belgium: A Dualist Political System," 63.

⁵⁷ Belçika Krallığı Anayasasına yapılan atıflar Constitute Project internet sayfasında yer alan metinden alınmıştır ve buradan sonra Anayasa metnine yapılacak atıflar dipnotta değil, metin içerisinde gösterilecektir ("Belgium 1831 (rev. 2014)," Constitute Project, erişim tarihi: Aralık 9, 2023, https://www.constituteproject.org/constitution/Belgium_2014).

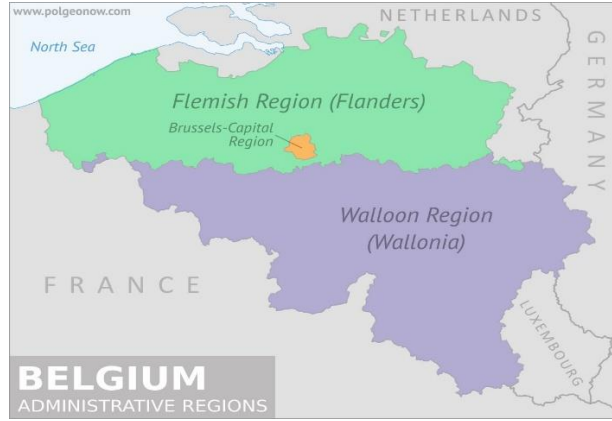


Harita 1: Belçika topluluklar haritası

(Fflanca Konuşanlar Topluluğu, Fransızca Konuşanlar Topluluğu, Almanca Konuşanlar Topluluğu)⁵⁸

Anayasanın 3. maddesinde Belçika'nın Flaman Bölgesi (the Flemish Region), Valon Bölgesi (the Walloon Region) ve Brüksel Bölgesinden (the Brussels Region) müteşekkil üç bölgeden oluştuğu hüküm altına alınmaktadır. Anayasanın 4. maddesinde ise Belçika'da dört dilsel bölge (linguistic regions) olduğu ve yerel idarelerin tamamının bu madde kapsamında yer verilen dil bölgelerinden birine bağlı olduğu belirtilmektedir. Bu düzenlemede ifade edilmiş olan dilsel bölgeler; Flamanca konuşulan bölge, Fransızca konuşulan bölge, hem Flamanca'nın hem de Fransızcanın konuşulduğu çift dilli Başkent Brüksel bölgesi ve Almanca konuşulan bölgedir.

⁵⁸ "What is Wallonia? Belgium's Unusual Federal System," Political Geography Now, erişim tarihi: Aralık 9, 2023, <https://www.polgeonow.com/2016/12/what-is-wallonia-in-belgium.html>.



Harita 2: Belçika bölgeler haritası
(Flaman Bölgesi, Valon Bölgesi ve Başkent Brüksel Bölgesi)⁵⁹

Belçika, 1970 yılında yapılan Anayasa değişikliklerine kadar üniter bir yapıya sahipken⁶⁰ yukarıda verilen anayasal düzenleme ile federatif bir yapının benimsendiği açıklanmıştır. Belçika'daki söz konusu federatif yapının dil temelli topluluklar (language communities) ve toprağa dayalı bölgelerden (territorial regions) oluştuğu görülmektedir. Bu çifte federasyonun (double federation) Belçika'daki en önemli iki dil olan Flamanca ve Fransızca'yı konuşanların Belçika'nın ideal yapısına ilişkin farklı yaklaşımlarının bir sonucu olduğu söylenebilir.⁶¹

Belçika Anayasası'nın 5. maddesi Flaman ve Valon Bölgelerinin hangi şehirleri kapsadığını göstermektedir. Bu düzenlemeye göre Antwerp, Flemish Brabant, Batı Flandre, Doğu Flandre ve Limburg şehirleri Flaman Bölgesinde yer alırlarken Valon Brabant, Hainaut, Liege, Lüksemburg ve Namur ise Valon Bölgesinde bulunmaktadır. Bununla birlikte Anayasanın Belçika sınırları

⁵⁹ "What is Wallonia? Belgium's Unusual Federal System."

⁶⁰ Beaufays, "Belgium: A Dualist Political System," 63.

⁶¹ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 51.

içerisinde konuşulan farklı dilleri esas alması, Belçika'daki federatif yapının toprak esasına dayanmadığını göstermektedir.⁶²

Belçika'daki bölgelerin ortaya çıkması ekonomik nedenlerden kaynaklanmaktadır. Bölgelerin oluşması Valonya'nın talepleri üzerine söz konusu olmuştur. Bunlara doğrudan bölgesel alanla bağlı yetkiler verilmiştir. Bu yetkiler arasında ulaşım, yol çalışmaları, istihdam politikası, sanayi politikası gibi yetkiler yer almaktadır. Topluluklar ise dilsel ve kültürel nedenlerle ortaya çıkmış olup bunların oluşmasında Flandre'nin talepleri etkili olmuştur. Topluluklar eğitim, kültür, medya ve dilin kullanımı gibi konulardan sorumludurlar. Belçika'da yer alan bölgeler ve topluluklar şeklindeki iki tür kurucu birimin kurulması ile Valonların ve Flamanların endişelerinin uzlaştırılması söz konusu olmuştur.⁶³

Flaman Topluluğu, Anayasanın kendisine verdiği yetkileri Flaman Bölgesinde kullanabilirken Fransız Topluluğu ise yetkilerini Valon Bölgesinde kullanabilme imkânına sahiptir. Brüksel'de ise bölgenin çift dilli olması dolayısıyla hem Flaman Topluluğunun hem de Fransız Topluluğunun yetkilerini kullanabilmesi mümkündür. Özerk bir statüye sahip olan Almanca Konuşanlar Topluluğu ise Valonya'nın bir parçası olan Almanca konuşulan bölgede yetkilerini kullanabilir.⁶⁴ Bununla birlikte topluluklar ve bölgeler arasında herhangi bir hiyerarşik ilişkinin mevcut olmadığı görülmektedir. Hem topluluklar hem de bölgeler Belçika'nın kurucu unsurları olarak eşit durumda olmakla birlikte her ikisinin işleyişi asimetrik bir yapıdadır.⁶⁵ Asimetrik federal sistemde, federatif yapıyı oluşturan her bir bileşen kendisini diğerlerinden ayıran eşsiz bir özelliğe veya özellikler dizisine sahip olup bu farklılıkların korunması gerekmektedir.⁶⁶ Dolayısıyla asimetrik federalizm, devleti oluşturan unsurların ortak özellikleri

⁶² Arend Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, çev. Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran (Ankara: Yetkin Yayınları, 1996), 30; Uygun, "İki Toplumlu Siyasal Sistemler," 164.

⁶³ Bursens and Massart-Piérard, "Kingdom of Belgium," 93.

⁶⁴ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 52.

⁶⁵ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 52-53.

⁶⁶ Charles D. Tarlton, "Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation," *The Journal of Politics* 27, no. 4 (1965): 869.

hangi ölçüde paylaşmadıkları anlamına gelmektedir.⁶⁷ Belçika Anayasası, detayları aşağıda açıklanacak olan düzenlemelerle dil farklılığını esas almak suretiyle ülke toprakları üzerinde yaşayan anayasal toplulukların mevcudiyetlerini devam ettirmelerini ve birbirlerinden ayrılmalarını sağlayan en önemli unsur olan dillerini koruyarak gelecek nesillere aktarabilmelerini sağlamaktadır. Bu nedenle Belçika federalizminin asimetrik bir federalizm olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

Belçika'da Flamanca konuşanlarla Fransızca konuşanlar arasındaki anlaşmazlıkların çözümü için ikili federasyon (double federation) kurulması yöntemi ile bir çıkış yolu sağlanmıştır.⁶⁸ Belçika'da aynı türden federe birimlerin (bölgeler ve topluluklar) teşkilatlanmalarına ilişkin kurallar ile bunların yetkilerini düzenleyen kuralların yeknesak olmaması nedeniyle asimetrik bir yapı ortaya çıkmıştır.⁶⁹ Belçika'daki federatif yapının işleyişinin asimetrik olduğu çeşitli açılardan görülmektedir. Belçika'ya başkentlik yapan Brüksel farklı bir statüye sahip bulunmaktadır. Brüksel'de kurulan bölge Başkent Brüksel Bölgesi (the Brussels-Capital Region) olarak adlandırılmışken Flaman Bölgesi (Flandre) ve Valonya (Wallonia) ise aynı şekilde adlandırılmamıştır. Başkent Brüksel Bölgesi Parlamentosu tarafından çıkarılan kurallar "ordinance" olarak adlandırılırken diğer bölgelerin ve toplulukların çıkardığı kurallar "decree" olarak adlandırılmaktadır. Federal hükûmet, ordinance olarak çıkarılmış olan bir kuralı geçersiz kılabilme imkânına sahiptir. Fakat federal hükûmet içerisindeki dilsel dengeye saygı gösterme ihtiyacı nedeniyle bu yolun tercih edilmesinin siyasî olarak düşünülebilmesi mümkün değildir. Ayrıca mahkemelerin ordinance olarak çıkarılmış kurallara ilişkin bunların anayasallığını denetleyebilme imkânları mevcutken federal kanunlar veya decree olarak çıkarılmış düzenlemeler bakımından anayasallık denetimi yapma yetkisi bulunmamaktadır. Flaman ve Valon bölgeleri kurucu otonomiye sahiplerken Başkent Brüksel Bölgesinin kurucu otonomisinin bulunmadığı görülmektedir. Dolayısıyla Başkent Brüksel Bölgesinin, hükûmet kurumlarının nasıl işleyeceğini belirlemeye yönelik herhangi

⁶⁷ Tarlton, "Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation," 861.

⁶⁸ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 52.

⁶⁹ Dumont et al., "Kingdom of Belgium," 48.

bir yetkisi bulunmamaktadır. Bunun nedeni ise Başkent Brüksel Bölgesindeki Flamanca konuşan dil grubunu korumaktır.⁷⁰

Belçika'daki federatif yapının asimetrik niteliğinin görülebileceği bir diğer alan ise Flaman Bölgesi ile Flaman Topluluğu arasındaki ilişkililerdir. Flaman Bölgesi bir topluluk olmak ve Brüksel'deki Flamanca konuşanlarla bağıni sürdürmek istemiştir. Bu nedenle Flaman Bölgesi hükümet kurumları ile Flaman topluluğu birleştirilmiştir. Fakat her ikisi de anayasal olarak tanımlanmış kurumlar olarak mevcudiyetlerini devam ettirmekle birlikte tek bir parlamento ve tek bir hükümete sahip bulunmaktadırlar.⁷¹ Valonlar ile Brüksel'de yaşayan Fransızca konuşanlar arasında dilsel bağlantı olmakla birlikte bunların dilsel kimliklerinin Flamanlar kadar güçlü olmadığı görülmektedir. Belçika'yı oluşturan beş kurucu birim hem topluluğa hem de bölgeye sahip Flaman Bölgesi, Valonya Bölgesi, Başkent Brüksel Bölgesi, Fransızca Konuşanlar Topluluğu ve Almanca Konuşanlar Topluluğudur.⁷² Dolayısıyla Fransızca konuşanlar arasında herhangi bir birlik bulunmadığı görülmektedir.

B. Belçika'da Konsensüs Demokrasisi ve Ortaklıkçı Demokrasi

Demokrasinin temel tanımının çoğunlukçu yorumuna göre demokrasi, "halkın çoğunluğu tarafından yönetim" anlamına gelmektedir. Bu yaklaşım çoğunluğun yönetmesini ve azınlığın da buna karşı çıkmasını savunurken demokrasinin konsensüs modeli (the consensus model of democracy) olarak adlandırılan yaklaşım ise bu görüşe karşı çıkmaktadır.⁷³ Derinden bölünmüş toplumlarda çoğunluğun yönetimi çoğunluğun diktatörlüğüne ve iç çatışmalara neden olabildiğinden derinden bölünmüş toplumlar bakımından uzlaşmanın vurgulandığı bir demokratik rejime ihtiyaç duyulmaktadır. Bu demokratik rejimin özelliği dışlayıcı olmaktan ziyade kapsayıcı olması ve salt çoğunlukla yetinmek

⁷⁰ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 53.

⁷¹ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 53.

⁷² Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 53-54.

⁷³ Arend Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* (New Haven & London: Yale University Press, 2012), 30.

yerine yöneten çoğunluğun büyüklüğünü azamî seviyeye çıkarmaya çalışmasıdır. Bu demokratik rejim konsensüs demokrasisi olarak adlandırılmaktadır.⁷⁴

İki toplumlu devletlerde iki toplumluluğa neden olan sayısal dengesizlik neredeyse değişmezdir. Demokrasilerde sayısal azınlıklar bir sonraki seçimde çoğunluk olmayı veya bir koalisyonun ortağı olmayı umabilirlerken etnik, ırksal, dilsel ve dinî azınlıklar bakımından böyle bir durumun söz konusu olabilmesi mümkün değildir. Bunun nedeni bu tür azınlıkların performans ya da ikna yoluyla sayısal güç sahibi olabilmelerinin mümkün olmamasıdır. Dolayısıyla çoğunlukçu karar alma yöntemi, sayısal azınlığın daimî çoğunluk karşısında kendisini daimî azınlık olarak gördüğü iki toplumluluğa uymamaktadır.⁷⁵ Bu nedenle iki toplumluluğun görüldüğü devletler bakımından konsensüs demokrasisinin tercih edilmesi hem çoğunluğun hem de azınlıkların mevcudiyetlerini devam ettirmelerine ve yönetime katılmalarına imkân sağlamaktadır.

Konsensüs demokrasisini tanımlamak üzere oydaşmacı demokrasi ifadesi de kullanılmaktadır.⁷⁶ Arend Lijphart bu modeli anlatmak için İsviçre ve Belçika örneklerini özellikle vermektedir. Lijphart'a göre İsviçre, konsensüs demokrasisinin (oydaşmacı demokrasinin) en iyi örneğini teşkil etmektedir. Belçika'ya özel önem veren Lijphart, Belçika'nın 1993 Anayasa değişiklikleri ile federalizmi resmî olarak kabul etmesi sonrasında bu modelin iyi bir örneği hâline geldiğini belirtmektedir.⁷⁷ Fakat Lijphart, ihtiyatlı davranarak bu iki örneğin mükemmel örnekler olmadığını ifade etmektedir.⁷⁸ Konsensüs demokrasisinin tercih edilmesinde büyük gerilimlerin bulunduğu, potansiyel ve hatta fiilî şiddet

⁷⁴ Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 32.

⁷⁵ Duchacek, "Dyadic Federations and Confederations," 12.

⁷⁶ "Consensus government" ifadesinin oydaşmacı demokrasi olarak tercüme edilmesine ilişkin bkz. Arend Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, çev. Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran (Ankara: Yetkin Yayınları, 1996).

⁷⁷ Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 32-33.

⁷⁸ Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, 27.

durumlarının söz konusu olmasının etkili olduğu görülmektedir.⁷⁹ Nitekim İsviçre’de yürütme organı olan Federal Konseyin oluşumu İsviçre’nin konsensüs demokrasisini benimsediğini göstermesi bakımından önemlidir. İsviçre’de yürütme organı geniş bir koalisyon hükûmeti olarak kurulmaktadır. II. Dünya Savaşı sonrası dönemde 2003 yılına kadar üç büyük parti olan Sosyal Demokratlar, Radikal Demokratlar ve Hristiyan Demokratların her biri yasama organının alt kanadındaki sandalyelerin dörtte birine sahipti. Bu dönemde İsviçre Halk Partisi (SPP) ise yasama organının alt kanadındaki sandalyelerin yaklaşık sekizde birini elinde tutmaktaydı. Bu kompozisyon içerisinde 1959’da oluşturulan sihirli formül (magic formula) olarak adlandırılan yöntem ile Federal Konseyde 2:2:2:1 şeklinde orantılı bir temsil söz konusu olmuştur.⁸⁰ 2003 yılında yapılan seçimlerden sonra ise SPP en büyük parti olmuş ve Federal Konseyde Hristiyan Demokratlara bir sandalye daha vermiştir. Bu geniş koalisyon 2007 yılında kesintiye uğramış olmakla birlikte 2009 yılında sihirli formül yeniden uygulamaya konulmuş ve geniş bir koalisyonun yeniden kurulması söz konusu olmuştur. Bu sihirli formül gayriresmî bir uygulama olarak ortaya çıkmıştır. Ayrıca Federal Konseyde, İsviçre’de yaşayan dil gruplarının temsiline ilişkin olarak da gayriresmî bir başka güç paylaşımı kuralı da benimsenmiştir. Buna göre Federal Konsey üyelerinin dördünün veya beşinin Almanca konuşanlar, birinin veya ikisinin Fransızca konuşanlar ve sıklıkla birinin de İtalyanca konuşanlar arasından belirlenmesi söz konusu olmaktadır.⁸¹

Güç paylaşım sisteminin kurulduğu bütün devletler bakımından ilk olarak önemli kesimlerin tümünün temsil edildiği geniş bir hükûmetin kurulması söz konusu olmaktadır.⁸² Belçika açısından da benzer bir durum ortaya çıkmış ve

⁷⁹ Arend Lijphart, “Consensus and Consensus Democracy: Cultural, Structural, Functional, and Rational-Choice Explanations,” *Scandinavian Political Studies* 21, no. 2 (1998): 101.

⁸⁰ Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 33; Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, 27.

⁸¹ Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 33-34.

⁸² Lijphart, “Consensus and Consensus Democracy: Cultural, Structural, Functional, and Rational-Choice Explanations,” 101.

yürütme organında iki dilin geniş temsili anayasal bir kuralla sağlanmıştır.⁸³ Belçika'da Başbakan hariç Bakanlar Kurulu üyelerinin yarısının Flamanca konuşanlardan diğer yarısının ise Fransızca konuşanlardan oluşma zorunluluğunun Anayasa tarafından kabul edildiği görülmektedir. Bu düzenleme Belçika'daki iki toplumluluğun anayasal hâle getirildiğini göstermesi bakımından önemlidir. Ayrıca bu ve benzeri düzenlemeler Belçika'yı oluşturan iki ana toplumun birbirini frenleyip dengelemesini ve yönetime beraber katılabilmelerini sağlamaktadır.

Dil, din, etnik köken gibi nedenlerle parçalı bir toplumsal yapıya sahip olan ülkelerde bu farklılıkların esas alındığı çok sayıda parti söz konusu olmaktadır. Bu durum konsensüs demokrasisi bakımından ayırt edici bir niteliğe sahiptir.⁸⁴ Aşağıda açıklanacağı üzere Belçika'da da çok partili bir siyasi yapı bulunmaktadır. Oydaşmacı demokraside yasama ve yürütme organları arasındaki güç dengesi oldukça önemlidir. Oydaşmacı demokrasi örneği olarak gösterilen İsviçre'deki hükûmet sistemi Lijphart tarafından ne parlamenter sistem ne de başkanlık sistemi olarak nitelenmiş⁸⁵ ve İsviçre'deki hükûmet sisteminin parlamenter sistemden çok Amerikan başkanlık sistemine benzediği ifade edilmiştir.⁸⁶ İsviçre'deki hükûmet sisteminin meclis hükûmeti sistemi olduğu⁸⁷ da ifade edilmiş olmakla birlikte

⁸³ Arend Lijphart, "Constitutional Design for Divided Societies," *Journal of Democracy* 15, no. 2 (2004): 99; Bakanlar Kurulunda Flamanca ve Fransızca konuşanların neredeyse eşit temsiline Belçika'da bir gelenek olduğu ve 1970 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile yürütmede eşit temsiline güvence altına alındığına ilişkin olarak bkz. Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, 27.

⁸⁴ Oktay Uygun, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013), 246.

⁸⁵ Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 34.

⁸⁶ Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, 27.

⁸⁷ Hüseyin Nail Kubalı'ya göre İsviçre'de meclis hükûmeti sisteminin klasik uygulaması söz konusu olmaktadır (Hüseyin Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku: Genel Esaslar ve Siyasal Rejimler* (İstanbul: Ersa Matbaacılık, 1965), 502). Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku* kitabında meclis hükûmetini incelediği kısımda "Tatbikatta meclis hükûmeti" başlığı altında İsviçre'de meclis hükûmeti sistemine

İsviçre'nin meclis hükûmeti sisteminden ayrılan yönleri olan kendine özgü bir hükûmet sistemine sahip olduğu söylenebilir.⁸⁸ Oydaşmacı demokrasinin diğer örneği olan Belçika'da ise parlamenter sistem uygulanmaktadır. Belçika'da yürütme organı birbiriyle bağdaşmayan büyük koalisyonlar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Belçika'da kurulan kabinelerin kısa ömürlü olduğu dikkate alındığında yürütme organının nisbeten zayıf bir konumda olduğu görülmektedir. Nitekim 1980-2010 yılları arasında Belçika'da dokuz koalisyon hükûmeti görev yapmış olup bu koalisyonlar çok partili bir yapıya sahiptirler. Bu dönemde Belçika'da görev yapan koalisyonların ortalama görev süresi ise yaklaşık üç yıla sınırlı kalmıştır.⁸⁹ Bu noktada oydaşmacı demokrasi modelinde çok partili bir sistemin bulunduğunu söylemek gerekmektedir. Belçika'da da çok partili bir sistem söz konusudur. Dil farklılığı Belçika'da parti sisteminin belirleyici faktörü konumundadır.⁹⁰ 1977 yılında imzalanan Egmont Paketi ile siyasî partiler bir uzlaşmaya varmışlardır. Bu pakitin amacı Brüksel, Flandre ve Valonya'da üç bölgesel konseyin oluşturulması ve Flamanca, Fransızca ve Almanca dil grupları için üç topluluğun kurulmasıdır.⁹¹ Egmont Paketi ile Fransızca konuşanlara verilmek istenen dil kolaylıkları bir hükûmet krizinin ortaya çıkmasına neden olduğu gibi

de yer vermiştir [Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, cilt 1 (İstanbul: Baha Matbaası, 1960), 301]. Erdoğan Teziç'e göre İsviçre'de meclis hükûmeti sistemi uygulanmaktadır [Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 20. Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016), 502]. Ömer Anayurt ise İsviçre hükûmet sisteminin meclis hükûmetine sistemine en yakın uygulama yeri olduğunu belirtirken [Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 79], Kemal Gözler ve Mustafa Erdoğan İsviçre hükûmet sisteminin meclis hükûmeti benzeri bir sistem olduğunu ifade etmektedirler [Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, cilt 1 (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011), 564-565; Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2017), 460].

⁸⁸ Hatice Derya Ormanoğlu Duranlıoğlu, "1921 Anayasası'nın Anayasal Boyut Kazandırdığı Meclis Hükûmeti Sistemi ile İsviçre Hükûmet Sisteminin Karşılaştırılması," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 15, no. 58 (2024): 15.

⁸⁹ Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 35.

⁹⁰ Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 35-36.

⁹¹ Paul F. State, *Historical Dictionary of Brussels* (Lanham – Maryland: Scarecrow Press, Inc., 2004), 100.

siyasî partilerin de dil farklılığını esas alarak bölünmelerine yol açmıştır.⁹² Lijphart'ın da belirttiği üzere 1960'ların ortalarına kadar Hristiyan Demokratlar ve Sosyalistler şeklinde teşkilatlanmış iki büyük parti ile orta ölçekli Liberal Parti'nin olduğu bir sistem söz konusuyken parti sisteminde gerçekleşen dil merkezli bölünmeyle birlikte en az sekiz partili bir sistem ortaya çıkmıştır.⁹³ Belçika'da 2019 yılında yapılan genel seçimlerde Hristiyan Demokrat ve Flaman Parti (Christian Democratic and Flemish – CD&V) seçmenlerin %8,9'unun desteğini alırken Frankofon Hristiyan demokrat partisi olan Hümanist Demokratik Merkez (Humanist Democratic Centre - cdH) ise %3,7 oranında oy almıştır. Parti sistemindeki bölünmüşlük sosyal demokrat partiler ile yeşiller açısından da söz konusudur. Flaman Sosyalist Partisi (Socialist Party Differently – sp.a) %6,7, Frankofon partiler arasında yer alan Sosyalist Parti (PS) %9,5; Flaman Yeşil Parti Groen %6,1, Frankofon yeşil partisi Ecolo ise %6,1 oranında destek görmüştür.⁹⁴ Dolayısıyla Belçika'daki toplumsal bölünmenin parti sistemine yansımaları farklı dil gruplarının ve siyasî eğilimlerin farklı siyasî partilerde teşkilatlanmaları şeklinde olmuştur. Bu durum siyasî örgütlenme özgürlüğü bakımından önemli olmakla birlikte toplumdaki bölünmeleri ve dolayısıyla sistemdeki kırğınıkların giderilmesi bakımından olumlu bir netice doğurmuş değildir.⁹⁵

Oydaşmacı demokrasiyi benimseyen ülkelerde nisbî temsil sistemi söz konusu olmaktadır. Nisbî temsil sistemi, çoğunluğun temsilini sağladığı gibi azınlıkların da temsiline imkân vermektedir. Dolayısıyla nisbî temsil sistemi, orantılı bir parlamento aritmetiğinin oluşmasını sağlamaktadır. Konsensüs demokrasinin görüldüğü İsviçre ve Belçika'da nisbî temsil sisteminin uygulanması çok partili bir siyasî hayatın ortaya çıkmasının nedenleri arasında yer almaktadır. Bu ülkelerde nisbî temsil sistemi, toplumsal bölünmelerin parti

⁹² Pascal Delwit, *La vie politique en Belgique de 1830 à nos jours* (Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2010), 199-205 (Aktaran: Bilgin, "Belçika'da Ulusal Kimlikler ve Federalizmin Gelişimi," 34).

⁹³ Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, 29; Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, 30.

⁹⁴ "Belgium – 2019 general election," Politico, erişim tarihi: Aralık 10, 2023, <https://www.politico.eu/europe-poll-of-polls/belgium/>.

⁹⁵ Kontacı, *Kırılğan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü*, 241.

sistemindeki bölünmelere dönüşmesini engellememiştir.⁹⁶ Belçika Anayasası'nın 62. maddesinin 2. fıkrasına göre Temsilciler Meclisi üyelerinin belirlenmesinde nisbî temsil sisteminin uygulanacağı belirtilmektedir. Ayrıca Anayasanın 68. maddesinde yer alan düzenlemeye göre Senato üyelerinin önemli bir kısmı da yine nisbî temsil sistemi ile belirlenmektedir. Belçika'da nisbî temsil sisteminin uygulanıyor olması devletin kurucu unsurları olan Flaman, Fransız ve Alman dil gruplarının yasama organında temsil edilmelerine imkân tanımaktadır. Böylelikle Belçika'da yaşayan farklı dil grupları arasında fren ve denge oluşturulmakta ve dil gruplarının mevcudiyetlerini sürdürebilmeleri söz konusu olmaktadır.

Oydaşmacı demokrasinin bir diğer özelliği federal ve merkezî olmayan bir hükûmetin varlığıdır. Belçika, yukarıda anlatıldığı üzere, üniter devlet olarak kurulmuş olmakla birlikte 1993 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile federal devlet yapısını benimsemiştir.⁹⁷ Konsensüs demokrasisi bakımından katı bir merkezîyetçiliğin söz konusu olmaması sosyal yapıdaki çeşitliliğin siyaseten var olabilmesini ve temsil edilebilmesini sağlamaktadır.⁹⁸ Belçika'nın üniter devlet yapısını terk ederek federatif bir yapıyı tercih etmesinin nedeni etno-kültürel akımların sistem içerisinde tutulmasıdır.⁹⁹ Aşağıda detaylı bir şekilde anlatılacağı üzere Belçika'da Flaman Bölgesi (Flandre), Valonya ve Başkent Brüksel şeklinde üç farklı bölge ve Flamanca Konuşanlar, Fransızca Konuşanlar ve Almanca Konuşanlar şeklinde üç topluluk bulunmaktadır. Bu bölgelerin ve toplulukların, federal devletten ayrı kendi yasama ve yürütme organlarının olduğu görülmektedir.

Oydaşmacı demokrasilerde güçlü bir çift meclislilik söz konusudur. Çift meclisliliğin nedeni azınlıklara özel temsil hakkı vermektir. Azınlıkların sahip olduğu bu temsilin anlamlı olabilmesi için ikinci meclisin veya üst meclisin yasama organının alt kanadından farklı bir temelde seçilmesi ve bu meclisin gerçek mânâda bir güce sahip olması gerekmektedir. İkinci meclisin sahip olduğu

⁹⁶ Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 36;

⁹⁷ Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 37.

⁹⁸ Uygun, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, 250.

⁹⁹ Kontacı, *Kırılğan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü*, 241.

güç en az birinci meclis veya alt meclis kadar olmalıdır.¹⁰⁰ Belçika'da iki kanatlı bir yasama organı bulunmaktadır.¹⁰¹ Detayları aşağıda açıklanacak olan Belçika Parlamentosu, Temsilciler Meclisi ve Senatodan oluşmaktadır. 60 sandalyeli Senatonun 43 üyesi Flamanca konuşanlar arasından belirlenirken 16 üyesi Fransızca konuşanlar arasından olmak zorundadır. Almanca konuşanlara ayrılan sandalye sayısı ise birdir. Dolayısıyla Senatoda dil gruplarının eşit temsili söz konusu olmayıp Flamanca konuşanlar lehine bir ikinci meclis yapısı oluşturulmuştur. Lijphart'ın isabetle belirttiği üzere Belçika'da güçlü bir iki meclislikten bahsedebilmek mümkün değildir.¹⁰²

Katı anayasanın varlığı da konsensüs demokrasisi için oldukça büyük bir önemi haiz bulunmaktadır. Konsensüs demokrasisinin görüldüğü hem İsviçre hem de Belçika'da anayasa değişikliklerinin gerçekleştirilebilmesi için özel çoğunluk şartı öngörülmüştür.¹⁰³ Konsensüs demokrasisinin uygulandığı devletler bakımından bu ülkelerde bulunan önemli sosyal grupların anayasanın hem yapılması hem de değiştirilmesi sürecine katılmaları büyük bir önem taşımaktadır. Ayrıca bu grupların anayasanın yapılmasını onaylamaları da gerekmektedir.¹⁰⁴ Belçika Anayasası'nın 195. maddesine göre, federal yasama organının Anayasada değişiklik yapılması gerektiğine ilişkin beyanda bulunması hâlinde her iki meclis kendiliğinden fesholunmaktadır. Anayasa değişiklik usûlünü düzenleyen bu maddeye göre bir anayasa değişikliğinin görüşülebilmesi için federal yasama organının her iki kanadının da üçte ikisinin katılımı gerekmektedir. Ayrıca Anayasanın bu düzenlemesi ile anayasa değişikliğinin kabul edilebilmesi için gerekli karar yeter sayısı olarak da kullanılan oyların en az üçte ikisinin bu yönde olması gerektiği belirtilmiştir. Yasama organının her iki kanadında farklı dil gruplarının temsil edildiği dikkate alındığında anayasa

¹⁰⁰ Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 38.

¹⁰¹ Belçika Krallığının 1830 yılında kurulması öncesinde Birleşik Hollanda Krallığı döneminde de iki kanatlı parlamento bulunmaktaydı (Roegiers and van Sas, "Revolution in the North and South, 1780-1830," 307).

¹⁰² Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 38.

¹⁰³ Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 38-39.

¹⁰⁴ Uygun, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, 251.

değişikliklerinin hem görüşülebilmesi hem de kabul edilebilmesi bakımından öngörülen bu çoğunlukların oldukça anlamlı olduğu görülecektir.

Belçika'da anayasa değişiklikleri için bölgelerin ve toplulukların bu yönde onay vermelerinin resmî olarak zorunlu olmadığı görülmektedir. Fakat uygulamada federal ilkelerin, anayasa değişiklikleri için öngörülenden farklı bir usûle değiştirilebilen özel kanunların (special laws) geniş kullanımı ile anayasa değişiklik sürecine dâhil edildiği gözlemlenmektedir.¹⁰⁵ Belçika'da bölgelerin ve toplulukların teşkilatlanması ve yetkilerine ilişkin düzenlemeler yarı-anayasal bir statüye sahiptir.¹⁰⁶ Özel kanunların değiştirilebilmesi için sadece parlamentonun her iki kanadının üçte iki çoğunluğunun değişiklik yönünde oy kullanmış olması yeterli değildir. Bu değişikliklerin yürürlüğe girebilmesi için her bir dil grubunun çoğunluğunun da bu yönde desteği gerekmektedir. Bu düzenleme uygulamada bölge ve topluluk hükûmetlerinin değişiklik yönündeki teklifi kabul etmesi anlamına gelmektedir.¹⁰⁷ Bu durum özel kanunların değiştirilebilmesi için sadece Flamanca konuşanların onayının yeterli olmadığını, Fransızca konuşanların da onayının gerektiğini göstermektedir. Dolayısıyla Fransızca konuşanlar lehine etkili bir azınlık vetosu yetkisi söz konusudur.¹⁰⁸ Farklı dil gruplarının anayasanın değiştirilmesinde dolaylı, özel kanunların değiştirilmesinde ise doğrudan katılımını sağlayan bu düzenlemeler sistemin denge ve fren mekanizmalarına örneklik teşkil etmektedir. Anayasa ve özel kanunların değiştirilmesinin zor bir usûle bağlanmış olması ve dil gruplarının sürece katılımının gerekmesi dil gruplarının temsilini ve birbirlerini dengeleyebilmelerini sağlamaktadır.

Oydaşmacı demokrasi modeli bakımından bir diğer önemli husus yargısal denetimdir. Belçika'da 1984 yılında Tahkim Mahkemesi (the Court of Arbitration) kurulana kadar anayasal yargı denetimi söz konusu değildi. Tahkim Mahkemesinin yetkilerinin 1988 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile genişletilmesi sonucunda bu mahkeme "gerçek bir Anayasa Mahkemesi"

¹⁰⁵ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 72.

¹⁰⁶ Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 39.

¹⁰⁷ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 72

¹⁰⁸ Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 39.

hüviyetine sahip kılınmıştır.¹⁰⁹ 2007 yılında Anayasada yapılan değişikliklerle Tahkim Mahkemesinin adı değiştirilerek bu mahkeme “Anayasa Mahkemesi” adını almıştır.¹¹⁰ Anayasanın 142. maddesinin 1. fıkrasında yapısı, yetkileri ve işleyişi kanunla belirlenen bir Anayasa Mahkemesinin kurulduğu belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi 12 üyeden oluşmaktadır. Ömür boyu görev yapan Anayasa Mahkemesi üyeleri Temsilciler Meclisi ve Senato tarafından dönüşümlü olarak önerilen iki aday listesinden, mevcut üyelerin en az üçte ikisinin çoğunluğuyla Kral tarafından atanmaktadırlar. Anayasa Mahkemesi üyelerinin altısının Flaman dil grubuna, diğer altısının ise Fransızca dil grubuna mensup olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi üyelerinden birinin yeterli seviyede Almanca bilmesi de ayrıca şart olarak getirilmiştir.¹¹¹ Anayasa Mahkemesinin yapısı, dil gruplarının esas alınması suretiyle oluşturulmuştur. Almanca konuşanlar bakımından eksik temsil durumu söz konusu olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi üyelerinden birinin Almanca bilme şartının getirilmiş olması bu eksikliğin kısmen giderilmesini sağlamaktadır.

Belçika, dilsel bakımdan bölünmüş bir toplum olup Belçika’yı oluşturan dil grupları kendi dillerini ve kültürlerini ve bunlar üzerine inşa edilmiş kimliklerini devam ettirme çabasındaadırlar. Bölünmüş toplumlarda bir hükûmetin başarılı bir şekilde kurulabilmesi için iki temel unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. İlk olarak ilgili devlette bulunan bütün önemli toplumsal grupların temsilcilerinin siyasî karar alma süreçlerine katılımının sağlanması gerekmektedir. Bölünmüş toplumlarda özellikle yürütmede bu şekilde bir katılımın söz konusu olması gerekmekte olup bu husus “güç paylaşımı (power sharing)” kavramı ile ifade edilmektedir. İkinci olarak ise bölünmüş toplum yapısına sahip bir devleti oluşturan unsurların özellikle eğitim ve kültür alanlarında kendi içişlerini yürütme yetkisine sahip olmalarıdır. Bu husus “grup özerkliği (group autonomy)” olarak adlandırılmaktadır. Bölünmüş toplumlarda güç paylaşımı ve grup özerkliğinin bir arada bulunması “ortaklıkçı demokrasi (consociational

¹⁰⁹ Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 39-40.

¹¹⁰ “The Constitutional Court of Belgium,” 6, Constitutional Court, erişim tarihi: Ocak 3, 2024, <https://www.const-court.be/public/brbr/e/brbr-2014-001e.pdf>.

¹¹¹ “The Constitutional Court of Belgium,” 9.

democracy)” sisteminin temel özellikleridir.¹¹² Farklı toplumsal grupların temsiline imkân tanıyan orantılılık ilkesi ile azınlıkların haklarını ve özerkliğini etkileyen en hayati konularda bunları engelleyebilecek olan azınlık vetosu ise ortaklıkçı demokrasinin ikincil özellikleri arasında yer almaktadır.¹¹³

Bölünmüş toplumlara özgü bir sistem olan ortaklıkçı demokrasi¹¹⁴; güç paylaşımı, grup özerliği, orantılılık ve azınlık vetosu şeklinde dört özelliğe sahiptir. Konsensüs demokrasisinin sahip olduğu yukarıda açıklanan özelliklerle karşılaştırıldığında konsensüs demokrasisinin daha geniş olduğu görülmektedir.¹¹⁵ Lijphart, ortaklıkçı demokrasinin konsensüs demokrasisinin özel bir türü olmadığını belirtmekte ve hem konsensüs demokrasisinin hem de ortaklıkçı demokrasinin bölünmüş toplumlar bakımından yeterli olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte Lijphart, bölünmüş toplumlar için ortaklıkçı demokrasinin daha güçlü bir deva olduğunu vurgulamaktadır.¹¹⁶ Ergun Özbudun ise “ortaklıkçı demokrasi, oydaşmacı demokrasinin bölünmüş toplumlara özgü bir alt-tipi olarak kabul edilebilir”¹¹⁷ değerlendirmesinde bulunmaktadır. Bölünmüş toplumlar bakımından oluşturduğu güç paylaşımı modeliyle Lijphart, konsensüs demokrasisinin ortaklıkçı demokrasi ile örtüşen özelliklerine de çalışmasında yer vermiştir.¹¹⁸

Belçika’nın Flamanca, Fransızca ve Almanca konuşanlar arasında dil eksenli olarak bölündüğü düşünüldüğünde Belçika’nın bölünmüş bir topluma sahip olduğu görülmektedir. Belçika, konsensüs demokrasisinin özelliklerini ihtiva ettiği gibi ortaklıkçı demokrasinin özelliklerini de yansıtmaktadır. Ortaklıkçı demokrasinin olmazsa olmaz özellikleri olan yürütmede güç paylaşımı ve grup

¹¹² Lijphart, “Constitutional Design for Divided Societies,” 97.

¹¹³ Lijphart, “Constitutional Design for Divided Societies,” 107, note 1.

¹¹⁴ Ergun Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015), 95.

¹¹⁵ Arend Lijphart, *Thinking About Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice* (London & New York: Routledge, 2008), 8.

¹¹⁶ Lijphart, *Thinking About Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice*, 8.

¹¹⁷ Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 95.

¹¹⁸ Lijphart, “Constitutional Design for Divided Societies,” 99-106.

özerkliği bakımından Belçika her iki özelliği de taşımaktadır. Belçika'da yürütme organında hem Flamanca konuşanların hem de Fransızca konuşanların eşit bir şekilde temsil edilmesi anayasal bir zorunluluktur. Belçika'da bulunan her üç dil grubunun Anayasa tarafından topluluklar şeklinde teşkilatlandırıldığı görülmektedir. Belçika'daki Flamanca Konuşanlar Topluluğu, Fransızca Konuşanlar Topluluğu ve Almanca Konuşanlar Topluluğu şeklindeki bu yapılanma ile topluluklar kültürel özerklik başta olmak üzere çeşitli yetkilere sahip kılınmışlardır. Ayrıca Belçika'da Flamanca konuşulan Flaman Bölgesi, Fransızca konuşulan Valonya ve her iki dilin de konuşulduğu Başkent Brüksel Bölgesi şeklindeki bölgesel teşkilatlanma ve bu bölgelerin sahip olduğu bölgesel özerklik dâhil birçok yetki dikkate alındığında Belçika'da dil gruplarının özerkliğe sahip oldukları görülmektedir. Ortaklıkçı demokrasinin ikincil özelliklerinden olan orantılılık Belçika'da anayasal güvenceye sahiptir. Yukarıda detaylı bir şekilde anlatıldığı üzere Belçika'da nisbî temsil sistemi anayasal bir zorunluluk olarak öngörülmüş olup yasama organı nisbî temsil sistemi ile belirlenmektedir. Böylelikle farklı dil gruplarının yasama organında temsili söz konusu olmaktadır. Ortaklıkçı demokrasinin ikincil özelliklerinin sonuncusu olan azınlık vetosuna Belçika anayasa sistemi içerisinde yer verilmiştir. Belçika'da özel kanunların değiştirilmesinde Fransızca konuşanlar azınlık vetosuna sahiptir. Dolayısıyla Belçika, ortaklıkçı demokrasinin bir örneğini teşkil etmektedir. Konsensüs demokrasisi ile ortaklıkçı demokrasinin özelliklerinin önemli ölçüde örtüştüğü dikkate alındığında Belçika'nın her iki demokrasinin bir örneği olduğunun söylenmesi gerekmektedir.

III. BELÇİKA'DA İKTİDARIN İKİ TOPLUM ARASINDA PAYLAŞIMI

Bir federal sistemin asimetric olup olmadığı bu sistemin sosyal, kültürel, ekonomik ve siyasî özellikleriyle ilgilidir. Bu husus federal devleti oluşturan unsurlarla ve ulusal otoriteyle söz konusu olan ilişkilerin şekillenmesinde önemli bir faktördür.¹¹⁹ Belçika Krallığı'ndaki federal sistemin asimetric olduğu yukarıda belirtilmişti. Belçika'nın bu karakterini belirleyen en önemli husus iki

¹¹⁹ Tarlton, "Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation," 861.

farklı dilin yoğun olarak konuşulması nedeniyle burada ortaya çıkmış olan iki toplumlu yapıdır. Belçika'nın bu özelliği iktidarın özellikle iki toplum arasında paylaşılması sonucunu doğurmuştur. Aşağıda detayları açıklanacak olan iktidarın iki toplum arasında paylaşılması hem farklılıkların korunmasına hem de Belçika'nın bir devlet olarak mevcudiyetini devam ettirmesine yönelik bir formül olarak ortaya çıkmıştır.

A. Devlet Organlarında İki Dilli Temsil

Belçika'da Federal Parlamento, Temsilciler Meclisi ve Senatodan müteşekkildir. Belçika Anayasası'nın 42. maddesi Parlamantonun her iki kanadında yer alan üyelerin sadece kendilerini seçenleri değil, bütün ulusu temsil ettiklerini belirtmektedir. Dolayısıyla Temsilciler Meclisi ve Senato üyeleri, sadece kendilerini seçen dil gruplarının değil, bütün Belçika'nın temsilcileridirler. Bu durumda örneğin Fransızca dil grubunun seçtiği bir parlamento üyesi sadece Fransızca konuşan Belçika vatandaşlarını değil, aynı zamanda Flamanca ve hatta Almanca konuşan Belçika vatandaşlarını da temsil etmektedir.

Anayasanın 63. maddesine göre Temsilciler Meclisi 150 üyeden oluşmaktadır. Anayasanın 43. maddesinde Anayasa tarafından belirlenen durumlarda Temsilciler Meclisinin seçilmiş üyelerinin Flamanca ve Fransızca dil grubu şeklinde ikiye ayrılacağı belirtilmektedir. Bu üyelerin 89'u Flaman toplumu üyesi milletvekillerinden oluşurken 61'i Fransız toplumu üyesi milletvekillerinden oluşmaktadır. Alman toplumu milletvekilleri ise Temsilciler Meclisine Fransız toplumu üyeleri kontenjanından girmektedir.

Temsilciler Meclisi üyelerinin dil gruplarına ayrılmasına ilişkin durum Senato üyeleri bakımından da söz konusudur. Fakat Almanca Konuşanlar Topluluğu tarafından atanan senatör bu kuralın istisnasıdır. Senatoda yer alan Flamanca dil grubu ile Fransızca dil grubunun hangi üyelerden oluşacağı da yine bu madde kapsamında belirlenmiştir. Bu düzenlemeye göre Flaman Parlamentosunun kendi üyeleri veya Başkent Brüksel Bölgesi Parlamentosunun Flamanca dil grubu (the Dutch linguistic group) üyeleri arasından atanan yirmi dokuz senatör, bu senatörler tarafından atanan altı senatör ve Valon Bölgesi Parlamentosu tarafından atanan sekiz üye Flamanca dil grubunu oluşturmaktadır. Fransız Topluluğu Parlamentosu tarafından kendi üyeleri arasından seçilen on üye, Başkent Brüksel Bölgesi Parlamentosunun Fransızca dil grubu tarafından kendi üyeleri arasından

atanan iki üye ile Fransız Topluluğu ve Başkent Brüksel Bölgesi Parlamentosunun Fransız dil grubunca atanan dört üye Fransızca dil grubunu oluşturmaktadır. Buna göre Senatoda yer alan Flamanca dil grubunun toplam üye sayısı 43, Fransızca dil grubunun üye sayısı ise 16'dır. Senatoda yer alan ve Almanca Konuşanlar Topluluğunu temsil eden bir senatör ise bu dil gruplarından herhangi birine mensup değildir.

Senatonun oluşumu Anayasanın 67. maddesinde gösterilmiştir. Bu düzenlemeye göre Senatodaki toplam sandalye sayısı 60'tır. Bu üyelerin 29'u Flaman Parlamentosunun kendi üyeleri veya Başkent Brüksel Bölgesi Parlamentosunun Flamanca dil grubu (the Dutch linguistic group) üyeleri arasından atanan üyelerden oluşmaktadır. Bu kapsamda atanacak senatörlerden en az birinin Başkent Brüksel Bölgesinde ikâmet ediyor olması Anayasa tarafından şart koşulmuştur. Senatonun 10 üyesi Fransız Topluluğu Parlamentosunun kendi üyeleri arasından atanmaktadır. Fransız Topluluğu Parlamentosunun belirleyeceği senatörlerin üçünün Başkent Brüksel Bölgesi Parlamentosunun Fransızca dil grubuna mensup olması gerekmektedir. Fakat bu üç senatörden biri Fransız Topluluğu üyesi olmamalıdır. 8 senatör ise Valon Bölgesi Parlamentosu tarafından kendi üyeleri arasından belirlenmektedir. 2 senatörün Başkent Brüksel Bölgesi Parlamentosunun Fransızca dil grubu tarafından kendi üyeleri arasından belirlendiği Belçika'da 1 senatör ise Almanca Konuşanlar Topluluğu Parlamentosunun kendi üyeleri arasından atanmaktadır. Kalan 10 senatörün 6'sı Flaman Parlamentosu veya Başkent Brüksel Bölgesi Parlamentosunun Flamanca dil grubu tarafından atanan senatörler tarafından belirlenirken kalan 4 üye ise Fransız Topluluğu ve Başkent Brüksel Bölgesi Parlamentosunun Fransızca dil grubunca atanan senatörler tarafından tespit edilmektedir. Dolayısıyla Belçika'da Senato üyeleri doğrudan halk tarafından seçilmemektedirler. Senatonun yapısına ilişkin bu çok dilli sandalye dağılımı 2014 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile yürürlüğe girmiştir. 2014 Anayasa değişiklikleri öncesinde yine çok dilli toplum yapısının esas alındığı başka bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Senatodaki kompozisyonun karışıklığı dikkat çekiyor olmakla birlikte Anayasa dil farklılığı esası üzerine kurulmuş olan devlet yapısının korunmasına yönelik bir Senato aritmetiğinin oluşmasını amaçlamıştır. Böylelikle Belçika devletinin kurucu unsurları olan Flamanca konuşanlar, Fransızca konuşanlar ve Almanca konuşanların yasama organında temsili güvence altına alınmıştır. Ayrıca

Senatodaki sandalye dağılımının özellikle Flamanca konuşanlar ile Fransızca konuşanlar arasında paylaştırılmış olması iki toplumlu devlet yapısının kurumsallaştırıldığını ve bu yapının sürdürülmesine çalışıldığını göstermesi bakımından önemlidir. Fakat Senatoda farklı dil gruplarının eşit bir şekilde temsilinin öngörülmediği görülmektedir. Bu yönüyle Belçika, federal devlet yapısına sahip olan ve federe devletlerin (eyaletler) Senatoda eşit temsilinin kabul edildiği ABD'den farklılaşmaktadır.

Anayasanın 71. maddesine göre Senato üyeleri maaş almamaktadır. Senatörlerin masrafları için tazminat alma hakkına sahip oldukları Belçika'da bu tazminatın kim tarafından ödeneceği de yine aynı madde hükmünde gösterilmiştir. Buna göre Flaman Parlamentosu tarafından atanan senatörlerle Başkent Brüksel Bölgesi Parlamentosunun Fransızca dil grubu tarafından belirlenen senatörlere ödenecek tazminat, bu üyeleri atayan topluluk veya bölge parlamentosu tarafından ödenmektedir. Almanca Konuşanlar Topluluğu tarafından belirlenen tazminat Valon Bölgesi Parlamentosunun atadığı senatörlerin aldığı tazminatla aynı olup Almanca Konuşanlar Topluluğu tarafından ödenmektedir. Anayasaya göre Flaman Parlamentosu veya Başkent Brüksel Bölgesi Parlamentosunun Flamanca dil grubu tarafından atanan senatörler tarafından belirlenen senatörler ile Fransız Topluluğu ve Başkent Brüksel Bölgesi Parlamentosunun Fransız dil grubunca atanan senatörler tarafından tespit edilen senatörlerin alacakları tazminat Senato ödeneğine yansıtılır. Belçika Senatosu üyelerinin maaş almamalarına karşılık tazminat alma hakkına sahip olmaları ve genel olarak bu tazminatların Belçika merkezî bütçesinden değil, senatörleri atayan topluluk veya bölge meclislerince ödenmesi dikkate alındığında senatörlerin mensubu oldukları topluluk veya bölge ile bağlarını devam ettirmelerinin önemsendiği söylenebilir. Ayrıca bu düzenleme ile senatörlerin, kendilerini atayan topluluk veya bölgelerin önceliklerini dile getirmelerinin ve böylelikle Belçika'nın çok dilli yapısının korunmasının amaçlandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Anayasanın 74. maddesi düzenlemesinde yasama yetkisinin müştereken Krala ve Temsilciler Meclisine verildiği belirtilmektedir. Bununla birlikte aynı madde düzenlemesinde Anayasanın 77. ve 78. maddelerinin istisna tutulduğu ifade edilmektedir. Anayasanın 77. maddesinde Temsilciler Meclisi ve Senatonun altı konuda eşit yetkiye sahip olduğuna ilişkin bir kurala yer verilmiştir. Bu

konular arasında Federal Parlamentonun her iki kanadı tarafından karara bağlanması gereken konular, siyasî partilerin finansmanı ve seçim harcamalarının kontrolüne ilişkin kanunlar ve Senatonun teşkilatlanması ve senatörlerin statüsü ile ilgili kanunlar yer almaktadır. Senatoda, Belçika'da yaşayan Flamanca, Fransızca ve Almanca konuşanların temsil edildiği ve siyasî partilerin Flaman ve Fransız şeklinde teşkilatlandığı düşünüldüğünde yukarıda verilen konularda yasama yetkisinin Temsilciler Meclisi ve Senatoya eşit bir şekilde verilmiş olması oldukça önemlidir. Bu madde kapsamında yer verilen bir başka konu ise Almanca Konuşanlar Topluluğunun kurumlarına ve finansmanına ilişkin kanunlardır. Ayrıca Anayasanın 4. maddesinin son paragrafında belirtilen konuya ilişkin olarak çoğunlukla kabul edilen kanunlar da bu madde kapsamındadır. Anayasanın 4. maddesinin son paragrafı Belçika'daki dört dil bölgesinin sınırlarının nasıl belirleneceğini göstermektedir. Temsilciler Meclisi ve Senatonun yasama yetkisini eşit bir şekilde kullanmasını sağlayan son konu ise Anayasa değişiklikleri ve koordinasyonun sağlanmasına yöneliktir. Anayasa değişikliklerinin bütün toplumu ilgilendiriyor olması ve çok dilli toplum yapısının bozulmaması için genel olarak topluluklar ve bölge parlamentoları tarafından belirlenen üyelerden müteşekkil Senatonun sürece dâhil edilmesi büyük bir öneme sahip bulunmaktadır. Anayasanın 74. maddesi kapsamında yer alan konularda Temsilciler Meclisi ve Senatonun eşit bir şekilde yasama yetkisine sahip kılınmış olması Belçika'nın nev'i şahsına münhasır toplum yapısının korunmasına katkı sağladığı gibi Flamanca ve Fransızca konuşanlar arasında bölünmüş iki toplumlu yapının dağılmasını da engellemektedir.

Anayasanın III. Bölümü Kral ve federal hükûmeti düzenlemektedir. Parlamenter sistemin uygulandığı Belçika'da yürütme organı kral ve federal hükûmetten oluşmaktadır. Devlet başkanının yetkisiz olması nedeniyle siyasî sorumluluğunun bulunmadığı parlamenter sistemde siyasî sorumluluk, yetkili Bakanlar Kurulundadır. Belçika Anayasası da 88. maddesinde Kralın şahsına dokunulamayacağını belirterek sorumluluğun bakanlara ait olduğunu, Anayasanın 101. maddesi ise Bakanların Temsilciler Meclisine karşı sorumlu olduğunu belirtmektedir. Kral, parlamenter sisteme uygun bir şekilde yetkisiz ve sorumsuz olarak konumlandırılmıştır. Dolayısıyla krallık sembolik bir makam

olarak düzenlenmiştir.¹²⁰ Anayasanın 96. maddesinde ise bakanların Kral tarafından atanacakları ve görevden alınacakları belirtilmiştir. Sadece Belçikalıların bakan olabileceklerini 97. maddesinde düzenleyen Anayasa, kraliyet ailesine mensup herhangi bir kimsenin bakanlık görevine getirilebilmesinin mümkün olmadığını 98. maddesinde ifade etmektedir.

Kral anayasal olarak sınırlı bir role sahip bulunmaktadır. Bakanları atama yetkisi Krala verilmiş olmakla birlikte uygulamada parti liderleri kendi bakanlarını seçmektedirler. Parti liderlerinin bakan tercihinde bulunurken dikkate aldıkları öncelikli husus bakan olarak atanacak kişilerin diğer partiler tarafından kabul edilmesidir. Parti liderleri tarafından önerilen ve bakan olarak görevlendirilmek istenenlerden Kral tarafından atamasının reddedildiği birkaç örnek bulunmaktadır.¹²¹

Kralın parlamenter sisteme uygun olarak yetkisiz ve sorumsuz olduğu yukarıda belirtilmişti. Bu durum Kralın yapacağı işlemlerde Başbakan ve ilgili bakanın karşı imzasının gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Kral tarafından yapılacak işlemlerin bir hükûmet üyesi tarafından müştereken imzalanmaması durumunda Kralın işlemlerinin herhangi bir değeri bulunmamaktadır.¹²² Belçika'da karşı imza kuralının kabul edilmiş olması parlamenter sisteme uygun bir kural olup Kralın sembolik konumunu göstermesi bakımından önemlidir.

¹²⁰ Belçika'da 2007 yılında yapılan seçimler sonrası hükûmet uzun bir süre kurulamamıştır. 2008 yılında kurulan koalisyon hükûmetinin Başbakanı Yves Leterme'nin istifası Kral II. Albert tarafından reddedilmiş, böylelikle hükûmetin bir süre daha görevine devam etmesi sağlanmıştır. Daha sonra Başbakan Leterme tekrar istifa etmiş, bu sefer Başbakanın istifası Kral II. Albert tarafından kabul edilmiştir. Leterme'nin istifası üzerine Kral II. Albert özellikle parti liderleriyle görüşerek onların görüşlerini almıştır. Kral II. Albert tarafından görevlendirilen eski Başbakan Wilfried Martens'in de tavsiyesiyle Kral II. Albert, Herman Van Rompuy'a önceki koalisyona üye partilerin de katılımının sağlanacağı bir hükûmet kurma görevi vermiştir ("Van Rompuy sworn in as Belgium's new Prime Minister," Politico, erişim tarihi: Ocak 10, 2024, <https://www.politico.eu/article/van-rompuy-sworn-in-as-belgiums-new-prime-minister/>). Bu gelişmeler göstermektedir ki Belçika devlet sisteminde her ne kadar krallık bir sembolik makam olarak konumlandırılmış olsa da Kral II. Albert siyasî krizlerde aktif bir rol oynamıştır.

¹²¹ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 62-63.

¹²² Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 62.

Kral I. Baudouin 1990 yılında Federal Parlamento tarafından çıkarılan bir kanun teklifini onaylamayı reddetmiş, fakat bu süreç Kralın etkisinin azalması sonucunu doğurmuştur. Kralın ilgili kanunu onaylamayı reddetmesi üzerine yeni bir çözüm bulunmuştur. Anayasada Kralın krallık yetkilerini kullanamayacağına ilişkin yer alan bir düzenleme kullanılarak hükûmetin Kralın yetkilerini devralması sağlanmış ve söz konusu kanun yürürlüğe girmiştir. Kanunun yürürlüğe girmesinden bir gün sonra ise yasama organı Kralın yeniden görevine dönmesini sağlamıştır. Bu gelişme Belçika'da Kralın önemli bir gücünün kalmadığını göstermesi bakımından önemlidir.¹²³

Belçika Anayasası'nın 99. maddesi Bakanlar Kurulunun kaç üyeden oluşabileceğini düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre Bakanlar Kurulu üyelerinin sayısının 15'ten fazla olabilmesi mümkün değildir. Anayasa, bakanların sayısal olarak dil gruplarına dağılımını da belirlemiştir. Buna göre Başbakan hariç olmak üzere Flamanca konuşanlar ile Fransızca konuşanlar Bakanlar Kurulunda eşit bir şekilde temsil edilmektedir. Dolayısıyla Bakanlar Kurulunun Başbakan haricinde kalan 14 üyesinin 7'sinin Flamanca konuşanlar arasından, kalan 7 üyenin ise Fransızca konuşanlar arasından belirlenmesi gerekmektedir. Böylelikle Belçika'yı oluşturan dil topluluklarının hem yürütme organında temsili sağlanmış hem de karar alma süreçlerine aktif katılımları garanti altına alınmıştır.

Başbakan hariç Bakanlar Kurulu üyelerinin Flamanca ve Fransızca konuşanlar arasında eşit bir şekilde dağıtılmış olması iktidardan pay alma hakkına sahip grupların belirlenmesi sonucunu doğurmuş olmakla beraber bu durum Lijphart'a göre bir dezavantaja işaret etmektedir. Buna göre belirli azınlıkların temsili garanti edilmekte ve seçim sistemlerinin kendilerinden kaynaklanan ayrımcılık getiren tercihlerin söz konusu olmasına neden olmaktadır.¹²⁴

Bakanlar Kurulunun yapısı Flaman ve Fransız dil grupları arasındaki ilişkileri dengeleme düşüncesinin bir sonucudur. Başbakan hariç olmak üzere Bakanlar Kurulu üyelerinin Flaman ve Fransız dil gruplarına eşit olarak bölünmüş olması karşısında Başbakanın dilsel olarak tarafsız olduğu düşünüldüğü için bu

¹²³ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 63.

¹²⁴ Lijphart, "Constitutional Design for Divided Societies," 103.

düzenlemenin mükemmel bir eşitlik sağladığı ifade edilmektedir.¹²⁵ Fakat Belçika'da hükûmet sadece Başbakan ve bakanlardan oluşmamaktadır. Belçika Anayasası'nın 104. maddesine göre Kralın müsteşar (the federal secretaries of State) olarak adlandırılan ve hükûmet üyesi olarak görev yapan bazı atamalar yapabildiği mümkündür. Anayasadaki bu düzenlemeye göre müsteşarlar Bakanlar Kurulunun bir parçasını oluşturmazlar. Müsteşarlar bakanların yardımcısı konumundadırlar. Müsteşarlar bakımından getirilen bir düzenleme ise bunların görevlerinin neler olduğu ve hangi sınırlar içerisinde karşı imza hakkına sahip olabileceklerinin Kral tarafından belirleneceğidir. Kris Deschouwer'ın belirttiğine göre müsteşarlar bakımından dilsel eşitlik kuralı uygulanmamaktadır. Deschouwer, genellikle iki veya üç tane federal devlet sekreterinin görev yaptığını ve bu görevi yerine getirenler bakımından genellikle Flamanca konuşanların Fransızca konuşanlara göre daha fazla sayıda olduklarını belirtmektedir.¹²⁶ Dolayısıyla Belçika'da her ne kadar eşit temsil öngörülmüş olsa da bu kuralın Flamanca konuşanlar lehine bozulabildiği görülmektedir.

B. Federal Devlet ile Federe Devletler Arasında Yetki Paylaşımı

Belçika Anayasası'nın 35. maddesinin 1. fıkrası federal otoritenin sahip olduğu yetkilerin sınırlarını belirlemektedir. Bu düzenlemeye göre federal otorite, Anayasa ve Anayasa uyarınca çıkarılan kanunlarla resmen kendisine verilen konularda yetki sahibidir. Aynı maddenin 2. fıkrası ise toplulukların ve bölgelerin kendi ilgi alanlarında olmak şartıyla kanunda belirtilen şartlar ve hükümlere uygun olarak diğer konularda yetki sahibi olduklarını ifade etmektedir.¹²⁷ Bu düzenleme bir de sınır getirmektedir. Buna göre ilgili kanunun Anayasanın 4. maddesinin son paragrafında belirtilen çoğunluğa uygun bir şekilde kabul edilmiş olması şarttır. Anayasanın 4. maddesinin son paragrafı dört dil bölgesinin sınırlarının nasıl değiştirilebileceğini göstermektedir. Bunun gerçekleşebilmesi ise

¹²⁵ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 62.

¹²⁶ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 62.

¹²⁷ Anayasanın 38. maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre her bir topluluk, Anayasanın verdiği veya Anayasa uyarınca çıkartılmış bir kanunun tanıdığı yetkilere sahiptir.

oldukça zor şartların yerine getirilmesine tâbi kılınmıştır. Buna göre Parlamento'nun her iki kanadındaki (Temsilciler Meclisi ve Senato) her bir dil grubunun üyelerinin çoğunluğunun konuya ilişkin yapılacak toplantıya katılması ve iki dil grubunda kullanılan oyların sayısının kullanılan oyların en az üçte ikisine karşılık gelmesi gerekmektedir.

Anayasa, bölgeler ve toplulukların yetkilerine ilişkin temel ilkeleri ortaya koymakla yetinmiş, ayrıntıların özel kanunlarla düzenleneceğini belirtmiştir. Bu özel kanunların kabul edilmesine ilişkin her ne kadar daha yüksek bir çoğunluk gerekse de yukarıda belirlenen süreç Anayasayı değiştirmekle karşılaştırıldığında daha kolay ve hızlıdır. Özel kanunların kullanımına ilk olarak 1970 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile bölge ve topluluklara yetki devrine imkân tanıyan düzenlemenin kabulü ile başlamıştır. Bu değişiklikler sonrasında özel kanunların kullanımı çok yaygın bir hâl almıştır. Bölge ve toplulukların statü ve yetkileri özel kanunlarla belirlendiği gibi malî düzenlemeleri de yine özel kanunlar eliyle düzenlenmiştir.¹²⁸

Belçika'yı oluşturan toplulukların ve bölgelerin yargı yetkisi ise bulunmamaktadır. Mahkemelerin teşkilatlanması, işleyişi ve sorumlulukları kural olarak federal güçten kaynaklanmaktadır.¹²⁹ Bununla birlikte Anayasanın 151. maddesine göre bölge ve topluluk hükümetlerinin yetkili bakan aracılığıyla kovuşturma emri verme imkânı bulunmaktadır. Aynı madde düzenlemesi ile Yüksek Adalet Konseyi (the High Council of Justice) kurulmuştur. Yüksek Adalet Konseyi Flamanca ve Fransızca konuşan iki ayrı kuruldan oluşmaktadır. Her iki kurulun üyeleri eşit sayıda olacak şekilde belirlenmiştir. Bu kurulların üyelerinin bir kısmı doğrudan hâkim ve savcıların oylarıyla belirlenirken diğer bir kısmı ise Senato tarafından seçilmektedir. Yüksek Adalet Konseyinin Senato tarafından seçilecek üyeleri için Senatoda kullanılan oyların üçte iki çoğunluğunun alınması şartı bulunmaktadır.

Toplulukların kendi sınırları içerisindeki yetki alanları (jurisdiction) bakımından oldukça farklı bir durum söz konusudur. Flaman ve Fransız

¹²⁸ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 54.

¹²⁹ Dumont et al., "Kingdom of Belgium," 39.

toplulukları tarafından çıkarılan kararlar ve “decree” olarak adlandırılan düzenlemeler Flamanca ve Fransızca dil bölgelerinde geçerliken Flaman ve Fransız topluluklarının yetki alanı iki dilli Başkent Brüksel Bölgesine de uzanmakla birlikte sadece burada yer alan kurumlar bu yetkinin kapsamı içerisinde kalmaktadır. Bu durumda Flaman ve Fransız toplulukları, Başkent Brüksel Bölgesinde, her biri kendi yetki alanı içerisinde fakat birbirinden bağımsız bir şekilde hareket etmektedir. Brüksel’de yaşayanlar uygulamada kullandıkları kurumu hangi topluluk yönetiyorsa o topluluk tarafından çıkarılan karara tâbi olmaktadır. Örneğin bir anne baba çocuklarını bir Flaman okuluna göndermeyi tercih ederse bu anne baba Flamanca Konuşanlar Topluluğunun kararlarına konu olacaklardır. Bu anne babanın diğer bir çocuğunu bir Fransız okuluna göndermeyi tercih etmesi hâlinde ise anne baba bu çocukla ilgili olarak Fransızca Konuşanlar Topluluğunun kararlarına bağlı olacaktır. Brüksel’de iki topluluğun yetki alanlarının yan yana olması Belçika’daki bireysel federalizmin (personal federalism) en çarpıcı örneklerinden birisini teşkil etmektedir.¹³⁰ Belçika’daki federal sistemin toprağa dayalı olmaması (nonterritorial) dikkate alındığında temel eğitim standartlarının karşılanması şartıyla kamu ve özel tüm okullara eşit bir şekilde malî destek verildiği ve böylelikle eğitimde özerkliğin sağlandığı görülmektedir.¹³¹

Belçika’da federal yönetimin ve Anayasanın parça parça inşa edilmiş olması bazı garip belirsizliklerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Anayasa, bazı problemlere ilişkin olarak bunların kanunla çözüleceği yönünde “by a law” ifadesini kullanmaktadır.¹³² Belçika anayasa hukukunda tartışılan klasik sorulardan biri, Anayasadaki ilgili düzenlemelerde yer alan bu ifade ile neyin kastedildiğidir. Bu düzenlemelerde yer alan “kanun (law)” ifadesi ile “yürütme organına karşılık yasama organının bir eylemi” kastediliyorsa yetki dağılımına ilişkin bir düzenlemenin söz konusu olmadığı görülecektir. Bu durumda ilgili kurulların toplulukların veya bölgelerin yetki alanına bırakılabilmesi için bunların değiştirilmesi gerekmecektir. Anayasanın ilgili düzenlemelerinde yer alan

¹³⁰ Dumont et al., “Kingdom of Belgium,” 39.

¹³¹ Lijphart, “Constitutional Design for Divided Societies,” 105.

¹³² Deschouwer, “Kingdom of Belgium,” 55.

“kanun (law)” ifadesi ile kastedilen Başkent Brüksel Bölgesi tarafından çıkarılan ve “ordinance” olarak adlandırılan düzenlemeler ile topluluklar ve Başkent Brüksel Bölgesi haricindeki diğer iki bölge tarafından çıkarılan decree olarak adlandırılan düzenlemelere karşı federal kanun ise burada güç dağılımına ilişkin kurallar yer almaktadır. Bu durumda ilgili düzenlemelerde değişiklik yapılması durumunda bunların federe birimlere devredilebilmesi mümkün olacaktır. Burada üzerinde durulması gereken husus 1970 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri öncesinde bir konunun düzenlenmesinin “kanuna” bırakılması hâlinde yetki dağılımı yapılmasının mümkün olmamasıdır. 1970 Anayasa değişiklikleri sonrasında ise yasama organına sahip federe birimlerin söz konusu olması ile birlikte “kanun”dan bahsedildiğinde federal hükûmetin lehine bir güç dağılımından bahsetmek gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere Tahkim Mahkemesi (the Court of Arbitration) adıyla kurulan yargı organı Anayasa Mahkemesi görevi yapmıştır. Tahkim Mahkemesi, 2001 yılında yapılan Anayasa reformuna ilişkin olarak Mart 2003’te verdiği kararlarda bu yaklaşımı destekler gözükmekle birlikte bu görüşü tam olarak benimsemiş değildir.¹³³ Deschouwer, Anayasada yer alan bu tür düzenlemelerin amacının bu problemlerin yürütme organı tarafından çözülemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması olduğunu belirtmiş ve hukuk teorisinde Anayasada yer alan bu ifadelerin ilgili hükmün 1980’den sonra kabul edilmiş olması ve bölgelerin veya toplulukların yetkilerini ilgilendirmesi hâlinde decree veya ordinance olarak okunabileceğinin belirtildiğini ifade etmiştir.¹³⁴ Burada yer verilen 1980 tarihi Belçika’da federal sistemin kurulması bakımından büyük önem taşıyan üç topluluk (Flamanca Konuşanlar Topluluğu, Fransızca Konuşanlar Topluluğu ve Almanca Konuşanlar Topluluğu) ile iki bölgenin (Flaman Bölgesi ve Valon Bölgesi) kurulmasını sağlayan anayasa değişikliklerinin yapıldığı tarihtir.

Bölgeler ile toplulukların sahip olduğu yetkiler bakımından yapılacak değerlendirmede esas alınan kriter bir yetkinin bölgesel mi, yoksa bireysel mi olduğudur. Bölgeler, bölgesel temelde organize edilebilecek yetkilere sahiplerken

¹³³ Dumont et al., “Kingdom of Belgium,” 40.

¹³⁴ Deschouwer, “Kingdom of Belgium,” 55.

toplulukların sahip oldukları yetkiler bireylerle ilgilidir.¹³⁵ Dolayısıyla bölgeler ve topluluklar arasındaki yetki paylaşımının anlaşılması bakımından bu ayırım önem taşımaktadır.

Anayasanın 127. maddesi Flaman ve Fransız Topluluk Parlamentolarının düzenleme yapabilecekleri alanları göstermektedir. Bu madde kapsamında yer verilen konularda Flaman ve Fransız Topluluk Parlamentoları kendilerini ilgilendirdiği ölçüde düzenleme yapma imkânına sahiplerdir. Bu düzenlemeye göre Flaman ve Fransız Topluluk parlamentolarının her birinin kültürel konularda ve bazı istisnaları olmakla birlikte eğitime ilişkin konularda federal kanun çıkarabilme imkânı bulunmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere Belçika'da toplulukların ortaya çıkmasını sağlayan en önemli husus dilsel ve kültürel taleplerdir.¹³⁶ Anayasanın bu düzenlemesinde eğitimle ilgili olarak topluluk parlamentolarının düzenleme yapmasının mümkün olmadığı konular zorunlu eğitimin başlangıç ve bitiş tarihlerinin belirlenmesi, diploma verilmesine ilişkin asgarî standartlar ve emeklilik plânıdır. Topluluk parlamentoları, topluluklar arasında iş birliği yapabilme yetkisine sahip oldukları gibi kültürel konular ile eğitime ilişkin konularda anlaşma imzalamak dâhil olmak üzere uluslararası iş birliği yapabilme imkânına da sahiptirler. Topluluk parlamentoları tarafından yukarıda belirtilen hususlarda çıkarılacak olan federal kanunlar Flamanca ve Fransızca konuşulan bölgelerde kanun hükmündedirler. Ayrıca Anayasanın bu düzenlemesine göre bu kanunlar iki dilin de konuşulduğu Başkent Brüksel Bölgesinde kurulmuş olan ve yaptıkları faaliyetlerden dolayı münhasıran bir topluluğa ait olarak kabul edilmesi gereken kurumlar bakımından da kanun hükmünde olma niteliğini haiz bulunmaktadır.

Bölgelerin ve toplulukların sahip olduğu yetkilere bakıldığında toplulukların yetkilerinin daha çok kültürel düzeyde olduğu görülmektedir. Flamanca, Fransızca ve Almanca konuşanlar tarafından oluşturulmuş toplulukların dilin, sanatın, kütüphanelerin, radyo ve televizyon yayıncılığının, gençlik politikasının savunulması ve tanıtılması yönünde kültürel konularda yetkileri olduğu gibi eğitim alanında da yetkili kılındığı görülmektedir. Ayrıca toplulukların sağlık

¹³⁵ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 55.

¹³⁶ Bursens and Massart-Piérard, "Kingdom of Belgium," 93.

politikası ve bireylere yardım gibi dilin kullanımının önemli olduğu kişiselleştirilmiş konular şeklinde nitelenen konular ile dilin kullanımı alanında yetkileri bulunmaktadır. Topluluklara verilmiş en önemli yetkilerden bir diğeri ise toplulukların yetki sınırları dâhilinde uluslararası işbirliği yapabilme imkânına sahip olmalarıdır. Bölgelere verilen yetkiler arasında şehir plânlaması, çevrenin korunması, atık politikası, doğanın korunması, iskân, su politikası, bayındırlık işleri, ulaşım ve istihdam politikası gibi konularda karar alabilmek bulunmaktadır. Bölgeler de aynı topluluklar gibi sahip oldukları yetkilerin sınırları dâhilinde uluslararası işbirliği yapabilme yetkisine sahiptir.¹³⁷

Anayasanın 167. maddesi uluslararası ilişkileri yönetme yetkisini her ne kadar Krala vermiş olsa da bu düzenlemede bölgelerin ve toplulukların uluslararası anlaşma (treaty) yapabilme yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir. Anayasanın bu düzenlemesine göre Kralın yapabileceği anlaşmalar (treaty) bu maddenin 3. fıkrasında yer alanlar haricinde kalan hususlara ilişkin olup Kral tarafından yapılan anlaşmaların yürürlüğe girebilmesi bunların Temsilciler Meclisi tarafından onaylanmalarına bağlıdır. Anayasanın 167. maddesinin 3. fıkrasında Bölge ve Topluluk hükûmetlerinin parlamentolarının yetki alanına giren hususlarda anlaşmalar yapabileceği ifade edilmektedir. Bölge ve Topluluk hükûmetleri tarafından yapılacak anlaşmaların yürürlüğe girebilmesi için bunların Parlamentonun onayını almaları gerektiği şartı getirilmiştir.¹³⁸ Bölge ve toplulukların uluslararası organizasyonlara ortak üye (associate member) veya tam üye olabilmeleri bile mümkün olabilmektedir. Örneğin turizm bölgesel olarak değerlendirilebileceği için Dünya Turizm Örgütüne (the World Tourist Organization) Belçika'yı oluşturan kurucu unsurların üyeliği söz konusu olabilmektedir.¹³⁹ Nitekim Flaman Bölgesi, Dünya Turizm Örgütünün ortak üyesi konumunda bulunmaktadır.

Toplulukların sahip olduğu yetkiler bölgesel olarak sınırlandırılmış bulunmaktadır. Bu nedenle Flamanca Konuşanlar Topluluğu ve Fransızca Konuşanlar Topluluğu, nerede yaşadıklarına bakılmaksızın bu dilleri

¹³⁷ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 56.

¹³⁸ Burgess, *Comparative Federalism: Theory and Practice*, 130.

¹³⁹ Bursens and Massart-Piérard, "Kingdom of Belgium," 95.

konuşanların tamamından oluşmamaktadır. Örneğin Flamanca Konuşanlar Topluluğunun topluluk sınırları ve Brüksel dışında okul açabilmesi mümkün değildir. Aynı durum Fransızca Konuşanlar Topluluğu için Flaman Bölgesi bakımından da geçerlidir.¹⁴⁰

Belçika, çok uluslu federasyon kategorisinde yer almaktadır.¹⁴¹ Belçika federal sistemini oluşturan bölgeler ve topluluklar yukarıda da belirtildiği üzere kendi yasama ve yürütme organlarına sahiptirler. İki dilli Başkent Brüksel Bölgesi organları, Flamanca konuşanların temsiline imkân tanıyor olması bakımından önem taşımaktadır. Başkent Brüksel Bölgesi Parlamentosunda bulunan 89 sandalyenin 17'si Flamanca konuşanlara tahsis edilmiştir. Brüksel Bölgesi hükûmetinde de 5 bakanın 2'sinin Flamanca konuşanlar arasından belirlenmesi şarttır. Bu düzenlemelerin amacı Brüksel Bölgesinde yaşayan Flamanca konuşanları korumaktır. Bu düzenlemenin değiştirilebilmesi federal hükûmetin yetkisindedir.¹⁴² Böylelikle Brüksel Bölgesinde yaşayan Fransızca konuşan çoğunluğa karşı sayıca azınlıkta olan Flamanca konuşanlar temsil imkânı bulmaktadırlar. Ayrıca bu düzenlemenin değiştirilebilmesinin federal hükûmetin yetkisi kapsamında bulunması Flamanca konuşanlar bakımından bir güvence sağlamaktadır. Çünkü federal hükûmette Flaman ve Fransız dil gruplarının eşit temsili esası Anayasa tarafından kabul edilmiştir. Dolayısıyla federal hükûmetin, Brüksel Bölgesi Parlamentosu ve hükûmetine ilişkin olarak Flamanca konuşanların aleyhine karar alabilmesi mümkün gözükmemektedir.

Brüksel Bölgesi Parlamentosunda ve hükûmetinde Flamanca konuşanlara tahsis edilmiş sandalyeler yer alırken Flaman Bölgesi ve Valonya'da benzer bir durumdan bahsedebilmek mümkün değildir. Her iki bölge de hem parlamentolarının hem de bakanların sayısını belirlemede serbesttirler. Ayrıca her iki bölgenin kendi seçim sistemlerini belirleme yetkileri de bulunmaktadır. Ayrıca Belçika'yı oluşturan her üç bölge de önemli konularda aynı yetkilere sahiptir.¹⁴³ Flaman Bölgesi ve Flaman Topluluğunun tek bir parlamentoya sahip

¹⁴⁰ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 55.

¹⁴¹ Burgess, *Comparative Federalism: Theory and Practice*, 130.

¹⁴² Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 53.

¹⁴³ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 53.

olduğu yukarıda belirtilmişti. Flaman Bölgesi ve Flaman Topluluğu Parlamentosu “Flaman Parlamentosu (the Flemish Parliament)” adıyla toplanmaktadır. Flaman Bölgesi Parlamentosu toplam 118 sandalyeye sahip olup Parlamento üyeleri bu bölgede yaşayanlar tarafından doğrudan seçilmektedir. Flaman Topluluğu Parlamentosunda ise toplam 124 sandalye bulunmaktadır. Flaman Bölgesi Parlamentosunu oluşturan 118 üyeye ek olarak Brüksel Bölgesinden seçilen ve Flamanca konuşan altı üye Flaman Topluluğu Parlamentosunu oluşturmaktadır. Söz konusu altı üye Brüksel Bölgesi Parlamentosu seçimleri esnasında Flamanca konuşan adaylar listesinden seçilmektedir. Flaman Parlamentosu, hem Flaman Bölgesini hem de Flamanca Konuşanlar Topluluğunu ilgilendiren konuları ele alır. Fakat Başkent Brüksel Bölgesinden seçilen altı üyenin sadece Flamanca Konuşanlar Topluluğuna ilişkin konularda oy kullanabilmeleri mümkündür. Dolayısıyla bu üyelerin Flaman Bölgesini ilgilendiren konularda oy kullanma hakları bulunmamaktadır. Flaman Bölgesi ve Flamanca Konuşanlar Topluluğu için tek bir yasama organı öngörüldüğü gibi yürütme organı bakımından da durum aynı şekildedir. Flaman hükûmeti hem Flaman Bölgesini hem de Flamanca Konuşanlar Topluluğunu ilgilendiren konuları ele alma yetkisine sahiptir. Flaman hükûmeti üyelerinin en az birinin Başkent Brüksel Bölgesinde yaşıyor olması gerekmektedir. Bu düzenleme ile bu hükûmet üyesinin Flaman Bölgesi ve Brüksel arasındaki dil topluluğu aracılığıyla kurulan bağı sembolize ettiğini söylemek gerekmektedir. Brüksel Bölgesinden seçilen bu hükûmet üyesinin sorumluluk alanı ise sadece Flamanca Konuşanlar Topluluğuna ilişkindir.¹⁴⁴ Belçika’da tek bir Flaman parlamentosu ve hükûmetinin varlığı hem Flaman ve Valon nüfuslarının dağılımına hem de Belçika’daki siyasî hayatın üzerinde hissettiği kutuplaştırıcı baskıya işaret etmektedir.¹⁴⁵ Valon Bölgesel Parlamentosu ise doğrudan seçilen 75 üyeye sahiptir. Fransız Topluluğunun üye sayısı 94’tür. Fransız Topluluğu Parlamentosunda Valon Bölgesel Parlamentosu üyesi 75 üye ile Brüksel Bölgesel Parlamentosundaki 19 Fransızca konuşan üye yer almaktadır. Almanca

¹⁴⁴ Deschouwer, “Kingdom of Belgium,” 53.

¹⁴⁵ Burgess, *Comparative Federalism: Theory and Practice*, 117.

Konuşanlar Topluluğu Parlamentosunun ise üye sayısı 25 olup bu üyeler doğrudan seçilmektedirler.¹⁴⁶

Belçika Anayasası'nın 54. maddesinde özel kanunlar ile bütçe kanunları hariç olmak üzere topluluklar arası ilişkilere ciddi biçimde zarar verebileceği düşünülen düzenlemeler ile ilgili olarak dil gruplarından herhangi birinin üyelerinin en az dörtte üçü tarafından önerge verilebilmesi mümkündür. Anayasa bu yönde verilecek bir önerge ile yasama sürecinin askıya alınacağını ve Bakanlar Kurulunun 30 günlük süre içerisinde önergeye ilişkin gerekçeli görüşünü bildireceğini ve Parlatentonun konuya ilişkin açıklama yapmaya davet edileceğini belirtmektedir. Belçika Temsilciler Meclisi İctüzüğü (the Rules of Procedure of the Belgian House of Representatives)¹⁴⁷ Kural 104'te "alarm zili prosedürü (alarm-bell procedure)" olarak adlandırılan bu yöntemin aynı kanun tasarısı ve teklifi için yalnızca bir defa kullanılabilmesi mümkündür.

Bir devlette ortaya çıkabilecek bir çatışma durumunda en rasyonel çözüm yolu olarak nitelenen ortaklıkçılık¹⁴⁸, Belçika'daki farklı dil grupları arasında yaşanan çatışmaların çözümü bakımından önemli araçların üretilmesini sağlamıştır. Alarm zili prosedürü, Belçika'daki siyasî çatışmaları yatıştırma çabasının bir örneğidir. Flaman veya Fransızca konuşanların karşı karşıya gelmeleri durumunda söz konusu düzenlemenin kendi çıkarları bakımından ciddi biçimde zarar verebilecek nitelikte olduğunu düşünen topluluk için alarm zilleri çalmaktadır. Bu durumda diğer topluluk alarm durumuna geçildiği, makul ve dengeli bir tartışma başlatmak gerektiği ve uzlaşmaya dayalı çözümler aramanın acil olduğu yönünde uyarılmaktadır.¹⁴⁹ Alarm zili prosedürü başlatıldıktan sonra Bakanlar Kurulunun, anlaşmazlığı bir aylık süre içerisinde çözememesi

¹⁴⁶ Deschouwer, "Kingdom of Belgium," 54.

¹⁴⁷ "The Rules of Procedure of the Belgian House of Representatives, De Kamer, erişim tarihi: Ocak 12, 2024, https://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/reglement/reglement_UK.pdf.

¹⁴⁸ Lijphart, *Thinking About Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice*, 278.

¹⁴⁹ Francis Delperee, "The Constitution, the Parliament and the Concerted Decision Processes," United Nations Development Programme, 13-14, erişim tarihi: Ocak 10, 2024, https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/ua/paper-consensus-building_Belgium-EN.pdf.

durumunda istifa haricinde yapabileceği herhangi bir şey söz konusu değildir. Bu prosedür Belçika'da iki defa kullanılmış ve bu iki olaydan biri Bakanlar Kurulunun istifası ile sonuçlanmıştır. 1985 yılında Fransızca konuşanlar, Limburg Üniversite Merkezindeki bir Flaman lisesinin entegrasyonuna ilişkin kanun tasarısını protesto etmiş ve bu protestolar sonucunda kanun tasarısı Bakanlar Kurulu tarafından geri çekilmiştir. Alarm zili prosedürünün kullanıldığı ikinci olay ise 2010 yılında yaşanmıştır. Fransızca konuşanlar Brüksel-Hal-Vilvorde (BHV) seçim bölgesinin bölünmesine yönelik kanun tasarılarını protesto etmişler ve bunun üzerine önce Bakanlar Kurulu sonrasında Parlatentonun her iki kanadı istifa etmişlerdir. Bu istifalar nedeniyle siyasî krizin daha da derinleştiği gözlemlenmiştir.¹⁵⁰ Bununla birlikte alarm zili prosedürünün toplulukların birbirlerini dengeleyip frenleyebilmelerine imkân tanıyan bir mekanizma olduğunu belirtmek gerekmektedir.

SONUÇ

İki farklı toplumun siyasî hayata egemen olduğu Belçika'da çok uzun süredir devam eden dil farklılığı esaslı bölünmüşlük söz konusudur. Flamanca ve Fransızcanın egemen olduğu Belçika'da bu dilleri konuşanlar arasındaki bölünmüşlüğün devlet yapısı üzerinde önemli sonuçlar doğurduğu görülmektedir. Belçika'nın anayasal sistemi bu dil farklılıklarının birlikte muhafaza edilmesi ve farklı dil grupları arasında denge ve frenin sağlanması üzerine inşa edilmiştir. Belçika'nın iki toplumlu yapısı konsensüs demokrasisinin tercih edilmesi sonucunu doğurmuştur. İktidarın temelde iki farklı toplum arasında paylaştırıldığı Belçika'da dil gruplarının her biri grup özerkliğine sahiptirler. Böylelikle ortaklıkçı demokrasinin görüldüğü Belçika'da özellikle Flaman toplumunun ve Fransız toplumunun devlet organlarında temsili ve yönetime katılmaları sağlanmaktadır.

1830 yılında kurulan Belçika bir üniter devlet olarak hayatına başlamıştır. Fransızcanın egemen olduğu ve uzun bir süre tek resmî dil olarak kabul edildiği Belçika'da Flamanca'nın kullanılmasına ilişkin talepler nedeniyle Flaman

¹⁵⁰ Delperee, "The Constitution, the Parliament and the Concerted Decision Processes," 14.

Hareketinin ortaya çıkması söz konusu olmuştur. Bu hareketin Flamancanın devlet organlarında kullanılmasının yaygınlaştırılmasına yönelik çabalarının neticesi olarak Flamanca, Belçika'nın iki resmî dilinden biri hâline gelmiştir. Flamancanın Belçika'da kullanımının yaygınlaşması ve Flamanca ve Fransızca konuşanlar arasındaki mücadele üniter devlet yapısında önemli bazı değişikliklerin yapılması ihtiyacını doğurmuştur. Bu kapsamda yapılan anayasa değişiklikleri ile Belçika üniter devlet sistemini terk ederek federal devlet sistemini benimsemiştir. 1970 ve 1980 yıllarında yapılan anayasa değişiklikleri Belçika'da kullanılan farklı dillerin esas alındığı dil gruplarının kurulması ile sonuçlanmış, fakat üniter devlet sistemi tam anlamıyla terk edilmemiştir. 1993 yılında yapılan anayasa değişiklikleriyle ise Belçika resmî olarak federal devlet sistemini kabul etmiş ve bu sisteme uygun bir devlet yapısını benimsemiştir. Belçika federalizmi asimetrik yapıda olup dil farklılıklarının korunması ve geleceğe aktarılması amaçlarına matuf bir işleyişe sahiptir.

Belçika'da 1980 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile federalleşme süreci devam etmiştir. Bu anayasa değişikliklerinin en önemli sonucu Belçika'nın bölgeler ve topluluklar şeklinde teşkilatlandırılması ve böylelikle iki toplumluluk temelinde bir ayrışmanın ortaya çıkmasıdır. Bu değişikliklerle Flaman Bölgesi ve Valon Bölgesi şeklinde iki bölge kurulmuş olmakla birlikte Brüksel'in de bölge olarak düzenlendiği özel bir düzenleme getirilmemiştir. Başkent Brüksel Bölgesinin kurulması 1988 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile söz konusu olmuştur. Belçika'da kullanılan üç dilin esas alındığı toplulukların kurulması ile Flamanca, Fransızca ve Almanca konuşanların topluluklar şeklinde teşkilatlanması sağlanmıştır. 1993 Anayasa değişiklikleri ile ise Belçika, federalizmi resmen kabul etmiş ve devlet yapısını buna göre yeniden dizayn etmiştir.

Belçika'nın iki toplumlu federal sistemi benimsemiş olmasının bir sonucu olarak devlet organlarının bu iki toplumluluğu yoğun bir şekilde yansıtır hâle geldiği görülmektedir. Yasama organının ilk kanadı olan 150 üyeli Temsilciler Meclisinde 89 üye Flaman, 61 üye ise Fransız toplumu üyeleri arasından belirlenmektedir. Alman toplumuna mensup üyeler ise Fransız toplumu üyeleri ile birlikte hareket etmektedir. Yasama organının ikinci kanadını oluşturan Senato bakımından da benzer bir durum söz konusudur. 60 sandalyeli Senatoda Flamanca konuşanların sahip oldukları sandalye sayısı 43 iken Fransızca konuşan

senatörlerin sayısı 16 ve Almanca konuşanlara ayrılan sandalye sayısı 1'dir. Yasama organında eşit olmayan bir temsil söz konusuysen yürütme organında Başbakan hariç bakanların sayısının Flamanca ve Fransızca konuşanların eşit şekilde temsiline imkân verecek şekilde düzenlendiği görülmektedir.

Belçika'da siyasî partilerin iki dil ekseninde bölünmüş olduğu dikkate alındığında Bakanlar Kurulunun iki farklı toplumsal çoğunluğa ve iki güvenoyuna veya güvensizlik oyuna mı dayanması gerektiği sorusu akıllara gelmektedir. Bu soruya verilebilecek cevap mantıken Bakanlar Kurulunun bu yönde bir çoğunluğa dayanmasıdır. Fakat siyasî olarak bunun sürdürülebilir olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Çünkü bu durum uygulamada tam bir toplumsal veto anlamına gelecektir.¹⁵¹

Belçika'da her ne kadar federal sistem önemli ölçüde başarılı olmuş olsa da sistemin çok odaklı bir yapıya sahip olduğu düşünülürken federal sistemin iki kutuplu bir federal politikaya doğru sürüklenmesi söz konusu olmuştur.¹⁵² Belçika'daki ayrılık taraftarlarının genel seçimlerde elde ettikleri başarılar ve hükûmet istikrarsızlığının süreklilik kazanmış olması kırılmanın derinleşmesine neden olmaktadır.¹⁵³ Nitekim Belçika'da ayrılıkçı düşünceleri savunan hem Flaman hem de Frankofon partilerin varlığı, bu partilerin oynadıkları roller ve hükûmet krizleri dikkate alındığında Belçika'da anayasal sisteme ilişkin tartışmaların bitmesinin mümkün olmadığı görülecektir.

Federal devlet ile bölge ve topluluklar arasındaki yetki paylaşımının temel esasları Anayasa ile belirlenmiş olmakla birlikte ayrıntılar özel kanunlara bırakılmıştır. Özel kanunların değiştirilmesine ilişkin Fransızca konuşanlar lehine bir azınlık vetosu imkânına yer verilmiş olması anayasal sistemin devamlılığının sağlanması amacıyla yöneliktir.

Belçika'nın sahip olduğu iki toplumlu yapı ve bu yapı üzerine inşa edilmiş olan asimetrik federalizmin sürdürülmesine ilişkin çabalar Belçika'nın bir devlet olarak mevcudiyetinin devam ettirilmesine yöneliktir. Ayrılıkçı yaklaşımlar

¹⁵¹ Duchacek, "Dyadic Federations and Confederations," 19.

¹⁵² Burgess, *Comparative Federalism: Theory and Practice*, 110.

¹⁵³ Kontacı, *Kırılğan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü*, 242.

nedeniyle federal sistemin çatırdadığı ve bölünme tehlikesiyle karşı karşıya kalan Belçika bakımından federalizmin işlememesi ve iki toplumlu yapının bozulması devletin yıkılması anlamına gelecektir. Dolayısıyla Belçika'nın geleceğinin federalizmden geçtiğini ve federalizmin Belçika'nın geleceğini şekillendirmeye devam edeceğini söylemek gerekmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar, bu çalışmada çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu çalışma için etik kurul onayı gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has not declared whether ethical committee approval is required for this research.

KAYNAKÇA

- Alasya, Halil Fikret. "Kıbrıs (İngiliz İşgali ve İdaresi)." *İslâm Ansiklopedisi* 25, (2022): 379-382.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Başgil, Ali Fuat. *Esas Teşkilat Hukuku*, cilt 1. İstanbul: Baha Matbaası, 1960.
- Beaufays, Jean. "Belgium: A Dualist Political System." *Publius: The Journal of Federalism* 18, no. 2 (1998): 63-73.
- Belgium: A Country Study*, ed. Stephen B. Wickman, Washington DC: The American University Press, 1985.
- Belgium. "The Belgian Monarchy." Erişim Tarihi: Aralık 7, 2023, https://www.belgium.be/sites/default/files/downloads/280410_monarchie_EN.pdf.
- Bilgin, Fehmi Kerem. "Belçika'da Ulusal Kimlikler ve Federalizmin Gelişimi." *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 67, no. 1 (2012): 1-47.
- Blampain, Daniel, André Goosse, Jean-Marie Klinkenberg, Marc Wilmet. *Le français en Belgique: une langue, une communauté*. Louvain-la-Neuve: Duculot, 1997.
- Burgess, Michael. *Comparative Federalism: Theory and Practice*. London and New York: Routledge, 2006.
- Bursens, Peter and Françoise Massart-Piérard. "Kingdom of Belgium." In *A Global Dialogue on Federalism: Foreign Relations in Federal Countries*, vol. 5, ed. Hans Michelmann, 92-113, Montreal & Kingston: McGill-Queen's University, 2009.
- Constitute Project. "Belgium 1831 (rev. 2014)." Erişim Tarihi: Aralık 9, 2023, https://www.constituteproject.org/constitution/Belgium_2014.
- Council on Foreign Relations. "What to Know About the Arab Citizens of Israel." Erişim Tarihi: Ekim 6, 2023, <https://www.cfr.org/backgrounder/what-know-about-arab-citizens-israel>.
- Constitutional Court. "The Constitutional Court of Belgium." Erişim Tarihi: Ocak 3, 2024, <https://www.const-court.be/public/brbr/e/brbr-2014-001e.pdf>.
- Çiçek, Kemal. "Kıbrıs (Osmanlı Dönemi)." *İslâm Ansiklopedisi* 25, (2022): 373-379.

- De Kamer. "The Rules of Procedure of the Belgian House of Representatives." Erişim Tarihi: Ocak 2024, 12, https://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/reglement/reglement_UK.pdf.
- Demirkent, Işın. "Kıbrıs (Tarih)." *İslâm Ansiklopedisi* 25, (2022): 371-373.
- Delperee, Francis. "The Constitution, the Parliament and the Concerted Decision Processes." Erişim Tarihi: Ocak 12, 2024, https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/ua/paper-consensus-building_Belgium-EN.pdf.
- Deschouwer, Kris. "Kingdom of Belgium." In *A Global Dialogue on Federalism: Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*, vol. 1, ed. John Kincaid and G. Alan Tarr, 46-75, Montreal & Kingston: McGill-Queen's University, 2005.
- Delwit, Pascal. *La vie politique en Belgique de 1830 à nos jours*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2010.
- Doğaner, Suna. "Belçika" *İslâm Ansiklopedisi* 5, (1992): 393-395.
- Duchacek, Ivo D. "Dyadic Federations and Confederations." *Publius: The Journal of Federalism* 18, no. 2 (1988): 5-31.
- Dumont, Hugues, Nicolas Lagasse, Marc van der Hulst and Sebastien van Drooghenbroeck. "Kingdom of Belgium." In *A Global Dialogue on Federalism: Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries*, vol. 2, ed. Akhtar Majeed, Ronald L. Watts and Douglas M. Brown, 34-65, Montreal & Kingston: McGill-Queen's University, 2006.
- Erdoğan, Mustafa. *Anayasal Demokrasi* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2017).
- Erhürman, Tufan. "Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi: Birleşik Kıbrıs Örneği." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no. 1 (2012): 107-147.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, cilt 1. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011.
- Kontacı, Ersoy. "Demokrasi Tartışmalarında Sınır Aşan Bir Kavramlaştırma Denemesi: "Kırılğan Demokrasiler" ve Belçika Örneği." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 59, no. 3 (2010): 467-492.

- Kontacı, A. Ersoy. *Kırılğan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2016.
- Kubalı, Hüseyin Nail. *Anayasa Hukuku: Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*. İstanbul: Ersa Matbaacılık, 1965.
- Lijphart, Arend. "Consensus and Consensus Democracy: Cultural, Structural, Functional, and Rational-Choice Explanations." *Scandinavian Political Studies* 21, no. 2 (1998): 99-108.
- Lijphart, Arend. "Constitutional Design for Divided Societies." *Journal of Democracy* 15, no. 2 (2004): 96-109.
- Lijphart, Arend. *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*. Çev. Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Lijphart, Arend. *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 2nd ed. New Haven & London: Yale University Press, 2012.
- Lijphart, Arend. *Thinking About Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice*. London & New York: Routledge, 2008.
- Özbudun, Ergun. *Anayasalcılık ve Demokrasi*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Politico. "Belgium – 2019 general election." Erişim Tarihi: Aralık 10, 2023, <https://www.politico.eu/europe-poll-of-polls/belgium/>.
- Politico. "Van Rompuy sworn in as Belgium's new Prime Minister." Erişim Tarihi: Ocak 10, 2024, <https://www.politico.eu/article/van-rompuy-sworn-in-as-belgiums-new-prime-minister/>.
- Political Geography Now. "What is Wallonia? Belgium's Unusual Federal System." Erişim Tarihi: Aralık 9, 2023, <https://www.polgeonow.com/2016/12/what-is-wallonia-in-belgium.html>.
- Pınar, Mustafa Çelebi. "Kültürel Bir Ayrışma Örneği Olarak Belçika." *Mülkiye Dergisi* 25, no. 226 (2001): 283-288.
- Roegiers, Jan and Niek C. F. van Sas, "Revolution in the North and South, 1780-1830." In *History of the Low Countries*, ed. Johannes Cornelis Hendrik Blom and Emiel Lamberts, 275-316, New York: Berghahn Books, 2015.

- State, Paul F. *Historical Dictionary of Brussels*. Lanham – Maryland: Scarecrow Press, Inc., 2004.
- Tarlton, Charles D. "Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation." *The Journal of Politics* 27, no. 4 (1965): 861-874.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.
- Toluner, Sevin. *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977.
- Uygun, Oktay. *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013.
- Uygun, Oktay. "İki Toplumlu Siyasal Sistemler." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 54, no. 1-4 (1994): 148-169.
- Vos, Louis. "The Flemish National Question." In *Nationalism in Belgium: Shifting Identities*, ed. Kas Deprez and Louis Vos, 83-95, New York: Macmillan, 1998.
- Wolfe, James H. "Cyprus: Federation under International Safeguards." *Publius: The Journal of Federalism* 18, no. 2 (1988): 75-89.

6754 SAYILI BİLİRKİŞİLİK KANUNU'NA GÖRE BİLİRKİŞİNİN DENETİMİ NETİCESİNDE UYGULANABİLECEK DİSİPLİN YAPTIRIMLARI

Disciplinary Sanctions to be Applied as a Result of the Audit of the Expert Witness According to the Expertise Law No. 6754

Mustafa OKUR*

Öz


6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ile bilirkişilik müessesesi kurumsal bir yapıya kavuşturularak bilirkişilerin bu kurumsal yapı altında faaliyet göstermelerine yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Bu çerçevede bilirkişilik sicili ve listeleri oluşturulmuş, bilirkişilik faaliyetlerinin bilirkişilik mevzuatına uygun, etkili, verimli, kaliteli bir şekilde işleyişinin sağlanması için de bilirkişinin denetim ve disiplinine ilişkin kurallar getirilmiştir. Yeni kurumsal yapılanmada bilirkişilerin denetimine ilişkin görev, bilirkişilik bölge kurullarına verilmiş; denetimlerin resen veya başvuru üzerine yapılabileceği belirtilmiştir. Bilirkişilik Kanunu'nun "Bilirkişilik sicilinden ve listesinden çıkarılma" başlıklı 13. maddesinde doğrudan

* Doktor Öğretim Üyesi, Nuh Naci Yazgan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, mokur@nny.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0211-8187.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 15.03.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 24.05.2024.

Atıf/Citation: Okur, Mustafa. "6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu'na Göre Bilirkişinin Denetimi Neticesinde Uygulanabilecek Disiplin Yaptırımları." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024): 359-415.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

adlandırılmasa da disiplin suçu teşkil eden fiil ve davranışlar ile bu disiplin suçlarının işlenmesi halinde bunlara uygulanacak disiplin cezaları belirlenmiştir.

Bilirkişilik mevzuatına göre yapılacak denetimler neticesinde disiplin suçu teşkil eden fiil ve davranışların tespiti halinde, bunların faili olan bilirkişiler hakkında disiplin yaptırımlarının uygulanmasına karar verilecektir. Bilirkişilik mevzuatında "sicil ve listeden çıkarma", "bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma" ve "uyarma" şeklinde üç disiplin yaptırımı belirlenmiştir. Bilirkişilik sicil ve listelerine kayıtlı olmayan kişiler bakımından da tek bir yaptırım türü olarak "bilirkişilik yapmaktan yasaklanma" yaptırımı öngörülmüştür. Bilirkişilik Kanunu'na göre bilirkişilere uygulanan bu disiplin yaptırımları dışında, bir meslek odasına bağlı olarak veya kamuda memur olarak çalışan bilirkişiler hakkında tabi oldukları mevzuat kapsamında başkaca disiplin yaptırımlarının uygulanmasına da karar verilebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Bilirkişilik Bölge Kurulu, Bilirkişinin Denetimi, Disiplin Yaptırımı, Sicil ve Listedden Çıkarma Cezası, Geçici Süreyle Listedden Çıkarma Cezası, Uyarma Cezası.

Abstract

With the Expertise Law No. 6754, expertise was given an institutional structure and regulations were introduced for expert witnesses to operate under this institutional structure. Within this framework, expert witness registries and lists have been created and rules regarding the supervision and discipline of expert witnesses have been introduced to ensure the effective, efficient and high-quality functioning of expert witness activities in accordance with the expert legislation. In the new institutional structure, the task of auditing expert witnesses was given to regional boards of expert witnesses, and it was stated that audits could be carried out ipso facto or upon application. Although not directly mentioned in the 13th article of the Expertise Law titled "Removal from the expert witness registry and list", acts and behaviors that constitute disciplinary offenses and the disciplinary penalties to be applied in case these disciplinary offenses are committed are determined.

If, during the audits carried out in accordance with the expert legislation, it is determined that the expert witness has committed acts and behaviors that

constitute a disciplinary offense, it is decided to impose disciplinary sanctions on the expert witness. Three types of disciplinary sanctions have been determined in expertise law "removal from the registry and list", "temporary removal from the list for up to one year" and "warning". For persons who are not registered in the expert witness registries and lists, the only sanction has been determined as "Prohibition from acting as an expert witness". Apart from these disciplinary sanctions imposed on expert witnesses in accordance with the Expertise Law, it may also be decided to impose other disciplinary sanctions on expert witnesses working as affiliated with a professional chamber or as public servants, within the scope of the legislation they are subject to.

Key Words: Expert Witness Regional Board, Audition of Expert Witness, Disciplinary Sanction, Punishment of Removal from Registry and List, Punishment of Temporary Removal from List, Warning Punishment.

GİRİŞ

Uyuşmazlığın çözümü için yargı organının ihtiyaç duyduğu özel veya teknik bilgiyi sunan kişiye bilirkişi, özel veya teknik bilginin sağlanması için yürütülen faaliyetlerin tümüne ise bilirkişilik denir.¹ Bilirkişilik yargı faaliyetinin ayrılmaz

¹ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 526; Ramazan Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 478; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 302; Hüseyin Melih Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu Kapsamında Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 6-7; Yahya Deryal, *Türk Hukukunda Bilirkişilik* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 31; İbrahim Ermenek vd., *Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı* (Ankara: Deniz Ofset Matbaacılık, 2022), 73, 79, 81; Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 513; Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Cilt 1* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 777; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 219; İlhan E. Postacioğlu ve Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 713; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku, Cilt I* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 972-973; Süha Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 5, 26; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II* (İstanbul: Nesil Matbaacılık,

bir parçası olup, bu faaliyet sonucunda bilirkişi tarafından yargı organına sunulan görüş, yargı organı tarafından verilen kararı önemli ölçüde etkilemekte; yargısal karar genellikle bilirkişinin görüşü doğrultusunda şekillenmektedir.

Bilirkişilik kurumuna yöneltilen eleştirilerin giderilmesi, bilirkişilik hizmetlerinin mevzuata uygun bir şekilde yürütülmesi, etkin bir denetim sisteminin oluşturulması, bilirkişilik faaliyetlerinde arzu edilen kalitenin yakalanması, yargı sürecinde bilirkişiliğin kötüye kullanılmasının önlenmesi için 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ile Bilirkişilik Danışma Kurulu, Bilirkişilik Daire Başkanlığı ve bilirkişilik bölge kurulları şeklinde yapılandırılan kurumsal bir yapı oluşturulmuştur.² Geniş anlamda bilirkişilik kavramı özel veya teknik bilginin

2000), 740; Barış Toraman, *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi (6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ile Getirilen Yenilikler Çerçevesinde)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 69; Fatih Zora, *Anglo Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik* (Ankara: Adalet Yayınları, 2022), 21.

² Bilirkişilik Kanunu'nun genel gerekçesinde "...Adalet Bakanlığı tarafından 2010 yılında hazırlanan bilirkişilik konulu inceleme raporunda...bilirkişilik alanında yaşanan sorunların kurumsal yapı eksikliğinden kaynaklandığı vurgulanmıştır...2014-2018 yıllarını kapsayan Onuncu Kalkınma Planında...bilirkişilik kurumunun gözden geçirilerek etkin işleyen bir sistem oluşturulması hedefine yer verilmiştir...Adalet Bakanlığı ile Avrupa Birliği arasında 2013 ila 2015 yılları arasında yürütülen, 'Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi' sonucunda...bilirkişilere yönelik düzenleyici ve denetleyici bir yapının kurulması ihtiyacı vurgulanmıştır. 17/4/2015 tarihinde kamuoyuna duyurulan Yargı Reformu Stratejisinde, bilirkişilik müessesesinin gözden geçirilerek kurumsal olarak yeniden yapılandırılmasına, bir hedef olarak yer verilmiştir. Bu hedefe ulaşılmasında bilirkişilik listesi veya sicili oluşturulurken akreditasyon ve sertifikasyon sürecini yönetecek bir yapı kurulması, etkin bir denetim sistemi oluşturulması, bilirkişi seçiminin mesleki yetkinliği sağlayacak ölçütlere bağlanması ve kalite standartlarının oluşturulması önemli bir strateji olarak benimsenmiştir...Sayıları onbinleri bulan bilirkişilerin ilgili listelere kayıt ve bu listelerden silinmesi işlemleri, adli yargı adalet komisyonlarınca yürütülmektedir. Bu komisyonlar, ancak sınırlı nedenlerin varlığı halinde bilirkişiyi listeden çıkartmakta, bunun haricinde bilirkişilik uygulamalarını izleyip denetleyebilecek kurumsal bir rol üstlenmemektedir...Söz konusu sorunların çözümü ve etkin işleyen bir sistemin kurulabilmesi için bilirkişilik hizmetlerinde temel ve alt uzmanlık alanlarını belirleyerek bu uzmanlık alanlarına göre bilirkişilerin sahip olması gereken nitelikleri ve uyacakları rehber ilkeleri tespit edecek, bilirkişilerin uymaları gereken etik kuralları belirleyecek, temel usul hükümleri ile rapor yazım teknikleri gibi bilirkişi yeterliliğine ilişkin hususlarda verilecek eğitimlerin usul ve esaslarını

bilirkişiden sağlanmasına yönelik faaliyetler ile bu faaliyetlerin düzenli bir şekilde gerçekleştirilmesine yönelik oluşturulan kurumsal yapıyı da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.³

Bilirkişiliğin taşra teşkilatı olarak nitelendirilebilecek uygulayıcı birimler şeklinde her bölge adliye mahkemesinin kurulu bulunduğu yerde bir bilirkişilik bölge kurulu kurulmuştur (BilK m. 7, I).⁴ Bilirkişilik hizmetlerinin ilgili mevzuata uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak (BilK m. 8, 1-a) ve ilgili mevzuat çerçevesinde bilirkişilerin denetimini yapmak (BilK m. 8, I-d), bölge kurullarının görevleri arasında sayılmıştır.

Bilirkişilik Kanunu ile amaçlanan hususların gerçekleştirilebilmesi, bilirkişilik faaliyetlerinin mevzuata uygun, verimli bir şekilde yürütülmesinin sağlanması için Bilirkişilik Kanunu'nda ve Yönetmeliği'nde bilirkişinin performans ve disiplin açısından denetimine, bilirkişinin disiplin sorumluluğuna ilişkin kurallara yer verilmiştir. Doğrudan ifade edilmemiş olsa da Bilirkişilik Kanunu'nun "*Bilirkişilik sicilinden ve listesinden çıkarılma*" başlıklı 13. maddesi ile Bilirkişilik Yönetmeliği'nin "*Sicil ve listeden çıkarılma*" başlıklı 48. maddesinde aslında bilirkişinin disiplin sorumluluğu düzenlenmiş, disiplin suçu teşkil eden fiil ve davranışlar ile bu suçlara uygulanacak disiplin cezaları belirlenmiştir.⁵ Bilirkişilik Kanunu'nun 13.

düzenleyecek, bilirkişi listelerinin oluşturulmasından denetimlerine kadar bütün bir süreç üzerinde düzenleyici bir rol üstlenecek ve müstakilen bu alanda faaliyet gösterecek bir kurumsal yapının oluşturulması zaruret haline gelmiştir. Bilirkişilikle ilgili tavsiye niteliğinde olmak üzere karar almak üzere yargı mercilerinin, ilgili kurumların ve meslek birliklerinin temsilcilerinin yer aldığı bir Bilirkişilik Danışma Kurulu, bilirkişilikle ilgili hizmetleri yürütmek amacıyla Adalet Bakanlığı bünyesinde Bilirkişilik Daire Başkanlığı ve uygulayıcı birim olarak da bilirkişilik bölge kurulları oluşturulmak suretiyle bilirkişilik konusunda yukarıda açıklanan sorunların çözümlenmesi için kurumsal bir yapı oluşturulması öngörülmektedir" ifadelerine yer verilmiştir [Bilirkişilik Kanunu Tasarısı (1/687) ve Adalet Komisyonu Raporu (TBMM, Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 1, Sıra Sayısı: 388), 6-7].

³ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 7.

⁴ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 12.

⁵ Ermenek vd., *Bilirkişilik Temel Eğitimi*, 120; Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 34, 102; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medenî Usûl*, 417.

maddesine göre⁶ kanuni bir sebep olmaksızın bilirkişilik yapmaktan kaçınılması veya raporun belirlenen süre içinde mazeretsiz olarak verilmemesi (BilK m. 13, I-b; BilY m. 48, I-b), bilirkişilik görevinin gerektirdiği etik ilkelerle bağdaşmayan, güven duygusunu sarsıcı tutum ve davranışlarda bulunulması (BilK m. 13, I-c; BilY m. 48, I-c), temel ilkelere aykırı bilirkişilik faaliyetinde bulunulması (BilK m. 13, I-ç; BilY m. 48, I-ç), disiplin suçu teşkil eder.⁷ Bilirkişilik faaliyetlerini yürüten bilirkişi tarafından disiplin suçu işlenmesi halinde bilirkişi hakkında

⁶ Kanımızca disiplin suçlarının düzenlendiği Bilirkişilik Kanunu m. 13'te bilirkişilik temel ilkelerinin ihlal edilmesi ve bilirkişilik etik ilkelerinin ihlal edilmesi şeklinde iki temel disiplin suçunun düzenlendiği söylenebilir. Kanun koyucunun da bu niyet ve amaçla hareket ettiği anlaşılmaktadır. Bilirkişilik Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasının (a), (d), (e) ve (f) bentlerinde düzenlenen haller bir disiplin suçu niteliği taşımamaktadır. "*Bilirkişiliğe kabul şartlarının kaybedilmesi veya sicile kabul tarihinde gerekli şartların bulunmadığının sonradan tespit edilmesi*" şeklinde (a) bendi bilirkişi olma şartlarıyla ilgiliyken, "*Bölge kurulu tarafından yapılacak performans değerlendirmeleri sonucunda yeterli bulunulmaması*" şeklindeki (d) bendi bilirkişinin performans denetiminin bir sonucu, "*Bilirkişilik süresinin dolmasına rağmen süresi içerisinde yenileme talebinde bulunulmaması*" şeklindeki (e) bendi ile "*Bilirkişinin sicilden çıkarılmayı talep etmesi*" şeklindeki (f) bendi ise tamamen bilirkişinin kendi iradesine bağlı olarak ortaya çıkabilecek durumlardır. Geriye kalan (b) bendinde "*Kanuni bir sebep olmaksızın bilirkişilik yapmaktan kaçınılması veya raporun belirlenen süre içinde mazeretsiz olarak verilmemesi*" şeklinde, (c) bendinde "*Bilirkişilik görevi ve bu görevin gerektirdiği etik ilkelerle bağdaşmayan, güven duygusunu sarsıcı tutum ve davranışlarda bulunulması*" şeklinde, (ç) bendinde "*3 üncü maddede belirtilen temel ilkelere aykırı olarak bilirkişilik faaliyetinde bulunulması*" şeklinde düzenlenen hususlar ise özü itibarıyla temel ve etik ilke ihlali niteliğindedir. (b) bendinde belirtilen bilirkişilik yapmaktan kaçınılması, süresinde raporun verilmemesi, mesleki özen etik ilkesinin; (c) bendinde sözü edilen güven duygusunu sarsıcı tutum ve davranışlar, dürüstlük temel ve etik ilkesinin ihlali niteliğindedir.

⁷ Bilirkişilik Kanunu'nda disiplin suçları sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Mevzuatımızda disiplin hukukuna ilişkin bazı kurallarda (647 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 125; 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu m. 53/D) disiplin suçları açısından kıyasa izin veren hükümlere rastlanmakta, disiplin suçları bakımından kıyasın mümkün olabileceği yönünde bazı görüşler de bulunmaktadır [bkz. Burç Volkan Zor, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği," *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 1 (2022): 219 vd.; Selman Sacit Boz, "Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 2 (2017): 21 vd]. Bilirkişilik Kanunu'nda disiplin suçları bakımından kıyasa izin veren herhangi bir hüküm bulunmadığından, kanunilik ilkesi gereği kıyas yoluyla yeni bir disiplin suçu oluşturulması mümkün değildir. Kıyas yasağı kişileri, idarenin ve yargının keyfi uygulamalarına karşı koruma gibi önemli bir işlevi yerine getirmektedir (M. Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 174].

uygulanabilecek yaptırımlar ise sicilden ve listeden çıkarma, bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma, uyarma ve bilirkişilik yapmaktan yasaklanma cezası şeklinde belirlenmiştir (BilK m. 13, I-II; m. 14, VI; BilY m. 62, II-III; m. 63, II).

Bilirkişilik mevzuatı çerçevesinde yürütülecek denetim süreci sonunda disiplin suçu tespit edilen bilirkişilere mevzuatın öngördüğü disiplinler yaptırımlar uygulanacaktır. Bir meslek odasına bağlı olarak veya kamuda memur olarak çalışan bilirkişiler hakkında, inceleme konumuzu teşkil eden bilirkişilik mevzuatı kapsamında gerçekleştirilecek denetim süreci ve bu mevzuatın öngördüğü disiplinler yaptırımlar dışında, bağlı buldukları oda veya kamu kuruluşu tarafından kendi mevzuatları çerçevesinde disiplin soruşturması yürütülmesi ve mesleki disiplin yaptırımlarının uygulanması da mümkündür.⁸

Bilirkişilik kurumunun mevzuatta düzenlendiği şekilde işlemesi, bilirkişilik faaliyetlerinin temel ve etik ilkelere uygun olarak yürütülmesi, işleyişteki aksaklıkların giderilebilmesi, Bilirkişilik Kanunu ile oluşturulan denetim sisteminin etkin bir şekilde uygulanmasına ve tespit edilen aykırılıklarla ilgili olarak mevzuatta öngörülen disiplinler yaptırımların uygulanmasına bağlıdır. Denetim mekanizması işletilmez, denetim süreci titiz ve dikkatli bir şekilde gerçekleştirilmez ise haliyle bilirkişilik mevzuatına aykırılıkların tespiti ve bunların giderilmesi de sağlanamayacaktır. Benzer şekilde denetim neticesinde aykırılıkların tespitine rağmen, yaptırım mekanizması işletilmez, disiplinler yaptırımlar hiç ya da aykırılıklarla orantılı bir şekilde uygulanmazsa da bilirkişilik kurumunun disipline edilmesi, aykırılıkların tekrarının önlenmesi mümkün olamayacaktır.

Bilirkişilik faaliyetlerinin bilirkişilik mevzuatına uygun bir şekilde yürütülmesinde, bilirkişinin denetiminin ve disiplinler yaptırımların uygulanmasının önemine binaen "6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu'na Göre Bilirkişinin Denetimi Neticesinde Uygulanabilecek Disiplin Yaptırımları" başlıklı bu çalışmada bilirkişinin denetimi konusunda birtakım bilgiler verildikten sonra,

⁸ Gökhan Çayan, *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013), 133; Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik*, 158; Tanrıver, *Medenî Usûl*, 1082-1083.

bilirkişinin denetimi neticesinde uygulanabilecek disiplin yaptırımları incelenmiş, genel değerlendirmelerde bulunulmuştur.

I. BİLİRKİŞİNİN DENETİMİ

A. Genel Olarak

Denetim faaliyeti, bir görevin gereklerine uygun özenli bir şekilde yerine getirilmesinde, keyfi ve yanlış uygulamaların tespiti ve önlenmesinde en önemli araç konumundayken; yaptırım uygulama ise denetim sonucunda birtakım aykırılıkların tespiti halinde denetimin devamında gerçekleştirilen, aykırılıklara sebebiyet veren kişilerin cezalandırılmasına yönelik bir faaliyettir.⁹

Kamu hizmetlerinin sürekli, düzenli, hizmetin gereklerine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi için, bu hizmeti yürütmekle görevli kişilerin denetlenmesi, çalışma düzenini bozan davranışların önlenmesi ve faillerinin cezalandırılması gerekir.¹⁰ Kurum ya da meslek içi disiplini tesis edebilmek, kurumların işlemlerini, faaliyetlerini, sürekli, düzgün, düzenli, verimli şekilde yürütülmesini sağlamak için getirilen kurallara disiplin kuralları denir.¹¹ Disiplin kurallarına aykırı fiil ve davranışlar disiplin suçu teşkil eder ve kanunda öngörülen disiplin cezalarının uygulanmasını gerektirir.¹² Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında disiplin cezası "kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla öngörülmüş, yapma veya yapmama biçiminde beliren davranış kurallarının ihlali hâlinde uygulanan, yasal olarak düzenlenmiş idari yaptırımlardır" şeklinde tanımlanmış ve devamında "Kamu hizmetlerini yürütenlerin görev, yetki ve sorumlulukları kamu hizmeti ve hizmet gerekleri ile sınırlandırılmış, bu sınırlar dışına çıkanların

⁹ Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu*, 126; Süha Tanrıver, "Adalet Müfettişlerinin Hukuk Mahkemeleri Hâkimleri Üzerindeki Denetim Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları," iç. *Hâluk Konuralp Anısına Armağan*, Cilt 1 (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 1056.

¹⁰ Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu*, 33; Ermenek vd., *Bilirkişilik Temel Eğitimi*, 44.

¹¹ Boz, "Memur Disiplin", 17; Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu*, 33-34; Yılmaz Günel, "Disiplin Cezaları," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 13, no. 2 (1958): 190-191; Zor, "Ceza Hukuku", 207.

¹² Boz, "Memur Disiplin," 17-18; Zor, "Ceza Hukuku," 205-206.

ise disiplin cezaları ile cezalandırılmaları ilgili kanunlarda öngörülmüştür” ifadelerine yer verilmiştir.¹³

Bir kurumun iyi bir şekilde işleyebilmesi, kurum bünyesinde oluşturulan disiplin ruhu ve kurallarıyla doğrudan ilgili olup, denetimsizlik ve itaatsizlik halinde kurumdan beklenen faydanın elde edilmesi imkân dahilinde değildir.¹⁴ Bilirkişi, adalet hizmetlerinin yürütülmesine katkı sağlayan, sunduğu görüşle yargısal karar üzerinde belirleyici bir rol üstlenen kamu görevlisi konumundadır.¹⁵ Bilirkişilik hizmeti gibi kamusal bir faaliyeti yürüten bilirkişilerin de içerisinde buldukları bilirkişilik statüsü kapsamında uymaları gereken kurallar ve bu kurallara uyulmadığı takdirde karşılaşacakları disiplin cezaları, Bilirkişilik Kanunu’nda düzenlenmiştir.¹⁶ Bilirkişilik görevinin mevzuata, bilirkişilik temel ve etik ilkelerine uygun şekilde yerine getirilip getirilmediği, bilirkişilik kurumunun işleyişindeki eksiklik ve aksaklıkların tespiti ile bunların giderilmesi, bilirkişilik faaliyetlerinin denetlenmesine ve disiplin yaptırımlara işlerlik kazandırılmasına bağlıdır. Bu sayede, bilirkişilik kurumundaki yozlaşma önenebilecek, bilirkişilik kurumu disipline edilebilecektir.¹⁷

Denetim faaliyetinin etkin, verimli, sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için bağımsız ve tarafsız bir denetim kurumunun oluşturulması zorunludur.¹⁸ Bilirkişilik faaliyetlerini denetlemek görevi bilirkişilik bölge kurullarına verilmiş, Bilirkişilik Kanunu ve Yönetmeliği’nde bilirkişilerin performans ve disiplin denetimleri birlikte düzenlenmiştir. Bilirkişiyi görevlendirecek yargı organı ile bilirkişilik faaliyetlerini denetleyecek ve disiplin işlemlerini gerçekleştirecek organın ayrılmış olmasının, bilirkişilerin görevlerini yargı organıyla sağlıklı bir iş

¹³ AYM, E. 2015/85, K. 2016/3, 13.01.2016, Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 97.

¹⁴ Günal, “Disiplin Cezaları,” 194.

¹⁵ Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik*, 137.

¹⁶ Tanrıver, *Medenî Usûl*, 1014; Süha Tanrıver, “Bilirkişinin Sorumluluğu,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 56 (2005): 133-136; Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik*, 51, 71; Oktay Alkan, *Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 36; Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 33-34, 97.

¹⁷ Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik*, 137.

¹⁸ Tanrıver, “Adalet Müfettişlerinin,” 1056.

birliğine dayalı olarak, bağımsız şekilde gerçekleştirmelerine katkı sağlayacağı, bilirkişilerin yargı organından gelen mevzuata aykırı talepleri yerine getirmek zorunda kaldıkları gibi yanlış algıları da önleyeceği ifade edilmektedir.¹⁹

Bilirkişilik mevzuatında doğrudan disiplin soruşturması ifadesi kullanılmamış, denetim ve inceleme gibi ifadeler yer verilmiştir. Bilirkişilik Kanunu kapsamında disiplin yaptırımlarının uygulanmasına karar verilebilmesi, ancak, bilirkişi hakkında yürütülen bir disiplin soruşturması süreci sonunda mümkün olabilir. Hukuk devletinin bir gereği olarak, bilirkişi hakkında yürütülecek inceleme, denetim, soruşturma işlemlerinin bilirkişilik mevzuatında belirlenen usul ve esaslar yanında disiplin ceza hukukuna hâkim olan temel ilkelere de uygun bir şekilde yürütülmesi gerekir. Zira disiplin cezaları, kanunların açıkça yetki verdiği hallerde, yürütülen bir disiplin soruşturması süreci sonunda, araya herhangi bir yargısal karar girmeden, doğrudan idari usullerle idare tarafından tesis edilmekle birlikte, soruşturma sürecinde yargı benzeri bir faaliyet yürütülmektedir.²⁰ Bu çerçevede, kanunilik ilkesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi, ölçülülük ilkesi, geçmişe etkili disiplin cezası verilemez ilkesi, savunma hakkı tanınmadan ceza verilemez ilkesi, soruşturmanın gizliliği ilkesi, başvuru yollarının gösterilmesi ilkesi, lehe olan hükümlerin uygulanması ilkesi, tek fiile tek ceza verilmesi ilkesi, disiplin soruşturmasının bağımsızlığı ilkesi, eşitlik ilkesi, aleyhte düzeltme yasağı ilkesi, yeniden soruşturma açılma yasağı ilkesi gibi temel ilke ve esaslar dikkate alınmalıdır.²¹

Bilirkişilik Kanunu'nun "*Bilirkişilik bölge kurullarının görevleri*" başlıklı 8. maddesinin, birinci fıkrasının, (d) bendine göre "*İlgili mevzuat çerçevesinde bilirkişilerin denetimini yapmak ve performansını ölçmek*" bilirkişilik bölge kurullarının görevidir. Şüphesiz bu yetki ve görev bilirkişinin listesine kayıtlı olduğu bilirkişilik bölge kuruluna aittir. Bilirkişilik statüsü bilirkişi ile bağılı bulunduğu

¹⁹ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 16.

²⁰ Aras, 4; Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 96.

²¹ Alkan, *Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu*, 67-78; Aras, 4; Boz, "Memur Disiplin," 20-38; Veysel Candan Canoğlu, "Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 138 (2018): 237.

bölge kurulu arasında tesis edildiği için başka bölge kurulu listesinden (BilK m. 12, V²²; BilY m. 50, III) bilirkişi görevlendirilmesinin yapıldığı haller ile yüksek mahkemelerin ilk derece mahkemesi olarak baktıkları işlerde yapılan bilirkişi görevlendirmelerinde (BilK m. 12, VII²³; BilY m. 50, V) de denetim ve yaptırım uygulama yetkisi bilirkişinin listesine kayıtlı bulunduğu bilirkişilik bölge kurulunda olmalıdır.²⁴

B. Denetim Türleri

Bilirkişilik Kanunu'nda *"İlgili mevzuat çerçevesinde bilirkişilerin denetimini yapmak ve performansını ölçmek"* bilirkişilik bölge kurullarının görevleri arasında (BilK m. 8, I-d); *"Bilirkişilik temel ilkeleri ile etik ilkeleri ihlal ettiği iddia edilen bilirkişiler hakkında başvuru üzerine veya resen gerekli inceleme ve araştırmayı yapmak veya yaptırmak"* bilirkişilik bölge kurulu başkanın görevleri arasında (BilK m. 9, I-e) sayılmıştır. Bilirkişilik Kanunu'nun *"Bilirkişilik sicilinden ve listesinden çıkarılma"* başlıklı 13. maddesi ile disiplin suç ve cezaları belirlenirken, *"Denetim ve İnceleme"* başlıklı 14. maddesinde disiplin soruşturması süreci ana hatlarıyla düzenlenmiştir.

Bilirkişilik Yönetmeliği'nin *"Denetim"* başlıklı yedinci bölümde 59 ilâ 64 maddelerde bilirkişinin disiplin soruşturmasının yürütülmesi ve sonuçlandırılmasına ilişkin usul ve esaslar detaylandırılmıştır.²⁵ Ayrıca bölge kurulu yazı işleri müdürlüğünde tutulacak kayıt ve kartonların arasında *"Denetim"*

²² Bilirkişilik Kanunu m. 12, V: *"Adli ve idari yargıda görev alacak bilirkişiler, bölge adliye mahkemelerinin yargı çevreleri esas alınmak suretiyle bilirkişilik bölge kurulları tarafından hazırlanan listelerden görevlendirilir. Ancak kendi bölge kurulu bilirkişi listesinde ilgili uzmanlık alanında bilirkişi olmasına rağmen diğer bir bölgedeki bilirkişinin, görevlendirme yapılan yere daha yakın bir mesafede bulunması durumunda, bu listeden de görevlendirme yapılabilir."*

²³ Bilirkişilik Kanunu m. 12, VII: *"Yüksek mahkemelerin ilk derece mahkemesi olarak baktıkları işlerde, tüm bölge kurulları bilirkişilik listelerinde kayıtlı bilirkişiler arasından görevlendirme yapılabilir."*

²⁴ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 176.

²⁵ Bilirkişilik Yönetmeliği'nin 59. maddesi *"Denetim ve inceleme"*; 60. maddesi *"Denetimin kapsamı"*, 61. maddesi *"İncelemenin usul ve esasları"*, 62. maddesi *"Denetim ve inceleme sonucu verilecek kararlar"*, 63. maddesi *"Listeden çıkarılma usulü"*, 64. maddesi *"Bölge kurullarının denetimi"* başlığını taşımaktadır.

ve performans kaydı" (BilY m. 66, I-e) dışında, "*Disiplin soruşturma kaydı*"na (BilY m. I-f) yer verilmiş ve bu kayıt "*Disiplin soruşturma kaydı*" başlıklı 73. maddede düzenlenmiştir.²⁶

"Bilirkişiler, görevleriyle ilgili tutum ve davranışlarının veya hazırladıkları raporların ilgili mevzuata uygunluğu bakımından bölge kurulları tarafından resen veya başvuru üzerine denetlenir" (BilK m. 14, I). Resen yapılacak denetim genellikle performans denetimi niteliğinde olduğu halde, başvuru üzerine yapılan denetim disiplin yönünden yapılan bir denetimdir. Bilirkişilik mevzuatında bilirkişinin performans denetimi ile disiplin denetimi birlikte düzenlenmiştir. Her iki denetim türünde de birtakım inceleme ve değerlendirmeler yapılacaktır. Her iki denetim türü de bilirkişinin sicil ve listeden çıkarılma sonucunu doğurabilmektedir. Performans denetimi sırasında suç teşkil eden birtakım fiillerin tespit edilerek bilirkişi hakkında disiplin soruşturmasının başlatılması mümkün olabileceği gibi, bir disiplin soruşturması sürecinde bilirkişi hakkında elde edilen olumlu veya olumsuz tespitlerin bilirkişinin performans denetiminde de kullanılması mümkün olabilecektir.

1. Resen Denetim

Bilirkişiler herhangi bir başvuru olmaksızın resen denetlenebilir. Bilirkişilik bölge kurulu tarafından resen yapılacak denetim daha ziyade periyodik ve olağan olarak yapılan bir performans denetimi olup; disiplin denetiminin resen gerçekleştirilme olasılığı çok düşüktür.²⁷

Performans denetimi yapmak suretiyle bilirkişilerin performansını ölçmek bilirkişilik bölge kurulunun görevleri arasındadır (BilK m. 8, I-d). Bilirkişilik sicilinde yer alacak hususlar arasında "Denetim ve performans bilgileri" (BilY m. 45, I-p) bulunmaktadır. Bölge Kurulu Yazı İşleri Müdürlüğü'nde tutulacak

²⁶ Bilirkişilik Yönetmeliği m. 73: "(1) Bilirkişiler hakkında idarî yönden yapılan soruşturma ve sonuçların tutulduğu kayıttır. (2) Bu kayıt; sıra numarası, başvuranın kimlik ve iletişim bilgileri, belgenin geliş tarihi, soruşturma açılan bilirkişinin adı, soyadı, uzmanlık alanı, çalıştığı kurum, ticaret unvanı, eylemin türü, disiplin soruşturmasına başlama tarihi, savunmanın istenildiği tarih, nihai karar sonucu ve tarihi ile verilen karara karşı idare mahkemesince verilen kararın sonucu sütunlarından oluşur."

²⁷ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 132; Ermenek vd., Bilirkişilik Temel Eğitimi, 116.

kayıtlar arasında da denetim ve performans değerlendirmeleri ile sonuçlarının tutulduğu “Denetim ve performans kaydı”na²⁸ yer verilmiştir (BilY m. 66, I-e). Bilirkişinin denetimi neticesinde “Denetim ve performans kaydı”na işlenen, hâkim ve Cumhuriyet savcıları tarafından erişilebilen (BilY m. 72, IV) denetim ve performans sonuçları yargı organları tarafından yapılacak bilirkişi görevlendirmeleri üzerinde etkili olacağı gibi, performans değerlendirmeleri sonucunda yeterli bulunmama liste ve sicilden çıkarılma sonucunu da (BilK m. 13, I-d; BilY m. 48, I-d) doğurabilecektir.²⁹

Bununla birlikte bilirkişilerin resen disiplin yönünden denetimleri de mümkündür. Performans denetimi sırasında suç teşkil eden birtakım fiillerin tespit edilerek bilirkişi hakkında disiplin soruşturmasının başlatılması mümkün olabileceği gibi, disiplin suçu teşkil eden bir fiilin basın yoluyla öğrenilmesi üzerine de resen disiplin soruşturması başlatılabilir.³⁰

2. Başvuru Üzerine Denetim

Bilirkişinin denetimi başvuru üzerine de yapılabilir. Başvuru üzerine bilirkişinin denetlenmesi, kural olarak disiplin yönünden yapılan bir denetimdir. Bilirkişinin disiplin yönünden denetlenmesine ilişkin başvuru bilirkişilik görevlendirmesini yapan hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından

²⁸ “Denetim ve performans kaydı” başlıklı Bilirkişilik Yönetmeliği m.72: “(1) Bilirkişiler hakkında bölge kurulu tarafından yapılacak denetim ve performans değerlendirmeleri ile sonuçlarının tutulduğu kayıttır. (2) Bu kayıta aşağıdaki hususlar yer alır: a) Bilirkişiye dosyanın tevdi tarihi. b) Rapor için verilen süre. c) Rapor teslim tarihi. ç) Dosyanın bilirkişide kaldığı süre. d) Hukuki konularda görüş beyan etme. e) Raporu bizzat hazırlama. f) Rapor yazım tekniğine uyma. g) Raporun hükme esas alınması. ğ) Etik ilkelere uyma. h) Bilirkişi kusurundan kaynaklı ek rapor. ı) Yeni bilirkişi raporu. i) Bilirkişilik temel ve alt uzmanlık alanı dışında rapor tanzim etme. j) Bilirkişilik yapmaktan kaçınma. k) Raporu belirlenen süre içinde mazeretsiz olarak vermeme. l) Denetim ve performans sonucu. m) Düşünceler. (3) Bu kayıta yer alan bilgilerden rapora ilişkin hususlar görevlendirmeyi yapan merci tarafından, diğer bilgiler bölge kurulu yazı işleri müdürü ve görevli personel tarafından girilir. (4) Denetim ve performansın değerlendirilmesine ilişkin bilgilere Daire Başkanlığı, bölge kurulları ile hâkim ve Cumhuriyet savcıları erişebilir. (5) Bilirkişilerin denetimine ve performansına ilişkin usul ve esaslar çıkarılacak genelgede düzenlenir”.

²⁹ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 132-133.

³⁰ Canoğlu, “Disiplin Soruşturmasında Delil,” 238.

yapılabileceği gibi kişiler tarafından da yapılabilir. Başvuru üzerine denetim yapılabilmesi, bu konuda keyfi davranılabileceği anlamına gelmez.³¹

Bilirkişilik görevlendirmesini yapan hâkim veya savcının bilirkişinin denetimi için kurula başvuruda bulunabileceği konusunda herhangi bir kuşku yoktur. Esasen bu konuda bilirkişilik görevlendirmesini yapan yargı organının bildirimde bulunma yükümlülüğü vardır. Bilirkişilik Kanunu m. 14, II'e göre "Hâkim veya Cumhuriyet savcısı, görevlendirdiği bilirkişinin göreviyle ilgili tutum ve davranışlarının veya hazırladığı raporun mevzuata uygun olmadığına ilişkin kanaat edinmesi durumunda, bu hususu bölge kuruluna bildirir". Benzer bir hükme Bilirkişilik Yönetmeliği m. 59, II'de de yer verilmiş, yapılacak bildirimde, varsa dayanak bilgi ve belgelerin de eklenmesi istenmiştir. Görüldüğü üzere bilirkişilik mevzuatına aykırılığa kanaat getirilmesi halinde, kurula bildirimde bulunulması zorunlu olup, bu konuda hâkim veya cumhuriyet savcısının herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.³² Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği adalet müfettişleri aracılığı ile yapılan denetimlerde dikkate alınabilecek, teftiş raporunda değerlendirme konusu yapılarak eksikliğin giderilmesi istenebilecektir. Bilirkişilik görevlendirmesini yapan hâkim veya cumhuriyet savcısı tarafından bölge kuruluna bilirkişinin disiplin yönünden denetlenmesi için yapılan bu bildirimler, bildirim başvurusu olarak adlandırılabilir. Bildirim başvuruları bir ihbar niteliğinde olup, idari bir başvuru olarak değerlendirilemeyeceğinden, hâkim veya cumhuriyet savcısı tarafından yapılan bu başvurunun reddi halinde yargı organı tarafından karara karşı dava yoluna başvurma olanağı bulunmamaktadır.³³

Bilirkişilik görevlendirmesini yapan hâkim veya cumhuriyet savcısı dışında başkaca kişilerin kurula başvuruda bulunup bulunamayacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre bilirkişinin denetimi için kurula başvuruda bulunma hakkı sadece bilirkişi görevlendirmesini yapan hâkim veya cumhuriyet savcısında olup, uyuşmazlığın tarafları da dahil olmak üzere bu konuda başkaca kişilerin

³¹ Toraman, *Bilirkişi İncelemesi*, 448.

³² Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu*, 136; Ermenek vd., *Bilirkişilik Temel Eğitimi*, 117.

³³ Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu*, 141.

kurula başvuruları mümkün değildir.³⁴ Taraflara bilirkişilik bölge kuruluna başvuruda bulunma yetkisinin verilmesi hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak görülebilirse de, bu yetki aleyhine bilirkişi raporu verilen tarafça kötüye kullanılabileceğinden, taraflara böyle bir yetkinin tanınmamasının, tarafların bu konuda bilirkişi raporunun sunulduğu yargı organına başvurarak, yargı organını harekete geçirmeleri ve gerekli başvurunun yargı organı tarafından yapılmasını sağlamalarının daha uygun olacağı belirtilmiştir.³⁵

Diğer görüşe göre ise kanunun açık hükmü gereği bilirkişi görevlendirmesini yapan yargı organı dışında, bilirkişinin tutum ve davranışları ya da raporu nedeniyle menfaatleri zedelenecek kişiler de kurula başvuru yapabilir.³⁶ Bu görüşe göre bilirkişinin denetimi için kurula yapılabilecek başvurunun sadece bilirkişi görevlendirmesini yapan hâkim veya cumhuriyet savcısı ile sınırlandırılması Kanun'un açık hükmüne aykırı olacaktır. Bilirkişilik Kanunu'nun 14. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen hususlar tamamen birbirinden farklı olup, birinci fıkrada kişilere kurula başvuruda bulunma konusunda tanınan bir yetki söz konusu iken, ikinci fıkrada bilirkişi görevlendirmesini yapan hâkim veya cumhuriyet savcısına yüklenen bildirimde bulunma yükümlülüğü söz konusudur.³⁷ Her iki durumda da kurula bilirkişilerin "görevleriyle ilgili tutum ve davranışlarının veya hazırladıkları raporların ilgili mevzuata uygun" olmadığı gerekçesiyle başvuru yapılsa da başvuruyu yapan kişi/kurum arasında farklılık olduğu gibi, başvurunun zorunlu ve ihtiyari olması arasında da farklılık söz konusudur.³⁸ Bilirkişilik Kanunu m. 14'ün birinci ve ikinci fıkrasında iki ayrı düzenleme yapılmış olup, aksi kanun koyucunun abesle iştiğal etmesi anlamına gelir.³⁹ Başvuruda bulunacak kişiler açısından herhangi bir sınırlandırma yapılmaması karşısında, başta uyuşmazlığın tarafları olmak üzere herkesin bölge kuruluna başvuruda bulunabileceği düşünülebilirse de başvuru yapabilecek

³⁴ Toraman, *Bilirkişi İncelemesi*, 447.

³⁵ Toraman, *Bilirkişi İncelemesi*, 448-449.

³⁶ Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu*, 134-135; Ermenek vd., *Bilirkişilik Temel Eğitimi*, 117.

³⁷ Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu*, 135-136.

³⁸ Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu*, 136, 139.

³⁹ Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu*, 135.

kişilerin sadece bilirkişilerin tutum ve davranışları ya da raporu nedeniyle menfaati zedelenenlerle sınırlandırmanın daha doğru olacağı; böylece uyuşmazlıkla ilgisi olmayan kişilerin başvurularının önüne geçilebileceği, bilirkişilik bölge kurullarının altından kalkması güç iş yükünün önlenebileceği, denetimlerin daha verimli yapılmasının sağlanabileceği ifade edilmiştir.⁴⁰

Kanımızca kurula başvuru yapabilecek kişilerin uyuşmazlığın tarafı olan, menfaati ihlal edilen kişilerle sınırlandırılmaması daha uygun olacaktır. Denetimin amacı bilirkişilik mevzuatına aykırılıkların tespiti ile bunların giderilmesi, bilirkişilik faaliyetlerinin bilirkişilik mevzuatına uygun bir şekilde yürütülmesinin sağlanması olduğuna göre, denetimin başlatılmasını sağlayacak aykırılık iddialarının kurula kimin tarafından iletiliğinin herhangi bir önemi olmamalıdır. Bilirkişinin denetimi için menfaat ihlal edilen kişiler tarafından, ihtiyari olarak yapılacak başvuruların, şikâyet başvurusu olarak adlandırılabilmesi belirtilmiştir.⁴¹ Bilirkişilik bölge kuruluna bilirkişinin denetimi için, uyuşmazlığın tarafı olan ve bilirkişi raporundan menfaati etkilenebilecek kişilerce, ihtiyari olarak yapılacak başvurular, bir şikâyet başvurusu niteliğinde olacakken; uyuşmazlığın tarafı olmayan veya tarafı olmakla beraber bilirkişi raporuyla menfaati herhangi bir şekilde etkilenmeyecek kişiler tarafından yapılacak başvurular ise bir ihbar niteliğinde olacaktır. Bilirkişi hakkında kurula yapılan şikâyet veya ihbarların, dayanaktan yoksun olması, ciddi bulunmaması halinde bilirkişilerin savunmasına dahi başvurulmadan denetim sürecinin sonlandırılacak olmasının (BilY m. 63, I), asılsız ihbar ve şikâyetlerle ilgili hukuki ve cezai yollara başvurma imkanının bulunmasının yukarıda zikredilen görüşler tarafından dile getirilen, kurula başvuru hakkının aleyhine rapor verilen kişilerce kötüye kullanılabilmesi, uyuşmazlığın tarafı olmayan kişilerce yapılacak başvuruların kurulu altından kalkması güç iş yükü altına sokabileceği gibi endişeleri bertaraf edeceği kanısındayız.

⁴⁰ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 136.

⁴¹ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 134.

C. Denetimin Kapsamı

Resen veya başvuru üzerine yapılacak denetimde bilirkişiler “görevleriyle ilgili tutum ve davranışlarının veya hazırladıkları raporların ilgili mevzuata uygunluğu bakımından” bölge kurulları tarafından denetlenecektir (BilK m. 14, I). Bilirkişi raporlarının mevzuata uygunluğu açısından yapılacak bu denetimde, hazırlanan raporların sadece Bilirkişilik Kanunu ve Bilirkişilik Yönetmeliği'ne uygunluğu değil, bilirkişilerin uymakla yükümlü olduğu diğer kurallara uygunluğu açısından da inceleme ve değerlendirme yapılır.⁴² Nitekim Bilirkişilik Yönetmeliği'nde bilirkişilik bölge kurullarının bilirkişi raporlarının kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgede gösterilen usul ve esaslara uygun hazırlanıp hazırlanmadığı ile Daire Başkanlığı tarafından belirlenen rehber ilkelerle bağdaşp bağdaşmadığı hususlarını resen veya başvuru üzerine denetleyeceği (m. 59, I; m. 60, I) açıkça belirtilmiştir.

“Bölge kurulları, bilirkişi raporlarını özel veya teknik bilgi yönünden denetleyemez” şeklindeki Bilirkişilik Kanunu m. 14, III düzenlemesiyle bilirkişi raporlarının özel veya teknik bilgi yönünden denetimi bölge kurulları tarafından yapılacak denetimin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bilirkişi denetiminin olumsuz sınırını bilirkişi raporlarının özel veya teknik bilgi yönünden içeriğine ilişkin konular teşkil etmekte olup; bölge kurulları hukuki değerlendirmelerde bulunulup bulunulmadığı ve görev kapsamı dışına çıkılıp çıkılmadığı hususu dışında bilirkişi raporlarını içerik yönünden denetleyemez.⁴³ Bilirkişi raporlarına ilişkin yargı mercileri tarafından yapılacak denetimler bölge kurulunun yapacağı denetimin kapsamı dışındadır (BilY m. 60, III). Bilirkişi raporlarının özel veya teknik bilgi yönünden içeriğine ilişkin olarak bölge kurullarına başvuru yapılamaz, yapılan başvurular incelenmeksizin reddedilir (BilK m. 14, IV).⁴⁴

⁴² Ermenek vd., *Bilirkişilik Temel Eğitimi*, 118-119; Toraman, *Bilirkişi İncelemesi*, 444.

⁴³ Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu*, 143-144; Ermenek vd., *Bilirkişilik Temel Eğitimi*, 118.

⁴⁴ Bilirkişilik Yönetmeliği m. 62, I: “Bilirkişi raporlarının özel veya teknik bilgi yönünden içeriğine ilişkin bölge kurullarına yapılan başvurular incelenmeksizin reddedilir. Bu yöndeki

Bilirkişilik bölge kurulu tarafından yapılacak denetim, Bilirkişilik Kanunu kapsamında gerek sicil ve listeye kayıtlı olarak, gerekse istisna kapsamında (BilK m. 12, VI; BilY m. 50, IV; m. 47) sicil ve listeye kayıtlı olmadan bilirkişilik faaliyetinde bulunan bilirkişiler hakkında yürütülecektir. Bilirkişilik Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı 1. maddesinin üçüncü fıkrası ile Kanunlarda bilirkişilik hizmeti verebileceği düzenlenen kurumlar ile yargı organlarının talebi üzerine bilimsel ve teknik görüş bildiren kamu kurum ve kuruluşları kapsam dışında bırakıldıklarından Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası, jandarma ve polis kriminal laboratuvarları, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, Mali Suçları Araştırma Kurulu gibi kurum ve kuruluşlarda çalışanlar Kanun'un dolayısıyla da bilirkişilik bölge kurulunun denetimi kapsamı dışındadırlar.⁴⁵

başvurular görevlendirmeyi yapan merci ile bilirkişinin bağlı bulunduğu meslek kuruluşu veya görev yaptığı kuruluşlara gönderilir". Söz konusu hüküm ile özel veya teknik bilgi yönünden bilirkişi raporlarının içeriğine ilişkin başvurunun resen, doğrudan bilirkişinin bağlı bulunduğu meslek kuruluşu veya görev yaptığı kuruluşa gönderilmesi konusunda bölge kurulu ödevli kılınarak, bilirkişi hakkında idari denetim sürecinin başlatılması amaçlanmıştır (Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 127-128). Bilirkişi raporlarının özel veya teknik bilgi yönünden bilirkişilik bölge kurulları tarafından denetlenemiyor olması, bilirkişi raporlarının içerik bakımından hiçbir şekilde denetlenemeyeceği anlamın gelmemekte; bilirkişi raporları özel veya teknik bilgi yönünden bilirkişinin görev yaptığı ya da bağlı olduğu kurum tarafından denetlenebilmektedir (Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 127-130; Ermenek vd., Bilirkişilik Temel Eğitimi, 115). Zira kamu kurum ve kuruluşlarıyla, meslek odalarının disiplin mevzuatlarında kurum ve meslek dışında gerçekleştirilmekle beraber kurum ve meslek içi düzeni bozduğu düşünülen fiil ve davranışların da disiplin suçu sayılmasına ilişkin kurallar bulunmaktadır. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışta bulunmak; 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 48. maddesinde, mesleğin vakar ve onuruna aykırı fiil ve hareketlerde bulunmak, görevi yapmamak veya kusurlu olarak yapmak yahut da görevinin gerektirdiği güveni sarsıcı hareketlerde bulunmak; 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 30. maddesinde meslek adabıyla bağdaşmayan hallere kalkışmak, deontolojiye, kamu hizmet veya selametini aykırı hareket gibi fiil ve davranışlar disiplin cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir (Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 128-130).

⁴⁵ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 143.

D. Denetimin Şekli ve Sonuçlandırılması

Disiplin suçu teşkil edebilecek bir fiil ve davranışın inceleme sırasında, basın yoluyla veya teftiş nedeniyle öğrenilmesi üzerine resen denetim süreci başlatılır. Yine suç teşkil edebilecek bir fiil ve davranışın ihbar bildirim veya şikâyet başvurusu şeklinde kurula iletilmesi üzerine de denetim süreci başlatılır. Bölge kurulu tarafından yapılacak denetimin şekli esas olarak “Denetim ve inceleme” başlıklı Bilirkişilik Kanunu’nun 14. maddesi⁴⁶ ile “İncelemenin usul ve esasları” başlıklı Bilirkişilik Yönetmeliği’nin 61. maddesinde⁴⁷ düzenlenmiştir. Bunun yanında Bilirkişilik Yönetmeliği m. 63, I’de “Bölge kurulu, resen veya başvuru üzerine yapacağı denetim ve inceleme sırasında bilirkişi hakkındaki iddiaları ciddi bulması halinde bilirkişiye tebligat yaparak bir hafta içinde yazılı savunma yapmasını ister” hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hükümler dikkate alındığında, bilirkişinin disiplin yönünden denetiminde, disiplin suçu işlendiği iddia ve şüphesi üzerine başlatılan

⁴⁶ Bilirkişilik Kanunu m. 14: “(1) Bilirkişiler, görevleriyle ilgili tutum ve davranışlarının veya hazırladıkları raporların ilgili mevzuata uygunluğu bakımından bölge kurulları tarafından resen veya başvuru üzerine denetlenir. (2) Hâkim veya Cumhuriyet savcısı, görevlendirdiği bilirkişinin göreviyle ilgili tutum ve davranışlarının veya hazırladığı raporun mevzuata uygun olmadığına ilişkin kanaat edinmesi durumunda, bu hususu bölge kuruluna bildirir. (3) Bölge kurulları, bilirkişi raporlarını özel veya teknik bilgi yönünden denetleyemez. (4) Bilirkişi raporlarının özel veya teknik bilgi yönünden içeriğine ilişkin bölge kurullarına başvuru yapılamaz; yapılan başvurular incelenmeksizin reddedilir. (5) Bölge kurulu yaptığı inceleme sırasında yargı mercilerinden, kamu kurum ve kuruluşlarından, meslek odalarından, özel hukuk tüzel kişilerinden ve gerçek kişilerden inceleme konusuyla ilgili bilgi ve belge talep edebilir. İlgililerce bu talebin yerine getirilmesi zorunludur. (6) Bilirkişilik sicili ve listesinde kayıtlı olmayıp da 12 nci maddenin altıncı fıkrası uyarınca görevlendirilenler ile listeye kaydolmaktan muaf tutulanlar, 3 üncü maddede belirtilen temel ilkeler ile etik ilkelere aykırı olarak bilirkişilik faaliyetinde bulduklarının tespit edilmesi hâlinde, bölge kurulu kararıyla bilirkişilik yapmaktan yasaklanabilir. Bu karar, ilan edilmek üzere Daire Başkanlığına bildirilir.”

⁴⁷ Bilirkişilik Yönetmeliği m. 61: “(1) Bölge kurulu başkanı, bilirkişilik temel ilkeleri ile etik ilkeleri ihlal ettiği iddia edilen bilirkişiler hakkında başvuru üzerine veya resen gerekli inceleme ve araştırmayı bizzat yapabileceği gibi bölge kurulu üyelerinden biri vasıtasıyla da yapabilir. Bölge kurulu başkanı veya görevlendirilen üye, bizzat veya istinabe suretiyle delilleri toplar, gerekli gördüğü kimselerin beyanlarını alır ve yapacağı inceleme sonucunda hazırladığı raporu bölge kuruluna sunar. (2) Bilirkişi hakkındaki inceleme, ivedilikle ve her halde başvuru veya resen incelemeye başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılır. (3) Bölge kurulu başkanı veya görevlendirilen üye, inceleme sırasında yargı mercilerinden, kamu kurum ve kuruluşlarından, meslek odalarından, özel hukuk tüzel kişilerinden ve gerçek kişilerden inceleme konusuyla ilgili bilgi ve belge talep edebilir. İlgililerce bu talebin yerine getirilmesi zorunludur.”

bir inceleme, inceleme süreci sonunda hazırlanan bir inceleme raporu, inceleme raporunun bölge kurulu tarafından değerlendirilmesi, bilirkişinin savunmasına başvurulması ve yaptırım konusunda karar verilmesi şeklinde bir denetim süreci söz konusudur. Bu süreçte, bölge kurulu başkanı veya onun görevlendireceği bir kurul üyesi tarafından yapılacak incelemede, bilirkişinin lehine ve aleyhine olabilecek, iddia konusu olayla ilgili her türlü delil toplanır, gerekli görülen kimselerin beyanları alınır ve inceleme neticesinde ulaşılan delil ve tespitleri içeren bir inceleme raporu hazırlanarak bölge kuruluna sunulur (BilY m. 61, I).

İncelemeye başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılması gereken (BilY m. 61, II) inceleme aşamasında bilirkişinin savunmasına başvurulmaz.⁴⁸ Bölge kurulu inceleme raporunu değerlendirmek suretiyle iddiaların ciddi olup olmadığı konusunda bir karara varır; iddialar ciddi bulunursa kurulca bilirkişinin savunmasına başvurulur. Disiplin soruşturmalarında vazgeçilemeyecek en temel haklardan birisi savunma hakkı olup, bilirkişiye savunma hakkı tanınmadan disiplin yaptırımı uygulanması mümkün değildir.⁴⁹ Bilirkişinin savunması bilirkişilik bölge kurulu tarafından alınır.⁵⁰ Bilirkişinin savunma ve delilleriyle, toplanan diğer tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi neticesinde verilecek kurul kararıyla denetim süreci sonlandırılır. Bilirkişinin fiil ve davranışının sabit olduğu, bir disiplin suçu teşkil ettiği kanaatine varılırsa, bilirkişi hakkında disiplin yaptırımı uygulanması yönünde; aksi halde ise bilirkişi hakkında disiplin yaptırımı uygulanmasına yer olmadığı şeklinde kurul kararı tesis edilir (BilY m. 63, I-II). Bölge kurulunun alacağı kararların hangi hususları ihtiva etmesi gerektiği Bilirkişilik Yönetmeliği'nin 27. maddesinde gösterilmiştir.⁵¹ Karara karşı itiraz ve dava yoluna

⁴⁸ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 170.

⁴⁹ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 168-169.

⁵⁰ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 170-171.

⁵¹ "Kararda bulunacak hususlar" başlıklı Bilirkişilik Yönetmeliği m. 27: "(1) Kararda aşağıdaki hususlar yer alır: a) Karar tarihi. b) Karar numarası. c) Kararı veren bölge kurulu ile karara katılan, varsa karşı oy kullanan başkan, üyeler ve zabıt kâtibinin adı ve soyadı, sicil numaraları ile imzaları. ç) İlgili gerçek kişi ise

başvurulabileceğine ilişkin düzenlemeye de Bilirkişilik Kanunu m. 15, I ve Bilirkişilik Yönetmeliği m. 28, I'de yer verilmiştir.

Disiplin soruşturması disiplin suçuna konu fiilin cezalandırılmasına yönelik kendine özgü işleyiş ve kuralları bulunan bir inceleme ve araştırma faaliyetidir.⁵² Disiplin soruşturmalarının, soruşturmaya başlanması, fiilin araştırılması, fiile ilişkin delillerin elde edilmesi, soruşturulanın savunmasına başvurulması, yetkili organın karar vermesi, karara itiraz edilmesi gibi aşamaları bulunmaktadır.⁵³ Yukarıda özetlenen sürecin disiplin soruşturmasından başka bir şey olmadığı "bilirkişi hakkında disiplin suçu işlendiği iddiasıyla incelemeye başlanması anından, yaptırım kararının alınmasına kadar geçen zamanda tesis edilen işlemlerin tamamı, bilirkişinin disiplin sorumluluğuna ilişkin işlemler olarak nitelendirilebilecektir" şeklinde ifade edilmiştir; inceleme raporunun bölge kuruluna sunulmasına kadar olan işlemler "inceleme usulü", inceleme raporunun kurula sunulmasından yaptırım kararı alınmasına kadarki işlemler ise "yaptırım usulü" başlığı altında incelenmiştir.⁵⁴

Bilirkişilik Kanunu'nda da bilirkişinin disiplin denetiminin oldukça karmaşık bir şekilde iki aşamalı gerçekleştirileceğinin düzenlendiği söylenebilir. Kanun koyucu, asılsız ve yerinde olmayan iddialarla bilirkişilerin gereksiz yere yıpranmalarının önüne geçmek için, bilirkişinin savunmasına başvurmadan iddialara ilişkin tüm delillerin toplanarak ön inceleme ve tespit işlemlerinin yapıldığı ilk aşama; bu aşama sonunda iddiaların ciddi olduğu kanaatine varılması halinde ise bilirkişinin savunmasına başvurularak disiplin yaptırımı konusunda karar verilmesi şeklinde son aşama olmak üzere, iki aşamalı bir denetim sistemi oluşturmuştur. Kanımızca resen veya başvuru üzerine bilirkişi hakkında iddia konusu fiil ve davranışlarla ilgili olarak incelemeye başlanması

adı ve soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik veya yabancılar için pasaport veya yabancı kimlik numarası, sicil numarası; tüzel kişi ise ticaret unvanı, MERSİS numarası ve adresleri. d) Konunun, varsa iddia ve savunmanın özeti. e) Kararın ve varsa karşı oyun gerekçesi ile sonucu. f) Karara karşı başvuru yolu, süresi ve merci. (2) Bölge kurulu kararları en geç on beş gün içinde yazılır ve yazıldığı tarihten itibaren bir hafta içinde ilgisine tebliğe çıkarılır."

⁵² Canoğlu, "Disiplin Soruşturmasında Delil," 234.

⁵³ Canoğlu, "Disiplin Soruşturmasında Delil," 234-235.

⁵⁴ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 145-147, 167.

anından, bölge kuruluna sunulan inceleme raporunun değerlendirilerek kurulca karara bağlanmasına kadar olan ilk aşama inceleme aşaması; kurulca iddiaların ciddi görülmesi ve akabinde bilirkişinin savunmasına başvurulmasına ve yaptırım konusunda karar verilmesine kadar olan ikinci aşama ise soruşturma aşaması olarak değerlendirilebilir. Soruşturma aşaması olarak değerlendirdiğimiz süreç ve bu süreçte yapılan tüm işlemler dar anlamda soruşturma ve soruşturma işlemleri; inceleme aşaması da dahil olmak üzere incelemeye başlanılmasından yaptırım kararı alınmasına kadar ki tüm süreç ise geniş anlamda soruşturma ve soruşturma işlemleri olarak ifade edilebilir.

Bilirkişi hakkında yürütülen denetim süreci sonunda, bilirkişilik mevzuatı çerçevesinde yapılan inceleme ve denetimler neticesinde, bilirkişilik bölge kurulu tarafından, Bilirkişilik Kanunu m. 13'de disiplin suçu olarak düzenlenen fiil ve davranışların işlendiği, disiplin suçunun gerçekleştiği kanaatine varılırsa, bilirkişi hakkında, sicil ve listeden çıkarma, bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma, uyarma şeklindeki üç yaptırım türünden birinin (sicil ve listeye kayıtlı olmayan bilirkişiler için bilirkişilik yapmaktan yasaklanma yaptırımının) uygulanmasına; aksi halde ise bilirkişi hakkında yaptırım uygulanmasına yer olmadığına karar verilerek denetim süreci sonlandırılacaktır. Bilirkişilik bölge kurulu tarafından verilen kararlara karşı bölge kurulu nezdinde itiraz yoluna başvurmak ve idari yargıda dava açmak mümkündür (BilK m. 15).

Disiplin suçu teşkil eden fiilin işlendiği herhangi bir şüphe ve tereddüde yer vermeyecek şekilde ispatlanamamışsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği herhangi bir disiplin yaptırımı uygulanmamalıdır.⁵⁵ Bilirkişinin denetimi neticesinde, tespit edilen aykırılıklarla ilgili olarak disiplin yaptırımı uygulanabilmesi, mevzuata aykırılığı tespit edilen fiilin bir disiplin suçu olarak düzenlenmiş olmasına bağlıdır.⁵⁶ Bilirkişilik mevzuatına aykırı olmakla beraber, bir disiplin suçu teşkil etmeyen aykırılık nedeniyle bilirkişi hakkında disiplin yaptırımı uygulanamayacak, ancak bu husus bilirkişinin performans denetimi açısından değerlendirme konusu yapılabilecektir (BilK m. 8, I-d; BilY m. 21, I-d; m. 72).

⁵⁵ Boz, "Memur Disiplin," 23.

⁵⁶ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 145.

Bilirkişilik mevzuatına aykırılığı tespit edilen denetim konusu fiilin bir disiplin suçu teşkil ettiği hallerde ise bölge kurulunun soruşturma süreci sonunda disiplin yaptırımını uygulanmasına karar vermesi gerekir. Disiplin suçu teşkil eden fiil ve davranışın gerçekleştiği hallerde, bölge kurulunun disiplin yaptırımının uygulanıp uygulanmaması konusunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.⁵⁷ Disiplin suçu teşkil eden fiil ve davranışın gerçekleştiği dosya kapmasıyla, herhangi bir şüphe ve tereddüde yer vermeyecek şekilde sabit olduğu halde, aykırılığın yaptırımsız bırakılarak, yaptırım uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi, kurulun adalet müfettişleri tarafından yapılacak idari denetiminde inceleme ve değerlendirme konusu yapılabilmelidir. Nitekim "Bölge kurullarının denetimi" başlıklı Bilirkişilik Yönetmeliği m. 64'te "(1) Bölge kurulları idari yönden adalet müfettişleri tarafından denetlenir. (2) Yapılacak denetimde, işlerin kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgeler ile Bakanlığın düzenleyici işlemlerine uygun olarak yürütülüp yürütülmediği incelenir" hükmüne yer verildiği gibi, adalet müfettişleri tarafından yapılacak denetimlerde açık hukuka aykırılık hallerine işaret edilebileceği, hakimin hukuki ve cezai sorumluluğunu doğurabilecek hukuka aykırı tutum ve davranışların, herhangi bir yoruma ihtiyaç göstermeyen emredici kurallara aykırılıkların irdelenmesi ve değerlendirilmesinin yapılabileceği kabul edilmektedir.⁵⁸ Mutlak suretle cezalandırılması gereken disiplin suçlarının yanlış uygulamalar neticesinde cezasız bırakılması kamu yararının gerçekleşmesini de engelleyecektir.⁵⁹

⁵⁷ Adli yaptırımlara ilişkin çıkarılan af kanunlarının bile verilen disiplin cezalarını etkilemeyeceği, disiplin cezalarının ortadan kaldırılabilmesi için konuya ilişkin özel düzenleme yapılmasının gerektiği yönünde görüşler vardır (bkz. Alkan, *Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu*, 74).

⁵⁸ Tanrıver, "Adalet Müfettişlerinin," 1064-1065.

⁵⁹ Zor, "Ceza Hukuku," 246.

II. BİLİRKİŞİ HAKKINDA UYGULANABİLECEK YAPTIRIMLAR

A. Genel Esaslar

Bilirkişilik Bölge Kurulu tarafından yapılan inceleme ve denetlemeler neticesinde, disiplin suçu teşkil eden bu fiil ve davranışların gerçekleştiği dosya kapsamında sabit olur, suçun işlendiğine kanaat getirilirse, sicil ve listeye kayıtlı bilirkişiler hakkında ihlalin niteliğine göre sicilden ve listeden çıkarma, bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma, uyarma şeklindeki; sicil ve listeye kayıtlı olmayan bilirkişiler hakkında ise bilirkişilik yapmaktan yasaklanma şeklinde disiplin yaptırımlarının uygulanmasına karar verilir (BilK m. 13, I-II; BilY m. 62, II-III; m. 63, II).

Bilirkişilik mevzuatı çerçevesinde gerçekleştirilen, disiplin soruşturması niteliğindeki yukarıda belirtilen inceleme ve denetimler neticesinde tespit edilen, disiplin suçu teşkil eden fiil ve davranışlarla ilgili olarak, kurallara uymayarak söz konusu olumsuzlukların gerçekleşmesine sebebiyet veren bilirkişilere bilirkişilik mevzuatının öngördüğü yaptırımların uygulanması gerekir.⁶⁰ Disiplin suçu teşkil eden ihlalin gerçekleştiğine kanaat getirilmesi halinde disiplin yaptırımının uygulanmasına karar vermek zorunlu olup, yaptırım uygulanıp uygulanmaması konusunda bölge kurulunun herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.⁶¹ Nitekim, Bilirkişilik Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasında "*Bilirkişiler, aşağıdaki şartlardan birinin gerçekleşmesi hâlinde sicilden ve listeden çıkarılır*" şeklinde emredici bir ifade kullanılmış; ikinci fıkrasında da "*Birinci fıkranın (b), (c), (ç) ve (d) bentlerinde belirtilen hâllerde ihlalin niteliğine göre sicilden ve listeden çıkarma yaptırımı yerine uyarma veya bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma yaptırımı uygulanabilir*" hükmüne yer verilerek sadece disiplin cezasının türünü belirleme konusunda kurula takdir yetkisi verilmiştir.

Bilirkişilik sicil ve listelerine kayıtlı olmayan bilirkişilerle ilgili Bilirkişilik Kanunu m. 14, VI'nın "*Bilirkişilik sicili ve listesinde kayıtlı olmayıp da 12 nci maddenin*

⁶⁰ Ermenek vd., *Bilirkişilik Temel Eğitimi*, 114.

⁶¹ Selin Ok, "*Bilirkişi Etiği*," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara: Çankaya Üniversitesi, 2021), 48.

altıncı fıkrası uyarınca görevlendirilenler ile listeye kaydolmaktan muaf tutulanlar, 3 üncü maddede belirtilen temel ilkeler ile etik ilkelere aykırı olarak bilirkişilik faaliyetinde bulduklarının tespit edilmesi hâlinde, bölge kurulu kararıyla bilirkişilik yapmaktan yasaklanabilir.” şeklindeki hükmünde kullanılan “bilirkişilik yapmaktan yasaklanabilir” ifadesinden hareketle, bilirkişilik sicil ve listelerine kayıtlı olmayan bilirkişiler hakkında bölge kurulunun, yaptırım kararı verme veya herhangi bir yaptırım kararı uygulamama konusunda takdir yetkisinin bulunduğu ileri sürülmüştür.⁶² Kanımızca kanun koyucunun böyle bir takdir yetkisi vermiş olması söz konusu olamaz. Söz konusu durumun ifadenin kaleme alınmasındaki özensizlikten kaynaklandığı, bilinçli bir tercih olmadığı düşüncesindeyiz. Her ne kadar ilgili hükmün lafzından hareket edildiğinde, böyle bir takdir yetkisinin verildiği sonucu çıkarılabilir de ilgili kural amaçsal, tarihi ve sistematik yorum yöntemleri çerçevesinde değerlendirildiğinde böyle bir takdir yetkisinin verilmediği sonucuna varılabilmektedir. Bilirkişilik kurumunu disipline etmeyi, bilirkişilik faaliyetlerinin etkin verimli, kaliteli bir şekilde yürütülmesi için kurumsal bir yapı oluşturmayı, bilirkişilik faaliyetlerinin temel ve etik ilkelere uygun bir şekilde yürütülmesini amaçlayan kanun koyucu, geneli bilirkişilik temel ve etik ilkelerinin ihlali şeklindeki fiil ve davranışları disiplin suçu olarak düzenlemiş ve buna aykırı faaliyette bulunan bilirkişileri bütünüyle bilirkişilik sisteminden dışlamayı amaçlamıştır. Bunu sağlayabilmek için ağır bir yaptırım olarak bilirkişilik sicil ve listelerine kayıtlı bilirkişiler için “sicil ve listeden çıkarma”, olmayanlar içinde “bilirkişilikten yasaklama cezası” öngörmüştür. Disiplin suçu teşkil eden fiillerin yaptırımsız bırakılması Kanun’un bilirkişilik sistemini disipline etmek şeklindeki temel amacına aykırı olacaktır. Ayrıca bu durum keyfi birtakım uygulamalara sebebiyet vereceği gibi eşitlik ilkesine aykırı, adalet duygusunu zedeleyen hallerin yaşanmasına da neden olacaktır. Bilirkişilik temel ve etik ilkelerini ihlal ederek disiplin suçu işleyen sicil ve listeye kayıtlı bir bilirkişi doğal olarak disiplin yaptırımı ile karşı karşıya kalırken, aynı benzer fiili sergileyen sicil ve listeye kayıtlı olmayan bir bilirkişinin herhangi bir yaptırım ile karşılaşmaması gibi durumlar ortaya çıkabilecektir. Bilirkişilik Kanunu m. 14, I hükmündeki “bilirkişilik yapmaktan yasaklanabilir” ifadesinin lafzından

⁶²

Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 123.

hareketle, yaptırım uygulayıp uygulamama konusunda takdir yetkisi verildiği şeklinde, kanımızca yanlış olan birtakım anlamlar çıkarılmasının önlenmesi için, yapılacak bir kanun değişikliğinde söz konusu ifadenin “bilirkişilik yapmaktan yasaklanır” şeklinde değiştirilmesi uygun olacaktır.

Disiplin yaptırımına karar verilmesi bakımından önemli olan disiplin yaptırımını gerektiren bir ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşmiş ise bunun niteliği ve ağırlığıdır. İhlalin gerçekleştiği, suçun işlendiği dosya kapsamıyla herhangi bir şüphe ve tereddüde yer vermeyecek şekilde sabit olmuşsa, bilirkişilik bölge kurulu disiplin yaptırımının uygulanmasına karar vermek zorundadır. Kurulun bilirkişinin niyet ve kastından hareketle ihlali yaptırımsız bırakma gibi bir yetkisi de bulunmamaktadır. İhlalin niteliği ve ağırlığı, hangi niyet ve kasıtle gerçekleştirildiği ancak uygulanmasına karar verilecek disiplin cezasının türünü ve süresini belirlemede takdir yetkisinin kullanılmasında bir ölçüt olarak dikkate alınabilecektir. Bu çerçevede etik ilke ihlalleri kasıtle gerçekleştirilmişse, bir noktaya kadar tolere edilebilecek daha hafif disiplin cezaları verilebilecektir.⁶³ Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi gereği, bilirkişinin uygulanacak yaptırım hakkında bilgi sahibi olmadığını iddia etmesi de yaptırım uygulanmasını engellemeyecektir.⁶⁴

Bilirkişilik bölge kurulu üye tam sayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar alır (BilK m. 7, V; BilY m. 26, V). Toplam altı üyeden oluşan (BilK m. 7, II-a ve b) bölge kurulu en az dört üye ile toplanabilecek ve en az dört üye ile karar alabileceğinden, en az dört bölge kurulunun olumlu oyu ile bilirkişi hakkında yaptırım uygulanmasına karar verilebilecektir. Kanımızca incelemeci tarafından hazırlanan inceleme raporunda, herhangi bir şahsi görüş ve kanaat belirtilmeden, sadece delillerin toplanması ve tespit işlemlerinin yapılmasıyla yetinildiğinden, inceleme raporunu hazırlayan üye de oylamaya katılabilmeyebilir.

⁶³ Toraman, *Bilirkişi İncelemesi*, 449.

⁶⁴ Alkan, *Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu*, 67; Ok, “Bilirkişi Etiği,” 50-51.

Aynı fiilden dolayı aynı kanun hükümlerine göre birden fazla disiplin yaptırımının uygulanması mümkün değildir.⁶⁵ Bu nedenle, bilirkişinin disiplin suçu teşkil eden fiili, Bilirkişilik Kanunu'nda suç olarak düzenlenen birden çok hükmün ihlali niteliğinde de olsa bilirkişiye fiili nedeniyle tek bir disiplin cezası uygulanacaktır. Örneğin bilirkişinin raporunu Rehber İlkelerde belirlenen esaslara aykırı olarak hazırlaması, görüşlerini özensiz bir şekilde kaleme alması yetkinlik ve mesleki özen etik ilkesine aykırılık teşkil edebileceği gibi, bu ifadelerin aynı zamanda yanıltıcı olması dürüstlük ve tarafsızlık ilkelerinin de ihlali anlamına gelebilecektir. Bilirkişilik Kanunu'na göre etik ilkelerle bağdaşmayan tutum ve davranışlar da (m. 13, I-c), temel ilkelere aykırı bilirkişilik faaliyetinde bulunulması da (m. 13, I-c) disiplin suçu teşkil ettiği halde (bilirkişinin fiili birden çok aykırılık (disiplinsizlik) hali oluşturduğu halde) bilirkişi hakkında tek bir disiplin cezasının uygulanmasına karar verilecektir. Şüphesiz burada cezanın türü ve süresi belirlenirken, cezanın hafifletilmesi konusunda karar verilirken bilirkişinin fiilinin birden çok disiplinsizlik hali oluşturması durumu da dikkate alınacaktır.

Disiplin cezalarında eşitlik ilkesi gereği, disiplin cezaları bütün kişiler için aynı şekilde uygulanmalı, benzer fiil ve davranışlar aynı disiplin cezası ile cezalandırılmalıdır.⁶⁶ Bu nedenle yaptırım kararı verilirken tesis edilen kararların, bu konudaki geçmiş uygulamalara, emsal kurul kararlarına⁶⁷ uygun olmasına da

⁶⁵ Alkan, *Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu*, 155; Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2015), 660; Zor, "Ceza Hukuku," 243-244.

⁶⁶ Boz, "Memur Disiplin," 33-34; Günel, "Disiplin Cezaları," 196.

⁶⁷ Bilirkişilik bölge kurulları tarafından verilen yaptırım kararları, Bilirkişilik Daire Başkanlığı'nın "<https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>" uzantılı internet sitesinde, "Bölge Kurulu Karar Arşivi" sekmesi altında, yaptırım türlerine göre kişisel verilerden arındırılarak yayınlanmaktadır. Sitede Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Konya, Sakarya, Samsun, Trabzon, Van Bilirkişilik Bölge Kurullarının vermiş olduğu çeşitli yaptırım kararlarına yer verildiği, bunlar arasında en eski kararın İstanbul Bilirkişilik Bölge Kurulu'nun 11.10.2017 tarih, 2017/271 sayılı kararı, en yeni tarihli kararın ise İstanbul Bilirkişilik Bölge Kurulu'nun 18.12.2021 tarih, 2020/689 ve 699 sayılı kararı olduğu belirtilmiştir. Ayrıca en yeni tarihli

dikkat edilmesi gerekir. Şüphesiz cezaların şahsiliği ilkesi disiplin cezaları bakımından da geçerlidir.⁶⁸ Birden fazla bilirkişinin kurul halinde bilirkişi incelemesi için görevlendirildikleri hallerde, denetim neticesinde disiplin cezası tesis edilirken disiplin suçu teşkil eden fiilin faili olan bilirkişi doğru bir şekilde tespit edilmelidir.⁶⁹

B. Yaptırımların Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi

Bilirkişilik Kanunu m. 13 hükmünün birinci fıkrasında bilirkişilik sicil ve listesine kayıtlı bilirkişiler tarafından işlenen disiplin suçunun cezası “sicil ve listeden çıkarma” olarak belirlenmiş; aynı hükmün ikinci fıkrasında da bölge kuruluna ihlalin niteliğine göre cezayı hafifleterek “bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma” veya “uyarma” cezası verme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır (BilK m. 13, I-II). Bilirkişilik sicil ve listesine kayıtlı olmayan bilirkişiler tarafından işlenen disiplin suçları için ise Bilirkişilik Kanunu m. 14, VI hükmünde

karar üzerinden iki yıldan fazla bir süre geçmesine rağmen daha yeni bir kararın yayınlanmamış olmasının söz konusu süre zarfında herhangi bir ihlal kararı verilmemiş olmasından kaynaklanmış olmasının pek olası görülmediği ifade edilerek kararların sitede düzenli bir şekilde yayınlanmasının karar vericilerin daha dikkatli ve titiz davranması, kararların kamuoyu tarafından da denetlenebilmesi bakımından faydalı olacağı belirtilmiştir (Mustafa Okur, “Bilirkişi Raporunda Taraf Beyanlarının Değerlendirilmesinin, Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu’nun 2023/38 Disiplin Nolu Kararları Özelinde Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu Açısından İrdelenmesi,” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 1 (2024): 142-143, dn. 58). Yaptırım kararlarının düzenli bir şekilde yayınlanması, bilirkişilik bölge kurullarının birbirlerinin emsal kararlarına ulaşabilmeleri açısından da yararlı olacaktır.

⁶⁸ Günal, “Disiplin Cezaları,” 196; Zor, “Ceza Hukuku,” 236.

⁶⁹ “raporun hazırlanmasında gecikilen süre dikkate alındığında kabul edilebilir mahiyette olmadıkları, incelenen evrak içeriği dikkate alındığında somut olayda yaşanan gecikmeden bilirkişilervein kusurlarının bulunmadığı, gecikmenin bilirkişi’un eylemlerinden kaynaklandığı kanaatine varılmış, bu aşamada bilirkişinin sicil ve listeden çıkarılması yaptırımının ağır bir yaptırım olacağı değerlendirilmekte dosya kapsamı dikkate alınarak bilirkişi’un 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 13/2 maddesi gereğince hakkında 6 ay süre ile geçici olarak bilirkişi listesinden çıkarılmasına karar verilmesi gerektiği, gecikmeden dolayı açıklandığı şekilde sorumlu tutulamayacak olan bilirkişilerve hakkında ise her hangi bir yaptırım uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi gerektiğine” (Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2019/15, 17.01.2019, erişim tarihi, Şubat 10, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

“bilirkişilik yapmaktan yasaklanma” şeklinde tek bir disiplin cezası öngörülmüştür. Söz konusu disiplin cezaları aşağıda kanunilik ve ölçülülük ilkeleri açısından değerlendirilmiştir.

1. Kanunilik İlkesi Açısından Değerlendirme

Disiplin cezası uygulanmasına karar verilmesi bir idari işlem niteliğindedir.⁷⁰ Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*” şeklinde ifade edilen idarenin kanuniliği ilkesine göre, idarenin yapmış olduğu işlemlerin kanuna dayanması ve tüm işlemlerinin kanuna uygun olması gerekir.⁷¹ Anayasanın 38. maddesinde “(1) *Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. (3) Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” şeklinde düzenlenen suç ve cezaların kanuniliği ilkesi disiplin cezaları bakımından da geçerlidir.⁷² Söz konusu ilke, hukuk devleti ilkesini ceza hukuku alanında somutlaştıran, keyfi ve aşırı müdahalelere karşı koruma sağlayan temel bir ilke niteliğindedir.⁷³ Suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin, “suç ve cezanın sadece kanunla konulması”, “belirlilik”, “kıyas yasağı” gibi alt ilkeleri bulunmaktadır.⁷⁴

Bilirkişilerin disiplin suç ve cezaları Bilirkişilik Kanunu'nun 13 ve 14. maddelerinde düzenlendiğinden, suç ve cezanın kanunla konulması alt ilkesine uygun hareket edildiği söylenebilir. Bilirkişilik Kanunu'nda düzenlenen aşağıda incelenecek disiplin cezaları dışında başka bir cezanın tesis edilmesi mümkün

⁷⁰ Alkan, *Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu*, 141; Toraman, *Bilirkişi İncelemesi*, 451; Zor, “Ceza Hukuku,” 246.

⁷¹ Zor, “Ceza Hukuku,” 211.

⁷² Alkan, *Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu*, 80-81; Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu*, 119-121; Emin Hüseyinoğlu, “Yargı Kararları Işığında Disiplin Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 158 (2022): 106.

⁷³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2014), 80.

⁷⁴ Alkan, *Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu*, 81; Hüseyinoğlu, “Yargı Kararları,” 105.

olmayıp, böyle bir durum idarenin kanuniliği ile suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olacaktır.

Türk Ceza Kanunu m. 2, III'ün "*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*" şeklindeki açık hükmü gereği, ceza hukukunda kıyas yasağı söz konusudur. Disiplin hukukunda kıyas yasağı ceza hukukunda olduğu kadar katı uygulanmamakta, açık kanuni düzenlemeler⁷⁵ çerçevesinde kıyas yoluyla yeni disiplin suçu oluşturulabileceği kabul edilmektedir.⁷⁶ Buna karşılık disiplin hukukunda da kıyas yoluyla yeni bir disiplin cezası getirilemeyeceği genel kabul görmektedir.⁷⁷ Kıyas yasağı kişileri, idarenin ve yargının keyfi uygulamalarına karşı koruma gibi önemli bir işlevi yerine getirmekte olup, kıyas yoluyla yeni bir disiplin cezası oluşturulması mümkün değildir. Suç ve ceza tanımlarının, açık, anlaşılır, net bir şekilde yapılmasını öngören belirlilik ilkesi de disiplin suçu işleyen kişilerin karşı karşıya kalacakları yaptırımların önceden belli olmasını gerektirmektedir.⁷⁸

Bilirkişilik Kanunu m. 13, II'de "*...ihlalin niteliğine göre sicilden ve listeden çıkarma yaptırımı yerine uyarma veya bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma yaptırımı uygulanabilir*" hükmü yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi

⁷⁵ Kıyas yoluyla disiplin suçu oluşturma yetkisi tanıyan hükümlere örnek olarak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 125, IV'ün "*Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir*" hükmü; Yükseköğretim Kanunu m. 53/D, V'in "*Bu Kanunda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiillere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer fiilleri işleyenlere de hangi disiplin fiiline benzediği belirtilerek aynı türden disiplin cezaları verilir*" hükmü gösterilebilir. Bilirkişilik Kanunu'nunda kıyasa izin veren herhangi bir hükme yer verilmediğinden, kıyas yoluyla yeni bir disiplin suçu oluşturulması mümkün değildir.

⁷⁶ bkz. Hüseyinoğlu, "Yargı Kararları," 117-119; Zor, "Ceza Hukuku," 216.

⁷⁷ Boz, "Memur Disiplin," 22; Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku*, 659; Günal, "Disiplin Cezaları," 195; Hüseyinoğlu, "Yargı Kararları," 120; Zor, "Ceza Hukuku," 216, 219.

⁷⁸ Hüseyinoğlu, "Yargı Kararları," 113-114.

kararlarından⁷⁹ hareketle Bilirkişilik Kanunu m. 13, II'deki "İhlalin niteliği" kavramının bilirkişilerin hangi fiiline karşılık hangi disiplin cezasının verileceğini öngörebilmelerine olanak vermediği, bilirkişilerin hangi fiillerine karşılık hangi yaptırımların uygulanacağını açık ve kesin bir şekilde öngörebilmelerinin mümkün olmadığı, bu yönüyle düzenlemenin suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılığının düşünülebileceği ifade edilmiştir.⁸⁰ Bilirkişilik Kanunu 13. madde hükmünün suç ve cezada kanunilik ilkesi bakımından Anayasa'ya aykırı olmadığı kanısındayız. Kanun koyucu bilirkişilik temel ve etik ilkelerine uygun bir şekilde bilirkişilik faaliyetlerinin yürütülmesini bilirkişiliğin olmazsa olmaz şartı olarak görmüş, temel ve etik ilkelere aykırılığı disiplin suçu olarak düzenleyerek "sicil ve listeden çıkarma" "bilirkişilik yapmaktan yasaklanma" şeklindeki disiplin cezaları ile de temel ve etik ilkelere riayet etmeyen bilirkişileri haklarında yürütülecek disiplin soruşturması süreci sonunda bütünüyle bilirkişilik sisteminden çıkarmayı amaçlamıştır. Ancak somut olayın özelliğine göre çok hafif olarak değerlendirilebilecek bazı bilirkişilik temel ve etik ilke ihlali durumlarının da olabileceğini dikkate alarak ihlalin niteliğine göre cezanın hafifletilmesine, kanımızca isabetli bir şekilde imkân vermiştir. Suç ve cezanın kanuniliği ilkesi kişilerin hangi fiillerinin suç oluşturduğunun ve hangi cezaların öngörüldüğünün kanun metninden açık bir şekilde anlaşılabilmesini gerektirir.⁸¹ Konuyla ilgili dağınık şekilde düzenlenen hükümlerden, disiplin suçu olarak belirlenen fiillerin cezasının sicil ve listeden çıkarma yaptırımı olduğu ve fakat takdir yetkisi kapsamında daha hafif bir cezanın da tesis edilebileceği rahatlıkla anlaşılabilir. Kaldı ki bilirkişilik temel eğitimine katılarak sicil ve listeye kaydolan, bilirkişilik temel ve etik ilkelerine uygun bir şekilde bilirkişilik

⁷⁹ "Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan 'suçta ve cezada kanunilik' ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir...kanun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiille hangi hukuksal yaptırımın sağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir" (AYM, E.2016/182, K.2017/111, 14.06.2017, Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 120).

⁸⁰ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 119-122.

⁸¹ Artuk vd., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 163.

faaliyetinde bulunacağı konusunda yemin ederek⁸² göreve başlayan bilirkişiler, bilirkişilik mevzuatına aykırı fiillerinin hangi yaptırımları doğuracağını çok daha rahat bir şekilde öngörebileceklerdir. Gerek suç ve cezaların kanuniliği gerekse hukuki güvenlik ilkesi gereği önemli olan kişilere hangi disiplin cezalarının verilebileceğinin herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde düzenlenmesidir.⁸³ Bu yönüyle söz konusu düzenlemenin ve düzenleme ile tanınan geniş takdir yetkisinin kanunilik ilkesine aykırı olmadığı, ancak, disiplin suçu teşkil eden fiillerin ve bunların karşılığı olarak öngörülen yaptırımların bağımsız bir madde şeklinde düzenlenmesinin daha uygun olacağı ve anlaşılabilirliği kolaylaştıracağı kanısındayız.

2. Ölçülülük İlkesi Açısından Değerlendirme

Ölçülülük ilkesi, ulaşılmak istenilen amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasında ölçülü bir orantının bulunmasını gerektirir.⁸⁴ Bilirkişilik Kanunu'nun 13. maddesinde disiplin cezası teşkil eden fiillerin ağırlığına uygun bir kademelendirme yapılmaması nedeniyle, ölçülülük ilkesi açısından hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunun söylenebileceği ifade edilmiştir.⁸⁵ Bu görüşe katılmıyoruz. Şöyle ki, Bilirkişilik Kanunu m. 13, I'de disiplin suçu olarak düzenlenen bütün fiillerin yaptırımı olarak sicil ve listeden çıkarma cezası öngörülmüşse de Bilirkişilik Kanunu m. 13, II hükmü ile tanınan takdir yetkisi ile

⁸² Bilirkişilik listelerine kayıtlı bilirkişiler bilirkişilik bölge kurulu veya bulunduğu yer il adli yargı adalet komisyonu huzurunda, listelere kayıtlı olmayan bilirkişiler ise bilirkişilik görevlendirmesini yapan yargı organı huzurunda "*Bilirkişilik görevimi sadakat ve özenle, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsız ve objektif bir biçimde yerine getireceğime, namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ederim*" şeklinde yemin ederek bilirkişilik faaliyetinde bulunmaya başlamaktadır (HMK m. 271, I-II). Yemin bilirkişinin görevini sadakatle yerine getirme yükümlülüğünün ayrılmaz bir parçasını teşkil etmekte olup, bilirkişinin tarafsızlığını, objektifliğini, doğruyu söyleme ödevini pekiştirici bir işlevi yerine getirir [Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanun Şerhi*, Cilt 3 (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 2781].

⁸³ Zor, "Ceza Hukuku," 217.

⁸⁴ Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002), 26-36.

⁸⁵ Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu*, 106-107.

söz konusu cezanın hafifletilmesi ve uyarma ya da bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma şeklide alt cezaların verilmesi imkânı sağlanmıştır. Disiplin cezaları bakımından üç kademe söz konusu olduğu gibi, geçici süreyle listeden çıkarma yaptırımının farklı sürelerin belirlenmesi şeklinde kendi içinde de derecelendirilmesi mümkündür.

Bilirkişilik Kanunu m. 13, I'de disiplin suçu olarak düzenlenen fiillere bakıldığında genelinin bilirkişilik temel ve etik ilkelerinin ihlali niteliğindeki fiil ve davranışlara ilişkin olduğu görülmekte, temel ve etik ilkelerinin bilirkişilik faaliyetlerindeki önemine binaen de söz konusu ilkelerin ihlalinin disiplin suçu olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Getirilen düzenleme ile cezanın hafifletilerek alt düzeydeki cezaları uygulama konusunda bölge kuruluna tanınan takdir yetkisinin ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde kullanılması ile somut olayın özelliğine uygun, ihlalin ağırlığı ile orantılı cezaların uygulanması ve böylelikle cezaların kademelendirilmesi sağlanabilecektir. Uygulamada çok farklı durumların yaşanması söz konusu olabileceğinden kazuistik bir yöntem yerine somut olayın özelliğine göre cezanın türünü belirlemede geniş bir takdir yetkisi tanınması yerinde olmuştur. Söz konusu düzenleme tarzının kanunun temel felsefesi ve amacına uygun olduğu düşüncesindeyiz. Buna karşılık bilirkişilik sicil ve listesine kayıtlı olmayan bilirkişiler için Bilirkişilik Kanunu m. 14, VI hükmünde öngörülen “bilirkişilik yapmaktan yasaklanma” yaptırımı için aynı şeyleri söylemek mümkün değildir. Zira burada herhangi bir takdir yetkisi tanınmayarak tek bir yaptırım türünün belirlenmiş olması, suç ve ceza arasında makul bir dengenin sağlanmasına engel olacağından, hakkaniyete ve ölçülülük ilkesine aykırı durumlar yaşanabilecektir.⁸⁶

Bilirkişilik Kanunu m. 13, II'ye göre takdir yetkisi kullanılarak disiplin cezasının türü belirlenirken ölçülülük ilkesi çerçevesinde suç ve ceza arasında makul bir denge kurulmalı; disiplin suçu teşkil eden fiilin ağırlığı, fiilin bilirkişilik sisteminin işleyiş ve düzenini hangi ölçüde olumsuz etkilediği dikkate alınarak, takdir yetkisinin sınırları içerisinde, gerekçeli bir şekilde cezanın türü tayin

⁸⁶ Bkz. aşağı II, C, 4'te yapılan açıklamalar.

edilmelidir.⁸⁷ Somut olayın özelliği, ihlalin niteliği, ağırlık derecesi, bilirkişinin uzmanlığı, mevzuata aykırılıklardaki niyet ve kastı, daha önce gerçekleştirmiş olduğu bilirkişilik faaliyetleri ve bu kapsamda performans ve disiplin kayıtları, tekerrür hali dikkate alınmalıdır.⁸⁸ Disiplin suçunun tekerrürü halinde, daha önce tesis edilen disiplin cezasından bir derece daha ağır verilmesi suretiyle disiplini bozan fiil ve davranışlarda ısrar eden bilirkişinin cezalandırılması uygun olur. Daha önce uyarma cezası verilmişse, tekerrür halinde geçici olarak sicil ve listeden çıkarma cezası verilebilir. Yine daha önce geçici olarak sicil ve listeden çıkarma cezası verilmişse tekerrür halinde geçici uzaklaştırma cezasının süresi artırılabilir. Geçici uzaklaştırma cezası en fazla bir yıla kadar verilebildiğinden, takdir yetkisinin geçici uzaklaştırma cezası verilmesi yönünde kullanıldığı hallerde somut olayın özelliğine göre bir hafta, iki hafta, bir ay gibi kısa süreli cezalardan başlamak ve tekerrür halinde bu süreyi artırmak şeklinde bir yöntem izlenebilir. Bu noktada daha önce kesinleşen cezalar dikkate alınmalı, masumiyet karinesi gereği henüz kesinleşmemiş cezalar ise dikkate alınmamalıdır.⁸⁹

C. Yaptırım Türleri

Bilirkişilik Kanunu'nda sicil ve listeye kayıtlı bilirkişiler için öngörülen "sicil ve listeden çıkarma", "bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma", "uyarma" cezası şeklinde, sicil ve listeye kayıtlı olmayan bilirkişiler için öngörülen "bilirkişilik yapmaktan yasaklanma" cezası şeklinde dört yaptırım türü bulunmaktadır.

1. Sicil ve Listedene Çıkarma Cezası

Bilirkişilik Kanunu m. 13, I'de bilirkişilik sicil ve listesine kayıtlı bir bilirkişi tarafından işlenen disiplin suçunun cezası "sicil ve listeden çıkarma" olarak belirlenmiştir. Bilirkişilik Kanunu'ndaki en ağır disiplin cezası sicil ve listeden

⁸⁷ Boz, "Memur Disiplin," 24; Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 105-106; Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku*, 660.

⁸⁸ Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik*, 142; Tanrıver, *Medenî Usûl*, 1081; Toraman, *Bilirkişi İncelemesi*, 449.

⁸⁹ Zor, "Ceza Hukuku," 226.

çıkarma cezasıdır. Bilirkişilik Kanunu m. 13, II ve Bilirkişilik Yönetmeliği m. 62, III hükmünde “ihlalin niteliğine göre” sicilden ve listeden çıkarma yaptırımı yerine uyarma veya bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma cezasının uygulanabileceği belirtilmiştir. Böylece bölge kuruluna disiplin suçu işleyen bilirkişiye verilecek disiplin cezasının hafifletilerek, sicil ve listeden çıkarma cezası yerine geçici süreyle listeden çıkarma veya uyarma cezası verilmesi konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.⁹⁰

Uygulamada genellikle bilirkişilere verilen sicil ve listeden çıkarma cezaları hafifletilmekte ve alt ceza olarak öncelikle uyarma, sonrasında da geçici süreyle sicil ve listeden çıkarma cezaları verilmektedir. Buna karşılık, daha önce alt ceza olarak geçici süreyle sicil ve listeden çıkarma cezalarının verildiği,⁹¹ iddiaların niteliğinin önemli olduğu,⁹² ağır ihlallerin olduğu,⁹³ sayısal olarak ihlalin fazla

⁹⁰ Öğretide kurula sınırları belirlenmemiş bir takdir yetkisi tanınmasının hukuki belirlilik ilkesi açısından Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür (bkz. Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 115).

⁹¹ “...bilirkişi’in, dosyayı, eklerini ve raporunu yasal süreler içerisinde mahkemeye teslim etmeyerek bu şekilde üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmediği ve yargılamaların sürüncemede kalmasına neden olduğu anlaşılma, hakkında daha önce Bilirkişilik Bölge Kurulumuzca verilen kararlar da göz önünde bulundurularak, bilirkişi’in, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu’nun 13/1 ve 13/1-b maddeleri gereğince bilirkişilik sicilinden ve Bilirkişilik Bölge Kurulumuzca oluşturulan bilirkişi listesinden ÇIKARILMASINA” (Antalya Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2020/98, 08.07.2020, erişim tarihi, Mayıs 13, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

⁹² “...söz konusu iddiaların niteliği ile önem ve mahiyeti dikkate alındığında bu aşamada bilirkişilik görevini yürütmesinin ileride telafisi güç veya imkansız zararlara neden olabileceği sonuç ve vicdani kanaatine varılarak, bilirkişilik sicilinden ve listesinden çıkarılmasına dair aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir” (Sakarya Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2021/30, 28.01.2021, erişim tarihi, Mayıs 13, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

⁹³ “...eylemin Bilirkişilik Yönetmeliği’nin 10. Maddesinde düzenlenen saygınlık ve güven ve 12. Maddesinde düzenlenen menfaat elde etme yaşağı ilkelerinin ağır biçimde ihlali niteliğinde olduğu sonuç ve kanaatine varılmakla, ihlale konu eylemin niteliğine göre 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu’nun 13/1-c maddesi uyarınca sicil ve listeden çıkarılmasına” (İstanbul Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2021/63, 22.01.2021, erişim tarihi, Mayıs 13, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

olduğu,⁹⁴ herhangi bir savunmanın verilmediği⁹⁵ gibi hallerde ise bilirkişi hakkında en ağır ceza olarak sicil ve listeden çıkarma cezası uygulanmaktadır.

2. Geçici Olarak Listedenden Çıkarma Cezası

Geçici olarak listeden çıkarma cezası, en ağır ceza olan sicil ve listeden çıkarma cezası ile en hafif ceza olan uyarma cezası arasındaki ceza türüdür. Geçici olarak listeden çıkarma cezası, genellikle, bilirkişiye daha önce uyarma cezası verilen haller,⁹⁶ daha kısa süreli geçici olarak listeden çıkarma cezası verilen

⁹⁴ "...bilirkişinin kendi savunmasında da kabul ettiği şekilde Kurulumuzca tespiti yapılan 78 dosya da dahil olmak üzere bu kural ihlalinin defalarca ihlal ettiği görüldüğünden hakkında aynı maddenin 2. Fıkrasının uygulanmasına gerek bulunmadığı ve..... 6754 sayılı Kanununun 13/1-c maddesi uyarınca bilirkişilik sicilinden ve listesinden çıkarılmasına karar verilmesi gerektiği kanaatine varılarak" (Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2020/87, 20.02.2020, erişim tarihi, Mayıs 13, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

"...ile bilirkişilik temel ve etik ilkelerine aykırılığın birden çok tekrarlanması, ilgilinin hazırlamış olduğu raporların hükme esas alınacak mahiyette bulunmadığından tekrar rapor aldırılması nedeniyle yargılamaların sürüncemede kalmasına sebebiyet verilmesi, dosya kapsamı ve ihlal edilen kuralın niteliğine göre Bilirkişilik Kanununun 13/2 maddesindeki sicilden ve listeden çıkarma yaptırımı yerine uyarma veya bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma yaptırımının uygulanmayarak, takdiren 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 13/1.c ve ç maddeleri gereğince bilirkişi'ın, Konya Bilirkişilik Bölge Kurulu listesinden ve bilirkişilik sicilinden çıkarılmasına karar vermek gerektiği" (Konya Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2021/146, 29.01.2021, erişim tarihi, Mayıs 13, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

⁹⁵ "...Kanuni bir sebep olmaksızın bilirkişilik yapmaktan kaçınılması veya raporun belirlenen süre içinde mazeretsiz olarak verilmemesi" hükmü gereğince İŞLEM YAPILMASINA ve İZMİR BÖLGE BİLİRKİŞİ SİCİL VE LİSTESİNDEN ÇIKARILMASINA, 2-) 6754 sayılı Kanun'un 13/2. maddesinde geçen; "Birinci fıkranın (b), (c), (ç) ve (d) bentlerinde belirtilen hâllerde ihlalin niteliğine göre sicilden ve listeden çıkarma yaptırımı yerine uyarma veya bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma yaptırımı uygulanabilir" hükmünün uygulanmasına ilgilinin herhangi bir savunma vermemesi ve takdir hakkına istinaden YER OLMADIĞINA" (İzmir Bilirkişilik Bölge Kurulu, K. 2021/160, 23.03.2021, erişim tarihi, Mayıs 13, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

⁹⁶ "...uyarı disiplin cezası verildiği, ilgili hakkında aynı şikayetin geldiği görülmekle bilirkişi'ın liste ve sicilden sürekli çıkarılma yerine bu seferlik Bilirkişilik Kanunu 13/1-b, 13/2 maddeleri, Bilirkişilik Kanun Yönetmeliği'nin 48/1-b, 62/2 ve 3 maddeleri gereğince 6 ay süre ile geçici olarak listeden ve sicilden ÇIKARILMASINA" (Adana Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2019/336, 11.10.2019, erişim tarihi, Mayıs 13, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

haller⁹⁷ ile disiplin suçunun ilk kez işlenmesinde bilirkişiye uyarma cezası verilmesinin somut olayın özelliğine göre hafif kalacağı hallerde⁹⁸ verilmektedir.

Geçici olarak listeden çıkarma cezası bir yıla kadar verilebilmektedir (BilK m. 13, II). Uygulamada bölge kurulları tarafından geçici uzaklaştırma cezası verilirken takdir yetkileri dahilinde bir aylık, iki aylık, üç aylık, altı aylık, bir yıllık sürelerle geçici olarak listeden çıkarma cezası verildiği, sürelerin belirlenmesinde,

⁹⁷ “...daha önce Bilirkişilik Bölge Kurulumuzun 28/06/2019 tarih, 2019/23 toplantı, 2019/166 karar nolu kararı ile Antalya Bilirkişilik Bölge Kurulu bilirkişi listesinden 1 (Bir Ay) süre ile geçici olarak çıkarılmasına dair verilen kararda göz önünde bulundurularak, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 13/1-c ve 13/2 maddeleri gereğince, Antalya Bilirkişilik Bölge Kurulu bilirkişi listesinden 3 (Üç) ay süre ile GEÇİCİ OLARAK ÇIKARILMASINA” (Antalya Bilirkişilik Bölge Kurulu, K. 2020/108, 16.07.2020, erişim tarihi, Mayıs 13, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

⁹⁸ “...dosyaların iade sürecindeki gecikmenin uzunluğu ve ihlalin ağırlığı nedeniyle en alt düzeydeki “uyarma” disiplin yaptırımının da yetersiz kalacağı değerlendirildiğinden; disiplin yaptırımlarındaki “ölçülülük” ve “yaptırımın eylem ile orantılılığı” ilkeleri uyarınca adı geçen bilirkişi hakkında ihlallerin niteliğine göre takdiren 3 (üç) ay süreyle bilirkişilik listesinden ve sicilden geçici olarak çıkarılmasına karar verilmiştir” (Diyarbakır Bilirkişilik Bölge Kurul, K.2020/94, 02.09.2020, erişim tarihi, Mayıs 13, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

“...Bilirkişiye atfedilen bu davranışın 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu’nun 13/1.b ve c maddeleri gereğince bilirkişilik sicilinden ve listesinden çıkarılma yaptırımını gerektirdiği, ancak dosya kapsamı ve ihlal edilen kuralın niteliği, ilgili hakkında önceden herhangi bir disiplin cezasının bulunmaması hususları dikkate alınarak “bilirkişilikten çıkarma” yaptırımının bu aşamada ağır bir yaptırım olacağı değerlendirildiğinden sicilden ve listeden çıkarma yaptırımı yerine adı geçen bilirkişi hakkında 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 13/2. maddesi gereğince taktiren 3 ay süreyle geçici olarak Konya Bilirkişilik Bölge Kurulu listesinden çıkarılması yaptırımının yeterli olacağı kanaatine varılmış” (Konya Bilirkişilik Bölge Kurulu, K. 2020/42, 03.07.2020, erişim tarihi, Mayıs 13, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

“...bilirkişinin kanuni bir sebep olmadan görevi kabul yükümlülüğüne aykırı davranışının sübuta ermiş olması nedeniyle, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu’nun m. 13(1)-b, 13(2) ve Bilirkişi Yönetmeliği’nin m. 48(1)-b ve 48(2) hükümleri gözetilerek, ihlalin niteliğine göre sicilden ve listeden çıkarma yaptırımı yerine ilgilinin takdiren 6 (altı) aylık süreyle bilirkişilik listesinden geçici olarak çıkarılmasına karar vermek gerekmiştir” (Diyarbakır Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2020/14, 12.03.2020, erişim tarihi, Mayıs 13, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

daha önce verilen uyarma cezaları,⁹⁹ somut olayın özellikleri,¹⁰⁰ ihlalin niteliği ve sayısı¹⁰¹ gibi hususlar ile bilirkişi raporunun belirlenen süre içinde mazeretsiz olarak verilmemesi suçunda (BilK m. 13, I-b) gecikilen sürenin¹⁰² dikkate alındığı görülmektedir.

3. Uyarma Cezası

Bilirkişi hakkında verilebilecek en hafif ceza, manevi nitelikte bir ceza olan uyarma cezasıdır.¹⁰³ Ölçülülük ilkesi gereği disiplin suçu teşkil eden fiil ve davranışın niteliği ve ağırlığı dikkate alınarak, bununla orantılı bir cezanın verilmesi gerektiğinden, somut olayın özelliği daha ağır bir ceza verilmesini

⁹⁹ “bilirkişinin Kurulumuzun 25/09/2020 Tarih ve 2020/9 Toplantı- 2020/141 Karar sayılı kararıyla hakkında uyarma yaptırımı uygulanmasına karar verildiği, dikkate alındığında, bilirkişi hakkında yeniden uyarma yaptırımı uygulanmasının yetersiz kalacağı, sicilden ve listeden çıkarma yaptırımının ise ağır olacağı kanaatine varılmakla, alt sınırdan uzaklaşarak, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 13/1-c ve 2 maddeleri gereğince bilirkişi’ün, taktiren 1 (Bir) Ay süreyle Kurulumuz bilirkişi listesinden geçici olarak çıkarılmasına” (Gaziantep Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2021/79, 19.03.2021, erişim tarihi, Şubat 2, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

¹⁰⁰ “bilirkişinin daha önce de geç rapor sunmuş olması nedeniyle Kurulumuz kararı ile yaptırma maruz kalması ile dosya kapsamı dikkate alınarak hakkında 6 (ALTI) ay süre ile geçici olarak bilirkişi listesinden çıkarılmalarına yönelik aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.” (Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2019/624, 26.04.2019, erişim tarihi, Şubat 2, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

¹⁰¹ “...sicilden ve listeden çıkarma yaptırımı yerine adı geçen bilirkişi hakkında iki ayrı dosyada raporun belirlenen sürede içinde verilmemesi kuralını ihlal ettiği de dikkate alınarak 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 13/2. maddesi gereğince taktiren 5 ay süreyle geçici olarak Konya Bilirkişilik Bölge Kurulu listesinden çıkarılma yaptırımının yeterli olacağı kanaatine varılmış” (Konya Bilirkişilik Bölge Kurulu, K. 2019/50, 17.05.2019, erişim tarihi, Şubat 2, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

“...bilirkişinin savunması ve ihlalin niteliğine göre 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu’nun 13/1-c Maddesi yollamasıyla 13/2. Maddesi uyarınca 6 ay süre ile geçici olarak bilirkişi listesinden çıkarılmasına” (İstanbul Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2019/94, 22.02.2019, erişim tarihi, Mayıs 13, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

¹⁰² “bilirkişilikten çıkarma” yaptırımının bu aşamada ağır bir yaptırım olacağı, aynı Kanunun 13/2 maddesi uyarınca bu yaptırım yerine dosya kapsamı, rapor hazırlanmasında gecikilen süre dikkate alınarak 6754 sayılı Kanunun 13/2 maddesi uyarınca 2 (İKİ) ay süre ile geçici olarak bilirkişilik listesinden çıkarılması” (Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2020/115, 12.03.2020, erişim tarihi, Şubat 2, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

¹⁰³ Günal, “Disiplin Cezaları”, 192.

gerektirmedikçe, bilirkişi tarafından ilk kez disiplin suçu işlendiğinde bilirkişiye uyarma cezası verilmesi yerinde olacaktır.

Uygulamada, bilirkişilik bölge kurulları tarafından, daha önce herhangi bir disiplin cezasının alınmadığı,¹⁰⁴ savunmaya itibar edildiği,¹⁰⁵ ağır bir ihlalin söz konusu olmadığı,¹⁰⁶ mevzuata uygun bilirkişilik görevlendirilmesinin

¹⁰⁴ "...ancak Bilirkişilik Kanununun 13/2 maddesinde eylemin niteliğine göre sicilden kalıcı çıkarma yaptırımı yerine uyarma veya 1 yıla kadar geçici süreyle bilirkişilik listesinden çıkarma kararı verilebileceğinin düzenlenmesi gözetilerek, ilgilinin daha önce disiplin yaptırımına maruz kalmayışı ve ihlalin niteliği dikkate alınarak ilgili hakkında uyarma cezası verilmesinin hakkaniyete uygun olacağı değerlendirilmiştir" (Samsun Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2021/205, 20.09.2021, erişim tarihi, Şubat 2, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

¹⁰⁵ "...ilgilinin savunma dilekçesi ekinde sunduğu sağlık raporuna göre süreçte ameliyat olarak 2 ay istirahat kullandığı, ameliyat öncesi dönemde de rahatsızlığının bulunacağı hayatın olağan akışına göre söz konusu olacağından kendisine verilecek disiplin cezasının daha alt bir yaptırıma dönüştürülerek bu seferlik ilgilinin uyarma cezasıyla cezalandırılmasının uygun olacağı değerlendirilmiştir" (Samsun Bilirkişilik Bölge Kurulu, K. 2019/143, 22.03.2019, erişim tarihi, Mayıs 13, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

¹⁰⁶ "...Kanunlarda yer alan kurallar uygulanmak için mevzuata kazandırılmış olup, "kanun maddesi zaten uygulanmıyor veya uzun yıllardır uygulanmadı veya mahkemelerde bu şekilde kabul ediliyor" şeklindeki gerekçenin yapılan kural ihlaline mazeret olarak gösterilemeyeceği, yukarıda da belirtildiği şekilde 6754 sayılı Kanununun mevzuata kazandırılması amacının esas olarak bu tür hatalı işlemleri engellemek olduğu, ihlal edilen kuralın niteliği ve sonucu ile dosya kapsamı dikkate alındığında "bilirkişilikten çıkarma" yaptırımının bu aşamada ağır bir yaptırım olacağı, aynı Kanunun 13/2 maddesi uyarınca bu yaptırım yerine dosya kapsamı, ihlal edilen kuralın niteliği ve bilirkişilerin savunması dikkate alınarak "uyarma" yaptırımının yeterli olacağı kanaatine varılarak aşağıdaki şekilde karar verilmiştir" (Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2019/1082, 19.12.2019, erişim tarihi, Şubat 2, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

yapılmadığı,¹⁰⁷ yapılan ihlallerin tekrarlanmayacağı kanaatinin oluştuğu¹⁰⁸ gibi hallerde, genellikle en hafif ceza olarak uyarma cezası verilmektedir.

4. Bilirkişilik Yapmaktan Yasaklanma Cezası

Bilirkişilik faaliyetinde bulunulabilmesi için kural olarak bilirkişilik sicil ve listesine kayıtlı olmak gerekmektedir. İki istisnai halde bilirkişilik sicil ve listesine kayıtlı olunmadığı halde bilirkişilik faaliyetinde bulunulabilmesi mümkündür. Birincisi bilgisine başvurulacak uzmanlık alanında bilirkişi bulunmaması halinde listelerin dışından bilirkişiliğe kabul şartlarını taşıyanlar arasından görevlendirme yapılabilmektedir (BilK m. 12, VI; BilY m. 50, IV¹⁰⁹). İkincisi de muafiyet

¹⁰⁷ "...dosya kapsamı ile bilirkişi atamaya yetkili makamca mevzuata uygun görevlendirme yapılmaması gibi hafifletici nedenler dikkate alınarak bilirkişilerin 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 13/1-b,2. maddesi uyarınca UYARILMALARINA karar verilmesinin yeterli olacağı kanaatine varılmış" (Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2019/79, 14.03.2019, erişim tarihi, Mayıs 13, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

"...her ne kadar 6754 sayılı Kanununun 13. Maddesindeki temel yaptırım "BİLİRKİŞİLİK SİCİLİ VE LİSTESİNDEN ÇIKARMA" yaptırımı ise de, dosyanın kapsamı, bilirkişi görevlendirmeye yetkili makamca mevzuata uygun görevlendirme yapılmamış olması ve bilirkişi raporunun niteliği dikkate alınarak bilirkişi hakkında aynı maddenin 2. Fıkrası gereğince UYARMA yaptırımının yeterli olacağı kanaatine varılmış" (Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2019/1083, 19.12.2019, erişim tarihi, Şubat 2, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

¹⁰⁸ "...mercilerinin de hatalı uygulamalarının bulunması, bilirkişilik sisteminin henüz tam olarak anlaşılammış olması ve yapılan ihlallerin tekrarlanmayacağı düşünceleriyle 6754 S.K.'un 13/1-2 maddesi de gözetilerek ilgili hakkında UYARMA cezasının verilmesinin hakkaniyete uygun olacağı" (Samsun Bilirkişilik Bölge Kurul, K.2020/275, 30.10.2020, erişim tarihi, Şubat 2, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

¹⁰⁹ Bilirkişilik Yönetmeliği m. 50, IV'e göre "Bölge kurulunun hazırladığı listede bilgisine başvurulacak uzmanlık alanında bilirkişi bulunmaması hâlinde, diğer bölge kurullarının listelerinden, burada da bulunmaması halinde listelerin dışından bilirkişiliğe kabul şartlarını haiz kişiler arasından görevlendirme yapılabilir. Listelerin dışından görevlendirilen bilirkişiler, bölge kuruluna bildirilir. Liste dışından görevlendirilen bilirkişinin, bilirkişilik yapma şartlarını taşımadığının bölge kurulu tarafından tespiti halinde, bu kişi UYAP'a kaydedilmez ve durum görevlendirmeyi yapan mercie bildirilir."

listesinde¹¹⁰ kayıtlı olan bilirkişiler, bilirkişilik sicil ve listesine kayıtlı olmadıkları halde bilirkişilik faaliyetinde bulunabilmektedirler.

Disiplin suçunun bilirkişilik sicil ve listesine kayıtlı olmayan bir bilirkişi tarafından işlenmesi halinde, tek bir yaptırım türü olarak Bilirkişilik Kanunu m. 14, VI'da "bilirkişilik yapmaktan yasaklanma" cezası öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: "*Bilirkişilik sicili ve listesinde kayıtlı olmayıp da 12 nci maddenin altıncı fıkrası uyarınca görevlendirilenler ile listeye kaydolmaktan muaf tutulanlar, 3 üncü maddede belirtilen temel ilkeler ile etik ilkelere aykırı olarak bilirkişilik faaliyetinde bulduklarının tespit edilmesi hâlinde, bölge kurulu kararıyla bilirkişilik yapmaktan yasaklanabilir*".¹¹¹ Bilirkişilik yapmaktan yasaklanma cezaları, yaptırım kararının Bilirkişilik Daire Başkanlığı tarafından ilan edilmesi (BiLY m. 62, IV, c. 2) ve bilirkişinin UYAP sistemindeki kaydının pasif hale getirilmesi suretiyle uygulanır (BiLY m. 63, III).

Öğretide bir görüşe göre her ne kadar Bilirkişilik Kanunu m. 14, VI'de tek bir yaptırım türü öngörülmüşse de etik ilke ihlali doğrudan mutlak bir şekilde bilirkişilik yapmaktan yasaklanmayı gerektirmediğinden, bölge kurulunun, sicil ve listeye kayıtlı olmayan kişiler bakımından da uyarma veya geçici süre bilirkişilikten yasaklanma şeklinde bir yaptırıma da karar verebilmesi

¹¹⁰ "Bilirkişilik Daire Başkanlığı ve görevleri" başlıklı Bilirkişilik Kanunu m. 6, I-e: "*Alanlarındaki uzmanlıkları ve bilimsel yeterliliklerini dikkate alarak bilirkişilik temel eğitiminden veya listeye kaydolmaktan muaf tutulacaklara ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu kişilerin listesini oluşturmak ve yayımlamak.*"

"Muafiyet listesi" başlıklı Bilirkişilik Yönetmeliği m. 47: "*Muafiyet listesi, Daire Başkanlığınca oluşturulan ve alanlarındaki uzmanlıkları ve bilimsel yeterlilikleri dikkate alınarak, sicile ve listeye kaydolmaktan muaf tutulanların yer aldığı listedir.*"

¹¹¹ Bilirkişilik Yönetmeliği m. 62, IV: "*Bilirkişilik sicili ve listesinde kayıtlı olmayıp da 50 nci maddenin dördüncü fıkrası uyarınca görevlendirilenler ile listeye kaydolmaktan muaf tutulanlar, temel ilkeler ile etik ilkelere aykırı olarak bilirkişilik faaliyetinde bulduklarının tespit edilmesi hâlinde, görevlendirmeyi yapan merciin yetki çevresinde bulunan bölge kurulu tarafından resen veya başvuru üzerine denetim ve incelemeye tabi tutularak, bölge kurulu kararı ile bilirkişilik yapmaktan yasaklanabilir. Bu karar, ilan edilmek üzere Daire Başkanlığına bildirilir.*" Bu düzenlemeye göre bilirkişilik sicil ve listesine kayıtlı olmayan bilirkişiler hakkında denetim yapma ve disiplin yaptırımı uygulama konusunda yetkili bölge kurulu, bilirkişilik görevlendirmesini yapan yargı organının bağlı bulunduğu bilirkişilik bölge kuruludur.

mümkündür.¹¹² Bilirkişilik bölge kurulları tarafından, Bilirkişilik Kanunu m. 13 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle bu yönde verilen kararlar bulunmaktadır.¹¹³

Başka bir görüşe göre ise, Bilirkişilik Kanunu m. 14, VI'daki "bilirkişilik yapmaktan yasaklanabilir" şeklinde emredici olmayan bir ifade kullanıldığından, bilirkişilik sicil ve listelerine kayıtlı olmayan bilirkişiler hakkında bölge kurulunun, yaptırım kararı verme veya herhangi bir yaptırım kararı uygulamama konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.¹¹⁴ Bu görüşe göre takdir yetkisi yaptırım uygulama yönünde kullanılırsa tek bir yaptırım olarak öngörülen bilirkişilik

¹¹² Toraman, *Bilirkişi İncelemesi*, 450.

¹¹³ "...6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 14/6. Maddesinin uygulanarak "bilirkişilikten yasaklama" kararı verilmesi gerekmekte ise de, dosya kapsamı ve ihlal edilen kuralın niteliği dikkate alındığında yasaklama (süresiz) kararının bu aşamada ağır bir yaptırım olacağı, ve hakkında listeye kayıtlı bilirkişiler için yaptırım maddesi olan 13. Maddesinin kıyasen uygulanabileceği değerlendirilerek UYARMA yaptırımının yeterli olacağı" (Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2019/662, 16.05.2019, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>, erişim tarihi: 10.02.2024).

"...bu hükme göre haricen atanan bilirkişilere uygulanması gereken tek yaptırımın YASAKLAMA (süresiz) olarak düzenlendiği, 2018 yılı itibariyle liste harici bilirkişi olan'ın yukarıda belirtildiği şekilde bilirkişilik yapmaktan kaçındığı için hakkında YASAKLAMA kararı verilmesi gerekmekte ise de, bu aşamada süresiz olarak bilirkişilik yapmaktan yasaklanma yaptırımının ağır bir yaptırım olacağı ve hakkında kıyasen 6754 sayılı Kanununun 13/2 maddesinin uygulanabileceği değerlendirildiğinden" (Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2019/16, 19.01.2019, erişim tarihi, Şubat 2, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

"...listeye kayıtlı olmayan Bilirkişi için "listeden çıkarma" yaptırımının uygulanmasının bu aşamada ağır bir yaptırım olacağı, dosya kapsamı dikkate alınarak 2018 yılı Kurulumuz bilirkişi listesinde kayıtlı olmayan hakkında aynı Kanununun 13. maddesinin kıyasen uygulanarak 6 (altı) ay süreyle bilirkişilik yapmaktan yasaklanmasına karar verilmesi gerektiği kanaatine varılmış" (Sakarya Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2018/6, 13.01.2019, erişim tarihi, Mayıs 13, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

"6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 14/6. Maddesinde yazılı süresiz YASAKLAMA kararı verilmesi gerekmekte ise de, eylemin süresiz yasaklama boyutuna ulaşmadığı, bilirkişinin halen listede kayıtlı bilirkişi olmadığı ve lehine olan aynı Kanununun 13/2.maddesindeki geçici çıkarma yaptırımının kıyasen uygulanabileceği değerlendirilerek, dosya kapsamı ile yargılamanın uzamasına sebebiyet verilen süre de göz önünde bulundurulmak suretiyle hakkında 6754 sayılı Kanununun 13/1-b, 2. Maddesi kıyasen uygulanarak, 6754 sayılı Kanununun 14/6 maddesi uyarınca 7 ay süre ile bilirkişilik yapmaktan yasaklanmasına karar verilmesi gerektiği, Kanaatine varılmış" (Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu, K.2019/580, 21.03.2019, erişim tarihi, Şubat 2, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>).

¹¹⁴ Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu*, 123.

yapmaktan yasaklanma cezasının uygulanması gerekli olup, başka bir yaptırım türü ile cezalandırma mümkün değildir.

Her iki görüşe de katılmıyoruz. Kanımızca disiplin cezaları bakımından cezada kanunilik ilkesinin kesin bir şekilde uygulanması gerektiğinden, Bilirkişilik Kanunu m. 14, VI'da tek yaptırım türü olarak belirlenen bilirkişilik yapmaktan yasaklanma dışında bir yaptırımın uygulanması mümkün değildir. Ayrıca bölge kurulunun yaptırım uygulayıp, uygulamama konusunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.¹¹⁵ Disiplin suçu işlendiğinde tek yaptırım türü olan bilirkişilik yapmaktan yasaklanma cezasının verilmesi gerekir. Sicile kayıtlı olmayanlar bakımından "bilirkişilik yapmaktan yasaklanma" biçiminde tek bir disiplin cezasının öngörülmesinin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu, temel ve etik kurallara çok hafif bir aykırılığın bile bilirkişilikten tümüyle yasaklanma biçiminde ölçsüz bir sonucu doğuracağı ifade edilmiştir.¹¹⁶ Kanımızca da tümüyle yasaklanma biçiminde tek bir yaptırımın öngörülmesi ölçülülük ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Kaldı ki sicil ve listeye kayıtlı bilirkişilere daha alt cezaların uygulanmasına imkân tanınırken, sicil ve listeye kayıtlı olmayan bilirkişilere daha alt cezaların uygulanmasına imkân tanınmayarak, bu kişilerin tümüyle bilirkişilik faaliyetinde bulunmalarının yasaklanması eşitlik ilkesine de aykırıdır. Sicil ve listeye kayıtlı bilirkişiler hakkındaki düzenlemeye uygun şekilde somut olayın özelliğine, ihlalin niteliğine göre daha alt ceza olarak uyarma ve bir yıla kadar geçici süreyle bilirkişilik yapmaktan yasaklanma biçiminde yaptırımların da uygulanmasına imkân veren değişikliklerin yapılması uygun olacaktır.

D. Yaptırım Kararının Bildirilmesi, Uygulanması ve Karara Karşı Başvuru Yolları

Bilirkişilik bölge kurulu tarafından verilen yaptırım kararlarının bilirkişi ve diğer ilgililere bildirilmesi ve kararın sonuçlarını doğurabilmesi için de

¹¹⁵ Bkz. yukarı II, A'da yapılan açıklamalar.

¹¹⁶ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 124.

uygulanması gerekir. Bölge Kurulu kararlarına karşı itiraz ve dava yoluna başvurmak mümkündür.

1. Yaptırım Kararının Bildirilmesi

Bilirkişi denetimi sonucunda verilen kararların tebliğine ilişkin olarak Bilirkişilik Yönetmeliği m. 63, II'de "*Karar bilirkişiye tebliğ edilir*" hükmüne, Bilirkişilik Yönetmeliği m. 27, II'de de "*Bölge kurulu kararları en geç on beş gün içinde yazılır ve yazıldığı tarihten itibaren bir hafta içinde ilgisine tebliğe çıkarılır*" hükmüne yer verilmiştir. Bölge kurulunun yaptırım kararları disiplin cezası verilen bilirkişiye ve ilgili olarak da şikâyet başvurusunda bulunan kişilere tebliğ edilir.¹¹⁷

Ayrıca yaptırım kararlarının bilirkişilik mevzuatında belirtilen yerlere de bildirilmesi gerekir. Buna göre kararın "*bilirkişinin görev yaptığı kamu kurum ve kuruluşlarına, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ve ilgili diğer yerlere*" bildirilmesi gerekir (BiY m. 62, VI).¹¹⁸ Yine bilirkişilik yapmaktan yasaklanma şeklindeki cezanın ilan yoluyla uygulanması gerektiğinden, kararın ilan edilmek

¹¹⁷ Ermenek vd., *Bilirkişilik Temel Eğitimi*, 121.

¹¹⁸ Söz konusu bildirimle bilirkişi tarafından işlenen fiilden haberdar olan kurum ve kuruluşlar, mensupları olan bilirkişinin fiilinin kendi mevzuatlarına göre bir disiplin suçu teşkil etmesi halinde, bilirkişinin fiil ve davranışını kendi mevzuatları çerçevesinde de disiplin soruşturmasına konu edebileceklerdir. Bir meslek odasına bağlı olarak veya kamuda memur olarak çalışan bilirkişiler hakkında, inceleme konumuzu teşkil eden bilirkişilik mevzuatı kapsamında gerçekleştirilecek denetim süreci ve bu mevzuatın öngördüğü disiplinler yaptırımlar dışında, bağlı buldukları oda veya kamu kuruluşu tarafından kendi mevzuatları çerçevesinde disiplin soruşturması yürütülmesi ve mesleki disiplin yaptırımlarının uygulanması da mümkündür (Çayan, *Medeni Usul*, 133; Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik*, 158; Tanrıver, *Medenî Usûl*, 1082-1083). Böyle bir durumda sahip olunan birden fazla statüye bağlı olarak, farklı kanunlara göre yürütülen soruşturma neticesinde verilen disiplin cezalarının, aynı fiil nedeniyle birden fazla ceza verilemeyeceği şeklindeki ilkeye aykırılığından söz edilemez (Zor, "Ceza Hukuku," 240, 244). Zira kişinin sahip olduğu her bir statü için farklı disiplin sorumluluğu olabilmekte ve buna bağlı olarak farklı mevzuatlar çerçevesinde yürütülen soruşturmalar neticesinde farklı disiplin cezaları verilebilmekte; tamamen birbirinden bağımsız olan soruşturmaların sonucu diğerini etkilememektedir (Zor, "Ceza Hukuku," 245). Disiplin soruşturmasının bağımsızlığı ilkesi gereği, bilirkişilik mevzuatı çerçevesinde bilirkişi hakkında yürütülen disiplin soruşturması, oda veya kamu kuruluşu tarafından yürütülen disiplin soruşturmasından bağımsız olduğu gibi, bilirkişi hakkında yürütülen ceza soruşturmasından da bağımsızdır (Boz, "Memur Disiplin," 32-33).

üzere Bilirkişilik Daire Başkanlığı'na bildirilmesi gerekir (BilK m. 14, VI, c. 2; BilY m. 62, IV, c. 2).

2. Yaptırım Kararının Uygulanması

Bilirkişi hakkında yaptırım kararı verilmesi ve bu kararın bilirkişiye bildirilmesiyle bilirkişinin statüsünde birtakım değişiklikler meydana gelecektir. Bilirkişi hakkında verilen yaptırım kararlarının bilirkişiye bildirilmeden uygulanması mümkün değildir. Yaptırım kararlarının nasıl ve ne zaman uygulanacağı Bilirkişilik Yönetmeliği'nin m. 62, IV; m. 63, I ve m. 73 hükümlerinden hareketle belirlenebilir.

Bilirkişilik Yönetmeliği m. 63, III'ün "*Bilirkişinin geçici veya sürekli olarak sicilden ve listeden çıkarılması ile bilirkişilik yapmaktan yasaklama kararına karşı yapılan itirazın bölge kurulunca reddedilmesi halinde, bu karar aleyhine idari yargı yoluna başvurulması durumunda ayrıca yürütmeyi durdurma kararı verilmedikçe ilgili, bilirkişilik yapmaktan el çektirilerek UYAP sistemindeki kaydı pasif hale getirilir*" şeklindeki hükmünden hareketle yaptırım kararlarının uygulanması için itiraz yoluna başvurulmaması veya yapılan itirazın bölge kurulu tarafından reddedilmesi gerektiği söylenebilir.

İdari yargıda iptal davası açılması, yürütmeyi durdurma kararı verilmedikçe, yaptırım kararının uygulanmasını durdurmaz (BilY m. 63, III); idari yargıda yürütmeyi durdurma veya iptal kararı alınmadıkça, ceza tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur¹¹⁹. Yaptırım kararının uygulanması için bölge kurulu kararının kesinleşmesi gerekmekte, sadece yaptırım konusunda kurulun nihai kararını vermiş olması yeterli olmaktadır. Yaptırım kararına karşı kurul nezdinde süresi içinde BilK m. 15'e göre itiraz yoluna başvurulmaması veya yapılan başvurunun kurul tarafından reddedilmesi halinde yaptırım kararı uygulanacaktır.¹²⁰ Nitekim Bilirkişilik Yönetmeliği m. 63, III'te "*itirazın bölge kurulunca reddedilmesi halinde*" ifadesine; m. 73, II'de disiplin soruşturma kaydında yer alacak hususlar arasında "*nihai karar sonucu ve tarihi*"ne yer verilerek, yaptırım

¹¹⁹ Alkan, *Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu*, 142; Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu*, 190.

¹²⁰ Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu*, 190.

kararın uygulanması için kurulun bu konuda nihai kararını vermiş olması gereğine dolaylı olarak işaret edilmiştir.

Bütün disiplin cezalarının öncelikle bilirkişilik bölge kurulu tarafından disiplin soruşturma kaydına işlenmesi gerekmektedir (BilY m. 73). Uyarma cezalarının uygulanması için cezanın disiplin soruşturma kaydına işlenmesi dışında yapılması gereken başkaca herhangi bir iş ve işlem bulunmamaktadır. Uyarma cezasının disiplin soruşturma kaydına işlenmesinin, bilirkişinin yürütmekte olduğu ve ileride yürüteceği bilirkişilik faaliyetlerine doğrudan herhangi bir etkisi olmayacaktır.

Uyarma dışındaki diğer disiplin cezalarında ise doğal olarak sadece disiplin soruşturma kaydına cezanın işlenmesi cezanın uygulanması için yetmemekte, cezaların etkisini doğurabilmesi için sicil ve listeden çıkarma işlemlerinin yapılması, UYAP kaydının pasif hale getirilmesi, ilân gibi başkaca iş ve işlemlerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Bilirkişilerin sicile ve listeye kaydedilmesine karar vermek, sicile kayıtlı bilirkişilerin temel ve alt uzmanlık alanlarına göre bölge listesini oluşturmak ile bilirkişilerin sicil ve bölge listesinden çıkarılmasına karar verme bölge kurulunun görevi iken (BilY m. 21, I-b, c ve ç); *“Bilirkişilik sicilini ve listesini tutmak”* (BilY m. 19, I-n) ile *“Bilirkişilik listelerinden çıkarılanlar ile bilirkişilik yapmaktan yasaklananların listesini tutmak ve elektronik ortamda yayımlamak”* (BilY m. 19, I-e) Bilirkişilik Daire Başkanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır.

Bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma cezası, bilirkişinin ceza süresi ile sınırlı olmak üzere bölge kurulu listesinden çıkarılması ve bilirkişinin UYAP sistemindeki kaydının pasif hale getirilmesi suretiyle uygulanacaktır (BilY m. 63, III). Geçici süreyle listeden çıkarılma cezası, bilirkişinin cezanın uygulandığı cezalı süre içerisinde yeni bir bilirkişilik görevi ile görevlendirilememesi sonucunu doğurur. Söz konusu cezanın daha önce yapılan bilirkişilik görevlendirmeleri doğrultusunda gerçekleştirilmekte olan veya gerçekleştirilmesi gereken bilirkişilik faaliyetlerine herhangi bir etkisinin olmaması gerekir.

Sicil ve listeden çıkarma cezası ise bütünüyle bilirkişinin kaydının bilirkişilik sicilinden silinmesi, bilirkişinin bölge kurulu listesinden çıkarılması ve bilirkişinin UYAP sistemindeki kaydının pasif hale getirilmesi suretiyle uygulanacaktır (BilY m. 63, III). Söz konusu ceza uygulanmaya başlandıktan sonra cezalandırılan

bilirkişiye yeni bilirkişi görevlendirilmesi yapılamayacaktır. Ancak cezanın uygulanmaya başlanmasından önce gerçekleştirilen ve devam etmekte olan bilirkişilik faaliyetleri ile daha önce tamamlanan ve fakat ek rapor alınması gereğinin ortaya çıkması gibi bilirkişinin oy ve görüşüne tekrar ihtiyaç duyulan hallerde, bilirkişilik faaliyeti yerine getirilebilmelidir.

Bilirkişilik yapmaktan yasaklanma cezası ise kararın Bilirkişilik Daire Başkanlığı tarafından ilan edilmesi (BiY m. 62, IV, c. 2) ve yasaklanan bilirkişinin UYAP sistemindeki kaydının pasif hale getirilmesi suretiyle uygulanacaktır (BiY m. 63, III). Yasaklama kararı bilirkişilik sicil ve listelerinde kaydı bulunmayan bilirkişinin istisna kapsamında da bilirkişilik faaliyetinde bulunmasına engel olacak, bundan böyle bu kişiye bilirkişi görevlendirmesi yapılamayacaktır.

Görüldüğü üzere bölge kurulu tarafından verilen disiplin cezalarına karşı, bölge kurulu nezdinde yaptırım kararının tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde itiraz yoluna başvurulmadığında veya süresinde yapılan itirazın reddi halinde yaptırım kararlarının uygulanması gerekmekte; idari yargıda iptal davası açılması, ayrıca yürütmeyi durdurma kararı verilmedikçe disiplin cezalarının uygulanmasını durdurmamaktadır. Disiplin cezalarına ilişkin olarak idari yargı organı tarafından yürütmenin durdurulması kararı verilmedikçe veya ceza iptal edilmedikçe yaptırım kararları tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.¹²¹ Bilirkişilik sicil ve listesinden çıkarma ile bilirkişilik yapmaktan yasaklanma cezaları bir daha bilirkişilik faaliyetinde bulunulamaması sonucunu doğurduğu halde; uyarma ve geçici olarak listeden çıkarma cezaları böyle bir sonucu doğurmamakta, ancak yargı organının ve bölge kurulunun takdir yetkisine çeşitli şekillerde etki edebilecektir. Şöyle ki disiplin cezaları, disiplin soruşturma kaydına eklendiğinden yargı organı bilirkişilik görevlendirmesi konusundaki takdir yetkisini kullanırken bu kayıtları dikkate alarak, daha önce ceza alan kişi hakkında bilirkişi görevlendirmesi yapmayabilecek; bilirkişilik bölge kurulu bilirkişi hakkında yürütülecek başka bir disiplin soruşturmasında yaptırım kararı verirken, cezanın türünü belirleme konusunda sahip olduğu takdir yetkisini

¹²¹

Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 190.

kullanırken, cezayı hafifletmeyerek, üst sınırdan ceza tesis etme yoluna gidebilecektir.¹²²

3. Yaptırım Kararına Karşı Başvuru Yolları

“İtiraz ve dava hakkı” başlıklı Bilirkişilik Kanunu m.15, I “*Bölge kurulu kararlarına karşı, kararın tebliğ veya ilan tarihinden itibaren otuz gün içinde kararı veren bölge kuruluna itiraz edilir. Bölge kurulunun itiraz üzerine verdiği kararlara karşı yetkili idare mahkemesine dava açılabilir*” şeklindedir.¹²³ Görüldüğü üzere bölge kurulu tarafından verilen yaptırım kararlarına karşı idari bir başvuru yolu olarak itiraz; yargısal bir başvuru yolu olarak da dava şeklinde iki başvuru yolu bulunmaktadır.

İtiraz ve dava yoluna başvuru hakkına kimlerin sahip olduğu konusu tartışmalıdır. Tarafların bölge kuruluna bilirkişi şikayetinde bulunma haklarının olmadığını savunan görüşe¹²⁴ göre, yaptırım kararına karşı sadece aleyhine yaptırım kararı verilen bilirkişi itiraz ve dava yoluna başvurma hakkına sahip olup, menfaatlerinin bulunmaması nedeniyle tarafların yaptırım kararına itiraz ve dava yoluna başvurma hakları bulunmamaktadır. Bu görüşe göre, bilirkişi hakkında uygulanmasına karar verilen yasaklanma, listeden çıkarma gibi yaptırımların uyuşmazlık konusunun incelenmesiyle veya taraflarla herhangi bir ilgisi bulunmayıp, bunlar sadece bilirkişiyi ilgilendiren konulardır.¹²⁵ Tarafların bölge kuruluna bilirkişi şikayetinde bulunma haklarının olduğunu savunan görüşe¹²⁶ göre ise bilirkişi dışında, kurula şikayette bulunan tarafların da yaptırım kararına karşı itiraz ve dava yoluna başvuru hakkı bulunmaktadır.¹²⁷ Görüldüğü

¹²² Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 190-191.

¹²³ “İtiraz ve dava hakkı” başlıklı Bilirkişilik Yönetmeliği m. 28: “(1) *Bölge kurulu kararlarına karşı, kararın tebliğ veya ilan tarihinden itibaren otuz gün içinde kararı veren bölge kuruluna itiraz edilir. İtiraz üzerine bölge kurulu tarafından verilen karar yeniden değerlendirilerek itirazın kabulüne ya da reddine karar verilir ve karar itiraz edene tebliğ edilir.* (2) *Bölge kurulunun itiraz üzerine verdiği kararlara karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir.*”

¹²⁴ Bkz. yukarı I, B, 2.

¹²⁵ Toraman, *Bilirkişi İncelemesi*, 450-451.

¹²⁶ Bkz. yukarı I, B, 2.

¹²⁷ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 191; Ermenek vd., *Bilirkişilik Temel Eğitimi*, 130.

üzere esasen iki görüş arasındaki farklılığın temeli, tarafların bilirkişilik bölge kuruluna, bilirkişi şikâyetinde bulunma hakları olup olmadığı konusundaki görüş ayrılığına dayanmaktadır.

Kanımızca hem bilirkişi, hem de ilgili olarak şikâyet başvurusunda bulunan taraflar yaptırım kararına karşı itiraz ve dava yoluna başvurabilirler. Uygulamada tarafların bilirkişilik bölge kurullarına şikâyetinde bulunma haklarının olduğu kabul edilmekte; şikâyet üzerine verilen kurul kararları da şikâyetçi tarafa tebliğ edilerek, karara karşı itiraz ve dava yoluna başvuru hakkı tanınmaktadır. Bilirkişilik Yönetmeliği m. 25'te kurul kararında bulunması gereken hususlar arasında "Karara karşı başvuru yolu, süresi ve mercii" açıkça belirtilmiştir. Şikâyet üzerine verilen kurul kararlarına karşı şikâyetçi tarafın itiraz ve dava hakkının bulunduğu idari yargı organları tarafından da kabul edilmektedir.¹²⁸

Yaptırım kararına karşı bilirkişi, fiilinin disiplin suçu teşkil etmediği, daha hafif bir ceza verilmesi gerektiği gibi gerekçelerle itiraz edebileceği gibi; bilirkişi şikâyetinde bulunan taraf da ceza türünün yanlış olduğu, takdir yetkisinin yerinde kullanılmayarak cezanın belirlenmesinde hata yapıldığı, cezanın hafifletilmesinin yerinde olmadığı gibi gerekçelerle itiraz edebilir.¹²⁹ İtiraz üzerine bölge kurulu tarafından yaptırım uygulanması kararı yeniden değerlendirilerek itirazın kabulüne veya reddine karar verilir ve karar itiraz edene tebliğ edilir (BilY m. 28, I, c. 2). Bölge kurulunun itiraz üzerine verdiği bu karara karşı da yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir (BilK m. 15, I, c. 2; BilY m. 28, II).

¹²⁸ "...davacının (bölge kuruluna başvuru yapan davanın tarafı) başvurusunun incelenmeksizin reddine ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmamaktadır" (Ankara 6. İdare Mahkemesi, E.2018/1714, K.2018/2872, 06.12.2018, Ermenek vd., *Bilirkişilik Temel Eğitimi*, 130, dn. 86).

¹²⁹ Aksi görüş: Menfaatlerinin bulunmaması nedeniyle taraflar yaptırım kararına itiraz edemezler. Bilirkişi hakkında uygulanmasına karar verilen yasaklanma, listeden çıkarma gibi yaptırımların uyumsuzluk konusunun incelenmesiyle veya taraflarla herhangi bir ilgisi bulunmayıp, bunlar sadece bilirkişiyi ilgilendiren konulardır (Toraman, *Bilirkişi İncelemesi*, 450-451).

Yargı kararlarında kabul edilen,¹³⁰ aleyhe değiştirme yasağı şeklinde de ifade edilen aleyhe karar verme yasağı, idari yargılama hukukunda da geçerli olup, idari bir işleme karşı açılan iptal davasında yargı organı tarafından davacının daha aleyhine olacak şekilde bir karar verilememesi anlamına gelir.¹³¹ Hak arama hürriyeti, taleple bağlılık, hukuki güvenlik ilkeleriyle de yakından ilgili olan aleyhe karar verme (aleyhe değiştirme) yasağının yargı organları tarafından verilen kararlar yanında, idari makamlara yapılacak başvurular üzerine verilecek kararları da kapsadığı, itiraz mercilerinin başvurusunun durumunu daha ağırlaştıracak kararlar veremeyecekleri öğretide ve yargı kararlarında kabul edilmektedir.¹³² Bilirkişi hakkında verilen yaptırım kararına sadece bilirkişi tarafından itiraz edilmesi halinde, bölge kurulu tarafından disiplin cezasının hafifletilmesi veya cezanın tamamen kaldırılması mümkün olduğu halde, aleyhe değiştirme yasağı gereği cezanın arttırılması veya ağırlaştırılması mümkün değildir.¹³³ Buna karşılık yaptırım kararına bilirkişi tarafından itiraz edilmeyip, sadece şikayetçi tarafından itiraz edilmesi halinde ise cezanın arttırılması veya daha ağırlaştırılması mümkün olup, aleyhe değiştirme yasağı gereği cezanın hafifletilmesi veya tamamen kaldırılması mümkün değildir.

Bilirkişilik Kanunu m. 15, I'de kullanılan "*bölge kuruluna itiraz edilir*" şeklindeki emredici ifade ile kurula itiraz yolu, idari yargı yoluna gitmeden başvurulması gereken zorunlu bir yol olarak düzenlenmiştir. Düzenleniş şekli itibariyle itiraz

¹³⁰ "Bilindiği üzere mahkemeler, dava konusu edilen işlemlerin dava konusu edilmemesi halinde ortaya çıkacak hukuki durumdan daha aleyhe sonuç doğuracak şekilde hüküm kuramazlar. Diğer bir ifadeyle davacının dava açmakla içinde bulunduğu hukuki durumunun ağırlaşması ihtimali kabul edilmemektedir. Aleyhe hüküm verme yasağı olarak adlandırılan ve yerleşik yargı kararlarında da yer bulan bu kuralın, ilgililerin ihlal edildiğini düşündükleri haklarını korumak amacıyla herhangi bir endişe taşımaksızın dava açabilmelerini sağlamaya yönelik bir uygulama niteliği taşıdığından, Anayasanın 36. maddesinde ifade edilen hak arama hürriyetini temin eden bir yönü de bulunmaktadır" (Danıştay 12. Dairesi, E.2012/12930, K.2016/2696, 11.05.2016, Gündüz, "İdari Yargılama," 336-337).

¹³¹ Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku*, 666; Gündüz, "İdari Yargılama," 335-336; Zor, "Ceza Hukuku," 239-240.

¹³² bkz. Gündüz, "İdari Yargılama," 348-356; Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku*, 666.

¹³³ Boz, "Memur Disiplin," 34-35; Zor, "Ceza Hukuku," 239-240.

edecek kişilere herhangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır.¹³⁴ Dolayısıyla kurul kararının hukuka aykırı olduğunu düşünen bilirkişi veya şikâyetçi yargı yoluna gitmeden önce, kurul nezdinde itiraz yoluna başvurmak zorundadır. Doğrudan dava açılması halinde idari merci tecavüzü ortaya çıkacak ve dava dilekçesi başvuru yapılması zorunlu olan bölge kuruluna gönderilecektir.¹³⁵

SONUÇ

Bilirkişilik Kanunu'nda kamusal bir faaliyeti gerçekleştiren bilirkişilerin uymaları gereken kurallar ve bunlara uymadıklarında karşılaşacakları yaptırımlar belirlenmiştir. Bilirkişilik mevzuatında bilirkişinin disiplin yönünden denetimine ilişkin kurallar oldukça dağınık ve karmaşık bir şekilde düzenlenmiş olup, bilirkişinin disiplin sorumluluğu başlığı altında bağımsız bir düzenleme yapılmasında yarar vardır. Doğrudan disiplin sorumluluğu şeklinde ifade edilmese de Kanun'un "Bilirkişilik sicilinden ve listesinden çıkarılma" başlıklı 13. maddesinde disiplin suç ve cezaları düzenlenmiştir. Disiplin suçu teşkil eden fiillerin cezalandırılmasına yönelik inceleme ve denetleme sistemi ise Kanun'un "Denetim ve İnceleme" başlıklı 14. maddesi ve Yönetmelik'in "Denetim" başlıklı yedinci bölümünde yer alan 59 ilâ 64. maddeler ile oluşturulmuştur. Bilirkişi denetimini yapma, yaptırıma karar verme yetki ve görevi de bilirkişilik bölge kurullarına verilmiştir.

Bilirkişilik mevzuatı çerçevesinde yürütülen denetim süreci sonunda bilirkişilik bölge kurulu tarafından disiplin suçu olarak düzenlenen fiilin işlendiği kanaatine varılırsa bilirkişiye yaptırım uygulanmasına; aksi halde ise bilirkişi hakkında yaptırım uygulanmasına yer olmadığına karar verilecektir. Disiplin yaptırımını gerektirir ihlalin gerçekleştiği hallerde, disiplin yaptırımı uygulanması zorunlu olup, bu konuda bölge kurulunun herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.

¹³⁴ Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 191-192.

¹³⁵ Alkan, *Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu*, 140; Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu, 191-192; Ermenek vd., *Bilirkişilik Temel Eğitimi*, 130.

Bilirkişilik sicil ve listesine kayıtlı bir bilirkişi tarafından işlenen disiplin suçunun cezası "sicil ve listeden çıkarma" olarak düzenlenmiş, ihlalin niteliğine göre cezanın hafifletilerek "bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma" veya "uyarma" cezası verilebileceği hükme bağlanmıştır (BilK m. 13, I-II). Disiplin cezasının türünü belirleme konusunda tanınan geniş bir takdir yetkisinin, somut olayın özelliği, ihlalin niteliği, ağırlık derecesi, bilirkişinin niyet ve kastı, performans ve disiplin kayıtları ile emsal bölge kurulu kararları dikkate alınarak kullanılması uygun olur. Emsal bölge kararlarının dikkate alınması benzer durumlarda aynı yönde eşitlik ilkesine uygun kararlar verilmesini sağlayacaktır. Bu noktada bölge kurulu kararlarının Bilirkişilik Daire Başkanlığı'nın internet sitesinde yayınlanıyor olması hem kararların kamuoyu tarafından denetlenmesini hem de bilirkişilik bölge kurullarının karar verirken daha dikkatli ve titiz davranmalarını sağlayacaktır.

Disiplin suçunun bilirkişilik sicil ve listesine kayıtlı olmayan bir bilirkişi tarafından işlenmesi halinde, tek bir yaptırım türü olarak Bilirkişilik Kanunu m. 14, VI'da "bilirkişilik yapmaktan yasaklanma" cezası öngörülmüştür. Sicil ve listeye kayıtlı bilirkişiler bakımından cezanın hafifletilmesine imkân tanınırken, sicil ve listeye kayıtlı olmayan bilirkişiler açısından tek bir disiplin cezasının belirlenmesi eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, sonucu itibariyle çok ağır niteliktedir. Sicil ve listeye kayıtlı bilirkişiler hakkındaki Bilirkişilik Kanunu m. 13, I-II düzenlemesine paralel şekilde, ihlalin niteliğine göre daha alt ceza olarak uyarma ve bir yıla kadar geçici süreyle bilirkişilik yapmaktan yasaklanma şeklinde yaptırımların uygulanmasına imkân veren değişikliklerin yapılması yerinde olacaktır.

Bilirkişi hakkında verilen yaptırım kararı bilirkişiye tebliğ edilir. Yaptırım kararına karşı bölge kuruluna itiraz edilebileceği gibi, idari yargıda iptal davası da açılabilir. Bununla beraber iptal davasından önce, zorunlu bir başvuru yolu olarak düzenlenen itiraz yolunun tüketilmesi gerekir. Yaptırım kararı bilirkişinin görev yaptığı kamu kurum ve kuruluşlarına, meslek odasına da bildirilir. Bu bildirim üzerine başlatılacak soruşturma süreci sonunda, bilirkişiye, Bilirkişilik Kanunu kapsamında uygulanan yaptırımlar dışında, bağlı bulunduğu kurum veya meslek odası tarafından mesleki disiplin yaptırımlarının uygulanması da mümkündür.

Bilirkişi hakkında Kanun'da düzenlenen yaptırım türleri dışında başka bir ceza vermek mümkün olmadığı gibi, ihlalin gerçekleşmesine rağmen disiplin suçunu

yaptırımsız bırakmak da mümkün değildir. Bilirkişilik kurumunun mevzuatta düzenlendiği şekilde işlemesi, bilirkişilik faaliyetlerinin temel ve etik ilkelere uygun olarak yürütülmesi, işleyişteki aksaklıkların giderilebilmesi, Kanun ile oluşturulan denetim sisteminin etkin bir şekilde işletilmesine ve tespit edilen aykırılıklarla ilgili olarak mevzuatta öngörülen disiplinler yaptırımların uygulanmasına bağlıdır. Şüphesiz bu noktada en önemli görev, denetim sürecini mevzuatın gereklerine uygun şekilde yürütmekle, tespit edilen aykırılıklarla ilgili disiplinler yaptırımları uygulamakla yükümlü olan bölge kurullarına düşmektedir¹³⁶. Bu konuda Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği¹³⁷'nin 85/A maddesi¹³⁸ çerçevesinde bölge kurulunun bilirkişi denetimlerine ilişkin işlemlerinin adalet müfettişlerince değerlendirilmesi ve teftiş raporlarında açık hukuka aykırılık hallerine işaret edilmesi, denetim sürecinin daha dikkatli ve titiz bir şekilde yürütülmesine olumlu yönde katkı sağlayacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar, bu çalışmada çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

¹³⁶ Bölge kurulları idari yönden adalet müfettişlerinin denetimine tabidirler (BilY m. 64). Adalet müfettişlerinin yapacakları denetimlerde açık hukuka aykırılık hallerine işaret edebilecekleri, herhangi bir yoruma ihtiyaç göstermeyen emredici kurallara aykırılıkların irdelenmesini ve değerlendirmesini yapabilecekleri kabul edilmektedir (Tanrıver, "Adalet Müfettişlerinin," 1064-1065).

¹³⁷ RG. 24.01.2007, S. 26413.

¹³⁸ "Bilirkişilik bölge kurullarının denetimi" başlıklı 85/A maddesi: "(1) Bilirkişilik bölge kurullarının denetiminde; a) Disiplin soruşturmalarına ilişkin düzenlettirilen iş ve mahiyet cetvelleri dosyaya konular, denetim döneminde sonuçlandırılmış ve derdest disiplin evrakından yeteri kadarı tetkik edilerek numaraları inceleme tutanağında gösterilir. b) Yapılan denetim sonucu aksayan hususlar denetim raporunda belirtilir, kadro cetveli ve izin-rapor çizelgesi denetim dosyasına konular. c) 3/11/2016 tarihli ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu, 3/8/2017 tarihli ve 30143 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Bilirkişilik Yönetmeliği, 30/1/2019 tarihli ve 30671 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Konkordato Komiserliği ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmelik hükümleri ile Bakanlık genelge ve görüşlerine uyulup uyulmadığı üzerinde durulur. ç) Önceki denetimde yapılan önerilere uyulup uyulmadığı kontrol edilir. (2) Denetimde yukarıda değinilen hususlar dışında müfettiş tarafından gerekli görülen sair inceleme ve araştırmalar icra olunur."

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu çalışma için etik kurul onayı gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has not declared whether ethical committee approval is required for this research.

KAYNAKÇA

- Alkan, Oktay. *Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Boz, Selman Sacit. "Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 2 (2017): 15-41.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medenî Usul Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Canoğlu, Veysel Candan. "Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 138 (2018): 231-273.
- Çakır, Hüseyin Melih. *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu Kapsamında Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Çayan, Gökhan. *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.
- Deryal, Yahya. *Türk Hukukunda Bilirkişilik*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Ermenek, İbrahim, Ersin Erdoğan, Hüseyin Melih Çakır, Uğur Ersoy, Cengiz Kulaksız ve Barış Toraman. *Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı*. Ankara: Deniz Ofset Matbaacılık, 2022.
- Görgün, Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2015.
- Gündüz, Fatma Ebru. "İdari Yargılama Hukukunda Aleyhe Hüküm Verme ve Aleyhe Bozma Yasağı." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24, no. 2 (2020): 333-360.

- Hüseyinoğlu, Emin. "Yargı Kararları Işığında Disiplin Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 158 (2022): 103-124.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2014.
- Kuru, Baki. *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*. Cilt 1. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Metin, Yüksel. *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002.
- Ok, Selin. "Bilirkişi Etiği." Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Çankaya Üniversitesi, 2021.
- Okur, Mustafa. "Bilirkişi Raporunda Taraf Beyanlarının Değerlendirilmesinin, Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu'nun 2023/38 Disiplin Nolu Kararları Özelinde Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu Açısından İrdelenmesi." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 1 (2024): 109-147.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Postacıoğlu, İlhan E. ve Sümer Altay. *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Tanrıver, Süha. "Bilirkişinin Sorumluluğu." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. No. 56 (2005): 133-136.
- Tanrıver, Süha. "Adalet Müfettişlerinin Hukuk Mahkemeleri Hâkimleri Üzerindeki Denetim Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları." İç. *Hâluk Konuralp Anısına Armağan*. Cilt 1, 1031-1079, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Tanrıver, Süha. *Hukukumuzda Bilirkişilik*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt I. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Toraman, Barış. *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi (6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ile Getirilen Yenilikler Çerçevesinde)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*. Cilt I-II. İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanun Şerhi*. Cilt 3. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.

Zor, Burç Volkan. "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği." *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 1 (2022): 201-250.

Zora, Fatih. *Anglo Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik*. Ankara: Adalet Yayınları, 2022.

İnternet Kaynakları:

Erişim Tarihi, Şubat 2, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>.

Erişim Tarihi, Mayıs 13, 2024, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>.

DÂHİLÎ KORUNMA ALTERNATİFİ YAKLAŞIMI VE ULUSLARARASI KORUMA STATÜSÜ

Internal Protection Alternative Approach and International Protection Status

Lider BAL*

Öz

Dâhilî Korunma Alternatifi, kişilerin başka ülkelerde sığınma aramalarına neden olan koşulların menşe ülke geneline yayılmadığı hallerde, ülkelerinde kalarak sığınma bulabilecekleri korunaklı bölgelerin varlığı fikrine dayanmaktadır. Bu gibi alanların varlığı, sığınma arayanların uluslararası korumadan yararlanıp yararlanamayacağını değerlendirilmesinde esas alınabildiği gibi, halihazırda bir uluslararası koruma statüsüne sahip olanların bu statülerinin sona erdirilebilmesi için de gerekçe olarak ileri sürülebilmektedir. Türkiye’de de, Suriye menşeli sığınma arayan bireylerin hukuki statüleri ve bunlara yeni eklenecek sınırların açılıp açılmayacağı, Suriye sınırları içerisinde sığınabilecekleri alternatif alanların varlığı gerekçesiyle tartışılmaktadır.


Sığınma arayan bireylerin uluslararası koruma rejiminden yararlanıp yararlanamayacaklarına ilişkin böylesine belirleyici bir unsura dönüşebilen dâhilî

* * Dr. Öğretim Üyesi, Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, liderbal@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2071-7212.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 03.04.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 29.05.2024.

Atıf/Citation: Bal, Lider. “Dâhilî Korunma Alternatifi Yaklaşımı ve Uluslararası Koruma Statüsü.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024): 416-463.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.” 

korunma alternatifi konseptine, uluslararası insan hakları ve mülteci hukuku açısından taşıdığı riskler dikkate alınarak, hassasiyetle yaklaşmak gerekir. Bu çalışmanın amacı, uluslararası koruma rejimine uygun bir dâhilî korunma alternatifi uygulamasının koşullarını ve uluslararası koruma statüsünün belirlenmesine etkisini incelemektir.

Anahtar Kelimeler: Dâhilî Korunma Alternatifi, Uluslararası Koruma Statüsü, Uluslararası Mülteci Hukuku, İnsan Hakları Hukuku, Uluslararası Koruma Statüsünün Kazanılması, Uluslararası Koruma Statüsünün Sona Ermesi

Abstract

The Internal Protection Alternative is based on the idea that, where the conditions that cause people to seek asylum in other countries are not extend to the whole territory of their country of origin, there are protected areas in their country where they can remain and find asylum. The existence of such areas can be used as a basis for assessing whether asylum seekers are eligible for international protection, as well as a justification for terminating the status of those who already enjoy international protection. In Turkey, the legal status of asylum-seekers originating from Syria and whether the borders should be opened to new asylum-seekers are being debated on the grounds that there are alternative areas within Syria where they can seek refuge.

The concept of the internal protection alternative, which can become such a decisive factor in determining whether asylum seekers can benefit from the international protection regime, must be approached with sensitivity, taking into account the risks it carries in terms of international human rights and refugee law. The aim of this study is to examine the conditions of applying an internal protection alternative in accordance with the international protection regime and its impact on the determination of international protection status.

Keywords: Internal Protection Alternative, International Protection Status, International Refugee Law, Human Rights Law, Acquisition of International Protection Status, Termination of International Protection Status

GİRİŞ

Suriye’de on yılı aşan bir süredir devam eden silahlı çatışmalar neticesinde sığınma arayan milyonlarca sivilin Türkiye’deki hukuki statüleri ve bunlara yeni ekleneceklerine sınırların açılıp açılmayacağı, Suriye sınırları içerisinde sığınabilecekleri alternatif alanların varlığı gerekçesiyle tartışılmaktadır. Özellikle Türkiye’nin Suriye topraklarında gerçekleştirdiği askeri operasyonlar neticesinde oluşturulan ve Esad rejiminin kontrolündeki çatışmalardan etkilenmeyen bölgelerin varlığı, Suriyelilerin ülkelerini terk etmeden de bu bölgelerde korunma bulabilecekleri iddialarına neden olmaktadır.

Bireylerin, başka ülkelerde sığınma aramalarına neden olan koşulların ülke geneline yayılmadığı hallerde, ülkelerindeki bu gibi çatışmasız/güvenli bölgelere sığınarak korunma bulabilmeleri tam olarak *Dâhilî Korunma Alternatifi* (DKA) yaklaşımına tekabül etmektedir. DKA, bireyin menşe ülkede kalarak ulusal korumadan yararlanmaya devam edebileceği, dolayısıyla uluslararası korumaya hiç ya da artık ihtiyaç duymadığı değerlendirilmelerine gerekçe yapılabilmektedir. Sığınma arayan bireylerin uluslararası koruma rejiminden yararlanıp yararlanamayacaklarına ilişkin böylesine belirleyici bir unsura dönüşebilen DKA yaklaşımına, uluslararası insan hakları ve mülteci hukuku açısından taşıdığı riskler dikkate alınarak, hassasiyetle yaklaşmak gerekir.

Öncelikle uluslararası koruma kavramını netleştirmek gerekirse; herhangi bir uluslararası sözleşmede tanımı yapılmamış olan bu kavram öz bir biçimde ve ilk akla gelen haliyle, “*bireyin yoksun kaldığı ulusal korumanın uluslararası hukuk ekseninde yabancı bir devlet tarafından ikame edilmesi*” olarak tanımlanabilir.¹ Genel olarak yerinden edilmiş kişilerle ilgili, özellikle de mülteci hukuku çerçevesinde referans niteliğinde çalışmalar yapan *Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği* (BMMYK)’nin kendi belgelerinde kullandığı terminolojiye ilişkin tanımlarda² bu kavram, özellikle koruma ihtiyacı doğuran riskler bağlamında

¹ Neva Övünç Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 27.

² Bkz. United Nations High Commissioner for Refugees, *Master Glossary of Terms*, “international protection”, UNHCR, erişim tarihi Mart 8, 2024, <https://www.unhcr.org/glossary>.

daha spesifik hale getirilmiştir. Ayrıca, genellikle devletler aracılığıyla sağlansa da, uluslararası korumanın asıl kaynağının uluslararası toplum olduğu vurgulanmaktadır.

Bu tanım doğrultusunda, uluslararası koruma statüsünden öncelikle mülteci statüsü anlaşılrsa da, uluslararası koruma kavramı daha geniştir ve sığınma arayan bireylere ilişkin farklı ulusal hukuk sistemlerinde farklı statülerin mevcudiyeti nedeniyle mülteci statüsü kapsamında değerlendirilemeyecek bireyleri de kapsayabilir. Örneğin Türk ulusal mevzuatı ele alındığında, sığınma arayanlarla ilgili olarak mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma ve geçici koruma statüleriyle karşılaşılmaktadır. Türkiye'nin coğrafi kısıtla taraf olduğu 1951 tarihli *Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukukî Statüsüne Dair Cenevre Sözleşmesi* (bundan sonra kısaca 1951 Sözleşmesi ya da Sözleşme)'nin uygulanabilirliği ile ilgili kriterlere dayanan ilk üçü uluslararası koruma kapsamına girerken, geçici koruma sığınma arayan bireylerin ülkeye geliş koşullarıyla ilgilidir.³ Uluslararası koruma kapsamına giren bu üç statünün aralarındaki farklar ne olursa olsun, DKA'nın varlığı ve bu statülerin kazanılmasına veya sona erdirilmesine etkisi bakımından bir farklılık ortaya çıkmamaktadır. Çalışmada inceleneceği üzere, DKA yaklaşımının gündeme getireceği sığınma arayan bireylerin yaşamlarından veya zulüm görmekten kaygı duymaları ve bu kaygının kaynağına geri gönderilememeleri, Türkiye açısından hem uluslararası hukukun hem de ulusal hukukun gereği olarak üç statü için de, hatta statüleriyle ilgili henüz değerlendirme yapılmamış geçici koruma altındakiler bakımından da ortak yükümlülüklerdir.⁴ Bu nedenle, bu çalışmada daha kapsayıcı olan uluslararası koruma kavramı ve statüsü tercih edilmiştir.

³ Bkz. Meltem İneli Çiğer, "Uluslararası Hukuka Uygun Geçici Koruma Rejiminin Unsurları Üzerine," *Göç Araştırmaları Dergisi* 2, no. 3 (2016): 62-92.

Genel olarak Suriyeli sığınmacıların hukuki statüsüne dair ulusal ve uluslararası hukuk çerçevesinde incelemeler için bkz. Nuray Ekşi, "Türkiye'de Bulunan Suriyelilerin Hukuki Statüsü," *Legal Hukuk Dergisi* 10, no. 119 (2012): 3-22; Süleyman Dost, "Ulusal ve Uluslararası Mevzuat Çerçevesinde Ülkemizdeki Suriyeli Sığınmacıların Hukuki Durumu," *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2014): 27-69.

⁴ İneli Çiğer, "Uluslararası Hukuka Uygun Geçici Koruma," 78-80.

Uluslararası koruma kavramının kapsadığı bu ortak konulara ilişkin, özellikle uluslararası belgelerde ve literatürde daha fazla somutlaşmış olan mülteci statüsüne ilişkin ilkeler ve kriterler, aynı gerekçeyle, genelleştirilebilir bir biçimde referans alınabilecektir. Bu yaklaşımı benimsediği görülen 6458 Sayılı *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu*⁵ (YUKK)'nda, “uluslararası koruma statüsünün sona ermesi” halleri üç statü için de ortak bir hükümle ve 1951 Sözleşmesi'yle paralel bir içerikte düzenlenmiştir.⁶ Dolayısıyla, 1951 Sözleşmesi özel olarak mülteci statüsüyle ilgili düzenlemeler içerse de, bu düzenlemeler diğer uluslararası koruma statüleri bakımından da, ortaklaştıkları noktalarda, paralel olarak uygulanabilecektir.

Bir bütün olarak uluslararası koruma rejimi olarak adlandırılacak bu kapsamda, DKA yaklaşımının hukuki çerçevesini ve uluslararası koruma statüsünün belirlenmesine etkisini incelemek bu çalışmanın temel amacını oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, öncelikle DKA yaklaşımının gerek devletlerin uygulamalarında gerekse de BMMYK belgeleri ışığında, uluslararası koruma rejimine uygunluğu tartışılacaktır. Daha sonra, DKA olarak kabul edilebilecek bölgelerin sağlaması gereken coğrafi ve korumaya ilişkin kriterler irdelenecektir. Son olarak, DKA'nın varlığının uluslararası koruma statüsünün kazanılmasında veya sona erdirilmesinde hangi koşullarda bir değerlendirme kriteri olarak esas alınabileceği, her bir durum için ayrı ayrı incelenecektir.

⁵ RG. 04.04.2013, S. 28615.

⁶ Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 2018), 185; Neva Övünç Öztürk, “1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 2 (2016): 396 ve 404.

I. DÂHİLÎ KORUNMA ALTERNATİFİ YAKLAŞIMININ ULUSLARARASI KORUMA HUKUKUNDAKİ YERİ

A. Dâhilî Korunma Alternatifi Kavramı

Dâhilî korunma alternatifi, BMMYK'nin bu konsepte hasrettiği Kılavuz İlkeler⁷ başta olmak üzere tüm resmi belgelerinde “*Internal Flight or Internal Relocation Alternative (IFA/IRA)*” İngilizce kavramıyla⁸; bu yaklaşımın sığınma ya da kaçış ekseninden koruma merkezli bir bakış açısına evrilmesiyle de literatürde daha çok “*Internal Protection Alternative (IPA)*” kavramıyla ifade edilmektedir.⁹

Konseptin Türkçe resmi belgelerde ve literatürde karşılığına bakıldığında; BMMYK'nin resmi olarak Türkçeye çevrilmiş *Uluslararası Koruma Hakkında 9 nolu Kılavuz İlkeler* belgesinde “ülke içinde kaçış ya da yer değiştirme alternatifi” ve “dâhilî

⁷ Bu çalışmada kısaca Kılavuz İlkeler olarak sıklıkla başvurulacak olan bu belge için bkz. United Nations High Commissioner for Refugees, *Guidelines on International Protection: “Internal Flight or Relocation Alternative” within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, UNHCR, HCR/GIP/03/04, 2003. <https://www.unhcr.org/media/guidelines-international-protection-no-4-internal-flight-or-relocation-alternative-within>.

⁸ İngilizce literatürde Internal Flight Alternative or Internal Relocation Alternative (IFA/IRA) kavramlarını tercih eden çalışmalar için bkz. Hugo Storey, “The Internal Flight Alternative Test: The Jurisprudence Re-examined,” *International Journal of Refugee Law* 10, no. 3 (1998): 499-532; Reinhard Marx, “The Criteria of applying the ‘Internal Flight Alternative’ Test in National Refugee Status Determination Procedures,” *International Journal of Refugee Law* 14, no. 2/3 (2002): 179-218; Ninette Kelley, “Internal Flight/Relocation/Protection Alternative: is it Reasonable?,” *International Journal of Refugee Law* 14, no. 1 (2002): 4-44; Penelope Mathew, “The Shifting Boundaries and Content of Protection: The Internal Protection Alternative Revisited,” in *The Ashgate Research Companion to Migration Law, Theory and Policy*, ed. Satvinder S. Juss (London: Routledge, 2013), 189-206.

⁹ İngilizce literatürde Internal Protection Alternative (IPA) kavramını tercih eden çalışmalar için bkz. James C. Hathaway and Michelle Foster, “Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an Aspect of Refugee Status Determination,” in *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, ed. E. Feller et al. (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 358; Mathew, “The Shifting Boundaries,” 191; Jessica Schultz, *The Internal Protection Alternative in Refugee Law* (Leiden: Brill Nijhoff, 2019), 16; Julian Lehmann, ‘Protection’ in *European Union Asylum Law* (Leiden: Brill Nijhoff, 2020), 142.

kaçış ya da yer değiştirme alternatifi” kavramları, DKA kısaltmasıyla birlikte kullanılmaktadır.¹⁰

İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi’nin oluşturduğu “İltica Terimleri Sözlüğü”nde de “Internal Flight Alternative” kavramının Türkçe karşılığı olarak “Dâhilî Kaçış Alternatifi” kavramı kullanılmıştır.¹¹ YUKK’un yasalaşma sürecine hazırlık safhasında, İçişleri Bakanlığı bünyesinde kurulmuş olan İltica ve Göç Bürosu’nun hazırlamış olduğu yasa tasarısı taslak metninde, müstakil bir madde başlığı olarak “dâhilî korunma” kavramının kullanıldığı görülmektedir.¹² Taslak metnin 62. maddesinde kullanılan bu kavram tam olarak bu çalışmada incelenen konseptle denk düşmektedir.¹³

¹⁰ United Nations High Commissioner for Refugees, *Uluslararası Koruma Hakkında Kılavuz İlkeler No. 9: Mültecilerin Statüsüne ilişkin 1951 Sözleşmesi 1A(2) Maddesi ve/veya 1967 Protokolü Bağlamında Cinsel Yönelime ve/veya Toplumsal Cinsiyet Kimliğine dayalı olan Mülteci Statüsü Talepleri*, UNHCR, HCR/GIP/12/09, 2012, para. 51, https://www.refworld.org/themes/custom/unhcr_rw/pdfs/viewer.html?file=https%3A%2F%2Fwww.refworld.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fattachme%2F55fa62e64.pdf.

¹¹ İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı, *İltica Terimleri Sözlüğü*, erişim tarihi Ocak 9, 2024, <https://www.goc.gov.tr/iltica-terimleri-sozlugu>.

¹² 2011 yılının Ocak ayında kamuoyuna açıklandığı anlaşılan taslak metne resmi sitelerden artık erişilememekle birlikte o dönem yazılmış kimi akademik çalışmalarda tasarı metni ve ilgili madde incelenmektedir. Bkz. Y Yeşim Özer, “Türk Kamu Yönetiminde Yeni Bir Çalışma Alanı Olarak Uluslararası Göç: Yasalaşma ve İdari Yapılanma Sürecinin Değerlendirilmesi,” *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 45 (2011): 79. Ayrıca, kanun tasarısının tam metni için bkz. erişim tarihi Mart 4, 2024, <http://www.madde14.org/index.php?title=Yabanc%C4%B1lar+ve+Uluslararası%C4%B1+Koruma+K+anunu+Tasar%C4%B1s%C4%B1+Tasla%C4%9F%C4%B1>.

¹³ Bu maddeye göre, “dâhilî korunma” bir bireyin “zulüm veya ciddi zarar görme tehdidine karşı vatandaşı olduğu ülke veya önceki ikamet ülkesinin belirli bir bölgesinde koruma sağlanabilmesi ve ... ülkenin o bölgesine güvenli ve yasal bir şekilde seyahat edebilecek ve yerleşebilecek durumda” olunması halidir ve bu bireyin “uluslararası korumaya muhtaç olmadığı” sonucuna bizi götürür. Belirtmek gerekir ki, 6458 Sayılı kanunda yer verilmeyen bu madde ve hatta kavram TBMM’ye sunulan yasa tasarısı metninde de yer almamaktadır. Bkz. erişim tarihi Mart 4, 2024, <https://www.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0619.pdf>. Ancak söz konusu maddenin içeriğinin, YUKK’un “Karar” başlıklı 78. maddesinin 4. fıkrasına, “dâhilî korunma” kavramı kullanılmaksızın aktarıldığı anlaşılmaktadır.

Türkçe literatürde, doğrudan bu konseptte hasredilmiş çalışmaya rastlanmamakla birlikte, genel olarak uluslararası koruma statülerine ilişkin incelemelerde “*dâhilî kaçış*”¹⁴ ve “*dâhilî korunma*”¹⁵ kavramlarının aynı çerçevede kullanıldığı görülmektedir.

Bu çalışmada, yaklaşımın uluslararası literatürdeki koruma merkezli gelişimi de dikkate alınarak, “*dâhilî korunma alternatifi*” kavramı DKA kısaltmasıyla birlikte tercih edilmiştir.

B. Dâhilî Korunma Alternatifi Yaklaşımının Uygulamada Ortaya Çıkışı

Zulüm korkusuyla göç insanlık tarihi kadar eski bir olgu olsa da, bu olgunun uluslararasılaşması ve sığınma arayanların durumlarının hukuki bir çerçeveye kavuşturulması 20 yy.’da, özellikle iki Dünya savaşının yarattığı zorunlu göç hareketlerinin etkisiyle ve insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasına ilişkin hassasiyete bağlı olarak mümkün olmuştur.¹⁶ 1951 Sözleşmesi bu gelişmelerin sonucudur.

1980’li yıllardan itibaren başlayan, Soğuk Savaş’ın sona ermesiyle artan, genelde iç savaş kaynaklı yoğun sığınmacı akınları, özellikle bu akınlardan en çok etkilenen Batılı devletlerin sığınmacılar için yeni politikalar geliştirmelerine neden olmuştur. Bu politikalar, 1951 Sözleşmesi’nin sığınma arayanları koruma temelli yaklaşımının aksine, devletleri sığınmacı akınlardan korumayı, en azından bu hareketleri kontrol altına almayı amaçlamaktadır.¹⁷ Sığınmacı akınları, daha çok ve doğal olarak ekonomik olarak gelişmiş/sanayileşmiş ülkelere yönelmektedir. Bu ülkelerin sığınmacı akınlarını kontrol etme çabası, başta ekonomik olmak

¹⁴ Meltem İneli Ciğer, “Silahlı Çatışma Durumlarında Ayrım Gözetmeyen Şiddet Hareketlerinden Kaçan Kişilerin Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Korunması,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 1 (2018): 199-237; Işıl Özkan, *Göç - İltica ve Sığınma Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 116.

¹⁵ Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, 240.

¹⁶ Ahmet Hamdi Topal, *Mülteci Hukuku ve Silahlı Çatışma Kaynaklı Sığınmacılar* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019), 7-23.

¹⁷ B. S. Chimni, “The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South,” *Journal of Refugee Studies* 11, no. 4 (1998): 350-374.

üzere, kültürel, demografik vb. birçok sebeple, genel olarak göç hareketlerini kontrol etme politikalarının bir parçasıdır.¹⁸

Sığınmacı akınlarından etkilenen ülkelerin mülteci statüsünün belirlenmesi süreçlerinde DKA konseptine sarılmaları özellikle 1990'lı yıllarda yoğunlaşmıştır. Bunda, milyonlara varan sayıda sivilin yerinden edildiği toplumlararası çatışmalarla karakterize olan silahlı çatışmaların etkisi büyüktür.¹⁹ Bu şiddet olayları başta buldukları coğrafi bölgeyi, nihayetinde Batı Avrupa ülkelerini ciddi olarak etkileyen mülteci akınlarına neden olmuştur. Üstelik bu mülteci akınları geçmişte karşılaşılan, iki Dünya savaşı ve Soğuk Savaş kaynaklı kitlesel göç hareketlerine nazaran sadece yoğunluk bakımından değil, kapsadığı kitleler bakımından da özgünlük taşımaktaydı. Artık kıta içinden değil, çoğunluğu başka kıtalardan; dilsel, dinsel ve kültürel olarak geldikleri ülke toplumlarından farklı kitleler söz konusuydu.²⁰ Milyonlarca sivilin ülkelerini terk ederek sığınma aradığı bu olaylar karşısında Avrupa devletlerinin tepkisi sınırları kapatmak ya da bir biçimde ülkeye giriş yapmış bireylerin sığınma taleplerini reddedecek gerekçeler yaratmak şeklinde olmuştur.²¹

Dâhilî korunma alternatifi yaklaşımı da bu çerçevede, mülteci akınlarından en çok etkilenen devletlerin “sorunu kökeninde çözmeye” amacı doğrultusunda,²²

¹⁸ Schultz, *The Internal Protection Alternative*, 9-11.

¹⁹ Schultz, *The Internal Protection Alternative*, 11-15.

²⁰ Batı Avrupa devletlerinin sığınma arayanlara yönelik eski/geleneksel açık ve konuk sever tutumlarının ancak “kendileri gibi” olanlar söz konusu olduğunda geçerli olduğuna; “politik, ırksal ve kültürel olarak farklı” olanlarla karşılaşıldığında bu tutumun değiştiğine yönelik eleştirel bir yaklaşım için bkz. Hathaway and Foster, “Internal Protection,” 359-60.

²¹ İlk sığınma ülkesi ya da güvenli üçüncü ülke gibi yaklaşımlar bu zorlaştırıcı uygulamalara örnek olarak verilebilir. Devletlerin sığınma arayan bireylerin mülteci statülerine ilişkin değerlendirme süreçlerinde başvurduğu bu uygulamaların sığınma arayanlar bakımından taşıdığı risklerle ilgili olarak bkz. Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, 151-162.

²² Schultz, *The Internal Protection Alternative*, 9.

devletlerin uygulamalarında ortaya çıkmıştır.²³ Burada “sorun” ifadesinden kastedilen gittikçe artan sığınma talepleri; “kökeninde çözüm” ise sığınma arayanların mültecileşmesine gerek kalmadan, mümkün olduğunca kendi ülkelerinde kalarak korunma bulmalarıdır. Dolayısıyla, kontrolsüz göçün ve sığınmacı akınlarının önüne geçmek isteyen devletlerin uygulamalarında ortaya çıkan DKA konseptinin kökeninde, mülteci hukukunun özünü oluşturan bireylerin ve onların temel haklarının korunması düşüncesinin olmadığını not etmek gerekir.²⁴

C. Dâhilî Korunma Alternatifi Yaklaşımının 1951 Sözleşmesi’ne Uygunluğu

DKA konsepti ne 1951 Sözleşmesi’nde ne de 1967 tarihli Ek Protokol’de açıkça zikredilmektedir. Bu belgelerin hazırlık süreçlerinde de uluslararası koruma statüsünü etkileyebilecek böyle ya da benzer bir kritere dair tartışmanın yapılmadığı anlaşılmaktadır.²⁵ Bir önceki başlıkta da ifade edildiği üzere, bu yaklaşım uygulamada ortaya çıkmıştır ve “bireyin ülkesinde korunma bulması

²³ Hathaway and Foster, “Internal Protection,” 360.

Özellikle 90’lı yıllarda yoğunlaşan ulusal uygulama örneklerine ve yargı kararlarına dair analitik bir liste için bkz. ELENA, *Research Paper on the Application of the Concept of Internal Protection Alternative*, November 1998 (updated autumn 2000), <https://www.refworld.org/reference/research/ecre/2000/en/37752>.

²⁴ 1990’lı yıllarda yaşanan iç savaşlardan etkilenen sivillerin korunması amacıyla, özellikle Bosna-Hersek’te hayata geçirilen “güvenli bölge” uygulamalarını da aynı politikaların parçası olarak değerlendirmek mümkündür. Soykırıma varan suçların yaşandığı, “güvenli olmaktan başka her şey” olarak nitelendirilen bu bölgeler, sivillerin korunmasından çok silahlı çatışmaların yarattığı mülteci akınlarını minimize etmek amacıyla oluşturulmakla eleştirilmiştir. Bu uygulamaların, korunması hedeflenen sivillerin özellikle temel insan hakları bakımından taşıdığı risklere dair bkz. Lider Bal, “Risks Posed by Safety Zones Intended to Protect Civilians in Armed Conflicts: An Evaluation on the Fundamental Rights of Persons to be Protected,” in *Selected Discussions on Social Science Research*, ed. B. Tunçsiper, F. Sayın, B. Hergüner, F. İ. Aydın (London: Frontpage Publications, 2019), 684-708.

²⁵ Jessica Schultz and Terje Einarsen, “The Right to Refugee Status and the Internal Protection Alternative: What Does the Law Say?,” in *Human Rights and the Refugee Definition*, ed. Bruce Burson and David James Cantor (Leiden: Brill Nijhoff, 2016), 276-277.

mümkünse sığınma aramasına gerek yoktur” düşüncesi, bu yaklaşımın özünü oluşturmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, ulusal uygulama örnekleri bu yaklaşımı sistematik hale getirecek, yeterince açık ve yeknesak kriterlere dayanmamaktadır.²⁶ Ayrıca, devletlerin sığınmacı akınlarını engelleme motivasyonlarıyla ortaya çıkan DKA uygulamalarını, uluslararası mülteci hukukunun sığınma aramak zorunda kalan bireyleri koruma odaklı yaklaşımıyla birlikte ele almak gerekmektedir. Bu nedenle, DKA uygulamalarını temellendiren ulusal ve bölgesel düzenlemelerin, özellikle 1951 Sözleşmesi bağlamında hukuki dayanağı irdelenmelidir.

Konuyla ilgili temel belgelerin sessizliği karşısında, BMMYK’nin uluslararası mülteci hukukuna uygun DKA uygulamalarına ilişkin geliştirdiği kriterler bu noktada referans niteliğindedir.²⁷

Öncelikle belirtmek gerekir ki, DKA konseptinin hukuki dayanağı 1951 Sözleşmesi’ndeki mülteci tanımının negatif yorumundan hareketle oluşturulmaktadır.²⁸ Sözleşme’nin mülteci kavramını tanımlayan 1A(2) maddesine göre,

²⁶ Marx, “The Criteria,” 179.

²⁷ 3 Aralık 1949 tarih ve 319(IV) sayılı kararıyla Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kurulmuş olan BMMYK, 1951 Sözleşmesince de Sözleşme hükümlerinin uygulanmasını izleme ve kolaylaştırma görevleriyle donatılmıştır (md. 35). Bu çerçevede açıklayıcı ve yorumlayıcı kılavuzlar hazırlayan BMMYK’nin, mülteci hukukuyla ilgili diğer birçok konuda olduğu gibi DKA ile ilgili geliştirdiği kılavuz ilkeleri, 1951 Sözleşmesi’nin güncel gelişmeleri dikkate alarak yeni koşullarda uygulanabilirliğini sağlama girişimi olarak nitelendirmek mümkündür. Dâhilî Korunma Alternatifine İlişkin Michigan Kılavuz İlkeleri gibi akademik çevrelerdeki çabaları da bu çizgide değerlendirmek gerekir. Bkz. “The Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative”, *Michigan Journal of International Law* 21, no.1 (1999): 134-141.

Bu çabaların önkoşulu, şüphesiz, uluslararası antlaşmalar hukukuna uygun yorum metodlarına ve 1951 Sözleşmesi’nin insani ve koruyucu özüne sadık kalınmasıdır. Bkz. James C. Hathaway and Michelle Foster. *The Law of Refugee Status* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 4-12; Schultz, *The Internal Protection Alternative*, 27-36).

²⁸ Schultz and Einarsen, “The Right to Refugee Status,” 280; Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 332.

“[...] ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen [...]”

bireyler bu statüden yararlanabilmektedir. BMMYK'nin *Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında Elkitabı*²⁹ (bundan sonra kısaca “Elkitabı”)’na göre de:

“Zulme uğrama korkusunun, her zaman, mültecinin vatandaşı olduğu ülkenin topraklarının tümünü kapsamaması gerekmez. Etnik çatışmalarda ya da iç savaşa varan ciddi karışıklık durumlarında, belirli bir etnik ya da ulusal gruba yönelen zulüm, ülkenin yalnızca bir kısmında ortaya çıkabilir. Bu gibi durumlarda, eğer zulme uğrayan kişi, ülkesinin başka bir bölgesine kaçarak sığınabileceği halde, bunu yapmasının beklenmesi makul değilse, mülteci statüsü haricinde tutulmayacaktır.” (para. 91)

Hem Sözleşme’deki tanımında hem de Elkitabı’nın yaklaşımında görülmektedir ki, “zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korku” mülteci statüsünün belirlenmesinde anahtar role sahip kriterdir.³⁰ Bu korku, bireyin vatandaşı olduğu ya da bulunduğu ülkede kalarak sona erdirilebiliyorsa, bu kriter sağlanamadığından bireyin uluslararası korumadan yararlanması mümkün olmayacaktır. Bu olasılığı gündeme getiren ülke içindeki “güvenli” ve sığınılması “makul” bölge, tam olarak DKA’ya tekabül etmektedir.

²⁹ İlk defa 1979 yılında yayımlanan bu metin, sonuncusu 2019 yılında olmak üzere düzenli olarak güncellenmiştir: United Nations High Commissioner for Refugees, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva: UNHCR, 2019, <https://www.unhcr.org/fr-fr/en/media/handbook-procedures-and-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention-and-1967>.

³⁰ UNHCR, *Handbook*, para. 37; Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteciler Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 246; Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, 195.

Bu yaklaşım, koruma yükümlülüğünün öncelikle bireyin vatandaşı olduğu devletin sorumluluğunda olduğu, uluslararası toplumun yükümlülüğünün ikincil, dolayısıyla ancak birey kendi ülkesinde koruma bulamazsa ortaya çıkacağı anlayışının bir sonucudur.³¹ Bu açıdan, DKA yaklaşımıyla uluslararası korumanın ikame/ikincil niteliği arasından doğrudan bir bağ vardır.³²

Hathaway ve Foster, BMMYK'nin Elkitabı'ndaki yaklaşımını, bireyin menşe devletten beklemesi gereken korumaya vurgu yapmadan yalnızca zulüm korkusu duymasının haklı nedene dayanıp dayanmadığı kriterine odaklandığı gerekçesiyle eleştirmektedir.³³ 1951 Sözleşmesi'ndeki mülteci tanımında belirleyici olan iki unsur vardır: haklı sebeplerle korku ve menşe devletin korumasından mahrum olma. Bu iki unsur, şüphesiz, birbiriyle ilintilidir; ancak, vurgunun sadece ilkinin yapılması, bireyin içinde bulunduğu durumu öznel bir hale sokmakta, korkusunun haklılığını ispatla ilgili ek bir yükümlülük yüklemektedir.³⁴

Ayrıca, Hathaway ve Foster'a göre, 1951 Sözleşmesi'nde sığınma arayışına ilişkin bir kriter olmayan makullük, Elkitabı'nda bir haklılık testine dönüştürülerek, Sözleşme'nin koruyucu ruhuyla tezat, "cezalandırıcı bir çağrışım" yaratmaktadır.³⁵ Esasen burada eleştirilen sığınma arayışının haklılığına ilişkin değerlendirmedeki bakış açısıdır. Bireyin uluslararası korumadan yararlanmasının tek kriteri ulusal korumadan yararlanamaması halidir. Menşe

³¹ Marx, "The Criteria," 182; Kelley, "Internal Flight," 7.

Buna karşın, uluslararası korumanın, ancak ve mutlaka menşe devlette koruma sağlanamadığında gündeme gelebilecek ikincil ya da ikame bir koruma olarak değil de "tamamlayıcı koruma" olarak nitelendirilmesi gerektiği düşüncesini de not etmek gerekir. Bkz. Jane McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 49-51. Bu yaklaşım farklılığı, özellikle uluslararası korumanın "son çare" olarak nitelendirilmemesi gerektiğine ilişkin bir sonuca götürmektedir. "DKA'nın uluslararası koruma statüsünün kazanılmasına etkisi" başlığında da vurgulanacağı üzere, uluslararası hukuk sığınma aramayı son çare olarak görmemektedir.

³² Mathew, "The Shifting Boundaries," 191; Schultz, *The Internal Protection Alternative*, 120.

³³ Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 335-337.

³⁴ Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 351-352.

³⁵ Hathaway and Foster, "Internal Protection," 362.

devletin kabul edilebilir ulusal koruması söz konusu değilse, kişinin ayrıca ülkenin başka bir yerine sığınmasının makul olup olmamasına bakılmaması gerekir.³⁶

Sığınma ihtiyacına ilişkin değerlendirmeyi nesnelleştirme çabasıyla referans alınan makullük testi, kriterlerinin belirsizliği nedeniyle, uygulamada da tutarsız sonuçlar ortaya çıkarmakla eleştirilmektedir.³⁷ Özellikle, bireyi sığınma arayışına iten tehlikelerin ve risklerin DKA'ya sığınarak giderilebileceğine ilişkin makullük değerlendirmesinin dışarıdan bir gözle nesnel olarak yapılabileceği iddiası soru işaretleri yaratmaktadır.³⁸ Gerçekten de fazlasıyla "esnek" ve "göreceli" bir değerlendirme olan makullük, duruma ya da koşullara nereden baktığınıza göre farklı sonuçlar ortaya çıkmasına neden olabilecektir.³⁹

BMMYK'nin 90'lı yıllar boyunca DKA konseptiyle ilgili yayımladığı belgelerde makullük yaklaşımı belirli ölçüde korusa da;⁴⁰ vurgunun, söz konusu alternatif alanlarda sağlanan korumanın niteliğine kaydığı örnekler de mevcuttur.⁴¹ Böylece, yalnızca sığınma arayan bireyin ülke içinde başka bir bölgeye sığınmasının makul olup olmaması değerlendirmesi yaparak bireye bir tür, bütün seçenekleri eledikten sonra uluslararası koruma arama yükümlülüğü yüklemek yerine, öncelikle söz konusu alternatif bölgenin gerçekten ulusal korumayı sağlamaya elverişli olup olmadığına bakılması beklenecektir. Böylece, makullük testi tamamıyla bir kenara bırakılmamış olsa da, DKA olarak nitelendirilebilecek bölgenin sağladığı korumanın niteliği öncelikle, en azından

³⁶ Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 351-354.

³⁷ Kelley, "Internal Flight," 26; Schultz, *The Internal Protection Alternative*, 102.

³⁸ Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 352.

³⁹ Hathaway and Foster, "Internal Protection," 385-389.

⁴⁰ United Nations High Commissioner for Refugees, *UNHCR Position Paper on Relocating Internally as a Reasonable Alternative to Seeking Asylum (The So-Called "Internal Flight Alternative" or "Relocation Principle")*, UNHCR, 1999, para. 9, <https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/1999/en/13678>.

⁴¹ United Nations High Commissioner for Refugees, *Information Note on Article 1 of the 1951 Convention*, UNHCR, 1995, para. 6, <https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/1995/en/20360>.

birlikte değerlendirilecektir.⁴² “Koruma odaklı” olarak adlandırılan bu yaklaşım, 1951 Sözleşmesi’nin felsefesine de uygundur.⁴³

D. Dâhilî Korunma Alternatifi Yaklaşımının Uluslararası İnsan Hakları Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Sığınma arayanların hukuki statülerine ilişkin değerlendirmeler, temelde bu kişilerin insan olmaktan kaynaklı haklarının korunmasını esas almaktadır. 1951 Sözleşmesi’nin Başlangıç bölümünde de bu ilişki vurgulanmaktadır. Dolayısıyla, bu kişilerin tabi oldukları hukuki rejim ve sahip oldukları hak ve yükümlülükler yalnızca dar anlamda mülteci hukuku çerçevesinde değil, mülteci hukukunun ilintili olduğu, hatta parçası olarak değerlendirilmesi gereken ve tamamlayıcılık işlevi üstlenen uluslararası insan hakları hukuku dikkate alınarak tespit edilmelidir.⁴⁴ Ayrıca, başta mülteci statüsü olmak üzere, uluslararası koruma statülerinden yararlanabilme kriterlerine ilişkin değerlendirmenin evrimsel ve gelişimsel bir çizgi takip eden “*insan hakları paradigması*” dikkate alınarak yapılması gerektiğine ilişkin net bir eğilim de vardır.⁴⁵

Uluslararası mülteci hukukunun, genel insan hakları yaklaşımının ötesine geçerek mülteci tanımına uyan kişilerin özgün ihtiyaçlarını ve haklarını düzenlemesi itibariyle işlevini azımsamamak ve hakkını teslim etmek gerekir.⁴⁶

⁴² Bríd Ní Ghráinne, “The Internal Protection Alternative Inquiry and Human Rights Considerations – Irrelevant or Indispensable?,” *International Journal of Refugee Law* 27, no. 1 (2015): 46.

⁴³ Hathaway and Foster, “Internal Protection,” 363; Schultz, *The Internal Protection Alternative*, 85.

⁴⁴ UNCHR, *Note on International Protection*, A/AC.96/898, 3 July 1998, para. 1; McAdam, *Complementary Protection*, 29-33; Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, 108; Ertuğrul Yazar, “Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 4 (2022): 318; Ceren Karagözoğlu, “Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması,” *Public and Private International Law Bulletin* 43, no. 1 (2023): 317.

⁴⁵ David J. Cantor, “Defining Refugees: Persecution, Surrogacy and the Human Rights Paradigm,” in *Human Rights and the Refugee Definition*, ed. Bruce Burson and David James Cantor (Leiden: Brill Nijhoff, 2016), 349-395.

⁴⁶ James C. Hathaway, “Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection,” *Journal of Refugee Studies* 4, no. 2 (1991): 117.

Bununla birlikte, özellikle de devletlerin iradesinin uluslararası antlaşmaların bağlayıcılık şartı olması karşısında, 1951 Sözleşmesi'nin şu ya da bu nedenle dışında kalan kişiler bakımından yararlanabilecekleri uluslararası koruma statüsünün ve buna bağlı hakların tespiti için, uluslararası ve bölgesel nitelikteki insan hakları belgeleri çok daha etkili hukuki dayanaklar olabilmektedir.⁴⁷

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, bu anlamda önemli bir örnektir. Bu belgede ifadesini bulan insan haklarına dair temel ilkeler ve bu ilkelerin sonucu olarak ortaya çıkan *erga omnes* nitelikteki hak ve yükümlülükler, devletlerin iradesine dayanan sözleşmesel yükümlülüklerin ötesine geçen bir etkinlik yaratmaktadır.⁴⁸ Böylece her bir bireyin, mülteci statüsüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın, uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan sığınma arama hakkı, ülkeyi terk etme hakkı, seyahat serbestisi gibi hakların, DKA uygulamaları bakımından da dikkate alınması gerekecektir. Vurgulamak gerekir ki, uygulamada DKA yaklaşımıyla gerilimli bir ilişkileri olan bu haklar,⁴⁹ 1951 Sözleşmesi'nin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden kendisine devşirerek temel aldığı haklardır.⁵⁰

Ayrıca, uluslararası insan hakları hukuku, mülteci hukukuna dair esas alabileceğimiz 1951 Sözleşmesi'nde tarif edilen kişilere dair, hatta olası coğrafi kısıt nedeniyle iyice daraltılmış şartların ötesine geçerek, herkesin insan olmaktan kaynaklı haklarını esas aldığından daha geniş bir korunan kişi kategorisi sunmaktadır. Örneğin, Türkiye'nin coğrafi kısıtla 1951 Sözleşmesi'ne taraf olması nedeniyle Avrupa dışından gelen sığınma arayanların mülteci statüsü, dolayısıyla bu statüye bağlı 1951 Sözleşmesi'nden kaynaklı hakları tartışılabilir hale gelirken;

⁴⁷ Topal, *Mülteci Hukuku*, 167-168.

⁴⁸ Belirtmek gerekir ki, 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından oylanmadan kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (A/RES/3/217 A) niteliği gereği örgütsel ya da sözleşmesel bir yükümlülük doğurmamaktadır. Bu Beyanname'de yer alan haklar hukuki gücünü, Uluslararası Adalet Divanı'nın Barcelona Traction kararında teyit ettiği üzere, uluslararası hukukun genel ve teamüli kurallarının bir ifadesi olmalarından ve *erga omnes* niteliklerinden almaktadır. Bkz. ICJ, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Fower Company, Limited*, Judgement of 5 February 1970, para. 33-34.

⁴⁹ Schultz, *The Internal Protection Alternative*, 7.

⁵⁰ McAdam, *Complementary Protection*, 5.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) sayesinde, bireylerin hukuki statüsü ne olursa olsun temel hakları koruma bulmaktadır.

Bu argümanı bu çalışma kapsamında somutlaştırmak gerekirse; örneğin sığınma arayan bireylerin haklarına ilişkin DKA'nın hukuki etkileri bakımından akla gelebilecek ve "uluslararası korumanın temel taşı"⁵¹ olarak nitelendirilen "geri göndermeme ilkesi" 1951 Sözleşmesi temelinde ileri sürülemezse dahi, İHAS'ın 2. maddesinde düzenlenen "yaşam hakkı" veya 3. maddesinde düzenlenen "işkence ve kötü muamele yasağı" bağlamında uygulama bulmaktadır.⁵² *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi* (İHAM)'nin bu çerçevede vermiş olduğu kararlarla,⁵³ hatta ulusal hukuk düzeninde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla,⁵⁴ geri göndermeme ilkesi sadece mülteci hukuku kapsamında değil, daha geniş ve etkili bir çerçevede insan hakları belgeleri ve mekanizmalarıyla korunmaktadır.

Mülteci hukuku ile arasındaki bu özel ilişki nedeniyle insan hakları hukuku, DKA yaklaşımıyla ilgili değerlendirmelerde önemli bir referans niteliğindedir.

II. DÂHİLÎ KORUNMA ALTERNATİFİNİN KARŞILAMASI GEREKEN KRİTERLER

DKA yaklaşımının, özellikle 1951 Sözleşmesi bağlamında sahip olduğu "kırılğan temel"e rağmen, devletlerin uygulamalarında, BMMYK belgelerinde ve hatta uygulamalara yönelik eleştirel yaklaşan akademik çalışmalarda dahi kabul gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.⁵⁵ Bu aşamadan itibaren önemli olan, bir bölgenin DKA olarak nitelendirilebilmesi için karşılaması gereken koşulların neler olduğunun tespitidir.

DKA yaklaşımının 1951 Sözleşmesi'ne uygunluğu başlığında da irdelendiği üzere, BMMYK'nin konuyla ilgili çalışmalarında DKA'nın varlığından

⁵¹ McAdam, *Complementary Protection*, 8.

⁵² Bu konuda bkz. UNCHR, *Note on International Protection*, A/AC.96/898, 3 July 1998, para. 11; Öztürk, "1951 Tarihi", 421-422; Karagözoğlu, "Non-Refoulement".

⁵³ Schultz, *The Internal Protection Alternative*, 298-302.

⁵⁴ Yazar, "Mültecilerin İnsan Haklarının,".

⁵⁵ Schultz, *The Internal Protection Alternative*, 118.

bahsedilebilmesi için özellikle iki kriterin karşılanması gerektiği düşünülmektedir: güvenlik ve makullük. Aslında bu iki kriteri birbirinden ayırmak pek mümkün görünmemektedir. Zira bir yer ancak sığınmak için güvenliyse oraya sığınulmasını beklemek makuldür. Ayrıca, makullük testine yönelik haklı eleştiriler de hatırlandığında, DKA'nın karşılanması gereken koşulları koruma odaklı bir yaklaşımla ele almak daha yerinde olacaktır. Ancak öncelikle ve yine koruma odaklı yaklaşımın gereği olan, DKA olarak nitelendirilebilecek bölgenin karşılanması gereken coğrafi özellikler incelenmelidir.

A. Coğrafi Alana İlişkin Kriterler

1. Açıkça Belirli Olma

DKA olarak nitelendirilecek bölge spekülatif ya da teorik olarak değil, reel olarak var olmalıdır ve açıkça belirlenmelidir.⁵⁶ Kılavuz İlkeler'e göre, mülteci statüsünün belirlenmesinde DKA'nın varlığı bir değerlendirme kriteri olacaksa, belirli bir bölge tanımlanmış olmalıdır.⁵⁷ Bu tanımlama her şeyden önce bölgenin coğrafi sınırlarına ilişkindir. Bireyin menşe ülkenin belirli bir bölümünde koruma bulacağı iddiası, takip eden başlıklarda incelenecek olan koruma kriterlerine ilişkin bir değerlendirme yapılmasına imkân verecek biçimde, söz konusu bölgenin açıkça ve net bir biçimde belirlenmesine bağlıdır.

Bu kriter ışığında Avrupa devletlerinin uygulamalarını inceleyen ECRE'ye göre, "DKA bir değerlendirme kriteri olarak ileri sürülmüşse, değerlendirmeyi yürüten makamlar tanımlanmış sınırlar içinde belirli bir yer belirtmelidir. Bu yer başvuru sahibi tarafından kolayca tespit edilebilmelidir". Bu çerçevede iyi uygulama örnekleri de olmakla birlikte, birçoğunda belirli bir alan spesifik olarak belirtilmeden genel olarak DKA varsayımı üzerinden değerlendirme yapılması eleştirilmektedir.⁵⁸ Bu genelleştirme, menşe ülkesi aynı olan farklı başvuru sahipleri bakımından da söz konudur. Ülkenin belirli bir bölümü ya da kenti DKA olarak nitelendirilerek,

⁵⁶ Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 342.

⁵⁷ UNHCR, *Guidelines on International Protection: "Internal Flight or Relocation Alternative,"* para. 6.

⁵⁸ European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Actors of Protection and the Application of the Internal Protection Alternative, European Comparative Report*, 2014, 58.

bütün başvurular bakımından bu varsayım üzerinden hareket edilmektedir. Halbuki, her bir vakiada her bir başvurucu bakımından spesifik bir DKA olasılığı temellendirilmelidir.

Bireyin alternatif olarak sığınabileceği bölgenin hiç belirlenmemiş olması ya da belirlenmiş olmakla birlikte kabaca tarif edilmiş olması, bireyin o bölgeye yerleşebilme olasılığı ile ilgili değerlendirmenin yeterli hassasiyetle yapılmadığını da gösterir.⁵⁹ Bu eksiklik, ilerleyen başlıklarda tartışılacak olan değerlendirme usulüne ve ispat yüküne ilişkin de sorunlar ortaya çıkaracaktır. Varlığı ve sınırları net bir biçimde ortaya konulamamış bir DKA iddiası, uluslararası koruma statüsüne ilişkin değerlendirme yapan devlet otoritelerinin ispat yükünü tam olarak yerine getirmediği anlamına geleceği gibi, birey bakımından da bu iddiayı çürütmesine imkân vermeyecektir.

2. Erişilebilirlik

DKA'nın coğrafi özelliklerine ilişkin bir diğer kriter erişilebilirliğidir. Kılavuz İlkeler'e göre DKA'nın birey bakımından nispeten "*kolayca, güvenle ve hukuken erişilebilir*" olması gereklidir.⁶⁰ Bölgenin coğrafi olarak erişilebilirliğini birey bakımından zorlaştıracak ve fiziki tehlike yaratacak, örneğin "*mayın tarlaları, hizip çatışmaları, değişken savaş cepheleeri, eşkıyalık ya da diğer taciz ve sömürü türleri*" gibi engellerin varlığı halinde, bu bölge o birey bakımından DKA olarak nitelendirilemeyecektir.⁶¹

Benzer bir biçimde bireyin, ülke içindeki güvenli bölgeye erişmek için zulüm korkusunu yaşadığı bölgeden geçmesi gerekiyorsa ya da zulüm korkusunun kaynağında yer alan kamu otoritesi veya devlet dışı grup tarafından kontrol edilen

⁵⁹ ECRE, *Actors of Protection*, 58.

⁶⁰ UNHCR, *Guidelines on International Protection: "Internal Flight or Relocation Alternative"*; Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 342; Schultz, *The Internal Protection Alternative*, 197-200. Coğrafi alanın erişilebilirliği ile ilgili bu kriterlere Avrupa Birliği Vasıflandırma Yönergesi'nde de yer verilmiştir (md. 8/1).

⁶¹ UNHCR, *Guidelines on International Protection: "Internal Flight or Relocation Alternative,"* para. 10.

bir havalimanını kullanması gerekiyorsa, söz konusu bölge o birey bakımından “güvenli” bir biçimde erişilebilir bir DKA niteliğinde değildir.⁶²

DKA'nın erişilebilirliği ile ilgili Kılavuz İlkeler'de belirtilen bir diğer kriter de bölgenin birey bakımında yasal olarak erişmeye ve yerleşmeye uygun olmasıdır. Bireyin söz konusu bölgeye güvenle erişmesi mümkün olsa dahi “*yasal statüsünün belirsizliği*” nedeniyle burada kalması mümkün olmayacaksa, hatta güvensiz bölgelere gitmeye zorlanacaksa, bu bölge birey bakımından DKA olarak nitelendirilemeyecektir.⁶³

Kılavuz İlkeler'de vurgulanan bu kriterler göstermektedir ki, DKA'nın fiziksel olarak erişilebilirliği, genel geçer bir değerlendirmenin sonucu değil özel olarak ilgili birey bakımından güvenli ve gerçekçi bir olasılık olmasına bağlıdır. Sığınma arayan birey için, ülke içerisinde hareket etmek ülkeyi terk etmekten şu ya da bu nedenle daha zor olabilir.⁶⁴ Örneğin bireyin yaşadığı bölge uluslararası sınıra yakınsa ve/veya ülke içerisinde sığınma bulabileceği alana erişmek için kaçınılmaz olarak güvenli olmayan bir bölgeden geçmesi gerekiyorsa, bu durumda DKA erişilebilir olarak nitelendirilemez. DKA'nın erişilebilir olup olmadığı ile ilgili değerlendirmede kriter bunun sığınma arayan bireyden beklenemeyecek ölçüde “aşırı derecede zor” olup olmadığıdır.⁶⁵ Dolayısıyla erişilebilirlik değerlendirmesi, bireyin her durumda ya da her ne pahasına olursa olsun DKA'ya erişme ihtimaline, hatta denemiş olmasına göre değil, bireyden bunu beklemenin makul olması bakımından yapılmalıdır.

İHAM'ın Salah Sheekh kararında da teyit ettiği üzere,⁶⁶ DKA olarak nitelendirilebilecek coğrafi alana ilişkin bu koşullar, en baştan ve açıkça

⁶² UNHCR, *Guidelines on International Protection: “Internal Flight or Relocation Alternative,”* para. 11.

⁶³ UNHCR, *Guidelines on International Protection: “Internal Flight or Relocation Alternative,”* para. 12; Hathaway and Foster, “Internal Protection,” 391.

⁶⁴ Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 124.

⁶⁵ Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee in International Law*, 126.

⁶⁶ ECtHR, *Salah Sheekh v the Netherlands*, no.1948/04 (11.01.2007) para. 141, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%7B%22001-78986%22%7D%7D>.

sağlanmadan uluslararası koruma statüsüne ilişkin değerlendirmede DKA dikkate alınmamalıdır.⁶⁷

B. Sağlanan Korumanın Niteliğine İlişkin Kriterler

Hathaway ve Foster'a göre, DKA olarak nitelendirilebilecek bölge, 1951 Sözleşmesi'nin diline ve ruhuna uygun olarak, bireyin uluslararası korumadan yararlanmasına gerek kalmadan yaşadığı zulümden ya da zulüm korkusundan kurtulmasına gerçekten "çare" ("antidote") olabilmelidir.⁶⁸ Böyle bir değerlendirme, şüphesiz, her bir birey için kendi koşulları bakımından ayrı ayrı yapılmalıdır. Ancak, bireyin ulusal korumadan yararlanarak zulüm korkusundan uzaklaşmasına imkân verebilecek bir korumanın niteliğine ilişkin de çeşitli kriterler şekillenmiştir.

Literatürde "meaningful protection"⁶⁹, "affirmative protection"⁷⁰ ya da "adequate protection"⁷¹ olarak nitelendirilen bu korumanın DKA'da sağlandığının varsayılabilmesi için aranan kriterleri, korumanın kim tarafından sağlandığı, sürekliliği ve sağlanması beklenen asgari temel haklarla ilgisi başlıkları altında incelemek mümkündür.

1. Korumanın Kim Tarafından Sağlandığı

Bireyin uluslararası korumaya ihtiyaç duymamasına dayanak teşkil edecek ulusal korumadan kasıt, ilke olarak, devletin korumasıdır.⁷² Ulusal korumanın yokluğu, devletin başarısız ya da isteksiz olmasından kaynaklanabileceği gibi kamu otoritelerinin zulüm korkusunun doğrudan kaynağı olmasından da kaynaklanabilir. Belirtmek gerekir ki, devletin bireyi korumada başarısız ya da isteksiz olması hali ulusal korumanın yokluğu ve bireyin zulme uğrama riski için

⁶⁷ ECRE, *Actors of Protection*, 66.

⁶⁸ Hathaway and Foster, "Internal Protection," 392.

⁶⁹ Hathaway and Foster, "Internal Protection," 404; "The Michigan Guidelines," para. 5.

⁷⁰ Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 351.

⁷¹ Marx, "The Criteria," 206.

⁷² Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 289.

başlı başına yeterli görünmektedir.⁷³ Bunun da ötesinde, korkunun kaynağı bizzat kamu otoritelerinin kendisiyse, birey bakımından menşe ülkenin herhangi bir yerinde DKA'dan bahsetmek, ilke olarak, mümkün değildir.⁷⁴

Bu varsayımın yanlışlanabilmesi ancak tehdidin devletin yalnızca belirli bir bölgesinde devlet kontrolü dışına çıkmış bir kısım kamu görevlisinden kaynaklanıyor olması ya da tehdit yaratan devletsel olmayan yapının bu sınırlı bölgede desteklenmemekle birlikte hoş görülmesi halinde mümkündür.⁷⁵ Bu durumda, menşe devletin potansiyel korumasından bahsetmek hala söz konusu olabilecektir.

Menşe devletin dışındaki aktörlerin sağlayabileceği korumanın DKA nitelendirmesi bakımında etkileri konusunda ise yaklaşım farklılıkları söz konusudur. Üye devletler arasında ortak sığınma sistemi ve politikaları oluşturmak amacıyla kabul edilen *Avrupa Birliği Vasıflandırma Yönergesi*'nin⁷⁶ "Koruma Aktörleri" başlığı taşıyan 7. maddesine göre,

"[z]ulme veya ciddi zarara karşı koruma ancak, bu korumayı sağlama isteğine ve gücüne sahip olmaları koşuluyla, [...] devlet veya devletin veya bu devlete ait

⁷³ UNHCR, *Guidelines on International Protection: "Internal Flight or Relocation Alternative,"* para. 15; Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 292.

⁷⁴ "The Michigan Guidelines," para. 16; Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 345; Marx, "The Criteria," 188-190.

BMMYK, Norveç Yüksek Mahkemesi'ne sunduğu 16 Aralık 2020 tarihli uzman görüşünde de bu ilkesel tutumunu teyit etmiştir. Bkz. United Nations High Commissioner for Refugees, *Amicus curiae of the United Nations High Commissioner for Refugees in case number 20-121835SIV-HRET regarding F.K. and others against the State/the Norwegian Appeals Board before the Supreme Court of Norway (Norges Høyesterett)*, UNHCR, 16 Aralık 2020, dipnot 26, <https://www.refworld.org/jurisprudence/amicus/unhcr/2020/en/123483>.

ECRE'nin karşılaştırmalı çalışmasına göre de Avrupa devletlerinin uygulamaları bu ilkeyle uyumlu görünmektedir. Bkz. ECRE, *Actors of Protection*, 66-67.

⁷⁵ Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 345; Marx, "The Criteria," 192.

⁷⁶ *Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted*, erişim tarihi Mart 9, 2024, <http://data.europa.eu/eli/dir/2011/95/oj>.

toprakların önemli bir bölümünü kontrol eden taraflar ve, uluslararası örgütler dahil olmak üzere, kuruluşlar tarafından sağlanabilir [...]”.

Böylece devlete ek olarak, devlet dışı yapıların ve uluslararası kuruluşların da, ülkenin belirli bir bölümünde koruma sağlayabilecekleri kabul edilmiştir. Avrupa Birliği Vasıflandırma Yönergesi'nin bu yaklaşım literatürde⁷⁷ ve BMMYK tarafından eleştirilmiştir. BMMYK'ye göre bu yapılar, koruma konusunda ne kadar istekli ve yetkin olurlarsa olsunlar bir devletin yetkilerine ve özelliklerine sahip değildir.⁷⁸ Her şeyden önce bu yapıların sivillere karşı sorumluluğunu, bir uluslararası hukuk yükümlülüğü olan devletlerin vatandaşlarını koruma sorumluluğu ile karşılaştırmak dahi mümkün değildir.⁷⁹

Gerçekten de, özellikle paramiliter gruplar başta olmak üzere, ülkenin belirli bir bölümünde kontrolü elinde bulunduran devlet dışı yapıların sağladığı koruma kalıcı ve etkin olma koşullarını sağlamaktan uzaktır. Bu durumun yaratacağı riskler karşısında, bu yapıların menşe ülkenin belirli bir bölümünde sağlayacağı korumayı ulusal korumaya denk görerek bireyin uluslararası korumadan yararlanmasını engellemek gerekir.⁸⁰

⁷⁷ Maria O'Sullivan, "Territorial Protection: Cessation of Refugee Status and Internal Flight Alternative Compared," in *The Ashgate Research Companion to Migration Law, Theory and Policy*, ed. Satvinder S. Juss (London: Routledge, 2013), 222; Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, 237-239.

⁷⁸ UNCHR, *UNHCR comments on the European Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted* (COM(2009)551, 21 October 2009), s. 4-5, erişim tarihi Ocak 10, 2024, <https://www.unhcr.org/media/european-commissions-proposal-directive-minimum-standards-qualification-and-status-third>.

⁷⁹ Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 291-292.

⁸⁰ Devletsel olmayan yapıların koruma aktörü olarak kabul edildiği ve literatürde de eleştirilen bazı ulusal uygulama örnekleri için bkz. Kelley, "Internal Flight," 17-22; O'Sullivan, "Territorial Protection," 210, dipnot 6.

Avrupa devletlerinin uygulamaları bakımından, uluslararası insan hakları ve mülteci hukukunu referans alarak eleştirel analizler yapan ECRE'nin 2014 tarihli çalışmasına göre, aksi uygulama örneklerine rağmen devletsel olmayan aktörlerin sağladığı korumanın dikkate alınması 1951 Sözleşmesi'ne uygun bir yaklaşım olarak görülmemektedir. Bkz. ECRE, *Actors of Protection*, 50.

Bu yaklaşım, uluslararası hukuk yükümlülüklerinden bahsedebileceğimiz bir uluslararası örgütün olası koruması bakımından da geçerlidir. Aslında 1951 Sözleşmesi, “BMMYK dışında diğer bir BM organı veya kuruluşundan halihazırda koruma ya da yardım görmekte olan kimseler[i]” koruma kapsamı dışında bırakmaktadır (md. 1D). Bunun en bilindik örneği *Birleşmiş Milletler Yakın Doğu’daki Filistinli Mültecilere Yardım ve Çalışma Ofisi*’nin çalışma alanında sağlanan koruma nedeniyle Batı Şeria ve Gazze’de bulunan Filistinlilerin mülteci statüsünden yararlanamamasıdır.⁸¹ Ancak, İsrail’in Ekim 2023 tarihinde Gazze’de başlattığı işgal hareketi de göstermektedir ki bu gibi kuruluşların sağladığı koruma dahi her zaman yeterli etkinlikte olamamaktadır.⁸² Kılavuz İlkeler’de de vurgulandığı üzere, bir devletin topraklarında kontrol sağlayarak belirli bir idari ve askeri otorite oluşturan bir uluslararası örgütün korumasını dahi devletin koruması ile eşdeğer tutmak mümkün değildir. Doğası gereği geçici nitelikte olan ve geçiş dönemini kapsayan bu korumaya dayanarak ve bireyin özel koşulları dikkate alınmadan, uluslararası koruma talebinin reddedilmemesi gerekmektedir.⁸³

Üçüncü devletlerin hukuki ya da fiili olarak kontrol ettikleri bölgelerde sağlayacakları olası korumayı da uluslararası örgütlerin korumasıyla karşılaştırmak mümkündür. Bu durumda belirli bir devlet otoritesinin sağladığı korumadan bahsetmek mümkünken, bu koruma da geçici nitelikte olacağından kendisinden beklenen etkili ve kalıcı olma kriterlerini karşılamaktan uzak olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, korumanın kaynağı bakımından esnek ve eleştirilen bir yaklaşım benimseyen Avrupa Birliği Vasıflandırma Yönergesi

⁸¹ Resmi adı *The United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA)* olan ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin 302(IV) sayılı ve 8 Aralık 1949 tarihli kararıyla kurulmuş bu kuruluşun yetki alanı Ürdün, Suriye, Lübnan ve Gazze Şeridi’ni kapsamaktadır. Bu bölgelerde bulunan Filistinlilerin 1951 Sözleşmesi dışında bırakılmasına ve bunun istisnalarına dair bkz. Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, 310-321.

⁸² UNRWA’nın 4 Mart 2024 tarihli raporuna göre 7 Ekim 2023 olaylarından itibaren çoğu kadın ve çocuk 30 binin üzerinde Filistinli hayatını kaybetmiş; 2 milyona yakın Filistinli yerinden edilmiştir. Erişim tarihi Mart 8, 2024, <https://www.unrwa.org/resources/reports/unrwa-situation-report-86-situation-gaza-strip-and-west-bank-including-east-jerusalem>.

⁸³ UNHCR, *Guidelines on International Protection: “Internal Flight or Relocation Alternative,”* para. 16.

açısından dahi üçüncü devletlerin korumaları ancak bir uluslararası örgüt çerçevesinde ve çok uluslu bir gücün parçası olarak mümkündür.⁸⁴ Bu durumda dahi bu çok uluslu gücün sağlayacağı korumanın hukuki dayanağı, niteliği ve süresi gibi konularda ortaya çıkacak belirsizlikler,⁸⁵ üçüncü devletlerin kontrolü altındaki bölgelerde sağlanan korumanın DKA kriterleri bakımından kabul edilebilirliğini sorgulatacaktır.

Menşe devlet dışındaki aktörlerin sağlayacağı korumanın ulusal koruma niteliği ile ilgili eleştiriler ve kaygılar, menşe devlet otoritelerinin zulüm korkusunun kaynağında yer aldığı durumlarda çok daha anlaşılır hale gelmektedir. Devlet dışı yapıların, üçüncü devletlerin ve hatta uluslararası örgütlerin ülkenin belirli bir bölümünde sağlayacağı korumanın kalıcılığıyla ilgili soru işaretleri mevcutken, bu bölgenin kontrolünün her an zulmün kaynağında yer alan kamu otoritelerine geçmesi riski dahi tek başına birey bakımından bir korku kaynağına dönecektir. Zira birey, kimi ulusal yargı kararlarında da teyit edildiği üzere, “*güvencesiz koşullar*” da güvende değildir.⁸⁶

BMMYK'nin de açıkça vurguladığı üzere “*Birleşmiş Milletler örgütleri, sivil toplum kuruluşları, sivil toplum ve diğer Devlet dışı aktörler, Devlet korumasının yerini almaz*”.⁸⁷ 1951 Sözleşmesi esas olarak devletlerin yükümlülükleri üzerine inşa edilmiştir.⁸⁸ Ulusal koruma menşe devletin korumasıdır ve alternatifi de uluslararası korumadır. Bu yaklaşımın sonucu olarak, ulusal korumanın ancak menşe devlet otoritelerince sağlandığında var olduğunu; aksi halde DKA'dan bahsedilemeyeceğini kabul etmek gerekir.

⁸⁴ Bu yorum Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından da benimsenmiştir. Bkz. ABAD, *Birleştirilmiş davalar, C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08 [2010] I-01493, Salahadin Abdulla ve Diğerleri v. Almanya*, 2 Mart 2010, para. 75, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CI0175>.

⁸⁵ European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Legal Note 7 on the Cessation of International Protection and Review of Protection Statuses in Europe*, 2021, 8.

⁸⁶ Marx, “The Criteria,” 198.

⁸⁷ UNHCR, *Uluslararası Koruma Hakkında Kılavuz İlkeler No. 9*, para. 51.

⁸⁸ Hathaway and Foster, “Internal Protection,” 411.

2. Korumanın Sürekli Nitelikte Olması

Ülke içindeki bir bölgenin birey bakımından anlamlı bir alternatif korunma alanı olarak kabul edilebilmesi için, o bölgenin o anda ve genel manada güvenli olarak nitelendirilmesi yeterli değildir. Bu değerlendirmenin, sığınma arayan bireyin koşulları özelinde, ileriye dönük olarak da yapılabilmesi ve bu bölgenin gelecekte de o birey bakımından anlamlı bir koruma sağlayabileceği sonucuna varılması gerekmektedir.⁸⁹ Örneğin, sığınma arayan birey bakımından zulüm korkusunun kaynağında yer alan aktörler, henüz belirli bir bölgede etkin olmadıklarından söz konusu bölge DKA olarak nitelendirilebilir görünse de, eğer bu etkinin ve zulüm korkusunun gelecekte bu bölgeye de yayılma riski varsa, bir DKA'dan bahsedilemeyecektir.⁹⁰ Benzer bir biçimde, bireyin DKA olarak nitelendirilen bölgeden şu ya da bu nedenle gelecekte ayrılmaya zorlanma riski varsa, yine bu bölgenin birey bakımından bir sığınma alternatifi olarak görülmesi beklenemeyecektir.⁹¹

DKA'da sağlanacak korumanın sürekliliği ile ilgili bu yaklaşım, yeni zulüm riskleri açısından da geçerlidir. Daha açık ifade etmek gerekirse, bireyin DKA olarak nitelendirilebilecek bölgeye sığınması halinde yerinden edilmesine neden olan korkudan uzaklaşması mümkün olduğu halde, bu bölgede “yaşamı, güvenliği, özgürlüğü ve sağlığı açısından ya da ayrımcılığa uğrama riskleri”yle ciddi boyutta karşılaşma ihtimali varsa, bu bölge o birey bakımından kabul edilebilir bir koruma sağlamıyor, dolayısıyla DKA olarak nitelendirilemeyecektir demektir.⁹²

Bu noktada belirtmek gerekir ki, bu yeni risklerin 1951 Sözleşmesi çerçevesinde bireyin mülteci statüsü kazanmasına neden olacak ağırlıkta olması da artık beklenmeyecektir.⁹³ Zira birey, DKA'ya sığınma ihtimali ortaya çıktığı

⁸⁹ UNHCR, *Guidelines on International Protection: “Internal Flight or Relocation Alternative,”* para. 8.

⁹⁰ UNHCR, *Guidelines on International Protection: “Internal Flight or Relocation Alternative,”* para. 18; Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 345.

⁹¹ Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 334.

⁹² UNHCR, *Guidelines on International Protection: “Internal Flight or Relocation Alternative,”* para. 20; Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 334.

⁹³ Hathaway and Foster, “Internal Protection,” 402.

anda zaten uluslararası korumadan yararlanmaya hak kazanmıştır. Uluslararası korumaya alternatif olarak görülen DKA bu işlevini yerine getiremediyse söz konusu bölge zaten anlamlı bir sığınma alternatifi olamamıştır. Dolayısıyla, DKA'ya sığındıktan sonra ortaya çıkacak yeni tehditler bireyin zulüm korkusuna ilişkin yeni bir değerlendirme yapılmasına değil, başlangıçtaki konumuna dönülmesine neden olur.

3. Temel Hakların Korunması

Menşe ülkenin bir bölümünün uluslararası korumaya alternatif bir koruma sağladığı iddiası, doğal olarak, sığınma arayan bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ile ilgili bir değerlendirme gerektirir.⁹⁴ Özellikle DKA'nın uluslararası korumayı ihtiyaç olmaktan çıkaran bir işlev görmesi, bu gibi bölgelerin sağlaması gereken temel hak ve özgürlüklere dair güvencelerle uluslararası koruma statüsünün sağlayacağı güvenceler arasında karşılaştırma yapılmasına neden olmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bireyin uluslararası koruma altındayken sahip olabileceği temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvencelerin birebir aynısının DKA'da karşılanması gerekmez. Bir başka ifadeyle, bireyin X Devleti'nde mülteci statüsü sayesinde sahip olabileceği temel hak ve özgürlüklere denk koşulların bulunmadığı gerekçesiyle menşe ülkede DKA'nın yokluğu ileri sürülemez. Bazı yazarlara göre, temel hak ve özgürlüklerle ilgili güvencelere dair aşırı derecede geniş yorumlarla DKA'nın varlığının bir tür "*insan hakları testi*"ne tabi tutulması, 1951 Sözleşmesi'ne de uygun olmayacaktır.⁹⁵

1951 Sözleşmesi, DKA'da güvence altına alınması beklenen temel hak ve özgürlüklerle ilgili sık başvurulan bir referans niteliğindedir. Sözleşme'de,

⁹⁴ DKA uygulamalarında koruma odaklı bir yaklaşımın benimsenmesi amacıyla oluşturulmuş olan Michigan Kılavuz İlkeleri'ne göre, DKA'nın sağlaması gereken koruma ile uluslararası toplumunca kabul gören temel insan hakları arasında bir ilinti olmalıdır. 1951 Sözleşmesi'nin Başlangıç bölümünde temel hak ve özgürlüklere yapılan gönderme de bu yaklaşımı destekler niteliktedir ("The Michigan Guidelines," para. 21).

⁹⁵ Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee in International Law*, 125-126; Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 354.

mültecilerin kimi medeni ve sosyo-ekonomik haklar, inanç özgürlüğü, seyahat özgürlüğü, mahkemelere erişim hakkı, çalışma hakkı, sosyal yardım hakkı ve ilköğretim hakkı bakımından ayrımcılığa uğramaması öngörülmüştür. Hathaway ve Foster'a göre, menşe devletin bu hakların bütününe ilişkin teminat vermesi beklenemese de, DKA'da bireyin yaşamını yeniden inşasına imkân tanıyacak seyahat özgürlüğü, çalışma hakkı, konut edinme hakkı, eğitim hakkı, sosyal yardım ve kamu yardımı hakkı sağlanıyor olmalıdır. Bu hakları güvence altına alacak koşullar ve altyapı menşe devlet tarafından sağlanamıyorsa ya da bunları sağlarken keyfi ve ayrımcı bir biçimde davranıyorsa, DKA'dan bahsedilemez.⁹⁶

Bir diğer taraftan, Sözleşme'de uluslararası koruma statüsü için temel kriter olan "*haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu*", DKA'da güvence altında olması beklenen temel hak ve özgürlükler açısından da kıstastır. DKA özelinde bir değerlendirme olmasa da, benzer bir biçimde uluslararası korumanın ihtiyaç olmaktan çıkması sonucuna götüren menşe devletteki koşullarda değişimin niteliğine dair BMMYK Yürütme Komitesi'nin tavsiye kararına göre, menşe devletteki "*insan haklarına ilişkin durum dahil, zulüm korkusuna neden olan unsurların ortadan kalktığı [...] dikkatle değerlendirmelidir*".⁹⁷

Kılavuz İlkeler'e göre de "*temel insan haklarına saygı*", bir bölgenin DKA olarak nitelendirilebilmesinin koşuludur. Ancak bu demek değildir ki "*herhangi medeni, siyasi ya da sosyo-ekonomik haktan yoksunluk*" bir sığınma bölgesini DKA olmaktan çıkarır. DKA'da, başta yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele görmeme ve din, vicdan ve düşüncelerinden dolayı baskı görmeme olmak üzere çekirdek hakların güvence altında olmasının aranacağı muhakkaktır. Bunun dışındaki haklar bakımından önemli olan, yoksun olunan ya da ihlal edilen bir hakkın birey için ne derecede temel nitelikte olduğu ve söz konusu bölgede yaşamını ne derecede katlanılmaz hale getirdiğidir.⁹⁸

⁹⁶ Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 357-358.

⁹⁷ United Nations High Commissioner for Refugees, *Cessation of Status, Executive Committee Conclusion No. 69 (XLIII) (1992)*, UNHCR, 1992, <https://www.unhcr.org/publications/cessation-status>.

⁹⁸ UNHCR, *Guidelines on International Protection: "Internal Flight or Relocation Alternative,"* para. 28.

Ekonomik nitelikteki temel hak ve özgürlükleri de yine bu bağlamda düşünmek gerekir. Eğer söz konusu bölge bireye uygun konaklama imkânları, geçimine ya da tıbbi bakımına yönelik koşullar sağlamıyorsa, bireyin bu bölgeyi sığınma alternatifi olarak görmesi ve yerleşmesi beklenemeyecektir. Tabii ki buradaki kriter bireyin sosyo-ekonomik standartlarında hiçbir düşüş yaşanmaması değildir. Menşe ülke koşulları dikkate alındığında, bireyin DKA'da "*nispeten normal bir hayat sürdürülebilmesi*" yeterli bir durumdur.⁹⁹

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, bireyin etnik, dilsel, dinsel ya da kültürel aidiyetleri nedeniyle, DKA olarak nitelendirilebilecek bölgede ekonomik hayattan da dışlanması ihtimalidir. Bu bölgede güvenlik sorunları yaşamasa dahi kimliğinden dolayı ekonomik kaynaklardan yararlanması, iş bulması zor, hatta imkânsız olacaksa, bireyden bu bölgeye yerleşmesini beklemek makul olmayacaktır.¹⁰⁰

Sonuç olarak, DKA'da beklenen temel hak özgürlüklere ilişkin koşulların, olası uluslararası koruma altındaki koşullara denk olması beklenemeyecekse de, bireyin "*aşırı derecede zorluk*"la karşılaşmadan, "*nispeten normal bir hayat sürdürülebilmesi*"ne imkân vermesi beklenmektedir. Kimi yazarlarca "*uluslararası standartlar*"¹⁰¹ ya da "*temel insan hakları standartları*"¹⁰² olarak nitelenen bu güvencelerin yokluğu bireyin uluslararası korumadan yararlanmasını başlı başına gerekçelendireceğinden, ilgili bölge kabul edilebilir bir alternatif korunma alanı olarak görülemeyecektir. Bunun aksine bir değerlendirme, başta geri göndermeme ilkesi olmak üzere, 1951 Sözleşmesi ve uluslararası insan hakları hukuku belgelerindeki yükümlülüklerin ihlali niteliğinde olacaktır.¹⁰³

⁹⁹ UNHCR, *Guidelines on International Protection: "Internal Flight or Relocation Alternative,"* para. 29.

¹⁰⁰ UNHCR, *Guidelines on International Protection: "Internal Flight or Relocation Alternative,"* para. 30.

¹⁰¹ Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 334; Marx, "The Criteria," 200.

¹⁰² Kelley, "Internal Flight," 37.

¹⁰³ Schultz and Einarsen, "The Right to Refugee Status," 316.

III. DÂHİLÎ KORUNMA ALTERNATİFİNİN ULUSLARARASI KORUMA STATÜSÜNE ETKİSİ

Daha önce vurgulandığı üzere, mülteci tanımının negatif yorumundan hareketle temellendirilmiş olan DKA yaklaşımı, bu tanımdaki iki unsurdan birinin dahi yokluğunda, ikincil nitelikteki uluslararası koruma statüsünü dışlayan bir etki yaratmaktadır.¹⁰⁴ Bu yönüyle DKA, bir tür yazılı olmayan uluslararası koruma statüsünden hariç tutma mekanizmasına dönmüştür.¹⁰⁵ Devletlerin mülteci akınlarını engellemeye dönük uygulamalarıyla ortaya çıkan ve etkisi itibariyle sığınma arayan bireyler bakımından ağır sonuçlar yaratabilen DKA yaklaşımının uluslararası koruma statüsüne etkisi hassasiyetle ele alınmalıdır. Bu etki, birbirinden farklı koşulların ve sonuçların söz konusu olduğu uluslararası koruma statüsünün kazanılması ve sona erdirilmesi bakımından ayrı ayrı incelenecektir.

A. Dâhilî Korunma Alternatifinin Uluslararası Koruma Statüsünün Kazanılmasına Etkisi

Elkitabı'na göre "*birey, mülteci statüsü tanındığı için mülteci olmaz, mülteci olduğu için bu statü kendisine tanınır*".¹⁰⁶ Dolayısıyla, mülteci statüsü, 1951 Sözleşmesi'nde yer alan tanımdaki koşulların ortaya çıktığı andan itibaren fiilen kazanılmıştır. Bu statünün yasal olarak tanınması, "*kurucu*" değil "*bildirici*" işlev gören bir tespitten ibarettir.¹⁰⁷ Bunun sonucu olarak, statü belirleme işlemi yasal olarak tamamlanıncaya kadar bireyin mülteci gibi muamele görmesi, bu statüye ilişkin haklardan mümkün olduğunca geniş bir biçimde yararlandırılması esastır.¹⁰⁸ Yine de, uluslararası koruma statüsüne bağlı hakların bütün olarak kullanılabilmesi için bireyin koşullarına uygun statünün belirlenmesi gerekir. Sığınma arayan bireyin, başından itibaren menşe ülkeden ayrılmadan ulusal

¹⁰⁴ Schultz, *The Internal Protection Alternative*, 87.

¹⁰⁵ Schultz, *The Internal Protection Alternative*, 152.

¹⁰⁶ UNHCR, *Handbook*, para. 28.

¹⁰⁷ Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteciler Hukuku*, 245.

¹⁰⁸ Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, 86-87.

korumadan yararlanabilmesi ihtimaline dayanak olan DKA'nın varlığı iddiası bu belirleme sürecine etki eden bir unsurdur.

1951 Sözleşmesi mülteci statüsünün belirlenme usulüne ilişkin düzenlemeler içermemektedir. Her devlet, kimlerin mülteci olarak nitelendirilebileceğini değerlendirmek üzere, kendi anayasal sistemine uygun hukuki ve idari süreçler öngörebilir. Bununla birlikte, farklı ulusal hukuk sistemlerinde farklı değerlendirme usullerinin benimsenmesinin yaratabileceği riskler nedeniyle BMMYK, bazı temel gereklilikleri ve güvenceleri karşılayan ilkeler belirlemiştir.¹⁰⁹ Zaman içerisinde, mülteci statüsünün belirlenmesinde DKA'nın etkisine ilişkin de bazı temel ilkelerin şekillendiği görülmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki uluslararası hukuk, bireyin sığınma arama hakkını son çare olarak görmemektedir. Birey, DKA dahil menşe ülkesindeki bütün seçenekleri tükettikten sonra uluslararası koruma talep etmeye zorlanamaz.¹¹⁰ Tanım gereği, mülteci statüsünden kazanılması için zulme uğrama korkusunun menşe ülkenin bütününe kapsamı da gerekli değildir.¹¹¹

DKA, uluslararası koruma statüsünün kazanılmasında bağımsız bir değerlendirme kriteri değil; ilgili statünün tanımı gereği aranan kriterlerin, özellikle de zulüm korkusunun haklı nedenlere dayanması koşulunun değerlendirilmesi sürecinde dikkate alınabilecek bir unsurdur.¹¹² BMMYK'nin Elkitabı'nda da detaylı olarak analiz edildiği üzere,¹¹³ mülteci statüsü bakımından belirleyici olan haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu kriteri nesnel ve öznel unsurlara birlikte atıf yapmaktadır. Bireyin duyduğu korkunun haklı nedenlere dayanması menşe ülkesindeki nesnel koşullarla ilintili olmakla birlikte; korku, temelde, bireyin kendi koşullarından, özelliklerinden ve öznel durumundan kaynaklanan ruh halini yansıtır.¹¹⁴ Haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu

¹⁰⁹ UNHCR, *Handbook*, para. 189; Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, 150-151.

¹¹⁰ UNHCR, *Guidelines on International Protection: "Internal Flight or Relocation Alternative,"* para. 4.

¹¹¹ UNHCR, *Handbook*, para. 91; Hathaway and Foster, "Internal Protection," 367-369.

¹¹² Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 333; Marx, "The Criteria," 180-181.

¹¹³ UNHCR, *Handbook*, para. 37-42.

¹¹⁴ Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteciler Hukuku*, 247; Topal, *Mülteci Hukuku*, 74-75.

kriterindeki bu yoğun öznel boyut, nesnel olarak gözlemlenen durumların dahi bu öznel koşullar çerçevesinde test ve teyit edilmesini gerektirir. Dolayısıyla, nesnel bir durum olarak görülebilecek DKA'nın kabul edilebilir bir korunma alternatifi olup olmadığı genelleştirilmiş bir değerlendirmeyle değil,¹¹⁵ her bir başvuru bakımından, başta kendi bireysel koşulları olmak üzere, her türlü unsur dikkate alınarak tespit edilmelidir.¹¹⁶ Bu açıdan DKA değerlendirmesi “objektif” olduğu kadar “esnek” bir değerlendirme değildir.¹¹⁷

Bu kişiselleştirilmiş değerlendirme sürecinin esnek ama tutarsız sonuçlara¹¹⁸ yol açmaması için, değerlendirme usulüne ilişkin de bazı güvenceler şekillenmiştir. Öncelikle, DKA'nın varlığı iddiası,¹¹⁹ cezalandırıcı bir ön şarta ya da

¹¹⁵ BMMYK'ye göre bu gibi hatalı uygulama örneklerinde, özellikle belirli bir birey grubuna ilişkin genel bir DKA varsayımından hareketle ve bu gruba dahil tüm bireylerin “mülteci statüsü almaya hakkı olduğu halde mülteci statüsünü reddetmek için kullanılmaktadır” (United Nations High Commissioner for Refugees, *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, UNHCR, 2001, para. 12, <https://www.refworld.org/reference/research/unhcr/2001/en/29198>). İlgili birey bakımından DKA'nın sağladığı korumaya ilişkin derinlikli bir değerlendirme yapılmadan ve sadece nesnel koşullar dikkate alınarak yapılan bu genelleştirmeler tehlikeli olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Hathaway and Foster, “Internal Protection,” 371.

¹¹⁶ UNHCR, *Guidelines on International Protection: “Internal Flight or Relocation Alternative,”* para. 4; Marx, “The Criteria,” 180.

Avrupa Birliği Vasıflandırma Yönergesi'nin yaklaşımı da bu yöndedir:

“Üye Devletler, bir başvuru sahibinin zulme uğrayacağından haklı nedenlerle korkup korkmadığını veya ciddi zarar görme riski altında olup olmadığını ya da 1. paragraf uyarınca menşe ülkesinin bir bölümünde zulme veya ciddi zarara karşı korumaya erişimi olup olmadığını incelerken, ülkenin o bölümünde hüküm süren genel koşulları ve 4. madde uyarınca başvuru sahibinin kişisel koşullarını dikkate alarak karar verirler” (md. 8/2).

¹¹⁷ Storey, “The Internal Flight Alternative,” 514.

¹¹⁸ Nesnel ve öznel unsurlara ilişkin değerlendirme yönteminin içerdiği belirsizlikler nedeniyle, bunun esneklikten ziyade bir tür tutarsızlık yarattığına yönelik eleştirel bir yaklaşım için bkz. Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, 210-211.

¹¹⁹ Ayrıca vurgulamak gerekir ki, uluslararası koruma statüsünün kazanılmasında DKA'nın etkisi, bu statüye ilişkin değerlendirmenin yapıldığı ve kararın verildiği esnadaki varlıklarına bağlıdır. Birey, artık DKA olarak nitelendirilemeyecek bir bölgeye geçmişte, menşe ülkeyi terk etmeden önce sığınmadığı gerekçesiyle uluslararası koruma statüsünün reddiyle karşı karşıya kalmamalıdır. Bkz. Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 335.

bir tür “*kestirme yol*”a dönüştürülerek,¹²⁰ bireyin uluslararası hukukça korunan temel haklarının kategorik olarak görmezden gelinmesine ve uluslararası koruma talebinin değerlendirilmeden ya da “*hızlandırılmış değerlendirme*” süreçleriyle reddedilmesine dayanak yapılmamalıdır.¹²¹ Yukarıda vurgulandığı üzere, DKA’nın varlığı teorik olarak kabul edilse dahi, ilgili birey bakımından kabul edilebilir bir koruma sağladığına ilişkin değerlendirme, başvurucunun öznel koşulları dikkate alınarak yapılmalıdır.

Bu öznel değerlendirmenin yüzeysel yapılmaması gerekir.¹²² Öyle ki, bireyin “*özel ihtiyaçları*” dahi, belli ölçülerde DKA değerlendirmesinde dikkate alınmalıdır.¹²³ Kılavuz İlkelerine göre, bu değerlendirme yapılırken dikkate alınacak kişisel özelliklerin başında “*yaş, cinsiyet, sağlık, engellilik, aile durumu ve ilişkiler, sosyal veya diğer hassasiyetler, etnik, kültürel veya dini hususlar, siyasi ve sosyal bağlantılar ve uyumluluk, dil becerileri, eğitim, mesleki ve iş gibi faktörler*” gelmektedir. Söz konusu bölgede kişinin, özellikle etnik veya diğer kültürel bağlarının varlığı, aile veya sosyal çevreye sahip olması gibi unsurlar, “*bu tür yakın bağların günlük yaşamın baskın bir özelliği olduğu topluluklarda bireyin izolasyonu ve hatta ayrımcılığa uğraması bakımından önemli olacağından, hassasiyetle dikkate alınmalıdır*”.¹²⁴

DKA’nın değerlendirmeye alındığı uygulama örneklerinde bir diğer sorun kaynağı, DKA varsayımı karşısında başvurucunun ağır ve haksız ispat yüküyle karşılaşmasıdır. Şüphesiz, ispat yükü iddia sahibine aittir genel hukuk ilkesine uygun olarak, başvurucudan haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunu gerekçelendirmesi beklenebilecektir. Ancak, bireyin içinde bulunduğu koşullar ve imkânsızlıklar düşünüldüğünde, bu sorumluluğu tek başına ona yüklemek doğru olmayacaktır.¹²⁵

¹²⁰ Hathaway and Foster, “Internal Protection,” 382; Schultz, *The Internal Protection Alternative*, 294-296.

¹²¹ UNHCR, *Guidelines on International Protection: “Internal Flight or Relocation Alternative,”* para. 4 ve 36; Hathaway and Foster, “Internal Protection,” 411-412.

¹²² Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status*, 339.

¹²³ ECRE, *Actors of Protection*, 68.

¹²⁴ UNHCR, *Guidelines on International Protection: “Internal Flight or Relocation Alternative,”* para. 25.

¹²⁵ UNHCR, *Handbook*, para. 196.

BMMYK'ye göre bazı uygulama örneklerinde bunun da ötesine geçilerek, başvurulardan menşe ülkenin hiçbir yerinde korunamayacaklarını ispat etmeleri istenmektedir ki, "bu hem imkânsız bir yükür hem de temel kriteri sığınmacının Sözleşme'de yer alan bir sebepten ötürü zulme uğrayacağına dair haklı bir korku duyduğunu göstermesi olan mülteci tanımıyla açıkça çelişmektedir".¹²⁶

Menşe ülkede belirli bir bölgenin DKA olarak nitelendirilebileceği iddiası, başvuruyu değerlendiren devlet otoritelerince ileri sürüldüğüne göre, buna ilişkin ispat yükü de bu otoriteler üzerindedir.¹²⁷ Başvurucunun ispat yükümlülüğü, ileri sürülen somut iddiaların kendi özel koşullarıyla uyumsuzluğuna dair karşı iddialarıyla sınırlıdır.¹²⁸ Bu nedenle bireyin, uluslararası koruma statüsüne ilişkin değerlendirme sürecinde DKA'nın varlığının dikkate alındığı bilgisine ve olası karşı iddialarını ileri sürebilme imkânına sahip olması gerekmektedir.¹²⁹

Her halükarda, başvurusu değerlendirilen birey bakımında DKA'nın varlığı kabul edilebilir çerçevede ortaya konulamıyorsa, şüpheden başvuru yararlanır.¹³⁰ Bu ilke genel olarak insan hakları hukukunun, özel olarak da mülteci hukukunun koruma odaklı yaklaşımının sonucudur.¹³¹

¹²⁶ UNHCR, *Interpreting Article 1*, para. 12, dipnot 28.

¹²⁷ UNHCR, *Guidelines on International Protection: "Internal Flight or Relocation Alternative,"* para. 34; Hathaway and Foster, "Internal Protection," 413-414; Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee in International Law*, 143.

¹²⁸ Kelley, "Internal Flight," 10-11.

Türkiye'deki uygulamalarda da, Anayasa Mahkemesi'nin karara bağladığı bireysel başvurularda, İHAM içtihatlarıyla uyumlu olarak, bu ispat yükünün kamu otoriteleriyle sığınma arayan birey arasında benzer bir denge gözetilerek değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Bkz. Yazar, "Mültecilerin İnsan Haklarının," 335-336.

İHAM'ın bu yönde bir kararı için bkz. ECtHR, *J. K. and Others v. Sweden*, no. 59166/12 (23.08.2016) para. 91-98, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%7B%22001-165442%22%7D%7D>.

¹²⁹ UNHCR, *Guidelines on International Protection: "Internal Flight or Relocation Alternative,"* para. 35; ECRE, *Actors of Protection*, 69.

¹³⁰ Marx, "The Criteria," 213; UNHCR, *Amicus curiae*, para. 16.

¹³¹ Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, 195-196.

B. Dâhilî Korunma Alternatifinin Uluslararası Koruma Statüsünün Sona Ermesinde Etkisi

Uluslararası koruma statüsü tanınmış bireyler, belirli koşullar oluştuğunda bu statülerini kaybedebilirler. Koruma statüsünün kaybedilmesi statünün iptali, geri çekilmesi ya da sona erdirilmesi şekillerinde gerçekleşebilir. Uluslararası koruma statüsü tanındıktan sonra menşe ülkede DKA olarak nitelendirilebilecek bölgelerin ortaya çıkması, statünün sona erdirilebilmesi gerekçeleri bağlamında tartışılmaktadır.

Koruma statüsünün sona ermesi, söz konusu statünün kazanılmasına dayanak unsurlarda sonradan ortaya çıkan değişikliğe bağlı olarak gerçekleşebilmektedir. 1951 Sözleşmesi'nin 1(C) hükmünde, mülteci statüsünün sona ermesine ilişkin olasılıklar sıralanmıştır.¹³² DKA'nın uluslararası koruma statüsünün sona ermesine etkisi bakımından, bu hükmün beşinci ve altıncı fıkraları dikkate değerdir.¹³³ Her iki fıkranın ortak fikri, uluslararası koruma statüsünden yararlanan bireyin, bu statüyü kazanmasını sağlayan şartların ortadan kalkması halinde mülteci statüsünün sona ermesidir. Buna elverecek şey menşe ülkedeki koşulların değişmesidir. Bireyin, zulme uğrayacağından korku duymasına neden olan sebepler tamamen ortadan kalktıysa ve asıl olan ulusal

¹³² Özel olarak mülteci statüsünün sona ermesine ilişkin olan bu olasılıkları genel olarak her türlü uluslararası koruma statüsünün sona ermesi bakımından dikkate almak mümkündür.

¹³³ İlgili fıkralar şu şekildedir:

“(5) Mülteci tanınmasını sağlayan koşullar ortadan kalktığı için vatandaşı olduğu ulkenin korumasından yararlanmaktan sakınmaya artık devam edemezse; [...]

(6) Tabiiyetsiz olup da mülteci tanınmasını yol açan koşullar ortadan kalktığı için, normal (mutad) ikametgahının bulunduğu ülkeye dönebilecek durumda ise; [...]

Bu kişiye işbu Sözleşme'nin uygulanması sona erecektir.”

korumadan yararlanması mümkünse, ikame nitelikteki uluslararası korumadan yararlanması için artık bir sebep kalmamıştır.¹³⁴

BMMYK'nin tavsiye kararlarındaki ve doktrindeki ortak yaklaşım, menşe ülkedeki şartların değişmesi nedeniyle statünün sona erdirilebilmesi için bu değişikliklerin temel, kalıcı ve istikrarlı olması; zulüm korkusunu tamamen ortadan kaldırarak uluslararası korumayı ihtiyaç olmaktan çıkarması gerektiğidir.¹³⁵ Özellikle silahlı çatışma kaynaklı sığınma arayışlarında uluslararası korumanın bir ihtiyaç olmaktan çıkması için silahlı çatışmaların son bulmuş olması, bu çatışmalara kaynaklık eden politik koşullarda değişim ve ülkede barış ve düzenin yeniden tesisi zorunlu koşullardır.¹³⁶ Ayrıca, başta zulüm korkusuyla ilişkilendirilebilecek koşullar olmak üzere, menşe ülkedeki insan haklarına ilişkin gelişmeler de dikkate alınmalıdır.¹³⁷

¹³⁴ Topal, *Mülteci Hukuku*, 118-119; Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteciler Hukuku*, 265; Öztürk, "1951 Tarihli", 398.

Uygulamada da mülteci statüsünün sona ermesine neden olacak koşullar, bu statünün kazanılmasına temel teşkil eden sebeplerin ortadan kalkması şeklinde, 1951 Sözleşmesi md. 1A(2)'nin adeta aksi yorumuyla ele alınmaktadır. Bkz. ABAD, *Salahadin Abdulla ve Diğerleri v. Almanya*, para. 65. Benzer bir analiz için bkz. ECRE, *Legal Note 7*, 6-7.

¹³⁵ United Nations High Commissioner for Refugees, *Guidelines on International Protection No. 3: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees (the "Ceased Circumstances" Clauses)*, UNHCR, HCR/GIP/03/03, 2003, <https://www.unhcr.org/media/guidelines-international-protection-no-3-cessation-refugee-status-under-article-1c-5-and-6>; Öztürk, "1951 Tarihli", 427-430; Topal, *Mülteci Hukuku*, 119.

¹³⁶ UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 3: Cessation of Refugee Status*, para. 11.

ABAD'ın, Avrupa Birliği Vasıflandırma Yönergesi'ne dayanarak, menşe ülkedeki koşulların değişmesi nedeniyle mülteci statüsünün sona erdirilmesiyle ilgili bir kararda benzer kriterlerin esas alındığı görülmektedir. Bkz. ABAD, *Salahadin Abdulla ve Diğerleri v. Almanya*, para. 70-73.

¹³⁷ UNHCR, *Cessation of Status, Executive Committee Conclusion No. 69*, özellikle para. a, b ve c. Ayrıca kz. Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee in International Law*, 139.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, uluslararası koruma statüsünün sona ermesiyle ilgili değerlendirme yapan devlet otoritelerinin menşe ülkedeki insan hakları standartlarıyla ilgili 1951 Sözleşmesi'ni aşan bir seviye aramaları beklenmemektedir. DKA'da sağlanması beklenen temel hakların korunmasıyla

Bu gelişmelere rağmen, uluslararası koruma altındakilerinin menşe ülkeye geri dönüşleri yeni gerilimlerin ortaya çıkmasına neden olabilecekse, söz konusu değişim etkili ve kalıcı olarak nitelendirilmemektedir.¹³⁸

Uluslararası koruma statüsünü sona erdirme kararı alınmadan, menşe ülkedeki değişimlerin, nitelikleri ve etkileri dikkate alınarak, kalıcı olduklarına ikna olacak derecede zamanın da geçmesi gereklidir.¹³⁹ Bu sürenin ne kadar uzun olması gerektiği, yaşanan değişimlerin niteliğine olduğu kadar zulüm korkusunun kaynağında yer alan geçmişte yaşanmış şiddet olaylarının ağırlığına da bağlıdır. BMMYK'nin 1991 tarihli değerlendirmesinde bu sürenin en az 12-18 ay civarında olması gerektiği belirtilmişken,¹⁴⁰ yakın zamanlı bir çalışmada temel nitelikteki değişimlerin başlamasından ancak 4-5 yıl sonra sona erdirme koşullarının değerlendirilmesi yönünde bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.¹⁴¹

Ayrıca belirtmek gerekir ki, menşe ülkedeki koşulların değişmesi objektif olarak gözlemlenebilir ve tespit edilebilir olsa da,¹⁴² bu objektif değişikliklerin birey bakımından özel olarak da değerlendirilmesi gereklidir. Unutmamak gerekir ki uluslararası koruma statüsü kişisel bir statüdür ve bu statünün tanınmasında riayet edilmesi gereken *"her bir vakayı kendi özel koşullarında değerlendirme ilkesi"* (*"the principle of case-by-case assessment"*) bu statünün sona erdirilmesinde de

ilgili standartlar başlığında da belirtildiği üzere, bireyin uluslararası korumadan yararlanmak zorunda kalmayacağı bir koruma bu noktada yeterli görülmektedir. Buna ek olarak, temel haklarla ilgili değerlendirme, menşe ülkedeki değişimlerin kalıcı ve etkili olup olmadığı konusunda bir değerlendirme kriteri olarak kullanılmalıdır.

¹³⁸ UNHCR, *The "Ceased Circumstances" Clauses*, para. 12.

¹³⁹ UNHCR, *The "Ceased Circumstances" Clauses*, para. 13 ve 14.

¹⁴⁰ United Nations High Commissioner for Refugees, *Discussion Note on the Application of the 'ceased circumstances' Cessation Clause in the 1951 Convention*, UNHCR, EC/ SCP/1992/CRP.1, 1992, para. 12, <https://www.unhcr.org/au/publications/discussion-note-application-ceased-circumstances-cessation-clauses-1951-convention>.

¹⁴¹ ECRE, *Legal Note 7*, 9.

¹⁴² Öztürk, "1951 Tarihli", 426.

uyulması gereken bir ilkedir.¹⁴³ Dolayısıyla, menşe ülkede yaşanan değişimlerin uluslararası korumadan yararlanan bireyin korunma ihtiyacına etkisi özel olarak değerlendirilmelidir. Ancak böyle bir değerlendirmenin sonucunda bireyin zulüm korkusu duyması haklı olmaktan çıktığına koruma statüsü sona erdirilebilir.¹⁴⁴

Genel olarak riayet edilmesi gereken bu hassasiyet, menşe ülkenin yalnızca bir bölümünde gerçekleşecek değişikliklere denk düşen DKA'nın esas alınmasında daha da elzemdir. DKA'nın uluslararası koruma statüsünün sona erdirilmesine etkisi açısından dikkat edilmesi gereken ilk husus, DKA'da sağlanan korumanın sürekliliğidir. Kabul etmek gerekir ki, ülkenin geneline yayılmış bir iyileşme halinin dahi sürekli olacağı garanti edilemezken, ülkenin yalnızca belirli bir bölümünde yaşanan değişimler bakımından risk çok daha fazladır. DKA'da sağlanan korumanın sürekliliği ile ilgili başlıkta da vurgulandığı üzere, çatışmaların ülkenin geri kalanında devam ettiği durumlarda, bu çatışmaların DKA'ya (tekrar) sirayet etme veya bireyin şu ya da bu nedenle DKA'da barınamama ihtimalleri varsa, bireyin gelecekte karşılaşılabileceği riskler bakımında kabul edilebilir bir korunma söz konusu olamayacaktır.

DKA'nın sağlayacağı korumanın sürekliliği kriterine ilişkin hassas bir değerlendirme yapılmadan alınacak statünün sona erdirilmesi kararları, o an için öyle görünmese de, gelecekte ortaya çıkacak sonuçları itibariyle bir tür "dolaylı geri gönderme" sonucu yaratacaktır.¹⁴⁵ Uluslararası mülteci hukukunun temel ilkelerinden olan geri göndermeme ilkesini İHAS'ın 3. maddesiyle ilişkilendiren İHAM'a göre devletler, DKA'nın varlığını bireyin işkence ve insanlık dışı muameleye maruz kalmayacağı konusunda bir güvence olarak dikkate

¹⁴³ Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee in International Law*, 139; Özkan, *Göç - İltica ve Sığınma Hukuku*, 116.

¹⁴⁴ Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee in International Law*, 140.

¹⁴⁵ Hathaway and Foster, "Internal Protection," 403; Marx, "The Criteria," 197.

alabilirler.¹⁴⁶ Ancak bu güvence, devletlerin 3. madde kapsamında yükümlülüklerini kendiliğinden ortadan kaldırmaz. İHAM'a göre devletlerin, DKA'nın birey bakımında erişilebilir ve yerleşilebilir olması güvencelerini ve bu bölgede bireyin gerçekten 3. maddeye aykırı muamelelere maruz kalmamasını sağlama sorumlulukları vardır.¹⁴⁷

ABAD da *Salahadin Abdulla ve Diğerleri* kararında, DKA'nın birey bakımından mülteci statüsünün sona erdirilmesinde dikkate alınabileceğini; buna ilişkin koşulların oluşup oluşmadığının değerlendirmeyi yapan yetkili otoritelerce ortaya konulması gerektiği belirtmiştir.¹⁴⁸

DKA'nın uluslararası koruma statüsünün sona erdirilmesine etkisi konusunda BMMYK'nin yaklaşımı çok daha katıdır. BMMYK'ye göre, menşe ülkenin bir bölümünde yaşanan değişimler, ilke olarak, bireyin mülteci statüsünün sona erdirilmesi için yeterli değildir. Bireyin, menşe ülkenin güvenli olarak nitelendirilebilecek belirli bir bölümünde bulunması kaydıyla zulümden uzak kalabileceği varsayımı, onun uluslararası korumadan yararlanma ihtiyacını ortadan kaldırmaz. Uluslararası koruma statüsü, hiçbir kısıtlama ve ön şart olmaksızın, bireyin menşe ülkede serbestçe dolaşabilmesi halinde sona erdirilebilir.¹⁴⁹

BMMYK Norveç Yüksek Mahkemesi'ne sunduğu *uzman görüşünde* de DKA konseptine, yalnızca sığınma arayan bireye 1951 Sözleşmesi'nin 1A(2) hükmüne göre mülteci statüsünün tanınmasına ilişkin değerlendirmede

¹⁴⁶ Sufi ve Elmi kararında İHAM, DKA'nın sığınma arama ihtiyacını ortadan kaldırabilmesini "yerleşik bir ilke" olarak nitelendirmektedir. ECtHR, *Sufi and Elmi v. UK*, no. 8319/07 ve 11449/07 (28.06.2011) para. 35, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-105434>.

Menşe ülkenin DKA olarak nitelendirilebilecek yalnızca belirli bir bölümünde gerçekleşen iyileşmeler nedeniyle uluslararası koruma statüsünün sona erdirilmesi yönünde, Avrupa devletlerinin istisnai kimi uygulama örnekleri için bkz. ECRE, *Legal Note 7*, 17-18.

¹⁴⁷ Bkz. *Salah Sheekh v. the Netherlands*, no. 1948/04 (11.01.2007) para. 141; *J. K. and Others v. Sweden*, no. 59166/12 (23.08.2016) para. 81-82; *Akkad v. Türkiye*, no. 1557/19 (21.06.2022) para. 60 ve 74, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-218581%22>].

¹⁴⁸ ABAD, *Salahadin Abdulla ve Diğerleri v. Almanya*, para. 70-72.

¹⁴⁹ UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 3: Cessation of Refugee Status*, para. 17.

başvurulabileceğini; DKA'nın tanınmış statüsünün sona erdirilmesine ilişkin 1C(5) ve (6) hükümleri kapsamında dikkate alınamayacağını açıkça ifade etmiştir.¹⁵⁰ BMMYK'ye göre, ülkenin yalnızca belirli bir bölümünde ortaya çıkacak değişimlerin, etkili ve kalıcı olma kriterlerini karşılaması mümkün olamayacağından, statüsünün sona erdirilmesi bakımından etkisi olamaz.¹⁵¹

SONUÇ

Devletlerin mülteci akınlarını engellemeye yönelik politikalarının etkisiyle ortaya çıkan DKA konsepti, uluslararası koruma hukukuyla uyumlu bir biçimde uygulanması kaydıyla uluslararası mekanizmalarca ve literatürde kabul görmektedir. Bu uyumun önkoşulu, DKA yaklaşımının öngörülebilir kriterlere göre, koruyucu ve insani bir perspektiften hayata geçirilmesidir.¹⁵² Bu doğrultuda, başta BMMYK'nin konuyla ilgili belirlediği kılavuz ilkeler ve tavsiye kararları olmak üzere, insan haklarının korunmasına yönelik uluslararası mekanizmaların oluşturmuş olduğu standartlar DKA uygulamaları bakımından referans niteliğindedir. Bunların aksine uygulamalar, literatürde “sığınma lotosu” (“*asylum lottery*”) ya da “mülteci ruleti” (“*refugee roulette*”) olarak nitelendirilen, sığınma aranan ülkenin politikalarına göre değişen, keyfi sonuçların ortaya çıkmasına neden olacaktır.¹⁵³

DKA'nın uluslararası koruma statüsüne etkisi bakımından, BMMYK'nin yaklaşımına paralel olarak, statüsünün kazanılmasıyla sona ermesi arasında bir ayırımın yapılması zaruri görünmektedir. DKA, her bir birey bakımından mutlaka öznel ve hassas bir değerlendirme yapmak kaydıyla uluslararası koruma statüsünün kazanılması bakımından bir değerlendirme unsuru olarak dikkate alınabilecekken, bireyin sahip olduğu uluslararası koruma statüsünün sona erdirilmesine neden olmamalıdır. Aksi halde birey, sürekli olarak belirsiz ve güvencesiz koşullarda, adeta diken üstünde tutulmuş olacaktır.

¹⁵⁰ UNHCR, *Amicus curiae*, para. 9.

¹⁵¹ UNHCR, *Amicus curiae*, para. 29-37.

¹⁵² UNHCR, *Guidelines on International Protection: “Internal Flight or Relocation Alternative,”* para. 2.

¹⁵³ Schultz, *The Internal Protection Alternative*, 5.

DKA yaklaşımını, Türkiye kamuoyunda sıklıkla gündeme gelen Suriye menşeli sığınma arayan bireyler bakımından değerlendirmek gerekirse; her bir bireyin özel koşullarının dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekliliği unutulmadan bazı genel tespitler yapılabilir. BMMYK'nin, altıncı ve son güncellemesi Mart 2021 tarihli olan *Suriye Arap Cumhuriyeti'nden Kaçan Kişilere İlişkin Uluslararası Koruma Hususları*¹⁵⁴ başlıklı raporunda detaylı bir biçimde analiz edildiği üzere, ülkede yaşanan çatışmaların başından itibaren yoğunluğu eksilmeyen ciddi insancıl hukuk ve insan hakları nedeniyle Suriye menşeli bireylerin uluslararası koruma ihtiyacı devam etmektedir.

Suriye'nin belirli bölgelerinde DKA olarak nitelendirilebilecek bölgelerin varlığına dair; ulusal korumanın ancak devlet otoritelerince sağlanabileceği ilkesine paralel olarak, hükümetin kontrolü dışındaki bölgelerin DKA olarak nitelendirilememesi gerekir. BMMYK'ye göre de hükümetin kontrolü dışındaki "bölgelerde devam eden çatışmalar, askeri operasyonlar, güvensizlik ve insan hakları ihlalleri; bu bölgelerde gelecekte kontrolün el değiştirme riski ve hem insani ihtiyaçların hem de sivil altyapıya yönelik tahribatın yüksek seviyeleri" dikkate alındığında, söz konusu bölgelerin DKA olarak kabul edilmesi kategorik olarak mümkün değildir.¹⁵⁵ Bu ilkesel sonuca, Türkiye'nin Suriye'de gerçekleştirdiği operasyonlar sonucunda görece güvenli hale geldiği düşünülen bölgeler bakımından da varmak gerekir.

Esad rejiminin kontrolü altındaki bölgeler bakımından ise; bu kontrolün en net olduğu ve gündelik hayatın görece olağan seyrettiği Şam şehri özelinde detaylı analizler yapan BMMYK bazı haklı çekinceler ortaya koymaktadır.¹⁵⁶ Öncelikle, söz konusu bölgenin DKA olarak nitelendirilebilmesi için ilgili birey bakımından bu bölgenin bizatihi zulüm korkusunun kaynağında yer almaması gerekir. Bilindiği üzere, Suriye'de 2011 yılında başlayan iç savaşta Esad rejiminin uyguladığı şiddet ve yarattığı korku, mülteci akınlarının en önemli sebebidir.

¹⁵⁴ United Nations High Commissioner for Refugees, *International Protection Considerations With Regard to People Fleeing the Syrian Arab Republic*, UNHCR, Update VI, March 2021, HCR/PC/SYR/2021/06, <https://www.refworld.org/docid/606427d97.html>.

¹⁵⁵ UNHCR, *International Protection Considerations*, 192.

¹⁵⁶ UNHCR, *International Protection Considerations*, 193-208.

Örneğin, salt rejim karşıtı düşüncelerinden dolayı zulme uğramaktan korkarak sığınma arayan bir birey bakımından Şam şehri DKA olarak görülmeyecektir. Ülkedeki etnik ve mezhepsel çatışmaların şiddeti dikkate alındığında, bireyin sahip olacağı diğer kimlikler bakımından da aynı sonuca varmak mümkündür.

Suriye hükümeti kontrolündeki bölgelerin DKA olarak nitelendirilebilmesi bakımından dikkate alınması gereken bir diğer husus, bu bölgelerin birey bakımından erişilebilirliği sorunudur. Kabul etmek gerekir ki, sürmekte olan iç savaş nedeniyle Suriye toprakları farklı silahlı grupların kontrolünün olduğu birçok parçaya bölünmüştür. Sivillere yönelik şiddet uygulamaktan kaçınmayan bu grupların kontrol ettiği bölgeler de sık sık el değiştirmektedir. Bu koşullarda, bireyin ülkesinde kalarak DKA olarak nitelendirilebilecek bir bölgeye güvenle ve yasal olarak erişebilmesini, erişebilse dahi güvenle ve yasal olarak bu bölgede kalmaya devam edebilmesini beklemek gerçekçi görünmemektedir.

Çatışmaların geçmişi dikkate alındığında, Suriye’de şüphesiz iyileşmeler gerçekleşmektedir. Bu değişimlerin henüz kalıcı olarak nitelendirilemeyeceği ve ülkenin bütününe yansımadağı bir gerçektir. Menşe ülkenin yalnızca bir kısmında yaşanan değişimler söz konusu olduğunda, ideal olan bu durumu bireyin gözlemleyerek uluslararası korumanın kendisi bakımından artık ihtiyaç olmadığını düşünmesi ve ulusal korumadan yeniden yararlanmak üzere kendi isteğiyle dönmesidir.¹⁵⁷ Suriyeliler bakımından da, başta Türkiye olmak üzere uluslararası koruma sağlayan devletler, bu gönüllü geri dönüş sürecini ancak destekleyebilecek adımlar atabilirler. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 17 Aralık 2018 tarihinde kabul ettiği *Küresel Mülteci Mutabakatı* da bu yaklaşımı benimser görünmektedir.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee in International Law*, 492-496. Gönüllü geri dönüş olarak nitelendirilen bu durumda da geri dönüşün gerçekten bireyin isteğine bağlı olup olmadığı konusuna hassasiyetle yaklaşmak gerektiğini not etmek gerekir. Bu konuda ayrıca bkz. Öztürk, “1951 Tarihli,” 419-421; Cansu Kaya, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 34-43.

¹⁵⁸ United Nations, *Global Compact on Refugees*, New York: UN, 2018, para. 87-89, <https://www.unhcr.org/media/global-compact-refugees-booklet>.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar, bu çalışmada çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu çalışma için etik kurul onayı gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has not declared whether ethical committee approval is required for this research.

KAYNAKÇA

- Bal, Lider. "Risks Posed by Safety Zones Intended to Protect Civilians in Armed Conflicts: An Evaluation on the Fundamental Rights of Persons to be Protected." in *Selected Discussions on Social Science Research*, edited by B. Tunçsiper, F. Sayın, B. Hergüner, F. İ. Aydın, 684-708. London: Frontpage Publications, 2019.
- Cantor, David J.. "Defining Refugees: Persecution, Surrogacy and the Human Rights Paradigm." in *Human Rights and the Refugee Definition*, edited by Bruce Burson and David James Cantor, 349-395. Leiden: Brill Nijhoff, 2016.
- Chimni, B. S.. "The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South." *Journal of Refugee Studies* 11, no. 4 (1998): 350-374.
- Çiçekli, Bülent. *Yabancılar ve Mülteciler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Dost, Süleyman. "Ulusal ve Uluslararası Mevzuat Çerçevesinde Ülkemizdeki Suriyeli Sığınmacıların Hukuki Durumu." *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2014): 27-69.
- Ekşi, Nuray. "Türkiye'de Bulunan Suriyelilerin Hukuki Statüsü." *Legal Hukuk Dergisi* 10, no. 119 (2012): 3-22.
- Ekşi, Nuray. *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2018.
- European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Actors of Protection and the Application of the Internal Protection Alternative, European Comparative Report*, 2014, https://ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Asylum-Aid-DCR-and-HHC_Actors-of-Protection-and-the-Application-of-the-Internal-Protection-Alternative_July-2014.pdf.
- European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Legal Note 7 on the Cessation of International Protection and Review of Protection Statuses in Europe*, 2021, <https://ecre.org/wp-content/uploads/2021/02/Legal-Note-7-Cessation-February-2021.pdf>.
- Ghráinne, Bríd Ní. "The Internal Protection Alternative Inquiry and Human Rights Considerations – Irrelevant or Indispensable?" *International Journal of Refugee Law* 27, no. 1 (2015): 29-51.

- Goodwin-Gill, Guy S., and McAdam, Jane. *The Refugee in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Hathaway, James C.. "Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection." *Journal of Refugee Studies* 4, no. 2 (1991): 13-131.
- Hathaway, James C., and Foster, Michelle. "Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an Aspect of Refugee Status Determination." in *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, edited by E. Feller et al., 357-417. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Hathaway, James C., and Foster, Michelle. *The Law of Refugee Status*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- İneli Ciğer, Meltem. "Uluslararası Hukuka Uygun Geçici Koruma Rejiminin Unsurları Üzerine." *Göç Araştırmaları Dergisi* 2, no. 3 (2016): 62-92.
- İneli Ciğer, Meltem. "Silahlı Çatışma Durumlarında Ayrım Gözetmeyen Şiddet Hareketlerinden Kaçan Kişilerin Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Korunması." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 1 (2018): 199-237.
- Karagözoğlu, Ceren. "Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması." *Public and Private International Law Bulletin* 43, no. 1 (2023): 313-51.
- Kaya, Cansu. *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Kelley, Ninette. "Internal Flight/Relocation/Protection Alternative: is it Reasonable?" *International Journal of Refugee Law* 14, no. 1 (2002): 4-44.
- Lehmann, Julian. *'Protection' in European Union Asylum Law*. Leiden: Brill Nijhoff, 2020.
- Marx, Reinhard. "The Criteria of applying the 'Internal Flight Alternative' Test in National Refugee Status Determination Procedures." *International Journal of Refugee Law* 14, no. 2/3 (2002): 179-218.
- Mathew, Penelope. "The Shifting Boundaries and Content of Protection: The Internal Protection Alternative Revisited." in *The Ashgate Research Companion to Migration Law, Theory and Policy*, edited by Satvinder S. Juss, 189-206. London: Routledge, 2013.

- McAdam, Jane. *Complementary Protection in International Refugee Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- O'Sullivan, Maria. "Territorial Protection: Cessation of Refugee Status and Internal Flight Alternative Compared." in *The Ashgate Research Companion to Migration Law, Theory and Policy*, edited by Satvinder S. Juss, 209-231. London: Routledge, 2013.
- Özer, Y. Yeşim. "Türk Kamu Yönetiminde Yeni Bir Çalışma Alanı Olarak Uluslararası Göç: Yasalaşma ve İdari Yapılanma Sürecinin Değerlendirilmesi." *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 45 (2011): 73-88.
- Özkan, Işıl. *Göç - İltica ve Sığınma Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Öztürk, Neva Övünç. *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Öztürk, Neva Övünç. "1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 2 (2016): 393-448.
- Schultz, Jessica and Einarsen, Terje. "The Right to Refugee Status and the Internal Protection Alternative: What Does the Law Say?" in *Human Rights and the Refugee Definition*, edited by Bruce Burson and David James Cantor, 274-321. Leiden: Brill Nijhoff, 2016.
- Schultz, Jessica. *The Internal Protection Alternative in Refugee Law*. Leiden: Brill Nijhoff, 2019.
- Storey, Hugo. "The Internal Flight Alternative Test: The Jurisprudence Re-examined." *International Journal of Refugee Law* 10, no. 3 (1998): 499-532.
- Topal, Ahmet Hamdi. *Mülteci Hukuku ve Silahlı Çatışma Kaynaklı Sığınmacılar*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019.
- "The Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative." *Michigan Journal of International Law* 21, no.1 (1999): 134-141
<https://repository.law.umich.edu/mjil/vol21/iss1/4>.
- United Nations. *Global Compact on Refugees*. New York: UN, 2018.
<https://www.unhcr.org/media/global-compact-refugees-booklet>.

- United Nations High Commissioner for Refugees. *Discussion Note on the Application of the 'ceased circumstances' Cessation Clause in the 1951 Convention*. UNHCR, EC/ SCP/1992/CRP.1, 1992. <https://www.unhcr.org/au/publications/discussion-note-application-ceased-circumstances-cessation-clauses-1951-convention>.
- United Nations High Commissioner for Refugees. *Cessation of Status, Executive Committee Conclusion No. 69 (XLIII) (1992)*. UNHCR, 1992. <https://www.unhcr.org/publications/cessation-status>.
- United Nations High Commissioner for Refugees. *Information Note on Article 1 of the 1951 Convention*. UNHCR, 1995. <https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/1995/en/20360>.
- United Nations High Commissioner for Refugees. *UNHCR Position Paper on Relocating Internally as a Reasonable Alternative to Seeking Asylum (The So-Called "Internal Flight Alternative" or "Relocation Principle")*. UNHCR, 1999. <https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/1999/en/13678>.
- United Nations High Commissioner for Refugees. *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*. UNHCR, 2001. <https://www.refworld.org/reference/research/unhcr/2001/en/29198>.
- United Nations High Commissioner for Refugees. *Guidelines on International Protection No. 3: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees (the "Ceased Circumstances" Clauses)*. UNHCR, HCR/GIP/03/03, 2003. <https://www.unhcr.org/media/guidelines-international-protection-no-3-cessation-refugee-status-under-article-1c-5-and-6>.
- United Nations High Commissioner for Refugees. *Guidelines on International Protection: "Internal Flight or Relocation Alternative" within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. UNHCR, HCR/GIP/03/04, 2003. <https://www.unhcr.org/media/guidelines-international-protection-no-4-internal-flight-or-relocation-alternative-within>.
- United Nations High Commissioner for Refugees. *Uluslararası Koruma Hakkında Kılavuz İlkeler No. 9: Mültecilerin Statüsüne ilişkin 1951 Sözleşmesi 1A(2) Maddesi ve/veya 1967 Protokolü Bağlamında Cinsel Yönelime ve/veya Toplumsal Cinsiyet Kimliğine dayalı olan Mülteci Statüsü Talepleri*. UNHCR, HCR/GIP/12/09, 2012.

https://www.refworld.org/themes/custom/unhcr_rw/pdf-js/viewer.html?file=https%3A%2F%2Fwww.refworld.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fattachments%2F55fa62e64.pdf.

United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva: UNHCR, 2019. <https://www.unhcr.org/fr-fr/en/media/handbook-procedures-and-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention-and-1967>.

United Nations High Commissioner for Refugees. *Amicus curiae of the United Nations High Commissioner for Refugees in case number 20-121835SIV-HRET regarding F.K. and others against the State/the Norwegian Appeals Board before the Supreme Court of Norway (Norges Høyesterett)*. UNHCR, 16 Aralık 2020. <https://www.refworld.org/jurisprudence/amicus/unhcr/2020/en/123483>.

United Nations High Commissioner for Refugees. *International Protection Considerations With Regard to People Fleeing the Syrian Arab Republic*. UNHCR, Update VI, March 2021, HCR/PC/SYR/2021/06, <https://www.refworld.org/docid/606427d97.html>.

Yazar, Ertuğrul. "Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 4 (2022): 313-350.

MERKEZİ KAYIT KURULUŞUNUN TÜZEL KİŞİLİĞİ VE ÜYELİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Legal Entity of the Central Registry Agency and the Legal Nature of the Membership Agreement

Hayri BOZGEYİK*

Murat EKİNCİ**

Öz

Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK), sermaye piyasası araçlarının kaydi sistem aracılığıyla saklama hizmetini elektronik ortamda sağlayan, anonim şirket olarak kurulmuş bir tüzel kişiliktir. MKK, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuatta özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirilmiştir. Yürüttüğü kaydileştirme faaliyetinin kamu hizmeti niteliğini taşıması, kendisine ilgili mevzuat gereği bazı kamu gücü ve ayrıcalıkları tanınmış olması ve ayrıca Sermaye Piyasası Kurulu'nun vesayet denetimine tabi olması gibi hususlar MKK'nın tüzel kişiliğinin hukuki boyutunu tartışmaya açık hale getirmektedir. Bu durum MKK'nın kamu tüzel kişiliğine sahip bir kuruluş olarak kabul edilip edilemeyeceği


* Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, hbozgeyik@aybu.edu.tr, ORCID 0000-0002-9974-7459

** Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, mekinci@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0411-3240.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 04.04.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 18.05.2024.

Atıf/Citation: Bozgeyik, Hayri ve Murat Ekinci. "Merkezi Kayıt Kuruluşunun Tüzel Kişiliği ve Üyelik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024): 464-501.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

sorusunu gündeme getirmektedir. MKK'nın tüzel kişiliği hakkındaki bu tartışma ayrıca sermaye piyasası araçlarının kaydıleştirilmesi faaliyeti kapsamında MKK tarafından akdedilen üyelik sözleşmelerinin hukuki niteliğini de tartışmaya açık hale getirmektedir. Bu çerçevede, MKK'nın tüzel kişiliğinin yanı sıra, MKK tarafından akdedilen söz konusu sözleşmelerin idari sözleşme niteliği taşıyıp taşımadıkları hususunun ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle çalışmada, MKK'nın tüzel kişiliğinin hukuki niteliğinin yanı sıra MKK üyelik sözleşmesinin idari sözleşme sayılıp sayılmayacağı incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Merkezi Kayıt Kuruluşu, Sermaye Piyasası, Kamu Tüzel Kişiliği, İdari Sözleşme, Üyelik Sözleşmesi.

Abstract

The Central Registry Agency (MKK) is a legal entity established as a joint stock company that provides custody services of capital market instruments electronically through the registry system. MKK is defined as a legal entity under private law in the Capital Market Act No. 6362 and related legislation. However, issues such as the fact that the dematerialization activity it performs is a public service, that it is granted certain public powers and privileges in accordance with the relevant legislation, and that it is also subject to the tutelary supervision of the Capital Market Board, make the legal dimension of MKK's legal personality open to discussion. This situation raises the question of whether MKK can be considered an organization with public legal personality. This debate on the legal personality of the MKK also raises the question of the legal nature of the MKK membership agreements concluded by the MKK within the framework of the dematerialization of capital market instruments. In this context, in addition to the legal personality of the MKK, the question of whether the contracts concluded by the MKK have the character of administrative contracts should also be addressed. For this reason, our study examines the legal nature of the MKK legal entity and also evaluates whether the MKK Membership Agreement can be included in the category of administrative contracts.

Keywords: Central Registry Agency, Capital Market, Public Legal Entity, Administrative Agreement, Membership Agreement.

GİRİŞ

Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK), sermaye piyasası araçlarının kaydedilmesi, saklanması, işlem görmesi ve ilgili taraflara kaydi hizmetlerin sunulması görevlerini ifa eden bir kuruluştur¹. Kaydi sistem, sistem dahilinde yer alan sermaye piyasası araçlarının fiziki senet şeklinde basılması yerine elektronik ortamda kayıt altına alındığı bir sistemdir. Uluslararası literatürde “*Book – Entry System*” ya da “*Dematerialised System*” olarak adlandırılan bu sistemde sermaye piyasası araçlarına dair haklar, merkezi bir saklama kuruluşu nezdinde tutulan hesaplarda kayden izlenmekte ve bu araçlara dair hukuki işlemler, ilgili hesaplar üzerinde kaydi şekilde yapılan değişiklikler yoluyla gerçekleştirilmektedir². Ülkemiz açısından bu görevi yerine getiren MKK, 4487 sayılı Kanun³ tarafından 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na eklenen 10/A maddesiyle hukuk sistemimize dahil olmuştur. Bu düzenleme ile, fiziki sertifikaya bağlı klasik saklama sisteminden vazgeçilmiş ve sermaye piyasası araçları ile bunlara dair hakların elektronik ortamda MKK tarafından kayden izleneceği bir sistemin kanuni alt yapısı oluşturulmuştur⁴.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK)⁵ ile sermaye piyasalarındaki birçok konuda değişiklik yapılmıştır. Bunlar arasında, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi ve MKK ile ilgili hükümler de yer almaktadır⁶. Söz

¹ Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 41, 58; İbrahim Peker ve Bora Karaağaçlı, “Dünyada ve Türkiye’de Sermaye Piyasası Altyapı Kurumları”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi* 7, sy 13 (2015): 357; Mücahit Ünal, “Kaydi Sisteme İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, sy 2 (2012): 819.

² Mücahit Ünal, *Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 165; İlhan Ege ve Önder Ege, *Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 79.

³ RG. 15.12.1999, S. 23907.

⁴ Ercan Şamlioğlu, “Merkezi Kayıt Kuruluşu”, içinde *İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası*, ed. Meltem Kutlu Gürsel (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 373.

⁵ RG. 30.12.2012, S. 28513.

⁶ Ercan Şamlioğlu, “Merkezi Kayıt Kuruluşu”, 375.

konusu Kanun'un 13'üncü maddesiyle kaydileştirme, 81'inci maddesiyle ise MKK'nın hukuki çerçevesi yeniden tanzim edilmiştir. 6362 sayılı Kanun gereğince, mülga kanun döneminde çıkarılan yönetmeliklerin yerine geçmek üzere de *Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik)*⁷ ihdas edilmiştir.

6362 sayılı SerPK md. 81⁸ ve Yönetmelik md. 5⁹ hükmünde açıkça MKK'nın özel hukuk tüzel kişisi olduğu düzenlenmiştir. Ancak gerek kendisine özel hukuku aşan bazı yetkilerin tanınmış olması, gerek kamu hizmeti niteliğindeki kaydileştirme faaliyetlerini yürütmesi¹⁰ ve gerekse de bir kamu kurumu olan SPK'nın vesayet denetimine tabi olması MKK'nın tüzel kişiliğini tartışmaya açık hale getirmektedir. MKK'nın tüzel kişiliğinin tartışmaya açık olması ise MKK ile akdedilen MKK üyelik sözleşmesinin de hukuki niteliğinin incelenmesini ve söz konusu sözleşmenin idari bir sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğunun tespit edilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle aşağıda MKK tüzel kişiliği ile MKK üyelik sözleşmesinin hukuki niteliği inceleme konusu yapılacaktır.

I. ÖZEL HUKUK - KAMU HUKUKU TÜZEL KİŞİSİ AYRIMI

Tüzel kişi, müşterek ve devamlı bir amaçla bir araya gelen, kendini oluşturan insan ve mal topluluklarından bağımsız bir hüviyete sahip olan ve başlı başına bir varlığı bulunan insan ve mal topluluklarıdır¹¹. Tabi oldukları hukuki

⁷ RG. 07.08.2014, S. 29081.

⁸ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu md. 81/1: "Merkezî Kayıt Kuruluşu... özel hukuk tüzel kişiliğini haiz anonim şirkettir".

⁹ Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik md. 5/1: "MKK... özel hukuk tüzel kişiliğini haiz anonim şirkettir".

¹⁰ Oğuz Kürşat Ünal, "Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, sy 2 (2001): 6.

¹¹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 239.

rejime göre tüzel kişiler “özel hukuk” ve “kamu hukuku” tüzel kişisi şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır¹².

Anayasa’ya göre “*Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur*” (1982 Anayasası md. 123/3). Dolayısıyla bir tüzel kişiliğin “kamu tüzel kişisi” olarak adlandırılabilmesi için her şeyden önce kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulmuş olması gerekmektedir. Bununla birlikte doktrinde, evleviyetle, anayasa hükmü ile de kamu tüzel kişiliğinin kurulabileceği ifade edilmektedir¹³. Nitekim 1982 Anayasası’nın muhtelif maddelerinde *devlet kamu tüzel kişiliği* düzenleme altına alınmıştır (md. 29/4, md. 46/1, md. 82/1, md. 128/1, md. 161/1). Bunun yanı sıra mahalli idarelerin (md. 127/1), kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının (md. 135), üniversitelerin (md. 130), Radyo ve Televizyon Kurumu’nun (md. 133), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu’nun (md. 134) kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu hususu da bizzat Anayasa tarafından ifade edilmiştir.

Özel hukuk tüzel kişileri ise kural olarak özel hukuk alanındaki hukuki bir işlemle kurulmaktadır¹⁴. Ancak bizzat kanunla kurulan özel hukuk tüzel kişileri de bulunmaktadır. Örneğin; *Türk Arkeoloji ve Kültürel Miras Vakfı*¹⁵, *Antalya Diploması Forumu Vakfı*¹⁶, *Yunus Emre Vakfı*¹⁷, *Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı*¹⁸ ve *Erişim Sağlayıcıları Birliği*¹⁹ birer kanunla kurulan özel hukuk tüzel kişileridir.

¹² İhsan Erdoğan ve A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2020), 347.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 44-45. ; Oğuz Sancakdar vd., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 113-14.

¹⁴ Şaban Kayıhan, *Medeni Hukuk Bilgisi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 211; İhsan Erdoğan ve A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, 347.

¹⁵ 7439 sayılı Türk Arkeoloji ve Kültürel Miras Vakfı Kanunu.

¹⁶ 7430 sayılı Antalya Diploması Forumu Vakfı Kanunu.

¹⁷ 5653 sayılı Yunus Emre Vakfı Kanunu.

¹⁸ 3388 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı Kanunu.

¹⁹ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun.

Bir tüzel kişi kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmişse, başkaca bir husus tartışılmadan o tüzel kişi kamu tüzel kişisi olarak kabul edilir ve bu tüzel kişi hakkında kamu tüzel kişilerine ilişkin hüküm ve sonuçlar uygulanır²⁰. Fakat tüzel kişiliğin türünü belirlemek her zaman için kolay değildir. Zira kanunla kurulmuş olmalarına rağmen kamu hukuku tüzel kişisi mi yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi oldukları yönünde herhangi bir hüküm bulunmayan tüzel kişiler de mevcuttur. Örneğin *Türkiye Futbol Federasyonu (TFF)* ve *Ordu Yardımlaşma Kurumu (OYAK)* gibi bazı kurumların kamu tüzel kişisi mi yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi oldukları hususu tartışmalıdır²¹.

Açıkça niteliği belirtilmeyen bu gibi tüzel kişilerin özel hukuk tüzel kişisi mi yoksa kamu hukuku tüzel kişisi mi olduğu tespit edilirken üç kıstas esas alınmaktadır: Öncelikle kamu tüzel kişileri kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulurken, özel hukuk tüzel kişileri kural olarak özel hukuk kişilerinin serbest iradeleriyle kurulmaktadır. İkincisi, kamu hukuku tüzel kişilerine kanunla kamu gücü ayrıcalıkları tanınırken, özel hukuk tüzel kişileri bakımından eşitlik ilkesi geçerlidir. Üçüncü ise özel hukuk tüzel kişileri özel yararları gerçekleştirmeyi amaçlarken, kamu hukuku tüzel kişilerinin faaliyet amacı kamu yararını gerçekleştirmektir²². Bu kıstaslardan yola çıkıldığında, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kamu yararı amacıyla kurulan, faaliyet

²⁰ Ramazan Çağlayan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, sy 7 (2016): 378.

²¹ 5894 sayılı *Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun* md. 1 hükmünde Türkiye Futbol Federasyonu'nun özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ve tüzel kişiliği haiz olduğu belirtilmiş ancak tüzel kişiliğin özel veya kamu tüzel kişiliği olduğu yönünde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Benzer şekilde, 205 sayılı *Ordu Yardımlaşma Kurumu Kanunu* md. 1 hükmünde OYAK'ın özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ve tüzel kişiliği haiz olduğu belirtilmekle birlikte tüzel kişiliğin özel veya kamu tüzel kişiliği olduğu yönünde bir açıklamaya yer verilmemiştir.

²² Ramazan Çağlayan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları", 376 vd.; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 241.

alanı kamu hizmeti olan ve kamusal yetki ve ayrıcalıklara sahip olan tüzel kişiler kamu hukuku tüzel kişisi olarak tanımlanabilir²³.

Bunun yanı sıra, kuruluş kanununda özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğu açıkça belirtilmiş olmasına rağmen özel hukuk tüzel kişilerinin sahip olmadığı birtakım üstün hak ve yetkilerin kendisine tanınmış olması, kâr amacı gütmeksizin kamu yararına faaliyet gösteriyor olması ve yürüttüğü faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği taşıyan faaliyetler olması gibi sebeplerle tüzel kişiliği tartışmalı hale gelen tüzel kişilikler de bulunmaktadır. Bu nedenle bazen bir kurumun kamu hukuku tüzel kişisi mi yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi olduğunun tespitinde, açık düzenlemelere rağmen zorlukla karşılaşılabilmektedir²⁴.

Çalışmamızın konusunu teşkil eden MKK da bu kurumlardan birisidir. Zira her ne kadar ilgili kanunda açıkça özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirilmiş ise de kendisine kamu tüzel kişilerine özgü bazı yetkiler tanınmış olması, kamu hizmeti niteliğinde kaydileştirme faaliyetini yürütüyor olması ve bir kamu kurumu olan SPK ile aralarında idari vesayeti çağrıştıran bir ilişkinin bulunması sebepleriyle MKK'nın tam anlamıyla bir özel hukuk tüzel kişisi olup olmadığının sorgulanması gerekmektedir.

II. MERKEZİ KAYIT KURULUŞUNUN TÜZEL KİŞİLİĞİ

A. Genel Olarak

MKK'nın tüzel kişiliğine dair ilgili mevzuatta yer alan düzenlemelere bakıldığında MKK'nın hem SerPK md. 81/1 hükmünde hem de Yönetmelik md. 5/1 hükmünde açıkça özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirildiği görülmektedir. Bununla birlikte, MKK'nın yürüttüğü faaliyetlerin kapsam ve niteliğine ve ayrıca SPK ile aralarındaki ilişkiye bakıldığında, Kanun ve Yönetmelikte yer alan açık düzenlemelere rağmen, MKK'nın kamu tüzel kişiliği boyutunun olup olmadığı

²³ Ramazan Çağlayan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları", 377; Oğuz Sancakdar vd., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 115.

²⁴ Ercan Şamlıoğlu, "Merkezi Kayıt Kuruluşu", 392.

sorusu akla gelmektedir. Bu nedenle aşağıda konu bir bütün olarak ele alınacak ve MKK'nın kuruluş esasları, sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıkları ve SPK ile arasındaki ilişki ayrı başlıklar altında incelenerek nihai bir değerlendirme yapılacaktır.

B. Kuruluş Esasları Bakımından Değerlendirme

Özel hukuk tüzel kişileri kural olarak özel hukuk hükümleri çerçevesinde gerçek kişiler tarafından kurulurken, kamu hukuku tüzel kişileri kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmaktadır. Bu nedenle her şeyden önce, özel hukuk kişileri tarafından serbest iradeyle kurulan bir tüzel kişi, kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olsa ve kamu yararına faaliyet gösterse dahi bir kamu hukuku tüzel kişisi olarak nitelendirilemez. Fakat kamu gücü ayrıcalıklarına sahip ve kamu yararına faaliyet gösteren bir tüzel kişilik kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmuş ise kamu tüzel kişisi olma ihtimali yüksektir denilebilir.

MKK'nın kuruluş esasları SerPK ile belirlenmiş ve MKK bu kanun ile tüzel kişilik kazanmıştır. SerPK md. 81/1'de MKK'nın *“sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ilişkin işlemleri gerçekleştirmek, kaydileştirilen bu araçları ve bunlara bağlı hakları, elektronik ortamda, üyeler ve hak sahipleri itibarıyla kayden izlemek, bu araçların merkezî saklamasını yapmak...”* amacıyla kurulduğu belirtildikten sonra MKK'nın tüzel kişiliğe sahip olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Buna göre, kuruluş esasları açısından konuyu ele aldığımızda MKK'nın, kamu tüzel kişiliği için gereken ilk şart olan *kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulma* şartlarından *“kanunla kurulma”* şartını yerine getirdiğini ifade etmek gerekir.

C. Kamu Gücü Ayrıcalıkları Bakımından Değerlendirme

Bir tüzel kişinin kamu hukuku tüzel kişisi olarak nitelendirilebilmesi için kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulması gerekli olmakla

birlikte bu tek başına yeterli bir unsur değildir. Ayrıca söz konusu tüzel kişinin bazı kamu gücü ayrıcalıklarıyla da donatılması gerekir²⁵.

Özel hukukta bulunmayan ve özel hukuka özgü yetkileri aşan bazı ayrıcalıklar kamu gücü ayrıcalıkları olarak ifade edilebilir. Tek taraflı işlemler yapma yetkisi, re'sen icra yetkisi, gelirin kamu geliri sayılması, zorunlu aidat alma, zorunlu üyelik usulünden yararlanma, vergi muafiyeti tanınması vb. durumlar kamu gücü ayrıcalıklarına örnek olarak sayılabilir²⁶. Kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan bir tüzel kişi, bu tür kamu gücü ayrıcalıklarının tümüne ya da bir kısmına sahipse söz konusu tüzel kişinin kamu tüzel kişiliği açısından gereken ikinci şartı da sağladığı ifade edilebilir. Bu nedenle MKK'nın tüzel kişiliğinin hukuki niteliği incelenirken kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olup olmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır.

Gerçekten de MKK'ya tanınan bazı yetkiler özel hukuk alanını aşar niteliktedir. Zira SerPK md. 81 hükmü ile Yönetmeliğin çeşitli hükümleri (md. 9, md. 14, md. 22, md. 23, md. 24, md. 30, md. 33) incelendiğinde MKK'ya, özel hukuk kişilerinin sahip olmadığı birtakım kamu gücü ayrıcalıklarının tanındığı ve kamu gücü kullanma yetkisi verildiği görülmektedir. Örneğin; SerPK md. 81/1'de yer alan "...sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ilişkin işlemleri gerçekleştirmek, kaydileştirilen bu araçları ve bunlara bağlı hakları, elektronik ortamda, üyeler ve hak sahipleri itibarıyla kayden izlemek, bu araçların merkezî saklamasını yapmak" şeklindeki faaliyetler kamu gücünü haiz olmayı gerektiren faaliyetlerdir. Ayrıca yine MKK'nın gerekli gördüğü durumlarda üyelerinden bilgi/belge isteyebileceğine dair SerPK md. 81/4'te yer alan "Kurul tarafından çıkarılan düzenlemeler çerçevesinde MKK, iş ve işlemleri ile ilgili olarak gerekli gördüğü hususlarda üyelerinden bilgi ve belge istemeye ve inceleme yapmaya yetkilidir. Üyeler, MKK'nın görev alanına giren hususlarda özel mevzuatında yer alan hükümlere dayanarak bilgi vermekten imtina edemezler" hükmü ile, mevzuata aykırı davranan üyelere uygulanacak disiplin cezalarına dair Yönetmelik md. 33'te yer alan "düzeni ve dürüstlüğü bozan,

²⁵ Ramazan Çağlayan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları", 384; A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esasları (Cilt I)* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 163.

²⁶ Oğuz Sancakdar vd., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 115; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 244-45.

işlere hile karıştıran, işlerin açık, düzenli ve dürüst yürütülmesine, ilgili mevzuata ve kararlara aykırı hareket eden üyeler hakkında uygulanacak disiplin cezaları ile disiplin cezalarının uygulanmasını gerektiren fiiller ve ceza uygulama esasları MKK Yönetim Kurulunca hazırlanıp Kurulca onaylanacak bir yönergeyle düzenlenir” hükmü bu niteliktedir. Buna göre MKK’nın, kamu tüzel kişiliği açısından gerekli olan “kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olma” şartını sağladığı da ifade edilebilir.

D. SPK’nın Vesayet Denetimi Bakımından Değerlendirme

Sermaye Piyasası Kurulu, sermaye piyasalarının faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemekle görevli olan bağımsız bir kamu kurumudur (SerPK md. 117/1). SPK’nın temel amacı, sermaye piyasasının etkin, şeffaf ve adil bir şekilde işleyişini sağlamaktır (SerPK md. 1). Bu çerçevede, SPK sermaye piyasası araçlarının ihraç edilmesi, alım-satımı, halka arzı gibi konularda düzenlemeler yapmakta ve özellikle de denetim faaliyetlerini yürütmektedir²⁷.

Özel hukuk tüzel kişisi - kamu hukuku tüzel kişisi ayrımında rol oynayan unsurlardan birisi de ilgili tüzel kişinin bağımsız şekilde hareket edip etmediğidir. Nitekim özel hukuk tüzel kişileri faaliyetlerini diğer tüzel kişilerden ve kamu kurumlarından bağımsız şekilde sürdürmekte; devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olan diğer kamu tüzel kişileri ise kanunda açık hüküm bulunmak şartıyla merkezi idarenin idari vesayet denetimine tabi olarak faaliyet yürütmektedir.

Anayasa, merkezi idarenin mahalli idareler üzerinde idari vesayet yetkisine sahip olduğunu hüküm altına almıştır (1982 Anayasası md. 127/5). Buna göre idari vesayet yetkisi, idarenin bütünlüğünü sağlamak ve korumak amacıyla, kural olarak merkezi idarenin mahalli idareler üzerinde sahip olduğu bir denetim yetkisidir²⁸. Ancak idari vesayet yetkisi bu denetim ile sınırlı değildir. Diğer bir

²⁷ Tolga Ayoğlu, *Sermaye Piyasası Hukukunda Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 6; Sevinç Akbulak ve Yavuz Akbulak, *Türkiye’de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2004), 6; Melikşah Yasin, *Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002), 59 vd.

²⁸ F. Ebru Gündüz, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, sy 33 (2015): 65.

ifadeyle merkezi idare, mahalli idareler dışındaki kuruluşlar üzerinde de idari vesayet yetkisine sahip olabilmekte ya da merkezi idare dışındaki bir kuruluş da yine bir başka kuruluş nezdinde idari vesayet makamı olarak kabul edilebilmektedir. Örneğin bir mahalli idare ile o mahalli idareye bağlı olarak faaliyet yürüten bir kamu kurumu arasında da idari vesayet ilişkisinin var olduğu²⁹; devletin, 1982 Anayasası md. 135/5 hükmüne istinaden, meslek kuruluşları üzerinde de idari vesayet yetkisine sahip bulunduğu³⁰; merkezi idarenin hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları üzerinde de idari vesayet yetkisine sahip olduğu³¹ ve nihayet devlet tüzel kişileri dışında kalan diğer kamu tüzel kişilerinin de idari vesayet makamı olabileceği (örneğin Türkiye Barolar Birliği'nin bir il barosu üzerinde sahip olduğu denetim yetkisinin idari vesayet yetkisi niteliğinde olduğu)³² doktrinde dile getirilmektedir.

SerPK md. 81/6 hükmünde açıkça SPK'nın, MKK'nın gözetim ve denetim mercii olduğu ifade edilmektedir. Bunun dışında aynı maddede SPK'nın, sermaye piyasası araçlarının kayden izlenmesinin yanı sıra gerekli gördüğü diğer hususların yerine getirilmesini ve her türlü bilgi/belgenin yazılı veya elektronik ortamda, talebi üzerine ya da düzenli olarak gönderilmesini MKK'dan isteyebileceği belirtilmektedir. Ayrıca SerPK md. 81/2'de MKK'nın kuruluş, faaliyet, üyelik, çalışma ve denetim esasları ile gelirleri ve kâr payı dağıtım esaslarının SPK tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği; md. 81/3/b'de MKK'nın oluşturacağı veri bankasındaki verileri SPK'nın belirleyeceği ilkeler çerçevesinde kullanabileceği ve nihayet md. 81/3/c'de MKK'nın SPK tarafından verilecek sermaye piyasasına dair diğer görevleri yerine getirmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

²⁹ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Kitabevi, 2023), 222.

³⁰ Ramazan Çağlayan, *İdâre Hukûku Dersleri*, 135-36.

³¹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 218; Oğuz Sancakdar vd., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 123.

³² Ali Ulusoy, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 159.

Kanun hükümleri dışında Yönetmelik çerçevesinde de SPK'nın MKK üzerinde sahip olduğu birtakım gözetim ve denetim yetkileri bulunmaktadır³³:

- MKK, SPK tarafından sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde verilen görevleri yerine getirmekle görevlidir (Yönetmelik md. 5),
- MKK'nın esas sözleşmesi SPK'nın onayına tabidir (Yönetmelik md. 6/2),
- SPK, MKK esas sözleşmesinde yer alan kâr payı dağıtım oranlarına ve pay sahiplerine esas sözleşme ile tanınan imtiyazlara sınırlama getirebilir (Yönetmelik md. 6/3),
- Doğrudan veya %5 ve üzeri devir sonucu doğuracak dolaylı pay devirleri ile³⁴ pay devri söz konusu olmasa dahi doğrudan veya dolaylı olarak yönetim kontrolünün devri sonucunu doğuran her türlü işlem ve esas sözleşme değişiklikleri ve imtiyazlı payların devri her halükârda Kurul'un iznine tabidir (Yönetmelik md. 7/2), Kurul izni alınmadan yapılan devirler hükümsüzdür (Yönetmelik md. 7/3),
- MKK'nın yöneticilerinde değişiklik meydana gelmesi durumunda Kurula bildirim zorunludur (Yönetmelik md. 8/2-3),
- MKK'nın sunmuş olduğu temel hizmetler kapsamında üyelerinden tahsil ettiği ücret ve komisyonlar ile tahsil zaman ve şekillerini düzenleyen yönetim kurulu kararı SPK'nın onayına tabidir (Yönetmelik md. 28/1),
- SPK, MKK'dan her türlü bilgi ve belgeyi istemeye yetkilidir (Yönetmelik md. 31/1).

MKK açısından normal anonim şirketler dışında bazı özel hükümlerin öngörülmüş olması ve buna bağlı olarak MKK'nın diğer anonim şirketlere nazaran bağımsız hareket etme imkânının kısıtlanmış olması da MKK'nın, SPK'nın

³³ Mücahit Ünal, *Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi*, 250; Çağlar Manavgat, "Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A Maddesi Hükümüne Göre Kaydi Sistemin Esasları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, sy 2 (2001): 170.

³⁴ Harun Kılıç, "Türk Hukuku'nda Taliki Şarta Bağlı Borçlar ve Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, sy 2 (2010): 79 vd.

gözetimi ve denetimi altında bulunduğunu göstermektedir. Örneğin ilgili mevzuata göre; MKK yönetim kurulunun bir üyesi, SPK tarafından TTK'nin 334. maddesi hükmü çerçevesinde Kurul temsilcisi olarak atanmaktadır. Kurul tarafından atanan üye, yönetim kurulu başkanı sıfatını haizdir (Yönetmelik md. 13). Oysa özel hukuk hükümlerine tabi anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı ilgili yönetim kurulu tarafından seçilmektedir (TTK md. 366). Bunun dışında anonim şirketlerde yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinden (TTK md. 375) bazılarının SPK'ya tanınmış olması da yine MKK'nın bağımsız hareket etme imkanının kısıtlandığını göstermektedir. Bu yetkileri şu şekilde örneklendirmek mümkündür:

- Anonim şirketlerde yönetim kurulu orta ve uzun vadede şirketin hangi alanlarda faaliyet göstereceğini bizzat kendisi belirlemek zorunda iken³⁵, MKK'nın mevzuat dışında kalan bir alanda faaliyette bulunabilmesi için SPK'dan izin alması gerekmektedir (Yönetmelik md. 10/3). Benzer bir düzenleme elektrik piyasasında elektrik dağıtım şirketleri bakımından da geçerlidir. Elektrik dağıtım şirketlerinin de düzenlemeye tabi faaliyet gösteren şirketler olması sebebiyle özel hukuk tüzel kişileri olmasına rağmen dağıtım faaliyeti dışında bir faaliyet göstermek istediklerinde EPDK'dan izin almaları gerekmektedir.
- Yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinden birisi de müdürlerin ve müdürlerle aynı işleve ve imza yetkisine sahip kişilerin atanması ve görevden alınması yetkisidir (TTK md. 375/1-d). Yönetim kurulu, bu yetkisini genel kurulun izni veya onayından bağımsız kullanırken, MKK yönetim kurulunun söz konusu yetkileri kullanması doğrudan SPK'nın onayına tabidir (Yönetmelik md. 16/6).
- Kural olarak anonim şirketin ücret ve fiyat politikalarının belirlenmesi de TTK md. 375/1-a kapsamında yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında yer aldığı halde; MKK'nın sermaye piyasası araçlarının saklanması karşılığında talep edeceği ücret ve komisyonlar ile bunların tahsil zamanı ve şekilleri SPK'nın onayına tabidir (Yönetmelik md. 28).

³⁵ Beşir Fatih Doğan, "Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, sy 2 (2012): 613.

- Şirket yönetimiyle görevli kişilerin, kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun şekilde hareket edip etmediklerinin denetimi, yönetim kurulunun devredilemez ve devralnamaz yetkileri arasında yer almaktadır (TTK md. 375/1-e). Buna karşılık SPK, MKK'nın gözetim ve denetim mercii olarak düzenlenmiştir (SerPK md. 81/6; Yönetmelik md. 31).

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerine istinaden; SPK'nın MKK üzerinde gözetim ve denetim yetkisinin bulunması, MKK'nın kararlarının SPK onayına bağlı olması ve ayrıca MKK'nın yönetim kurulu başkanının SPK tarafından belirlenmesi gibi hususlar bu kurumlar arasında idari vesayet ilişkisinin varlığını gündeme getirmektedir³⁶. Gerçekten de SPK'nın, MKK'nın gözetim ve denetim mercii olduğuna dair SerPK md. 81/6'da yer alan açık hüküm ve diğer kanun hükümleri dışında, Kanun'un verdiği yetkiye istinaden tesis edilmiş olan Yönetmelik'teki söz konusu hükümler de MKK'nın SPK'nın vesayet denetimi altında olduğunu, diğer bir ifadeyle tamamen bağımsız hareket etme imkânına sahip olmadığını göstermektedir. Bu nedenle, SPK'nın MKK üzerindeki denetim yetkisinin, ekonomik kolluk faaliyetleri kapsamında yürütülen klasik kolluk denetimini aştığını ve idari vesayet denetimi boyutuna ulaştığını söylemek mümkündür³⁷.

E. Nihai Değerlendirme

MKK'nın tüzel kişiliğine dair yukarıda ayrı başlıklar altında yer verilen değerlendirmelerin bir bütün olarak ele alınması neticesinde MKK'nın tüzel kişiliğinin klasik özel hukuk tüzel kişiliğinden ayrıldığını ve kamu hukuku tüzel kişiliğine yaklaştığını ifade edebiliriz. Ancak SerPK md. 81 ve Yönetmelik md. 5 hükümlerinin MKK'yı açıkça özel hukuk tüzel kişisi olarak tanımlamış olması karşısında MKK'nın bütünüyle bir kamu hukuku tüzel kişisi olduğunu söylemek de mümkün olmayacaktır.

³⁶ Mücahit Ünal, *Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi*, 250; Çağlar Manavgat, "Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A Maddesi Hükümüne Göre Kaydi Sistemin Esasları", 172.

³⁷ Melikşah Yasin, *Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri*, 179; Ercan Şamlıoğlu, "Merkezi Kayıt Kuruluşu", 391.

Geleneksel olarak yapılan özel hukuk - kamu hukuku tüzel kişiliği ayrımının yanında günümüzde *karma nitelikte tüzel kişi* olarak ifade edilebilecek bir başka tüzel kişilik tipi daha ortaya çıkmıştır. Bu tür tüzel kişiler kamu tüzel kişilerine benzer özelliklere sahip olmakla birlikte tam anlamıyla kamu tüzel kişisi niteliğini taşımamaktadır. Aynı zamanda kamu hizmeti yürüten bu tüzel kişiler *kendine özgü niteliğe sahip (sui generis)* tüzel kişiler olarak da adlandırılmaktadır³⁸.

Sui generis tüzel kişiler, kamu hukuku karakterli ya da özel hukuk karakterli olup olmadıkları hususunda şüpheye düşülen, yürüttüğü faaliyetlerin bir kısmı nazara alındığında özel hukuk tüzel kişisi gibi kabul edilen, ancak diğer bazı faaliyetleri açısından ise kamu hukuku tüzel kişiliği karakteri taşıyan yeni bir tüzel kişilik türüdür³⁹.

Sui generis tüzel kişiler genellikle kamu otoriteleri tarafından denetlenmekte ve gözetim altında tutulmakta, bu denetim, belirli bir kanun veya kanunun verdiği açık yetkiye dayanan idari işlemler çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Bu şekilde kamu tüzel kişilerine yaklaşan özel hukuk tüzel kişileri, kamusal kontrol ve hesap verme sorumluluğuna tabi hale gelmekte olup bir taraftan özel hukuk kurallarına tabi iken, özellikle kamu gücü kullandıkları veya kamu hizmeti yürüttükleri faaliyetler açısından kamu hukukuna tabi kabul edilmektedirler.

Örneğin; 5651 sayılı Kanun'a⁴⁰ 6 Şubat 2014 tarihinde eklenen 6/A maddesi tarafından bir özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuş olan ve kuruluş amacı genel itibarıyla yetkili mercilerden kendisine gönderilen internet erişim engelleme kararlarını, bu kararları uygulamak üzere erişim sağlayıcılarına iletmek olan⁴¹ Erişim Sağlayıcıları Birliği (ESB)'nin tüzel kişiliği ve tesis etmiş olduğu işlemlerin hukuki niteliği doktrinde ve yargı içtihatlarında tartışma konusu edilmiş ve nihayet ESB'nin "*sui generis*" bir kurum olarak kabul edilmesi gerektiği dile getirilmiştir. Örneğin doktrinde **Çırakoğlu**, ESB'nin yürütmüş olduğu faaliyetlerin

³⁸ K. Begüm İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 473 vd.

³⁹ K. Begüm İsbir, 473 vd.

⁴⁰ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun.

⁴¹ Melikşah Çırakoğlu, *İnternet Erişimin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 170.

bir kısmının internet kolluğu kapsamında değerlendirilebilecek idari bir yetki olduğunu, bu anlamda ESB'nin kamu gücü ayrıcalıklarına dayanarak tesis etmiş olduğu işlemlerin idari yargı denetimine tabi tutulması gerektiğini ve nihayet kuruluşun bir özel hukuk tüzel kişisi olarak örgütlenmesinin yanı sıra, kendisine verilmiş kamusal yetkiler sebebiyle kamu tüzel kişiliğine yaklaşan bir müessese olarak kendine özgü (sui generis) bir yapıda olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴². Konuya ilişkin yapmış olduğu değerlendirmede Anayasa Mahkemesi de bir özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuş olan ESB'nin kuruluşunun kanuna dayanması ve yerine getirmiş olduğu faaliyetler açısından kamusal yönünün ağır basması gibi sebeplerle ESB'nin "kendine özgü" bir kurum olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴³. Bir başka kararında ise Anayasa

⁴² Melikşah Çırakoğlu, 173-79.

⁴³ "ESB, 19 Mayıs 2014 tarihinde faaliyete başlamıştır. Birliğin asıl görevi, Kanun'un 8. maddesi kapsamında olan katalog suçlara ilişkin koruma ve idari tedbir dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamaktır. Birlik, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılmasıyla oluşan ve bunlar arasındaki koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur. Birliğe üye olmayan erişim sağlayıcılar faaliyette bulunamazlar. Bu özelliklere bakıldığında, ESB dernek veya vakıf statüsünde değildir. / Anayasa'nın 135. maddesinde, 'Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.' denilmektedir. ESB'nin, kamu tüzel kişisi olmaması ve oluşturulma amacının, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarını yerine getirmek olması göz önüne alındığında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kapsamında da değerlendirilemeyeceği açıktır. / İnternetteki hukuka aykırılıkların giderilebilmesi ancak erişimin engellenmesi yoluyla yapılabilmekte, erişimin engellenmesi ise ancak erişim sağlayıcılar üzerinden gerçekleştirilebilmektedir. İçeriğin yayından çıkartılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının mevcut uygulamalar yönüyle ortaya koyduğu sorunlar, infaz edilemezlik ve muhatap belirsizliği gibi engellerin ortadan kaldırılmasını sağlamak için kamu yararı amacıyla ESB kurulmuştur. ESB, erişim sağlayıcıları ile bağlantıyı sağlamakta ve erişimin engellenmesi ile ilgili kararları erişim sağlayıcılara iletmekle görevli bulunmaktadır. / ESB'nin, Kanun'da özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğunun belirtilmesi

Mahkemesi ESB'yi "kamusal yönü ağır basan bir özel hukuk tüzel kişisi" olarak tanımlamıştır⁴⁴.

Danıştay ise, özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olan bir kısım tüzel kişilerin idari işlem niteliğinde işlemler tesis edebileceğine ve bu anlamda söz konusu işlemlerin idari yargı denetimine tabi olabileceğine karar vermiştir. Örneğin, bir özel hukuk tüzel kişisi olan Türkiye Diyanet Vakfı'nın yapısı ve işlevleri yönünden kamusal bir nitelik arz ettiğini belirtmiş, Vakfın tesis etmiş olduğu uyuşmazlık konusu işlemin idari işlem olduğuna karar vermiş ve nihayet Vakfın kamu hizmeti yerine getiren ve ağırlıklı olarak kamusal bir nitelik taşıması nedeniyle "kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese" olduğuna karar vermiştir⁴⁵. Benzer şekilde Danıştay, 3461 sayılı Türkiye Futbol Federasyonunun Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile özel hukuk hükümlerine tabi kılınmış olan Türkiye Futbol Federasyonu'nun bünyesinde yer alan Merkez Hakem Kurulu'nun bir hakem hakkında tesis etmiş olduğu "hakem klasmanının düşürülmesi" işlemini idari işlem olarak kabul etmiş ve ilgili uyuşmazlığın idari yargıda görülmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁶. Yine aynı şekilde Uyuşmazlık Mahkemesi de bir özel hukuk tüzel kişisi olan Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı (ATGV)'nin tesis etmiş olduğu

ve özel hukuk tüzel kişilerinden oluşması, kuruluşunun kanunla yapılmış olması, faaliyete başlayabilmesi için Tüzüğü'nün BTK tarafından onaylanmasının gerekmesi ve Tüzük değişikliklerinin BTK'nın onayına tabi tutulması, kurulmasının ve üyeliğin zorunlu tutularak idari yaptırım öngörülmesi, yapacağı görevlerin kamusal yanının ağır basması gibi hususlar gözetildiğinde, idari teşkilat yapısı içinde yer almayan, kanunla kurulmuş kendine özgü bir kurum olduğu söylenebilir." AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, 08/12/2015 (www.anayasa.gov.tr).

⁴⁴ "ESB, erişim sağlayıcıları ile bağlantı kurarak erişimin engellenmesi ile ilgili kararların bir an önce yerine getirilmesini sağlamak amacıyla kurulmuş kamusal yönü ağır basan bir özel hukuk tüzel kişisidir." AYM, E. 2015/88, K. 2016/156, 07/09/2016 (www.anayasa.gov.tr).

⁴⁵ Danıştay 5. Daire, E. 2000/624, K. 2003/1085, T. 01.04.2003 (www.lexpera.com.tr).

⁴⁶ "...dava konusu işlem, 3461 sayılı Yasa ile Tüzel kişilik kazanmış bulunan Türkiye Futbol Federasyonu Başkanlığına bağlı Merkez Hakem Kurulunca tek taraflı olarak davacının hukukunu etkileyecek biçimde tesis edilmiş idari bir işlem niteliğindedir. / Bu nedenle idari nitelikteki dava konusu işlemde doğan uyuşmazlığın idari yargı yerince çözümü gerekir. / Öte yandan, 3461 sayılı Yasanın 1. maddesinde, Türkiye Futbol Federasyonunun özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun hükme bağlanmış olmasının salt bu nedenle federasyonca veya federasyon bünyesinde yer alan kurullarca tesis edilen işlemlerin idari işlem olması niteliğini ortadan kaldırmayacağı da açık bulunmaktadır." Danıştay 10. Daire, E. 1991/1149, K. 1991/2286, T. 17.06.1991, Danıştay Dergisi 84-85, s. 695-697.

lojman tahsisine dair işlemin idari nitelikte bir işlem olduğunu belirtmiş ve söz konusu işlem açısından idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir⁴⁷. Bir başka kararında ise Uyuşmazlık Mahkemesi, Merkez Bankası'nın hukuki niteliği hakkında değerlendirmelerde bulunarak Banka'nın "*kendine özgü bir kamu kuruluşu*" olduğuna karar vermiştir⁴⁸.

Sonuç olarak MKK, her ne kadar SerPK md. 81 ve Yönetmelik md. 5 hükümlerinde açıkça özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirilmiş ise de özel hukuk kişilerinin iradeleriyle değil kanunla kurulmuş bir merci olması, SerPK ve Yönetmelik tarafından kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olması, SPK ile olan ilişkileri açısından ekonomik kolluk denetimini aşan ve idari vesayet denetimi boyutuna ulaşan bir ilişkinin var olması, yürüttüğü faaliyetlerin bireylerin mülkiyet hakkını ve sermaye piyasasını korumaya yönelik bir işleve sahip olması ve bu yönüyle faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliği taşıması ve nihayet kuruluş amacının kamu yararına yönelik olması cihetleriyle *kendine özgü (nev'i şahsına münhasır - sui generis)* bir kuruluş olarak kabul edilmelidir⁴⁹. Nitekim bu gerekçeyle doktrinde, MKK'ya kamu hukuku kurallarının uygulanması gerektiği ve MKK'nın faaliyetlerine ilişkin idari yargı yoluna başvurulabileceği savunulmuştur⁵⁰.

⁴⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 1999/1, K. 1999/11, T. 03.05.1999 (www.uyusmazlik.gov.tr).

⁴⁸ "*Kuruluş amacı, görev ve yetkileri bakımından Banka, Devletin mali politika-sını Devlele birlikte tespit ve yürütmek, Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu çerçevesinde piyasayı düzenleyici tedbirleri almak gibi, tamamen Devletin genel mali politikasında aktif rol alan kendisine özgü bir kamu kuruluşudur. Bu bakımdan para alım ve kredi işlemleri yapan diğer bankalar gibi görülemez.*" Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 1997/7, K. 1997/8, T. 24.10.1996 (www.uyusmazlik.gov.tr).

⁴⁹ Aynı yönde bkz. Ercan Şamlıoğlu, "Merkezi Kayıt Kuruluşu", 393; Mücahit Ünal, *Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi*, 250; K. Begüm İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, 354. Konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. Çağlar Manavgat, "Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi Sistemin Esasları", 171-73.

⁵⁰ Melikşah Yasin, *Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri*, 181-82.

III. MERKEZİ KAYIT KURULUŞU ÜYELİK SÖZLEŞMESİNİN İDARİ SÖZLEŞME NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

MKK üyeliğine dair esaslar Yönetmelik md. 20 vd. hükümleri ile düzenleme altına alınmıştır. Yönetmeliğe göre “ihraççılar”, “SerPK uyarınca faaliyet gösteren yatırım kuruluşları”, “merkezi takas kuruluşları” ile “MKK tarafından önerilen ve Kurulca kabul edilen diğer kuruluşlar” MKK’ya üye olabilmektedirler (md. 20/1). Bunun dışında, yabancı merkezi saklama kuruluşları da MKK tarafından belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde MKK’ya üye olabilmektedir (md. 20/2). Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası da kendi talebi halinde, özel üyelik statüsü ve birtakım yükümlülüklerden muaf olmak üzere, MKK’ya üye olabilmektedir (md. 20/3).

Yönetmelik, MKK’ya üyelik için birtakım şartlar aramaktadır. Buna göre MKK’ya üye olunabilmesi için öncelikle, kayıtların tutulmasını, izlenmesini ve diğer kuruluşlarla bilgi alışverişini kolaylaştıracak ve MKK tarafından asgari nitelikleri belirlenmiş teknik donanım ve güvenlik sistemine sahip olunması (md. 21/1/a); MKK Yönetim Kurulu tarafından gerekli görülmesi halinde sorumluluk sigortası yaptırılması (md. 21/1/b); Merkezi Kaydi Sistem işlemlerini yürütecek yeterli sayıda personelin istihdam edilmiş olması (md. 21/1/c); üyeliğe giriş aidatının yatırılmış olması (md. 21/1/ç) ve MKK Yönetim Kurulu tarafından belirlenen diğer şartların sağlanmış olması gerekmektedir (md. 21/1/d).

Yukarıda yer verilen şartları taşıyan kuruluşlar üye olmak için MKK’ya başvuru yapmaktadırlar. MKK tarafından yapılan inceleme neticesinde gerekli şartları sağladığı anlaşılan kuruluşlar, üyelik sözleşmesini⁵¹ imzalamak suretiyle MKK üyeliğine kabul edilmektedirler. MKK üyeliği; ilgili kuruluşların Merkezi Kaydi Sisteme tanımlanmasını, erişimini ve ayrıca sistemin kullanımını içermektedir (md. 22/2).

⁵¹ Söz konusu üyelik sözleşmesi taslağına MKK’nın web adresi olan “www.mkk.com.tr” sitesinden erişilebilmektedir.

MKK ile üyeler arasında imzalanan üyelik sözleşmesinin hukuki niteliği ve söz konusu sözleşmenin idari bir sözleşme olup olmadığı hususu çalışmamızın bu kısmının konusunu oluşturacaktır.

B. İdari Sözleşme Kavramı

İdare, yürüttüğü faaliyetlerin niteliği gereği genellikle tek taraflı işlemler yapmakla birlikte sözleşmeler de akdetmektedir. İdarenin taraf olduğu sözleşmeler geleneksel olarak *idarenin özel hukuk sözleşmeleri* ve *idari sözleşmeler* olarak iki alt başlıkta incelenmektedir⁵².

İdari sözleşmeler, kamu kurumlarının idare hukuku kurallarına dayanarak tesis etmiş oldukları sözleşmelerdir⁵³. Danıştay'a göre "*idarenin kamusal yetkilerine dayanarak yaptığı sözleşmelere idari sözleşme denilmektedir*"⁵⁴. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri ise idarenin söz konusu sözleşmede idari bir merci olarak değil, herhangi bir özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği sözleşmelerdir⁵⁵. İdarenin akdetmiş olduğu sözleşmeleri bu şekilde ikili bir ayrıma tabi tutmanın amacı, sözleşmelere uygulanacak hukuku ve sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların çözüm yerini belirlemektir⁵⁶.

İdari sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasında bazı temel farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle özel hukuk sözleşmelerinde taraflar arası eşitlik ilkesi geçerliken, idari sözleşmelerde sözleşmenin tarafı olan idareye bazı üstün hak ve yetkiler tanınmaktadır⁵⁷. Bunun dışında, idarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenirken, idari

⁵² Turgut Tan, "İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 50, sy 3 (1995): 291; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 506; Oğuz Sancakdar vd., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 601; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 470.

⁵³ Turgut Tan, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 290.

⁵⁴ Danıştay 1. Daire, E. 1992/232, K. 1992/294, T. 24.09.1992, Danıştay Dergisi, Sayı: 87, s. 37.

⁵⁵ Oğuz Sancakdar vd., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 601.

⁵⁶ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 506.

⁵⁷ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 551; Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 291.

sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenmektedir⁵⁸. Ayrıca idarenin özel hukuk sözleşmelerine özel hukuk kişileri arasında tesis edilen sözleşmelere uygulanan özel hukuk hükümleri uygulanırken, idari sözleşmelere idare hukuku kuralları uygulanmaktadır⁵⁹.

Bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığı açık kanun hükmüyle belirlenebileceği gibi, kanunda bu yönde açık bir hüküm bulunmaması halinde, sözleşmenin yorumlanması yoluyla mahkeme tarafından da belirlenebilmektedir. İdarenin taraf olduğu bir sözleşme açıkça kanun tarafından idari sözleşme olarak nitelendirildiği takdirde bu sözleşmeye uygulanacak hükümlerin ve yargı yerinin tespiti bakımından herhangi bir sorun yoktur⁶⁰. Kanunda açıkça niteliği belirtilmeyen bir sözleşmenin ise idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğu hususu doktrin ve yargı içtihatları tarafından oluşturulan organik, işlevsel ve maddi kriterler esas alınarak belirlenmektedir⁶¹.

Organik kritere göre, bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle “*taflardan birinin idare olması*”, diğer bir ifadeyle kamu idaresi, kamu kurumu veya kamu kuruluşu olması gerekmektedir⁶². Ancak taflardan birinin idare olması sözleşmeye tek başına idari sözleşme niteliği kazandırmamaktadır. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere idare özel hukuk sözleşmelerinin de tarafı olabilmektedir. Bu nedenle bir sözleşmenin idari sözleşme niteliği tespit edilirken organik kriterin yanı sıra işlevsel ve maddi kriterlere de başvurmak gerekmektedir. Buna göre, bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için gereken işlevsel şart

⁵⁸ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 506; A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esasları (Cilt I)*, 470-72.

⁵⁹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 506.

⁶⁰ M. Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, sy 2 (2006): 185; Abdurrahim Çınar, “İdari Sözleşme Ölçütleri”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, sy 2 (2021): 328.

⁶¹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 516-17.

⁶² Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 467; Oğuz Sancakdar vd., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 518; Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 295; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 517.

“sözleşme konusunun kamu hizmeti niteliği taşıması” ve maddi şart ise “sözleşmede idareye üstün yetkiler tanınması” gerekliliğidir⁶³.

C. MKK Üyelik Sözleşmesinin İdari Sözleşme Kriterleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi

1. Taraflardan Birinin İdare Olması Unsuru ve MKK Üyelik Sözleşmesi

Bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan ilk şart, sözleşmenin taraflarından birisinin kamu idaresi olması şartıdır. Bu nedenle idarenin taraf olmadığı bir sözleşme, diğer şartları sağlasa bile, idari sözleşme olarak nitelendirilemeyecektir⁶⁴. Buna göre MKK üyelik sözleşmesinin idari sözleşme olup olmadığını değerlendirebilmek için öncelikle MKK'nun bir kamu idaresi olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

İlk bölümde incelendiği üzere MKK, Kanun ve Yönetmelikte açıkça özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirilmiştir. Ancak buna rağmen MKK'ya kamu tüzel kişilerine tanınan bazı kamu gücü ayrıcalıkları tanınmıştır. Ayrıca bir kamu kurumu olan SPK'ya, MKK üzerinde vesayet yetkisi tanınmıştır. Bunun dışında MKK, kamu hizmeti niteliğindeki kaydileştirme faaliyetini sermaye piyasasının düzenli ve güvenli bir şekilde sürdürülebilmesi amacıyla, diğer bir ifadeyle kamu yararı amacıyla yerine getirmektedir. Dolayısıyla MKK, her ne kadar açıkça özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirilmiş ise de kanunla kurulmuş olması ve bahsedilen unsurlara sahip olması nedeniyle bir kamu hukuku tüzel kişisinde aranan tüm özellikleri bünyesinde barındırmaktadır⁶⁵. Bu nedenle MKK *kendine özgü (nev'i şahsına münhasır / sui generis)* bir niteliğe sahiptir.

Kendine özgü nitelikteki oluşumlara dair bir önceki bölümde yaptığımız değerlendirmeler nazara alınarak, üyelik sözleşmesi açısından MKK'nun bir kamu

⁶³ Ramazan Çağlayan, *İdâre Hukûku Dersleri*, 468-69; Oğuz Sancakdar vd., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 518-20; Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 296-98; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 517.

⁶⁴ M. Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, 192; Abdurrahim Çınar, “İdari Sözleşme Ölçütleri”, 328.

⁶⁵ Melikşah Yasin, *Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri*, 179-80.

idaresi olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir⁶⁶. Üyelik sözleşmesinde MKK'nın kamu idaresini temsilen yer alıyor olması sebebiyle, idari sözleşmenin temel unsurlarından birisi olan “*taraplardan birinin idare olması*” şartının MKK üyelik sözleşmeleri açısından sağlandığı ifade edilebilir.

2. Kamu Hizmeti Unsuru ve MKK Üyelik Sözleşmesi

a. Kamu Hizmeti Kavramı

İdari sözleşmeleri idarenin özel hukuk sözleşmelerinden ayıran diğer bir önemli kriter, sözleşme konusunun bir kamu hizmetine ilişkin olmasıdır. Eğer sözleşme konusu doğrudan veya dolaylı bir şekilde kamu hizmetiyle ilgili değilse idari sözleşmeden bahsetmek mümkün olmayacaktır⁶⁷. Bu kapsamda kamu hizmeti kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Kamu hizmeti; yasama organı tarafından kamu hizmeti olarak nitelendirilen, idare tarafından ya da onun gözetim ve denetimi altında özel hukuk kişilerince yürütülen, kamu yararı amacını taşıyan ve nihayet toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik bulunan faaliyetlerdir⁶⁸. Anayasa Mahkemesi'ne göre de kamu hizmeti “...devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların denetimi ve gözetimleri altında, ortak ihtiyaçları karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir”⁶⁹.

Soyut nitelikteki kamu yararının yasama organınca somutlaştırılması, yürütülecek hizmetlerin kamu gücüne istinaden planlanması, kararlaştırılması ve düzenlemeye tabi kılınması neticesinde kamu hizmetleri ortaya çıkmaktadır⁷⁰. Önceleri sadece devlet tüzel kişiliği tarafından yerine getirilen kamu hizmeti,

⁶⁶ Aynı yönde bkz. Melikşah Yasin, 181.

⁶⁷ M. Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, 196; Abdurrahim Çınar, “İdari Sözleşme Ölçütleri”, 331.

⁶⁸ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 588.

⁶⁹ AYM, E. 2020/30, K. 2023/12, T. 25/01/2023 (www.anayasa.gov.tr).

⁷⁰ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 583-84.

özellikle özelleştirme süreçlerinden sonra özel hukuk tüzel kişileri tarafından da sunulmaya başlanmıştır. Bu nedenle, kamu hizmeti sadece kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen faaliyetleri değil özel hukuk tüzel kişileri tarafından yürütülen faaliyetleri de kapsayabilmektedir⁷¹. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında “toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet ünitelerinin nitelik ve özellikleriyle uyuşabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebeptir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur”⁷² ifadeleriyle, kamu hizmetlerinin özel kişilerce de yürütülebilmesinin mümkün olduğunu ve kamu kurumlarının hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece hizmetin kamusal niteliğinin korunacağını vurgulamıştır.

Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde temelde iki usul izlenmektedir. Kamu hizmeti; 1- kamu hizmetini yürütmek isteyen özel kişiye idare tarafından tek taraflı bir irade beyanıyla verilen “izin (ruhsat, lisans)” ile gördürülmekte ya da 2- hizmeti görece özel kişi ile idare arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde özel kişiye gördürülmektedir⁷³. İdarenin taraf olduğu sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesini ya da özel hukuk kişinin böyle bir hizmetin yürütülmesine katılmasını öngörüyor ise ortada idari bir sözleşme var demektir⁷⁴. Bu nedenle, idarenin taraf olduğu bir sözleşmenin

⁷¹ Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 9, sy 1-3 (1988): 153; Bilgen Pertev, “Kamu Hizmeti Hakkında”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 1, sy 1 (1980): 114.

⁷² AYM, E. 1990/4, K. 1990/6, T. 12/04/1990 (www.anayasa.gov.tr).

⁷³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 604.

⁷⁴ Metin Günday, *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınevi, 2011), 185. Bununla birlikte *Günday’a* göre, söz konusu ölçütler tüm idari sözleşmeleri açıklamaya yetmemektedir. Zira konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi ya da bir kamu hizmetinin yürütülmesine iştirak edilmesi olmadığı halde,

konusu kamu hizmeti ise böyle bir konunun idarenin özel hukuk sözleşmesi ile düzenlenmesi mümkün değildir ve söz konusu sözleşme idare hukukuna özgü bir düzenlenişe ihtiyaç duymaktadır⁷⁵.

MKK ile üyeler arasında akdedilen üyelik sözleşmesinin konusunun bir kamu hizmetinin ifasına dair olup olmadığı ya da üyelerin böyle bir hizmetin ifasına katılmasını öngörüp öngörmediği hususu, üyelik sözleşmesinin hukuki niteliğini belirleme noktasında önem arz etmektedir. Diğer bir ifadeyle, MKK üyelik sözleşmesinin idari bir sözleşme mi yoksa idarenin özel hukuk sözleşmesi mi olduğunun tespiti, sözleşme konusunun belirlenmesine ve bu çerçevede üyelerin yürüttükleri faaliyetin bir kamu hizmeti olarak nitelenip nitelenemeyeceğine bağlıdır.

b. Kamu Hizmeti Temel İlkeleri Çerçevesinde Kaydileştirme Faaliyeti ve Üyelik Sözleşmesi

Merkezi Kayıt Kuruluşu'nun hukuk sistemimize dahil olmasıyla beraber, fiziki sertifikaya bağlı klasik saklama sisteminden vazgeçilerek sermaye piyasası araçları ve bunlara dair hakların elektronik ortamda MKK tarafından kayden izleneceği bir sistemin kanuni alt yapısı hazırlanmıştır⁷⁶.

Kaydileştirme faaliyeti, sermaye piyasası araçlarının elektronik ortamda kaydedilmesini ifade eden bir kavramdır. Kaydi sistemler aracılığıyla sermaye piyasası araçları saklanmakta, ihraç işlemleri gerçekleştirilmekte ve ilgili hakların kullanılmasına imkân tanınmaktadır⁷⁷. Fiziki senetlerin elektronik kayıtlarla değiştirilmesi bunların kaybolma riskini azaltmakta, sahtecilik gibi güvenlik sorunlarını engellemekte ve nihayet bu durum yatırımcıların güvenini artırmaktadır. Gerçekten de elektronik ortamda tutulan kayıtlar, finansal

idarenin taraf olduğu "maden işletme imtiyazları" veya "orman işletme sözleşmeleri" birer idari sözleşme sayılmaktadır. Günday'a göre, bunların idari sözleşme sayılmasının gerekçesi, sözleşme konularının devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan birer milli servet sayılmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Metin Günday, 186.

⁷⁵ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 185.

⁷⁶ Ercan Şamlıoğlu, "Merkezi Kayıt Kuruluşu", 373.

⁷⁷ Mücahit Ünal, *Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi*, 28.

varlıkların daha hızlı ve etkin bir şekilde işlem görmesini sağlamaktadır. Bu sayede işlemler daha kolay takip edilip hızlı bir şekilde gerçekleştirildiğinden maliyetler azaltılabilmekte, bu ise sermaye piyasalarının likiditesini ve işlem hacmini artırmaktadır. Ayrıca, fiziki senetlerin kullanılmasıyla ortaya çıkan maliyetler (senet basma, dağıtma, saklama ve işlemlerle ilgili masraflar) önemli ölçüde azalmakta, bu da maliyet etkinliğini artırarak finansal piyasaların erişilebilirliğini kolaylaştırmaktadır. Kaydileştirme sistemi öte yandan finansal piyasalarda kamu denetimi ve vergilendirme etkinliğini de artırmakta ve elektronik kayıtlar ilgili otoritelerin denetim ve gözetiminin kolaylaşmasına, şeffaflaşmasına ve yasa dışı faaliyetlerin önlenmesine yardımcı olmaktadır. Finansal istikrarın sağlanması, hızlı işlem gerçekleştirme, merkezi saklama ve risk yönetimi, maliyet azaltımı ve kamu denetimi gibi faktörler, kaydileştirme sisteminin kamu yararına hizmet ettiğini ve finansal sistemin sağlıklı bir şekilde işlenmesini desteklediğini göstermektedir. Sonuç olarak kaydileştirme sisteminin, modern sermaye piyasalarında önemli bir rol oynayan, sermaye piyasalarının etkin işleyişini amaçlayan ve toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılayan bir kamu hizmeti olduğu söylenebilecektir.

Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi faaliyeti ile ilgili yaptığı bir değerlendirmede Anayasa Mahkemesi, elektronik kaydileştirme faaliyetinin menkul kıymetleri sahtecilik, kayıp ve çalınma gibi risklere karşı koruyan ve bu nedenle mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken bir faaliyet olduğunu belirtmiştir⁷⁸. Bunun yanı sıra, MKK'nın kuruluşunu düzenleyen

⁷⁸ "Sahip olunan sermaye piyasası araçları olarak menkul kıymetler, alacak hakkı niteliğinde olup mülkiyet hakkı kapsamında yer almaktadır. Bu kıymetlerin elde edilmesini, kullanılmasını ve üzerlerindeki hakkı sınırlamaya ya da kaldırmaya yönelik düzenlemeler, mülkiyetten yararlanma ve mülkiyet üzerinde tasarruf etme yetkilerine ilişkin olduğundan, mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşır. / Menkul kıymetler olarak sermaye piyasası araçlarının kaydileştirme yoluyla elektronik ortamda kaydının tutulması ve kişilerin ellerinde bulunan sermaye piyasası araçlarının teslimini öngören düzenlemelerin, menkul kıymetlerin daha düşük risk ve maliyet ile saklanabilmesi, basım, ihrac, sigorta ve saklama masraflarından tasarruf edilmesi, menkul kıymetlerin sahtecilik, kayıp ve çalınma risklerinden korunması amacıyla tesis edildikleri açıktır. Bu bağlamda, menkul kıymetlerin kaydileştirme yoluyla elektronik ortamda kaydının tutulmasının ve kişilerin ellerinde bulunan sermaye piyasası araçlarının teslimini öngören düzenlemeler ile bazı sınırlamalar getirilmesi meşru temellere dayanmaktadır." AYM, E. 2015/29, K. 2015/95, 22/10/2015 (www.anayasa.gov.tr).

(mülga) 2499 sayılı Kanun'un 10/A maddesinin yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu ve 1982 Anayasası'nın *Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi* başlıklı 167. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle açılan bir başka davada ise Anayasa Mahkemesi, MKK'nın ekonomik hayatın işleyişini düzenleme konusunda önemli bir fonksiyona sahip olduğunu belirterek MKK'nın kuruluşunu ve sahip olduğu yetkileri Anayasa'ya aykırı görmemiştir⁷⁹.

MKK ile üyelik sözleşmesi akdeden üyelerin, MKK tarafından yürütülen ve kamu hizmeti niteliği taşıyan kaydileştirme faaliyetine ne ölçüde katıldığına dair SerPK'da ve ilgili mevzuatta birtakım hükümler yer almaktadır. Öncelikle, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi faaliyetine dair hükümlerin yer aldığı SerPK md. 13/3'te "*Kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin haklar, MKK tarafından izlenir. Kayıtlar, MKK tarafından oluşturulan elektronik ortamda, bu kuruluşun üyelerince tutulur*" hükmü düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca SerPK md. 13/7 hükmünde ise "*Kayden izlenen sermaye piyasası araçlarına ilişkin tedbir, haciz ve benzeri her türlü idari ve adli talepler münhasıran MKK'nın üyeleri tarafından yerine getirilir*" hükmü öngörülmüştür.

SerPK'da yer alan bu hükümlerin yanı sıra, sermaye piyasası araçları ve bunlara ilişkin hakların MKK tarafından kayden izlenmesine dair usul ve esasların yer aldığı *Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ (II-13.1)*'in "kayıtların tutulması" başlıklı md. 5/1 hükmünde "*Kaydi sermaye piyasası araçları ve bunlara ilişkin haklarla ilgili kayıtlar, MKK tarafından oluşturulan elektronik ortamda MKK üyelerince tutulur. Hesapların*

⁷⁹ "Anayasa'nın 167. maddesinde de, Devletin, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı belirtilerek, ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek, gerektiğinde bu alana müdahale etmek hususunda görevli kılındığı ortaya konulmaktadır. Böylece, yasa koyucunun piyasa ekonomisinin işleyişinden doğabilecek bazı aksaklıkları, tekelleşmeleri, piyasada egemen olan gücün kötüye kullanılmasını önlemek, serbest rekabet ilkesine işlerlik kazandırmak ve tüketiciyi korumak amaçlarıyla Devlet tarafından yapılabilecek müdahalelere izin verdiği anlaşılmaktadır. / Dava konusu kuralın incelenmesinden, yasama organının, sermaye piyasası araçlarının, fiziken elden ele geçirilerek devir ve teslim edilmeleri sisteminden, ekonomik ve teknolojik gelişmeler, sermaye piyasasında artan işlem hacmi ve diğer değişiklikler nedeniyle kaydı değer sistemine geçilmesini uygun gördüğü sonucuna varılmaktadır. Sistemin işlemlerini sağlamak için maddenin ilk fıkrası ile Merkezi Kayıt Kuruluşu oluşturulmuş(tur)..." AYM, E. 2000/8, K. 2003/104, T. 26/12/2003 (www.anayasa.gov.tr).

açılması ve hesaplarda kayıt ve değişiklik yapılması usul ve esasları MKK tarafından belirlenecek elektronik işlem yöntemleriyle üyeler tarafından hak sahiplerinin talimatlarına uygun şekilde MKK kayıtlarında değişiklik yapılması sureti ile gerçekleştirilir” denilmiştir. Aynı maddenin 4’üncü fıkrasında ise *“Üyeler tarafından kayıtların tutulmasında kullanılacak kodlama sistemi MKK tarafından belirlenir”* hükmü düzenleme altına alınmıştır.

Söz konusu hükümlerden anlaşılacağı üzere, sermaye piyasası araçlarına dair MKK tarafından izlenen hakların, MKK tarafından oluşturulan elektronik ortamda kayıtlarının tutulmasında ve ayrıca söz konusu piyasa araçlarına dair her türlü idari ve adli taleplerin yerine getirilmesinde MKK üyeleri aktif rol almaktadır. Diğer bir ifadeyle MKK üyeleri, MKK’nın yürütmüş olduğu ve kamu hizmeti niteliği taşıyan kaydileştirme faaliyetinin ifasına iştirak etmektedirler. Buna göre, MKK üyelerinin MKK ile akdettikleri üyelik sözleşmesi çerçevesinde yerine getirmiş oldukları faaliyetlerin “kamu hizmetinin yürütümüne iştirak etme” anlamına geldiği ve bu nedenle MKK üyelik sözleşmesinin idari sözleşmeler açısından aranan “sözleşme konusunun kamu hizmeti niteliği taşıması” şartını sağlamakta olduğu ifade edilebilir.

3. MKK’ya Üstün Yetkiler Tanınması

İdari sözleşmeleri, idarenin özel hukuk sözleşmelerinden ayıran üçüncü şart ise söz konusu sözleşmelerde idareye üstün yetkilerin tanınmış olmasıdır. Nitekim özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit konumda kabul edilirken; idari sözleşmelerde idare üstün hak ve yetkilere sahip kılınmıştır.

MKK üyelik sözleşmesine dair SerPK ve ilgili mevzuatta yer alan hükümlerin incelenmesi neticesinde MKK’nın ilgili sözleşmede üstün yetkilerle donatılmış olduğu görülecektir. Örneğin; SerPK md. 81/4 hükmüne göre; *“Kurul tarafından çıkarılan düzenlemeler çerçevesinde MKK, iş ve işlemleri ile ilgili olarak gerekli gördüğü hususlarda üyelerinden bilgi ve belge istemeye ve inceleme yapmaya yetkilidir. Üyeler, MKK’nın görev alanına giren hususlarda özel mevzuatında yer alan hükümlere dayanarak bilgi vermekten imtina edemezler”* denilerek, MKK’nın gerekli gördüğü durumlarda üyelerinden bilgi/belge talep edebilmesinin yanı sıra üye işlemlerini inceleyebilmesi de hüküm altına alınmıştır.

Bunun dışında Yönetmelik hükümleriyle de MKK, sözleşmenin diğer tarafı olan üyelere nazaran birçok üstün hak ve yetkilerle donatılmıştır. Örneğin; Yönetmeliğin disiplin cezaları başlığını taşıyan md. 33/1 hükmünde “*Düzeni ve dürüstlüğü bozan, işlere hile karıştıran, işlerin açık, düzenli ve dürüst yürütülmesine, ilgili mevzuata ve kararlara aykırı hareket eden üyeler hakkında uygulanacak disiplin cezaları ile disiplin cezalarının uygulanmasını gerektiren fiiller ve ceza uygulama esasları* MKK Yönetim Kurulunca hazırlanıp Kurulca onaylanacak bir yönergeyle düzenlenir” denilerek, üyeler hakkında uygulanacak disiplin cezalarını belirleme yetkisi MKK’ya tanınmıştır. Ayrıca; üyelerinin, MKK’nın faaliyetleriyle ilgili yapılacak düzenlemelere uyumu konusunda gerekli önlemleri almanın MKK’nın görevleri arasında yer aldığı (md. 11/1/b), üyelere uygulanacak disiplin tedbirlerine dair işlem ve prosedürleri belirleme görev ve yetkisinin MKK’ya ait olduğu (md. 11/1/ğ), MKK ile üyelik sözleşmesi akdetmeyi düşünen kuruluşların üyelik için Yönetmeliğin öngörmüş olduğu şartların yanı sıra MKK Yönetim Kurulu tarafından belirlenen diğer şartları da taşımaları gerektiği (md. 21/1/d), üyeliğe kabul edilebilmek için gerekli şartların sağlandığının MKK tarafından tespit edilmiş olması gerektiği (md. 22/1), MKK’nın tek taraflı irade beyanıyla üyeliği geçici olarak durdurma ya da tamamen iptal etme imkânına sahip olduğu (md. 24/1 ve md. 24/3), MKK üyelerinin MKK tarafından belirlenen ilke ve kurallara uygun hareket etmek zorunda olduğu (md. 25/2/a), MKK üyelerinin MKK tarafından belirlenebilecek genel ve özel nitelikteki sigortaları yaptırmak zorunda olduğu (md. 25/2/c) ve üye kuruluşların yasal olarak tutmak zorunda oldukları defter ve kayıtların yanı sıra MKK tarafından kararlaştırılan diğer kayıtları da tutmak zorunda oldukları ilgili Yönetmelik’te düzenlenmiştir.

MKK üyelik sözleşmesine dair mevzuatta yer alan ilgili hükümler dışında ayrıca belirtmek gerekir ki MKK üyelik sözleşmesi bir “iltihaki sözleşme” niteliğini taşımaktadır. Zira üye olmak isteyen kurum ve kuruluşların sözleşme hükümleri üzerinde müzakere etmesi ve değişiklik yapması mümkün değildir. Bu sözleşme MKK tarafından hazırlanmakta, diğer taraf ise sözleşmeyi sadece onaylamaktadır⁸⁰.

⁸⁰ Üyelik sözleşmesi taslağı için bkz. <https://www.mkk.com.tr/hakkimizda/uyelik-islemleri>

Yukarıda yer verilen hükümlerin bir bütün olarak değerlendirilmesi neticesinde MKK'nın, sözleşmenin diğer tarafı olan kuruluşlara nazaran birçok üstün hak ve yetkilere sahip olduğu ve bu nedenle, idari sözleşmeler açısından gerekli olan "sözleşmede idareye üstün yetkiler tanınması" şartının da sağlandığı ifade edilebilir.

D. Benzer Örnekler Açısından MKK Üyelik Sözleşmesi

MKK üyelik sözleşmesinin idari sözleşme niteliğini haiz olup olmadığı hususu değerlendirilirken benzer örneklerin de incelenmesi yararlı olacaktır. Bu kapsamda örneğin enerji piyasasında akdedilen "sistem kullanım anlaşması"nın idari sözleşme niteliği üzerinde çeşitli tartışmalara rastlanmaktadır. Sistem kullanım anlaşması, bir kamu iktisadi teşebbüsü olan Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi (TEİAŞ) ile özel hukuk kişileri arasında akdedilmektedir. Ancak gerek yürütülen faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği taşıması, gerekse de sistem kullanım anlaşmasında TEİAŞ'a üstün hak ve yetkiler tanınmış olması söz konusu sözleşmenin idari sözleşme niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmasını gündeme getirmiştir.

Doktrin ve yargı içtihatlarına bakıldığında, sistem kullanım anlaşmasının özel hukuk sözleşmesi mi yoksa idari sözleşme mi olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir. Doktrinde bazı yazarlar sistem kullanım anlaşmasının özel hukuk hükümlerine tabi olduğu gerekçesiyle sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğunu, dolayısıyla bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi gerektiğini savunurken⁸¹; diğer bazı yazarlar ise TEİAŞ'ın üstün kamu gücü ayrıcalıkları kullanarak faaliyet gösterdiğini, dolayısıyla sistem kullanım anlaşmasının idari sözleşme niteliğini

⁸¹ Beşir Fatih Doğan, "TEİAŞ'ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sy 1 (2013): 65.

haiz olduğunu dile getirmiştir⁸². Üçüncü bir görüş ise sistem kullanım anlaşmasını “idarenin müdahale ettiği özel hukuk sözleşmeleri” olarak nitelendirmiştir⁸³.

Sistem kullanım anlaşmasının hukuki niteliğine ilişkin doktrindeki bu görüş ayrılığı yargı uygulamasına da yansımıştır. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi sistem kullanım anlaşmasının bir özel hukuk sözleşmesi olduğu, dolayısıyla adli yargının görevli olduğu⁸⁴, Danıştay 13. Dairesi ise, sistem kullanım anlaşmasının idari bir sözleşme olduğu, dolayısıyla uyuşmazlıkların idare mahkemelerinde görülmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir⁸⁵. Bunun üzerine konu Uyuşmazlık

⁸² Serhat Çelen ve Fırat Karaalp, “TEİAŞ’ın Taraf Olduğu Sistem Kullanım Anlaşmalarının Hukuki Niteliği ve Bu Anlaşmalardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli Yargı Yolu Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 12, sy 48 (2021): 530.

⁸³ Murat Sezginer, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli ‘Birleşme’ Sözleşmeleri)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, sy 1-2 (2013): 1614.

⁸⁴ Yargıtay 3. HD, 01/10/2014, E. 2014/5464, K. 2014/12803; Yargıtay 23. HD, 10/06/2015, E. 2014/7403, K. 2015/4452; Yargıtay 23. HD, 05/06/2017, E. 2015/9133, K. 2017/1665, Yargıtay 23. HD, 28/09/2015, E. 2015/5520, K. 2015/6036 (www.lexpera.com.tr).

⁸⁵ “Doktrinde ve yargı kararlarında, idari sözleşmeler, taraflarından en az birisi bir kamu tüzel kişisi olan ve bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin ve/veya özel hukuku aşan birtakım hükümler içeren sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Bu çerçevede, bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi için yapılan idarî sözleşmeler, gerek hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönlerinden özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır. / Bir sözleşmenin idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğunun tespiti noktasında iki ana kıstastan yola çıkılabileceği kabul edilmektedir. Bunlardan birincisi, ilgili sözleşmenin Kanun ile niteliğinin belirlenmesine; ikincisi ise, böyle bir belirlemenin bulunmaması halinde yargısal içtihatlar ile ortaya çıkan maddi ve organik şartların araştırılmasına ilişkindir. /...../ Sistem Kullanım Anlaşmasına ilişkin mevzuat hükümleri ve sözleşme metninin değerlendirilmesinden, sistem kullanım anlaşmasının TEİAŞ tarafından hazırlandığı ve EPDK tarafından onaylandığı, sözleşme hükümlerinin aynı zamanda EPDK tarafından çıkarılan ikincil düzenlemelerde yer aldığı, dağıtım şirketinin, lisansa konu faaliyeti yürütebilmesi açısından bu anlaşmaların imzalanmasının zorunlu olduğu, bu çerçevede sözleşme serbestisinden söz edilemeyeceği, EPDK’nın sözleşmenin genel hükümlerinde tek taraflı değişiklik yetkisine sahip olduğu, sözleşmede ödenmesi öngörülen bedellerin EPDK tarafından belirlendiği, söz konusu bedellerin ödenmesinde gecikmeye düşülmesi halinde 6183 sayılı Kanun uyarınca faiz uygulanacağı, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların

Mahkemesi'ne taşınmış, ancak Yüksek Mahkeme bir kararında sistem kullanım anlaşmasını özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirip adli yargıyı görevli kabul etmiş⁸⁶; diğer bir kararında ise idari sözleşme olarak nitelendirip idari yargıyı görevli kabul etmiştir⁸⁷. Bunun üzerine 25.11.2020 tarihli “*Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”⁸⁸ md. 39 hükmüyle Elektrik Piyasası Kanunu'na geçici 3. madde eklenerek, sistem kullanım anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümleneceği açıkça düzenlenmiş ve bu konudaki tartışmalara açık kanun hükmüyle son verilmiştir.

Gerçekten de TEİAŞ tarafından akdedilen *sistem kullanım anlaşması* ile MKK tarafından akdedilen *üyelik sözleşmesi* karşılaştırıldığında birçok açıdan birbirine benzediği görülmektedir. Öncelikle sistem kullanım anlaşması açısından TEİAŞ, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun gözetim ve denetimi altında faaliyet yürütürken; üyelik sözleşmesi açısından MKK, SPK'nın gözetim ve denetimi altında faaliyet yürütmektedir. Diğer bir ifadeyle, kaydileştirme sisteminde ve sermaye piyasası araçlarının saklanması sözleşmelerinde bağımsız otorite olarak geniş yetkilere sahip olan SPK, elektrik piyasasını düzenleyen Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun sistem kullanım anlaşmalarında sahip olduğu benzer rollere sahiptir. Bunun yanı sıra, her iki sözleşme de sözleşmenin âkit tarafları açısından bir kamu hizmetinin ifasını konu edinmektedir. Zira hem elektrik hizmeti hem de sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi faaliyetleri birer kamu hizmeti niteliğini haiz bulunmaktadır. Ayrıca söz konusu sözleşmelerde

çözümünde (ihtiyari olarak) EPDK'nın yetkili olduğu, EPDK tarafından uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin kararların bağlayıcı olduğu hususları birlikte göz önüne alındığında, sistem kullanım anlaşmalarının özel hukuku aşan bir rejime tabi olduğu ve sözleşmede özel hukuku aşan hükümler bulunduğu anlaşılmaktadır. / Sistem kullanım anlaşmasının, sözleşmelerin nitelendirilmesine ilişkin kıstaslar bakımından değerlendirilmesinden, bu kıstasların kademeli oluşu veya ihtiyariliği hususundaki tartışmaya gerek olmaksızın her bir kıstas bakımından ayrı ayrı idari sözleşme özelliklerini taşıdığı sonucuna ulaşıldığından, uyuşmazlığın buna göre çözümlenmesi gerekmektedir.” Danıştay 13. Daire, E. 2014/2005, K. 2014/2889, T. 11/09/2014 (www.lexpera.com.tr).

⁸⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2012/129, K. 2013/621, T. 13/05/2013 (www.uyusmazlik.gov.tr).

⁸⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2013/1855, K. 2014/502, T. 05/05/2014 (www.uyusmazlik.gov.tr).

⁸⁸ Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun md. 39: “6446 sayılı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir. EK MADDE 3 – (1) 8 inci maddenin ikinci fıkrasının (d) bendinin uygulamasından kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda görülür”. RG. 02.12.2020, Sayı: 31322.

gerek MKK'nın gerekse de TEİAŞ'ın, özel hukuk alanını aşan görev ve yetkilere sahip oldukları görülmektedir.

Özetle, söz konusu benzerliklere istinaden, MKK tarafından akdedilen MKK üyelik sözleşmesinin de idari bir sözleşme olduğu ve bu nedenle MKK ile üyelik sözleşmesine dahil kuruluşlar arasında üyelik sözleşmesinin uygulanmasına dair doğabilecek uyuşmazlıklar açısından idari yargının görevli kabul edilmesi gerektiği ifade edilebilir. Bunun yanı sıra, görevli yargı mercii bakımından sistem kullanım anlaşması için getirilen kanuni düzenlemenin, ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkları gidermek adına MKK üyelik sözleşmesi için de getirilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Tüzel kişiler, temsil ettikleri veya kullandıkları güç açısından kamu hukuku ve özel hukuk tüzel kişileri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bir tüzel kişinin bunlardan hangisinin kapsamına girdiği hususu söz konusu tüzel kişiliğe uygulanacak hukuk kuralları açısından önem arz etmektedir. Sadece yürüttüğü faaliyetlere bakılarak bir kurumun kamu hukuku mu yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi olduğunu belirlemek oldukça zordur. Zira bu yönde bir değerlendirme yapılırken, ilgili kurumun yürüttüğü faaliyetlerin yanı sıra kuruluş esaslarının da nazara alınması ve ayrıca kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olup olmadığı hususunun da belirlenmesi gerekmektedir.

Özel hukuk tüzel kişileri, kural olarak özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunan tüzel kişilerdir. Bunların tespiti genellikle çok problemlili olmadığı halde bir tüzel kişiliğin kamu hukuku tüzel kişisi olup olmadığını belirlemek için çeşitli kriterlere başvurulmaktadır. Bu kriterlere göre; anayasa, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan, faaliyet alanı kamu hizmeti olan, kamusal yetki ve ayrıcalıklara sahip olan ve nihayet kamu yararına hareket eden tüzel kişiler "kamu hukuku tüzel kişisi" olarak tanımlanmaktadır.

Kuruluş kanununda özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğu açıkça belirtilmiş olmasına rağmen; özel hukuk tüzel kişilerinin sahip olmadığı birtakım ayrıcalıkların kendisine tanınmış olması, kamu yararına faaliyet gösteriyor olması ve nihayet yürüttüğü faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği taşıması sebepleriyle

tüzel kişiliği tartışmalı hale gelen kuruluşlar bulunmaktadır. MKK da bu kuruluşlardan birisidir.

MKK, sermaye piyasası araçlarının kaydi sistem aracılığıyla saklama hizmetini elektronik ortamda sağlayan, anonim şirket şeklinde kurulmuş bir tüzel kişiliktir. MKK, SerPK md. 81 ve Yönetmelik md. 5 hükmünde “özel hukuk tüzel kişisi” olarak nitelendirilmiştir. Ancak kendisine bazı kamu gücü ayrıcalıklarının tanınmış olması, yürüttüğü kaydileştirme faaliyetinin kamu hizmeti niteliği taşıması ve bir kamu kurumu olan SPK ile aralarında idari vesayet ilişkisi bulunması gibi sebepler MKK’nın özel hukuk tüzel kişisi olarak tanımlanmasını tartışmaya açık hale getirmektedir. Zira bahsedilen özellikler, MKK’nın kamu tüzel kişiliği boyutunun var olduğuna işaret eden hususlardır.

MKK ilgili mevzuatta her ne kadar açıkça özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirilmiş ise de özel hukuk kişilerinin iradeleriyle değil kanunla kurulmuş bir merci olması, SerPK ve Yönetmelik tarafından kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olması, SPK ile olan ilişkileri açısından ekonomik kolluk denetimini aşan ve idari vesayet denetimi boyutuna ulaşan bir ilişkinin var olması, yürüttüğü faaliyetlerin bireylerin mülkiyet hakkını ve sermaye piyasasını korumaya yönelik bir işleve sahip olması, faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliği taşıması ve nihayet kuruluş amacının kamu yararına yönelik olması cihetleriyle *kendine özgü (nev’i şahsına münhasır - sui generis)* bir kuruluş olarak kabul edilmelidir.

MKK’nın kendine özgü bir kuruluş olarak kamu tüzel kişiliği boyutunun bulunması ise akdettiği MKK üyelik sözleşmelerinin idari birer sözleşme olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir. Bir sözleşmenin idari bir sözleşme olarak kabul edilebilmesi için taraflarından birisinin idare olması, sözleşmenin konusunun kamu hizmetine ilişkin olması ya da idare ile sözleşme akdeden tarafın bir kamu hizmetinin ifasına iştirak etmesi ve nihayet sözleşmede idareye üstün hak ve yetkiler tanınmış olması gerekmektedir. Bu çerçevede yapılan değerlendirmede MKK üyelik sözleşmelerinin idari sözleşmeler için aranan kriterleri sağladığı görülmektedir. Buna göre MKK üyelik sözleşmeleri, idari sözleşme kategorisine dâhil kabul edilmelidir. Ayrıca MKK üyelik sözleşmesine dair MKK ile üyeleri arasında çıkacak uyuşmazlıkların ise idari yargı mercilerince çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Bununla birlikte, her halükarda MKK üyelik sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargıda çözüme kavuşturulacağına dair kanuni bir düzenleme yapılması da yerinde olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını bildirmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu çalışma için etik kurul onayı gerekmediğini bildirmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has declared that this research has not received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has stated that ethical committee approval is not required in this research.

KAYNAKÇA

- A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan. *İdare Hukuku Genel Esasları (Cilt I)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Abdurrahim Çınar. "İdari Sözleşme Ölçütleri". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, sy 2 (2021): 325-38.
- Ali Ulusoy. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Aydın Gülan. "Kamu Hizmeti Kavramı". *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 9, sy 1-3 (1988): 147-59.
- Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Beşir Fatih Doğan. "TEİAŞ'ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sy 1 (2013): 61-84.
- Beşir Fatih Doğan. "Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, sy 2 (2012): 609-40.
- Bilgen Pertev. "Kamu Hizmeti Hakkında". *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 1, sy 1 (1980): 113-16.
- Burak Adıgüzel. *Sermaye Piyasası Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Çağlar Manavgat. "Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi Sistemin Esasları". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, sy 2 (2001): 159-91.
- Ender Ethem Atay. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Ercan Şamlıoğlu. "Merkezi Kayıt Kuruluşu". *İçinde İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası*, editör Meltem Kutlu Gürsel, 367-95. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- F. Ebru Gündüz. "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet". *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, sy 33 (2015): 63-89.
- Harun Kılıç. "Türk Hukuku'nda Taliki Şarta Bağlı Borçlar ve Anonim Ortaklıklarda Payın Devrinde Düzenleyici Kurumların İzinleri". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, sy 2 (2010): 71-101.

- İbrahim Peker ve Bora Karaağaçlı. "Dünyada ve Türkiye'de Sermaye Piyasası Altyapı Kurumları". Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi 7, sy 13 (2015): 341-75.
- İhsan Erdoğan ve A. Dilşad Keskin. Türk Medeni Hukuku. Ankara: Gazi Kitabevi, 2020.
- İlhan Ege ve Önder Ege. Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- K. Begüm İsbir. Kamu Tüzel Kişiliği. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan. İdare Hukuku Dersleri. Bursa: Ekin Kitabevi, 2023.
- M. Ayhan Tekinsoy. "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 55, sy 2 (2006): 181-227.
- Melikşah Çırakoğlu. İnternet Erişimin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Melikşah Yasin. Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Metin Günday. İdare Hukuku. Ankara: İmaj Yayınevi, 2011.
- Murat Sezginer. "İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli 'Birleşme' Sözleşmeler)". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17, sy 1-2 (2013): 1589-1622.
- Mücahit Ünal. "Kaydi Sisteme İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi". Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 18, sy 2 (2012): 819-36.
- Mücahit Ünal. Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Oğuz Kürşat Ünal. "Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5, sy 2 (2001): 1-19.
- Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan, ve Serkan Seyhan. İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Ramazan Çağlayan. "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları". Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, sy 7 (2016): 373-98.

- Ramazan Çağlayan. İdâre Hukûku Dersleri. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Serhat Çelen ve Fırat Karaalp. "TEİAŞ'ın Taraf Olduğu Sistem Kullanım Anlaşmalarının Hukuki Niteliği ve Bu Anlaşmalardan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli Yargı Yolu Sorunu". Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 12, sy 48 (2021): 509-46.
- Sevinç Akbulak ve Yavuz Akbulak. Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler. İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.
- Şaban Kayıhan. Medeni Hukuk Bilgisi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Tolga Ayoğlu. Sermaye Piyasası Hukukunda Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Turgut Tan. İdare Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Turgut Tan. "İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler". Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 50, sy 3 (1995): 291-309.

ÇOCUKLARIN ONLINE YASA DIŞI AKTİVİTELERİNİN ÖNLENMESİ

Preventing Children's Illegal Online Activities

Rabia Pelin OPAN GÜNDAL*

Öz

Günlük yaşamımızda internet kullanımı son derece yaygınlaşmış olup artık her yaştan kişi interneti rahatça kullanabilmektedir. Günümüzde birçok alanda kullanılmakta olan internet, hukuka uygun veya yasal eylemler gerçekleştirmek amacıyla kullanılmasının yanı sıra illegal aktivitelere de zemin sağlamaktadır. Nitekim bilişim suçları da bu şekilde ortaya çıkmıştır.


İstatistiklere göre, internet ortamında bilişim suçları gibi gerçekleştirilen yasa dışı eylemlerin sayısı, internet kullanımının yaygınlığına bağlı olarak her geçen yıl hızla artmaktadır. Pek tabii, internete erişimin oldukça pratik ve kolay olmasından dolayı online yasa dışı eylemleri yalnızca yetişkinler değil; çocuklar da gerçekleştirebilmektedir. Öyle ki, online ortamlarda gerçekleştirilen yasa dışı eylemlere ilişkin analiz edilen verilerde çocukların payı her geçen yıl artış göstermektedir. Dolayısıyla bu husus, önüne geçilmesi gereken güncel bir sorun haline gelmiştir.

* Avukat, Ankara Barosu, av.pelingundal@gmail.com, ORCID No: 0000-0002-1399-2745

Makale Gönderim Tarihi/Received: 04.09.2023.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 30.03.2024.

Atf/Citation: Opan Gündal, Rabia Pelin. "Çocukların Online Yasa Dışı Aktivitelerinin Önlenmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024): 502-539.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

Bu bağlamda çocukların online ortamlarda gerçekleştirecekleri yasa dışı eylemlerinin önlenmesi hem çocukların sağlıklı gelişimlerini tamamlayabilmeleri hem de toplum yararı açısından oldukça önem arz etmektedir. Bu nedenle, çocukların online ortamlarda yasa dışı aktivitelerin önlenmesi için birtakım hukuki düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, Bilişim Suçları, Çocuk Hukuku, Yasa Dışı Eylemler, Hukuki Önlemler.

Abstract

The use of the Internet has become extremely widespread in our daily lives, and people of all ages can now use the Internet comfortably. The internet, which is used in many areas today, is in a structure that can provide a basis for illegal activities as well as being used to carry out lawful or legal actions. As a matter of fact, for example, cyber crimes emerged in this way.

According to statistics, the number of illegal acts, such as cybercrimes, is increasing rapidly every year, depending on the prevalence of internet use. Of course, because of the fact that access to the Internet is very practical and easy, online illegal acts are not only for adults; children can do it too. So much so that, according to the data on illegal acts carried out in online environments, the share of children here is increasing every year. Therefore, this issue has become a current problem that needs to be avoided.

In this context, it is very important to prevent the illegal actions of children in online environments, both for children to complete their healthy development and for the benefit of society. For this reason, it is necessary to make some legal arrangements to prevent illegal activities of children in online environments.

Keywords: Child, Computer Crimes, Juvenile Law, Illegal Actions, Legal Measures.

GİRİŞ

Günümüzde teknolojinin hızla gelişmesinden dolayı, internete erişim sağlayan cihazlar da gelişmiştir ve bu sayede bireylerin internete erişimi

kolaylaşmıştır.¹ Buna paralel olarak, çocukların da internete rahatlıkla erişebildiğinden söz etmek mümkündür.² Nitekim Türkiye İstatistik Kurumu'nun (TÜİK) Türkiye'de 6-15 yaş aralığındaki çocukların bilgisayar, akıllı telefon veya internet kullanmaya başladıkları dönemlerin tespitine ilişkin 2013 yılında yapmış olduğu bir araştırmada yer alan verilere göre; çocuklar, bilgisayar kullanmaya genellikle 8 yaşındayken, akıllı telefon kullanmaya 10 yaşındayken ve interneti ise 9 yaşındayken kullanmaya başlamaktadır.³

Yakın dönemde ise COVID-19 salgını nedeniyle uzaktan eğitime geçilmesi veya sokağa çıkma yasağının uygulanması gibi tedbirlerden dolayı çocuklar, eğitim veya eğlence amacıyla bilgisayar, tablet gibi cihazları daha fazla kullanmaya ve internette daha sık vakit geçirmeye başlamıştır.⁴ Bu hususla ilgili olarak, TÜİK'in 2021 yılında yapmış olduğu güncel bir araştırmaya göre, 6-15 yaş aralığındaki çocukların %82,7'si internette vakit geçirmektedir.⁵ Bu oranı oluşturan çocukların %90,1'i her gün düzenli olarak internet kullanmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu sayısal verilerin çocuklar bakımından oldukça ciddi düzeyde olduğu görülmektedir.

Günümüzde internetin pek çok kullanım alanı bulunmakta olup internet yalnızca faydalı veya yasal amaçlar için kullanılmamaktadır. Bu bakımdan

¹ Cahit Aliusta ve Recep Benzer, "Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci", *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi* 4, sy. 2 (2018): 35.

² Merve Ayşegül Kulular İbrahim ve Rümeyza Aluç, "6112 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumunda Çocukların Korunması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 51, (2022): 336.

³ "06-15 Yaş Grubu Çocuklarda Bilişim Teknolojileri Kullanımı ve Medya", Türkiye İstatistik Kurumu TÜİK Haber Bülteni, son güncelleme 2013, erişim tarihi 2 Ocak, 2023, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Use-of-Information-and-Communication-Technology-and-Media-by-Children-Aged-06-15-2013-15866>.

⁴ Yeliz Suna Dağ v.dğr., "COVID-19 Sürecinde Çocukların Oyun Bağımlılığı Düzeylerinin Uyku ve Akademik Başarılarına Etkisi", *Bağımlılık Dergisi* 22, sy. 4 (2021): 452.

⁵ "Çocuklarda Bilişim Teknolojileri Kullanım Araştırması", Türkiye İstatistik Kurumu TÜİK Haber Bülteni, son güncelleme 2021, erişim tarihi 2 Ocak, 2023, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Cocuklarda-Bilisim-Teknolojileri-Kullanim-Arastirmasi-2021-41132>.

internet, yasa dışı aktivitelerin de sıklıkla gerçekleştirilebildiği bir platformdur.⁶ Bu kapsamda, iyi ile kötüyü veya doğru ile yanlış seçme yeteneği bulunmayan çocukların da internette, bilgisayarda veya akıllı telefonlarda vakit geçirirken online yasa dışı aktiviteler gerçekleştirdiği örneklerle karşılaşılmaktadır.⁷

Çocuklar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) gibi, ülkemizde yürürlükte olan birçok mevzuatta belirtilen yasa dışı eylemi pek çok yöntemle online olarak gerçekleştirebilmektedir. Burada belirtmek gerekir ki, online dahi olsa yasa dışı eylem gerçekleştiren veya bu eylemler nedeniyle TCK kapsamında bir suç işleyen çocukların psikolojik, sosyal ve ruhsal olarak gelişimleri sağlıklı bir şekilde ilerlememektedir. Bununla beraber, çocukluk döneminde yasa dışı eylem gerçekleştiren bir bireyin bu eylemi alışkanlık haline getirerek yetişkinlik döneminde de gerçekleştirmeye devam etme olasılığının yüksek olması gibi nedenlerden dolayı toplum da bu husustan olumsuz etkilenmektedir. Dolayısıyla hem çocukların üstün menfaati hem de toplum yararı bakımından, çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi için yeni ve etkin düzenlemelerin yapılarak bu güncel sorunun önüne geçilmesi gerekmektedir. Yapılacak düzenlemeler, çocuğun online ortamlarda tüm yasa dışı aktivitelerden kendiliğinden uzak durmasını sağlamaya odaklanmalıdır. Zira, hiçbir düzenleme, kişinin sahip olduğu erdemler ve etik ilkeleri sayesinde illegal eylemlerden kendiliğinden uzak durmasını sağlaması kadar etkili olmayacaktır. Bu şekilde kişiler, yasalarla düzenlenmek ve yaptırıma bağlanmak istenen durumları özümseyerek kazandıkları öz denetim ve farkındalık ile toplumdaki diğer kişilere saygılı sağlıklı ve bilinçli bireyler olarak sağlıklı bir toplumu oluşturacaklardır.

Bu çalışmada öncelikle online yasa dışı eylemler tanımlanmış ve ülkemizdeki mevzuatlar bakımından online yasa dışı eylemlerin kapsamına ve bu eylemlerin gerçekleştirilme yöntemlerine değinilmiştir. Ardından çocukların online yasa dışı aktiviteleri gerçekleştirme nedenleri tespit edilerek, Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Yönlendirici İlkeleri (Riyad İlkeleri), Birleşmiş Milletler Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari

⁶ Levent Kurt, *Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması*, (Ankara: Seçkin Yay., 2005), 49.

⁷ Mary Aiken vd, "Young Pathways into Cybercrime", *Europol*, (2016): 2.

Standart Kurallar (Pekin (Beijing) Kuralları), Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK), Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik metinleri kapsamında çocukların online yasa dışı aktivite gerçekleştirmesine ilişkin alınabilecek önlemler belirtilmiştir. Eş zamanlı olarak, konusu çocukların gerçekleştirdiği online yasa dışı aktivitelerle alakalı olan ulusal ve yabancı yargı kararları incelenerek, bu kararlara konu olan illegal eylemleri gerçekleştiren çocukların bu eylemleri tekrarlamaması adına mahkemelerce alınan önlemler ele alınmıştır. Bu çalışma ile nihai olarak, çocukların online yasa dışı aktivite gerçekleştirmelerindeki nedenler tespit edilerek çocukların online ortamlarda yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi amaçlanmıştır.

I. ÇOCUKLARIN ONLINE ORTAMLARDA GERÇEKLEŞTİREBİLECEKLERİ YASA DIŞI EYLEMLER

A. Online Yasa Dışı Eylemlerin Tanımı ve Kapsamı

Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre yasa dışı, “*Yasalara, yasa kurallarına uymayan, kanun dışı, gayrikanuni, illegal*” olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda online yasa dışı eylemler, online ortamlarda ve bilişim sistemleri aracılığıyla, yürürlükteki hukuk kurallarına aykırı olarak gerçekleştirilen eylemleri ifade etmektedir.

Online yasa dışı eylemler de diğer yasa dışı eylemler gibi yürürlükteki hukuk kurallarına aykırı eylemlerdir. Yasa dışı eylemlere yönelik olarak birtakım mevzuatlarda hukuki ve cezai yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu yaptırımlar, online yasa dışı aktiviteler bakımından da geçerli olacaktır.

Ülkemizdeki mevzuatlar bağlamında online yasadışı eylemler şu şekildedir:

- 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’nun 16. ve 17. maddelerinde yer alan “*İmza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı*” ile “*Elektronik sertifikalarda sahtekârlık*” eylemleri,
- 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun (KVKK) örneğin 8. maddesinde yer alan “*ilgili kişinin açık rızası olmaksızın ilgili kişiye ait kişisel verilerin aktarılması*” eylemi,
- 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) çerçevesinde korunan bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak hak

sahibinin onayı ve izni alınmadan kullanılması, çoğaltılması veya işlenmesi⁸ ile aynı kapsamda güncel bir konu olarak, FSEK'un 2. maddesi çerçevesinde "fikri eser" olarak nitelendirilmesine yönelik görüşler bulunan "*metaverse avatarlarının*" telif hakkının ihlal edilmesi,⁹

- 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Müşterek Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 5. maddesine göre internet aracılığıyla yasa dışı bahis oynanmasına imkân sağlamak,
- 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen eylemler ile aşağıda detaylı olarak ele alınacağı üzere, TCK bağlamında suça sebebiyet verebilecek online yasa dışı eylemler.

B. Online Yasa Dışı Aktivite Gerçekleştirme Yöntemleri

Çocuk veya yetişkin fark etmeksizin, online yasa dışı aktiviteler, internete erişebilen herhangi bir bilişim sistemi veya teknolojik cihaz üzerinden, pek çok yöntem ile gerçekleştirilebilmektedir. Bu yöntemler şu şekilde sayılabilir:

1. Bilgisayar Korsanlığı (Hacking) Yöntemi

Bilgisayar korsanlığı, bir bilişim sisteminin ağ güvenliğinin aşılması, sistemsel açıkların keşfedilmesi veya birtakım kötü amaçlı yazılımların yüklenilmesi ya da kullanılması yoluyla, ilgili bilişim sistemine yasa dışı olarak erişilmesini ifade eden bir eylemdir. Bilgisayar Korsanlığı (hacking) yöntemini kullanan hackerlar, ilgili bilişim sistemine ait verileri yasa dışı olarak ele geçirmekte, yok etmekte veya ilgili bilişim sistemini bozabilmektedir. Bu yöntem ile online yasa dışı aktivite gerçekleştirilmesi halinde, TCK'nın 135. ve 136. maddeleri kapsamındaki "*kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, verilmesi veya ele geçirilmesi*" suçları ile yine

⁸ Zakir B. Avşar ve Gürsel Öngören, "Bilişim Hukuku", *Türkiye Bankalar Birliği* 270, (2010): 252.

⁹ Merve Ayşegül Kulular İbrahim, "Metaverse Avatarlarının Telif Hakkı", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sy. 2 (2022): 552.

TCK'nın 243. ve 244. maddelerinde yer alan “bilgişim sistemine girme, o sistemi bozma, verileri yok etme veya değiştirme” suçlarının işlenmesi söz konusudur.

2. Oltalama (Phishing) Yöntemi

Oltalama (phishing) yöntemi ile gerçekleştirilecek siber saldırı süreci şu şekildedir: Siber saldırgan öncelikle sahte bir link hazırlamakta ve bu sahte linki, genellikle potansiyel mağdurun bu linki tıklamasına teşvik edecek ifadeler kullanarak iletmektedir. Sonrasında mağdurun bu linke tıklaması üzerine sahte linki hazırlayan siber saldırgan, mağdurun verilerini hukuka aykırı olarak ele geçirmektedir.¹⁰ Günümüzde kullanımı oldukça yaygınlaşan bu siber saldırı yöntemi ile gerçekleştirilen yasa dışı aktiviteler, TCK bağlamındaki çeşitli bilgişim suçlarının meydana gelmesine neden olmaktadır.

3. Bilgisayar Virüsü Yöntemi

Bu yöntem ile başkalarının bilgişim sistemlerine hukuka aykırı yolla erişmek isteyen siber saldırganlar, kodladıkları bir virüsü (örneğin .exe uzantılı bir virüs veya bir nevi virüs niteliğindeki solucanlar), başkasının cihazına bulaştırmayı amaçlamaktadır. Siber saldırganlar bu yöntem ile, virüs bulaştırdıkları sistemlerin işleyişini bozmakta, sisteme zarar vermekte veya sistemdeki verileri yok etmektedir. Bu nedenle söz konusu yöntem ile gerçekleştirilen yasa dışı aktivitelerin TCK bağlamında bilgişim suçuna vücut vermesi söz konusu olacaktır.

4. Fidyeye Yazılım Yöntemi

Fidyeye yazılım ile, bir kişinin bilgişim sistemine hukuka aykırı olarak erişim sağlanması hedeflenmektedir. Bu yöntem ile siber saldırganlar, öncelikle mağdurların bilgişim sistemlerini hacklemekte ve mağdurların bu sistemlerinde yer alan önemli dosyalarına veya verilerine erişimini olanaksız kılmaktadır. Akabinde ise siber saldırganlar, mağdurlarla iletişime geçerek ancak ücret karşılığında

¹⁰ Hakan Hekim, “Oltalama (Phishing) Saldırıları”, *Siber Suçlar: Farkındalık, Tehditler ve Adli Bilgişim*, (2015): 58, erişim tarihi 1 Ocak 2023, https://www.academia.edu/35136881/Oltalama_Phishing_Saldirilari.

yeniden bu önemli dosyalarına erişmelerine izin vereceğini belirtmektedir.¹¹ Görüldüğü üzere, fidye yazılımı yöntemi ile bir başkasının bilişim sistemine erişilmesi eylemi de yasa dışı olup TCK bağlamında da suç teşkil etmektedir.

5. Klavyede Yapılan Tuşlamaları İzleme ve Kaydetme Yöntemi (Keylogger)

Bu yöntemle kişinin bilgisayarına zararlı bir yazılım yüklenmektedir. Bu yazılım aracılığıyla, o kişinin klavyesi ile bilgisayarında yaptığı tüm işlem veya veri girişlerinin izlenip kaydedilmesi amaçlanmaktadır. Böylelikle hukuka aykırı olarak elde edilen bilgiler, söz konusu zararlı yazılımı kodlayan kişiyle paylaşılmaktadır.¹² Bu yöntem genellikle internet bankacılığına giriş için gereken bilgilerin ele geçirilmesini sağlamak için kullanıldığından dolayı TCK kapsamında suç teşkil etmektedir.

6. Yetkisiz Erişim (Unauthorized Access)

Yetkisiz erişim, kişinin, bir ağ veya bilişim sistemine erişmeye yetkisi olmamasına rağmen, o ağ veya sisteme illegal olarak erişmesini ifade etmektedir. Bu kapsamda örneğin bir kişi, başkasının hesabına ait şifreyi tahmin veya üst üste denemek yoluyla çözüp o kişinin hesabına erişim sağladığında burada yetkisiz bir erişimden söz etmek mümkündür. Bu anlamıyla söz konusu eylem, TCK bağlamında suç teşkil etmektedir.

7. Diğer Yöntemler

Yukarıda siber saldırı yöntemlerinden en yaygın ve bilindik olanlarından bahsedilmiştir. Ancak online yasa dışı aktivite gerçekleştirme yöntemleri bunlarla sınırlı değildir. Bu kapsamda sayılabilecek diğer yöntemler: Truva atı, mantık

¹¹ Soner Çelik ve Barış Çelikle, "Güncel Siber Güvenlik Tehditleri: Fidye Yazılımlar", *Cyberpolitik Journal* 3, sy. 5 (Temmuz 2018): 108.

¹² Gürol Canbek ve Şeref Sağıroğlu, "Kötücül ve Casus Yazılımlar: Kapsamlı Bir Araştırma", *Gazi Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Dergisi* 22, sy. 1 (2007): 126.

bombası, tavşanlar, gizli kapılar, artık toplama, süper darbeler, %51 saldırısı, kimlik avları şeklinde gösterilebilir.¹³

C. TCK'ye Göre Online Yasa Dışı Aktiviteler ve Failleri

TCK'nin çeşitli hükümlerine göre, bilişim sistemleri aracılığıyla gerçekleştirilebilen ve aynı zamanda suç teşkil eden pek çok online yasa dışı eylemden bahsetmek mümkündür.¹⁴ Buna göre, TCK'ye göre online olarak gerçekleştirilebilecek yasa dışı eylemler şu şekilde sayılabilir¹⁵:

1. TCK'nin 84. maddesi bağlamında, örneğin bir sosyal medya platformunda yapılacak bir paylaşım ile alenen intihara yönlendirme eyleminin gerçekleştirilmesi,¹⁶

- TCK'nin 105. maddesi bağlamında, örneğin online bir platformda bir başkasına atılacak mesaj ile cinsel taciz eyleminin gerçekleştirilmesi (siber taciz),
- TCK'nin 106. maddesi bağlamında, online platformlarda tehdit fiilinin gerçekleştirilmesi,
- TCK'nin 107. maddesi bağlamında, online platformlarda şantaj eyleminin gerçekleştirilmesi,

¹³ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Sektörel Araştırma ve Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı, "Dijitalleşen Dünyada Bilişim Suçları ve Mücadele Yöntemleri", *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Raporu*, (2022): 32-33, erişim tarihi 3 Ocak 2024, <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/arastirma-raporlari/dijitallesen-dunyada-bilisim-suclari-ve-mucadele-yontemleri-6218e2417eaea.pdf>.

¹⁴ TCK'nin bahsedilen hükümlerinde yer alan suçlar özgü suç, yani bir suçu işleyebilmek için failde birtakım özelliklerin veya kamu görevlisi gibi sıfatın arandığı suçlar, olmadığından dolayı çocukların da söz konusu hükümlerde kaleme alınan suçların failleri olabilmesi mümkündür.

¹⁵ Murat Cihan ve Sıtkı Yıldız, "Sosyal Medya Aracılığı İle İşlenen Suçlar: Facebook, Twitter Ve Instagram Örnekleri", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 11, sy. 1 (2021): 143.

¹⁶ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinde de söz konusu eyleme karşı yaptırım uygulanması düzenlenmiştir.

- TCK'nin 125. maddesi kapsamında, online ortamda alenen veya mesaj yoluyla bir hakaret eyleminin gerçekleştirilmesi,
- TCK'nin 132. maddesi bağlamında, online platformlarda hukuka aykırı olarak örneğin kişilerin birbirleriyle yaptıkları mesajlaşmaların ifşa edilmesi fiili ile haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi,
- TCK'nin 134. maddesi bağlamında, örneğin bir online platformda mağdurun özel hayatına ilişkin fotoğrafın paylaşılması yoluyla özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi suçunu meydana getirecek bir eylemin gerçekleştirilmesi,
- TCK'nin 135. maddesi ve 136. maddeleri bağlamında, online platformlarda kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, verilmesi veya ele geçirilmesi,¹⁷
- TCK'nin 142. maddesinin 2. fıkrasının e bendi kapsamında, "*nitelikli hırsızlık*" hali olarak düzenlendiği üzere, online olarak bir hırsızlık eyleminin gerçekleştirilmesi,
- TCK'nin 158. maddesinin 1. fıkrasının f bendi kapsamında, "*nitelikli dolandırıcılık*" hali olarak düzenlendiği üzere, online olarak bir dolandırıcılık eyleminin işlenmesi,
- TCK'nin 190. maddesinin 2. fıkrasının kapsamında, "*uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirme veya bu nitelikte yayın yapma*" eyleminin gerçekleştirilmesi,
- TCK'nin 215. maddesi kapsamında, online ortamda alenen gerçekleştirilecek suçu ve suçluyu övme eyleminin gerçekleştirilmesi,
- TCK'nin 216. maddesi kapsamında online ortamda gerçekleştirilecek halkı kin veya düşmanlığa tahrik veya aşağılama eyleminin gerçekleştirilmesi,
- TCK'nin 243. ve 244. maddeleri kapsamında, online ortamlarda hukuka aykırı olarak bir bilişim sistemine girme, o sistemi bozma, verileri yok etme veya değiştirme eylemlerinin işlenmesi,
- TCK'nin 245. maddesi kapsamında, online ortamda banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması eyleminin gerçekleştirilmesi,

¹⁷

Burada bahsedilen suçlar, KVKK'nın 17. Maddesi ile TCK'ye atıf yapılan suçlardır.

- TCK'nin 299. maddesi kapsamında, online ortamda cumhurbaşkanına hakaret suçunun alenen gerçekleştirilmesi gibi eylemlere cezai bir yaptırım bağlanmasından dolayı yukarıda sayılan tüm bu eylemler, yasa dışı eylem niteliğindedir.

Bahsi geçen suçların faili sıfatını, çocuk veya yetişkin ayrımı yapılmaksızın ilgili hüküm bağlamında suç teşkil eden eylemi gerçekleştiren herhangi bir kişi haiz olacaktır. Ancak yetişkinlerden farklı olarak; ilgili suçun failinin çocuk olması durumunda, burada TCK'nin "*yaş küçüklüğü*" başlıklı 31. maddesi göz önünde bulundurulacaktır. Bahsi geçen hüküm çerçevesinde, somut olaydaki koşullara göre çocuklara farklı yaptırımların uygulanması söz konusu olacaktır. Zira ilgili hükme göre, çocukların cezai anlamda sorumlu tutulabilmesi bakımından üç ayrı yaş kategorisi belirlenmiştir. Bu kategoriler: "*eylemi gerçekleştirdiği anda on iki yaşını tamamlamamış çocuklar*", "*eylemi gerçekleştirdiği anda on iki yaşını tamamlamış ancak on beş yaşını tamamlamamış olanlar*" ve "*eylemi gerçekleştirdiği anda on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olanlar*" şeklinde ayrılmaktadır.

İlk kategoride yer alan "*eylemi gerçekleştirdiği anda on iki yaşını doldurmamış çocukların*" cezai sorumluluğu bulunmamakta olup bu kategorideki çocuklara ancak onlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. İkinci kategoride yer alan "*eylemi gerçekleştirdiği anda on iki yaşını tamamlamış ancak on beş yaşını tamamlamamış olanların*" ise öncelikle gerçekleştirdikleri eylemlerin hukuken anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadıkları ya da öz kontrollerinin yeterli bir şekilde gelişip gelişmediği tespit edilerek ancak bu tespite göre cezai sorumluluklarından söz edilebilecektir. Üçüncü kategoride yer alan çocukların ise cezai sorumlulukları tam olup; yalnızca aynı suçun faili olan yetişkinlere nazaran indirimli ceza almaları söz konusudur. TCK'da yer alan bu hüküm, aşağıda da değinileceği üzere ÇKK ile uyumludur ve online yasa dışı aktivite gerçekleştiren çocukların söz konusu eylemlerini tekrar gerçekleştirmemesi adına mahkemelerce önleyici nitelikte kararların verilmesi açısından işlevsel olabilecektir.

D. TCK Kapsamında Suç Teşkil Eden Online Yasadışı Aktivite Gerçekleştiren Çocuklar

TCK'nin "*Tanımlar*" başlıklı 6. maddesinde çocuk kavramının tanımı, fail veya mağdur ayrımı yapılmaksızın, "*henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi*" olarak ifade edilmiştir. ÇKK'de ise çocuk kavramı, "*daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını*

doldurmamış kişi” olarak TCK’ye göre daha kapsayıcı şekilde tanımlanmıştır. Ayrıca ÇKK’ye göre bir suçun faili olan çocuklar, *“suça sürüklenen çocuk”* olarak ifade edilmektedir. ÇKK’ye göre suça sürüklenen çocuk, *“Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuk”* olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda, gerçekleştirdiği online yasa dışı eylemden dolayı suç işleyen ve bu eylemi nedeniyle aleyhinde soruşturma ya da kovuşturma yapılan bir çocuk, ÇKK çerçevesinde suça sürüklenen çocuk sıfatını haiz olacaktır.

Nitekim, Sağlık ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından 2022 yılında hazırlanan Adalet İstatistiklerine¹⁸ göre, 2022 yılında bilişim suçlarından dolayı toplam 18.061 ceza dosyası bulunmaktadır.¹⁹ Bu rakamı oluşturan sanıkların yaşa göre dağılımına bakıldığında ise 12-14 yaş aralığında toplam 445 ve 15-17 yaş aralığında toplam 1447 suça sürüklenen çocuk olmak üzere, totalde 1892 suça sürüklenen çocuğun bilişim suçundan dolayı ceza davasının görülmekte olduğu saptanmıştır. Buna göre, bilişim suçu işleyen toplam sanık içerisinde suça sürüklenen çocuk sayısının oranı %9,54’dür.

Ancak belirlenen bu sayısal veriler, yalnızca TCK’nın 243-246 maddeleri arasında düzenlenen bilişim suçları bakımından hesaplanmış olup; suça sürüklenen çocukların online işleyebileceği diğer suçlar (örneğin TCK’nın 125. Maddesinde yer alan alenen hakaret suçu vs.) bu sayısal verilere dahil edilmemiştir. Dolayısıyla bu veriler, yüksek bir ihtimalle suça sürüklenen çocukların gerçekleştirdiği tüm online yasa dışı aktivitelere ilişkin doğru istatistikleri yansıtmamaktadır.

Bununla birlikte, çocukların gerçekleştirdiği online yasa dışı aktivitelerin resmi kayıtlara geçmediği durumlar da söz konusudur. Bu bağlamda, örneğin

¹⁸ “Adalet İstatistikleri”, T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Resmi İstatistik Programı Yayını, (2022): 88, erişim tarihi 2 Eylül 2023, (https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet_ist-2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf).

¹⁹ Söz konusu veriler, yalnızca kovuşturma aşamasına ilişkin olup soruşturma aşamasına ilişkin buna benzer bir analiz sonucuna ulaşılammıştır.

çocuklar günlük hayatta dijital oyunlarda çok fazla zaman geçirmekte²⁰ ve özellikle şiddet veya savaş içerikli²¹ oyunlar nedeniyle daha agresif bir yapıya bürünmelerinden dolayı bu oyunlardan psikolojik olarak olumsuz etkilenebilmektedir.²² Bu örnekte bahsedilen çocuklar, çevrimiçi sohbet edilebilen oyunları oynadıkları esnada oyundaki diğer kullanıcılarla iletişim kurarken küfür veya hakaret içerikli ifadeler kullanabilmektedir. Çocukların bu gibi eylemleri, diğer kullanıcılar tarafından genellikle resmi olarak şikâyet edilmemesinden dolayı veya resmi bir şikâyet yapılmış olsa dahi uygulamada takipsizlik kararı verilmesinden dolayı söz konusu durumların kayda geçmesi mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla bu gibi durumlar göz önünde bulundurulduğu takdirde, ülkemizde çocukların gerçekleştirdiği online yasa dışı aktivitelerin büyük olasılıkla, yukarıda bahsi geçen istatistikte yer alan verilerden daha fazla olduğu düşünülmektedir. Bu bakımdan çocukların online ortamlarda yasa dışı aktiviteler gerçekleştirmeleri, ülkemizde güncel ve ciddi bir sorundur. Bu nedenle çocukların online yasa dışı eylemlerinin önlenmesi konusunda acilen çalışmalar yapılmalı ve etkin çözüm önerileri üretilmelidir.

II. ÇOCUKLARIN ONLINE YASA DIŞI EYLEMLERİNİN ÖNLENMESİNE İLİŞKİN HUKUKİ AÇIDAN BİR DEĞERLENDİRME

Son dönemde işlenen bilişim suçu sayısı hızla artmaktadır. Bunun yanı sıra bilişim suçu işlediği iddia edilen suça sürüklenen çocukların sayısında da ciddi bir artış görülmektedir. Bu husus ise toplum yararı ile çocukların her anlamda sağlıklı gelişimlerini tamamlayabilmeleri açısından büyük bir tehlike niteliğindedir.

²⁰ TÜİK'in 2021 yılında "Çocuklarda Bilişim Teknolojileri Kullanım Araştırması" başlıklı yapmış olduğu araştırmaya göre 6-15 yaş aralığındaki çocukların %36'sı online oyun oynamaktadır. TÜİK tarafından 2022 yılına dair aynı içerikte bir istatistik sunulmamış olsa da 2022 yılında bu oranın arttığı kanaatine varılmıştır.

²¹ TÜİK'in 2021 yılında gerçekleştirdiği araştırmaya göre çocukların %54,3'ü online savaş oyunu oynamayı tercih etmiştir. Bu bakımdan çocukların yarısından fazlasının online savaş oyunları oynamaya meyilli olduğu görülmektedir.

²² Pelin Özkaya, "Dijital Dünyada Çevrimiçi Riskler, Bilişim Suçları ve Mağdur Çocuk", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 14, sy. 53 (2023): 32.

Bununla birlikte, örneğin bilgisayar korsanlığı eylemi gibi online yasa dışı aktivite gerçekleştirerek suç işleyen çocuklar, aynı zamanda birçok suçun mağduru olma riskiyle karşı karşıya kalabilecektir. Bu bağlamda çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi konusunda çalışmalar ve yeni düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Çocukların online yasa dışı aktivite gerçekleştirmesinin önlenmesi hususunda çalışmalar yapılırken bu hususun aynı anda birden çok disiplini (çocuk gelişimi, psikoloji, sosyoloji, ekonomi, idare hukuku gibi) ilgilendirdiği gözetilerek bu alanlardaki uzmanlarla bir iş birliği yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde, bu konuya ilişkin etkin çözüm önerilerinin sunulması mümkün olmayacaktır.

Çocukların internette gerçekleştirdiği online yasa dışı eylemlerinin COVID-19 pandemi döneminden sonra daha hızlı artmasının²³ yanı sıra çocukların bu eylemleri gerçekleştirmesine neden olan başkaca faktörlerden de söz etmek mümkündür. Çocukların online ortamlarda yasa dışı aktivite gerçekleştirmesine neden olan bu faktörlerin tespit edilmesi, çocukların online yasa dışı aktivite gerçekleştirmesi sorununun köküne inilmesi ve ardından bu hususa ilişkin etkin önlemler alınmasının sağlanması bakımından oldukça önem arz etmektedir. Bu bağlamda öncelikle çocukların online yasa dışı aktivite gerçekleştirmelerinin nedenleri araştırılmalı ve sonrasında etkin çözüm önerileri geliştirilmelidir. Eş zamanlı olarak bu hususa dair hukuken de yeni ve etkili düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

A. Çocukların Online Yasa Dışı Aktivite Gerçekleştirme Nedenleri

Esasen çocukların yasa dışı eylem gerçekleştirmesi olgusu, yüzyıllardır süregelen bir problemdir ve birçok nedenden kaynaklanmaktadır.²⁴ Bu nedenler, bireysel, çevresel veya ailevi olabilmektedir.²⁵ Bir görüşe göre, çocukların yasa dışı

²³ Aynur Uysal Toraman ve Ökkeş Kısa, "COVID-19 Salgınının Çocuklar Üzerindeki Olası Etkileri: İstismar ve İhmal Boyutu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Elektronik Dergisi* 1, sy. 15 (2022): 70.

²⁴ Oktay Erdoğan, *Çocuk Ceza Hukuku*, (Ankara: Bilge Yay., 2012), 32.

²⁵ Figen Ereş, "Toplumsal Bir Sorun: Suçlu Çocuklar ve Ailenin Önemi", *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi* 17, sy. 17 (2009): 90.

aktiviteler gerçekleştirmesi, bireysellikten ziyade çevreden, toplumdaki veya aileden²⁶ kaynaklanmaktadır.²⁷

Diğer bir görüşe göre ise çocuklar, temeli aileden kaynaklı olmak üzere çevresel ve bireysel faktörlerden kaynaklı olarak suça sürüklenmektedir. Çevresel faktörlerin aileye dayalı olmasından dolayı çocuk, erken gelişim döneminde sosyal gelişimini sağlıklı bir şekilde tamamlayamayacaktır. Bu nedenle çocuğun ileri zamanlarında da sosyal çevresinde problem yaşamaması, topluma adapte olamaması veya suç işleme ihtimali artacaktır.²⁸

Çocukların suça sürüklenmesi ve yasa dışı eylem gerçekleştirmelerinin temel nedenlerini açıklayan görüşler bu şekildedir. Ancak oldukça güncel bir sorun olan çocukların online ortamlarda yasa dışı aktiviteler gerçekleştirmesine neden olan etkenler, çocukların günlük hayatta diğer yasa dışı aktiviteleri gerçekleştirmesinin nedenlerinden daha farklıdır. Dolayısıyla bu nedenlerin detaylı olarak incelenip ele alınması gerekmektedir.

1. Bireysel Nedenler

Yapılan bir araştırmaya göre, çocukların suça sürüklenmesine neden olan bireysel etkenler; çocuğun kendisini kanıtlama isteğinden, sosyal becerilerinin zayıf olmasından, kimlik arayışında veya suç işlemeye meyilli olmasından, ruhsal ve psikolojik gelişimini sağlıklı bir şekilde tamamlayamamasından, öfke kontrolünü sağlayamamasından, işlediği fiilin anlam veya sonuçlarını bilmemesine ya da öngörmemesine rağmen bir anlık dürtü veya istekle hareket

²⁶ Müjdat Avcı, "Tutuklu Çocuklar Üzerine Bir Araştırma: Çocukların Suça Yönelmesinde Etkili Olan Toplumsal Nedenler ve Çözüm Önerileri", *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 11, sy. 1 (2010): 57.

²⁷ Ebru Çopur vd, "Çocuk ve Suç", Uluslararası Katılımlı 3. Çocuk Gelişimi ve Eğitimi Kongresi "Erken Müdahale", *Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi*, (2015): 120; Nishtha Bajpai, "Technology and Juvenile", *Journal of Juvenile And Family Laws*, (2018): 3, erişim tarihi Kasım 2023, https://www.academia.edu/39393732/TECHNOLOGY_AND_JUVENILE.

²⁸ Radiye Canan Bağış, "Çocukları Suça Sürükleyen Çevresel Nedenler: Sosyal Bağ ve Sosyal Öğrenme Teorileri Işığında Bir Değerlendirme", *Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi: Humanitas* 14, sy. 7 (2019): 203.

etmesinden, öz kontrolünü sağlayamamasından, alkol veya madde kullanımından, diğer bireylerle sağlıklı iletişim kuramamasından, sosyo-ekonomik faktörlerden, olumsuz rol modelleri edinmesinden, sınırlarını, ilgi ve hobilerini doğru olarak değerlendirmeyi bilmemesinden veya bilinçli olarak hareket etmemesinden de kaynaklanabilmektedir.²⁹ Bu nedenler, çocukların online olarak yasa dışı aktivite gerçekleştirmelerine neden olan faktörler bakımından da geçerlidir.

Bununla beraber, T.C. Sağlık Bakanlığı'nın 2018'de yapmış olduğu bir çalışmada çocukların online ortamlarda yasa dışı aktivite gerçekleştirmesine neden olabilecek birtakım faktörler tespit edilmiştir.³⁰ Bu faktörler; çocukların internette nasıl davranmaları gerektiğini öğrenmeden çok erken yaşta internetle tanışmaları ve interneti bilinçsiz olarak kullanmaları, çocukların sanal oyun bağımlılıkları, günlük hayatta geçerli olan davranış kurallarının online ortamlarda da geçerli olduğunun farkında olmamaları, sanal ortamların onlara sınırsız bir serbestlik sağladığını sanmaları, kendilerini internette kanıtlama istekleri, sanal ortamda empati kurmalarının zor olması veya dijital medya okur yazarlığı eğitimi almamış olmaları şeklinde gösterilebilir.

Ek olarak, online yasa dışı aktivite gerçekleştiren çocuklar, VPN (Virtual Private Network) veya anonim hesap kullanmalarından ya da bilgisayar kullanımında becerikli olduklarına duydukları inançtan dolayı yakalanmayacakları düşüncesiyle ya da örneğin söz konusu eylemi birkaç kez gerçekleştirmesine rağmen yakalanmamaları veya şikâyet edilmemelerinden aldıkları cesaretle bu eylemleri tekrarlamaktadır.

Bir başka sebep olarak çocuklar, yakalanmayacaklarını hatta şikâyet dahi edilmeyeceklerini düşünmelerinden dolayı oynadıkları online oyunlarda örneğin bir başkasının hesabını çalmak veya oyun içerisinde başkalarına hakaret ve tehdit

²⁹ Hakan Öngören ve Ahmet Katılmış, "Çocukları Suça İten Nedenler ve Alınması Gereken Önlemler: İstanbul Emniyet Müdürlüğü Çocuk Şube Müdürlüğü Görevlilerinin Görüş ve Değerlendirmeleri", *Çocuk ve Medeniyet Dergisi* 6, sy. 11 (2021): 91.

³⁰ T.C. Sağlık Bakanlığı, "Dijital Oyun Bağımlılığı Çalıştayı Sonuç Raporu", Ankara, (07-08 Kasım 2018), 23, erişim tarihi Ocak 2024, <https://sggm.saglik.gov.tr/Eklenti/39937/0/dijitaloyunbagimlilikipdf.pdf>.

içerikli mesajlar göndermek gibi eylemleri rahatlıkla gerçekleştirmektedir. Bu kapsamda çocukların online yasa dışı aktiviteleri gerçekleştirmemeleri için alınacak önlemler konusunda bu bireysel sebepler temel alınarak en etkin çözüm önerilerinin geliştirilmesi yerinde olacaktır.

2. Çevresel Nedenler

Çocukların online yasa dışı aktiviteler gerçekleştirmelerine birtakım çevresel faktörler de neden olmaktadır. Bu kapsamda örneğin çocuğun sahip olduğu arkadaş çevresinin internette çocuğa olumsuz alışkanlıklar kazandırması, çocuğun sanal ortamda istismara veya zorbalığa uğraması gibi nedenler, çevresel nedenlere örnek olarak verilebilir.

3. Aileden Kaynaklanan Nedenler

Bir çocuğun doğru davranış alışkanlıkları ve öz denetim becerisi kazanabilmesi konusunda aileler oldukça önemli bir role sahiptir. Bu anlamda aile, çocuğun yasa dışı eylem gerçekleştirmemesi bakımından da önemli bir kurumdur.

Çocukların online yasa dışı aktivite gerçekleştirmesine yol açan ailevi nedenler; çocuğun ailesinin çocukla ilgisiz olması ve çocuğun sanal ortamdaki davranışlarını bilmemesi, aile içi çatışmaların yaşanması, ailelerin çocuklarına sanal ortamda nasıl davranması gerektiği konusunda rehberlik etmemesi ve çocuğa bu bilinci kazandırmaması, ailelerin çocuğa yönelik disiplin becerilerinin etkili olmaması, ailenin teknolojik gelişmeleri takip etmemesi ve yeterli dijital medya okur yazarlığı bilincine sahip olmaması, ailenin internet kullanımı konusunda çocuğa yanlış örnek olması veya ihmalkarlık gibi nedenler şeklinde gösterilebilir.³¹ Çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi konusunda aileden kaynaklı nedenler için de çözüm önerileri geliştirilerek bu konuda yapılacak çalışmalarda dikkate alınması gerekmektedir.

³¹ Kültegin Ögel, *Riskli Davranış Gösteren Çocuk ve Ergenler*, (İstanbul: Yeniden Yayın Yay., 2007), 268.

B. ÇOCUKLARIN ONLINE ORTAMLARDA YASA DIŞI AKTİVİTELERİNİN ÖNLENMESİ BAKIMINDAN ULUSAL VE ULUSLARARASI MEVZUATLAR İLE YARGI KARARLARI

Çocukların online ortamlarda gerçekleştirdikleri yasa dışı aktivitelerin etkin bir Şekilde önlenmesinin sağlanabilmesi iin hem ulusal hem de uluslararası alandaki mevcut düzenlemelerin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

1. Ulusal Mevzuatlar

a. Çocuk Koruma Kanunu

Söz konusu kanunda çocukların gerçekleştireceği yasa dışı eylemlerin önceden önlenmesine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak online yasadışı eylem gerçekleştiren bir çocuğun bu davranışlarını tekrarlamaması iin mahkemece verilecek kararlar veya yasa koyucunun bu hususa ilişkin getireceği yeni düzenlemeler yoluyla alınabilecek önlemler konusunda temel sınırlara işaret edilmektedir. Bu anlamda KK'nın "*temel ilkeler*" başlıklı 4. maddesine göre, bahsi geen kanunda mağdur veya sua sürüklenen çocuk Şeklinde bir ayırım yapılmaksızın tüm çocuklar iin birtakım ilkeler belirlendiği ifade edilmiştir. Buna göre söz konusu hükmün 1. fıkrasının i bendine göre çocukların üstün menfaati ve temel hakları esas alınarak hareket edilmesi gerektiği ve çocuğun hürriyetini kısıtlayan yaptırım ve tedbirlerin uygulanmasına son are olması halinde karar verilebileceğine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır.

Burada yer alan hükümler, bir nevi çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi konusunda da temel sınırları belirtmesinden dolayı önem arz etmektedir. Bu hükümlere göre, çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesinde doğrudan hapis cezasına karar verilmesi yerine, çocukların üstün menfaati ve hakları gözetilerek çözüm önerilerinin geliştirilmesi gerekmektedir. Bu sayede ortaya konulacak çözüm önerilerinin Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair SözleŐmeyle de uyumlu olması sağlanacaktır.

b. Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

ÇKK'nın uygulanması konusunda yol gösteren Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 21. maddesinde, sosyal çalışma görevlilerinin suça sürüklenen çocuklar hakkında düzenleyeceği sosyal inceleme raporunun³² nasıl olması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre suça sürüklenen çocuklar hakkında düzenlenecek sosyal inceleme raporlarında, çocuğun ailevi, çevresel ve bireysel durumları incelenerek; çocuğun suç işlemesine neden olan faktörlere dair tespitlere yer verilecektir.³³

Bu bağlamda sosyal inceleme raporları, suça sürüklenen bir çocuğun online yasa dışı eylemi gerçekleştirmesindeki nedenleri içerecektir. Dolayısıyla sosyal inceleme raporları, çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi noktasında önemli bir role sahiptir.³⁴ Zira, bu şekilde sorunun ana kaynağı tespit edilerek etkin öneriler sunan düzenlemelerin yapılması ile ayrıca online yasa dışı aktivite gerçekleştiren çocuğun topluma kazandırılması ve doğruya yönlendirilmesi de mümkün olacaktır.

c. Türk Ceza Kanunu

Uygulamada mahkemeler, TCK'nın 50. maddesinin 1. fıkrasının d bendi³⁵ kapsamında online yasa dışı aktivitede bulunan suça sürüklenen çocuklara yönelik, örneğin *"belirli süreliğine internet kafelere gitmesinin yasaklanması"* gibi

³² ÇKK'nın 33. maddesinde düzenlenen sosyal çalışma görevlilerinin, aynı kanunun 34 ve 35. maddelerine göre, suça sürüklenen çocukların ifade veya sorgu aşamasında bulunarak suça sürüklenen çocuklar hakkında düzenleyeceği raporu ifade etmektedir.

³³ Mehmet Akarca, "Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması", *Fasikül Hukuk Dergisi* 3, sy. 19 (2011): 18, erişim tarihi Ekim 2023, (https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/104070/mod_resource/content/1/Akarca.pdf).

³⁴ Semra Saruç ve Derya Kayma Güneş, "Suça Sürüklenen Çocuklar Hakkında Hazırlanan Sosyal İnceleme Raporlarının Mahkeme Kararlarına Etkisi", *Toplum ve Sosyal Hizmet Dergisi* 25, sy. 1 (2014): 110.

³⁵ Söz konusu hüküm, kısa süreli hapis cezası yerine, bazı mekanlara gidilmemesi ya da bazı aktivitelerin yapılmaması seçeneği yapırımının uygulanabileceğini içermektedir.

tedbirlerin uygulanmasına karar vermektedir. Mahkemelerin genellikle suçta sürüklenen çocuklar bakımından bu hükmü uygulamayı tercih etme gerekçesi; *“suçta sürüklenen çocuğun suç işlemede, yasa dışı aktivitelerde bulunmasında veya bu eylemleri yeniden gerçekleştirmesinde etkili olan belli mekanların ve aktivitelerin sınırlandırılması gerekmektedir. Böylelikle, suçta sürüklenen çocuğun bahsi geçen eylemlerini tekrarlamaması, sorumlu ve bilinçli bir birey olarak yetişmesi, kanunlara ve sosyal kurallara kendiliğinden uyum sağlaması hedeflenmektedir.”*³⁶ şeklinde belirtilmektedir. Yine bir başka Yargıtay kararına³⁷ göre TCK'nin bahsi geçen bu hükmün uygulanabilmesi için, mahkemece bu hüküm kapsamında verilecek cezanın sanığın ıslah edilmesi bakımından işlevsel olması, anayasada yer alan hakları ihlal etmemesi ve işlenen suçla alakalı olması gerekmektedir.

Bu bağlamda suçta sürüklenen çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi hakkında özel bir düzenleme yapılana dek, TCK'nın m. 50/ f.1-d hükmünün uygulanması, suçta sürüklenen çocukların işledikleri fiille orantılı olduğu takdirde onlar açısından hapis gibi özgürlüğü kısıtlayıcı cezaların verilmesine nazaran daha olumlu ve hakkaniyetli sonuçlar doğurabilecektir. Nitekim TCK'nın söz konusu hükmü, Çocuk Hakları Komitesi'nin Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi'ne ilişkin Genel Yorumları ile de uyumludur. Zira Çocuk Hakları Komitesi'nin Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesine ilişkin *“Çocuk Ceza Adaletinde Çocuk Hakları”* başlıklı 10 no'lu genel yorumunun 10. Maddesine göre çocuk ceza hukukunda alınan kararların çocuğun üstün menfaatine uyumlu olması ve bu anlamda ceza hukuku geleneksel tutumlarının uygulanması yerine söz konusu çocuklar olduğunda onlara yönelik rehabilite edici ve onarıcı adaletin uygulanması amaçlanmalıdır.³⁸

³⁶ Yar. 16. CD, E. 2015/5085, K. 2015/4699, 2.12.2015, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

³⁷ Yar. 16. CD, E. 2015/5266, K. 2015/ 3096, 15.10.2015, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

³⁸ Uluslararası Çocuk Merkezi (ICC), *“Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin Çocuk Haklarına dair Sözleşme'ye ilişkin Genel Yorumları”*, ICC Çocuk Hakları Serisi, (2008): 10-12, erişim tarihi Aralık 2023, <https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>.

Bununla birlikte yine Çocuk Hakları Komitesi'nin Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi'ne ilişkin Genel Yorumları içeren metne göre, çocuklara verilecek özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezanın, çocukların gelişimi veya bu çocukların toplumla yeniden bütünleşmesi bakımından olumsuz sonuçlara neden olabilecektir. Dolayısıyla da bir çocuğun tutuklanmasına, alıkonulmasına veya özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin bir cezanın en son başvurulması gereken bir çare olarak düşünülerek verilmesi ve gerekçelerinin ayrıntılı bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Bu anlamda online yasa dışı aktivite gerçekleştirerek bir suç işleyen çocuk bakımından Çocuk Hakları Komitesi'nin Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi'ne ilişkin Genel Yorumları göz önünde bulundurularak TCK'nın m. 50/ f.1-d hükmünün uygulanması çocukların üstün menfaatini koruyacak en doğru seçenek olarak görülmektedir.

i. *Ulusal Yargıda Yargıtay 17. Ceza Dairesi'nin 2015/14699 Esas numaralı Emsal Kararı*³⁹

Bu karara konu olay, müşterinin banka hesabının internet şifresi kırılarak hesabından bir miktar paranın EFT ile gönderilmesi şeklindedir. Müşterinin bu olaydan şikayetçi olması üzerine başlatılan soruşturmada, bu eylemleri gerçekleştiren kişinin bir çocuk olduğu iddia edilmiştir. Yapılan soruşturma sonucunda da bu çocuk hakkında kamu davası açılmasına karar verilmiştir. Bunun üzerine yapılan yargılama sonunda mahkeme, suça sürüklenen çocuk aleyhinde "6 ay süreyle internet kafe ve oyun alanlarına gitmekten yasaklanması" şeklinde bir karar vermiştir.

Söz konusu karardaki yaptırımın, karara konu suçun bir bilişim suçu olduğu göz önünde bulundurulduğu zaman suça konu olayla bağlantılı ve orantılı olduğu görülmektedir. Bu anlamda bu karar, suça sürüklenen çocuğun ileride aynı eylemi gerçekleştirmekten kaçınmasını sağlayabilecek nitelikte bir karar olduğundan önleyici ve caydırıcı bir işleve de sahiptir.

³⁹

Yar. 17. CD, E. 2015/14699, K. 2016/7115, 10.5.2016, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

2. Uluslararası Mevzuatlar

a. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme⁴⁰

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, uluslararası alanda çocuk haklarıyla ilgili düzenleme yapan önemli metinlerden birisidir. Bu sözleşme metni çocukların online ortamlarda yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi bakımından uyulması gereken temel ilke ve kuralları düzenlemektedir.

Bu sözleşmede yer alan en önemli ilkelerden birisi, öncelikli olarak çocuk yararının göz önünde bulundurulmasına ilişkin olan ilkedir. Buna göre sözleşmenin 1. kısmında yer alan “Çocuğun üstün menfaatinin gözetilmesi ilkesi” başlıklı 3. maddesinde devletin çocuklara yönelik olarak gerçekleştireceği tüm faaliyetler ve yapacağı yasal düzenlemelerde çocukların üstün yararının gerektirdiği şekilde hareket etmesi düzenlenmiştir. Devletin idari kurumları, yargı veya yasama sisteminin de çocukların üstün yararının korunması kuralına özenle riayet etmesi gerektiği bu maddede ayrıca belirtilmiştir.

Sözleşmenin 40. Maddesi, çocuk adalet sistemine ilişkin kuralları düzenlemektedir. Bu madde hükmüne göre, çocukların yaşları itibariyle topluma yeniden kazandırılabilir olmaları ve orantılılık ilkesi göz önünde bulundurularak hareket edilmesi gerekmektedir. Bu sözleşmede yer alan hükümler çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesine ilişkin olarak doğrudan çözüm önerileri sunuyor olmasa dahi bu hususa ilişkin yapılacak regülasyonların temel çerçevesini belirlemesi açısından önem arz etmektedir. Dolayısıyla çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi bakımından bu sözleşmenin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

b. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi⁴¹

Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin “Giriş” başlıklı bölümünde siber suçların önlenmesi için uluslararası iş birliğinin önemine dikkat çekilmiştir. Bu

⁴⁰ 20.11.1989 yılında kabul edilen bu sözleşmeyi Türkiye de 14.09.1990 tarihinde imzalamıştır.

⁴¹ Türkiye, 01.07.2004 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşmeyi 10.11.2010 tarihinde imzalamış ve taraf olmuştur.

sözleşmenin 25. maddesinde uluslararası iş birliğinin hızlı iletişim araçlarıyla verimli olarak gerçekleştirilmesi vurgulanmıştır. Ancak bu sözleşmede online yasa dışı aktivitelerin önlenmesine ilişkin asıl hüküm, 13. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, sözleşmenin “*yaptırımlar ve önlemler*” başlıklı 13. maddesi bağlamında sözleşmeye taraf devletler, ülkelerinde işlenecek siber suçlara yönelik olarak, adaleti sağlayan ve caydırıcı cezaların getirilmesine ilişkin önlem alacaklarını taahhüt etmektedir. Bu bağlamda, çocukların online yasa dışı eylemlerinin önlenmesini amaçlayan düzenlemelerin bu sözleşmeye uygun şekilde hazırlanması gerekmektedir.

c. Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Yönlendirici İlkeleri (Riyad İlkeleri)⁴²

Çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi bakımından Birleşmiş Milletler Yönlendirici İlkeleri oldukça önem arz etmektedir. Öncelikle bu ilkeleri içeren metnin önsözünde, genel olarak çocukların yasa dışı eylemlerinin “*ulusal, bölgesel ve uluslararası*” olarak yapılacak iş birlikleriyle önlenebileceği belirtilmiştir. Ve yine bu ilkelere göre, kamu yararı ile çocukların temel hak ve özgürlüklerinin göz önünde bulundurulduğu bir strateji izlemenin, çocuk suçluluğunun azaltılması hususuna optimum düzeyde fayda sağlayacağına vurgu yapılmıştır. Bununla birlikte, çocuk suçluluğunun önlenmesi için yargısal faaliyette bulunan kişilerin, eğitimcilerin, kitle iletişim araçlarının da dahil olduğu bir iş birliği sisteminin gerekli olduğu da ifade edilmiştir.

Bu metnin “*Temel İlkeler*” başlıklı 1. ilkesine göre, çocukların işleyeceği suçların önüne geçilmesi, genel olarak o toplumdaki suçları önleme konusunda da esas teşkil etmektedir. Buna göre çocuklar, kanunlara saygılı, legal ve faydalı aktivitelerde bulunmayı öğrenerek yetişkin bir birey olacaklar ve edindikleri öz kontrol ve erdemleri sayesinde hayatları boyunca suç işlemeyeceklerdir. Söz konusu metinde yer alan bu ifadeler, çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesine dair yapılacak düzenlemelere yönelik de makul unsurları ifade ediyor olduğundan önem arz etmektedir.

⁴² Riyad İlkeleri, Riyad’da yapılan Çocuk Suçluluğu Uzmanları Toplantısı katkılarıyla hazırlanmıştır.

Bu metnin 5. temel ilkesine göre, çocukların suç işlemesinin önlenmesine yönelik olarak birtakım önlemlere yer verilmiştir. Buna göre, sosyal açıdan riskli davranışlarda bulunan çocuklara özel eğitim verilmeli, çocuk suçluluğunun önlenmesi konusunda uzman kişilerin belirteceği görüşler ışığında, çocukların üstün menfaati ve çocuğu topluma kazandırma konusunda en verimli önlemlerin alınması gerekmektedir. Ayrıca yine bu hükme göre, çocukların olgunlaşma dönemine geçiş yaptıklarında çocukları suç işlemesine neden olan olumsuzlukların kaybolacağı göz önünde bulundurulmalı ve çocukların sağlıklı gelişimlerini tamamlamaları bakımından olumsuz nitelikte düzenlemelerin yapılmaması gerekmektedir. Bu bağlamda, çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi bakımından bu hükmün göz önünde bulundurulması son derece elzendir. Riyad İlkelerinin 6. temel ilkesine göre, çocuk suçluluğunu önlemek için klasik toplumsal çarelere başvurulmamalıdır. Bunun yerine yerel programlar uygulanmalıdır.

Riyad İlkeleri'nin "*Genel Önlem*" başlıklı 3. kısmında yer alan 9. maddede ise çocukların yasa dışı aktivitelerinin ve işleyeceği suçların önlenmesi bakımından devlet tarafından alınması gereken önlemler belirtilmiştir. Buna göre devlet tarafından alınacak önlemler, çocukların yasa dışı eylem gerçekleştirme sorununun temelini inerek işlevsel çözümler barındırmalı ve bu konuda faydalı aktiviteler yapılması için resmi ve uluslararası kurumlar arasında etkin iş birliğinde bulunulmasını amaçlamalıdır.

Riyad İlkeleri'nin "*Sosyalleşme Süreçleri*" başlıklı 4. bölümünde aile, eğitim, yerel toplum ve kitle iletişim araçlarının rolüne değinilmiştir. Burada bahsolunan "*Aile*" kısmında, çocuk suçluluğunun önlenmesinde çocukların huzurlu bir ailede büyümelerinin rolüne değinilmiştir. "*Eğitim*" kısmında, çocukların etkin ve yapıcı bir eğitim almasının çocuk suçluluğunun önlenmesi konusundaki etkisinden bahsedilmiştir.⁴³ "*Yerel Toplum*" başlıklı kısımda yerel kurumların çocuklara etkili bir bilgilendirme ve danışma hizmeti sunmasının, çocukların akranlarıyla bir araya gelebileceği organizasyonlara öncülük etmesinin, sosyal anlamda tehlikede

⁴³ Örneğin Bilgi İletişim ve Teknoloji Kurumu'nun bu amaca yönelik hazırladığı "*Güvenli Çocuk-Siber Çocuk*" başlıklı web sitesi oldukça faydalı içerikler barındırmaktadır. (Kaynak için bkz. <https://www.guvenlicocuk.org.tr/siber-cocuk.>)

olan çocuklara yardımcı olunmasının önemi belirtilmiştir. Bu kısmın son aktörü olan “Kitle İletişim Araçları” başlıklı kısmında ise çocukların toplum içindeki yerinin bilinciyle hareket edilmesine, çocuk suçluluğunun önlenmesi konusunda çocuklar için faydalı olan içeriklerin yayınlanmasına ve çocukları olumsuz anlamda etkileyecek hiçbir içeriğin yayınlanmamasının önemine dikkat çekilmiştir.

Riyad İlkeleri'nin çocuk suçluluğunun önlenmesi hususunda çocuk adalet sisteminde yapılacak yasal düzenlemelere ilişkin öneriler 6. kısımda yer almaktadır. Buna göre, devletlerin çocuk suçluluğunun önlenmesi bakımından yapacakları mevzuat değişikliklerinde çocukların üstün yararının korunması ilkesini esas alması ve çocukların sağlıklı gelişimleri bakımından olumsuz etki edecek ağır ve sert yaptırımlara veya kötü muamelelere maruz kalmamalarını sağlaması gerekmektedir. Sonuç olarak Riyad İlkeleri çerçevesinde, çocukların online yasa dışı aktivite gerçekleştirmemesi için alınabilecek önlemlerden bazıları şu şekildedir:

- Öncelikle çocukların online yasa dışı aktivite gerçekleştirmesine neden olan etkenler, bilimsel olarak araştırılmalı ve rapor edilmelidir. Bu etkenler saptandıktan sonra devletler, resmî kurumları arasında eşgüdümlü bir iş birliği sağlayarak çocuk suçluluğunun önlenmesi için somut adımlar atmalıdır.⁴⁴ Bununla birlikte alınacak önlemler, çocukların menfaati bakımından olumsuz sonuçlar doğurmamalı ve onların temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmemelidir.
- Çocukların teknoloji kullanımında aileleri olumlu rol modeli olması sağlanmalıdır.
- Ebeveynler de dijital medya okuryazarlığı eğitimi almalı ve bu eğitimin verdiği bilinç ile sanal ortamlarda nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda çocuğunu eğitmelidir.
- Sanal ortamda ebeveyn kontrolü sağlanmalıdır, çocuğa gerekirse aile kontrolü altında internet kullandırılmalıdır. Bu bakımdan online

⁴⁴ Halil İbrahim Özbay, “İnternet Ortamında Çocukların Korunması”, *Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi* 128, sy. 253 (2021): 444.

platformların da ebeveyn kontrolü gerektirip gerektirmediği uzman kişiler tarafından belirlenmelidir. Bu belirlemeye göre söz konusu online platformlara erişebilmek için bir yaş sınırı getirilmeli ve bu sınıra göre çocukların o platforma erişimi sağlanmalıdır.

- Ebeveynler, çocukla sağlıklı iletişim kurmalıdır. Aşırı baskıcı olmamalı veya iletişimleri kopuk olmamalıdır. Zira ebeveynler, çocuklarıyla kuracakları sağlıklı iletişim yolu ile internette ne yaptıkları konusunda bilgi sahibi olabilecektir ve çocuklarını yönlendirebilecektir.
- Çocuklara sanal ortamlarda özdenetim becerisi kazandıracak eğitimler verilmesine yönelik düzenlemeler yapılmalıdır.
- Çocukların örneğin okullarda yapılacak projelerle sosyal ilişki becerilerinin geliştirmesi sağlanmalıdır. Bunun için çocukların boş zamanlarında spor veya başkaca faaliyetlerde bulunması için akranlarıyla sağlıklı vakit geçirebilmesine yönelik olarak gençlik örgütleri veya dernekler kurulmalıdır.
- Çocuklara online platformlarda nasıl davranması gerektiği konusunda uzman kişiler tarafından uygulanmalı eğitimler verilmelidir. Bu eğitimler, çocukların dikkatini çekecek ve etkili bir şekilde bilinçlenmesini sağlayacak nitelikte hazırlanmalıdır.
- Aileler, çocukların internet kullanımı konusunda ağır yasaklar koymamalıdır. Bunun yerine aileler, çocuklarının interneti bilinçli kullanmasını sağlamalı ve bu yönde sınırlar getirmelidir.
- Çocukların oynayabileceği dijital oyunlar üzerinden müdahale veya filtreleme mekanizmasının olduğu bir sistem kurulmalıdır. Bu sayede örneğin filtreleme mekanizması olan bir oyunu oynayan çocuk, kullanacağı ifadelerin uygunsuz olup olmadığının farkında olacaktır.

d. Birleşmiş Milletler Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kurallar (Pekin (Beijing) Kuralları)

Pekin (Beijing) Kurallarında Riyad İlkelerine benzer kurallar yer almaktadır. Pekin Kurallarının “*Genel İlkeler*” başlıklı birinci bölümünde yer alan 1. kurala göre devletlerin, çocukların yasa dışı ve suç teşkil eden eylemleri gerçekleştirmemesi adına birtakım iyileştirici çalışmalar yapması gerekmektedir.

Pekin Kurallarında yer alan Genel İlkelerin “Çocuk adalet sisteminin amaçları” başlıklı 5. kuralına göre, çocukların yasa dışı aktivitelerinin önlenmesine yönelik düzenlemelerin, amacına tam olarak hizmet etmesi ve bu önlemlerin çocuklar üzerinde gereğinden fazla baskı veya kontrol kurmaması gerektiği belirtilmiştir. Bu temel kuralların çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi bakımından da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira, ancak bu şekilde verimli regülasyonların yapılması mümkün olacaktır.

Birleşmiş Milletler Pekin Kurallarının “Araştırma, Planlama, Politika Üretme Ve Değerlendirme” başlıklı altıncı bölümünde yer alan 30. maddesi, Riyad İlkelerinde yer alan ifadelerle benzerdir. Buna göre söz konusu maddede, çocukların yasa dışı aktiviteleri ve suç teşkil eden eylemlerinin nedenlerinin temeline inilerek yeni düzenlemelerin yapılması ve bu düzenlemelerin güncel değişikliklere bağlı olarak revize edilmesi gerekmektedir. Bu kural, çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi bakımından ülkemizde yeni düzenlemelerin yapılması gerektiğine de işaret etmektedir. Zira, ÇKK de dahil olmak üzere halihazırda ülkemizdeki hiçbir mevzuatta, çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi açısından düzenleme bulunmamaktadır. Bu anlamda, ülkemizde ve uluslararası düzeyde var olan ve günden güne gelişen bir sorun olan çocukların online yasa dışı aktivitesi sorununun önlenmesine yönelik Pekin Kurallarının da göz önünde bulundurulması önem arz etmektedir.

3. Uluslararası Yargı Kararları

a. Jonathan J. JAMES Davası- ABD⁴⁵

Jonathan JAMES, henüz 15 yaşındayken, BellSouth ve Miami-Dade okullarının internet sistemleri gibi birçok bilişim sistemine izinsiz ve hukuka aykırı olarak erişmiştir. Jonathan bunlarla sınırlı kalmayıp; Amerika Birleşik Devletleri'nin Savunma Bakanlığı'na bağlı olan Savunma Tehditlerini Azaltma Teşkilatı'nın (DTRA) bilgisayarlarına ve NASA sistemine “eğlence amaçlı olarak” sızmıştır. Bunun üzerine polisler tarafından tutuklanmış ve hakkında ceza davası

⁴⁵ “Jonathan James”, erişim 3 Ocak 2023, https://en.wikipedia.org/wiki/Jonathan_James.

açılmıştır. Sonrasında Jonathan, ABD başsavcısı ile işlediği iki suçu ikrar etmesi koşuluyla hafif bir şekilde cezalandırılmasına ilişkin anlaşmıştır.

Yargılama sonucunda Jonathan'a yedi ay ev hapsi ve on sekiz yaşına kadar denetimli serbestlik cezası verilmiştir. Söz konusu ceza, NASA ile ABD Savunma Bakanlığı'na özür mektupları yazması ile bilgisayarları eğlence amaçlı kullanmamasını içermekteydi. Fakat daha sonra Jonathan, uyuşturucu kullanması nedeniyle denetimli serbestliğini ihlal etmesi sonucu gözaltına alınmıştır.

Bu kararın Jonathan'ın gerçekleştirdiği online yasa dışı aktivite ile bağlantılı olduğu konusunda şüphe bulunmamakla birlikte; 18 yaşına kadar bilgisayarı eğlence amaçlı kullanmaması cezasının süre bakımından fazla olması nedeniyle orantısız olduğu savunulmaktadır. Ancak, Jonathan'a verilen NASA ve ABD Savunma Bakanlığına düzenli olarak özür mektubu gönderme cezasının Jonathan'ın gerçekleştirdiği bu eyleminin eğlence amaçlı yapılacak bir eylem olmadığını ve bu eylemi nedeniyle meydana gelen zararı fark etmesi bakımından makul bir karar olduğu söylenebilir.

b. Michael CALCE davası- Kanada⁴⁶

Michael CALCE, henüz 16 yaşında bir çocukken Yahoo, Amazon, eBay ve CNN gibi büyük ticari web sitelerine yönelik DDoS saldırıları⁴⁷ gerçekleştirmiştir. Michael, bu şirketlere gerçekleştirdiği saldırı neticesinde bu sitelerin faaliyetinin bir süreliğine durmasına sebep olmuştur ve bu nedenle bahsi geçen şirketler yaklaşık 7.5 milyon dolar zarara uğramıştır.

Michael, bazı internet sitelerinde bu siber saldırıyı gerçekleştirmesindeki amacının *"kendisine ve siber arkadaş grubuna siber dünyada hakimiyet kurmak"*

⁴⁶ "Michael Calce", erişim 3 Ocak 2023, https://en.wikipedia.org/wiki/Michael_Calce.

⁴⁷ DDoS saldırılarının orijinal dilindeki açılımı *"Distributed Denial of Service Attack"* şeklinde olup Türkçe'ye *"Dağıtık Hizmetlerin Engellenmesi"* olarak çevrilmektedir. DDoS saldırıları, bir bilişim sisteminin kaldırabileceği veri kapasitesinden çok daha fazla veri girişi sağlanması yoluyla gerçekleştirilen bir saldırı yöntemidir. DDoS saldırıları ile ilgili sisteme kaldıramayacağından fazla veri girişi yapılmasından dolayı sistem adeta kilitlenmekte ve kullanıcıların o sistemine erişmesi olanaksız hale gelmektedir. Dolayısıyla DDoS saldırısı bu şekilde ilgili sistemlerin zarara uğramasına neden olmaktadır.

olduğunu belirtmiş ve bu eylemleri kendisinin gerçekleştirdiğini iddia etmiştir. Michael bunun üzerine ABD Federal Soruşturma Bürosu ve Kanada kolluk kuvvetleri tarafından fark edilmiştir. Ancak Michael'ı esas şüpheli konumuna getiren olay, kendisinin Dell isimli siteye de siber saldırı gerçekleştirdiğini ikrar etmesi olmuştur. Michael aleyhinde açılan soruşturmada ilk olarak suçlamaları kabul etmemiş ancak sonrasında üstlenmiştir.

Montreal Gençlik Mahkemesi tarafından yapılan yargılama sonucunda, Michael hakkında sekiz ay açık gözaltı, bir yıl denetimli serbestlik, sınırlı internet kullanımı ve bir miktar adli para cezasına hükmedilmesine karar verilmiştir. Bu karar ile hükmolunan ceza, Michael'in gerçekleştirdiği online yasa dışı aktiviteyle bağlantılı olsa da sadece sınırlı internet kullanımına karar verilmesi açısından yetersizdir. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi, bu konuda yalnızca caydırıcılık amacıyla hareket edilmemelidir. Bunun yerine, suça sürüklenen çocuğun bu eylemleri gerçekleştirmesindeki asıl nedenler saptanarak bu nedenleri ortadan kaldıracak makul ve mantıklı çözümler üretilmelidir.

Bununla beraber, çocuğun öz kontrolünü sağlayabilecek, onu neden bu eylemleri yapmaması gerektiği konusunda bilinçlendirecek ve interneti yasal amaçlarla kullanmak konusunda özendirecek önleyici düzenlemelerin, projelerin ve bilgilendirmelerin yapılması veya bu yönde kararların verilmesi gerekmektedir. Bu şekilde çocuklar, sahip olacakları bilinçle online yasa dışı aktivite veya suç gerçekleştirme eğiliminde bulunmayacaktır.

4. Çocukların Online Ortamlarda Yasa Dışı Aktivitelerinin Hukuken Önlenmesine İlişkin Öneriler

Çocuklar, toplumda var olan sosyal kuralları ve yasaları yetişkinler gibi algılayamamaktadır. Bir başka deyişle çocuklar, bu kurallarla getirilen sınırların tam olarak bilincinde olamamakta ve bu sınırlara göre hareket etmekte zorluk yaşamaktadır. Ancak çocuklar, kolayca eğitilebilir ve rehabilite edilebilirler. Dolayısıyla çocukların yasa dışı aktivite gerçekleştirmemesinin önlenmesi için en önemli adım onların doğru eğitilmesinden geçmektedir. Bu bağlamda çocukların yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi için yapılacak düzenlemelerin odağında çocuklara online ortamda nasıl davranmaları gerektiği konusunda onlara bilinç ve farkındalık kazandıracak eğitimlerin verilmesi olmalıdır. Bu nedenle çocuklara

dijital medya okuryazarlığı eğitimi verilmesi, çocukların online yasa dışı aktivitelerden uzak durması bakımından katkı sağlayabilecektir.

Dijital medya okuryazarlığı eğitimi, bireylerin dijital medyayı doğru, bilinçli ve etkili bir şekilde kullanmasını, dijital içeriklere yönelik farkındalık kazanılmasını ve eleştirel bakış açısına sahip olunmasını sağlayan bir eğitimidir.⁴⁸ Dijital medya okuryazarlığı ile aynı zamanda bireylere sosyal medya platformlarında hangi içeriklerin paylaşılması ya da paylaşılmaması gerektiğine yönelik bir bilinç kazandırılmaktadır. Bu bağlamda devletlerin, eğitim kurumları, medya ve toplum ile bir iş birliği yaparak çocuklara dijital medya okuryazarlığı eğitimi verilmesinin sağlanması çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi için etkili olacaktır.⁴⁹ Amerika Birleşik Devletleri, lise ve ortaokul düzeyindeki çocuklara zorunlu dijital medya okuryazarlığı dersi verilmesine yönelik bir düzenleme getirmiş olduğundan bu anlamda iyi bir örnektir. Aynı şekilde Avrupa Komisyonu da internet kullanıcılarının medya okuryazarlığı eğitimi verilmesi konusunda çalışmalar (Dijital Eğitim Eylem Planı ile) yapmaktadır.⁵⁰

Ülkemizde de çocuklara dijital medya okuryazarlığı eğitimlerinin verilmesine yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Bu kapsamda, 7. ve 8. sınıf öğrencileri “dijital medya okuryazarlığı” dersini seçmeli ders olarak seçebilmekte ve eğitim görmektedir. Bu eğitim ile çocukların sosyal medyada etik kurallarına uyması ve interneti bilinçli kullanması amaçlanmaktadır. Bununla birlikte, örneğin Bilgi İletişim ve Teknoloji Kurumu’nun hazırladığı “Güvenli Çocuk-Siber Çocuk” başlıklı web sitesi ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun (RTÜK) 9 yaş üstü çocuklara

⁴⁸ Ali ÖZCAN, “Dijital Medya Okuryazarlığı: Sorunlar, Uygulamalar ve Beklentiler”, *AJIT-e: Academic Journal of Information Technology* 8, sy. 28 (2017): 59.

⁴⁹ Samet Tatar, “Amerikan Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber”, *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber (Ülke İncelemeleri)*, ed. Bülent KENT ve Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM, (Ankara: Adalet Yay., 2022), 117.

⁵⁰ Sena Kuntoğlu, “Avrupa Birliği Hukukunda Dezenformasyonla Mücadele ve Öz Regülasyon Modeli”, *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber (Ülke İncelemeleri)*, ed. Bülent Kent ve Merve Ayşegül Kulular İbrahim, (Ankara: Adalet Yay., 2022), 141.

yönelik çıkardığı “*Medya ve Çocuk*” isimli dergisi⁵¹, çocukların interneti doğru amaçlar için ve bilinçli olarak kullanması açısından oldukça faydalı içerikler barındırmaktadır. Bu gibi çalışmalar ile çocukların interneti doğru ve yasal amaçlarla kullanmaları için yönlendirilmesi sağlanarak online yasadışı aktivite gerçekleştirmeleri önlenebilecektir.

Bununla birlikte, çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesi bakımından genel ve idari önlemlerin alınması da etkili bir yöntem olacaktır.⁵² Bu genel ve idari önlemler, örneğin çevrimiçi sohbet edilebilen sanal oyunlara veya sosyal ağ sağlayıcılara⁵³ kendi denetim mekanizmalarını geliştirmeleri ya da çevrimiçi sohbet edilirken filtreleme sistemi kurmaları için yasal bir yükümlülük getirilmesi şeklinde olabilir. Genel ve idari önlemlerin etkili olmadığı ve çocuğun online bir yasa dışı aktivite gerçekleştirmesinin söz konusu olduğu durumlarda ise çocuğun online yasa dışı eylemini tekrarlamasının önlenmesi bakımından çocuk ceza hukuku devreye girmelidir.

Online yasa dışı aktivitelerde bulunan bir çocuğun, bu davranışları yeniden gerçekleştirmemesi için ise çocuğun bu aktivitede bulunmasının temel nedenleri incelenmeli ve bu nedenlere göre çözümler üretilmelidir.⁵⁴ Bunun için de uzmanlar tarafından bir inceleme raporu düzenlenmesi önem arz etmektedir. Ayrıca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin “*Çocuk- Genç Suçluluğuna Karşı Sosyal Tepkiler*” hakkındaki R (87) 20 no’lu tavsiye kararı⁵⁵ bağlamında çocuk adalet sisteminde

⁵¹ RTÜK’ün çıkarmış olduğu “*Medya ve Çocuk*” isimli e- dergi, Türkiye’de Birleşmiş Milletler Erişilebilirlik Logosunu alan ilk dergidir. Derginin ilk sayısı Ocak 2023’de yayınlanmıştır. (Dergiye erişmek için bkz. <https://www.rtuk.gov.tr/rtuk-medya-ve-cocuk-dergisi/4444>)

⁵² Tuba Topçuoğlu, “Çocuk Suçluluğu ve Gelişimsel (Risk-odaklı) Suç Önleme”, *Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi* 3, (2014): 219.

⁵³ Sosyal ağ sağlayıcı kavramı, 5651 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 1. fıkrasının s bendinde “Sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü, ses, konum gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşımlarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır.

⁵⁴ Esin Onur, “Çocuk Suçluluğu ve Çocuk Mahkemeleri Sempozyumu” Ankara: Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi, 1983.

⁵⁵ Bu tavsiye kararı, 17.09.1987 tarihinde alınmıştır.

görevi olan hâkim, savcı, avukat, polis gibi tüm aktörlerin çocuk ve genç suçluluğuna yönelik eğitimler alması da önemlidir.

Bununla birlikte, çocuk ceza hukukunda etkin ancak çocuğun üstün yararının göz önünde bulundurulduğu ve çocukların topluma yeniden kazandırılmasını içeren düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu bakımdan çocukların online suç işlemesi durumunda alternatif çözüm yollarından uzlaştırma kurumu uygulanması uygun olacaktır. Zira bu sayede çocukların gerçekleştirdikleri online yasa dışı aktivitenin olumsuz sonuçlarının farkında olması sağlanacak ve bu bilinci kazanan çocuklar bu davranışı yeniden gerçekleştirmekten kaçınma eğilimi gösterecektir.

SONUÇ

Günümüzde yalnızca yasal amaçlar için kullanılmayan internet, kötü amaçlı kişiler tarafından gerçekleştirilen illegal eylemlere konu olmaktadır. Öyle ki, internet üzerinden gerçekleştirilen yasa dışı aktivitelerin istatistikleri hızla artmaktadır. Bu yasa dışı eylemleri gerçekleştirenler arasında çocuklar da bulunmaktadır ve bu çocukların sayısı günden güne yükselmektedir.

Çocukların online olarak pek çok yöntemle gerçekleştirebileceği çeşitli yasa dışı eylemler bulunmaktadır. Bunlardan bazıları TCK bağlamında suç teşkil eden eylemler iken (örneğin bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmek); bazıları da farklı kanunlarda (örneğin FSEK) yaptırıma bağlanmış eylemlerdir.

Çocukların yasa dışı aktivite veya suç işlemesi olgusunun çocuklar üzerinde bıraktığı olumsuz etkilere yönelik birçok psikolojik ve sosyolojik çalışma bulunmaktadır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, çocukların bu şekilde yasa dışı eylemleri online olarak gerçekleştirmesi bir fark yaratmamaktadır. Zira, suç suçtur ve o suçun veya yasa dışı eylemin online bir platformda gerçekleştiriliyor olması, mağdurda yaratacak zararı veya failin suç işleme kastını değiştirmemektedir. Bu anlamda, çocukların online yasa dışı aktivite gerçekleştirmesi onların sağlıklı gelişimlerini son derece olumsuz etkilediği gibi ayrıca kamu güvenliği ile toplum yararı bakımından da tehlike teşkil etmektedir.

Bu noktada, uluslararası anlamda yol gösterici nitelikte olan Birleşmiş Milletler Pekin Kuralları ve Birleşmiş Milletler Riyad İlkeleri ışığında, çocukların online yasa dışı aktivite gerçekleştirmelerine sebep olan nedenlerin derinlemesine

araştırılması ve bu araştırmaya göre etkin, tanınmış çözüm önerilerinin geliştirilmesi gerekmektedir. Ayrıca bu alanda uzman kişilerin görüşlerinin alınması da elzemdir.

Bununla beraber, çocukların gerçekleştireceği online yasa dışı aktivitelerin ve suçların önlenmesi konusunda yalnızca caydırıcılık düşüncesiyle hareket etmek doğru olmayacaktır. Bunun yerine çocukların suç işlememe veya illegal aktivite gerçekleştirmeme konusunda öz kontrollerini sağlayabilecek, onları bilinçlendirebilecek, çocukların menfaat ve hakları odaklı önlemlerin alınması ve bunun yanı sıra kolluk kuvvetleri ile Bilgi Teknoloji ve İletişim Kurumu veya sosyal medya şirketleri gibi kurumlar arasında da etkin bir kamu-özel sektör iş birliğinin yapılması gerekmektedir.⁵⁶ Ayrıca çocukların ailelerinin ve çocuklara verilecek eğitimlerin de bu husustaki rolü unutulmamalıdır.

Tüm bu etkenler göz önünde bulundurularak ve çocukların üstün menfaati ile temel hak ve özgürlükleri çerçevesinde çocukların online yasa dışı aktivitelerinin önlenmesine ilişkin hukukumuzda boşluk bulunan bu alana dair yeni düzenlemeler yapılması zaruri bir ihtiyaç haline geldiğinden etkin düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını bildirmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu çalışma için etik kurul onayı gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has declared that this research has not received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

⁵⁶ Merve Ayşegül Kulular İbrahim, "Sosyal Medyaya Yönelik Yeni Düzenlemelerin Hukuken Değerlendirilmesi", *Bilişim Hukuku Dergisi* 4, sy. 1 (2022): 8; Emre Cihan Ateş ve Ahmet Saluk, "Bilişim Suçları Kapsamında Suça Sürüklenen Çocukların İncelenmesi", *Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi Humanitas* 6, sy. 12 (2018): 172.

Ethics Committee Approval: The author has not declared whether ethical committee approval is required for this research.

KAYNAKÇA

- Aiken, Mary, Davidson, Julia ve Amann, Philipp. "Young Pathways into Cybercrime". *Europol*, (2016): 1-33. Erişim 25 Aralık 2022. <http://dx.doi.org/10.15496/publikation-29087>.
- Akarca, Mehmet. "Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması". *Fasikül Hukuk Dergisi* 3, s. 19 (2011): 26-36. Erişim 6 Ocak 2023. https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/104070/mod_resource/content/1/Akarca.pdf.
- Aliusta, Cahit ve Benzer, Recep. "Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci". *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi* 4, sy. 2 (2018): 35-42. Erişim 27 Aralık 2022. <https://doi.org/10.18640/ubgmd.512829>.
- Ateş, Emre Cihan ve Saluk, Ahmet. "Bilişim Suçları Kapsamında Suça Sürüklenen Çocukların İncelenmesi". *Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi: Humanitas* 6, sy. 12 (2018): 154-176. Erişim 4 Ocak 2023. <https://doi.org/10.20304/humanitas.425792>.
- Avcı, Müjdat. "Tutuklu Çocuklar Üzerine Bir Araştırma: Çocukların Suça Yönelmesinde Etkili Olan Toplumsal Nedenler ve Çözüm Önerileri". *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 11, sy. 1 (2010): 49-73. Erişim 26 Aralık 2022. (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ataunisobil/issue/2821/38037>).
- Avşar, Zakir B.ve Öngören, Gürsel. "Bilişim Hukuku". *Türkiye Bankalar Birliği* 270 (2010): 1-346.
- Bağış, Radiye Canan. "Çocukları Suça Sürükleyen Çevresel Nedenler: Sosyal Bağ ve Sosyal Öğrenme Teorileri Işığında Bir Değerlendirme". *Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi: Humanitas* 14, s. 7 (2019): 203-222. Erişim 5 Ocak 2023. <https://doi.org/10.20304/humanitas.571431>.
- Bajpai, Nishtha. "Technology and Juvenile". *Journal of Juvenile And Family Laws* (2018): 1-12. Erişim 7 Ocak 2023. https://www.academia.edu/39393732/TECHNOLOGY_AND_JUVENILE.
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Sektörel Araştırma ve Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı. "Dijitalleşen Dünyada Bilişim Suçları ve Mücadele Yöntemleri". *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Raporu* (2022): 1-108. Erişim 3 Ocak 2023, <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/arastirma->

- raporlari/dijitallesen-dunyada-bilisim-suclari-ve-mucadele-yontemleri-6218e2417eaea.pdf.
- Canbek, Gürol ve Sağıroğlu, Şeref. "Kötücül ve Casus Yazılımlar: Kapsamlı Bir Araştırma". *Gazi Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Dergisi* 22, sy. 1 (2007): 121- 136. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/gazimmfd/issue/6671/88359>.
- Cihan, Murat ve Yıldız, Sıtkı. "Sosyal Medya Aracılığı ile İşlenen Suçlar: Facebook, Twitter Ve Instagram Örnekleri". *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 11, sy. 1 (2021): 135-150. Erişim 25 Aralık 2022. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/kusbd/issue/60105/807337>.
- Çelik, Soner ve Çeliksaş, Barış. "Güncel Siber Güvenlik Tehditleri: Fidyeye Yazılımlar", *Cyberpolitik Journal* 3, sy. 5 (Temmuz 2018): 105-132. Erişim 5 Ocak 2023. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/cyberj/issue/39157/460303>.
- Çopur, Ebru, Ulutaşdemir, Nilgün ve Balsak, Habip. "Çocuk ve Suç" Uluslararası Katılımlı 3. Çocuk Gelişimi ve Eğitimi Kongresi "Erken Müdahale". *Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi* (2015): 120-125. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/husbfd/issue/7893/103879>.
- Dağ, Yeliz Suna, Yayan, Yakup Ömer ve Yayan, Emriye Hilal. "COVID-19 Sürecinde Çocukların Oyun Bağımlılığı Düzeylerinin Uyku ve Akademik Başarılarına Etkisi". *Bağımlılık Dergisi* 22, s. 4 (2021): 447-454. Erişim 5 Ocak 2023. <https://doi.org/10.51982/bagimli.930996>.
- Erdoğan, Oktay. *Çocuk Ceza Hukuku*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2012.
- Ereş, Figen. "Toplumsal Bir Sorun: Suçlu Çocuklar ve Ailenin Önemi". *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi* 17, sy. 17 (2009): 88-96.
- Hekim, Hakan. "Oltalama (Phishing) Saldırıları", *Siber Suçlar: Farkındalık, Tehditler ve Adli Bilişim* (2015): 57-83. Erişim 1 Ocak 2023. (https://www.academia.edu/35136881/Oltalama_Phishing_Saldirilari).
- Kontoğlu, Sena, "Avrupa Birliği Hukukunda Dezenformasyonla Mücadele ve Öz Regülasyon Modeli", *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber (Ülke İncelemeleri)* içinde, ed. Bülent KENT ve Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM, 125-152. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Kular İbrahim, Merve Ayşegül- Aluç, Rümeyza. "6112 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumunda

- Çocukların Korunması". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 0, sy. 51 (Temmuz 2022): 329-364. Erişim 3 Ocak 2023. (<http://dx.doi.org/10.54049/taad.1140173>).
- Kulular İbrahim, Merve Ayşegül. "Metaverse Avatarlarının Telif Hakkı". *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sy. 2 (2022): 540-580. Erişim 3 Ocak 2023. (<https://doi.org/10.47136/asbuhfd.1164658>).
- Kulular İbrahim, Merve Ayşegül. "Sosyal Medyaya Yönelik Yeni Düzenlemelerin Hukuken Değerlendirilmesi". *Bilişim Hukuku Dergisi* 4, sy. 1 (2022): 1-32. Erişim 9 Ocak 2023. (<https://doi.org/10.55009/bilismhukukudergisi.1114305>).
- Kurt, Levent. *Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2005.
- Onur, Esin. "Çocuk Suçluluğu ve Çocuk Mahkemeleri Sempozyumu" Ankara (22-23 Haziran 1983). Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi.
- Ögel, Kültegin. *Riskli Davranış Gösteren Çocuk ve Ergenler*. İstanbul: Yeniden Yayın Yayınevi, 2007.
- Öngören, Hakan ve Katılmış, Ahmet. "Çocukları Suça İten Nedenler ve Alınması Gereken Önlemler: İstanbul Emniyet Müdürlüğü Çocuk Şube Müdürlüğü Görevlilerinin Görüş ve Değerlendirmeleri", *Çocuk ve Medeniyet Dergisi* 6, sy. 11 (2021): 83-108.
- Özbay, Halil İbrahim. "İnternet Ortamında Çocukların Korunması". *Türk Dünyası Araştırmaları* 128, sy. 253 (2021): 441-460. Erişim 8 Ocak 2023. (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/tda/issue/64608/897372>).
- Özcan, Ali. "Dijital Medya Okuryazarlığı: Sorunlar, Uygulamalar ve Beklentiler". *AJIT-e: Academic Journal of Information Technology* 8, sy. 28 (2017): 55-66. Erişim 4 Ocak 2023. (<https://doi.org/10.5824/1309-1581.2017.3.004.x>).
- Özkaya, Pelin. "Dijital Dünyada Çevrimiçi Riskler, Bilişim Suçları ve Mağdur Çocuk". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 14, sy. 53 (2023): 13-42.
- Saruç, Semra ve Kayma Güneş, Derya. "Suça Sürüklenen Çocuklar Hakkında Hazırlanan Sosyal İnceleme Raporlarının Mahkeme Kararlarına Etkisi". *Toplum ve Sosyal Hizmet Dergisi* 25, sy. 1 (2014): 109-132.
- T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü. "Adalet İstatistikleri". *Resmi İstatistik Programı Yayını* (2022). Erişim 2 Ocak 2023 (https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adale_t_ist-2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf).

- T.C. Sağlık Bakanlığı. “Dijital Oyun Bağımlılığı Çalıştayı Sonuç Raporu”. Ankara (07-08 Kasım 2018). Erişim 4 Ocak 2023. (<https://sggm.saglik.gov.tr/Eklenti/39937/0/dijitaloyunbagimlilikipdf.pdf>).
- Tatar, Samet “Amerikan Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber”, *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber (Ülke İncelemeleri)* içinde, ed. Bülent KENT ve Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM, 101-121. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Topçuoğlu, Tuba. “Çocuk Suçluluğu ve Gelişimsel (Risk-odaklı) Suç Önleme”. *Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi* 3 (2014), s. 217-226.
- Türkiye İstatistik Kurumu. “Çocuklarda Bilişim Teknolojileri Kullanım Araştırması”, *Haber Bülteni* (2021). Erişim 2 Ocak 2023. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Cocuklarda-Bilisim-Teknolojileri-Kullanim-Arastirmasi-2021-41132>.
- Uluslararası Çocuk Merkezi (ICC). “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi’nin Çocuk Haklarına dair Sözleşme’ye ilişkin Genel Yorumları”. *ICC Çocuk Hakları Serisi* (2008): 1-882. Erişim 27 Aralık 2023. <https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>.
- Uysal Toraman, Aynur ve Kısa, Ökkeş. “COVID-19 Salgınının Çocuklar Üzerindeki Olası Etkileri: İstismar ve İhmal Boyutu”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Elektronik Dergisi* 1, sy. 15 (2022): 68-77. Erişim 2 Ocak 2023. <https://doi.org/10.46483/deuhfed.890117>.

YAYICI & YAYINCI DİLEMMASI: YAPAY ZEKANIN OLUŞTURDUĞU HABERİN TELİFİ

*Disseminators & Broadcasters Dilemma: Copyright of News as
Production of Artificial Intelligence*

Nurullah Enes Süheyl BELADA*

Öz


Basın yayıncılarının ilk çıkan gazeteden beri hukuki koruma talepleri karşılıksız kalmıştır. Haberin dijital mecralara geçmeye başlaması ile bu talepler artmıştır. Zira artık internetin kapı bekçisi durumundaki Google ve Facebook(META) gibi küresel şirketler internette haberin yayıcısı konumuna gelmişlerdir. Geldikleri bu konum itibariyle tiraj ve reklam geliri anlamında kan kaybeden basın yayıncıları, yapmış oldukları yatırımların korunması için yayınları üzerinde talep ettikleri hukuki koruma konusu yeniden gündeme gelmiştir. Ancak tarihten bu tarafa haberin telifi ilk defa karşılıksız kalmayarak Avrupa Birliği tarafından bir yönerge ile hukuki kapsam içine alındı. Artık basın yatırımcısının da bağlantılı hak sahibi olarak değerlendirildiği günümüzde yapay zekanın konumu bir kez daha soru işaretleri doğurmaya başlamıştır. Çünkü hem basın yayıncılarının haber metni oluşturmalarında hem de dijital haber

* Avukat, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Doktora Öğrencisi, nurullahenessuheyl.belada@student.asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7465-6158.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 07.11.2023.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 04.06.2024.

Atıf/Citation: Belada, Nurullah Enes Süheyl. "Yayıncı & Yayıncı Dilemması: Yapay Zekanın Oluşturduğu Haberin Telifi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024): 540-568.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

yayıncılarının haber derlemelerinde ve snippet oluşturmada yapay zeka kullanılmaktadır. Yapay zekanın ürettiği haberin ya da kategorize ederek tüketiciye sunduğu haber metinlerinden doğan hakların kim tarafından kullanılacağı konusunda dünyadaki yasalar, yargı kararları ve doktrin araştırılarak karşılaşılan hukuki sorunlara uygun çözüm yollarının araştırılması amaçlanmıştır. Basın yatırımcısına getirilen bağlantılı hakların yapay zekanın ürettiği haber metinlerini hangi şekillerde etkileyeceği ve bunlardan doğan hakların kim tarafından kullanılacağı da makalemizin konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Telif, Fikri Mülkiyet, Haber, Servis Sağlayıcı, Yayıncı, Yayın, Google News, Snippet, Hyperlink.

Abstact

Press publishers' requests for legal protection have remained unanswered since the first newspaper was published. These demands have increased as news started to move to digital channels. Because global companies such as Google and Facebook (META), which are now the gatekeepers of the internet, have become the disseminators of news on the internet. The issue of legal protection requested by press publishers, who have lost blood in terms of circulation and advertising income due to their current position, for their publications in order to protect the investments they have made, has come to the fore again. However, for the first time in history, the copyright of the news did not remain unrequited and was included within the legal scope with a directive by the European Union. Nowadays, when press investors are also considered as related rights holders, the position of artificial intelligence has once again begun to raise question marks. Because artificial intelligence is used both in press publishers' creation of news text and in digital news publishers' news compilation and snippet creation. It is aimed to investigate appropriate solutions to the legal problems encountered by researching the laws, judicial decisions and doctrine in the world about who will exercise the rights arising from the news produced by artificial intelligence or the news texts it categorizes and presents to the consumer. The subject of our article is how the related rights brought to the press investor will affect the news texts produced by artificial intelligence and who will use the rights arising from these.

Keywords: Copyright, Intellectual Property, News, Service Providers, Disseminator, Broadcaster, Google News, Snippet, Hyperlink.

GİRİŞ

İnsanlar en önemli yetileri olan konuşma sayesinde etrafındakiler ile iletişim kurmaktadır. Ancak bireyin toplum içinde yaşayan bir varlık olması sebebiyle öncelikle *etraf* kavramı genişlemiş, bu sebeple de iletişim kanalları *konuşmanın* ötesine geçmiştir. Zira insanın doğası gereği medeni (toplumsal) bir varlık olması¹ bu genişlemeyi hem mümkün ve hem de zorunlu kılmıştır. Neticede haber ihtiyacı önceleri tacirler vasıtasıyla taşınan haber mektupları ile sağlamış sonraki yüzyıllarda ise gazetelerin ortaya çıkmasıyla giderilmiştir.²

Sahip olduğu konum ile gazeteler hem yatırımcısını hem de okuyucusunu bulmuş ve günümüze kadar varlığını sürdürmüştür. Bu süreçte haber metinleri, halkın haber alma özgürlüğünün korunması gerekçesiyle ilim ve edebiyat eseri gibi telif korumasından yararlanamamışlardır.³ Haber metinleri bu yönüyle mahkeme kararları gibi umuma açık kalmış olsa da fiziki satış miktarı olan tirajları ve reklam gelirleri sayesinde yatırımcılarını ayakta tutmayı başarmıştır. Gazetelerin dijital platformlara geçişiyle birlikte habere ulaşma miktarı artmış ancak haber yayıncıları elde edilen kazançtan ayrı oranda faydalanamamıştır. Bu sürecin bir diğer kazananı haber yayıncısı konumunda olan Facebook(META), Google gibi sosyal ağ sağlayıcıları olmuştur. Basın yayıncıları tarafından hazırlanan haberler sosyal ağ sağlayıcıları tarafından paylaşımına girdiğinde okuyucular haber sitesine girme ihtiyacı dahi duymamaya başlamışlardır. Avrupa Birliği (AB), birliği korumak için Dijital Tek Pazar oluşturmaya çalışmış ve bunun

¹ İbn Haldun, *Mukaddime* (İstanbul: İlgi Kültür Sanat Yayınları, 2015), 1:125; Ali Haydar Efendi, *Dürrer'ül-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı, 2016), 1:32.

² Nurettin Güz, "Gazeteler ve Yazılı Basın Tarihi," iç. *İletişim Tarihi ve Sosyolojisi* (Erzurum: Atatürk Üniversitesi AÖF, 2012), 1-4, Podszun, "Searching the Future of Newspapers: With a Little Help from Google and IP Law?," *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 44, no. 3 (2013): 259.

³ Cahit Suluk, "Haber için Google'ın Telif Ödemesi," *Fikri Mülkiyet*, erişim tarihi Nisan 03, 2023, <https://fikrimulkiyet.com/haber-icin-googlein-telif-odemesi/>.

için 2019/790 sayılı Dijital Tek Pazar Yönergesini (DSM) çıkarmıştır. Yönergenin 15.maddesi basın yayıncılarına koruma getirmiş ve haber yayıncılarına karşı basın yayıncılarının yatırımlarını korumayı amaçlamıştır. Düzenleme sonrasında artık hyperlink vererek oluşturulan paylaşımlar çok kısa ve önemsiz kısımlar dışında haber metnine dair esaslı içerikler barındırırsa basın yayıncılarının haklarını ihlal etmiş sayılacaktır.⁴ Sosyal ağ sağlayıcıları bu gibi haber metni hyperlinklerini yapay zekâ(YZ) ile ayıklamakta, analiz ederek gerekli kısımları kırpılmaktadırlar. Yine de hyperlink verilerek yayıncılar tarafından yapılan paylaşımlar haberlerin tıklanma sayılarını artırmış ancak haber sitelerinin anasayfa etkileşimlerinin azalmasına sebep olmuştur.⁵ Zira insanlar aradıkları haberler için haber sitelerinde gezinmek yerine META, Google gibi haber derleyicilerinden doğrudan ilgili haberi okumakla yetinmektedirler. Bu da reklam verenlerin ilgisini basın yayıncılarından çok sosyal ağ sağlayıcılarına yönlendirmektedir.

Benzer şekilde bir başka sorun ise basın yayıncılarının metin üreticileri konusunda kendisini göstermektedir. Yapay zekâ teknolojisinin geldiği konum itibarıyla yapay zekânın kimi noktada haber içeriği ya da raporlar oluşturabildiği görülmektedir. Bu itibarla basın yayıncılarının bağlantılı haklardan yararlanabilmesi için haber metninin kendisine atfedilip atfedilemeyeceği gündeme gelmektedir. Yapay zekâ ve telif hakları alanında Avrupa Birliği'nin hukuki tartışmalarda öne çıkan bir yapısı olduğu görülse de basın yayıncılarının yapay zekâ yatırımı yaptığı Çin gibi başka ülkelerde de benzer davalara rastlanılmaktadır.⁶

Henüz gelişimini sürdürmekte olan bilişim hukuku ile telif hakları konusu araştırmamızın merkezinde yer almaktadır. Makalede haber içeriklerinin hyperlinklerde gözükken kısımları da dahil olmak üzere yapay zekâ tarafından

⁴ Cahit Suluk, "Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayıncılarına Tanınan Bağlantılı Haklar," *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 12 (2022): 208-9.

⁵ Suluk, "Haber için Google'ın Telif Ödemesi," 177-78.

⁶ Feilin v Baidu Kararı - Beijing Internet Court, No. Jing 0491 Min Chu No. 239, 25.04.2019, (https://english.bjinternetcourt.gov.cn/2019-05/28/c_168.htm); Tencent v. Shanghai Yingxun Technology Co. Ltd. Kararı - Shenzhen Nanshan Bölge Halk Mahkemesi No. Yue 0305 Min Chu No. 14010, 24.12.2019, (<https://www.chinajusticeobserver.com/law/x/2019-yue-0305-min-chu-14010>).

oluşturulan haber metinlerinin meydana getirdiği sorunlar üzerinde durulacaktır. Dünyada rastlanılan uyuşmazlık örnekleri, Dijital Tek Pazar Yönergesi ve diğer hukuki düzenlemeler incelenecektir. Bu inceleme yapılırken mahkeme ve doktrin görüşleri eşliğinde basın yayıncıları ile haber yayıncıları arasındaki muhtelif uyuşmazlıklara çözüm yolları aranacak, Türk Hukukundaki mevcut düzenlemelerin buna uygun olup olmadığı değerlendirilecektir.

I. HABER YAYINCILARININ TELİF HAKLARI REGÜLASYONLARI

Yayın kuruluşlarının hakları 5846 sayılı Firik ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) 80/C maddesinde, icracı sanatçılar (FSEK m.80/A), icra girişimcileri (FSEK m.80/A b.7), fonogram yapımcıları (FSEK m.80/B), film yapımcılarıyla (FSEK m.80/2) birlikte bağlantılı hak olarak korunmaktadır. Bu haklar ekonomik haklardan olup yatırımcısının yüklendiği maliyetleri karşılamak üzerine verilmiştir. Yani bu düzenlemeler esasında yatırımcıları korumak ve teşvik etmek maksadıyla getirilmiş haklardandır. Bununla beraber yatırım işlevleri benzer nitelikte olsa da söz konusu haklar basın yayıncılarını ve yayın evlerini kapsamamaktadır.⁷ Ancak film yapımcılarına sağlanan hakların neden basın yayıncılarına da sağlanmadığı konusu muğlaklık barındırmaktadır. Hugenholtz, kendilerine masraf getireceği sebebiyle tv-radyo yayıncılarının Roma sözleşmesiyle bağlantılı haklar getirilmesine lobi yaparak karşı çıktıklarını belirtmektedir.⁸ Ancak bu karşı çıkış sebebiyle bağlantılı haklar kaldırılmamış bilakis tv-radyo yayıncılarına da aynı mali haklar getirilerek sorun aşılmıştır. Daha sonra AB’de film yapımcılarına da aynı sebeplerle bağlantılı haklar tanınmıştır.⁹ Dolayısıyla basın yayıncıları bugüne kadar yeterli lobi faaliyeti yapamadıkları için bu haklara sahip olamamış gözükmektedirler.

⁷ Suluk, “Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayıncılarına Tanınan Bağlantılı Haklar,” 178; P. Bernt Hugenholtz, “Neighbouring Rights Are Obsolete,” *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 50, no. 8 (2019): 1006.

⁸ Hugenholtz, “Neighbouring Rights are Obsolete,” 1006-7.

⁹ Hugenholtz, “Neighbouring Rights are Obsolete,” 1007; Suluk, “Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayıncılarına Tanınan Bağlantılı Haklar,” 174.

1609'da genellikle ilk gazete olduğu kabul edilen ve Almanya Strasbourg'da çıkarılan Zeitung adlı gazetenin sahibi Johann Carolus, yayımladığı savaş ve dış politika haberleri için bir hukuki koruma talep etmiş ve talep dilekçesi reddedilmiştir.¹⁰ 19.yy'da Avustralya ve ABD'de bazı çalışmalar yapılmış; 1940'lı ve 1990'lı yıllarda TRIPS müzakerelerinde bağlantılı hak sahipliği verilip verilmemesi gündeme gelmiştir. Fikri hakların doğumu ve gelişimi esnasında bu şekilde aralıklarla gündeme getirilen basın yayıncılarının hakları istenilen korumayı bulamamıştır.¹¹ Haberin dijital alana kaymasıyla birlikte basın yayıncılarının da ekonomik kazançları ciddi bir düşüş ile karşı karşıya kalmaya başlamıştır. Zira basın yatırımcısı kazancını fiziki gazete satışları ve bu tirajlarına oranla aldıkları reklamlar üzerinden sağlamaktadır. Fakat haberin dijitale geçişi ile 2014-2018 yılları arasında basın reklamları %35'lik bir düşüş yaşarken, META ve Google reklam gelirlerini neredeyse %100'ün üzerinde artırarak ~78 milyar dolar kazanç elde etmişlerdir.¹² 2022 yılında duopol ismiyle anılan META ve Google ilk kez ABD reklam gelirlerinin %50'sinin altına inmiş olsa da hâlâ pazardaki en büyük şirketler olma özelliklerini korumaktadırlar.¹³

Gelir oranlarından da görüldüğü gibi artık basılı medya ve gazetecilik yeterince kâr getirmemeye başlamıştır. Bu sebepler haber üreticilerinin dijitale kaymasını beraberinde getirmiş olsa da genel reklam gelirlerinden yeterli payı alamayan basın kuruluşları durumdan rahatsızlık duymaya devam etmiştir. Çünkü dijitalde yayınlanan haber metinleri Google ve META gibi büyük şirket yapay zekalarıyla yaptıkları haber derlemelerinde hyperlink ile paylaşılmaktadır. Bu linklerin altında snippet adı verilen haber içeriğinden bir bölüm de yer almaktadır.¹⁴ Bu bölümde yayınlanan haber içeriği kimi zaman o kadar geniş ve

¹⁰ Podszun, "Searching the Future of Newspapers," 261.

¹¹ Suluk, "Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayınlarına Tanınan Bağlantılı Haklar," 172.

¹² Suluk, "Haber için Google'ın Telif Ödemesi," 178.

¹³ "İki Devlik Tekel Sona Eriyor: Google ve Meta İnternet Reklam Pazarının Yarısını Daha Azını Kontrol Ediyor," NTV, erişim tarihi Nisan 07, 2023, <https://www.ntv.com.tr/teknoloji/iki-devlik-tekel-sona-eriyor-google-ve-meta-internet-reklam-pazarinin-yarisini-daha-azini-kontrol-ediyor,3NLx8RAL1kq9AazHso0UUA>.

¹⁴ Podszun, "Searching the Future of Newspapers," 259.

haber esasına dair olmaktadır ki kullanıcılar tarafından linke tıklanmadan bile haber içeriği anlaşılabilir. Açıklanacağı üzere yapılan kimi düzenlemeler ile snippetların haber özünü belli etmesinin önüne geçilmesi amaçlanmış ancak istenilen sonuçlar alınamamıştır. Zira bu sefer de haber içeriklerinin link üzerinden erişimleri artsa da basın yayıncısının dijital web sayfasının anasayfa trafiği azalmıştır.¹⁵

A. Almanya

26.06.2009'da Berlin'de bir toplantı düzenleyerek fikri mülkiyet haklarının korunması talebinde bulunan Avrupalı 166 yayıncı Hamburg Deklarasyonu yayınlamışlardır.¹⁶ Bildirgede yazarların fikri ürün verebilmesi, bağımsız gazeteciliğin korunması için düzenleme yapılmasını ve bu düzenlemelerin interneti mecralarını da kapsamı gerektiğini vurgulamışlardır.¹⁷ Yapılan çalışmalar sonrasında Almanya 01.03.2013 tarihinde Alman Telif Hakları yasasında değişiklik yapmaya karar verdi. Kanuna getirilen m.87/f(1) düzenlemesinde *basın ürünü* tanımı getirilmiştir. Buna göre gazeteciliğin teknik ve editoryal hazırlıklarından geçerek periyodik olarak bir başlık altında yayınlanan koleksiyonlardaki (*bilgi yayma, fikir üretme, eğlendirmeye* hizmet eden makale ve resimler gibi) gazetecilik katkıları basın ürünü olarak nitelendirilmiş; içeriğin çoğunluğunun reklam olamayacağı özellikle belirtilmiştir. Bu şekilde üretilmiş basın ürünü ve – tek tek kelimeler ya da en küçük metin alıntısı dışındaki - parçaları üzerinde basın yayıncısının münhasır ticari haklara sahip olduğu belirtilmiştir. Basın yayını eğer bir şirket bünyesinde oluşturulmuşsa hak sahibinin şirket sahibinin olacağı belirlenmiş ve hakkın kullanımı devredilebilir nitelikte olup bir yıl ile sınırlandırılmıştır. Alman düzenlemeleri yalnızca ticari kullanım haklarını tanıdığı için günlük kullanıcılar ve araştırmacılar gibi kişileri

¹⁵ Suluk, "Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayıncılarına Tanınan Bağlantılı Haklar," 177-78.

¹⁶ "International Publishers Sign 'Hamburg Declaration to Protect Intellectual Property Rights,'" axelspringer, erişim tarihi, Nisan 07, 2023, <https://www.axelspringer.com/en/ax-press-release/international-publishers-sign-hamburg-declaration-to-protect-intellectual-property-rights>.

¹⁷ European Publishers Council, *Hamburg Declaration Regarding Intellectual Property Rights* (Berlin: EPC, 2009), https://www.fieg.it/upload/documenti_allegati/Hamburg_Declaration.pdf.

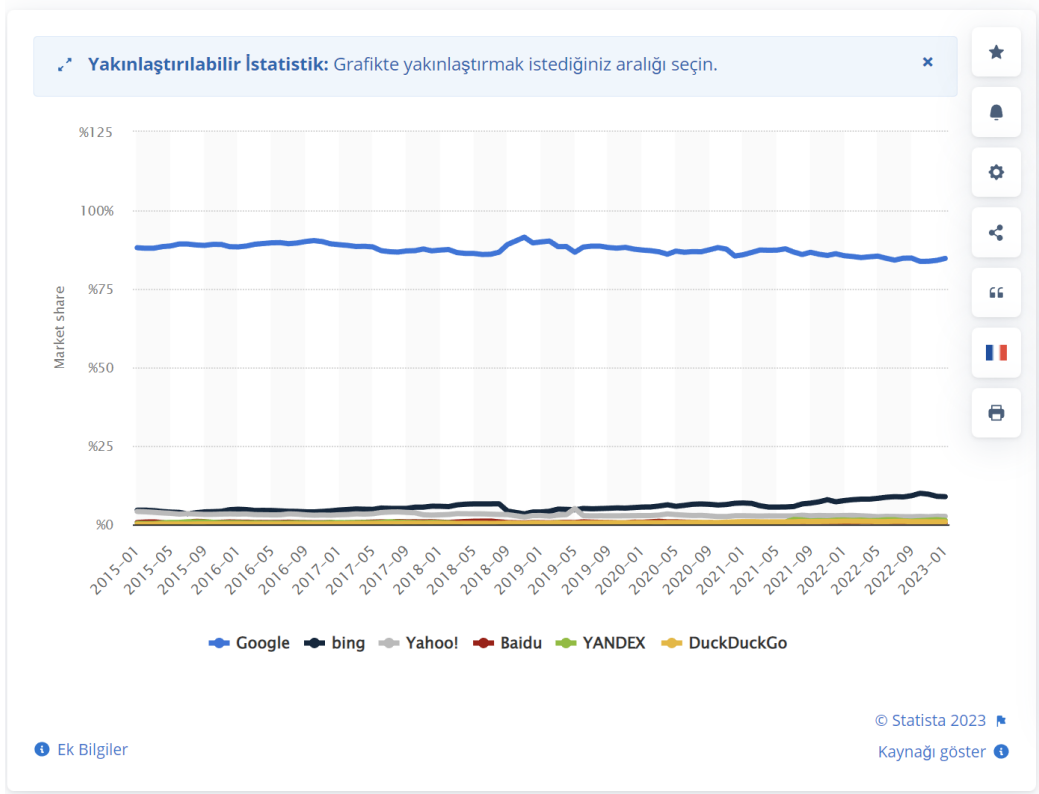
mali açıdan etkilememiştir. Alman yasa koyucular bu düzenleme ile paylaştıkları linkler ile haber sitesini adeta bypass eden META - Google gibi *internetin kapı bekçisi*¹⁸ şirketlerden basın yayıncılarını korumak istemiştir.

Google gibi küresel şirketlerle karşılaştırıldıklarında getirilen düzenlemenin ne kadar işe yarayacağı soru işaretleri barındırmış ve düzenlemenin *dışsöz kaplına* dönebileceği belirtilmiştir.¹⁹ Gerçekten de düzenleme sonrasında Google'dan telif bedeli isteyen basın yayıncılarına ödeme yapılmadığı gibi Google tarafından görünürlükleri de azaltılmıştır. Dolayısıyla internet trafiklerinin azalmasından endişe eden şirketler ya haklarından vazgeçmek ya da haklarını Google'a devretmek şeklinde tutum takınmışlardır. Gün sonunda Alman basın yayıncıları ikiye bölünmüş ve bir kısmı haklarını bedelsiz şekilde Google'a açmaya başlamış bir kısmı da Google tarafından bedel ödenmediği için telif hakkı ihlali, görünürlük azaltma sebebiyle de rekabet yasağının çiğnenmesi gibi hukuki mücadelede ısrar yolunu seçmiştir. Ancak günlük internet aramalarının neredeyse %90'ının yapıldığı Google gibi bir şirketin görünürlüğü azaltmak şeklindeki karşılığı gerçekten de sonuç vermiştir.²⁰:

¹⁸ Suluk, "Haber İçin Google'ın Telif Ödemesi."

¹⁹ Podszun, "Searching the Future of Newspapers," 260.

²⁰ "Global Search Engine Desktop Market Share 2023," Statista, erişim tarihi Nisan 07, 2023, <https://www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines/>.



Tablo 1. 2023 Arama Motorları Popülaritesi.²¹

Almanya'nın en büyük yayıncılarından Alex Springer de başlangıçta mücadele yolunda ısrarcıyken yönünü değiştirerek içeriklerini ücretsiz şekilde Google'a bırakmıştır. Bu sebeple Alman basın yayıncıları Google ile ücretsiz anlaşma veya internet aramalarından silinme gibi bir dilemma arasında kalmışlardır. Neticede verilen hukuki mücadeleler bir sonuç vermemiş ve küçük

²¹

“Global Search Engine Desktop Market Share 2023.”

girişimcilerin cezalandırılması gibi bir sonuç ortaya çıkmış ve 2019'da uygulamadan kalkmıştır.²²

B. İspanya

2014 yılında İspanya Fikri Mülkiyet Kanununda da snippetlar için bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre periyodik yayınlarda ve periyodik olarak güncellenen web sitelerinde yer alan parçaların toplu halde dijital hizmet sağlayıcılar (Google, META vs.) tarafından halka sunulması durumunda basın yayıncısına uygun bir tazminat talep etme hakkı tanınmıştır.

Almanya'dakine benzer olan bu düzenlemenin farkı, yayınların *bilgilendirme, kamuoyu oluşturma veya eğlendirme* amacıyla hazırlanabilmesi olmuştur. Bu düzenlemede basın yayıncılarının haklarını oluşturan içerikler daha geniş bir kapsama alınmış ancak vazgeçilemez ve devredilemez nitelikte düzenlenmiştir. Ayrıca haklar ticari maksatlı olup münhasır değildir ve toplu yönetim kuruluşları üzerinden takip edilecek şekildedir. Fotoğraflar, tek tek kelimeler ve kısa alıntılar da dahil edilmemiştir. Ancak yapılacak alıntılarının sınırları konusunda muğlaklık bulunmaktadır. Ayrıca basın özetleri, basın incelemeleri, dijital haber kupürleri, ticari amaçlı çoğaltmalar gibi kavramların tanımları yer almamaktadır.²³

Alıntı sınırlaması arama motorları (özellikle Google gibi) hizmet sağlayıcılarının haberleri kötüye kullanmasını engellemek üzere getirilmiştir.²⁴ Google News hedefe alınarak hazırlanan bu düzenleme sonucunda Google düzenlemeye konu içerikler açısından İspanya'dan çekilme kararı vermiş ve

²² CCIA, *White Paper: Understanding 'Ancillary Copyright' in the Global Intellectual Property Environment* (Washington: CCIA 1972), 3, <http://www.cciagnet.org/wp-content/uploads/2015/02/CCIA-Understanding-AncillaryCopyright.pdf>; Armin Talke, "The 'Ancillary Right' for Press Publishers: The Present German and Spanish Legislation and the Eu Proposal," *IFLA WLIC* (2017), 5-6, <http://library.ifla.org/1849/1/119%20talke%20en.pdf>; Suluk, "Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayıncılarına Tanınan Bağlantılı Haklar," 180-81.

²³ Raquel Xalabarder, "The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government - Its Compliance with International and EU Law," *SSRN* (2014): 4, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2504596>.

²⁴ Xalabarder, "The Remunerated Statutory Limitation," 4.

içerikleri sayfalarından çıkartmıştır. Dijital gazetelerin internet trafikleri ve buna bağlı kazançları da düşüşe geçtiği görülmüştür.²⁵

C. AB Ülkelerindeki Diğer Çalışmalar

Avrupa Birliği ülkelerinde sorunları aşmak için benzer şekilde denemeler yapıldıysa da kalıcı bir sonuca ulaşılamamıştır. Fransa, Google'ı paylaşılan bağlantılar üzerinden vergi ödemekle karşı karşıya bırakmış ve bunun üzerine Google ile Fransız Basın Derneğini hükümet himayesiyle bir masaya oturtturarak *dünya olayı* olarak duyurduğu bir müzakereye zorlamıştır.²⁶ Bu müzakereler sonrasında Google dijital habere geçişi kolaylaştırmak için Dijital Yayın İnovasyon Fonu'na 60 milyon euro ödemiştir. Benzer şekilde İtalya'da 12 milyon euro, Belçika'da gazeteciler meslek birliğine 5 milyon euro ödeme yapmış ve Google AB'ye 150 milyon euro, META da 300 milyon dolar ödeme yapacağını duyurmuştur.²⁷

II. DİJİTAL TEK PAZARDA TELİF HAKKI YÖNERGESİ VE BASIN YAYINCILARI

Avrupa devletlerinde fikri haklar öncelikle kendi iç hukuklarındaki çabalar ile geliştirilmeye çalışılmıştır. Ancak ferdi çabaların istenilen sonuçları vermemesi üzerine ortak bir düzenleme yapılması gerektiği ortaya çıkmıştır. Öncelikle Avrupa sınırlarında Dijital Tek Pazar kurulmak istenmiştir. Yapılan çalışmalarla

²⁵ Suluk, "Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayıncılarına Tanınan Bağlantılı Haklar," 182.

²⁶ Podszun, "Searching the Future of Newspapers," 260; Ula Furgal, "The Eu Press Publishers' Right: Where Do Member States Stand?," *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 16, no. 8 (2021): 889.

²⁷ Christophe Geiger, Oleksandr Bulayenko ve Giancarlo Frosio, "Opinion of the CEIPI on the European Commission's Copyright Reform Proposal, with a Focus on the Introduction of Neighbouring Rights for Press Publishers in EU Law," *SSRN Scholarly Paper* (2017): 6-7, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2921334>; Barbara Ortutay, "Facebook to Invest \$300 Million in News, Focusing on Local," AP NEWS, erişim tarihi Ocak 15, 2019, <https://apnews.com/article/---5a70617ac06b4b65ad32dc2e4d372eed>; CCIA, *White Paper: Understanding "Ancillary Copyright" in the Global Intellectual Property Environment*, 4; Suluk, "Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayıncılarına Tanınan Bağlantılı Haklar," 183-84.

2019 yılında Dijital Tek Pazar Yönergesi kabul edilmiştir.²⁸ İç pazarda rekabetin bozulmasını önlemek ve birlik uyumlaştırmalarını geliştirmek için m.29 gereğince söz konusu yönergenin iki yıl içinde yani 07.06.2021 tarihine kadar üye devletler tarafından iç hukuklarına uyumlaştırılması kararlaştırılmıştır.

Gelinen süreçte haberin iyiden iyiye dijital mecralara kaymış olması telif haklarının da buna uyumlaştırılmasını zorunlu kılmıştır. Bu sebeple öncelikle Dijital Tek Pazar'da Telif Hakları teklif metni²⁹, ardından 17.04.2019 tarihinde de Dijital Tek Pazar'da Telif Hakları Yönergesi³⁰ (CDSM) yayınlanmıştır. Yayınlanan metinler içinde basın yayıncılarına bağlantılı hak sahibi olarak yer verilmiştir.

A. Bağlantılı Hak Tanınması

Haberin dijitale geçmesi ile ortaya çıkan gerilim basın yatırımcısının klasik çalışma modelleri üzerinde ciddi bir baskı ortaya çıkarmıştır. Hizmet sağlayıcı dev platformların kazançlarını yapay zekanın derlediği hazır içerikler üzerinden sağlaması dijital reklam gelirlerinin de büyük kısmının doğrudan veya dolaylı biçimde platformlara yapılmasına sebep olmaktadır.³¹ Küresel medya şirketleri bazı ikili anlaşmalar ile bu konuda mesafe kat etmeye çalışmaktadırlar. Örneğin Rupert Murdoch sahibi olduğu News Corp. ve Google arasında bir anlaşma yaptıklarını duyurmuştur. ABD'de yayın yapan The Wall Street Journal, Barron's, MarketWatch, New York Post; İngilterede yayın yapan The Times, The Sunday Times, The Sun; Avustralya'da yayın yapan The Australian, news.com.au, Sky News gibi Murdoch'un sahip olduğu şirketlerin de katıldıkları toplantıda üç yıllık bir anlaşma yapıldığı duyurulmuştur. Anlaşma Google hizmetlerinde öne çıkarılmayı, sesli gazeteciliğin ve Youtube video gazeteciliğinin geliştirilmesini de

²⁸ "Digital Single Market Directive (EU) 2019/790," EUR-Lex, erişim tarihi Mart 07, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790>.

²⁹ "Dijital Tek Pazarda Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Teklif Metni," EUR-Lex, erişim tarihi Mart 07, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593>.

³⁰ "Dijital Tek Pazarda Telif Hakları," EUR-Lex, erişim tarihi Nisan 08, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790>.

³¹ Google News doğrudan reklam almadığı halde ne şekilde kazanç sağladığı konusunda bkz. Suluk, "Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayıncılarına Tanınan Bağlantılı Haklar," 189.

kapsamaktadır. Ancak en önemli husus elbette reklam gelirlerinin paylaşılmasını hakkında vardıkları mutabakattır.³² Ancak dev platformlarla pazarlık gücü elde etmesi kolay olmayan küçük yatırımcılar yapılacak ulusal ve uluslararası düzenlemeleri beklemektedirler.

Almanya, Belçika, İspanya gibi ülkelerde çıkarılan düzenlemelerin etkinlik sağlayamaması Avrupa'da toplu bir düzenleme yapılmasını ve hakkın toplu takibini gerekli hale getirmiştir. Bazı yargı kararlarının da çıkarılacak düzenlemenin şeklinin belirlenmesinde etkili olduğu belirtilmektedir.³³ Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Yönergesi ile AB artık basın yayıncılarına da bağlantılı hak getirmiştir. Yapılan düzenleme regülasyon değil yönerge şeklinde çıkarılmıştır ve üye devletlerin kendi iç hukuklarında gerekli uyumlaştırmaları yapmaları gerekmektedir. Üye devletlerin iç hukuklarına uyarlamaları için 07.06.2021 tarihine kadar iki yıllık bir zaman tanınmıştır. Bazı ülkeler uyumlaştırma sırasında düzenlemeyi yorumlayarak kendi iç hukuklarına intibak ederlerken bazıları sıradan bir iktibas ile aynı metni hukuklarına geçirmektedirler.³⁴

B. Hakkın Kapsamı, Süresi Ve İstisnaları

Getirilen yeni bağlantılı hak CDSM m.15'te düzenlenmiştir. *Çevrimiçi kullanımlarda basın yayıncılarının korunması* başlığı altında düzenlenmiş ve korunması amaçlanan hedef kitle belirtilmiştir. Basın yayıncılarına, Bilgi Toplumu Telif Hakları ve İlgili Hakların Belirli Yönlerinin Uyumlaştırılmasına ilişkin 2001/29/EC sayılı direktifte bulunan bazı hakların sağlanacağı düzenlenmiştir. Buna göre basın yayıncılarına m.2 ve m.3(2)'te belirtilen *çoğaltma hakkı* ile *umuma iletme hakları* tanınmıştır.

Düzenlemenin ilk fıkrasının 2., 3. ve 4. bentlerinde hakkın kapsamı dışında bırakılacak kullanımlar belirtilmiştir.

³² "News Corp and Google Agree to Global Partnership on News," News Corp., erişim tarihi Şubat 17, 2021, <https://news-corp.com/2021/02/17/news-corp-and-google-agree-to-global-partnership-on-news/>.

³³ Hugenholtz, "Neighbouring Rights are Obsolete," 1009; Suluk, "Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayıncılarına Tanınan Bağlantılı Haklar," 186-87.

³⁴ Furgal, "The Eu Press Publishers' Right," 888.

1. Ticari Olmayan Bireysel Kullanımlar Ve Hyperlinkler

İlgili düzenlemenin 2. bendinde *bireysel kullanıcılar tarafından özel veya ticari olmayan kullanımlar* dışarıda bırakılmıştır. Ayrıca 3.bentte de *hyperlinkler* kapsam dışında bırakılmıştır. Zaten Google link vermeyi aynen alıntı yapmak gibi görmekte ve bunun bir ihlal oluşturmadığını savunmaktadır. Bu sebeple alıntı yapmak için müsaade almaya gerek duymamaktadır.³⁵ Ticari olmayan *bireysel kullanımlar ve hyperlinklerin* madde istisnası kapsamında dışarıda bırakılması açık ve basit şekilde anlaşılabilir durmaktadır. Oysa *çok kısa alıntılarının* hangi sınırlar dahilinde kalacağı konusu belirsizlik içermekte ve uygulayıcı ülkeler tarafından yorumlanması gerekmektedir.³⁶

2. En Küçük Alıntı

Hakkın istisnalarını düzenleyen 4. fıkra ise alıntılarının sınırlarını belirleyici nitelikte hazırlanmaya çalışılmıştır. Buna göre basın yayınından *tek tek kelimelerin veya çok kısa alıntılarının kullanılması* ihlal oluşturmayacaktır. Düzenlemenin bu kısmı Alman Telif Hakları Yasasında getirilen sınırlama ile benzerlik göstermektedir.

Düzenlemeyi iç hukuklarına yorumlayarak uygulayan ülkeler genellikle kelime sınırı koymamış, somut olaylara uygulanabilir bazı soyut kriterler belirlemeye çalışmışlardır. Ancak bunun yanında yönergenin çıkmasında etkili olan Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) *Infopaq* kararlarında izinsiz alıntılarda 11 kelimelik bir sınır bulunmaktadır. Ne var ki bu kararda yapılan alıntının ayrıca kendi başına hususiyet taşıyor olma şartı da aranmaktadır.³⁷

³⁵ Suluk, "Haber İçin Google'ın Telif Ödemesi."

³⁶ Ula Furgal, "The Emperor Has No Clothes: How the Press Publishers' Right Implementation Exposes Its Shortcomings," *GRUR International* 72, no. 7 (2023): 2, <https://doi.org/10.1093/grurint/ikad025>; Furgal, "The Eu Press Publishers' Right," 888; Tito Rendas, "Does Size Matter? The Press Publishers' Right and the Implementation of the 'Very Short Extracts' Limitation," *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 17, no. 6 (2022): 473, <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpac040>.

³⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı 4.D, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening* Kararı, Case C-5/08, 16.07.2009, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0005>).

Ayrıca Alman Patent Ofisinin basın yayınlarından yapılan alıntılarının 7 kelimeyi geçemeyeceği içtihadı kimi yazarlara göre dikkate alınabilir görülmektedir.³⁸

Kelime sınırı koyulmasını doğru bulmayan bazı ülkeler ise çeşitli kriterler koyarak maddenin uygulanabileceğini belirtmektedirler. Belçika, düzenlemenin basın yatırımcısının ekonomik açıdan korunması için getirildiğini öne çıkararak muafiyet sınırının belirlenmesinde ekonomik bir yorum yapılması gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla alıntının *tek başına bir ticari değere* de sahip olamayacak bir şekilde kullanılmasını ileri sürmektedir.³⁹ İtalya ise alıntının *bilginin serbest dolaşımına engel olmayacak kadar bir kısmının* muaf sayılmasını savunmaktadır.⁴⁰ Bunun yanında Estonya'nın ise haber başlıklarını muaf tutacak şekilde maddeyi yorumladığı belirtilmektedir.⁴¹ Fransa ise kullanımların basın yayıncısının etkililiğini etkilememesi ilkesi ile hareket etmiştir. Ayrıca alıntının, basın yayınının yerini tutmaması ve kullanıcıların basın yayınına atıf yapmasını engellememesi gerektiği vurgulanmıştır.⁴² Bütün bunların yanında *en kısa alıntının* sınırlarının belirlenebilmesi ve Avrupa ülkelerinde yaşanan yorum farklarının giderilerek uygulama yeknesaklığının sağlanabilmesi için ABAD içtihatlarına ihtiyaç duyulduğu görülmektedir.⁴³

Yapılan düzenlemenin süresi klasik telif hakları süresinden ayrı olarak yalnızca iki yıl ile sınırlı tutulmuştur. Telif süresi gibi ömür boyu ve ölümden sonra yetmiş yıl gibi bir süre ile korunması durumunda haber alma özgürlüğünün ciddi manada sınırlandırılması mümkün olabilecektir. Bunun yanında taslak metninde yirmi yıllık bir süre öngörülürken kabul edilen metinde hakkın yalnız iki yıl ile

³⁸ Suluk, "Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayıncılarına Tanınan Bağlantılı Haklar," 209.

³⁹ "Belge Avis Du Conseil De La Propriété Intellectuelle Du 19 Juin 2020," Belçika Fikri Mülkiyet Konsili, erişim tarihi Kasım 22, 2023, <https://economie.fgov.be/fr/themes/propriete-intellectuelle/institutions-et-acteurs/conseil-de-la-propriete/avis/avis-du-19-juin-2020-du>.

⁴⁰ Avrupa direktiflerinin iç hukuka aktarılması ve diğer Avrupa Birliği kanunlarının uygulanması hakkında Hükümet Delegasyonu için bkz. Avrupa Delegasyon Yasası 2019-2020, GU. 04.23.2021, S. 21G00063, (https://newsletter.gazzettaufficiale.it/archivio/2021/newsletter_17_2021.html).

⁴¹ Furgal, "The Eu Press Publishers' Right," 891.

⁴² Rendas, "Does Size Matter?," 473.

⁴³ Furgal, "The Emperor Has No Clothes," 2; Furgal, "The Eu Press Publishers' Right," 891.

sınırlı tutulması dikkat çekicidir. Sürenin bu şekilde kısa olmasının sebebi basın yayınlarının içeriklerinin güncelliğini hızla yitirebilecek olduğu düşünülmektedir. Sürenin kısa tutulması ile toplumun bilgiye erişiminin önü de kapatılmaması olacaktır.⁴⁴

III. TELİF HUKUKU AÇISINDAN YAPAY ZEKA ÜRETİMLERİ

Yapay zeka ürünlerin her geçen gün daha farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu durum fikri mülkiyet hukukunun konusu olabilecek tartışmalar da oluşturmaktadır. Patent konusunda Dabus örneğinin meydana getirdiği tartışmalar⁴⁵ sonuçlanmadan Dreamwriter, ChatGPT gibi yeni tartışmalar⁴⁶ üreten yapay zeka örnekleri gündeme gelmiştir.

Kimi yasalarda, patent ve telif sahibi olunması için -doğrudan ya da dolaylı biçimde- eser yaratıcısının insan olması gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁷ Bu yüzden şu ana kadar yapay zeka robotlar adına bir ürün tescili kaydedilmemiştir. Bununla beraber kimi yargı kararlarında yapay zeka adına tescil yapılması mümkün

⁴⁴ Suluk, "Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayıncılarına Tanınan Bağlantılı Haklar," 205.

⁴⁵ 2019 yılında Stephen Thaler, Dabus isimli yapay zeka tarafından üretilmiş tasarımlar için Dabus adına İngiltere, Avrupa Birliği, ABD, Almanya, Japonya, Güney Kore, Avustralya ve İsrail'de patent ofislerine başvurularında bulunmuştur. Rita Matulionyte ve Jyh-An Lee, "Copyright in Ai-Generated Works: Lessons from Recent Developments in Patent Law," *SCRIPTed: A Journal of Law, Technology and Society* 19 (2022): 10.

⁴⁶ Ju Yoen Lee, "Can an Artificial Intelligence Chatbot Be the Author of a Scholarly Article?," *Journal of Educational Evaluation for Health Professions* 20, no: 6 (2023): 2, <https://doi.org/10.3352/jeehp.2023.20.6>.

⁴⁷ "South Korean Copyright Act," S. 18547 (2021), 2, <https://www.copyright.or.kr/eng/laws-and-treaties/copyright-law/act.do>; Netherland Hoge Raad, Arka Koltuk Davası, E. ECLI:NL:HR:2008:BC2153, 30.05.2008, (<https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:HR:2008:BC2153>); "Compendium II of Copyright Office Practices," ABD Telif Hakkı Bürosu, erişim tarihi Nisan 09, 2023, <https://www.copyright.gov/history/comp/compendium-two.pdf>; UKIPO (İngiliz Patent Ofisi): DABUS Kararı – E. GB1816909.4/GB1818161.0, BL O/741/19, 04.12.2019, 20-30, (<https://www.ipo.gov.uk/p-challenge-decisionresults/o74119.pdf>).

görülme bile yapay zekanın *mucit* olarak nitelendirilebileceği belirtilmektedir.⁴⁸ Keza Çin yasalarında da insan yaratıcı olma şartı açıkça aranmamaktadır.⁴⁹ Fakat *Feilin ve Baidu* davasında mahkeme bir eserin telif korumasından yararlanabilmesi için gerçek kişi tarafından üretilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kararda yapay zeka tarafından üretilen ürünlerin eser sahipliğinin programcı veya kullanıcı gibi birisine de atfedilemeyeceği belirtilmiş, bu tarz eserlerin telif korumasından yararlanamayacağına hükmedilmiştir. Bunun yanında mahkemeye göre yapay zekanın otonom meydana getirdiği ürünler telif korumasından yararlanamamaları bile bu çeşitli haklarla korunmaları mümkündür.⁵⁰

Mevcut hukuki düzenlemeler bir eser yaratılabilmesi için eser sahibinin *insan/gerçek kişi* olması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu durumda yapay zeka tarafından otonom şekilde meydana getirilen ürünlerinin telif korumasından yararlanabilmesi için iki farklı ihtimal ortaya çıkmaktadır: 1) Yapay zekanın gerçek kişi sayılması; 2) Telif hukukunun insan dışı yaratıcıları kabul etmesi.

Yapay zekanın gerçek kişi sayılmasıyla ilgili tartışmalar henüz bir sonuca ulaşılabilmemiş değildir. Yapay zekanın mevcut hali ile ileride evrileceği düşünülen hal, onlara bir kişilik bahşedilip edilemeyeceği ya da ne tür bir kişilik verilebileceği noktasında büyük farklılıklar barındırmaktadır. Kimi görüşler Suudi Arabistan'daki robot Sofia'ya vatandaşlık verilmesi gibi uygulamalarla robotların

⁴⁸ Avustralya Federal Mahkemesi Dabus adına yapılan patent başvurusunu değerlendirdiği davada gerçek kişi olmadığı için robot adına tescil yapılamayacağına hükmetmiş Dabus'un bir mucit olarak kabul edilebileceğini de belirtmiştir. Bkz. Federal Court of Australia , Thaler v Commissioner of Patents Kararı, E. [2021] FCA 879, 30.07.2021, (<https://haugpartners.com/wp-content/uploads/2021/12/Australia-Thaler-v-Commissioner-2021-FCA-879.pdf>); UKIPO, DABUS Kararı: GB1816909.4/GB1818161.0, BL O/741/19, 04.12.2019, 15, (<https://www.ipo.gov.uk/p-challenge-decision-results/o74119.pdf>).

⁴⁹ Lee, "Can an Artificial Intelligence Chatbot Be the Author of a Scholarly Article?," 2.

⁵⁰ Feilin v Baidu Kararı.

da gerçek kişiler sayılabileceğini⁵¹ söylerken kimi görüşler bu robotlara tüzel kişilik verilebileceğini belirtmektedir.⁵² AB ise yayınladığı bir raporda yapay zekalara kendine has bir elektronik kişilik kavramı getirilmesini, hak ve borçlarını karşılamaları için de onlar adına bir fon oluşturulmasının imkânını değerlendirmiştir.⁵³ Ancak kimi görüşler yapay zekaların kişiliği gibi bir tartışmanın asla yapılmaması gerektiğini ileri sürerek onların sınırlı ehliyetliler veya köleler olarak insana hizmet etmeleri gerektiğini savunmaktadır.⁵⁴

Söz konusu tartışmaların temelde felsefi bir noktaya kayması muhtemeldir. Ayrıca hukuki düzenlemelerin henüz bu adım için genel geçer somut bir önerisi bulunmamaktadır. İnsan yaratıcı tartışması eser sahibinin manevi haklarının kim üzerinde doğacağı konusunu ilgilendirmektedir.⁵⁵ Dolayısıyla makale kapsamında üzerinde durulacak konu yapay zeka ürünlerin mali haklarının kim tarafından kullanılacağıdır.

⁵¹ F. Patrick Hubbard, "Do Androids Dream?: Personhood and Intelligent Artifacts," *Temple Law Review* 83, no. 405 (2010): 472-73, <https://papers.ssrn.com/abstract=1725983>; Ugo Pagallo, "Vital, Sophia, and Co.—the Quest for the Legal Personhood of Robots," *Information* 9, no. 9 (2018): 10, <https://doi.org/10.3390/info9090230>. Pagallo, Robot Sofia'ya vatandaşlık verilmesini Roma İmparatoru Caligula'nın kendi atını senator ilan etmesine benzeterek eleştirmektedir.

⁵² Roman Dremluiga, Pavel Kuznetcov ve Alexey Mamychev, "Criteria for Recognition of AI as a Legal Person," *Journal of Politics and Law* 12 (2019): 111-12.

⁵³ Mady Delvaux, *Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics* (Strazburg: European Parliament, 2017), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.pdf.

⁵⁴ Joanna Bryson, "Robots Should Be Slaves," iç. *Close Engagements With Artificial Companions: Key Social, Psychological, Ethical And Design Issues*, ed. Yorick Wilks (Amsterdam: John Benjamins Publishing Company, 2010), 9; Pagallo, "Vital, Sophia, and Co.—the Quest for the Legal Personhood of Robots," 9; Peter Asaro, "Robots and Responsibility from a Legal Perspective," *IEEE* 4, no. 14 (2007): 23, <http://www.roboethics.org/icra2007/contributions/ASARO%20Legal%20Pe%20rspective.pdf>; Kurki Visa A.J., *A Theory of Legal Personhood* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 182; Sangam Shakuntla, "Legal Personality for Artificial Intelligence with Special Reference to Robot: A Critical Appraisal," *Indian Journal of Law and Human Behavior* 6, no. 1 (2020): 20-21.

⁵⁵ Konu hakkında daha geniş açıklamalar için ayrıca bkz. Nurullah Enes Süheyl Belada, "Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Ürünlerde Eser Sahipliği," *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi* (İstanbul: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022), 40-76.

A. Tencent ve Yingxun – Dreamwriter Davası

1. Olay

Yapay zekanın bu üretici pozisyonunda olması basın yayıncıları açısından da kullanılabilir hale getirilmeye çalışılmıştır. Örneğin Çin’de ortaya çıkan bir uyuşmazlık bu güncel tartışmanın konusunu oluşturmaktadır. Dava Tencent Technology (Beijing) Co. Ltd. (davacı) ile Shanghai Yingxun Technology Co. (davalı) arasında görülmüştür. Tencent şirketi büyük şirketlerin ihtiyaçlarını karşılayabilmek için *Dreamwriter* isimli veri ve algoritma tabanlı ileri seviye bir yazma robotu geliştirmiştir. Dreamwriter geliştirilmesinden sonra borsa verilerini kullanarak bir ekonomi analizi yapmış ve bunu yayınlanabilecek bir haber metnine dönüştürmüş ve metin sonunda “Bu makale Tencent robotu Dreamwriter tarafından otomatik olarak oluşturulmuştur.” şeklinde bir not ile yayınlanmıştır. Dava konusu haber metni aynı gün davalı Yingxun Technology Co. tarafından da kendi web sitelerinde yayınlanmıştır. Yayınlanan haber makalesinin haklarının kendilerine ait olduğunu iddia eden davacı Tencent şirketi dava açmış ve hak talebinde bulunmuştur.⁵⁶

2. Eser

Mahkeme ilk önce ortaya çıkan makalenin telif hukuku kapsamında bir eser sayılıp sayılmayacağını değerlendirmiştir. Mahkemeye göre ortaya çıkan makale biçimsel özellikler itibariyle uyumlu ve borsa verilerinin analizi, muhakeme ve yansıtması açısından da anlamlıdır. Şablon, veri seçimi, analizi ve ifade biçimiyle makalenin entelektüel bir çalışma oluşturduğu kararlaştırılmıştır. Bu manada mahkeme, mevcut borsa bilgilerinin ve verilerin seçimi, analizi, ifade biçimi ve değerlendirmesinin belirli bir derecede *orijinalliğe* sahip olduğuna karar vermiştir. Eser sayılma anlamında ciddi eşiklerden birisi olan hususiyet şartının yapay zeka tarafından sağlanabildiği belirtilmiştir. Dolayısıyla yapay zeka tarafından oluşturulan bir haber makalesinin eser sayılabileceği şeklinde bir yargı kararı ortaya çıkmış gözükmektedir.

⁵⁶

Tencent v. Shanghai Yingxun Technology Co. Ltd. Kararı.

3. Hak Sahibi

Fakat bu durumda ikinci bir soru gündeme gelmektedir: ortaya çıkan bu eserin hakları kim tarafından kullanılacaktır? Mahkeme makalenin editör ekibi, ürün ekibi ve teknik geliştirme ekibinin dahil olduğu ana yaratıcı bir ekip tarafından hazırlandığını belirtmiştir. Bu yüzden makalenin davacı şirketin himayesinde yapay zeka kullanılarak tamamlandığı sonucuna varılmıştır.

Buradan hareketle mahkeme, çalışma ekibinin makalenin ortaya çıkmasındaki derin izlerini vurgulamıştır. Bu vurgu sebebiyle de şirket ekibinin kişiselleştirilmiş çabalarının bir ürünü olan makalenin lisanssız şekilde çoğaltılmasının Çin telif kanununa aykırılık oluşturacağına hükmetmiştir. Sonuç itibarıyla de yazılımın öz-farkındalığı olmaması sebebiyle makalenin eser sayılması halinde doğacak hakların davacı Tencent şirketi tarafından kullanılabilmesi sonucuna varmıştır.

IV. YAPAY ZEKA ÜRETİMLERİNİN YARARLANACAĞI KORUMA MODELLERİ

Yapay zeka üretimleri herhangi bir uyumsuzluğun her iki tarafında da yer alabilecek şekilde kullanım alanı bulabilmektedir. Geleneksel basın yayıncılarının dijital haber metinleri, Google ve META gibi hizmet sağlayıcı büyük platformlar tarafından yapay zeka ile derlenebilmektedir. Platformlar bu derlemeleri yaparken haber başlıkları ve snippet denilen küçük metin kırpıntıları ile kullanıcılarına hizmet sunmaktadır. Ancak oluşturulan snippetlar göre basın yayıncılarının site trafiklerinde ve küresel reklam gelirlerinden aldıkları paylarda doğrudan düşürücü bir etki sağlayabilmektedir. Çünkü yapay zeka tarafından üretilen snippetlar yazı hakkında yeterli bilgiyi içerdiğinde okuyucular haber linkine girmeye gerek duymamaktadır.

Diğer yandan Tencent davası⁵⁷ örneğinde olduğu gibi basın yayıncılarının haber metni üretiminde de yapay zekadan doğrudan yararlandıkları görülebilmektedir. Hatta bu kullanımların telif koruması ile korunamaması

⁵⁷

Tencent v. Shanghai Yingxun Technology Co. Ltd. Kararı.

sebebiyle yapay zeka sahibi şirketlerin de hukuki koruma talepleri gündeme gelebilmektedir.

Buradan hareketle söylenebilir ki basın yayın sektöründeki uyuşmazlıklarda yapay zekanın hem basın yayıncıları tarafından hem de büyük yayıcı platformlar tarafından kullanıldığı görülmektedir. Yani davalarda karşı karşıya gelen basın sektörü ve dijital platformların her ikisi de haber metinlerinin üretilmesi ve yayımı için yapay zekaya müracaat etmektedir.

A. Eserin Orijinal Sayılması Durumunda

Buradaki sorunun çözümü için ister yapay zeka ister insan yazarlar tarafından üretilen basın yayınlarının hukuki bir koruma altına alınması gerekmektedir. Bağlantılı hakların kullanımı için kanunlarda insan yaratıcı şartının aranmıyor olması bu hakların yapay zeka ürünleri açısından kullanımını kolaylaştırmaktadır. Infopaq kararından hareketle üretilen eserlerin yalnızca orijinallik taşıması bağlantılı hakların kullanımı için yeterli olmaktadır.⁵⁸ Yine de yapay zeka tarafından üretilen ürünlerin orijinallik taşıyıp taşıyamaması çetin bir meseledir. Ancak gerek Avustralya federal mahkemesinin *Dabus* kararında⁵⁹ gerekse Çin mahkemesinin *Feilin* kararında⁶⁰ yapay zeka ürünlerine yaratıcılık unsuru taşıyabilecekleri kabul edilmiştir. Bu sebeple yapay zekanın ürettiği haber metinlerinin orijinallik şartını aşıyor olmaları durumunda atanmış olan bağlantılı hak sahibi bundan doğan haklarını kullanabileceklerdir.

Fakat sorun şu ki basın yayıncılarının koruma talepleri bundan dört yüzyıl öncesinde çıkan ilk gazete sahibinden beri reddedilmektedir.⁶¹ Hak taleplerinin reddedilmesinin altında bugüne haberin serbest dolaşımının engellenmemesi gerekçesi yatmıştır. Zira basın yatırımcısı hem 1) fiili gazete satışlarından hem de 2) reklam gelirlerinden olmak üzere iki farklı kâr elde etmekteydiler. Ancak bugün gelen noktada haberin dijitalleşmesi fiili gazete satışlarını; basın yatırımcısının

⁵⁸ Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening Kararı.

⁵⁹ Thaler v Commissioner of Patents Kararı.

⁶⁰ Feilin v Baidu Kararı.

⁶¹ Podszun, "Searching the Future of Newspapers," 261.

ürettiği hazır haberleri derleyerek para kazanan büyük platformlar sebebiyle de reklam gelirlerini kaybetmenin eşğine gelmişlerdir. Dolayısıyla gelinen noktada haberin serbest dolaşımını haber yatırımcısının haber üretmez hale gelmesi durumu tehdit etmektedir.

B. Orijinallik Aranmayan Bağlantılı Hak Durumunda

Diğer yandan AB tarafından yürürlüğe koyulan CDSM basın yatırımcısının finansal ve organizasyonel yatırımlarını korumak üzere çıkarılmıştır. Yönerge basın yayıncılarına özel yeni bir bağlantılı hak tanımıştır. Yönergenin 2.maddesinin ilk fıkrasında basın yayınları esas olarak gazetecilik niteliğindeki edebi eserlerden oluşan ancak diğer çalışmaları da içerebilen koleksiyonlar olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda basın yayını, gazete ve dergi yayınları gibi kamuoyuna bilgi sağlama amacıyla hizmet sağlayıcının inisiyatifiyle editoryal bir kontrolden geçerek üretilmiş tek başlık altında herhangi bir mecrada yayınlanan süreli veya düzenli güncellenen yayınlar olarak tanımlanmaktadır.⁶² Buradan da anlaşıldığı gibi basın yayıncılarına tanınan bağlantılı hakkın kullanımı yalnızca hususiyet şartını gerçekleştiren yayınları değil hususiyet taşımayan yayınları da kapsamaktadır.

Yapay zekanın meydana getirdiği basın yayınları için üretilen bu yöntemler dışında kalan ürünler hukuki korumadan yoksun durumdadır. Bu sebeple yapay zeka yatırımcıları araştırmalarını yeterince şeffaf şekilde yürütmemektedirler. Zira çok hızlı biçimde çok fazla fikri üretim yapma potansiyeline sahip olan yapay zeka ürünlerine genel geçer bir hak sağlanması gayet ince bir hukuk işçiliği gerektirmektedir. AIPPI 2019 çalışmaları tüm yapay zeka üretimleri için yasal bir düzenlemenin nasıl yapılacağını tartışmış ve çeşitli yaklaşımlar ortaya koymuştur.⁶³ Bu konuda bir başka görüş ise üretim hızı sebebiyle güncelliğini

⁶² Dijital Tek Pazarda Telif Hakları.

⁶³ Belada, "Yapay Zekânın Meydana Gettiirdiği Ürünlerde Eser Sahipliği," 93-95.

çabuk yitiren yapay zeka ürünleri için CDSM’de basın yayıncısına getirilen kısa süreli korumanın emsal alınabileceği şeklindedir.⁶⁴

SONUÇ

Basın yayıncıları çıkartılan ilk gazeteden beri koruma taleplerini dile getirmişlerdir. Ancak bu talepleri kanun koyucular tarafından yerinde görülmemiş ve günümüze kadar haber serbestçe dolaşımında kalabilmiştir. META ve Google gibi büyük dijital hizmet sağlayıcılar tarafından verilen hizmetler basın yayıncıları ile kesişmeye başlamıştır. Yaşanan bu çakışma Rupert Murdoch gibi küresel basın yatırımcılarını bile bu şirketler ile lisans anlaşmaları yapmaya zorlamıştır. Bu gibi bir durumda toplu bir hukuki yaklaşım sergilenmediği müddetçe küçük basın yatırımcısı tekneyle okyanusta balık tutmaya çalışıyor gibi kalmaktadır. Zira Almanya ve İspanya gibi Avrupa devletlerinin iç hukuklarında aldıkları koruma önlemleri dahi işe yaramamıştır. Neticede basın yatırımcılarını ya Alman Springer örneğindeki gibi eserlerini Google’a bedelsiz lisanslamak zorunda bırakmış ya da İspanya’daki gibi Google’ı ülkeden çıkmak zorunda bırakarak basın yatırımcısını internette görünmezliğe sürüklemiştir.

Yapay zeka ile derlenerek sunulan haberler sebebiyle reklam ve tirajlarını kaybetmekle karşı karşıya kalan haber yayıncılarının talepleri Avrupa Birliği çatısı altında çıkarılan Dijital Tek Pazarda Telif Hakları yönergesi ile karşılık bulmuştur. Getirilen bu düzenleme ile basın yatırımcıları ürettikleri yayınlar için iki yıllık bir koruma sağlayacak, çoğaltma ve yayma haklarını ellerinde tutabileceklerdir. Getirilen düzenlemenin yayınlarda hususiyet şartı aramaması yapay zeka tarafından üretilen yayınların korunmasında da kolaylık sağlayacaktır. Zira yapay ürünlerinin fikri mülkiyette takıldıkları en çetin şartlardan birisi olan hususiyet kriterinin bu şekilde aşılması basın yayıncılarının yapay zeka yatırımlarını da artıracaktır.

Ayrıca CDSM ile basın yayınına getirilen koruma, yayının yazarı olmadığı durumda doğrudan şirket sahibine bırakılmıştır. Yapay zekanın ürettiği haber

⁶⁴ Martin Senftleben ve Laurens Bujitelaar, “Robot Creativity: An Incentive-Based Neighboring Rights Approach,” *SSRN* (2020): 19, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3707741>.

metninden doğan hakların şirket sahibi tarafından kullanılabilmesine hükmeden Çin mahkemesinin *Tencent* kararında da benzer bir görüş dikkat çekmektedir.

Ülkemizde basın yayınlarının devamlılığını ve yatırımcının korunabilmesi için yapılacak düzenlemelerin dikkatle yapılması gerekmektedir. Ancak küresel büyüklükteki yatırımcıların veya AB gibi toplu hareket eden birliklerin basın yayıncılarının yatırımlarını korumakta başarılı oldukları unutulmamalıdır. GAFA (Google, Amazon, Facebook, Apple) gibi dev hizmet sağlayıcıların olduğu piyasalarda basın yatırımcılarına toplu hak takibi imkânı sağlanarak yalnız bırakılmamaları gerekmektedir.

Bütün bunlara ek olarak AIPPI 2019 raporuna bakılarak yapay zeka tarafından basın yayınları dışındaki üretimler için yapılacak düzenlemelerin de çok uzak olmadığı gözükmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar, bu çalışmada çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu çalışma için etik kurul onayı gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has not declared whether ethical committee approval is required for this research.

KAYNAKLAR

- ABD Telif Hakkı Bürosu. "Compendium II of Copyright Office Practices." Erişim tarihi Nisan 09, 2023. <https://www.copyright.gov/history/comp/compendium-two.pdf>.
- Ali Haydar Efendi. *Dürer'ül-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı, 2016.
- Asaro, Peter. "Robots and Responsibility from a Legal Perspective." *IEEE* 4, no. 14 (2007): 1-5, <http://www.roboethics.org/icra2007/contributions/ASARO%20Legal%20Perspective.pdf>.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı 4.D. Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening, E. Case C-5/08.16. 07.2009. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0005>).
- Axelspringer. "International Publishers Sign 'Hamburg Declaration to Protect Intellectual Property Rights'." Erişim tarihi Nisan 07, 2023. <https://www.axelspringer.com/en/ax-press-release/international-publishers-sign-hamburg-declaration-to-protect-intellectual-property-rights>.
- Beijing Internet Court. Feilin v Baidu. E. Jing 0491 Min Chu No. 239, 25.04.2019. https://english.bjinternetcourt.gov.cn/2019-05/28/c_168.htm.
- Belada, Nurullah Enes Süheyl. "Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Ürünlerde Eser Sahipliği." Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.
- Belçika Fikri Mülkiyet Konsili. "Belge Avis Du Conseil De La Propriété Intellectuelle Du 19 Juin 2020." Erişim tarihi Nisan 09, 2023. <https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/Intellectual-property/Avis%20Conseils%20Propri%C3%A9t%C3%A9%20intellectuelle/Avis-CPI-19062020.pdf>.
- Bryson, Joanna. "Robots Should Be Slaves." İç. *Close Engagements With Artificial Companions: Key Social, Psychological, Ethical And Design Issues*, ed. Yorick Wilks, 63-74. Amsterdam: John Benjamins Publishing Company, 2010.

- CCIA. *White Paper: Understanding 'Ancillary Copyright in the Global Intellectual Property Environment*. Washington: CCIA, 1972. <http://www.ccianet.org/wp-content/uploads/2015/02/CCIA-Understanding-AncillaryCopyright.pdf>.
- Delvaux, Mady. *Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics*. Strazburg: European Parliament, 2017. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.pdf.
- Dremluga, Roman, Pavel Kuznetsov ve Alexey Mamychev. "Criteria for Recognition of AI as a Legal Person." *Journal of Politics and Law* 12 (2019): 105-112.
- EUR-Lex. "Digital Single Market Directive (EU) 2019/790." Erişim tarihi Mart 07, 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790>.
- EUR-Lex. "Dijital Tek Pazarda Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar." Erişim tarihi Mayıs 17 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593>.
- EUR-Lex. "Dijital Tek Pazarda Telif Hakları." Erişim tarihi Nisan 08, 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790>.
- European Publishers Council. *Hamburg Declaration Regarding Intellectual Property Rights*. Berlin: EPC, 2009. https://www.fieg.it/upload/documenti_allegati/Hamburg_Declaration.pdf.
- Federal Court of Australia. *Thaler v Commissioner of Patents*. E. FCA 879, 30.07.2021. <https://haugpartners.com/wp-content/uploads/2021/12/Australia-Thaler-v-Commissioner-2021-FCA-879.pdf>.
- Furgal, Ula. "The Emperor Has No Clothes: How the Press Publishers' Right Implementation Exposes Its Shortcomings." *GRUR International* 72, no. 7 (2023): 650-664. <https://doi.org/10.1093/grurint/ikad025>.
- Furgal, Ula. "The Eu Press Publishers' Right: Where Do Member States Stand?" *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 16, no. 8 (2021): 887-93. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpab105>.
- Geiger, Christophe, Oleksandr Bulayenko ve Giancarlo Frosio. "Opinion of the CEIPI on the European Commission's Copyright Reform Proposal, with a

- Focus on the Introduction of Neighbouring Rights for Press Publishers in EU Law." *SSRN* (2016). <https://papers.ssrn.com/abstract=2921334>.
- Güz, Nurettin. "Gazeteler ve Yazılı Basın Tarihi." İç. *İletişim Tarihi ve Sosyolojisi*, 1-25. Erzurum: Atatürk Üniversitesi AÖF, 2012.
- Hubbard, F. Patrick. "Do Androids Dream?: Personhood and Intelligent Artifacts." Erişim tarihi Mayıs 17, 2024. <https://papers.ssrn.com/abstract=1725983>.
- Hugenholtz, P. Bernt. "Neighbouring Rights Are Obsolete." *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 50, no. 8 (2019): 1006-11. <https://doi.org/10.1007/s40319-019-00864-3>.
- İbn Haldun. *Mukaddime*. İstanbul: İlgi Kültür Sanat Yayınları, 2015.
- Lee, Ju Yoen. "Can an Artificial Intelligence Chatbot Be the Author of a Scholarly Article?." *Journal of Educational Evaluation for Health Professions* 20 (2023): 1-6, <https://doi.org/10.3352/jeehp.2023.20.6>.
- Matulionyte, Rita ve Jyh-An Lee. "Copyright in Ai-Generated Works: Lessons from Recent Developments in Patent Law." *SCRIPTed: A Journal of Law, Technology and Society* 19 (2022): 5-35.
- Nederland Hoge Raad. Arka Koltuk Davası. E. ECLI:NL:PHR:2008:BC2153, 30.05.2008. <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2008:BC2153>.
- News Corp. "News Corp and Google Agree To Global Partnership On News." Erişim tarihi Şubat 17, 2021. <https://newscorp.com/2021/02/17/news-corp-and-google-agree-to-global-partnership-on-news/>.
- NTV. "İki Devlik Tekel Sona Eriyor: Google Ve Meta İnternet Reklam Pazarının Yarısını Daha Azını Kontrol Ediyor." Erişim tarihi Nisan 07, 2023. <https://www.ntv.com.tr/teknoloji/iki-devlik-tekul-sona-eriyor-google-ve-meta-internet-reklam-pazarinin-yarisini-daha-azini-kontrol-ediyor,3NLx8RAL1kq9AazHso0UUA>.
- Ortutay, Barbara. "Facebook to Invest \$300 Million in News, Focusing on Local." AP NEWS. Erişim tarihi Ocak 15, 2019. <https://apnews.com/article/---5a70617ac06b4b65ad32dc2e4d372eed>.
- Pagallo, Ugo. "Vital, Sophia, and Co.—the Quest for the Legal Personhood of Robots." *Information* 9, no. 9 (2018): 230. <https://doi.org/10.3390/info9090230??>.

- People's Court of Nanshan District of Shenzhen. Tencent v. Shanghai Yingxun Technology Co. Ltd. E. Yue 0305 Min Chu No. 14010, 24.12.2019. <https://www.chinajusticeobserver.com/law/x/2019-yue-0305-min-chu-14010>.
- Podszun, Rupprecht. "Searching the Future of Newspapers: With a Little Help from Google and IP Law?." *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 44, no. 3 (2013): 259-62. <https://doi.org/10.1007/s40319-013-0037-2>.
- Rendas, Tito. "Does Size Matter? The Press Publishers' Right and the Implementation of the 'Very Short Extracts' Limitation." *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 17, no. 6 (2022): 473-74. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpac040??>.
- Senftleben, Martin ve Laurens Bujitelaar. "Robot Creativity: An Incentive-Based Neighboring Rights Approach." *SSRN* (2020): 1-24.
- Shakuntla, Sangam. "Legal Personality for Artificial Intelligence with Special Reference to Robot: A Critical Appraisal." *Indian Journal of Law and Human Behavior* 6, no. 1 (2020): 15-22.
- South Korean Copyright Act. S. 18547 (2021). <https://www.copyright.or.kr/eng/laws-and-treaties/copyright-law/act.do>.
- Statista. "Global Search Engine Desktop Market Share 2023." Erişim tarihi Nisan 07, 2023. <https://www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines/>.
- Suluk, Cahit. "Avrupa Birliği Hukukunda Basın Yayıncılarına Tanınan Bağlantılı Haklar." *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 12 (2022): 169-227.
- Suluk, Cahit. "Haber İçin Google'ın Telif Ödemesi." Erişim tarihi Temmuz 26, 2022. <https://fikrimulkiyet.com/haber-icin-googlein-telif-odemesi/>.
- Talke, Armin. "The "Ancillary Right" for Press Publishers: The Present German and Spanish Legislation and the Eu Proposal." *IFLA WLIC* (2017): 1-6. <http://library.ifla.org/1849/1/119%20talke%20en.pdf>.
- UKIPO (İngiliz Patent Ofisi): DABUS Kararı – E. GB1816909.4/GB1818161.0, BL O/741/19, 04.12.2019, <https://www.ipo.gov.uk/p-challenge-decisionresults/o74119.pdf>.

Visa A.J., Kurki. *A Theory of Legal Personhood*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

Xalabarder, Raquel. "The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government - Its Compliance with International and EU Law." *SSRN* (2014): 1-40. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2504596>.

TÜRK CEZA KANUNU m. 61 AÇISINDAN CEZANIN BELİRLENMESİ

The Determination of Punishment in the Context of Turkish Criminal Code art. 61

Kaan POLAT*

Öz


Failin; mağdurun kalbine ateş edip onu öldürmesi ile karnına ateş edip onu öldürmesi, mağdurun akıllı telefonunu çalması ile otomobilini çalması, mağdura tokat atması ile mağduru bacağundan bıçaklaması eylemlerinde her ne kadar işlenen suçlar tipik olarak aynı olsa da bu suçu işleyen faillere aynı cezanın verilmesi adalete uygun değildir. Zira her olayın kendine özgü bir zemini bulunmaktadır. Buna benzer sonsuz sayıda eylem bakımından kanun koyucunun mevzuat metinlerinde bunları ayrı ayrı olarak düzenlemesi, hayatın olağan akışına aykırı olduğu gibi hukuk sistematiği açısından da mümkün değildir. Aksi takdirde hem mevzuatı oldukça kazuistik hâle getirmiş hem de hâkimlerin serbestçe değerlendirme yapmasının güç olduğu bir durum ile karşı karşıya kalmış oluruz. Bundan dolayı kanun koyucunun bu konuda icra ettiği en mühim düzenlemelerden biri, her olayın zemininin tespit edilmesi bakımından hâkime

* Araştırma Görevlisi, İnönü Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı, kaanpolat44@live.nl, ORCID: 0000-0001-7866-8789.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 03.01.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 11.04.2024.

Atıf/Citation: Polat, Kaan. "Türk Ceza Kanunu m. 61 Açısından Cezanın Belirlenmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024): 569-629.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

yol gösterici nitelikte olan bazı ölçütlere yer vermesidir. Bu ölçütler; kanunda düzenlenen ceza aralığını, başka bir deyişle soyut cezayı; aralığı daraltmak suretiyle cezayı belirlenebilir hâle getirmeye, yani somut cezaya çevirmeye hizmet etmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinde de cezanın belirlenmesi müessesesiyle ilgili olarak düzenlemelere yer verilmiştir. Şüphenin kesin olarak yenilip suçlu olduğuna kanaat getirilen bir fail hakkında ceza verilirken; somut olayın özelliklerinin, indirim veya artırımın önceliğinin, suçun maddi ve manevi unsurunun etkisinin, birtakım kurumların uygulanma sırasının ve benzeri hususların ne şekilde cezanın belirlenmesinde etki edeceği bu düzenlemede yer almaktadır. Çalışmamızda TCK m.61 genel olarak ele alınacak ve ceza hukuku çerçevesinde değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Cezanın Belirlenmesi, Cezanın Tayini, Soyut Ceza, Somut Ceza, Temel Ceza, Sonuç Ceza, TCK m.61.

Abstract

Although the crimes committed by the perpetrator; shooting the victim in the heart and killing him/her and shooting him/her in the stomach and killing him/her, stealing the victim's smartphone and stealing his/her car, slapping the victim and stabbing him/her in the leg are typically the same, it is not in accordance with justice to give the same punishment to the perpetrators who committed these crimes. This is because each incident has its own unique ground in itself. In terms of an infinite number of similar acts, it is not only contrary to the ordinary course of life, but also impossible in terms of legal systematics for the legislator to regulate them separately in the legislative texts. Otherwise, we would be faced with a situation in which the legislation would be quite casuistic and it would be difficult for judges to make free evaluations. Therefore, one of the most important arrangements made by the legislator in this regard is the inclusion of some criteria that guide the judge in terms of determining the ground of each case. These criteria serve to transform the range of punishment regulated in the law, in other words. the abstract punishment, into a concrete and final punishment by making the punishment determinable by minimizing the range. Article 61 of the Turkish Criminal Code contains regulations on the determination of the penalty. While sentencing a perpetrator who is conclusively overcome by suspicion and convicted of guilt; the characteristics of the concrete case, the priority of the discount or

increase, the effect of the material and moral elements of the crime, the order of application of certain institutions and similar issues are included in this regulation. In our study, Article 61 of the TCC will be discussed generally and evaluations will be made within the framework of criminal law.

Key Words: Determination of Punishment, Determination of Penalty, Abstract Punishment, Concrete Punishment, Basic Punishment, Final Punishment, TCC art.61.

GİRİŞ

Dünya üzerinde icra edilebilecek sonsuz sayıda eylem vardır. Bu eylemlerden bazıları, içerdikleri kusurluluk gereğince haksız eylem olarak, bu haksız eylemlerin bazıları ise ceza kanunlarında düzenlenmeleri sebebiyle suç olarak nitelendirilmektedir. İşlenen suç karşılığında uygulanacak yaptırım bakımından ise kanun koyucu genelde hâkime¹ sınırlı olarak bir takdir hakkı tanımaktadır. Bu takdir hakkının sınırlı olmasının sebebi, hukukun evrensel ilke ve esaslarından olan hukuki güvenlik ilkesi içerisinde yer alan öngörülebilirlik ve belirlilik ilkeleridir. Suçta ve cezada kanunilik prensibi gereğince tipikliğe uyan bir fiili icra eden, yani suç işleyen fail; az çok ne tür bir ceza alacağını öngörebilmelidir. Bundan dolayı kanun koyucu, suç karşılığı verilecek olan yaptırımın sınırlarını önceden belirlemiş olmalıdır. Ancak işlenen her suç, kendi içerisinde farklı bir zeminde kendini göstermektedir. Başka bir deyişle; kanun koyucu her ne kadar işlenen suç karşılığında verilecek olan cezanın aşağı yukarı sınırını belirtmiş olsa da bu suçun hangi zeminde işlendiğinin tespiti, sonucunda da bu koşullara göre hangi cezanın verilmesinin adaletli ve makul olacağını kararı, hâkime düşmektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun öngörmüş olduğu ceza sınırı

¹ Çalışmamız kapsamında cezayı belirleyen olarak “hâkim” terimi kullanılacaktır. Çalışmamız bakımından cezanın nasıl tayin edildiğinin asıl mevzu olması ve yeknesaklık oluşturma gayemizin bulunması sebebiyle bu terimin kullanılmasına karar verildi. 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 12. maddesi gereğince ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından “mahkeme” ya da “üç hâkim” teriminin kastedildiğini kabul etmek gerekir.

çerçevesinde hâkimin cezayı tayin etmesi, hâkime sınırlı bir takdir hakkının tanındığı anlamına gelmektedir.

Ceza kanunlarında, icrası mümkün olan bütün haksız fiillerin yer alması ve karşısında bir yaptırımın belirlenmesi olanaksızdır. Her ne kadar suçun adı aynı olsa da suç teşkil eden birçok fiilin icrası dikkate alındığında, hepsinin birbirinden farklı olduğu görülecektir. Hiçbir eylem yoktur ki başka bir eylemle tıpatıp aynı nitelikleri taşıyın ve aynı haksızlık içeriğini barındırsın. Sadece birbirine benzer olarak görülen eylemler açısından bazı durumlarda benzer cezalara hükmedildiği görülmektedir. Failin; mağdurun telefonunu yere atıp kırması, mağdurun otomobilinin camını kırması, mağdurun evinin bahçesindeki ot biçme aletini kırması, mağdurun evini mağdur evde yokken yakması olaylarında genel olarak tüm suçlar, mala zarar verme suçu kapsamında değerlendirilmektedir. Mala zarar verme suçunun cezası da TCK (Türk Ceza Kanunu)² m.151/f.1'e göre 4 aydan 3 yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. "4 aydan 3 yıla" ibaresi, hâkimin sınırlı takdir yetkisine sahip olduğu bir alandır. Az önce belirtilen örneklerinin hepsinin haksızlık yoğunluğu birbirinden farklıdır. Hâkim; somut olayın koşullarını değerlendirmek suretiyle alt veya üst haddenden uzaklaşır, hakkaniyete uygun olan ceza miktarını bulur; yani soyut cezayı somut cezaya çevirir, bir başka deyişle sonuç cezayı tayin eder.

Hâkim, fail hakkında cezayı belirlerken birtakım ölçütlere başvurmalıdır. Bu ölçütler, işlenen suçun koşulları hakkında hâkim açısından yol gösterici niteliktedir. Dolayısıyla bunların göz önünde bulundurulması, cezanın amacına ve hakkaniyete uygun düşecektir. TCK'nin "Cezanın belirlenmesi" başlıklı 61. maddesinde hâkimin somut olayı değerlendirirken ve soyut cezadan somut cezaya geçiş yaparken dikkate alması gereken hususlar düzenlenmiştir. Çalışmamızda bu konu hakkında açıklama ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

² Türk Ceza Kanunu (5237), RG. 12.10.2004, S. 25611.

I. CEZANIN BELİRLENMESİ

Eski dönemlerde suçlu olarak görülen kişiler bakımından uygulanan cezaların türü ve miktarı keyfi olarak tayin edilmiştir.³ Fransız İhtilali'nden önce de cezaların tayini, hâkimlerin keyfi gücüne bırakılırdı. Hiçbir şekilde kanunlara bağlı değillerdi. Her bir olaya göre cezayı düzenleyebilir ve cezanın orantısını kendileri belirleyebilirlerdi.⁴ Günümüzde bunun kabulü mümkün değildir. Zira AY (Anayasa)⁵ m.38/f.1'de düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesinin tekâmül etmesi, bu geniş ve keyfi takdir hakkına engel niteliktedir. Dolayısıyla suç işlediği iddia edilen bir failin, yargılandıktan sonra suçlu olduğuna kanaat getirildiği bir durumda; o failin yaklaşık ne ceza alacağına önceden belirlenebilir olması gerekir. Alacağı cezanın "belirlenebilir olması"ndan kasıt sadece hapis cezasının alt ve üst sınırın belli olması değil, aynı zamanda cezanın türünün de belli olmasıdır.

Cezanın belirlenebilir olmasının yanı sıra, aynı neviden suç işleyen her faille tatbik edilecek olan ceza aynı olmamalı; her failin şahsi ahvaline, suçun bu koşullar altında işleniş biçimine göre ceza değişmelidir. Elbette ceza ile arzulanan amaca hizmet edilmeli, bunların hepsi bir arada değerlendirilmek suretiyle ceza adaleti sağlanmalıdır.⁶

Öncelikle belirtmek gerekir ki suç işleyen bir failin uygulamada ceza alıp almayacağını belirleyen hâkimdir. New York (Güney Bölgesi) Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan bir araştırmada; bir sanığın cezaevine girme olasılığı, davasına hangi hâkimin atanmış olduğuyla yakından ilgili olduğu saptanmıştır.⁷ Bu durum; suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu gibi, en başta hukuk devleti ilkesine de aykırıdır. Ancak belirtmek gerekir ki Anglo Sakson sisteminin uygulandığı New York'ta bu şekilde bir tespitin yapılmış olması, bunun Türk hukuk sistemi ile Kıta Avrupa hukuk sisteminde de mutlaka geçerli olduğu

³ İsmail Hakkı Ayık, "Cezanın Tatbiki ve Tertibi," *Adalet Dergisi*, no. 9 (1950): 1180.

⁴ William Townsend, "Punishment of Crime," *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* 10, no. 4 (1919-1920): 534.

⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (2709), RG. 09.11.1982, S. 17863 (Mükerrer).

⁶ Adli Kısagün, "Cezanın Ferdileştirilmesi," *Adalet Dergisi* 52, no. 11-12 (1961): 1099.

⁷ William Cahalan, "Certainty of Punishment," *Journal of Urban Law* 51, no. 2 (1973): 165.

anlamına gelmez. Fakat yine de ülkemizin uyguladığı hukuk sistemi dikkate alındığında, özellikle cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi müesseseleri uygulanırken hâkime büyük iş düştüğü ve oldukça özenli olması gerektiği açıktır. Çok yakın ve benzer koşullar altında işlenmiş olan suçlar bakımından faillerden birine oldukça düşük, diğerine oldukça yüksek bir hapis cezası verilmesi; cezanın orantılılığı ilkesine uygun değildir. Bundan dolayı hâkim, kişi hak ve hürriyetlerine en çok müdahalede bulunulan alan olan ceza hukukunda hareket ederken oldukça dikkatli olmalıdır. Ancak hâkimin sadece dikkatli olması yeterli değildir. Aynı zamanda kanun koyucu tarafından ilgili ceza tayin edilirken hangi kurallara uyulması gerektiği düzenlenmiş olmalıdır. İşte Türk Ceza Hukuku bakımından da hâkimin ceza tayin ederken nelere dikkat etmesi gerektiği TCK m.61 ve devamında düzenleme altına alınmıştır.

TCK sistematığı dikkate alındığında “*Cezanın belirlenmesi*” başlıklı 61. madde, “*Takdiri indirim nedenleri*” ve “*Mahsup*” (*Cezanın bireyselleştirilmesi*) başlıklı 62 ve 63. maddelerinden ayrılmıştır. Bu da kanaatimize göre suç işlendiği takdirde, işlenen suç bakımından icra edilen eylem (fiil) ile eylemi icra eden kişi (fail) arasındaki ayrıma dikkat çekmek ve birbiriyle karıştırmamak gayesiyle ihdas edilmiştir. Çünkü bir suçun işlenmesi durumunda o suçu etkileyen temel olarak iki unsur vardır: Fiil ve fail. Genel olarak TCK m.61 suça vücut veren fiille⁸, TCK m.62 suç işleyen faille müteallik düzenlemelere yer vermektedir.

Cezanın belirlenmesi; icra edilen suç bakımından kanunda öngörülen soyut cezanın, hâkim tarafından karar verilirken olayın özelliklerine göre somutlaştırılmasıdır.⁹ Başka bir deyişle soyut cezanın, somut cezaya çevrilmesidir. Cezanın belirlenmesi müessesesi, temel olarak cezanın soyut olarak belirlenmesi ve somut olarak belirlenmesi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Soyut ve somut ceza kavramlarının daha iyi anlaşılabilmesi için kavramlarının tablollaştırılmasında yarar bulunmaktadır:

⁸ TCK m.61/f.1/b.(f) ve (g) hariç olmak üzere.

⁹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 709.

SOYUT CEZA	SOMUT CEZA
<u>Soyut Genel Ceza</u> → Hapis / Adli Para Cezası - Genel Hükümler <u>Soyut Özel Ceza</u> → Alt ve Üst Hadler / Seçenekli Ceza / Mutlak Ceza / Birlikte Ceza - Özel Hükümler	<u>Temel Ceza</u> → TCK m.61/f.1 <u>Sonuç Ceza</u> → TCK m.61/f.5
<i>Kanun Koyucu</i>	<i>Hâkim</i>

A. Cezanın Soyut Olarak Belirlenmesi

Soyut ceza; kanun koyucu tarafından türü, alt ve üst sınırı tayin edilen, bu şekilde mevzuatta yer alan cezalardır.¹⁰ Başka bir deyişle kanundaki suçların işlenmesi karşılığında verilecek cezanın, hapis cezası mı adli para cezası mı olacağıın kanun koyucu tarafından tayin edilmesidir. Tayin edilen cezanın türüne göre alt ve üst hadler eklenir. Söz gelimi; TCK m.123/A'da düzenlenen "*Israrlı Takip*" suçunun karşılığı olarak 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası; TCK m.243'te düzenlenen "*Bilişim sistemine girme*" suçunun karşılığı olarak 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası, TCK m.157'de düzenlenen "*Dolandırıcılık*" suçunun karşılığı olarak 1 yıldan 5 yıla ve 5000 güne kadar adli para cezası yaptırımları; kanun koyucu tarafından soyut olarak belirlenmiştir.

Soyut ceza bakımından mühim olan husus, cezanın suç ile orantılı olmasıdır. Kanun koyucu, cezaları soyut olarak tayin ederken orantılılık ilkesini dikkate almıştır. Suçun ağırlığı ile uygulanacak yaptırımın ağırlığı arasında bir denge bulunması gerekir. İşlenen bir suç karşısında ağıra göre hafif bir cezanın

¹⁰ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 695.

uygulanma ihtimali varsa yani cezanın amacına ulaşmak böyle de mümkün olacaksa orantılılık ilkesi gereğince hafif ceza tercih edilmelidir.¹¹

Öğretide soyut cezanın belirlenmesi, genel belirleme ve özel belirleme olarak ikiye ayrılmaktadır. Soyut genel ceza, suç teşkil eden bir haksız eylemin karşılığında tatbik edilen ve kanun koyucu tarafından tayin edilen yaptırım türüdür. TCK m.45'e göre Türk ceza hukukunda var olan soyut genel cezalar, hapis cezası ve adli para cezasıdır. Soyut özel ceza, kanunda mevcut olan her suç tipi bakımının karşılığı olarak ayrı ayrı belirlenen alt ve üst hadlerdir.¹² Bir başka deyişle; mevzuatın genel hükümlerinde hangi ceza türlerinin olduğu soyut genel ceza, mevzuatın özel hükümlerinde hangi suç tipi bakımından ne tür cezaların hangi şekilde verilebileceği soyut özel ceza olarak ifade edilmektedir. Soyut özel ceza; alt-üst hadleri belirlenmiş ceza, seçenekli ceza, mutlak (sabit) ceza ve birlikte ceza olmak üzere dört farklı şekilde söz konusu olabilir.¹³

TCK m.45'deki düzenlemeye göre cezalar ikiye ayrılmaktadır. Bunlar hapis cezası ve adli para cezasıdır. Bu düzenleme, soyut genel ceza olarak adlandırılır. Çünkü önceki paragrafta belirtildiği üzere ceza hukuku bakımından hangi tür cezaların mevcut olduğu bu düzenlemede belirtilmiştir. TCK m.272'de düzenlenen yalan tanıklık suçuna göre bu suçu işleyen kimsenin 4 aydan 1 yıla kadar hapis

¹¹ Gökhan Taneri, "Temel Cezanın Belirlenmesi," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2018): 131.

¹² Tuğba Gül Ateş Öncü, "Türk Ceza Hukukunda Temel Cezanın Belirlenmesi," *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi* (Ankara: Ankara Üniversitesi, 2020), 110.

¹³ Erdal Yerdelen, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," *Doktora Tezi* (Konya: Selçuk Üniversitesi, 2012), 139; İrmak Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 202: "Mutlak ceza, kanunda suç karşılığında tek bir cezanın öngörüldüğü cezadır. Bu tür cezada hâkime takdir hakkı tanınmamaktadır. Seçenekli ceza, farklı türdeki cezalar arasında birinin seçilebileceğinin öngörüldüğü durumlardır. Hâkime, bu konuda takdir hakkı tanınmıştır. Alt-üst sınırlı ceza ise, kanunda uygulanacak somut cezanın alt – ve üst sınırların belirlendiği durumlardır. Alt – üst sınırlı ceza, cezanın bireyselleştirilmesi bakımından daha uygun bir ceza türüdür. Çünkü hâkim, alt ve üst sınırlar içinde sanığın bireysel özelliklerini dikkate alarak takdir hakkını kullanabilecektir. Ancak, bu taksir yetkisi sınırsız olmayıp, alt ve üst sınırlar içinde sınırlandırılmıştır. Cezanın bireyselleştirilmesi, her somut olayda, kanunda öngörülen suçluya ait özel koşullara uydurulmasıdır."; Mustafa Özen, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 15, no. 1-2 (2009): 78; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2005), 582.

cezası ile cezalandırılması ise soyut özel ceza örneklerinden birisidir. Çünkü önceki paragrafta belirtildiği üzere ceza hukuku bakımından söz konusu ceza türünün alt ve üst haddi bu düzenlemede belirtilmiştir. Genel hükümlerde yer almayan bir cezaya, özel hükümlerdeki bir suç kapsamında hükmedilemez. Aksinin kabulü suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder. Bundan dolayı TCK m.45'te yer almayan ölüm cezası, özel hükümlerdeki bir suçun yaptırımını olarak belirlenemez. Bu konuda hâkimin de herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.

B. Cezanın Somut Olarak Belirlenmesi

TCK m.61'de düzenlenen cezanın belirlenmesi müessesesi, esasen cezanın somut olarak belirlenmesidir. Başka bir deyişle suç işlediği iddia edilen bir failin suç işlediğinin kesinleşmesi durumunda, ne tür bir cezaya mahkûm edileceği kanunda düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler kanunda yer almaktaysa da oluşan her suçun zemini birbirinden farklıdır. Suçun maddi unsurlarından olan fiil ve fail; hâkim tarafından değerlendirilmeli, işlenen suçun karşılığında verilecek cezanın adaletli ve cezanın amacına bağdaşır nitelikte olmasına dikkat edilmelidir. Somut olayı değerlendirmek suretiyle kanunda yer alan soyut cezayı somut cezaya çeviren hâkimdir.

Hâkimin ceza muhakemesindeki en çetrefilli görevlerinin başında, cezanın belirlenmesi gelmektedir.¹⁴ Nitekim Mecelle m.1792'de "*Hâkim; hakîm (bilgin), fehîm (zeki), müstakîm (doğru), emîn (güvenilir), mekîn (temkinli) ve metîn (dayanıklı) olmalıdır.*"¹⁵ düzenlemesi yer almaktadır. Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararı ile çıkarılan ve hâkimler için bağlayıcı nitelikte olan Türk Yargı Etiği Bildirgesinde hâkim; insan onuruna saygılı, bağımsız, tarafsız, dürüst, tutarlı, yargıya olan güveni temsil eden, mahremiyet gözetken, mesleğe yaraşır şekilde davranan, yetkin ve mesleğinde özenli davranan kişi olarak belirtilmektedir.¹⁶

¹⁴ Özge Apiş, *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 71.

¹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Avcı, "Mecelle'ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği" *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 27 (2016): 46.

¹⁶ Türk Yargı Etiği Bildirgesi, RG. 14.03.2019, S. 30714.

Birleşmiş Milletler tarafından çıkarılan Bangalor Yargı Etiği İlkelerinde de hâkimin; bağımsız, tarafsız, doğru, dürüst, eşit, ehliyetli ve liyakatlı olması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁷ Bundan dolayı cezayı belirleyecek olan hâkim; oldukça dikkatli olmalı, bağlı bulunduğu Anayasa ve kanunlara uygun hareket etmelidir. Belirtmek gerekir ki hâkim tarafından bunun yapılması yeterli değildir. Aynı suçu işleyen her failin aynı cezayı almasının kabulü, hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Zira her failin içinde bulunduğu vaziyet, işlenen suçun somut olaydaki özellikleri birbirinden farklıdır. Bundan dolayı hâkim; somut olay ile mevzuat arasındaki bağlantıyı adalet duygusuna uygun olarak tesis etmelidir.¹⁸ Bunun gerçekleşmesi için de hâkimin özellikle hem uluslararası hem ulusal metinlerde belirtilen niteliklere haiz olması ve somut olaya hâkim olması gerekmektedir.

Hâkim; somut cezayı tayin ederken ceza hukukunun evrensel ilkelerini, takdir yetkisinin sınır ve niteliğini, yasal ve takdire bağlı indirme ve artırma nedenleri ile bu hususta uyması gereken sırayı göz önünde bulundurmalıdır.¹⁹ Belirlenen cezanın, cezanın amacına hizmet etmesi gerektiği de dikkate alınmalıdır. Cezanın amacı; sadece cezalandırma değil, aynı zamanda da önlemedir.²⁰ Dolayısıyla ceza verilirken sadece kefaret gayesiyle hareket edilmemelidir. Failin tekrardan topluma kazandırılması için hakkaniyete uygun ve orantılı bir cezaya hükmedilmesi gerekmektedir. Söz gelimi TCK m.86/f.2'de düzenlenen "*Kasten yaralama*" suçunun cezası, mağdur üzerindeki olumsuz etkinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek olması durumunda 4 aydan 1 yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıdır. Buna göre birinin yüzüne bir defaya mahsus olmak üzere tokat atan kişi ile birinin yüzüne üst üste 20 defa tokat atan

¹⁷ "Bangalor Yargı Etiği İlkeleri," Hakimler ve Savcılar Kurulu, Erişim tarihi Şubat 24, 2024, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>

¹⁸ İsmail Deniz, *Ceza Muhakemesinde Hüküm* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 226.

¹⁹ Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 213.

²⁰ Haluk Çolak ve Uğurtan Altun, *Ceza ve Güvenlik Tedbirleri* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2007), 402. Cezanın amacı konusunda bkz. Fatma Karakaş Doğan, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010).

birinin cezası aynı olmamalıdır. Aksi takdirde ceza adaleti sağlanmamış olur ve kişilerin hukuka olan güveni zedelenir.

Kanunun hapis cezası veya adli para cezasından birini seçme hususunda hâkime takdir yetkisi vermişse hâkim, bu takdir hakkını kullanırken cezadan beklenen amaç, cezalandırmaya esas olan ilkeler, kişi bakımından hangi ceza çeşidinin etkili olacağını dikkate almalı ve takdir yetkisini neden bu şekilde kullandığını gerekçelendirmelidir.²¹

Belirtmek gerekir ki bazı durumlarda kanun koyucu, hâkimlere oldukça geniş bir ceza aralığı tanımaktadır. Her ne kadar bu durum; cezanın belirlenmesi müessesesine yönelik olarak faydalı olduğu düşünülse de somut olayın koşullarının doğru tespit edilmediği ve önceki paragraflarda belirtilen niteliklerin hâkimde bulunmaması durumlarda, ceza adaletine aykırı cezalar verilebilecektir. Esasında kanun koyucunun hâkime olan güveni ile hâkimin ceza verme konusundaki takdir yetkisi arasında sarıh bir ilişki görülmektedir: Ne kadar çok güven, o kadar çok takdir yetkisi; ne kadar az güven, o kadar az takdir yetkisi.²² Söz konusu ceza aralığının bazı durumlarda geniş olmasının sebebi de kanun koyucunun yargılama makamında olan hâkime güvenmesinden kaynaklanmaktadır.

1. Temel Cezanın Belirlenmesi

TCK m.61/f.1'de yer alan düzenleme, hâkimin soyut cezadan somut cezaya geçiş yaparken sonuç cezaya varmadan önce temel cezanın belirlenmesi müessesesine işaret etmektedir. Nitekim maddede yer alan "...işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler." ifadesi, bunun göstergesidir.

²¹ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 670.

²² Pauline Schuyt, "Het Bepalen van de Straf: Een Taak van de Rechter," *Trema Straftoemetingbulletin* 32, no. 1 (2009): 15.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bu kararda, cezanın belirlenmesi müessesesinin tam olarak neyi gaye edindiğini ve nelere dikkat edilmesi gerektiğini kapsamlı bir şekilde belirtmiştir:

“Hâkim; olayın oluşu, olayın mağdurda yarattığı etki derecesi, mağdurun olay nedeniyle uğradığı zararın miktarı, olayın meydana gelişinde sanık veya sanıkların sergiledikleri ustalık derecesi, mağdurun ekonomik ve sosyal durumu itibarıyla zararı daha derin bir şekilde hissetmesi, olayın meydana geldiği yer ve zaman dilimi, mağdurun yaşı ve ekonomik, sosyal ve kültürel seviyesi; suçun işlenmesi sırasında kastın yoğunluğu, sanıkların organize bir şekilde hareket etmeleri gibi ana unsurları dikkate almak ve fiilin haksızlık içeriğiyle ve dosya kapsamıyla uyumlu bir ceza belirlemek zorundadır. Bu şekilde ceza adaletinin sağlanması, işlenen suçun haksızlık derecesi ve suçun işleniş biçimi ile verilen ceza arasındaki orantının makul bir şekilde dengelenmesi amaçlanacak, bu çerçevede, aynı suçu işleyenlerin aynı cezayı alması, farklı nitelikte suç işleyenlerin de, olayın içerdiği farklılıklar kapsamında farklı cezaları alması amaçlanarak hedeflenen ceza adaleti sağlanacaktır.”²³

Söz konusu maddede, hâkimin temel cezayı belirlerken somut olayda göz önünde bulundurması gereken toplam yedi ölçüt düzenlenmiştir. Maddede bentler hâlinde düzenlenen bu yedi ölçüt, tahdidi olarak belirtilmiştir. Çünkü düzenlemede “gibi, ve benzeri” şeklinde herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Dolayısıyla hâkim, başka bir nedene dayanmak suretiyle kanunda öngörülen alt ve üst had arasında temel cezayı tayin edemeyecektir. Belirtmek gerekir ki TCK m.61/f.3’e göre bu yedi ölçütten biri veya birden fazlasının suçun unsuru olması durumunda, hâkim temel cezayı belirlerken bu ölçütleri ayrıca göz önünde bulundurmaz. Bu durum “Çifte Değerlendirme Yasağı” olarak adlandırılmaktadır. Çifte değerlendirme yasağı, ceza hukukunda bir fiilin yalnız bir kez cezalandırılabileceğini ifade eden “Non/Ne Bis İn İdem” ilkesine benzerdir. Nasıl ki “Non/Ne Bis İn İdem” kuralına göre failin suç teşkil eden haksız eylemine karşılık iki ceza verilemeyecekse çifte değerlendirme yasağında da cezanın

²³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2017/1081, K. 2019/689, 03.12.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

taininde etki eden hususlar, aynı zamanda suçun unsuru ya da nitelikli hâli ise ayrı değerlendirilmeyecek, sadece bir defa dikkate alınacaktır.²⁴ Bazı durumlarda temel cezanın belirlenmesi ölçütü olarak kabul edilen bir eylem, suçun nitelikli hâlini oluşturabilir. Söz gelimi TCK m.149/f.1/b.(h)'ye göre yağma suçunun gece vakti işlenmesi, nitelikli yağma suçuna vücut verecektir. Burada ayrıca hâkim TCK m.61/f.1/b.(c)'deki "Suçun işlendiği zaman..." ölçütüne başvurmak suretiyle yağma suçunun gece işlenmesi sebebiyle temel cezayı belirleyemeyecektir. Aksi takdirde çifte değerlendirme yasağını ihlal etmiş olur.

Belirtmek gerekir ki her ne kadar TCK m.61/f.1'de toplam yedi ölçüt düzenlenmiş olsa da bu ölçütlerin hepsinin her suç bakımından uygulanması mümkün değildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilmiş olan bir kararda taksirli suçlar bakımından üç ölçütün uygulama alanının bulunmadığını belirtmiştir:

"TCK'nın 61/1. maddesindeki bu ölçütler genel nitelikli olup her suça uymayabileceğinden, her suç için tüm ölçütlerin değil sadece ilgili suça uyan kısımların nazara alınması gerekir. Bu açıdan taksirli suçlarda ancak kasıtlı suçlarda uygulanması mümkün olan 61/1. maddenin (b) bendinde yer alan "suçun işlenmesinde kullanılan araçlar", (f) bendinde yer alan "failin kasta dayalı kusurunun ağırlığı" ve (g) bendinde yer alan "failin güttüğü amaç ve saik" ölçütleri uygulanamayacaktır."

TCK m.61/f.1'de yer alan ölçütlerin sınırlı şekilde sayılmış olması, cezanın amacına ve hakkaniyete uygun değildir. Çünkü zaten alt ve üst haddin belirli olması açısından sınırlı bir takdir hakkına sahip olan hâkimin, alt ve üst haddi daraltmak suretiyle temel cezayı belirlerken somut olaya göre dayanabileceği sebepler de daraltılmaktadır. Alt ve üst haddin mevcudiyeti, suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun olmakla birlikte temel ceza belirlenirken sadece bazı ölçütlerin dikkate alınabilmesi, kanun koyucunun öngörmediği ancak hâkimin tespit ettiği ve failin lehine ya da aleyhine durumları göz ardı etmek zorunda kalmasına vücut verecektir. Takdir hakkı kullanılırken zaten mühim olan husus,

²⁴ Erdal Yerdelen, "Çifte Değerlendirme Yasağı," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 2 (2012): 115.

somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasıdır. Bunun için de karara bağlanacak olan olayda, kanun koyucunun öngörmedikleri de dâhil olmak üzere esaslı görünen tüm hâl ve özellikler dikkate alınabilmelidir. Zira muhakeme edilerek değerlendirme ölçüsünün sağlayacağı adalet, bunu gerektirmektedir.²⁵ Akla “*Böyle bir durumun mevcudiyeti hâlinde hâkim, cezanın bireyselleştirilme yollarından birisi olan TCK m.62’de düzenlenen ‘Taktiri İndirim Nedenleri’ başvurmak suretiyle failin cezası bakımından indirim yapabilir.*” savunması gelebilir ancak belirtmek gerekir ki cezanın belirlenmesi ile cezanın bireyselleştirilmesi birbirinden farklı kurumlardır. Cezanın belirlenmesi ölçütlerinde yer almayan fiile ilişkin bir durumun, cezanın bireyselleştirilmesinin araçlarından bir tanesi olan taktiri indirim nedeni olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bunun birkaç nedeni bulunmaktadır. Birincisi; cezanın temel olarak belirlenmesi durumunda fail lehine ceza alt hadde yakın da verilebilir, fail aleyhine ceza üst hadde yakın da verilebilir. Taktiri indirim nedenleri müessesesi uygulandığı vakit, faile sadece 1/6 oranında indirim uygulanabilir. Dolayısıyla TCK m.61/f.1’de belirtilmeyen ve failin cezasını artıracak nitelikte olan bir hususu TCK m.62 bakımından uygulamak mümkün değildir. İkincisi; TCK m.62 açısından 12.05.2022 tarihinde önemli bir değişiklik yapıldı. Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun²⁶’un 1. maddesine göre Türk Ceza Kanunu’nun 62. maddenin 2. fıkrasında yer alan “*gibi hususlar*” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Başka bir deyişle önceden tadadi şekilde sayılan taktiri indirim nedenleri, temel ceza belirlenirken dikkate alınacak ölçütlerde olduğu gibi tahdidi olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla somut olay açısından önem arz eden bir durum, temel cezanın belirlenmesi ölçütlerinden birisine uymuyorsa hâkimin başvurabileceği herhangi bir mekanizma bulunmamaktadır. Örneğin; şikâyete bağlı olmayan bir suç bakımından failin suçu işlemeden sonra mağdurun rıza göstermesi, ne TCK m.61’de yer alan cezanın belirlenmesi ne TCK m.62’de yer alan taktiri indirim nedenleri bakımından dikkate alınabilecektir. TCK m.26’da hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen “*İlgilinin rızası*” kurumunu bu örnekte uygulamak

²⁵ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2010), 207.

²⁶ Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (7406), RG. 27.05.2022, S. 31848.

mümkün değildir. Zira rıza, suçun işlenmesinden sonra verilmiştir. İlgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için, bu rıza fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada mevcut olmalıdır.²⁷ Şikâyete tabii bir suç olsaydı mağdur, şikâyetinden vazgeçebilirdi. Ancak şikâyete bağlı olmayan bir suç bakımından mağdurun suça sonradan rıza göstermesi ile sonradan rıza göstermemesi arasında hiçbir fark yoktur. Bu da cezanın belirlenmesi müessesesinin temel mantığına aykırı olacaktır. Söz konusu geçersiz rızanın, TCK m.61/f.1’de belirtilen ölçütlerden herhangi birine dâhil edilmesi olanaksızdır.²⁸ Şayet TCK m.62 değişikliği yapılmamış olsaydı, sonradan verilen ancak hukuka aykırılığı kaldırmayan rızanın cezanın 1/6 oranında indirim yapılması sağlanabilirdi. 7406 Sayılı Kanun’un 1. maddesine göre bunun da mümkünatı artık bulunmamaktadır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da bu konu ile ilgili bir düzenlemenin yapılması zaruridir. Kanaatimizce sonradan verilen rızanın doğrudan düzenlenmesi yerine, cezanın belirlenmesi ölçütlerinin tadadi bir şekilde yer alması daha uygun olacaktır. Zira ceza hukukunda sonsuz sayıda fiil ve netice vardır. Hâkim tarafından somut olay bakımından tespit edilen bütün ölçütlerin ayrı ayrı düzenlenmesi mümkün değildir. Her ne kadar doğrudan düzenlenmeyen bazı hususlar, başka bir ölçüt içerisinde bazen değerlendirilebilse de²⁹ bu durum; sayımın tadadi yapılmaması gerektiğine bir gerekçe olamaz. Zira

27 Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler 2022, 290 vd.; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2016/868, K. 2020/442, 03.11.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

28 Bu konuda bulunduğumuz alanın dışına çıkmak suretiyle Borçlar Hukukunda bu hususun nasıl düzenlendiğini belirtmekte yarar vardır. TBK (Türk Borçlar Kanunu)[Türk Borçlar Kanunu (6098), RG. 04.02.2011, S. 27836.] m.63/f.2’de zarar görenin rızasının, hukuka aykırılığı kaldıran hâllerden olduğu düzenlenmiştir. Tıpkı ceza hukukunda olduğu gibi borçlar hukuku bakımından da burada hukuka aykırılığı kaldıran rıza, fiilden önce ya da fiil sırasında verilen rızadır. Sonradan verilen rıza esasen bir icazettir ve geçmişe etkili olmaz [Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 26.]. Fakat sonradan verilen rızanın herhangi bir hukuki sonucunun olmamasının engellenmesi amacıyla TBK m.52’de tazminat indirilmesine sebep olarak sonradan verilen rıza kurumu düzenlenmiştir [Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 122-123.]. Buna göre hukuka aykırılığı kaldırmayan sonradan verilen rıza, tazminat miktarının indirilmesi bakımından etki edecektir.

29 Kaçınabilir haksızlık yanılığının, TCK m.61/f.1/b.(g)’de düzenlenen “Failin güttüğü amaç ve saik” ölçütünde değerlendirilmesi.

hâkim tarafından cezanın tayininde etkili olması gereken bir durumun kanunda ölçüt olarak yer almaması hâlinde, bu durumun dikkate alınabilmesi için başka bir ölçüte uyarlanmaya çalışılması kabul edilebilir bir durum değildir.

Hollanda Ceza Kanunu'nun 9/A maddesinde "*Hâkim; suç ağırlığının azlığı, failin kişiliği ya da suçun işlendiği ya da daha sonra meydana geldiği koşulları göz önünde bulundurmak suretiyle herhangi bir ceza ya da tedbir uygulanmayacağını kararında belirtebilir.*" düzenlemesi yer almaktadır.³⁰ Buna göre Türk ceza hukukundan farklı olarak hâkim, kendi takdir hakkına göre faile ceza verilmemesine ya da tedbir uygulanmamasına karar verebilir. Yine aynı şekilde hâkimin cezayı tayin ederken göz önünde bulundurabileceği ölçütlerin oldukça geniş olduğu görülmektedir. Zira suçun işlendiği koşullar ya da sonradan ortaya çıkan koşulların hepsinin dikkate alınması mümkündür. Türk ceza hukukunda da hâkime; cezayı tayin ederken geniş bir aralık tanınmalı, ölçütlerin sayımı tadadı yapılmalıdır. Mevcut düzenlemeye göre hâkim; temel cezayı tayin ederken sadece en fazla yedi ölçüte bağlı kalacak, hatta suçun taksirle işlenmiş olması hâlinde bu sayı dörde düşecek, bunun dışındaki bir ölçüte dayanmak suretiyle temel cezayı tayin edemeyecektir.

Kanunda sınırlı olarak sayılan ölçütleri somut olay bakımından tek tek irdeleyen hâkim, fail hakkında kanunda belirtilen alt ve üst hadler arasında bir ceza tayin eder. Hâkime tanınan bu takdir hakkı keyfi nitelikte değildir. Alt ve üst hadler arasında hareket ederken belirlenen temel ceza, hâkim tarafından gerekçelendirilmelidir.³¹ Önceden belirttiğimiz üzere temel cezanın tayini sırasında dikkate alınması gereken toplam yedi ölçüt bulunmaktadır.

³⁰ "Indien de rechter dit raadzaam acht in verband met de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan, dan wel die zich nadien hebben voorgedaan, kan hij in het vonnis bepalen dat geen straf of maatregel zal worden opgelegd." Erişim tarihi Temmuz 20, 2023, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2023-07-01>

³¹ Deniz, Ceza Muhakemesinde Hüküm, 227.

a. Suçun İşleniş Biçimi

TCK m.61/f.1/b.(a)'da temel cezanın belirlenmesi bakımından kabul edilen suçun işleniş biçimi ölçütü, fiile ilişkin bir ölçüttür. Suçun işleniş biçimi; eylemin nasıl gerçekleştiği, eyleme eşlik eden veya onu etkileyen her şeydir.³² Bu ölçüt, failin karakter yapısını ortaya çıkardığı gibi aynı zamanda eylemin toplum düzeni açısından oluşturduğu tehlike bakımından da belirleyicidir. Dolayısıyla hâkim tarafından temel cezanın belirlenmesi esnasında takdir hakkı kullanılırken, bu ölçütün göz önünde bulundurulması gerekir.³³

Başka bir deyişle suçun işleniş biçimi, suç işlenirken failin eylemleriyle icra ettiği hareketleridir. Bir failin, bıçak kullanmak suretiyle mağduru bir defa yaralaması ile üç defa yaralaması arasında fark bulunmaktadır. Buradaki bıçak darbesi sayısı, suçun işleniş biçimi ölçütü değerlendirilirken göz önünde bulundurulur.

Temel cezanın belirlenmesi esnasında suçun işleniş biçimi dikkate alınırken, öncelikle bu ölçütün içerisinde yer alan hususun çifte değerlendirme yasağı kapsamında olup olmadığı araştırılmalıdır. Yağma suçunun yol keserek ya da konut veya iş yerinde işlenmesi hâlinde nitelikli yağma suçundan söz edilecektir.³⁴ Bu durumda yağmanın yol keserek işlenmesinin ayrıca TCK m.61/f.1/b.(a) bakımından dikkate alınması, çifte değerlendirme yasağı gereğince mümkün değildir.

Bazı suçların ayrımı bakımından birtakım ölçütler bulunmaktadır. Bu ölçütlerin dikkate alınması suretiyle eylemin hangi suça vücut vereceğinin tayin edildiği durumlarda, bunun ayrıca çifte değerlendirme yasağı açısından cezanın temel belirlenmesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bir soru işaretidir. Yargıtay'ın istikrar arz eden kararlarında bir eylemin kasten yaralama

³² Koca ve Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler 2022, 713.

³³ Mehmet Emin Artuk ve Ahmet Gökçen, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 888.

³⁴ Hüsnü Aldemir, "Yeni Türk Ceza Kanunu Açısından Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," Terazi Hukuk Dergisi 1, no. 3 (2006): 36.

mı kasten öldürmeye teşebbüs mü olduğu tespit edilirken; fail ile mağdur arasındaki husumetin niteliği ve sebebi, failin suçta kullandığı aletin mahiyeti, atış veya *darbe sayısı* ile mesafesi, mağdurun vücudunda meydana gelen yaraların yerleri vb. hususlar dikkate alınmaktadır.³⁵ Buradaki "*darbe sayısı*" ölçütünün; hem suçun vasıflandırılması hem de TCK m.61/f.1/b.(a) kapsamında cezanın temel olarak belirlenmesi kapsamında kullanılması, kanaatimizce çifte değerlendirme yasağına aykırılık teşkil etmemektedir. Zira TCK m.61/f.3'te düzenlenen çifte değerlendirme yasağı, sadece ilgili ölçütün suçun unsuru olması hâlinde gündeme gelecektir. Darbe sayısının mevcudiyeti, kasten öldürmeye teşebbüs ya da kasten yaralama suçlarının unsuru değil; sadece suçun vasıflandırılması açısından hâkime yol gösterici niteliğe sahip bir ölçüttür.

Bir eylemle birden çok suçun tipikliğinin gerçekleşmiş olması, failin suç işlerken yaptığı hareketler, seçimlik hareketli suçlar bakımından failin seçimlik hareketlerden hepsini gerçekleştirmesi, suçun işleniş şeklinin mağdur ve üçüncü kişiler bakımından etkileri; kişilerin özel durumundan yararlanılması, cebir suçunda kullanılan zorun şiddeti ve süresi, dolandırıcılıkta hilenin³⁶ yoğun olması, trafik suçlarında sürücünün ehliyetsiz olması,³⁷ cinsel saldırı suçunun mağdurun eşinin veya çocuklarının önünde işlenmesi³⁸, babanın çocuğun gözleri önünde

³⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1999/278, K. 1999/308, 14.12.1999 (<https://www.lexpera.com.tr/>); Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2015/450, K. 2016/148, 29.03.2016 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2017/36, K. 2020/357, 09.07.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

³⁶ Temel cezanın belirlenmesi esnasında hilenin çifte değerlendirme yasağı gereğince dikkate alınmaması gerektiği görüşü için bkz. Özen, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 83; çifte değerlendirme yasağı kapsamında olmadığı ve dolayısıyla dikkate alınabileceği şeklindeki görüş için bkz. Yerdelen, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 173. Kanaatimizce dolandırıcılık suçun oluşması için gereken hile unsuru ile hilenin hangi şartlar altında ve ne şekilde cereyan ettiği birbirinden farklıdır. Her hilenin haksızlık içeriği birbirinden farklıdır. Bundan dolayı temel cezanın belirlenmesi bakımından hilenin, dolandırıcılık suçu açısından dikkate alınabilmesi hakkaniyete ve kanun koyucunun iradesine uygundur.

³⁷ Koca ve Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler 2022, 714.

³⁸ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 955.

öldürülmesi, yaralamanın töre saikiyle gerçekleştirilmesi,³⁹ hırsızlığın şebeke aracılığıyla işlenmesi⁴⁰, bir kişi tarafından işlenebilecek suçların birden fazla kişiyle beraber işlenmesi⁴¹, nitelikli hâlleri bulunan bir suç bakımından birden fazla nitelikli hâlin meydana gelmesi⁴², yaralamada darbe sayısının çok olması, haksız aramada avukatın müvekkilinin önünde aranması, hakarete sinkaflı sözlerin yoğun ve çok olması, 10 yaşındaki bir çocuğun malına zarar verilmesi, ruhsatsız olarak yapılan bir binanın çökmesi sonucu bina sakinlerinin yaralanması, hürriyeti tahdit edilen mağdurun kötü şartlarda tutulması gibi eylemler, suçun işleniş biçimi bakımından değerlendirilebilecek olan ve alt haddten uzaklaşmayı gerekli kılan örneklerdir.

Mütemadi suçlarda kesintinin gerçekleştiği ana kadarki sürenin, temel cezanın belirlenmesi kapsamında suçun işleniş biçimi olarak dikkate alınıp alınamayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre kesintisiz suçlarda neticenin devam etmesi, kesintisiz suçunun doğasından kaynaklanması sebebiyle çifte

³⁹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 700. Dikkat edilmelidir ki suçun töre saikiyle işlenmesi durumunda nitelikli hâl olarak düzenlendiği tek suç, kasten öldürmedir. Dolayısıyla diğer suçların töre saikiyle işlenmesi hâlinde suçun işleniş biçimi ölçütü dikkate alınmak suretiyle temel cezanın belirlenmesi mümkündür.

⁴⁰ Ayık, "Cezanın Tatbiki ve Tertibi," 1185.

⁴¹ "Ancak bu değerlendirme yapılırken suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesinin cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olmamasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Örneğin; hırsızlık suçunun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilecekken; yağma, cinsel saldırı ve tehdit suçlarının birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi bu suçlar bakımından nitelikli hal olarak düzenlendiğinden ayrıca temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulamaz." Koruculu, Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, 244.

⁴² "Hakaret suçunun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı ve kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle işlenmesi karşısında, TCK'nın 61. Maddesi gereğince temel ceza belirlenirken, aynı Kanununun 125/3-a ve c maddesindeki iki nitelikli halin gerçekleştiği dikkate alınarak, alt sınırdan uzaklaştırılması gerektiği..." Yargıtay 18. CD, E. 2017/1508, K. 2019/3210, 18.02.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); "Aynı fıkra içinde yer alan nitelikli hallerin bir kaçının somut olayda gerçekleşmesi halinde de fail hakkında 149. Madde bir kez uygulanacağından, bu durum 5237 sayılı TCY'nın 61. Maddesi uyarınca temel cezanın tayini aşamasında, cezanın asgari haddin üzerinde tayini suretiyle değerlendirilmelidir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2008/6-203, K. 2009/3, 27.01.2009 (<https://www.kazanci.com.tr/>).

değerlendirme yasağından dolayı cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaz.⁴³ Bizim de iştirak ettiğimiz diğer görüşe göre; kesintisiz suçlarda suçun ne kadar süre devam ettiği, kesintinin ne zaman gerçekleştiği hususu temel cezanın belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulur.⁴⁴ Zira neticenin devam etme unsuru ile kesintinin gerçekleştiği ana kadar geçen süre birbirinden farklıdır. Mağdurun kesinti gerçekleşinceye kadar geçecek olan süre içerisinde korku ve kaygısının artması, cezanın belirlenmesi açısından önem arz etmelidir. Aksinin kabulü hâlinde; bir dakika boyunca birinin hürriyetini tahdit eden fail ile bir hafta boyunca birinin hürriyetini tahdit eden fail aynı cezayı alacak, ceza belirlenirken bu süre dikkate alınmayacaktır. Bu durum hakkaniyetle bağdaşmayacağı gibi hukuka olan güveni de olumsuz yönde etkileyecektir.

Her ne kadar suçun işleniş biçimi ölçütüne dayanılarak alt haddenden uzaklaşmak suretiyle cezanın artırılacağı düşünülse de tersi de mümkündür. Başka bir ifadeyle fail tarafından suçun işlenme şekline bakılarak alt hadde yakın bir ceza verilebilir. Birine tokat atmak isteyen failin elinin havada kalıp tokat atmakta tereddüde düşmesi ancak sonra tokat atması, trafik güvenliğini tehlikeye sokan sürücünün sadece bir adet kural ihlali yapmış olması, failin mağdurun elinden zorla cep telefonunu alırken mümkün olduğu kadar az cebir kullanması, failin kaçırdığı ve odaya kilitletiği mağdura yemek vermesi ve sağlık açısından uygun bir yerde barındırması eylemleri; temel cezanın belirlenmesi olarak tayininde üst haddenden uzaklaştıran ve alt hadde yaklaştıran durumlardır.

b. Suçun İşlenmesinde Kullanılan Araçlar

Temel cezanın belirlenmesinde TCK m.61/f.1/b.(b)'de yer alan bir diğer ölçüt, suçun işlenmesinde kullanılan araçlardır. Suçun işlenmesi amacıyla kullanılan ve tipe uygun eylemin ortaya çıkmasına katkıda bulunan her çeşit araç, bu ölçütü oluşturabilir.⁴⁵ Araç; suçun işlenmesinde, başka bir deyişle icra hareketlerinin

⁴³ Özen, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 83.

⁴⁴ Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 241; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 585.

⁴⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 700.

gerçekleştirilmesi ve şayet bir neticeli suç söz konusuysa bu neticeye başarıyla ulaşmak konusunda kendisinden yararlanan nesne olarak tanımlanabilir.⁴⁶ Burada önemli olan husus; temel cezanın belirlenmesi bakımından ölçüt olarak kabul edilecek olan aracın, suçun işlenmesi bakımından zorunlu bir unsur olmamasıdır.⁴⁷ Aksi takdirde çifte değerlendirme yasağı gündeme gelir ve suçun unsuru olarak kabul edilen ilgili araç, temel cezanın belirlenmesi sırasında tekraren dikkate alınmayacaktır.

Suçun işlenmesinde kullanılan aracın silah olması şart değildir. Söz konusu aracın TCK m.6/f.1/b.(f)'de yer alan özellikleri taşıması zorunlu değildir. Silahlı terör örgütleri mensuplarının örgütsel faaliyetleri kapsamında iletişimde bulunurken gizliliği sağlamak amacıyla kriptolu iletişim ağlarını kullanmaları veya darbe teşebbüsünde zırhlı araç kullanmaları hâlinde alt haddten uzaklaşmak suretiyle üst hadde yaklaşılır.⁴⁸

Devletin güvenliğine karşı suç işlemek gayesiyle oluşturulmuş silahlı bir terör örgütünün envanterindeki silahların türü, niteliği ve sayısının fazla olması⁴⁹; suçun elverişsiz veya tehlikeli araçla işlenmesi; silahın savunma amacıyla kullanılmış olması⁵⁰ gibi örnekler bu bağlamda temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır.

Burada da diğer ölçütlerde olduğu gibi çifte değerlendirme yasağının mevcut olduğuna değindik. TCK m.109/f.3/b.(a)'da hürriyeti tahdit suçunun silahla işlenmesini nitelikli hâl olarak kabul etmiştir. Yani bu suçun silahla işlenmesi durumunda ayrıca temel cezanın belirlenmesinde bu husus dikkate alınmayacaktır. Ancak bunun adil ve hakkaniyetli bir durum olmadığını vurgulamak gerekmektedir. Çünkü belli başlı suçların silahla işlenmesinin nitelikli hâl olarak kabul edilmesinin sebebi, ilgili suçun daha kolay bir şekilde işlenmesine olanak vermesidir. Yoksa silahın niteliğine göre yapılmış bir ayırım

⁴⁶ Artuk ve Gökçen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 889.

⁴⁷ Apiş, *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 121.

⁴⁸ Apiş, *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 122.

⁴⁹ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler 2020*, 955.

⁵⁰ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler 2022*, 714.

yoktur. Şayet nitelikli hâl “ateşli silahla işlenmesi” şeklinde düzenlenseydi, hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkmayacaktı. Kasten yaralama suçunun nitelikli hâli terlikle işlenebileceği gibi ateşli silahla da işlenebilir. Bu durumda iki ayrı olay bakımından kişinin kullanmış olduğu aracın niteliği dikkate alınarak temel cezanın belirlenmesi mümkün değildir. Kısacası terlikle yaralayan fail ile ateşli silahla yaralayan fail hakkında temel ceza belirlenirken, kullanmış oldukları araç bakımından herhangi bir değerlendirme yapılamayacaktır. Bunun kabulü mümkün değildir. Teori ve uygulamada bu haksızlığı bertaraf etmek amacıyla söz konusu silahın niteliğini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ölçütü yönünden değerlendirmek suretiyle temel cezayı tayin etmektedir.

Son olarak önemli belirtmek gerekir ki Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun vermiş olduğu karara göre taksirli suçlar bakımından temel cezanın belirlenmesi açısından suçun işlenmesinde kullanılan araçlar dikkate alınamaz.⁵¹ Dolayısıyla tır şoförünün taksirli hareketi sebebiyle trafikte bir kazaya sebep olduğu bir durumda, karşı tarafın yaralanması neticesinde taksirle yaralama suçu bakımından temel ceza belirlenirken, şoförün kullanmış olduğu “tır” suçun işlenmesinde kullanılan araç olarak ölçüte esas alınmayacaktır.

c. Suçun İşlendiği Zaman ve Yer

TCK m.61/f.1/b.(c)’ye göre temel ceza belirlenirken değerlendirilecek bir diğer ölçüt, suçun işlendiği zaman ve yerdir. Bir suçun haksızlık yoğunluğunu bazı durumlarda artıran ya da azaltan, o suçun işlendiği zaman ve yerdir. Bundan dolayı temel ceza belirlenirken, bu duruma dikkat etmek gerekir. Bazı hâllerde suçun işlendiği zaman ya da yer, suçun ağırlaştırıcı veya hafifletici nedeni olabilir.

⁵¹ “...Somut olay açısından yapılan değerlendirmede; 61. maddenin 1. fıkrasındaki kıstaslardan, (a), (c), (d), (e) ve (f) bentlerinde yer alanların uygulanabilir diğerlerinin ise uygulanamaz olduğu görülmektedir. Zira, (a) bendinde “suçun işleniş biçimi”, (c) bendinde “suçun işlendiği zaman ve yer”, (d) bendinde “suçun konusunun önem ve değeri”, (e) bendinde “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı”, (f) bendinde ise “failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı” yer almaktadır; bunun dışında, (b) bendindeki “suçun işlenmesinde kullanılan araçlar” ve (g) bendindeki “failin güttüğü amaç ve saik” kıstaslarının ise olayımızda uygulanma olasılığı bulunmamaktadır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2009/62, K. 2009/191, 07.07.2009 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Çifte değerlendirme yasağı kapsamında böyle bir durumda, ayrıca temel ceza belirlenirken bu ölçüt dikkate alınmaz. TCK m.116'da düzenlenen "Konut dokunulmazlığının ihlali", TCK m.141 ve devamında düzenlenen "Hırsızlık" ve TCK m.149'da düzenlenen "Nitelikle yağma" suçlarında suçun gece vakti işlenmesi; nitelikli hâl olarak kabul edilecektir. Bundan dolayı söz konusu suçların gece işlenmesi hâlinde, ayrıca TCK m.61/f.1/b.(c) (zaman bakımından) uygulanmayacaktır.

Dikkat edilmelidir ki suçun işlendiği zaman veya yerin temel cezanın belirlenmesinde ölçüt olarak kabul edilebilmesi için, bu zaman veya yerin suçun işlenmesine bir etkisi olması gerekir. Başka bir deyişle, zaman veya yer sayesinde suçun işlenmesi kolaylaşmış olmalıdır.⁵² Suçun işlendiği zaman ve yer, mağdurun savunma olasılığını ortadan kaldırıyor veya ciddi açıdan olumsuz etkiliyorsa temel cezanın belirlenmesinde göz önüne alınacaktır.⁵³ Zaman ve yerin; failin kaçmasını kolaylaştırması, tanık bulma olasılığını azaltması gibi sonuçlar doğurması dolayısıyla faile avantaj ve mağdura dezavantaj sağlamaktadır.⁵⁴ Söz gelimi; hırsızlık suçunun bayram, düğün veya cenaze gününün sağlamış olduğu kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi⁵⁵, kasten öldürmenin gece vakti işlenmesi, hakaretin sadece mağdurun bulunduğu bir ortamda işlenmesi hâllerinde failin zaman ve yer açısından bir avantajının bulunması nedeniyle temel ceza tayin edilirken dikkate alınacaktır. Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulunun vermiş olduğu bir kararda, gece vakti uyuşturucu satılmasının, hâkim tarafından temel cezanın tayininde ölçüt olarak kullanabileceğine işaret edilmiştir.⁵⁶ Hatta ATM'lerden para çalan hırsızların özellikle devlet memurlarının maaş gününden bir gün öncesi olan ayın on dördünü seçmesi (ATM'lerin doldurulmuş olması

⁵² Artuk ve Gökçen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 890.

⁵³ İlhan Üzülmöz, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 3-4 (2006): 209.

⁵⁴ Apış, *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 123-124.

⁵⁵ Özgenc, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler 2020*, 955.

⁵⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/180, K. 2021/400, 16.09.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

nedeniyle) hâlinde de temel ceza belirlenirken alt haddenden uzaklaşılır.⁵⁷ Hırsızlığın miting, konser, festival alanları gibi insanların toplu olarak bulunduğu ve failin fark edilmesinin güç olduğu yerlerde işlenmesi de cezanın tayininde etkili olacaktır ve hâkim tarafından ceza, alt haddenden uzaklaşmak suretiyle tayin edilecektir.

d. Suç Konusunun Önem ve Değeri

Hâkimin temel cezayı belirlerken dikkate alması gereken bir diğer ölçüt, TCK m.61/f.1/b.(d)'ye göre suç konusunun önem ve değeridir. Suçun konusu; eylemden doğrudan etkilenen şey olduğu dikkate alındığında, bunun somut olayda normal hâle göre⁵⁸ daha değerli veya mühim olduğu takdirde temel ceza, alt haddenden uzaklaşarak belirlenecektir.⁵⁹

⁵⁷ “İlçe Merkezinde bir bankanın ATM’sinin data kablolarını gece vakti saat 00.30 sıralarında kesen iki şüpheli, ATM kasasını açmak için olay yerinde etrafı kolladıkları sırada, olay yerinin yakınında park halindeki otomobillerinde bulunan tüm teçhizatlarıyla birlikte, polis tarafından yakalanmıştır. ATM kasasını açmak için seçilen gün ayın 14. Günü, başka bir deyişle ATM’nin ertesi günkü maaş ödemeleri için tamamen doldurulmuş olduğu günün gecesidir. Bu olayda, hırsızlık suçu açısından fiilin gece vakti işlenmiş olması, nitelikli hal olarak uygulanacağından, hâkim, gece vakti işlenmiş olması nedeniyle temel cezayı belirlerken bunu kriter olarak alamayacaktır. Ancak suçun, ayın 14. günü işlenmiş olması, temel cezanın belirlenmesi açısından suçun işlenme zamanı bakımından kriter olarak alınmalıdır. Bu olayda suçun işlenme zamanı, meydana gelen zararın ve tehlikenin ağırlığıyla da yakından ilgilidir. Çünkü suçun işlenme zamanı, ertesi gün maaşların ödenmesi nedeniyle ATM’nin para ile dolu olduğu bir ana denk gelmektedir.” Yerdelen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 187.

⁵⁸ Failin piyasada ortalama değere sahip bir cep telefonu çalması ile özel parçalarla bir kişiye özgü olarak üretilmiş bir cep telefonu çalması örneklerinde; hırsızlık konusunu oluşturan eşya bir cep telefonu olsa da ikinci örnekteki cep telefonunun ortalama (normal) bir cep telefonundan ayrılması ve istisna oluşturması nedeniyle ceza tayin edilirken alt haddenden uzaklaşılacaktır.

⁵⁹ Üzülmez, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 210; Artuk ve Gökçen, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 890.

Üstünde durulması gereken husus, “suç konusu” kavramının ne olduğudur.⁶⁰ Kanaatimizce suçun konusundan anlaşılması gereken şey, tipik eylemin üzerinde gerçekleştiği şey veya kişidir.⁶¹ Kasten yaralama suçunun konusu vücut, hırsızlık suçunun konusu taşınır maldır. Burada dikkat edilmesi gereken durum, suçun konusu ile korunan hukuki değerinin farklı olmasıdır. Temel cezanın tayininde suçla korunan hukuki değer dikkate alınmaz. Zira kanun koyucu tarafından yaşam hakkı, seyahat hürriyeti, mülkiyet hakkı gibi hukuki değerler; soyut ceza belirlenirken zaten dikkate alınmıştır. Bunun temel cezanın tayininde dikkate alınması, çifte değerlendirme yasağına aykırılık teşkil etmektedir.⁶²

Çifte değerlendirme yasağı kapsamında TCK m.246, TCK m.150/f.2 ve TCK m.145/f.1 gibi suçlarda suç konusunun değerinin *az* olması durumunda bu husus, ayrıca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacaktır. Belirtmek gerekir ki bu suçlar bakımından malın değerinin *fazla* olması, temel cezanın belirlenmesinde etken olarak kabul edilmesine engel herhangi bir hâl değildir. Zira ilgili suçlarda nitelikli hâl, sadece malın değerinin azlığının mevcudiyeti durumu için düzenlenmiştir. Dolayısıyla hırsızlık suçu işleyen failin, oldukça ender bulunan ve yüksek değere sahip bir eşyayı çalması durumunda alt haddenden uzaklaşılacaktır.

Esasında suç konusunun önem ve değeri, yine diğer ölçütlerde olduğu gibi hakkaniyete aykırı bir cezanın verilmemesi açısından önemlidir. Zira işlenen suçun gerçekleştiği şey, yani konusu; o suçun haksızlık içeriği ve yoğunluğunu etkilemektedir. TCK m.116’da düzenlenen “Konut dokunulmazlığının ihlali” suçunda failin; köydeki bahçeye, merkezdeki müstakil eve, kimsenin yaşamadığı ancak özel mülk niteliğine haiz bostana girmesi durumlarının hepsinde; suç konusunun önem ve değeri dikkate alınmak suretiyle temel ceza tayin edilmelidir.

⁶⁰ Suçun konusu ile hümanist doktrin bağlantısının değerlendirilmesi için bkz. Faruk Erem, “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin,” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25, no. 1 (1968): 11-33.

⁶¹ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* 2022, 118.

⁶² Aynı yöndeki görüş için bkz. Yerdelen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 191.

Zarar verilen eşyanın maddi durumu kötü olan birine ait olması, mağdur bakımından zaruri ihtiyaç duyulan bir eşyanın çalınması,⁶³ tek geçim kaynağı olan emekli maaşının mağdurdan zorla alınması⁶⁴, model olan ve geçimini bu şekilde sağlayan mağdurun vücudunun görülen yerlerin çizilmesi olaylarında suç konusunun önem ve değerinin önem arz etmesi nedeniyle ceza verilirken alt haddeden uzaklaşılacaktır.

Öğretide suç konusunun önem ve değeri bakımından özellikle malvarlığına karşı işlenen suçlarda, suçun hukuki konusunun sadece maddi değeri mi yoksa maddi değerle beraber manevi değerinin de dikkate alınıp alınamayacağına ilişkin bir tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre suçun hukuki konusunun değer ve önemi tespit edilirken sadece maddi değeri dikkate alınmalıdır.⁶⁵ İştirak ettiğimiz diğer görüşe göre suçun konusu olan eşyanın değeri, sadece satış bedeli veya piyasa değeri değil, aynı zamanda mağdurun manevi duygularına göre de belirlenir.⁶⁶ Çünkü TCK m.61/f.1/b.(d)'de belirtilen "*Suçun konusunun önem ve değerini*" ibaresinde, suç konusunun sadece maddi önem ve değerinden bahsetmemektedir. Vefat eden annesinden kalan saati çalınan bir mağdur bakımından, suç konusu saatin önem ve değeri oldukça yüksektir. Bu durum dikkate alınmadan çalınan eşyanın sıradan bir saatmiş gibi temel cezanın belirlenmesi, hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Kanaatimizce suç konusunun mağdur bakımından manevi değerinin temel cezanın tayini sırasında dikkate alınabilmesi için, fail tarafından bunun bilinmesine gerek yoktur. Zira bu durum, temel cezanın tayin edilirken diğer bir ölçüt olan "*Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı*" başlığında değerlendirilebilir. Burada failin bu durumu bilmesinin oldukça güç olduğuna dair eleştiriler bulunmaktadır.⁶⁷ Ancak bu eleştiri, suçun manevi unsurunu ilgilendirmektedir. Hülasa; failin çaldığı eşyanın mağdur açısından önemli ve değerli olduğunu bilmemesi, temel ceza belirlenirken

⁶³ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* 2020, 955.

⁶⁴ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 697.

⁶⁵ Apiş, *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 130; Yerdelen, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 192-193.

⁶⁶ Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 150.

⁶⁷ Yerdelen, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 193.

TCK m.61/f.1/b.(d)'nin dikkate alınmasına engel olmamakla birlikte bu durum, TCK m.61/f.1/b.(f)'ye göre dikkate alınacaktır.

e. Meydana Gelen Zarar veya Tehlikenin Ağırlığı

TCK m.61/f.1/b.(e)'ye göre temel ceza belirlenirken değerlendirilecek bir diğer ölçüt, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığıdır. Hâkim, suç teşkil eden haksız fiilin dış dünyadaki neticelerinden olan zarar ve tehlikenin büyüklüğünü değerlendirerek cezayı tayin eder.⁶⁸

Zararın doğrudan ya da dolaylı olarak meydana gelmesi mühim değildir. Fakat suçun tipiklik unsurunun gerçekleşmesi için meydana gelmesi gereken asgari tehlike veya zarar, cezanın tayininde ölçüt olarak değerlendirilemeyecektir. Kasten öldürme suçunda mağdurun ölmesi, suçun unsurudur. Bu neticenin gerçekleşmesi, ayrıca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaz.⁶⁹ Aksi takdirde çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olur.

Öğretideki bir görüşe göre ortaya çıkan tehlike veya zarar tespit edilirken; mağdurun kişiliği, mesleği, yaşam biçimi vb. hususlar dikkate alınmamalı, sadece hukuki konuyu oluşturan menfaat ve varlık dikkate alınmalıdır.⁷⁰ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise suçun işlenmesiyle oluşan zarar maddi ya da manevi nitelikte olabileceği gibi doğrudan kişiye yönelik suçlarda bedensel veya ruhsal nitelikte de olabilir.⁷¹ Bu bakımından mağdurun kişiliği, mesleği gibi subjektif unsurların dikkate alınması da kaçınılmaz olacaktır.

Kasten yaralama suçunda meydana gelen yaranın büyük olması⁷², eziyet suçu sonrası mağdurun psikolojik destek almasının gerekmesi vb. durumlar; meydana

⁶⁸ Üzülmüş, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 210.

⁶⁹ Artuk ve Gökçen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 890-891.

⁷⁰ Ateş Öncü, "Türk Ceza Hukukunda Temel Cezanın Belirlenmesi," 125; Gamze Kırlioğlu, "Yargıtay Kararları Işığında Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi* (Ankara: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2019), 60.

⁷¹ Apiş, *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 134.

⁷² Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler 2020*, 955.

gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı bakımından hâkimin temel cezayı tayin ederken göz önünde bulundurabileceği ve alt haddenden uzaklaşmayı gerektiren örneklerdendir.

TCK m.35/f.2'de yer alan "*Suçta teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.*" düzenlemesi ile birlikte TCK m.61/f.1/b.(e)'nin değerlendirilmesi durumunda çifte değerlendirme yasağının ihlal edilip edilmediği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre "*meydana gelen zarar veya tehlikenin*" ölçütü, temel cezanın belirlenmesi açısından sadece tamamlanmış suçlar bakımından uygulama alanına sahiptir⁷³. Buna göre TCK m.61/f.5'te yer alan hüküm dikkate alınmak suretiyle ceza tayin edilirken teşebbüse göre indirim yapılacaktır. Bununla beraber TCK m.61/f.1/b.(e)'nin de uygulanması, çifte değerlendirme yasağına aykırılık teşkil edecektir.⁷⁴ Bir diğer görüşe göre ise TCK m.61/f.3'te yer alan düzenlemede teşebbüs bakımından çifte değerlendirme yasağının bulunmaması sebebiyle buna engel bir hâl bulunmamaktadır.⁷⁵ Yargıtay ise birçok kararında teşebbüs hâlinde kalmış suçlar bakımından teşebbüs hükümlerinin icrası esnasında meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını dikkate alarak alt haddenden uzaklaşılması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁶ Türk Ceza Kanunu'nda yer alan m.61/f.3'teki düzenleme, çifte

⁷³ Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira söz konusu ölçütlerin sadece tamamlanmış suçlar bakımından geçerli olacağı hususu, ne kanun metninde ne de gerekçesinde yazıyor. Bu konuda bkz. Yerdelen, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 202.

⁷⁴ Ateş Öncü, "Türk Ceza Hukukunda Temel Cezanın Belirlenmesi," 126; Kırlioğlu, "Yargıtay Kararları Işığında Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 61; Üzülmüş, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 222; Apiş, *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 137.

⁷⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 702-703; Yerdelen, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 201.

⁷⁶ "5237 sayılı Kanununun 35/2. maddesinde "suçta teşebbüs durumunda fail meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasıyla

değerlendirme yasağını sadece suçun unsurları bakımından düzenlenmiştir. Teşebbüs kurumunun ise suçun unsurlarından değil, suçun özel görünüş biçimlerinden olduğu dikkate alındığında kanaatimizce söz konusu hüküm burada gündeme gelmeyecektir. Başka bir deyişle hâkim, teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtaki zarar veya tehlikenin ağırlığını göz önünde bulundurabilecektir. Dolayısıyla hâkimin hem TCK m.35/f.2 hem de TCK m.61/f.1/b.(e) düzenlemelerine göre cezayı tayin etmesinde herhangi bir engel yoktur. Bir görüşe göre; TCK m.61/f.1'de yer alan ölçütlerin sadece somut olay bakımından hiçbir özel durumun dikkate alınmadan tamamlanmış suç üzerinden değerlendirilmesi gerektiği ve ilgili tartışmanın çifte değerlendirme yasağından ziyade TCK m.3'te yer alan orantılı ceza kapsamındadır.⁷⁷ Belirtmek gerekir ki TCK m.61/f.1'deki ölçütlerin sadece tamamlanmış suçlar bakımından ve somut olaya özgü bir durumun olmadığı hâllerde uygulanacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bilakis cezanın belirlenmesi müessesesi; kanun koyucunun özel olarak her olaya ayrı şekilde bir düzenleme yapamaması nedeniyle, hâkime somut olayın özel koşullarını değerlendirebileceği ve sınırlı bir takdir hakkı vererek adaleti sağlayabileceği yol gösterici ölçütleri barındıran bir kurumdur. Somut olay dikkate alınmadan TCK m.61/f.1'deki ölçütlerin değerlendirilmesi, en başta bu maddeye aykırıdır. TCK m.3/f.1'de yer alan “Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.” düzenlemesi bakımından değerlendirme yaptığımızda; zarar veya tehlikenin ağırlığının iki defa dikkate

cezalandırılır...” şeklinde düzenleme bulunduğu göre; sanık hakkındaki cezadan teşebbüs nedeniyle indirim yapılırken mağdurun toplam 16 bıçak darbesiyle hayati tehlike geçirecek şekilde yaralandığı, bunlardan iki tanesinin öldürücü nitelikte olduğu, mağdurun akciğerine bıçak isabet ettiği göz önüne alındığında, meydana gelen zararın ağırlığı ile orantılı, ceza adaletini sağlayacak düzeyde bir indirim yapılması gerekirken, yazılı şekilde ortaya çıkan zararlar orantılı düşmeyecek şekilde azami oranda indirim yapılması kanuna aykırıdır.” Yargıtay 1. CD, E. 2006/578, K. 2006/3189, 13.07.2006 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); “5237 sayılı TCK’nun 61. maddesine göre 35. maddedeki teşebbüs hükümlerinin uygulanması sırasında, meydana gelen zararın ağırlığına göre aşağı sınırdan uzaklaşarak ceza verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, ...bozmayı gerektirir.” Yargıtay 1. CD, E. 2005/3477, K. 2006/1640, 27.04.2006 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); Ahmet Güven Uslu, “Türk Ceza Hukukunda Somut Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Erzurum: Atatürk Üniversitesi, 2014), 81.

⁷⁷ Apiş, *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 136-137.

alınarak temel ceza belirlenirken alt hadde yaklaşılması ve ayrıca altıda bir oranında indirim yapılması failin lehine bir durum olmakla birlikte orantılılık ilkesine kanaatimizce de aykırıdır. Bu sebepten dolayı sadece TCK m.35/f.2'ye göre altıda bir oranında indirip yapıp TCK m.61/f.1'de yer alan "*Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı*" ölçütü dikkate alınmadan hüküm kurulması, hukuka aykırılık ve bozma sebebi olacaktır. Zira cezanın belirlenmesi müessesesinin kendi içinde yer alan bir kanun maddesi, göz ardı edilmek suretiyle uygulanmayacaktır. Bu çelişkinin giderilmesi için TCK m.61/f.3'te yer alan hükmün değiştirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

f. Failin Kast veya Taksire Dayalı Kusurunun Ağırlığı

Hâkimin temel cezayı belirlerken dikkate alması gereken bir diğer ölçüt, TCK m.61/f.1/b.(f)'ye göre failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığıdır. Belirtmek gerekir ki bundan önce incelediğimiz beş ölçütün tamamı fiile ilişkin, bununla birlikte inceleyeceğimiz bir sonraki ölçüt ise faile ilişkindir.

Kast veya taksire dayalı kusurun ağırlığı ölçütünün, temel cezanın tayini esnasında ne şekilde etki edeceğine geçmeden önce kısaca kast ve taksir kurumlarının Kanun'da ne şekilde tanımlandığına bakmakta yarar vardır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, manevi unsur türleri bakımından toplam dört türe yer vermiştir: (Doğrudan) Kast, Olası Kast, (Basit) Taksir ve Bilinçli Taksir.⁷⁸ TCK m.21/f.1'de doğrudan kast "*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*"; TCK m.21/f.2'de olası kast "*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*"; TCK m.22/f.2'de basit taksir "*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.*"; TCK m.22/f.3'te bilinçli taksir "*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır.*" şeklinde düzenleme altına alınmıştır.

⁷⁸

Hakan Karakehya, "Olası Kast," *Ceza Hukuku Dergisi* 1, no. 2 (2006): 43.

Esasında kusur; suç niteliğine haiz haksız eylemin, başka bir deyişle tüm unsurlarıyla meydana gelmiş bir suçun mevcudiyetinden sonra devreye giren ve failin işlemiş olduğu suçtan dolayı kınanabilir olmasını sağlayan bir durumu oluşturmaktadır.⁷⁹ Kastın yoğunluğu, failin gayesine ulaşma konusundaki kararlılığı; taksirin yoğunluğu, neticenin fail tarafından ne kadar öngörülebilir olduğudur.⁸⁰ Bir suçun işlenmesinde fail tarafından aşılması gereken zorlukların ve gayeye ulaşmadaki ısrarın çok olması, kusurun da yoğunluğunu göstermektedir.⁸¹ Çok özel yöntemlerle korunan bankadan oldukça değerli emtiaları çalmak isteyen bir hırsızın o özel yöntemlerden kaçmak için kılık değiştirmesi; sahte kimlik düzenlemesi, orada görev yapan bazı personelleri önceden tehdit etmesi, birden çok kişiden destek alması, kameraların bağlı olduğu sistemi uzaktan ve önceden çökertmesi hâllerinde; bu suçu işleme konusundaki kararlılığı ve tüm engelleri aşma çabası, kastın yoğunluğunu gösterir. Bundan dolayı kendisi hakkında ceza verilirken alt haddeden uzaklaşılır.

Nitekim Yargıtay “Katılanın kayden tanık ... adına tescilli ... plaka sayılı aracı haricen satın aldıktan sonra satmaya karar verdiği, akrabası olan tanık... vasıtasıyla “www.*****.com” adlı internet sitesinde ilana koyduğu, ilanda tanık...’in telefon numarasının yer aldığı, sanığın aracı almak için tanık...’i aradığı ve katılanın telefon numarasını aldığı, sonra katılan ile görüşerek aracı almak istediğini söylediği, daha sonra ... ilçesine giderek katılan ile buluştuğu, aracı sanayide baktıracağını söyleyerek katılıandan aldığı ve sonrasında araçla kayb olduğu ve bu şekilde üzerine atılı suçu işlediğinin iddia edildiği olayda”⁸² doğrudan kastla işlenen bu suç bakımından failin gösterdiği

⁷⁹ Üzülmöz, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 211-212.

⁸⁰ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 697.

⁸¹ Üzülmöz, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 212; Failin engelleri aşma çabası, suç işlemekteki irade yoğunluğu vb. hususlar; kusur esasına dayalı olarak cezanın belirlenmesi açısından suçun işleniş biçimi başlığı altında değerlendirilebilir. Bu konuda bkz. Emine Kabak Yüce, “Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi,” Yayınlanmamış Doktora Tezi (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 2022), 189.

⁸² Yargıtay 15. CD, E. 2018/7618, K. 2020/5038, 08.06.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

kararlılık ve çabasını kast bakımından kusurun ağır olduğunu değerlendirmiş ve alt haddenden uzaklaşılmasını hukuka uygun bulmuştur.

Kast bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer konu, tasarlama kastıdır. Türk Ceza Kanunu'nda bir suçun tasarlanarak işlenmesinin nitelikli hâl olarak kabul edildiği tek suç, TCK m.81'de düzenlenen "*Kasten öldürme*" suçudur.⁸³ Bunun dışındaki suçların tasarlanarak işlenmesi, TCK m.61/f.1/b.(f) kapsamında değerlendirilebilecektir. Öğretideki bazı yazarlar ve Yargıtay'ın bazı kararlarına göre suçun tasarlanarak işlendiğinin ispat edilememesi durumunda "*tasarlamaya yaklaşan kast yoğunluğundan*"dan bahsedilir.⁸⁴ Bu görüşe katılmadığımızı belirtmemiz gerekir. Tasarlama ya vardır ya yoktur.⁸⁵ Nitekim Kanun'da düzenlenmemiş olan bir kurumun ihdas edilmek suretiyle failin kusurunun yoğun olduğu varsayımı, suçta ve cezada kanunilik ve şüpheden sanık yararlanır ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Şayet fail tarafından tasarlamanın yapılıp yapılmadığı şüpheliyse bu şüphenin kaynağı olan ölçütlere odaklanılmalı ve bunların, TCK m.61/f.1'de yer alan diğer ölçütlerin konusunu oluşturup oluşturmadığı tespit edilmeli ve ona göre hareket edilmelidir.

Taksirli suçlar bakımından fail tarafından neticenin öngörülmesi ciddi anlamda bekleniyor ya da failin öngördüğü netice yüksek olasılıkla öngörülüyorsa taksirin yoğunluğu gündeme gelir. Taksirin derecelendirilmesi bakımından göz önünde bulundurulması gereken ölçüt, objektif özün yükümlülüğünün ağırlığıdır.⁸⁶ Burada failin; sosyal durumu, yaşı, algılama seviyesi, bilgi düzeyi, kişisel yetenekleri, tecrübe ve içinde bulunduğu koşullar da dikkate alınır.⁸⁷ Kendi sürüş becerisi ve otomobilinin özelliklerine güvenen otomobil sürücüsünün, trafik

⁸³ TCK m.76'da düzenlenen "*Soykırım*" ve TCK m.77'de düzenlenen "*İnsanlığa karşı suçlar*" bakımından aranan plan (tasarlama), suçun tipikliği için zaten aranan bir unsurdur.

⁸⁴ Koray Doğan, "*Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*," *Ceza Hukuku Dergisi* 2, no. 4 (2007): 284; Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 254.

⁸⁵ Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 438.

⁸⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 704.

⁸⁷ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* 2022, 718.

kurallarının birçoğuna uymaması ve 0.50 promil⁸⁸in altında alkol tüketmesi sonrasında bir kazaya neden olması hâlinde taksir bakımından kusurunun yoğun olduğunu kabul etmek gerekir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararda; taksirli suçlar bakımından alt ve üst had arasındaki temel ceza, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ile suç konusunun değeri de gözetilerek fakat ağırlıklı olarak kusura göre belirlenmesinin hakkaniyete ve kanuna uygun olacağı belirtilmiştir.⁸⁹ Hatırlatmak gerekir ki taksirle işlenmiş bir suçun mevcudiyeti hâlinde hâkim, kasta dayalı kusurun ağırlığı ölçütüne başvuramayacaktır.

TCK m.30/f.4'te "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*" düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre şayet düşülen hata "*kaçınılmaz*" ise fail artık cezalandırılmayacaktır. Fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda düşülen hatanın kaçınılabılır olması durumunda temel cezanın belirlenmesi gündeme gelecektir. Bu hata, TCK m.61/f.1/b.(f)'ye göre değerlendirilecektir. Keza TCK m.30/f.3 bakımından da aynı durum geçerlidir.⁹⁰

⁸⁸ 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu m.48/f.5'e göre otomobil sürücülerinin alkol promil sınırı 0.50'dir. 0.50 promilden fazla alkol tüketen sürücüler hakkında ilgili yaptırımlar uygulanır. Dolayısıyla bu örnekte tüketilen alkolün idari açıdan bir sorun teşkil etmediğini belirtmek gerekir.

⁸⁹ "Sanığın sevk ve idaresindeki 14.840 kg. karpuz yüklü kamyon ile Adana yönünden Pozantı istikametine doğru giderken aracın hızını, yük ve teknik özellikleriyle yol ve trafik durumunun gerektirdiği şartlara göre ayarlayarak güvenli şekilde seyir etme imkanı varken, gerekli dikkat ve özeni göstermeyip, iniş eğimli ve trafiğin yoğun olduğu yolda, daha düşük vitesle gitmesi gerekirken 4. vitesle seyir ederek aracının hızlanmasına sebep olduktan sonra maktulün kullandığı kendi yolunda seyir eden otomobile arkadan çarparak 420 metre kadar sürüklediği ve tam kusurlu olarak maktulün ölümüne sebep olduğu olayda, yerel mahkemece temel cezanın üst haddeden belirlenmesi ve bu konuda gösterilen gerekçe TCK'nun 61. maddesi anlamında kanuni ve dosya kapsamına uygundur. Yargılama süreci boyunca maddi gerçeğe ulaşma ve adaleti sağlama yolunda çaba harcayan, sanığı birebir gözlemleyen yerel mahkemece, alt sınırı 2 yıl üst sınırı ise 6 yıl olan taksirle öldürme suçunda temel cezanın alt sınırdan uzaklaştırılarak 6 yıl olarak tayin ve takdir edilmesinde isabetsizlik bulunmamakta olup, bu uygulama 5237 sayılı TCK'nun 3/1. maddesinde düzenlenen "orantılılık" ilkesine de aykırılık oluşturmadığından, Özel Daire onama kararı isabetlidir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2013/370, K. 2013/607, 10.12.2013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁹⁰ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler 2020, 958.

TCK m.61'de esasında kanun koyucu, diğer düzenlemelerde somut olayın tespitine yönelik olan eksiklikleri gidermeyi amaçlamıştır. Hatanın kaçınılmaz olması durumunun somut olayda bulunmaması durumunda ne olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Şayet cezanın belirlenmesi müessesesi olmasaydı, kaçınılabılır hataların seviyelerinin cezada etkisi olmayacak ve failer aynı cezayı alacaktı. Buna göre kaçınılabılır olan hatalar; kanun maddesine uymaması sebebiyle ceza verilmemesine ya da cezanın indirilmesine yer olmadığı durumlarda, TCK m.61/f.1/b.(f) düzenlemesine göre dikkate alınıp ceza fail ve fiile göre tayin edilebilecektir.

Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarda; benzer bir suçun fail tarafından önceden de işlenmiş olmasını, suç işleme kastının yoğunluğu anlamına geldiğini belirtmiştir.⁹¹ Bu karara katılmak mümkün değildir. Zira kasttaki yoğunluk bakımından kastedilen ısrar ve kararlılık, münferit olarak o suçun işlenmesi konusundaki ısrar ve kararlılıktır. Fail tarafından önceden benzer suçların işlenmiş olması TCK m.61'de düzenlenen "*Cezanın Belirlenmesi*" müessesesini değil, TCK m.62'de düzenlenen "*Takdiri İndirim Nedenleri*" müessesesini ilgilendirir.⁹²

TCK m.61/f.1/b.(f)'de düzenlenen ölçüt, esasında diğer ölçütleri de kapsamaktadır. Suçun işleniş biçimi, suç işlenmesinde kullanılan araçlar vb. ölçütler, yine kastın içinde kendilerini göstermektedirler.⁹³ Kanun koyucunun bunları düzenlemesindeki gayesi, hâkime yol göstermektedir.

⁹¹ "sanık ...'un bu olaydan önce de yakınan ...'ya yönelik benzer yağma suçlarını işlemiş olması suç işleme kast ve yoğunluğunu ortaya koyduğu gibi," Yargıtay 6. CD, E. 2015/5949, K. 2016/512, 10.02.2016 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); "Öte yandan, sanığın sabıka kaydında geçmiş hükümlülüklerinin bulunması, şartlarının varlığı halinde tekerrür uygulamasında dikkate alınabilecek bir husus olup, TCK'nun 61. maddesinde sayılan temel cezanın belirlenmesi ölçütleri arasında bulunmadığından alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi olarak kullanılamayacaktır. Bununla birlikte sabıka kaydındaki geçmiş hükümlülükler ile bu hükümlülüklerin niteliği ve sayısının, aynı kanununun 61/1-f maddesinde yer alan failin kastının ağırlığı'nın belirlenmesi sırasında hâkim tarafından göz önüne alınabilmesinde de kanuni bir engel bulunmamaktadır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2015/115, K. 2018/330, 03.07.2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁹² Meraklı, Ceza Hukukunda Kusur, 439; Kırhoğlu, "Yargıtay Kararları Işığında Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 65.

⁹³ Meraklı, Ceza Hukukunda Kusur, 437.

g. Failin Güttüğü Amaç ve Saiki

TCK m.61'de temel cezanın belirlenmesi için dikkate alınması gereken son ölçüt olarak "*failin güttüğü amaç ve saiki*" düzenlemesi yer almıştır. Her ne kadar "*amaç*" ve "*saik*" kavramları, uygulamada aynı kavramlarmış gibi kullanılsa da esasında farklı anlamlara sahiptirler. Amaç, failin suçla elde etmek istediği menfaat; saik, suça sevk eden etkenlerdir.⁹⁴ Bu iki kavramın temel cezanın belirlenmesinde göz önüne alınmasının sebebi; saik veya amacın bazen çok fazla kınanabilir ve failin ahlaki kötülüğünü ortaya koyabilir olmasıdır.⁹⁵

Failin; suçu kötülük duygusuyla işlemiş olması, cezanın tayin edilirken üst hadde yaklaşılmasına sebep olabilmektedir. Failin hırsıyla ya da bencilce hareket etmek suretiyle suç işlemiş olması, buna örnek gösterilebilir. Ekonomik zorluklardan dolayı, merhamet duygusuyla⁹⁶, yardım etmek gayesiyle, kamu yararını sağlama niyetiyle suçun işlenmesi, cezanın tayin edilmesi esnasında alt hadde yaklaşılmasına sebep olabilmektedir. Televizyon çalmış olan bir hırsızdan, çalınan televizyonu hırsızın rızası olmadan alıp mağdura (televizyonun malikine) verilmesi, su sorunu olan bir köyde su bulunan tarlaya malikin rızası olmadan köy halkı yararlınsın diye çeşme yapılması, acil olmayan bir ameliyata yetişmesi gereken doktorun azami hız sınırını ciddi biçimde aşması ve araçları makas atmamak suretiyle geride bırakması, yüksek sesle şarkı dinlemeyi çok seven hasta bir çocuğu mutlu etmek gayesiyle failin sokakta yüksek sesle şarkı açıp diğer insanları rahatsız etmesi, trafik polisi olmamasına rağmen trafik polisi üniforması giyen trafik güvenliği uzmanının kural ihlali yapan araçları durdurup uyarması, vatandaşın suç örgütünün verilerini emniyete bildirmek amacıyla hukuka aykırı olarak verileri ele geçirilmesi ve benzerleri örneklerde; temel ceza tayin edilirken işlenen suçun saik ve amacı dikkate alınacağı için alt hadde yakın bir ceza verilecektir.

⁹⁴ Artuk ve Gökçen, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 150; Doğan, "Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 284.

⁹⁵ Kayıhan İçel ve diğerler, *Yaptırım Teorisi* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2002), 150.

⁹⁶ Üzülmüş, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 214.

Diğer ölçütlerde olduğu gibi burada da çifte değerlendirme yasağı mevcuttur. Buna göre özel kastın arandığı suçlarda, özel kastı sağlayan saik veya amacın ayrıca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması mümkün değildir. Nitekim bu durumda söz konusu saik veya amaç, suçun unsurudur.⁹⁷ Bazı suçlarda failin saik veya amacı cezayı azaltırken⁹⁸, bazı suçlarda cezayı artırmaktadır.⁹⁹

Belirtilmesi gereken bir diğer önemli husus da taksirli suç işleyen fail hakkında temel ceza belirlenirken, TCK m.61/f.1/b.(g)'de yer alan "*Failin güttüğü amaç ve saiki*" ölçütüne başvurulamamasıdır. Zira taksirli suçlarda ortada bilme ve isteme unsurları bulunmamakta, öngörülebilir netice öngörülmekte veya öngörülen neticenin gerçekleşmeyeceğini dair bir inanç ve güven bulunmaktadır. Dolayısıyla taksirli suçlarda amaç ve saikten bahsedilmesi mümkün değildir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da taksirle öldürme suçuna sebep olmuş faik hakkında temel ceza belirlenirken TCK m.61'de yer alan "*saniğin kastının yoğunluğu, güttüğü amaç ve saik*" ölçütlerini kullanmak suretiyle alt haddeden ceza tayin etmesini hukuka aykırı bulmuştur.¹⁰⁰

Esasında temel cezanın tayini sırasında dikkate alınan ölçütler, daha çok suç teşkil eden haksız eylemin haksızlık içeriği ile ilgilidir.¹⁰¹ Aynı suça ilişkin iki farklı olayda; haksızlık içerikleri farklı olabileceğinden, suçun işleniş biçimi veya suçun

⁹⁷ Söz gelimi; TCK m.77/f.1; TCK m.118/f.1; TCK m.172/f.1; TCK m.217/A/f.1; TCK m.220/f.1.

⁹⁸ Söz gelimi; TCK m.144/f.1/b.(b), TCK m.150/f.1; TCK m.159; TCK m.211.

⁹⁹ Söz gelimi; TCK m.82/f.1/b.(j) ve (k).

¹⁰⁰ "...Caddesi'ni takiben havaalanı yönünde seyri esnasında, Doğu Caddesi kavşağında bulunan petrol istasyonundan benzin almak istediği, petrol istasyonunun girişini geçtiğini fark edince istasyona girmek için sağ şerit üzerinde geri manevra yaptığı sırada, gidiş yönüne göre yolun solundan sağına geçmekte olan yaya ...'na yolun sağına yakın bir mesafede aracın sağ arka kısmı ile çarpması sonucu adı geçenin kaldırıldığı hastanede öldüğü... Ancak, TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasındaki bu ölçütler genel nitelikli olup her suça uymayabileceğinden, her suç için tüm ölçütlerin değil sadece ilgili suça uyan kısımların nazara alınması gerekir. Bu açıdan taksirli suçlarda ancak kasıtlı suçlarda uygulanması mümkün olan 61. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "suçun işlenmesinde kullanılan araçlar", (f) bendinde yer alan "failin kasta dayalı kusurunun ağırlığı" ve (g) bendinde yer alan "failin güttüğü amaç ve saik" ölçütleri uygulanamayacaktır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2017/514, K. 2019/84, 12.02.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹⁰¹ Üzülmüş, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 234.

işlendiği zaman ve yer aynı olmayacağından tayin edilen temel ceza farklılık gösterecektir.¹⁰² Bundan dolayı hâkim temel cezayı tayin ederken; somut olayın koşullarını dikkate almalı, TCK m.61/f.1 bakımından gösterilen ölçütlere uymak suretiyle hakkaniyete ve cezanın amacına bağdaşır nitelikte bir ceza vermelidir.

¹⁰² Üzülmöz, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 234.

h. Sonuç Cezanın Belirlenmesi

Hâkim; önüne gelen olay bakımından cezayı tayin ederken ilk aşamada TCK m.61/f.1 kapsamında soyut cezadan somut cezaya geçiş yaparken temel cezayı belirler, sonrasında ise TCK m.61'de yer alan diğer fıkraları uygulamak suretiyle sonuç cezayı bulur. Sonuç ceza bulunurken; olası kast ve bilinçli taksirin cezaya etkisi, artırma ve indirmenin sırası, ceza genel hukuku kapsamındaki bazı kurumların sırası, hapis ve adli para cezasının hesaplanması dikkate alınır.

i. Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Etkisi

TCK m.61/f.2'de *“Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır.”* düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre temel ceza tayin edildikten sonra, temel ceza üzerinden olası kast¹⁰³ ya da bilinçli taksir¹⁰⁴ kurumlarının gerektirdiği indirim ya da artırım yapılır. Olası kastın varlığı hâlinde *ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.* Bilinçli taksirin varlığı hâlinde ise *taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.*

Çifte değerlendirme yasağı gereğince olası kast ya da bilinçli taksirin varlığı, TCK m.61/f.1/b.(f)'de düzenlenen *“failin kast veya takdire dayalı kusurunun ağırlığı”* ölçütü kapsamında temel cezanın belirlenmesi sırasında değerlendirilmeyecektir.¹⁰⁵ Haksızlık yoğunluğu açısından; suçun olası kastla işlenmesi doğrudan kasta göre daha az, bilinçli taksirle işlenmesi basit taksire göre

¹⁰³ TCK m.21/f.2/c.2: *“Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.”*

¹⁰⁴ TCK m.22/f.3: *“Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.”*

¹⁰⁵ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler 2020, 960.

daha fazla cezaya neden olmaktadır.¹⁰⁶ Fiilin haksızlık yoğunluğundan çok faile odaklanıldığı hâlde ise cezanın tayini değil, bireyselleştirilmesi (TCK m.62 vd.) gündeme gelir.

Türk Ceza Kanunu'nda bazı suçlar bakımından süreli hapis cezası aralığı değil, doğrudan maktu ceza düzenlenmiştir. Söz gelimi, kasten öldürme suçunun cezası müebbet hapis cezasıdır. Burada TCK m.61/f.1'deki ölçütleri uygulamak suretiyle temel cezanın belirlenmesi mümkün değildir. Zira hâkimin cezayı tayin edeceği bir alan yoktur. Ancak bu suçun doğrudan kastla değil de manevi unsur olarak farklı bir şekilde işlenmesi hâlinde ceza aralığı gündeme geleceği için temel cezanın belirlenmesinin ölçütleri, TCK m.61/f.2 kapsamında dikkate alınacaktır.¹⁰⁷

Temel ceza belirlendikten sonra TCK m.61/f.4'te yer alan "*Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır.*" düzenleme ile TCK m.61/f.2 düzenlemelerinden hangisinin öncelikli uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle olası kast ya da bilinçli taksire ilişkin indirim ya da artırımın, TCK m.61/f.1 bakımından temel ceza belirlendikten hemen sonra mı yoksa suçun temel şekline göre daha fazla ya da az cezayı gerektiren nitelikli hâllerine ilişkin indirim ya da artırım yapıldıktan sonra mı uygulanacağı sorunu bulunmaktadır.¹⁰⁸ Kanaatimizce burada TCK m.61/f.4'e öncelik vermek gerekir. Zira lafzi yorum yöntemini kullandığımızda 2. fıkrada yer alan "*...birinci fıkra*

¹⁰⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler 2020, 960.

¹⁰⁷ "Sanığın eyleminin yaptırma bağlandığı 81. maddede temel ceza, alt ve üst sınırlar olmaksızın kesin olarak müebbet hapis cezası olarak saptanmış olduğundan, 61. madde uyarınca temel cezanın belirlenmesi söz konusu olmayıp, eylemi olası kastla gerçekleştirmiş olması dolayısıyla sanık hakkında yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hükmolunacak olan hapis cezası süresinin, 61. maddede "suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saik" şeklinde belirtilen hususlar ile aynı Yasanın 3. maddesinin1. fıkrasındaki "suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur" biçimindeki düzenleme doğrultusunda belirlenmesi gerekmektedir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2010/30, K. 2010/99, 04.05.2010 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹⁰⁸ Koruculu, Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, 261.

hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden” ifadesinde olası kast indirim ya da bilinçli taksir artırımının, tayin edilen temel cezadan sonra yapılacağı düzenlenmiştir. 4. fıkrada yer alan “...temel cezada” ifadesinde ise nitelik hâl indirim veya artırımın, temel cezanın tayin edilmesi sonrası onun üzerinden değil, temel cezanın kendisinin içinde dikkate alınması gerektiği görülmektedir. Dolayısıyla nitelikli hâlin mevcudiyeti durumunda öncelikle ona göre artırım ya da indirim yapılır, binaenaleyh olası kast varsa indirim ve bilinçli taksir varsa artırım yapılır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun vermiş olduğu bir kararda da kasten yaralama suçlarında TCK m.21/f.2 maddesi uyarınca olası kast sebebiyle yapılacak indirimin nitelikli hâl maddelerine göre belirlenen ceza üzerinden yapılması gerektiği belirtilmiştir.¹⁰⁹ Her ne kadar TCK m.61/f.4’ün önce uygulanması gerektiği kanaatimizce belli olsa da bunun daha anlaşılır şekilde kanun metninde düzenlenmesi gerekmektedir.

j. Nitelikli Hâllerin Etkisi

TCK m.61/f.4’te nitelikli hâllerin bulunması durumunda önce artırım, sonra indirim yapılması gerektiği düzenlemesi yer almaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki bu hükümdeki eksiklik, teori ve uygulamada birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Zira birden fazla nitelikli hâlin bir olayda meydana gelmiş olması

¹⁰⁹ “Sanığın, hayati tehlike geçirecek şekilde katılanı olası kastla yaraladığı somut olayda, yerel mahkemece TCK’nun 86/1, 21/2, 87/1-d-son ve 62. maddeleri uyarınca alt sınırdan uygulama yapılarak sonuç hapis cezası 2 yıl 6 ay olarak belirlenmiş olup, eylemin doğrudan kastla işlenmesi halinde de 86/1, 87/1-d-son ve 62. maddeleri uyarınca yine alt sınırdan uygulama yapıldığı takdirde hükmolunacak sonuç hapis cezası 2 yıl 6 ay olacaktır. Her iki durumda da sonuç cezanın aynı olması ceza adaletine ve kanun koyucunun eylemin olası kastla işlenmesi halinde daha az cezaya hükmolunması gerektiği yönündeki amacına uygun düşmeyecektir. Oysa, somut olayda olası kast indirim TCK’nun 86/1 ve 87/1-d-son maddeleri uyarınca alt sınırdan uygulama yapılarak belirlenecek 3 yıl hapis cezası üzerinden yapıldığı takdirde, 62. madde de uygulanmak suretiyle hükmolunacak sonuç hapis cezası 1 yıl 3 ay olacaktır. Ancak bu şekildeki kabulde ceza adaleti ve kanun koyucunun amacı gözetilmiş olacaktır ki, bu nedenle 5237 sayılı TCK’nun 21/2. maddesi uyarınca olası kast nedeniyle yapılacak indirimin 86/1 ve 87/1-d-son maddeleri uyarınca belirlenen ceza üzerinden yapılması gerektiğinin kabulünde ceza adaleti yönünden zorunluluk bulunmaktadır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2013/259, K. 2013/273, 28.05.2013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

durumunda cezanın nasıl tayin edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Olayda daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hâl sadece bir taneyle ceza da bir defa artırılır.¹¹⁰ Taksirle yaralama neticesinde mağdurun yüzünde sabit iz (TCK m.89/f.2/b.(d)) meydana gelmişse ceza, sadece bir defa yarı oranda artırılacaktır. Olayda birden çok nitelikli hâlin bulunması durumunda ise ne yapılacağı belirsizdir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama neticesinde mağdurun konuşmasında sürekli zorluk (TCK m.87/f.1/b.(b)) ve yaşamını tehlikeye sokan bir durum (TCK m.87/f.1/b.(d)) meydana gelmişse cezanın nasıl tayin edileceği muallaktır. Zira iki nitelikli hâl meydana gelmiş ve bunların cezası olarak da temel cezanın bir kat artırılacağı belirtilmiştir. 765 Sayılı TCK m.29/f.3'te böyle durumlarda; temel cezanın çok ceza gerektiren ilk sebeple artırılması gerektiği, buna müteakip cezanın çok cezayı gerektiren ikinci sebep de uygulanmak suretiyle artırılması gerektiği, böylelikle buna benzer ne kadar daha çok sebep varsa hepsi bitinceye kadar üst üste eklenmek suretiyle cezanın tayin edilmesi gerektiği kabul edilmişti.¹¹¹ Ancak 5237 Sayılı TCK'de böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla her nitelikli hâl için ayrı ayrı artırım yapılması, kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Yargıtay böyle durumlarda; temel ceza belirlenirken alt haddenden uzaklaştırılması gerektiği, buna göre cezanın tayin edilmesi gerektiğini kabul etmektedir.¹¹²

Birden çok nitelikli hâl, kanunda aynı sonuca bağlanmışsa ortada seçimlik nitelikli hâl mevcuttur.¹¹³ Kasten yaralama suçunun üst soya, silahla, kişinin yerine

¹¹⁰ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 708.

¹¹¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 708: "Eğer bir çok esbap içtima etmiş olursa artırıp eksiltme hususu, ondan evvelki artırma ve eksiltme neticesi olan ceza miktarı üzerinden cereyan eder." (Mülga TCK m.29/f.3).

¹¹² "...5237 sayılı TCK'nın 86. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen kasten yaralama suçunun nitelikli hallerinin bir bütün olarak sayıldığı ve her bir bentten dolayı ayrı ayrı artırım yapılacağına ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı, birden fazla nitelikli halin aynı olayda birleşmesi durumunda temel ceza tayin edilirken bu husus da gözönünde bulundurulup alt sınırdan uzaklaşım suretiyle ancak bir kez artırılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması,..." Yargıtay 9. CD, E. 2008/18730, K. 2010/8448, 14.07.2010 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹¹³ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 710.

getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi; aynı ceza artışını gerektiren seçimlik nitelikli hâller olarak düzenlenmiştir. Seçimlik nitelikli unsurların bir olayda birleşmesi durumunda sadece bir defa artırım yapılacaktır. Yani az önceki örneğe göre failin cezası, TCK m.86/f.3'e göre sadece bir defa yarı oranında artırılabilecektir. Birden çok seçimlik nitelikli hâlin meydana gelmiş olması durumunda cezanın tayini esnasında üst hadde yaklaşırlar. Başka bir deyişle cezanın belirlenmesinde makas üst sınıra doğru açılır, yani suçun işleniş biçimi de devreye girmiş olur.¹¹⁴ Bu durum madde gerekçesinde de ifade edilmiştir.¹¹⁵ Bazı durumlarda kanun koyucu, cezada farklı artırım oranlarını öngören nitelikli hâlleri bir suç bakımından ayrı fıkralarda düzenlemiştir. TCK m.142'de bazı nitelikli hâllerin cezası 3 yıldan 7 yıla kadar, bazılarının cezası ise 5 yıldan 10 yıla kadardır. Kanaatimizce bir olay bakımından iki farklı ceza aralığını gerektiren iki nitelikli hâlin gerçekleşmiş olması durumunda hâkim; daha ağır cezayı gerektiren ceza aralığını dikkate almak suretiyle diğerine göre daha az ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli bu sınır içerisinde değerlendirecektir.¹¹⁶

Hülasa; işlenen bir suçta aynı cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hâl varsa, sadece bir defa artırım yapılır. Diğer nitelikli hâllerin de cezanın belirlenmesi kurumu bakımından bir öneminin bulunması sebebiyle onlar da dikkate alınır ve o şekilde ceza tayin edilir: Şayet nitelikli ceza, oransal bir artış öngörüyorsa diğer nitelikli hâller temel cezanın belirlenmesi esnasında göz önünde bulundurulur. Şayet nitelikli ceza, oransal bir artış değil de alt ve üst haddi bulunan farklı bir ceza aralığı öngörüyorsa tüm nitelikli hâller bu aralığın içerisinde değerlendirilir ve ayrıca temel cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınmaz. Veleve ki işlenen bir suç bakımından farklı cezalar öngören birden çok nitelikli hâl gerçekleşmiş olsun.

114 Üzülmüş, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 220; Ali Rıza Töngür ve Ekrem Çetintürk, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 452; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler 2020, 967.

115 "bir suçun temel şekline nazaran daha ağır cezayı gerektiren birden fazla nitelikli unsurunun gerçekleşmesi hâlinde, temel cezanın en ağır cezayı gerektiren nitelikli unsura göre belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır." Madde Gerekçesi TCK m.61.

116 Aynı yönde görüş için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 710; Üzülmüş, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 220.

Bu durumda da en ağır cezaı gerektiren nitelikli hâl dikkate alınmak suretiyle ceza tayin edilir. Şayet bu ağır ceza oransal bir artış öngörmüşse, diğere nitelikli hâller temel cezanın tayini esnasında; ağır ceza bir ceza aralığı öngörmüşse, diğere nitelikli hâller bu aralıkta dikkate alınır.

Son olarak belirtmek gerekir ki öğreti ve yargı kararlarında her ne kadar yukarıda belirtilen şekilde hareket edilse de Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinde nitelikli hâllerin uygulanması ile ilgili mevcut olan eksiklik ivedilikle giderilmelidir.

k. Diğere Kurumların Uygulanma Sırası ve Diğere Hususlar

TCK m.61/f.5'te "Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir" düzenlemesi yer almaktadır.

Buna göre soyut cezadan somut cezaya geçilirken öncelikle temel ceza belirlenecek, ardından nitelikli hâller ve suçun manevi unsurunun indirim ya da artırımı gerektirdiği hâlde onlar uygulanacaktır. Sonrasında ise sırasıyla; teşebbüs¹¹⁷, iştirak¹¹⁸, zincirleme suç¹¹⁹, haksız tahrik¹²⁰, yaş küçüklüğü¹²¹, akıl hastalığı¹²², cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler¹²³ ve takdiri indirim nedenleri¹²⁴ uygulanır. Böylelikle failin somut

¹¹⁷ TCK m.35/f.2: "Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğere hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."

¹¹⁸ TCK m.37/f.2; m.38/f.1 ve f.3; m.39/f.1.

¹¹⁹ TCK m.43/f.1 ve f.2.

¹²⁰ TCK m.29.

¹²¹ TCK m.31/f.2 ve f.3.

¹²² TCK m.32/f.2.

¹²³ TCK m.167/f.2; TCK m.273/f.1, Etkin pişmanlık hâlleri vb.

¹²⁴ TCK m.62/f.1.

cezasının ikinci aşaması olan sonuç ceza tayin edilmiş olur. Hâkim tarafından bu sıraya uyulmadan verilen ceza, şayet uyulsaydı verilecek olan ceza ile aynı sonucu doğuracaksa Yargıtay'a göre bu durum bozma nedeni oluşturmayacaktır.¹²⁵

TCK m.61/f.10'da düzenlendiği üzere *kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir ne eksiltilebilir ne de değiştirilebilir*. Dolayısıyla hâkim; kanunun kendisine vermiş olmadığı bir yetkiyi kullanmak suretiyle cezada değişiklik yapamaz. Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi, mahsup, teşebbüs, iştirak vb. kurumların düzenlendiği maddelerdeki sınırlara uymalı, oradaki şartların oluşması durumunda cezada değişiklik yapmalıdır. Yargıtay; gerekçeli karar ile kısa karardaki hapis cezalarının birbiriyle çelişkili olduğu,¹²⁶ takdiri indirim nedenlerine dayanılarak 1/6 oranında artırım yapıldığı,¹²⁷ hapis cezasının yanında düzenlenmediği hâlde adli para cezasına da hükmedildiği,¹²⁸ ceza olarak kanun maddesindeki ceza aralığının yazıldığı,¹²⁹ ceza miktarını azaltan kanun değişikliğinin göz ardı edildiği¹³⁰ yönündeki kararları; TCK m.61/f.10'a aykırı bulmak suretiyle bozmuştur.

II. CEZANIN HESAPLANMASI

Hâkim tarafından ceza hesaplanırken dikkat edilmesi gereken bazı hususlar vardır. Öncelikle hâkim temel cezayı belirlerken TCK m.61/f.1-son gereğince ilgili suç tipinin karşılığı olarak soyut olarak düzenlenen cezanın alt haddinin altına

¹²⁵ Yargıtay 2. CD, E. 2009/38404, K. 2011/8991, 28.04.2011 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹²⁶ Yargıtay 19. CD, E. 2016/10870, K. 2018/2460, 08.03.2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹²⁷ Yargıtay 2. CD, E. 2014/33316, K. 2017/4673, 25.04.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹²⁸ Yargıtay 19. CD, E. 2019/33124, K. 2020/861, 04.02.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); Yargıtay 19. CD, E. 2018/7777, K. 2018/13412, 18.12.2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹²⁹ "İİK'nun 338. maddesinde aykırılık suçunun Kanunda öngörülen hapis cezasının üç aydan bir yıla kadar olmasına rağmen, 5237 sayılı TCK'nun 61/10. maddesine aykırı şekilde, "üç aya kadar" denilerek; Kanunda olmayan cezaya hükmedilmesi..."

Yargıtay 19. CD, E. 2018/8500, K. 2019/992, 28.01.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹³⁰ Yargıtay 19. CD, E. 2019/3855, K. 2019/7711, 30.04.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

inemeyecek ve üst haddinin üstüne çıkamayacaktır. TCK m.229'de düzenlenen "*Dilencilik*" suçunun temel¹³¹ ve soyut cezası, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Buna göre hâkim, temel cezayı belirlerken dilencilik suçunun temel hâli için 1 yıldan az ya da 3 yıldan fazla bir ceza veremez. Dikkat edilmelidir ki bu kural, sadece temel cezanın tayini için geçerlidir. Sonuç ceza belirlenirken alt haddin altına inilmesi ya da üst haddin üstüne çıkılması mümkündür. Başka bir deyişle; dilencilik suçunun temel hâlini işleyen bir fail hakkında temel ceza belirlenirken 2 yıl 8 ay hapis cezası verildikten sonra sonuç ceza belirlenirken suçun zincirleme suç olması durumunda TCK m.43/f.1 gereğince ceza, 1/2 oranında artırılmak suretiyle 3 yıl 12 ay hapis cezası verilebilir. İndirim ya da artırım yapılmasını gerektiren başka durumların olmadığı kabul edilirse fail hakkında 3 yıl 12 ay hapis cezası verilmiş olur. Bu cezanın, dilencilik suçunun temel hâlinde yer alan üst haddi aşması hukuka aykırı değildir. Zira söz konusu soyut ceza hadleri, sadece temel cezanın belirlenmesi esnasında öneme sahiptir. Bununla birlikte hem hapis cezasının hesaplanması hem de adli para cezasının hesaplanması sırasında dikkat edilmesi gereken birtakım kurallar bulunmaktadır.

A. Hapis Cezasının Hesaplanması

Hapis cezasının süresinin ne olduğu, TCK m.61/f.6'da ayrıntılı olarak ele alınmıştır: "*Hapis cezasının süresi gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmidört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, resmi takvime göre hesap edilir. Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez.*". Cezanın hesaplanmasında kullanılan zaman dilimleri yıl, ay ve gündür. Bunlar dışında saat veya hafta gibi zaman dilimlerinin kullanılması mümkün değildir.¹³² Bu hükme göre 1 gün 24 saat, 1 ay 30 gündür. Dolayısıyla bazı ayların 28 ya da 31 güne karşılık gelmesi, cezanın ay olarak belirlenmiş olması hâlinde mühim değildir. Kanun koyucu tarafından gün ve ay olarak uzunluğu belirtilmiş olmasına rağmen yıl sayısının belirtilmemiş olması bir eksikliklerdir. Öğretide "*Resmi*

¹³¹ "*Temel*" den kasıt TCK m.229/f.1'de düzenlenen ve nitelikli hâl teşkil etmeyen suçun hâlidir. Temel cezanın belirlenmesi ile karıştırılmamalıdır.

¹³² Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 714.

takvime göre yıl hesabının 365 gün olduğu” şeklinde bir kabul bulunmaktadır. Bunun aksinin iddia edilmesi de mümkündür. Yargıtay’ın da bu konuda istikrar arz eden kararları bulunmamaktadır. Karışıklığın ortadan kaldırılması için kanun değişikliği yapılması yerinde olacaktır.¹³³

Hapis cezası olarak on iki ay ile bir yıl kavramlarının farklı sonuçlar doğurduğunu belirtmekte yarar vardır. Zira bir yıl genellikle üç yüz altmış beş gün, bir ay otuz gündür.¹³⁴ Bundan dolayı örneğin; temel ceza olarak 4 yıl 8 ay belirlenmiş, sonuç ceza açısından da 1/2 oranında artırım yapılırken ceza 7 yıl değil, 6 yıl 12 ay olacaktır. Aksinin kabulü hâlinde fail, 5 gün fazladan hapiste kalmış olacak ve bu da TCK m.61/f.10’a aykırıdır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun da bu konuda vermiş olduğu bir kararda “*Temel cezanın ay olarak belirlenmesi halinde ise yapılan artırım sonucu bulunan ceza yılı geçse bile yıl olarak ifade edilmeyip ay olarak belirlenecektir. Örneğin; 9 ay hapis cezasının 1/3 oranında artırılması halinde sonuç hapis cezası 12 ay olup 1 yıl değildir. Çünkü 12 ay, 12x30= 360 gündür. Bir yıl ise resmi takvime göre 365 güne tekabül etmektedir. 12 ay yerine 1 yıl hapis cezasına karar verildiğinde sanık, 5 gün fazla cezalandırılmış olacak ve aleyhine bir sonuç*” doğacağı kabul edilmiştir.¹³⁵

Cezanın yıl olarak belirlendiği durumlarda artırım veya indirim yapılabilmesi için gerekirse yıl, aylara bölünmeli; hesaplama yapılmasından sonra ise ceza, yıl ve ay şeklinde yazılmalıdır.¹³⁶ Aksi takdirde beş günlük fark, bu ihtimalde kendisini gösterir.¹³⁷

Yukarıda sözü edilen kararda; resmî belgede sahtecilik suçundan mahkûm olan fail hakkında 2 yıl 6 ay olarak belirlenen temel hapis cezası bakımından, TCK m.62 sebebiyle 1/6 oranında indirim yapılması gerekmiştir. Yılda indirim veya

¹³³ Yerdelen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 346.

¹³⁴ Burada “genellikle bir ay otuz gündür” ifadesinin kullanılmama nedeni, TCK m.61/f.6 gereğidir. Yılın hesaplanmasında resmi takvim esas alınırken ay bakımından her hâlde 30 gün kabul edilmiştir.

¹³⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2015/642, K. 2017/470, 14.11.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹³⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 715.

¹³⁷ Apiş, *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 230.

artırım yapılırken gerekli ve zorunlu olduğu hâllerde yılı aylara bölmek suretiyle hesaplama yapılması mümkündür. Olay bakımından indirim hesaplama yapılırken yıl ve ayı ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Buna göre 2 yıl 6 aylık hapis cezasında 1/6 indirim yapılırken 2 yıl ve 6 ay ayrı ayrı hesaplanacaktır: 2 yıl = 24 ay. 24 ay 1/6 oranında indirildiğinde geriye '20 ay' kalır ve indirim miktarı *4 ay*dır. Sonrasında 6 ay 1/6 oranında indirildiğinde geriye '5 ay' kalır ve indirim miktarı *1 ay*dır. Yargıtay 15. Ceza Dairesi, burada sonuçların sadece toplanacağını, 20 ayın 1 yıl 8 ay olduğunu, 1 yıl 8 ay + 5 ay şeklinde sonuç cezanın '1 yıl 13' ay olacağını belirtmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 4 ay ve 1 ayı toplayıp indirim miktarı olan 5 ayı sonuç cezadan çıkararak 2 yıl 6 ay - 5 ay = *2 yıl 1 ay* olarak sonuç cezayı bulmuştur. Esasında Yargıtay 15. Ceza Dairesi burada indirimi değil, indirim uygulandıktan sonra kalan cezayı toplamak ile ilgilenmiştir. Halbuki Yargıtay Ceza Genel Kurulu sadece indirimleri dikkate almış, indirim miktarını toplamak suretiyle indirim toplamını, sonuç cezadan çıkarmıştır. Kanaatimizce indirim yapılırken indirim miktarına odaklanması daha isabetli bir sonuca yol açmaktadır, dolayısıyla Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararı yerindedir. Ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında belirtilen sonuç ceza, gün hesabı yapıldığı takdirde ortaya çıkan sonuca daha yakındır: 2 yıl 6 ay hapis cezasının gün karşılığı $(365 \times 2) + (30 \times 6) = 910$ gündür. 910 günden 1/6 indirim yapıldığı takdirde 152 gün¹³⁸ çıkarılacak ve toplam ceza miktarı 758 gün olacaktır. 2 yıl 1 ay olarak sonuç ceza hesaplanırsa 760 gün, 1 yıl 13 ay olarak hesaplanırsa sonuç ceza 755 gün olacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda artırım ve indirim ile ilgili önemli hususlara değinilmiştir: "...Örneğin; 6 yıl hapis cezası 1/6 oranında artırıldığında 7 yıl, 1/2 oranında artırıldığında 9 yıl hapis cezası bulunacaktır. Fakat 1 yıl hapis cezası 1/6 oranında artırıldığında zorunlu olarak aya çevrilerek artırma yapılacak ve sonuç hapis cezası 1 yıl 2 ay olacaktır. 1 yıl 2 ay hapis cezası 1/6 oranında artırıldığında ise bir yılın altında biri iki ay, iki ayın altında biri on gün olup sonuç ceza 1 yıl 4 ay 10 gün olarak belirlenecektir. Artırma ve indirme yapılırken sonuç küsuratlı çıktığında sanık lehine davanılacaktır. Örneğin 40 gün hapis cezasının 1/6 oranında artırılmasında cezaya

¹³⁸ Küsuratlı sonuçlarda fail lehine tamamlama yapılır. Dolayısıyla 151,66667 sayısı 152 olarak kabul edilir.

6 gün eklenecek, aynı oranda indirim yapıldığında ise 7 gün çıkartılacaktır..."¹³⁹ Başka bir deyişle; sanığın aleyhine bir sonuç ortaya çıkacaksa günün artığı dikkate alınmaz fakat sanığın lehine bir sonuç ortaya çıkacaksa günün artığı tam güne çevrilmek suretiyle ceza tayin edilir.¹⁴⁰

Yargıtay'ın verdiği bir diğer kararda "sanıklar hakkında iş yeri dokunulmazlığının ihlali suçundan 5237 sayılı TCK'nın 116/2. maddesiyle hükmolunan 6 ay hapis cezasının aynı Kanun'un 119/1-c maddesiyle bir kat artırılması sırasında 12 ay hapis cezası yerine 1 yıl hapis cezasına karar verilmesi"ni bozma nedeni yapmıştır.¹⁴¹

Yine ay olarak belirlenen bir hapis cezası bakımından artırım yapılacaksa sonuç ceza da ay cinsinden belirlenecektir. Söz gelimi; "Cinsel taciz" başlıklı TCK m.105 gereğince temel cezanın 10 ay olarak belirlendiği ve suçun kamu görevinin sağladığı kolaylıktan faydalanılarak işlendiği durumda 1/2 oranında artış yapıldığında sonuç ceza 1 yıl 3 ay değil, 15 ay olacaktır.¹⁴²

TCK m.49/f.1'e göre "Sürelî hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz.". Hâkimin ceza tayini sırasında uyması gereken bu hüküm; yine sadece temel cezanın tayininde geçerlidir. Dolayısıyla kural olarak sürelî hapis cezası, temel ceza tayin edilirken 1 aydan 20 yıla kadardır. Ancak bazı suç tiplerinde bu sınıra istisna getirilmiştir. TCK m.188/f.1 gereğince uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun cezası 20 yıldan 30 yıla kadar hapis cezasıdır. Burada hâkim, temel cezayı tayin ederken TCK m.49/f.1'den farklı olarak 20 yıldan fazla hapis cezasına hükmedebilir. Bu hüküm bakımından da üst sınır 30 yıldır. Dolayısıyla otuz yıl, temel ceza tayin edilirken aşlamayacaktır.

TCK m.61/f.7'de "Sürelî hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz." düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre sadece temel ceza belirlenirken değil, sonuç ceza belirlenirken de hâkime sınır getirilmiştir. Önceki örnekte işlenen TCK

¹³⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2015/642, K. 2017/470, 14.11.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹⁴⁰ Mustafa Artuç, *Hüküm Kurma Sanatı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 154.

¹⁴¹ Yargıtay 2.CD, E. 2021/16879, K. 2022/66, 10.01.2022 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹⁴² Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 419.

m.188/f.1'deki suç bakımından temel cezanın tayini esnasında hâkim tarafından hapis cezası 28 yıl 6 ay olarak tespit edilmiş olsun. Sonrasında sonuç cezanın tayinine geçilecektir. Suçun TCK m.37/f.2 kapsamında işlendiğini ve başka herhangi bir kurumun olmadığını kabul ettiğimizde temel ceza olarak tayin edilen 28 yıl 6 aylık hapis cezası, 1/2 oranında artırılarak sonuç ceza 42 yıl 9 ay hapis cezası olarak ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda sonuç cezanın üst haddi olan TCK m.61/f.7 gereği bu ceza, 30 yıla indirilecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun vermiş olduğu kararda da TCK m.49/f.1'in temel cezanın tayini bakımından, TCK m.61/f.7'nin sonuç cezanın tayini bakımından geçerli olduğunu belirtmiştir.¹⁴³

¹⁴³ “Yasa Koyucunun 5377 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile 49. maddede herhangi bir değişiklik yapmaksızın anılan düzenlemeyi cezanın belirlenmesini düzenleyen 61. maddeye eklemesi ve değişiklik gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, 49. maddede yer alan düzenlemenin sonuç cezayı değil, temel cezayı gösterdiği, bu yeni düzenleme ile hürriyeti bağlayıcı cezaya bir üst sınır getirmenin amaçlandığı, yasa değişikliğinin aleyhe değil lehe olduğu anlaşılmaktadır.

5237 sayılı Yasa'nın diğer hükümlerinin incelenmesinden de bu husus açıkça ortaya çıkmaktadır, şöyle ki; 5237 sayılı Yasa'nın, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaretini düzenleyen 188. maddesinde, 1. fıkrada, imal, ithal veya ihraç fiillerinin cezası on yıldan az olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmiş, 4. fıkrada, uyuşturucunun eroin, kokain, morfin veya baz morfin olması halinde verilecek cezanın yarı oranında, 5. fıkrasında ise bu suçların bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında arttırılacağı hükmüne yer verilmiştir. Maddenin 1. fıkrasındaki suçun yaptırımının üst sınırının 5237 sayılı Yasa'nın 49. maddesi uyarınca 20 yıl hapis olduğunda bir kuşku bulunmamaktadır; bu hükmün temel cezayı değil sonuç cezayı da kapsadığının kabulü halinde, mahkemece 1. fıkra uyarınca, üst sınırdan ceza tayin edildiği takdirde, diğer fıkraların hiçbir şekilde uygulama olanağı olamayacak, alt sınırdan ceza tayin edildiği takdirde dahi, 4 ve 5. fıkralardaki artırımlar uygulandığında hapis cezası yirmi yılı aşacağından, diğer fıkraların uygulanması olanaksız hale gelecektir, bu kabul yasa koyucunun açık iradesine aykırı olduğu gibi, yasanın sistemine de uygun bir çözüm değildir.

5237 sayılı Yasa'nın 49. maddesindeki düzenlemenin, sonuç cezayı değil, yasa da alt ve üst sınırın gösterilmemesi halinde, temel cezayı tayinde dikkate alınacak ölçütleri gösterdiği saptanmakla, Yargıtay C. Başsavcılığının bu yöne ilişkin itirazı yerinde olup, kabulüne karar verilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2006/178, K. 2006/163, 20.06.2006 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Kanun koyucu, bazı suçlarda özel nitelik arz eden durumlar bakımından “...den/dan az olamaz.” sınırı getirmiştir.¹⁴⁴ Söz gelimi; TCK m.86/f.2¹⁴⁵, TCK m.103/f.1¹⁴⁶, TCK m.158/f.1-son¹⁴⁷ suçlarında hem hapis cezaları hem de adli para cezaları için alt sınırlar getirilmiştir. Buradaki alt sınır; sonuç cezanın tayininde değil, temel cezanın tayini açısından geçerlidir. Aksi takdirde TCK m.61/f.5’te yer alan kurumların uygulama alanı ciddi anlamda sınırlanacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki hapis cezasının infazı biten mahkûm; cezaevine hangi saatte girmişse, aynı saatte cezaevinden salıverilmelidir.¹⁴⁸ Aksi takdirde TCK m.109’da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu işlenmiş olur.

B. Adli Para Cezasının Hesaplanması

TCK m.61/f.8’deki düzenlemede “*Adlî para cezası hesaplanırken, bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılır. Adlî para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur.*” hükmü yer almaktadır. Buna göre Türk ceza hukukunda adli para cezası bakımından gün para cezası sistemi kabul edilmiştir. Yani adli para cezaları Türk lirası üzerinden değil, gün üzerinden

¹⁴⁴ Koruculu, Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, 416.

¹⁴⁵ “Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. Suçun kadına karşı işlenmesi hâlinde **cezanın alt sınırı altı aydan az olamaz.**”.

¹⁴⁶ “Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. ... Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde **verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz.**”.

¹⁴⁷ “Dolandırıcılık suçunun; ... İşlenmesi halinde, üç yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Ancak, (e), (f), (j), (k) ve (l) bentlerinde sayılan hâllerde **hapis cezasının alt sınırı dört yıldan, adli para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamaz.**”.

¹⁴⁸ Enver Kumbasar, “Türk Hukukunda Cezanın Belirlenmesi,” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2006), 124.

düzenlenmektedir.¹⁴⁹ Hâkim öncelikle suç karşılığında düzenlenmiş olan adli para cezasının alt ve üst haddini dikkate almak suretiyle cezayı TCK m.61'deki düzenlemelere göre gün olarak tayin edecek, akabinde failin ekonomik ve sosyal durumuna göre 1 güne karşılık olarak 100 ila 500 Türk lirası¹⁵⁰ arasında bir tutar tespit edecek, nihayetinde ise tayin edilen gün sayısı ile 1 güne karşılık ödenmesi gereken miktarı çarpmak suretiyle sonuç cezayı bulacaktır. Burada önemli olan husus, adli para cezasının alt ve üst haddinin ne şekilde tayin edileceğidir.

Türk ceza hukukunda cezalar, hapis cezası ve adli para cezası olmak üzere ikiye ayrılır. Kanun koyucu suç karşılığında verilecek olan cezanın; bazı durumlarda sadece hapis cezası, bazı durumlarda sadece adli para cezası, bazı durumlarda hapis cezası ile birlikte adli para cezası, bazı durumlarda ise hapis cezasına seçenek olarak adli para cezası olduğunu düzenlemiştir. Adli para cezasının ne şekilde verildiği, adli para cezasının hadleri açısından önemlidir. Adli para cezasının sınırını kural olarak TCK m.52/f.1'e göre 5 gün ila 730 gün oluşturur. Fakat hemen belirtmek gerekir ki bu 5 ile 730 günlük sınır, tıpkı hapis cezasının 1 ay ila 20 yıl sınırında olduğu gibi sadece temel cezanın belirlenmesi bakımından geçerlidir. Bir başka ifadeyle TCK m.61/f.1'den sonra yapılacak olan birim günlük ceza tayininde (indirim veya artırım) 5 günlük sınırın altına inilebileceği gibi 730 günlük sınırın üstüne de çıkılabilir.¹⁵¹ 5 gün ila 730 günlük kuralın istisnası olarak kabul edilen adli para cezasının hapis cezasına seçenek olarak öngörüldüğü durumlar bakımından; genel kuralın sınırları değil, hapis cezasının sınırları uygulanacaktır. TCK m.61/f.9'daki "*Adli para cezasının seçimlik ceza olarak*

¹⁴⁹ "Gün para cezası sisteminin temel amacı, para cezasının kişinin ödeme gücüne göre belirlenmesi yoluyla, suç işleyen zengin ile fakir arasındaki eşitsizliği gidermektir. Bunun yanında sistem, uygulaması basit, etkili, saydam ve para cezasından güdülen amaçları yerine getirebilecek özelliktedir." Madde Gerekeşi TCK m.52.

¹⁵⁰ 02.03.2024 tarihinde kabul edilen ve 12.03.2024 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren 7499 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesiyle TCK m.52/f.2'de düzenlenen adli para cezasının alt ve üst sınırı olan 20 ve 100 Türk lirası, 100 ve 500 Türk lirası olarak değiştirilmiştir.

¹⁵¹ Ali Rıza Çınar, "Adli Para Cezasının Bireyselleştirilmesinde Bir Gün Karşılığı Para Miktarından Kaynaklanan Sorunlar," *Terazi Hukuk Dergisi* 11, no. 118 (2016): 34; Apış, *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 235.

öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.” düzenlemesi de bunu ifade etmektedir. Buna göre kanun koyucu; adli para cezasının seçimlik ceza olarak verilebileceğini düzenlemişse hâkim, hapis cezasının alt ve üst haddini dikkate almak suretiyle adli para cezasına hükmedecektir.

Söz gelimi, TCK m.105/f.1’e göre cinsel taciz suçunun temel hâlinin cezası 3 aydan 2 yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıdır. Yani adli para cezası, seçimlik ceza olarak düzenlenmiştir. Adli para cezasına karar vermek isteyen hâkim, 3 ay ile 2 yıl arasında bir zaman dilimini TCK m.61’e göre tayin edecek, akabinde gün karşılığı belirlenen miktarı zaman dilimi ile çarpacaktır. Örneğin, gün karşılığı 150 Türk lirası ve toplam 7 ay (210 gün) zaman dilimi tayin eden hâkim, $30 \times 210 = 31.500,00$ Türk lirası adli para cezasına hükmedecektir.

Mevzuatta ceza olarak sadece adli para cezasının verileceği ya da adli para cezasının hapis cezası ile birlikte verileceği düzenlemesinin olduğu durumlarda adli para cezası bakımından TCK m.52/f.1’deki 5 gün ile 730 gün dikkate alınacaktır. TCK m.155/f.1’de düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun temel hâlindeki ceza, 6 aydan 2 yıla kadar hapis ve adli para cezasıdır. Başka bir deyişle TCK m.155/f.1’e göre sorumlu olan bir fail hakkında hâkim, hem 6 ay ve 2 yıllık süreyi dikkate almak suretiyle TCK m.61/f.1’deki ölçütlere göre hapis cezasını hem de adli para cezasını tayin edecektir. Burada adli para cezasını tayin ederken 6 ay ve 2 yıllık süreler değil, genel kural olan 5 gün ile 730 günlük süreler bağlıdır. Zira adli para cezası bu suç bakımından seçenek ceza olarak değil, birlikte ceza olarak düzenlenmiştir. Bir diğer örnek TCK m.182/f.1’e göre çevrenin taksirle kirletilmesi durumunda fail, adli para cezası ile cezalandırılır. Buradaki adli para cezasının sınırını da TCK m.52/f.1’deki 5 gün ile 730 gün oluşturur.

Adli para cezasının hapis cezasına seçenek olarak düzenlendiği hâllerde; hapis cezasının sınırının, adli para cezasının da sınırını oluşturduğunu açıkladık. Bazı durumlarda hapis cezasının sınırının alt haddi de tam olarak belli değildir.¹⁵²

Söz gelimi; TCK m.98/f.1¹⁵³'de düzenlenen yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun cezası olarak, 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası düzenlenmiştir. Burada hâkimin adli para cezasına karar vereceği durumda alt sınırın ne olacağı belirsizdir. Bu durumda hapis cezasının sınırını düzenleyen ve genel kural olan TCK m.49/f.1'e başvurulacaktır: "*Sürelî hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz.*". Buna göre seçenek yaptırım olarak adli para cezasının düzenlendiği ve hapis cezasının alt sınırının belli olmadığı suçlar bakımından, hapis ve adli para cezasının alt sınırı 1 ay olacaktır.

Adli para cezası ve hapis cezasının birlikte verileceği durumlarda, iki ceza arasında sarîh bir orantısızlığın bulunmaması gerekir. Başka bir deyişle; alt sınırdan uzaklaşmayı gerektirecek bir durumun olmaması sebebiyle hapis cezasının alt hadde yakın verilmiş olması karşısında adli para cezası üst hadde yakın verilmemelidir.¹⁵⁴ Yargıtay da bu konuda benzer bir karar vermiştir.¹⁵⁵

Son olarak önemle belirtmek gerekir ki bir hâkim; ceza tayin ederken önceden vermiş olduğu cezaları ve cezaya sebep olmuş olan eylemleri dikkate almalı, bunları hassas şekilde tartmalı ve aradaki dengeyi sağlamalıdır. Nitekim Yargıtay da (özellikle Yargıtay 7. Ceza Dairesi) "*alt sınırdan uzaklaşmayı*" gerektiren durumların tespit edilmesi esnasında "*benzer olaylarla karşılaştırıldığında*" ifadesini kullanmaktadır.¹⁵⁶ Yargıtay'ın bu kararına katılmaktayız. Belirtmek gerekir ki

¹⁵³ Diğer benzer suçlar: TCK m.99/f.2; TCK m.100; TCK m.106/f.1; TCK m.160; TCK m.166; TCK m.175; TCK m.177; TCK m.243; TCK m.259 vb.

¹⁵⁴ Halil Polat, "5237 TCK Kapsamında Adli Para Cezası," *Legal Hukuk Dergisi* 9, 103 (2011): 2737.

¹⁵⁵ "*Alt sınırdan uzaklaşmayı gerektirir takdiri ve yasal neden görülmediği gerekçesiyle hürriyeti bağlayıcı cezanın asgari haddeden verilmesine karşın, adli gün para cezası belirlenirken TCK. nun 52. maddesinde gösterilen alt sınırdan uzaklaşılması suretiyle fazla ceza tayini...bozmayı gerektirmiş.*" Yargıtay 8. CD, E. 2006/5743, K. 2007/2640, 02.04.2007 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹⁵⁶ "5237 sayılı TCK'nun 61. maddesi uyarınca alt ve üst sınırlar arasında temel ceza belirlenirken suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun

benzer olayların hâkimlere yol gösterici nitelikte olması için bunun ne şekilde, hangi koşullar altında dikkate alınacağı kanun koyucu tarafından düzenlenmelidir.

SONUÇ

Cezanın belirlenmesi, ceza hukuku bakımından varlığı elzem olan bir kurumdur. Her suçun koşullarının farklı olması ve dolayısıyla kendi içinde farklı bir zemininin bulunması sebebiyle mevzuatta yer alan soyut cezanın somut cezaya çevrilme görevi, hâkimlere verilmiştir. Hâkimler tarafından ceza tayin edilirken göz önünde bulundurmaları gereken en mühim maddelerden birisi TCK m.61'dir.

Her ne kadar birçok sayıdaki eylem aynı suç niteliğine haiz olsa da esasında birbirlerinden çok farklıdır. İşte bu farkı tespit edip ona göre faile orantılı ve ceza adaletiyle bağdaşır bir ceza verme görevi hiç şüphesiz hâkime aittir. İşlenen tüm suçların koşullarının farklı olması sebebiyle kanun koyucunun öngörmediği ancak hâkimin tespit ettiği hususların cezanın tayini esnasında dikkate alınması önemlidir. Bir çiftçinin bir adet koyun çalması ile başka bir çiftçinin iki adet koyun çalması suçlarında iki çiftçiye de hırsızlık suçuna dayanmak suretiyle aynı miktarda cezanın verilmesi adalete uygun değildir. Çünkü bu durumda sadece bir adet koyun çalan çiftçi, iki koyun çalan çiftçiyle aynı miktarda ceza aldığı için kendi cezasını orantısız bulacaktır. Böyle durumlarda insanların hukuk devletine olan güveni azalır. Bundan dolayı hâkim, her somut olayı ve suç zeminini doğru tespit etmeli, oldukça dikkatli hareket etmeli ve sahip olduğu birikim ve hukuk nosyonu ile cezayı tayin ederken ölçülü davranmalıdır. Zira kişi hak ve hürriyetlerine en çok müdahalede bulunulan alan, kuşkusuz ceza hukukudur.

TCK m.61/f.1'de temel ceza tayin edilirken hâkim tarafından dikkate alınması gereken ölçütler düzenlenmiştir. Bu ölçütlere müteallik olarak 765 Sayılı eTCK m.29/f.8'de "gibi hususlar" ibaresi yer almaktaydı. Ancak 5237 Sayılı Türk Ceza

önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ve failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı unsurlarının dikkate alınması gerekmekte olup, dosya kapsamına göre sanığın benzer olaylarla karşılaştırıldığında fiili, eylem ile ceza arasındaki dengeyi bozacak şekilde alt sınırdan uzaklaşarak teşdit uygulanmasını gerektirmediği halde, hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşmayacak biçimde sanık hakkında asgari haddten ayrılarak fazla ceza tayini,... bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 7. CD, E. 2021/17343, K. 2021/17994, 22.12.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Kanunu'nda "*gibi hususlar*" ibaresi metinden çıkartılmış ve temel cezanın tayini esnasında dikkate alınacak ölçütler tahdidi olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu tarafından öngörülme-yen ancak hâkim tarafından tespit edilen bazı vaka ve olguların temel cezanın tayini sırasında ölçütlerden birine uymaması sebebiyle dikkate alınamaması, ceza adaleti ve hakkaniyete aykırıdır. Sonradan verilen rızanın geçerli bir rıza olmaması sebebiyle hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi mümkün olmamakla beraber, işlenen bir suçta sonradan rıza verilmemesi ile rıza verilmesi arasında ceza bakımından hiçbir farkın doğmaması sonucu, adil bir sonuç değildir. Ağırlıklı olarak faille ilgili olmasına rağmen önceden bu husus bakımından, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilip cezadan 1/6 oranında indirim yapılması mümkündür. Ancak Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesine göre 62. maddenin 2. fıkrasında yer alan "*gibi hususlar*" ibaresi madde metninden çıkartılmış ve böylelikle takdiri indirim nedenleri de tıpkı temel cezanın tayininde dikkate alınacak ölçütlerde olduğu gibi tadadi hâlden tahdidi hâle gelmiş, sonradan verilen rızanın bu madde kapsamına sokulması imkânsız hâle gelmiştir. TCK m.61/f.1'de yer alan ölçütlerin tadadi nitelikte olması ve bunun sonucunda bazı hususların temel cezanın tayini sırasında dikkate alınamaması, bu konuda bir kanun değişikliği yapılması ihtiyacını doğurmuştur. Zira yaşamda sonsuz sayıda fiil ve netice vardır. Hâkim tarafından somut olay açısından tespit edilen bütün ölçütlerin ayrı ayrı düzenlenmesi mümkün değildir.

Yine TCK m.61/f.3 düzenlemesindeki çifte değerlendirme yasağı, sadece suçun unsurlarıyla müteallik olmamalıdır. TCK m.35/f.2'de yer alan "*meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı*" ile TCK m.61/f.1/b.(e)'de yer alan "*Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını*" çifte değerlendirme yasağı sebebiyle sadece birisinin kullanılması mümkün değildir. Teşebbüs kurumu suçun unsuru değil, suçun özel görünüş şeklidir. Bundan dolayı TCK m.61/f.3'teki çifte değerlendirme yasağı düzenlemesini sadece suçun unsuruyla sınırlı kalmamalı, buna ilişkin bir kanun değişikliği yapılmalıdır. Aksi takdirde söz gelimi; bir suç sebebiyle meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, hem temel cezanın belirlenmesi hem de teşebbüs esnasında göz önünde bulundurulmuş olur.

TCK m.61/f.4 ile TCK m.61/f.2 arasında mevcut olan öncelik-sonralık tartışmasının son bulması için bu iki fıkradan birinin, diğerinden önce uygulanacağını hüküm altına alınması gerekir. Her ne kadar çalışmamızda

yapmış olduğumuz lafzi yorumda TCK m.61/f.4'te düzenlenen nitelikli hâllerin, olası kast ve bilinçli taksir indirim ve artırımlarına göre bir önceliğe sahip olduğunu belirtmiş olsak da bunun şüpheden uzak ve sarih bir şekilde düzenlenmesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun olacaktır.

Cezanın tayini esnasında nitelikli hâllerin birden çok olması durumunda ne şekilde dikkate alınacağı eTCK'den farklı olarak 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Her ne kadar bu konuda öğretisi ve yargı organları benzer görüşte olsa da suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince TCK m.61'de düzenleme yapılması elzemdir. Bu durumun madde gerekçesinde kısmen yer alması, bu konuda bir düzenleme yapılma gerekliliğini ortadan kaldırmaz.

TCK m.61/f.6'da yer alan "*Yıl, resmi takvime göre hesap edilir.*" ifadesinin değiştirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Zira gün ve ay bakımından kesin sayılar düzenlenmiş olmakla birlikte yıl bakımından ayrı bir uygulamaya gidilmesi, yeknesak bir hesaplamanın yapılmasının önüne geçmektedir.

Cezanın belirlenmesini düzenleyen TCK m.61'e hukuk birliği ve hukuki güvenlik ilkelerini sağlama gayesiyle önceden verilmiş olan cezaların ne şekilde, hangi koşullar altında dikkate alınması gerektiğine müteallik bir fıkra eklenmelidir. Her ne kadar hâkim, kendisinin daha önceden vermiş olduğu cezaları dikkate alıp cezayı tayin etse de bunun bidayet-istinaf-temyiz mahkemelerinde istikrar kazanabilmesi için kural ve ölçütleri belli olmalıdır. Aynı mahkemede aynı nitelikteki bir suç sebebiyle ayrı ayrı yargılanan iki fail bakımından oldukça benzer iki haksız eylem karşısında birisine hafif, diğerine ağır bir ceza verilmesi durumunda, daha çok ceza alan failin yargıya olan güven azalacaktır.

Her ne kadar cezanın belirlenmesinde önceden verilen cezalar ve koşullar dikkate alınabilecekse de sonsuz suç teşkil eden haksız eylemin mevcudiyeti sebebiyle her bir suça, diğer suçlarla orantılı bir cezanın tayin edilmesi ne teorik ne pratik açıdan mümkündür. Sonsuz sayıda suç teşkil eden her haksız eylem için yine sonsuz sayıda ceza türü ve miktarı bulunmamaktadır. Söz gelimi; bir bankadan 10 kg, 20 kg, 50 kg, 100 kg, 500 kg ve 1000 kg altın çalınması durumlarında (Velev ki işlenen bu suçların koşulları ve diğer durumları birbirleriyle aynı ya da çok yakın olmuş olsun.) bu 6 miktar bakımından hırsızlık suçunun cezası birbiriyle orantılı olarak tayin edilebilir. Belirtmek gerekir ki bu

sayıların sonu bulunmamaktadır. Dolayısıyla örnekler çoğaltıldığında hâkim, önceden vermiş olduğu kararları göz önünde bulundursa dahi bir müddet sonra miktar ve değer olarak farklı olan hırsızlık suçları bakımından faillere, aynı cezayı vermek zorunda kalacaktır. Çünkü suç niteliğine haiz her haksız eylemin, kendisinden haksızlık içeriği olarak daha yoğun olan şekilleri vardır. Her kendisinden sonra daha yoğun haksızlık içeriğine haiz olan bir eylemin, kendisine göre daha ağır şekilde cezalandırılması mümkün değildir. Başka bir deyişle; tayin edilmiş bütün cezaların diğerleriyle tamamen orantılı ve diğerlerine göre noksansız olması olanaksızdır. Zira sonsuz eylem vardır ancak sonsuz ceza yoktur. Böylelikle esasında cezanın belirlenmesi kurumunun; ne olursa olsun tüm suç ve cezalar açısından tam ve eksiksiz uygulanması, teorik ve pratik açıdan imkânsızdır. Elbette bu durum; cezanın belirlenmesi müessesesinin ne denli önemli olduğu, suç karşılığında verilecek olan cezanın fail ve fiile uygun olması ile hâkimin oldukça dikkat ve özenle hareket etmesi gerektiği gerçeğini değiştirmez.

Hâkimin; ceza tayinini hukuka uygun ve adil bir şekilde gerçekleştirebilmesi için, hukukçu olması gerekir. Hukukçu olabilmesi için, hukuk nosyonu ve kültürüne haiz olması gerekir. Hukuk nosyonu ve kültürüne sahip olabilmesi için, hukuk fakültesinde doğru öğretimi almış olması gerekir. Hukuk fakültesinde doğru öğretimi alması için, nitelikli hukuk fakültelerinde öğrenim görebileceği üniversitelerin bulunması gerekir.¹⁵⁷ Nihayetinde hâkim aday ve hâkim yardımcılarının staj dönemi sürecinde cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi konularına ilişkin doğru eğitimleri almış olmaları gerekir. Hülâsa; kaliteli hukuk fakülteleri olmadan ve nitelikli bir staj eğitimi alınmadan cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi müessesesinin tam olarak uygulanması, dolayısıyla cezanın amacının gerçekleşmesi ve böylelikle ceza adaletinin sağlanması mümkün değildir.

¹⁵⁷ Kaan Polat, "Hukuk Fakültesindeki Öğretim Sorunu," *Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi*, no. 1 (2022): 13.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar, bu çalışmada çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu çalışma için etik kurul onayı gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has not declared whether ethical committee approval is required for this research.

KAYNAKÇA

- Aldemir, Hüsnü. "Yeni Türk Ceza Kanunu Açısından Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi." *Terazi Hukuk Dergisi*, no. 3 (2006): 31-44.
- Apiş, Özge. *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Aral, Vecdi. *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2010.
- Artuç, Mustafa. *Hüküm Kurma Sanatı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Artuk, Mehmet Emin ve Ahmet Gökçen. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Ateş Öncü, Tuğba Gül. *Türk Ceza Hukukunda Temel Cezanın Belirlenmesi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2020.
- Avcı, Mustafa. "Mecelle'ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 27 (2016): 33-58.
- Ayık, İsmail Hakkı. "Cezanın Tatbiki ve Tertibi." *Adalet Dergisi*, no. 9 (1950): 1178-1200.
- Cahalan, William. "Certainty of Punishment." *Journal of Urban Law*, no. 2 (1973): 163-170.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut. *Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2005.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Çınar, Ali Rıza. "Adli Para Cezasının Bireyselleştirilmesinde Bir Gün Karşılığı Para Miktarından Kaynaklanan Sorunlar." *Terazi Hukuk Dergisi*, no. 118 (2016): 28-40.
- Çolak, Haluk ve Uğurtan Altun. *Ceza ve Güvenlik Tedbirleri*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2007.
- Demirbaş Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Deniz, İsmail. *Ceza Muhakemesinde Hüküm*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Doğan, Koray. "Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi." *Ceza Hukuku Dergisi*, no. 4 (2007): 277-304.

- Erem, Faruk. "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (1968): 11-33.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- İçel, Kayıhan, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih Selami Mahmutoğlu ve Yener Ünver. *Yaptırım Teorisi*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2002.
- Kabak Yüce, Emine. *Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2022.
- Karakaş Doğan, Fatma. *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010.
- Karakehya, Hakan. "Olası Kast." *Ceza Hukuku Dergisi*, no. 2 (2006): 19-46.
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Erişim Tarihi Haziran 24, 2023, <https://www.kazanci.com.tr/>.
- Kırlioğlu, Gamze. *Yargıtay Kararları Işığında Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2019.
- Kısagün, Adli. "Cezanın Ferdileştirilmesi." *Adalet Dergisi*, no. 11-12 (1961): 1097-1116.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Koruculu, Irmak. *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Kumbasar, Enver. *Türk Hukukunda Cezanın Belirlenmesi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2006.
- Lexpera. Erişim Tarihi Ağustos 04, 2023, <https://www.lexpera.com.tr/>.
- Meraklı, Serkan. *Ceza Hukukunda Kusur*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Özbek, Veli Özer; Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

- Özen, Muharrem. "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, no. 1-2 (2009): 75-120.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Polat, Halil. "5237 TCK Kapsamında Adli Para Cezası." *Legal Hukuk Dergisi*, no. 103 (2011): 2729-2748.
- Polat, Kaan. "Hukuk Fakültesindeki Öğretim Sorunu." *Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi*, no. 1 (2022): 6-14.
- Schuyt, Pauline. "Het Bepalen van de Straf: Een Taak van de Rechter." *Trema Straftoemetingbulletin*, no. 1 (2009): 12-16.
- Taneri, Gökhan. "Temel Cezanın Belirlenmesi." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2018): 127-161.
- Townsend, William. "Punishment of Crime." *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, no. 4 (1919-1920): 533-548.
- Töngür, Ali Rıza ve Ekrem Çetintürk. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Uslu, Ahmet Güven. *Türk Ceza Hukukunda Somut Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2014.
- Üzülmez, İlhan. "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi." *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 3-4 (2006): 203-235.
- Yerdelen, Erdal. *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*. Doktora Tezi. Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2012.
- Yerdelen, Erdal. "Çifte Değerlendirme Yasağı". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2012b): 105-136.
- Wetten Overheid. Erişim Tarihi Temmuz 20, 2023, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2023-07-01>.

ASKERÎ CEZA KANUNU'NDA ASKERÎ ŞAHISLAR AÇISINDAN HIRSIZLIK SUÇU

Theft Crime by Military Persons in Military Penal Code

Burhan ATALIK*

Bahri YAÇINKAYA**

Öz

Türkiye’de askerlik hizmeti ve vazifesi önemli bir yere sahiptir. Bu önem ülkenin tarihinden gelen ordu millet anlayışından kaynaklanmakla beraber içinde bulunduğumuz coğrafyada güçlü olmanın da bir gereğidir. Bu gücün var olması ve devamlılık arz edebilmesi için silah ve cephane gibi araç ve gereçlerden oluşan teknik teçhizatın yanında iyi eğitim almış insan gücüne yani asker kişilere de ihtiyaç vardır. Askere ihtiyaç duyulan yer ve zamanda mutlak başarıya ulaşılabilmesi için orduya tahsis edilen her türlü malın uygun şekilde kullanılması elzemdir. Her türlü askerî eşyanın korunması, mali açıdan önemli olduğu gibi

* Bağımsız Araştırmacı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, burhan.atalik@student.asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8103-9665>.

** Bağımsız Araştırmacı, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans Öğrencisi, bahriyalcinkaya@gmail.com.tr, <https://orcid.org/0000-0002-0989-4595>.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 17.01.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 26.04.2024.

Atıf/Citation: Atalık, Burhan ve Bahri Yalçinkaya. “Askerî Ceza Kanunu’nda Askerî Şahıslar Açısından Hırsızlık Suçu.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024): 630-678.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-

NonCommercial 4.0 International License.” 

milletin ordusuna güveninin sürekliliği bakımından da kıymetlidir. Keza milletin kendisi tarafından tedarik edilen askerî eşyaların korunup kollanması devletin görevidir. Bu maksatla hareket eden kanun koyucu Askerî Ceza Kanunu (AsCK)'nu düzenlerken ordu mensuplarının kullandığı her türlü askerî eşyayı korumak amacıyla cezai yaptırımlar belirlemiştir. Asker ocağında görev yapan personelin birbirlerine olan güvenin sarsılmaması, askerî disiplinin muhafazası için üstlerin, arkadaşların veya astların eşyalarının çalınması bir askerî suç olarak düzenlenmiştir. Bu çalışmanın odak noktası, AsCK'nın 131'nci ve 132'nci maddelerinde yer verilen "çalın" kelimesiyle ifade edilen hırsızlık suçudur.

Anahtar kelimeler: Askerî Suç, Askerî Ceza Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Çalma Suçu, Hırsızlık Suçu.

Abstract

Military service and duty have an important place in Turkey. Although this importance stems from the understanding of the army and nation that comes from the history of the country, it is a requirement of being strong in the geography we live in. In order for this power to exist and maintain its continuity, there is a need for well-trained manpower, namely soldiers, as well as technical equipment consisting of tools and equipment such as weapons and ammunition. In order to achieve absolute success when and where the soldier is needed, it is essential to use all kinds of goods allocated to the army appropriately. The protection of all kinds of military goods is important in terms of the continuity of the nation's trust in its army, as well as financially. Likewise, it is the duty of the state to protect and guard the military goods supplied by the nation itself. Acting for this purpose, the legislator has determined certain penal sanctions in order to protect all kinds of military goods used by members of the army while arranging the Military Penal Code (MPC). Stealing the belongings of superiors, friends or subordinates is regulated as a separate military crime in order not to shake the trust of the personnel working in the military corps and to maintain military discipline. The focus of this study is the crime of theft, which is expressed by the word "stealing" in articles 131. and 132. of the MPC.

Keywords: Military Crime, Military Penal Code, Turkish Penal Code, Crime of Stealing, Crime of Theft.

GİRİŞ

Türkiye'de askerlik hizmeti ve vazifesi önemli bir yere sahiptir. Bu önem ülkenin tarihinden gelen ordu millet anlayışından kaynaklanmaktadır. Bunun yanında coğrafi olarak da güçlü olma gerekliliğinin getirdiği bir zorunluluktur. Bu gücün var olması ve devamlılık arz etmesi için silah ve cephane gibi araç ve gereçlerden oluşan teknik teçhizatın yanında iyi eğitim almış insan gücüne yani askere de ihtiyaç vardır. Ülkeler, hem sınır içinden hem de sınır dışından gelebilecek muhtemel taciz, sabotaj ve saldırılara karşı koyabilmesi, ordusunun dirayetli olmasıyla; dirayetli ordu ise askerî disiplinin tesis edilmesiyle mümkündür. Orduda disiplinin korunması için, disiplinsizliklere yönelik disiplin cezaları düzenlenmiştir. Ancak, idari yaptırım olarak nitelendirilebilecek bu önlemler, idari yaptırımlarla çözüme kavuşması mümkün gözükmeyen, askerî düzeni derinden yaralayan suçlar karşısında yeterli etkiyi göstermeyebilir. Bu kapsamda, askerî disiplinin arzu edilen düzeyde oluşturulması, caydırıcı olması ve askerın yürütmesi gereken her türlü hizmetin en iyi şekilde icra edilmesi için belirlenen bu değerler, ceza hukukunun koruma alanına girmektedir. Güçlü orduların genelinde olduğu gibi ülkemizde de askerî düzenin kendine has dinamikleri olması sebebiyle genel ceza kanunlarının yetersiz kalacağı düşünülmüştür. Bu sebeple ordu içerisinde farklı hukuk kurallarının uygulanması gerektiği fikrinden çıkılarak genel ceza kanunu'ndan ayrı özel olarak düzenlenmiş bir Askerî Ceza Kanunu (AsCK) kabul edilmiştir.¹

Askere ihtiyaç duyulan yer ve zamanda mutlak başarıya ulaşılabilmek için orduya tahsis edilen her türlü malın uygun şekilde kullanılması şarttır. Her türlü askerî eşyanın korunması, mali açıdan önemli olduğu kadar milletin ordusuna güveninin sürekliliği bakımından da çok önemlidir. Keza kamu gelirleriyle tedarik edilen askerî eşyaların korunup kollanması, devletin görevidir. Bu maksatla hareket eden kanun koyucu AsCK'yı düzenlerken ordu mensuplarının kullandığı her türlü askerî eşyayı korumak amacıyla bazı yasal düzenlemeler belirlemiştir. Bu düzenlemeler; askerî hizmet sebebiyle tevdi veya emanet edilmiş para ve eşyayı çalma suçu, askerî eşyayı çalma suçu ve üstünün, arkadaşının veya astının

¹ Bkz. RG. 15.05.1930, S.1520.

bir şeyini çalma suçudur. Bu çalışmanın odak noktası, AsCK'nın 131'nci ve 132'nci maddelerinde yer verilen "çalma" ifadesi ile vurgulanan hırsızlık suçudur.

Malvarlığına karşı yapılan diğer cürümler başlığı altında geçen bu suçlar hırsızlık suçunun AsCK'daki düzenlenmiş hâlidir. Kanun metninde belirtilen "çalma" ifadesi Askerî Yargıtay içtihatlarında da belirtildiği üzere Türk Ceza Kanunu (TCK) 141'nci maddesinde düzenlenen "hırsızlık" suçudur.² Bu kapsamda; TCK ile uyumlu olması açısından AsCK 131 ve 132'nci maddelerinde ifade edilen çalma eylemini hırsızlık suçu olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır. Bununla beraber çalma suçunun TCK kapsamında düzenlenen hırsızlık suçu ile birebir benzerlik içinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Düzenlenişleri bakımından maddi ve manevi unsurlarında bazı farklılıklar söz konusudur. Keza AsCK'nın 1'nci³ maddesinde düzenlendiği üzere "...bu kanunun hilafında yazılı olmadıkça..." TCK'da düzenlenen hırsızlık suçunun esasları çalma suçu için de geçerlilik kazanmaktadır. Çalışmada öncelikle askerî şahıs, askerî suç kavramı, askerî eşya, askerî hizmet, tevdi ve emanet kavramları izah edilmiş, ikinci bölümde suçun unsurları, suçun özel görünüş şekilleri, nitelikli hâlleri ve son olarak da yaptırım şekilleri açıklanmıştır.

I. GENEL İFADELER

A. Askerî Şahıslar

AsCK'nın çoğunlukla uygulama alanı askerî şahıslar ile alakalıdır. Bu maksatla kimlerin askerî şahıs olarak nitelendirildiğini belirlemek önemlidir. Kimlerin asker kişi olduğu askerî mevzuatlarda ifade edilmiştir.

Askerî şahısların kimlerden oluştuğu, AsCK'nın 3'üncü maddesinde ve askerî mevzuat açısından temel nitelikte olan 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nun 3'üncü maddesinde sayma usulü ile belirlenmiştir. Bu kapsamda; askerî şahıs statüsünü haiz kişiler; subaylar, astsubaylar, Millî Savunma Bakanlığı ile Türk

² As. Yar. DK, E.2010/117, K.2010/114, 25.11.2010, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

³ "Türk Ceza Kanununa göre cürümler ve cezalar hakkında umumi suretle cari olan esaslar bu kanunda hilafi yazılı olmadıkça askeri cürümler ve cezalar hakkında da tatbik olunur." (AsCK m.1).

Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve erler, erbaş ve erler ile askerî öğrenciler ve ihtiyati askerî şahıslar olarak sayılabilir.

Her iki mevzuatta da belirtilen askerî şahıslar içinde istisna oluşturanlar ise Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personeldir. Nitekim İç Hizmet Kanunu'nda sivil personelin askerî şahıs olarak nitelendirilecek durumların kısıtlı olduğu, sadece amir ve maiyet ilişkisi içinde bulunduğu askerî şahıslarla münasebetleri açısından askerî şahıs olarak nitelendirileceği belirtilmiştir.⁴ Bu açıdan sivil personel, her ne kadar askerî mevzuat kapsamında asker kişi sıfatı taşısalar da AsCK'nun uygulama alanı açısından oldukça kısıtlı suçlar kapsamında asker kişi olarak kabul edilmektedirler.

Diğer yandan askerî işyerlerinde 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olarak çalışan işçiler de bulunmaktadır. İşçi statüsünde çalışan personelin asker kişi olarak sayılıp sayılmayacağı hususu tartışmalıdır. Askerî Yargıtay'ın görüşüne göre işçiler, İç Hizmet Kanunu'nda ifade edilen sivil personel tanımı içinde yer almaktadır.⁵ Fakat Üçok, çalışmasında sivil personelin işçileri kapsamadığı görüşündedir.⁶ İç Hizmet Kanunu'nda sivil personelin kimlerden oluştuğu açık şekilde sayılmıştır ve işçiler bu grup içinde bulunmamaktadır.⁷ Bu sebeple; Askerî Yargıtay'ın işçi statüsündeki personelin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na⁸ tabi sivil personel içinde sayılmasının, İç Hizmet Kanunu için de bağlayıcı olduğu değerlendirmesi kanaatimizce yerinde değildir. Ayrıca işçilerin askerî mevzuatta askerî şahıs olarak açıkça belirtilmediği değerlendirildiğinde AsCK kapsamında sorumlu tutulmaları kanunilik ilkesine de aykırılık oluşturur.

⁴ Bkz. 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu m. 115.

⁵ As. Yar. 1.D, E.1995/427, K.1995/427, 02.05.1995 (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

⁶ Ahmet Zeki Üçok, "Askerî İşyerlerinde Çalışan İşçilerin Hukuki Statüleri," Yayımlanmamış Doktora Tezi (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, 1999), 111.

⁷ Bkz. 211 sayılı İç Hizmet Kanunu m. 155.

⁸ RG. 23.07.1965, S. 12056.

Bir diğer grup ise geçici ve sürekli köy koruyucularıdır.⁹ Çoğunlukla terörle mücadele kapsamında görev yapan geçici ve sürekli köy korucuları, AsCK ve İç Hizmet Kanunu'nda askerî şahıs olarak sayılmamaktadır. Askerî Yargıtay kararlarında da köy korucuları askerî şahıs olarak kabul edilmemiştir.¹⁰

B. Askerî Suç Kavramı

Askerî suçu açıklamadan önce suçun literatürde ifade edilmiş bazı tanımlarını belirtmek gerekir. Suç, toplum düzenini bozan, kanunlarca yasaklanan, ceza yaptırımını olan hukuka aykırı davranışlar olarak tanımlanmaktadır.¹¹ Bir diğer tanıda suç; toplumsal düzenin sürdürülebilirliği için korunması gerekli hukuki değerlerin ihlali, insanın haksız davranışdır.¹² Bir haksızlık olmakla birlikte her haksızlığın mevzuatta suç olarak tanımlandığını söylemek mümkün değildir. Bazı hareketler, haksızlığa sebebiyet verse de bu haksızlıklara karşı ceza hukukundan ayrı özel hukuk yaptırımları veya idari yaptırımlar ile karşılık verilir. İnsanın olduğu her yerde birine göre normal diğerine göre anormal olan davranışlar vardır ve bunlardan bazıları suç olarak ortaya çıkar, bu da toplum düzeninin bir gerçeğidir. Suç olarak belirlenen bir davranışın değişmesi de gayet normaldir. Bugün suç olarak görülen bir davranış gelecekte suç niteliğinden çıkabilir. Yani suç için durağan olmayan canlı bir olgudur denilebilir.

Suça karşı düzenlenen ceza hukuku yaptırımları, bireylerin hak ve özgürlüklerine direk olarak müdahale etmesi sebebiyle son çare niteliğinde

⁹ "Korucular ihtiyar meclisi tarafından tutulur ve köy muhtarının vereceği haber üzerine kaymakamın buyurultusu ile işe başlar." 442 Sayılı Köy Kanunu; m.70; "Köy korucusu: 442 sayılı Köy Kanununun 70 nci maddesine göre işe alınan köy korucularını, ifade eder." Köy Korucusu Yönetmeliği m.4.

¹⁰ As. Yar. 2.D, E.2007/560, K.2007/549, 28.03.2007, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

¹¹ Ayhan Yalçın, *Benim Avukatım, Ansiklopedik Hukuk Rehberi* (İstanbul: Geçit Kitabevi, 1998), 57.

¹² Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003), 443; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 85; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 23; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi: 2022), 103.

olmalıdır.¹³ Ceza hukuku dışında başka bir yaptırım ile bozulan toplumsal düzenin yeniden tesisi sağlanabiliyor ise ceza hukuku yaptırımlarından önce alternatif yaptırımların tercih edilmesi gerekir. Dolayısıyla ceza hukuku toplumsal yaşamın ihlali ile doğrudan işlevlik kazanmamakta, sadece toplumsal yaşamda önemli olarak azledilen menfaatlerin ihlali durumunda ortaya çıkmaktadır.¹⁴ Askerî Ceza Kanunlarının uygulama prensibi de aynı şekildedir. Askerî Ceza Kanunları, bozulan askerî düzenin yeniden inşa edilmesi için son çare olarak tercih edilmelidir. Keza Türk hukukunda askerî hukuk açısından disiplinsizliklerin yaptırımı için ayrıca bir Disiplin Kanunu¹⁵ bulunmaktadır.

Askerî suç, AsCK'nın 1'inci maddesinde *"Bu kanunun ölüm, ağır hapis ve hapis cezalarıyla cezalandırıldığı suçlar askerî cürümlerdir."* şeklinde düzenlenmiştir. Düzenleme açısından bakıldığında, dar anlamda Askerî Ceza Kanunu'nda bulunan suçların askerî suç olduğu söylenebilir. Fakat askerî suçların büyük bir kısmı AsCK'da düzenlense de TCK'ya atıf yapılmış askerî suçların varlığı da söz konusudur. Bu itibarla üst mahkeme kararlarında askerî suç tanımı daha geniş olarak ifade edilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesinin¹⁶ ve Askerî Yargıtay'ın¹⁷ kararlarında yer alan askerî suç *"a) Unsurları ve cezalarının tamamı Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı olan, başka bir anlatımla, Askerî Ceza Kanunu dışında hiçbir ceza yasası ile cezalandırılmayan suçlar, b) Unsurları kısmen Askerî Ceza Kanunu'nda kısmen diğer ceza yasalarında gösterilen suçlar, c) Türk Ceza Kanunu'na atıf suretiyle askerî suç haline dönüştürülen suçlar, olmak üzere üç grupta mütalaa edilmektedir."* şeklinde tarif edilmiştir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi de askerî suçları; *"...askerî bir yararı koruma amacı güden ve Askerî Ceza Kanunu tarafından öngörülen veya yapılan atıf*

¹³ Adem Sözüer, *Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu* (İstanbul: Alfa Yayıncılık, 2013), 23.

¹⁴ Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları* (Ankara: AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, 1975), 1; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 110; Özgenc, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 179; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 114.

¹⁵ Bkz. RG. 31.01.2013, S. 28561.

¹⁶ UM, E.2016/1, K.2016/2, 04.05.2015, (Kazancı Bilgi Bankası).

¹⁷ As. Yar. İBK, E.1975/6, K.1975/4, 20.06.1975, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

dolayısıyla bu Kanun'un uygulama alanına giren suçlardır." şeklinde tanımlayarak askerî suç kavramını geniş olarak yorumlamıştır.¹⁸

AsCK'da 2021 yılında yapılan kanun değişikliği ile beraber askerî suç kavramının tanımı kanun metnine derç edilmiştir.¹⁹ Böylece AsCK'da belirtilen suçlar ile asker kişilerle askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlar, askerî suç olarak tanımlanmıştır. Bu sayede askerî suçun kapsamına ilişkin geçmiş dönemde yaşanan tenakuz tam olarak giderilmiştir. Ayrıca AsCK'nın 1'nci maddesinde askerî suçun ne olduğu ifade edilirken madde içeriğinde belirtilen yaptırımların her ne kadar değiştirilmediği görülse de yeni düzenlemeler dayanağında uygulama alanının bulunmadığını belirtmek gerekir. Keza madde içeriğinde ifade edilen "ölüm cezası," 07 Mayıs 2004 tarihinde 5170 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklik sebebiyle savaş zamanı da dâhil olmak üzere Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlıklı 11'inci maddesi hükmü de gözetilerek kaldırılmıştır.²⁰ "Ağır hapis cezası" ise 5349 sayılı Kanun ile hapis cezasına dönüştürülmüştür.²¹ Mevcut durumda askerî suçlara ilişkin yaptırımlar; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası, süreli hapis cezası olarak infaz ettirilmektedir.

C. Askerî Suç Çeşitleri

Askerî suçlar literatürde iki kategoride incelenmektedir. Bunlar, sırf askerî suçlar ve askerî suç benzerleri suçlar şeklindedir.²² Sırf askerî suçlar, bir askerî şahıs tarafından askerî bir hizmet veya görevin ihlali suretiyle işlenip askerî şahıs sıfatını taşımayan kişilerce işlenmesi mümkün olmayan ve genel ceza kanununda

¹⁸ AYM, E.2018/161, K.2019/13, 14.03.2019, (UYAP).

¹⁹ "Bu Kanunda düzenlenen suçlar ile asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlar, askerî suçtur." (AsCK ek m. 11).

²⁰ Bkz. Anayasa m. 38.

²¹ Bkz. RG. 13.11.2004, S. 25642.

²² Fahrettin Demirağ, *Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 71.

kısmen ya da tamamen öngörülmeven suçlardır.²³ Sırf askerî suçların AsCK'nın hangi maddeleri olduğu ile ilgili karışıklık 2021 yılı düzenlemeleri ile giderilmiş, hangi suçların sırf askerî suç olduğunun belirlenmesine yönelik yapılan düzenleme ile sırf askerî suçlar kanun metninde sayılmıştır.²⁴

“Askerî eşyayı çalanlar, (AsCK m. 131),” suçu ile “Üstünün, arkadaşının veya astının bir şeyini çalanlar (AsCK m. 132)” suçu, sırf askerî suç kapsamına girmeyen askerî suçlara örnektir.

II. ÇALMA SUÇU

AsCK'da çalma suçu iki farklı maddede iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Bu suçlardan ilki askerî eşyanın çalınmasıdır. İkincisi ise üstünün, arkadaşının veya astının bir şeyinin çalınmasıdır.

131'inci maddede düzenlenen çalma suçu, AsCK'nın 31 Mayıs 1930 tarihli ilk kabul edilen hâlinde de düzenlenmiş suçlardandır. İlk metin “*Askerî bir hizmeti yaparken veyahut bir vazifeyi suiistimal ederek, bir hizmet ve vazife dolayısıyla tevdi veya emanet edilmiş olan parayı, az ve çok kıymetli eşyayı veyahut kendisine emanet edilmiş olsun olmasın her nevi erzak ve cehaneden başka, her nevi askerî eşyayı ve hayvanatı çalan (...)*” şeklinde düzenlenmiştir.²⁵ Daha sonra 11 Aralık 1935 tarihinde 2862 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenmiş ve söz konusu düzenlemeden itibaren günümüze kadar başka bir değişikliğe uğramamıştır.

AsCK'da düzenlenen diğer çalma suçu ise 132'nci maddede “*Üstünün, arkadaşının veya astının bir şeyini çalanlar*” şeklinde düzenlenmiştir. 132'nci maddede düzenlenen çalma suçu da aynı şekilde kanun metninin ilk hâlinde de düzenlenmiş bir suç tipidir. 31 Mayıs 1930 tarihli kanunun ilk hâlinde “*Mafevkinin,*

²³ Hakkı Erkan, “Sırf Askerî Suçlar,” *Askerî Adalet Dergisi* 18, no. 69-70 (1974).

²⁴ “*Bu Kanunda düzenlenen ve asker kişileri tarafından işlenen 60 ncı, 62 nci, 65 inci, 66 ncı, 67 nci, 68 inci, 70 inci, 79 uncu, 81 inci, 82 nci, 85 inci, 87 nci, 88 inci, 89 uncu, 90 ncı, 91 inci, 97 nci, 98 inci, 100 üncü, 101 inci, 102 nci ve 136 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar, sırf askerî suçtur.*” (AsCK ek m. 11).

²⁵ Bkz. *TBMM Zabıt Ceridesi*, Cilt: 19, Devre: 3, İçtima: 3 (Ankara: TBMM Matbaası, 1930), 75.

arkadaşının, madununun bir şeyini çalanlar"²⁶ şeklinde olan madde içeriği 22 Mart 2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun ile günümüzdeki şeklini almıştır.

2011 tarihinde ise Hava Kuvvetleri Komutanlığı Hava Eğitim Komutanlığı Askerî Mahkemesi tarafından 132'nci maddenin Anayasa'nın 2'nci ve 10'uncu maddelerine aykırılığı savıyla iptali için Anayasa Mahkemesi (AYM) başvuru yapılmıştır. Bu başvuru üzerine AYM tarafından yapılan inceleme 132'nci maddenin Anayasa'ya uygunluğunun yanında 131'inci maddenin de Anayasa'ya uygunluğunun değerlendirilebilmesi açısından önemli bir karardır.²⁷ Başvuru gerekçesi olarak AsCK'da düzenlenen hırsızlık suçunun, TCK'dan farklı düzenlendiği, alt ve üst sınırlarının farklılık içerdiği, malın değerinin az olması ile etkin pişmanlık hallerinde indirim veya cezasızlık nedenlerinin bulunmasına rağmen AsCK'da yer alan hırsızlık suçu bakımından bu hallerin düzenlenmediği ifade edilmiş, bu durumun hukuk devleti ilkesi ve yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu beyan edilmiştir.

AYM'nin incelemesi neticesinde ise, asker kişiler ile sivil kişilerin aynı hukuksal konumda olmadığı, hırsızlık suçu bakımından askerlik hizmetinin gereği olarak askerlik camiasının gerektirdiği karşılıklı emniyet ve itimada dayalı bir ilişki içinde bulunan asker kişiler bakımından farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkabildiği dikkate alınarak AsCK'da özel bir düzenleme yapıldığı ifade edilmiş, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında farklı hukukî statü içinde bulunan kişiler hakkında farklı yaptırım öngören itiraz konusu kuralda hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırı olmadığı oyçokluğu ile kabul edilmiştir. Karara katılmayan iki üye ise karşı oy şerhinde askerlik görevini yerine getirenlerin suç işlememesine dönük tedbirlerin alınmasının, askerî disiplinin sağlanması açısından gerekli olduğunun, fakat askerî disiplini korumak ve tesis etmek amacıyla getirilmiş bir kuralın, bireyin hak ve özgürlüklerini daraltması ve adalet duygusunun zedelenmesine yol açmasının hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir. Ayrıca, zorunlu olarak askerlik görevini yapan asker kişilerin özgürlüklerinin askerlik hizmeti süresince kısıtlandığını düşünüldüğünde,

²⁶ Bkz. *TBMM Zabıt Ceridesi*, Cilt: 19, Devre: 3, İctima: 3 (Ankara: TBMM Matbaası, 1930), 75.

²⁷ AYM E.2012/24, K.2012/24, 16.02.2012 (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

hırsızlık gibi sırf askerî suç olmayıp, kısmen askerî suç veya askerî suç benzeri bir eylem olarak tanımlanan bir fiil için, sivil şahıslardan farklı cezai muameleye tabi tutulmalarının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir.

AYM kararında AsCK ile TCK arasındaki ilişki ve benzer suç tipleri açısından dikkate değer iki farklı değerlendirme yapılmıştır. Kanaatimizce de oyçokluğu ile verilen karar yerinde bir karardır. Keza askerlik mesleği ve görevi, farklı dinamikleri içinde barındıran, disiplinin tesisi ve korunması gibi gereklere birçok kamu faaliyetinden daha fazla ihtiyaç duyulan bir kamu hizmetidir. Kanun koyucunun asker kişiler için hırsızlık suçunu farklı olarak düzenlemesi de takdir yetkisinde bir husustur ve bu sebeple de hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediği kanaatindeyiz.

AsCK'nın 131'inci maddesinde düzenlenen çalma suçunun özüne baktığımızda askerî hizmet veya vazifeden dolayı asker kişiye verilen para veya eşya ile askerî eşyaya özel bir koruma getirildiği görülmektedir. Diğer yandan askerî şahıslar açısından silah arkadaşlığına verilen önem ortaya konularak silah arkadaşları arasında oluşacak çalma suçu AsCK'nın 132'nci maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. AsCK 131'inci ve 132'nci maddelerinde çalma olarak ifade edilen çalma suçu ve suça ilişkin ceza, AsCK'da düzenlenmiş fakat suçun unsurları bakımından TCK'da belirtilen unsurlar dikkate alınmaktadır.²⁸ TCK'da hangi suçun unsurlarının dikkate alınacağına ilişkin üst mahkeme kararlarındaki değerlendirilmelerde AsCK'da belirtilen çalma suçunun TCK'da düzenlenen hırsızlık suçu olduğu ifade edilmiştir.²⁹ Bu nedenle hırsızlık suçunun unsurlarının AsCK'da düzenlenen çalma suçu için de esas teşkil edeceği söylenebilir.³⁰

²⁸ Bkz. AsCK m. 1.

²⁹ As. Yar. DK, E.1987/187, K.1987/166, 05.11.1987, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

³⁰ As. Yar. DK, E.2001/28, K.2001/26, 15.03.2001, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

A. Çalma Suçu İle İlgili Genel İfadeler

1. Askerî Eşya

AsCK'nın bazı maddelerinde askerî eşya, askerî malzeme veya harp malzemesi gibi tabirler geçmektedir. Bu tabirlerin genelini askerî eşya tabiri karşılamaktadır. Askerî eşya, askerlik amaçlarını yerine getirmek ve menfaatlerini sağlamak amacıyla tahsis edilen eşya şeklinde tarif edilebilir.³¹ Başka bir tanıma göre ise askerî eşya, mülkiyeti devlete ait olan kamu mallarından olup kullanımı Silahlı Kuvvetlere tahsis edilen mallardır.³² Üst mahkeme kararlarında nelerin askerî eşya vasfında olduğuyla ilgili birçok örnek bulunmaktadır. 2006 tarihli Askerî Yargıtay kararında silah ve mühimmatların askerî eşya olduğu vurgulanmıştır.³³ Başka bir kararda komando bıçağının askerî eşya vasfında olduğu belirtilmiştir.³⁴ Bir diğer kararda askerî bölgede bulunan mazotun askerî eşya olduğu ifade edilmiştir.³⁵

Erzak kelimesi ise Türk Dil Kurumu sözlülüğünde, uzun süre saklanabilen yiyeceklerin genel adı olarak tanımlanmıştır.³⁶ Bir erzakın askerî eşya vasfında olup olmadığı hususunun tespiti bazı hâllerde son derece güç olmaktadır. Bu durumda o eşya ile ilgili düzenlemelere bakılması gerekir. Askerî erzak ile ilgili Askerî Yargıtay kararlarındaki yaygın örnek, kışla mutfaklarında bulunan erzaktır. Kışla içinde bulunan askerlerin iâşesi için temin edilen erzaklar askerî

³¹ Hulusi Özbakan, *İlgili Mevzuatı ile İçtihatlı Gerekçeli Notlu Açıklamalı Askerî Ceza Kanunu* (Ankara: Genelkurmay Basımevi, 1990), 294.

³² As. Yar. 4.D, E.2005/171, K.2005/377, 22.03.2005, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

³³ As. Yar. 4.D, E.2006/1024, K.2006/1021, 08.08.2006, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

³⁴ As. Yar. 4.D, E.2003/83, K.2003/79, 23.01.2003, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

³⁵ As. Yar. 2.D, E.2005/1236, K.2005/1233, 30.11.2005, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

³⁶ "Güncel Türkçe Sözlük," TDK, erişim tarihi Nisan 09, 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

erzaktır.³⁷ Fakat askerî birliğin içinde bulunan erzakların tamamına askerî erzak demek mümkün değildir. Silahlı Kuvvetlerde çeşitli kıta, karargâh, kurum bünyesinde personelin alışveriş ihtiyacının karşılanması amacıyla askerî kantinler kurularak işletilmektedir. Bu kantinlerin kuruluşları ve işletilmesi İç Hizmet Kanunu ve Askerî Kantin Yönetmeliği kapsamında yapılmaktadır. Bu düzenlemelere göre kantinlere tüzel kişilik tanınmamış olup sermayelerinde devlet katkısı da yoktur. Bu nedenle kantin hasılatı ve eşyası askerî eşya olarak kabul edilmemektedir.³⁸ Aynı yönde Uyuşmazlık Mahkemesi kararı da mevcuttur.³⁹ Benzer şekilde orduevlerinde lokanta hizmeti veren bölümlerde bulunan erzak da askerî eşya niteliğinde değildir.⁴⁰

Hayvan tabiri ise çok geniş olarak mülkiyet konusu olan canlıları ifade etmektedir.⁴¹ Askerî faaliyetlerinin yürütülmesi esnasında hayvanların da etkin rol aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu sebeple de TSK envanterinde farklı hayvanlar bulunmaktadır. Örneğin; mayın arama köpekleri ve TSK Atlı Spor Eğitim Merkezinde bulunan atlar askerî hayvan niteliğindedir.⁴²

³⁷ "Sanığın olay günü ... Jandarma Karakolu kilerine, havalandırma penceresine girmek suretiyle, askerî eşya niteliğine haiz 4 adet 200ml ... marka meyve suyu 2 adet ... kaşar peyniri ... olarak gittiği nöbetçi astsubay tarafından yakalandığı, böylece askerî çalma suçunu işlediği..." As.Yar. 4.D, E.2016/294, K.2016/328, 24.05.2016. (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi)

³⁸ "Askerî kantinlere ait eşya ve paranın askerî eşya vasfı yoktur. Bu itibarla geceleyin askerî kantine girerek para çalan sanığın eyleminin AsCK'nın 131. maddesi değil, Türk Ceza Kanununca değerlendirilmesi gerekir." As. Yar. 3. D, E.203/716, K. 2003/713, 10.06.2003; Aynı yönde As. Yar. 5. D, E.1987/540, K1987/525, 16.09.1987, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

³⁹ UM, E.2012/17, K.2012/17, 14.05.2012, (Kazancı Bilgi Bankası).

⁴⁰ "Orduevi lokanta, bar vb gibi hizmet sunulan reyonlarda Devletin ve Hazinesinin sermaye katkısı ve payı bulunmadığında çalındığı ileri sürülen para ve eşyaların askerî eşya niteliği taşımadığı açıktır." As. Yar. 3.D, E.2016/0168, K.2016/0189, 16.03.2016, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

⁴¹ "Güncel Türkçe Sözlük," TDK, erişim tarihi Nisan 10, 2022. <https://sozluk.gov.tr/>

⁴² Taşınır Mal Yönetmeliği, RG. 18.01.2007, S. 26407.

2. Askerî Hizmet

Hizmet, kelime anlamı olarak birinin işini görme veya birine yarayan bir işi yapma hâlidir.⁴³ AsCK'nın 12'nci maddesi hizmeti, "Bu kanunun tatbikatında hizmet tabirinden maksat, gerek malum ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askerî vazifenin madun tarafından yapılması halidir." şeklinde tanımlamıştır. Madde metninde tabir edilen askerî vazife tabiri ise İç Hizmet Kanunu'nun 7'nci maddesinde tanımlanmıştır. Askerî vazife, "hizmetin icap ettirdiği şeyi yapmak ve men ettiği şeyi yapmamaktır." şeklinde ifade edilmiştir. İç Hizmet Kanunu'nun 6'ncı maddesinde de hizmet tanımı yapılmıştır. Madde metninde hizmet, "Kanunlarda nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen şeylerdir" biçiminde tarif edilmiştir. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere askerî hizmet, öncelikle kanun ve nizamlarda öngörülmüş olmalıdır. TSK'da askerî hizmetin kanun ve nizamlara uygun yürütülmesinin sağlanması maksadıyla çok sayıda iç düzenleyici mevzuat mevcuttur. Üst mevzuata aykırı olmamak şartıyla bu talimatlar ile askerî şahısların görev ve sorumlulukları belirlenmektedir.

3. Tevdi ve Emanet Kavramları

AsCK'nın 131'inci maddesinde belirtilen tevdi kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup sözlük anlamına göre verme, bırakma anlamına gelmektedir.⁴⁴ Emanet ise birine geçici olarak bırakılan ve teslim alınan şahıs tarafından korunması gereken eşya, kimse vb. olarak belirtilmiştir.⁴⁵

Askerî hizmet açısından bakıldığında hem tevdi hem de emanet edilme durumunda eşya, askerî personele teslim edilmiş ve personel, bu eşyadan hizmetin ifası esnasında sorumlu tutulmuştur. Kanun koyucu, AsCK'nın 131'inci maddesinde askerî eşyanın çalınması suçunda faile askerî eşyanın tevdi veya emanet edilme durumunu suçun unsuru olarak belirlememişken, askerî eşya

⁴³ "Güncel Türkçe Sözlük," TDK, erişim tarihi Nisan 10, 2022. <https://sozluk.gov.tr/>.

⁴⁴ "Güncel Türkçe Sözlük," TDK, erişim tarihi Nisan 10, 2022. <https://sozluk.gov.tr/>.

⁴⁵ "Güncel Türkçe Sözlük," TDK, erişim tarihi Nisan 10, 2022. <https://sozluk.gov.tr/>.

vasfını haiz olmayan bir eşya için görev sebebiyle tevdi veya emanet edilme şartını belirlemiştir. Ancak, her iki durumda da askerî bir hizmetin yapılması sırasında suçun gerçekleşeceği veya vazifenin suiistimali suretiyle fiilin yapılması ön koşul olarak ifade edilmiştir.

B. Çalma Suçunun Unsurları

AsCK'nın 1'inci maddesi kapsamında AsCK'da düzenlenen çalma suçunda TCK'da düzenlenen hırsızlık suçunun unsurları dikkate alınmaktadır.

1. Hukuki Yarar

Hırsızlık suçunun koruduğu hukuki yarar hakkında öğretilerde farklı görüşlere rastlamak mümkündür. Bazı yazarlar hırsızlık suçunda suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki yararın zilyetlik olduğunu ifade etmektedir.⁴⁶ Aksi görüşte olan yazarlar, hırsızlık suçunun koruduğu hukuki menfaatin mülkiyet olduğunu savunurlar.⁴⁷ Bu görüşün savunucuları, hırsızlık suçunun mülkü belirli saldırılara karşı koruduğunu, yani taşınır malın bulunduğu yerden alınmasını engellediğini savunmaktadırlar.⁴⁸ Bunun yanında hem mülkiyetin hem de zilyetliğin beraber korunduğunu ifade eden görüşler de mevcuttur.⁴⁹ 765 sayılı TCK'da hırsızlık mülkiyet üzerinden tanımlanmış olsa da⁵⁰ 5237 sayılı Kanunun 141'inci

⁴⁶ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2013), 130; Fidan Balcı ve Seyithan Öztürk, *Hırsızlık, Karşılıksız Yararlanma ve Yağma Suçları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 2; Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, "Hırsızlık," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 1 (2008): 775.

⁴⁷ Durmuş Tezcan, M.Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi 2022), 738; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Malvarlığıma Karşı İşlenen Suçlar* (Ankara: Beta Yayınevi, 2017), 322.

⁴⁸ Ali Parlar, *Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Asliye Ceza Davaları* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2016), 704; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 439; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 635.

⁴⁹ Naci Şensoy, *Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963), 29; M. Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 561.

⁵⁰ Bkz. 765 sayılı TCK m. 491.

maddesinde hırsızlık suçu, zilyetlik üzerinden tanımlanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ise hırsızlık suçunda korunan hukuki yararın hem mülkiyet hem de zilyetlik olduğuna dair kararları mevcuttur.⁵¹ Kanaatimizce de hırsızlık suçunda sadece zilyedin yahut münhasıran malikin haklarının korunduğunu ileri sürmek yerine, korunan hukuki değerın hem mülkiyet hem de zilyetlik olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır.

AsCK'nın 131'inci maddesinde düzenlenen çalma suçunda, askerî eşya kavramının mülkiyetinin orduda yani devlette olduğu, bunun yanında askerî eşyayı elinde bulunduranın zilyet olduğu söylenebilir. 131'inci madde kapsamında suç ile korunan hukuki değer devletın mali menfaatidir. Yani kamuya ait malların kamunun yararına kullanılması ve korunmasıyla beraber bunların dürüst bir şekilde idaresini ve kullanımını sağlamaktır.⁵² Bir diğer yarar ise taşınır malların zilyetliğidir.⁵³

AsCK'nın 132'nci maddesinde ise çalma suçu "bir üstünün, arkadaşının veya astının bir şeyini..." şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin düzenlenişine lafzî yorum yapıldığında maddenin 765 sayılı TCK'da olduğu gibi mülkiyetin korunmasını esas aldığı söylenebilir. 132'nci maddede düzenlenen çalma suçunda korunan hukuki değerın hem mülkiyet hem de zilyetlik olduğunu belirten yazarlar da mevcuttur.⁵⁴ Kanaatimizce de 132'nci maddede düzenlenen çalma suçunda asker kişının mülkiyetinde olan bir şey olabileceği gibi mülkiyeti başkasına ait zilyetliği kendinde olan herhangi bir eşya da olabilir. Bu sebeple de bu suç tipinde de korunan hukuki değerın hem mülkiyet hem de zilyetlik olduğunu kabul etmek gerekir.

⁵¹ Yar. CGK, E.2014/159, K.2014/257, 10.05.2016, (UYAP).

⁵² Olgun Değirmenci, *Askeri Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014), 377.

⁵³ Değirmenci, *Askeri Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 378.

⁵⁴ Demirağ, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu*, 434.

2. Fail

AsCK'nın 131'inci maddesinde düzenlenen çalma suçlarının failinin sadece asker kişilerin mi olabileceği yoksa suçun herkes tarafından da işlenebileceği hususu tartışma konusudur. Dönmezer, çalma suçunun failinin sadece asker kişi olacağını ifade etmiştir.⁵⁵ Açıklamasında; AsCK'nın 192'nci maddesinde AsCK hükümlerinden sivil şahıslar açısından da uygulama alanı bulan maddelerin sayıldığı, bu maddede 131'inci maddede düzenlenen çalma suçunun bulunmadığı belirtmiştir. Bu sebeple her ne kadar AsCK'nın 131'inci maddesinde asker kişi ifadesi yer almasa da askerî eşyayı çalma suçunun failinin sadece asker kişi olabileceğini söylemiştir.

Demirağ ise çalma suçunun failinin herkesin olabileceğini belirtmiştir.⁵⁶ Kanaatimce çalma suçunun failinin asker kişi olması gerekmektedir. Her ne kadar çalma suçunun düzenlendiği 131'inci madde sırf askerî suç olarak nitelendirilmese de AsCK'nın 192'nci maddesinde 131'inci madde kapsamında suç işleyen sivil şahısların hangi suçlarda AsCK hükümlerinden sorumlu tutulacağı sayma usulü ile belirlenmiştir.⁵⁷ Bu maddede AsCK'nın 131'inci maddesinde yer alan çalma suçuna ilişkin bir düzenleme yapılmamış olması, sivil şahısların çalma suçunun faili olamayacağını göstergesidir. Aynı doğrultuda, Askerî Yargıtay da ordu malı olan erzakı çalan sivil şahısların askerî ceza kapsamında değil, TCK hükümlerince yargılanması gerektiğine hükmetmiştir.⁵⁸ Konuya ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi kararı da sivil şahısların askerî eşyayı çalma suçunun faili olamayacağı, sivil bir şahsın askerî eşyayı çalması durumunda "kamu kurum ve kuruluşlarındaki eşya hakkındaki hırsızlık" hükmü kapsamında yargılanacakları ifade edilmiştir.⁵⁹

⁵⁵ Sulhi Dönmezer, "Tevhidi İçtihat Kararı," *İÜHF Mecmuası* 9 (1943): 439.

⁵⁶ Demirağ, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu*, 430.

⁵⁷ Bkz. AsCK m. 192.

⁵⁸ As. Yar. 3.D, E.1988/78, K.1998/64, 26.01.1988, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

⁵⁹ UM, E.2013/24, K.2013/27, 30.09.2013, (Kazancı Bilgi Bankası).

AsCK'nın 132'nci maddesinde düzenlenen çalma suçu ise madde içeriğinde açıkça belirtildiği üzere sadece askerî şahıslar tarafından işlenebilen bir suçtur.⁶⁰

Askerî şahısların subaylar, astsubaylar, Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er, erbaş ve erler ile askerî öğrenciler ve ihtiyati askerlerden oluştuğunu daha önce ifade etmiştik. İhtiyati asker kişiler de belirtildiği üzere askerî hizmette buldukları süre zarfında askerî şahıslar gibi AsCK hükümlerine tabidir.⁶¹ Peki, askerî şahıslar olarak madde içeriğinde belirtilen Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil memurları, 131 ve 132'nci maddeler kapsamında askerî şahıs olarak değerlendirmek gerekmekte midir? Sivil personelin askerî şahıs sıfatlarının sınırı İç Hizmet Kanunu'nun 115'nci maddesi ile belirlenmiştir.⁶² İç Hizmet Kanunu'nun 115'inci maddesinin b bendine göre bütün sivil personel emrinde çalıştıkları askerî amirlere karşı ast durumunda olup İç Hizmet Kanununun 14'üncü maddesinin asta yüklediği vazifeleri yapmaya mecburdurlar. Aksine hareket edenler, askerlerin tâbi olduğu cezai yaptırımlarla muhatap olurlar.⁶³ AsCK'da düzenlenen çalma suçlarında mutlak itaate ilişkin astlık, üstlük münasebetleri bakımından bir durum söz konusu değildir. Bu sebepten ötürü sivil personel, askerî eşyayı çalma suçunun faili olamazlar.

TCK'nın 141'inci maddesinde fail bakımından "kimse" sözcüğü kullanılmış ve suç işleyecek kişi için başkaca bir ayırt edici özellik belirtilmemiştir. Bu sebeple, hırsızlık suçunun faili herhangi bir gerçek kişi olabilir.⁶⁴ Fakat AsCK'nın asker kişilere özel kanun olması sebebiyle, belli suçlar haricinde failin sadece asker kişi olması doğru bir yaklaşımdır.

⁶⁰ Bkz. AsCK m. 132.

⁶¹ As. Yar. DK, E.2005/43, K.2005/42, 05.05.2005, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

⁶² Bkz. 211 sayılı İç Hizmet Kanunu m. 115.

⁶³ Hulusi Özbakan, *Açıklamalı Askerî Mahkemeler Kuruluşu Kanunu* (Ankara: Genelkurmay Basımevi, 1989), 82.

⁶⁴ Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar* (Ankara: Kartal Yayınevi, 2006), 40.

3. Mağdur

Mağdur, suçu oluşturan fiile doğrudan muhatap olan ve saldırıya maruz kalan kimse veya kimselerdir.⁶⁵ Bir başka deyişle; mağdur, suçun hukuki konusunu oluşturan hukuki varlık ya da menfaatin sahibidir.⁶⁶ AsCK'nın 131'inci maddesinde suçun maddi konusunu oluşturan para, evrak veya sair malların kime ait olacağı; bir başka deyişle devlete mi, yoksa sivil veya asker kişilere mi ait olacağı konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. AsCK'nın 131'inci maddesinde düzenlenen hizmet veya vazifeden ötürü tevdi veya emanet edilen para ve eşyanın çalınması durumunda mağdur para veya eşyanın bulunduğu zilyettir. Örneğin, bir malzeme almak için kendisine verilen bir miktar parayı odasında bırakan asker kişinin odasından paranın çalınması AsCK'nın 131'inci maddesi kapsamında değerlendirmelidir. Bu örnekte mağdur malzeme almak için kendisine para verilen kişidir. Bu itibarla mağdurun asker kişi olması gerekmemekte, askerî hizmet veya vazifesi yürüten sivil kişi de çalma suçunun mağduru olabilmektedir.

AsCK'nın 131'inci maddesinde düzenlenen bir diğer çalma suçu askerî eşyanın çalınmasıdır. Silahlı Kuvvetler envanterinde bulunan her türlü askerî eşya bir askerî şahsın zimmetinde olmak zorundadır. Sahipsiz askerî eşya bulunmamaktadır. Bu kapsamda mağdur, çalınan askerî eşyanın kendisine zimmet edildiği kişidir. Aynı şekilde askerî eşyanın çalınması durumunda da mağdurun asker kişi olması zaruri değildir. Askerî malzemeyi zimmetinde tutan sivil kişi de çalma suçunun mağduru olabilir. Diğer yandan Silahlı Kuvvetler envanterinde bulunan her türlü askerî eşyanın zararında mağdurun ordu yani devlet olacağı da düşünülebilir. Ancak devletin suçun mağduru olup olmayacağı tartışmalıdır.⁶⁷ Devletin mağdur sıfatını alacağını düşünen yazarlara göre suç, devlet tarafından belirlenen kuralın ihlali olduğundan belirlediği kurallara

⁶⁵ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 514.

⁶⁶ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 4476.

⁶⁷ M.Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 381. Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 116; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 223; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 124.

uyulması ile ilgili çıkar sahibi bakımından devlet pasif süje olarak kabul edilir.⁶⁸ Devletin suçun mağduru olamayacağını düşünen görüşe göre devlet tüzel kişiliğinin, suçun mağduru sayan görüşün eski anlayış ürünü olduğu yönündedir. Günümüz çağdaş hukuk sisteminde hak süjesinin ancak fertler olabileceği, toplumu oluşturan ve yaşama hakkına sahip herkes mağdur konumunda olabileceği, bunun aksinin düşünülmesinin çağdaş hukuki değerlerle örtüşmeyeceği belirtilmiştir.⁶⁹ Öğretideki ağırlıklı görüş de tüzel kişilerin gerçek kişi olmaması hasebiyle suçun mağduru değil, suçtan zarar gören olacağı şeklindedir.⁷⁰ Tüzel kişiler, organları aracılığıyla yönetildikleri ve temsil edildiği için suç mağduru değil, suçtan zarar gören olmalıdır. Bu itibarla; AsCK 131'inci madde kapsamında askerî eşyanın çalınması durumunda, TSK'nın suçtan zarar gören sıfatı alacağı, askerî eşyanın sorumlusu olan kişinin de mağdur sıfatı alacağı kanaatindeyiz.

AsCK'nın 132'nci maddesinde düzenlenen çalma suçunda ise mağdurun öncelikle askerî şahıs olması, daha sonra failin üstü, astı veya arkadaşı olması gerekmektedir. Madde içeriğinde belirtilen üstün açıklaması AsCK'nın 13'üncü maddesinde belirtilmiştir.⁷¹ Ayrıca ast ve üstün tanımı, İç Hizmet Kanunu'nda da ifade edilmiştir.⁷² Kanun maddesinde belirtilen "arkadaş" ifadesi, Askerî Yargıtay kararlarında aynı birlik içinde veya aynı mahal ve çatı altında bulunan ve aralarında askerlik camiasının gerektirdiği karşılıklı emniyet ve itimada dayalı ilişkiler bulunan aynı hukuki statüye bağlı askerî şahıslar olarak ifade edilmiştir.⁷³ "Arkadaş" ibaresinin kapsamı yine kanun maddesini değiştiren 4551 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin meclis komisyonu görüşmelerinde tartışılmış, "arkadaşın" aynı rütbede olan askerî şahısları ifade ettiği, bunun ileri

⁶⁸ Faruk Erem, Ahmet Danışman ve Mehmet Emin Artuk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 1997), 242.

⁶⁹ Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 381.

⁷⁰ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 223.

⁷¹ Bkz. AsCK m. 13.

⁷² Bkz. 211 Sayılı İç Hizmet Kanunu m. 10.

⁷³ As. Yar. Gnl. Krl., E. 1952/865, K.1952/1386, 01.08.1952, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

uygulamalarda bu şekilde yorumlanmasının faydalı olacağı belirtilmiştir. Müteakibinde üst mahkeme kararlarında bu husus dikkate alınmıştır.⁷⁴

4. Fiil

Hırsızlık suçunda fiil, başkasına ait olmak şartıyla taşınır mal niteliğinde bir malın bulunduğu yerden alınması hâlidir. Malın bir yerden alınmasında kanun koyucunun kastından ne anlamak gerektiğiyle ilgili öğretilerde birçok görüş mevcuttur. Özellikle suçun tamamlanma anı bakımından farklı görüşler ortaya koyulmuştur. Konuya ilişkin görüşler dört ayrı grup hâlinde incelenebilir.⁷⁵

İlk olarak el koyma teorisi şeklinde ifade edilen görüş hakkında inceleme yapılmıştır. Teorinin savunucuları, hırsızlığın failin mülküne el koymasıyla sona ereceğini savunurlar.⁷⁶ Fakat öğretilerde bu görüş, suçun tamamlanma anını fazlaca genişlettiği gerekçesiyle çok fazla kabul görmemiştir. İkinci görüşün savunucuları, failin malı bulunduğu yerden kaldırması ile hırsızlık suçunun tamamlandığı görüşündedirler. Görüşe göre failin, malın bulunduğu yerden eline alması, suçun oluşması için yeterli olup failin malı başka bir yere götürmesi şart değildir.⁷⁷ Bu görüş ise suçun teşebbüs hâli ile tamamlanması arasında yeterli açıklamayı yapamadığından eksik kalmaktadır. Üçüncü görüş savunucularına göre ise malın bulunduğu yerden alınarak güvence altına alınacağı yere götürülmesi durumunda suçun tamamlanacağı şeklindedir. Suçun faili, malı güvence altına aldığı ve maldan fiilen yararlanabilme olanağı bulunduğu anda alma eylemi gerçekleşmiş olur.⁷⁸ Mağdurun zilyetliğinin sona ermiş olması ya da failin mal üzerinde zilyetlik

⁷⁴ As. Yar. 4.D, E.2008/1791, K. 2008/1878, 08.10.2008, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

⁷⁵ Yaşar vd., *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 4484; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 753.

⁷⁶ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmuk, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Yayınları, 2010), 297.

⁷⁷ Centel vd., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 297-298.

⁷⁸ Centel vd., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 297. M.Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 561. Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 746.

tesis etmiş olması suçun tamamlanması için gerekli değildir.⁷⁹ Bir diğer görüş ise hâkimiyet alanı teorisi olarak öğretide yerini almıştır. Bu teoriye göre hırsızlık suçu; failin, mağdurun eşya üzerindeki hâkimiyetine son vererek kendi egemenliğini kurmasıyla tamamlanmaktadır.⁸⁰ Hâkimiyet alanı teorisine göre hırsızlık suçunun konusu olan taşınır malın yeni zilyedi artık hırsız olmaktadır.

TCK'da hırsızlık fiilinin ne zaman oluşacağı konusunda Yargıtay kararlarında da kabul edilen teori hâkimiyet alanı teorisidir.⁸¹ TCK'nın 141'inci maddesinin gerekçesinde; almak eyleminde amaç, suçun konusu taşınır mal üzerinde mağdurun zilyetliğini sonlandırıp mağdurun zilyetlikten kaynaklı tasarruf haklarını kullanmasının engellenmesidir. Suçun tamamlanma anı zilyedin tasarruf hakkının son bulduğu andır. Hâkimiyet alanı teorisine göre tevdi veya emanet edilen para veya eşyanın, askerî eşyanın, failin üstünün, arkadaşının veya astının bir eşyasının bulunduğu yerden yarar sağlamak maksadıyla alınıp mağdurun zilyetlikten doğan haklarının engellenmesi durumunda çalma suçunun oluşacağı söylenebilir.

5. Konu

Hırsızlık suçunda maddi konu başkasına ait taşınır maldır. Bir şeyin hırsızlık suçuna konu olabilmesi için; öncelikle mal olması, bu malın taşınır nitelikte olması yani bulunduğu yerden alınabilmesi ve son olarak da failin kendisine ait değil başka bir kişiye ait olması gerekir.⁸² "Taşınır mal" ifadesi kanunun lafzında belirtilmiştir. Taşınır mal, özüne zarar vermeden hareket ettirilebilen bir şeydir.⁸³

⁷⁹ Yaşar vd., *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 4484. Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 561; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 746.

⁸⁰ Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 616; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 570; Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 561; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 746.

⁸¹ Yar. CGK, E.2012/13-1325, K.2014/166, 01.04.2014. (UYAP)

⁸² Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2013), 131; Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 561; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 746.

⁸³ Yaşar vd., *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 4480.

Ceza hukuku anlamında fiilin taşınması hırsızlığa konu malın taşınır hâle getirilmesidir. Başka bir deyişle önemli olan eşyanın aslında hareketli olmasıdır.⁸⁴ Ceza hukuku anlamında her taşınır mal hırsızlık suçuna konu olurken taşınmaz mallar ise hırsızlık suçunu oluşturmaz.⁸⁵ Ancak taşınmaz maldan ayrılan veya sökülen kısımlar taşınır mal sayılır. Örneğin; bir binadan sökülen pencere, kapılar ve kiremitler taşınır maldır.⁸⁶ Yargıtay da taşınmazlardan sökülen kapı ve pencerelerin taşınabilir olduğuna ve hırsızlıktan suçunun konusu olduğuna karar vermiştir.⁸⁷

AsCK bakımından ise suçun konusunu, 131'inci madde ve 132'nci madde olarak ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. AsCK'nın 131'inci madde metninde "eşya" ibaresi geçmekte AsCK'nın 132'nci maddesinde ise "şey" ibaresi yer almaktadır. Bu itibarla Türk hukukunda "şey" ve "eşya" ibarelerinin neyi ifade ettiği üzerinde durmakta fayda vardır. "şey" Arapça kökenli bir ibaredir ve dış alemi yerine getiren ve insan dışı her türlü maddi ve maddi olmayan varlıklar şey olarak ifade edilir. Şey'in anlamı içerisinde insanlara faydalı olması, insanların ihtiyaçlarını gidermesi özellikleri bulunmaz.⁸⁸ "Eşya" da Arapça kökenli bir kelime olmakla beraber maddi bir varlığı olan kişilerin üzerinde hâkimiyet kurduğu mallar olarak ifade edilir. Eşya kavramı çoğunlukla iktisadi bir değere sahip olmakla beraber, sadece manevi değere sahip eşyalarında olduğu söylemek mümkündür. Bu itibarla da her "şey" bir eşya olsa da her eşya bir "şey" değildir.⁸⁹ Çalma suçlarının konusu açısından 131'inci maddede suçun konusu eşya niteliğinde varlık, 132'nci madde şey niteliğinde varlıktır. Başka bir deyişle 132'nci

⁸⁴ Centel vd., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 294; Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 567; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 739.

⁸⁵ Centel vd., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 294; Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 567; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 739.

⁸⁶ Centel vd., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 295; Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 567; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 739.

⁸⁷ Yar. 17.CD, E.2016/9858, K. 2016/11859, 16.11.2016. (UYAP)

⁸⁸ Eraslan Özkaya, *Eşya Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 35.

⁸⁹ Özkaya, *Eşya Hukuku*, 36.

madde kapsamında çalma suçunun konusu 132'nci maddeden daha geniş düzenlenmiştir.

Hırsızlık suçunun tartışmalı konusu olan “malın ekonomik değeri” durumu emanet veya tevdi edilen eşyanın, askerî eşyanın, üstün, arkadaşın veya astın eşyası açısından da değerlendirilmelidir. Öğretide hırsızlık suçunun oluşması için malın ekonomik değerinin olmasının gerekip gerekmediği ile ilgili birçok görüş vardır. Toroslu'ya göre ceza hukuku yönünden sadece ekonomik değeri olan şeyler değil, duygusal veya manevi değeri olan şeyler de mal kavramına dâhildir.⁹⁰ Örneğin; mağdurun vefat etmiş bir yakınından kalan saç tutamı, bir yakınından gelmiş mektup, çocukluğunda oturduğu evden kalan bir çivi de ceza hukuku açısından korunmalıdır.⁹¹ Diğer görüş ise katı ekonomik malvarlığı teorisini savunan yazarlara aittir. Bu teorinin savunucuları malvarlığı kavramının öncelikle ekonomik hayata ilişkin bir kavram olduğunu ifade etmektedir. Parayla ölçülebilir ekonomik değeri olmayan, yalnızca manevi değeri olan şeylerin malvarlığı olarak kabul edilmesi mümkün değildir.⁹² Yargıtay kararları da suçun oluşması için ekonomik değerinin olması gerektiği yönündedir.⁹³

Askerî eşyaların kullanımının Silahlı Kuvvetlerde olduğunu ifade etmiştik.⁹⁴ Askerî eşyaların her durum ve şartta ekonomik değeri vardır. Keza TSK envanterinde hurda, enkaz, köhne diye nitelendirilen askerî eşyaların dahi bir ekonomik değeri mevcuttur. Bu sebeple AsCK'nın 131'inci maddesi kapsamında askerî hizmet için kullanılan eşya ile askerî eşyayı çalma suçunda malın ekonomik değerinin olup olmadığı ile ilgili bir tartışma söz konusu değildir.

“Üstün, arkadaşın veya astın bir şeyi...” ifadesi açısından ise malın sadece ekonomik değerinin varlığı olması durumunda çalma suçunun konusu olabileceği hususu tartışmalıdır. Keza katı ekonomik malvarlığı teorisinin kabul edilmesiyle

⁹⁰ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2018), 135.

⁹¹ Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 610.

⁹² Centel vd., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 294; Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 640; Meral Ekici Şahin, *Dolandırıcılık Suçu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 93.

⁹³ Yar. CGK, E.1999/288, K.1999/311, 14.12.1999, (UYAP).

⁹⁴ Özbakan, *İlgili Mevzuatı İle İçtihatlı Gerekçeli Notlu Açıklamalı Askerî Ceza Kanunu*, 294.

manevi değeri olan bir şeyin çalınması durumunda faili çalma suçundan sorumlu tutulmamasının maddenin özüne aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz. 132'nci maddenin düzenlenişi bakımından fiile konu edilenin "şey" olarak belirtildiği görülmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere "şey" eşyayı da kapsayan geniş bir kavramdır ve sadece ekonomik değeri olan varlıkları değil ekonomik değeri olmayan varlıkları da içeriğinde barındırır. Diğer yandan askerî birliklerde görev yapan askerî şahısların görevlerini icra ederken manevi güce ihtiyaç duymaları olağandır. Manevi güç için de manevi değeri olan şeyleri yanında bulundurması asker kişileri açısından yaygın bir davranıştır ve asker kişilerin manevi eşyalarının da AsCK ile korunması önem arz etmektedir. Asker kişinin ailesinden aldığı bir mektup, ailesine ait fotoğraf veya maddi değeri olmasa da ailesinden kalan ve onları anımsatan basit bir eşya bu tarz eşyalara örnek olarak verilebilir. 132'nci maddenin düzenleniş şekli dikkate alındığında "şey" ibaresinin kullanılmasının özellik arz ettiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun madde metnini düzenlerken "şey" kelimesini kullanımın askerî kişiye ait maddi ve manevi değere sahip malları kastettiği, bu sebeple de asker kişilerin manevi değere sahip eşyalarının da suçun konusuna dâhil edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ekonomik değerinin gerekliliğini tartışırken askerî şahıslar arasında muhtemel suç olabilecek banka kartının çalınması eylemini de değerlendirmekte fayda vardır. Öğretide, kartın hesaptaki parayı temsil etmediği ve banka kartını paraya ulaşımda aracı görevi gördüğü, bu sebeple tek başına ekonomik değeri bulunmayan banka kartının çalınmasının hırsızlık suçunu oluşturmayacağı ile ilgili görüşler mevcuttur.⁹⁵ Bu görüşün savunucuları banka veya kredi kartlarının sahibinin rızası dışında alınmasının ayrı bir suç tipi olması ve özel olarak koruma altında olduğundan hırsızlık suçunu değil, TCK'nın 245'inci maddesinde düzenlenen "Banka ve Kredi Kartının Kötüye Kullanılması" suçuyla bağlantılı olduğunu ifade etmektedir.⁹⁶ Fakat Yargıtay kararlarında, banka ve kredi kartlarının hesaptaki parayı içerdiği ve bu sebeple ekonomik değeri olduğu ve

⁹⁵ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 640.

⁹⁶ Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 581.

çalınması durumunda hırsızlık suçunun konusu olacağı yönündedir.⁹⁷ Yargıtay bu tür kartlarla bankamatikten para çekilmesi hâlinde ayrıca bilişim suçu olan TCK'nın 245'inci maddesinde belirtilen suçtan da sorumluluk doğacağı fikrindedir. Örneğin, failin arkadaşının dolabından çaldığı banka kartıyla bankamatikten para çekmesi durumunda hem AsCK 132'nci maddesinde düzenlenen çalma suçu, hem de TCK'nın 245'nci maddesinde düzenlenen Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması suçu oluşmaktadır.⁹⁸ Konuya ilişkin Askerî Yargıtay'ın da aynı doğrultuda kararları bulunmaktadır.⁹⁹ 132'nci maddede düzenlenen çalma suçunda korunan hukuki değer hem mülkiyet hem de zilyetlik olduğunu ifade etmiştik. Bu değerlendirme ile de banka kartlarının mülkiyetinin bankada fakat zilyedinin asker kişi olduğu değerlendirildiğinde, çalma suçunda asker kişinin zilyetliğinin korunduğu söylenebilir. Ayrıca yukarıda ifade edildiği üzere de madde metninde çalınan varlık "şey" olarak ifade edildiği için çalınan malın maddi değeri olmasına gerek duyulmadan da suçun oluştuğunun kabulü gerekir. Bu sayede, kanaatimizce de asker kişinin banka kartının çalınması ve devamında kullanılması durumunda, 132'nci maddesi ve TCK 245'inci maddesinin gerçek içtima hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

AsCK'nın 131'inci konusu madde metninde, hizmet veya vazifeye yönelik para ve eşya veya askerî eşya olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple konusu hizmet ve vazifeye yönelik eşya, askerî eşya olmayan taşınır mallar askerî ceza kapsamında değerlendirilmeyecek, TCK 141'inci maddesi kapsamında kalacaktır. Konuya ilişkin, Uyuşmazlık Mahkemesinin verdiği karar da aynı yöndedir.¹⁰⁰ Bu bağlamda, bir askerî şahsın hizmete mahsus olmayan ve askerî eşya sayılmayan

⁹⁷ İsmail Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu (Son Değişiklikler ve İçtihatlarla) Madde 82-149* (Ankara: Sözkese Matbaacılık, 2013), 2210; Aynı yönde Yar. 13. CD, E: 2016/ 8963, K. 2018/148, 08.01.2018, (Kazancı Bilgi Bankası).

⁹⁸ Yar. 11.CD, E.2009/17334, K.2009/12886, 11.11.2009, (UYAP).

⁹⁹ As. Yar. 3. D. E.2006/1752, K.2006/1749, 12.12.2006, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

¹⁰⁰ UM, E.2009/18, K.2009/18, 01.06.2009, (Kazancı Bilgi Bankası).

bir eşyayı çalması durumu AsCK kapsamında değil TCK kapsamında değerlendirilecektir.¹⁰¹

AsCK'nın 132'nci maddesinde ise failin suçun konusu üst, arkadaş veya astın bir şeyini çalması eyleminde askerî hizmet hâlinde olması şartının bulunmadığı madde içeriğinden anlaşılmaktadır. Keza bir askerî şahsın hizmet haricinde askerî lojmanlarda konuta girip üstünün evinden bir şeyleri çalması, TCK'nın 141'inci maddesi kapsamında değil, AsCK 132'nci madde kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁰² Başka bir deyişle, asker kişiler arasında vuku bulan çalma suçu da taşınır malın askerî görevle ilgili olması zarureti bulunmamaktadır

AsCK'nın 131'inci madde metnindeki çalma suçuna ilişkin dikkat edilmesi gereken bir husus da askerî şahsın kendisine tevdi edilen malın çalınmasına ilişkindir. Bir kişinin kendisine tevdi veya emanet edilen malı çalması mümkün değildir. Askerî şahsın kendisine tevdi edilen malı alması hâlinde zimmet suçunun varlığından bahsedilebilir. Başka bir deyişle, kendisine tevdi veya emanet edilen malı alma eylemi çalma suçunu değil, zimmet suçunu oluşturmaktadır.¹⁰³

6. Manevi Unsur

AsCK'da manevi unsur açısından da bir ifade bulunmamaktadır. Bu sebeple suçun manevi unsurları açısından maddi unsurlarda olduğu gibi çalma suçu için TCK hükümleri dikkate alınmalıdır. TCK'da ve AsCK'da hırsızlık suçları kasıtlı bir suçtur ve taksirle işlenmesi söz konusu değildir. Ayrıca hırsızlık suçlarının oluşması için özel kastın varlığı gerekmektedir. Suçun genel kastı, başkasına ait taşınır malı bilerek almaktır. Özel kast ise, failin malı yararlanmak amacı ile bulunduğu yerden almasıdır. Dolayısıyla fail yararlanmak amacıyla değil de mal zilyedine zarar vermek amacıyla bir taşınır malı alırsa, burada hırsızlık suçundan bahsedilemeyecektir.¹⁰⁴

¹⁰¹ UM, E.2000/72, K.2000/68, 20.11.2000, (Kazancı Bilgi Bankası).

¹⁰² UM, E.2014/11, K.2014/10, 03.02.2014, (Kazancı Bilgi Bankası).

¹⁰³ Orhan Çelen, *Açıklamalı Askerî Ceza Kanunu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001), 552; Aynı yönde As.Yar. 5.D, E.1987/186, K. 1987/174, 25.03.1987, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

¹⁰⁴ Yaşar vd., *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 4491.

AsCK'da düzenlenen çalma suçlarının düzenlendiği maddelerde TCK'dan farklı olarak "yarar sağlamak" özel kastı madde metinlerinde bulunmamakta, kanun koyucunun saiki işaret ettiğine dair herhangi bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir. Buna karşın Askerî Yargıtay kararlarında yarar sağlamak saikinin varlığı aranmaktadır.¹⁰⁵ AsCK kapsamında düzenlenen çalma suçunda da TCK'da düzenlenen hırsızlık suçu gibi yarar sağlamak özel kastının varlığını arayan yazarlar olduğu gibi¹⁰⁶, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğü girmesinden sonra failde ayrıca yarar sağlamak özel kastının aranmaması gerektiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır.¹⁰⁷ Kanaatimizce AsCK'nın 131'inci ve 132'nci maddelerinde düzenlenen çalma suçlarında "yarar sağlamak maksadı" ibaresi belirtilmediği için genel kastın yanında ayrıca özel kastın aranmasına gerek yoktur.

Bunların yanında AsCK'da askerî şahıslar açısından askerî suç şeklinde çalma suçunun oluşması için failin çaldığı eşyanın hizmete mahsus bir eşya, askerî eşya veya astına, üstüne veya arkadaşına ait bir eşya olduğunu da bilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde kasttan söz etmek mümkün olmayacağından askerî suçun oluşması da mümkün olmayacaktır.¹⁰⁸

Mağdur failin üstü, arkadaşı veya astı ise AsCK'nın 132'nci maddesinde düzenlenen suç oluşmaktadır. Fakat üstün, arkadaşın veya astın askerî eşya niteliğinde bir şeyinin, askerî şahıs tarafından çalınması durumunda hangi maddeye göre işlem tesis edileceği ise tartışmalıdır.¹⁰⁹ Bu durum öğretide alternatif kast olarak ifade edilen birden fazla kast türünün bir arada bulunması hâli olarak ifade edilmektedir. Öğretide; failin irade ettiği neticelerden hangisi daha ağır bir suça ilişkin ise o suçtan sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmiştir. Bunun yanında failin göze aldığı her iki netice uyarınca cezalandırılması gerektiğini veya failin kural olarak meydana gelen neticeden sorumlu tutulması

¹⁰⁵ Değirmenci, *Askeri Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 391.

¹⁰⁶ Demirağ, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu*, 422.

¹⁰⁷ Değirmenci, *Askeri Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 391.

¹⁰⁸ Değirmenci, *Askeri Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 391; Demirağ, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu*, 422.

¹⁰⁹ Demirağ, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu*, 420.

gerektiği ancak teşebbüs aşamasında kalan çok daha ağır bir suça ilişkin ise teşebbüsten de ayrıca ceza verilmesi gerektiği ile ilgili görüşler vardır.¹¹⁰ Artuk ve diğerlerine göre alternatif kast hâlinde fail irade ettiği neticelerin en ağırından sorumlu tutulmalıdır.¹¹¹ Konuya ilişkin Askerî Yargıtay kararı da aynı yöndedir.¹¹² Kanaatimizce de failin irade ettiği neticelerin en ağırından sorumlu tutulması yerinde bir uygulamadır. Yani üstünün, arkadaşının veya astının askerî eşya niteliğinde bir şeyini çalanlar AsCK'nın 131'inci maddesi kapsamında askerî eşyayı çalma suçundan sorumlu olacaktır. Keza 131'inci maddede düzenlenen askerî eşyayı çalma suçunun yaptırımını 132'nci maddede düzenlenen çalma suçunun yaptırımından daha fazladır.

C. Suçun Nitelikli Halleri

AsCK'nın 131'inci maddesindeki çalma suçuna ilişkin ağırlaştırıcı ve hafifletirici sebepler TCK'da düzenlenen genel hükümlerden farklılık göstermektedir. AsCK'nın düzenlenişinde kanun koyucu suçların nitelikli hallerini özel olarak düzenleme saiki ile hareket etmiştir. Bu sebeple de TCK'da düzenlenen nitelikli hal (TCK 142), suçun gece vakti işlenişi (TCK 143), daha az cezayı gerektiren haller (TCK 144), malın değerinin az olması (TCK 145), kullanma hırsızlığı (TCK 146), etkin pişmanlık (TCK 168) gibi hususların AsCK kapsamında uygulama alanı bulunmamaktadır.¹¹³ Konuya ilişkin Askerî Yargıtay kararları da bu yöndedir.¹¹⁴ 132'nci maddede düzenlenen çalma suçunun ağırlaştırıcı ve hafifletici hâli bulunmamaktadır. Bu bölümde sadece AsCK'nın 131'inci maddesi kapsamında olan çalma suçunun ağırlaştırıcı sebepleri ve hafifletirici sebepleri ifade edilecektir.

¹¹⁰ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 380.

¹¹¹ Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 426.

¹¹² As. Yar. 1.D, E.2016/0334, K.2016/0353, 18.05.2016, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

¹¹³ Demirağ, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu*, 436; Değirmenci, *Askerî Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 391.

¹¹⁴ ASYDK E.2007/73, 2007/69, 31.05.2007. (Demirağ, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu*, 436).

1. Ağırlaştırıcı Sebepler

AsCK'da kanun koyucu, hizmete ilişkin para veya eşya ile askerî eşyanın korunmasını askerî birliklerin kendine ait özel durumlarını düşünerek farklı açıdan koruma yoluna gitmiştir. Kanun içeriğinde askerî erzak, eşya ve hayvanın çalınmasına ilişkin ağırlaştırıcı sebepler ifade edilmiştir. Bu kapsamda AsCK'nın 131'inci maddesinin 2'nci fıkrasında *"yukarıdaki fıkroda yazılı fiiller silah, cephane veya herhangi bir müdafaa vasıtasına taalluk ederse arttırılır."* demek suretiyle hırsızlık suçu ordu malı silah, cephane ve müdafaa vasıtasına ilişkin ise cezanın arttırılacağı belirtilmiştir. Silah ibaresinin kastının ne olduğu ve arttırma sebebi için değerlendirmeler üst mahkeme tarafından yapılmaktadır.¹¹⁵ Arttırmanın ne şekilde yapılacağı AsCK'nın 50'nci maddesinde ifade edilmiştir.¹¹⁶ Bir diğer ağırlaştırıcı sebep ise askerî eşyanın seferberlik hâlinde çalınmasıdır. Seferberlik, 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu'nda düzenlenmiştir.¹¹⁷ AsCK'nın 131'inci maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunun seferberlikte işlenmesi hâlinde, on seneden aşağı olmamak üzere hapis, az vahim hâllerde iki seneden aşağı olmamak üzere beş seneye kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu bağlamda çalma suçunun seferberlikte işlenmesi ağırlatıcı bir sebeptir.

2. Hafifletici Sebepler

AsCK açısından çalma suçunun az vahim hâlde işlenmesi hafifletici bir sebeptir. Az vahim hâl durumu AsCK'nın 131'inci maddesinin 2'nci fıkrasında az vahim hâllerde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hükmolunabilir ifadesiyle cezanın miktarını failin lehine olacak şekilde düzenlenmiştir. Askerî Yargıtay'ın kararlarında; az vahim hâlin zaman ve yere, fiilin işleniş şekline ve amacına ve suç konusu taşınır malın ekonomik değerine göre değerlendirilmesi gerektiği

¹¹⁵ As. Yar 4.D, E.1982/281, K.1982/248, 14.04.1982, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

¹¹⁶ *"Bu kanunda bir suç için şahsi hürriyeti tahdit eden bir cezanın arttırılacağı yazılı olan yerlerde mezkur ceza mevzuu bahis cürüm için muayyen olan cezanın iki misline kadar çoğaltılabilir. Şu kadar ki ceza o cürüm için kanunda yazılı azami haddi geçemez."* (AsCK m. 50)

¹¹⁷ Bkz. 2941 Sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu m. 3.

vurgulanmıştır.¹¹⁸ Ayrıca suçtan doğan neticenin ağırlığına veya hafifliğine göre de hâkim tarafından takdir edileceği üst mahkeme kararlarında ifade edilmiştir.¹¹⁹ Az vahim hâle ilişkin yargı mercilerinde kullanılacak takdir haklarının denetimi ise bütün takdir haklarında olduğu gibi üst yargı merci denetimine tâbidir.¹²⁰ Ancak bu denetimin, takdir hakkının objektif kıstaslara dayanıp dayanmadığına, akla uygun olup olmadığına, takdirin yerinde olup olmadığına ilişkindir.¹²¹ Yani AsCK, vahim veya az vahim hâllerin neler olduğunu hâkimin takdirine bırakmıştır. Askerî yargının kapatılmasından sonra ise ilk derece mahkemelerinin verdiği kararlarda denetim görevini aynı şekilde Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri yürütmektedir.

D. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

5237 sayılı TCK ile bu Kanun'un yürürlüğüne girdiği tarihten önce çıkarılan özel ceza kanunları ve cezai nitelikte hükümler içeren kanunlar bakımından TCK genel hükümlerin bağlayıcı olduğuna ilişkin düzenleme yapılmıştır.¹²² AsCK da 5237 sayılı TCK'dan önce düzenlenmiş özel nitelikte bir ceza kanunu olması sebebiyle yeni TCK'nın genel hükümlerini esas alan bir düzenlemedir. Bu sebeple suçun özel görünüş şekilleri incelenirken yeni TCK genel hükümleri dikkate alınmıştır.

1. Teşebbüs

Hırsızlık suçlarına teşebbüs mümkündür. Fail bir eşyayı çalma kastı ile icra hareketlerine başlayıp, hırsızlık konusu taşınır malı kendi egemenlik alanına geçirmesine kadar geçen bölümde kendi elinde olmayan sebeplerle eylemi

¹¹⁸ As. Yar. 1.D, E.2007/1861, K.2007/2055, 17.10.2007, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

¹¹⁹ As. Yar. 2.D, E.2016/217, K.2016/287, 27.04.2006, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

¹²⁰ As. Yar. 3.D, E.2002/695, K.2002/692, 09.07.2002, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

¹²¹ As. Yar. DK, E.1965/131, K.1965/130, 19.11.1965; As. Yar. DK, E.1999/170, K.1999/152, 01.07.1999, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

¹²² 5237 sayılı TCK m.5.

tamamlayamaz ise hırsızlık eylemi teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.¹²³ Teşebbüs; manevi unsurlar bakımından tamamlanmış, objektif bakımdan ise tamamlanmamıştır. Başka bir deyişle; teşebbüs hâlinde kalan suçta icra hareketlerine suçun işlenmesine elverişli bir hareketle başlanmış ama suç tamamlanmamıştır.¹²⁴ Hareketin elverişli olması, hareketin suç fiilini oluşturabilecek niteliğe haiz olması anlamına gelir. Suçun tamamlanmama hâli ise failin arzu etmediği ve elinde olmayan sebeplerden kaynaklanmalıdır.¹²⁵ Aksi hâlde gönüllü vazgeçmeden söz edilebilir. Gönüllü vazgeçme, kısaca failin kendi isteğiyle icra hareketlerine devam etmemesi ya da icra hareketlerini tamamladıktan sonra iradi ve etkin davranışlarda bulunarak tipik neticenin meydana gelmesini önlemesi olarak tanımlanabilir.¹²⁶ Yargıtay bir kararında; büfenin kepengini kırdıktan sonra herhangi bir dış neden olmaksızın hırsızlıktan vazgeçen failin, sadece o ana kadar gerçekleşen mala zarar suçundan sorumlu olacağını belirtmiştir.¹²⁷

AsCK'nın 40'inci maddesinde askerî cürümlerde müteşebbisler hakkında TCK'nın uygulanacağı belirtilmiştir. Müteşebbis, teşebbüs eden anlamına gelmektedir. Teşebbüs ise, TCK'nın 35'inci maddesinde düzenlenmiştir.¹²⁸ Hırsızlık suçları teşebbüse uygun suç tiplerindedir. Hırsızlık suçu, icra hareketinin başlatılarak yani taşınır malın alınarak zilyedin mal üzerinde tasarruf olanağının kaldırılması ile tamamlanacaktır.¹²⁹ Bu sayede taşınır malın hâkimiyetine geçirilemeden sonlandırılması durumunda teşebbüs hususu ortaya çıkacaktır. Çalma suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı birçok mahkeme kararına rastlamak mümkündür. Askerî Yargıtay'ın 131'inci ve 132'nci madde

¹²³ Yaşar vd., *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 4493.

¹²⁴ Özbeke vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 650-651.

¹²⁵ Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 133.

¹²⁶ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 439; Özgenc, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 582.

¹²⁷ Yar. 6. CD, E.2004/722, K.2006/1709, 23.02.2006, (UYAP).

¹²⁸ Bkz. TCK m. 35.

¹²⁹ Yar. 13.CD, E.2012/25039, K.2013/690, 17.01.2013, (Kazancı İçtihat Bankası).

kapsamındaki çalma suçlarında teşebbüse ilişkin bazı kararları şu şekildedir; Askerî Yargıtay, hırsızlık için girdiği depoda nöbetçi tarafından engellenen askerî şahsın eylemini AsCK'nın 131'inci maddesi kapsamında askerî eşyayı çalmaya teşebbüs olarak nitelendirmiştir.¹³⁰ AsCK'nın 132'nci maddesi kapsamında, arkadaşının cüzdanından parasını çalarken yakalanan erin suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı ifade edilmiştir.¹³¹ Yine daha yeni tarihli bir Askerî Yargıtay kararında, depoya kompozit başlık çalma amacı ile giren erin nöbetçiye yakalanmasının askerî eşyayı çalma suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı belirtilmiştir.¹³²

2. İştirak

AsCK'nın 131'inci maddesinde düzenlenen çalma suçu ve 132'nci maddesinde düzenlenen çalma suçu, yapısı itibariyle iştirakin her türüne elverişlidir.¹³³ Ancak AsCK kapsamında çalma suçlarının özgü suç olması nedeniyle asker kişi olmayanların iştirakinden söz edebilmek için TCK'nın 40'inci maddesinde düzenlenen bağlilik kuralına danışmak gerekmektedir.¹³⁴ TCK'nın 40'inci maddesi, "Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur" hükmünü düzenleyerek, özel faillik niteliğine sahip olmayan kişilerin bu suçlarda fail olamayacağını açıkça ifade etmiştir.¹³⁵ AsCK'da düzenlenen çalma suçunun askerî kişiler tarafından işlenebilen özgü suç olması sebebiyle, çalma suçunda failin suçuna asker kişinin iştirak etmesi durumunda istisnasız TCK'nın 40'inci maddesinin 1'inci fıkrası uygulanacaktır. Ancak suçun sadece asker kişiler tarafından işlenebilen özgü suç olması ve sadece özel fail niteliğindeki kişilerin fail olarak belirleneceği dikkate alındığında asker kişinin

¹³⁰ As. Yar. 3.D, E.1990/39, K.1990/54, 23.01.1990, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

¹³¹ Demirağ, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu*, 430.

¹³² As. Yar. 3.D, E.2016/435, K.2016/501, 18.10.2016, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

¹³³ Demirağ, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu*, 422.

¹³⁴ Erman, *Askerî Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul* (İstanbul: Üçdal Yayınevi, 1983), 222.

¹³⁵ Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 460.

eylemine bilerek katılan sivil kişi, TCK'nın 40'ıncı maddesinin 2'nci fıkrası kapsamında sadece yardım eden veya azmettiren olarak sorumlu tutulabilecektir.¹³⁶

Özgü suçlar, suçun kanuni tanımında yer olan hareketin sadece failin kendi bedensel davranışıyla gerçekleştirebildiği suçlardır.¹³⁷ Bu suçlarda fail, suçun kanuni tanımında belirtilen hareketi bizzat gerçekleştirmek zorunda olduğu için, müşterek faillik ve dolaylı faillik mümkün değildir.¹³⁸ Aralarında irade birliği olsa bile sivil bir şahsın asker bir kişiyle beraber kışla kilerinden erzak çalması suçunda sivil şahıs müşterek fail olarak değil, olayın gelişimine göre azmettiren veya yardım eden olarak değerlendirilmesi gerekir.

Çalma suçlarında dolaylı fail ise konusunun, çalma suçlarının faili olabilecek asker kişi tarafından, iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu asker kişi olmayan bir kişiye işletilmesi ile çalma suçlarının faili olamayacak bir kişi tarafından iradesine hâkimiyet kurduğu asker kişiye işletmesi bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.¹³⁹

İlk ihtimalde, bir asker kişinin, bir sivil kişiye kışla mühimmat deposundan mühimmat çaldırması durumu durumdur. Bizzat icra etmesi gereken çalma fiilini, yanılığa sevk ettiği veya mevcut bir yanılığısından yararlandığı ya da cebir veya tehdit uygulayarak iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu bir sivil işleyen asker kişi, dolaylı fail olarak sorumlu olacağı genel olarak kabul edilmektedir.¹⁴⁰ Bu ihtimalde, cebir ve tehdit etkisi altında olan sivil kişi, kasten hareket ettiği için aynı zamanda yardım eden olarak şerik statüsündedir. Fakat cebir ve tehdit altında

¹³⁶ Demirağ, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu*, 431.

¹³⁷ Özgüç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 211.

¹³⁸ Berrin Akbulut, "Bağlılık Kuralı," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 1 (2010): 188.

¹³⁹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 474.

¹⁴⁰ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 474; Özgüç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 624.

çalma suçunu işlediğinden kusurlu addedilemeyeceği için cezalandırılmayacaktır.¹⁴¹

İkinci ihtimalde, çalma suçları, bir sivil şahıs tarafından asker bir kişiye işletilmektedir. Aynı örnek üzerinden devam edersek bir sivil şahsın bir asker kişiye kışla mühimmat deposundan mühimmat çaldırması örnek olarak verilebilir. Bu ihtimalde sivil kişinin sorumluluğunun tayininde asker kişinin kasten hareket edip etmediğine dikkat edilmelidir. Asker kişi yanılıya sevk edildiği veya kendisinde bulunan yanılı halinden yararlanılması hallerinde kast unsuru gerçekleşmediğinden çalma suçunun tipikliğinin oluştuğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda sivil kişi çalma suçundan sorumlu olması da söz konusu değildir. Sivil kişinin bu hareketi başka bir suça sebebiyet vermesi durumunda çalma suçunun haricinde bir suçtan sorumlu tutulabilecektir.¹⁴² Çalma suçlarında asker kişinin kasten hareket ettiği hallerde ise farklı sonuçlara varmak gerekir. Örneğin, cebir ve tehditte bulunarak asker kişiye mühimmat çaldıran sivil kişi, asker kişinin işlediği çalma suçundan ötürü ancak azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır. Her ne kadar asker kişi cebir veya tehdidin etkisiyle mühimmat çalan asker kişi kusurlu addedilip cezalandırılmaz ise de bağlılık kuralı gereği sivil kişi azmettiren olarak cezalandırılacaktır.¹⁴³

3. İçtima

İçtima açısından TCK'da yapılan değerlendirmelerin tamamı AsCK kapsamındaki çalma suçları için de geçerlidir. Fakat AsCK'da askerî eşyayı çalma suçu için TCK'da düzenlenen nitelikli hâllerden farklı nitelikli hâller düzenlemiş, AsCK'nın 132'nci maddesindeki çalma suçunun ise nitelikli hâli düzenlenmemiştir. Bu sebeple çalma suçlarının nitelikli hâlleri TCK'da düzenlenen hırsızlık suçlarından farklılık göstermektedir. Bu sebeple çalma suçunun nitelikli hâlleri açısından AsCK'nın dikkate alınması gerekmektedir.

¹⁴¹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 474-475.

¹⁴² İzzet Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik* (İ.B.B. Hukuk Müşavirliği: İstanbul, 1996), 208.

¹⁴³ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 474; Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, 231.

Nihayetinde TCK'da hırsızlık suçlarının nitelikli hâli şeklinde olan bazı suçlar AsCK açısından farklı bir suçun çalma suçu ile beraber işlenmesine sebebiyet verebilecektir. Örneğin; bir üstün elinde veya üstünde taşıdığı bir eşyanın çalınması, TCK kapsamında hırsızlık suçunun nitelikli hâli (TCK 142/2/b) iken AsCK kapsamında üste müessir fiil ile çalma suçunun birlikte değerlendirilmesini gerekli kılabilir. Ayrıca çalma suçu açısından da TCK 142'nci madde 4'üncü fıkrasındaki düzenlemeye benzer nitelikte değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir. Yani işlenen suç, AsCK kapsamında çalma suçlarının temel veya nitelikli hâli ile TCK kapsamında konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçlarına sebebiyet veriyorsa bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır.¹⁴⁴ Örneğin; üstünün, arkadaşının veya astının binasına veya konutuna girerek çalma suçunu işleyen asker kişi aynı şekilde konut dokunulmazlığının ihlali suçu ve mala zarar verme suçları ile gerçek içtima hükümleri kapsamında değerlendirilmelidir.

AsCK'nın 131'inci ve 132'nci maddelerinde belirtilen çalma suçunun zincirleme olarak işlenmesi de mümkündür.¹⁴⁵ Aynı suçun birden çok defa aynı kişiye karşı işlenmesi durumunda zincirleme suçtan söz edilebilir. Örneğin; üstün birden çok defa eşyasını çalan astın cezası zincirleme suç hükümlerine göre arttırılmalıdır.

AsCK 132'nci maddesinde düzenlenen çalma suçu açısından, failin aynı anda hem üstünün hem de astının bir şeyini çalması durumunda ise gerçek içtima hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Öğretide bazı yazarlar bu durumda gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini ve bu sebeple iki farklı çalma suçu oluşacağını savunmaktadır.¹⁴⁶ AsCK'nın 132'nci maddesi açısından aynı hareketle farklı birden çok astın, üstün veya arkadaşın bir şeyinin çalınması durumunda gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağına dair genel

¹⁴⁴ Demirağ, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu*, 422.

¹⁴⁵ "Sanığın 2007 Aralık ayı içinde eşya deposu 1,2 ve 6 numaralı eşya depolarının anahtarlarını almak, eşya deposundan 11.01.2008 tarihli bir çift bot, 22.01.2008 tarihinde 3 çift bot ve 3 adet askerî elbise almak suretiyle zincirleme askerî eşyayı çalmak suçunu işlediği..." As. Yar. 3. D, E.2016/482, K.2016/521, 25.10.2016, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

¹⁴⁶ Zeynel T. Kangal, *Askerî Ceza Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 170.

kabul hâli suçun belirlenmesinde hataya sebebiyet verebilir. Keza TCK kapsamındaki hırsızlık suçlarında fiilin tekliği ve çokluğu, müşterek zilyetlik ve failin hırsızlığa konu eşyalarının başka kişilere ait olup olmadığını bilip bilmediği gibi değerlendirmelerin yapılması hususu önem arz etmektedir.¹⁴⁷ Örneğin; astlarının ve üstlerinin beraber kullandıkları bir odaya giren failin, odadan astına ve üstüne ait cep telefonları çalması durumunda hareketin tekliği veya çokluğu hususu ve müşterek zilyetlik hususu değerlendirilmelidir. Bir Askerî Yargıtay kararında tek valiz içerisinde iki ayrı kişiye ait olduğunu bilmeden iki ayrı cüzdanı çalan askerî sanığın hareketinin tek hırsızlık suçunu oluşturduğu ifade edilmiştir.¹⁴⁸ Yargıtay kararlarında da aynı evi paylaşan kişilerinin eşyalarının çalınması durumunda tek failin gerçekleştiği ve tek hırsızlık suçundan hüküm tesis edilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁴⁹ Diğer yandan ise failin çalma suçunu işlerken suça konu eşyanın farklı kişilere ait olduğunu bilmesi durumunda gerçek içtima hükümleri değerlendirilebilir. Örneğin; bir askerî tesiste giyinme odasına giren failin odada bulunan cüzdanların ayrı ayrı astlarına ve üstlerine ait olduğunu bilmesi durumunda gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır. Keza benzer şekilde Yargıtay da failin farklı mağdurlara ait olduğunu bildiği eşyaları çalması durumunda ayrı ayrı hırsızlık suçu oluşturduğunu belirtmiştir.¹⁵⁰ Kanaatimizce de farklı kişilere ait olduğu bilinen malın çalınması hâlinde gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekmekte, malın kime ait olduğunu bilmeden birden fazla kişiye ait malın çalınması durumunda ise tek çalma suçundan bahsetmek gerekmektedir.

E. Hukuka Uygunluk Sebepleri

TCK'da hukuka uygunluk sebebi olarak kanun hükmünün yerine getirme veya görevin ifası (TCK 24/1), meşru savunma (TCK25/1), hakkın icrası (TCK 26/1)

¹⁴⁷ Mahmut Koca, "Fikri İçtima," *Ceza Hukuk Dergisi* cilt 2, no.4 (2007): 205; Özgenc, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 621-622.

¹⁴⁸ As. Yar. 3.D, E.1989/225, K.1989/114, 02.05.1989, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

¹⁴⁹ Yar. 13.CD, E.2017/7127, K.2017/12856, 16.11.2017, (Kazancı Bilgi Bankası).

¹⁵⁰ Yar. 2.CD, E.2018/13459, K.2018/10679, 02.10.2018, (Kazancı Bilgi Bankası).

ve ilgilinin rızası (TCK 26/2) yer almaktadır. AsCK kapsamındaki suçlar açısından da bu tasnif geçerlidir.¹⁵¹ AsCK kapsamındaki çalma suçlarında hukuka uygunluk sebeplerinin durumu bu çalışmanın dışında olsa da kısaca çalma suçu açısından karşılaştırılması muhtemel durumları örneklerle açıklamakta fayda vardır.

TCK'nın 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasındaki "kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez" şeklindeki düzenlemede kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmemesi gerekmektedir. Keza kişinin böyle bir davranışta bulunması, kanun tarafından yetkilendirilmiş olması ile ilgilidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus "kanun" kelimesinin şekli anlamda kanun ile sınırlı olmadığı, bu ibarenin herhangi bir "yazılı hukuk kuralı" olarak anlamak gerektiğidir.¹⁵² Çalma suçu açısından kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebi dikkate değerdir. Askerî birliklerin tamamında kanun aykırı olmayacak şekilde birçok alt mevzuat ile askerî iş ve işlemlerin yürütülmesi sağlanmaktadır. Örneğin; mevzuat gereği bir askerî malzeme deposunun zimmeti ikmal subay ve astsubayındadır. Fakat acil durumlarda görevli olmadan da malzeme depolarına girmeye yetkili personel belirlenmiş, yönerge, genelge vb. iç düzenleyici mevzuatta yazılı hukuk kuralı haline getirilmiştir. Bu sebeple de bir yangın durumunda ikmal sorumlusu haricinde diğer görevli personelin (nöbetçi heyeti vb.) malzeme deposundan söndürücü malzeme alması hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmelidir.

Çalma suçları açısından dikkate değer bir diğer hukuka uygun sebebi ise TCK'nın 25'inci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen meşru savunmadır. Askerî görevlerde doğası gereği silah, mühimmat vb. malzemeler diğer kamu görevlerinden daha ulaşılabilir malzemelerdir. Örneğin; bir erin zimmetli silahıyla nöbet mahallinde intihar edeceği veya bir diğer arkadaşına zarar vereceğinin anlaşıldığı sırada elinden silahın alınması meşru savunma kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁵³

¹⁵¹ Değirmenci, *Askeri Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 150.

¹⁵² Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 277; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 319.

¹⁵³ Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 787.

Son olarak TCK'nın 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen ilgilinin rızası çalma suçları açısından değerlendirilmiştir. İlgilinin rızası, kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hak bakımından hukuka uygunluk sebebi oluşturur.¹⁵⁴ 131'inci madde kapsamındaki çalma suçunda suç konusunun kendisine tevdi veya emanet edilen mal ile tevdi veya emanet edilmemiş olsa bile her türlü askerî erzak, eşya ve hayvanlar olduğunu ifade etmiştik. Hizmet veya vazifenin icrası için kendisinde bulunan bir malın veya askerî eşyanın üzerinde asker kişinin mutlak surette tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Keza ifade edildiği üzere bu mallar devlet maldır ve devlet malı olması sebebiyle zimmet sahibi asker kişi bu malları sadece mevzuat gereğince kendisine verilen görevleri yerine getirirken kullanmaktadır. Bu sebeple de 131'inci madde kapsamında çalma suçunda, ilgilinin rızasını hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmek mümkün değildir. Örneğin; kendisine verilen silahın çalınması durumunda suç oluşacak, asker kişinin rızası hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmeyecektir. 132'nci madde kapsamındaki çalma suçunun konusu ise asker kişilerin üzerinde mutlak suretle tasarrufta bulunabileceği şeylerdir. Bu madde kapsamında kendisine ait bir malın alınmasına asker kişinin rıza göstermesi durumunda eylem suç oluşturmayacaktır.¹⁵⁵ Örneğin; bir asker kişi kendisine ait erzakın diğer arkadaşları tarafında da tüketilmesine rıza gösteriyorsa, bu durumda hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz edilebilecektir.

F. Yaptırım

AsCK'da yer alan suçların yaptırımı olan hapis cezasının yanında bu cezanın kanuni sonucu olan ve asli cezaya eklenen ilave cezalar da bulunmaktadır. Başka bir deyişle asli cezaları yanında fer'i cezalar mevcuttur. Fer'i cezalar asli cezaların yanında kendiliğinden hüküm doğuran veya hâkimin hükmetmek zorunda olduğu cezalar şeklinde ifade edilebilir. Her ne kadar 5237 sayılı Türk Ceza

¹⁵⁴ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 295; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 377.

¹⁵⁵ Değirmenci, *Askerî Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 168.

Kanunun yürürlüğe girmesiyle asli-fer'i ceza ayrımı ortadan kalkmış olsa da AsCK'da yer alan fer'i cezalara ilişkin bir herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.¹⁵⁶

1. Asli Cezalar

AsCK'nın 131'inci maddesinde düzenlenen çalma suçunun yaptırımı beş seneye kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Az vahim hâllerde ise, altı aydan üç seneye kadar hapis cezasına hükmolunacağı şeklindedir. Askerî eşyayı çalma suçunda konunun silah, cephane veya bir savunma vasıtası olması durumunda ceza arttırılarak uygulanmaktadır. Askerî eşyanın çalınması cezası seferberlikte on seneden aşağı olmamak üzere hapis, az vahim hâllerde iki seneden aşağı olmamak üzere beş seneye kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. AsCK'nın 50'nci maddesinde ağırlaştırılacak cezaların iki misline kadar arttırılabileceği, fakat ceza o cürüm için kanunda yazılı azami haddi geçemeyeceği ifade edilmiştir. Hapis cezasının yanında ayrıca çalınan mallar bulunursa geri alınacağı ve yok edilen eşya, hayvan ve sairenin değerlerinin ödettirilmesine de mahkemece hükmedileceği düzenlenmiştir. Mahkeme kararlarında da bu hususa dikkat edildiği görülmektedir.¹⁵⁷

AsCK'nın 132'nci maddesinde düzenlenen bir üstünün, arkadaşının veya astının bir şeyini çalma suçunun yaptırımı ise altı aydan beş seneye kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir.

2. Fer'i Cezalar

AsCK'da yer alan suçların yaptırımı olarak öngörülen hapis cezasının yanı sıra bu cezanın kanuni sonucu olan ve asli cezaya ek başkaca yaptırımlar da düzenlenmiştir. AsCK'nın 29'uncu maddesinde asker kişiler hakkında uygulanacak bu yaptırımlar fer'i cezalar olarak ifade edilmiştir. Bu madde içeriğine göre fer'i cezalar, Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma, rütbenin geri alınması ve askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme olarak belirlenmiştir. Fer'i

¹⁵⁶ İdris Ergutekin, "Askeri Ceza Kanununda Düzenlenen Fer'i Cezalar," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 27 (2016): 817.

¹⁵⁷ As. Yar. 2.D, E.1962/1358, K.1962/1515, 31.05.1962, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

cezalar, belirli cezalara çarptırılan kimseler hakkında zorunlu olarak asli cezaya eklenmek durumundadır. Bu gibi hâllerde asli cezaya hükmeden ilgili mahkeme kararında fer'i cezayı belirtilmemiş olsa bile fer'i ceza kendiliğinden uygulama alanı bulmaktadır. Fer'i cezaların zorunlu şekilde uygulandığı durumlarda bu cezaların asli cezanın bir sonucu niteliğinde olduğu söylenebilir.

Asker kişilerin, AsCK'nın 131'inci ve 132'nci maddelerinde düzenlenen çalma suçu ve askerî suç kapsamında olmayan TCK kapsamındaki hırsızlık suçlarının birinden hükümlü olması hâlinde sanığın statüsüne göre Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma, askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme veya rütbenin geri alınması cezası olarak düzenlenen fer'i cezaların da verilmesi zorunludur. Hatta AsCK'nın 40'uncü maddesi kapsamında suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda dahi fer'i ceza uygulanması gereklidir.

Türk Silahlı Kuvvetlerinden Çıkarma, AsCK'nın 30'uncü maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde metninde hırsızlık suçundan hükümlülük hâlinde, Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına da hükmedileceği belirtilmiştir.¹⁵⁸ TSK'dan çıkarma cezası subay, astsubaylar ve özel kanunlarda bu cezanın uygulanacağı belirtilen asker kişiler hakkında uygulanmaktadır. TSK'dan çıkarma cezasının niteliği, hükümlünün Silahlı Kuvvetlerden ilişkisinin kesilmesidir. Bu ceza, ayrıca bir hükme gerek kalmaksızın askerî rütbe ve memuriyetlerin kaybedilmesi, askerî personel olarak tekrar Türk Silahlı Kuvvetlerine kabul edilmemesi sonuçlarını doğurmaktadır.

Askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası, TSK'dan çıkarma cezasına birçok açıdan benzerlik göstermektedir. Bu fer'i cezanın niteliği ve sonuçları AsCK'nın 32'ncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede belirli şartlarda askerî öğrenciler hakkında, yetkili mahkemelerce asıl ceza ile askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezasının verileceği belirtilmiştir. Hırsızlık suçu da tıpkı TSK'dan çıkarma suçunda olduğu gibi askerî öğrencilikten çıkarma için de madde metninde belirtilmiş bir suçtur. Hırsızlık suçundan hükümlülük durumunda ayrıca bir karara gerek kalmaksızın askerî öğrencilik sıfatının, askerî personel yetiştiren askerî okullara girme hakkının kaybedilmesi sonuçlarını

¹⁵⁸ Erman, *Askerî Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul*, 254.

doğurmaktadır. Hırsızlık suçu veya bunun nitelikli hâllerinden birinden hükümlü olan askerî öğrenciler hakkında AsCK'nın 32'nci maddesi gereği zorunlu olarak askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası da uygulanmaktadır. Askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme fer'i cezasının zorunlu olarak uygulandığı hâllerde yetkili mahkemeler tarafından verilen mahkûmiyet kararında ayrıca askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme fer'i cezasının belirtilmediği durumlarda dahi bu fer'i ceza uygulanmaktadır.

Rütbenin geri alınması fer'i cezası, AsCK'nın 35'inci maddesinde düzenlenmiş olup hırsızlık suçundan hükümlülük durumunda, erbaşlar hakkında uygulanmaktadır. Rütbenin geri alınması cezası, hükümlünün rütbesinin geri alınarak erliğe indirilmesi ve eski rütbesinin kendisine sağladığı tüm hakların kaybıyla sonuçlanmaktadır.¹⁵⁹ Madde incelendiğinde yetkili mahkemelerden hırsızlık suçlarından birinden hükümlülük hâlinde rütbenin geri alınması cezası uygulanmaktadır. Bu ceza sadece erbaşlar statüsünde olan onbaşlar ve çavuşlar hakkında uygulama alanı bulur.

Uzman erbaşlar ve sözleşmeli erbaş/erler açısından ise hırsızlık suçuna bağlanan sonuçlar kendi özel kanunlarında düzenlenmiştir. 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu¹⁶⁰ ve 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş/Er Kanunu'nda¹⁶¹ hırsızlık suçundan mahkûm olanlar hakkında sözleşme fesih işlemi tesis edileceği düzenlenmiştir.

Yedek subay ve astsubaylar açısından ise hırsızlık suçunun işlenmesi durumunda yedek subay ve astsubayın rütbesi alınmakta ve 7179 sayılı Askeralma Kanunu gereğince kalan askerlik hizmeti er statüsünde devam ettirilmektedir.¹⁶²

¹⁵⁹ Cihan Koç, *Notlu Açıklamalı İçtihatlı Örnekli Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği Askerî Ceza Kanunu Disiplin Mahkemeleri Kanunu Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat* (Ankara: Sözkesen Matbaacılık, 2012), 438.

¹⁶⁰ Bkz. 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu madde 12.b.1.

¹⁶¹ Bkz. 6191 Sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu m. 4.d.

¹⁶² Bkz. 7179 Askeralma Kanunu m. 31.

A. Çalma Suçlarının Muhakemesinde Şikâyet ve Soruşturma İzni Müessesesi

AsCK'da şikâyete ilişkin hususlar TCK'dan farklılık göstermektedir. TCK'da hangi suçların soruşturma ve kovuşturmasının şikâyete bağlı olduğu ilgili suç tipinde gösterilmiştir. Askerî suçlar için AsCK'nın 48'inci maddesinde farklı bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme ile askerî suçların takibi şikâyete bağlı olmadığı belirtilmiştir. Bu sebeple de 131'inci ve 132'inci madde kapsamındaki çalma suçlarının soruşturulması kamu adına resen yapılmaktadır. Keza askerî suçlarda korunan hukuki değer; askerî disiplin ve askerî menfaatler olduğundan, işlenmeleri ile birlikte kamu düzenini ihlal eden askerî suçların takibinin şikâyete bağlı olmadığı kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir.¹⁶³

21.01.2017 tarihinde 6771 sayılı Kanun'un 17'nci maddesiyle yapılan Anayasa değişikliği sonucu askerî mahkemeler kapatılmıştır. Bu tarihten itibaren askerî suçların soruşturulması ve kovuşturulması sivil adli makamlarca yerine getirilmektedir. Fakat AsCK kapsamında çalma suçunun soruşturulması TCK kapsamındaki hırsızlık suçundan farklılık göstermektedir. ASCK kapsamındaki düzenlenen suçların askerî suç olduğu ve bu suçların soruşturma iznine tabi olduğu AsCK ek.m.15'de düzenlenmiştir. Bu kapsamında 131'inci ve 132'inci maddeler kapsamında çalma suçunu işlediğinden şüphelenilen asker kişinin soruşturulması izne tabidir. Soruşturma izni müessesesi ceza yargılamasında bir muhakeme şartıdır. Muhakeme şartları soruşturmanın ve yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınması gerekmektedir. Çalma suçunun soruşturmasını yapacak yetkili savcılıkça ilgili makamdan soruşturma izni talep edilmesi gerekmektedir. Çalma suçları için soruşturma izni vermeye yetkili makamlar, AsCK ek. m.15'in 2'nci fıkrasında düzenlemiştir.¹⁶⁴

¹⁶³ Hakan Gündüz. Askeri Suçların Soruşturulmasına ve Kovuşturulmasına İlişkin İstisnai Düzenlemeler. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 44, (2020): 251.

¹⁶⁴ "Soruşturma izni, aşgari tugay komutanı veya eşidi askerî kurum amiri (Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarında eşidi) olmak üzere, asker kişinin görev yaptığı birlik komutanı veya askerî kurum amiri,

SONUÇ

Askerî Ceza Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetlerin özel yapısı düşünüldüğünde çoğunlukla askerî şahıslar açısından uygulanan kıymetli bir mevzuattır. ASCK'da malvarlığına karşı işlenen suçlar iki farklı bölümde düzenlenmiştir. Malvarlığına karşı işlenen suçlar içinde düzenlenen çalma suçu; hizmet veya vazife sebebiyle tevdi veya emanet edilen para veya eşya, askerî eşya, hayvan ve erzak hakkındaki çalma suçu ve askerî şahısların malvarlığına ilişkin olmak üzere iki farklı maddede yer almaktadır. Kanun koyucu, her iki çalma suçunu da düzenlerken askerî eşyanın korunmasına ve askerî şahıslar arasındaki intizamın devamının sağlanmasına yönelik ayrı bir yaptırımın gerekli olduğu ve askerî birliklerde çalma suçuna daha fazla dikkat edilmesi gerektiği görüşündedir. Yapılan düzenlemeler de bu görüşün dayanağında gerçekleştirilmektedir. Fakat ASCK'nın 131'inci ve 132'nci maddelerinde düzenlenen çalma suçları açısından bakıldığında ASCK'nın sistematiğinin eski 765 sayılı TCK ile uyumlu olması ve yeni 5237 sayılı TCK ile düzenlenen hırsızlık suçu ile belli noktalarda farklılık göstermesi sebebiyle bir takım sorunlara yol açtığı görülmektedir. Bu sebeple son yıllarda ASCK kapsamında düzenlemeler yapılarak ihtilafli hususların çözülmesi amacıyla çalışmalar yürütülmektedir. Özellikle askerî yargı mercinin kapatılması sonucunda askerî suç ve askerî cezalar kapsamında aksaklığa sebebiyet vermemek adına 7329 sayılı Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile düzenlenen "belirlenen başsavcılıklarda askerî suçlar bürosu kurulması" hususu askerî suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasında etkinlik sağladığı kanaatindeyiz. askerî şahısları ilgilendiren her türlü suç gibi çalma suçu da askerî şahıslar için oldukça hassas yürütülmesi gereken suçlardandır. Keza hem asli hem de fer'i yaptırımlar dikkate alındığında askerî şahıslar açısından son derece ağır sonuçlara sebebiyet verebilmektedir.

bu kişilerin yokluklarında ise vekilleri tarafından bizzat verilir. Genelkurmay Başkanlığı, Kuvvet Komutanlıkları ve Millî Savunma Üniversitesi hariç, Millî Savunma Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatı ile bağlı ve ilgili kurum ve kuruluşlarda görev yapan asker kişileri hakkında soruşturma izni Millî Savunma Bakanı tarafından verilir. General ve amiraller hakkındaki soruşturma izni ise görev yeri dikkate alınarak ilgisine göre Genelkurmay Başkanının veya ilgili Kuvvet Komutanının teklifi üzerine ya da resen Millî Savunma Bakanı tarafından verilir." (ASCK ek. m. 15).

Çalma suçlarından özellikle AsCK 131'inci maddesinde düzenlenen çalma suçu sekiz farklı malvarlığına karşı işlenen suç düzenlemesinin içinde bulunmaktadır. Bu sebeple, madde metninin çalma suçunun belirlenmesi açısından zaman zaman karışıklara sebebiyet verdiği görülmektedir.¹⁶⁵ Bu kapsamda AsCK kapsamında yapılan çalışmalarda çalma suçlarının da tartışılmasının, çalma suçlarının düzenlenmesinde 5237 sayılı yeni TCK'nın dikkate alınmasının, AsCK kapsamında çalma suçunun ayrı bir maddede özel olarak düzenlenmesinin fayda sağlayacağı kanaatindeyiz. 131'inci madde kapsamında düzenlenen çalma suçunun şu şekilde düzenlenmesi durumunda mevcut sorunun çözülebileceği değerlendirilmektedir.

“Askerî bir hizmet yaparken veya vazifeyi suistimal ederek bir hizmet veya vazifeden ötürü kendisine verilen taşınır malı veya her türlü askerî eşya ve hayvanları, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan asker kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. Az vahim hallerde, altı aydan üç seneye kadar hapis cezası verilir. Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan mal bulunursa geri alınır, yok edilmişse veya tahrip edilmişse malın değerinin ödettirilmesine hükmolunur.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen suçun konusu silah, cephane veya her hangi bir müdafaa vasıtasıyla ilgili ise ceza arttırılır.

Yukarıdaki iki fıkrada yazılı fiilleri seferberlikte yapanlara on seneden aşağı olmamak üzere hapis cezası, az vahim hallerde ise iki seneden aşağı olmamak üzere beş seneye kadar hapis cezası verilir.”

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar, bu çalışmada çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

¹⁶⁵ As. Yar. D. Krl., E.1990/89, K.1990/84, 15.05.1990; As. Yar. D. Krl, E.1991/66, K.1991/57, 31.01.1991; As. Yar. 2.D. E. 1987/186, K.1986/174, 25.03.1987; As. Yar. D. Krl., 1987/38,1987/23, 05.02.1987, (MSB Mevzuat Bilgi Sistemi).

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu çalışma için etik kurul onayı gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has not declared whether ethical committee approval is required for this research.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. "Bağlılık Kuralı." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 1 (2010): 167-214.
- Alacakaptan, Uğur. *Suçun Unsurları*. Ankara: AÜHF Yayınları. Sevinç Matbaası, 1975.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Balcı, Fidan ve Seyithan Öztürk. *Hırsızlık, Karşılıksız Yararlanma ve Yağma Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayınları, 2010.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar*. Ankara: Beta Yayınevi, 2017.
- Çelen, Orhan. *Açıklamalı Askerî Ceza Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001.
- Değirmenci, Olgun. *Askeri Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014.
- Demirağ, Fahrettin. *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Dönmezer, Sulhi. "Tevhidi İçtihat Kararı." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no.9 (1943): 431-443.
- Erem, A. Faruk, Ahmet Danışman ve Mehmet Emin Artuk. *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1997.
- Ergutekin, İdris. "Askeri Ceza Kanununda Düzenlenen Fer'i Cezalar." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 27 (2016): 815-44.
- Erkan, Hakkı. "Sırf Askerî Suçlar." *Askeri Adalet Dergisi* 18, no. 69-70 (1974): 1-13.
- Gündüz, Hakan. "Askeri Suçların Soruşturulmasına ve Kovuşturulmasına İlişkin İstisnai Düzenlemeler." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* no.44 (2020): 239-268.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

- Hafızoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. "Hırsızlık." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 1 (2008): 773-796.
- Kangal, Zeynel T. *Askerî Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Koca, Mahmut "Fikri İċtima." *Ceza Hukuk Dergisi* 2, no. 4 (2007): 197-221.
- Koç, Cihan. *Notlu Açıklamalı İċtihatlı Örneklı Türk Silahlı Kuvvetleri İċ Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği Askerî Ceza Kanunu Disiplin Mahkemeleri Kanunu Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat*. Ankara: Sözkeseñ Matbaacılık, 2012.
- Malkoç, İsmail. *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu (Son Değişiklikler ve İċtihatlarla) Madde 82-149*. Ankara: Sözkeseñ Matbaacılık, 2013.
- Özbakan, Hulusi. *Açıklamalı Askerî Mahkemeler Kuruluşu Kanunu*. Ankara: Genelkurmay Basımevi, 1989.
- Özbakan, Hulusi. *İlgili Mevzuatı ile İċtihatlı Gerekçeli Notlu Açıklamalı Askerî Ceza Kanunu*. Ankara: Genelkurmay Basımevi, 1990.
- Özbek, Veli Özer, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özen, Mustafa. *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özgenç, İzzet. *Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*. İstanbul: İ.B.B. Hukuk Müşavirliği, 1996.
- Parlar, Ali. *Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Asliye Ceza Davaları*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2016.
- Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu. *Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar*. Ankara: Kartal Yayınevi, 2006.
- Sahir, Erman. *Askerî Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul*. İstanbul: Üċdal Yayınevi, 1983.
- Sözüer, Adem. *Öñ Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu*. İstanbul: Alfa Yayıncılık, 2013.
- Şahin, Meral Ekici. *Dolandırıcılık Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

- Şensoy, Naci. *Basit Hırsızlık ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Erdem ve Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- Üçok, Ahmet Zeki, "Askerî İşyerlerinde Çalışan İşçilerin Hukuki Statüleri." Yayımlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, 1999.
- Ünver, Yener. *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003.
- Yalçın, Ayhan. *Benim Avukatım, Ansiklopedik Hukuk Rehberi*. İstanbul: Geçit Kitabevi, 1998.
- Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç. *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

LEGAL AND COMPLIANCE RISKS OF NEW TECHNOLOGIES

Yeni Teknolojilerin Getirdiği Hukuki Riskler ve Uyum Riskleri

Yasemin GÜLLÜOĞLU*

Fatih ERDEMİR**

Abstract

Technology is developing parabolically. This development affects businesses' way of conduct. Both internal and external processes of enterprises are digitalized in order to increase efficiency and flexibility. Yet, digitalization creates a variety of vulnerabilities and new legal and compliance risks. Some of these risks may arise directly from the technological tools used, for example, from software. Some risks arise due to the features of these technological tools. For example, being vulnerable to cyber-attacks, and hosting artificial intelligence. Some technological risks, on the other hand, may be caused by the characteristics of technological tools as well as the lack of awareness of the employees using these tools. This study aims to


* Doçent Doktor, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, yasemin.gulluoglu@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3134-6015.

** Avukat, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, av.erdemirfatih@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7188-3339.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 29.01.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 29.03.2024.

Atf/Citation: Güllüoğlu, Yasemin ve Fatih Erdemir. "Legal And Compliance Risks of New Technologies." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024): 679-705.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

address some of the legal and compliance risks that arise with technological developments and to suggest precautions that can be taken against these risks. In this context, first of all, the digitalization of enterprises will be briefly mentioned, then examples of the risks arising with digitalization will be given, and finally, some general recommendations will be made based on the measures that can be taken against these risks.

Keywords: Digitalization, Legal and Compliance Risks, Cybersecurity, Compliance Education, GRC Systems, Internet Domain Names, Copyright, Personal Data, GDPR, Data Protection.

Öz

Teknoloji katlanarak gelişiyor. Bu gelişme işletmelerin davranış biçimlerini de etkilemektedir. Verimliliğin ve esnekliğin artırılması amacıyla işletmelerin hem iç hem de dış süreçleri dijitalleştirilmektedir. Ancak dijitalleşme çeşitli güvenlik açıklarının yanı sıra yeni yasal ve uyumluluk riskleri de yaratıyor. Bu risklerin bir kısmı doğrudan kullanılan teknolojik araçlardan, örneğin bir yazılımdan kaynaklanabilmektedir. Bu teknolojik araçların özelliklerinden dolayı bazı riskler ortaya çıkmaktadır. Örneğin siber saldırılara karşı savunmasız olmak ve yapay zekayı barındırmak. Bazı teknolojik riskler ise teknolojik araçların özelliklerinden ve bu araçları kullanan çalışanların bilinçsizliğinden kaynaklanabilmektedir. Bu çalışmanın amacı teknolojik gelişmelerle birlikte ortaya çıkan bazı hukuki risklere ve uyum risklerine değinmek ve bu risklere karşı alınabilecek önlemleri önermektir. Bu bağlamda öncelikle işletmelerin dijitalleşmesine kısaca değinilecek, ardından dijitalleşmeyle birlikte ortaya çıkan risklere örnekler verilecek ve son olarak bu risklere karşı alınabilecek önlemlere dayalı olarak bazı genel önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dijitalleşme, Hukuki Riskler, Uyum Riskleri, Siber Güvenlik, Uyum Eğitimi, GRC Sistemleri, İnternet Alan Adı, Telif Hakkı, Kişisel Veri, GDPR, Veri Koruması.

INTRODUCTION

Enterprises should conduct their businesses according to laws and regulations. There are various and a wide range of rules that enterprises should consider depending on their scope of activity. On the other hand, it is not reasonable to expect all the employees of a company to have adequate knowledge of the related rules and regulations. To enable the employees to be aware of and abide by the laws and regulations, companies issue compliance programs. Compliance programs do not only contain laws and regulations. They also determine internal policies and procedures.

Technology has been expanding all fields of business rapidly and this proliferation affects the way companies operate. Therefore, compliance programs also must correspond to the requirements caused by technological developments.

This study aims to discuss the main compliance risks brought by new technologies and give some suggestions to deal with those risks. Firstly, the change in the conduct of businesses that is led by technological development is mentioned. Secondly, the legal and compliance risks arising from these developments are discussed. Lastly, possible solutions to confront those risks are suggested.

I. DIGITALIZATION OF BUSINESSES

Recent technological developments led to the digitalization of businesses. Not only the means that businesses use to interact with each other and customers¹ but also its internal operations have been affected by this digitalization.² Digitalization aims to increase the flexibility, and agility of business processes through

¹ William F. Crittenden, Isabella K. Biel, and William A. Lovely, "Embracing Digitalization: Student Learning and New Technologies," *Journal of Marketing Education* 41, no. 1 (2018): 5.

² Saul J. Berman, "Digital Transformation: Opportunities to Create New Business Models," *Strategy & Leadership* 40, no. 2 (2012): 16-24.

technological transformations.³ For example, companies have websites, social media accounts, and mobile applications to interact with their customers. Companies use computer software to conduct their supply-chain operations, carry out inventory management, and keep employee's personal files as well.

Some comprehensive programs are provided to manage the widespread digitalization of business operations. For instance, the IT programs provided to automate customer-facing processes are called Customer Relations Management.⁴ The different techniques used to improve and supervise the processes of organizations are called Business Process Management. The software used to manage the day-to-day activities of a company such as accounting, procurement, and supply-chain operations is called Enterprise Resource Planning.⁵

II. RISK OF NEW TECHNOLOGIES

A. Data Protection Risks

As mentioned above, numerous software is used in businesses in the digital age. Since these software process and store excess amounts of data, managing the data properly is one of the most significant issues for businesses. For instance, it may be decided to use new software for the day-to-day work of a company. In this case, it is very critical to which personnel of the company can use the software in question, and what data is collected and processed through this software. It should be ensured that the software is not used in a way that violates data protection laws.

³ Florian Imgrund et. al., "Approaching Digitalization with Business Process Management." Multikonferenz Wirtschaftsinformatik (Lüneburg, 2018), https://www.researchgate.net/publication/323665985_Approaching_Digitalization_with_Business_Process_Management/link/5dc2fd7992851c81803321cf/download?tp=eyJlb250ZXh0Ijp7ImZpcnN0UGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIiwicGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIn19.

⁴ Reiny Iriana and Francis Buttle, "Strategic, Operational, and Analytical Customer Relationship Management," *Journal of Relationship Marketing* 5, no. 4 (2006): 23.

⁵"Definition of Enterprise Resource Planning (ERP)." Oracle, n.d. Accessed December 22, 2022, <https://www.oracle.com/erp/what-is-erp/>.

Moreover, the software is mostly used with internet connections therefore open to external threats. For instance, DDOS (Distributed Denial of Service) attacks, which target a single system with multiple attack devices and are therefore difficult to prevent, are one of the serious threats.⁶ It is beyond doubt that, when choosing software for an operation, it should be noted that the security level is high. Choosing an unprotected software can lead to the leakage of both customers' and company's data that needs to be protected. Through cyber-attacks, sensitive data can be accessed, deleted, or changed. Companies should make sure that the software they use is strong against possible cyber-attacks.

Cyber-attacks are carried out in various ways. One of them is spam, which doesn't sound like a serious problem. Spam e-mails are e-mails that are sent without the user's request⁷ and are intended to serve advertisements, fraudulent or pornographic content.⁸ Sending these e-mails is against the law itself and is a violation of the recipient's right not to be disturbed.⁹

However, the damage caused by spam e-mail is not limited to this. Some of the spam e-mails sent carry misleading titles, the mail domain name and IP address are hidden, and the recipient of the mail creates the idea that the mail came from another person or institution.¹⁰ Such misleading emails often direct users to phishing sites. Phishing statement is formed by the combination of password and fishing statements. Phishing sites are encountered by opening spam e-mails that seem to be sent from known shopping sites or banks' websites. The phishing sites that are opened are arranged in a very similar way to these banks or shopping sites. On this site, it is generally requested to share the user's credit card information or other confidential information such as password, by showing an

⁶ Bülent Kent, *Türkiye'de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 66-67.

⁷ Gazanfer Erbaşlar and Şükrü Dokur, *Elektronik Ticaret* (İstanbul: Nobel Akademik Yayıncılık, 2012), 229.

⁸ Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2012), 114.

⁹ Habip Oğuz, *İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması* (Ankara: Adalet, 2012),104.

¹⁰ Oğuz, *İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması*, 104.

account update or other reasons.¹¹ A company employee can be directed to a phishing site that appears to be related to a software or website that he/she uses at work via spam sent to his corporate e-mail account. In this way, the username and password used by the employee in company operations may fall into the hands of malicious people. Here, the risk is limited to the data entered by the employee on the phishing site and other data that can be accessed by using this data.

However, the risks related to phishing sites are not limited to these. It has been determined that 93 percent of e-mails that direct users to phishing sites are ransomware.¹² Users who receive spam e-mails allow software to be downloaded to their electronic devices without being aware of it, when they open this e-mail or while being directed to the phishing site in the e-mail or during their activities within this site. These software, called ransomware, use an encryption method to lock the relevant electronic device or certain files on this device, and prevent access to the device or documents until the requested ransom is paid.¹³ Ransomware can target various electronic devices containing information systems. IoT devices, called the Internet of Things¹⁴, can also be subject to ransomware attacks.¹⁵ Therefore, computers, phones and various information systems can be targets of ransomware. The cyber-attack on Colonial Pipeline, one of the largest oil pipelines

¹¹ "What is Phishing," Phishing.org, accessed December 12, 2022, <https://www.phishing.org/what-is-phishing>.

¹² Maria Korolov, "93% of Phishing Emails Are Now Ransomware," *CSO*, Last Modified June 1, 2016, <https://www.csoonline.com/article/3077434/93-of-phishing-emails-are-now-ransomware.html>.

¹³ Kim Zetter, "What Is Ransomware? A Guide to the Global Cyberattack's Scary Method," *Wired*, Last Modified May 14, 2017, <https://www.wired.com/2017/05/hacker-lexicon-guide-ransomware-scary-hack-thats-rise/>.

¹⁴ IoT devices provide information flow with less time and effort, and automation systems can be established with these devices. Devices that gain the ability to manage and organize with IoT infrastructure have become a vital part of human life in homes, large industries and corporate sectors as smart devices. (Mamoona Humayun et. al., "Internet of Things and Ransomware: Evolution, Mitigation and Prevention," *Egyptian Informatics Journal* 22 (2021): 106, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1110866520301304>).

¹⁵ Ben Dickson, "The IoT Ransomware Threat Is More Serious Than You Think," *TechTalks*, Last Modified August 22, 2016, <https://bdtechtalks.com/2016/08/22/the-iot-ransomware-threat-is-more-serious-than-you-think/>.

in the USA that prevented the line from operating for six days, and the cyber-attack that caused the country's stock market to be cut periodically for several days in New Zealand in 2020, show the extent of the damage that can be caused by using ransomware.¹⁶ Ransomware attacks can both cause violations of data protection laws and cause companies to violate their legal obligations arising from contracts or laws by disrupting or stopping their operations. As a result, companies suffer financial loss and loss of reputation.

Artificial intelligence uses statistical learning techniques to find certain patterns in large data sets and make some predictions based on these patterns.¹⁷ Mentioned large data sets include personal and non-personal data. If the data used contains personal data, liabilities may arise under personal data protection laws. The legal risks and consequences of personal data breaches are explained in the previous title. Company data may be defined as confidential information in some laws or bilateral agreements. In both data sets, the law may provide for civil and criminal sanctions; Contracts between the parties may provide for legal sanctions.¹⁸

In all the examples mentioned above, leakage of personal data or confidential information may occur. Such situations have some legal consequences. Since the Personal Data Protection Law in force in Türkiye was prepared based on the European Union regulations, the legal interpretation in this section will be made based on GDPR and the Turkish Personal Data Protection Law (KVKK).

Personal Data is defined in Article 4 of GDPR "*Personal data are any information which are related to an identified or identifiable natural person*". Data processing is generally prohibited. However, in some exceptional cases, data processing

¹⁶ Fatih Erdemir and İrem Erdemir, "Fidye Yazılımların Türk Ceza Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi," in *Fintek ve Hukuk*, eds. U. Aküzüm, C. Ç. Kadioğlu Kumtepe, and Z. Ekinci, (İstanbul: Hukuk Akademisi, 2021), 148-150.

¹⁷ Corrine Cath "Governing Artificial Intelligence: Ethical, Legal and Technical Opportunities and Challenges," *Phil. Trans. R. Soc. A* 376: 20180080. <http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2018.0080>.

¹⁸"The legal implications of Generative AI," *Deloitte*, accessed March 22, 2024. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/consulting/us-ai-institute-generative-ai-legal-issues.pdf>.

activities may be carried out. Personal data can only be processed in cases of legal obligations, vital interests of the data subject, public interest and legitimate interest and with the explicit consent of the data owner, as stated in Article 6 of the GDPR and Article 4 of the KVKK.

The data processor must take adequate precautions and prevent personal data from being accessed and processed except for the reasons explained above. As explained in section 2, data leakage may not have occurred with the consent of the data processor. Various cyber-attacks and malware can cause data leakage. In this case, it will be investigated whether appropriate technical and administrative measures have been taken by the data processor. If the data processor has not taken sufficient and necessary precautions, whether or not he consented to data leakage will not be legally protected.

Data processors must take appropriate technical and operational measures. According to the GDPR Article 32 and KVKK Article 12. According to GDPR, the data processor must ensure “ (i) the pseudonymisation and encryption of personal data, (ii) the ability to ensure the ongoing confidentiality, integrity, availability and resilience of processing systems and services, (iii) the ability to restore the availability and access to personal data in a timely manner in the event of a physical or technical incident, (iv) a process for regularly testing, assessing and evaluating the effectiveness of technical and organisational measures for ensuring the security of the processing.” Also, the Turkish Personal Data Protection Authority has published a guideline regarding this. In this guideline, how technical and administrative measures can be taken are explained as examples.¹⁹

In accordance with Article 82 of the GDPR, people who suffer damage due to personal data leakage have the right to demand compensation for the damage. Again, in accordance with the same article, the data processor can be relieved of this liability if he proves that he has no fault. To prove that there is no fault, it will be checked not only whether the data processor consents to the data leak, but also

¹⁹ Bkz “Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler),” KVKK, accessed December 22, 2023, https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf.

whether it has taken the administrative and technical measures described above as necessary and sufficient.

In conclusion, the use of software in violation of data protection law is a fact that every data processor may face. On the other hand, to cope with the legal consequences of this risk data processors must take adequate precautions prescribed by law in force. For example, let's take an example where data that is under the responsibility of the data processor is leaked because of malicious software or a cyber-attack. In this example, let's assume that the data processor was not aware of this leak and did not consent to it. Let's assume that the data controller in the example is an electronic money institution established within the borders of the Republic of Türkiye. In the analysis to be made here; first, it will be investigated whether the necessary precautions have been taken in accordance with the personal data protection law. Then, it should be checked whether leakage tests have been carried out in accordance with Article 12 paragraph 3 of the Communiqué on Information Systems of Payment And Electronic Money Institutions And Data Sharing Services Of Payment Service Providers In The Field Of Payment Services. In both cases, if it is concluded that there is no fault or deficiency on the part of the data processor, it should be checked whether the notification periods of data leakage are complied with. Articles 32 and 33 of GDPR regulate the notification of data breaches to the data owner and supervisory authority. Likewise, Turkish personal data protection law article 12 paragraph 5 also regulates this issue. Here, it is investigated whether the necessary notifications have been made within the stipulated periods, that is, within 72 hours after the data leak. If no violation is found on the part of the data processor in this regard, only then can the data processor be relieved of liability. In this example, the situation of the subject causing the data leak should also be evaluated. In a Turkish Supreme Court decision, it was stated that the main purpose of protecting personal data is to ensure the security of privacy.²⁰ It has been stated that a prison sentence will be given for this in accordance with Article 135 of the Turkish Penal Code. At the same time, it has been stated that for entering an information system and continuing to stay there, a prison sentence or a fine will be imposed within the

²⁰ Yar. HGK, E. 2014/56, K. 2015/1679, 17.6.2015, (Lexpera).

scope of Article 243 of the Turkish Penal Code. As can be seen, the legislators both stated that data processors should take some precautions and also stipulated some penalties for the individuals in the legislation in order to deter such actions.

B. Trademark And Trade Name Infringement Risks in Domain Names

The widespread use of technology in business life not only creates new legal problems but also allows us to encounter previously encountered legal problems in different ways. Trademark and trade name violations carried out through websites are one of them. Active use of the internet environment by companies to create recognition, brand value and reach customers; This has led to the spread of trademark and trade name violations through websites. Here, we would like to mention the violations made using internet domain names. Internet domain name is the address used to access a website. Domain names, which were initially used to provide easy access to a website, have over time become an identity that enables a company to be recognized commercially.²¹ Domain names are identified with the person who owns the site, and those who want to have information about the relevant person visit these domain names directly or through internet browsers. While it is not possible to protect a trade name or brand all over the world with a single action, the owned domain name can be used globally. For this reason, domain names have a high commercial value.²² Although the commercial value of domain names is high, domain names with extensions such as com, net and org can be obtained by paying very small prices, and it is not checked whether any intellectual property rights are violated during the creation of these domain names. In the acquisition of the domain name, action is taken without checking whether the rights of third parties are violated, only whether this domain name is already used or not. Domain names that are determined to be unused are allocated to the person requesting the name according to the first come, first served principle. In this way, malicious people who easily acquire domain names offer to

²¹ Mehmet Hanifi Bayram, *Avrupa Birliği ve İnternet Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011), 41.

²² Ayça Zorluoğlu, "Alan Adlarında Kötü Niyet Kavramı," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 1 (2012): 82.

sell their domain names to the real owners of these names at exorbitant prices, promote their own products by using the well-known reputation of famous brands, or damage the reputation of these companies by sharing obscene content in domain names containing well-known company names.²³

When it comes to damaging the reputation of companies through internet domain names and violating their rights arising from trademarks and trade names, legal regulations and lawsuits that protect these rights may come to mind. However, filing a lawsuit in a country court for a globally accessible domain name will not be a practical solution. An important institution that should be mentioned in this context is The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ICANN. ICANN is an institution with a private-public partnership structure that performs the task of IP address space allocation in the international platform.²⁴ ICANN published a policy called UDRP ("Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy") in 1999, in case of violation of the personal rights of others by using the trademark, business name, trade name or name of others with the registration of domain names, and the desire to sell the registered domain names to the name owners for high amounts, and stipulated arbitration rules for the solution of these problems. The arbitration procedure to be applied for these rules has been regulated in the document named RUDRP ("Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy"). The UDRP is in addition to the contract for people who want to buy a domain name from ICANN. In other words, people who buy domain names²⁵ from ICANN's accredited organizations agree to comply with the provisions of the UDRP in advance.²⁶ For a dispute to be settled through arbitration, the consent of the parties must be obtained.²⁷ In this way, the consent

²³ Ezgi Öztürk, "İnternet Yoluyla Markanın Haksız Kullanımı," *Terazi Hukuk Dergisi*, no.45 (2010): 70.

²⁴ "ICANN Archives," *ICANN Archives*, accessed December 22, 2022, <https://archive.icann.org/tr/turkish.html>.

²⁵ "Information for Registrars," *ICANN*, accessed December 22, 2022, <https://www.icann.org/resources/pages/registrars-0d-2012-02-25-en>.

²⁶ "Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy," *ICANN*, accessed December 22, 2022, <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en>.

²⁷ Yasemin Güllüoğlu Altun and Elif Bilen, "Tahkim Sözleşmesi," *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 13, no. 29 (2021): 178.

of the domain name holders regarding the arbitration procedure is obtained in advance.²⁸ RUDRP is implemented by multiple arbitration organizations approved by ICANN²⁹ and one of them is WIPO (World Intellectual Property Organization).³⁰ Instead of filing a lawsuit, the victims may initiate the relevant arbitration procedure by applying directly to the WIPO.³¹

C. Copyright Risks

Another technological risk source that may cause legal and compliance problems is artificial intelligence (AI). AI refers to a computer or computer-controlled robot that can complete a task involving a certain degree of intelligence.³² It is a technology that enables a system to learn from experience and adapt over time. That's why the use of AI provides great convenience for companies and makes their operations cost-efficient.³³ Artificial intelligence is broadly used by businesses in different sectors. However, the way AI technology works carries some risks for companies. Components of AI can be listed as data science, machine learning and deep learning and thanks to these components computer programs with AI make decisions in a human-like way.³⁴ The decisions are based on a system similar to black boxes. It is almost impossible to understand why and how it is

²⁸ İrem Erdemir, "Kişilik Hakkının İnternet Ortamında İhlali" (Master diss., Hacettepe University, 2019), 71.

²⁹"List of Approved Dispute Resolution Service Providers," *ICANN*, accessed December 22, 2022, <https://www.icann.org/resources/pages/providers-6d-2012-02-25-en>.

³⁰"Domain Name Dispute Resolution," *WIPO*, accessed December 22, 2022, <https://www.wipo.int/amc/en/domains/>.

³¹"Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy," *ICANN*, accessed December 22, 2022, <https://www.icann.org/resources/pages/help/dndr/udrp-en>.

³² Chethan Kumar, "Artificial Intelligence: Definition, Types, Examples, Technologies," *Medium*, Last Modified August 31, 2018, <https://chethankumargn.medium.com/artificial-intelligence-definition-types-examples-technologies-962ea75c7b9b>.

³³ Rajendra Akerkar, *Artificial Intelligence for Business* (Norway: Springer, 2019), 3.

³⁴ Wolfgang Amann, *Artificial Intelligence and its Impact on Business* (Information Age Publishing, 2020), 80.

made.³⁵ That may cause risks for organizations such as biased data, unsuitable modeling techniques and incorrect decision-making.³⁶ The risks are higher for organizations in regulated industries such as financial services.³⁷ On the other hand Artificial intelligence uses statistical learning techniques to find certain patterns in large data sets and make some predictions based on these patterns.³⁸ With this feature, artificial intelligence is likely to create some products that are subject to copyright.

The powers granted to the owner of intellectual rights are stated in the third section of the Law on Intellectual and Artistic Works No. 5846. Accordingly, the rights of the author are divided into two: material and moral rights. Moral rights are the right to present to the public, the right to determine the name, and the right to prohibit changes to the work. Their material rights are listed as the right to process, the right to reproduce, the right to disseminate, the right to represent, and the right to transmit to the public by means of signal, sound and/or image transmission. When the owner of the work learns about the violation of these rights, within the scope of Article 66 et seq. of the Law on Intellectual and Artistic Works No. 5846, it may file lawsuits to redress the violations or to seek compensation from those who caused the tender within the scope of these violations.

In web 1.0 phase, that is, when the internet first emerged, users were just consumers of content. When it came to the Web 2.0 stage, users started to produce

³⁵ Thomas Davenport and Rajeev Ronanki, "Artificial Intelligence for the Real World," *Harvard Business Review*, January-February 2018, 113.

³⁶ Nancy Albinson, et. al., "Future of Risk in the Digital Era: Transformative Change. Disruptive Risk," *Deloitte*, accessed December 22, 2023, 6 <https://www2.deloitte.com/us/en/pages/advisory/articles/risk-in-the-digital-era.html>.

³⁷ Davenport and Ronanki, "Artificial Intelligence for the Real World," 113.

³⁸ Corienne Cath "2018 Governing Artificial."

content.³⁹ According to the Berne Convention⁴⁰, the copyright of a work containing creative content begins to be valid from the moment it is created.⁴¹

In case of copyright infringement in some jurisdictions, the person whose rights are violated; may request the cessation of the violation, compensation for the damages suffered as a result of the violation, or the return of the infringing materials.⁴² Under Turkish law, the copyright owner's legal rights against infringement are set out in Articles 66 to 70 of the Law on Intellectual and Artistic Works No. 5846. In accordance with these provisions, the copyright owner may request the elimination of the situation causing the violation (including the destruction or transfer of unauthorized copies), the prevention of a possible violation, and compensation for the damage suffered due to the violation. In addition, the rightful owner may request interim measures before or after filing a lawsuit in accordance with the Turkish Code of Civil Procedure. Article 77 of the Law on Intellectual and Artistic Works, which is another important regulation, stipulates that the provisions of Article 57 of the Customs Law No. 4458 will be applied during the import or export of copies that require sanctions in case of possible infringement of rights. This article has been prepared to ensure

³⁹ Dimov Daniel, "Legal issues of new and emerging Technologies." *infosecinstitute.com* accessed March 23, 2024 <https://www.infosecinstitute.com/resources/management-compliance-auditing/legal-issues-of-new-and-emerging-technologies/>

⁴⁰ Türkiye first acceded to the 1948 amended text of the Convention on January 1, 1952, and then became a party to the latest version of the Berne Convention with Law No. 4117 dated 07.07.1995 on the "Approval of the Ratification of our Accession to the Paris Text Amending the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works and Amended in 1979" (OG: 12/07/1995 dated and numbered 22341) ("Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi," *T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı* accessed March 23, 2024. <https://telifhaklari.ktb.gov.tr/TR-332363/edebiyat-ve-sanat-eserlerinin-korunmasına-iliskin-bern-sozlesmesi.html>).

⁴¹ Bkz. "Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works" *Wipo.int*, accessed December 22, 2023, <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/283698>.

⁴² Daniel, "Legal issues."

compliance with the provisions of the TRIPS Agreement⁴³ regarding confiscation at customs (Articles 51 to 60).⁴⁴

As mentioned above, there are several civil remedies against copyright infringements. Since the trials take a long time, it is recommended to reach an agreement with the person who caused the violation.⁴⁵ However, it may be possible to say that making these demands from the court will result in full compensation and satisfaction of the tendered party. Before the technological age, it might have been possible for these demands to be a means of satisfaction. However, we believe that the above-mentioned decisions to be made by the court will no longer satisfy the person who has been violated, as information can spread very quickly, it is impossible to determine who has reached the information that has been disseminated, and the return of the disseminated materials does not have a meaningful result.

Here, within the scope of the subject of our article, legal risks can be listed as follows; illegal use of content, illegal dissemination of content, and recording/reproduction of illegally published content by others.⁴⁶

Due to the nature of the internet, information thus the violation can spread very quickly. Therefore, in cases where the infringement takes place on the Internet, above mentioned civil remedies are not sufficient and satisfactory for the person whose copyright has been violated. For this reason, it can be said that because of the developing technologies regulations and legal systems cannot provide adequate legal protection in terms of copyright protection. Considering that legal remedies are not sufficient, copyright holders should take measures in parallel with technological developments in order to protect their rights. On the other hand, legislators should ensure that the laws currently in force are updated in the light of technological developments.

⁴³ World Trade Organisation, *World Trade Organisation on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, (Switzerland, WTO, 1995), https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf.

⁴⁴ Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Ankara:Turhan Kitabevi, 2008), 695.

⁴⁵ Daniel, "Legal issues."

⁴⁶ Daniel, "Legal issues."

III. Suggestions to Cope with the Risks

A. Training Programs Should Be Created Within the Scope of Compliance With The Legislation

It is vital that a good compliance program is in place and that employees are adequately and periodically trained. In fact, in some sector-specific legal regulations, personnel training is also regulated and made mandatory for companies operating in the sector. To give an example from some of the Turkish laws and regulations in force, it is stated that within the scope of Article 4, paragraph 6 of Communiqué on Information Systems of Payment And Electronic Money Institutions And Data Sharing Services Of Payment Service Providers, awareness should be raised about the duties and responsibilities assigned to the personnel working in information systems management. Achieving this awareness is only possible through training to be given at regular intervals and exams to measure the impact of these trainings. In yet another example; Article 19 of the regulation on banks' information systems and electronic banking services, titled "Increasing information security awareness", stipulates the creation and implementation of training programs to increase information security awareness.

Within the scope of compliance with the legislation, training programs must be included in the compliance program. A well-prepared compliance program is indispensable for companies to comply with legal obligations. However, a good compliance program alone is not enough. With the development of new technologies, governments issue new regulations to reduce the legal problems created by these technologies. These regulations should be followed, and necessary changes should be made in the compliance program. On the other hand, even if there are no legislative changes, new technologies used by the company may also require changing the compliance program or adding new sections to the program. In this respect, the program should be reviewed periodically.

Having a good compliance program for the company and constantly reviewing and updating this program is not enough to eliminate all risks. Laws are abstract. Although compliance programs contain procedural details, they cannot contain casuistic rules that include all possibilities and situations. At this point, the human impact on the subject is important. Companies should provide compliance training to their employees. This training should not only be about

processes and legal regulations. The ethical dimension of education is at least as important as the legal regulations and the operational processes of the company. Because company employees are alone with their own conscience in every matter that is not specifically regulated in the compliance program. For this reason, compliance training to be given to company employees should include high ethical principles, and these principles should be adopted by all layers of the company, especially by managers. However, in this way, employees can report the situation to their supervisors because of their conscience about an issue that has not yet been regulated in the compliance program, and possible legal risks can be eliminated in this way.

It has been mentioned above that cyber-attacks are one of the major risks for companies. The measures that can be taken against cyber-attacks are both social and technical. First of all, company employees should be made aware of possible attack methods, especially employees should be warned about spam e-mails and phishing sites. Spam e-mails sent by the companies' own IT teams in order to attract the attention of the employees to the subject and to detect possible vulnerabilities can be given as an example of such warnings. In addition, there are some technical precautions to be taken against cyber-attacks especially virus-containing applications. The first of these is backing up important data. By backing up critical data on a separate device and offline, this data will be accessible even in the event of a ransomware attack. Using anti-malware programs is another technical measure. However, the protection of these software is not endless. For this reason, protection programs should be checked frequently, and system gaps should be closed with appropriate patches. These programs should be used with the automatic updating feature active. In addition to all these, when it is noticed that a system used by the company is infected by malicious software, the whole

system should be shut down to prevent further spread of the virus, and thus the process should be overcome with the least possible damage.⁴⁷

In summary, compliance should become a company policy and ethics through qualified and periodic training to be given to employees.

B. Alternative Dispute Resolution Methods

Before the Internet existed, there was no legal dispute regarding the domain name. As legal disputes regarding domain names increased, new dispute resolution methods were created. In violations of domain names, alternative dispute resolution methods should be tried instead of traditional litigation methods, as they are faster and more effective.

ICANN is an institution with a private-public partnership structure that performs the task of IP address space allocation in the international platform.⁴⁸ ICANN published a policy called UDRP ("Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy") in 1999, in case of violation of the personal rights of others by using the trademark, business name, trade name or name of others with the registration of domain names, and the desire to sell the registered domain names to the name owners for high amounts, and stipulated arbitration rules for the solution of these problems. The arbitration procedure to be applied for these rules has been regulated in the document named RUDRP ("Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy"). The UDRP is in addition to the contract for people who want to buy a domain name from ICANN. In other words, people who

⁴⁷ Kim Zetter, "4 Ways to Protect Against the Very Real Threat of Ransomware," *Wired*, Last Modified May 13, 2016, <https://www.wired.com/2016/05/4-ways-protect-ransomware-youre-target/>, "Ransomware Attacks," American Bankers Association, accessed December 22, 2022, https://www.aba.com/advocacy/community-programs/consumer-resources/protect-your-money/ransomware-tips?__cf_chl_jschl_tk__=8906558d85d556715462d48e2f547994675c6c0e-1625131683-0-AU8_rrFAgVV3VQxGEIAmIvGzWbAQgEzLxl4SheaYBX4J3l4xcOMvzXp9LNFH2iIXWn2NQA7_2RkT6f.

⁴⁸ "ICANN Archives," *ICANN Archives*, accessed December 22, 2022, <https://archive.icann.org/tr/turkish.html>.

buy domain names⁴⁹ from ICANN's accredited organizations agree to comply with the provisions of the UDRP in advance.⁵⁰ For a dispute to be settled through arbitration, the consent of the parties must be obtained.⁵¹ In this way, the consent of the domain name holders regarding the arbitration procedure is obtained in advance.⁵² RUDRP is implemented by multiple arbitration organizations approved by ICANN⁵³ and one of them is WIPO (World Intellectual Property Organization).⁵⁴ Instead of filing a lawsuit, the victims may initiate the relevant arbitration procedure by applying directly to the WIPO.⁵⁵

In areas other than domain name disputes, alternative dispute resolution can be based on negotiation and, if appropriate under the relevant law, on alternative dispute resolution with the assistance of neutral and professional third parties, such as mediation. In this way, it is possible to obtain faster and more practical solutions. In addition, some legal systems, such as Turkish Law, may have provisions on mediation as a condition of litigation. This issue should be taken into consideration. This issue should be taken into consideration Otherwise, when it is decided to file a lawsuit, the relevant legal processes may be prolonged.

⁴⁹"Information for Registrars," ICANN, accessed December 22, 2022, <https://www.icann.org/resources/pages/registrars-0d-2012-02-25-en>.

⁵⁰"Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy," ICANN, accessed December 22, 2022, <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en>.

⁵¹ Güllüoğlu Altun, and Bilen, "Tahkim Sözleşmesi," 178.

⁵² Erdemir, "*Kişilik Hakkının İnternet Ortamında İhlali*," 71.

⁵³"List of Approved Dispute Resolution Service Providers," ICANN, accessed December 22, 2022, <https://www.icann.org/resources/pages/providers-6d-2012-02-25-en>.

⁵⁴"Domain Name Dispute Resolution," WIPO, accessed December 22, 2022, <https://www.wipo.int/amc/en/domains/>.

⁵⁵"Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy," ICANN, accessed December 22, 2022, <https://www.icann.org/resources/pages/help/dndr/udrp-en>.

C. Creating an Environment Where Personnel with the Necessary Competencies Work as a Team for the Elimination of Legal and Compliance Risks

To reduce legal and compliance risks, it is very important for companies' legal teams and technical teams to work in cooperation. While determining which technological tools, including software, should be used by companies, only getting support from technical personnel will be insufficient to prevent possible risks. Support from the legal team is also required when deciding on this issue. However, in this case, the legal team should also be informed about how a technological tool that is planned to be used works, what kind of data it uses, if any, and what kind of products it produces. In this way, it can be determined whether the technological tool to be used is usable or under what conditions, legal and compliance risks will be at a minimum level. In addition, when a legal risk arises in the future as a result of the use of these technological tools, the support of the legal team, which understands the operation of these technological tools, even at the most basic level, will be much more qualified.

In this context, having technical personnel in the legal teams of companies or employing lawyers with basic technical knowledge and background will add value to the companies' management of legal and compliance risks.

The risks that may arise as a result of the use of AI technologies have been mentioned above. In order to eliminate these risks, it would be appropriate for the technical team to first determine which technology performs which functions and which of these functions the company needs. The legal team may also be consulted after identifying appropriate AI technologies that respond to the need. Especially in the regulated sectors, the decisions made through algorithms should be transparent, reliable, fair and compatible with ethical values.⁵⁶

Technological tools are not only sources of risk. By using these tools, the company's legal and compliance risk management can be made very strong. For this, first of all, the data produced and used in the operational processes of the company must be digitized. However, each department should not carry out this

⁵⁶ Amann, *Artificial Intelligence and its Impact on Business*, 33; Albinson, et. al., "Future of Risk," 7.

digitalization independently of each other. In this context, the use of Enterprise Resource Planning (ERP) systems offers great convenience to companies. ERP system is a software that organizations use to manage their day-to-day operations. ERP enables the data flow between different business processes and therefore prevents data duplication and provides data integrity.⁵⁷ Following the establishment of an effective ERP system, a GRC system should be established. GRC software can be used while installing this system.

GRC stands for Governance Risk and Compliance, and it refers to the idea that in an organization these three notions should be considered together in a holistic view.⁵⁸ The technologies developed in order to enable organizations to support this holistic view are called GRC Systems. These systems are generally developed and sold by private third-party vendors.⁵⁹ The scope of the GRC Systems differ from each other. Moreover, the laws and regulations that an organization should abide by vary according to the different factors such as sectoral and territorial areas of business. Therefore, the legal and technical teams of an organization should analyze the GRC System of the organization together and identify the fields that are not covered by the systems if there are any.

⁵⁷"Definition of Enterprise Resource Planning (ERP)," *Oracle*, accessed December 22, 2022, <https://www.oracle.com/erp/what-is-erp/>.

⁵⁸ Melih Erdoğan and Ahmet Onay, "Yönetişim-Risk-Uygunluk (YRU) Yaklaşımı ve İç Denetim Fonksiyonu İlişkisi: İç Denetim Sorumluluklarının YRU Yaklaşımına Etkisi Üzerine Yapısal Eşitlik Modeli Araştırması," *TİDE Academia Research* 2 (2019): 149.

⁵⁹ Kenneth A. Bamberger, "Technologies of Compliance: Risk and Regulation in a Digital Age," *Texas Law Review* 88 (2010): 689.

CONCLUSION

The transformative effect of technology manifests itself significantly in business life. Both the relations of the enterprises with their customers and their operational processes are affected by this transformation and are being digitized to a great extent.

This change and transformation bring with it some legal and compliance problems. Some of these problems can be listed as follows; Violation of data protection laws due to the software used, violation of data protection laws in case the software and systems are open to cyber-attacks, leaking of the company's trade secrets, causing legal liability of the company by preventing company operations, harming transparency and accountability due to artificial intelligence, damaging reputation, trademark and trade name infringement risks through domain names and copyright risks.

Specific and Technical practices can be developed to deal with such legal and compliance risks. However, these ways of coping can be grouped under some headings. First of all, it should be noted that although the source of these risks is technology, the main solution point is human. The training of company employees on compliance from the top manager to the lowest level personnel and the ethical-based training of this training will ensure that many risks are eliminated. In addition, it is very important for employees to be aware of the risks of cyber-attacks and to know the steps to be followed in possible attacks. In addition, combating legal and compliance risks that arise as a result of technological developments may require the use of newly developed legal opportunities, sometimes leaving the traditional legal perspective, and thus obtaining practical results. Alternative solutions that allow this should be known. Finally, it would be beneficial for the legal and technical units of the organizations to work together, to benefit from the utilities of technology while coping with the legal and compliance risks caused by technology, but to overcome the possible disadvantages of these utilities a joint study by the legal team and the technical team should be maintained.

Hakem Değerlendirmesi: ift k3r hakem.

Finansal Destek: Yazar bu alışma iin finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

ıkar atışması: Yazar, bu alışmada ıkar atışması olmadığını bildirmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu alışma iin etik kurul onayı gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has not declared whether ethical committee approval is required for this research.

REFERENCES

- Akerkar, Rajendra. *Artificial Intelligence for Business*. Norway: Springer, 2019.
- Albinson, Nancy, Cherian Thomas, Michael Rohrig, and Yang Chu. "Future of Risk in the Digital Era: Transformative Change. Disruptive Risk." *Deloitte*. December 22, 2023. <https://www2.deloitte.com/us/en/pages/advisory/articles/risk-in-the-digital-era.html>.
- Amann, Wolfgang. *Artificial Intelligence and its Impact on Business*. Information Age Publishing, 2020.
- American Bankers Association. "Ransomware Attacks." Accessed December 22, 2022. https://www.aba.com/advocacy/community-programs/consumer-resources/protect-your-money/ransomware-tips?_cf_chl_jschl_tk__=8906558d85d556715462d48e2f547994675c6c0e-1625131683-0-AU8_rrFAgVV3VQxGEIAmIvGzWbAQgEzLxl4SheaYBX4J3l4xcOMvzXp9LNFH2iIXWn2NQA7_2RkT6f.
- Bamberger, Kenneth A. "Technologies of Compliance: Risk and Regulation in a Digital Age." *Texas Law Review* 88 (2010): 669-739.
- Bayram, Mehmet Hanifi. *Avrupa Birliği ve İnternet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Berman, Stuart J. "Digital Transformation: Opportunities to Create New Business Models." *Strategy & Leadership* 40, no. 2 (2012): 16-24.
- Cath Corrine. "Governing Artificial Intelligence: Ethical, Legal and Technical Opportunities and Challenges." *Phil. Trans. R. Soc. A* 376: 20180080. <http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2018.0080>.
- Daniel Dimov. "Legal Issues of New and Emerging Technologies." *infosecinstitute.com* accessed March 23, 2024 <https://www.infosecinstitute.com/resources/management-compliance-auditing/legal-issues-of-new-and-emerging-technologies/>.
- Davenport, Thomas and Rajeev Ronanki. "Artificial Intelligence for the Real World." *Harvard Business Review*, January-February 2018, 108-116.

- Deloitte. "The legal implications of Generative AI." Accessed March 22, 2024. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/consulting/us-ai-institute-generative-ai-legal-issues.pdf>.
- Dickson, Ben. "The IoT Ransomware Threat Is More Serious Than You Think." *TechTalks*. August 22, 2016. <https://bdtechtalks.com/2016/08/22/the-iot-ransomware-threat-is-more-serious-than-you-think/>.
- Dülger, Murat Volkan. *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2012.
- Erbaşlar, Gazanfer and Şükrü Dokur. *Elektronik Ticaret*. İstanbul: Nobel Akademik Yayıncılık, 2012.
- Erdemir, Fatih, and İrem, Erdemir. "Fidye Yazılımların Türk Ceza Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi." In *Fintek ve Hukuk*, edited by Ural Aküzüm, Cemre Çise Kadioğlu Kumtepe and Zeynep Ekinci, 138-180. İstanbul: Hukuk Akademisi, 2021.
- Erdemir, İrem. "Kişilik Hakkının İnternet Ortamında İhlali." Master diss., Hacettepe University, 2019.
- Erdoğan, Melih and Ahmet Onay. "Yönetişim-Risk-Uygunluk (YRU) Yaklaşımı ve İç Denetim Fonksiyonu İlişkisi: İç Denetim Sorumluluklarının YRU Yaklaşımına Etkisi Üzerine Yapısal Eşitlik Modeli Araştırması." *TİDE Academia Research 2* (2019): 149-198.
- Güllüoğlu Altun, Yasemin, and Elif Bilen. "Tahkim Sözleşmesi." *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 13, no. 29 (2021): 173-226.
- Humayun, Mamoona, NZ Jhanjhi, Ahmet Alsayat, Vasaki Ponnusamy. "Internet of Things and Ransomware: Evolution, Mitigation and Prevention." *Egyptian Informatics Journal* 22 (2021): 105-17. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1110866520301304>.
- ICANN Archives. "ICANN Archives." Accessed December 22, 2022. <https://archive.icann.org/tr/turkish.html>.
- ICANN. "Information for Registrars." Accessed December 22, 2022. <https://www.icann.org/resources/pages/registrars-0d-2012-02-25-en>.
- ICANN. "List of Approved Dispute Resolution Service Providers." Accessed December 22, 2022. <https://www.icann.org/resources/pages/providers-6d-2012-02-25-en>.

- ICANN. "Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy." Accessed December 22, 2022. <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en>.
- ICANN. "Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy." Accessed December 22, 2022. <https://www.icann.org/resources/pages/help/dndr/udrp-en>.
- Imgrund, Florian, Marcus Fischer, Axel Winkelmann, and Christian Janiesch. "Approaching Digitalization with Business Process Management." Conference: Multikonferenz Wirtschaftsinformatik. Lüneburg, 2018.
- Iriana, Reiny and Francis Buttle. "Strategic, Operational, and Analytical Customer Relationship Management." *Journal of Relationship Marketing* 5, no. 4(2006): 23-42.
- Kent, Bülent. *Türkiye’de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Korolov, Maria. "93% of Phishing Emails Are Now Ransomware." *CSO*. June 1, 2016. <https://www.csoonline.com/article/3077434/93-of-phishing-emails-are-now-ransomware.html>.
- Kumar, Chethan. "Artificial Intelligence: Definition, Types, Examples, Technologies." *Medium*. August 31, 2018. <https://chethankumargn.medium.com/artificial-intelligence-definition-types-examples-technologies-962ea75c7b9b>.
- Oğuz, Habip. *İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması* (Ankara: Adalet, 2012).
- Oracle. "Definition of Enterprise Resource Planning (ERP)." Accessed December 22, 2022. <https://www.oracle.com/erp/what-is-erp/>.
- Öztan Fırat. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. Ankara:Turhan Kitabevi, 2008.
- Öztürk, Ezgi. "İnternet Yoluyla Markanın Haksız Kullanımı." *Terazi Hukuk Dergisi* no:45 (2010): 69-79.
- Phishing.org. "What is Phishing." accessed December 12, 2022. <https://www.phishing.org/what-is-phishing>.
- T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı. "Edebiyat Ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi." Accessed March 23, 2024.

<https://telifhaklari.ktb.gov.tr/TR-332363/edebiyat-ve-sanat-eserlerinin-korunmasina-iliskin-bern-sozlesmesi.html>.

William F. Crittenden, Isabella K. Biel, William A. Lovely. "Embracing Digitalization: Student Learning and New Technologies." *Journal of Marketing Education* 41, no. I (2018): 5-14.

WIPO. "Domain Name Dispute Resolution." Accessed December 22, 2022. <https://www.wipo.int/amc/en/domains/>.

Zetter, Kim. "4 Ways to Protect Against the Very Real Threat of Ransomware." *Wired*. May 13, 2016. <https://www.wired.com/2016/05/4-ways-protect-ransomware-youre-target/>.

Zetter, Kim. "What Is Ransomware? A Guide to the Global Cyberattack's Scary Method." *Wired*. May 14, 2017. <https://www.wired.com/2017/05/hacker-lexicon-guide-ransomware-scary-hack-thats-rise/>.

Zorluoğlu, Ayça "Alan Adlarında Kötü Niyet Kavramı." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 1 (2012): 67-84.

SOSYAL MEDYA KULLANICILARININ “YALAN HABER” NEDENİYLE ALMAN CEZA KANUNU (STGB) KAPSAMINDA SORUMLULUĞU

*Criminal Liability of Social Media Users for “Fake News” Under
the German Criminal Code (StGB)*

Meral EKİCİ*

Dilek Özge ERDEM*

Öz

Günümüzde internet kullanabilen herkes sosyal medya aracılığıyla düşüncelerini açıklayabilmekte, bilgilerini başkalarıyla paylaşabilmektedir. Ancak bu paylaşımların doğruluğu veya etik kurallara uygunluğu ön denetimden geçmemektedir. Bu nedenle sosyal medyada “yalan haberler” hızla yayılabilmekte ve geniş kitlelere ulaşabilmektedir. Son yıllarda gerçeğe aykırı haberlerin sanal ortamda kontrolsüz bir şekilde yayılması, toplumun doğru haber alma ve güvenilir bilgiye ulaşma hakkını ihlal eden önemli bir probleme dönüşmüştür.


* Öğretim Üyesi, Doç. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, meral.ekici@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5857-5662.

* Araştırma Görevlisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ozge.erdem@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2226-7369.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 28.02.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 27.06.2024.

Atıf/Citation: Ekici, Meral ve Dilek Özge Erdem. “Sosyal Medya Kullanıcılarının “Yalan Haber” Nedeniyle Alman Ceza Kanunu (Stgb) Kapsamında Sorumluluğu.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024): 706-746.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.” 

Devletler bu problemle mücadele etmek, toplumun doğru ve güvenilir bilgiye ulaşma hakkını korumak amacıyla yasal düzenlemeler yapmaktadır.

Nitekim Almanya'da 2017 yılında yalan haber ve dezenformasyonla mücadele amacıyla "Sosyal Medya Kanunu (NetzDG)" kabul edilmiştir.¹ 2021 yılında değişikliğe uğrayan Kanun'da, sosyal medya hizmet sağlayıcılarının rapor ve bildirim yükümlülükleriyle idari para cezası gerektiren eylemlerine ilişkin çeşitli düzenlemeler yapılmış, ancak sosyal medya kullanıcılarının cezai sorumluluklarına ilişkin özel bir hükme yer verilmemiştir. Münhasıran yalan haber yapma ve yayma eylemlerini cezalandıran bir düzenleme genel ceza kanunlarında da bulunmamaktadır.

Bununla birlikte yalan haber yapmak veya böyle bir haberi yaymak, Alman Ceza Kanununda düzenlenmiş olan çeşitli suç tipleri kapsamında cezalandırılabilir fiillerdir. Bu çalışmada yalan haber yapma veya yayma fiillerinin Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenen suçlardan hangilerine vücut verebileceği ve bu fiiller nedeniyle sosyal medya kullanıcılarının cezai sorumluluklarının nasıl belirlenebileceği incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yalan Haber, Sosyal Medya, Alman Sosyal Medya Kanunu, Cezai Sorumluluk, Dezenformasyon, Misenformasyon.

Abstract

Today, anyone who can use internet can express their thoughts and share their information with others through social media. However, the accuracy of these posts or their compliance with ethical rules are not pre-audited. For this reason, "fake news" can spread rapidly on social media and reach large masses. In recent years, the uncontrolled spread of false news in the virtual environment has turned into an emerging problem that violates the public's right to receive accurate news

¹ Söz konusu kanun Türk hukuk öğretisinde, "Sosyal Ağlarda Hukuk Uygulamasının İyileştirilmesi Hakkında Kanun" olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Bülent Kent, "Alman Hukukunda Sosyal Ağların Düzenlenmesi ve Alman Sosyal Ağ Kanunu," *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Bilişim Hukuku Dergisi* 2, no. 1 (2020): 2. Kanun ayrıca "Alman Sosyal Ağ Kanunu" adıyla Türkçeye çevrilmiş ve yayınlanmıştır. Bkz. Sena Kuntoğlu, "Alman Sosyal Medya Kanunu," *Küresel Bakış* 24 (2018): 143ff.

and access to reliable information. States make legal arrangements to counter this problem and protect the public's right to access accurate and reliable information.

As a matter of fact, the "Social Media Law (NetzDG)" was adopted in Germany in 2017 to combat fake news and disinformation. Amended in 2021, the Law makes various regulations regarding the reporting and notification obligations of social media service providers and actions that require administrative fines, but does not include a special provision on the criminal liability of social media users. There is also no provision in the general penal codes that penalizes the acts of making and disseminating false news exclusively.

Within the scope of this paper, it will be examined which types of crimes regulated in the German Criminal Code and which crimes can be committed due to these acts. In this context, the criminal liability of social media users will be discussed in terms of the German Criminal Code.

Keywords: Fake News, Social Media, German Social Media Code, Criminal Liability, Misinformation.

GİRİŞ

Bilgisayar ve internet teknolojisi 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hayatımıza girmiş ve günlük hayatımızı, alışkanlıklarımızı önemli ölçüde değiştirmiştir. Sosyal medya bilgi ve haberlerin yayıldığı bir mecra haline gelmiştir. Bunun avantajları olduğu gibi dezavantajları da vardır. Bilişim alanındaki hızlı gelişme, çözülmesi gereken pek çok hukuki problemi de beraberinde getirmiştir. Bu problemlerden biri de sosyal medya ağlarıyla internet üzerinden kontrolsüz ve çok hızlı bir şekilde yayılan gerçeğe aykırı bilgiler yani yalan haberlerdir.

Bugün her internet kullanıcısı kendi düşüncelerini, görüşlerini, fikirlerini, gördüklerini veya duyduklarını sosyal medyada paylaşmakta, yaptığı paylaşımlarla geniş kitlelere ulaşarak kamuoyunu etkileyebilmektedir. 2014 yılında yapılan bir araştırmaya göre, 30 yaş altındaki sosyal medya kullanıcılarının 2/3'si ara sıra da olsa haber kaynağı olarak sosyal medyayı kullandığını

belirtmiştir.² Bu veri, sosyal medyada yer alan bilgilerin doğruluğunun ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Sosyal medya dendiğinde, kullanıcılarına birbirleriyle iletişim kurabilme; birbirleriyle veya geniş kitlelerle yazı, resim, ses kaydı veya video içerikleri paylaşabilme imkânı sunan, internet ortamındaki sosyal ağlar anlaşılır.³ Alman Sosyal Medya Kanunu (NetzDG) bağlamında; Facebook, VK, dar kapsamlı blok hizmeti sunan Twitter (yeni adıyla X), video paylaşım platformu YouTube, Instagram, TikTok gibi platformların⁴ sosyal medya platformu olduğu kabul

² Elisa Hoven, “zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda,” *ZStW* 129, no. 3 (2017): 718.

³ Martin Wiacek, *Strafbarkeit rechts motivierter Cyberkriminalität im sozialen Netzwerken* (Baden-Baden: Nomos, 2019), 41. “Sosyal medya terimi, kullanıcıların medya içeriği hakkında bilgi alışverişinde bulunduğu ve yorum yaptığı sosyal ağlardaki çevrimiçi etkinlikleri tanımlar.” Kent, “Alman Hukukunda Sosyal Ağların Düzenlenmesi ve Alman Sosyal Ağ Kanunu,” 3.

⁴ Wiacek, *Strafbarkeit rechts motivierter Cyberkriminalität*, 41. Avrupa birliği tarafından desteklenen SaFeNet projesi kapsamında sosyal medya ağları, 2023 yılının başından itibaren Almanya’da gençleri sosyal medyada yayılan “nefret söylemlerinden” korumak amacıyla jugendschutz.net tarafından izlenmektedir. jugendschutz.net bugüne kadar sosyal medya platformlarına sakıncalı içerik barındıran, toplam 184 vaka bildirmiştir (Facebook: 6, Instagram: 43, TikTok: 44, Twitter: 58, YouTube: 33). Jugendschutz.net’e gelen şikayetlerin %52’si 24 saat içinde kontrol edilmiş ve şikâyete konu vakaların %41’inde sakıncalı bulunan içerikler, yapılan ilk bildirimde sosyal medya platformlarınınca kaldırılmıştır. Sosyal medya platformlarına yapılan ikinci bildirimde içerik kaldırma oranı ise % 85’dir. Bilgi için bkz. “Project SafeNet: How do social media services react to reports of hate speech?” Jugend Schutz, erişim tarihi Ekim 5, 2023, <https://www.jugendschutz.net/themen/politischer-extremismus/artikel/projekt-safenet-wie-reagieren-social-media-dienste-auf-meldungen-von-hatespeech>.

edilmektedir.⁵ Son yıllarda bu ve benzeri sosyal medya platformları⁶, klasik internet sitelerine göre daha fazla popülerlik kazanmıştır.

Almanya’da gençleri nefret söyleminden ve aşırı sağcı eğilimlerden (Nazi propagandasından) korumak amacıyla sosyal medya platformları ve internet siteleri düzenli olarak izlenmektedir. Bu yöntemle 2001 yılında yaklaşık 1300 civarında aşırı sağcı hesap tespit edilmişken, 2002-2011 yılları arasında bu sayının 1000 civarına düştüğü görülmüştür. 2016 yılının verilerine göre ise (gerçek sayının daha fazla olduğu tahmin edilmekle birlikte) sosyal medyada tespit edilebilen aşırı sağcı profil ve site sayısı 4000 civarındadır.⁷

Alman Parlamentosu; nefret suçları, yalan haber ve içeriği suç teşkil eden diğer paylaşımlarla mücadele etmek amacıyla⁸, 1 Ekim 2017 tarihinde “Sosyal Medya Kanunu’nu (NetzDG)” kabul etmiştir.⁹ Söz konusu Kanun’da 2021 yılında yapılan değişikliklerle sosyal medya hizmet sağlayıcılarına, rapor ve bildirim yükümlülüğü getirilmiş, ayrıca hizmet sağlayıcıların kanundan kaynaklanan

⁵ Alman Sosyal Medya Kanunu anlamında, sosyal ağ kabul edilen ve kabul edilmeyen sosyal medya platformları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kent, “Alman Hukukunda Sosyal Ağların Düzenlenmesi ve Alman Sosyal Ağ Kanunu,” 14ff. Örneğin, gazetecilik ve yayıncılık faaliyeti kapsamında editoryal denetimden geçen platformlar, bireysel iletişim kurmak için tasarlanmış platformlar, online oyun veya satış platformları gibi belirli bir içeriğin yayılmasını sağlayan platformlar, 2 milyondan az üyesi bulunan platformlar NetzDG’ye tabi değildir. Kent, “Alman Hukukunda Sosyal Ağların Düzenlenmesi ve Alman Sosyal Ağ Kanunu,” 14.

⁶ Öğrencilerin, iş arayanların, hayvanseverlerin veya çevrim içi oyun oynayanların bir araya gelip içerik ürettiği özel ilgi alanları ve konularla ilgili çok sayıda sosyal ağ bulunmaktadır. Kent, “Alman Hukukunda Sosyal Ağların Düzenlenmesi ve Alman Sosyal Ağ Kanunu,” 4.

⁷ Wiacek, *Strafbarkeit rechts motivierter Cyberkriminalität*, 41.

⁸ Wiacek, *Strafbarkeit rechts motivierter Cyberkriminalität*, 331.

⁹ Kanunlaştırma sürecine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kent, “Alman Hukukunda Sosyal Ağların Düzenlenmesi ve Alman Sosyal Ağ Kanunu,” 8ff.

yükümlülükleri yerine getirmemeleri durumunda, haklarında uygulanacak idari yaptırımlar belirlenmiştir.

Avrupa Parlamentosu ve Bakanlar Komitesi'nin 29 Nisan 2021 tarih ve (EU) 2021/784 sayılı "Terör İçerikli Paylaşımların Online Ortamda Yayılmasıyla Mücadele Edilmesine İlişkin Tüzük'ü" yürürlüğe girdikten sonra, Alman Sosyal Medya Kanunu (NetzDG) §1'e, 21.07.2022 tarihinde (2a) bendi eklenmiştir. Böylece Almanya iç hukuk mevzuatında, "online ortamlarda yapılan terör içerikli paylaşımların, üye ülkelerin yetkili mercileri tarafından talep edilmesi halinde, 1 saat içinde¹⁰ kaldırılmasına ilişkin (EU) 2021/784 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nün" gereği olan değişiklikleri yapmıştır. Ancak, Alman Sosyal Medya Kanun'unda (NetzDG) sosyal medya kullanıcılarının "yalan haber yapmaları veya böyle bir haberi yaymaları" durumunda, haklarında cezai yaptırım uygulanacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

Alman Ceza Kanunu ve diğer ceza kanunlarında da münhasıran sosyal medyada gerçeğe aykırı haber yapma veya yayma fiillerini cezalandıran bir suç tipi¹¹ bulunmamaktadır.¹² Ceza normlarının meşruiyetinin kaynağının ve bizatihi

¹⁰ Tüzük §3'e göre: Hizmet sağlayıcı, üye devletlerin yetkili mercileri usulüne uygun olarak talep ederse terör içerikli paylaşımı en kısa sürede ve her hâlükârda bir saat içinde kaldırmak ya da içeriğe erişimi kısıtlamakla yükümlüdür (§ 3/3). Tüzük §4'te de hizmet sağlayıcının üye devletlerde bir temsilcisinin bulunmaması durumunda alınacak tedbirlere ilişkin usul ve süreler düzenlenmiştir.

¹¹ Bilindiği gibi 13.10.2022 tarih ve 7418 sayılı Kanun'un 29 maddesiyle Türk Ceza Kanunu'na 217A maddesi eklenerek, halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma eylemi suç haline getirilmiştir. Düzenlemeye getirilen eleştirel bir yaklaşım için bkz. Engin Turhan, "Von der Äußerungsfreiheit in der Türkei und dem neuen Straftatbestand der Desinformation als ein Negativbeispiel für Gesetzgebung," *ZfiStw* 1 (2023): 35ff.

¹² Yalan haber yapmak veya yaymak Hırvatistan, Yunanistan ve Macaristan gibi bazı Avrupa ülkelerinde suç olarak düzenlenmiştir. Buna karşın Almanya gibi Fransa'da da yalan haberi cezalandıran müstakil bir suç tipi bulunmamaktadır. Ronan Ó Fathaigh, Natali Helberger ve Naomi Appelman, "The perils of legally defining disinformation," *Internet Policy*

amacının hukuki menfaatlerin korunması olduğu¹³ göz önünde bulundurulduğunda; hukuki değerlerin korunmasında özel hukuk veya idare hukuku gibi diğer hukuk normlarının neden yetersiz kaldığı ve yalan haberle mücadelede ceza hukuku araçlarına başvurulmasına neden gerek olduğu açıklanması gereken bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir diğer deyişle, hukuki menfaatlerin korunmasında ceza hukukunun “ultima ratio” olması, yalan haberle mücadelede, ceza hukuku yaptırımlarına gerek olup olmadığı ve yalan haberlerin yapılması ve yayılmasıyla hangi hukuki değer ihlal edildiği sorularını akla getirmektedir. Bu bağlamda Alman ceza hukuku öğretisinde “gerçeğin” münhasıran ceza hukuku yaptırımlarıyla korunması gereken bir hukuki değer olup olmadığı da tartışılmaktadır.¹⁴

Bir görüşe göre, kavram olarak “gerçeklik” ceza hukuku tarafından münhasıran korunması gereken hukuki bir değer değildir. Bu nedenle, “gerçeklik” bir ceza normunun hukuki konusu olamaz. Ancak “gerçek” dolaylı olarak, AlmCK §187’de düzenlenen karalama suçunda olduğu gibi “gerçeğe aykırılığın” bireylerin “onur, şeref veya saygınlığını” ihlal ettiği durumlarda ceza hukuku

Review, erişim tarihi Ağustos 8, 2023, <https://policyreview.info/articles/analysis/perils-legally-defining-disinformation> Avusturya’da ise yalan haber yapmak ve yaymak 2015 yılına kadar Avusturya Ceza Kanunu’nun 276. maddesi gereğince beş yıla kadar hapis cezası gerektiren bir suç olarak düzenlenmişken, son on yılda bu suç nedeniyle hiçbir mahkûmiyet hükmü verilmediğinden madde 31.12.2015 tarihinde ilga edilmiştir. Jakob Winter, “State security calls for penalties for fake news,” erişim tarihi Ağustos 8, 2023. Asya ülkelerindeki yasal düzenlemelere ilişkin olarak bkz. Robert Brian Smith, Mark Perry ve Nucharee Nuchkoom Smith, “Fake News in ASEAN: Legislative Responses,” *Journal of ASEAN Studies* 9, no. 2 (2021): 120-127.

¹³ Johannes Wessels, Werner Beulke ve Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Heidelberg: C. F. Müller, 2018), §1, kn. 9.

¹⁴ Hugo Soares, “Strafrechtliche Bekämpfung von Fake News? Zum Umgang der Kriminalisierungstheorie mit der Wahrheit” iç. *Strafrecht und Demokratie*, ed. Lukas Staffler, Gian Ege, Oliver Jany, Luisa Lichtenberger, Adrés Payer, Luca Ranzoni, Franziska Reinicke, Theresa Schweiger ve Dimitrios Tsilikis (Baden-Baden: Nomos, 2023), 198.

tarafından himaye edilebilir.¹⁵ Bu anlayışın yansıması olarak Alman hukukunda yalan haberin, klasik suç tiplerine uygun düştüğü ölçüde, kişilerin cezai sorumluluğunu gerektireceği kabul edilmektedir. Bu durumda “yalan haber”; kişilik haklarına ve şerefe karşı işlenen suçlar (AlmCK §§185 vd.), seçimlerin demokratik bir şekilde yapılmasına karşı işlenen suçlar (AlmCK §§107-108e), toplumsal huzur ve barışı bozmaya yönelik suçlar (AlmCK §130) ya da devletin dış güvenliğine ilişkin sırların açıklanması ve casusluk amacıyla sahtecilik suçu (AlmCK §100a), sermaye piyasasının şeffaf ve hukuka uygun işleyişine karşı işlenen suçlar (AlmCK §264a) ve Alman Menkul Kıymetler Ticareti Kanunu (WpHG) §§119, 120 ya da Alman İlaç Reklamı Kanunu (Heilmittelwerbegesetz) §14 ve AlmCK §§223 vd. düzenlenmiş olan suçlar kapsamında kişilerin cezai sorumluluğunu gerektirebilir.

Çalışmamızın asıl konusu olan, sosyal medya kullanıcılarının yalan haber nedeniyle cezai sorumluluklarını irdilemeden önce, Alman Sosyal Medya Kanunu’na (NetzDG) ilişkin genel açıklamalarda bulunmanın Türk okuyucu açısından yararlı olacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle aşağıda Alman Sosyal Medya Kanunu’na (NetzDG) ilişkin kısa ve genel bilgilere yer verilmiştir.

¹⁵ Soares, “Strafrechtliche Bekämpfung von Fake News? Zum Umgang der Kriminalisierungstheorie mit der Wahrheit,” 198.

I. ALMAN SOSYAL MEDYA KANUNU’NA (NetzDG) İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Alman Sosyal Medya Kanunu’nun uygulama alanı, Kanun’un 1. paragrafında sayılan belli bazı katalog suçlarla sınırlanmıştır. Söz konusu katalog suçlar: Alman Ceza Kanunu’nda yer alan demokratik hukuk devletini ve anayasal düzeni tehlikeye sokan suçlardan bazılarıyla suç işlemeye alenen teşvik (AlmCK §111), suç işleme tehdidinde bulunarak kamu barışını bozma (AlmCK §126), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (AlmCK §129) ve terör örgütü kurma (AlmCK §129a), halkı kin ve düşmanlığa tahrik (AlmCK §130) ve cebir tasviri yapma (AlmCK §131), suçu övme ve onaylama (AlmCK §140), dini inanç ve dünya görüşlerine, dini cemaatlere ve inanç gruplarına hakaret (AlmCK §166), çocuk pornografisi içeren ürünleri yayma, edinme veya bulundurma (AlmCK §184b); hakaret (AlmCK § 185), kötüleme (AlmCK §186), karalama (AlmCK §187), ölenin hatırasına hakaret (AlmCK §189), fotoğraf çekmek suretiyle özel hayatın gizliğinin ihlali (AlmCK §201a), tehdit (AlmCK §241) ve ispat bakımından önemli verilerde sahtecilik suçlarıdır (AlmCK §269).

Alman Sosyal Medya Kanunu’nda (NetzDG) hizmet sağlayıcıların, kullanıcıların paylaşımlarıyla bağlantılı olarak yerine getirmek zorunda oldukları hukuki yükümlülükler düzenlenmiştir. Kanunu’nun 1. paragrafında sayılan bu suç tiplerini karşılayan hukuka aykırı içerikler, internet ortamında sosyal medya aracılığıyla paylaşıldığında hizmet sağlayıcılar; içeriğe erişimi engellemek, ayrıca haklarında bir yıl içinde 100’den fazla şikâyet olan sosyal medya platformlarına ilişkin altı ayda bir rapor hazırlamak, bu raporu kendi sitelerinde fark edilecek şekilde yayınlamak ve soruşturma mercilerine bildirimde bulunmakla yükümlüdürler (NetzDG §2-(1)).¹⁶ Ayrıca sosyal medya hizmet sağlayıcıların Almanya’da bir ülke temsilcisi bulundurmaları da zorunludur (NetzDG §5).

Kanuna göre kullanıcıların paylaştığı içerikler katalog suçlardan birine uyuyorsa hizmet sağlayıcının hukuki yükümlülüğü doğar. Hizmet sağlayıcının

¹⁶ Ayrıca bkz. Bülent Kent, “Alman Hukukunda Sosyal Ağların Düzenlenmesi ve Alman Sosyal Ağ Kanunu,” 15-35; Matthias Cornils, “Präzisierung, Vervollständigung und Erweiterung: Die Änderungen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes 2021,” *NJW* (2021): 2471.

hukuki yükümlülüğünün doğması için, paylaşım içeriğinin katalog suçlardan birine uygun düşmesi yeterli olmakla birlikte, söz konusu paylaşım içeriğinin aynı zamanda yalan ya da yanıltıcı haber niteliğinde olmasına gerek yoktur.¹⁷ Paylaşımın içeriği doğru bile olsa, eğer katalog suçlardan birinin unsurlarını karşılıyorsa hizmet sağlayıcı Kanun gereği rapor hazırlamak, erişimi engellemek, içeriği kaldırmak ve bildirimde bulunmak zorundadır. Paylaşım içeriğinin suç olmasının yanında ayrıca yalan veya yanıltıcı bilgi içermesi de gerekmez. Bu durum, yalan haberle mücadelede Alman Sosyal Medya Kanunu'nun (NetzDG) etkinliğinin sorgulanmasına neden olmaktadır. Nitekim öğretilerde, Alman Sosyal Medya Kanunu yalan haberle mücadelede yetersiz kaldığı gerekçesiyle eleştirilmekte ve §1-(3)'de sayılan katalog suçların çok az bir kısmının "yalan haber" niteliğindeki içeriklerle ilintili olduğu ifade edilmektedir.¹⁸ Hatta öğretilerde Kanun'un (NetzDG) 1. paragrafının (3). bendinde yer alan düzenlemenin kanunilik ilkesine aykırı olduğunu söyleyenler de bulunmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre, §1-(3)'de yer alan katalog suçlara uygun düşen "hukuka aykırı içerik" ibaresi, belirlilik ilkesinin gereklerine aykırı, muğlak bir kavramdır.¹⁹

Öğretilerde hizmet sağlayıcının erişimi engellemek veya içeriği kaldırmak gibi hukuki yükümlülüklerinin doğması için, kullanıcının paylaştığı içeriğin katalog suçların objektif unsurlarını karşılamasının yeterli olup olmadığı ve ayrıca suçun subjektif unsuru olarak kastın varlığının araştırılmasına gerek olup olmadığı da tartışılmaktadır. "Hukuka aykırı içerik" kavramını NetzDG §1-(3)'de sayılan suç tiplerinin objektif unsurlarıyla tanımlayan ifadelerden yola çıkan bir görüşe göre: Bir sosyal medya kullanıcısının sanal ortamda yaptığı paylaşım katalog suçlardan

¹⁷ Tamina Preuß, *Fake News, eine phänomenologische, kriminologische und strafrechtliche Untersuchung* (Baden-Baden: Nomos, 2021) 114; Elisa Hoven ve Hubertus Gersdorf, *BeckOK Informations- und Medienrecht* ed., Hubertus Gersdorf ve Boris P. Paal (München: C. H. Beck, 2022), NetzDG §1, kn. 4.

¹⁸ Bernd Holznagel, "Phänomen "Fake News"-/Was ist zu tun? Ausmaß und Durchsuchungskraft von Desinformationskampagnen," *MMR* (2018): 21.

¹⁹ Marc Liesching, "Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG, Überblick über die wesentlichen Kritikpunkte," *MMR* (2018): 26- 27. Hukuka aykırı içerik konusundaki tartışmalara ilişkin olarak ayrıca bkz. Kent, "Alman Hukukunda Sosyal Ağların Düzenlenmesi ve Alman Sosyal Ağ Kanunu," 31ff.

birinin objektif unsurlarını karşılıyorsa hizmet sağlayıcının hukuki yükümlülüğü doğar. Hukuka aykırı içeriği hazırlayan veya başkasının ürettiği içeriği paylaşan sosyal medya kullanıcısının, söz konusu katalog suçlar açısından aynı kast veya taksirinin olup olmamasının hizmet sağlayıcının hukuki yükümlülüğü açısından bir önemi yoktur.²⁰ Aksi yöndeki görüşe göre ise; NetzDG § 1-(3)’de “katalog suçların tipiklik unsuruna uygun düşen ve herhangi bir hukuka uygunluk nedenine dayanmayan hukuka aykırı içerik” ifadesi kullanılmaktadır. Suç teorisinde sübjektif unsurların da tipiklik içerisinde mütalaa edildiği göz önünde bulundurulduğunda, hizmet sağlayıcının hukuki sorumluluğunun doğması için sosyal medya kullanıcısının paylaşımının katalog suçların sadece objektif unsurlarını gerçekleşmesi yeterli görülemez.²¹ Bu görüşte olanlar hizmet sağlayıcıların yükümlülüklerinin doğmasını, kullanıcı paylaşımlarının katalog suçların hem objektif hem de sübjektif unsurlarını karşılaması şartına bağlamaktadır.

Hizmet sağlayıcının katalog suçlar kapsamında kalan yalan haber niteliğindeki paylaşımları kaldırmasının veya bu haberlere erişimi engellemesinin yalan haberle mücadeledeki önemi yadsınamaz. Ancak içeriği suç teşkil eden paylaşımları yapanların veya bilerek bunları yayanların cezalandırılması, özel hukuk veya idare hukuku tedbirlerinden daha caydırıcı olacaktır.

Bu çalışmada “yalan haber” şerefe karşı işlenen suçlar ve tahrik suçları bağlamında incelenmiştir. Söz konusu suçları oluşturabilecek nitelikteki eylemler; tamamen uydurma haber yapılması veya haberde kişilerin gerçekte söylemediği sözleri söylediklerinin iddia edilmesi veya kişilerin yaptığı gerçek açıklamalara aslında hiç söylemedikleri şeylerin eklenmesi yani beyanlarına gerçek dışı ilaveler yapılması şeklinde ortaya çıkabilmektedir.

Sosyal medya kullanıcılarının yaptığı yalan haberler, şerefe karşı işlenen suçlar ve tahrik suçları dışında ayrıca suç uydurma suçuna (AlmCK §§145d) da vücut verebilir. Ne var ki suç uydurma suçuna Alman Sosyal Medya Kanunu

²⁰ Hoven ve Gersdorf, *BeckOK Informations-und Medienrecht*, 41.

²¹ Florian Höld, “Das Vorabentscheidungsverfahren nach dem neuen NetzDG Rechtliches Neuland bei der Bekämpfung von Kriminalität in sozialen Netzwerken”, *MMR* (2017): 792.

(NetzDG) §1-(3)'de sayılan katalog suçlar arasında yer verilmemiştir. Bu durumda bir kimse sosyal medyada veya internet ortamında gerçek dışı iddialarla suç uydurduğunda veya suç üstlendiğinde, hizmet sağlayıcının içeriği kaldırmak veya erişimi engellemek gibi bir yükümlülüğü doğmayacaktır. Bununla birlikte paylaşımın içeriği, AlmCK anlamında suç olmaya ve paylaşımı yapan veya yayan kişinin cezai sorumluluğunu gerektirmeye devam eder. Yani sosyal medyada suç uyduran veya suç üstlenen kişinin cezai sorumluluğu genel hükümler çerçevesinde belirlenmelidir. Bu çalışmanın konusu sosyal medya kullanıcılarının yalan haber nedeniyle AlmCK kapsamında cezai sorumlulukları olduğundan, "yalan haber" son olarak suç uydurma suçu (§145d AlmCK) açısından da irdelenmiştir.

II. KİŞİNİN SÖYLEMEDİĞİ SÖZLERİ SÖYLEMİŞ GİBİ (IN DEN MUND LEGEN) YANSITAN YALAN HABERLERİN ŞEREF KARIŞI İŞLENEN SUÇLAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Kişilerin onur, şeref ve saygınlığına karşı işlenen suçlar Alman Ceza Kanunu'nda hakaret (§ 185), kötöleme (§ 186) ve karalama (§ 187) olmak üzere üç ayrı paragrafta düzenlenmiştir. AlmCK §185'deki hakaret suçuyla §186'daki kötöleme suçunun TCK'daki karşılığı m. 125'de düzenlenmiş olan hakaret suçudur. AlmCK §187'deki karalama suçunu ise TCK m. 267'de yer alan iftira suçu kısmen karşılamaktadır. Zira karalama suçu (AlmCK §187) Alman Ceza Kanunu'nda şerefe karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir ve kişilerin onur, şeref ve saygınlığını koruma altına almaktadır. Ayrıca AlmCK §164'te bir kimse hakkında idari veya cezai takip yapılmasını sağlamak amacıyla gerçek dışı olgu isnat etmeyi cezalandıran başka bir suç tipi daha yer almaktadır. Bu suç tipiyle korunan hukuki değer ise adliyenin işleyiştir.²² Buna karşın, TCK m. 267'de düzenlenmiş olan iftira suçuyla hem adliyenin işleyişi hem de kişilerin onur, şeref

²² Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (München: C. H. Beck, 2013), §187, kn. 1.

ve saygınlıkları²³ korumaktadır. Bu nedenle TCK m. 267’deki iftira suçunun birden fazla hukuki değeri himaye ettiği genel olarak kabul edilmektedir. AlmCK’da iftira (§164) ve karalama (§187) suçlarıyla himaye edilen birbirinden farklı iki hukuki değer, TCK m. 267’de tek bir suç tipiyle koruma altına alınmıştır.

AlmCK’da düzenlenmiş olan kötüleme (§186) ve karalama (§187) suçları arasındaki temel fark ise failin mağdura isnat ettiği olgunun gerçek olmadığını bilip bilmemesine yani failin kastının kapsamına ilişkindir. Karalama suçunda fail, mağdura gerçek olmadığını bildiği bir olgu isnat eder. Isnat edilen olgunun gerçek olmadığı kesin olarak kanıtlanmış olmak ve fail bu olgunun gerçeğe aykırı olduğunu bilerek hareket etmek zorundadır. Bu açıdan karalama suçu sadece doğrudan kastla işlenebilir ve bu suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Mağdura isnat edilen fiil veya olgunun gerçek dışı olduğu kesin değilse, diğer bir ifadeyle gerçek olma ihtimali varsa AlmCK §187’de düzenlenmiş olan karalama suçu yerine AlmCK §186’daki kötüleme suçu oluşacaktır. Zira kötüleme suçunda da fail mağdura somut bir fiil veya olgu isnat eder. Ancak fail, mağdura isnat ettiği fiil veya olgunun gerçek olmadığı konusunda kesin bir bilgiye sahip olmamalıdır. Mağdura isnat edilen fiil veya olgunun gerçekliğinin şüpheli, kanıtlanamamış olması yeterlidir.²⁴ Buna göre fail, isnat ettiği olgunun gerçeğe aykırı olduğu konusunda kesin bilgiyle hareket ediyorsa karalama; failin fiil veya olgunun gerçeğe aykırılığı konusunda kesin bir bilgi sahibi olmayıp, bunun olasılık dahilinde olduğunu düşünmesi durumunda ise kötüleme suçu oluşur.²⁵

Karalama suçu açısından, isnat edilen olgunun gerçeğe aykırı olması tipikliğin objektif unsurlarındandır.²⁶ Isnat edilen olgunun gerçeğe aykırı olduğu ispat edilemediği takdirde, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince fail yalnızca daha

²³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 1365; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 1124; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 1170.

²⁴ Elisa Hoven ve Melena Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ *JuS* (2017): 1167; Fischer, *StGB*, §186, kn. 11.

²⁵ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ 1167.

²⁶ Urs Kindhäuser, *Strafrecht Besonderer Teil I* (Baden-Baden: Nomos, 2005), §24, kn. 2.

hafif ceza öngören AlmCK §186'daki kötüleme suçundan sorumlu tutulabilir.²⁷ Bu nedenle Alman ceza hukuku öğretisinde; kötüleme suçunun unsurlarını ihtiva etmekle birlikte, yalnızca doğrudan kastla işlenebilecek olması ve mağdurun ekonomik itibarını sarsacak nitelikteki gerçeğe aykırı fiil isnatlarını da seçimlik hareketler arasında sayması nedeniyle karalama suçunun, kötüleme suçunun nitelikli hali olduğunu kabul eden yazarlar da vardır.²⁸

Her üç suç tipinde de suçun hukuki konusu kişinin onur, şeref ve saygınlığıdır.²⁹ Federal Alman Temyiz (Mahkemesine (BGH) göre: *“Bir kimseye, itibarını sarsacak kusur veya noksanlık atfedildiğinde, şerefe karşı bir saldırı söz konusu olur. Sadece bir kimsenin onur kırıcı bir olgu veya değer yargısı isnâd edilerek kötülenmesi dahi, kişinin şerefinden kaynaklanan kendisine saygı gösterilmesini talep etmeye yönelik menfaatlerini zedeleyici nitelikte olup, hor görme, aşağılama ya da hiçe sayma şeklindeki tipik davranışlara vücut verir”*.³⁰

AlmCK'nun şerefe karşı suçları düzenleyen 14. bölümünde “şeref (die Ehre)” kavramı hiç kullanılmamış olmasına rağmen³¹, öğretide bu bölümde korunan hukuki değerın bireylerin onur, şeref ve saygınlığı olduğu tereddütsüz kabul edilmektedir. Ancak hukuki bir değer olarak şereften (die Ehre) ne anlaşılması gerektiği konusunda görüş ayrılıkları vardır. Öğretide sübjektif (fiili/ iç şeref), objektif (normatif/ dış şeref) ve karma teoriler öne çıkmaktadır.

²⁷ Kindhäuser, *Strafrecht Besonderer Teil I*, §24, kn. 2; Jörg Eisele ve Ulrike Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, ed. Adolf Schönke ve Horst Schröder (München: C. H. Beck, 2019) §187, kn. 2.

²⁸ Kindhäuser, *Strafrecht Besonderer Teil I*, §22, kn. 22.

²⁹ Reinhart Maurach, Friedrich-Cristian Schroeder, Manfred Maiwald, Andreas Hoyer ve Carsten Momsen, *Strafrecht Besonderer Teil, Teilband I, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte* (Heidelberg: C. F. Müller, 2019), §24, kn. 2; Eisele ve Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, Vor. zu §§185 ff, kn. 1; Kindhäuser, *Strafrecht Besonderer Teil I*, §22, kn. 1; Rudolf Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit* (München: C. H. Beck, 2005), §28, kn. 1; Philipp Regge ve Christian Pegel, *Münchener Kommentar zum StGB*, ed. Volker Erb ve Jürgen Schäfer (München: C. H. Beck, 2021), Vor. zu §185, kn. 7; “Onur, şeref ve saygınlık” kelimeleri Almanca “die Ehre” kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır.

³⁰ BGH NJW 1989, 3028 (3028).

³¹ Bkz. Maurach ve Diğerleri, *Strafrecht Besonderer Teil*, §24, kn. 2.

Sübjektif teoriye göre şeref: kişinin kendisine ilişkin sübjektif onur duygusu (iç şeref) ya da maddi dünyada varlığına ilişkin şöhreti olarak ifade edilen iyi bir üne sahip olma ve buna mündemiç varlığının farkında olmasına ilişkin bilinçtir (Geltungsbewusstsein).³² Kişinin kendisi hakkında, şerefli bir birey olduğuna dair iyi duygularıdır. Bu durumda kişinin kendisi hakkındaki onurlu, şerefli veya saygın bir birey olduğuna ilişkin hislerini yaralayan sözler, bu hukuki değeri ihlal edecektir.³³

Günümüzde sübjektif-fiili teori, şerefe karşı işlenen suçların hukuki konusunu tespitite yetersiz kaldığı gerekçesiyle kendisine taraftar bulamamaktadır.³⁴

Ağırlıklı olarak uygulamada, kısmen de öğretide³⁵ AlmCK §§185 vd. yer alan suçların hukuki konusuna ilişkin olarak karma teori benimsenmektedir. Uygulamada, AlmCK'nun 14. bölümünde düzenlenmiş olan suç tipleriyle hem fiili hem de normatif şerefin korunduğu kabul edilmektedir.³⁶ Karma (objektif/normatif-sübjektif/fiili)³⁷ teori şerefi; kişinin insan olmasından kaynaklanan iç şeref ve kişinin sosyal itibarını, iyi şöhrete sahip olma hakkını esas alan dış şeref olmak üzere iki yönü bulunan bir kavram olarak açıklamaktadır.³⁸ Bu teoriye göre, hakaret suçunun hukuki konusu iç şeref; kötüleme ve karalama suçlarının hukuki konusunu ise dış şereftir.³⁹

³² Eisele ve Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, Vor. zu §§185ff., kn. 1.

³³ Bkz. Maurach ve Diğerleri, §24, kn. 2.

³⁴ Eisele ve Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, Vor. zu §§185ff., kn. 1; Bkz. Maurach ve Diğerleri, *Strafrecht Besonderer Teil*, §24, kn. 3.

³⁵ Urs Kindhäuser, *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, Lehr- und Praxiskommentar* (Baden- Baden: Nomos Verlag Gesellschaft, 2015), Vor §§185-200, kn. 1; Karma teori Alman ceza hukuku öğretisinin eski hakim teorisidir. Bkz. Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II*, §28, kn. 2.

³⁶ BGHSt 1, 288; BGH 11, 67, 71; BGH 36, s.145.

³⁷ Bkz. Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II*, §28, kn. 2.

³⁸ Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II*, §28, kn. 2.

³⁹ Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II*, § 28 kn. 2; Eisele ve Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, Vor. zu §§185ff., kn. 1.

Bugün öğretide hakim olan objektif teoriye (normatif/ dış şeref) göre ise AlmCK §§185 vd.'da yer alan suçların hukuki konusu; insanın salt insan olmakla sahip olduğu değerden kaynaklanan, haiz olduğu maddi ve manevi bir varlık olarak tanınmasına, kabul edilmesine ilişkin menfaatıyla (Geltungswert) bundan kaynaklanan aşağılanmamaya, hor görülmemeye ilişkin talep hakkıdır.⁴⁰ Normatif şeref kavramı, şerefe yapılan saldırıda insan onurunu yegane ölçüt olarak görmemekte, bunun yanında ayrıca mağdurun kişisel onurundan kaynağını alan sosyal saygınlığını, itibarını da dikkate almaktadır.⁴¹ Buradan hareketle teorinin taraftarlarından bazıları şerefin sosyoloji tarafından şekillendirilen, ona bağlı bir kavram olduğunu kabul etmektedir.⁴² Objektif teoriye göre çocuklar, akıl hastaları veya temyiz kudreti olmayan kişiler de dahil olmak üzere herkes toplumun onurlu birer üyesi olarak şeref sahibidir ve herkesin şerefi hukuk tarafından aynı ölçüde korunmaya layıktır.⁴³ Şerefin sübjektif bir kavram olarak anlaşılması, küçük çocuklarla ayırt etme yeteneği gelişmemiş olan kişilerin hukuki korumadan yararlanamamaları gibi kabul edilemez bir sonuca yol açar. Bu kişiler, algıları gelişmemiş olduğundan kendilerine söylenen sözlerden etkilenmeyebilir. Objektif olarak onur kırıcı olsa bile bu sözler onların onur, şeref ve saygınlıklarına ilişkin hislerini incitmeyebilir. Bu durumda bu kişilerin onur, şeref ve saygınlıklarıyla, toplumdaki alingan bir bireyin onur, şeref ve saygınlığı eşit hukuki koruma görmez. Bu sonucun kabul edilmesi mümkün değildir. Her insanın onur, şeref ve saygınlığı eşit derecede hukuki korumayı hak eder ve her insan toplumun onurlu bir üyesidir.⁴⁴

Sosyal medyada görülen yalan haberlerin önemli bir kısmı, politikacıların gerçekte söylemedikleri sözlerin onlara atfedilmesi veya onlardan “uydurma

⁴⁰ Thomas Hillenkamp, “Anm. zu BGH 2 StR 662/88,” *NStZ* (1989): 528; Eisele ve Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, §187, kn. 1; Johannes Wessels ve Michael Hettinger, *Strafrecht Besonderer Teil 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte* (Heidelberg: C.F. Müller, 2016), kn. 464.

⁴¹ Bkz. Maurach ve Diğerleri, *Strafrecht Besonderer Teil*, §24, kn. 5.

⁴² Bkz. Maurach ve Diğerleri, *Strafrecht Besonderer Teil*, §24, kn. 5.

⁴³ Bkz. Maurach ve Diğerleri, *Strafrecht Besonderer Teil*, §24, kn. 6.

⁴⁴ Bkz. Maurach ve Diğerleri, *Strafrecht Besonderer Teil*, §24, kn. 6.

alıntılar” yapılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu konuda Bündnis 90/Yeşiler Partisi üyesi Renate Künast’a atfen yapılan yalan haber önemli bir örnektir. Söz konusu yalan haberde Künast’ın “*travmatize olmuş genç bir mülteci cinayet bile işlese, yine de ona yardım edilmelidir*” dediği iddia edilmiştir.⁴⁵ Ayrıca sosyal medyada Yeşiller Partisinin Almanya’da Hristiyan kültürünü ortadan kaldırma ve yerine yabancı bir kültür ikame etme amacı taşıdığı iddia edilerek, çok sayıda uydurma beyanat parti mensuplarınca söylenmiş gibi aktarılmıştır. Sosyal medyada Alman Yeşiller Partisi mensupları dışında, SPD ve CDU gibi diğer parti üyelerinin sözleri de çarpıtılarak veya gerçekte hiç söylemedikleri sözleri söyledikleri iddia edilerek kamuoyunda tepkiye yol açan, sansasyonel haberler yapılmıştır.⁴⁶

B. Kişinin Söylemediği Sözleri Söylemiş Gibi (in den Mund legen) Yansıtın Yalan Haberlerin Hakaret Suçu (§ 185 AlmCK) Kapsamında Değerlendirilmesi

AlmCK §185’e göre: “Hakaret suçu bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla ve aleni olarak, bir toplantıda ya da §11(III) kapsamında bir içeriğin yayılması veya maddi davranışlarla işlendiğinde iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıyla cezalandırılır.”

Paragrafta hakaret suçu düzenlenmiş, ancak hakareten ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Öğretide ve uygulamada ise hakaret; hor görmek, aşağılamak, hiçe saymak veya saygısız davranmak suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına yapılan saldırı olarak tanımlanmaktadır.⁴⁷

Hakaret suçu mağdura onur, şeref ve saygınlığı ihlal edecek nitelikte somut bir fiil isnat edilmesi veya mağdurun onur, şeref ve saygınlığına zarar veren bir değer yargısında bulunulmasıyla işlenebilir. Mağdurun şerefini ihlal eden olumsuz değer yargılarında bulunulması yani sövme eylemi açısından, eylemin mağdurun huzurunda gerçekleştirilmesiyle gıyabında gerçekleştirilmesi arasında suçun oluşması açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Her iki durumda

⁴⁵ Preuß, *Fake News*, 148.

⁴⁶ Bkz. Preuß, *Fake News*, 149.

⁴⁷ Eisele ve Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, §185, kn. 1

da fiil hakaret suçuna vücut verir.⁴⁸ Örneğin, A'nın B'ye "sen bir dolandırıcısın" demesi veya A'nın B'nin gıyabında C'ye "B bir dolandırıcı" demesi hakaret suçunu oluşturur.⁴⁹

Ancak hakaret suçunun somut fiil isnat edilerek işlenmesi yalnızca mağdurun huzurunda mümkündür. Mağdurun gıyabında fiil isnat edilerek hakaret suçunun işlenmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda suçun niteliği değişir ve kötüleme veya karalama suçlarından biri oluşabilir. Mağdurun yokluğunda yani gıyapta sövme eylemi ise hiçbir zaman AlmCK §186'daki kötüleme veya §187'deki karalama suçlarına vücut vermez.⁵⁰ Yani kötüleme ve karalama suçlarıyla hakaret suçu arasındaki temel fark, bu iki suçun sövmek suretiyle işlenememesi, mutlaka somut bir fiil veya olgu isnat edilerek işlenebilmesidir. Ayrıca her iki suçta da söz konusu somut fiil isnadının mağdurun şahsına karşı yani huzurunda değil, üçüncü bir kişi veya kişiler muhatap alınarak, mağdurun gıyabında yapılması gerekir.⁵¹ Kötüleme ve karalama suçlarında fail, gıyabında mağdura somut bir fiil veya olgu isnat eder veya başkalarınca mağdura yapılmış olan somut fiil veya olgu isnadını üçüncü kişilere aktarır. Kötüleme ve karalama suçlarında suçun mağduru ile onur kırıcı ithamları algılayan kişi aynı olamaz. Onur, şeref ve saygınlığı ihlal edilen mağdurla mağdur hakkındaki fiil isnadına vakıf olan kişi farklı olmak zorundadır. Buna karşın hakaret suçunda fail, mağdurun huzurunda onun şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki bir fiil isnadında bulunur ya da mağdurun huzurunda veya gıyabında olumsuz bir değer yargısını ortaya koyarak mağdura söver.⁵² Hakaret suçunda somut fiil isnadının mutlak surette huzurda yapılması gerekirken, sövme seçimlik hareketiyle hakaret suçu hem huzurda hem de gıyapta işlenebilir. Bir görüşe göre, kişilerin şerefine karşı işlenen bu üç suç tipinin düzenlenişi arasındaki fark, iç şeref ve dış şeref arasındaki ayırmadan

⁴⁸ Theodor Lammich, *Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts* (Berlin: Duncker & Humblot, 2022), 148.

⁴⁹ Bkz. Maurach ve Diğerleri, *Strafrecht Besonderer Teil*, §25, kn. 1.

⁵⁰ Lammich, *Fake News*, 148.

⁵¹ Lammich, *Fake News*, 148; Eisele ve Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, §185, kn. 1

⁵² Eisele ve Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, §185, kn. 1

kaynaklanmaktadır. İç şerefın yalnızca hakaret suçıyla, dış şerefın ise her üç suç tipiyle de himaye edildiği kabul edilmektedir.⁵³

Yalan haberlerin sosyal medya üzerinden naklinde, kişinin onur, şeref ve saygınlığına zarar verecek nitelikteki açıklamalar mağdurun huzurunda değil, gıyabında yapılmaktadır.⁵⁴ Mağdura yönelik sövme şeklindeki olumsuz değer yargılarını barındıran beyanların, üçüncü kişilerce algılanmasıyla hakaret suçu oluşacaktır.⁵⁵ Kötüleme ve karalama suçlarından farklı olarak hakaret suçu sadece fiil veya olgu isnadıyla değil, olumsuz bir değer yargısı içeren ifadelerle yani sövmek suretiyle de işlenebilmektedir.⁵⁶ Aslında bir yalan haber, aynı zamanda bir fiil veya olguya ilişkin beyan içerir. Zira yalnızca bir fiil veya olguya ilişkin açıklamalar gerçek veya yalan olabilir.⁵⁷ Bu nedenle sosyal medya üzerinden bir yalan haber yapılması, üçüncü kişiler nezdinde ve kural olarak olgusal beyanlarda bulunması suretiyle gerçekleştiğinden, bu tür eylemler hakaret suçundan ziyade kötüleme veya karalama suçları kapsamında değerlendirilmelidir.⁵⁸ Fail eğer haber içeriğinin gerçeğe aykırı olduğunu bilerek, yani doğrudan kastla hareket ediyorsa karalama, haber içeriğinin gerçek dışı olduğuna ilişkin kesin bir bilgiye sahip değilse kötüleme suçu oluşur. Mağdur hakkında gerçek dışı bir fiil veya olgu isnadı içeren haber sosyal medya üzerinden aleniyet kazandığı için her iki suçun da nitelikli hali gerçekleşir.⁵⁹

Yukarıda zikredilen bayan Künast’a ilişkin olay bu kapsamda değerlendirildiğinde: kullanıcı bir sosyal medya platformunda politikacının bir gazeteye belirli bir beyanatta bulunduğunu iddia etmiştir. Bu iddianın gerçek olup olmadığının ispatlanması ise mümkündür. Söz konusu haber bir olgu isnadı

⁵³ Lammich, *Fake News*, 148.

⁵⁴ Lammich, *Fake News*, 148.

⁵⁵ Lammich, *Fake News*, 148.

⁵⁶ Johannes Wessels ve Michael Hettinger, *Strafrecht Besonderer Teil I* (Heidelberg: C. F. Müller, 2012), §11, kn. 508.

⁵⁷ Lammich, *Fake News*, 148.

⁵⁸ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ 1167.

⁵⁹ Hoven, “zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda,” 720.

içermekte ve mağdurun huzurunda değil sosyal medya üzerinden yani mağdurun gıyabında gerçekleşmektedir. Mağdura gıyabında yapılan olgu isnadı AlmCK §185 anlamında tipik bir fiil olmadığından, bu yalan haberin hakaret suçu kapsamında cezalandırılması mümkün değildir.⁶⁰

Ancak yalan haberin aynı zamanda mağdur hakkında olumsuz değer yargılarını da içerir şekilde, mağdur aleyhine kamuoyu oluşturmak amacıyla yapılması durumunda, değer yargısı ve fiil veya olgu isnadının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği öğretide kabul edilmektedir. Buna göre, mağdur hakkında olumsuz bir değer yargısı ifade etmek, “yalan haberden” (fake news) ayrı bir nitelik taşıdığından esas itibarıyla “nefret söylemi” (hate speech) kapsamında incelenmelidir.⁶¹ Bu görüşü savunanalar, sosyal medyada yalan haber yapılması yoluyla hakaret suçunun işlenebilmesinin, ancak mağdurun bu açıklamayı algılaması, fiil isnadının huzurunda olması ve mağdurun bu isnadı onur kırıcı olarak algılamasıyla mümkün olduğunu kabul etmektedir. Yani bu görüşe göre, sosyal medya üzerinden yapılan yalan haberlerle bir kimse hakkında olumsuz değer yargılarında bulunmak hakaret suçu kapsamında değerlendirilmez.⁶² Gerçekten de yalan haberlerin yayılmasının arkasında yatan tipik motivasyon incelendiğinde, haberin mağdurun bilgisine ulaşmasının ancak göze alınan, kabullenilen bir tür “yan hasar” niteliğinde olduğu görülmektedir.⁶³ Bir yalan haberlerin yayılmasında mündemiç tehlikenin ise üçüncü kişilerin bundan haberdar olmasıyla söz konusu olduğu kabul edildiğinde, bir kimsenin gıyabında fiil veya olgu isnadının karalama veya kötüleme suçları kapsamında incelenmesi gerekir. Bu tür fiillerin AlmCK §185’te düzenlenen hakaret suçu kapsamında mütalaa edilmesi ise pratikte mümkün görünmemektedir.⁶⁴

⁶⁰ Bkz. Lammich, *Fake News*, 148.

⁶¹ Lammich, *Fake News*, 148, 149.

⁶² Lammich, *Fake News*, 149.

⁶³ Lammich, *Fake News*, 149.

⁶⁴ Lammich, *Fake News*, 149.

C. Kişinin Söylemediği Sözleri Söylemiş Gibi (in den Mund legen) Yansıtan Yalan Haberlerin Karalama (§ 187 AlmCK) ve Kötüleme (§ 186 AlmCK) Suçları Kapsamında Değerlendirilmesi

1. Karalama Suçu (§187 AlmCK)

AlmCK §187'ye göre: “Her kim, bir başkasına gerçek olmadığını bildiği halde onun onurunu, şerefini ve saygınlığını rencide edebilecek veya kamuoyu nezdinde aşağılayabilecek ya da ekonomik itibarına zarar verecek nitelikte bir fiil veya olgu isnat eder ya da yayarsa iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıyla cezalandırılır. Fiilin bir toplantıda veya içeriklerin yayılması suretiyle (§11/2) alenen gerçekleştirilmesi halinde beş yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur”.

Bir kimsenin söylemediği sözleri söylemiş gibi aktaran bir haber AlmCK §187'de düzenlenmiş olan karalama suçu kapsamında cezalandırılabilir. Ancak bunun için haberin; mağdura ilişkin olumsuz bir değer yargısı içeren sövme niteliğinde olmaması, fiil veya olgulara ilişkin bir beyan ihtiva etmesi, ayrıca kişinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edici nitelikte olması gerekir.⁶⁵ Fiil veya olgu kavramından anlaşılması gereken, sübjektif görüş ve beğenileri esas almayan, maddi olarak geçmişte veya şimdiki zaman itibarıyla gerçekleşmiş veya gerçekleşen, delil yoluyla ispatlanabilen hadiselerdir.⁶⁶

⁶⁵ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ (1168).

⁶⁶ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ (1168); olgu kavramı, “bilgi” kavramı ile (detaylı bilgi için bkz. Jean Nicolas Druey, *Information als Gegenstand des Rechts* (Zürich: Nomos, 1995), 6-20. karıştırılmamalıdır. Bilişsel bir fenomen olarak bilgi, ulaşmasıyla birlikte alıcısında algılanabilir bir değişikliğe yol açan ve en azından alıcısının bilişsel durumunda (Erkenntnis- und Wissensstand) ya da davranışlarında bir değişikliğe neden olmaya elverişli olan bildiri, mesajdır (Marius Prinz, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Informationsfreiheitsrecht* (Münster: Vannerdat OHG Münster 2015), 10). Bilgi, olgular hakkında ifadeler bütününden oluşmaktadır ve dilsel olarak kodlanmıştır; buna karşın olgular, bilginin konusunu oluşturan, kendisiyle ilişkili bulunduğu hususlardır. Yine bilgi isabetli ya da isabetsiz

Karalama suçunda mağdura onur, şeref, saygınlığını veya kamuoyundaki itibarını rencide edebilecek veya mağduru küçük düşürecek nitelikte gerçek dışı bir fiil veya olgu, bu niteliği bilinerek isnat edilir veya başkaları tarafından isnat edilmiş bir fiil veya olgunun gerçek olmadığı bilinmesine rağmen yayılması sağlanır. Böylece hukuki bir değer olarak kişinin onur, şeref ve saygınlığı ihlal edilmiş olur.⁶⁷ Mağdur hakkında yapılan gerçek dışı açıklamalar veya olgu isnatları mağdurun ekonomik itibarını sarsabilecek nitelikte olursa, bu durumda karalama suçunun malvarlığına karşı işlenen ikinci ortaya çıkış biçimi gerçekleşir. Bu olasılıkta, suçun hukuki konusu mağdurun malvarlığıdır.⁶⁸ Hakaret suçundan farklı olarak kötüleme ve karalama suçlarında, fiilin alenen veya AlmCK §11/3 anlamında basılı yayın yoluyla işlenmesi, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.⁶⁹

Yukarıda zikredilen örnek sosyal medya haberinde Alman politikacı Künast'ın söylediği iddia edilen sözler, her ne kadar "mültecilere yönelik yardım edilmesi gerektiği" yönündeki görüşünü aktarır gibi görünse de haberi yapan kişinin asıl amacı, Künast'a atfedilen bu görüşü aktarmak değil, politikacının bu açıklamayı *Süddeutsche Zeitung* ile gerçekleştirdiği bir röportajda söylediği iddiasını yaymaktır. Politikacının iddia edilen açıklamayı gerçekte yapıp yapmadığı ise ispatlanabilir, kanıtlanabilir bir olgudur. Söz konusu haber içeriğiyle politikacıya somut bir olgu isnat edildiğinden eylem kötüleme suçuna vücut verebilecek niteliktedir.⁷⁰

veya gerçek ya da yanlış olabilirken olgu, geçmişte yahut güncel zamanda gerçekleşmiş vakia ya da durumları konu almaktadır, bu anlamda gelecekte gerçekleşecek olan durum ve hadiseler hakkında olgu ifadesi kullanılamazken, bilginin geleceğe ilişkin olması mümkündür (Prognose, tahmin) (Eric Hilgendorf ve Carsten Kusche, *Kapitalmarktstrafrecht*, ed. Tido Park (Baden-Baden, Nomos, 2019), 663 kn. 10-12.

⁶⁷ Lammich, *Fake News*, 146.

⁶⁸ Lammich, *Fake News*, 146; Eisele ve Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, § 187 kn. 1; Regge ve Pegel, *Münchener Kommentar zum StGB*, Vor. zu §185, kn. 7.

⁶⁹ Lammich, *Fake News*, 148; Eisele ve Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, §185, kn. 1

⁷⁰ Hoven ve Krause, "Die Strafbarkeit der Verbreitung von 'Fake News'," 1168; Preuß, *Fake News*, 151.

Kişinin söylemediği sözleri söylemiş gibi aktaran bir paylaşımın karalama suçuna vücut verebilmesi için, paylaşımın veya haberin muhtevasının kişinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edici olmasının yanında, ayrıca nakledilen olgunun kişiyi aşağılayıcı ya da kamuoyu nezdinde küçük düşürücü nitelikte olması da gerekir.⁷¹ Esas itibariyle aşağılama ve küçük düşürme arasında objektif bir ayırım yapılamamaktadır. Şerefe kaşı işlenen suçlar açısından belirleyici olan, isnat edilen fiil veya olgunun mağdurun üçüncü kişiler nezdinde onur, şeref ve saygınlığını zedelemeye elverişli olup olmadığıdır.⁷² Bu açıdan yalan haberler, münferit bir kişi hakkında yapılmış olsa bile, nadiren açıkça onur kırıcıdır. Bu tür paylaşımlar veya haberler daha ziyade kamuoyunun bir kimse hakkındaki algısını etkilemek veya yönlendirmek amacıyla yapılmaktadır.⁷³

Örneğin bir politikacıya gerçekte alakası olmayan belli bazı görüşler veya fiiller atfedildiğinde, esas itibariyle bu kişinin politik duruşuna ilişkin toplumsal bir algı oluşturulmak istenir. Bir politikacının gerçekte söylemediği sözleri söylemiş veya yapmadığı eylemleri yapmış gibi aktarmadaki asıl maksat, genellikle politikacıya ve onun üyesi olduğu siyasi partiye verilen kamuoyu desteğini yani oy potansiyelini negatif yönde etkilemektir.⁷⁴ Dolayısıyla gerçekliği çarpıtılmış veya uydurulmuş alıntıların ne zaman mağduru kamuoyu nezdinde küçük düşürmeye elverişli olduğunun, ne zaman toplumun o kişi hakkındaki algısını etkilemeye yönelik olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Bu tespiti yapmak için, bir kişiye suç isnat edilmesinde olduğu gibi açıkça onur kırıcı hallerle; bir kişinin Müslüman ya da Yahudi olduğunun iddia edilmesinde olduğu gibi yalnızca bir görüşün veya değerlendirmenin bildirildiği ve açıkça cezalandırılmayan bir davranışın söz konusu olduğu durumlar arasındaki farktan hareket edilebilir.⁷⁵ Bir kişinin Müslüman ya da Yahudi olduğunun söylenmesini kişilerin onur, şeref ve saygınlığını ihlal eder nitelikte bir fiil olarak

⁷¹ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ 1168.

⁷² Hoven, “zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda,” 720.

⁷³ Hoven, “zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda,” 721.

⁷⁴ Hoven, “zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda,” 721.

⁷⁵ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ 1168.

değerlendirmek mümkün değildir. Zira böyle bir değerlendirme Anayasal koruma altında bulunan ayrımcılık yasağına (Art. 3 III GG) aykırıdır.⁷⁶

Nitekim bir doktorun çocuk düşürtme suçu bakımından ceza kanununun izin verdiği kürtaj işlemlerini gerçekleştirdiğinin söylendiği bir olayda, Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi (OLG Karlsruhe) de; “hukuken izin verilen bir davranışı gerçekleştirdiğine” ilişkin bir iddianın kişinin kamuoyu nezdinde küçük düşürülmesine neden olamayacağından hareketle, karalama veya kötüleme suçlarının oluşmadığına hükmetmiştir.⁷⁷ Mahkeme burada esas itibariyle maddi olarak kişinin kamuoyu nezdinde küçük düşmüş olmasını değil, hukuk düzeninin davranışa ilişkin değerlendirmesini esas almıştır. Bu anlamda kişinin onur, şeref ve saygınlığının ihlal edilip edilmediğinin tespitinde kamuoyunda yerleşmiş önyargılar veya negatif duygular göz önünde bulundurulmaz.⁷⁸

Künast’ın suç faili mülteciye yardım edilmesi gerektiğini söylediğinin iddia edildiği olayda da gerçek dışı olsa bile şüpheliye psikolojik ve tıbbi destek sağlanması gerektiğine ilişkin, esas itibariyle hukuk düzeninin izin verdiği bir eylem söz konusudur. Aksinin kabulü yani şüpheli olması nedeniyle bir kişiye tıbbi yardımda bulunulmasının reddedilmesi, en başta suçsuzluk karinesine, devletin bakım ve gözetim yükümlülüklerine aykırıdır.⁷⁹ Dolayısıyla bir politikacının kamusal bir yükümlülüğe işaret ettiğinin kendisine atfedildiği böyle bir yalan haber, katı normatif bir bakış açısıyla değerlendirilirse; politikacıya atfedilen fiilin yani söylemediği halde söylediği iddia edilen sözlerin, politikacının onur, şeref ve saygınlığı ihlal edici nitelikte olduğu söylenemez.⁸⁰

Ancak insan davranışlarının tamamı hukuken düzenlenmediği için katı normatif yaklaşımla her zaman isabetli sonuçlara ulaşılamayabilir. Zira normatif yaklaşım, hukuk düzeninin sınırları dışında kalan ve kişinin kamuoyu nezdindeki

⁷⁶ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ 1168.

⁷⁷ OLG Karlsruhe NJW 2005, 612 (613).

⁷⁸ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ 1168.

⁷⁹ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ 1168.

⁸⁰ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ 1168.

değerlendirilmesinde etkili olan ahlaki perspektifleri dışlamaktadır.⁸¹ Örneğin bir kimsenin boşanması ya da cinsel tercihinin toplumun genelinden farklı olması hukuka aykırı olmamakla birlikte, bu duruma ilişkin bir bilginin üçüncü kişilere nakledilmesi, muhatabı bakımından küçük düşürücü olabilir. Künast'ın olayında da hukuk nezdinde nötr olan bir olgunun muhatabını halkın gözünde küçük düşmeye elverişli olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü söz konusu uydurma alıntı her şeyden önce politik önceliklerin belirlenmesinde yanlış bir yaklaşıma işaret etmekte ve bahsi geçen politikacının; “faili mağdurdan daha fazla önemseydiği, mültecilerin suç işleme tehlikesini göz ardı eden bir bakış açısına sahip olduğu” izlenimi yaratmaktadır. Yabancı uyruklu suçlulara karşı böyle bir tutuma sahip olduğu yönündeki paylaşım ise Künast'ı bir siyasetçi olarak zayıf ve dolayısıyla yetersiz gösterip, küçük düşürecek niteliktedir. Bu anlamda söz konusu uydurma alıntının, politikacının itibarı üzerindeki somut etkileri dikkate alındığında, kişinin onur, şeref ve saygınlığını ihlale elverişli olduğu kabul edilebilir.⁸² Ancak Alman hukukunda yerleşik yargı içtihatları, hukuk düzeniyle uyumlu olgulara ilişkin iddiaları içermesi durumunda uydurma alıntılarının kişilerin onur, şeref ve saygınlığını ihlal edici nitelikte olmadığı yönündedir.⁸³

2. Kötüleme Suçu (§186 AlmCK)

AlmCK §186'ya göre: “Her kim, başkasının onur, şeref ve saygınlığını rencide edecek veya onun kamuoyu nezdinde aşağılanmasına neden olacak nitelikte, ancak gerçekliği ispatlanmamış bir fiil veya olgu isnat eder ya da böyle bir isnadı yayarsa bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır. Fiilin alenen veya içerikler yaymak (§11/3) suretiyle gerçekleştirilmesi halinde iki yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmedilir.”

Yukarıda da işaret edildiği gibi, bir kimseye gıyabında fiil veya olgu isnad ederek onur, şeref ve saygınlığını zedelemeye yönelik davranışlar kötüleme

⁸¹ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ 1168.

⁸² Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ 1168.

⁸³ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ 1169; Preuß, *Fake News*, 156.

suçuna vücut verir. AlmCK §186'da düzenlenen kötöleme suçu doğrudan veya en azından olası kastla işlenebilen bir suçtur. Failin suçun maddi unsurlarını bilerek ve isteyerek, en azından kabullenerek hareket etmesi gerekir. Bu durumda fail, bir kimseye isnat ettiği veya yayılmasını sağladığı fiil veya olgunun, o kişinin onur, şeref ve saygınlığına zarar verecek veya kişinin kamuoyunda aşağılanmasına neden olacak nitelikte olduğunu bilmesi ve bu niteliğini bilerek hareketi gerçekleştirmeyi istemesi gerekir. Fail ayrıca bu isnadın mağdur dışında üçüncü kişilerin bilgisine ulaştığını bilmeli ve istemelidir.⁸⁴

Karalama ve kötöleme suçları arasındaki en önemli fark, failin yaptığı haberde mağdura isnat ettiği fiil veya olgunun gerçek olmadığını bilip bilmemesi noktasında ortaya çıkar. Karalama suçunda failin isnat ettiği fiil veya olgunun gerçek dışı olduğuna ilişkin kesin bilgisi aranırken, kötöleme suçunda fail isnat ettiği fiil veya olgunun gerçek dışı olduğu konusunda kesin bir bilgiye sahip olmamalıdır. Bu noktada tereddüt uyandıran husus haberin gerçek olduğuna inanarak, haberin yalan olduğunu bilmeden yayan kişinin cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığıdır. Bir facebook kullanıcısı uydurma alıntıya yer verilerek politikacı Künast hakkında yapılan yalan haberi, haberin gerçek olduğunu düşünerek başkalarıyla paylaşır ve böylelikle yalan haberi yayarsa, bu eylem nedeniyle cezai sorumluluğunun olup olmadığı AlmCK §187'da düzenlenen karalama suçu kapsamında değil, AlmCK §186'da düzenlenmiş olan kötöleme suçu kapsamında değerlendirilmelidir.

Alman ceza hukuku doktrininde ve uygulamada hâkim olan görüşe göre; kötöleme suçunun oluşabilmesi için fail, mağdura isnat ettiği fiil veya olgunun gerçek dışı olduğunu kesin olarak bilmemelidir. Isnat edilen fiil veya olgunun gerçek dışı olması suç tipinde gösterilen unsurlarından biri değildir. Bu suçun düzenlendiği AlmCK §186'da yer alan "fiil veya olgunun gerçekliğinin ispatlanamamış olması" şartının objektif cezalandırılabilme şartı olup failin kastına dahil olmadığı kabul edilmektedir.⁸⁵ Bu kabulden hareket edildiğinde,

⁸⁴ Fischer, *StGB*, §185, kn. 13.

⁸⁵ Bkz. Hoven, "zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda," 725; Fischer, *StGB*, §186, kn. 13; Bkz. Maurach ve Diğerleri, *Strafrecht Besonderer Teil*, §24, kn. 31.

haberi iyiniyetli olarak yayan kişiler de haberin gerçek olduğu ispatlanamazsa cezalandırılacaktır. Bu ise haberi paylaşmadan önce dikkatli ve özenli davranıp, gerekli araştırmayı yapmış ve doğru olduğunu düşünerek haberi paylaşmış olsa bile failin, mağdura haberde isnat edilen fiil veya olgunun gerçekliğini ispatlayamadığı durumlarda cezalandırılacağı anlamına gelmektedir.⁸⁶

Doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre ise: Fail doğrudan kastla hareket etmez, ancak paylaştığı haberin doğru olup olmadığı üzerinde düşünmeden hareket eder ya da araştırma yapmayı ihmal ederse yaptığı paylaşım ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir.⁸⁷ Bu yaklaşım, paragrafın lafzi yorumundan hareket eden görüşlerin güncel sorunlara tatmin edici çözümler getiremediğini iddia eder. Sosyal medya kullanıcılarının cezai sorumluluğu belirlenirken farklı bir yaklaşımın ortaya konması gerektiği belirtilmektedir.⁸⁸ Bu görüşe göre: Örneğin Facebook uygulamasında başka bir kullanıcının paylaşımını “beğenmek” bile, AlmCK §186’da düzenlenmiş olan kötüleme suçu kapsamında cezalandırılabilir bir fiil olarak değerlendirilebilir. Zira, başkası tarafından hazırlanan ancak bir sosyal medya kullanıcısının beğenilen haber veya paylaşımlar dahi, kullanıcının bağlantı içinde olduğu diğer kullanıcılarının da ana sayfalarına düşmekte ve ağa bağlı bu kişilere de iletilmektedir. Ancak paylaşılan içeriğin gerçek olup olmadığının bireysel kullanıcılar tarafından denetlenmesi mümkün değildir. Aslında bireysel kullanıcıların böyle bir denetim yapma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Hatta kamuya mâl olmuş kişilerle ilgili haberler söz konusu olduğunda bile, paylaşılan içeriğin gerçek olup olmadığını değerlendirebilecek yeterli bilgi ve imkan bulunmamaktadır. Bir kimsenin ağına bağlı diğer kişilerle etkileşiminden doğan cezai sorumluluğunu sınırlandırmak, AlmCK §186 hükmünün uygulanma alanını failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışları ile kısıtlamakla mümkün olabilir. Doktrinde de savunulan bu görüşe göre kötüleme suçunun haksızlık muhtevasının karşılandığının kabulü,

⁸⁶ Bkz. Hoven, “zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda,” 726.

⁸⁷ Armin Steinbach, “Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld,” JZ 72, no. 13 (2017): 653, 656.

⁸⁸ Hoven, “zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda,” 727.

ancak failin söz konusu ifadenin gerçeğe aykırılığına ilişkin en azından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olması durumunda mümkündür.⁸⁹

III. YALAN HABERİN HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK (ALMCK §130) VE SUÇ UYDURMA (ALMCK §145D) SUÇLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Yalan haberler halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve suç uydurma suçları açısından da önemli bir sorundur. Bu suç tipleri açısından “bir kimsenin söylemediği sözleri söylemiş” gibi aktararak yapılan yalan haberlerden ziyade; “gerçekte hiç vuku bulmamış hadiselerin, olayların uydurulması” („das Erfinden von Vorkommnissen“) yani olmamış olayların olmuş gibi anlatılması suretiyle yapılan yalan haberler daha önemlidir. Zira bu tür haberlerin yapılmasındaki asıl amaç belli bir konuda kamuoyu oluşturmak, kamuoyunu etkileyip yönlendirmektir. Örneğin 2016 yılında Traunstein’da gerçekleşen bir olayda, bir Facebook kullanıcısı kendi hesabından “önceki akşam genç bir kadına 4 mülteci tarafından tecavüz edildiğini” bildiren bir gazete manşetine ait olduğu izlenimi veren bir görüntü paylaşır. Alman Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş olan şerefe karşı işlenen suçlarda fail, belirli bir kişiyi hedef almak ve bu kişiye yönelik rencide edici açıklamalarda bulunmak zorunda olduğundan, yukarıdaki örnek olay hakaret, kötülleme veya karalama suçları kapsamında değerlendirilemez. Söz konusu Facebook kullanıcısı yaptığı paylaşımında 4 mülteci bahsetmiş olsa da kendilerine suç isnat edilen kişilerin kimliği belli değildir. Mültecilerin kimliğine ilişkin bir bilgiye yer verilmemiştir. Örnekteki gibi belli bir kişi veya kişiler hedef alınmadan yapılan yalan haberler nedeniyle sosyal medya kullanıcılarının cezai sorumluluğuna ilişkin yapılacak değerlendirmede, şerefe karşı işlenen suçlar değil, halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve suç uydurma suçları dikkate alınmalıdır.⁹⁰

⁸⁹ Hoven, “zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda,” 726.

⁹⁰ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,” 1168; Preuß, Fake News, 156.

Aşağıda sosyal medya kullanıcıları tarafından yapılan veya yayılan yalan haberler bu iki suç tipi açısından incelenmiştir.

B. Yalan Haberin Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu (AlmCK §130) Açısından Değerlendirilmesi

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik, AlmCK §130’da düzenlenmiştir. Hükmün birinci fıkrasında kamu barışını bozmaya elverişli şekilde halkın bir kesimini diğer bir kesimi aleyhine kine tahrik etmek, cebri veya keyfi muameleler yapılması için çağrıda bulunulmasıyla halkın bir kesiminin aşağılanması veya iftira edilerek karalanması cezai yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre halkın bir kesimini milli, ırki, dini veya etnik kökeni nedeniyle halkın farklı bir kesimine karşı veya belirli bir gruba mensup bireylere karşı kine tahrik eden, cebri veya keyfi muameleler yapılması için çağrıda bulunan ya da bu tür bir gruba, halkın bazı kesimlerine veya bir gruba mensup olması dolayısıyla bireylere sövmek suretiyle onları küçük düşüren veya bilerek gerçek dışı bir fiil veya olgu isnat edip karalayarak insanlık onuruna saldırıda bulunan kişi cezalandırılacaktır. Milli, ırki, dini veya etnik kökenleri itibariyle farklı olduğu için hedef gösterilen grup fiilen Almanya’da yaşayan bir halk kesimi olmalıdır. Kiliselerin tüzel kişilikleri, Almanya Yahudi Cemaatleri Federasyonu Başkanlığı veya Alman Ordusu gibi kurum ve kuruluşlar bu madde anlamında bir halk kesimi veya toplumsal grup değildir.⁹¹ Hükümde yasaklanan fiiller kamu barışını bozmaya elverişli olmalıdır. Bu nedenle, AlmCK §130/1 somut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir.⁹²

Hükmün ikinci fıkrasında ise birinci fıkrada sayılan gruplara, halkın bir kesimine ya da sayılan bu gruplara veya halkın bu kesimine aidiyeti dolayısıyla bireylere karşı kine tahrik eden, cebri veya keyfi muameleler yapılması için çağrıda bulunan ya da bu kişilere söven, küçük düşürerek veya bilerek gerçek dışı fiil veya olgu isnad etmek suretiyle karalayan yazılı, sesli, görüntülü içerikleri yayan (AlmCK §11-III kapsamındaki içerikleri: Bu fıkraya gönderme yapan paragraflar açısından ses ve görüntü taşıyan aletler, veri kayıtları, resim ve sair

⁹¹ Fischer, *StGB*, §130, kn. 4.

⁹² Hoven, “zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda,” 728.

görüntü, yazı ile eşdeğer kabul edilmektedir), söz konusu içerikleri kamunun erişimine açık hale getiren veya 18 yaşından küçük bir kişiye bunları veren kimse, eylemlerin kamu huzurunu bozmaya elverişli olması şartı aranmaksızın⁹³ cezalandırılır. Böylece hükmün ikinci fıkrasında, bir soyut tehlike suçuna yer verilmiştir. İki fıkra arasındaki farklardan ilki, yasaklanan eylemler sonucu oluşan tehlikenin niteliğidir.⁹⁴ Ayrıca birinci fıkrada doğrudan fail tarafından halkı kin ve düşmanlığa tahrik amacıyla yapılan eylemler yaptırım altına alınırken, ikinci fıkrada başkaları tarafından hazırlanan içeriklerin halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmek amacıyla paylaşılması cezalandırılmaktadır.

Traunstein’da bir tecavüz olayının gerçekleştiği iddiasını içeren gazete manşetinin paylaşılmasına ilişkin olarak yapılacak değerlendirmede, ilk olarak paylaşımında bahsi geçen mültecilerin, AlmCK §130 anlamında bir halk kesimi olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Mülteciler milli, dini veya etnik kökeni itibariyle Alman toplumundan farklı bir halk kesimidir. Bu nedenle AlmCK §130’da sayılan halk kesimleri arasında yer almaktadır ve dolayısıyla normun koruma alanına girmektedirler. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından tipe uygun hareketler, belirli bir halk kesimine veya gruba ya da bu gruba aidiyeti nedeniyle belirli kişilere karşı kin ve nefret eylemlerini körükleme, teşvik etme gibi davranışlardır.⁹⁵ Muhatap aldığı kişilerin duygularında ya da zihninde objektif olarak nefret ve düşmanlık yaratmaya elverişli, sübjektif olarak ise salt reddetmenin ya da aşağılamanın ötesinde hedef alınan toplum kesimine karşı düşmanca bir tutum uyandırmayı ve yönlendirmeyi amaçlayan hareketler suç tipine uygundur.⁹⁶ Örneğin provoke edici, kışkırtıcı haber ve yazılar bu niteliktedir.⁹⁷

⁹³ Preuß, *Fake News*, 157.

⁹⁴ Hoven, “zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda,” 728.

⁹⁵ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,” 1169.

⁹⁶ Detlev Sternberg-Lieben ve Ulrike Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, ed. Adolf Schönke ve Horst Schröder (München: C. H. Beck, 2019) §130 StGB, kn. 5a; Preuß, *Fake News*, 158- 159.

⁹⁷ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,” 1169.

Bu noktada üzerinde durulması gereken hususlardan biri, görünüşte nötr olarak formüle edilmiş olan yalan haberlerin bu suç kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.⁹⁸ Kamu barışının tehlikeye düşürülmesi açısından, halkın belirli bir kesimine ya da bir gruba karşı kin ve nefret duygularının körüklenmesinin ne şekilde gerçekleştirildiğinin bir önemi yoktur. Bu nedenle görünüşte nötr formüle edilmiş olsa bile yalan haberler halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturabilir. Zira, tahrik etme veya kışkırtma kavramı; “bir başkasının iradesi üzerinde meydana getirilen şiddetli etki” şeklinde anlaşıldığında, davranışın sonucu ve arkasındaki niyetin belirleyici olduğunu, tahrik veya kışkırtmanın nasıl gerçekleştirildiğinin ise önem arz etmediğini kabul etmek gerekir.⁹⁹

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşabilmesi için aranan bir diğer şart da fiilin kamu düzenini bozmaya elverişli olmasıdır. AlmCK §130/I’de düzenlenen suç tipi bakımından: failin halkın bir kesimine, diğer bir kesimine karşı nefret eylemlerinde bulunmaları için yaptığı çağrının, somut olarak kamu huzurunu bozmaya elverişli olması gerekir. Suçun AlmCK §130/II’de düzenlenen halkın bir kesimine yönelik kin ve düşmanlığı tahrik eden içerikte yazı, görüntü veya resimlerin yayılması veya bu içeriklerin kamunun erişimine sunulması suretiyle işlenebilmesi için ise fiilin kamu düzenini bozmaya elverişli olması ve somut olarak kamu düzeninin tehlikeye düşmesi gerekmez.¹⁰⁰

Bu durumda failin, internet -ve dolayısıyla §130-II-Nr. 2 anlamında sosyal medya- üzerinden halkın bir kesimine karşı kin ve nefret uyandıran yalan haberleri yayması, kamu barışını bozmaya elverişli olup olmadığına bakılmaksızın AlmCK §130/II’de düzenlenmiş olan suçun oluşması için yeterlidir.¹⁰¹ AlmCK §130/I’de düzenlenen suç bakımından ise yalan haberin

⁹⁸ Preuß, *Fake News*, 159; Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ 1169.

⁹⁹ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ 1169; aynı yönde Preuß, *Fake News*, 159.

¹⁰⁰ Preuß, *Fake News*, 157.

¹⁰¹ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von ‘Fake News’,“ 1169.

nakledilmesi tek başına yeterli değildir. Bu haber aynı zamanda kamu barışını somut olarak bozmaya elverişli olması da gerekir.¹⁰²

Kamu düzeni veya kamu barışı kavramından anlaşılması gereken; objektif olarak hukuki güvenliğin varlığı, subjektif olarak toplum bilincinde huzur ve barış içinde yaşama düşüncesidir.¹⁰³ Tahrik veya kışkırtma kamu düzenini, kamu barışını bozmaya elverişli olmalı, nicelik olarak büyük bir grubunu muhatap almalı ve nitelik olarak da muhatap aldığı halk kesimi üzerindeki etkisi belli bir ağırlıkta olmalıdır.¹⁰⁴ Federal Alman Temyiz Mahkemesi 1. Ceza Dairesi, 2000 yılında verdiği bir kararda¹⁰⁵ internet üzerinden yapılan paylaşımların belirsiz sayıda kişiyi muhatap alması nedeniyle, nicelik itibarıyla kamu barışını bozmaya elverişli olduğunu kabul etmiştir. Ancak mahkeme kararında niteliğe ilişkin şartı yani bu paylaşımların muhatapları üzerindeki etkisinin ağır olması koşulunu göz ardı etmiştir.¹⁰⁶ Mahkemeye göre: İnternet üzerinden yapılan paylaşımlar kamunun erişimine açıktır ve bu paylaşımlar başka internet kullanıcıları tarafından da yayılarak ülke genelinde geniş bir kitleye ulaşabilir.¹⁰⁷ Federal Alman Temyiz Mahkemesinin 5. Ceza Dairesi ise 2007 yılında verdiği bir kararda, 1. Ceza Dairesinin içtihadını eleştirmiştir. 5. Ceza Dairesi'ne göre, internet ortamındaki hemen hemen her paylaşım herhangi bir kişi tarafından görülebilir. Bu nedenle fiilin kamu düzenini, kamu barışını bozmaya elverişli olması, iletinin başkalarınca görülme olasılığına, algılanabilir olmasına indirgenemez. Aksinin kabulü, fiilin kamu düzenini bozmaya elverişli olması şartının, kendine özgü hiçbir niteliğinin bulunmadığı anlamına gelir.¹⁰⁸

¹⁰² Hoven ve Krause, "Die Strafbarkeit der Verbreitung von 'Fake News'," 1169.

¹⁰³ Sternberg-Lieben ve Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, § 130 StGB kn. 8, 9.

¹⁰⁴ Hoven ve Krause, "Die Strafbarkeit der Verbreitung von 'Fake News'," 1169.

¹⁰⁵ BGH NJW 2001, 624 (626).

¹⁰⁶ Hoven ve Krause, "Die Strafbarkeit der Verbreitung von 'Fake News'," 1170.

¹⁰⁷ BGH NJW 2001, 624ff.

¹⁰⁸ BGH NSTZ 2007, 216, 217, kn. 11.

Doktrinde 1. Ceza Dairesi'nin bu görüşü kısmen kabul edilebilir olarak değerlendirilmektedir. Zira bir davranışa cezai müeyyidenin layık görülmesinin tipikliğin artan bir sıklıkla gerçekleştirilmesinden etkilenmeyeceği belirtilmiştir.¹⁰⁹ Buna göre suç tipinde mündemiç tehlikenin sosyal veya teknik gelişmeler sayesinde daha sık veya daha kolay gerçekleştirilebiliyor olması cezalandırılabilirlik şartlarının ortadan kaldırılmasına bir vesile olarak görülmemeli, aksine bu bağlamda esas itibariyle cezai müeyyidenin uygulanmasına yönelik özel bir ihtiyacın olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.¹¹⁰ Ancak her hâlükârda internette yayınlanan gönderiler bakımından bunların maddi anlamda herkesin erişimine açık olarak mı yoksa sınırlı bir kişi çevresine hitaben mi yayımlandığı göz önünde bulundurularak bir ayırım yapılmalıdır.¹¹¹

Traunstein'da mültecilerin bir kişiye karşı cinsel saldırı suçunu işledikleri konusunda yapılan paylaşımda, paylaşımın mülteci suçluluğu gibi son derece hassas ve kutuplaştırıcı bir meseleye ilişkin olduğu, bu konudaki toplumsal tartışmaların şiddetli reaksiyonlara yol açtığı göz ardı edilmemelidir. Bu açıdan söz konusu paylaşımın kamu barışını, kamu düzenini bozmaya elverişli olduğu kabul edilebilir. Bununla birlikte, mülteci suçluluğu konusunda internette çok sayıda haber yapılması, bu haberlerin halkın dilinde olması ve bazı haberlerin arada kaybolup gidecek, dikkat çekmeyecek nitelikte olabileceği de dikkate alınmalıdır.¹¹² Ayrıca son zamanlarda medyada yalan haberlere çok sık rastlanması nedeniyle artık insanların yalan habere karşı daha duyarlı oldukları ve Traunstein'daki Facebook kullanıcısının paylaşımını da böyle değerlendirmiş olabilecekleri göz önünde bulundurulmalıdır. Paylaşımın somut olarak kaç kişiye ulaştığı, üslubu, içeriğinin gerçek bir haberin özgünlüğünü taşıyıp taşımadığı, gerçek bir habere ne kadar benzediği gibi hususlar da önemlidir. Netice itibariyle AlmCK §130/1'deki fiilin kamu barışını, kamu düzenini bozmaya elverişli olup

¹⁰⁹ Hoven, “zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda,” 729.

¹¹⁰ Hoven, “zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda,” 729.

¹¹¹ Preuß, *Fake News*, 161.

¹¹² Hoven, “zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda,” 729.

olmadığına ilişkin değerlendirme tüm bu etkenler dikkate alınarak somut olay özelinde yapılmalıdır.¹¹³

AlmCK §130/1 açısından kamu düzenini bozmaya somut elverişlilik şartının gerçekleşmediği kabul edildiğinde; AlmCK §130/II'de yer alan içerik yayımı yoluyla kişilerin belirli bir gruba ya da bu gruba mensup kişilere karşı nefrete teşvik edilmesi yoluyla suçun işlenip işlenemeyeceğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. İnternette yayınlanan gönderilerin AlmCK §11/III anlamında bu suç tipi bakımından aranan içerik niteliğinde olduğu açıktır. Traunstein'daki olayda sosyal medya kullanıcısının paylaştığı içeriğin, muhatap aldığı kişilerin duygularında ya da zihninde objektif olarak elverişli ve sübjektif olarak salt reddetmenin ya da aşağılamanın ötesinde hedef alınan kesime karşı düşmanca bir tutum uyandırmayı ve yönlendirmeyi amaçlayan etki¹¹⁴ niteliğinde olduğu ve bu suça vücut verdiği kabul edilmelidir.¹¹⁵

Tamamen gerçek dışı, kurmaca olay ve fiiller uydurarak yapılmış olan yalan haberlerin bu nitelikleri bilinerek yayılmasının, AlmCK §130'da düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturabileceği açık olmakla birlikte, somut olayın maddi koşullarından kaynaklanan çeşitli yorum problemleriyle karşı karşıya kalınması da ihtimal dahilindedir. Yine politik kararlar, uluslararası ilişkiler, ekonomik gelişmeler, doğal afetler, insanlık dramları veya zorunluluk hali niteliğindeki durumlarla iklim değişikliği veya çevrenin korunması gibi belirli kişilerle ilişkilendirilmemiş haberlerin AlmCK §130'de düzenlenmiş olan halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu kapsamında değerlendirilemeyeceğine de dikkat edilmelidir.¹¹⁶

¹¹³ Preuß, *Fake News*, 162.

¹¹⁴ Sternberg-Lieben ve Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, § 130 StGB, kn. 5a; Preuß, *Fake News*, 158, 159.

¹¹⁵ Preuß, *Fake News*, 162.

¹¹⁶ Preuß, *Fake News*, 162.

C. Yalan Haberin Suç Uydurma Suçu (AlmCK §145d) Kapsamında Değerlendirilmesi

Tamamen gerçek dışı, kurmaca olay ve fiiller uydurarak yapılmış olan yalan haberler, son olarak suç uydurma suçu açısından incelenmelidir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (AlmCMK-StPO) §§152-160 hükümlerinde düzenlenen *soruşturmanın mecburiliği (kanuniliği)*¹¹⁷ ilkesi gereğince, suçun işlendiğine dair somut delile dayanan yeterli şüphe varsa savcılık makamı soruşturma başlatmak zorundadır.¹¹⁸ AlmCK §145d hükmüyle polisin ve yetkili organların yetkisiz olarak harekete geçmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.¹¹⁹ Bu suç tipiyle ayrıca koruyucu ve önleyici nitelikteki resmi organların korunması amaçlanmaktadır.¹²⁰

AlmCK §145d hükmüne göre; işlenmediğini bildiği halde resmi makamlara ya da suç ihbarlarını kabul etmeye yetkili olan mercilere hukuka aykırı bir fiilin işlenmiş olduğunu bildiren kişi, suç uydurma suçu nedeniyle cezalandırılacaktır.¹²¹ Traunstein'daki olay suç uydurma suçu kapsamında değerlendirildiğinde, failin soruşturma mercileriyle doğrudan irtibata geçerek bir ihbarda bulunduğu söylenemez.¹²² Ancak suç uydurma suçunun işlendiğinin kabulü için, failin olası kastla hareket etmesi, bu anlamda yaptığı paylaşımın yetkili mercilerin bilgisine ulaşabileceğini öngörmüş ve bu olasılığı göze alınmış,

¹¹⁷ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta, 2021), 123.

¹¹⁸ Werner Beulke ve Sabine Swoboda, *Strafprozessrecht* (Heidelberg: C. F. Müller, 2018), kn. 113, 311; Başlangıç şüphesi “tahmin” derecesini aşan, fiilin işlendiğine dair emarelerin, somut olguların var olduğu halde söz konusu olan şüphedir (Beulke ve Swoboda, *Strafprozessrecht*, kn. 114, Tablo 3). Alman hukukunda şüphe dereceleri ve soruşturmanın mecburiliği hakkında ayrıca bkz. Urs Kindhäuser, *Strafprozessrecht* (Baden- Baden: Nomos, 2016), kn. 21; Claus Roxin ve Bernd Schünemann, *Strafprozessrecht* (München: C. H. Beck, 2017), §14, kn. 1ff.

¹¹⁹ Preuß, *Fake News*, 162, 163; Edward Schramm, “Zur Strafbarkeit des Versendens von Pseudo-Milzbrandbriefen,” *NJW* (2002): 421.

¹²⁰ Sternberg-Lieben ve Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, §145d StGB, kn. 1.

¹²¹ Preuß, *Fake News*, 163.

¹²² Preuß, *Fake News*, 163

kabullenmiş olması yeterlidir.¹²³ Başka diğer deyişle, failin söz konusu fiilin gerçekleştirilmediği hususunda özel kasta sahip olması gerekirken, yaptığı bildirim yetkili mercilerin bilgisine ulaşıp ulaşmayacağı hususunda olası kasta sahip olması yeterlidir.¹²⁴ Failin belirsiz sayıda kişinin erişimine açık olarak paylaşım yaptığı hallerde yetkili mercilerin bu bildirimden haberdar olacağına ilişkin olası kastla hareket ettiği kabul edilir.¹²⁵ Buna karşın failin yalnızca sınırlı sayıda kişiyle, bir arkadaş grubuna hitaben paylaşım yaptığı durumlarda, somut olay özelinde bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği ayrıca incelenmelidir.¹²⁶

Suç uydurma suçu kapsamında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da bu suçun, yetkili mercilerin uydurma fiil veya olaydan haberdar oldukları anda tamamlanacak olmasıdır.¹²⁷ Bu noktada yetkili mercilerin hataya düşüp düşmediği ya da bildirim ciddiye alıp almadığı veya gerekli tedbirlere başvurulup başvurulmadığı suçun tamamlanması açısından önemsizdir.¹²⁸ Ancak yetkili mercilerin asılsız bir paylaşım üzerine, gereksiz yere harekete geçirilmiş olması, cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.¹²⁹

Suç uydurma suçunun oluşabilmesi için, uydurulan suça ilişkin şüphenin belirli bir kişiye yöneltmiş olması şart değildir;¹³⁰ gerçekte işlenmemiş bir suça ilişkin şüphe yaratılması ya da mevcut şüphenin güçlendirilmesi yeterlidir.¹³¹

¹²³ Preuß, *Fake News*, 163.

¹²⁴ Brian Valerius, *BeckOK Strafgesetzbuch*, ed. Bernd von Heintschel-Heinegg (München: C. H. Beck, 2023) §145d, kn. 23, 24; Hoven ve Krause, "Die Strafbarkeit der Verbreitung von „Fake News,“ 1170.

¹²⁵ Preuß, *Fake News*, 163; Hoven ve Krause, "Die Strafbarkeit der Verbreitung von „Fake News,“ 1170.

¹²⁶ Preuß, *Fake News*, 163.

¹²⁷ Sternberg-Lieben ve Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, §145d StGB, kn. 23; Valerius, *BeckOK StGB*, §145d StGB, kn. 26.

¹²⁸ Sternberg-Lieben ve Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, §145d StGB, kn. 23.

¹²⁹ Sternberg-Lieben ve Schittenhelm, *Strafgesetzbuch*, §145d StGB, kn. 23.

¹³⁰ Preuß, *Fake News*, 163.

¹³¹ Valerius, *BeckOK StGB*, §145d StGB, kn. 4.

Suçun oluştuğundan söz edebilmek için ex-ante bakış açısından uydurulan fiilin soruşturma işlemlerini yürütmekle görevli kişilerin -gerçekte yetkisiz olarak- harekete geçmesini sağlamaya elverişli olması gerekir.¹³²

Suç uydurma suçuna ilişkin bu bilgiler ışığında Traunstein'daki olay değerlendirildiğinde doktrinde savunulan bir görüşe göre; sosyal medya platformu Facebook'ta yapılan paylaşım soruşturma mercilerini harekete geçirecek netlikte değildir. Söz konusu paylaşım müphem ve belirsiz olduğundan suç uydurma suçuna vücut vermez.¹³³ Bu görüş doğrultusunda, paylaşımın aldatıcı, yanıltıcı nitelikte olmadığı ya da failin buna ilişkin bir kastının bulunmadığını söylenebilir.¹³⁴

Ancak doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre; Facebook kullanıcısının yaptığı paylaşımda somut olarak yer ve tarih bilgisi verilmiştir. Ayrıca somut olayda adli kolluk soruşturmaya başlamış ve soruşturma işlemlerini yapmıştır. Ex-ante bakış açısıyla yapılacak değerlendirmede, sosyal medya kullanıcısının yaptığı gerçek dışı paylaşımın aldatıcı nitelikte olduğu ve dolayısıyla suç uydurma suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerekir.¹³⁵

SONUÇ

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki her yalan haberin içeriği suç olmadığı için internet ortamında yapılan yalan haberlerin genel olarak Alman Ceza Kanunu kapsamında cezalandırılması mümkün değildir. Ancak içeriği itibariyle Alman Ceza Kanununda düzenlenmiş olan suç tiplerine uyduğu ve kanunda koruma altına alınan hukuki değerleri ihlal ettiği ölçüde yalan haberlerin cezalandırılması mümkündür.

Bu noktada belirtilmesi gereken bir diğer husus da yalan haberlerin yapılması ve yayılmasının müstakil bir ceza normu ile yaptırım altına alınmasına gerek olup

¹³² Valerius, *BeckOK StGB*, §145d StGB, kn. 5; Preuß, *Fake News*, 163.

¹³³ Hoven ve Krause, “Die Strafbarkeit der Verbreitung von „Fake News,“ 1170.

¹³⁴ Preuß, *Fake News*, 164.

¹³⁵ Preuß, *Fake News*, 164.

olmadığı hususudur. Her ne kadar TCK m. 217/A ile yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu yaptırım altına alınmış bulunsa da bu hükmün her türlü yalan ya da yanıltıcı bilgiyi kapsamadığına dikkat edilmelidir. Zira normatif düzenleme yalnızca “ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili” yanıltıcı bilgiye ilişkin olduğu gibi bilginin alenen yayılmasını ve halk arasında endişe, korku veya panik yaratılması saikiyle fiilin gerçekleştirmesini gerektirmektedir. Bu anlamda ilgili düzenleme başta özel kişilere ilişkin olanlar olmak üzere birçok türdeki gerçeğe aykırı haber veya bilgiyi kapsamamaktadır. Öte yandan her türlü gerçeğe aykırı haberin yapılması veya yayılmasının ceza normu ile yaptırıma tabi tutulması da ceza hukukunun ultima ratio niteliği göz önünde bulundurulduğunda isabetli görünmemektedir. Zira bu davranışlarla bireylerin onur, şeref ve saygınlıklarının ihlal edildiği düşünüldüğünde halihazırda mevcut olan düzenlemelerin neden yetersiz kaldığı, başka bir hukuki menfaatin ihlal edildiği ileri sürüldüğünde bunun hangi hukuki menfaat olduğu ve özel hukuk normlarının bu ihlali karşılaşmakta neden yetersiz kaldığı izaha muhtaçtır. Nitekim Alman kanun koyucunun da bu tür davranışları müstakil bir ceza normu ile yaptırıma tabi tutan bir düzenleme yoluna gitmemiş olması da bu tereddütlerin Alman hukukunda da giderilememiş olduğunu göstermektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar, bu çalışmada çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu çalışma için etik kurul onayı gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has not declared whether ethical committee approval is required for this research.

KAYNAKÇA

- Beulke, Werner ve Sabine Swoboda. *Strafprozessrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 2018.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta, 2021.
- Cornils, Matthias. “Präzisierung, Vervollständigung und Erweiterung: Die Änderungen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes 2021.” *NJW* (2021): 2465-2471.
- Druey, Jean Nicolas. *Information als Gegenstand des Rechts*. Zürich: Nomos, 1995.
- Fischer, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München: C. H. Beck, 2013.
- Hilgendorf, Eric ve Carsten Kusche. *Kapitalmarktstrafrecht*. Ed. Tido Park. Baden-Baden: Nomos, 2019.
- Hillenkamp, Thomas. “Anm. zu BGH 2 StR 662/88.” *NStZ* (1989): 528-529.
- Holznagel, Bernd. “Phänomen “Fake News” -’Was ist zu Tun? Ausmaß und Durchsuchungskraft von Desinformationskampagnen.” *MMR* (2018): 18-22.
- Hoven, Elisa. “zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda.” *ZStW* 129, no. 2 (2017): 718-744.
- Hoven, Elisa ve Hubertus Gersdorf. *BeckOK Informations-und Medienrecht*. Ed. Hubertus Gersdorf ve Boris P. Paal. München: C. H. Beck, 2022.
- Hoven, Elisa ve Melena Krause. “Die Strafbarkeit der Verbreitung von „Fake News.” *JuS* (2017): 1167-1170.
- Höld, Florian. “Das Vorabentscheidungsverfahren nach dem neuen NetzDG
Rechtliches Neuland bei der Bekämpfung von Kriminalität in sozialen Netzwerken.” *MMR* (2017): 791-795.
- Kent, Bülent. “Alman Hukukunda Sosyal Ağların Düzenlenmesi ve Alman Sosyal Ağ Kanunu.” *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Bilişim Hukuku Dergisi* 2, no. 1 (2020): 1-46.
- Kindhäuser, Urs. *Strafrecht Besonderer Teil I*. Baden-Baden: Nomos, 2005.
- Kindhäuser, Urs. *Strafprozessrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2016.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

- Kontoğlu, Sena. "Alman Sosyal Medya Kanunu." *Küresel Bakış*, no. 34 (2018): 143-150.
- Lammich, Theodor. *Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 2022.
- Liesching, Marc. "Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG, Überblick über die wesentlichen Kritikpunkte." *MMR* (2018): 26-30.
- Maurach, Reinhart, Friedrich-Cristian Schroeder, Manfred Maiwald, Andreas Hoyer ve Carsten Momsen. *Strafrecht Besonderer Teil, Teilband I, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*. Heidelberg: C. F. Müller, 2019.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Preuß, Tamina. *Fake News, eine phänomenologische, kriminologische und strafrechtliche Untersuchung*. Baden-Baden, Nomos, 2021.
- Prinz, Marius. *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Informationsfreiheitsrecht*. Münster: Vannerdat OHG Münster, 2015.
- Regge, Philipp ve Christian Pegel. *Münchener Kommentar zum StGB*. Ed. Volker Erb ve Jürgen Schäfer. München: C. H. Beck, 2021.
- Rengier, Rudolf. *Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*. München: C. H. Beck, 2005.
- Roxin, Claus ve Bernd Schünemann. *Strafprozessrecht*. München: C. H. Beck, 2017.
- Schramm, Edward. "Zur Strafbarkeit des Versendens von Pseudo-Milzbrandbriefen." *NJW* (2002): 419-421.
- Smith, Robert Brian, Mark Perry ve Nucharee Nuchkoom Smith. "Fake News in ASEAN: Legislative Responses." *Journal of ASEAN Studies* 9, no. 2 (2021): 117-137.
- Soares, Hugo. "Strafrechtliche Bekämpfung von Fake News? Zum Umgang der Kriminalisierungstheorie mit der Wahrheit." İç. *Strafrecht und Demokratie*, ed. Lukas Staffler, Gian Ege, Oliver Jany, Luisa Lichtenberger, Adrés Payer, Luca Ranzoni, Franziska Reinicke, Theresa Schweiger ve Dimitrios Tsilikis, 179-199. Baden-Baden: Nomos, 2023.
- Steinbach, Armin. "Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld." *JZ* 72, no. 13 (2017): 653-661.

- Sternberg-Lieben, Detlev ve Ulrike Schittenhelm. *Strafgesetzbuch*. Ed. Adolf Schönke ve Horst Schröder. München: C. H. Beck, 2019.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Turhan, Engin. “Von der Äußerungsfreiheit in der Türkei und dem neuen Straftatbestand der Desinformation als ein Negativbeispiel für Gesetzgebung.” *ZfiStw* 1 (2023): 35-43.
- Valerius, Brian. *BeckOK Strafgesetzbuch*. Ed. Bernd von Heintschel-Heinegg. München: C. H. Beck, 2023.
- Wessels, Johannes, Werner Beulke ve Helmut Satzger. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Heidelberg: C. F. Müller, 2018.
- Wessels, Johannes ve Michael Hettinger. *Strafrecht Besonderer Teil I*. Heidelberg: C. F. Müller, 2012.
- Wessels, Johannes ve Michael Hettinger. *Strafrecht Besonderer Teil 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*. Heidelberg: C.F. Müller, 2016.
- Wiacek, Martin. *Strafbarkeit rechts motivierter Cyberkriminalität im sozialen Netzwerken*. Baden-Baden: Nomos, 2019.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KENDİSİ veya BAŞKALARI BAKIMINDAN ÖNEMLİ TEHLİKE YARATAN KİŞİLERE YÖNELİK ZORUNLU PSİKİYATRİK MÜDAHALE ve TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN BİR ÖNERİ

*Mandatory Psychiatric Intervention in Comparative Law for
Persons Who Pose a Significant Danger to Themselves or
Others and a Proposal for Turkish Law*

Nagehan KIRKBEŞOĞLU*

Duygu KOÇAK DİKER**

Öz

Psikiyatrik bozukluklara sahip kişilerin, zorunlu psikiyatrik müdahaleye tabi tutulabilmesi hukuk ve tıp biliminin ortak bir sorunu olarak uzun zamandır tartışılmaktadır. Çalışmamızda psikiyatrik bozukluklara sahip


* Doç. Dr, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, Fethiye İşletme Fakültesi, nagehanhukuk@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-8243-3034.

** Dr. Öğrt. Üyesi, Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, duygu.kocak@kocaeli.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-6915-5236.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 11.05.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 20.05.2024.

Atf/Citation: Kırkbeşoğlu, Nagehan ve Duygu Koçak Diker. "Karşılaştırmalı Hukukta Kendisi veya Başkaları Bakımından Önemli Tehlike Yaratan Kişilere Yönelik Zorunlu Psikiyatrik Müdahale ve Türk Hukuku Bakımından Bir Öneri." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024):747-828.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

kişilerin, Türk Hukukunda zorunlu psikiyatrik müdahaleye tabi tutulabilmeleri için aranması gereken şartlara ilişkin bir öneri tasarlanmıştır. Öneride zorunlu psikiyatrik müdahalenin kapsamı, psikiyatrik bozuklukları sebebiyle müdahaleye rıza ehliyeti bulunmayan ve kendisi veya başkaları bakımından önemli tehlike yaratan ergin kişiler ile sınırlı tutulmuştur. Bu bağlamda küçükler ve alkol veya uyuşturucu madde bağımlıları kapsam dışında bırakılmıştır. Psikiyatrik bozukluklara sahip kişiler, TMK'nin çeşitli hükümlerinde, akıl hastaları ve akıl zayıfları olarak ifade edilmekte ise de günümüz tıp literatürü ve karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri doğrultusunda, bu kavramların bütün psikiyatrik bozuklukları kapsamadığı ve rıza ehliyetine mutlak şekilde etki etmedikleri kabul edilen bir gerçektir. Bu nedenle incelememizde bu kavramlar yerine daha geniş anlama sahip ve tıp otoritelerince (*WHO, APA*) kullanılan terminoloji tercih edilmiş ve psikiyatrik bozukluklar başlığı altında zihinsel bozukluk ve kişilik bozukluklarına yer verilmiştir. Psikiyatrik bir bozukluk sebebiyle özgürlüğü kısıtlanan kişilere yönelik zorunlu psikiyatrik müdahalenin hangi şartlar altında mümkün olduğu karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ele alınarak tartışılmış ve Türk Hukuku bakımından TMK m. 432 hükmü ile düzenlenen koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması hükümleri çerçevesinde bir öneri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Zihinsel Bozukluk, Kişilik Bozukluğu, Zorunlu Psikiyatrik Müdahale, Rıza Ehliyeti

Abstract

Mandatory psychiatric intervention is a broad concept that includes the concepts of diagnosis or health protection, as well as interventions for curative purposes. In our law, there are discussions in the doctrine regarding the application of mandatory psychiatric intervention within the scope of Article 432 of the TCC. In our study, the scope of mandatory psychiatric intervention in terms of the person consists of adults who do not have the capacity to consent to the intervention due to psychiatric disorders and who pose a significant danger to themselves or others. Therefore, minors and alcohol or drug addicts are excluded. Persons with psychiatric disorders are referred to as mentally ill and mentally weak in Article 432 of the TCC. However, today's medical

literature and comparative law regulations have abandoned these concepts. As a matter of fact, the concepts of mental illness and mental weakness do not cover all psychiatric disorders and it is accepted that they do not have an absolute effect on the capacity to consent. For this reason, the terminology used by medical authorities (*WHO, APA*), which has a broader meaning, is preferred in this study and mental disorders and personality disorders are included under the title of psychiatric disorders. In this framework, the conditions under which mandatory psychiatric intervention is possible for adults with psychiatric disorders are discussed by considering the regulations in comparative law and a proposal is presented within the framework of the provisions of restriction of liberty for protection purposes regulated by Article 432 of the TCC in terms of Turkish Law.

Keywords: Mental Disorder, Personality Disorder, Mandatory Psychiatric Intervention, Consent Capacity

GİRİŞ

Kişinin beden bütünlüğüne onun rızası olmaksızın dokunulması kural olarak mümkün değildir. Beden bütünlüğüne yönelik olması nedeniyle tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi, kural olarak kişinin rızasının varlığına bağlıdır. Tıbbi müdahalenin konusu anayasa ile teminat altına alınmış hayat, sağlık ve beden bütünlüğünden oluşan temel hak ve özgürlükleri kapsadığı için bu değerlere rıza olmaksızın müdahale edilmesi Anayasada belirlenen şartların varlığı halinde ve kanuni düzenleme yapılması halinde mümkündür (AY m. 13, 17). Türk Hukukunda, yalnızca psikiyatrik bozukluklara bağlı olarak, zorunlu psikiyatrik müdahale yapılabilmesi, maddi hukuk ve usul hukuku bakımından özel olarak düzenleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Psikiyatrik bozuklukların, karmaşık yapısı ve ayırt etme gücüne olan etkisinin değişkenliği, bu tür durumlarda yapılacak müdahalelerde çoğu zaman kanuni düzenlemelerin yetersizliği nedeniyle sorunlarla karşılaşılmasına neden olmaktadır. Hukukumuzda TMK m. 432 ve 6284 sayılı Kanun m. 5/I, b.1 hükümlerinin zorunlu psikiyatrik müdahalenin kanuni dayanağını oluşturup oluşturmadığı tartışılan bir meseledir.

İnceleme konumuzun sınırları içinde Anayasal düzenlemelerimiz ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde yer alan ilkeler göz önünde bulundurularak, Türk Hukukunda psikiyatrik bir bozukluğa sahip kişinin kendisinin veya üçüncü kişilerin korunması amacıyla iyileştirme amaçlı zorunlu psikiyatrik müdahalenin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Karşılaştırmalı hukukta yer alan çözümler doğrultusunda, TMK m. 432 ile düzenlenen koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması hükümleri çerçevesinde zorunlu psikiyatrik müdahalenin şartlarını içeren bir kanun hükmü önerisi tasarlanmıştır. Bu doğrultuda önerdiğimiz zorunlu psikiyatrik müdahalenin şartları sırasıyla, kişinin bir psikiyatrik bozukluğunun bulunması, kişiye müdahale edilmemesi durumunda kendisi veya başkaları bakımından önemli tehlike meydana gelecek veya mevcut tehlikenin devam edecek olması, psikiyatrik bozukluğu nedeniyle müdahaleye rıza ehliyetinin bulunmaması, her iki durumun da resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmesi ve hâkim kararının varlığı olarak belirlenmiştir.

Zorunlu psikiyatrik müdahale ile kişinin kendisi veya başkaları bakımından yarattığı tehlike tehdidinin ya da gerçekleşen tehlikenin tekrarlanmasının önlenmesi ve bu sayede psikiyatrik bozukluğu olan kişinin veya başkalarının korunması amaçlanmaktadır. Hem kişiye kısmen veya tamamen sağlıklı bir yaşama kavuşma ve karar verme yeteneğini kazanması konusunda imkân tanınarak, kişinin kendi kaderini belirme hakkını kullanabilmesi sağlanabilecek hem doğrudan tehlikesinin yöneldiği kişilerin temel hak ve özgürlükleri korunabilecektir. Ayrıca önerinin kanunlaşması halinde TMK m. 432 hükmü kapsamında psikiyatrik bir bozukluk sebebiyle kuruma alınan kişilerin, rıza ehliyetlerinin olmaması halinde onlara uygulanacak geçici olmayan ve iyileştirme amaçlı psikiyatrik tıbbi müdahaleler yasal dayanağa kavuşacaktır.

I. TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA VE RIZA ARANMAKSIZIN YAPILAN MÜDAHALELER

A. Genel Olarak

Tıbbi müdahale, HHY m. 4/g hükmü uyarınca, “Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişimdir”.¹ Tanımdan anlaşılacağı üzere yalnızca tedaviden ibaret olmayıp kapsamına teşhis veya koruma, bakım ve rehabilitasyon şeklinde örnekleyebileceğimiz sağlığı koruma amaçlı girişimler de girmektedir. Söz konusu girişimler kural olarak doğrudan müdahalede bulunan kişinin yararına hizmet etmelidir. Ancak kanunda özel olarak düzenlenen bazı durumlarda, kişinin doğrudan kendi yararına olmayan tıbbi müdahaleler de söz konusu olmaktadır. Örneğin üçüncü kişilerin yararına organ, doku, kan nakli yapılması, somut uyuşmazlığın aydınlatılabilmesi için yargılama hukukunda delillerin toplanması ya da kişinin iradesi ile gebeliğin sonlandırılması veya sterilizasyon ya da nüfus planlaması amacıyla yapılan müdahaleler, müdahalede bulunulan kişi için teşhis, tedavi ve sağlığın korunması amacına yönelik değillerdir.²

Beden bütünlüğüne yönelik tüm müdahaleler, kişinin yararına olsa bile kural olarak hukuka aykırı olup kişilik hakkına saldırı niteliği taşımaktadırlar.

¹ Çeşitli tanımlar için bkz. Cem Baygın ve Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri – I, Başlangıç Hüükümleri ve Kişiler Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2022), 459; Eda Demirsoy Aşıkoğlu, “Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no.35 (2018): 320; Özge Yücel, “Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar,” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 79, no.2 (2021): 444 vd.; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no.3 (2003): 58-59; Işıl Güney Tunalı, *Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 52 vd.; Emel Badur, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017), 34, 38-39.

² Konu hakkında bkz. Güney Tunalı, *Tıbbi Müdahale*, 59 vd., 64; Badur, *Tıbbi Müdahale*, 27, 45 vd. Yargılama hukukunda delillerin toplanması amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler, rıza aranmayan tıbbi müdahaleler kategorisindedir.

(AY m.12, 17, TMK m.23-24).³ Beden bütünlüğüne yönelik müdahalelerin bir türü olan tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi, yetkili sağlık personeli tarafından, hukuken öngörülen amaçlara yönelik olarak ve hastanın aydınlatılmış rızası alınarak gerçekleştirilmesine bağlıdır (AY m.17, TMK m.23, TŞSİK m. 70, HHY m. 31/I).⁴ Hukuken öngörülen amaçlara yönelik olma, kişinin beden bütünlüğüne yalnızca hukuk düzeninin izin verdiği müdahalelerin yapılabileceği anlamına gelir (HHY m. 12, TDT m. 13).⁵ Bunlar başta kişinin yararına olan veya kişinin yararına olmasa bile kanunda uygulanmasına izin verilen müdahalelerden oluşmaktadır. Müdahalenin hukuka uygunluğu için diğer bir şart kişinin aydınlatılmasıdır (HHY m. 31/I).⁶ Kişinin kendi kaderini belirleme hakkının bir görünümü olan rıza, tıbbi müdahalelere özgü bir geçerlik şartı olan aydınlatma sonrası beyan edilmelidir (HHY m. 31/I). Kişinin

³ Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C. II* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), N.524, 531; Güney Tunalı, *Tıbbi Müdahale*, 223; Thomas Geiser, "Medizinische Zwangsmassnahmen bei psychisch Kranken aus rechtlicher Sicht," *Recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, no.3 (2006): N.1.3; Mercan Yüksel Orhun, "Ağrı Çeken Hastanın Rıza Ehliyetine İlişkin Koblenz Yüksek Eyalet Mahkemesi Kararı'nın Çeviri ve Değerlendirmesi (5 U 463/14 Sayı ve 01.10.2014 Tarihli Karar)," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no.1 (2016): 359, 369. Beden bütünlüğü ile kişinin fiziki ve ruh bütünlüğünün kastedildiği yönünde bkz. Fulya Erlüle, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 141 vd.; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (İstanbul: Filiz, 2021), N.579, 583. YRG., HGK., E. 2015/966 K. 2018/764 T. 11.4.2018 "Bedensel bütünlük eş deyişle vücut bütünlüğü kavramının fizik bütünlük yanında ruhsal bütünlüğü ve sağlığı da kapsadığı tartışmalıdır". Erişim tarihi, 21 Nisan, 2024. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2015-966-k-2018-764-t-11-4-201>.

⁴ Güney Tunalı, *Tıbbi Müdahale*, 224-225; Duygu Koçak Diker, "Çocuklara Yönelik Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no.1 (2023): 223.

⁵ Güney Tunalı, *Tıbbi Müdahale*, 331; Koçak Diker, "Tıbbi Müdahale," 223.

⁶ Baygın ve Nar, *Kişiler Hukuku*, 463; Dural ve Ögüz, *Kişiler Hukuku*, N.541; Demirsoy Aşıkoğlu, "Tıbbi Müdahale," 321; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, N.586; Ozanoğlu, "Aydınlatma," 58, 60; Saibe Oktay-Özdemir, "Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği," İç. Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 2 (İstanbul: On İki Levha, 2010): 1323.

beden bütünlüğüne müdahale edilmesi, hukuk düzeninin sınırları içinde kalması şartıyla ve rıza ile mümkündür (AİHS m.2-5, TMK m.23-24/II, TŞİSK m. 70, HHY m 24, AY m.12, 17).⁷ Tarafı olduğumuz İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi⁸ m. 5 hükmünün, tıbbi müdahalenin kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabileceği yönündeki düzenlemesi, iç hukukumuzda TŞİSK m. 70/I ve HHY m. 24/I-II hükümlerinde ifadesini bulmuştur.

B. Rıza Ehliyeti

Tıbbi müdahalenin kişinin serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul edilmesini anlatan rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanımı niteliğinde tek taraflı bir hukuki işlemidir (HHY m. 4/h).⁹ Bu nedenle geçerliliği, kişinin rıza ehliyetinin varlığına bağlıdır. Rıza ehliyetinin asgari şartı, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasıdır. Müdahalenin önemini, yapılmasının veya yapılmamasının sonuçlarını anlama ve buna göre karar verebilme yeteneğine sahip kişilerin, müdahale bakımından ayırt etme gücünün ve dolayısıyla rıza ehliyetinin bulunduğu sonucuna varılır.¹⁰ Tıbbi müdahale konusunda ayırt etme gücüne sahip kişi aynı zamanda kısıtlı da değilse müdahaleye tek başına rıza verebilir. Rıza ehliyeti bulunmayanlar ise müdahalenin önemini, yapılmasının veya yapılmamasının sonuçlarını anlama ve buna göre karar verebilme yeteneğine sahip olmayanlar ile bu yeteneğe sahip olsalar bile kanun gereği kendilerine ancak kanuni temsilcinin rızasıyla veya rızanın alınmadığı hallerde mahkeme kararı ile müdahale edilebilen küçük veya kısıtlılardan oluşmaktadır (TMK m. 346, 487). İlk grup tıbbi müdahale konusunda ayırt etme

7 Geiser, "Psychisch Kranken," N.1.3; Güney Tunalı, Tıbbi Müdahale, 224; Baygın ve Nar, Kişiler Hukuku, 458; Dural ve Öğüz, Kişiler Hukuku, N.532; Demirsoy Aşıkoğlu, "Tıbbi Müdahale," 320; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, N.585.

8 Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin onaylanması, 3.12.2003 tarih ve 5013 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur. RG., T.20.4.2004, S.25439.

9 Dural ve Öğüz, Kişiler Hukuku, N.532; Oktay Özdemir, "Rıza," 1323.

10 Yüksel Orhun, "Rıza Ehliyeti," 359; Oktay Özdemir, "Rıza," 1326.

gücü bulunmayanlardır. Bu kişilerin yaşam, sağlık ve beden bütünlüğü haklarının korunması için onlara yönelik tıbbi müdahalelerde de kanuni temsilcilerinin rızası aranacaktır.¹¹ Nitekim ayırt etme gücü bulunmayanlar, Biyotıp Sözleşmesinin m. 6/I-II-III hükmünde, muvafakat verme yeteneği bulunmayanlar olarak ifade edilmiş ve bu kişilere doğrudan yararlarının bulunması şartı ile kanuni temsilcilerinin rızası ya da kanuni temsilin söz konusu olmadığı hallerde belirli kurumların izni ile tıbbi müdahale uygulanabileceği kabul edilmiştir. Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlılar bakımından ise kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tek başına kullanabilmesini düzenleyen TMK m. 16 hükmüne, TŞSİK m. 70/I ile istisna getirilmiştir (TMK m. 16). TŞSİK m. 70/I hükmünde, küçük veya kısıtlılara yönelik tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi onların ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kanuni temsilcisinin rızasına bağlanmıştır.¹² HHY m. 24/II uyarınca, kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımının sağlanacağı

¹¹ Tam ehliyetsiz adına rızanın gerçek anlamda rıza değil, üstün yarar olduğu yönünde bkz. Oktay Özdemir, "Rıza," 1324, 1326.

¹² TMK m. 16/II uyarınca ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının kişiye sıkıya bağlı haklarını tek başına kullanabileceği düzenlenmişse de bu kurala TŞSİK m. 70/I hükmünde istisna getirilmiş ve ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına bakılmaksızın küçük ve kısıtlılara yönelik tıbbi müdahalelerin kanuni temsilcinin rızası ile yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu durum doktrinde eleştirilere neden olmuş ve hükmün anlamı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Anılan görüşler için bkz. Oktay Özdemir, "Rıza," 1335-1336; Sibel Adıgüzel, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no:19 (2014): 960-961; Hayrunnisa Özdemir, "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü," *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XII, no:3-4 (2008): 364; Dural ve Öğüz, *Kişiler Hukuku*, N.533; Rona Serozan, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku* (İstanbul: Vedat, 2015), 444; Zafer Kahraman, "Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no:1 (2016): 480; Zarife Şenocak, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası," *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no.4 (2001): 74, 79-80; Ayça Çakal, *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza* (Ankara: Seçkin, 2018), 89-90.

öngörülmüştür. Hükümde açıkça küçük veya kısıtlının katılımından bahsedilmesi, rıza verme ehliyetlerinin olmadığına işaret etmektedir.¹³ Bu doğrultuda tıbbi müdahale konusunda ayırt etme gücü bulunan küçük veya kısıtlıların tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti bulunmamaktadır (HHY m. 24/I).¹⁴ Hukukumuzda rıza ehliyeti bulunmayanlara yapılacak tıbbi müdahalelere kanuni temsilcinin rıza beyanında bulunmaması halinde, TMK m. 346 veya 487 hükümleri uyarınca alınacak mahkeme kararı ile müdahale edilebilecektir.

C. Rıza Aranmaksızın Yapılan Müdahaleler

1. Genel Olarak

Kişinin beden bütünlüğüne onun rızası olmaksızın dokunulması kural olarak mümkün değildir.¹⁵ Kural bu olmakla birlikte, istisnai hallerde

¹³ Hükümde açıkça küçük ve kısıtlının katılımından bahsedilmesi ile kanuni temsilcinin rızasının esas alındığı yönünde bkz. Oktay Özdemir, "Rıza," 1326.

¹⁴ HHY m. 24/I, son cümlesinde yer alan "*Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz*" şeklindeki ifade, yalnızca acil halleri kapsayacak şekilde daraltılmalıdır. Bkz. S. Hülya İmamoğlu, "Hukuki Açıdan, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no.3-4 (2012): 36; Nil Karabağ Bulut, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi," *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, no.2 (2020): 545; S. Hülya İmamoğlu, "İsviçre Medeni Kanununun Tıbbî Tedbirlerde Temsil Hakkındaki Yeni Hükümlerine Bakış," *e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, no.132 (2013): 16. Erişim tarihi, 24 Nisan, 2024. <https://www.e-akademi.org/makaleler/imamoglu.makale.pdf>.

¹⁵ Müdahalenin rıza, kişinin üstün özel yararı veya bir kanun hükmü ile haklı kılınmadıkça hukuka aykırı olacağı yönünde bkz. Peter Breitschmid ve Silvia Pfannkuchen-Heeb, *Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB – Partnerschaftsgesetz*, in *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, ed. Ruth Arnet, Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo (Zurich: Schulthess, 2023), Art. 434, N. 1; Olivier Guillod, *Erwachsenenschutz*, in *FamKomm*, Art. 426-439, ed. Andrea

müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için rıza şartı aranmamaktadır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için kişinin rıza beyanında bulunmasının aranmadığı veya ret beyanında bulunmasına rağmen müdahalenin uygulanmasına izin verildiği hallerde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale söz konusu olur.¹⁶ Hemen belirtmek gerek ki, karşılaştırmalı hukukta, rıza aranmayan tıbbi müdahaleler arasında önemli bir nüans bulunmaktadır. Şöyle ki bir kısım tıbbi müdahaleler, kişinin rıza ehliyeti bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, kanuni şartların oluşması ile doğrudan uygulanır. Bu noktada hekimin, kişinin rıza ehliyeti bulunup bulunmadığını araştırma yükümlülüğü yoktur. Hukukumuzda bu duruma örnek olarak TMK m. 436/I, b. 6, UHK m. 72 hükümleri gösterilebilir. Diğer bir kısım tıbbi müdahalelerde ise öncelikle kişinin rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığını araştırılmalıdır. Hekimin, kişinin rıza ehliyetinin bulunmadığı sonucuna varması halinde ise müdahalenin uygulanması söz konusu olmaktadır. Şöyle ki önerimizde yer alan TMK m. 432 kapsamında bir kuruma yerleştirilmiş olup da psikiyatrik bozukluğu sebebiyle kendisi veya başkaları bakımından önemli tehlike yaratan kişilere yönelik zorunlu psikiyatrik müdahalelerde, hekim öncelikle kişinin rıza ehliyetinin var olup olmadığını değerlendirmelidir.¹⁷ Kişinin müdahale bakımından rıza ehliyeti bulunmaması halinde önerimizde yer alan diğer şartların da gerçekleşmesiyle psikiyatrik müdahale, rıza aranmaksızın yapılabilir. Her iki tür rıza aranmaksızın tıbbi müdahalede de

Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Lauba ve Martin Stettler, (Bern: Stämpfli, 2013), Art. 434, N. 2; Gérard Niveau, *Erwachsenenschutz*, in FamKomm, Allgemeine Einleitung, ed. Andrea Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Lauba ve Martin Stettler, (Bern: Stämpfli, 2013), *Allgemeine Einleitung*, N. 2; Dural ve Ögüz, *Kişiler Hukuku*, N.524, 531; Geiser: "Psychisch Kranken," N.1.3; Yüksel Orhun, "Rıza Ehliyeti," 359, 369. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, N.579, 583, 585.

¹⁶ Anılan durumları zorunlu tıbbi müdahale olarak adlandıran yazarlar için bkz. Özge Demir, Yaşam Hakkı Açısından Özellik Arz Eden Tıbbi Müdahaleler ve Hukuki Boyutları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2023, 80; Hakan Hakeri ve İpek Sevda Söğüt, "Tıp Hukuku Açısından Bulaşıcı Hastalıklar," *Adalet Dergisi* 147, no.64 (2020): 60; Hakan Hakeri, *Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı*, (Ankara: Seçkin, 2023) 179.

¹⁷ Öneri için bkz. V.B.

kanuni şartların oluşmasına rağmen kişi müdahaleye direniyor veya davranışları ile reddettiğini açıkça ortaya koyuyorsa, kendisine zorla müdahale edilmesi söz konusudur. Bunun içindir ki rıza aranmaksızın yapılabilen tıbbi müdahaleler, doktrinde zorla veya zorunlu tedavi olarak adlandırılmaktadır.¹⁸ Ezcümle, rıza aranmaksızın tıbbi müdahalelerin, bir kısmı başlangıçta rıza ehliyetinin olup olmadığından bağımsız şekilde kanuni şartların oluşması ile kişiye doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Diğer kısmında ise kişinin rıza ehliyeti olup olmadığı mutlaka değerlendirilmelidir (ZGB m. 434). Bu tür müdahalelerde, kişiye rızası alınmaksızın müdahale edilebilmesi için rıza ehliyetinin bulunmadığının tespit edilmiş olması zorunlu tıbbi müdahalenin esaslı unsurlarındandır. Bu son türün tanımı yapılırken kişinin geçerli rıza beyanında bulunmadığı haller ifadesi ile rıza ehliyetinin bulunmadığı durumlar kastedilmektedir.¹⁹ Oysa açıkladığımız diğer hallerde kişinin rıza ehliyeti bulunsun bile müdahale uygulanabilir. Anılan farklılıktan bağımsız olarak her iki durumda da kişi kanuni şartların oluşmasına rağmen müdahaleye direniyorsa, kendisine zorla tıbbi müdahale uygulanabilir. Dolayısıyla bu hallerde tedaviyi red hakkı bulunmamaktadır (HHY m. 25).

¹⁸ Çeşitli kullanımlar için bkz. Mustafa Alper Gümüş, "Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)," *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no.2 (2004): 205; Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz, 2024) N. 2182; Nermin Azgın, *Zorla Tıbbi Müdahale*, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020, 53 vd.; Hale Gündüz, *Psikiyatri Hastasının İstemsiz Tedavi Edilmesi* (İstanbul: Legal, 2023), 3; Kemal Saruhan, "Psikiyatri Hastasının İstemsiz Yatışı/Tedavisi," *Ankara Barosu Dergisi* 81, no.4 (Cumhur 100. Yıl Özel Sayısı Ekim 2023): 507; Demir, *Tıbbi Müdahale*, 80; İmamoğlu, "Zorla Tedavi," 31; Karabağ Bulut, "Salgın Hastalık," 540; Mehmet Dağlı, *Emsal İçtihatlarla Türk Medeni Hukukunda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması* (Ankara: Turhan, 2011), 87-88; Burak Yakan, *Türk Medeni Kanununda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması* (Ankara: Adalet 2023) 98 vd.; Müleyke Çevik, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması ve Zorla Tedavi*, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2023: 10 vd.; Hakeri ve Söğüt, "Bulaşıcı Hastalıklar," 60; Hakeri, *Tıp ve Sağlık Hukuku*, 179.

¹⁹ Zorla tedavi olarak ifade eden ve kişinin açıkladığı iradesine karşı veya en azından geçerli bir rıza olmaksızın uygulanan müdahaleler olarak tanımlayan yazarlar için bkz. İmamoğlu, "Zorla Tedavi," 31; Karabağ Bulut, "Salgın Hastalık," 547.

Çalışmamızda yer alan önerimiz doğrultusunda rıza aranmaksızın yapılabilen psikiyatrik müdahaleler, kişinin rıza ehliyetinin bulunmadığının tespit edilmesi halinde söz konusu olabilen ve tedavinin reddedilmesi halinde zorla uygulanabilen ikinci kategoride yer almaktadır. Dolayısıyla zorunlu psikiyatrik müdahale ifadesini seçmemizin sebebi bu nedenledir.

2. Kanuni Düzenleme

Tıbbi müdahalenin konusu anayasa ile teminat altına alınmış hayat, sağlık ve beden bütünlüğünden oluşan temel hak ve özgürlükleri kapsadığı için bu değerlere rıza olmaksızın müdahale edilmesi, Anayasada belirlenen şartların varlığı halinde ve kanuni düzenleme yapılması halinde mümkündür. Nitekim AY m. 13 hükmünde, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve kanunla sınırlanabileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu kuralın beden bütünlüğüne yönelik müdahaleler bakımından özel olarak düzenlendiği Anayasa m.17/II hükmü doğrultusunda, rıza dışı müdahaleler yalnızca tıbbi zorunluluk bulunması şartıyla veya kanunda yazılı hallerde mümkün olabilir.²⁰ HHY m. 5/d hükmünde, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamayacağı, m. 22 hükmünde ise kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimseye rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi müdahalenin uygulanamayacağı öngörülerek AY m. 17/II'de yer alan temel norm tekrar edilmiştir. Temel hak ve özgürlükleri, kişiliğin korunması başlığı altında ele alan Medeni Hukuk disiplininde ise tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller, hukuka aykırılığı önleyen sebepler arasında üstün özel yarar ve kamu yararı başlıkları altında ele alınmaktadır (TMK m. 24/II). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlıklı m. 8/II hükmünde de özel hayata saygı gösterilmesi hakkına bir kamu makamının müdahale edilebilmesi, bunun kanunla öngörülmüş olması

²⁰ Yücel, “Onam,” 454; Badur, *Tıbbi Müdahale*, 235; Eda Demirsoy Aşıkoğlu, “Tıbbi Müdahale,” 324.

şartına bağlanmıştır. Konumuzu ilgilendiren boyutu ile sağlığın veya başkalarının hak özgürlüklerinin korunması, müdahalenin dayanacağı sebepler arasında sayılmıştır.²¹ Biyotıp Sözleşmesi m. 26/I'de ise sözleşmede yer alan hakların ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlama konulmayacağı ifade edilmiştir.

Yukarıda yer verdiğimiz düzenlemelerde, rıza olmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerin, tıbbi zorunluluğun ve kanun hükmünün bulunduğu durumlarda mümkün olacağı belirtilmektedir. Bu anılan kavramlar üzerinde durulması gerekir. Tıbbi zorunluluk, kişinin rızasının alınmadığı ve ona müdahale edilmemesinin, hayati tehlikeye veya organların geri dönülemez şekilde kısmen veya tamamen işlevini kaybetmesine yol açabileceği acil halleri anlatmaktadır.²² Nitekim bu husus HHY m. 24/VII hükmünün, "*Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir*" şeklindeki ifadesiyle somutlaştırılmıştır. Benzer şekilde Biyotıp Sözleşmesi m. 8 hükmünde de acil bir durum nedeniyle uygun bir rızanın verilemediği hallerde, kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahalenin yapılabileceği öngörülmüştür. Tıbbi zorunluluk hallerinde, olağan şartlar altında tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için kişinin rızası aranmakta ise de kişinin rıza beyanında bulunamaması veya bilincinin kapalı olması halinde hayati tehlike veya organlarının geri dönülemez şekilde

²¹ Akıl ve ruh sağlığı ile ilgili olarak tıbbi teşhis konan ve bu nedenle damgalanma, ayrımcılık ve dışlanma gibi olumsuz sosyal davranışlarla karşılaşan kişilerin psikososyal engelli olarak ifade eden yazar için bkz. Bahar Konuk Sommer, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa Temelinde Psikososyal Engelli Bireylerin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 133, (2017): 77. AİHM'in zihinsel veya ruhsal engellilerin zorla tedavisine yaklaşımı hakkında bkz. Elvin Evrim Dalkılıç, "Türkiye'de Zihinsel veya Ruhsal Engellilerin "Zorla" Tedavisinin Eleştirisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 117, (2015): 25 vd.

²² Doktrinde hayati tehlike içinde olan kişiye rızası hilafına müdahale edilmesi gerektiği yönünde bkz. Oktay Özdemir, "Tıbbi Müdahale," 1331; Çakal, *Rıza*, 55.

fonksiyon kaybı riski bulunuyorsa rızanın aranmaması söz konusudur. Bu nedenle anılan durumlar, kanunda rıza aranmaksızın uygulanmasına izin verilen tıbbi müdahalelerden farklıdır.

Tıbbi zorunluluklar dışında rıza aranmaksızın uygulanabilen tıbbi müdahaleler, doğrudan kanunlarda öngörülen özel düzenlemelerin varlığı halinde mümkündür. Esasen gerçek anlamda rıza alınmaksızın uygulanabilen tıbbi müdahaleler, kanunda düzenlenen hallerde mümkündür. Kanuni düzenlemelere dayanan tıbbi müdahaleler, uygulandıkları kişilerin rıza ehliyetlerinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın ve rızalarına bağlı olmaksızın uygulanabilen müdahalelerdir. Zira bu hallerde kanun koyucu, kamunun yararını veya sağlığını, münferit kişilerin vücut bütünlüğü hakkında üstün tutmaktadır. Anılan düzenlemelerin başında, 1593 sayılı sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu gelmektedir. Örneğin UHK m. 72'de aynı kanunun 57. maddesinde sayılan hastalıkların ortaya çıkması veya çıkacağından şüphe edilmesi durumunda hastaların ya da hasta olduğundan şüphe edilen kişilerin öncelikle tecrit edilip müşahede altına alınacağı, ardından bu kişilere serum ve aşı uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.²³ CGTİHK m. 82/II hükmünde belirlenen şartların varlığı halinde²⁴, beslenmeyi reddeden ve açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan kişilere tıbbi müdahale

²³ Geniş bilgi için bkz. Eda Demirsoy Aşıkoğlu, "Tıbbi Müdahale," 326 vd.

²⁴ CGTİHK m. 82/II uyarınca "Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkraya gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır".

uygulanabilecektir.²⁵ CMK m. 75 uyarınca²⁶, şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması mümkündür.²⁷ Soybağının tespiti amacıyla kan ve doku örneği alınmasına ilişkin HMK m. 292'de, tarafların ve dahi üçüncü kişilerin soybağının tespiti davasında kan ve doku örneği vermeye mecbur oldukları, gerektiği takdirde zor kullanılarak bu örneğin alınabileceği düzenlenmiştir.²⁸ Bu düzenleme, Anayasa m. 17 ile teminat altına alınmış olan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının kapsamında olan kökenini öğrenme hakkının bir yansımasıdır.²⁹ Ayrıca tartışmalı olmakla birlikte TMK m. 432 ve 6284 sayılı Kanunun m. 5/I, b.1 hükmünde de zorunlu tıbbi müdahalenin düzenlendiği ifade edilmektedir. Söz konusu düzenlemeler ayrıntılı olarak değerlendirileceği için bu başlık altında yalnızca ismen değinilmekle yetinilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki TMK m. 432 kapsamında koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilen kişilere yapılacak tıbbi müdahalelerin amaç ve kapsamı bakımından rıza alınmaksın kişiye uygulanıp uygulanamayacakları tartışmalı ise de salt kuruma yerleştirme kararı verilebilmesi için TMK m. 436/I, b.6 hükümlerinde düzenlenen resmi sağlık kurulu raporunun alınması için başvurulacak olan tıbbi müdahalelerin rıza alınmaksızın yapılabileceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Öyle ki bu hallerde, hüküm kapsamında alınan kararın icrası ile sınırlı olmak üzere gerektiğinde kişi hakkında zor kullanılabileceği ve sağlık görevlilerinden

²⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Demirsoy Aşıkoğlu, "Tıbbi Müdahale," 328-331.

²⁶ CMK m. 75 uyarınca, "Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir"

²⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Demirsoy Aşıkoğlu, "Tıbbi Müdahale," 332 vd.

²⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Orhan Emre Konuralp, "Kişilerden Kan ve Doku Örneği Alınmasına İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci Maddesi Karşısında Türk Medenî Kanunu'nun 284'üncü Maddesinin Durumu," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69, no.4 (2020): 1613.

²⁹ Geniş bilgi için bkz. Nagehan Kırkbeşoğlu, "28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı İle İlgili Genel Bir Değerlendirme," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no.24 (2016): 205 vd, 199-225.

gerekli tıbbi yardım alınabileceği de açıkça düzenlenmiştir.³⁰ TMK.m.436/I, b. 6'da yer alan psikiyatrik müdahale kapsamında da yer alan tıbbi müdahalelere müracaat edilebilmesi için akıl hastası veya akıl zayıfının rızasının aranması gerekmediği halde, TMK m. 432 kapsamında kuruma yerleştirildikten sonra iyileştirme amaçlı tıbbi müdahaleler bakımından kişinin rıza ehliyetinin varlığı araştırılmalıdır.

Rıza alınmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerde işin niteliği gereği, kişinin müdahaleyi ret imkânı bulunmamaktadır. Nitekim bu husus, *“Tedaviyi Reddetme ve Durdurma”* başlıklı HHY m. 25/I, c. 1 hükmünün, *“Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir”* şeklindeki ifadesi ile somutlaştırılmıştır. Hüküm uyarınca, kişinin tedaviyi ret veya başlanmış bir tedaviyi durdurma hakkı, kanunen zorunlu olmayan müdahaleler bakımından kabul edilmiştir. Söz konusu durumlarda kamu sağlığı, kamu yararı veya üstün

³⁰ Anayasa Mahkemesi, 6.12.2019 tarih ve 7196 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 53. maddesiyle, 4721 sayılı Kanununun 436. maddesine eklenen (6) numaralı bendin, *“ve gerektiğinde kişi, hekim ön raporu üzerine en fazla yirmi gün süreyle sağlık kuruluşuna yerleştirilebilir”* şeklindeki ifadesini, hekim ön raporu üzerine sağlık kuruluşuna yerleştirilen kişinin bu yerleştirme kararına karşı başvurulabileceği herhangi bir yol öngörülmediği ve başvuru imkânı sağlayan başkaca bir yasal düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle AY m. 19 ve 13 hükümlerine aykırı bularak iptal etmiştir. Bkz. AYM, E.2020/30, K.2023/12 ve T.5.1.2023, RG., T.27.6.2023, S.32234. Erişim tarihi, 1 Mayıs, 2024. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-12-nrm.pdf>. İptal kararının ardından TMK m. 436/I, b. 6 hükmü, 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun m. 7 hükmü ile *“Resmî sağlık kurulu raporunun alınabilmesini temin amacıyla; kişinin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle kıl, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir, kişiye gerekli tıbbi müdahaleler yapılabilir ve gerektiğinde kişi, hekim ön raporu üzerine en fazla yirmi gün süreyle sağlık kuruluşuna yerleştirilebilir. Hekim ön raporu üzerine verilen yerleştirme kararı derhâl ilgilie ve yakınlarına bildirilir. İlgili veya yakınları, bu karara karşı bildirimden itibaren on gün içinde denetim makamına itiraz edebilir, yapılan itiraz kararın icrasını durdurmaz. İtiraz denetim makamınca ivedilikle karara bağlanır”* şeklinde değiştirilmiştir. Bkz. RG., T.12.03.2024, S.32487. Erişim tarihi, 1 Mayıs, 2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2024/03/20240312-1.htm>.

özel yarar korunmakta ve rıza dışındaki hukuka uygunluk sebepleri gerçekleşmektedir.³¹

II. ZORUNLU PSİKİYATRİK MÜDAHALE

A. Tanım

Pozitif hukukumuzda zorunlu psikiyatrik müdahaleye ilişkin kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim bu konuda TBMM'nin ilgili komisyonlarına, 27.07.2018 tarih ve 2018/2849 sayılı³², 02.03.2018 tarih ve 2018/2695 sayılı³³ ve 06.04.2023 tarih 2/5039 sayılı³⁴ olmak üzere üç adet Ruh Sağlığı Kanunu teklifi sunulmuşsa da kanunlaşmaları mümkün olmamıştır. 6.4.2023 tarihli Ruh Sağlığı Kanunu Teklifinin m. 13/(2) hükmü uyarınca, istemsiz tedavi olarak adlandırılan zorunlu psikiyatrik müdahale, "... ruh sağlığı ve hastalıkları veya çocuk ve ergen ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanının ya da bunların bulunmaması halinde diğer hekimlerin muayenesi sonucunda, ruhsal hastalığa bağlı zarar verme riskinin olduğu ve başka tedavi imkânının bulunmadığının belirlenmesi durumunda hastanın istemi dışında tıbbi müdahalede bulunulması ve tedavi edilmesi" olarak düzenlenmiştir. İstemsiz yatış ise Teklifin m. 13/(3) uyarınca, "a) Ruh sağlığı ve hastalıkları veya çocuk ve ergen ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanının, yatış esnasında bunların kurumda bulunmaması halinde ilgili uzmanın görüşü alınması şartıyla diğer hekimlerin muayenesi sonucunda, akıl hastalığı veya akıl

³¹ Tedaviyi ret hakkının, kamu sağlığının korunmasına ilişkin müdahaleler, ceza hukukundan kaynaklanan müdahaleler ve TMK'de düzenlenen kimi durumlar haricinde bir sınırlamaya tâbi olmadığı yönünde bkz. Demir, Tıbbi Müdahale, 93.

³² Erişim tarihi, Nisan 18, 2024, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/WebOnergeMetni/7a6a8b84-2bf8-4db9-a39e-ada3200dbdea.pdf>

³³ Erişim tarihi, Nisan 18 024. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y2/T2/WebOnergeMetni/2d0464e8-42de-48c8-a5b3-d37da07d4b8c.pdf>

³⁴ Erişim tarihi, Nisan 18, 2024. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D26/Y3/T2/WebOnergeMetni/b755a04a-e8a7-4a17-833c-2f39a6243853.pdf>

zayıflığı kapsamındaki ruhsal hastalıklara bağlı zarar verme riskinin olduğu ve başka tedavi imkânının olmadığı durumda; hastanın istemi dışında, tedavi amacıyla ruh sağlığı ve hastalıkları kliniğine, b) Hastanede yatırılarak tedavisine gerek olmayan kişinin, resmi sağlık kurulu raporu ile ruhsal hastalığa bağlı ayırt etme gücünün önemli ölçüde azaldığı ya da olmadığı belirlenmesi, aile ya da toplum içinde kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması, sosyal destekten yoksun ve bakıma muhtaç olması halinde istemi dışında bakım kuruluşuna, yatırılması” olarak tanımlanmıştır.

Zorunlu psikiyatrik müdahale, rıza alınmaksızın yapılabilen tıbbi müdahalelerin özel bir görünümünü oluşturmakta ve bu müdahalelerin ayrıca değerlendirilmeleri gerekmektedir. Müdahalenin zorunlu olması, hukuka uygunluğun sağlanması için kişinin rızasına ihtiyaç duyulmamasını ifade etmektedir. Müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için rıza şartının aranmadığı haller ancak kanunla öngörülen istisnai düzenlemelerle mümkündür.³⁵ Şu halde zorunlu psikiyatrik müdahalenin tanımın yapılabilmesi için bu yönde bir kanun hükmünün varlığının şart olduğu akılda tutulmalıdır. Kanunun müdahalenin rıza alınmaksızın yapılmasına izin verdiği hallerde dahi AY m. 13 uyarınca, kişinin beden bütünlüğüne yönelik müdahale orantılı olmalıdır. Orantılılık ilkesi, zorunlu psikiyatrik müdahalenin hangi hallerde söz konusu olabileceğinin, uygulama alanına girecek kişilerin ve müdahalenin usul ve esaslarının belirlenmesinde uyulması gereken temel sınır olarak anlaşılmalıdır. Zorunlu psikiyatrik müdahaleler, doktrinde istemsiz yatış, istemsiz tedavi, zorla psikiyatrik tedavi gibi çok farklı şekillerde ifade edilmektedir.³⁶ Psikiyatrik müdahaleler, kişinin psikiyatrik bozukluklara sahip

³⁵ Yücel, “Onam,” 454; Badur, *Tıbbi Müdahale*, 235; Eda Demirsoy Aşıkoğlu, “Tıbbi Müdahale,” 324.

³⁶ Çeşitli kullanımlar için bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N. 2182; Gümüş, “Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması,” 205; Azgın, *Zorla Tıbbi Müdahale*, 53 vd.; Gündüz, *Psikiyatri Hastasının İstemsiz Tedavi Edilmesi*, 3; Saruhan, “Psikiyatri Hastasının İstemsiz Yatışı/Tedavisi,” 507; Demir, *Tıbbi Müdahale*, 80; İmamoğlu, “Zorla Tedavi,” 31; Karabağ Bulut, “Salgın Hastalık,” 540; Dağlı, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*, 87-88; Yakan, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*, 98 vd.; Çevik, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması ve Zorla Tedavi*, 10 vd.; Hakeri ve Söğüt, “Bulaşıcı Hastalıklar,” 60; Hakeri, *Tıp ve Sağlık Hukuku*, 179.

olması halinde söz konusu olur. Kişinin ayakta veya yatarak tedavi edilmesi farklı başlıklar altında değerlendirilmektedir. Psikiyatrik bozuklukların teşhisi ve tedavisi, en öz anlatımıyla biyolojik ve psikolojik yöntemlerle ayakta veya yatılı olarak yapılmaktadır.³⁷ Psikoterapilerden oluşan psikolojik yöntemlerde, biyolojik yöntemlerden farklı olarak kişinin fiziki varlığına müdahale edilmemektedir.³⁸

Doktrinde kişinin açıkladığı rızasına karşı ya da en azından geçerli bir rızası olmaksızın uygulanan müdahaleler, zorla tedavi olarak ifade edilmektedir.³⁹ Kanımızca zorla tedavi ifadesi ve bu kapsamda yapılan tanım, zorunlu tıbbi müdahale kavramını tam olarak karşılamamaktadır. Şöyle ki tedavi, yalnızca doğrudan kişinin yararına olan ve onu kısmen veya tamamen iyileştirmeye yönelik faaliyetleri ifade etmektedir. Oysa tıbbi müdahale, tedaviyi aşacak şekilde iyileştirme dışında teşhis, bakım, rehabilitasyon, sağlığı koruma amaçlarıyla da gerçekleştirilebilmektedir. Dolayısıyla tedavi, tıbbi müdahalenin bir aşaması veya türü olarak nitelenebilir. Bunun yanında organ, doku ve kan nakli, yargılama hukukunda delillerin toplanması veya isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması şeklinde örnekleyebileceğimiz durumlarda, tıbbi müdahalenin doğrudan uygulandıkları kişi yararına olmadığı açıkça görülmektedir. Özellikle zorunlu tıbbi müdahalelerde bu durum daha belirgin olup müdahale çoğunlukla doğrudan kişi yararını değil kamunun yararını veya sağlığını korumaya yöneliktir. Kanun koyucu bu hallerde kamu yararını veya sağlığını müdahalenin uygulandığı kişinin vücut bütünlüğü hakkında üstün

³⁷ Psikiyatrik tedavide tıbbi müdahale yöntemleri hakkında geniş kapsamlı bilgi ve biyolojik ve psikolojik yöntemler ayrımı için bkz. Harun Mirsad Günday, *Psikiyatristin Hukuki Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin, 2015), 37 vd.

³⁸ Günday, *Psikiyatristin Hukuki Sorumluluğu*, 38.

³⁹ Zorla tedavi olarak ifade eden ve kişinin açıkladığı iradesine karşı veya en azından geçerli bir rıza olmaksızın uygulanan müdahaleler olarak tanımlayan yazarlar için bkz. İmamoğlu, "Zorla Tedavi," 31; Karabağ Bulut, "Salgın Hastalık," 547. Zorla tıbbi müdahale olarak ifade eden ve teşhise ve tedaviye yönelik tedbirlerin hekim tarafından hastanın rızası olmaksızın veya açıkça karşı çıkmasına rağmen iyileştirme amacına yönelik olup olmasına bakılmaksızın uygulanması olarak tanımlayan yazarlar için bkz. Hakeri, *Tıp ve Sağlık Hukuku*, 179. Hakeri ve Söğüt, "Tıp Hukuku Açısından Bulaşıcı Hastalıklar," 60.

tutmaktadır. Zorla tedavi tanımında, rıza aranmayan hallerin varlığına vurgu yapılmışsa da bu durumda müdahalenin yalnızca tıbbi zorunluluk veya kanuni düzenlemelerin varlığı halinde hukuka uygun olacağı açıkça belirtilmemektedir. Son olarak zorunlu tıbbi müdahalenin söz konusu olduğu her durumda kişiye zorla müdahale edilmesi söz konusu değildir. Başka ifadeyle kişinin müdahaleye direnmemesi halinde ona zorla müdahale edilmesine gerek yoktur. Ancak zorunlu tıbbi müdahalenin kapsamındaki bir kişi, müdahaleye direniyorsa bu halde ona fiziken zor kullanılması da hukuka uygundur. Belirttiğimiz gerekçelerde çalışmamızda, zorla tedavi kavramı, zorunlu psikiyatrik müdahalenin tanımlanmasına ışık tutmakta ise de tüm unsurlarını içerdiğini söylemek güçtür.

Çalışmamızda yer alan önerimizin konusu olan zorunlu psikiyatrik tıbbi müdahalelerin kişi bakımından kapsamına psikiyatrik bozuklukları sebebiyle kendilerine uygulanacak müdahalenin önemini, yapılmasının veya yapılmamasının sonuçlarını anlama ve buna göre karar verebilme yeteneğine sahip olmayan eş deyişle rıza ehliyeti bulunmayan ergin kişiler girmektedir. Bu kişiler karşımıza fiil ehliyeti sınırlanmış kısıtlılar olarak çıkabileceği gibi henüz kısıtlanmamış bir kişi de olabilir. Bu noktada hekim anılan kişinin tıbbi müdahale bakımından ayırt etme gücünün bulunmadığı sonucuna varıyorsa, zorunlu psikiyatrik müdahalenin kapsamında değerlendirilebilecektir. Zira tüm psikiyatrik bozuklukların, tıbbi müdahale bakımından ayırt etme gücünü kaldırması söz konusu değildir. Ayrıca zorunlu psikiyatrik müdahalenin uygulanabilmesi, kişiye müdahale edilmemesi halinde kendisi veya başkaları için tehlike yaratacak olması şartına bağlıdır. Bu hallerde önerimizde yer alan diğer şartların oluşması ile anılan kişilerin veya var ise kanuni temsilcilerinin rızası olmaksızın kendilerine psikiyatrik müdahale uygulanabilecektir. Müdahale edilecek kişinin ya da yasal temsilcisinin, müdahaleyi reddettiğini açıkça ortaya koyan davranışlarda bulunması da müdahalenin uygulanmasına engel olamayacaktır. Açıklamalarımız ışığında çalışmamız kapsamında, zorunlu psikiyatrik müdahale, kişinin bir psikiyatrik bozukluğunun bulunması, kişiye müdahale edilmemesi durumunda kendisi veya başkaları bakımından önemli tehlike meydana gelecek veya mevcut tehlikenin devam edecek olması, psikiyatrik bozukluğu nedeniyle müdahaleye rıza ehliyetinin

bulunmaması, her iki durumun da resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmesi ve hâkim kararının varlığı olarak belirlenmiştir.

B. Psikiyatrik Bozukluklar

Psikiyatrik müdahaleler, psikiyatrik bozuklukları iyileştirme veya etkilerini azaltma amacı taşıdığı için konumuz bakımından özel önem arz etmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki incelememizin kapsamı tüm psikiyatrik bozukluklar değil kişinin kendisi ve başkası için tehlike yarattığı, şiddet davranışı riski bulunan psikiyatrik bozukluklardan oluşmaktadır. Günümüzde birçok ülke, özellikle tıbbi müdahaleler ve kişinin korunması bakımından iki önemli tıp otoritesi olan WHO⁴⁰ ve APA⁴¹ tarafından yapılan hastalık sınıflandırmalarını esas alarak kanuni düzenlemelerini revize etmektedir. Psikiyatrik hastalıklar, ruhsal hastalıklar, zihinsel bozukluklar, akıl hastalıkları gibi çok farklı isimlendirmelerle anılmaktadır. Çalışmamızda psikiyatrik bozukluklar ifadesi, kapsayıcı özelliği nedeniyle tercih edilmiştir.

Psikiyatrik bozukluklar, WHO tarafından kişinin algısında, duyu durumunda ve davranışında klinik olarak anlamlı bir bozukluk olarak tanımlanmaktadır.⁴² APA ise kavramı algısal ve duygusal rahatsızlıklar, anormal davranışlar, bozulmuş işlevsellik veya bunların herhangi bir kombinasyonu ile karakterize edilen durumlar olarak tanımlamaktadır.⁴³ 6.4.2023 tarihinde TBMM'ye sunulan Ruh Sağlığı Kanunu teklifinin, "*Tanımlar*" başlıklı m. 2/1 bendinde ise "*kanunlarda geçen akıl hastalığı, akıl zayıflığı ve alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılıklarını içerecek şekilde Dünya Sağlık Örgütü'nün Uluslararası Hastalık Sınıflandırmasında (ICD) yer alan zihinsel, davranışsal, nörogelişimsel bozukluklar ile cinsel sağlığın ruhsal sebepli bozukluklarını*

⁴⁰ World Health Organization (Dünya Sağlık Örgütü).

⁴¹ American Psychological Association (Amerikan Psikoloji Derneği)

⁴² Erişim tarihi, Nisan 22, 2024. <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders>.

⁴³ Erişim tarihi, Nisan 21, 2024. <https://dictionary.apa.org/mental-disorder>

kapsayan haller” ruhsal hastalık olarak ifade edilmiştir.⁴⁴ Bu tanımlar uyarınca, psikiyatrik bozukluklar, kişinin duygu durumunun, algılama ve davranış biçiminin anormal olarak işleme şeklinde ifade edilebilir. Psikiyatrik bozuklukların tamamında şiddet davranışı riski aynı değildir.⁴⁵ Travma sonrası stres bozukluğu, dikkat eksikliği, hiperaktivite bozukluğu, bipolar bozukluk, şizofreni ve ilgili psikotik hastalıklar, alkol ve madde bağımlılığı veya demans, otoimmün ensefalit gibi bazı nöropsikiyatrik gibi durumlarda, saldırganlık ve şiddet, psikiyatrik bozukluğun bir işlevi olarak ortaya çıkabilmektedir.⁴⁶ Buna ek olarak saldırı ve saldırıyla ilişkilendirilen dürtüsel davranışlar ile intiharin, borderline kişilik bozukluğunun karakteristik özelliği olduğu ifade edilmiştir.⁴⁷ Ezcümle, bugün artık şiddet dürtüsünün ve eylemlerinin bazı zihinsel ve kişilik bozuklukları ile bağlantısı tıp literatüründe ortaya konulmuştur.⁴⁸ Çalışmamızda şiddet davranışı riski bulunan psikiyatrik bozukluklar, WHO tarafından yayınlanan Hastalıkların Uluslararası Sınıflandırılması⁴⁹ listesi esas alınarak incelenecektir. Psikiyatrik bozukluklar, WHO tarafından çıkarılan listenin, 6 numaralı “*Zihinsel, davranışsal veya nörogelişimsel bozukluklar*”⁵⁰ başlığı

⁴⁴ Erişim tarihi, Nisan 21, 2024. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/WebOnergeMetni/7a6a8b84-2bf8-4db9-a39e-ada3200dbdea.pdf>.

⁴⁵ Toplumda, psikiyatrik olgulardan bağımsız olarak da şiddet davranışının yaygınlaşmakta olduğu yönünde bkz. Fatih Öncü, Mustafa Sercan, Can Ger, Rabia Bilici, Cenk Ural ve Niyazi Uygur, “Sosyoekonomik Etmenlerin ve Sosyodemografik Özelliklerin Psikotik Olguların Suç İşleminde Etkisi,” *Türk Psikiyatri Dergisi* 17, no.4 (2006): 2. Erişim tarihi, Nisan 20, 2024. <http://www.turkpsikiyatri.com/Data/UnpublishedArticles/sosyoekonomikEtmenlerin.pdf>.

⁴⁶ Uğur Ersoy ve Alper Küçükay, “Şiddet Önleme Çalışmalarına Psikolojik ve Hukuki Bir Bakış,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.160 (2022): 222-223.

⁴⁷ Veena M. Narayan, Katherine L. Narr, Veena Kumari, Roger P. Woods, Paul M. Thompson, Arthur W. Toga, ve Tonmoy Sharma, “Regional Cortical Thinning in Subjects With Violent Antisocial Personality Disorder or Schizophrenia”, *Am J Psychiatry* 164, no.9 (2007): 8.

⁴⁸ Ayrıca bkz. Ersoy ve Küçükay, “Şiddet Önleme Çalışmalarına Psikolojik ve Hukuki Bir Bakış,” 217-218.

⁴⁹ International Classification of Diseases-ICD-11 (Hastalıkların Uluslararası Sınıflandırılması).

⁵⁰ Mental, behavioural or neurodevelopmental disorders. Erişim tarihi, Nisan 15, 2024. <https://www.findacode.com/icd-11/chapter-06.html>

altında sınıflandırılmaktadır.⁵¹ Bu kapsamda, psikiyatrik bozukluklar, kişilik bozukluğu ve akıl hastalığı ve zayıflığını da içine alacak şekilde zihinsel bozukluklardan oluşmaktadır. Zira WHO tarafından çıkarılan listede yalnızca zihinsel bozukluklar değil, aynı zamanda kişilik bozuklukları da kapsama alınmaktadır.⁵²

1. Kişilik Bozuklukları (Personality Disorder)

Kişilik bozuklukları, WHO tarafından yayınlanan ICD-10⁵³ doğrultusunda, çocuklukta veya ergenlikte ortaya çıkan ve yetişkinliğe kadar devam eden gelişimsel şartlar olarak kendilerini gösteren derinlemesine kökleşmiş ve kalıcı davranış kalıpları olup, belirli bir kültürdeki ortalama bireyin algılama, düşünme, düşünme biçiminden aşırı veya önemli sapmaları ifade eder.⁵⁴ Aynı yöndeki tanım, 2022 yılında yayınlanan ICD-11'e göre yapılan açıklamalarda da yer almaktadır.⁵⁵ ICD-11 çerçevesinde kişilik bozuklukları üç grupta toplanmaktadır. İlk grup hafif düzeyde kişilik bozukluğu olarak adlandırılmaktadır. Bu hallerde kişinin yaşadığı zorlukların belirtileri genellikle hafiftir ve tipik olarak kendine veya başkalarına zarar verme sonucunu doğurmaz. Orta düzeyde kişilik bozukluğu olarak ifade edilen ikinci grupta ise rahatsızlık, kimlik, benlik duygusu, yakın ilişkilerin oluşumu ve

⁵¹ Erişim tarihi, Nisan 15, 2024. <https://www.findacode.com/icd-11/chapter-06.html>

⁵² Wolfgang Gaebel, Jürgen Zialessek ve Geoffrey M. Reed, "Mental and behavioural disorders in the ICD-11: concepts, methodologies, and current status,". Erişim tarihi, Nisan 22, 2024. <https://www.psychiatriapolska.pl/>

⁵³ Hastalıkların ve İlgili Sağlık Sorunlarının Uluslararası İstatistiksel Sınıflamasının 10. revizyonu olan International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision (ICD)'nin son versiyonu olan ICD-11, 2019 yılında 72. Dünya Sağlık Asamblesi tarafından kabul edilmiş ve 1.1.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. International Classification of Diseases (ICD). Erişim tarihi, Nisan 22, 2024. <https://who.int>

⁵⁴ Robert E. Kendell, "The Distinction Between Personality Disorder and Mental Illness", *British Journal of Psychiatry* 180, (2002): 110.

⁵⁵ Michaela A. Swales, "Personality Disorder Diagnosis in ICD-11: Transforming Conceptualisations and Practice". Erişim tarihi, Nisan 22, 2024. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC9881116/> 07.04.2024.

sürdürülmesi, davranışları kontrol etme ve ılımlaştırma kapasitesi gibi kişilik işleyişinin birçok alanını etkiler. Bazen orta dereceli kişilik bozukluğu kendine veya başkalarına zarar vermeyle ilişkilendirilebilir. Şiddetli düzeyde kişilik bozukluğu olarak adlandırılan son grupta ise kişilik bozukluğu olanların kendine zarar verme olasılığı, intihar ve tedaviyi bırakma riski daha yüksektir.⁵⁶ İngiliz psikiyatristler tarafından kişilik bozukluğu olanların zamanla akıl sağlığı bozukluğu veya depresyon ya da anksiyete gibi hastalıkları da yaşadıkları gözlemlenmiştir.⁵⁷ Bilim camiasında kişilik bozukluklarının tedavi edilebilir olup olmadığı ile ilgili net bir sonuca varılmış değildir.⁵⁸ Çeşitli çalışmalar, antisosyal kişilik bozukluklarının şiddet açısından önemli bir klinik risk oluşturduğuna dair güçlü kanıtlar sağlamıştır.⁵⁹ Aynı şekilde, klinik örnek kullanan yedi çalışmadan altısı narsisizm ile şiddet arasında anlamlı bir ilişki olduğu sonucuna ulaşmıştır. Yapılan çalışmalarda, narsist kişilik bozukluğuna sahip kişilerin cinayet hariç şiddet içeren bir suçtan mahkûm edilme olasılığının neredeyse beş kat daha fazla olduğunu, ancak cinayet dahil şiddet içeren bir suçtan mahkûm edilme olasılığının yedi buçuk kat daha fazla olduğunu ortaya koymuştur.⁶⁰

2. Zihinsel Bozukluklar (Mental Disorder)

WHO tarafından akıl hastalıklarını ve zihinsel bozukluklar şeklindeki ayırım kaldırılmış ve akıl hastalığının zihinsel bozukluk başlığı altında yer

⁵⁶ Hillario Blasco-Fontecilla, Enrique Baca-Garcia, Kanita Dervic, Mercedes Perez-Rodriguez, Dolares Saiz-Gonzalez ve Jeronimo Saiz-Ruiz "Severity of personality disorders and suicide attemp," *Acta Psychiatr Scand*, (2009) 149.

⁵⁷ Kendell, "Distinction," 110-111.

⁵⁸ Kendell, "Distinction," 111.

⁵⁹ İzbela Filov, "Antisocial Personality Traits as a Risk Factor of Violence between Individuals with Mental Disorders" *Maced Journal of Medical Science* 28, no.7-4 (2019): 659.

⁶⁰ Sinead Lambe, Giachritsis C. Hamilton, Emily Garner ve Julian Walker, 'The Role Of Narcissism In Aggression And Violence: A Systematic Review', *Trauma, Violence Abuse* 9, no.2 (2018): 223-224.

alması gerektiği sonucuna varılmıştır.⁶¹ APA da zihinsel bozukluk kavramını, bilişsel ve duygusal rahatsızlıklar, anormal davranışlar, bozulmuş işlevsellik veya bunların çeşitli kombinasyonları ile karakterize edilen herhangi bir durum olarak akıl hastalıklarını da içine alacak şekilde geniş anlamı ile kullanmaktadır.⁶² Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı, psikiyatri alanındaki terminolojiden farklı olarak TMK'de ayırt etme gücünü kaldıran bir durum veya kısıtlama ya da koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması sebebi olarak düzenlenmekte ve Türk Hukukunda tüm psikiyatrik bozuklukların bu iki kavram özelinde ele alınmasına neden olmaktadır. Başka ifadeyle akıl hastalığı veya akıl zayıflığı hukuki bakımdan ayırt etme gücünü sürekli şekilde ortadan kaldırdığı hallerde kısıtlama sebebi; kişinin kısıtlanmasını değil korunmasını gerektirdiği hallerde ise koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır (TMK m. 13, 408, 432). Oysa tıp literatüründe bu kavramlar, zihinsel bozuklukların yalnızca bir türüdür.

Akıl ve ruh sağlığını inceleyen psikopatolojide akıl hastalığı, kişinin ayırt etme gücünü kaldıran ruhsal bozukluk olarak tanımlanmaktadır.⁶³ Akıl hastalıkları, yaşa, cinsiyete, sosyolojik faktörlere, hormonlara ve benzeri sebeplere dayanmakta⁶⁴, zihinsel yeterliliğin zayıflamasına veya tamamen ortadan kalkmasına sebep olmaktadır. Bu nedenle akıl hastalıklarının ayırt etme gücünü her durumda tümüyle kaldırdığını söylemek “siyah” veya “beyaz” demek kadar kolay değildir.⁶⁵ Nitekim ayırt etme gücü psikiyatri alanında karar verme mekanizmasının verimliliğiyle değerlendirilmektedir. Nobel ödüllü Herbert Simon, rasyonel karar verme yeteneğini üç adıma

⁶¹ Nuri Yiğit, “TCK Genel Hükümler,”. Erişim tarihi, Mart21, 2024. <http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/130>.

⁶² Erişim tarihi, Nisan 20, 2024. <https://dictionary.apa.org/mental-disorder>. Zihinsel bozukların, bağımlılıkları da kapsadığı yönünde bkz. Heinz Hausheer, Thomas Geiser ve Regina Aebi-Müller, *Das neue Erwachsenenschutzrecht* (Bern: Stämpfli, 2014), N. 2.169; Breitschmid ve Pfannkuchen-Heeb, *Personen- und Familienrecht*, Art. 426, N. 3.

⁶³ Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA): Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü, Ankara, 2011, s. 25.

⁶⁴ Gözde Erkin, “Akıl Hastalıkları Kavramına Genel Bakış ve Covid – 191,” *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no.8 (2020): 3.

⁶⁵ Henry Weihofen, “The Law And The Mentally Ill”, *Ohio State Law Journal* 22, no.1 (1960): 4.

ayırarak incelemiştir. Birinci adım, tüm alternatiflerin belirlenmesi ve tanımlanması; ikinci adım her alternatifin sonuçlarının belirlenmesi ve üçüncü adım ise her bir alternatifin doğruluk ve verimliliğin mukayese edilmesidir.⁶⁶ Hangi akıl hastalıklarının rıza ehliyetini eş deyişle rasyonel karar verme mekanizmasını (*decision making ability*) kaldırdığına ilişkin sınırlayıcı bir liste yargı kararlarında ya da tıp ve hukuk literatüründe bulunmamaktadır.⁶⁷

Aklıl hastaları dışında kalan zihinsel bozukluklarda, sağlıklı karar verme mekanizmasının olup olmadığı eş deyişle ayırt etme gücünün kısmen de olsa ortadan kalkıp kalkmadığı meselesi halen araştırma konusudur.⁶⁸ Bu husustaki değerlendirmeyi somut olayın niteliğine göre hekim yapacaktır. Akıl zayıflığına ise WHO tarafından çıkarılan listede, nörobilişsel bozukluklar (*Neurocognitive disorders*) olarak zihinsel bozukluklar içerisinde yer verilmiştir.⁶⁹ Nörogelişimsel bozukluklar beyin gelişimin çeşitli faktörlerin etkisiyle farklılaştığı farklı nörolojik ve psikiyatrik belirtilerle seyreden gelişimsel bozuklukların genel adıdır. Bu bozukluklar doğumsal, nöral anomaliler, zekâ gerilikleri, otizm, DEHB ve bazı epileptik sendromlar gibi nörolojik gelişimin etkilendiği geniş bir yelpazeyi içerir. Bu bozukluklar grubunun ilk belirtileri genellikle erken çocukluk döneminde görülür.⁷⁰ Demans ise, zihinsel yeteneklerde günlük yaşamı etkileyecek düzeyde kaybı ifade eden genel bir

⁶⁶ Ricardo Cáceda, Charles B. Nemeroff ve Philip D. Harvey, "Toward an Understanding of Decision Making in Severe Mental Illness". Erişim tarihi, Nisan 22, 2024. <https://neuro.psychiatryonline.org/doi/full/10.1176/appi.neuropsych.12110268>, 05.04.2024.

⁶⁷ Rıza ehliyetini prensip olarak ortadan kaldıran bu tür ruhsal bozukluklara "zeka geriliği", "ikinci evreye ulaşmış alzheimer", "ilerlemiş diyabetik hastalıkların neden olduğu ruhsal bozukluklar", "ilerlemiş alkol ve uyuşturucu bağımlılığı", "akut manik bozukluklar", "akut psikoz", "ilerlemiş anksiyete bozukluğunu" örnek gösterilmektedir. Bkz. Erhan Temel, "Alman Hukukunda Psikiyatri Hastası-Hekim İlişkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no.2 (2012): 784.

⁶⁸ Michael Moutoussis, Benjamin Garzon, Sharon Neufeld, Marc Guitart-Masip, Raymond J. Dolan, "Decision-Making Ability, Psychopathology, And Brain Connectivity". Erişim tarihi, Nisan 4, 2024. <https://pdf.sciencedirectassets.com/>.

⁶⁹ Erişim tarihi, Nisan 5, 2024. <https://icd.who.int/browse/2024-01/mms/en#213458094>

⁷⁰ Umut Mert Aksoy, "Nörogelişimsel Bozukluklar: Bir Ağacın Farklı Dalları", *İstanbul Kanuni Sultan Süleyman Tıp Dergisi*, 11, no.1-4 (2019): 1.

terimdir. Daha geniş bir ifadeyle demans, hafıza, muhakeme ve hareket etme kabiliyetinin yitirilmesine neden olan beyin hücrelerine zarar veren çeşitli hastalıkların bir sonucudur.⁷¹ Buna karşılık demans bir psikiyatrik bozukluk olmamakla beraber, psikiyatrik bozukluklar uzun zamandır esasen bilişsel bozukluklar olan demansı karmaşıklaştıran epifenomen olarak görülmüştür, hatta doktrinde bazı psikiyatrik bozukluklar demans fenotipinin ayrılmaz bir parçası görülmektedir.⁷² WHO tarafından yayınlanan listede, obsesif kompulsif bozukluk, nörogelişimsel bozukluk, şizofreni ve diğer psikotik bozukluklar, anksiyete ve korku ilişkili bozukluklar birer zihinsel bozukluk olarak ele alınmaktadır.⁷³ Son olarak, çeşitli zihinsel bozuklukların şiddet veya zarar verme dürtüsü ile ilişkili olduğu dünyada bazı çevrelerce kabul edilmektedir.⁷⁴ Örneğin, APA tarafından da yapılan açıklamalar göstermektedir ki çeşitli psikiyatrik bozukluklar, zarar verme dürtüsü taşımaktadırlar.⁷⁵ Aynı şekilde, Amerikan Sağlık ve İnsan Hizmetleri Bakanlığının kapsamlı raporu, şiddeti

⁷¹ Erişim tarihi, Nisan 6, 2024. <https://www.memorial.com.tr/hastaliklar/demans-nedir-demans-hastaligi-belirtileri#:~:text=Demans%2C%20zihinsel%20yeteneklerde%20g%C3%BCn%C3%BCk%20ya%C5%9Fam%C4%B1,veren%20%C3%A7e%C5%9Fitli%20hastal%C4%B1klar%C4%B1n%20bir%20sonucudur.>

⁷² Chiadi U. Onyike, "Psychiatric Aspects of Dementia", *Continuum Minneap Minn* 22, no.2 (2016): 601. Erişim tarihi, Nisan 10, 2024. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5390928/>

⁷³ Wolfgang Gaebel, Jürgen Zialesek ve Geoffrey M. Reed, "Mental And Behavioural Disorders İn The ICD-11: Concepts, Methodologies, And Current Status". Erişim tarihi, Nisan 4, 2024. <https://www.psychiatriapolska.pl/>

⁷⁴ Amerikan Barolar Birliği'nin ceza adaleti ruh sağlığı standartlarında, psikiyatrik bozukluk nedeniyle işlediği şiddet suçundan cezai ehliyeti bulunmaması sebebiyle beraat eden bir kişinin bile başkaları açısından özellikle ciddi bedensel zarar verme riski yaratması ve psikiyatrik bozukluğu olduğuna dair açık ve ikna edici kanıtlar bulması durumunda bir psikiyatri hastanesine göndermesi gerektiği belirtmektedir (standart 7-7/4). John Monahan ve Henry J. Steadman, *Toward a Rejuvenation of Risk Assessment Research, Violence and Mental Disorder* (Chicago: The University of Chicago Press, 1996), 1. Criminal Justice Standards On Mental Health için bkz. Erişim tarihi, Nisan 4, 2024. [mental_health_standards_2016.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/mental_health_standards_2016.authcheckdam.pdf) (americanbar.org)

⁷⁵ Monahan ve Steadman, *Violence and Mental Disorder*, 1.

dolandırıcılık veya hırsızlık gibi bir suç olarak değil kanser veya felç gibi bir sağlık sorunu olarak ele alarak şiddet içeren davranış sorununa yeni bakış açıları getirmiştir.⁷⁶ Amerika'da çeşitli psikiyatri hastanelerinde 251 hasta üzerinde yapılan incelemelerde elde edilen TRIAD skorunda⁷⁷ tehlikeliliğin (*dangerousness*) klinik derecelendirmesi oldukça yüksek çıkmıştır.⁷⁸

C. Karşılaştırmalı Hukukta Zorunlu Psikiyatrik Müdahale

1. İngiltere Hukukunda

Zorunlu psikiyatrik müdahaleler, İngiltere'de esasen 1983 tarihli Akıl Sağlığı Kanununda (*Mental Health Act-MHAct*) düzenlenmiştir⁷⁹. 1983 tarihli MHAct'e 2007 yılında tamamlayıcı hükümler getirilmiştir.⁸⁰ Kanunun uygulama alanı zihinsel bozukluğu bulunan hastalarının kabulü, bakımı ve tedavisi ile onların mallarının yönetimini kapsamaktadır. Amacı ise zihinsel bozukluğu sebebiyle kendilerine veya başkalarına zarar verme tehlikesi bulunan kişilerin suç işlemeyen önce tedavilerinin sağlanmasıdır.⁸¹ "Tanımlar" başlıklı 1983 tarihli MHAct m. 1/(2) hükmünde, zihinsel bozukluk (*mental disorder*) kavramı, akıl hastalığını (*mental illness*) da içine alacak kullanılmıştır. Hükümde zihinsel bozukluğun, akıl sağlığını ve akli yeterliliği etkileyen her tür düzensizlik (*disorder*) olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca 1983 ve 2007 tarihli MHAct kapsamında, zorunlu psikiyatrik müdahalenin (*involuntary psychological treatment*) kapsamına yalnızca ayırt etme gücünü

⁷⁶ Monahan ve Steadman, *Violence and Mental Disorder*, 2.

⁷⁷ TRIAD Skoru ve bu konuda geniş bilgi için bkz. Monahan ve Steadman, *Violence and Mental Disorder*, 4.

⁷⁸ Monahan ve Steadman, *Violence and Mental Disorder*, 4.

⁷⁹ Feyzan Özbay, "İngiltere ve Türkiye'de Psikiyatri Hastalarına Uygulanan Zorunlu Tedavinin Hukuken Karşılaştırılması," *Tıp Hukuku Dergisi*, no.3 (2013): 80 vd.

⁸⁰ Erişim tarihi, Nisan 19, 2024. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/12/contents>.

⁸¹ Ministry of Justice, *Mental Health Act 2007, Guidance for the courts on remand sentencing Powers for mentally diordered offenders*". Erişim tarihi, Nisan 20, 2024, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a821c7aed915d74e3401c8e/guidance-for-the-courts-mha.pdf>

ortadan kaldıran akıl hastalıklarının girmediğini ifade etmek gerekir.⁸² 1983 tarihli MHAAct m. 63 hükmünde, rızaya bağlı yapılabilen tedavileri düzenleyen 57, 58 ve 58A kısımlarındaki, durumlar hariç, zihinsel bozukluğu olan kişiye yönelik zorunlu psikiyatrik müdahaleye yetkili bir klinisyen veya onun yönlendirmesi ile onay verilmesi halinde hastanın rıza aranmaz. Kanun zorunlu psikiyatrik müdahalelerin kişi bakımından kapsamını aşağıda yer vereceğimiz çeşitli hükümlerde ayrı ayrı düzenlemiştir.⁸³ 1983 ve 2007 tarihli MHAAct kapsamında zorunlu psikiyatrik müdahaleye tabi tutulacak kişilerin kapsamı aşağıdaki gibidir:

- *Belirli bir süre hastanede tedavi görmesini gerektirecek nitelikte zihinsel bozukluğu olan kişiler* (1983 tarihli MHAAct m. 2-2/a).⁸⁴
- *Kendisinin veya üçüncü kişilerin sağlığına veya güvenliğine zarar verme riski bulunan kişiler* (2007 tarihli MHAAct m. 32-5b).⁸⁵
- *Hürriyeti bağlayıcı ceza almış olan ve zihinsel bozukluğu olan mahkûmlar* (1983 tarihli MHAAct m.50)

⁸² Kanunda alkol veya madde bağımlılığı hariç tutulmakla beraber, eğer bu bağımlılık zihinsel bozukluktan ileri geliyorsa bu halde bunun da hariç tutulmadığını ifade etmek gerekir. Ministry of Justice, Mental Health Act 2007, "Guidance for the courts on remand sentencing Powers for mentally disordered offenders". Erişim tarihi, Nisan 22, 2024. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a821c7aed915d74e3401c8e/guidance-for-the-courts-mha.pdf>.

⁸³ Doktrinde de zorunlu tedaviye tabi kılınan zihinsel ve kişilik bozuklarının geniş yorumlandığını ve bunun insan haklarını ihlal etmediği zira tanı ve teşhis yöntemlerinde değişim ve yenilikler gerektireceği için faydalı olacağı ifade edilmiştir. Adegboyega Ogunwale, "Involuntary Mental Health Treatment in England and Wales: A Rights-Based Critique of Current Legal Frameworks and Recommendations For Reform," *International Journal of Law and Psychiatry* 164, (2018): 2.

⁸⁴ Bu çerçevede denilmektedir ki, kişinin kendisine veya başkalarına zarar verme riskinin bulunduğu ve kişinin kendisine bakma yeterliliğinin azaldığı durumlarda zihinsel bozukluktan bahsetmek gerekir. Erişim tarihi, Nisan 20, 2024. <https://www.cab.org.nz/article/KB00001571>.

⁸⁵ Benzer bir ifade 3.10.2000 tarihli Avrupa Konseyi Biyoetik Yönlendirme Komitesi Çalışma Grubunun yayınladığı Beyaz Belge (White Paper)'nin 18. maddesinde de yer almaktadır. Aynı maddede uygun desteğin sağlanması için daha uygun bir yolun bulunmaması hali de zorunlu psikolojik tedavi gerektiren durumlar arasında sayılmıştır.

- 1971 tarihli Göç Kanunu (*Immigration Act*) veya 2002 tarihli Vatandaşlık, Göçmenlik ve İltica Kanunu'nun (*Nationality, Immigration and Asylum Act*) 62. maddesi gereğince gözaltına alınan ve zihinsel bozukluğu olan kişiler (1983 tarihli MHAAct m. 48/2- d, 53).

İngiltere'de her iki MHAAct kapsamındaki düzenlemelerde, zihinsel bozuklukların, zorunlu psikiyatrik müdahaleye tabi tutulması için ütopyik bir biçimde tedavi edilebilir olması şartı aranmamaktadır. Bununla birlikte hastanın tamamıyla iyileştirilemediği durumda bile ona uygun tedavi bulunması şartıyla hastanede tutulması sağlanmıştır. Kişinin tümüyle tedavi edilemese bile hastalığının etkilerinin hafifletilebilmesi amacıyla hastane tutulması, insan hakkı ihlali olarak nitelenmemektedir.⁸⁶ Bu anlamda zihinsel bozukluklarla bağlantılı fiziksel hastalıklar da psikiyatrik müdahalenin kapsamındadır. Örneğin depresyon, anoreksiya ve nervoza için nasogastric beslenme akıl sağlığı bozukluğu tedavisinin bir parçası olarak görülmektedir.⁸⁷

1983 tarihli MHAAct m. 2/(1)-(2)-(3) uyarınca, hastanın kanunda tanımlanan zihinsel bozuklukların teşhisinin, hastaneye yatırılarak yapılmasını gerektirecek bir mahiyet ve derecede olması ve tedavinin hastanın kendisinin ve diğer insanların sağlığı ve güvenliği için gerekli olduğunun saptanması halinde teşhis konulması amacıyla hastaneye yatırılması da düzenlenmektedir. Bu kapsamdaki başvuru, hasta yakını veya onaylı bir ruh sağlığı uzmanı tarafından yapılabilir. Başvurunun iki doktorun yazılı tıbbi tavsiye kararıyla desteklenmesi gerekir. Tıbbi tavsiye kararında, zorla yatırmanın hastanın kendisinin veya başkalarının sağlığının ve güvenliğinin yararına olacağına veya hastanın psikiyatrik rahatsızlığının mahiyet ve derecesinin teşhis amacıyla zorla kapatılmayı haklı gösterdiğinin belirtilmesi gerekir. 2007 tarihli MHAAct kapsamında, mahkeme kişi hakkında tanı ve teşhis konulmasını ve gerekirse tedavisi için hekim raporu verilmesini sağlamak ve kişinin hapis hane yerine hastaneye yatırılmasına karar vererek suçtan alıkonulmasını sağlamaya

⁸⁶ Ogunwale, "Mental Health," 2.

⁸⁷ Ogunwale, "Mental Health," 4.

yetkilidir.⁸⁸ Hâkim karar vermeden önce onaylı klinisyenin uygun görüşünü almalıdır. Onaylı bir klinisyen, Stratejik Sağlık Otoritesi veya Birinci Basamak Vakfı (PCT) ya da Yerel Sağlık Kurulu tarafından onaylı bir doktor, sözleşmeli psikolog, akıl sağlığı veya akıl zayıflığı alanında uzman hemşire, kayıtlı mesleki terapist veya kayıtlı sosyal hizmet uzmanı olabilir.⁸⁹

1983 tarihli MHAct 57. Kısımın 2. fıkra 2A hükmüne göre, bir kimseye rızası olmadıkça bu Kanunda belirtilen herhangi bir tedavi şekli uygulanamaz. Buna göre, bu Kanunun bu kısmı kapsamında yetkili makam tarafından atanan bir tıp doktoru tarafından hastanın söz konusu tedavinin doğasını, amacını ve olası etkilerini anlayabildiğini ve buna rıza gösterdiğini yazılı olarak belgelendirmeleri halinde zorunlu tedavi uygulanamaz. Açıkça görüleceği üzere, 1983 ve 2007 tarihli MHAct kapsamında kişinin kendisi veya başkaları için tehlike riski oluşturması ve tedavinin anlam ve önemini kavrayabilecek durumda olmaması şartlarıyla zorunlu psikiyatrik tedaviye hükmedilebilmektedir. Psikiyatri hastalarının tedaviye rızalarını açıklama noktasında ayırt etme gücüne sahip olabilecekleri bazı çalışmalarla kanıtlanmış olmasına rağmen, bu göz önüne alınmadan, üstün yararın varlığı yani diğer insanların güvenliğinin sağlanması şartlarının saptanması zorunlu psikiyatrik tedavinin uygulanmasında yeterli görülmektedir. Buna göre, psikiyatri hastaları henüz suç işlememiş olsalar dahi, salt diğer insanların güvenliği açısından bir tehdit oluşturdukları varsayımıyla hastaneye tedavi amacıyla zorla yatırılmaktadırlar.⁹⁰ Buradan hareketle örneğin, öfke kontrolü olmayan veya majör depresyonda olup eşini tehdit eden birine zorunlu tedavi

⁸⁸ Ministry of Justice, Mental Health Act 2007, Guidance for the courts on remand sentencing Powers for mentally diordered offenders", 6. Erişim tarihi, Nisan 22, 2024. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a821c7aed915d74e3401c8e/guidance-for-the-courts-mha.pdf>.

⁸⁹ Ministry of Justice, Mental Health Act 2007, Guidance for the courts on remand sentencing Powers for mentally diordered offenders", 4. Erişim tarihi, Nisan 22, 2024. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a821c7aed915d74e3401c8e/guidance-for-the-courts-mha.pdf>.

⁹⁰ Nicola Glover Thomas, 'The Age of Risk: Risk Perception and Determination Following The Mental Health Act 2007' *Medical Law Review* 19, (2011): 581, 582.

hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Doktrinde bu uygulama kendisine veya üçüncü kişilere zarar veren ve rıza yeteneğinin ortadan kalktığı kişilerle zarar riski barındıran kişiler arasında eşitsizliğe sebep olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁹¹

1983 tarihli MHAç'tin "Acil Tedavi" başlıklı 62.kısım 1.fıkra (d) hükmüne göre, müdahalenin rızaya bağlı olduğu 57 ve 58. kısımlar, hastanın şiddet içeren davranışlarda bulunmasını veya kendisine ya da başkalarına tehlike oluşturmasını önlemek için gerekli geri döndürülemez ve tehlikeli olmayan minimum acil müdahale hallerinde uygulanmaz.

İngiltere'de akıl hastaları⁹² ile travma sonrası stres bozukluğu teşhisi konulmuş zihinsel bozukluk yaşayan kişilerin⁹³ uyguladıkları şiddet eylemleri bakımından zorunlu psikiyatrik müdahalenin gerekliliği halen desteklenmektedir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, zorunlu psikiyatrik müdahalenin insan onuru ile bağdaşmadığı yönünde AİHM'e kadar uzanan itirazlar yükselmiştir. Nitekim 28.02.2006 tarihli AİHM'in *Wilkinson v. United Kingdom* kararına konu olayda, küçüğe yönelik tecavüz suçunu işleyen başvuru zorunlu olarak psikiyatri hastanesinde alıkonulmuş ve tedaviye tabi kılınmıştır.⁹⁴ Akıl hastası olup olmadığı konusunda yapılan birden fazla değerlendirme sonucunda başvuru kişinin psikopatik kişilik bozukluğu sebebiyle zihinsel bozukluk yaşadığı tespit edilmiştir. Nitekim Temmuz 1999'da bir sorumlu hekim (RMO) başvuru kişinin tedavisini üstlenmiştir. Hekim,

⁹¹ George Szmukler, 'How Mental Health Legislation Discriminates Unfairly Against People With Mental Illness' Gresham College (2010). Erişim tarihi, Nisan 17, 2024. <https://www.gresham.ac.uk/watch-now/how-mental-health-law-discriminates-unfairly-against-people-mental-illness>

⁹² Erişim tarihi. Nisan 17, 2024. <https://www.theguardian.com/uk-news/2024/jan/24/nottingham-attacks-missed-opportunities-to-stop-valdo-calocane>

⁹³ Erişim tarihi. Nisan 17, 2024. <https://www.theguardian.com/uk-news/2024/mar/13/former-edinburgh-academy-teacher-beat-and-throttled-boys-court-told>

⁹⁴ Application No. 31145/96 by Mark Anthony WILKINSON against the United Kingdom. Erişim tarihi, Nisan 16, 2024. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-4316%22%5D%7D>

başvuranın belirgin paranoyak inanç ve tutumlarının yalnızca kişilik bozukluğundan değil, aynı zamanda psikotik akıl hastalığından da kaynaklandığı görüşünü oluşturmuş ve tedavi için anti-psikotik ilacın gerekli olduğunu değerlendirmiştir. Bu görüşler RMO'nun Aralık 1999 tarihli raporuna da yansımıştır. Hastanın anti-psikotik ilaç tedavisine rıza göstermemesi üzerine ikinci görüş heyeti (SOAD) oluşturulmuş ve o tarihte, başvuru sahibinin önerilen ilacın doğasını, amacını ve olası etkilerini anlayamadığını, müdahalenin iyileştirme olasılığını göz önünde bulundurarak zorunlu tedavinin uygulanması gerektiği yönünde ikinci görüş raporunu yayınlamıştır. Görüş doğrultusunda yerel mahkeme tarafından başvurucuya zorunlu psikiyatrik müdahale uygulanmasına karar verilmiştir. Bunun üzerine başvurucu, bu uygulamaların hukuka aykırı olduğunu iddia ederek AİHM'e başvurmuştur. Nitekim 1983 tarihli MHAAct 63. Kısımı uyarınca, tedavinin kişinin yaşadığı zihinsel bozukluğa göre verileceğini öngörmektedir: Bu şarta uyulmadığı takdirde tedavi hukuka aykırıdır. 58. Kısıma göre ise kişi kendisine uygulanacak tedavinin niteliğini, kapsamını ve sonuçlarını anlayamayacak durumda ise rızasının alınmasının gerek olmayacağı ifade edilmiştir. Başvurucu Avrupa Konseyi'nin 03.01.2000 tarihinde Biyoetik Yönlendirme Komitesi Çalışma Grubu tarafından gönülsüz şekilde psikiyatri kurumuna yerleştirilen zihinsel bozukluğu olan kişilerin insan haklarının ve onurunun korunmasına ilişkin "*Beyaz Kitap*" isimli metnine dayanarak kendisine uygulanan zorunlu psikiyatrik müdahalenin Metnin 19. maddesinde yer alan kriterleri taşımadığını iddia etmiştir. Wilkinson ayrıca kendisine uygulanan zorunlu psikiyatrik müdahale ile AİHS'in "İşkence Yasağı" başlıklı m. 3, "Özel ve Aile Hayatına Saygı" başlıklı m. 8 hükümlerinin ve yerel mahkemede temel haklar bakımından inceleme yapılmadığı gerekçesiyle Adil Yargılanma Hakkı ve Etkili Başvuru Hakkı başlıklı m. 6. ve 13 hükümlerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve AİHM tarafından söz konusu haklar kapsamında inceleme yapılmıştır. Somut olayda işkence yasağı bakımından yapılan değerlendirmede, paranoyak düşünceleri olan kişilerin antipsikotik ilaçlarla tedavi edilmesinin "kabul edilmiş bir uygulama" olduğu ve "bunu yapmanın hastanın yararına olacağı", başvuranın "önerilen ilaç tedavisinin nedenleri veya niteliği hakkında çok az idrak gösterdiği [ve] böyle bir tedaviye rıza verme kapasitesinin yetersiz olduğu" sonucuna varılan rapor esas alınmıştır.

Başvurucunun bir diğer iddiası, tedaviyi reddetme kapasitesine sahip olduğu veya sahip olabileceği ve bunu reddettiği ve/veya tedavinin zorunlu olduğu durumlarda, Devletin zorunlu tedavi uygulanmasına karşı yeterli güvenceler sağlamaya yönelik pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiği, Devletin, müdahalenin uygulanmasından önce AİHS m. 3 hükmünün ihlal edilip edilmediğinin araştırılması için uygun bir mekanizma sağlamadığı yönündedir. Bu iddia bakımından ise AİHM hastaya onun menfaatine en uygun tedavi yönteminin hem RMO hem de bağımsız bir Kurul olan SOAD tarafından önerildiğini tespit etmiştir. Mahkeme, hastaların genellikle çaresiz ve yardıma muhtaç kaldığı (helplessness) durumda olduğu psikiyatri hastanelerinde Devletlerin bu tür tedbirleri almasına özellikle ihtiyaç duyulduğu kanaatinde. 2 adet zorunlu iğnenin uygulanmasının ise önceden başvurana ihtar edilmesinin onun fiziki veya ruhi durumunu daha olumsuz etkileyeceği, AİHS'in Devlete uygulanacak iğne tedavisinin her olayda önceden hastaya ihtar edilmesi yükümünü yüklediği gerekçesiyle AİHS m. 3 hükmünün; psikiyatrik müdahalenin bağımsız otoritelerce zorunluluk olduğuna ilişkin raporlarına müteakip yapıldığından hareketle AİHS m. 8 hükmünün ihlal edilmediği kanaatine ulaşmıştır. Ezcümle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Wilkonson'un müracaatının kabul edilebilir olmadığına karar vermiştir.

2. İsviçre Hukukunda

İnceleme konumuz kapsamında, psikiyatrik bozukluğa sahip bir kişinin rızası olmaksızın uygulanabilen tıbbi müdahale, İsviçre Medeni Kanunununda (*Zivilgesetzbuch-ZGB*) Koruma Amaçlı Yerleştirme (*die fürsorgerische Unterbringung*) başlığı altında ZGB m. 434 hükmünde yer almaktadır.⁹⁵ TMK m.

⁹⁵ Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin düzenlemelerin, İsviçre'deki kanuni tarihçesi için bkz. Eugen Spirig, *Die fürsorgerische Freiheitsentziehung, Art. 397a-397f ZGB*, in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 3. Abteilung, Die Vormundschaft (Art 360-456), Band II, Teilband II 3a (Zürich: Schulthess, 1995) Vorbemerkungen*

432'nin kaynağı olan yürürlükten kalkan ve eZGB Art. 397/a'dan farklı olarak ZGB Art. 436 hükmünde akıl hastalığı ve akıl zayıflığı yerine psikolojik bozukluk veya zihinsel engel (*psychischen Störung oder an geistiger Behinderung*) ifadelerine yer verilmiştir.⁹⁶ Ayrıca yeni hükümde, eskisinden farklı olarak kişinin tedavi amacıyla (*nötige Behandlung*) bir kuruma yerleştirilmesi açıkça düzenlenmiştir. Buna göre ZGB Art. 426/I uyarınca, psikolojik bozukluk (*psychischen Störung*) veya zihinsel bir engeli (*geistiger Behinderung*) bulunan ya da ağır şekilde ihmal edilmiş olan kişi, gereken tedavi veya bakımın başka

Art 397a-397f, N. 1 vd. Ayrıca bkz. gerekçe için BBl 2006 7001 (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7008 vd. Erişim tarihi, 24 Nisan, 2024. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/899/de>, İsviçre'de yürürlükte bulunan düzenlemeler, 12.12.2008 tarihinde kabul edilerek 1.1.2013 tarihinde yürürlüğe giren Kanun ile son halini almıştır. MK m. 432'de düzenlenen Koruma Amaçlı Özgürlüğün Kısıtlanması kurumuna kaynaklık eden ZGB Art. 397a-397f hükümleri (*die fürsorgerische Freiheitsentziehung*) revizyon sonrası Koruma Amaçlı Yerleştirme (*die fürsorgerische Unterbringung*) başlığı altında ZGB m. 426-439 arasında düzenlenmiştir.

⁹⁶ BBl 2006 7001. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7062. Erişim tarihi, 24 Nisan, 2024. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/899/de>. Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, N. 2.168-2.169; Breitschmid ve Pfannkuchen-Heeb, *Personen- und Familienrecht*, Art. 426, N. 3; Guillod, *Erwachsenenschutz*, Art. 426, N. 32; Niveau, *Allgemeine Einleitung*, N. 14, 23, 35; Cevdet Yavuz, Fulya Erlüle ve Murat Topuz, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)* (İstanbul: Beta, 2017), 123.

şekilde sağlanamaması durumunda uygun bir kuruma yerleştirilebilir.⁹⁷ Ancak bu ilgili kişi veya yakınları bu tedbire her zaman mahkemede itiraz edebilir.⁹⁸

Kanun koyucu psikolojik bozukluk bakımından tıbbi müdahaleye, özel olarak düzenlediği hükümlere yer vermiştir (ZGB Art. 433-434). “E. Psikolojik rahatsızlıklar için tıbbi önlemler” üst başlığı altında, tedavi planının düzenlendiği ZGB Art. 433 hükmü uyarınca, kişinin psikolojik bir bozukluğun tedavisi için bir kuruma yerleştirilmesi halinde tedaviyi yapan hekim, ilgili kişinin ve gerekiyorsa güvenilir kişinin da katılımıyla yazılı bir tedavi planı hazırlar. Hekim, planlanan tıbbi önlemler açısından gerekli olan tüm durumları, özellikle bunların nedenleri, amacı, türü, şekli, riskleri ve yan etkileri ve tedavinin uygulanmamasının sonuçları konusunda kişiyi ve güvenilir kişiyi bilgilendirir. Tedavi planı ilgili kişinin onayına sunulur. Ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin, önceden verdiği hasta talimatı dikkate alınmalıdır. Hükümde yer alan güvenilir kişi kavramı, ZGB Art. 432 hükmünde düzenlenmiş olup koruma amacıyla kuruma yerleştirilen kişinin kurumda

⁹⁷ Koruma amaçlı yerleştirme kurumu, esasen kişinin korunmasının başka türlü sağlanamaması halinde söz konusu olacağı için bu aşamadan önce mümkün olduğu ölçüde, ev içi yardım ve bakım tedbirleri, Kanton Hukuku uyarınca emredilebilecek diğer ayakta tedavi tedavileri, sosyal yardım tedbirleri, ZGB 393 uyarınca, refakat yardımı veya bir bakım kurumuna gönüllü giriş seçeneklerinin öncelikli olduğu yönünde bkz. Guillod, *Erwachsenenschutz*, Art. 426, N. 65.

⁹⁸ Simone Münger, “Zwangsmassnahmen In Der Psychiatrie,” 22. Erişim tarihi, Nisan 29, 2024. <https://www.bfh.ch/dam/jcr:0d0564e5-f108-441a-8276-238050656c17/muenger-zwangsmassnahmen-psychiatrie-2018.pdf>. İsviçre’de yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenlemede, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması alanında, hekim tarafından kuruma yerleştirilmeyle ilgili iki yeniliğin dikkat çektiği, birincisinin hekimler tarafından uygulanacak yerleştirmenin, kanton hukukuna göre tespit edilen azami altı haftalık süre içerisinde ve Yetişkinleri Koruma Makamı tarafından alınan bir karar ile onaylanması, ikincisinin ise yerleştirmeyi gerçekleştirebilecek nitelikte olan hekimlerin Kantonlar tarafından belirlenmesi olduğu yönünde bkz. Yavuz, Erlüle ve Topuz, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru*, 17-18. BBI 2006 7001. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7019. Erişim tarihi, 24 Nisan, 2024. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/899/de>.

kaldığı sürece kendisine destek olması için belirleyeceği kişiyi ifade etmektedir.⁹⁹

Kişinin kendisine sunulan tedavi planını onaylamaması ve ona rıza göstermemesi halinde kural olarak psikiyatrik müdahale uygulanamaz. Ancak bu kuralın istisnası, müdahale konusunda ayırt etme gücü bulunmayanlar (*urteilsunfähig*) bakımından ZGB Art. 434 ile düzenlenmiş ve belirtilen şartların kümülatif olarak gerçekleşmesi halinde kişiye rızası aranmaksızın müdahale uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır.¹⁰⁰ Bu kapsamda, ayırt etme gücünden yoksun bir kişinin tedavi edilmemesinin kendi sağlığı açısından veya üçüncü kişilerin yaşamı veya beden bütünlükleri bakımından ciddi tehlike yaratması halinde rızası alınmaksızın tedavi edileceği açıkça düzenlenmiştir. Ayırt etme gücünden yoksun olma ile kastedilen planlanan tıbbi müdahalenin anlamını ve önemini ya da uygulanmaması halinde ortaya çıkabilecek sonuçları anlayamama ve buna göre davranamamadır.¹⁰¹ Hükümde yer alan zorunlu psikiyatrik müdahalenin kapsamı, kişinin sağlığı açısından veya üçüncü kişilerin yaşam ve beden bütünlüğü açısından ciddi kabul edilen tehlikenin bertaraf edilmesi ile sınırlıdır.

Kurumda bulunan ve psikiyatrik bozukluğa sahip kişilere rıza aranmaksızın müdahale edilebilecek durumlardan biri de acil durumların varlığıdır. Acil durumlarda rıza aranmaksızın psikiyatrik müdahalenin yasal dayanağı ZGB Art. 435 hükmüdür.¹⁰² Buna göre acil bir durumun gerçekleşmesi halinde kişinin veya üçüncü kişinin korunması için zorunlu tedbirler hemen alınır.¹⁰³ Ayrıca kişi, böyle bir durumda nasıl tedavi edilmeyi

⁹⁹ Breitschmid ve Pfannkuchen-Heeb, *Personen- und Familienrecht*, Art. 432, N. 1-2. Güvenilir kişinin görevleri için bkz. BBI 2006 7001 (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7067.

¹⁰⁰ Breitschmid ve Pfannkuchen-Heeb, *Personen- und Familienrecht*, Art. 434, N. 1.

¹⁰¹ Yüksel Orhun, "Rıza Ehliyeti," 359; Oktay Özdemir, "Rıza," 1326; Guillod, *Erwachsenenschutz*, Art. 434, N. 18-21.

¹⁰² Breitschmid ve Pfannkuchen-Heeb, *Personen- und Familienrecht*, Art. 435, N. 1-2.

¹⁰³ Breitschmid ve Pfannkuchen-Heeb, *Personen- und Familienrecht* in CHK, Art. 435, N. 1.

istediğini önceden açıklamışsa bu isteği göz önünde tutulur. Acil haller ifadesi ile esasen akla öncelikle kişinin hayati tehlike içinde bulunduğu ağır yaralanma, kanama veya felç geçirme riski gibi durumlar gelmektedir. Ancak psikiyatrideki acil durumlar farklı özellikle gösterir. Bu özel duruma hükmün gerekçesinde de değinilmiş ve akıl hastası bir kişinin aniden kendini öldürme ya da yaralama tehdidinde bulunmasını, üçüncü şahısları ciddi şekilde tehlikeye atacak ve son olarak içinde bulunduğu ortamdaki eşyalara zarar verecek duruma gelmesini psikiyatrye özel acil haller olarak örneklenmiştir. Acil hallerde, hem tıbbi müdahaleye yönelik uygulamaların hem kolluk kuvvetinden yararlanmanın mümkün olabileceği belirtilmiş ancak her durumda orantılılık ilkesi çerçevesinde hareket edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹⁰⁴ ZGB Art. 435 kapsamında kişiye uygulanabilecek müdahaleler, acil durumun ortadan kaldırılmasını sağlayan ve ertelenemeyen müdahalelerden oluşur.¹⁰⁵ Bu kapsamda iyileştirme amaçlı uygulanabilen ve ZGB Art. 433-434 kapsamında uygulanabilen tıbbi müdahaleler, hükmün kapsamına girmemektedir.¹⁰⁶ Zira bu hallerde, kişiye, kişinin müdahale bakımından ayırt etme gücü var ise rızası alınarak (ZGB 433), ayırt etme gücü yok ise kanuni şartların da varlığı halinde rızası alınmaksızın müdahale edilmesi (ZGB 434) söz konusudur. Psikiyatrik bir bozukluk sebebiyle kurumda bulunuyor olsa bile ayırt etme gücü bulunmayan kişiler bakımından bedensel bozukluklara ilişkin acil durumlarda ZGB Art. 379 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu hallerde, üçüncü kişileri korumaya yönelik rıza dışı müdahale yapılması mümkün değildir.¹⁰⁷

¹⁰⁴ BI 2006 7001 (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7062 vd. Erişim tarihi, 24 Nisan, 2024. Breitschmid ve Pfannkuchen-Heeb, *Personen- und Familienrecht*, Art. 435, N. 2; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, N. 2.201.

¹⁰⁵ Breitschmid ve Pfannkuchen-Heeb, *Personen- und Familienrecht*, Art. 435, N. 2; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, N. 2.201.

¹⁰⁶ Breitschmid ve Pfannkuchen-Heeb, *Personen- und Familienrecht*, Art. 435, N. 2, 4.

¹⁰⁷ Niveau, *Allgemeine Einleitung*, N. 37.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, İsviçre Hukukunda, ayırt etme gücü bulunmayan bir kişinin psikiyatrik bir bozukluğunun bir psikiyatri kliniğinde tedavisi söz konusu ise koruma amacıyla yerleştirme hakkındaki hükümler uygulama alanı bulur (ZGB Art. 380).¹⁰⁸ Tıbbi konularda kanuni temsile ilişkin hükümler, ayırt etme gücü bulunmayan bir kişinin bir psikiyatri kliniğinde psikiyatrik bozukluğunun tedavisi sebebiyle bulunması halinde uygulanmaz¹⁰⁹ (ZGB Art. 377). Tedaviyi yapan hekim, ilgili kişiyi muayene eder ve tedavi önerilerinde bulunur. İlgili kişinin ve gerekiyorsa güvendiği kişinin veya diğer yakın kişilerin de dâhil edilmesi gerekir. Bu durumda yetkili otoriteler kişinin güvenilir kişi kapsamında bulunan akrabalara veya kanuni danışmanlarına da (tıbbi konularda hukuki temsili olan) tedaviye rıza vermeleri hususunda müracaat edemez¹¹⁰. Bunun nedeni, yasama organının psikiyatrik bozukluğu olanları akrabalarından korumak istemesi ve bu nedenle akrabalara bu yetkileri vermemesidir¹¹¹.

¹⁰⁸ Konumuz kapsamında, ZGB Art. 426 hükmünün şartları oluştuğunda, kişi bir psikiyatri kliniğine rızası alınmaksızın yerleştirilir. Kişinin rızası alınmaksızın kliniğe yerleştirilmesi, ayırt etme gücünün bulunmaması veya ayırt etme gücü bulunmasına rağmen kuruma yerleştirilmeyi reddetmesi hallerinde söz konusu olur. Buna karşılık ZGB Art. 377 ve devamındaki hükümlerde, ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin, bedensel bir hastalık nedeniyle hastaneye yatırılması söz konusu olup ZGB Art. 426 kapsamında değerlendirilmez. Ayrıca ciddi anlamda zihinsel engeli olan bir kişinin kendi iradesiyle veya direnç göstermeden bir kuruma yerleştirilmesi halinde de ZGB Art. 426 hükmü uygulama alanı bulmaz. Bu hallerde, kuruma yerleştirme için tıbbi konularda temsil etmeye yetkili kişinin rızası yeterlidir (ZGB Art. 378). Konu hakkında bkz. Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, N. 2.167; Yavuz, Erlüle ve Topuz, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru*, 124. BBl 2006 7001. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7063. Erişim tarihi, 24 Nisan, 2024. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/899/de>.

¹⁰⁹ Simone Münger, "Zwangsmassnahmen," 10. ZGB Art. 377-381 hükümleri arasında düzenlenen tıbbi tedbirlerde temsile ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İmamoğlu, "İsviçre Medeni Kanununun Tıbbî Tedbirlerde Temsil," 4 vd.

¹¹⁰ Münger, "Zwangsmassnahmen," 10.

¹¹¹ Münger, "Zwangsmassnahmen," 10-11.

3. Alman Hukukunda

a. Alman Medeni Kanunu Çerçevesinde

Alman Hukukunda, rıza olmaksızın uygulanan zorunlu tıbbi müdahalelerin etik ve hukuki boyutu uzun zaman tartışılmıştır.¹¹² Hastanın hastalıkla yaşama hakkı (*Freiheit zur Krankheit*), kaynağını anayasadan alan hastanın kendi kaderini belirleme hakkının (*selbstbestimmungsrecht*) gereği olarak görülmektedir.¹¹³ Alman Medeni Kanununda (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*) zorunlu tıbbi müdahaleler (*ärztliche Zwangsmaßnahme*) olarak adlandırılan zorunlu psikiyatrik müdahaleler, 1.1.2023 tarihinden itibaren yürürlükte olan BGB § 1831 vd. hükümlerde düzenlenmiştir.¹¹⁴ “Özgürlüğü sınırlayıcı müdahaleler” başlıklı § BGB 1831 abs. 1’e göre, danışman bakıcı (*Betreuer*¹¹⁵) tarafından bakılan kişinin, özgürlüğünden yoksun bırakılmasını da içerecek şekilde (*bir sağlık kurumuna*) yatırılmasına (*Unterbringung*);

1. Bakılan kişinin akıl hastalığı veya zihinsel veya ruhsal engeli nedeniyle kendisini öldürme veya sağlığına ciddi zarar verme riskinin bulunması veya
2. Sağlık durumunun muayenesinin, tıbbi tedavisinin veya tıbbi müdahalenin, sağlığında yakın zamanda meydana gelebilecek ciddi bir zararın önlenmesi için gerekli olması, tedbirin, bakım verilen kişinin barındırılması olmadan gerçekleştirilememesi ve bakılan kişinin, akıl hastalığı veya zihinsel veya ruhsal engel nedeniyle barınma zorunluluğunun farkına varamadığı veya bu idraka uygun hareket edemediği hallerde gerekli olduğu sürece izin verilebilir.

¹¹² Temel, “Psikiyatri Hastası,” 794.

¹¹³ BVerfG, NJW 1998, 1774 vd. Erişim tarihi, 24 Nisan, 2024. <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=23.03.1998&Aktenzeichen=2%20BvR%202270/96>

¹¹⁴ Bu tarihten önce ise § 1906a vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bkz. BGB § 1831 1.1.2023 [tarihinde yürürlüğe girmiştir.](#)

¹¹⁵ Reşit olan bir kimse psikişik (psikiyatrik) hastalık veya bedensel, zihinsel ya da ruhsal engellilik nedeniyle kendi şerlerini kısmen ya da tamamen yürütemeyecek durumda ise, kendisine, talep üzerine veya re’sen bir danışman atanır (BGB § 1814).

Hükmün ifadesi uyarınca, BGB § 1831 vd.'nda düzenlenen zorunlu tıbbi önlemler, psikiyatrik bozukluğu olup da rıza ehliyetinden yoksun bulunan ve doğal iradesi¹¹⁶ (*Natürlichen Wille*) hastaneye yatma yönünde olmayanları kapsamaktadır.¹¹⁷ Alman Hukukunda zorunlu psikiyatrik tedavi bakımından rıza ehliyetinin (*Einwilligungsfähigkeit*) bulunup bulunmadığında dikkate alınacak husus, hastanın tıbbi müdahalenin anlam ve amacını, olası sonuçlarını ve etkilerini anlama veya bunları en azından ana hatlarıyla idrak etme yeteneğine sahip olup olmadığıdır.¹¹⁸ Rıza ehliyetini ortadan kaldıran bozuklukların tam listesi literatürde yer almamaktadır.¹¹⁹ Kişi hekim tarafından verilen bilgileri kullanamayacak durumdaysa, yani değerlendirme yeteneği ortadan kalkmış veya zayıflamışsa, kişinin gerçeklikle bağlantısı psikiyatrik hastalığını algılamayacak derecede kaybolmuşsa rıza ehliyetinin var olmadığı söylenebilmektedir.¹²⁰ Başka bir ifadeyle, hastalık veya engellilik nedeniyle sağlığının korunması veya yeniden sağlanması için tıbbi önlemin gerekli olduğunu fark edemeyen veya hastalık ya da engellilik nedeniyle bu idraka

¹¹⁶ Doktrinde hastanın karşıt iradesinin otonom veya doğal, sözlü veya sözsüz, gerçek veya beklenen şekilde ifade edilmesine bakılmaksızın, hastanın iradesine karşı yapılan herhangi bir tedavi olarak zorlayıcı tedaviyi içeren daha geniş bir tanım önerilmektedir. Alfred Simon, "Zwischen Selbstbestimmung und Zwang: Zwangsbehandlung in der Psychiatrie aus ethischer Perspektive," *Psychiatrie Prax* 41, no.1 (2014): 59.

¹¹⁷ Temel, "Psikiyatri Hastası," 795.

¹¹⁸ "Hastanın rıza ehliyetinin olup olmadığını tespit etme görevi, tıbbi müdahaleyi yapacak hekime aittir. Hekim hastanın hastalığının türü ve ağırlığının yanı sıra, onun fizyolojik yapısı, kullandığı ilaçlar, yaşı, eğitimi, milliyeti, sosyo-kültürel durumu gibi hususları bu değerlendirme esnasında göz önünde tutmalıdır". Temel, "Psikiyatri Hastası," 783'den naklen. Psikiyatri hastasının rıza ehliyeti için gerekli idrak ve anlayışa sahip olmadığını tespit etme konusunda bazı kriterler için bkz. Temel, "Psikiyatri Hastası," 784, dn. 39.

¹¹⁹ Rıza ehliyetini kaldıran bazı bozukluklara, "zeka geriliği", "ikinci evreye ulaşmış alzheimer", "ilerlemiş diyabetik hastalıkların neden olduğu ruhsal bozukluklar", "ilerlemiş alkol ve uyuşturucu bağımlılığı", "akut manik bozukluklar", "akut psikoz", "ilerlemiş anksiyete bozukluğu" örnek gösterilmektedir. Temel, "Psikiyatri Hastası," 784.

¹²⁰ BVerfG, Beschluss v. 8.6.2021, 2 BvR 1866/17, 2 BvR 1314/18, NStZ-RR 2018, 25 [6]. Erişim tarihi, 24 Nisan, 20024. <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=08.06.2021&Aktenzeichen=2%20BvR%201866/17>.

uygun hareket edemeyen kişinin rıza ehliyetinin varlığından bahsedilemez.¹²¹ Rıza ehliyetinden yoksun olan hastanın doğal rızası dikkate alınmaz.¹²² Nitekim bu kişi, sahip olduğu zihinsel bozukluk sebebiyle otonom irade sahibi olamamaktadır. Bu hükümde belirtilenlere ek olarak yargı kararlarında ve doktrinde aranan bir üçüncü şart da hastanın kendisine yönelik önemli zarar tehlikesi ile zorunlu psikiyatrik müdahale uygulanması arasında bir orantı olmasıdır (*Verhaeltnismaessigkeit*).¹²³

BGB çerçevesinde zorunlu tedaviden anlaşılan, kendisine danışman bakıcı atanan psikiyatrik bozukluğu olan hastaya bedensel ve psikiyatrik olarak “zoraki” tıbbi müdahalelerin yapılmasıdır.¹²⁴ Nitekim BGB § 1832’ye göre 1) Sağlık durumu muayenesi, tedavi veya tıbbi müdahale, bakım verilen kişinin doğal iradesine aykırı ise danışman bakıcı ancak aşağıdaki şartlar altında zorunlu tıbbi müdahaleye onay verebilir:

1. *Bakım verilen kişinin sağlığına ciddi bir zarar gelmesini önlemek için zorunlu tıbbi müdahalenin gerekli olması,*
2. *Bakım verilen kişinin akıl hastalığı veya zihinsel ya da duygusal engeli nedeniyle tıbbi müdahalenin gerekliliğini fark edememesi veya bu idraka uygun hareket edememesi,*
3. *Zorlayıcı tıbbi müdahalenin, bakım verilen kişinin § 1827 hükmü uyarınca dikkate alınması gereken iradesine uygun olması,*

¹²¹ Angie, Schneider, *Familienrecht II. §§ 1589–1921 – SGB VIII*, in Münchener Kommentar zum BGB, Band 10, ed: Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg (München: C.H.Beck, 2020), BGB § 1906a, N. 19.

¹²² Temel, “Psikiyatri Hastası,” 798.

¹²³ Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin haklı olarak belirttiği gibi, ancak orantılılık prensibi sayesinde, psikiyatri hastalarının da hastalıklarıyla yaşama hakkı garanti altına alınmış olur. BVerfG, NJW 1998, 1774 (1775). Karş. BGH, NJW 2006, 1277 (1278) (Temel, “Psikiyatri Hastası,” 796 dn.86’ dan naklen). Yani hastanın kendine vereceği zararın, onun anayasal hakkı olan özgürlüğünü kısıtlamayı haklı kılacak derecede önemli olması, başka bir ifadeyle hastaneye yatırma ile ulaşılan menfaatin, hastaneye yatırmaktan dolayı kısıtlanan özgürlükle orantılı olması gerekir. Konu hakkında bkz: Temel, “Psikiyatri Hastası,” 794.

¹²⁴ Temel, “Psikiyatri Hastası,” 797.

4. *Bakım gören kişiyi tıbbi müdahalenin gerekliliği konusunda ikna etmek için gerekli zaman harcanarak ve aşırı baskı uygulanmadan daha önce ciddi bir girişimde bulunulmuş olması,*
5. *Yaklaşan ciddi sağlık zararı, bakılan kişi için daha az stres yaratan başka bir müdahaleyle önlenemeyecekse,*
6. *Zorunlu tıbbi müdahalenin beklenen faydaları, beklenen zararlardan açıkça daha ağır basmakta ise ve*
7. *Zorunlu tıbbi müdahalenin, bakılan kişinin gerekli takibi de dahil tüm sürecin, bu kişiye uygun tıbbi bakımın sağlandığı bir hastanede yatırılmak suretiyle uygulanacak tedavinin bir parçası olması.*

Alman Hukukunda BGB § 1832'deki şartlar oluşursa ve danışman bakıcının görevini yerine getirmesinde bir engel bulunsa bile § 1867 çerçevesinde Vesayet Mahkemesinin (*Betruungsgericht*) onayı ile zorunlu tedavi artık mümkün görünmektedir. Nitekim paragrafın kenar başlığı da zorunlu tıbbi müdahaleler (*ärztliche Zwangsmaßnahme*) olarak yer almaktadır. Buna karşılık doktrinde eBGB § 1906 hükmü çerçevesinde zorunlu tedavinin mümkün olmayacağı görüşü bulunmakta idi.¹²⁵ Ancak yeni düzenleme ile netleştirilen en önemli şart, hastaya yapılacak tüm psikiyatrik müdahalelerin ancak hastanın hastaneye yatırılmasıyla mümkün olmasıdır. Bundan dolayı hastanın zorla yatırılabilmesi için ayakta tedavisinin mümkün olmaması gerekmektedir.¹²⁶ Tüm bu şartlar yerine getirildikten sonra danışman bakıcının konusu yatırılma izni olan davayı açması üzerine mahkemenin karar vermesi gerekmektedir (BGB § 1832 Abs. 2). Danışman bakıcının görevlerini yerine getirmesinde engel bulunduğu kanaat edilirse, vesayet mahkemesinin derhal gerekli tedbirleri alması gerekir (BGB § 1867). Şartların artık geçerli olmaması durumunda danışman bakıcının zorunlu tıbbi müdahaleye verdiği onayı iptal etmesi ve iptal işlemi derhal vesayet mahkemesine bildirmesi gerekmektedir (BGB § 1832 Abs.3).

¹²⁵ Geniş bilgi için bkz. Temel, "Psikiyatri Hastası," 798-799.

¹²⁶ Temel, "Psikiyatri Hastası," 795.

Açıkça görüleceği üzere, Alman Hukukunda zorunlu tıbbi müdahaleler (*ärztliche Zwangsmaßnahme*), zihinsel bozukluk nedeniyle kişinin tıbbi tedaviye ihtiyaç olduğunu idrak edememesi durumunda gereklidir. Nitekim rıza ehliyetine sahip kişiler için zorunlu tıbbi müdahale, Alman Anayasası'nın hastanın kendi kaderini belirleme hakkını da içinde barındıran birinci ve vücut bütünlüğü hakkını barındıran ikinci maddenin ikinci fıkrasına göre hukuka aykırıdır.¹²⁷ Bununla birlikte, zorunlu tıbbi müdahale, Alman Hukukunda son çare (*ultima ratio*) olarak tasarlanmıştır. Doktrinde Alman Federal Anayasa Mahkemesinin devletin vatandaşını iyileştirmek ödevinin bulunmadığı ve Alman Anayasası'nın m. 1/1 hükmünün zorunlu tıbbi müdahaleyi yasakladığı, aksi halde yetişkin bir kimsenin dokunulmaz kişilik haklarının ihlal edileceği yönündeki 2012 tarihli kararı¹²⁸ eleştirilmiştir.¹²⁹ Nitekim Alman Psikiyatri, Psikiyatri ve Nöroloji Derneği tarafından, Ocak 2012'de yayınlanan duyuruda, hekimlerin Federal Mahkeme kararları nedeniyle zorunlu tedaviye ilişkin yasağı göz önünde bulunduracağı için tedavi edilebilecek insanlara etkili yardım sağlayamayacaklarını ve bundan dolayı insanların hastalıkları ile beraber toplumsal kadere (*Sozialschicksal*) terk edileceğini ifade etmiştir.¹³⁰

¹²⁷ Erhan Temel, "Stationäre Zwangsbehandlung Betreuter Personen in Deutschland," *İç. Türk ve Alman Özel Hukukunda Güncel Gelişmeler*, (Ankara: Adalet 2020): 150.

¹²⁸ Alman Federal Mahkemesi Haziran 2012'den itibaren önceki görüşünü revize ederek, danışman bakıcılığa ilişkin hükümlerin anayasal gereklilikleri karşılamadığından genel itibarıyla zorunlu tedavi için yeterli bulmadığını, hekimlerin zorla tedaviyi uygulaması için tek hukuki imkânın olağanüstü duruma ilişkin (§34 StGB) ve bu minvalde ancak yalnızca akut kendini tehlikeye atma durumlarında (örneğin intiharı önlemek için) uygulanabileceğine karar vermiştir. Bundesgerichtshof, Beschluss vom 20. Juni 2012. – XII ZB 99/12. Erişim tarihi, Nisan 21, 2024. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=60970&pos=26&anz=629>.

¹²⁹ Claus Roxin, *Strafrecht- Allgemeiner Teil, Band:I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre* (München: Beck, 2006), 76, 86.

¹³⁰ Duyuru metni için bkz. Erişim tarihi, Nisan 20, 2024. <http://www.dgppn.de/publikationen/stellungnahmen/detailansicht/browse/1/select/stellungnahmen-2012/article/141/zum-urteil-d-1.html>.

b. Kuzey Ren Westfalya Eyaletinin Psikiyatrik Hastalıklarda Yardım ve Koruma Tedbirlerine İlişkin Kanun Çerçevesinde

Zorunlu psikiyatrik tedavinin amaç, kapsam ve hükümlerinin düzenlendiği PsychKG (*Gesetz über Hilfen und Schutzmassnahmen bei psychischen Krankheiten*) 18.12.1984 ve 16.3.2024 tarihli değişikliklerle bugün halen yürürlüktedir. PsychKG § 1/(1) uyarınca kanunun kapsamına aşağıdaki haller girmektedir.

1. *Psikiyatrik bozukluk belirtileri taşıyan, psikiyatrik bozukluğu olan, psikiyatrik bozukluğun sonuçlarının devam ettiği kişilere (etkilenen kişiler) yardım,*
2. *Psikiyatrik bozukluk nedeniyle kişinin kendini tehlikeye attığına veya başkalarının önemli hukuki menfaatlerine yönelik bir tehdit oluşturduğuna dair belirgin belirtilerin olması durumunda, alt sağlık otoritesi tarafından koruyucu tedbirlerin alınması emrinin verilmesi ve*
3. *Psikiyatrik bozukluğu olan ve bu nedenle kendilerinin veya başkalarının önemli hukuki menfaatlerini önemli ölçüde tehlikeye atan kişilerin hastaneye yatırılması*

(2) *Bu Kanun anlamında tedavi gerektiren psikozlar ile benzer şiddetteki diğer psikiyatrik bozukluklar ve bağımlılıklar.*

Buna göre, zorunlu psikiyatrik müdahale ile öncelikle kendisinin veya başkalarının önemli hukuki menfaatlerini ciddi derecede tehlikeye atan kişilere yardım sağlama amacı güdülmektedir. PsychKG § 1 uyarınca, desteğe ihtiyacı olanların veya üçüncü kişilerin, haklı başvurusu ile PsychKG § 4 Abs.1'de belirtilen şartları oluşması üzerine psikiyatrik destek sağlanacaktır. Destek ihtiyacı olanların başvuruda bulunabilecek durumda olmadıklarına dair belirtilerin varlığı halinde, destek sağlayan¹³¹ tarafından re'sen harekete geçilmelidir (§ 4 Abs.2). Kanun kapsamında zorunlu olarak hastaneye yatırılmanın amacı (*Unterbringung*), PsychKG § 10, Abs.1 uyarınca, Kanunun 1.

¹³¹ Yardım sağlayan, alt sağlık hizmetleri (*untere Gesundheitsbehörde*) sunan kurumların sorumluluğundadır. Bunlar özellikle sosyal psikiyatri hizmetleri sunan kurumlardır (PsychKG § 5).

ve 2. paragraflarında sayılan tehlikeleri önlemek ve ilgili kişinin bu Kanuna göre tedavisini sağlamaktır. Zorunlu olarak hastaneye yatırma PsychKG § 10, Abs.2'ye göre, "*hastanın (ya da hastanın kanuni temsilcisinin) iradesinin aksine onun bir üniversite kliniğine, genel bir hastanenin psikiyatri servisine veya psikiyatri hastanesine sevk edilmesi ve orada yatırılmasıdır*". BGB bakımından yaptığımız açıklamalara paralel olarak hastanın rıza ehliyetinin bulunmaması şartı burada da aranmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, psikiyatrik bozukluğu bulunan kişilerin, rıza ehliyeti yokluğu nedeniyle tedavi ihtiyacını kabul etmemeleri veya tedaviye karar verememeleri halinde zorunlu yerleştirmeye ve zaptedilmelerine izin verilebileceğini açıkça ifade etmiştir.¹³²

Buraya kadar belirtilen hükümler doğrultusunda, zihinsel veya kişilik bozukluğu olan bir kişinin kendisinin veya başkasının önemli hukuki değerlerine ciddi surette zarar verecek olması onun tedavi maksatlı anayasal hakları olan vücut bütünlüğü ve özerklik haklarına müdahale edilmesini meşru kılmaktadır. Hastaların kendilerini zorunlu psikiyatrik müdahaleye karşı savunmaları durumunda güç kullanılması mümkündür. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi, psikiyatrik bozukluğa sahip bir kişinin, sekiz saat süreyle yatağa bağlanması üzerine temel haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle açtığı bir davada, hastaların sırt üstü yatacak şekilde özel kayışlarla bağlanması suretiyle hareket kabiliyetlerinin büyük ölçüde veya tamamen ortadan kaldırılabileceğini ifade etmekle birlikte (*Fiksasyon-Fixierung*), yarım saatten uzun süren kısıtlamaların özgürlükten yoksun bırakma anlamına geleceğine ve hastanın temel haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki, zorunlu psikiyatrik müdahalenin öngörülmesinde orantılılık ilkesi uygulanmaktadır. Yani kişinin kendisinin veya başkasının hukuki değerine vereceği zarar ile hürriyetinin kısıtlanması arasında bir ölçülülük bulunması gerekir.¹³³ Yatırma işleminin gerçekleşmesi için mahalli kamu güvenliği

¹³² BVerfG, Urteil v. 24.7.2018, 2 BvR 309/15; 2 BvR 502/16, NJW 2018, 71 [36], S. 2622 Rn. 74. Erişim tarihi, 9 Mayıs, 2024. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2018/07/rs20180724_2bvr030915.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

¹³³ Temel, "Psikiyatri Hastası," 802.

biriminin¹³⁴ Asliye Mahkemesinden (*Amtsgericht*) talepte bulunması gerekir (PsychKG § 12)¹³⁵.

III. TÜRK HUKUKUNDA ZORUNLU PSİKİYATRİK MÜDAHALE

A. Kanuni Düzenlemeler

Türk Hukukunda, kişiye yalnızca psikiyatrik bozukluklara bağlı olarak, zorunlu psikiyatrik müdahale yapılabilmesini, maddi hukuk ve usul hukuku bakımından özel olarak düzenleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Nitekim bu ihtiyacı gidermek üzere TBMM'nin ilgili komisyonlarına, 27.07.2018 tarih ve 2018/2849 sayılı¹³⁶, 02.03.2018 tarih ve 2018/2695 sayılı¹³⁷ ve 06.04.2023 tarih 2/5039 sayılı¹³⁸ olmak üzere üç adet Ruh Sağlığı Kanunu teklifi sunulmuştur. Zorunlu psikiyatrik müdahalenin mümkün olup olmadığı hususu, tedavinin süjesi olan kişilere ilişkin koruyucu ve önleyici nitelikte tedbirlerin yer aldığı kanuni düzenlemelerin açık olmayan ifadeleri nedeniyle

¹³⁴ Bu birimler belde ve şehir yönetimine bağlı polis, kolluk kuvvetleri ve diğer kamu düzeni görevlileridir. Bkz. Temel, "Psikiyatri Hastası," 801.

¹³⁵ Mahkemenin nihai kararını verebilmesi için hastanın sağlık durumunun bilirkişi raporu vasıtasıyla tespit edilmesi gerekir (§ 12-3). Yakın bir tehlike durumunda acil yatırma gerekliyse, ilgili bulguların yatırılmadan bir önceki günden daha eski olmayan bir sağlık raporu olması durumunda mahalli kamu güvenliği birimi, önceden mahkeme kararı olmadan acil yatırma işlemini gerçekleştirebilir (§ 14 Abs.1). Bu çerçevede alınacak raporlar genellikle psikiyatri ve psikoterapi alanında ileri eğitim almış veya psikiyatri alanında deneyimli doktorlar tarafından verilmelidir (§ 14 Abs.2).

¹³⁶ Erişim tarihi, 24 Nisan, 2024.<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/WebOnergeMetni/7a6a8b84-2bf8-4db9-a39e-ada3200dbdea.pdf>.

¹³⁷ Erişim tarihi, 24 Nisan, 2024.<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y2/T2/WebOnergeMetni/2d0464e8-42de-48c8-a5b3-d37da07d4b8c.pdf>.

¹³⁸ Erişim tarihi, 24 Nisan, 2024.<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D26/Y3/T2/WebOnergeMetni/b755a04a-e8a7-4a17-833c-2f39a6243853.pdf>.

tartışmalıdır.¹³⁹ Bu tartışmalar, yürürlüğe girdikleri tarih itibariyle kronolojik sırayla yer vereceğimiz, TMK m. 432-437 arasında düzenlenen koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması kurumu ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun m. 5/1 hükmü etrafında yapılmaktadır. Bu başlık altında TMK m. 432 ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun m. 5/1 çerçevesinde kişinin kendisi veya üçüncü kişilerin korunması amacıyla psikiyatrik bir bozukluğa dayalı olarak zorunlu psikiyatrik müdahalenin mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir.

Türk Medeni Kanunu m. 432-437 arasında düzenlenen koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması kurumu, eZGB Art. 397a-397f hükümleri esas alınarak yapılandırılmıştır.¹⁴⁰ Hüküm uyarınca, “Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya

¹³⁹ Bu konudaki görüşler için bkz. İmamoğlu, “Zorla Tedavi,” 37 vd.; Karabağ Bulut, “Salgın Hastalık,” 540 vd.; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N. 2182; Elif Aydın-Özdemir, “19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu’nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no.2 (2013): 192-193; Yakan, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*, 98 vd.; Dağlı, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*, 87-88; Gümüş, “Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması,” 205. TMK m. 446 hükmü uyarınca, vesayet altında olan küçüklerinde koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesine veya zaten böyle bir kurumda ise orada alıkonulmasına, vasinin başvurusu üzerine vesayet makamının karar vereceği düzenlenmiştir. Ancak küçükler konumuz kapsamında yer almadığından, açıklamalarımız yalnızca ergin kişiler üzerinden yapılmıştır.

¹⁴⁰ Bu husus, TMK’nin gerekçesinde “Yürürlükteki Kanunda ve 1984 tarihli Öntasarıda mevcut olmayan bu Ayırım, İsviçre Medenî Kanununda 1 Ocak 1981 tarihinde yürürlüğe girmiş olan yeni düzenlemeden esinlenerek, aynı düzenlemenin Ülkemiz için de gerekli olduğu düşüncesiyle yeni bir Ayırım olarak Kanuna alınmıştır” şeklinde ifadesini bulmuştur. Erişim tarihi, 24 Nisan, 2024. Bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_3.pdf. Ayrıca bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan, 2016), 734; İmamoğlu, “Zorla Tedavi,” 40; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N. 2168; Karabağ Bulut, “Salgın Hastalık,” 521; Köksal Kocağa, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no.1 (2006): 34; Aydın-Özdemir, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması,” 173; Pelin Çavuşoğlu Işıntan, “Türk Hukukunda Yeni Bir Müessese Koruma Amacıyla Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanması (MK m. 432-437),” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no:2 (2004): 297; Yakan, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*, 23; Gümüş, “Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması,” 192.

uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir”. eZGB Art. 397a/I’de erginler ve kısıtlılar (*Eine mündige oder entmündigte Person*) ifadesine yer verilmesine karşın TMK m. 432’de yalnızca ergin denilmekle yetinmiş ve başkaca bir nitelendirme yapılmamıştır.¹⁴¹ Ergin kavramının içinde kısıtlı olmayanlar, kendisine yasal danışman ya da kayyım atanmış kişiler girmektedir.¹⁴² Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde vasiyet, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlere göre kısıtlıyı bir kuruma yerleştirebileceği veya orada alıkonulabileceğine ilişkin TMK m. 447/II uyarınca, kısıtlıların da TMK m. 432’nin uygulama alanına girdiği sonucuna varılmaktadır.¹⁴³

Hükümde sınırlayıcı olarak sayılan zayıflık hallerinden akıl hastalığı ve akıl zayıflığı konumuz bakımından önem arz etmektedir. Dolayısıyla açıklamalarımıza anılan zayıflık sebepleri üzerinden devam edilecektir. Yürürlükten kalkan kaynak eZGB Art. 397a’dan farklı olarak ZGB Art. 426 hükmünde akıl hastalığı ve zayıflığı kavramları yerine psikolojik bozukluk ve

¹⁴¹ Kocaağa, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması,” 40.

¹⁴² Aydın-Özdemir, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması,” 179.

¹⁴³ Hükmün kişi bakımından kapsamı için bkz. İmamoğlu, “Zorla Tedavi,” 41-42; Gümüş, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması,” 193-196; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N. 2170-2171; Yakan, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*, 45-48; Dağlı, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*, 13-15; Aydın Özdemir, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması,” 176, 179; Kocaağa, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması,” 39-40. Hükmün gerekçesinde koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanmasında erginin kısıtlı olup olmamasının bir önem taşımadığı belirtilmiştir. Erişim tarihi. 24 Nisan, 2024. https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_3.pdf. Ayrıca Türk Medeni Kanunu’nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük’ün m. 14/I hükmünde de açıkça, kısıtlı olsun veya olmasın her erginin bir kuruma yerleştirilebileceği veya burada alıkonulabileceği düzenlenmektedir. RG., T.10.8.2003, S.25195

zihinsel engel ifadeleri tercih edilmiştir.¹⁴⁴ Tıp biliminin alanına giren esasen ruhsal rahatsızlık olan akıl hastalığı veya zayıflığı, doktrinde sürekli nitelikte olağandışı zihinsel faaliyet olarak tanımlanmaktadır.¹⁴⁵ Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı arasındaki farkın belirlenmesi oldukça zordur.¹⁴⁶ Akıl hastalığı veya zayıflığının her durumda ayırt etme gücünü kaldırdığı sonucuna varılması mümkün değildir, kişi akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun değilse, ayırt etme gücüne sahiptir (MK m. 13).¹⁴⁷ Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olanlar hakkında, TMK m. 436/I, b.5 uyarınca, ancak resmî sağlık kurulu raporu

¹⁴⁴ BBl 2006 7001. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7062. Erişim tarihi, 24 Nisan, 2024. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/899/de>. Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, N. 2.168-2.169; Breitschmid ve Pfannkuchen-Heeb, *Personen- und Familienrecht*, Art. 426, N. 3; Guilloid, *Erwachsenenschutz*, Art. 426, N. 32; Niveau, *Allgemeine Einleitung*, N. 14, 23, 35.

¹⁴⁵ Sürekli tarzda normal dışı her zihinsel durumun akıl hastalığı ve akıl zayıflığı olarak tanımlanabileceği yönünde bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N. 2175; Gümüş, "Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması," 198; Spirig, *Die fürsorgliche Freiheitsentziehung*, Art. 397a, N. 26-27. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığının, akli faaliyetlerde normalden sapma ve zihni faaliyetlerin zayıflığı şeklinde tanımlandığı yönünde bkz. Çavuşoğlu Işintan, "Koruma Amacıyla Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanması", 300. Akıl hastalığının bir hastalığı, akıl zayıflığının ise zekanın ve akli melekelerin yeterince gelişmemiş veya sonradan zayıflamış olmasını ifade ettiği yönünde bkz. Kocaağa, "Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması," 36. Geçici nitelikteki kişilik bozukluklarının, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı kavramlarına dahil olmadığı, akıl hastalığı ve akıl zayıflığından bahsedilebilmesi için rahatsızlığın süreklilik arz etmesi gerektiği yönünde Yakan, *Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması*, 51. Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı hakkında ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Dağlı, *Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması*, 19-25. Ayrıca bkz. II.B.1 ve 2.

¹⁴⁶ Akıl hastalığı ile akıl zayıflığı arasında bir ayırım yapmanın pratik bir faydasının bulunmadığı zira her ikisinde de hukuki sonuç olarak ehliyetin kısıtlanmasının veya özgürlüğün sınırlandırılmasının söz konusu olacağı ancak akıl hastalığının akıl zayıflığından daha hafif olduğu yönünde bkz. Yakan, *Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması*, 52. Akıl zayıflığının, akıl hastalığına göre daha hafif bir psikik bozukluk olduğu yönünde bkz. Gümüş, "Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması," 198.

¹⁴⁷ Kocaağa, "Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması," 37.

alındıktan sonra karar verilebilir.¹⁴⁸ Resmî sağlık kurulu raporunun alınabilmesini temin amacıyla; kişinin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle kıl, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir, kişiye gerekli tıbbi müdahaleler yapılabilir ve gerektiğinde kişi, hekim ön raporu üzerine en fazla yirmi gün süreyle sağlık kuruluşuna yerleştirilebilir (TMK m. 436/I, b.6). TMK m. 436/I, b.7'de, hüküm kapsamında alınan kararların icrası için gerektiğinde ilgili kişi hakkında zor kullanılabilmesi ve sağlık görevlilerinden gerekli tıbbi yardım alınabileceği düzenlenmiştir. Şu halde resmi sağlık kurulu raporunun alınabilmesi için kişinin rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın rızası alınmadan hatta tıbbi müdahale reddedilse bile kişinin vücudundan örnek alınmasına veya raporun alınması amacı ile sınırlı olmak üzere tıbbi müdahale uygulanabilecektir.¹⁴⁹ Doktrinde TMK m. 436/I, b. 6 ile kişinin vücut bütünlüğüne yönelik rızası alınmaksızın yapılacak müdahalelerin hukuka uygun hale getirildiği aynı sonuca TMK m. 24/II uyarınca üstün özel yarar üzerinden de ulaşılabileceği ifade edilmektedir.¹⁵⁰

Türk Medeni Kanunu m. 432'de özgürlüğü kısıtlanacak kişinin toplum için tehlike oluşturması aranmaktadır. Kanun koyucu bu tercihinin sebebini, *"Yürürlükteki Kanunda ve 1984 tarihli Öntasarıda mevcut olmayan bu altıncı ayırım, İsviçre Medenî Kanununda 1 Ocak 1981 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan yeni düzenlemeden esinlenerek ve aynı düzenlemenin Ülkemiz için de gerekli ve yararlı olduğu düşünce ve inancıyla Tasarıya alınmıştır. Nitekim aynı ihtiyaç Anayasamızın 19 uncu maddesinde de açıkça ifade edilmiştir"* şeklindeki gerekçesi ile açıklamaktadır.¹⁵¹ TMK m. 432'nin uyumlu hale getirilmek istendiği *"Kişi*

¹⁴⁸ Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumuna ilişkin usul hukuku kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fatih Tahiroğlu, "Medenî Usûl Hukuku Açısından Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması," *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no:2 (2023): 438 vd.

¹⁴⁹ Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada TMK m. 436/I, b. 5 hükmünde belirtilen kişiler hakkında karar verilebilmesi için bilirkişi incelemesine başvurulmasının zorunlu olduğu yönünde bkz. Tahiroğlu, "Medenî Usûl Hukuku Açısından Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması," 447.

¹⁵⁰ Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N. 2214a.

¹⁵¹ Erşim tarihi, 24 Nisan, 2024. Bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_3.pdf.

Hürriyeti ve Güvenliği” başlıklı AY m. m. 19/II ise “.....toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz” şeklinde ifadesini bulmuş olup hükmün gerekçesinde ise amacının toplumun korunması olduğu vurgulanmaktadır.¹⁵² AY m. 19 hükmünde belirtilenin aksine vesayet hukukuna özgü düzenlemelerden biri olan koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanmasında amaç kişinin korunmasıdır.¹⁵³ Nitekim kaynak eZGB Art. 397a hükmünde de özgürlüğün kısıtlanabilmesi için yalnızca kişisel korunmanın başka türlü

¹⁵² Erişim tarihi, 24 Nisan, 2024. Bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekelci_anayasa_2021.pdf. AY m. 19/II'nin gerekçesinde ise “...Dördüncü halde iki ayrı durum söz konusudur. Birinci halde, bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek amacı güdülmüştür. Bu tür bir hastalık yayabilecek kimselerin serbestçe dolaşmalarının önlenmesini, mesela kendisinin evden çıkmasına izin verilmemesi buna örnek gösterilebilir. İkinci hal ise «Suç öncesi tehlikeli hal» olarak adlandırılan durumda bulunan kişileri ve bunlar konusunda alınması gerekli tedbirleri içermektedir. Bilindiği gibi suçla savaşta etkili olunabilmesi için suçun işlenmesini beklememek; suç işlemeye fevkalade müsait bir düzey üstünde bulunan kişiler hakkında, zamanında uygun tedbirler alarak zararı daha kaynağında önlemek gerekir. «Suç öncesi safha» denilen bu safhada bulunan kişiler özellikle, uyuşturucu madde tutkunları alkolikler, akıl hastaları yahut serserilerdir. «Serseri» terimi, «Muntazam ve normal geçim kaynağından mahrum ve meskeni bulunmayan» kimseleri ifade eder. Kolayca anlaşılacağı gibi bir akıl hastası, uyuşturucu madde tutkunu yahut alkoliğin veya yukarıda ifade edildiği anlamda bir serserinin suç işleme ihtimali, diğer kişilerin gösterdiği riskten daha yüksektir. Bunlar kendi hallerine bırakıldıkları takdirde toplum için devamlı bir tehlike ve tehdit teşkil edeceklerdir. Kendilerinin bir adım daha atarak suç alanına girmelerine engel olmak için kendileri konusunda «Önleyici güvenlik tedbirleri» yahut, diğer bir deyimle, «Toplumsal savunma tedbirleri» alınmaktadır. Bu tedbirlerin neler olduğu, uygulama şartları ve benzeri hususlar, bugün pekçok ülkede kabul edilmiş bulunan «Toplumsal Savunma Kanunları» tarafından düzenlenecektir. Bu tür tedbirlerin bazılarının (müessesede eğitim) uygulanması, «Tehlikeli hal» gösteren kişinin şu veya bu şekilde kısıtlanmasını zorunlu kılar. İzahına çalışılan hüküm bu ihtiyacı karşılamaktadır” denilerek, hükmün amacının toplumun korunması olduğu açıkça vurgulanmaktadır.

¹⁵³ Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N. 2179; İmamoğlu, “Zorla Tedavi,” 43; Kocaağa, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması,” 40; Gümüş, “Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması,” 200-201; Karabağ Bulut, “Salgın Hastalık,” 534.

sağlanamaması şartı aranmaktadır.¹⁵⁴ TMK m. 432’de koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması için toplum için tehlike yaratma şartının aranması, kurumun amacıyla bağdaşmadığı ve uygulama alanını daralttığı için doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.¹⁵⁵ Bazı yazarlarca, zayıflık hali içerisinde bulunan kişinin toplum için tehlike oluşturmaması halinde özgürlüğünün kısıtlanamayacağı savunulmaktadır.¹⁵⁶ Bazılarına göre ise TMK m. 432’nin lafzıyla uygulanması, korunma ihtiyacı içindeki zayıf kişilerin toplum için tehlike oluşturmadıkları sürece özgürlüklerinin kısıtlanamayacağı sonucunu doğuracak ve bu yaklaşım hükmün kişiyi koruma amacı ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması için kişisel korunma

¹⁵⁴ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N. 2179; Kocağa, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması,” 40; Gümüş, “Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması,” 200-201; Yakan, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*, 66.

¹⁵⁵ Koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması kurumunun amacının doğrudan kişinin korunması olduğu yönünde bkz. İmamoğlu, “Zorla Tedavi,” 43. Kurumun amacının kişinin kendisinin dışında tehlike oluşturduğu toplumun korumasına da hizmet ettiği yönünde bkz. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 738. ZGB Art. 426 yönünden, yalnızca üçüncü kişilerin korunması ihtiyacının kişinin kuruma yerleştirilmesini haklı gösteremeyeceği yönünde bkz. Guillod, *Erwachsenenschutz*, Art. 426, N. 65. İsviçre’deki yeni düzenlemeyle tam anlamıyla bir toplumsal koruma da öngörüldüğü söylenemese de kanun koyucunun kişinin kişiliğinin korunmasıyla toplum menfaati arasındaki dengenin kurulmasını güçlendirdiğinin söylenebileceği yönünde bkz. Aydın-Özdemir, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi,” 175.

¹⁵⁶ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 738. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında, kişinin korunmasından çok yaratacağı tehlikeler karşısında üçüncü kişilerin korunmasının amaçlandığı, bu sayede kişinin korumadan dolayı ile yararlandığı ve toplumun menfaatinin bireyin menfaatinin önüne geçtiği yönünde, Bkz. Dağlı, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*, 39. Hükümde toplum için tehlike oluşturma şartının da aranmasının yerinde olmadığı ancak hükmün açık ifadesi karşısında, kişi kanunda sayılan ruhsal veya bedensel rahatsızlık hallerinden birine sahip olsa bile, bu durumunun toplum için tehlike oluşturmadığı sürece özgürlüğünün sınırlanamayacağı yönünde bkz. Kocağa, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması,” 40-41.

ihtiyacının varlığı yeterli kabul edilmelidir.¹⁵⁷ Bu sorunun çözümünde ikili bir çözüm öneren bazı yazarlarca ise toplum için tehlike oluşturma bakımından kanunun örtülü boşluk içerdiği ve amaca uygun daraltıcı yorum ile bu şartın yalnızca ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalıklar için uygulanabileceği kabul edilmektedir.¹⁵⁸

Kanımızca da hükümde yer alan toplum için tehlike yaratma şartı, bir kişinin malvarlığı veya kişilik haklarına yönelik her türlü ihlali veya ihlal tehlikesini içerecek genişliktedir. Tehlike yaratmanın anlamı, yoğunluğu, sonuçları bakımından bir sınırlama bulunmamaktadır. Zayıflık hali içinde bulunan bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanması onun başka şekilde korunmasının mümkün olmadığı hallerde uygulanabilir. Vesayete ilişkin hükümler arasında düzenlenmesinden ve ratio legisinden hareketle, kişinin koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesi için öncelikle onun içinde bulunduğu kişisel korunma ihtiyacı değerlendirilmelidir. Kuruma yerleştirme kararı verilmesinde kişinin çevresine getirdiği külfetin de dikkate alınması gerektiği hükümde açıkça belirtilmiştir. Bu noktada kişinin toplum için tehlike yaratması ve korunmasını sağlayabilecek olan çevresi için katlanılamayacak

¹⁵⁷ Gümüş, "Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması," 200-203; İmamoğlu, "Zorla Tedavi," 43. Tehlike yaratma şartının aranmaması gerektiği yönünde bkz. Dural, Öğüz ve Gümüş, N. 2179. Aksi yönde bkz. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 738. TMK'daki düzenlemenin İsviçre'de olduğu gibi kişinin korunmasıyla sınırlanmasının uygun olacağı yönünde bkz. Aydın-Özdemir, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi," 187. Kaynak eZGB 397a'dan farklı olarak TMK m. 432 hükmünde açıkça toplum için tehlike oluşturma şartının da aranması nedeniyle, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunun Türk Hukukunda hem kişiyi hem de toplumu korumayı amaçladığının kabul edilmesi, ayrıca kurumun vesayet tedbiri olduğu ve kişi özgürlüğüne ağır bir müdahale getirdiği dikkate alınarak, hâkim tarafından uygulama yapılırken koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunun kişiyi koruma amacı her zaman üstün tutulmalı, toplumu koruma amacına üstünlük tanınmaması gerektiği yönünde bkz. Yakan, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*, 69.

¹⁵⁸ Karabağ Bulut, "Salgın Hastalık," 536-537.

ölçüde bir külfet oluşturması, kişisel korunmanın başka şekilde sağlanamaması şartının değerlendirilmesinde yardımcı bir ölçüt olarak ele alınmalıdır.¹⁵⁹

Koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması, kişinin tedavisini, eğitimi veya ıslahını amaçlayan bir kurumdur. Konumuz bakımından önem arz eden tedavi ifadesi, tıbbi müdahale kavramına kıyasla dar kalmaktadır. Ancak işin doğası gereği tedavinin uygulanabilmesi için öncesinde teşhis aşamasının varlığı zorunludur. Doktrinde bazı yazarlar, TMK m. 432 hükmünün yeterince açık olmadığı için zorla tedavi bakımından hukuki temel oluşturmadığını, hükmün kapsamındaki tıbbi müdahalelerin yalnızca kişinin kuruma yerleştirilebilmesi için zorunlu olan müdahalelerle sınırlı olduğunu, bu nedenle kişinin sağlık durumunu belirli bir süre iyileştirmeye yönelik müdahalelerin rıza ile uygulanabileceğini savunulmaktadır.¹⁶⁰ Buna karşılık diğer bir kısım yazar ise üstün özel veya kamusal yararın varlığı ya da üçüncü kişinin korunmasında haklı bir menfaat söz konusu ise müdahalenin orantılılığı doğrultusunda zorunlu tedaviyi mümkün görmektedir.¹⁶¹ Ayrıca doktrinde, TMK m. 432

¹⁵⁹ Gümüş, "Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması," 196; Aydın-Özdemir, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi," 189; Yakan, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*, 69-70. Nitekim kaynak eZBG Art. 397a vd. koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümler bakımından da kuruma yerleştirilen kişilere yapılacak tıbbi müdahaleler konusunda bir düzenleme bulunmadığı için kurumda bulunan kişiye zorunlu tıbbi müdahale uygulanmasına yasal dayanak oluşturmadığı yönünde bkz. Guillod, *Erwachsenenschutz*, Art. 426, N. 3.

¹⁶⁰ Bir hükmün zorla tedavi bakımından hukuki dayanak teşkil etmesi için, tedavinin şekil ve şartları bakımından ayrıntılı düzenlemeler içermesi gerektiği, ancak TMK m 432 vd hükümlerinde bu yönde düzenlemelere yer verilmediği yönünde bkz. Karabağ Bulut, "Salgın Hastalık," 550. Koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması kurumunun zorla tedavi için kanuni dayanak oluşturmadığı, TMK m. 432 hükmünün zorla tedaviye kanuni dayanak oluşturacak açıklıkta olmadığı yönünde bkz. İmamoğlu, "Zorla Tedavi," 53-55.

¹⁶¹ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N. 2182; Aydın-Özdemir, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması," 192-193. Emre Cumalıoğlu, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması: Özellikle Psikososyal Engelli Bireyler Bakımından 'Elverişli Kurum' Sorunu," *İzmir Barosu Dergisi*, no.1 (2021): 46. İlgili kişinin iyileştirilmesine yönelik bağımsız bir terapiye veya sağaltıma alınamasa bile sadece geçici rahatlamasına yönelik cebri tıbbi müdahalelerin koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanmasının yürütümü sırasında caiz olacağı yönünde bkz. Gümüş, "Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması," 205.

hükmünde zayıf haldeki kişinin tedavi, eğitim veya ıslah için bir kuruma yerleştirileceği veya alıkonulacağı belirtildiğinden hareketle, kişinin psikolojik veya ağır bedensel rahatsızlığının giderilmesi için tedavi amacıyla bir sağlık kuruluşuna yerleştirilmesi veya alıkonulması halinde, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunun zorla tedaviyi de kapsadığının kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşe göre, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı kişinin tedavi edilmesi için alınmışsa, ilgili kişi doğrudan bu karara dayanarak tedavi edilmelidir. Aksi halde, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumu vesayet tedbiri olmaktan ziyade, ceza yahut önleyici bir güvenlik tedbiri haline gelir.¹⁶²

Kanımızca koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin TMK m. 432 hükmünde, tedavi ifadesinin açıkça yer almasına karşın iyileştirme amaçlı zorunlu tıbbi müdahalenin dayanağını oluşturduğunu söylemek güçtür. Hükümde hüküm tedavinin usulü, süresi, tedaviyi yapacak ve tedavi kararı alacak konsültasyon ekibi, hastanın tedavi edileceği kurumun nitelikleri bakımından düzenleme içermemektedir. Bu nedenle hüküm kapsamında zorunlu tıbbi müdahalenin uygulanması önemli sorunları beraberinde getirmektedir. Sadece üçüncü kişilerin korunması bakımından ise hükmün uygulanabilme kabiliyeti bulunmamaktadır. Koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanacak kişinin toplum için tehlike yaratması şartı da kişinin zorunlu tıbbi müdahaleye tabi tutulması bakımından sınırları belirsiz bir alan yaratmaktadır. Bu durum ise temel hak ve özgürlüklerin yalnızca Anayasada belirlenen hallerde ve kanun ile özel olarak düzenlenmesi şartı ile sınırlandırılabilmesi kuralı ile bağdaşmamaktadır (AY m. 13, 19). Her ne kadar doktrinde üçüncü kişinin korunması için haklı bir menfaatin bulunduğu durumlarda zorunlu

¹⁶² Bu görüşe göre ayrıca kanun koyucunun TMK m. 432 hükmündeki zorla tedaviye ilişkin kanunilik şartını eksik yerine getirmesi, hükmün tedavi amacının bulunduğunu belirtmesi dışında bunun içeriği ve şartlarına yer vermemesi koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunun amacı ve işlevini ortadan kaldırmamalı ve bu eksiklik üstün nitelikteki özel veya kamusal yarar hukuka uygunluk sebebi ile doldurulmalıdır (TMK m. 24/2). Bkz. Yakan, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*, 117 vd.

tıbbi müdahalenin uygulanabileceği savunulmakta ise de TMK m. 432 hükmünde bu yönde bir düzenlemeye rastlanmamaktadır.

Türk Medeni Kanunu m. 436/I, 6 uyarınca, resmi sağlık kurulunun alınması amacıyla sınırlı olmak üzere kişiye rızası olmaksızın hatta ret beyanına rağmen tıbbi müdahale uygulanabileceğinin özel olarak düzenlenmesine rağmen hakkında koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanacak kişiye uygulanabilecek tedavinin tüm yönleriyle özel olarak düzenlenmemesi önemli bir eksiklik olarak daha çarpıcı hale gelmiştir. Tedaviye en çok ihtiyaç duyulan zayıflık hallerinden akıl hastalığı ve akıl zayıflığı hallerinde, söz konusu kişilerin kısıtlanması ile atanan kanuni temsilcinin rızası, kanuni temsilcinin rızasının olmadığı durumlarda mahkeme kararı ile tedavi uygulanması mümkün ise de ayırt etme gücünü sürekli olarak kaldırmayan ve tıbbi müdahale anında müdahalenin önemini ve sonuçlarını anlayabilme ve karar verebilme yeteneği olan akıl hastaları ve akıl zayıfları bakımından TMK m. 432 uyarınca zorunlu tıbbi müdahalenin uygulanması iyileştirme amacı güden tedaviye ilişkin usul ve esasların belirsiz olması nedeniyle mümkün görünmemektedir. Esasen hüküm tedaviye kanuni dayanak oluşturmakta ancak hangi şartlar altında ve nasıl uygulanacağı konusunda boşluk içermektedir. Söz konusu boşluğun temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması, kıyas, evleviyet ilkesi veya hâkimin takdir yetkisi ile doldurulmaya elverişli değildir.¹⁶³

Zorunlu tıbbi müdahalenin mümkün olup olmadığı ile ilgili tartışmaların devam ettiği bir diğer alan da 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamındaki tedbirlerdir.¹⁶⁴ Söz konusu Kanunun amacı m. 1 hükmünde, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi

¹⁶³ Biotıp Sözleşmesi m. 7 hükmü uyarınca “Gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tâbi tutulabilir”. Hükümde, tıbbi müdahale uygulanacak kişinin, akıl hastası olması yeterli değildir. Aynı zamanda müdahale uygulanmaması halinde sağlığının ciddi bir tehlike ile karşı karşıya olması da gerekir.

¹⁶⁴ RG.,T.20.3.2012, S.28239.

bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Kanunda bu amaç doğrultusunda hâkim veya kolluk kuvvetleri tarafından alınabilecek tedbirlere yer verilmiştir. İnceleme konumuzu ilgilendiren kısım ise “*Hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararları*” başlıklı m. 5 hükmüdür. Hâkim, şiddet uygulayanlarla ilgili olarak hükümde düzenlenen önleyici tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere karar verebilir. Zorunlu tıbbi müdahaleye esas oluşturan tedbir, bağımlılar dışındaki durumlar için 5/(1)-ı hükmünde, “*Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurusu ve tedavisinin sağlanması*” olarak ifadesini bulmuştur. Tedbir kararının icrası için kişinin zorunlu olarak tıbbi müdahaleye eş deyişle tedaviye tabi tutulması mümkün değildir. Şöyle ki hakkında m. 14 hükmü ile tedbir kararını ihlal eden kişiye yönelik yaptırım yalnızca zorlama hapsi olarak düzenlenmiştir.¹⁶⁵ Ayrıca 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği¹⁶⁶ m. 28/4 uyarınca, tedbir kararı verilen kişinin sağlık kuruluşunda tedaviyi reddetmesi halinde durumun tutanakla tespit edilerek ivedilikle Cumhuriyet başsavcılığına ve ŞÖNİM’e bildirileceği hüküm altına alınmıştır.

B. Türk Hukuku Bakımından Öneri

Zorunlu psikiyatrik müdahaleye konu olabilecek haller, WHO tarafından yapılan ICD-11 listesi esas alınarak zihinsel bozukluklar ve kişilik bozuklukları olarak ele alındığı için önerimizde de her ikisini kapsayacak şekilde psikiyatrik bozukluk ifadesi kullanılmaktadır. Pozitif hukukumuzda, psikiyatrik bozuklukları nedeniyle kendisi veya başkaları bakımından tehlike yaratan kişilere yönelik zorunlu psikiyatrik müdahalenin hangi şartlarda mümkün

¹⁶⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nil Karabağ Bulut, “6284 Sayılı Kanun’a Göre Şiddet Uygulayana Yönelik Muayene ve Tedavi Tedbirinin Şartları ve Hukuki Sonuçları,” *Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan* 40, no.2 (2020): 981 vd.

¹⁶⁶ RG., T.18.1.2013, S.28532.

olacağını düzenleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır.¹⁶⁷ Hukukumuzda zorunlu tıbbi müdahaleler, TMK m. 432 çerçevesinde ele alınmakta ise de hüküm kapsamında kurumda kalan kişiye iyileştirme amaçlı müdahalelerin rıza olmaksızın yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Kişinin kuruma yerleştirilmesinin rızası aranmaksızın mümkün olmasının aynı zamanda ona sürekli nitelikte ve iyileştirici tıbbi müdahalede bulunulabileceği anlamına gelmemektedir. Ayrıca hükümde temel amacın kişinin korunması olduğu dikkate alındığında, psikiyatrik bozuklar sebebiyle yalnızca başkaları için tehlike yaratma olgusunun diğer şartların varlığı halinde bile zorunlu psikiyatrik müdahaleye yasal dayanak oluşturamayacağı açıktır. TMK m. 436/I, b. 6 ve 7 uyarınca, kişinin kuruma yerleştirilmesi için resmi sağlık kurulu raporunun alınması amacıyla sınırlı olmak üzere kişiye rızası olmaksızın hatta ret beyanına rağmen zorla tıbbi müdahale uygulanabileceğinin özel olarak düzenlenmesi karşısında kuruma yerleştirildikten sonra iyileştirme amaçlı müdahaleye ihtiyaç duyan psikiyatrik bozukluklara sahip kişiler bakımından nasıl hareket edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaması çarpıcı bir eksikliklerdir.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Hukukumuzda zihinsel veya ruhsal engellilerin tedavisine yönelik ayrı bir düzenlemenin bulunmadığı, Türk Hukukunda birtakım düzenlemeler bulunmakla birlikte bunların dağınık ve yetersiz olduğu, bu yetersizliğin zihinsel veya ruhsal engellilerin tedavisinde keyfiliğe yol açabilecek nitelikte olduğu yönünde bkz. Dalkılıç, Türkiye’de Zihinsel veya Ruhsal Engellilerin “Zorla” Tedavisinin Eleştirisi,” 32. Psikososyal engelli bireylerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının dayanağı olan TMK ve PYSK’da yer alan düzenlemelerin yeterli olmadığı hususunda şüphe bulunmadığı, söz konusu bireylerin, Kanun’da var olan güvencelerden de gereği gibi yararlanamadığı, bu noktada iç hukukumuzdaki en temel eksikliğin konuya ilişkin özel bir kanunun bulunmaması olduğu yönünde bkz. Konuk Sommer, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa Temelinde Psikososyal Engelli Bireylerin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı,” 77.

¹⁶⁸ Nitekim kaynak eZBG Art. 397a vd. koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümler bakımından da kuruma yerleştirilen kişilere yapılacak tıbbi müdahaleler konusunda bir düzenleme bulunmadığı için kurumda bulunan kişiye zorunlu tıbbi müdahale uygulanmasına yasal dayanak oluşturmadığı yönünde bkz. Guillod, *Erwachsenenschutz*, Art. 426, N. 3.

Karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemelerden de yararlanılarak zorunlu psikiyatrik müdahalenin, Anayasa m. 13, 17 ve 19, AİHS m. 5 ve Biyotıp Sözleşmesi m. 26 hükümlerine uygun olarak maddi hukuk ve usul hukuku bakımından şartlarının düzenlendiği kanuni bir dayanağa kavuşması gerekmektedir. Bu doğrultuda önerdiğimiz zorunlu psikiyatrik müdahalenin şartları sırasıyla, kişinin bir psikiyatrik bozukluğunun bulunması, kendisi veya başkaları bakımından önemli derecede tehlike yaratması, psikiyatrik bozukluğu nedeniyle müdahaleye rıza ehliyetinin olmaması, her iki durumun da resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmesi ve hâkim kararının varlığı olarak belirlenmiştir.

Önerimizi oluşturan hükmün kişi bakımından kapsamı, müdahaleye rıza ehliyeti bulunmayanlarla sınırlanmalıdır ve bu husus hükümde özel olarak düzenlenmelidir. Başka ifadeyle zorunlu psikiyatrik müdahale, yalnızca kişinin psikiyatrik bozukluğu nedeniyle müdahalenin gerekliliğini, anlam ve önemini, uygulanmasının sonuçlarını veya uygulanmaması halinde karşılaşılabileceği riskleri idrak etme ve buna göre davranma yeteneğinden yoksun olduğu, müdahaleye rıza ehliyetinin bulunmadığı hallerde söz konusu olabilir. Önemle belirtmek gerekir ki bu durumda, bir kimsenin genel olarak ayırt etme gücünün bulunmaması değil, Alman Hukukunda rıza ehliyeti (*Einwilligungsfähigkeit*), İngiliz Hukukunda da karar verme yeteneği (*Decision-Making Ability*) olarak ifade edilen ve yalnızca psikiyatrik müdahaleye yönelik ayırt etme gücünün bulunmaması kastedilmektedir. Zira psikiyatrik bozuklukların, kişinin ayırt etme gücüne etkisi son derece tartışmalı olup her somut olayda özel olarak resmi sağlık kurulu raporu düzenlemeye ehil ve uzman bir heyet tarafından değerlendirilmelidir. Kişinin müdahaleyi reddetmesinin tek başına hastanın rıza ehliyetinin bulunmadığına karar vermek için yeterli olmadığı kabul edilmektedir.¹⁶⁹ Bu çerçevede daha önce de ifade ettiğimiz üzere, TMK.m.436/I, b. 6'da yer alan psikiyatrik müdahale kapsamında da yer alan tıbbi müdahalelere müracaat edilebilmesi için akıl hastası veya akıl zayıfının rızasının aranması gerekmediği halde, TMK m. 432 kapsamında kuruma

¹⁶⁹ Simon, "Selbstbestimmung," 62.

yerleştirildikten sonra iyileştirme amaçlı tıbbi müdahaleler bakımından kişinin rıza ehliyetinin varlığı araştırılmalıdır. Ayırt etme gücünü sürekli olarak ve tümüyle kaldırmayan psikiyatrik bozukluklarda, kişinin tedaviyi reddetmesi sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu hallerde, resmi sağlık kurulu raporuyla kişinin psikiyatrik müdahalenin önemini ve sonuçlarını anlama ve buna göre davranabilme kabiliyetinin eş deyişle rıza ehliyetinin bulunmadığı sonucuna varılabiliyorsa diğer şartların varlığı halinde bu kişilerin de kapsama alınmasıyla tehlike yaratan psikiyatri hastalarına müdahale edilebilmesi bakımından önemli bir boşluk doldurulmuş olacaktır. Psikiyatrik müdahaleye en çok ihtiyaç duyulan zayıflık hallerinden psikiyatrik bozukluklarda, kişinin kısıtlı olması halinde kanuni temsilcinin rızası, kanuni temsilcinin rızasının olmadığı durumlarda mahkeme kararı ile tedavi uygulanması mümkün ise de zorunlu psikiyatrik müdahalenin şartlarının düzenlenmesi ile kanuni temsilcinin rızası aranmaksızın ve zaman kaybetmeden, hekim hâkimin kararı ile kurumda bulunan kişiye müdahale edebilecektir.¹⁷⁰ Ayrıca kendisine kanuni temsilci atanmamış olan bir kişinin de rıza vermektan kaçınması halinde uygulamadaki sorunların aşılmasını sağlayacaktır. Şöyle ki kişideki psikiyatrik bozukluğun kısıtlanması için yeterli sebep oluşturmadığı ancak kişinin psikiyatrik müdahalenin anlamını ve önemini kavrama ve buna göre davranma yeteneğinin olmadığı hallerde, kanunda belirtilen şartların oluşmasıyla mahkemenin vereceği karar, rızanın yerini alan bir hukuka uygunluk sebebi olacaktır. Başka ifadeyle kişiye müdahale edilmemesi durumunda kendisi veya başkaları bakımından önemli tehlike meydana gelecek veya mevcut tehlikenin devam edecek olması halinde, kendisinin veya yasal temsilcinin rızalarının yerini mahkeme kararı alacaktır.

¹⁷⁰ Doktrinde akıl hastalığı ve akıl zayıflığının zorla tedavisine ilişkin tartışmanın pratikte pek de önemli görünmediği, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişilerin kısıtlanarak vesayet altına alındığı ve sınırlı ehliyetsizlerin hukuki rejimine tabi oldukları (TMK m. 405), hukukumuzda ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, hasta küçük veya kısıtlı ise yapılacak tıbbi müdahaleye yasal temsilcinin rızasının arandığı (TŞSTİDK m. 70; HHY m. 24/1), bu nedenle nedenle, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olanlar hakkındaki tıbbi müdahaleye yasal temsilcileri tarafından rıza verileceği yönünde bkz. Yakan, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*, 118-119.

Nitekim İsviçre Hukukunda ZGB Art. 434 ve Alman Hukukunda PsychKG § 18 Abs.4 çerçevesinde hasta talimatı dikkate alınmasına rağmen¹⁷¹ kanuni temsilcilerin rızalarının bulunması¹⁷² aranmamaktadır. Bu tedbirleri hukuka uygun hale getiren unsur, kanunda belirtilen kişilerin talebi veya ihbarı üzerine mahkemenin verdiği karardır. Buna karşılık Ruh Sağlığı Kanunu Teklifinin 14/I hükmünün *“İstemsiz tedavi ve yatışın aşamalarında; hizmet alan kişinin, yasal temsilcisinin ve bakım vereninin mümkün olan her durumda bilgilendirilerek sürece dâhil edilmesi ve mümkün olduğunca rıza alınması esastır. Bu durumlarda, varsa ve ulaşılabiliyorsa öncelikle hastanın yasal temsilcisi, velisi veya bakım vereni işlem öncesinde bilgilendirilir ve yazılı rızası istenir. Bu kişiler tedaviye rıza göstermez ya da kendilerine ulaşamazsa gerekli tıbbi müdahalelerde bulunulur ve durum kayıt altına alınır”* şeklindeki ifadesinde, kanuni temsilcinin rızasının bir hukuka uygunluk şartı olarak tasarlandığı görülmektedir. Zorunlu psikiyatrik müdahalede, rıza aranmıyorsa da mümkün olduğu sürece kişinin tedavi konusunda bilgilendirilmesi ve ikna edilmesinin müdahalenin başarısı açısından önem arz edeceği açıktır. Kanımızca zorunlu psikiyatrik müdahalede, rıza ehliyeti bulunmayan kişi ve varsa kanuni temsilcisinin aydınlatılması hem tedavi şansını artırılmasının hem temel hak ve özgürlüklere müdahalenin orantılı olmasının gereği olarak kanunda yer almalı ancak kendisinin veya varsa kanuni temsilcisinin rızası aranmamalıdır. Kaldı ki kanuni temsilcinin rızasının hukuka uygunluk şartı olarak aranması halinde zorunlu psikiyatrik müdahaleden bahsedilmesi mümkün değildir. Anılan kişilere ilişkin zayıflık halleri TMK m. 432 hükmünde akıl hastalığı ve akıl zayıflığı olarak yer almakta ise de modern hukuk ve tıp literatürüne uygun olarak bu kavramlar yerine zihinsel ve kişilik bozukluklarını kapsayacak şekilde psikiyatrik bozukluklara sahip kimseler olarak ifade edilmelidir.

¹⁷¹ İsviçre Hukukunda psikiyatrik zorunlu müdahale konusunda hasta talimatının etkisinin diğer zorunlu tıbbi müdahaleler gibi güçlü olmadığı, etkisinin zayıflatıldığı yönünde bkz. Münger, “Zwangsmassnahmen,” 34.

¹⁷² Alman Hukukunda PsychKG § 18’e göre hastanın (somatik) diğer hastalıkları nedeniyle tedavi için rızası alınmıyorsa, rızanın yetersiz olması durumunda bunun yerine yasal temsilcinin rızası alınır.

Kuruma yerleştirilen ancak müdahale bakımından rıza ehliyeti olan kişiler bakımından psikiyatrik müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için rızanın varlığı bir şart olarak aranmalıdır. Başka ifadeyle rıza ehliyeti olmayanlar dışındaki kişilere yönelik olarak kurumda yapılacak müdahaleler ancak rıza ile hukuka uygun kabul edilebilecektir. Aksi halde rıza ehliyeti bulunan kişilere zorunlu psikiyatrik müdahale yapılması gündeme gelecektir ki böyle bir kabulün “*İşkence Yasağı*” başlıklı AHİS m. 3 hükmü ile bağdaşmayacağı açıktır.

Zorunlu psikiyatrik müdahale, kişinin rızası alınmaksızın veya kişi müdahaleyi reddettiğini açıkça ortaya koyan davranışlarda bulunsa bile kuruma alınmak suretiyle psikiyatrik bozukluğun kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması ile sınırlı olarak uygulanabilmelidir. Başka ifadeyle zorunlu psikiyatrik müdahale konu bakımından psikiyatrik bozukluğun sağaltılması ile sınırlıdır.

Kişinin kendisi veya başkaları için tehlike yaratması olgusuna ilişkin delillerin, şüpheye yer bırakmayacak nitelikte olması gerekmektedir. Tehlike, bir ihlal tehdidi veya ihlalin gerçekleşmesi şeklinde geniş anlamı ile kullanılmaktadır. Başka ifadeyle, kişiye müdahale edilmemesi durumunda kendisi veya başkaları bakımından önemli tehlike meydana gelecek veya mevcut tehlikenin devam edecek olması gerekir. Zorunlu psikiyatrik müdahale ile gerçekleşme riski bulunan tehlikenin kendisini ya da gerçekleşen tehlikenin tekrarlanmasını önlemek amaçlanmaktadır. Tehlike altındaki değerler, kişinin yaşamı, sağlığı, vücut bütünlüğü, kişisel özgürlüğü, özel hayatı gibi kişilik alanına dâhil olabileceği gibi mülkiyet hakkı gibi malvarlığı alanına dâhil değerlerden de oluşabilir.¹⁷³ Ancak her türlü tehlike değil, ciddi ve yakın tehlike kapsama alınmalıdır. Yakın ve ciddi tehlike, önlenmemesi halinde kişinin kendisi veya tehlikenin yöneldiği üçüncü kişiler bakımından telafisi zor veya imkânsız bir zarara sebep olabilecek nitelikte olmalıdır. Nitekim Ruh Sağlığı Kanunu Teklifinin m. 13 hükmünün gerekçesinde “*akıl hastalığı veya akıl zayıflığı kapsamındaki ruhsal hastalıklara bağlı zarar verme riskinin olduğu*” durumda ve bazı şartlarla istemsiz yatış gerçekleştirilebileceği açıklanmıştır. Zarar verme riski ise

¹⁷³ Heide, Jochen, *Medizinische Zwangsbehandlung*, (Berlin: Lehmanns, 2001), 43.

m.2/p'de "Ayırt etme gücünü önemli derecede azaltan ya da tümüyle ortadan kaldıran bir ruhsal hastalık etkisiyle kişinin, yakın zamanda kendisine ya da başkasına yönelik, bedensel ve/veya ruhsal ciddi zarar verme davranışı ya da riski" olarak ifade edilmiştir. Hükümde, tehlike yaratama, zarar verme riski olarak ifade edilmiş ve riskin ciddi olması aranmıştır. Ayrıca bedensel veya ruhsal bütünlüğe yönelen eylemler kapsama alınmıştır. Dolayısıyla tehlike bir kimsenin doğrudan kendisinin veya yakınlarının fiziki bütünlüğüne yönelik yaralama, öldürme şeklindeki eylemlerle gerçekleşebileceği gibi süreklilik taşıyacak nitelikte diğer kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar verme tehdidi olarak da kişide endişe, panik, korku yaratarak ruh sağlığını bozmaya yönelik eylemlerle gerçekleştirilebilir. Bu kapsamda örneğin, psikiyatrik bir bozukluğu nedeniyle takıntılı şekilde sürekli komşusunun evini, arabasını yakacağı ya da işyerine gelerek onurunu zedeleyici açıklamalar yapacağı yönünde tehdit yaratması veya bu eylemleri gerçekleştirmesi tehlike kapsamında değerlendirilmelidir. Şüphesiz aynı kişinin anılan davranışları bizzat kendi kişilik değerleri ve malvarlığına yöneldiğinde de evleviyetle tehlike kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir.

Tehlike altında bulunan kişilerin başvurusu veya görevlerini yaparken kişinin kendisi veya başkaları için tehlike yarattığını öğrenmeleri halinde kamu görevlilerinin ilgili vesayet makamına yapacakları bildirimle, basit yargılama usulüne tabi çekişmesiz bir yargı işi olarak ele alınması gereken bir tedbir niteliğindedir. Kararın verilmesinde ve icrasında anayasal ölçülülük ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır (AY m. 13). Eş deyişle zihinsel bozukluk veya kişilik bozukluğuna sahip olmasına rağmen kendisi veya başkaları bakımından yarattığı tehdit, onun zorunlu tıbbi müdahaleye tabi tutulmasını gerektirmeyecek nitelikte ise kişinin vücut bütünlüğüne rızası olmaksızın dokunulmamalıdır. Ayrıca TMK m. 436 kapsamında, zorunlu psikiyatrik müdahalenin usul ve esasları yani mahkeme ve bilirkişiler tarafından uyulması gereken süreler ile itiraz süreleri ayrıntılı olarak düzenlenmelidir. Buna ek olarak özellikle kuruma alındıktan sonra zorunlu psikiyatrik müdahaleye ihtiyacı olduğu konusunda şüphe bulunan kişiler hakkındaki iş ve işlemlerin,

bu kişilere ilişkin başvuruların ivedilikle ele alınması gerektiği konusunda usul kuralları öngörülmalıdır.¹⁷⁴

C. Türk Hukuku Bakımından Önerinin Gerekçesi

1. Kanuni Düzenlemeye İhtiyaç Duyulmaktadır

Pozitif hukukumuzda kişinin kendisi ve özellikle başkaları bakımından tehlike yarattığı durumlarda, kendisinin veya onların korunması amacıyla zorunlu psikiyatrik müdahalenin usul ve esaslarını öngören özel bir kanuni düzenleme ihtiyacı bulunmaktadır. Nitekim bu ihtiyacı gidermek üzere TBMM'nin ilgili komisyonlarına, 27.07.2018 tarih ve 2018/2849 sayılı¹⁷⁵, 02.03.2018 tarih ve 2018/2695 sayılı¹⁷⁶ ve 06.04.2023 tarih 2/5039 sayılı¹⁷⁷ olmak üzere üç adet Ruh Sağlığı Kanunu teklifi sunulmuştur. Hâlihazır mevzuatta bir vesayet tedbiri olarak TMK m. 432 hükmünde düzenlenen koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması, kişinin kendisinin korunması temel alınarak tasarlanmış olup hükmün uygulanması bakımından başkaları için tehlike yaratma şartı ikincil öneme sahiptir. 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanununda ise m. 5/(1)-ı kapsamında hâkim tarafından verilecek, *muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması* içerikli tedbir kararının icrası için kişinin zorunlu olarak tıbbi müdahaleye eş deyişle tedaviye tabi tutulması mümkün değildir. Şöyle ki Kanunun m. 14 hükmü ile tedbir kararını ihlal eden kişiye yönelik yaptırım yalnızca zorlama hapsi olarak düzenlenmiştir. Hal böyle olunca, muayene ve tedavi için öngörülen tedbir, şiddet uygulayan kişi için tavsiyeden öte anlam ifade

¹⁷⁴ Bu konuda bkz. Gürkan Sert, Hatice Özçelik ve Gülay Yıldırım, "Türkiye'de Akıl Hastalığı Olan Hastalarda Zorla Yatırma ve Zorla Tedavi/ Hukuki ve Etik Sorunlar", *Lokman Hekim Dergisi* 9, 3 (2019): 394 vd. 393-404. Ayrıca bkz. Ruh Sağlığı Kanunu Teklifi m. 14, 15.

¹⁷⁵ <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/WebOnergeMetni/7a6a8b84-2bf8-4db9-a39e-ada3200dbdea.pdf>. Erişim tarihi, Nisan 25, 2024.

¹⁷⁶ <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y2/T2/WebOnergeMetni/2d0464e8-42de-48c8-a5b3-d37da07d4b8c.pdf>. Erişim tarihi, Nisan 25, 2024.

¹⁷⁷ <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D26/Y3/T2/WebOnergeMetni/b755a04a-e8a7-4a17-833c-2f39a6243853.pdf>. Erişim tarihi, Nisan 25, 2024.

etmemektedir. Oysa psikiyatrik müdahalenin zorunlu olarak uygulanması ile 6284 sayılı Kanun 5/(1)-b uyarınca, şiddet uygulayan kişi hakkında uzaklaştırma kararına ya da m. 4/(1) hükmü uyarınca korunan kişinin işyerinin değiştirilmesine, kişinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesine veya korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağına anlaşılması hâlinde ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi gibi radikal tedbirlere de gerek kalmayabilecektir.

2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülüğü Bulunmaktadır

Tıp biliminin verileri ile bağdaşmayan vesayet hukuku hükümlerimizin ayırt etme gücünün tümüyle bulunduğu veya bulunmadığının kabul edildiği durumlar üzerine inşa edilmiş olmasının yarattığı sakıncalardan en önemlisi, psikiyatrik bozukluğu olan kişiler için çoğunlukla kısıtlama kararı verilmesidir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunun düzenlendiği TMK m. 432 hükmünün haklı olarak eleştirilen ifadesi nedeniyle de zorunlu tıbbi müdahale, etkili bir şekilde uygulanmamaktadır.¹⁷⁸ Zorunlu psikiyatrik müdahale ile kişiye kısmen veya tamamen sağlıklı bir yaşama kavuşma ve karar verme yeteneğini kazanması konusunda imkân tanınarak, kişinin kendi kaderini belirme hakkını kullanabilmesi sağlanabilecektir.¹⁷⁹ Bu sayede kişinin kısıtlanması, gerçek anlamı ile son çare olarak değerlendirilebilecek ve temel hak ve özgürlüklerin özünün korunması noktasında önemli bir aşama kaydedilebilecektir. Hukukumuzda da psikiyatrik bir bozukluk sebebiyle müdahaleye rıza ehliyeti bulunmayan kişiler için hâkim kararı ile müdahaleye hükmedilmesi yönünde devletin de pozitif

¹⁷⁸ Konu hakkında geniş kapsamlı değerlendirmeler için bkz. Cumalıoğlu, Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması: Özellikle Psikososyal Engelli Bireyler Bakımından 'Elverişli Kurum' Sorunu," 31 vd.

¹⁷⁹ Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Petra Bühring, "Zwangsbehandlungen In der Psychiatrie- Zwang Auf Ein Minimum Reduzieren," *Deutsches Ärzteblatt*, (2014): 1788.

yükümlülük altında olduğu kabul edilmelidir. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1998 yılında zorunlu psikiyatrik müdahaleye ilişkin verdiği bir kararında, devletin himaye yükümlülüğüne dikkat çekilmiştir.¹⁸⁰

3. Çatışan Menfaatler Arasında Seçim Yapılmalıdır

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının¹⁸¹ m. 2 hükmünde, cumhuriyetin nitelikleri sayılırken kullanılan “*insan haklarına saygılı devlet*” ifadesi, insan haklarının anayasal düzeyde korunduğunu göstermektedir. İnsan haklarının temeli insan onuru kavramına dayanmaktadır. İnsan başka hiçbir özelliğine bakılmaksızın değerli bir varlıktır. Salt insan olmak sebebiyle değerli ve saygıya layık olmak, insan onuru olarak tanımlanmaktadır.¹⁸² Türk Dil Kurumu ise insan onurunu “*başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, şeref, itibar*” olarak açıklamaktadır¹⁸³. Kant'a göre insan onuru, bireylerin bedensel, zihinsel ve manevi özelliklerinden bağımsız bir kavramdır.¹⁸⁴ Buradan hareketle, hiçbir ayırım yapılmaksızın her insanın onuru aynı oranda korunmaya layıktır. Kişi, diğerlerinin onurunun korunmasına hizmet ederek aslında onlar tarafından aynı korumaya mazhar olur. Alman doktrininde, üçüncü kişilerin koruması amacıyla uygulanacak zorunlu psikiyatrik müdahalenin, başkalarının (klinik personeli, diğer hastalar, toplum vb.) çıkarları doğrultusunda hastanın istismar

¹⁸⁰ Kararda aynen şöyle denilmektedir: “Devletin himaye yükümlülüğü, hastalık durumu neticesinde ya da hastalığına bağlı olarak idrak ve algılama yeteneği ortadan kalkmış olan ve hastalığının ağırlığı ile tıbbi müdahalelerin gerekliliğini muhakeme edemeyecek, anlayamayacak durumda olan hastanın veya bu anlayışa sahip olmasına rağmen, hastalığı nedeniyle kendini tedavi ettirme konusunda karar alamayacak durumda olan hastanın, zorla kapalı bir sağlık kurumuna yatırılmasına yönelik yetkiyi de kapsar, bunun için hastanın sağlığında meydana gelmesi muhtemel önemli zararların engellenmesi bakımından bu yolun kaçınılmaz olması gerekir” denilmektedir Temel, 792, dn.66'daki çeviriden naklen.

¹⁸¹ RG., T. 9.11.1982, S.17863.

¹⁸² Ramazan Gülsün, “İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı,” *International Journal of Legal Process* 1, no.2, (2015): 20.

¹⁸³ Erişim tarihi, Mart, 3, 2024. Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>.

¹⁸⁴ Geniş bilgi için bkz. Yener Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız,” *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 22, (2019): 28.

edilme riskini beraberinde getirdiği ve insan onurunu zedeleyebileceği savunulmakta ise de kanımızca kurumun sağlayacağı faydalar yaratacağı risklerden daha fazladır.¹⁸⁵

İnsan onuru kavramı, modern anayasalarda temel hak ve özgürlüklerin yer almasını ve gelişmesini sağlamıştır. Bunun bir yansıması olarak kişinin kendi kaderini tayin hakkı, Anayasada bir temel hak ve özgürlük olarak koruma altındadır (AY m. 13, 17, 19). Ancak bu hak, meşru bir menfaat bulunmaksızın başkalarının temel hak ve özgürlükleri ile bağdaşmadığı noktada sınırlanmalıdır. Nasıl ki bir kimsenin başkalarına karşı işledikleri şiddet eylemleri bakımından mağdurun korunması için cezai yaptırımlar öngörülmektedir ve kanun koyucu çatışan menfaatler arasında mağdurun ve toplumun menfaatini üstün tutmaktadır, o halde aynı anlayış psikiyatrik bozukluğu olan bir kişinin salt tehlike yaratmasında da kabul edilmelidir. Kaldı ki zorunlu psikiyatrik müdahale ıslah ve cezalandırma amacı taşımamakla bizatihi tehlikeyi yaratanın veya tehlike altındaki kişilerin korunmasına hizmet etmektedir. Bu sebeple, kişinin kendi kaderini belirleme hakkı, tehlike yaratanın bizatihi kendisinin veya tehlikenin yöneldiği üçüncü kişilerin korunması amacıyla sınırlandırılmalıdır. Bu sınır, önerimizde zarar verme tehlikesi bulunan kişiye uygulanacak zorunlu psikiyatrik müdahalenin düzenleneceği bir kanun hükmü ile çizilmektedir. Nitekim AİHS'in "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" başlıklı m. 8/II hükmünde, özel hayata saygı gösterilmesi hakkına bir kamu makamının müdahale edilebilmesi, bunun kanunla öngörülmüş olması şartına bağlanmıştır. Konumuzu ilgilendiren boyutu ile sağlığın veya başkalarının hak özgürlüklerinin korunması, müdahalenin dayanacağı sebepler arasında sayılmıştır.¹⁸⁶ Biyotıp Sözleşmesi m. 26/I'de ise sözleşmede yer alan hakların ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu

¹⁸⁵ Simon, "Selbstbestimmung," 59.

¹⁸⁶ Psikososyal engelli bireylerin, AİHS m. 5 kapsamında özgürlük ve güvenlik hakkı konusunda bkz. Konuk Sommer, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa Temelinde Psikososyal Engelli Bireylerin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı," 77. AİHM'in zihinsel veya ruhsal engellilerin zorla tedavisine yaklaşımı hakkında bkz. Dalkılıç, Türkiye'de Zihinsel veya Ruhsal Engellilerin "Zorla" Tedavisinin Eleştirisi," 25 vd.

güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlama konulmayacağı ifade edilmiştir. Şu halde kişinin kendi kaderini tayin hakkı, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ile sınırlandırılabilmesi tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde de kabul edilmiştir.

Zorunlu psikiyatrik müdahalenin uygulandığı kişinin, kendi kaderini belirleme, özel hayatın dokunulmazlığı, özerklik hakkı ve vücut bütünlüğü hakkına müdahale edilmesi¹⁸⁷ karşılığında, kendisinin ya da üçüncü kişilerin vücut bütünlüğü, sağlık, yaşam, huzur¹⁸⁸, mülkiyet hakkı ve toplum sağlığı¹⁸⁹ ile güvenliğine ilişkin menfaatleri temin edilmektedir.¹⁹⁰ Zarar verme tehlikesi bulunan kişiye yönelik müdahale konusunda Mecelle'nin 26. maddesindeki kaide önem arz etmektedir. Kaideye göre; Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur. Yani toplumun veya bir yerdeki çoğunluğun zararını def etmek

¹⁸⁷ Matthias Koller, *Rechtliche Aspekte von Zwangsmaßnahmen in der Psychiatrie* (Düsseldorf: Fokustatung 2014) 7.

¹⁸⁸ Anayasanın m. 56/1 ve 17/1 uyarınca, herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Bu hükümlerden doğrutusunda, huzurlu bir ortamda, rahatsız edilmeden, belirli bir sükûnet, psikolojik rahatlık ve dinginlik içinde, rahatsız edilmeden yaşamını ve faaliyetlerini sürdürmenin, bu şekilde manevi varlığını korumanın ve geliştirmenin her bireyin hakkı olduğu, TCK 123 hükmündeki kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu ile korunan hukuki menfaatin bu çerçevede ele alındığı, bu suç ile gerekçede belirtildiği üzere kişilerin psikolojik, ruhsal sükûn içinde yaşama hakkının korunduğu yönünde bkz. Ümit Kocasakal, "Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK 123)", *Ankara Barosu Dergisi*, no.2 (2015): 115.

¹⁸⁹ Bandura'nın şiddetin nedenini açıklayan sosyal öğrenme kuramının, şiddetin ortaya çıkmasında sosyal çevre faktörlerinin psikobiyolojik faktörlere oranla daha etkili olduğunu ortaya koyduğu, şiddetin çocukluktan yetişkinliğe geçiş sürecinde aile içerisinde ya da önemli rol modellerin gözlenmesi yoluyla dolaylı ya da doğrudan öğrenilen bir şey olduğunu belirttiği, ailenin şiddetin öğrenilmesinde önemli olduğu yönünde bkz. Mehmet Yazıcı, "Toplumsal Değişim Durumunun Şiddet Biçimiyle İlişkisi: ABD/Avrupa- Türkiye Karşılaştırması," *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi* 46, no.12 (2013): 360.

¹⁹⁰ Hastaların kamu güvenliğini bozma hakkının olmadığı yönünde bkz. Hüseyin Hatemi, *Hukuk Devleti Arayışları* (İstanbul: Kevser, 2021), 87.

için bir şahsın zarara girmesi tercih edilir.¹⁹¹ Bu ilke doktrinde, “Bireyciliğin sonucu olan bu özgürlüğün önüne çıkan tek sınır, başkalarının özgürlüğüdür” şeklinde ifadesini bulmaktadır.¹⁹²

4. Yalnızca Kişinin Kendisi veya Tehlikeden Doğrudan Etkilenen Kişiler Korunmalıdır

Kişinin kendisi veya başkaları bakımından tehlike yaratması, genellikle şiddet¹⁹³ eylemlerinden kaynaklanmaktadır. Toplumsal düzenin bozulmasına yol açan tüm anti-sosyal davranışlar, toplumsal şiddet kavramının içerisinde kabul edilmektedir.¹⁹⁴ Bu anlamda şiddet genellikle, kişinin beden ve ruh bütünlüğünün ihlal edilmesi olarak tezahür etmektedir. Aile içi şiddet dâhil tüm şiddet eylemleri, topluma etki etmektedir. Dolayısıyla toplumsal yönü olmayan şiddet yoktur da denilebilir.¹⁹⁵ Kişinin dahil olduğu çevreden büyük oranda etkilendiği ilkesine dayanan ekolojik kuram, kişi ile onu çevreleyen ve bir parçası olduğu ortam ile ilişkisini ve etkileşimini ortaya koymaktadır.¹⁹⁶ Daha açık bir ifadeyle, kişi aile içi bir birey olmanın ötesinde toplumda

¹⁹¹ Erişim tarihi, 4, Nisan, 2024. <https://www.mecelle.com/konu-8103-m32.html>

¹⁹² İlhan Akın, *Kamu Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 1987), 399; Hatemi, *Hukuk Devleti Arayışları*, 83.

¹⁹³ Şiddet kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Necmettin Özerkmen ve Haydar Gölbaşı, “Toplumsal Bir Olgu Olarak Şiddet,” *Sosyal Bilimler Araştırmalar Dergisi*, no.15 (2010): 23-37.

¹⁹⁴ Özerkmen ve Gölbaşı, “Şiddet,” 28.

¹⁹⁵ Şiddetin toplum ruh sağlığına etkileri konusunda geniş bilgi için bkz. Reyhan Doğan ve Neşe Mercan, *Toplum Ruh Sağlığı Açısından Şiddet*, (Toplum Ruh Sağlığı Hemşireliği El Kitabı) (İstanbul: Akademisyen, 2023), 192 vd.

¹⁹⁶ Kuram bireylerin dâhil olduğu sosyal olguların çok katmanlı bir şekilde ele alınması gerektiğini savunmaktadır. Bu katmanlar da sırasıyla fizyolojik, psikolojik ve sosyal özellikleri ile bütüncül bir biçimde ele alınan ve kendisi de başlı başına bir sistem kabul edilen birey, bireyin ailesi ve yakın çevresi ile ilişkilerini ortaya koyan mikro sistem, bu sistemler arası ilişkileri birbirine bağlayan mezzo sistem, bireyin içine doğduğu ve içine yetiştiği sosyal yapıyı ve sosyo-ekonomik koşulları tanımlayan egzo sistem ve bir kültür ya da alt kültürü oluşturan sosyal kurumları temsil eden makro sistem olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Heise Lori, “Violence against women: An integrated ecological framework. Violence Against Women,” *Sage Journals* 4, no.3, (1998): 262 vd.

başkalarının komşusu, işçisi, işvereni, kiracısı gibi statüleri haiz olup, bu kurama göre en büyük birim olan toplumun bir parçasıdır ve onu etkileme potansiyeline sahiptir.¹⁹⁷ Literatür incelendiğinde aile içi şiddetin, hipertansiyon, kronik pelvik ağrı veya cinsel yolla bulaşan hastalıklar ve fiziksel yaralanmalara ek olarak, yalnızlık, kaygı, depresyon, travma sonrası stres bozukluğu, madde kullanımı ve psikoz gibi geçici ve kronik olabilen bir dizi ruhsal ve sosyal sorunlara sebep olduğu görülmektedir.¹⁹⁸ Aynı şekilde çocuklara yönelik şiddet, beynin belirli bölgelerinin düzgün bir şekilde oluşmamasına veya büyümemesine neden olarak gelişimin bozulmasına neden olmaktadır. Çocukken şiddete maruz kalan bireylerde, depresyon, anksiyete, travma sonrası stres bozukluğu, sınırda kişilik bozukluğu, uyku ve yeme bozuklukları, intihar ve intihar girişimleri dahil olmak üzere pek çok ruhsal sorun yaşanmaktadır.¹⁹⁹

Şiddet öznesi olan çocuk, kadın veya diğer mağdurları doğrudan etkilemekte ise de onların toplumun bir parçası eş deyişle kardeş, eş, anne, baba veya arkadaş gibi toplumsal statülerinin bulunması nedeniyle diğer kişileri dolayısıyla toplumu da etkilemektedir. Ancak toplumdaki bu kişiler tehlikenin doğrudan değil dolaylı olarak etkisi altındadır. Başka ifadeyle tehlike doğrudan onlara yönelmemiştir. Bu bağlamda her ne kadar psikiyatrik bozukluğu olan kişilerin yarattığı tehlike toplumu da dolaylı olarak etkilemekte ise de korunması gereken menfaat yalnızca tehlikenin doğrudan yöneldiği kişilerle sınırlanmalıdır. Örneğin psikiyatrik bozukluğu sebebiyle ailesine yönelik şiddet tehlikesi yaratan veya şiddet eyleminde bulunan bir kişi, hem şiddetin yöneldiği ailesini hem toplumu etkilemektedir. Ancak zorunlu psikiyatrik müdahaleye karar verilebilmesi için tehlikenin dolaylı etkisi altındaki toplumun diğer fertlerinin menfaati değil şiddetin öznesi olan ve doğrudan

¹⁹⁷ İnsanın bio-psiko-sosyal boyutu olan, kültürel bir varlık olduğu ve davranışlarıyla çevresini etkilediği gibi aynı zamanda içinde bulunduğu çevresel sistemlerden de etkilendiği yönünde bkz. Zafer Danış, "Davranış Bilimlerinde Ekolojik Sistem Yaklaşımı", *Aile ve Toplum* 9, no.3 (2006): 46.

¹⁹⁸ Reyhan Doğan ve Neşe Mercan, *Toplum Ruh Sağlığı*, 194.

¹⁹⁹ Reyhan Doğan ve Neşe Mercan, *Toplum Ruh Sağlığı*, 197.

tehlikenin yöneldiği aile bireylerinin menfaati esas alınmalıdır. Anayasal ölçülülük ilkesi gereği eylemin yöneldiği kişi dışında sosyolojik bakımdan toplumda yaratılan etki zorunlu psikiyatrik müdahalenin uygulanması sonucunu doğurmaya elverişli değildir. Bu kişiler, zorunlu psikiyatrik müdahale bakımından tehlikeden haberdar oldukları ölçüde bildirim yapabilecekler arasında sayılmalıdır.

SONUÇ

Tıbbi müdahalenin konusu anayasa ile teminat altına alınmış hayat, sağlık ve beden bütünlüğünden oluşan temel hak ve özgürlükleri kapsadığı için bu değerlere rıza olmaksızın müdahale edilmesi, Anayasada belirlenen şartların varlığı halinde ve kanuni düzenleme yapılması halinde mümkündür (AY m. 13, 17). Zorunlu psikiyatrik müdahale de esasen kanunla düzenlenmiş olmak şartı ile rıza aranmayan müdahalelerden olup hukukumuzda mümkün olup olmadığı TMK m. 432 hükmünde düzenlenen koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması hükümleri çerçevesinde tartışılmaktadır. Katıldığımız ağırlıklı görüş, TMK m. 432 hükmünün zorunlu tıbbi müdahaleye yasal dayanak olamayacağını kabul etmektedir.²⁰⁰ Kanımızca da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunilik ve orantılılık ilkesi uyarınca, TMK m. 432 hükmü uyarınca bir kuruma yerleştirilmiş kişilere, rızaları alınmaksızın iyileştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde bulunulması mümkün değildir. Ezcümle kişinin psikiyatrik bozuklukları sebebiyle bir kuruma yerleştirilmesi aynı zamanda ona rızası olmaksızın sürekli nitelikte ve iyileştirme amaçlı müdahale edilebileceği anlamına gelmemektedir. Bu durum koruma amacıyla

²⁰⁰ Bir hükmün zorla tedavi bakımından hukuki dayanak teşkil etmesi için, tedavinin şekil ve şartları bakımından ayrıntılı düzenlemeler içermesi gerektiği, ancak TMK m 432 vd hükümlerinde bu yönde düzenlemelere yer verilmediği yönünde bkz. Karabağ Bulut, "Salgın Hastalık," 550. Koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması kurumunun zorla tedavi için kanuni dayanak oluşturmadığı, TMK m. 432 hükmünün zorla tedaviye kanuni dayanak oluşturacak açıklıkta olmadığı yönünde bkz. İmamoğlu, "Zorla Tedavi," 53-55.

özgürlüğün kısıtlanması kurumunun psikiyatrik bozuklukları olan kişiler bakımından etkili bir şekilde uygulanamamasına neden olmaktadır.

Çağdaş tıp biliminin verileri kapsamında akıl hastası ve akıl zayıflığı dışında kalan zihinsel bozukluk veya kişilik bozukluğuna sahip kişilerin de hastalıklarının etkisi altında kendileri veya başkaları bakımından önemli ölçüde tehlike yaratabileceği kabul edilmektedir. Bu anlamda, pozitif hukukumuzda psikiyatrik bozukluğu bulunan kişiye müdahale edilmemesi durumunda kendisi veya başkaları bakımından önemli tehlike meydana gelecek veya mevcut tehlikenin devam edecek olması halinde kendisinin veya onların korunması amacıyla zorunlu psikiyatrik müdahalenin usul ve esaslarını öngören bir kanuni düzenleme ihtiyacı bulunmaktadır. Keza, psikiyatrik bozukluğu sebebiyle müdahaleye rıza ehliyeti bulunmayan kişinin kendisi veya başkaları için önemli tehlike yarattığı aşamada uygulanan zorunlu psikiyatrik müdahale esasen insan onurunun ve doğrudan kişinin dolaylı olarak da toplumun korunmasına hizmet edecektir. Konumuzu ilgilendiren boyutu ile sağlığın veya başkalarının hak özgürlüklerinin korunması, müdahalenin dayanacağı sebepler arasında sayılmaktadır. Bu çerçevede zorunlu psikiyatrik müdahalenin uygulandığı kişinin, kendi kaderini belirleme, özel hayatın dokunulmazlığı, özerklik hakkı ve vücut bütünlüğü hakkına müdahale edilmesi karşılığında, kendisinin ya da üçüncü kişilerin vücut bütünlüğü, sağlık, yaşam, huzur, mülkiyet hakkı ve toplum sağlığı ile güvenliğine ilişkin menfaatleri temin edilmektedir ve esasen bu menfaatler üstün tutulmalıdır. Ancak zihinsel bozukluk veya kişilik bozukluğuna sahip olmasına rağmen kendisi veya başkaları bakımından yarattığı tehdit, onun zorunlu tıbbi müdahaleye tabi tutulmasını gerektirmeyecek nitelikte ise kişinin vücut bütünlüğüne rızası olmaksızın dokunulmamalıdır.

Ancak zihinsel bozukluk veya kişilik bozukluğuna sahip olmasına rağmen kendisi veya başkaları bakımından yarattığı tehdit, onun zorunlu tıbbi müdahaleye tabi tutulmasını gerektirmeyecek nitelikte ise kişinin vücut bütünlüğüne rızası olmaksızın dokunulmamalıdır.

Bu kapsamda çalışmamızda yer verilen önerimizde yer alan hükmün şartları kişinin bir psikiyatrik bozukluğunun bulunması, kendisi veya başkaları bakımından önemli derecede tehlike yaratması, psikiyatrik bozukluğu

nedeniyle müdahaleye rıza ehliyetinin olmaması, her iki durumun da resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmesi ve hâkim kararının varlığı olarak belirlenmiştir. Zorunlu psikiyatrik müdahalenin kişi bakımından kapsamı, müdahaleye rıza ehliyeti bulunmayanlarla sınırlanmalı ve bu husus hükümde açıkça düzenlenmelidir. Başka ifadeyle zorunlu psikiyatrik müdahale, yalnızca kişinin psikiyatrik bozukluğu nedeniyle müdahalenin gerekliliğini, anlam ve önemini, uygulanmasının sonuçlarını veya uygulanmaması halinde karşılaşılabileceği riskleri idrak etme ve buna göre davranma yeteneğinden yoksun olduğu durumlarda söz konusu olabilecektir. Anılan kişilere ilişkin zayıflık halleri TMK m. 432 hükmünde akıl hastalığı ve akıl zayıflığı olarak yer almakta ise de modern hukuk ve tıp literatürüne uygun olarak bu kavramlar yerine zihinsel ve kişilik bozukluklarını kapsayacak şekilde psikiyatrik bozukluklara sahip kimseler olarak ifade edilmelidir. Tehlike, bir ihlal tehdidi veya ihlalin gerçekleşmesi olarak anlaşılmalı ve kişinin kendisine veya başkalarına doğrudan yönelmelidir. Ancak her türlü tehlike değil, ciddi ve yakın tehlike kapsama alınmalıdır. Yakın ve ciddi tehlike, önlenmemesi halinde kişinin kendisi veya tehlikenin yöneldiği üçüncü kişiler bakımından telafisi zor veya imkânsız bir zarara sebep olabilecek nitelikte olmalıdır.

Önerimizin kabulü halinde zorunlu tıbbi müdahale tanımının da rıza aranmaksızın uygulanacak müdahalelerin yanında geçerli rıza beyanında bulunamayanların açıkça tedaviyi ret konusunda irade ortaya koymalarına rağmen uygulanmasını da kapsayacağını ifade etmek gerekir. Aynı şekilde kişinin tedavisi ancak hastaneye yatırılmak suretiyle mümkün olmalıdır. TMK m. 432 ve 436 kapsamında, zorunlu psikiyatrik müdahalenin usul ve esasları yani mahkeme ve bilirkişiler tarafından uyulması gereken süreler ile itiraz süreleri ayrıntılı olarak düzenlenmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar, bu çalışmada çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu çalışma için etik kurul onayı gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has not declared whether ethical committee approval is required for this research.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Sibel. "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no:19 (2014): 943-995.
- Akın, İlhan. *Kamu Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 1987.
- Aşıkoğlu, Eda Demirsoy. "Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no.35 (2018): 319-343.
- Azgın, Nermin. *Zorla Tıbbi Müdahale*, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020.
- Badur, Emel. *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Baygın, Cem ve Nar, Ahmet. *Medeni Hukuk Dersleri – I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Blasco-Fontecilla, Hillario, Baca-Garcia, Enrique, Dervic, Kanita, Rodriguez, Mercedes Perez, Saiz-Gonzalez Dolares ve Jeronimo Saiz-Ruiz "Severity of personality disorders and suicide attemp," *Acta Psychiatr Scand*, (2009) : 149–155.
- Breitschmid, Peter ve Silvia Pfannkuchen-Heeb. *Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB –Partnerschaftsgesetz*, in *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrech*, ed. Ruth Arnet, Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo. Zurich: Schulthess, 2023.
- Bühning, Petra. "Zwangsbearbeitungen In der Psychiatrie- Zwang Auf Ein Minimum Reduzieren". *Deutsches Ärzteblatt*, (2014): 1788-1789.
- Cáceda, Ricardo, Nemeroff Charles B. ve Philip D. Harvey. "Toward an Understanding of Decision Making in Severe Mental Illness". Erişim tarihi Nisan 22, 2024, <https://neuro.psychiatryonline.org/doi/full/10.1176/appi.neuropsych.1211.0268>.
- Cumalıoğlu, Emre. "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması: Özellikle Psikososyal Engelli Bireyler Bakımından 'Elverişli Kurum' Sorunu". *İzmir Barosu Dergisi*, no.1 (2021): 15-51.

- Çakal, Ayça. *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*. Ankara: Seçkin, 2018.
- Çevik, Müleyke. *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması ve Zorla Tedavi*, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2023.
- Dağlı, Mehmet. *Emsal İçtihatlarla Türk Medeni Hukukunda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*. Ankara: Turhan, 2011.
- Dalkılıç, Elvin Evrim. "Türkiye'de Zihinsel veya Ruhsal Engellilerin "Zorla" Tedavisinin Eleştirisi". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 117, (2015): 11-34.
- Danış, Zafer. "Davranış Bilimlerinde Ekolojik Sistem Yaklaşımı". *Aile ve Toplum* 9, no.3 (2006): 45-55.
- Demir, Özge. *Yaşam Hakkı Açısından Özellik Arz Eden Tıbbi Müdahaleler ve Hukuki Boyutları*. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2023.
- Doğan, Reyhan ve Neşe Mercan. *Toplum Ruh Sağlığı Açısından Şiddet. Toplum Ruh Sağlığı Hemşireliği El Kitabı*. Akademisyen Kitabevi, 2023.
- Dural, Mustafa ve Tufan Ögüz. *Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C. II*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Erkin, Gözde. "Akıl Hastalıkları Kavramına Genel Bakış ve Covid – 191". *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, 8 (2020): 1-24.
- Erlüle, Fulya. *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Gaebel, Wolfgang, Zialesek, Jürgen ve Geoffrey M. Reed. "Mental and behavioural disorders in the ICD-11: concepts, methodologies, and current status". Erişim tarihi Nisan 21, 2024, <https://www.psychiatriapolska.pl/>
- Geiser, Thomas. "Medizinische Zwangsmassnahmen bei psychisch Kranken aus rechtlicher Sicht," *Recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, no.3 (2006): 91-101.
- Guillod, Olivier. *Erwachsenenschutz*. in FamKomm, Art. 426-439, ed. Andrea Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Lauba ve Martin Stettler, Bern: Stämpfli, 2013.

- Gülsün, Ramazan. "İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı". *International Journal of Legal Process* 1, no.2, (2015): 17-42.
- Günday, Harun Mirsad. *Psikiyatristin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin, 2015.
- Gündüz, Hale. *Psikiyatri Hastasının İstemsiz Tedavi Edilmesi*. İstanbul: Legal, 2023.
- Hakeri, Hakan. *Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Hakeri, Hakan ve İpek Sevda Söğüt. "Tıp Hukuku Açısından Bulaşıcı Hastalıklar". *Adalet Dergisi* 147, no.64 (2020):
- Hatemi, Hüseyin. *Hukuk Devleti Arayışları*. İstanbul: Kevser Yayınevi, 2021.
- İmamoğlu, S. Hülya. "Hukuki Açından, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi". *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no.3-4 (2012): 29-59.
- İmamoğlu, S. Hülya. "İsviçre Medeni Kanununun Tıbbî Tedbirlerde Temsil Hakkındaki Yeni Hükümlerine Bakış". *e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, no.132 (2013): 1-22. Erişim tarihi, 24 Nisan 2024. <https://www.e-akademi.org/makaleler/imamoglu.makale.pdf>.
- Jochen, Heide. *Medizinische Zwangsbehandlung*. Berlin: Lehmanns, 2001.
- Kahraman, Zafer. "Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no:1 (2016): 479-510.
- Karabağ Bulut, Nil. "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi". *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, no.2 (2020): 517-561.
- Kendell, Robert E. "The Distinction Between Personality Disorder and Mental Illness". *British Journal of Psychiatry* 180, (2002): 110-115.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan. "28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı ile İlgili Genel Bir Değerlendirme". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no.24 (2016): 199-225.
- Kocasakal, Ümit. "Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu (TCK 123)", *Ankara Barosu Dergisi*, no.2 (2015): 111-146.

- Koçak Diker, Duygu. "Çocuklara Yönelik Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no.1 (2023): 218-231.
- Koller, Matthias. *Rechtliche Aspekte von Zwangsmaßnahmen in der Psychiatrie*. Düsseldorf: Fokustatung 2014.
- Konuk Sommer, Bahar. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa Temelinde Psikososyal Engelli Bireylerin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 133, (2017): 61-79.
- Konuralp, Orhan Emre. "Kişilerden Kan ve Doku Örneği Alınmasına İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci Maddesi Karşısında Türk Medenî Kanunu'nun 284'üncü Maddesinin Durumu". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69, no.4 (2020): 1609-1640.
- Lori, Heise. "Violence against women: An integrated ecological framework. Violence Against Women". *Sage Journals* 4, no.3, (1998): 262-290.
- Monahan, John ve Henry J. Steadman. *Toward a Rejuvenation of Risk Assessment Research, Violence and Mental Disorder*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.
- Moutoussis, Michael, Garzon, Benjamin, Neufeld, Sharon, Guitart-Masip, Marc ve Raymond J. Dolan. "Decision-making ability, psychopathology, and brain connectivity". Erişim tarihi Nisan 4, 2024, <https://pdf.sciencedirectassets.com/>
- Narayan, Veena M., Narr, Katherine L., Kumari, Veena, P. Woods, Roger, Thompson, Paul M., W. Toga, Arthur ve Tonmoy Sharma. "Regional Cortical Thinning in Subjects With Violent Antisocial Personality Disorder or Schizophrenia". *Am J Psychiatry* 164, no.9 (2007): 1-15.
- Niveau, Gérard. *Erwachsenenschutz*. in FamKomm, Allgemeine Einleitung, ed. Andrea Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Lauba ve Martin Stettler, Bern: Stämpfli, 2013, Allgemeine Einleitung.
- Ogunwale, Adegboyega. "Involuntary Mental Health Treatment in England and Wales: A Rights-Based Critique of Current Legal Frameworks and Recommendations For Reform." *International Journal of Law and Psychiatry* 164, (2018): 1-5.

- Oğuzman, Kemal, Seliçi, Özer ve Saibe Oktay-Özdemir. *Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Filiz, 2021.
- Oktay-Özdemir, Saibe. "Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği". İç. Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 2 (İstanbul: On İki Levha, 2010): 1315-1351.
- Orhun, Mercan Yüksel. "Ağrı Çeken Hastanın Rıza Ehliyetine İlişkin Koblenz Yüksek Eyalet Mahkemesi Kararı'nın Çeviri ve Değerlendirmesi (5 U 463/14 Sayı ve 01.10.2014 Tarihli Karar)". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no.1 (2016): 359-380.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no.3 (2003): 55-77.
- Öncü, Fatih, Sercan, Mustafa, Ger, Can, Bilici, Rabia, Ural, Cenk ve Niyazi Uygur, "Sosyoekonomik Etmenlerin ve Sosyodemografik Özelliklerin Psikotik Olguların Suç İşlemesinde Etkisi". *Türk Psikiyatri Dergisi* 17, no.4 (2006): 2, erişim tarihi Nisan 20, 2024, <http://www.turkpsikiyatri.com/Data/UnpublishedArticles/sosyoekonomikEtmenlerin.pdf>
- Özbay, Feyzan. "İngiltere ve Türkiye'de Psikiyatri Hastalarına Uygulanan Zorunlu Tedavinin Hukuken Karşılaştırılması". *Tıp Hukuk Dergisi*, no.3 (2013): 75-104.
- Özdemir, Hayrunnisa. "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü". *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XII, no:3-4 (2008): 347-379.
- Özerkmen, Necmettin ve Haydar Gölbaşı, "Toplumsal Bir Olgu Olarak Şiddet". *Sosyal Bilimler Araştırmalar Dergisi*, no.15 (2010): 23-37.
- Roxin, Claus. *Strafrecht- Allgemeiner Teil, Band:I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*. München: Beck, 2006.
- Saruhan, Kemal. "Psikiyatri Hastasının İstemsiz Yatışı/Tedavisi". *Ankara Barosu Dergisi* 81, no.4 (Cumhur 100. Yıl Özel Sayısı Ekim 2023): 497-529.
- Simon, Alfred, "Zwischen Selbstbestimmung und Zwang: Zwangsbehandlung in der Psychiatrie aus ethischer Perspektiv". *Psychiatrie Prax* 41, no.1 (2014): 58-62.

- Schneider, Angie. *Familienrecht II. §§ 1589–1921 – SGB VIII, in. Münchener Kommentar zum BGB. Band 10*, ed. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, München: C.H.Beck, 2020.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*. İstanbul: Vedat, 2015.
- Swales, Michaela A. “Personality Disorder Diagnosis in ICD-11: Transforming Conceptualisations and Practice”. Erişim tarihi Nisan 21, 2024, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC9881116/>
- Şenocak, Zarife. “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”. *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no.4 (2001): 65-80.
- Fatih Tahiroğlu. “Medenî Usûl Hukuku Açısından Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması”. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no:2 (2023): 437-466.
- Temel, Erhan. Stationäre Zwangsbehandlung Betreuter Personen in Deutschland, in. *Türk ve Alman Özel Hukukunda Güncel Gelişmeler*. Ankara: Adalet, 2020.
- Temel, Erhan. “Alman Hukukunda Psikiyatri Hastası-Hekim İlişkisi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no.2 (2012): 773-807.
- Thomas, Nicola Glover. “The Age of Risk: Risk Perception and Determination Following The Mental Health Act 2007”. *Medical Law Review* 19, (2011): 581-605.
- Tunalı, Işıl Güney. *Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Ünver, Yener. “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 22, (2019):, 27-61.
- Yakan, Burak. *Türk Medeni Kanununda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*. Ankara: Adalet 2023.
- Yavuz, Cevdet, Erlüle, Fulya ve Topuz, Murat, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)*. İstanbul: Beta, 2017.
- Yazıcı, Mehmet. “Toplumsal Değişim Durumunun Şiddet Biçimiyle İlişkisi: ABD/Avrupa- Türkiye Karşılaştırması”. *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi* 46, no.12 (2013): 350-369.

Yiğit, Nuri, "TCK Genel Hükümler". Erişim tarihi Mart 21, 2024, <http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/130>.

Yücel, Özge. "Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar," *İstanbul Hukuk Mecmuası* 79. no.2 (2021): 441-483.

Weihofen, Henry. "The Law And The Mentally Ill". *Ohio State Law Journal* 22, no.1, (1960): 3-7.

DİJİTAL VERİLERDE YAKALAMA SONRASI ARAMA HAKKINDA BİR AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YÜKSEK MAHKEMESİ KARARI: “RILEY v. CALIFORNIA”*

*A Decision of Supreme Court of the United States of America
About the Search for Digital Data in Incident to Arrest: Riley v.
California*

Muhammed Hakan ÖZATA**

Burak TAŞ***

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YÜKSEK MAHKEMESİ

Karar Özeti

RILEY v. CALIFORNIA

* 573 US 373 (2014), Kararın aslı için bkz. <https://www.oyez.org/cases/2013/13-132>.


** Arş. Gör, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, muhammedhakan.ozata@asbu.edu.tr ORCID: 0000-0002-3096-9037.

*** Arş. Gör. Dr, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, burak.tas2@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6481-1580.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 17.03.2023.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 27.07.2023.

Atıf/Citation: Özata, Muhammed Hakan ve Burak Taş. “Dijital Verilerde Yakalama Sonrası Arama Hakkında Bir Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi Kararı: “Riley v. California”.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (2024): 829-864.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.” 

CALIFORNIA İSTİNAF MAHKEMESİNE YAPILAN TEMYİZ BAŞVURUSU ÜZERİNE

DÖRDÜNCÜ İSTİNAF BÖLGESİ, BİRİNCİ BÖLÜM

Esas No: 13-132 Duruşma Tarihi: 29 Nisan 2014 Karar Tarihi: 25 Haziran 2014****

13-132 esas sayılı dosyada, sanık Riley trafik kurallarını ihlal etmesi nedeniyle durdurulmuştur. Davacı durdurulduktan sonra ruhsatsız silah suçuna istinaden yakalanmıştır. Polis memuru yakalama sonrası yapılan aramada Riley'in pantolonunun cebindeki cep telefonuna el koymuştur. Polis memuru cep telefonunda bulunan verilere erişmiş ve bir suç çetesiyle bağlantılı bir ifadenin tekrarlanmış şekilde kullanılmış olduğunu fark etmiştir. 2 saat sonra polis karakolunda sokak çeteleri konusunda uzmanlaşmış bir dedektif, telefonun dijital içeriğini daha ayrıntılı bir şekilde incelemiştir. Hükümet, dedektifin bulunduğu fotoğraf ve videolara dayanarak, birkaç hafta önce gerçekleşen bir silahlı saldırı ile bağlantılı olarak Riley'e suç isnadında bulunmuş ve Riley'in çete üyeliği nedeniyle ağırlaştırılarak cezalandırılmasını talep etmiştir. Riley ise polisin telefonundan elde ettiği bütün delillerin dosyadan çıkarılması talebinde bulunmuştur. Mahkeme talebi kabul etmemiş ve Riley'in mahkumiyetine karar vermiştir.

12-212 esas sayılı dosyada, sanık Wurie, polisin kendisini bariz bir uyuşturucu satışına katıldığını gözlemlemesinin ardından yakalanmıştır. Götürüldüğü karakoldaki polis memurları, Wurie'nin üstündeki cep telefonuna el koymuş ve cep telefonunun ekranında, "evim" olarak kaydedilmiş bir numaradan çok sayıda çağrı gelmekte olduğunu fark etmiştir. Polisler telefonu açmış, arama kayıtlarına girmiş, rehberde "evim" olarak kaydedilen numarayı tespit etmiş ve Wurie'nin ikamet ettiği yer olarak düşündükleri konuma kadar numarayı takip etmişlerdir. Daha sonra polisler, evin aranması için arama kararı verilmesi talebinde bulunmuş ve hâkim arama kararı vermiştir. Kararın ardından evde yapılan arama neticesinde ise bir miktar uyuşturucu hap, birçok ateşli silah ve mühimmat ile bir

**** Birleşik Devletler İstinaf Mahkemesi Birinci Dairesine yapılan temyiz başvurusu üzerine Birleşik Devletler v. Wurie (Esas No: 13-212) ile birlikte.

miktar nakit para bulunmuştur. Wurie daha sonra uyuşturucu ve ateşli silah suçlarıyla suçlanmıştır. Wurie evinde yapılan aramadan elde edilen delillerin hukuka aykırı olması nedeniyle görevli mahkemeye itiraz etmiştir. Bölge Mahkemesi talebi reddetmiş ve sonrasında Wurie'nin mahkûmiyetine karar verilmiştir. Birinci Daire itirazı reddeden bu kararı bozmuş ve Wurrie hakkındaki mahkûmiyet kararını bozmuştur.

1. Daire: Polis kural olarak yakalanan bir kişinin elkonulan cep telefonunda bulunan dijital bilgiler üzerinde arama kararı olmadan adli arama gerçekleştiremez.

İzne dayanmayan arama işlemi ancak dördüncü ekte yer alan arama kararı gerekliliğine ilişkin özel bir istisna kapsamı içindeyse makuldür.¹ Bu noktada içtihatlarla kabul edilmiş istisna, yakalama sonra arama halinde mahkeme kararı olmaksızın arama işleminin icra edilebilmesidir.

Konuyla ilgili 3 içtihat polis memurlarının yakalananın üstünde ya da yakınında yapabileceği eşya aramasının ölçüsünü ortaya koymaktadır. Bu içtihatlardan biri olarak *Chimel v. California* kararı, yakalama sonrasındaki yapılacak bir aramanın polis memurlarının güvenliğiyle alakalı menfaatler ve delillerin karartılması gibi olası bir tehlikeyle gerekçelendirilmek şartıyla, yakalananın ani bir hareketle kontrol etmesi mümkün olan alanla sınırlı olacağını şart koşmaktadır. Bir diğer içtihat olan, *Birleşik Devletler v. Robinson* kararında, Mahkeme yakalananın üzerinde çıkan bir sigara paketinin aranması tedbirine *Chimel* davasına ilişkin içtihadı uygulamıştır. Mahkeme kendine münhasır bir olayda delillerin kaybolması gibi ya da polis memurlarının güvenliğine yönelik spesifik bir tehdit olmadığında dahi *Chimel* kararında belirtilmiş potansiyel tehlikelerin, özgürlüğü kısıtlayan bütün gözaltı yakalamalarında (*custodial arrests*) mevcut olduğuna karar vermiştir. Bu içtihat üçlemesinde üçüncü içtihadı oluşturan karar *Arizona v. Gant* kararıdır. Bu karara göre, yakalama uygulanacak kişi henüz etkisiz hale getirilmemekle birlikte; kişinin (arabada) yolcu kompartımanına ulaşma mesafesinde olduğunda veya yakalama nedenini

¹ Bkz. *Kentucky v. King*, 563 U.S. (2011).

oluşturan suçun delilleri araçta bulunabileceği kanaatine varmanın makul olduğu yerde, arabanın aranması hukuka uygun olacaktır.

b) Mahkeme Robinson içtihadında benimsemiş olduğu kategorik kuralı cep telefonları üzerindeki bilgilerin aramasına uygulanarak genişletilmesini reddetmektedir. Kurucu dönemdeki gibi (1774-1799) çok daha belirgin bir rehberden yoksun Mahkeme, bir adli arama işleminin izin gerektirip gerektirmediğini belirlemek için, genellikle *"bir tarafta arama işleminin kişilerin özel hayatını ihlal ettiği dereceyi tespit ederken, diğer taraftan ise arama işleminin meşru hükümet menfaatlerinin korunması için ne kadar gerekli olduğu dereceyi"*² belirler. Robinson kararında ise söz konusu hukuki değerler arasındaki denge daha çok yakalama sonrası arama istisnasını desteklemektedir. Fakat bir cep telefonundan bulunan dijital verilerin aranması söz konusu olduğunda, korunan hukuki değerler arasındaki denge Chimel kararında tanımlanan meşru kamu menfaatlerini desteklemez. Zira bu durumda basit bir üst aramasına göre daha büyük bir ölçüde özel hayatın gizliliğine müdahale edebilecek bir adli işlem söz konusudur.

(1) Cep telefonlarında bulunan dijital veriler mahkemenin Chimel içtihadında belirtilen potansiyel tehlikelerden hiçbirini sunmaz.

i. Cep telefonunda saklanan dijital veriler, yakalama işlemini yapan polis memuruna zarar vermek için silah olarak ya da yakalananın kaçmasını gerçekleştirmek için kullanılamaz. Polis memuru, yakalananın üzerinden çıkan telefonun bir silah olarak kullanılmayacağından emin olmak için telefonu fiziki yönden inceleyebilir. Fakat telefondaki veriler herhangi birisine zarar verme niteliğinden yoksundur. Cep telefonunda bulunan verilerin arama işlemine konu olması için, verilerin yakın bir tehlikeyle polis memurlarını karşı karşıya bırakma özelliğine sahip olması gerekir. Örneğin suçun işlenmesine iştirak edenlerin olay yerine yönelmesi gibi bir tehlike olabilir. Bu takdirde yapılan arama işlemi, arama kararı gerekliliğinin davaya münhasır bir istisnası olarak, örneğin gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında değerlendirilebilir.³

² Wyoming v. Houghton, 526 U.S. 295 (1999).

³ Warden, Md. Penitentiary v. Hayden, 387 U.S. 294 (1967).

ii. Birleşik Devletler ve California yetkilileri her ne kadar cep telefonunun, fiziki anlamda bir tehlike oluşturmaya da cep telefonunda bulunan verilerin uzaktan silinmesi ve şifrelenmesi gibi tehlikelere maruz kalma ihtimalinin olduğunu ve bu nedenle delillerin yok edilme tehlikesi olduğu yönündeki endişelerini belirtmişlerdir. İlk olarak bu büyük endişeler, Chimel kararının odak noktasından ayırt edilebilir ölçüde farklıdır. Nitekim Chimel kararının odak noktası, kolay bir şekilde ulaşabileceği delilleri gizlemeye ya da imha etmeye çalışan bir sanıktır. Diğer taraftan Birleşik Devletler ve California yetkilileri tarafından ileri sürülen bu malumat, her iki sorunun da geçerli olduğuna veya yakalama sonrası arama gerçekleştirme fırsatının etkili bir çözüm olacağına dair çok az işaret veriyor. Zira kolluk teşkilatı en azından verilerin uzaktan silinmesi gibi bir tehlikenin üstesinden gelmek için birtakım teknolojik imkanlara sahiptir. Son olarak, belirli bir olay esnasında kolluk güçlerinin mevcut endişeleri, verilerin uzaktan silinmesine ilişkin ani tehditlere hedeflenen şekilde cevap verilerek⁴ giderebilir ya da olay yerini veriler bakımından güvenli hale getirmek amacıyla telefonun kitleme mekanizması devre dışı bırakılabilir.⁵

(2) Yakalananın cebindeki eşyaların incelenmesinin, yakalama işleminin kendisinin ötesinde mahremiyet üzerinde önemli bir müdahale olmadığına ilişkin varılan çıkarım, fiziksel eşyalara uygulandığında anlamlı olabilir. Ancak dijital veriler söz konusu olduğunda özel hayatın gizliliğine azımsanmayacak ölçüde önemli bir müdahale söz konusudur.

i. Cep telefonları yakalananın üstünde taşıyabileceği başka eşyalardan hem nicelik hem de nitelik açıdan farklılık arz etmektedir. Günümüzdeki cep telefonları kayda değer ölçüde çok geniş bir depolama kabiliyetine sahiptirler. Cep telefonlarından önce bir şahsın aranması fiziksel gerçekliklerle sınırlıydı ve genellikle gizlilik üzerinde sadece sınırlı bir kontrol teşkil etmekteydi. Fakat cep telefonları milyonlarca sayfa yazıyı, binlerce resmi ya da yüzlerce videoyu bünyesinde depolayabilir. Bunun çok sayıda birbiriyle ilişkili gizlilik sonuçları söz konusudur. İlk olarak bir cep telefonu herhangi bir münferit kayıttan daha fazla bilgiyi kombinasyon halinde ortaya çıkartan çok sayıda farklı türdeki bilgiyi tek

⁴ Missouri v. McNeely, 569 U.S. 141 (2013).

⁵ Illinois v. McArthur, 531 U. S. 326, 331–333.

bir yere toplar. İkinci olarak, telefonun bilgi ihtiva etme kabiliyeti bir tipteki bilginin önceden mümkün olandan çok daha fazlasına iletmesine izin vermektedir. Üçüncüsü telefondaki bilgiler yıllar öncesine gidebilir. Ek olarak, bir yaygınlık unsuru fiziksel kayıtları değil telefon kayıtlarını karakterize etmektedir. 10 yıl önce polis memurları günlük gibi son derece kişisel eşyalarla bazen karşılaşabilirlerdi. Fakat günümüzde cep telefonuna sahip Amerikan yetişkinlerin yüzde 90'ından fazlasının çoğu, hayatlarının nerdeyse her yönüne sahip kayıtları üstlerinde taşımaktadırlar.

ii. Tehlikede olan gizlilik menfaatlerinin kapsamı çok sayıda modern cep telefonları üzerinde görülen verilerin uzak bir sağlayıcıya depolanabileceği gerçeğiyle daha karmaşık hale gelmektedir. Bundan dolayı bir arama işlemi yakalananın fiziksel yakınlığındaki kâğıtların ve kişisel eşyaların ötesine genişleyebilir, bu Birleşik Devletler'in fark ettiği fakat tam olarak önleyemediği önemli bir meseledir.

c) Birleşik Devletler ve California Eyaleti tarafından teklif edilen alternatif seçenekler hatalıdır ve Mahkemenin kategorik kurallar vasıtasıyla kolluk güçlerine anlaşılır bir kılavuz sunan genel kanaatini ihlal etmektedir⁶. Olası bir kural, Gant standardını araçsal bağlamından ithal etmek ve telefonun yakalamaya neden olan suça ilişkin kanıt içerdiğine inanmak makul olduğunda yakalananın cep telefonunun izinsiz aranmasına izin vermektir. Bu çerçevede söz konusu öneri cep telefonu bağlamında uygun değildir ve telefon aramaları söz konusu olduğunda hiçbir zaman uygulanabilir (pratik) bir sınırlama sunmayacaktır. Diğer olası verilebilecek karar ise cep telefonu aramalarının kapsamını suçla alakalı bilgilerle, yakalananın kimliği ya da polis memurunun güvenliğiyle sınırlamaktır. Bu öneri, polis memurları üzerinde az sayıda kısıtlama yükleyecektir. Son olarak, California Eyaleti polis memurlarının dijital teknolojiler öncesi var olan muadillerinden de elde edilebilecek aynı bilgileri tespit etmiş olmaları halinde arama izni olmaksızın cep telefonundaki verileri inceleyebileceğini ortaya koyan benzer bir kural teklif etmiştir. Bu teklif, insanların böylesi bir fiziksel bilgiyi kendi üstlerinde taşıması muhtemel olmasa bile kolluk kuvvetlerinin telefon üzerinde geniş çapta arama yapmasına izin verecektedir ve mahkemeleri hangi dijital

⁶ Michigan v. Summers, 452 U.S. 692 (1981).

dosyaların fiziksel kayıtlarla karşılaştırılabilir olduğunu belirlemek için zor bir çizgi çekme zahmetine itecektir.

d) Bu kararın kolluk kuvvetlerinin suçlarla mücadele etme yeteneği üzerinde birtakım etkileri olacağı doğrudur. Fakat Mahkeme'nin kararı cep telefonlarındaki bilgilerin aramalardan muaf olduğu yönünde değil, genel olarak yakalama sonrası arama kararının gerekli olduğudur. Arama kararı şartı Mahkeme'nin Dördüncü Ek kapsamındaki içtihadının önemli bir bileşenidir ve arama kararlarının etkililiği, böylelikle artacaktır. Ek olarak, yakalama akabinde yapılacak arama istisnası cep telefonlarına uygulanamaz olmasına rağmen, zorlayıcı sebeplerin devam etmekte olan mevcudiyeti istisnası, kolluk güçlerine özel vakalarda arama kararı olmaksızın arama yapılması için bir gerekçe verecektir.

13-132 sayılı karar bozuldu ve mahkemeye iade edildi. 13-212, 728 F. 3d 1 sayılı karar onandı.

Yüksek Mahkeme'nin kararının Başkan John G. Roberts tarafından ortaya konulan gerekçesi üyeler Clarence Thomas, Ruth B. Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia SOTOMAYOR ve Elena Kagan'ın oyuyla kabul edildi. Üye Samuel Alito farklı bir gerekçe ortaya koyarak diğer üyelerle aynı yönde oy kullandı.

Karar**AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YÜKSEK MAHKEMESİ****Esas No: Nos. 13–132 ve 13–212****BAŞVURUCU, DAVID LEON RILEY (13–132) v. CALIFORNIA
CALIFORNIA İSTİNAF MAHKEMESİNE YAPILAN BAŞVURU
ÜZERİNE****DÖRDÜNCÜ İSTİNAF BÖLGESİ, BİRİNCİ BÖLÜM****BAŞVURUCU, BİRLEŞİK DEVLETLER v. BRIMA WURIE****BİRLEŞİK DEVLETLER İSTİNAF MAHKEMESİ BİRİNCİ
DAİRESİNE YAPILAN TEMYİZ BAŞVURUSU ÜZERİNE****25 Haziran 2014**

Başkan Roberts mahkemenin görüşünü bildirdi.

Bu iki dava sık sorulan bir soruyu gündeme getirmektedir: Polis arama kararı olmaksızın yakalanmış bir şahıstan alınmış cep telefonunda bulunan dijital bilgileri arayabilir mi?

I**A**

İlk olayda, başvuru David Riley taşıt plaka ruhsatı sona ermiş olduğu için bir polis memuru tarafından durduruldu. Durdurma esnasında polis memuru Riley'in ehliyetinin askıya alındığını öğrendi. Polis Riley'in arabasını emniyetin politikasına uygun bağladı ve diğer polis memuru envanter aramasını icra etti. Söz konusu arama neticesinde arabanın motor kapağının altında iki tabanca bulundu. Riley hukuka aykırı bir şekilde ateşli silah bulundurması nedeniyle göz altına alındı.

Polis memuru yakalama sonrası Riley'i aradı ve "*Blood*" adlı sokak çetesiyle bağlantılı eşyalar buldu. Aynı zamanda Riley'in pantolonunun cebindeki cep telefonuna el koydu. Riley'in çelişkili olmayan iddiasına göre cep telefonu akıllı telefondur. Yani gelişmiş bilgi işlem kapasitesi, geniş depolama hacmi ve internet bağlantısı üzerine kurulu geniş çapta fonksiyonlara sahip bir cep telefonuydu. Polis memuru cep telefonundaki bilgilere ulaştı ve başında "CK" yer alan bazı kelimeler (muhtemelen telefonun mesajlarında ya da rehberinde) olduğunu fark etti. Polis memuruna göre "CK" etiketi "*Crip Killers*"ın kısaltmasıydı. "*Crip Killers*" Blood çetesinin üyeleri için kullandığı argo bir terimdi.

Yakalamadan yaklaşık 2 saat sonra polis karakolunda, çeteler konusunda uzman bir dedektif telefonun içeriğini daha ayrıntılı inceledi. Dedektif başvuru ifadesinde çete üyelerinin kendilerini genellikle silahlarla birlikte videoya kaydettiğini ya da fotoğraf çekindikleri için Riley'in cep telefonunu inceleme ihtiyacı duyduğunu belirtti. Cep telefonunda çok sayıda şey olmasına rağmen, dedektifin gözüne takılan özel dosyalar arasında boks antrenmanı yapan genç yaştaki insanların videoları vardı. Videolardaki genç yaştaki erkekler antrenman yaparken birileri de onları "*blood*" lakabını kullanarak sesli bir şekilde cesaretlendiriyorlardı. Polis birkaç hafta önce meydana gelmiş olan bir silahlı saldırıya dahil olduğundan şüphelendiği bir arabanın önünde Riley'in çekilmiş olduğu fotoğrafları da buldu.

Bunların nihayetinde bu silahlı saldırıyla bağlantılı olarak içinde insan bulunan araca ateş etme, yarı otomatik silahla saldırı ve adam öldürmeye teşebbüs suçlarını işlediği Riley'e isnat edildi. Devlet Riley'in, ağırlaştırıcı bir neden teşkil eden örgüt yararı saikiyle bu suçları işlemiş olduğunu iddia etti.

Riley hakkında cezaya hükmedilmeden önce cep telefonundan polisin elde etmiş olduğu bütün delillerin hukuka aykırı olduğu yönünde itirazda bulundu. Polislerin arama kararı olmaksızın cep telefonunu aradıklarını ve arama kararı olmasa da aramayı hukuka uygun kılacak herhangi bir zorlayıcı sebeple aramayı gerekçelendirmedikleri için cep telefonunun aranmasının 4. Ek'i ihlal ettiğini ileri sürdü. Kovuşturmayı yürüten mahkeme Riley'in itirazını reddetti. Riley'in duruşmasında polis memurları telefonda bulunmuş videolar ve resimlerle ilgili ifade verdiler. Bunun üzerine fotoğraflardan bazıları delil olarak kabul edildi. Riley'in yukarıda belirtilen üç suçu işlediği kabul edildi ve Riley hakkında ağırlaştırılmış 15 yıl hapis cezasına hükmedildi.

California İstinaf Mahkemesi, California Yüksek Mahkemesi'nin *People v. Diaz* kararına dayanarak cep telefonunun yakalananın hemen üstünde (üstünde taşınması hali) olduğu sürece, 4. Ek'in arama kararı olmaksızın yakalama sonrası arama olarak cep telefonu aramasına izin verdiğine kanaat getirdi ve Riley hakkındaki kararı onadı.

California Yüksek Mahkemesi Riley'in inceleme istemini reddetmiştir. Ancak mahkememiz tarafından Riley'in temyiz başvurusu kabul edilmiştir.

B

İkinci davada ise, rutin denetim icra eden bir polis memuru davalı Brima Wurie'nin arabada uyuşturucu hap sattığını bariz bir şekilde gördü. Memurlar daha sonra Wurie'yi yakaladı ve karakola götürdü. Karakolda Wurie'nin 2 cep telefonuna el koydu. Bunlardan birisi akıllı telefonlara göre genellikle daha küçük aralıkta özelliklere sahip olan kapaklı modelde bir telefondur. Karakola varduktan 5-10 dakika sonra, polisler "evim" olarak rehberde kaydedilmiş bir numaradan telefonun sürekli aranmakta olduğunu fark ettiler. Birkaç dakika sonra, telefonu açtılar ve telefonun duvar kağıdında bir kadın ve bebeğin resmi olduğunu fark ettiler. Polisler rehberde girdiler ve "evim" olarak kaydedilmiş numarayı belirlediler. Daha sonra hangi binada oturduğunu gösteren bu telefon numarasının konumunu belirlemek için online telefon rehberini kullandılar.

Polisler binaya vardıklarında, posta kutusunda Wurie'nin adını gördüler ve pencereden Wurie'nin telefonunun duvar kâğıdında bulunan resimdeki kadına benzeyen bir kadını pencerede gördüler. Yetkili merciden arama kararı almak için gerekli işlemleri yaparken apartmanın etrafını sardılar. Arama kararının icrası üzerine 215 gram sigara gibi içilebilir formda kokain, kenevir ve uyuşturucu madde tüketimi için kullanılan araç-gereçler, bir ateşli silah, mühimmat ve nakit para buldular. Bunlara el koyuldu.

Wurie'nin kokain ticareti yapmaktan, satmak için uyuşturucu bulundurmaktan suçlarından cezalandırılması ve ateşli silah ve mühimmat taşımaktan yoksun kılınma cezasına çarptırılması istendi. Wurie delillerin cep telefonunun anayasada belirtilen güvenceye aykırı şekilde aranmasının meyvesi olduğunu öne sürerek cep telefonunun aranmasına ve evinde yapılan arama sonucu elde edilen delillere

itiraz etti. Bölge Mahkemesi itirazı reddetti. Wurie bu suçlardan mahkûm edildi ve 262 ay hapis cezasına çarptırıldı.

Birinci Daire Mahkeme Heyeti Wurie'nin itirazının reddedilmesi kararını bozdu ve Wurie'nin uyuşturucu ticareti yapmak niyetiyle bulundurma ve ateşli silah taşıma suçlarına ilişkin mahkûmiyetlerini iptal etti. Mahkeme cep telefonlarının içerdikleri kişisel bilgi ve kamu düzenine karşı tartışılmaz nitelikte taşıdıkları tehditten dolayı cep telefonlarının arama kararı olmaksızın yakalama sonrası arama yapılabilecek diğer eşyalardan farklı oldukları gerekçesiyle bu kararı verdi.

Wurie tarafından mahkememize yapılan başvuru kabul edildi.

II

Amerika Birleşik Devletleri Anayasası 4. Ek'e göre:

“Kişilerin üstlerinin, evlerinin, evraklarının ve eşyalarının makul olmayan arama ve el koymalara karşı başışık olması hakkı ihlal edilemez. Bunları konu alan arama kararları (müzekkere ya da hakim kararı) somut nitelikte geçerli bir nedene dayanmalı ve yemin ve beyanla desteklenmelidir. Arama kararlarının aranacak yeri, yakalanacak kişi veya kişileri, el konulacak eşyaları özellikle belirtmesi gerekmektedir.”

Metnin açıklığa kavuşturduğu gibi, “4. Ek'in temel noktası arama işleminin “makul” olmasıdır.”⁷. Bizim ele aldığımız davalar “Suç teşkil eden fiillerin delillerini elde etmek için kolluk güçlerince gerçekleştirilen bir arama söz konusu olduğunda, makul olmanın genellikle arama kararlarının alınmasında gerekli” olduğunu belirlemiştir⁸. Böyle bir arama kararı, arama işlemini desteklemek için yapılacak müdahalelerin kişilerin genellikle zahmetli olan suç tespit faaliyetine katılmış kolluk tarafından yargılanması yerine objektif ve bağımsız bir hakim tarafından yapılmasını sağlayacaktır⁹. Arama kararının olmaması durumunda, bir arama işlemi ancak

⁷ Brigham City v. Stuart, 547 U. S. 398, 403 (2006).

⁸ Vernonia School Dist. 47J v. Acton, 515 U. S. 646, 653 (1995).

⁹ Johnson v. United States, 333 U. S. 10, (1948).

arama kararı şartına ilişkin özel bir istisnanın kapsamında olması halinde makul olacaktır¹⁰.

Önümüze gelen iki dosya hukuka uygun bir yakalama sonrası arama olmaksızın gerçekleştirilen aramanın makul olup olmadığını tartışmaktadır. 1914 yılında, Mahkememiz "Suç delillerini ve diğer bağlantılı suçları ortaya çıkartmak için hukuka uygun yapılan bir yakalama halinde şüphelinin üstünü arama hakkı İngiliz ve Amerikan Hukuku'nda hükümetlere her zaman için tanınmış bir yetki olduğunu"¹¹ ilk defa resmi olarak kabul etmiştir. 1914'ten beri, böylesi bir aramanın arama kararı gerekliliğine istisna teşkil ettiği kabul edilmektedir. Aslında "istisna" etiketi bu bağlamda yanlış bir isimlendirmedir. Çünkü yakalama sonrası arama kararı olmaksızın yapılan aramalar, arama kararına uygun olarak yapılan aramalara göre daha sıklıkla gerçekleşmektedir¹². Bu tür aramalar için istisnanın varlığı bir aşırıdır kabul edilmekle birlikte, kapsamı da neredeyse bir o kadar uzun süredir tartışılmaktadır.¹³ Bu tartışma polis memurlarının yakalananın üstünde ya da yakınında hangi durumlarda arama yapabileceği üzerine odaklanmıştır. Konuyla ilgili 3 içtihat bu tür aramalara ilişkin kurallar ortaya koymuştur.

Birincisi, *Chimel v. California*, 395 U. S. 752 (1969), mevcut yakalama sonrası arama doktrinine büyük ölçüde temel oluşturmuştur. Bu davadaki polis memurları *Chimel*'i evinin içinde yakalanmış ve çatı katı ve garajı olan 3 odalı evinin tamamını aramışlardır. Özellikle odalarda, çekmeceleri de incelemişlerdir.

Mahkeme yakalama sonrası aramanın makul olduğunu belirlemek için aşağıdaki ölçütü ortaya koymuştur:

"Bir yakalama yapıldığında, yakalamayı yapan polis memurunun, şüphelinin yakalamaya direnmek veya kaçışını gerçekleştirebilmek için kullanabileceği herhangi bir silahu etkisiz hale getirmesi makuldür. Aksi halde, polis memurunun güvenliği tamamen tehlikeye girer. Ek olarak, polis memurunun gizlenmesini ve zarar görmesini engellemek

¹⁰ *Kentucky v. King*, 563 U.S. 452 (2011).

¹¹ *Weeks v. United States*, 232 U. S. 383 (1914).

¹² Wayne R. LaFave, *Search and Seizure: A treatise on the Fourth Amendment*, §5.2(b) (Minnesota, West- Thompson Reuters, 5th ed., 2012), 132.

¹³ *Arizona v. Gant*, 556 U. S. 332, 350 (2009).

için herhangi bir delil için arama yapması ve buna el koyması tamamen makuldür. Yakalananın üstünün ve onun 'ani kontrolüne elverişli alanın aranması, yani mezkûr zatın bir silahın ya da imha edilebilir nitelikte bir delilin zilyetliğini elde edebileceği alandan dolayı burada yeterli bir gerekçelendirme söz konusudur."

Chimel'in evinin geniş çapta aranması bu istisnanın kapsamının içine girmemektedir. Çünkü polisin güvenliğinin korunması ya da delillerin bütünlüğünün muhafaza edilmesi gerekmemektedir.

4 yıl sonra, United States v. Robinson davasında Mahkeme, yakalananın üstünün aranması bağlamında Chimel davasındaki analizi uyguladı. Bir polis memuru Robinson'u iptal edilmiş ehliyetle araba sürdüğü için yakaladı. Polis daha sonra üst aramasını gerçekleştirdi ve Robinson'un ceketinin cebinde tanımlayamadığı bir nesnenin olduğunu fark etti. Polis sigara paketini açtı. Paketin içinde 14 kapsül eroin vardı.

İstinaf Mahkemesi Robinson'un yakalamaya neden olan suça ilişkin delilleri üstünde taşımamasının muhtemel olmadığı ve sigara paketini ezdikten sonra açmanın koruyucu aramanın silahlarla ilgili olan kısmıyla gerekçelendirilemeyeceği nedenleriyle aramanın makul olmadığına karar verdi. Mahkememiz, hukuka uygun yakalama sonrası kişilerin aranması için kolluğun lehine olan nedenlerden birinin mevcut olup olmadığını belirlemek için "olaya göre hüküm vermenin" gerekli olduğu fikrini makul bulmayarak kararı bozdu. Mahkemenin açıkladığı gibi "hukuka uygun bir yakalama sonrası arama yetkisi, yakalanan kişiyi silahsızlandırma ve delilleri keşfetmek ihtiyacına binaen olmasına rağmen, bir mahkemenin daha sonra karar verebileceği şeyin özel bir yakalama durumunda silahların ya da delillerin gerçekten şüphelinin üstünde bulunup bulunmayacağı ihtimalinin olmasına dayanmamaktadır. Şüphelinin makul sebebe dayanarak yakalanması Dördüncü Ek altında makul bir müdahaledir. Hukuka uygun bir müdahale niteliğindeki yakalama sonrası aramaya ayrıca başka bir gerekçelendirme gerekmemektedir.

Mahkeme bundan dolayı delillerin kaybolmasına ilişkin bir endişe ve yakalayan polis memurunun da şüphelinin silahlı olduğuna ilişkin özel bir endişesi olmamasına rağmen Robinson'un aranmasının makul olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme böyle yaparak Robinson'un üstünün aranmasıyla bu arama esnasında bulunan sigara paketinin daha detaylı incelenmesi arasında bir

çizgi çekmemiştir. Mahkeme açık bir şekilde "hukuka uygun bir arama esnasında buruşmuş bir sigara paketine rastlamış olan polis memurunun paketi incelemeye yetkili olduğunu" belirtmiştir. Birkaç yıl sonra, Mahkeme bu istisnanın yakalananın hemen üstündeki kişisel eşyalarla sınırlı olduğunu açıklamıştır.¹⁴

Yakalama sonrası aramaya ilişkin üçleme olarak adlandırılan içtihatlardan üçüncüsü yakalananın arabasının aranmasını analiz eden Gant kararıdır. Robinson kararında olduğu gibi, Gant kararında Chimel davasındaki kolluğun güvenliği ve delillerin korunması endişeleri yakalama sonrası arama istisnasının temelini oluşturmaktadır. Sonuç olarak, Mahkeme Chimel kararıyla polisi yalnızca yakalananın tehlikeli hareketler sergilemesi ve arama yapılırken arabanın yolcu kompartımanına ulaşabilme mesafesinde olması halinde yakalama esnasında aracı arayabilmesi noktasında yetkilendirmiştir. Ancak Gant kararı yakalamanın nedenini oluşturan suçla alakalı delillerin araçta olduğunu düşünmek makul olduğunda arabanın yolcu kompartımanının arama kararı olmaksızın aranabileceğiyle ilgili bağımsız bir istisna eklemiştir. Bu istisna Chimel kararı üzerine kurulmamış, aracın kendi yapısına özgü koşullar üzerine inşa edilmiştir.

III

Bu üç dava yakalama sonrası arama doktrinin modern cep telefonlarına uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bizim karar vermemizi gerektirmektedir. Mars'tan gelen bir ziyaretçinin insan anatomisinin önemli bir özelliği olduğunu düşünebileceği cep telefonları günlük hayatın yaygın ve vazgeçilemeyen bir parçasıdır. Riley'in üstünden alınan türdeki cep telefonları (akıllı telefonlar) 10 yıl önce alışılmışın dışında kabul ediliyordu. Wurie'nin yakalandığı 2007 yılından beri popülerliğini çoktan kaybetmiş Wurie'ninki gibi (kapaklı cep telefonları) daha az gelişmiş cep telefonları bile yaklaşık 15 senedir hayatımızda bulunmaktadır. 10-15 yıl önce, Chimel ve Robinson kararı verildiğinde bu cep telefonlarının temelini oluşturan teknoloji insanlar tarafından hayranlıkla karşılanmıştı.

¹⁴ USA v. Chadwick, 433 U.S. 1 (1977). Kilitli ayakkabılığın tutuklama sonrası aranmayacağına ilişkin içtihat California v. Acevedo 500 U.S. 566 (1991) içtihadı ile kaldırılmıştır.

Kurucu dönemin aksine daha belirgin rehberden yoksun olan Mahkeme, söz konusu bir aramanın izin şartından muaf olup olmadığını tespit etmek için genellikle aramanın özel hayatın gizliliğini ihlal edip etmediğini diğer taraftan da delillerin korunması ve kolluğun güvenliği bakımından aramanın gerekli olup olmadığını belirlemektedir. Buna benzer bir menfaatler dengesi (özel hayatın gizliliği ile kolluk güvenliği ve delillerin muhafazası arasındaki) Robinson kararındaki yakalama sonrası arama istisnasını desteklemişti ve Robinson davasındaki mekanik uygulama buradaki arama kararı olmaksızın arama mevzusunu oldukça destekleyebilmektedir.

Ancak Robinson'un kategorik kuralı, fiziksel nesnelere bağlamında uygun dengeyi sağlasa da, cep telefonlarındaki dijital içerikle ilgili olarak gerekçelerinin hiçbirinin fazla gücü yoktur. Kamu menfaatleri bakımından Robinson kararı Chimel davasındaki tanımlanmış 2 tehlikenin (kolluğun güvenliği ve delillerin muhafazası) bütün yakalamalarda mevcut olduğuna karar vermiştir. Robinson kararına göre arama dijital bilgilere sahip olduğunda hiçbir karşılaştırılabilir tehlike yoktur. Robinson kararı aynı zamanda yakalama sonrası kişilerin sahip olduğu gizlilik menfaatlerinin doğal olarak yakalamayla birlikte önemli ölçüde törpüleneceğini düşünmektedir. Ancak cep telefonları kelimenin tam anlamıyla bireylerin çok büyük nicelikteki kişisel bilgilerini ellerinde taşımalarını sağlamaktadır. Bir cep telefonundaki bilgilerin aranması Robinson vakasındaki çok fazla detaylı olmayan fiziksel aramaya oldukça az benzemektedir.

Bundan dolayı biz, Robinson kararının kapsamının cep telefonlarının aranmasına uygulanmasını kabul etmiyoruz. Bunun yerine kolluğun böylesi bir aramayı icra edebilmesi için arama kararı alması gerektiğini düşünüyoruz.

A

İlk başta Chimel kararındaki endişeleri (kolluğun güvenliği ve delillerin muhafazası) sırasıyla inceleyeceğiz. Böylelikle bir kişinin yakalama sonrası aramanın, Robinson kararındaki, silah ve delillerin gerçekten ele geçirilecek olması ihtimalinden bağımsız şekilde, delili ortaya çıkarma ve etkisiz hale getirme ihtiyacını görmezden gelmeyeceğiz Robinson kararında reddedilen olaya göre hüküm verilmesini şart koşmaktan ziyade, biz yakalama sonrası arama doktrininin bu eşyalar kategorisine uygulanmasının, Chimel istisnasını

temellendiren gerekçelendirmelerden kuralı koparıp koparmayacağını soruyoruz.¹⁵

1

Cep telefonlarında depolanan dijital bilgiler yakalamayı yapan polis memuruna zarar vermek ya da yakalananın kaçışını gerçekleştirmek amacıyla silah olarak kullanılamaz. Kolluk güçleri cep telefonunun silah olarak kullanılmayacağını teminat altına almak için cep telefonunu fiziksel olarak inceleyebilir. Örneğin telefon ile telefon kabının arasında jilet olup olmadığını incelemek için kolluk güçleri inceleme yapabilir. Ancak bir polis memuru cep telefonunu ele geçirip meydana gelebilecek fiziksel tehditleri bertaraf ettikten sonra, telefondaki bilgiler hiçbir kimse için tehlike teşkil etmez.

Muhtemelen aynısı Robinson'un cebinden el konulmuş sigara paketi hakkında söylenmiş olabilirdi. Polis memuru paketin kontrolünü ele geçirdikten sonra, Robinson'un paketin içine erişmiş olabilmesi muhtemel değildi. Fakat ne kadar hafif olduğu önem teşkil etmeksizin tanımlanamayan fiziksel cisimler yakalananın gergin atmosferi esnasında her zaman tehlike taşıyabilir. Robinson kararındaki polis memuru sigara paketindeki cismi tanımlayamadığını fakat içinde sigara bulunmadığını bildiği şeklinde duruşmada ifade verdi. Bu ifade kabul edildiği takdirde, daha kapsamlı arama makul bir koruyucu tedbirdir. Cep telefonlarında ise buna benzer tanımlanamayan hiçbir şey yoktur. İlk dairenin açıkladığı gibi, Wurie'nin telefonunu arayan polis memurları telefonun içinde ne bulacaklarını tam olarak biliyorlardı. Aynı zamanda cep telefonunda bulunan bilgilerin kendilerine zarar vermeyeceklerini de biliyorlardı.

Birleşik Devletler ve California Eyaleti cep telefonunu üzerindeki bilgilerin aranması daha dolaylı bir şekilde, örneğin polis memurlarına yakalananın suç ortaklarının olay yerine intikal ettiğini haber vererek, kolluk güçlerinin güvenliğini sağlayabileceğini ileri sürmüşlerdir. Böylesi ihtimaller hakkında

¹⁵ Mahkemenin Knowles v. Iowa kararı, "Kolluk güvenliğine ilişkin endişenin aynı ölçüye kadar mevcut olmadığı ve delillerin tahribi ya da kaybına ilişkin bir endişenin hiçbir zaman mevcut olmadığı bir durum" olduğunu belirterek Robinson içtihadının genişletilmesini reddeder. Bkz. Knowles v. Iowa, 525 U. S. 113 (1998).

kolluk güçlerine haber verilmeye şüphesiz bir şekilde güçlü bir kamu menfaati (kolluk güçlerinin korunması ve delillerin muhafazası) vardır. Ancak ne Birleşik Devletler ne de California Eyaleti endişelerinin güncel tecrübeye dayandığını gösteren herhangi bir delil sunmamışlardır. Birleşik Devletler ve California tarafından ileri sürülmüş fikir (cep telefonlarındaki bilgilerin kolluk güçlerine daha dolaylı bir şekilde yardım etmesi) Chimel kararındaki yakalananın kendisinin yakalamaya direnmek ya da kaçışını gerçekleştirmek için bir silah alabileceğini ve bunu polis memuruna karşı kullanabileceği endişesinin genişletilmesini de temsil edecektir. Yakalamanın gerçekleştiği yerin dışından gelebilecek buna benzer tehditler bütün yakalamalarda pusuda beklemez¹⁶. Bundan dolayı, kolluğun güvenliğinin korunmasındaki menfaat potansiyel bir tehlike olsun ya da olmasın bütün hepsini kapsayacak şekilde arama kararı gerekliliğinden vazgeçilmesini meşrulaştıramaz. Belirli bir davada, yakalama yapan memurlara yönelik tehlikeler belirli bir şekilde söz konusu olabildiği ölçüde, bu tehlikeler, gecikmesinde sakınca bulunan acil durumlarda olduğu gibi, arama emri gerekliliğine yönelik davaya özgü istisnaların değerlendirilmesi yoluyla daha iyi ele alınacaktır.¹⁷ ("Dördüncü Ek, polis memurlarının, kendilerinin veya başkalarının hayatlarını ciddi şekilde tehlikeye atacaksa, soruşturma sırasında gecikmelerini gerektirmez.").

2

Birleşik Devletler ve California Eyaleti, Chimel kararındaki ikinci gerekçe olan delillerin zarar görmesinin önlenmesi hususuna daha çok odaklanmışlardır.

Hem Riley Kararı hem de Wurie Kararı polis memurlarının arama kararı verilinceye kadar delillerin zarar görmesini engellemek için cep telefonlarına el koymalarının ve bunları muhafaza altına almalarının mümkün olduğunu kabul etmişlerdir. Bu mantıklı bir kabuldür. Aynı zamanda kolluk güçlerinin bir cep

¹⁶ Chadwick, 433 U. S. 1 (1977).

¹⁷ Warden, Md. Penitentiary v. Hayden, 387 U.S. 294, (1967). Mahkemenin Warden, Md. Penitentiary v. Hayden kararına göre, Dördüncü Ek Madde kendilerinin ve başkalarının hayatını ciddi bir şekilde tehlikeye atacak olması halinde polis memurlarının soruşturma esnasında gecikmemesi gerekir.

telefonunu ele geçirdikten sonra, yakalananın telefondan kendisinin aleyhine olan bilgileri silmeye muktedir olabileceği herhangi bir tehdit söz konusu olmayacaktır.

Birleşik Devletler ve California Eyaleti, cep telefonlarındaki bilgilerin yine de dijital bilgiye münhasır iki tür delil karatma yöntemine karşı savunmasız kalabileceğini ileri sürmüşlerdir. Bunlardan biri uzaktan telefon içeriğinin silinmesi yöntemi, diğeri ise bilgi şifrelemesi yöntemidir. Uzaktan silme yöntemi, kablosuz ağa bağlı bir cep telefonunun depolanmış bilgileri silen bir işaret alması halinde gerçekleşir. Bu üçüncü bir kişinin cep telefonuna uzaktan bir işaret göndermesiyle ya da cep telefonunun belirli coğrafik bölgelere girmesi ya da belirli coğrafik bölgeleri (Geo-fence gerçek dünya coğrafi bölgesi için sanal bir çevredir) terk etmesi üzerine bilgilerin silinmesine önceden programlanmış olması durumunda meydana gelebilir. Şifreleme yöntemi ise bazı cep telefonlarının parola sistemine ek olarak kullandığı bir güvenlik özelliğidir. Bu türdeki telefonlar kilitlendiğinde, polis telefonun şifresini bilmediği sürece veriler telefonun şifresini tamamen çözülemez hale getiren gelişmiş şifreleme sistemiyle mahfuz hale gelmektedir.

İlk olarak, delillerin kaybolması hakkındaki daha büyük endişeler Chimel Kararı'nın odak noktası teşkil eden, yakalamaya ulaşabileceği alan içindeki delili gizlemeyi ya da imha etmeyi deneyerek karşılık veren sanıktan ayırt edilebilir şekilde farklıdır. Uzaktan silme yöntemine ilişkin ise, hükümetin başta gelen endişesinin temelini yakalamanın gerçekleştiği alanda olmayan üçüncü kişilerin eylemleri oluşturmaktadır. Bilgi şifreleme ise bu duruma çok daha uzaktadır. Bu konuda, yakalama sonrasında sanık veya suç ortakları tarafından gerçekleştirilecek delili gizlemek ya da imha etmek için herhangi bir aktif teşebbüsün dışında telefonunun güvenlik özelliklerinin olağan işleyişine odaklanmaktadır.

Aynı zamanda tarafımıza her iki sorunun (uzaktan silme ve bilgi şifreleme yöntemine ilişkin) yaygın olduğunu inandırmaya yetmeyecek sayıda neden sunulmuştur. Hükümet'in temyiz dilekçesi uzaktan silme yöntemine ilişkin yalnızca birkaç anekdotsal (ağırlıklı olarak veya tamamen kişisel ifadelere dayanan) örnek ortaya koymuştur. Benzer şekilde, veriler kripto hale gelmeden önce polis memurlarının şifreyle korunan bir cep telefonunu aramasını mümkün kılacak şartlar oldukça sınırlıdır. Cep telefonlarının çoğunun bir tuşa basılmasıyla ya da çok kısa bir süre hareketsizlik üzerine kendiliğinden kilitlenmesinden

dolayı, kolluk memurlarının kilitlenmemiş halde bir cep telefonuna denk gelmesi oldukça zayıf bir ihtimaldir. Bu durum Mahkeme’de ön inceleme aşamasına kadar şifreleme iddiasının neden ileri sürülmediğini açıklayabilir.

Dahası, yakalamanın uzaktan silmeyi tetiklediği ya da bir polis memurunun ekran kilidi açık bir cep telefonunu bulduğu durumlarda, arama kararı olmaksızın aramanın icra edilebilmesinin çok fazla fark yaratacağı belli değildir. Yakalamayı gerçekleştirme, olay yerini güvenli hale getirme gereksinimleri ve diğer zorlayıcı meselelere eğilim, kolluk memurlarının bir cep telefonuna o esnada tamamen odaklanamaması anlamına gelmektedir. Cep telefonu verileri bir kişinin yakalamayı tahmin ettiği andan karakolda yakalamadan saatler sonra yapılabilecek herhangi bir nihai cep telefonu aramasının tamamlandığı ana kadar uzaktan silme yöntemine karşı savunmasız kalacaktır. Benzer şekilde, bir cep telefonuna kilitli olmadığı halde el koyan bir polis memuru telefon kilitlenmeden ve veriler şifrelenmiş hale gelmeden önce geri kalan kısa süre içinde aramayı yapamayabilir.

Herhangi bir olayda, kolluk uzaktan silme yöntemine ilişkin bir tehdidin üstesinden gelmeyi sağlayacak özel araçlardan yoksundur. Uzaktan silme cep telefonunun ağ bağlantısını keserek tamamen önlenebilir. Bunu gerçekleştirmek için iki kolay yöntem bulunmaktadır. Birincisi, kolluk güçleri cep telefonunu kapatabilir ya da bataryasını çıkartabilir. İkincisi, şifreleme ya da başka potansiyel sorunlar hakkında endişelilerse, telefonu açık bırakabilirler ve telefonu radyo dalgalarından izole edecek bir kabın içine koyabilirler. Aslında bu çantalar ucuz, ağırlığı hafif, kullanması kolay, alüminyum folyodan yapılmış beslenme (sandviç) çantalarıdır. Bu çantalar söz konusu probleme tam bir cevap olmayabilir fakat en azından şimdilik makul bir cevap sunmaktadırlar. Gerçekten, bazı kolluk gücü birimleri Faraday çantalarının kullanımını uzun bir süredir teşvik etmektedirler.

Kolluk güçlerinin kendine münhasır bir vakada delillerin kaybolma potansiyeli hakkındaki endişelerinin hala mevcut olması halinde, geriye bu endişelere cevap verecek amaca daha uygun yollar kalmaktadır. Eğer polis gerçekten “Şimdi ya da asla” niteliğinde bir durumla karşılaşır, örneğin sanığın cep telefonundaki verilerin kısa bir süre sonra uzaktan silinmesi tehdidiyle karşı karşıya kalırsa, kolluk güçleri zorlayıcı sebeplere dayanarak cep telefonunda arama işlemini gerçekleştirebilir. Ya da polis memurları bir cep telefonuna kilitlenmemiş halde el koyacak olurlarsa cep telefonunun kilitlenmesini ve

verilerin şifreli hale gelmesini engellemek için cep telefonunun otomatik kilitleme özelliğini devre dışı bırakabilirler. Bu türde bir koruyucu önlem, arama kararının verilmesini beklerken kolluk memurlarının delillerin muhafazası amacıyla olay yerini korumak için atacağı makul adımları hukuka uygun bulan 531 U. S. 326 sayılı Mc Arthur kararında ortaya konulmuş ilkeler altında analiz edilebilir.

B

Kişilerin mahkeme kararı olmaksızın yakalama sonrası aranması istisnası yalnızca aniden ve beklenmedik şekilde değişmesi mümkün bir durumda devletin temel hak ve özgürlüklere müdahalesinin gerekli olmasına dayanmamaktadır. Aynı zamanda polisin göz altı işlemi neticesinde yakalanan kişinin gizlilik menfaatlerinin meşruluğunu kaybetmesine de dayanmaktadır. Robinson kararı öncelikli olarak bu menfaat dengelerinden birincisine odaklanmıştır. Fakat karar aynı zamanda o dönemdeki yargıç Cardozo'nun yakalama sonrası arama istisnasına ilişkin tarihsel açıklamasını da alıntıyla yer vermiştir. Kişilerin aranması, yakalama ve suçlama nedenleri öğrenilmiş olduğunda ve hukukun sanığın bedenini kendisinin fiziksel hakimiyetine maruz bırakması halinde kişinin aranması hukuka uygun hale gelir¹⁸. Basitçe ifade etmek gerekirse, Robinson'un kıyafetlerine üst araması yapılması ve cebinde bulunmuş sigara paketinin incelenmesi Robinson'un göz altına alınmasında icra edilen önemli hükümet yetkisiyle karşılaştırıldığında yalnızca daha az öneme sahip ihlaller oluşturmuştur.¹⁹

Yakalananın sınırlı mahremiyet haklarına sahip olması 4. Ek'te çizilen resmin tamamen dışına çıktığı anlamına gelmez. Kişiler sadece gözaltında oldukları için,

¹⁸ USA v. Robinson, 414 U.S 218 (1973); People v. Chiagles, 237 N. Y. 193, 197, 142 N. E. 583, 584 (1923); 414 U. S., at 237 (Powell, J., concurring). Hukuka uygun bir şekilde yakalamaya maruz kalan bir birey vücut dokunulmazlığı bakımından önem arz eden 4. Değişikliğe ilişkin hakların öznesi olmaya devam etmemektedir.

¹⁹ USA v. Chadwick, 433 U.S 1 kararına göre, yakalama işleminin doğasından kaynaklanan vücut dokunulmazlığı hakkı kapsamındaki beklentilerin azalması yakalama sonrası kişilerin üstünün aranmasını tam anlamıyla meşru kılmaz.

her arama kabul edilebilir değildir.²⁰ Aksine, özel hayatın gizliliğine ilişkin endişeler yeterince önemli olduğunda, yakalananın gizliliğinin törpülenmiş beklentilerine rağmen bir arama işlemi arama kararı gerektirmektedir. Benzer bir örnek bilindiği üzere Chimel'dir. Chimel bir kişinin evinin daha öz öneme sahip olduğu düşünülerek "baştan sona" kadar aranmasından doğan özel hayatın gizliliğinin ihlalini karakterize etmeyi reddetmiştir.²¹ Çünkü yakalananın bütün evinin aranması yakalamanın kendisinin ötesinde kayda değer ölçüde büyük bir ihlal teşkil ettiğinden Mahkeme, arama kararının gerektiğine hükmetmiştir.

Robinson, Chimel analizini yakalananın üstünde bulunan bir eşyanın içeriğinin aranmasına uygulayan mezkûr mahkemenin tek kararıdır. Davanın başında, mezkûr mahkeme yakalanan tarafından taşınan bir fermuarlı çantanın aranmasını onaylamış fakat Mahkeme yalnızca yakalamanın kendisini analiz etmiştir.²² Ancak Robinson ve Chimel kararını uygulayan alt dereceli mahkemeler, yakalananın taşıdığı çeşitli kişisel eşyaların aranmasını onaylamaktadırlar.²³

Birleşik Devletler bir cep telefonunda depolanan bütün bilgilerin aranmasının benzer eşyaların aranmasından önemi ölçüde ayırt edilemez olduğunu kuvvetli bir şekilde savunmuştur. Bu atın sırtında yolculuk yapmanın aya yapılan bir uçuştan önemli ölçüde ayırt edilemez olduğunu söylemek gibidir. İkisi de A noktasından B noktasına varmanın çeşitli yollarıdır fakat yetmeyecek kadar az neden onları aynı grup altında kategorize etmeyi haklı göstermektedir. Modern cep telefonları, kategori olarak, bir sigara paketini, cüzdanı ya da çantayı konu alanların ötesinde özel hayatın gizliliğine ilişkin endişeleri kapsamaktadır. Yakalananın ceplerinin içeriğinin incelenmesinin yakalamanın kendisinin ötesinde mahremiyete önemli bir ek müdahalede bulunmadığı sonucuna varmak, somut eşyalara uygulandığında makul olabilir. Fakat dijital verilere bu akıl

²⁰ Maryland v. King, 569 U.S 435 (2013).

²¹ Chimel v. California, 395 U.S 752 (1969).

²² Bkz. Draper v. United States, 358 U.S 307 (1959).

²³ Yakalanan kişi üzerindeki kişisel eşyaların aranması hakkında bkz. United States v. Carrion, 809 F. 2d 1120, 1123, 1128 (CA5 1987); United States v. Watson, 669 F. 2d 1374, 1383–1384 (CA11 1982); United States v. Lee, 501 F. 2d 890, 892 (CADC 1974).

yürütmenin uygulanmasına ilişkin herhangi bir genişletici yorum kendi temelleri üstüne dayanmak zorundadır.

1

Cep telefonları hem nicelik hem de nitelik bakımından yakalananın üstünde taşınan diğer fiziki eşyalardan farklılık göstermektedir. "Cep telefonu" terimi kendi içinde yanıltıcı bir kavramdır. Nitekim bu cihazların büyük bir kısmı telefon olarak da kullanılabilme kapasitesine sahip küçük bilgisayarlardır. Bu cihazlar aynı şekilde kamera, video oynatıcı, telefon rehberi, takvim, kaset kaydedicisi, kütüphane, günlük, albüm, televizyon, harita ya da gazete olarak da isimlendirilebilirler.

Modern cep telefonlarının en kayda değer ayırt edici özelliklerinden birisi sahip oldukları çok geniş depolama kapasitesidir. Cep telefonlarından önce, bir kişinin aranması fiziksel gerçekliklerle sınırlıydı ve özel hayatın gizliliği üzerinde yalnızca cüzi bir ihlal oluşturan bir umumi mesele olarak eğilim gösteriyordu. İnsanların büyük bir çoğunluğu geçmiş birkaç ay boyunca kendilerine ulaşmış olan her maili, çekindikleri her fotoğrafı, okumuş oldukları her yazıyı yanlarında taşıyamazlar. Ne de yanlarında taşımak için herhangi bir nedenleri olur. Böyle bir şeyi yapmaya kalkışmak için herhangi bir nedenleri olursa Robinson davasındaki sigara paketi boyutundaki (küçük) bir kutudan ziyade, Chadwick davasında aranması için arama kararı alınması gerektiğine karar verilen sandık benzeri bir cismi sürüklemek zorunda kalacaklardır.

Ancak cep telefonları söz konusu olduğunda mahremiyete olası müdahale fiziksel olarak aynı şekilde sınırlı değildir. Günümüzde en çok satan cep telefonu 16 gigabayt (ve 64 gigabayta kadar yükseltilmesi mümkündür) standart hafızaya sahiptir. 16 gigabayt milyonlarca sayfa yazı, binlerce resim, yüzlerce video anlamına gelmektedir. Cep telefonları çok sayıda farklı tipteki bilgileri depolama kabiliyetini ikiye katlamıştır: 20 dolardan daha az bir fiyata satılan en basit özelliklere sahip cep telefonları bile bünyesinde fotoğraflar, resimli mesajlar, yazılı mesajlar, internet tarayıcısı geçmişi, takvim, yüzlerce maddeden oluşan telefon kitabı ve benzerlerini bünyesinde barındırmaktadır. Fiziksel uygulanabilirlik ve dijital kapasite arasındaki uçurumun gelecekte genişlemeye devam etmesinin muhtemel olduğunu düşünüyoruz.

Cep telefonlarının depolama kapasitesinin özel hayatın gizliliği bakımından birbiriyle ilişkili birkaç sonucu bulunmaktadır. İlk olarak cep telefonu, adres, not, reçete, hesap özeti, video gibi farklı türdeki çok sayıda bilgiyi bir noktada toplamaktadır. Farklı türdeki bilgileri bir araya topluyor olması yalnızca bir tip bilgiden muhteva eden kayıtlardan çok daha fazlasını kombinasyon halinde ortaya çıkarmaktadır. İkincisi, bir cep telefonunun kapasitesi sadece bir türde bilgiye sahip kaydın bile geçmişte mümkün olduğundan çok daha fazlasını iletmesine olanak sağlamaktadır. Bir kişinin özel hayatının özeti tarihlerle, yerleşim yerleriyle ve açıklamalarla etiketlenmiş binlerce fotoğraflarla zihinde tekrar canlandırılıp detayları tanımlanabilecektir; fakat aynısı bir fotoğraf (dijital olmayan) ya da cüzdana konulan sevilen insanlardan ikisinin resmi için söylenemeyecektir. Üçüncüsü, bir telefonundaki verinin güncelliği cep telefonunun satın alındığı tarihten daha öncesine uzanabilir. Bir kişi cebinde Mr. Jones'u aramasını hatırlatan bir kağıt parçası taşıyabilir; fakat bir cep telefonunda rutin olarak korunacak olmasının aksine, geçen ay Mr. Jones'la arasındaki iletişim kayıtlarının hepsini cebinde taşımayacaktır.

Son olarak cep telefonlarını karakterize eden fakat fiziksel kayıtları (dijital olmayanları) etmeyen bir ikna edicilik unsuru bulunmaktadır. Dijital çağdan önce insanlar hayatlarına her zamanki gibi devam ederken, kendilerinden beklenen bütün özellikleri gösteren halet-i ruhiye içinde hassas kişisel bilgilerini muhteva eden bir belleği yanlarında taşımıyorlardı. Günümüzde bir kişinin bütün özelliklere sahip bir cep telefonunu üstünde taşıyor olması istisnai bir durumdur. Bir anket çalışmasına göre, akıllı telefon kullanıcılarının neredeyse 4'te 3'ü vakitlerinin çoğunu cep telefonlarının 1,5 metre ötesinde geçirmekte ve yüzde 12'si banyoda bile cep telefonunu kullanmaktadır. On yıl önce bir yakalanana arayan polis memurlarının günlük gibi son derece kişisel bir eşya ile karşılaşmış olması ara sıra yaşanan bir durumdu. Fakat bu türdeki keşifleri sıklıkla ortaya çıkmazdı. Günümüzde ise, aksine cep telefonuna sahip olan Amerikalı yetişkinlerinin yüzde 90'ından fazlasının neredeyse hayatlarının bütün yönlerini kapsayan aleladededen detaylısına kadar bir dijital veriyi üstlerinde taşıdığını söylemek abartı olmayacaktır. Polisin bu türdeki kayıtları düzenli olarak tetkik etmesine izin vermek nadiren yaşanan bir olayda onların kişisel bir eşyayı ya da ikisini aramasına izin vermekten oldukça farklıdır.

Bir cep telefonundaki depolanmış verilerin yalnızca nicelik bakımından fiziksel kayıtlardan ayırt edilebilir olmasına rağmen, belirli tipteki bilgiler niteliksel olarak da farklı olabilir. Örneğin bir internet araması ve tarayıcı geçmiş, internete bağlanma özelliği olan bir telefonda bulunabilir ve bir bireyin özel ilgilerini ve endişelerini, WebMD'ye (semptomları kontrol etmeyi sağlayan bir sağlık hizmeti uygulaması) yapılan sık ziyaretleriyle birleştirildiğinde örneğin, internette bir hastalığın belirli semptomları için yapılmış aramayı ortaya çıkarabilir. Aynı zamanda cep telefonunda bulunan veriler kişinin nerede olduğunu da ortaya çıkarabilir. Konum bilgisi geçmiş çoğu akıllı telefonda standart bir özelliktir ve birisinin sadece şehrin içindeki hareketlerini değil aynı zamanda ziyaret ettiği binaları da muhteva eden hareketlerinin tutanağa geçirilmesini sağlayabilir.²⁴

Bir cep telefonundaki mobil uygulama yazılımları ya da "uygulamalar" bir kişinin hayatının bütün yönleri hakkında detaylı bilgileri yönetmek için birtakım araçlar sunar. Örneğin Demokrat Parti ve Cumhuriyetçi Parti haberleri için, alkol, uyuşturucu ve kumar bağımlılıkları için, dua isteklerini paylaşmak için, hamilelik semptomlarını izlemek için, bütçenizi planlamak için, akla gelebilecek her türlü ilgi alanı veya eğlence için, romantik hayatınızı geliştirmek için uygulamalar bulunmaktadır. Sadece herhangi bir şeyin alım ve satımıyla ilgili popüler uygulamalar bulunmaktadır ve bu türdeki alım satım işlemleri telefonlarda süresiz olarak erişilebilir. İki büyük uygulama merkezinin her ikisinde de bir milyonun üzerinde mevcut uygulama bulunmaktadır. "Bunun için bir uygulama bulunmaktadır." ifadesi günümüzde popüler terminolojinin bir parçasıdır. Ortalama bir akıllı telefon kullanıcısının 33 uygulama yüklediği göz önünde tutulduğunda cep telefonunun bireylerin yaşamını açıklayacak bir kurguyu meydana getirdiği anlaşılmaktadır.

1926 yılında, Learned Hand bir kişinin ceplerinin aranması ve içerdiklerinin aleyhine kullanılmasının, onu suçlayabilecek her şey için evinin alt üst edilerek aranmasından tamamen farklı bir şey olduğunu (daha sonra *Chimel* kararında

²⁴ United States v. Jones, 565 U.S 400 (2012) kararına göre, "Kolluk tarafından başvuru GPS sinyali incelemesi işlemi kişilerin ailevi, siyasi, mesleki, dini ve cinsel kimlikleri hakkında detayları ortaya çıkarmak bakımından tam ve kapsamlı kayıtlar sunar".

alıntılanan bir kararda) ileri sürmüştür.²⁵ Ancak, kişinin cebinde cep telefonu olursa, bu artık doğru değildir. Gerçekten, tipik olarak bir cep telefonunun aranması bir evin en etraflıca aranmasından çok daha fazlasını hükümetin eline geçirebilir. Bir cep telefonu dijital boyutta sadece evin içinde önceden bulunmuş çok fazla sayıda hassas kaydı içermez; aynı zamanda telefon evde bulunmadığı takdirde herhangi bir formda bir evin içinde asla bulunamayacak geniş bir aralıkta özel bilgiler de içermektedir.

2

Dijital verilerin cihaz dışında depolanmış olması, tehlikede olan özel hayatın gizliliği menfaatlerinin kapsam sorununu daha da güçleştirmektedir. İlk olarak cep telefonunu yakalama sonrası içeriğiyle birlikte aranabilen kapalı kutu gibi değerlendirmek meseleyi daha girift hale getiren bir yaklaşımdır.²⁶ Fakat cep telefonunu kapalı bir kutuya benzetme fikri, cep telefonu başka bir yerde konumlandırılmış bir veriye ulaşmak için kullanıldığında tamamen dağılmaktadır. Bu durum cep telefonlarının artan sıklıkla bulut bilişim teknolojilerinden yararlanarak kullanılması için tasarlanması nedeniyle meydana gelmektedir. Bulut bilişim teknolojisi, internete bağlantısı olan cep telefonlarının kendi depoladığı bilgilerden ziyade, uzak sağlayıcılardaki depolanmış verilere ulaşabilme imkânı sağlayan teknolojilerdir. Cep telefonu kullanıcıları genellikle şahsi bilgilerin cihazda ya da bulutta depolanıp depolanmadığını bilemeyebilir ve bu durum sıklıkla çok az bir fark teşkil eder. Bunun ötesinde, aynı tip veriler bir kullanıcı için kendi cihazında veya bulut üzerinde başkaları için depolanmış olabilir.

Birleşik Devletler yakalama sonrası arama istisnasının uzaktan erişilebilen yani bulutta depolanmış verileri kapsayacak şekilde genişletilemeyeceğini kabul etmektedir. Böyle bir arama şüphelinin cebinde bir anahtar bulunması ve bulunan anahtarın kullanılarak kolluk güçlerince şüphelinin evinin kapısını açılması ve arama yapılabileceğini ileri sürmek gibidir. Fakat bir cep telefonunu arayan kolluk

²⁵ United States v. Kirschenblatt, 16 F. 2d 202, 203 (CA2).

²⁶ New York v. Belton kararında, "kutuyu" kavramı başka bir nesneyi taşımaya sağlayan herhangi bir nesne olarak tanımlanmaktadır. Bkz. New York v. Belton, 453 U.S. 454 (1981).

memurları inceledikleri bilginin yakalama esnasında yerel olarak depolandığını ya da buluttan bilgilerin çekilmiş olup olmadığını tipik olarak bilemeyeceklerdir.

Hükümet bu sorunun farkında olsa da önerilen çözümler net değildir. Hükümet polis memurlarının cihazı aramadan önce internet bağlantısını kesebileceğini ileri sürmektedir. Bu tam da hükümetin uzaktan silme yöntemi tehlikesine ilişkin ileri sürdüğü çözüm yoludur. Alternatif olarak hükümet kolluk güçleri birimlerinin bulut bilişim teknolojisiyle ortaya çıkmış problemleri ele almak için yönerge geliştirebileceğini teklif etmektedir. Bu düşünce muhtemelen iyi bir fikirdir, fakat anayasayı yapan irade hükümete böyle bir konu hakkında yönerge çıkarma hakkı tanımak için devrim niteliğinde bir mücadele sergilememiştir. Aramanın yakalananın fiziksel yakınlığındaki kâğıtların ve eşyaların ötesine uzayabileceği ihtimali, bu konudaki özel hayatın gizliliğine ilişkin menfaatlerinin Robinson kararındakileri gölgede bırakan bir başka nedendir.

C

Birleşik Devletler ve California Eyaleti belirli şartlar altında arama kararı olmaksızın cep telefonu araması yapılmasına müsaade eden çeşitli alternatif seçenekler ileri sürmektedirler. Bu ileri sürülen tekliflerden her biri kusurlu ve kategorik kurallar vasıtasıyla kolluk güçlerine belirgin rehber sunma yaklaşımımızı ihlal etmektedir. *"Polisin işlevsel kuralları olabileceği, ancak bunların büyük ölçüde kategorik esaslara dayanması gerektiği, olaya özgü olmamalıdır"*²⁷.

Birleşik Devletler ilk olarak Yüksek Mahkemenin arabaların aranmasındaki hukuki sınırları belirleyen Gant kararından yola çıkarak yakalanan kişinin cep telefonunun mahkeme kararı olmaksızın arama işlemine tabi tutulmasının cep telefonunun yakalamaya konu suça ilişkin delilleri bulundurduğuna ilişkin basit bir şüphe olmasında dahi mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Ancak mahkemenin Gant kararında getirilen hukuki çerçeve, yalnızca delil toplanmasını güvence altına almak için arabaların aranmasına münhasır şartlar üzerine inşa edilmiştir. Gant kararının temellendiği Hakim Scalia'sın Thorton kararı söz konusu motorlu

²⁷

Michigan v. Summers, 452 U. S. 692 (1981).

araçlar olduğunda bu münhasır şartların azaltılmış gizlilik beklentisi ve yükseltilmiş kolluk ihtiyaçları olduğunu açıklamıştır²⁸. Yukarıda açıklamış olduğumuz nedenlerden ötürü, cep telefonu aramaları bu karakteristik özelliklerden hiçbirini taşımamaktadır.

Yine de Gant kararında ortaya konulan içtihat, cep telefonları bakımından hiçbir pratik limit sunmayacaktır. Araç bağlamında, Gant kararı genellikle geçmişteki işlenmiş suçlara ilişkin delillerin aranmasına karşı korumaktadır. Ancak cep telefonu bağlamında, suçlayıcı bilgilerin suçun ne zaman meydana geldiği önem arz etmeksizin bir cep telefonunda bulunacağı beklentisi içerisine girmek makuldür. Benzer şekilde, *Gant* kararı trafik kurallarını ihlal gibi küçük suçlardan doğan geniş çaplı aramaları kısıtlamaktadır. Bu kaçınılmaz olarak doğru olmayacaktır. Sadece bir cep telefonunda bulunabilecek deliller hakkındaki delillerin olduğuna inanmak için herhangi bir neden ileri süremeyen polis memuru özellikle tecrübesiz ve tahayyül yeteneğinden yoksun olacaktır. Aşırı hız yapma gibi temel bir nedenden ötürü sağa çekilmiş bir kişinin cep telefonunda bile onu suçlamaya yeterli olacak çok fazla lokasyonel bilgi bulunabilir. Dikkatsiz bir şekilde araba sürmekten sağa çekilmiş bir kişinin cep telefonunda araba sürerken mesajlaşıp mesajlaşmadığını gösteren deliller bulunabilir. Konuyla ilgili potansiyel bilgilerin kaynağı neredeyse sınırsızdır, yani Gant kararı standartlarını uygulamak gerçekten polis memurlarına bir kişinin özel eşyalarına kendi iradelerine göre ölçüsü olmayan bir şekilde arama yapmaları için sınırsız takdir yetkisi verecektir.

Birleşik Devletler yakalamayı gerçekleştiren polis memurunun arama neticesinde suça veya yakalananın kimliği ya da kendisinin güvenliğine ilişkin bir bilgi edinebileceğine kanaat getirmesi halinde ve cep telefonun polis memurunun şüphesiyle alakalı kısımlarıyla sınırlı olmak kaydıyla mahkeme kararı olmaksızın cep telefonu aramasının mümkün kılan bir kuralın varlığını ileri sürmektedir. Bu yaklaşım polis memurlarının adli yetkileri üzerinde oldukça az sayıda anlamlı sınırlama getirecektir. Zira polis memurunun şüphesini bertaraf etmek için inceleyeceği telefonun şüphesiyle alakalı kısmı yakalananla alakalı oldukça fazla bilgiyi içerebileceği gibi polis memurunun cep telefonunda hangi bilgiyi cep

²⁸

Thornton v. United States, 541 U. S. 615 (2004); Wyoming v. Houghton, 526 U.S. 295 (1999).

telefonunun hangi kısmında bulabileceğini tahmin etmesi oldukça zor bir ihtimaldir.

Biz aynı zamanda Birleşik Devletler'in Wurie dosyasına konu olayda yaşandığı gibi polis memurlarının cep telefonunun arama kayıtlarının incelenmesinin her zaman yetkili olması gerektiğini belirten son önerisini de reddediyoruz. Birleşik devletlerin bu önerisi belirli bir kişi tarafından aranmış numaraları tespit etmek için telekomünikasyon şirketinde ilgili cihazların aranmasında arama kararı gerekmediğine karar veren 1979 yılındaki 442 U. S. 735 sayılı Smith v. Maryland kararına dayandığı görülmektedir. Ancak mahkeme bu dosyada bahsedilen cihazların aranmasının dördüncü ek madde kapsamında bir arama olmayacağına karar vermiştir. Polis memurlarının Wurie'nin cep telefonunu arama kayıtları dışındaki bilgileri de arama çabasına girdiği apaçık ortadadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki arama kayıtları çoğu durumda arama kayıtlarının dışında başka bilgileri de bünyesinde bulundurmaktadır. Nitekim Wurie'nin dosyasına konu olayda da olduğu üzere bir kişinin bir telefon numarasını "evim" olarak telefona kaydetmesinde olduğu gibi arama kayıtları numaraya ilişkin bir tanımlayıcı bilgi içerebilir.

Son olarak, California Eyaleti duruşmada, polis memurlarının dijital olmayan muadillerinden elde edebilmesi kaydıyla cep telefonunda bulunan verilerin arama kararı olmaksızın aranabileceği şeklinde bir kuralın mevcudiyetini ileri sürmüştür.²⁹ Fakat bir cüzdanda dijital olmayan muadillerde yapılacak aramanın bir fotoğraf ya da daha fazlasını ortaya çıkartmış olabileceği gerçeği bir dijital galerideki binlerce fotoğrafın aranmasını haklı çıkarmayacaktır. Birinin banka hesap dökümünü cebine sıkıştırmış olabileceği gerçeği son 5 yıla ait her banka hesabına ilişkin belgelerin aranmasını haklı çıkarmayacaktır. Daha da kötüsü, bu türde bir analog test, insanların bu tür çeşitli bilgileri fiziksel formda taşınması pek mümkün olmasa bile, kolluk kuvvetlerinin bir cep telefonunda bulunan çok sayıda çeşitli öğeyi aramasına izin verecektir. Örneğin Riley kararına konu olan olayda, kişinin cebinde video kasetleri, fotoğraf albümleri, telefon rehberiyle

²⁹ "Polisin sahibinin adresini bulmak için bir cep takvimini açıp incelemeye yetkili olmasıyla sahibinin numarasını öğrenmek için cep telefonunu açması arasında bir fark bulunmamaktadır.". United States v. Flores-Lopez, 670 F. 3d, United States Court of Appeals, Seventh Circuit (2012).

dolaşmış olabilmesi mantıksızdır. Fakat bu eşyalardan her biri dijital dönem öncesi analoga sahip olduğu için, California Eyaletinin önerisinin altında polis bütün bu eşyalar için cep telefonunu arayabilecektir. Bu da özel hayatın gizliliğın kayda değer ölçüde zarar görmesi anlamına gelecektir.

Ek olarak, bir analog test, hangi dijital dosyaların fiziksel kayıtlarla karşılaştırılabilir olduğunu belirlemek için mahkemeleri bir sınır çizme zahmetine sokacaktır. Bir e-mail bir mektuba eş değer midir? Ya da bir sesli mesaj kısa mesaja denk midir? Polis memurlarının arama yapmadan önce bu türde kararları nasıl alabileceği ya da mahkemelerin telafisi mümkün olmayan olaylardan sonra teklif edilmiş kuralı nasıl uygulayacağı belirsizdir. Analog bir test sanıkları ve hakimleri yıllarca tahmin yürütmeye devam ettirebilir.³⁰

IV

Bugün kararımızın kolluk güçlerinin suçlarla mücadele etme kapasitesi üzerinde etkisi olacağını reddedemeyiz. Cep telefonları suç örgütlerinin üyeleri arasındaki koordinasyonu ve iletişimi kolaylaştıran önemli araçlar haline gelmiştir ve tehlikeli suçlular hakkında önemli suçu aydınlatan bilgiler sağlayabilir. Mahremiyetin de belirli bir bedeli vardır.

Bizim kararımız elbette cep telefonlarında bulunan verilerin aramadan muaf tutulması yönünde değildir. Bundan daha ziyade bizim yaklaşımımız bir cep telefonuna yakalama sonrası el konulsa bile bu şekilde bir arama öncesinde arama kararının alınmasıdır. Bizim kararlarımız arama kararı gerekliliğinin polis memurlarının adli takibat yapmasını engelleyecek bir zorluk değil, arama kararı gerekliliğinin geçmişteki olayları da göz önünde tutarak devlet mekanizmasının önemli bir parçası olduğunu ortaya koymaktadır.³¹ Bu kararımız buradaki

³⁰ Sykes v. United States, 564 U. S. 1, (2011) (SCALIA, J., muhalif).

³¹ Coolidge v. New Hampshire, 403 U. S. 443 (1971).

tartışılmış konulara benzer son teknolojik gelişmelere ek olarak arama kararının verilmesi sürecini³² daha etkili hale getirmiştir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki yakalama sonrası arama istisnasının cep telefonlarına uygulanamayacak olmasına karşın her olayın kendine münhasır şartları bir cep telefonunun aranmasını yine de haklı gösterebilir.

Her olayın kendine özgü zorlayıcı şartları kolluk güçlerinin ihtiyaçlarının giderilmesini mecburiyet haline getirip³³ arama kararı olmaksızın yapılan aramayı Dördüncü Ek Madde kapsamında objektif olarak makul kıldığında sınırları belirli bir istisna olduğu kabul edilir. Bu kapsamdaki acil nitelikteki gereklilikler, münferit vakalarda delillerin yakın zamanda yok edilmesini önleme, kaçan bir şüpheliyi takip etme ve ciddi şekilde yaralanan veya yakın yaralanma tehdidi altındaki kişilere yardım etme ihtiyacını içerebilir. Örneğin 563 U.S sayılı Chadwick Kararında, Mahkeme, yakalama sonrası arama istisnasının söz konusu bagajın aranmasını haklı göstermeyeceğine karar vermiştir fakat "*polis memurları bagajın içindeki valizin patlayıcı gibi aniden tehlikeli bir duruma yol açacak cihazları içerdiğine inanmak için nedenlere sahipse, valiz incelenmeden aracın polis merkezine çekilmesi cahil cesaretinin emsali bir olay olacağını*"³⁴ kaydetmiştir.

Zorlayıcı şartlar istisnasının mevcut olması ışığında, kolluk memurlarının şüphelinin bombayı patlatmaya hazırlamakta olduğuna korkulan suç ortağına mesaj atması ya da çocuk kaçıran kişinin cep telefonunda çocuğun bulunduğu konumla ilgili bilgiye sahip olması gibi ileri sürülen daha ekstrem hipotezlerin bazılarını ele almaya muktedir olamayacağına inanmak için hiçbir nedeni yoktur. Sanıklar gerçekten vurguladıkları gibi bu türdeki spesifik tehditlerin arama kararı olmaksızın cep telefonu verilerinin aranmasını haklı çıkartabileceğinin farkındadırlar. Buradaki kritik nokta yakalama sonrası arama istisnasının aksine,

³² Missouri v. McNeely kararında, adli mercilerin suç şüphesi üzerine kullanacakları yetkilerin polis memurlarının hakimlere arama müzekkeresi talebini mail yoluyla iletebilmesini ve hakimlerin de arama kararını 15 dakikadan daha az bir sürede arama kararını imzalayıp polis memurlarına yollayabileceğini mümkün kıldığını belirtilmektedir. Missouri v. McNeely, 569 U.S 141 (2013).

³³ Kentucky v. King, 563 U.S 452 (2011).

³⁴ USA v. Chadwick, 433 U.S 1 (1977)

zorlayıcı şartların bir istisnaya yol açtığını söylemek için mahkemenin her olayın kendi şartları bağlamında zorlayıcı şartların arama kararı olmaksızın aramayı haklı gösterip göstermediğini incelemesini gerekli kılmasıdır.

* * *

Bugüne kadar konuyla ilgili davalarda verdiğimiz kararlar göstermiştir ki Dördüncü Ek Madde koloni döneminde delil toplama maksadı taşıyan ancak hukuki olarak bir sınır çizmediği için İngiliz polis memurlarının yaptığı aramalara konu olan evleri istedikleri gibi aramasına sağlayan o dönemin “*genel arama kararı*” ve “*yazılı emir*” işlemlerine kurucu babaların bir cevabıdır. Gerçekten bu türdeki aramalara muhalefet, devrime güç kazandıran nedenlerden biriydi. 1761 yılında, vatansever Avukat James Otis yazılı emir uygulamasının meşru olmadığını ortaya koyan bir konuşma yapmıştır. Konuşma esnasında dinleyicilerin arasında bulunan genç John Adams daha sonra “*Benim yaptığım gibi kalabalık dinleyici içerisinde herkes ayağa kalktı ve yazılı emir uygulamasına karşı koymak için silahlanmaya gitti.*” yazacaktı. Adams’a göre, “*Otis’in konuşması Büyük Britanya’nın keyfi iddialarına karşı reaksiyonunun ilk sahnesiydi. Daha sonra adı bağımsızlık olan çocuk doğdu.*”³⁵.

Modern cep telefonları herhangi bir teknolojik kolaylık değildir. Bütün içerdikleri ve ortaya koyabilecekleriyle çoğu Amerikalı için hayatlarının gizli tarafını bulundurmaktadırlar. Teknolojinin şu an bireylere bu denli önemli bilgileri elinde tutma imkânı vermesi telefonlarda bulunan bilgiyi Anayasa’yı yapan iradenin savaşımını verdiği korumaya daha az değer kılmamaktadır. Yakalama sonrası el konulmuş bir cep telefonunu aramadan önce polisin ne yapması gerektiği sorusuna cevabımız bundan dolayı arama kararı alınmasıdır. California İstinaf Mahkemesinin 13-132 sayılı kararını bozuyor ve bu kararlar tutarsız olan süreçten ötürü davayı iade ediyoruz. Birinci Daire’nin 13-212 sayılı kararını onaylıyoruz.

Böyle buyrulmuştur.

³⁵

Boyd v. United States, 116 U. S. 616 (1886).

Üye Samuel Alito'nun Görüşü**AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YÜKSEK MAHKEMESİ****Esas No: Nos. 13–132 ve 13–212****BAŞVURUCU, DAVID LEON RILEY (13–132) v. CALIFORNIA****CALIFORNIA İSTİNAF MAHKEMESİNE YAPILAN TEMYİZ
BAŞVURUSU ÜZERİNE****DÖRDÜNCÜ İSTİNAF BÖLGESİ, BİRİNCİ DAİRE****BAŞVURUCU, BİRLEŞİK DEVLETLER v. BRIMA WURIE****BİRLEŞİK DEVLETLER İSTİNAF MAHKEMESİ BİRİNCİ
DAİRESİNE YAPILAN TEMYİZ BAŞVURUSU ÜZERİNE****25 Haziran 2014**

Üye Alito'nun oyu kararla aynı yönde olmakla birlikte gerekçe bakımından kısmen aynı fikirdedir.

I**A**

Kolluk kuvvetlerinin, yakalama sonrası yasal bir arama yürütürken, genellikle bir cep telefonunda depolanan veya erişilebilen bilgileri aramadan önce bir izin belgesi alması gerektiği konusunda Mahkeme'ye katılıyorum. İki noktaya değinmek için ayrı ayrı yazıyorum.

İlk olarak, yakalama sonrası aramaya ilişkin eski kuralın yalnızca (hatta birincil olarak) yakalama görevlilerinin güvenliğini koruma ihtiyacına ve delillerin yok edilmesini önleme ihtiyacına dayandığına şu anda ikna olmuş değilim. Bu kural, Dördüncü Ek'in kabul edilmesinden en az bir yüzyıl öncesine

dayanmaktadır.³⁶ Ve ne *Weeks* kararında ne de eski örf ve adet hukuku kuralını (*common law rule*) tartışan herhangi bir hükümde, bunun münhasıran veya öncelikli olarak yakalama memurlarını koruma veya delillerin yok edilmesini önleme ihtiyacına dayandığına dair herhangi bir öneriye rastlamadım.

Aksine, *Weeks* kararı öncesi hükümlerde kuralın temelini tartışırken, ispat gücünü haiz kanıt elde etme ihtiyacından bahsediliyordu. Örneğin, 1839 tarihli bir davada “açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde, ... polis memurlarının ... vatana ihanet veya ağır suçla itham edilen birinin onlar tarafından yasal olarak yakalanması üzerine, suç kovuşturmasında maddi delil oluşturacak olan, elinde bulunan malları alma ve alıkoyma hakkına sahip olduğu” ifade edilmiştir.³⁷ Mahkeme, bu kuralın kökeninin, Devletin yasal süreç esnasında suçlu (veya makul olarak suçlu olduğuna inanılan) bir kişinin adalete teslim edilmesinde ve yasalar gereğince belirlendiğinde kovuşturulmasında sahip olduğu haklardan kaynaklandığını kaydetmiştir.³⁸

Bu Mahkemenin daha önce yakalama sonrası arama kuralının kaynağıyla bağlantılı olarak alıntı yaptığı iki 19. yüzyıl incelemesi de aynı mantığı öne sürüyor. (“Bir sanığı yakalayanlar, sanığın suçlandığı suçun yargılanmasında delil teşkil edebilecek her türlü eşyayı sanıktan almakla yükümlüdürler.”) (Eğer bir yakalama memuru, “mahkumun şahsı hakkında veya başka bir şekilde onun elinde, meyveleri olarak varsayılan suçla bağlantılı olduğuna inanılması için sebepler olan mallar veya paralar veya işlendiği araçlar veya işlemle ilgili doğrudan kanıt sunması durumunda, bunları alabilir ve mahkemenin yönlendireceği şekilde imha edilmek üzere tutabilir”).

Kuralın memur güvenliği ve kanıtların korunması ihtiyacıyla yakından bağlantılı olmadığına nihai olarak beni ikna eden şey, bu gerekçelerin kuralın iyi

³⁶ *Weeks v. United States*, 232 U. S. 383 (1914) kararında, Dördüncü Ek Maddenin bu kuralı ihlal etmediğine karar verdik. “*Yakalama sonrası arama yetkisi- yakalanan zanlının üstünün aranması ...- on sekizinci yüzyılın ortalarında iyice yerleşmişti ve dördüncü ekteki hiçbir şey bunu değiştirmede.*”).

³⁷ Bkz. *Dillon v. O'Brien*, 16 Cox Crim. Cas. 245, 249–251 (1887) (atfen *Regina, v. Frost*, 9 Car. & P. 129, 173 Eng. Rep. 771)).

³⁸ 16 Cox Crim. Cas., at 249–250. Ayrıca bkz. *Holker v. Hennessey*, 141 Mo. 527, 537– 540, 42 S. W. 1090, 1093 (1897).

bilinen kapsamını açıklamakta başarısız olmasıdır. Yakalananın üzerinde bulunan yazılı materyallerin incelenebileceği ve yargılamada kullanılabilmesi uzun zamandır kabul ediliyor.* Ancak bu eşyalar bir yakalananın alındığında (bu, maddeler okunmadan önce yapılması gereken bir şeydir), yakalananın bunları yok etme riski yoktur. Bu maddeleri okumadan bırakmanın yakalama memurlarını tehlikeye atma riski de yoktur. Memur güvenliği ve delillerin korunmasının, yetkisiz bir yakalama sonrası aramaya izin verilmesinin tek nedeni olduğu fikri Mahkeme'nin, yakalananın şahsında değil, yakalama sonrası aramanın hukuka uygunluğunu içeren *Chimel – California*, 395 U. S. 752 (1969), davasındaki muhakemesinden türemiş görünmektedir. Açıkladığım gibi, *Chimel*'in akıl yürütmesi tartışmaya açıktır, bkz. *Arizona v. Gant*, 556 U. S. 332, 361–363 (2009) (ALITO, J., muhalif) ve bence bu akıl yürütmenin yakalananların aranmasına ilişkin bu gibi davaları etkilemesine izin vermek bir hatadır.

B

Yukarıda tartışılan nokta hakkındaki görüşüme rağmen, dijital öncesi çağda kullanılan kuralı, mekanik olarak cep telefonunu aramaya uygulamamız gerektiğine katılıyorum. Şu anda kullanımda olan birçok cep telefonu, hiç kimsenin kendi şahsında basılı kopya biçiminde sahip olamayacağı, bazıları son derece kişisel olan bir miktar bilgiyi saklama ve bu bilgilere erişme yeteneğine sahiptir. Bu, kolluk kuvvetleri ve mahremiyet hakları arasında yeni bir denge kurulmasını gerektirmektedir.

Mahkeme, bu dengeyi tüm cep telefonlarında ve bunlarda bulunan tüm bilgilerde mahremiyetin korunmasına ilişkin hakları lehine kurmakta ve bu yaklaşım anomalilere yol açmaktadır. Örneğin, Mahkeme'nin geniş kapsamlı

* Cf. *Hill v. California*, 401 U. S. 797, (1971); *Marron v. United States*, 275 U. S. 192, (1927); *Gouled v. United States*, 255 U. S. 298, (1921), *Warden, Md. Penitentiary v. Hayden*, 387 U. S. 294, (1967); bkz. *United States v. Rodriguez*, 995 F. 2d 776, (CA7 1993); *United States v. Armendariz–Mata*, 949 F. 2d 151, (CA5 1991); *United States v. Molinaro*, 877 F. 2d 1341 (CA7 1989) (wallet); *United States v. Richardson*, 764 F. 2d 1514, 1527 (CA11 1985); *United States v. Watson*, 669 F. 2d 1374, 1383–1384 (CA11 1982); *United States v. Castro*, 596 F. 2d 674, 677 (CA5 1979), 444 U. S. 963 (1979); *United States v. Jeffers*, 520 F. 2d 1256, 1267–1268 (CA7 1975); *Bozel v. Hudspeth*, 126 F. 2d 585, 587 (CA10 1942); *United States v. Park Avenue Pharmacy*, 56 F. 2d 753, 755 (CA2 1932).

yetkisi, basılı kopya biçimindeki bilgilere göre dijital biçimdeki bilgileri desteklemektedir. İki şüphelinin yakalandığı varsayımında birinci şüphelinin cebinde sabit hatlı telefonu için aylık bir fatura var ve faturada şehirlerarası bir numaraya yapılan suç teşkil eden bir arama listeleniyor. Ayrıca cüzdanında birkaç fotoğraf var ve bunlardan biri suç teşkil ediyor. İkinci şüphelinin cebinde bir cep telefonu var ve arama kaydı aynı suç teşkil eden numaranın arandığını gösteriyor. Ayrıca cep telefonunun hafızasında birtakım fotoğraflar saklanıyor ve bunlardan biri suç teşkil ediyor. Yerleşik yasalara göre, polis izin almadan telefon faturasına ve cüzdandaki fotoğraflara el koyabilir ve bunları inceleyebilir, ancak mahkemenin bugünkü kararı cep telefonunda depolanan verileri bu kuralın dışında bırakmaktadır.

Mahkemenin yaklaşımı anormalliklere yol açsa da uygulanabilir bir alternatif görmüyorum. Kolluk kuvvetlerinin, yakalama sonrası aramalarla ilgili net kurallara ihtiyacı vardır ve mahkemelerin daha incelikli kurallar geliştirmesi birçok davanın varlığını gerektirecek ve uzun yıllar alacaktır. Ve bu süre zarfında, sıradan Amerikalıların üzerlerinde taşıdıkları elektronik cihazların doğası değişmeye devam edecektir.

II

Bu da beni ikinci noktama getiriyor. Mahkemenin görüşüne katılmakla birlikte, Kongre veya Eyalet yasama organları, kolluk kuvvetlerinin meşru ihtiyaçlarını ve cep telefonu sahiplerinin mahremiyet haklarını değerlendirdikten sonra, kategorilere dayalı olarak bilgi veya belki diğer değişkenler temelinde makul ayrımlar yapan yasalar çıkarırsa, burada sunulan soruyu yeniden gözden geçireceğim.

Elektronik gizli kontrol düzenlemesi öğretici bir örnek sunmaktadır. Bundan sonra Mahkeme, elektronik gizli kontrolün herhangi bir mülkiyet hakkı ihlal edilmediğinde bile bir arama teşkil ettiğine karar verdi. Modern teknolojinin birçok görünümü hem hükümetin hem de özel hukuk kişilerinin Amerikan halkının hayatına ilişkin çok sayıda bilginin toplamasını çok daha kolay hale getirmekte ve aynı zamanda Amerikan halkının büyük bir kısmı 10-20 yıl önce yabancıların nadiren bildiği bilgileri sıradan hale getirmeyi tercih etmektedir.

Bu gelişmelerin ışığında, 21. yüzyılda mahremiyetin korunmasının, Dördüncü Ek'in etkili olmayan araçlarının kullanılarak öncelikle federal mahkemelere bırakılması çok talihsiz olurdu. Halk tarafından seçilen yasama organları, halihazırda gerçekleşmiş olan ve gelecekte gerçekleşmesi neredeyse kesin olan değişiklikleri değerlendirmek ve bunlara yanıt vermek için bizden daha iyi bir konumdadır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar, bu çalışmada çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, bu çalışma için etik kurul onayı gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has declared that there is no conflict of interest in this research.

Ethics Committee Approval: The author has not declared whether ethical committee approval is required for this research.
